

## **Urteil vom 19. Dezember 2017**

---

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),  
Richterin Maria Amgwerd,  
Richter David Aschmann,  
Gerichtsschreiber Said Huber.

---

Parteien

**Eli Lilly (Suisse) SA,**  
(...)  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. iur. Franz Hoffet und lic. iur. Martin Thomann,  
(...)  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Wettbewerbskommission WEKO,**  
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

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

## Sachverhalt:

### A.

**A.a** Die Pharmaunternehmen Eli Lilly (Suisse) SA (Eli Lilly), Bayer (Schweiz) AG (Bayer) und Pfizer AG (Pfizer) vertreiben unter anderem ihre (vom Mutterkonzern hergestellten und – bis auf Viagra – zur Zeit noch patentgeschützten) Medikamente gegen erektiler Dysfunktion, *Cialis* (Eli Lilly), *Levitra* (Bayer) und *Viagra* (Pfizer). Angesichts ihres gesundheitlichen Gefährdungspotenzials sind diese Arzneimittel verschreibungspflichtig (Verkaufskategorie B; vgl. zu den übrigen Kategorien Art. 23-27 der Arzneimittelverordnung vom 17. Oktober 2001 [VAM, SR 812.212.21]), aber nicht auf der krankenversicherungsrechtlichen Spezialitätenliste aufgeführt und damit nicht kassenpflichtig (sog. Hors-Liste Medikamente).

In der Schweiz waren im Jahr 2006 insgesamt 4'857 Medikamente heilmittelrechtlich zugelassen. Die nachfolgende Übersicht schlüsselt die Anteile nach Rezeptpflicht bzw. Freiverkäuflichkeit sowie einer allfälligen Listung in der Spezialitätenliste (SL) auf:

Anzahl zugelassener Medikamente in der Schweiz: 4857							
Davon auf der SL: 2146 / 44.0%				Davon als Hors-Liste (HL) genannte Medikamente: 2711 / 56.0%			
Rezeptpflichtig 1735 / 35.7%		Freiverkäuflich 411 / 8.5%		Freiverkäuflich 1656 / 34.1%		Rezeptpflichtig 1055 / 21.7%	
A 391 / 8.0%	B 1344 / 27.7%	C 161 / 3.3%	D 250 / 5.2%	D 1232 / 25.4%	C 414 / 8.5%	B 891 / 18.4%	A 164 / 3.4%

(Quelle: Wettbewerbskommission in Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2010/4, S. 650)

**A.b** Am 10. Mai 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Vorabklärung nach Art. 26 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251), da Eli Lilly, Bayer und Pfizer damals zu Cialis, Levitra und Viagra unverbindliche Publikumspreisempfehlungen an Grossisten und Verkaufsstellen abgaben bzw. über eine Datenbankbetreiberin an diese weiterleiten liessen.

**A.c** Wegen Anhaltspunkten für unzulässige Wettbewerbsabreden eröffnete das Sekretariat am 26. Juni 2006 eine Untersuchung (1.) gegen Eli Lilly, Bayer und Pfizer, (2.) gegen die Grossisten Galexis AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Voigt AG und Amedis-UE AG, (3.) gegen die Datenbankbetreiberin e-mediad AG, (4.) gegen alle in der Schweiz niedergelassenen 1'672 Apotheken sowie (5.) gegen alle dort praktizierenden 3'693 selbstdispensierenden Ärzte.

**B.**

In der Folge führte das Sekretariat mit grossem Erhebungs- und Auswertungsaufwand eine langjährige Untersuchung bei über 800 Marktteilnehmern durch, um deren Wettbewerbssituation auszuleuchten.

**B.a** Nachdem Eli Lilly, Pfizer und Bayer zum Antrag des Sekretariats vom 2. Februar 2009 Stellung genommen hatten, erliess die Wettbewerbskommission (WEKO) am 2. November 2009 eine rund hundertseitige Sanktionsverfügung (RPW 2010/4, S. 649 ff.) 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:
  - Pfizer: CHF [...]
  - Eli Lilly: CHF [...]
  - Bayer: CHF [...]
5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
6. Zu widerhandlungen 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 einzeln*)

10. (*Eröffnung durch amtliche Publikation*)"

**B.b** Neben der Sanktion für Eli Lilly von Fr. (...) wurden gleichzeitig auch Bayer und Pfizer mit einem Sanktionsbetrag belastet, der für alle drei Unternehmen insgesamt Fr. 5.7 Millionen ausmachte (veröffentlicht in der Medienmitteilung der WEKO vom 27. November 2009, siehe unter: [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Startseite > Aktuell > Medieninformationen > Medienmitteilungen 2009).

**C.**

Diese Sanktionsverfügung focht Eli Lilly (Beschwerdeführerin), anwaltlich vertreten durch Dr. iur. Franz Hoffet und lic. iur. Martin Thomann, am 18. Januar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht an mit den Begehren:

- "1. Der Entscheid der Weko vom 2. November 2009 in Sachen Untersuchung betreffend die Preise von Cialis, Levitra und Viagra (22-0326: Hors-Liste Medikamente) sei vollumfänglich aufzuheben und die Untersuchung sei ohne Folgen für Eli Lilly einzustellen.
2. *Eventualiter* sei der Entscheid der Weko vom 2. November 2009 in Sachen Untersuchung betreffend die Preise von Cialis, Levitra und Viagra (22-0326: Hors-Liste Medikamente) in Bezug auf die gegen Eli Lilly verhängte Sanktion (Ziffer 4 des Dispositivs) aufzuheben.
3. *Subeventualiter* sei der Entscheid der Weko vom 2. November 2009 in Sachen Untersuchung betreffend die Preise von Cialis, Levitra und Viagra (22-0326: Hors-Liste Medikamente) in Bezug auf die von Eli Lilly zu tragenden Verfahrenskosten (Ziffer 7 des Dispositivs) insoweit aufzuheben, als sie bezüglich der Untersuchung einer horizontalen Wettbewerbsabrede angefallen sind.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates."

Gleichzeitig stellte die Beschwerdeführerin vier Verfahrensanträge:

- "1. Die Akten der Vorinstanz seien für das Beschwerdeverfahren beizuziehen.
2. Es sei mit der Beschwerdeführerin eine öffentliche Parteiverhandlung durchzuführen.
3. Alle Informationen und Beilagen, welche als Geschäftsgeheimnisse gekennzeichnet sind, seien als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und

Dritten weder während des Verfahrens noch im Fall einer Entscheidpublikation offen zu legen.

4. Im Falle einer Entscheidpublikation sei der Publikationstext vorgängig der Publikation Eli Lilly vorzulegen, damit Eli Lilly diesen auf Geschäftsgeheimnisse prüfen kann."

**D.**

Am 20. April 2010 informierte das Bundesverwaltungsgericht durch amtliche Publikation im Bundesblatt alle von der Vorinstanz nicht direkt angeschriebenen Adressaten der Sanktionsverfügung, dass dagegen am 18. Januar 2010 Beschwerde erhoben worden war (vgl. BBI 2010 2518).

**E.**

**E.a** Am 12. Juli 2010 beantragte die Vorinstanz nach erstreckter Frist, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen.

**E.b** Am 19. August 2010 gab das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin Gelegenheit, zur vorinstanzlichen Vernehmlassung bis zum 20. September 2010 Stellung zu nehmen.

**F.**

**F.a** Nach verlängerter Frist reichte die Beschwerdeführerin am 19. Oktober 2010 ihre Stellungnahme ein. Darin hält sie an den Rechtsbegehren ihrer Beschwerde fest.

**F.b** Am 26. Oktober 2010 liess das Bundesverwaltungsgericht dieses Schreiben der Beschwerdeführerin sowie die Kopie eines Ergänzungsgutachtens vom 8. Oktober 2010 der Vorinstanz zur Kenntnis zukommen.

**G.**

Mit Zwischenverfügung vom 18. November 2010 sistierte das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren, unter Vorbehalt eines gegenteiligen Antrags der Parteien, bis zur Eröffnung der Entscheide des Bundesgerichts zu den bundesverwaltungsgerichtlichen Urteilen B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 (i.S. Swisscom/Mobilterminierung; veröffentlicht in BVGE 2011/32 und in RPW 2010/2, S. 242 ff.) und B-2977/2007 vom 27. April 2010 (i.S. Publigroupe/Kommissionierungsrichtlinien; veröffentlicht in RPW 2010/2, S. 329 ff.).

**H.**

**H.a** Mit Schreiben vom 2. Dezember 2010 beantragte die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht, der Vorinstanz sei "Frist anzusetzen, eine (freigestellte) Vernehmlassung zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19. Oktober 2010 einzureichen".

**H.b** Am 9. Dezember 2010 verzichtete die Vorinstanz darauf, zu den Verfahrensanträgen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen, und stellte es dem Ermessen des Gerichts anheim, über eine allfällige Sistierung beziehungsweise Fristansetzung zu entscheiden.

**H.c** Mit Zwischenverfügung vom 13. Dezember 2010 hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, ein eigentlicher zweiter Schriftenwechsel sei nie eröffnet worden. Gegenwärtig bestünden keine Gründe, die verfügte Sistierung aufzuheben, indes werde die Vorinstanz bei der Wiederaufnahme des Verfahrens Gelegenheit für eine Stellungnahme erhalten.

**I.**

Am 6. Februar 2013 hob das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrenssistierung auf, nachdem das Bundesgericht am 29. Januar 2013 die Begründung des öffentlich beratenen Urteils 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 im Fall Publigroupe SA (vgl. BGE 139 I 72) schriftlich eröffnet hatte.

Gleichzeitig lud das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz ein, sich bis zum 1. März 2013 zu der ihr am 26. Oktober 2010 zugestellten Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19. Oktober 2010 zu äussern.

**J.**

**J.a** Nach erstreckter Frist nahm die Vorinstanz am 28. März 2013 dazu Stellung.

**J.b** Am 9. April 2013 liess das Bundesverwaltungsgericht diese Stellungnahme der Beschwerdeführerin mit der Mitteilung zukommen, ein weiterer Schriftenwechsel dränge sich nicht auf.

**J.c** Am 18. April 2013 reichte die Beschwerdeführerin eine "Replik" zu den Ausführungen der Vorinstanz ein, welche dieser am 24. April 2013 zur Kenntnis zugestellt wurde.

**K.**

**K.a** Mit Eingabe vom 3. Juni 2013 erklärte die Beschwerdeführerin, sie verzichte "auf die Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung, weshalb sie ihren Verfahrensantrag Nr. 2" zurückziehe.

**K.b** Dieses Schreiben wurde am 5. Juni 2013 der Vorinstanz zugesandt.

**L.**

Mit Schreiben vom 3. September 2013 informierte die Instruktionsrichterin die Beschwerdeführerin, in einem weiteren Beschwerdeverfahren zur gleichen Sanktionsverfügung hätten sich Fragen zum sog. "fil rouge" gestellt, die auch eine gewisse Bedeutung für dieses Verfahren hätten.

Gleichzeitig liess die Instruktionsrichterin der Beschwerdeführerin eine anonymisierte Kopie der Zwischenverfügung B-364/2010 vom 3. September 2013 zukommen, die zeigt, dass die "fils rouges" der Untersuchung 22-0326 als Interna – mangels Beweiseignung – in keinem Beschwerdeverfahren als Bestandteil der Akten anzuerkennen seien.

**M.**

Mit Urteil B-360/2010 vom 3. Dezember 2013 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde, soweit darauf einzutreten war, gut und hob die Dispositivziffern 1, 2, 4 und 7 auf, soweit sie sich auf die Beschwerdeführerin bezogen.

**N.**

Auf Beschwerde des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 24. Januar 2014 hin hob das Bundesgericht mit Urteil 2C\_79/2014 vom 28. Januar 2015 das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zu neuem Entscheid an das Bundesverwaltungsgericht zurück.

**O.**

Auf die dargelegten sowie weitere Argumente wird, soweit jene für das Urteil erheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

Nachfolgend ist gemäss dem bundesgerichtlichen Rückweisungsurteil 2C\_79/2014 vom 28. Januar 2015 (E. 6) die materielle Streitfrage zu klären, ob die Beschwerdeführerin vom 1. April 2004 bis am 31. Dezember 2008 mit dem Veröffentlichen von Publikumspreisempfehlungen für Cialis eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG auslöste, die zu einer unzulässigen Festpreisbindung (Art. 5 Abs. 1 und 4 KG) führte. Die formellen Rügen, wonach die vorinstanzliche Sachverhaltsermittlung und die Begründung derart mangelhaft seien, dass bereits deswegen die Beschwerde gutzuheissen sei (Beschwerde Rz. 425 ff.), stehen in engem Zusammenhang mit der materiellrechtlichen Beurteilung und werden deshalb in der nachfolgenden Erwägung 9 behandelt (vgl. Beschwerdeentscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 i.S. 20 Minuten E. 4.3 f., veröffentlicht in RPW 2006/2, S. 347).

**1.1** Streitgegenstand ist einzig, ob die Beschwerdeführerin zu Recht verpflichtet worden ist, wegen ihrer angeblich wettbewerbsschädlichen Preisempfehlungen für Cialis eine Verwaltungssanktion in der Höhe von Fr. 2'087'225.– sowie (solidarisch zu tragende) Verfahrenskosten von Fr. 115'353.– zu bezahlen (Dispositiv-Ziffern 1, 4 und 7 der angefochtenen Verfügung). Gleichzeitig angefochten ist auch das ihr auferlegte Verbot, wonach sie inskünftig für Cialis keine Publikumspreisempfehlungen mehr veröffentlichen darf (Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung).

**1.2** Wie indessen bereits im Urteil B-360/2010 vom 3. Dezember 2013 in E. 1.2.3 festgehalten worden ist, kann nach wie vor in zwei Punkten auf die Beschwerde nicht eingetreten werden:

Soweit die Beschwerdeführerin die "volumfängliche" Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt, ist sie durch die *Dispositiv-Ziffer 3*, die ein gegenüber den Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediat ausgesprochenes Verbot von "Gehilfenhandlungen" enthält, weder direkt betroffen, noch vermöchte sie "pro Verfügungsadressatin" als Drittbeschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung geltend zu machen (VERA MARANTELLI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 48 N 10-12, 28 ff.). Dies wird zu Recht auch nicht behauptet.

Ferner ist nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin durch die – auf Art. 50 und 54 KG verweisende – *Dispositiv-Ziffer 6* beschwert sein könnte, die sich auf eine Wiederholung der ohnehin ex lege geltenden Rechtslage erschöpft, weshalb ihr kein eigenständiger Dispositivcharakter zukommt (vgl. MARANTELLI/HUBER, a.a.O., N 15 zu Art. 48 VwVG).

Diese Überlegungen gelten nach wie vor und wurden vom Bundesgericht im Rückweisungsurteil nicht in Frage gestellt.

**1.3** Nicht weiter einzugehen ist auch auf die Rüge der Beschwerdeführerin, die angefochtene Verfügung sei bereits deshalb aufzuheben, weil grundlegendste Verfahrensgarantien nach Art. 6 EMRK verletzt worden seien.

Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits im Urteil B-360/2010 vom 3. Dezember 2013 in E. 3 – unter Verweis auf BGE 139 I 72 (E. 2.2, E. 4), BVGE 2011/32 (E. 4.2, E. 5) sowie das Urteil des EGMR vom 27. September 2011 (i.S. *Menarini Diagnostics S.R.L.*, Nr. 43509/08, §§ 57 ff.) – einlässlich dargelegt hat, wurden im Verfahren vor der Vorinstanz die in Art. 6 EMRK niedergelegten Garantien eingehalten.

Auch im Rückweisungsurteil sind die im Urteil B-360/2010 dazu angestellten Überlegungen (a.a.O., E. 3) nicht in Frage gestellt worden, weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann.

**1.4** Nach wie vor Gültigkeit behält schliesslich die Erwägung 2 im Urteil B-360/2010 (a.a.O.) zu den drei "Verfahrensanträgen", welche die ordnungsgemässe Verfahrensführung vor Bundesverwaltungsgericht betreffen.

## **2.**

Strittig ist, ob die Beschwerdeführerin mit dem Veröffentlichen ihrer für nicht bindend erklärten Publikumspreisempfehlungen für Cialis – angesichts der angeblich weitgehenden Befolgung durch Apotheken und selbstdispensierende Ärzte – den Intrabrand Preiswettbewerb für Cialis beseitigt oder erheblich beeinträchtigt hat.

**2.1** Die wettbewerbsrechtliche Würdigung unverbindlicher Preisempfehlungen, zu der es hierzulande noch kaum Rechtsprechung gibt, ist in der Lehre angesichts der Offenheit der gesetzlichen Normierung stark umstritten (vgl. z.B. Verfügung Rz. 101-104; PHILIPP ESTERMANN, *Die unverbindliche Preisempfehlung*, Diss. St. Gallen 2016, S. 171 ff., 288 ff.; vgl. E. 7).

Vorab darzulegen sind daher hier sowohl die massgebenden Bestimmungen des *Kartellgesetzes* als auch deren Deutung in den einschlägigen *Vertikalbekanntmachungen*. Diese hat die Vorinstanz "in analoger Anwendung von Art. 6 KG" erlassen, um, wie sie erklärt, dem Bedürfnis nach mehr Rechtssicherheit nachzukommen (Erwägungsgrund I aVertBek/VertBek [zitiert unten]; vgl. hierzu DIMITRI ANTIPAS, Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence, Diss. Bern 2014, S. 217 f.). Sie bilden wie Merkblätter oder Kreisschreiben Verwaltungsverordnungen, die eine einheitliche und rechtsgleiche Verwaltungspraxis gewährleisten sollen. Auch wenn das Bundesverwaltungsgericht daran nicht gebunden ist, berücksichtigt es Verwaltungsverordnungen, soweit sie eine einzelfallgerechte Gesetzesauslegung erlauben (BGE 142 II E. 2.3.2 f.). Aus diesem Grunde werden sowohl die im Sanktionszeitpunkt veröffentlichte, inzwischen aufgehobene Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007 (aVertBek) als auch die auf den 1. August 2010 in Kraft getretene Vertikalbekanntmachung vom 28. Juni 2010 Ziff. 1 (VertBek, in der Fassung vom 22. Mai 2017, die sich auf BGE 143 II 297 stützt [Erw. XIV], RPW 2017/2, S. 369) aufgeführt.

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

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

Zu *Preisempfehlungen* von Anbietern an Wiederverkäufer wird in den *Vertikalbekanntmachungen* festgehalten:

Ziff. 11 aVertBek (Marginalie "Preisempfehlungen von Herstellern und Lieferanten"):

"(1) Bei Preisempfehlungen von Herstellern oder Lieferanten an Weiterverkäufer oder Händler ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG vorliegt.

(2) Bei dieser Prüfung fallen insbesondere die nachstehenden Umstände ins Gewicht:

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

Ziff. 15 VertBek (Marginalie "Preisempfehlungen"):

"(1) Bei Preisempfehlungen von Anbietern an Wiederverkäufer oder Händler ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 i.V.m. Absatz 1 KG vorliegt.

(2) Preisempfehlungen gelten grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen, wenn sich diese infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken (vgl. Ziffer 10 [1] lit. a).

(3) Folgende Umstände können Anlass geben, Preisempfehlungen aufzugreifen:

- a) der Umstand, dass Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, sondern nur an die Wiederverkäufer oder Händler;
- b) der Umstand, dass Preisempfehlungen, die von Herstellern oder Lieferanten in Schweizerfranken auf den Produkten, Verpackungen oder

in Katalogen etc. angebracht werden, nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind;

c) der Umstand, dass das Preisniveau der von den Preisempfehlungen betroffenen Produkte bei vergleichbarer Gegenleistung deutlich höher liegt als im benachbarten Ausland;

d) der Umstand, dass die Preisempfehlungen tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Wiederverkäufer oder Händler befolgt werden."

Gemäss Ziff. 10 Abs. 1 Bst. a VertBek (Marginalie "Vermutungstatbestände") wird bei vertikalen Wettbewerbsabreden die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG vermutet, wenn sie Folgendes zum Gegenstand haben:

"Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen, d.h. die Beschränkung der Möglichkeit des Abnehmers, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen. Dies gilt unbeschadet der Möglichkeit des Anbieters, Höchstverkaufspreise festzusetzen oder Preisempfehlungen auszusprechen, sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken".

**2.3** Als Beweislastregel wird in Art. 5 Abs. 4 KG die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs insbesondere bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise *vermutet*.

Nach Ziff. 10 Abs. 1 Bst. a aVertBek wurde bei vertikalen Wettbewerbsabreden die Beseitigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG *vermutet*, wenn sie insbesondere die "*Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen*" zum Gegenstand haben. Als solche galten auch in Empfehlungsform gekleidete Wettbewerbsabreden über die Einhaltung von Mindest- oder Festpreisen. Die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs konnte nach Ziff. 10 Abs. 2 aVertBek nicht durch den blossen Nachweis von Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Marken (Interbrand-Wettbewerb) widerlegt werden.

Nach Ziff. 10 Abs. 3 VertBek umfasst Art. 5 Abs. 4 KG auch in Empfehlungsform gekleidete Abreden, die auf einer Vereinbarung oder einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise beruhen und eine Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen oder einen absoluten Gebietsschutz bezwecken oder bewirken. Gemäss Ziff. 11 VertBek ist für die Widerlegung der

Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs eine Gesamtbe trachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intrabrand- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt.

**2.4** Nach Art. 5 Abs. 2 KG können einzig *Abreden*, welche den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, jedenfalls dann aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz *gerechtfertigt werden*, wenn sie (a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und (b) den beteiligten Unternehmen keinesfalls ermöglichen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

Nach Ziff. 15 Abs. 3 aVertBek und Ziff. 16 Abs. 3 VertBek ("Rechtfertigung") liegt ein Rechtfertigungsgrund vor, wenn eine Abrede die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG erhöht – beispielsweise durch eine effizientere Vertriebsgestaltung im Sinne einer Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren oder einer Senkung der Vertriebskosten – und die Wettbewerbsbeeinträchtigung hierfür notwendig ist. Dazu zählt insbesondere etwa die Vermeidung eines doppelten Preisaufschlags, der sich ergeben kann, wenn sowohl der Hersteller als auch der Händler über Marktmacht verfügen (sog. Problem der doppelten Marginalisierung, vgl. Ziff. 15 Abs. 4 Bst. e aVertBek, Ziff. 16 Abs. 4 Bst. e VertBek).

### **3.**

Angesichts des rechtlich stark regulierten Marktes für verschreibungs pflichtige Arzneimittel vertreten die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin zur Natur und wettbewerbsbezogenen Wirkweise der strittigen Publikums preisempfehlungen für Cialis – und damit zur Rechtmäßigkeit der angefochtenen Sanktion – entgegengesetzte Auffassungen.

#### **3.1**

**3.1.1** Die *Vorinstanz* erläutert, die Grundversicherung vergüte die Kosten von Cialis, Levitra und Viagra nicht, da sie nicht auf der Spezialitätenliste stünden. Mangels staatlicher Höchstpreise dürften "Verkaufsstellen" die Preise frei festlegen. Nach Auflösung des Vereins Sanphar und der von

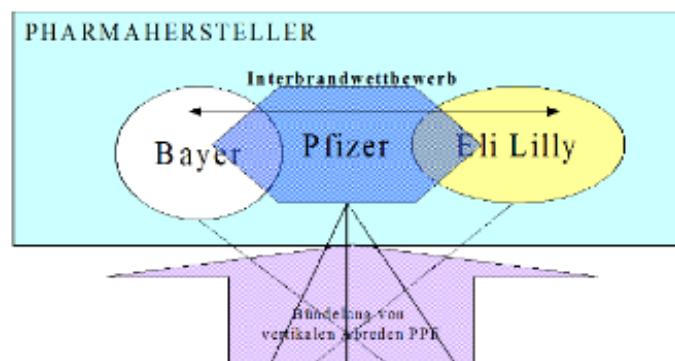
ihm geregelten Margen- und Rabattordnung, die im Arzneimittelvertrieb den Wettbewerbsparameter "Preis" ausgeschaltet hatte, müssten sich die Preise von Hors-Liste Medikamenten aus dem "funktionierenden Marktmechanismus" ergeben. Die in den e-meditat-Datenbanken Pharmavista und Galdat veröffentlichten Publikumspreisempfehlungen würden in die Lieferscheine der Grossisten übernommen und an die Kunden weitergeleitet. Die von den meisten Apotheken abonnierte Datenbank *Galdat* diene dem Austausch von Artikeldaten und der Informatisierung der Bestellprozesse. Die Preisempfehlungen würden ins Kassensystem eingegeben. Beim Scannen an der Kasse werde der empfohlene Preis automatisch eingelesen, sofern für Rabatte kein anderer Preis eingegeben werde. Auch im textorientierten Abfragemodul *Pharmavista* seien Fabrikpreise und Publikumspreisempfehlungen enthalten.

Gestützt auf diese Ausgangslage prüfte die Vorinstanz die konkreten Wettbewerbsbedingungen beim Vertrieb von Cialis, Levitra und Viagra. Den "Absatzmarkt für Medikamente" bezeichnete sie als "anormalen" Markt, da nur Apotheken und selbstdispensierende Ärzte zum Arzneiverkauf gesundheitspolizeilich zugelassen sind. Angesichts der Rezeptpflicht von Cialis, Levitra und Viagra müssten Patienten einen Arzt aufsuchen, bevor ihnen allenfalls die indizierte Medizin verschrieben werden darf.

Ob erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen vorliegen könnten, prüfte die Vorinstanz unter drei Blickwinkeln:

- ob (1.) *unter den Herstellerinnen* Wettbewerb für Cialis, Levitra und Viagra herrsche (*Interbrand Wettbewerb*),
- ob (2.) diese Medikamente auch in den Apotheken zueinander im Wettbewerb stünden (*Interbrand Wettbewerb*), und schliesslich
- ob (3.) Apotheken und selbstdispensierende Ärzte untereinander bei den *einzelnen* Medikamenten im *Preiswettbewerb* stünden (*Intrabrand Wettbewerb*)

Die untersuchten Wettbewerbsverhältnisse stellte die Vorinstanz in der Verfügung (Rz. 201) wie folgt dar (RPW 2010/4, S. 674):



Dazu hielt sie im Wesentlichen fest: Trotz anfänglich fast gleicher Preise für Cialis, Levitra und Viagra habe sich eine *horizontale* Preisabrede nicht er härten lassen. Ferner sei Interbrand Preiswettbewerb in Apotheken gar nicht möglich, da das Rezept für ein verschreibungspflichtiges Medikament den Bezug eines Konkurrenzproduktes ausschliesse. Indessen seien die – von der Beschwerdeführerin, Bayer und Pfizer veröffentlichten und von den "Verkaufsstellen" überwiegend befolgten – Publikumspreisempfehlungen drei nebeneinander bestehende *vertikale* Wettbewerbsabreden. Diese wirkten sich wie *Festpreise* aus. Im Rahmen eines vertikal abgestimmten Verhaltens schalteten sie den Intra brand Preiswettbewerb der einzelnen Arzneimittel aus.

In diesem Zusammenhang warf die Vorinstanz den Grossisten und der e-meditat vor, Bindeglied zwischen den drei Pharmaunternehmen und den Verkaufsstellen zu sein. Das Weiterleiten der Empfehlungen durch die Grossisten und das Zurverfügungstellen im Galldat durch e-meditat seien "Gehilfenhandlungen" zu einer Wettbewerbsabrede, die inskünftig zu unterlassen seien, falls die Abrede unzulässig sein sollte.

**3.1.2** Zur *Sanktion* legte die Vorinstanz dar, die Parteien hätten die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen "verschuldetmassen" verursacht, wobei einzig die Beschwerdeführerin, Bayer und Pfizer direkt zu sanktionieren seien. Deren Verhalten sei mit dem der "Verkaufsstellen", welche die Preisempfehlungen eingehalten hätten, abgestimmt gewesen und habe den Intra brand Preiswettbewerb beseitigt (i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG). Der Sanktionstatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG sei somit erfüllt. Dies gälte auch bei widerlegter Vermutung, da der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wäre und rechtfertigende Effizienzgründe fehlten. Alle drei Pharmaunternehmen und ihre "Verkaufsstellen" hätten die kartellrechtliche Problematik ihrer Preisempfehlungen erkennen und sicherstellen müssen, dass die empfohlenen Preise nicht zu Festpreisen würden. Dies sei unterblieben. Die drei Unternehmen hätten erklärt, es sei von untergeordnetem Interesse und liege nicht in ihrer Verantwortung, wie die "Verkaufsstellen" die Empfehlung verwendeten. Aber wer aus Bequemlichkeit die im Galldat gespeicherten Preisempfehlungen übernommen habe, habe in Kauf genommen, dass viele andere "Verkaufsstellen" dasselbe täten. Vorliegend seien keine behördlichen Fehlinformationen gegeben worden, die ein schützenswertes Vertrauen hätten begründen können. Ein solches hätten weder die Vertikalbekanntmachung noch die (nie vorbehaltlos erfolgten) Aussagen von WEKO-Mitgliedern zur angestrebten EU-Kompatibilität des schweizerischen Kartellgesetzes erweckt.

Insbesondere die Preisbekanntgabeverordnung vom 11. Dezember 1978 (PBV, SR 942.211) schliesse die Anwendung des Kartellgesetzes nicht aus und schaffe kein Vertrauen. Auch wenn die PBV die Publikation von Preisempfehlungen für rezeptpflichtige Medikamente zulasse, könnten sich die Parteien nicht darauf berufen. Zwar sei nach PBV das Veröffentlichen von Preisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente erlaubt, nicht aber nach KG. Doch sei die PBV unglücklich formuliert, was bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt werde.

Alle hätten zumindest fahrlässig gehandelt: Die Beschwerdeführerin, Bayer und Pfizer mit dem Veröffentlichen der Preisempfehlungen, die "Verkaufsstellen" mit dem Befolgen dieser Empfehlungen. Dies sei subjektiv vorwerfbar, weshalb alle drei ab dem 1. April 2004 zu sanktionieren seien.

Indessen verzichtete die Vorinstanz "aus faktischen und praktischen Gründen" darauf, die als mitschuldig bezeichneten "Verkaufsstellen" zu sanktionieren: Es sei kaum vorstellbar, wie deren Verfahrensrechte überhaupt gewahrt werden könnten. Es könne nicht in jedem Einzelfall festgestellt werden, ob ein "Unternehmen" die Publikumspreisempfehlungen tatsächlich befolgt habe: Hausdurchsuchungen sowie Partei- und Zeugenbefragungen bei mehr als 5'000 Parteien seien ausgeschlossen, was den Rückgriff auf die ungeprüften Selbstdeklarationen in den Fragebögen nahe legen könnte. Indessen sei deren Vertrauenswürdigkeit für eine Sanktionierung fraglich. Trotz Sanktionsverzicht hätten die Verkaufsstellen mit dem Einhalten der Empfehlungen eine unzulässige und daher sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkung ausgeführt.

Das Gleichbehandlungsgebot werde durch eine einseitige Sanktionierung der Pharmaunternehmen nicht verletzt. Ferner genüge der Tatbeitrag der Grossisten und der e-meditat nicht, um sie als Gehilfinnen zu büßen.

Schliesslich setzte die Vorinstanz die Kosten der Untersuchung auf Fr. 692'118.– fest, wobei sie nur die Beschwerdeführerin, Bayer und Pfizer solidarisch für kostenpflichtig erklärte und "aus Praktikabilitätsgründen" weder den "Verkaufsstellen" noch den Grossisten noch e-meditat Kosten auferlegte.

### **3.2**

**3.2.1** Die *Beschwerdeführerin* entgegnet, die Vorinstanz habe den relevanten Markt falsch abgegrenzt und dabei insbesondere den erheblichen Wettbewerbsdruck übersehen, der von illegalen Internet-Importen ausgehe.

Der massgebliche Produktmarkt umfasse nicht nur die drei oralen Medikamente Cialis, Levitra und Viagra, sondern auch andere, mit oralen Medikamenten substituierbare Behandlungsalternativen. Zudem sei für verschreibungspflichtige Medikamente Publikumswerbung verboten, weshalb Apotheken und selbstdispensierende Ärzte nicht mit tieferen Preisen werben dürften. Dies verunmögliche ein kompetitives Umfeld. Abgesehen davon sei auch im benachbarten Ausland das Preisniveau für Cialis nicht wesentlich tiefer. Die Vorinstanz habe einen "leading case" zu vertikalen Publikumspreisempfehlungen erlassen wollen. So seien Cialis, Levitra und Viagra willkürlich aus mehr als 2'700 Hors-Liste Medikamenten ausgewählt worden, für die mehrheitlich ebenfalls Preisempfehlungen bestünden. Doch eigneten sich diese Produkte angesichts spezifischer Marktgegebenheiten nicht für die vorgenommene "Statuierung eines Exempels". Fälschlicherweise halte die Vorinstanz die strittigen Preisempfehlungen wegen des angeblich hohen Befolgsgrades für unzulässig. Einzig die Ausübung von Druck oder das Einräumen spezifischer Anreize zur Einhaltung sei das für Preisempfehlungen massgebliche Kriterium. Hersteller dürften Publikumspreisempfehlungen abgeben; unzulässig seien nur Abreden oder abgestimmte Verhaltensweisen über Fest- oder Mindestpreise. Mangelhafte Fragebögen, eine unverständliche Auswertung der Antworten sowie ein methodisch falsches und statistisch nicht relevantes Vorgehen hätten zum behaupteten hohen Einhaltungsgrad der Empfehlungen von 81.7 % der selbstdispensierenden Ärzte bzw. 89.3% der Apotheken geführt. Korrekt berechnet betrage der Einhaltungsgrad zwischen 34.6 % und 38.9 % der 2005 in Apotheken am meisten verkauften Cialis-Packungen. Auch sei keines der in der Vertikalbekanntmachung vom 28. Juni 2010 genannten Kriterien erfüllt. Die Preisempfehlungen seien allgemein zugänglich abgegeben, nicht mit der Ausübung von Druck oder der Gewährung spezifischer Anreize verbunden gewesen und ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet worden. Insofern wären die Preisempfehlungen für Cialis, falls sie fälschlicherweise für Abreden gehalten würden, keine Vereinbarung über einen Fest- oder Mindestpreis, sondern sie wirkten vielmehr als pro-kompetitive Preisobergrenze. In diesem Zusammenhang habe die Vorinstanz zu Unrecht die Sanphar-Margenordnung für relevant erachtet, obschon Sanphar vier Jahre vor der Markteinführung von Cialis aufgelöst worden sei und deshalb nicht hätte berücksichtigt werden dürfen. Zudem sei die aktenkundige Tatsache ignoriert worden, dass die Publikumspreisempfehlungen für Cialis nicht nach Sanphar festgelegt worden seien. Im Ergebnis stünden die strittigen Publikumspreisempfehlungen für Cialis insbesondere auch mit dem Wettbewerbsrecht der EU im Einklang.

**3.2.2** Zu Unrecht erachte die Vorinstanz den Wettbewerb als beseitigt oder zumindest als erheblich beeinträchtigt. Die fälschlicherweise vermutete Wettbewerbsbeseitigung liesse sich durch starken Interbrand Wettbewerb und beträchtlichen Intrabrand Wettbewerb widerlegen, abgesehen davon, dass der Wettbewerb zudem nicht einmal erheblich beeinträchtigt wäre. Aber selbst wenn, wie behauptet, der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wäre, liesse sich dies aus wirtschaftlichen Effizienzgründen rechtfertigen, da die fraglichen Empfehlungen für Cialis die Transaktionskosten senkten, einen Preisanstieg sowie eine doppelte Marginalisierung verhinderten (unter gleichzeitiger Erhöhung des Dienstleistungsniveaus bzw. der Marktdurchdringung). Die Verkaufsstellen verfügten über ungenügende Informationen für eine individuelle Kostenallokation auf die (teilweise nur in geringen Mengen) verkauften Medikamente. Bestenfalls würden sie ohne Empfehlungen eine einheitliche Marge für sämtliche Hors-Liste Medikamente berechnen, die wohl höher als jene wäre, die aus den Preisempfehlungen resultiere. Für Krankenkassen und Zusatzversicherer, die für "ED-Medikamente" Kosten übernahmen, seien die Empfehlungen ein notwendiger Orientierungspunkt, um den rückerstattungsberechtigten Maximalpreis festlegen zu können. Insgesamt seien Publikumspreisempfehlungen für Cialis wohlfahrtssteigernd, da sie einen "senkenden Einfluss auf die Höhe der Publikumspreise" hätten.

**3.2.3** Aber selbst wenn dies nicht zuträfe, wäre eine Sanktion gestützt auf das Vertrauensprinzip ausgeschlossen. Denn nach Äusserungen von Mitgliedern der Vorinstanz sei das in der EU wettbewerbsrechtlich zulässige Verhalten auch in der Schweiz erlaubt. Zur Frage der Zulässigkeit von Publikumspreisempfehlungen hätte zudem auch die Preisbekanntgabeverordnung Vertrauen geschaffen. Insbesondere habe der Fall "Scott Bikes" als einziges "Präjudiz der Vorinstanz" berechtigtes Vertrauen in die Zulässigkeit ihrer Preisempfehlungen geschaffen. Insofern könne ihr ihr Verhalten nicht vorgeworfen werden, was eine Sanktion ausschliesse. Im Eventualstandpunkt schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die ihr auferlegte Sanktion sei falsch berechnet worden. Wenn überhaupt vorhanden, sei ihr Verschulden sehr gering. Eine Verletzung hätte weder einen negativen Einfluss auf die Einzelhandelspreise gehabt noch die Konsumenten geschädigt. Sie sei an einem hohen Einhaltungsgrad der Empfehlungen nicht interessiert. Auch sei die Bedeutung des relevanten Marktes im Vergleich zum Volumen anderer Medikamente gering. Daher wäre höchstens eine symbolische Sanktion angemessen.

#### 4.

Vorab umstritten ist, ob und, wenn ja, inwiefern die von der Beschwerdeführerin für nicht bindend erklärten Publikumspreisempfehlungen für Cialis den Wettbewerb auf dem für relevant erachteten Markt überhaupt im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu *beschränken* (bzw. eine allfällige Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken) vermochten.

**4.1** Kartellgesetzlich bedeutsame Sachverhalte lassen sich nur dann sachgerecht beurteilen, wenn die als schutzwürdig zu erachtenden *Wettbewerbsverhältnisse* klar bestimmt werden. Zu deren ökonomischen Wesensmerkmalen und zu den Möglichkeiten, Wettbewerb zu beeinträchtigen, bestehen in Lehre und Praxis zahlreiche, bisweilen einander ausschliessende Auffassungen, welche die ökonomische Normoffenheit und damit die dogmatisch-ökonomische *Unschärfe* des kartellgesetzlichen Schutzbütes "Wettbewerb" widerspiegeln (vgl. Urteil B-364/2010 vom 13. Dezember 2013, in: WuW 2/2014, 227 ff., E. 6.2.1, insb. E. 6.2.1.1 f. mit Verweis auf HELGE PEUKERT, Das Wettbewerbskonzept der EU aus Sicht der Wirtschaftswissenschaften, in: Blanke/Scherzberg/Wegner, Dimensionen des Wettbewerbs, Tübingen 2010, S. 81 ff.).

Fest steht immerhin, dass Wettbewerb nicht Selbstzweck ist, sondern immer der Verwirklichung des *Gemeinwohls* dienen muss (PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, Rz. 111 f.; vgl. für dieselbe Lage in der EU HERMANN-JOSEF BLANKE/ALEXANDER THUMFART, Generalbericht, in: Blanke/Scherzberg/Wegner, a.a.O., S. 22; MASSIMO MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, 12. Aufl., Cambridge/New York 2009, S. 14).

Unstrittig ist auch, dass sich Wettbewerb – verstanden als ökonomischer Prozess – wesensgemäß *immer* auf einem sachlich, räumlich und allenfalls zeitlich genau zu *umgrenzenden Markt* abspielt (MARC AMSTUTZ/BENOIT CARON/MANI REINERT, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013 [CR-Concurrence], Rz. 110, 220 zu Art. 5 KG; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum Kartellgesetz [BSK-KG], Basel 2010, Rz. 90, 99, 580 zu Art. 5 KG): Auf diesem vermag sich der zu schützende Wettbewerb dann – je nach Eigenart und Wirkweise der ihn prägenden Einflussfaktoren – in ganz unterschiedlicher *Intensität* zu entfalten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007 i.S. 20 Minuten E. 6.6 in Bestätigung des Beschwerdeentscheids der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006, a.a.O., E. 7.2).

**4.2** Sind, wie hier, im rein *vertikalen* Verhältnis die Eigenart sowie das Ausmass angeblich wettbewerbsschädigender Handlungen beziehungsweise deren kartellrechtliche Zulässigkeit strittig, legt die Vorinstanz die ihren Überlegungen zu Grunde liegende *Marktabgrenzung* in der Regel erst im Rahmen einer allfälligen Umstossung der Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG dar, nämlich dann wenn sie die *Intensität* des Wettbewerbs im Rahmen von Art. 5 KG prüft (vgl. Verfügung Rz. 165 ff.); dies erst *nachdem* sie vorgängig das Bestehen einer *Abrede* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG festgestellt hat (vgl. Verfügung Rz. 93 ff.).

Entgegen diesem systematisch grundsätzlich nicht zu beanstandendem Prüfungsablauf sprechen hier die dogmatischen Unsicherheiten zur rechtlichen Fassung und Würdigung *unverbindlicher Preisempfehlungen* (Verfügung Rz. 101-104; ESTERMANN, a.a.O., S. 171 ff., 288 ff.) zusammen mit den komplexen Prüfungsastern der Vertikalbekanntmachungen jedoch für eine *vorgängige Darstellung der Marktverhältnisse*, das heisst der hier massgeblichen Marktabgrenzung sowie der sie bestimmenden rechtlichen Rahmenordnung.

**4.3** In diesem Zusammenhang verwirft die Beschwerdeführerin bereits die vorinstanzliche Marktabgrenzung gänzlich und bezweifelt, ob diese überhaupt irgendwelche verlässliche Aussagen zur wettbewerblichen Bedeutung der strittigen Empfehlungen geschweige denn zu deren Einwirkungsmöglichkeiten auf den angeblich beeinträchtigten Intrabrand Preiswettbewerb für Cialis erlaube (Beschwerde Rz. 85, 113 ff., 214 ff.), insbesondere wenn bei einer umfassenderen Marktabgrenzung der starke Restwettbewerb berücksichtigt würde (Beschwerde Rz. 113 ff., 227 ff.). In diesem Sinne macht die Beschwerdeführerin geltend, die strittigen Empfehlungen hätten als wettbewerbsneutral wirkende (und damit zulässige) Höchstpreisempfehlungen (Beschwerde, Rz. 216 ff., 261 ff.) höchstens zu einem erlaubten Parallelverhalten führen können, wenn das spezifische Marktumfeld sowie die rechtliche Rahmenordnung ökonomisch zutreffend gewürdigter worden wären. Insofern *bestreitet* die Beschwerdeführerin bereits im Ansatz, dass hier überhaupt eine *wettbewerbsbeschränkende Abrede* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen könnte (Beschwerde, Rz. 34-105).

**4.4** Angesichts dieser Kritik hat eine Vorwegprüfung der Marktabgrenzung den grossen Vorteil, dass darin auch eine der Grunderkenntnisse der Volkswirtschaftslehre früh einfließen kann, wonach sich ökonomische Sachverhalte nur dann sachgerecht würdigen lassen, wenn tatsächliche Umstände und individuelle Verhaltensweisen im Lichte der sachlich und

rechtlich prägenden Rahmenordnung *gleichzeitig* berücksichtigt werden (vgl. BERNARD GUERRIEN/OZGUR GUN, Dictionnaire d'analyse économique, 4. Aufl., Paris 2012, S. 262):

*"L'analyse des faits économiques et sociaux, qu'elle soit « empirique » ou « purement théorique », nécessite de prendre en compte à la fois les comportements individuels et les « structures » dans lesquelles ils s'insèrent. Les structures préexistent à ces comportements (...)."*

In diesem Sinne erachtet auch das Bundesgericht die Auswirkungen der medizin- und heilmittelrechtlichen Rahmenordnung sowie der tatsächlichen Umstände als bedeutsam: Entgegen der in der angefochtenen Verfassung (Rz. 4) sehr vage umschriebenen Ansicht, die Preise von Hors-Liste Medikamenten müssten sich ganz natürlich durch den "funktionierenden Marktmechanismus" ergeben, hat die gesetzliche Rahmenordnung einen – von der Vorinstanz nicht angemessen berücksichtigten – Einfluss auf die Wettbewerbsverhältnisse, indem der Wettbewerb "weniger breit" ist (so das Bundesgericht wörtlich in BGE 141 II 66 E. 4.2.3, E. 4.2.5; vgl. RETO JACOBS, Entwicklungen im Kartellrecht, in: SJZ 111 [2015] S. 229 ff., S. 233; vgl. fürs Europäische Recht gleich: DANIEL ZIMMER, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2012 [Kommentar EU-Kartellrecht], N. 278 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV, wonach rechtsprechungsgemäß bei der Beurteilung der Wirkungen einer Vereinbarung der wirtschaftliche und rechtliche Gesamtzusammenhang zu berücksichtigen sei, in den die konkrete Vereinbarung eingebettet ist).

## 5.

Der Begriff des *relevanten Marktes* wird im Kartellgesetz nicht definiert. Eine Definition, welche für Unternehmenszusammenschlüsse, für Wettbewerbsabreden und das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen gilt und für die Beurteilung hier massgeblich ist (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.1), steht in Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschüssen (VKU, SR 251.4):

Nach dessen Bst. a umfasst der *sachliche* Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Demnach erfolgt die Definition des sachlichen Marktes aus Sicht der Marktgegenseite. Deren Optik ist dafür massgebend, ob Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob die

Nachfrager diese hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachten. Entscheidend ist die funktionelle Austauschbarkeit (sog. Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1, BGE 129 II 18 E. 7.3.1; BVGE 2011/32 E. 9.1).

Der *räumliche* Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

**5.1** Als relevant bezeichnet die *Vorinstanz* den schweizerischen Markt der oral einzunehmenden Medikamente gegen erektilen Funktionsstörungen mit den "Produkten" Cialis, Levitra und Viagra:

**5.1.1** Laut Vorinstanz stehen den Pharmaunternehmen und den "Verkaufsstellen" als Marktgegenseite diejenigen Patienten gegenüber, welche an Erektionsproblemen leiden und deshalb ein Bedürfnis nach Erektionsmitteln hätten. Der sachlich relevante Markt sei nach dem *Anatomical Therapeutic Chemical Classification Index* (ATC-Klassifikation) abzugrenzen. Seit 2008 bildeten Arzneimittel gegen Erektionsstörungen eine eigene ATC-3-Kategorie mit den PDE-5-Hemmern *Cialis* (Wirkstoff Tadalafil), *Levitra* (Wirkstoff Vardenafil), *Viagra* (mit dem Wirkstoff Sildenafil), *Caverject/Caverject DC* bzw. *Muse* (Wirkstoff Alprostadium). Die Behandlung von Erektionsstörungen mit oral einzunehmenden Arzneimitteln habe Therapiealternativen (wie z.B. das zu injizierende *Caverject*, Vakumpumpen) zurückgedrängt. Insbesondere *psychosexuelle* Therapien (bei Versagensangst, Partnerschaftskonflikten, Depressionen), *Hormontherapien* oder *chirurgische* Eingriffe seien zwar ebenfalls nur bei fachärztlich diagnostizierter Erkrankung indiziert, bildeten aber keine Alternativen. Der behandelnde Arzt, der die individuelle Patientensituation beachten und die mildeste Therapie verschreiben müsse, wähle meist Cialis, Levitra und Viagra. Erst beim Scheitern der Behandlung kämen Alternativen in Frage.

Diese Arzneimittel würden vorrangig über Apotheken, in zweiter Linie über selbstdispensierende Ärzte vertrieben. Zusätzlich könnten diese Medikamente auch im Internet gekauft werden; dieser inoffizielle Vertriebsweg sei allerdings rechtlich umstritten. Aus Sicht der Nachfrager sei zwar der relevante Markt lokal, aber trotzdem national abzugrenzen (ohne Berücksichtigung grenznaher ausländischer Apotheken, deren Preise von Cialis, Levitra und Viagra die Konsumenten nicht besonders interessieren dürften). Entgegen der Beschwerdeführerin und Pfizer (Fertigung Rz. 196 f.), die

legale wie auch illegale Internetkäufe sowie Importe für den Eigengebrauch berücksichtigen wollen, sei der Markt nicht international. Der Kauf über das Internet dürfe nicht berücksichtigt werden, da dieser die Pharmaunternehmen nicht unter Druck setze. Der massgebliche Wettbewerb spiele einzig zwischen Verkaufsstellen, welche die drei Medikamente über offizielle Vertriebskanäle bezögen. Ungezetzliche Vertriebskanäle seien keine Alternative zum heilmittelrechtlich zugelassenen Kauf in Apotheken oder "per Versandapotheke" und gehörten nicht zum relevanten Markt. Illegale, bei nicht zugelassenen Stellen und ohne Rezepte erfolgende Internetkäufe seien für den um seine Gesundheit besorgten "Nachfrager" keine Alternative, da ein Verzicht auf ärztliche Untersuchung risikoreich sei und die grosse Gefahr bestehe, gesundheitsschädliche Fälschungen zu erhalten.

**5.1.2 Die Beschwerdeführerin** widerspricht: Die Vorinstanz habe trotz entsprechender Rügen zu Unrecht entscheidwesentliche Besonderheiten des Marktes für verschreibungspflichtige Medikamente zur Behandlung der erektilen Dysfunktion ausgeblendet. Ohne diese Besonderheiten lasse sich die Wirkung der Publikumspreisempfehlungen von Cialis gar nicht verstehen. Vorab könnten Cialis, Levitra und Viagra nicht mit Konsumgütern wie z.B. Zahnpasta verglichen werden, die ein Konsument ohne weiteres aufgrund seiner Vorlieben und des tiefsten verfügbaren Preises kaufen könne. Vielmehr verschreibe der Arzt dem Patienten das Medikament nach sorgfältiger Diagnose, welche die Wirksamkeit des Medikamentes, seine Sicherheit hinsichtlich Nebenwirkungen sowie Gegenindikationen berücksichtigte. Vor diesem Hintergrund umfasse der Produktmarkt nicht nur die drei oralen Medikamente zur Behandlung erektiler Dysfunktion. Auch andere Behandlungsmethoden seien in den Augen von "ED-Patienten" substituierbar, insbesondere Caverject und Muse. Unterschiedliche Patienten bevorzugten unterschiedliche Produkte aus Gründen wie Verlässlichkeit, Sicherheit, Erektionsdauer, Flexibilität (entsprechend ihrer sexuellen Aktivität). Zudem reagierten Patienten auf Behandlungsmethoden unterschiedlich und es könnten verschiedene Nebenwirkungen auftreten, weshalb unterschiedliche Therapieformen benötigt würden. Des Weiteren sei für die geschätzten 30 % von Fällen, denen eine psychischen Ursache zu Grunde liege, und die zusätzlichen 20 %, die sowohl auf organischen als auch psychischen Ursachen beruhten, auch Psychotherapie eine substituierbare Behandlungsweise. Importe von ED-Medikamenten übten auf die Hersteller von ED-Medikamente wesentlichen Wettbewerbsdruck aus. Gemäss Swissmedic habe rund ein Drittel (32 %) aller illegalen Arzneimittelimporte im Jahr 2008 ED-Medikamente betroffen. Illegale Importe von ED-Medikamenten machten mindestens 20 % (vermutlich sogar noch mehr) der Grösse des legalen

Marktes für ED-Pillen aus. Das erhebliche Ausmass von Importen wirke sich auf die Hersteller als zu berücksichtigender Wettbewerbsdruck aus und zwar unabhängig von der rechtlichen Zulässigkeit solcher Importe. Es treffe nicht zu, dass die zunehmend wichtige Rolle von Internet-Importen nicht berücksichtigt werden könne, da solche Importe illegal oder angeblich schwer zu messen seien, wie die Vorinstanz behauptete. Denn für ein Unternehmen sei einzig entscheidend, ob (und wieviel) sein Umsatz bei einer Preiserhöhung verringert werde. Unerheblich sei, ob Konsumenten bei einer Preiserhöhung weniger konsumierten oder aber den Bedarf vermehrten durch andere (möglicherweise illegale) Mittel deckten. Deshalb müssten auch illegale Käufe berücksichtigt werden. Zudem unterscheide die Vorinstanz nicht zwischen legalen Privatimporten und möglicherweise illegalen Importen von ED-Medikamenten. Sie vermisste deshalb z.B. gefälschte Produkte mit authentischen, von einem Patienten importierten (für welche Swissmedic eine Zulässigkeitsschwelle von 20 Pillen pro Import festgesetzt habe). Schliesslich rechtfertigten praktische Schwierigkeiten bei der Analyse des Ausmasses illegaler Importe es nicht, solche Importe insgesamt zu ignorieren. Vielmehr müssten alle Importformen bei der Wettbewerbsanalyse berücksichtigt werden. In diesem Zusammenhang betont die Beschwerdeführerin, die Marktforschung zeige, dass der Kauf von ED-Medikamenten heute immer noch mit einem gewissen "Schamfaktor" verbunden sei, insbesondere für jüngere Männer und Männer mittleren Alters. Deshalb würden Patienten häufig ihre lokale Apotheke meiden und 30-40 km reisen, um das Medikament anonym beziehen zu können, oder das Medikament werde einfach im Internet gekauft. Wegen des Diskretionsbedürfnisses sei es auch unwahrscheinlich, dass Patienten die Preise der Apotheken vergleichen würden, um den günstigsten Bezugsort ausfindig zu machen. Denn dafür müssten sie mehrfach ihre eigene "Unzulänglichkeit" enthüllen.

**5.2** Wie auch die Vorinstanz sich selbst widersprechend, in der angefochtenen Verfügung in anderem Zusammenhang, zu Recht einräumt, muss sich der "Konsument bzw. Patient" bevor er ein Medikament zur Behandlung erektiler Dysfunktion erwerben kann, von einem Arzt untersuchen lassen (Verfügung Rz. 280). Dieser entscheidet, welches Medikament verschrieben wird, auch wenn der Patient ein Mitspracherecht bei der Wahl der Behandlungsmethode haben dürfte (Verfügung Rz. 81).

Somit trifft der Standpunkt der Vorinstanz, wonach die (an Erektionsproblemen leidenden) Patienten *alleine* die "Marktgegenseite" der Pharmaunternehmen und der Verkäufer bildeten (Verfügung Rz. 166), nicht zu, wenn die *entscheidende Rolle des verschreibenden Arztes* berücksichtigt und

veranschlagt wird, dass der Patient eben *nicht* einfach *unmittelbar* nur als "Konsument" eines Konsumproduktes den entsprechenden "Anbietern" beziehungsweise "Verkaufsstellen" (Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten) gegenüber tritt.

**5.3** Demnach ist für die sachliche Marktbegrenzung nach Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU vom Therapiebedürfnis des an Erektionsproblemen leidenden Patienten auszugehen, der zum Arzt geht, um nach einer gründlichen Untersuchung einen Therapievorschlag zu erfahren (unter Darlegung allfälliger Behandlungsrisiken und allfälliger Alternativen). Dabei handeln Ärzte bei rezeptpflichtigen Präparaten als "Verbrauchsdisponenten" ihrer Patienten (vgl. PETER HEER, Zum Begriff des "wirksamen Wettbewerbs" am Beispiel des Pharmamarktes, in: Schürmann [Hrsg.], Probleme des Kartellverwaltungsrechts, 1991, S. 123) und besitzen als akkreditierte Gesundheitsspezialisten das Verschreibungsmonopol für rezeptpflichtige Medikamente.

**5.4** Die Vorinstanz spricht den selbstdispensierenden und den ebenfalls wettbewerbswidriger Praktiken bezüglichen Ärzten eine ökonomisch wichtige Rolle beim Verkauf rezeptpflichtiger "ED-Medikamente" zu. Diese seien an Massnahmen zur Steigerung des *eigenen* Medikamentenabsatzes interessiert, da pharmazeutische Unternehmen ihre Produkte "mit ihnen" verkauften (Verfügung Rz. 253). Damit scheint die Vorinstanz anzudeuten, bei der Behandlung von Patienten würde der Entscheid über die Verwendung verschreibungspflichtiger Arzneimittel nicht vorrangig nach am Patientenwohl orientierten Überlegungen gefällt, sondern massgebend seien die finanziellen Eigeninteressen des Arztes.

Die Beschwerdeführerin hält diese Sicht für gänzlich unzutreffend.

**5.4.1** Rechte und Pflichten der Ärzte sind an ein rigoroses System von Zulassungen, Bewilligungen und weiteren Vorschriften gebunden (vgl. BALZ HÖSLY, Arzt und Politik, in: Kuhn/Poledna [Hrsg.], Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 66). Damit soll sichergestellt werden, dass Ärzte über die notwendigen fachlichen Qualifikationen verfügen, ihre Kenntnisse gewissenhaft anwenden und die mit dem Arztberuf verbundene hohe Verantwortung wahrnehmen (vgl. THOMAS EICHENBERGER/MARIO MARTI/PHILIPP STRAUB, Die Regulierung der Arzneimittelwerbung, recht 2003/6, S. 233). Daher sind Ärzte keine "gewöhnliche" Gewerbetreibende (PAUL RICHLI, Instrumente des Gesundheits- und Lebensmittelschutzes im neuen Heilmittelgesetz, AJP 3/2002, S. 347 Fn. 49). Dies zeigt sich insbesondere am – in Art. 40 des Medizinalberufegesetzes vom 23. Juni 2006

(MedBG, SR 811.11) verankerten – Grundsatz, wonach Ärzte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft ausüben und nach Art. 40 Bst. e MedBG ausschliesslich die Interessen ihrer Patienten wahren und unabhängig von finanziellen Vorteilen handeln müssen (GIOVANNI MAIO, Geschäftsmodell Gesundheit – Wie der Markt die Heilkunst abschafft, 2. Aufl. 2016, S. 89 f., 119). So schuldet der Arzt dem Kranken/Verunfallten eine Behandlung nach den Regeln ärztlicher Kunst (MAIO, a.a.O., S. 54, 81, 103, 112 f., 121 ff., 149 ff.), wobei er oft über einen Entscheidungsspielraum verfügt, wenn mehrere Heilbehandlungen in Frage kommen (MAIO, a.a.O., S. 26 f., 58 f., 116).

**5.4.2** Bei der Behandlung erlauben kantonale Gesundheitsgesetze regelmässig allen Ärzten die unmittelbare Anwendung von Heilmitteln sowie deren Abgabe in Notfällen, bei Hausbesuchen und bei der Erstversorgung. Hingegen ist die Führung einer Privatapotheke und der Verkauf von Medikamenten anstelle der Ausstellung eines Rezepts (sog. *Selbstdispensation*) nicht in allen Kantonen anerkannt (vgl. EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., S. 461).

Laut Bundesgericht ist der Schutz der Apotheken vor Konkurrenz durch Ärzte im öffentlichen Interesse an einer breiten regionalen Streuung der Apotheken und an einer optimalen Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten (BGE 111 Ia 184, BGE 119 Ia 433, Urteil des BGer 2P.52/2001 vom 24.10. 2001). In BGE 131 I 205 wird betont, die Regelungen der Selbstdispensation beträfen nicht den Kern ärztlicher Tätigkeit, sondern nur einen potenziellen *Nebenbereich*. Dieser müsse angesichts der Aufgabenteilung zwischen Ärzten und Apothekern von untergeordneter Bedeutung bleiben und dürfe *nicht zu einem wichtigen Teil der ärztlichen Erwerbstätigkeit werden* (a.a.O., E. 3.2).

**5.4.3** Die *auftragsrechtliche Treuepflicht* – als Teil der Therapie – verpflichtet den Arzt, seinen Patienten umfassend *aufzuklären* (Art. 398 Abs. 2 OR; MAIO, a.a.O., S. 41, 67 f., 70 f., 105). Er ist insbesondere verpflichtet, den Patienten über die *Kosten* eines teuren, von der Krankenversicherung nicht gedeckten Eingriffs oder eines nicht rückvergüteten Heilmittels aufzuklären (vgl. FELLMANN, a.a.O., S. 127, 132 f.).

**5.5** Das komplexe Rechtsverhältnis, in das Ärzte und Patienten bei Heilbehandlungen eingebunden sind, zeigt, dass ausgehend vom Therapiebedürfnis des Patienten – entgegen der Vorinstanz – lediglich der behan-

deinende Arzt als diejenige "Marktgegenseite" zu erachten ist, deren Perspektive als entscheidend betrachtet werden kann, um die Frage zu beantworten, welche Behandlungsmethode mit einer medikamentösen PDE-5-Inhibitor-Therapie allenfalls substituierbar ist. Denn es liegt in seiner Verantwortung für die jeweils individuelle Patientensituation mit Blick auf das Therapieziel das bestgeeignete Präparat und die beste Therapieform auszuwählen (HEER, a.a.O., S. 123; MAIO, a.a.O., S. 121 ff., 158 ff.).

**5.6** Hierbei fallen die einzelnen Patienten – je nach festgestelltem Krankheitsbefund und der dafür konkret angezeigten Behandlung – in verschiedene, voneinander zu unterscheidende "Nachfragegruppen" (zustimmend: SAMUEL SCHWEIZER, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von [exklusivem] Direktvertrieb bei Arzneimitteln, in: Jusletter 6. Juli 2015, S. 6 mit Verweis auf das Urteil des BVGer B-364/2010, a.a.O., E. 5.4.3.2; vgl. auch CLAUDIA SONTOWSKI, Viagra im Alltag – Praktiken der Männlichkeit, des Körpers und der Sexualität, Wiesbaden 2016, S. 122 ff., 147 f., 178). Dies wiederum erlaubt in Übereinstimmung mit der Vorinstanz durchaus den Schluss, wenn bei erektilen Funktionsproblemen eine Therapie grundsätzlich mit oral einzunehmenden ED-Arzneien diagnostisch indiziert sein sollte, eine entsprechend zu therapierende Nachfragegruppe auszuscheiden, was vorliegend den sachrelevanten Markt auf PDE-5-Hemmer einschränkt.

Diese Sicht stimmt mit PETER HEER überein, der anmerkt, dass pro Therapiegruppenteilmärkt in der Regel unterschiedliche Wirksubstanzen und Therapieverfahren im Wettbewerb stehen können, nachdem die Nachfrage bei rezeptpflichtigen Arzneimitteln insofern funktional aufgespaltet ist, als der Arzt nach seiner Diagnose das therapiewirksamste Präparat auswählt und der Patient es für seine Heilbehandlung einnimmt (HEER, a.a.O., S. 122 f.). Insofern spielt bei Arzneimitteln der Wettbewerb innerhalb derjenigen Produkte, die ärztlich-indikatorisch (d.h. aus Sicht des sachkundigen Arztes) als äquivalent anzusehen sind (HEER, a.a.O., S. 127 Fn. 13, m.w.H.).

Im Lichte dieser Überlegungen ist der Standpunkt der Vorinstanz nicht zu beanstanden, dass neben der Oralmedikamentation (mit Cialis, Levitra und Viagra) allfällige Behandlungsalternativen, wie psychosexuelle Therapien sowie Hormontherapien oder chirurgische Eingriffe, nicht als nahe Substitute der drei obgenannten PDE-5-Hemmer gelten können.

**5.7** Offenzulassen ist jedoch die von der Vorinstanz zur Charakterisierung von Cialis als "*Life Style-Medikament*" (Verfügung Rz. 81, 280) angeschnittene und heftig umstrittene Frage, unter welchen Voraussetzungen eine "Erektionsstörung" überhaupt als "regelwidriger Krankheitszustand" im Sinne des Krankheitsbegriffs von Art. 1a Abs. 2 Bst. a KVG (SR 832.10) anerkannt werden könnte (vgl. Art. 3 ATSG, SR 830.1). Sie beträfe die hier *nicht* zu diskutierende Frage, ob Cialis in die Spezialitätenliste (vgl. A.a) aufgenommen und damit krankenversicherungsrechtlich vergütungspflichtig werden könnte (vgl. BGE 129 V 32 E. 4.2.3), was das hier strittige Wettbewerbsproblem gänzlich entfallen liesse.

Anzumerken bleibt, dass Pfizer im Jahre 1998 mit der Markteinführung des weltweit ersten ED-Medikaments Viagra (auch) in der deutschsprachigen Öffentlichkeit die (destigmatisierende) Bezeichnung "Erektile Dysfunktion" (anstelle des pejorativ besetzten Begriffs "Impotenz") etabliert und seither die öffentliche Wahrnehmung von ED-Medikamenten als angeblich "natürliche" Hilfs- und Heilmittel aktiv aufgebaut hat. Dadurch konnte sich der ED-Arzneimarkt erst bilden und – mit fortschreitender Medikalisierung von Sexualität, Altern und Männlichkeit, insbesondere auch durch Erschliessung neuer Nutzergruppen – stark wachsen (SONTOWSKI, a.a.O., S. 83, 87 f., 111, insb. zur "quick-fix pill culture").

**5.8** Ein gewisser "Lifestyle-Konsumaspekt" kann Cialis jedoch trotz einiger Wertungsunsicherheiten nicht abgesprochen werden (gl. M. SONTOWSKI, a.a.O., S. 13, 17, 85). Im vorliegenden Fall ist dies in zweierlei Hinsicht von Bedeutung:

Zum einen insofern, als der Patient es grundsätzlich in der Hand hat, wie oft er eine verschriebene Cialis-Pille einnehmen will, was, verglichen mit "normalen" medizinischen Behandlungsverhältnissen, untypisch ist. Deshalb vermag die jeweils konkrete Preishöhe von Cialis durchaus das Nachfrage- beziehungsweise "Konsum"-Verhalten zu beeinflussen (vgl. SONTOWSKI, a.a.O., S. 196 f., 204 f., 207). Darauf ist nachfolgend zurückzukommen (vgl. E. 9.5).

Zum anderen ist dieser Aspekt beziehungsweise die sich daraus ergebende grundsätzliche Heterogenität der Nutzergruppen bei der sachlichen Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Die Käuferschaft von Cialis – wie auch von allen anderen gleichwirkenden PDE-5-Hemmern – ist nämlich grundsätzlich zweigeteilt:

Die eine Gruppe nimmt solche Arzneien im Rahmen einer *Krankheitsbehandlung* ein, bei der Nebenwirkungen sowie Kontraindikationen mitberücksichtigt werden müssen (vgl. ERNST MUTSCHLER/GERD GEISSLINGER/HEYKO K. KROEMER/SABINE MENZEL/PETER RUTH, Arzneimittelwirkungen, 10. Aufl., Stuttgart 2013, S. 525; KURT LANGBEIN/HANS-PETER MARTIN/HANS WEISS, Bittere Pillen – Nutzen und Risiken der Arzneimittel, 79. Aufl. 2010, Kap. 18.8.1, S. 939; PETER C. GÖTZSCHE, Tödliche Medizin, 2. Aufl., München 2015, S. 205; PSYCHREMBEL, Klinisches Wörterbuch, 262. Aufl., Berlin/New York 2010, S. 605 f.; SONTOWSKI, a.a.O., S. 197 ff.).

Die andere Gruppe verwendet PDE-5-Hemmer als Genussmittel oder als Partydroge (vgl. SONTOWSKI, a.a.O., S. 66, 139 f., 178 f., 197, 200 f., 208 f., mit zahlreichen Beispielen).

Während die Nachfrage der ersten Gruppe nach ärztlicher Konsultation und entsprechender Verschreibung oder direkter Abgabe durch den Arzt auf dem legalen Markt befriedigt wird, ist davon auszugehen, dass ein wesentlicher Teil der zweiten Gruppe, da keine medizinische Indikation und damit auch kein entsprechendes Rezept vorliegt, PDE-5-Hemmer (meist im Internet) billig im Ausland einkauft beziehungsweise (unerlaubt) importiert (vgl. SONTOWSKI, a.a.O., S. 204 ff.) und somit aus Quellen bezieht, für welche die hier zu beurteilenden Preisempfehlungen ohne Belang sind.

Die zweite Gruppe ist somit offensichtlich auf einem anderen Markt aktiv, da sie ihre Nachfrage im Inland wegen der hier herrschenden Rezeptpflicht weder stillen noch substituieren kann und bereit ist, auch auf illegale Quellen zu greifen.

Die Vorinstanz hat somit diese Käufergruppe respektive diesen Markt zu Recht nicht mitberücksichtigt.

**5.9** Auch der von der Vorinstanz national abgegrenzte räumlich relevante Markt lässt sich nicht beanstanden. Dazu kann auf die entsprechenden zutreffenden Erwägungen verwiesen werden (Verfügung Rz. 190-199; vgl. auch Verfügung Rz. 236 ff. zum Preisniveau im nahen Ausland).

**5.10** Für die nachfolgenden Erwägungen ist somit der auf die *Schweiz beschränkte legale Verkaufsmarkt für Cialis* massgebend, zumal der Beschwerdeführerin einzig die angebliche Ausschaltung des Intrabrand Preiswettbewerbs bei *Cialis auf diesem Markt* vorgeworfen wird.

## 6.

Die *rechtliche Rahmenordnung* des soeben umschriebenen Marktes wird nicht nur von medizinalrechtlichen Gesichtspunkten sondern auch von einem absolut wirkenden *Publikumswerbeverbot* geprägt:

**6.1** Nach Art. 32 Abs. 2 Bst. a des Heilmittelgesetzes vom 15. Dezember 2000 (HMG, SR 812.21) ist Publikumswerbung für Arzneimittel, die nur auf ärztliche Verschreibung hin abgegeben werden dürfen, verboten, da nicht sachgerecht in Verkehr gebrachte Heilmittel *die öffentliche Gesundheit erheblich gefährden können* (BGE 141 II 66 E. 3.3.4).

Mit diesem Verbot soll verhindert werden, dass Patienten zu viele oder nicht die bestmöglichen Arzneien einnehmen (BGE 123 I 201 E. 4; URS JAISLI, in: Eichenberger/Jaisli/Richli [Hrsg.], Basler Kommentar zum Heilmittelgesetz, Basel/Genf/München 2006, N. 46 zu Art. 31 HMG): Insbesondere soll verhindert werden, dass sich Patienten bei Krankheiten, die ärztlicher Diagnose und Therapie bedürfen, selbst behandeln oder wegen solcher Werbung vom Arzt bestimmte Arzneimittel verlangen (BGE 141 II 66 E. 3.3.3, E. 4.2.1). Mit dem Schutz der öffentlichen Gesundheit wird die Bekämpfung eines missbräuchlichen Konsums therapeutischer Substanzen angestrebt (BGE 123 I 201 E. 5a), um deren zweckentsprechende und massvolle Verwendung sicherzustellen.

Arzneimittelwerbung ist *kommerzielle Kommunikation* (BGE 125 I 417 E. 3a; URSULA EGGENBERGER STÖCKLI, Arzneimittel-Werbeverordnung, Bern 2006, Rz. 9 zu Art. 2 AWV): Dazu gehören nach Art. 2 Bst. a der Arzneimittel-Werbeverordnung vom 17. Oktober 2001 (AWV, SR 812.212.5) alle Massnahmen zur Information, Marktbearbeitung und Schaffung von Anreizen, welche zum Ziel haben, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf, den Verbrauch oder die Anwendung von Arzneimitteln zu fördern (EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., Rz. 8 ff. zu Art. 2 AWV).

Nach Art. 2 Bst. b AWV gilt als *Publikumswerbung* die Arzneimittelwerbung, die sich an Nicht-Fachleute richtet. Sie umfasst nach Art. 15 AWV (a.) Anzeigen in Zeitungen, Zeitschriften, Büchern, Prospekten, Plakaten, Rundbriefen; (b.) Werbung auf Gegenständen; (c.) Anpreisungen mittels Einsatzes audiovisueller Mittel und anderer Bild-, Ton- und Datenträger und Datenübermittlungssysteme, wie z.B. im Internet; (d.) Anpreisungen bei Hausbesuchen und Vorträgen vor Laien; (e.) Anpreisungen in Arztpraxen/Tierarztpraxen sowie an den Abgabestellen (Schaufenster, Behälter für Verkaufsware usw.) sowie (f.) die Abgabe von Mustern.

Das Publikumswerbeverbot gilt allgemein für alle, die ein Arzneimittel beim Publikum bewerben könnten (JAISLI, a.a.O., Rz. 32 zu Art. 31 HMG).

Nach Art. 21 AWV ist insbesondere unzulässig: (a.) das Bewerben von Indikationen oder Anwendungsmöglichkeiten, für die es eine ärztliche (...) Diagnose oder Behandlung braucht; (b.) jede aufdringliche, marktschreierische Werbung; (c.) Werbung, die den Anschein erweckt, es handle sich um einen redaktionellen Beitrag; (...).

Davon zu unterscheiden ist die nach Art. 31 Abs. 1 Bst. a HMG auch für verschreibungspflichtige Arzneien grundsätzlich zulässige *Fachwerbung*. Diese wendet sich an zur Verschreibung, Abgabe oder zur eigenverantwortlichen beruflichen Anwendung von Arzneimitteln berechtigte Fachpersonen (Art. 2 Bst. c AWV).

Nicht als Werbung gelten nach Art. 1 Abs. 2 Bst. c AWV alle allgemeinen Gesundheits- oder Krankheits-Informationen, sofern sie sich weder direkt noch indirekt auf bestimmte Arzneien beziehen (wie z.B. Packungsmaterial oder Arzneimittelinformation).

**6.2** Das umfassende Publikumswerbeverbot verbietet Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten, verschreibungspflichtige Arzneien zu bewerben und in Werbemedien mit Preis- oder Sachinformationen auf das eigene Angebot aufmerksam zu machen, um sich dadurch von der "Konkurrenz" wettbewerblich abzuheben beziehungsweise als "bessere Geschäftspartner" zu positionieren, wenn sie mit günstigeren Preisen auf sich aufmerksam machen wollen (vgl. Urteil B-364/2010, a.a.O., E. 7.3.2.2.3 bestätigt in BGE 141 II 66 E. 4.2.3).

Damit lässt das Werbeverbot die Markttransparenz für solche Medikamente entfallen oder schränkt sie zumindest stark ein. Insofern führt das Publikumswerbeverbot für Cialis nach der informationsökonomischen Werbe-Theorie sogar zu "negativer Markttransparenz" (BURKHART MENKE, Die moderne, informationsökonomische Theorie der Werbung und ihre Bedeutung für das Wettbewerbsrecht, dargestellt am Beispiel der vergleichenden Werbung, GRUR 1993, S. 718 ff.).

Die im Vorfeld von Kaufentscheidungen für alle Nachfrager von Wirtschaftsgütern wichtige *Suche nach Preisinformationen* (vgl. SEBASTIAN VAN BAAL, Das Preissuchverhalten der Konsumenten – Ein verhaltensökonomisches Erklärungsmodell auf der Basis der Theorie des Anspruchsniveaus, Köln 2011, S. 1) setzt indessen Markt- bzw. Preistransparenz voraus (vgl.

dazu JOCHEN SCHUMANN/ULRICH MEYER/WOLFGANG STRÖBELE, Grundzüge der mikro-ökonomischen Theorie, 9. Aufl., Berlin 2011, S. 216). Bei idealtypischer *Preistransparenz* kennen alle Marktteilnehmer vollständig, zutreffend und aktuell die jeweils angebotenen Leistungen und deren Preise. Ökonomisch betrachtet verschärft eine hohe Preistransparenz für die Anbieter die Risiken, die mit zu hoch festgesetzten Preisen verbunden sind, da hohe Preistransparenz zu vermehrter Preisflexibilität führt, indem Preisveränderungen von Konkurrenten schnell marktwirksam werden.

Wie hoch der Grad an Preistransparenz auf einem Absatzmarkt tatsächlich ist, hängt wesentlich vom Umfang der Werbemöglichkeiten für die abzusetzenden Produkte ab sowie von einem allfälligen Aufwand für die nachfrageseitige Informationsbeschaffung. Insofern sind die Werbemöglichkeiten für die Markt- wie auch Preistransparenz ganz entscheidend (SCHUMANN/MEYER/STRÖBELE, a.a.O., S. 216).

Auch wenn Apotheken, wie die Vorinstanz zu Recht einräumt (vgl. Verfugung Rz. 252), an einem dem eigenen Absatz förderlichen Vertrieb interessiert sein mögen, nimmt ihnen das Publikumswerbeeverbot ihr wirksamstes Kommunikationsinstrument für Preiswettbewerb aus der Hand, nämlich die Preiswerbung (dies durchaus anerkennend BGE 141 II 66 E. 4.2.3). So lange daher das Publikumswerbeeverbot eine wirksame Preispublizität unter Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten nicht erlaubt, lässt sich eine für Patienten leicht zugängliche Preistransparenz nicht herstellen. Insofern werden die Marktauftrittsmöglichkeiten der Betroffenen durch das hoheitliche Werbeverbot stark beschränkt (vgl. hierzu BGE 141 II 66 E.4.2.3 und E. 4.2.5). Den interessierten Endkonsumenten wiederum fehlen entsprechende Informationen, die für Preistransparenz unabdingbar sind. Insbesondere entfällt die Möglichkeit, sich im Internet zu den Marktpreisen zu informieren.

Damit schränkt das in Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG (i.V.m. Art. 14 und Art. 21 AWV) verankerte Publikumswerbeeverbot im Interesse des Gesundheitsschutzes wirksamen Intrabrand-Preiswettbewerb erheblich ein, ohne ihn jedoch gänzlich auszuschliessen (BGE 141 II 66 E. 4.2.3).

**6.3** Dass sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung mit diesem wettbewerbswirksamen Umstand kaum auseinandergesetzt hat, ist nicht nachvollziehbar, zumal die soeben geschilderten Probleme den Bundesgesetzgeber in Art. 31 Abs. 2 HMG veranlasst hatten, dem Bundesrat die

Verordnungskompetenz zu erteilen, um für verschreibungspflichtige Arzneimittel die Voraussetzungen für die Bekanntgabe von Preisvergleichen zu regeln.

Die Botschaft zum HMG hält denn auch ausdrücklich fest, dass das Publikum Informationen benötige, damit es vom Wettbewerb profitieren könne (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 1. März 1999 [Botschaft HMG], BBI 1999 III 3453, S. 3517).

Das Bundesverwaltungsgericht fasste daher im Urteil B-364/2010 den Rechtsetzungsauftrag in Art. 31 Abs. 2 HMG als Ausdruck dafür auf, dass der Gesetzgeber hier ein Korrektiv gegen den durch das Publikumswerbeverbot gänzlich verhinderten ("fehlenden") Preiswettbewerb habe schaffen wollen (a.a.O., E. 7.3.2.3.4). Das Bundesgericht hat zwar für den vorliegenden Sachverhalt einen gänzlich "fehlenden" Preiswettbewerb verneint und die Kompetenzdelegation als Konsumentenschutzregel bezeichnet, welche "gerade für den Wettbewerb spreche" (BGE 141 II 66 E. 4.2.4). Indessen hat es übersehen, dass der Bundesrat den ihm in Art. 31 Abs. 2 HMG übertragenen Rechtsetzungsauftrag *bis heute nicht* umgesetzt hat (Urteil B-364/2010, a.a.O., E. 7.3.2.3.4, mit Hinweis auf VPB 70.92 E. 4.1).

**6.4** Im Lichte dieser Überlegungen lässt sich – entgegen den Erwägungen der Vorinstanz (Verfügung Rz. 81, 124, 192, 195, 225, 275, 315) – der "Absatzmarkt" für das wegen seines gesundheitlichen Gefährdungspotentials verschreibungspflichtige Erektionsmittel Cialis nicht mit einem gewöhnlichen "Konsumgütermarkt" vergleichen, wie die Beschwerdeführerin zu Recht beanstandet (Beschwerde Rz. 118).

## 7.

Die Vorinstanz wirft der Beschwerdeführerin vor, sie habe sich an einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beteiligt.

Als solche gilt nach dieser Bestimmung eine rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarung sowie eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_1016/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 3.2 i.S. Siegenia-Aubi; vgl. hierzu auch im Kontext des EU-Rechts: TOBIAS LETTL, Abstimmung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB, WuW Nr. 9 vom 1. September 2017, S. 422 ff.).

Liegen bestimmte formale Aspekte sowie ein *Bindungswille* der Beteiligten vor, können Publikumspreisempfehlungen Teil einer *Vereinbarung* sein oder eine solche begründen. Liegt eine solche nicht vor, könnte der Auffangtatbestand einer abgestimmten Verhaltensweise erfüllt sein (ESTERMANN, a.a.O., S. 274, m.w.H.; AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 31 ff. zu Art. 4 Abs. 1 KG; ANTIPAS, a.a.O., S. 206 ff.).

Unbestritten ist, dass im sanktionierten Zeitraum zwischen der Beschwerdeführerin und "ihren Verkaufsstellen" keine Vereinbarung zur Festsetzung von Wiederverkaufspreisen in Form übereinstimmender Willensäusserungen vorlag. Die Vorinstanz behauptet auch nicht, die Beteiligten hätten hier konkludent (feste) Wiederverkaufspreise vereinbart (vgl. AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 26-30 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ANTIPAS, a.a.O., S. 205, 295 f.), indem sie – entgegen der erfolgten Bezeichnung als "empfohlene" Höchstpreise – willentlich von (rechtlich) verbindlichen Festpreisen ausgegangen wären (Verfügung Rz. 151).

Vielmehr erklärt die Vorinstanz, das Veröffentlichen der Publikumspreisempfehlungen für Cialis (durch die Beschwerdeführerin) und das Befolgen dieser Empfehlungen (durch die Verkaufsstellen) bezweckten und bewirkten als *aufeinander abgestimmtes Verhalten* eine Wettbewerbsbeschränkung (d.h. weitgehend einheitliche Festpreise).

**7.1** Geht hier die Vorinstanz ausdrücklich von einer *abgestimmten Verhaltensweise* aus (Verfügung Rz. 96 ff., 122, 129, 150; Vernehmlassung Rz. 67), ist nachfolgend nur diese zu prüfen. Sie erfordert – in Abgrenzung zum (aufgrund von Markt- und Kostenstrukturen praktizierten) erlaubten Parallelverhalten – ein Mindestmass an Koordination (vgl. hierzu BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung*, E. 6.3; Botschaft KG, BBI 1995 I 545; THOMAS NY-DEGGER/WERNER NADIG, BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 KG, N. 101 ff.; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10, Rz. 38 ff.; LETTL, a.a.O., S. 422 ff.). Nach europäischer Praxis setzt der Tatbestand der "abgestimmten Verhaltensweise" dreierlei voraus: erstens ein Mindestmass an *Koordination* zwischen den Unternehmen, zweitens ein *Parallelverhalten* auf dem relevanten Markt und drittens einen *Kausalzusammenhang* zwischen Parallelverhalten und Koordination (vgl. Urteil des EuGH C-199/92 P vom 8. Juli 1999, *Hüls*, Rn. 161). Das dafür erforderliche Mindestmass an Koordination der unternehmerischen Pläne setzt voraus, dass sich die beteiligten Unternehmen in irgendeiner Form miteinander verständigen, um bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbunde-

nen Wettbewerbs treten zu lassen. Doch reicht für die Annahme eines abgestimmten Verhaltens allein die Voraussehbarkeit des Marktverhaltens der übrigen Marktteilnehmer und das Bewusstsein parallelen Verhaltens nicht aus (Urteil B-5685/2012, a.a.O., E. 4.2.4 a.E.; AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 37, 116 f. zu Art. 4 Abs. 1 KG sowie Rz. 40 zu Art. 5 KG; BORER, a.a.O., Rz. 14 zu Art. 4 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 164; NYDEGGER/ NADIG, BSK-KG, a.a.O., Rz. 100 ff., insbes. Rz. 111 zu Art. 4 Abs. 1 KG; AMSTUTZ/REINERT, "Buchpreisbindung II", a.a.O., Ziff. 1c, S. 57).

Das der Beschwerdeführerin vorgehaltene **abgestimmte Verhalten**, das begriffsnotwendig ein Parallelverhalten abbildet, setzt nach Art. 4 Abs. 1 KG zudem eine (bezweckte oder bewirkte) **Wettbewerbsbeschränkung** voraus.

Im Unterschied zu sachverhaltlich anders gelagerten Fällen des Bundesverwaltungsgerichts (wie z.B. im Urteil B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015, *Altimum*, E. 3.2) beziehungsweise des Bundesgerichts (BGE 143 II 297, *Elmex*, E. 5.4, wo eine schriftliche Vereinbarung vorlag) lässt sich das der abgestimmten Verhaltensweise zugehörige Merkmal der **Wettbewerbsbeschränkung** im Lichte des vielschichtigen Prüfungsasters zu Preisempfehlungen (wie in den Ziff. 15 Abs. 1 VertBek bzw. Ziff. 11 Abs. 1 aVertBek) nicht losgelöst von der Normierung der Zulässigkeit nach Art. 5 Abs. 1 und 4 KG diskutieren (gleicher Meinung: AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 72 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ROGER ZÄCH, Vertikale Preisempfehlungen im schweizerischen Kartellrecht, in: Hilty/Drexel/Nordemann [Hrsg.], FS Löwenheim, München 2009, S. 583 f.; ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Vertikale Preisempfehlungen im schweizerischen Kartellrecht, recht 2009, S. 197; kritisch ESTERMANN, a.a.O., S. 292 ff., m.w.H.). Dies drängt sich nicht zuletzt auch im Lichte der speziellen Marktverhältnisse aufgrund des geltend gemachten *Höchstpreisarguments* auf, zumal "empfohlene" Höchstpreise unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen, wenn sie sich wie Festpreise auswirken. Die konkret wettbewerbsbeeinflussenden Gesichtspunkte nach Art. 5 KG müssen bereits bei der Ermittlung der in Art. 4 Abs. 1 KG begrifflich vorausgesetzten **Wettbewerbsbeschränkung** miterörtert werden, wie die Beschwerdeführerin zu Recht einwendet (Beschwerde Rz. 48), zumal die ökonomische Theorie für den vorliegenden heiklen Grenzfall zu unverbindlichen *Preisempfehlungen* zwei gegenläufige Erklärungsansätze bereit hält. Diese widerspiegeln die *Ambivalenz* solcher Empfehlungen wie auch die Wichtigkeit einer einzelfallbezogenen Analyse unter Berücksichtigung der konkreten Umstände (vgl. Ziff. 11 Abs. 1 aVertBek bzw. Ziff. 15 Abs. 1 VertBek; ESTERMANN, a.a.O., S. 48, 137, 362, 366; MICHAEL

BARON, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann [Hrsg.], Kommentar Kartellrecht – Europäisches und Deutsches Recht, 3. Aufl., München 2016, N. 197 zu Art. 4 Vert-GVO):

**7.2** Werden Preise vertikal "gebunden" (sog. Preisbindungen der zweiten Hand, die den Wiederverkäufer gegenüber dem Lieferanten *verpflichten*, von Abnehmern einen vereinbarten Mindest- oder Festpreis zu verlangen [KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK-KG, a.a.O., Rz. 494, 517 f. zu Art. 5 KG]), oder auch nur in Form (allenfalls selbstbindender) Preisempfehlungen abgegeben, kann dies einerseits durch die Absicht getragen sein, den Beteiligten in wettbewerbsschädigender Weise (überhöhte) Margen zu sichern und dadurch ineffiziente(re) Händler strukturerhaltend zu schützen. Andererseits können mit demselben Vorgehen aber auch legitime Schutz- oder Effizienzerwägungen verfolgt werden (vgl. ANTIPAS, a.a.O., S. 108 ff., 395 ff., 395 ff., 418 ff.; ESTERMANN, a.a.O., S. 59): So können vertikale Preisbindungen als Mechanismen zur Überwindung von Marktversagen eingesetzt werden, z.B. wenn (bindend wirkende) Preisempfehlungen für Endverbraucher einsehbar oder an diese gerichtet sind, um der akuten Gefahr einer doppelten Marginalisierung dadurch entgegenzutreten, dass Hersteller mittels Preisempfehlungen eine selbstbindende Preisobergrenze, eine "Preisdecke", zu implementieren versuchen (JUSTUS HAUCAP/GORDON JOCHEN KLEIN, Einschränkungen der Preisgestaltung im Einzelhandel aus wettbewerbsökonomischer Perspektive, in: Ahlert [Hrsg.]: Vertikale Preis- und Markenpflege im Kreuzfeuer des Kartellrechts, Wiesbaden 2012, S. 175 ff.; ANTIPAS, a.a.O., S. 111; AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 87 ff., 577 zu Art. 5 KG; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, BSK-KG, a.a.O., Rz. 118 ff. zu Art. 4 Abs. 1 KG; ELLGER, Kommentar EU-Kartellrecht, a.a.O., N. 25 ff. zu Art. 4 Vert-GVO, m.w.H.).

Im ersten Fall werden vertikale Preisbindungen als kartellgesetzlich unzulässige Instrumente der Kartellbildung und Marktabschottung eingesetzt (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2.3, 9.4.5, 9.6.2; Urteil B-5685/2012, a.a.O., E. 4.1; Leitlinien der EU-Kommission für vertikale Beschränkungen vom 19. Mai 2010 Rz. 48, 224, ABI. 2010/C 130/01 [Leitlinien vertikale Beschränkungen, Vert-GVO]). Die Abredebeteiligten handeln koordiniert, mit der Absicht, die Erwirtschaftung verpönter Kartellrenten zu ermöglichen, ohne zur Effizienz des Wettbewerbsprozesses beizutragen (BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., 2005, Rz. 4 zu Art. 5 KG, Rz. 4 zu Art. 5 KG; AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 190 zu Art. 5 KG). Als Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken oder bewirken solche Koordinationshandlungen immer eine *Einschränkung* der

Autonomie der unternehmerischen Entscheidfindung, d.h. der *marktbezogenen Handlungsfreiheit* (BORER, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 4 KG; Rz. 6 zu Art. 5 KG; AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 565 zu Art. 5 KG; ZIMMER, Kommentar EU-Kartellrecht, a.a.O., N. 274 ff. zu Art. 101 Abs. 1 AEUV). In diesem Sinne werden Mindestpreisbindungen als Instrument eingesetzt, um das Selbstbindungsproblem des Herstellers zu lösen, indem dieser bei einer vertikalen Preisbindung allen in der Wertschöpfungskette nachgelagerten Händlern, die dasselbe Produkt vertreiben, einen verlässlichen Gewinn zusichert und dadurch deren Intrabrand-Wettbewerb verringert (vgl. dazu die instruktiven Beispiele bei THOMAS LÜBBIG/MAX KLASSE, Kartellrecht im Pharma- und Gesundheitssektor, 2. Aufl., Baden-Baden 2015, § 3 Rz. 41 ff.).

**7.3** Vertikale *Mindestpreisbindungen* können auch der Kartellierung auf der Handels- und/oder Herstellerebene im *Interbrand* Wettbewerb dienen: Da die Hersteller durch die vertikale Preisbindung die Hoheit über die gesamte Wertschöpfungskette erlangen, können sie sich untereinander einfacher koordinieren. Eine vertikale Beschränkung darf jedoch nicht mit einer Kartellierung gleichgesetzt werden (vgl. AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 114 zu Art. 4 Abs. 1 KG; ANTIPAS, a.a.O., S. 428; NYDEGGER/NADIG, BSK-KG, a.a.O., Rz. 138, 142 zu Art. 4 Abs. 1 KG, m.w.H.; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK-KG, a.a.O., Rz. 35 zu Art. 5 KG; Leitlinien vertikale Beschränkungen Rz. 48, 224).

Allerdings können vertikale Beschränkungen als *Hilfsmittel* einer *horizontalen Kartellierung* dienen. Diese entsteht indessen nicht automatisch. Eine wesentliche Voraussetzung für den Erfolg horizontaler Kartelle ist eine Marktstruktur, die durch eine vergleichsweise geringe Zahl von Unternehmen gekennzeichnet ist: Zwischen den Unternehmen muss eine gewisse Symmetrie bestehen, der Markt muss transparent sein und es muss ein glaubwürdiger *Sanktionsmechanismus* existieren (AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 50 ff., 72 ff., 573 zu Art. 5 KG; ANTIPAS, a.a.O., S. 402 ff.; vgl. zum letzten Punkt, insb. MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, "Buchpreisbindung II", Urteilsbesprechung zum bundesgerichtlichen Urteil 2A.298/2001 vom 14. August 2002, sic! 2003, Ziff. 1c, S. 58).

Im vorliegenden Fall könnte, nicht zuletzt angesichts des über Jahre beobachteten hohen Preisniveaus der fraglichen drei Arzneien und der Tatsache, dass, wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu Recht festhält, bezüglich des Vertriebs dieser Medikamente keine Unterschiede

bestehen (vgl. Verfügung Rz. 223), effektiv die Frage nach wettbewerbsrechtlichen Problemen auf horizontaler Ebene aufkommen (wie auch die Hinweise zahlreicher Ärzte und Apotheken zeigen, vgl. z.B. act. 279.279 Ziff. 15; 279.084; 279.684). Die Vorinstanz hat indessen eine horizontale Absprache oder abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 3 KG zwischen der Beschwerdeführerin, Bayer und Pfizer – wenn auch mit fragwürdiger Begründung – verworfen (vgl. Verfügung Rz. 305-321) und diesbezüglich keine vertieften Nachforschungen angestellt.

**7.4** Werden im Unterschied zu einer Preisbindung Preise – mittels einseitig verkündeter, rechtlich *nicht* bindender Erklärungen – lediglich "empfohlen", so sind solche *Preisempfehlungen* nur dann kartellgesetzlich kritisch, wenn sie einzig dem Zwecke dienen, die unternehmerische Entscheidungsfreiheit der Gegenseite zu beeinträchtigen, indem sie eine Angleichung des marktsensiblen Verhaltens ermöglichen oder fördern (BORER, a.a.O., Rz. 11 zu Art. 4 KG; AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 565 zu Art. 5 KG; NYDEGGER/NADIG, BSK-KG, a.a.O., Rz. 123 zu Art. 4 Abs. 1 KG zu "simulierten Empfehlungen" als unechte Abreden in Form einer Preisbindung zweiter Hand). Insofern werden *Preisempfehlungen* nur dann als grundsätzlich bedenklich angesehen, wenn sie ihren Empfehlungscharakter verlieren und durch Ausübung von Druck oder Gewährung von Anreizen überwacht und durchgesetzt werden (vgl. Ziff. 11 Abs. 2 Bst. b aVertBek sowie Ziff. 10 Abs. 1 Bst. a VertBek, wobei anzumerken ist, dass sich beide besagte Vertikalbekanntmachungen ausdrücklich an die Rechtsgrundlagen der EU anlehnhen [vgl. Erw. VI der VertBek 2010 bzw. Erw. 11 der aVertBek]; Urteil B-5685/2012, a.a.O., E. 4.2; AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 55 f., 117 f. zu Art. 4 Abs. 1 KG sowie Rz. 573 zu Art. 5 KG; BORER, a.a.O., Rz. 11 zu Art. 4 KG; ZIMMER, Kommentar EU-Kartellrecht, a.a.O., N. 277 zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; REINHARD ELLGER, Kommentar EU-Kartellrecht, a.a.O., N. 12, 24 zu Art. 4 Vert-GVO; LÜBBIG/KLASSE, a.a.O., § 3 Rz. 69 f.).

**7.5** Stellen Preisempfehlungen keine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG dar, weil sie mangels intendierter Beschränkung der unternehmerischen Preissetzungsfreiheit keine Wettbewerbsbeschränkung zur Folge haben können, so fallen sie letztlich auch nicht unter Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK-KG, a.a.O., Rz. 391 zu Art. 5 KG; vgl. BGE 143 II 297 E. 3.4, E. 5.4.2).

Diese Überlegungen zum Problem der Bindung beziehungsweise Empfehlung von Preisen finden sich z.B. auch in den Leitlinien vertikale Beschränkungen (zitiert in E. 7.2):

"Die in Artikel 4 Buchstabe a GVO beschriebene Kernbeschränkung betrifft die Preisbindung der zweiten Hand oder vertikale Preisbindung, d. h. Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen, die unmittelbar oder mittelbar die Festsetzung von Fest- oder Mindestweiterverkaufspreisen oder Fest- oder Mindestpreisniveaus bezoeken, die die Abnehmer einzuhalten haben. Die Beschränkung ist eindeutig, wenn der Weiterverkaufspreis durch Vertragsbestimmungen oder abgestimmte Verhaltensweisen direkt festgesetzt wird. Eine vertikale Preisbindung kann jedoch auch auf indirektem Wege durchgesetzt werden. Beispiele hierfür sind Abmachungen über Absatzspannen oder über Nachlässe, die der Händler auf ein vorgegebenes Preisniveau höchstens gewähren darf, Bestimmungen, nach denen die Gewährung von Nachlässen oder die Erstattung von Werbeaufwendungen durch den Anbieter von der Einhaltung eines vorgegebenen Preisniveaus abhängig gemacht wird oder der vorgeschriebene Weiterverkaufspreis an die Weiterverkaufspreise von Wettbewerbern gebunden wird, sowie Drohungen, Einschüchterung, Warnungen, Strafen, Verzögerung oder Aussetzung von Lieferungen und Vertragskündigung bei Nichteinhaltung eines bestimmten Preisniveaus. Direkte oder indirekte Maßnahmen zur Preisfestsetzung sind noch wirksamer, wenn sie mit Maßnahmen zur Ermittlung von Händlern kombiniert werden, die die Preise unterbieten, z. B. Preisüberwachungssysteme oder die Verpflichtung für Einzelhändler, andere Mitglieder des Vertriebsnetzes zu melden, die vom Standardpreisniveau abweichen. Ähnlich lässt sich die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung von Preisen in Verbindung mit Maßnahmen effektiver gestalten, die dem Abnehmer weniger Anreiz zur Senkung des Weiterverkaufspreises geben, wenn also z. B. der Anbieter auf das Produkt einen empfohlenen Abgabepreis aufdrückt oder den Abnehmer zur Anwendung einer Meistbegünstigungsklausel gegenüber Kunden verpflichtet. Die gleichen indirekten "unterstützenden" Maßnahmen können so angewandt werden, dass auch die Vorgabe von Preisobergrenzen oder das Aussprechen von Preisempfehlungen auf eine vertikale Preisbindung hinausläuft. Allerdings wird der Umstand, dass der Anbieter eine bestimmte unterstützende Maßnahme anwendet oder dem Abnehmer eine Liste mit Preisempfehlungen oder Preisobergrenzen übergibt, für sich genommen nicht als Tatbestand gesehen, der eine vertikale Preisbindung bewirkt" (Rz. 48).

"Die von Preisobergrenzen oder -empfehlungen ausgehende Gefahr für den Wettbewerb besteht darin, dass der angegebene Wert als Orientierungspreis dient, an den sich die meisten oder alle Wiederverkäufer halten und/ oder dass diese Preise den Wettbewerb aufweichen oder eine Kollusion zwischen Anbietern begünstigen" (Rz. 227).

"Ein wichtiger Faktor bei der Würdigung möglicher wettbewerbswidriger Auswirkungen von Obergrenzen und Empfehlungen in Bezug auf den Weiterverkaufspreis ist auch die Marktstellung des Anbieters. Je stärker dessen Position, desto größer ist die Gefahr, dass solche Angaben ein mehr oder weniger einheitliches Preisniveau unter den Wiederverkäufern bedingt, weil diese den jeweils angegebenen Wert als Orientierungspreis verwenden können. Den Wiederverkäufern fällt es unter Umständen schwer, von dem abzuweichen, was sie für den von einem namhaften Anbieter bevorzugten Weiterverkaufspreis halten" (Rz. 228).

**7.6** Die oben angesprochene ökonomische *Ambivalenz* von Preisempfehlungen macht eine *einzelfallbezogene*, die konkreten Umstände berücksichtigende *Prüfung* erforderlich, wie dies das bei ESTERMANN geschilderte Beispiel zeigt:

Als in Südkorea Publikumspreisempfehlungen für verarbeitete Lebensmittel während eines Jahres verboten wurden, stiegen die entsprechenden Preise um 2.3 %. Nach Wiedereinführung der Empfehlungen sanken die Preise um 2.6 %. Dieser Effekt wurde darauf zurückgeführt, dass die fraglichen Empfehlungen den Konsumenten die Preisungewissheit genommen und ihnen damit bei der Evaluation der verschiedenen Angebote geholfen hätten. So hätten die Empfehlungen *besser informierte (Weiter-) Suchentscheide* ermöglicht, was zu tieferen Preisen geführt habe: die hohen Preise hätten, weil Preisempfehlungen fehlten, die Konsumenten von einer Weitersuche abgehalten; diese hätten angenommen, die Preise seien überall gleich hoch (ESTERMANN, a.a.O., S. 78, 404, m.w.H.).

Hierzu wird in der ökonomischen Lehre festgehalten, dass im Unterschied zu diesem Beispiel *je nach Markt* der Preiseffekt auch *anders* ausfallen könnte, wenn der Konsument mangels Publikumspreisempfehlungen eine grössere Preisstreuung antrifft und daher seine Neigung zur Weitersuche zunimmt (vgl. ESTERMANN, a.a.O., S. 78, m.w.H.).

**7.7** Da, wie gezeigt, die Analyse und Beurteilung solcher über *Empfehlungen* intendierte Mindest- oder Festpreisbindungen im Einzelfall rechtlich und ökonomisch vielschichtig sind, lässt sich keine pauschale Effizienzbeurteilung von Mindest- und Festpreisempfehlungen vornehmen (ANTIPAS, a.a.O., S. 432, 459 f.). Zudem sind die Auswirkungen von – auf welche Art auch immer – vertikal fixierten Mindest- oder Festpreisen immer abhängig vom Ausmass des Interbrandwettbewerbs (vgl. hierzu die Ziff. 11 VertBek, E. 2.3.1.2.3; AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 175 zu Art. 5 KG). Ist dieser stark ausgeprägt angesichts vieler konkurrierender

Hersteller, so ist das Interesse der Hersteller eher gering, den Intrabrandwettbewerb einzuschränken, wenn dies nicht zugleich Effizienzvorteile mit sich bringt. Bei starkem Wettbewerb zwischen den Händlern profitieren die Hersteller von geringeren Endverbraucherpreisen und höheren Absatzmengen. In einer solchen Situation wären vertikale Beschränkungen deshalb weniger kritisch zu sehen als bei weniger intensivem Interbrandwettbewerb. Bei nur schwach ausgeprägtem Interbrandwettbewerb sind Mindest- und Festpreisbindungen – und damit auch Mindest- und Festpreisempfehlungen – kritischer zu würdigen (vgl. AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 96 f., 191, 203, 528, 542, 646 ff., 668 ff. zu Art. 5 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 51 ff.; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK-KG, a.a.O., Rz. 584 ff., 601 ff. zu Art. 5 KG).

**7.8** Von vertikalen Preisbindungen können schliesslich auch *effizienzsteigernde Effekte* ausgehen, die im Rahmen einer allfälligen Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG zu berücksichtigen wären. So sind gewisse Koordinationshandlungen dann effizienzsteigernd und damit wettbewerbsförderlich, wenn sie nicht darauf gerichtet sind, die Erwirtschaftung verpönter Kartellrenten zu ermöglichen (ANTIPAS, a.a.O., S. 431 ff.; BORER, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 5 KG; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK-KG, a.a.O., Rz. 15 zu Art. 5 KG). So können etwa Höchstpreisbindungen *doppelte Marginalisierungen* verhindern oder zumindest mildern. Diese entstehen, wenn auf den verschiedenen Ebenen einer Wertschöpfungskette unvollständiger Wettbewerb herrscht und Marktmacht auf nacheinander gelagerten Stufen der Wertschöpfungskette dazu führt, dass auf jeder Stufe erneut eine Marge auf die variablen Kosten aufgeschlagen wird. Im Gegensatz dazu würde ein vertikal integriertes Unternehmen lediglich einmal eine Marge aufschlagen, so dass der Endpreis bei einem integrierten Anbieter geringer wäre. Je nach Ausprägung der Arbeitsteilung innerhalb der Wertschöpfungskette kann die Häufigkeit zunehmen, dass eine Marge aufgeschlagen wird und es insofern zu einer doppelten oder vielfachen Margenbildung kommt, die den Endverkaufspreis in die Höhe treibt (siehe dazu AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 89, 304, 577 ff. zu Art. 5 KG; ANTIPAS, a.a.O., S. 397, 427, 430 f.; ESTERMANN, a.a.O., S. 104 ff., 400 ff.; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK-KG, a.a.O., Rz. 341, 345 zu Art. 5 KG). Steht eine solche Wertschöpfungskette nicht in wirksamem Wettbewerb mit einer anderen oder, allgemeiner ausgedrückt, besteht kein oder nur ungenügender *Interbrand* Wettbewerb, so kann es auch nach Überwindung des doppelten Marginalisierungsproblems zu einem – wenn auch einem kleineren – Wohlfahrtsverlust kommen (vgl. Leitlinien vertikale Beschränkungen, a.a.O., Rz. 229 [zu Effizienzgewinnen durch Vermeidung einer "doppelten

Gewinnmaximierung"]; ELLGER, Kommentar EU-Kartellrecht, a.a.O., N. 25 ff. zu Art. 4 Vert-GVO, m.w.H.).

**7.9** Insofern sind *vertraglich vereinbarte* Höchstpreise aus ökonomischer Sicht immer dann unproblematisch, wenn sie nicht der Kartellierung dienen, sich also nicht wie Mindest- oder Festpreise auswirken (vgl. Urteil B-5685/2012, a.a.O., E. 4.2. m.w.H.; AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 576 f. zu Art. 5 KG; ANTIPAS, a.a.O., S. 347 ff.), sondern das Problem der doppelten Marginalisierung effizienzsteigernd mildern.

Dies spiegelt sich auch in der Formulierung von Art. 5 Abs. 4 KG wider, welche als unzulässige Abreden lediglich Mindest- und Festpreise, *nicht aber Höchstpreise* nennt (vgl. dazu aus den parlamentarischen Beratungen zu Art. 5 Abs. 4 KG: Votum SR ROLF BÜTTIKER [AB 2003 S 330], wonach die "durchaus im Interesse des Abnehmers" liegenden und nach EU-Recht zulässigen Höchstpreisvorschriften richtigerweise nicht in Art. 5 Abs. 4 KG erwähnt seien; Votum NR RUDOLF STRAHM [AB 2002 N 1296], wonach nur "harte Bindungen" untersagt werden müssten; vgl. dazu Ziff. 10 Abs. 1 Bst. a VertBek; AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 304, 577 ff. zu Art. 5 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 298 f.).

In diesem Sinne stellen Höchstpreisbindungen auch im Kartellrecht der EU im Grundsatz keine Kernbeschränkungen dar; vielmehr wird davon ausgegangen, dass sie vielfach sogar Vorteile für die Verbraucher mit sich bringen, da sie zu günstigeren Preisen führen können (ELLGER, Kommentar EU-Kartellrecht, a.a.O., N. 18 zu Art. 4 Vert-GVO; ESTERMANN, a.a.O., S. 298). Nach der EuGH-Rechtsprechung ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine *Höchstpreisvereinbarung* eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt (BARON, a.a.O., N. 218 zu Art. 4 Vert-GVO). So fallen laut EuGH Höchstpreisbindungen unter die Vertikal-GVO, wenn dem Wiederverkäufer tatsächlich die Möglichkeit verbleibt, den Endverkaufspreis selbst festzulegen (ELLGER, Kommentar EU-Kartellrecht, a.a.O., N. 19 zu Art. 4 Vert-GVO, m.w.H.).

Kritischer werden Höchstpreisbindungen nur dann gewürdigt, wenn sie den Preiswettbewerb dadurch aufweichen, dass sie die Kollusion zwischen Anbietern erleichtern und die Handlungsfreiheit der betroffenen Marktakteure im Wettbewerb beschränken (vgl. KRAUSKOPF/ SCHALLER, BSK-KG, a.a.O., Rz. 505 zu Art. 5 KG; Leitlinien vertikale Beschränkungen, a.a.O., Rz. 229;

ELLGER, Kommentar EU-Kartellrecht, a.a.O., N. 19, 21 zu Art. 4 Vert-GVO, m.w.H.).

**7.10** Werden vertraglich *vereinbarte* Höchstpreise als grundsätzlich wettbewerbsökonomisch unbedenklich betrachtet (vgl. ESTERMANN, a.a.O., S. 298), muss dies *umso eher* auch für (sich selbstdurchsetzende) Höchstpreisempfehlungen sowie für Preisempfehlungen gelten, die sich, ohne ausdrücklich als solche deklariert zu sein, wie Höchstpreise auswirken:

Kommen Publikumspreisempfehlungen einer *Preisobergrenze* gleich und *ähneln* sie dadurch einer *Höchstpreisbindung*, welche die Preissetzungsfreiheit nach oben einschränkt, so belassen sie innovativen Händlern dennoch die Möglichkeit zum Intrabrand Wettbewerb, was Händlerwettbewerb fördern kann (ESTERMANN, a.a.O., S. 73, m.w.H.). Es ist davon auszugehen, dass, je tiefer eine Preisempfehlung angesetzt wird, auch die verbleibende Möglichkeit des Preiswettbewerbs umso tiefer ausfällt. Denn je tiefer die Preise zu liegen kommen, desto geringer ist der Handlungsspielraum eines Händlers und desto eher wirken sich Empfehlungen im Ergebnis aufgrund homogenerer Preise wie eine Preisbindung zweiter Hand aus (ESTERMANN, a.a.O., S. 73, 300; BARON, a.a.O., N. 220 zu Art. 4 Vert-GVO). Inwiefern tiefe Preisempfehlungen tatsächlich mit wettbewerbsschädlichen Auswirkungen verbunden sind, muss indes im Einzelfall geprüft werden.

Schränken demgegenüber *empfohlene* (und auch nicht zu tief angesetzte) Höchstpreise die Preisfestsetzungsfreiheit der Verkäufer *nach unten* nicht ein, vermögen sie angesichts ihrer "gelebten" Unverbindlichkeit auch den wirksamen Preiswettbewerb, der sich *down-stream* abspielt, nicht in unzulässiger Weise zu beschränken, was eine Effizienzprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG entbehrlich macht. In diesem Sinne hielt die EU-Kommission in ihrer Mitteilung über die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen (Konkrete Vorschläge im Anschluss an das Grünbuch, 98/C 365/03, ABI. EG 1998 Nr. C 365/3, S. 14) zutreffend fest (zitiert von ELLGER, Kommentar EU-Kartellrecht, a.a.O., N. 19 zu Art. 4 Vert-GVO [Fn. 52] sowie N. 23 f. zu Art. 4 Vert-GVO, N. 31 zu Art. 4 Vert-GVO; vgl. LÜBBIG/KLASSE, a.a.O., § 3 Rz. 12 und 25):

*"Höchstpreise und Preisempfehlungen werden, wenn es sich wirklich um solche handelt, nicht als wettbewerbsbeschränkend betrachtet."*

Insofern vermögen für unverbindlich erklärt Publikumspreisempfehlungen jedenfalls *dann nicht* zu einem wettbewerbsbeschränkenden abgestimmten Verhalten zu führen, wenn sie nachgewiesenermassen die unternehmerische Entscheidungsfreiheit (Preisfestsetzungsfreiheit) *nicht beeinträchtigen*, also mangels Ausübung von Druck und mangels gewährter Anreize nicht zu einer Bildung von Fest- oder Mindestverkaufspreisen führen können (vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK-KG, a.a.O., Rz. 406, 504, 512 zu Art. 5 KG; ESTERMANN, a.a.O., S. 408). In diesem Sinne setzt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Annahme eines abgestimmten Verhaltens im Zusammenhang mit einer Preisempfehlung neben einem hohen Befolgungsgrad auch eine Einschränkung der Preisfestsetzungsfreiheit durch die Ausübung von Druck oder die Gewährung von Anreizen voraus (Urteil B-5685/2012, a.a.O., E. 4.2.5; gleicher Meinung: AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 72 zu Art. 4 Abs. 1 KG; vgl. ELLGER, Kommentar EU-Kartellrecht, a.a.O., N. 10, 12, 24 zu Art. 4 Vert-GVO; ESTERMANN, a.a.O., S. 408; a.M. ANTIPAS, a.a.O., S. 220 ff.; vgl. hierzu eingehend die nachfolgende E. 9.1.3).

**7.11** Im Lichte dieser Vorüberlegungen könnte je nach Würdigung der Sachumstände die Erklärung der Beschwerdeführerin zutreffen, dass sie ihre Preisempfehlungen für Cialis im sanktionierten Zeitraum *nicht* als wettbewerbsbeschränkende, "verkappte" Festpreisempfehlungen (mit Bindungswirkung), sondern vielmehr nur als wettbewerbsneutrale Höchstverkaufspreisempfehlungen abgab und die Verkaufsstellen im Rahmen eines erlaubten Parallelverhaltens die Empfehlungen zulässigerweise auch in diesem Sinne – und insbesondere ohne jegliche Einschränkung ihrer Preisfestsetzungsfreiheit – wahrnahmen und auch umsetzten.

Erwiese sich dieser Standpunkt als richtig, was angesichts des wettbewerbsneutralen Höchstpreisarguments eine Mitberücksichtigung der Merkmale der Zulässigkeitsbeurteilung nach Art. 5 KG bedingt, wäre bereits die Tatbestandsmässigkeit von Art. 4 Abs. 1 KG zu verneinen, die eine bezeichnete oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung voraussetzt. Denn bezeichnet oder bewirkt ein Verhalten *keine* Wettbewerbsbeschränkung, kann auch keine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen, wie die Beschwerdeführerin zutreffend festhält (Beschwerde Rz. 105, 216).

## 8.

Zur Hauptfrage, ob sich die strittigen *Publikumspreisempfehlungen für Cia-*

*lis als ein abgestimmtes, festpreisinduzierendes Verhalten wettbewerbsbeschränkend und damit, soweit nicht rechtfertigbar, rechtlich unzulässig auszuwirken vermochten, vertreten die Parteien gegensätzliche Ansichten:*

**8.1** Die *Vorinstanz* wirft der Beschwerdeführerin und ihren "Verkaufsstellen" vor, sie hätten bewusst und gewollt zusammengewirkt, um eine Wettbewerbsbeschränkung (im Sinne weitgehend einheitlicher Festpreise) zu beziehen oder zu bewirken. So führten rechtlich nicht durchsetzbare Preisempfehlungen, wonach Richt- oder Listenpreise einzuhalten seien, zu aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen. Einseitige Anweisungen sowie die öffentliche Bekanntgabe von Preisen könnten zu einer kollusiven Preisfestsetzung unter Wettbewerbern führen. Davon sei auszugehen, wenn mehrere Wettbewerber ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten anderer Wettbewerber anpassten, ohne dass Marktstrukturen oder exogene Faktoren ein solches Parallelverhalten erzwangen. Folgende Umstände legten eine den Intraday Preiswettbewerb beseitigende abgestimmte Verhaltensweise nahe: (1.) Der hohe Befolgsgrad, (2.) die ehemalige Margenordnung Sanphar, welche weiterhin die Marktteilnehmer massgeblich beeinflusste, (3.) die Interessenlage der beteiligten Unternehmen sowie (4.) weitere Kriterien:

(1) In den Jahren 2005 und 2006 hätten 81.7 % der selbstdispensierenden Ärzte und 89.3 % der Apotheken die Publikumspreise für Cialis, Levitra und Viagra nach dem empfohlenen Preis festgelegt; die restlichen 18.3 % bzw. 10.7 % hätten die Preise unabhängig davon festgelegt, mehrheitlich mit Abweichungen nach unten von 1.5 % bis mehr als 5 %. Realitätsfremd sei die Behauptung, die Preisempfehlungen seien als unverbindliche grobe Orientierungshilfe gedacht gewesen beziehungsweise die Apotheker hätten den Verkaufspreis ausgehend von der Betriebskostenstruktur selbstständig festgelegt. Die Pharmaunternehmen hätten gewusst, dass ihre Empfehlungen häufig als Preisvorgabe wahrgenommen würden, auch wenn sie deren Befolgung angeblich nicht überprüften. Die Datenbanken hätten die Kollusion begünstigt. Gross sei die Versuchung, an der Kasse eingelese Preisempfehlungen auch einzuhalten. (2) Eine Mitursache für die weitgehend eingehaltenen Publikumspreisempfehlungen sei auch die unzulässige Margen- und Rabattordnung des vor zehn Jahren aufgelösten Vereins *Sanphar*. Nach dessen Aufhebung hätten sich viele "Verkaufsstellen" durch "wirksamen Wettbewerb" veranlasst sehen müssen, für verschreibungs-pflichtige Hors-Liste Medikamente unterschiedliche Preise zu verlangen.

Indes sei wegen der Empfehlungen die starre Preisordnung fast unverändert geblieben. Wäre der Preis betriebswirtschaftlich berechnet worden, so wäre die Wahrscheinlichkeit gering gewesen, dass 81.7 % der selbstdispensierenden Ärzte und 89.3 % der Apotheken den gleichen Verkaufspreis verlangten. (3) Zwar hätten die Pharmaunternehmen keinen Druck auf die "Verkaufsstellen" ausgeübt, die Publikumspreisempfehlungen einzuhalten. Jene hätten im Jahre 2004 vielmehr gedroht, alle substituierbaren Medikamente von Pfizer aus dem Sortiment zu nehmen, sollte diese wie angekündigt die Abgabe der Empfehlungen einstellen. Deshalb habe Pfizer die Empfehlungen wieder kommunizieren müssen. Auch die Beschwerdeführerin und Bayer hätten nicht darauf verzichten können. Alle hätten die Vorteile dieser Empfehlungen erkannt. Insbesondere die Pharmaunternehmen wären an deren Veröffentlichung interessiert, um so die "Verkaufsstellen" von zu hohen, reputationsschädigenden Preisen abzuhalten. Andererseits dienten die Empfehlungen dazu, den "Verkaufsstellen" wie bei Sanphar eine Marge über derjenigen von SL-Medikamenten zu sichern. Zudem bestünde dank Koordination kaum Gefahr, Kunden an "Verkaufsstellen" mit tieferen Medikamentenpreisen zu verlieren. Die Ansicht der Beschwerdeführerin und von Pfizer überzeuge nicht, sie seien beide nicht an hohen Margen interessiert, da sie zum gegebenen Fabrikabgabepreis möglichst viele Einheiten verkaufen und mit der gesetzten Obergrenze die Handelsmargen tief halten wollten. Denn der Preis spielt erst beim Kauf in der Apotheke eine wichtige Rolle. Dort existiere allerdings zwischen Medikamenten kein Interbrand Wettbewerb mehr, weshalb sich zu hohe Verkaufspreise primär negativ auf den Gewinn der "Verkaufsstellen" und nicht auf denjenigen der Pharmaunternehmen auswirken. Bei einem überhöhten Verkaufspreis würde ein verschriebenes Medikament einfach in einer billigeren Apotheke gekauft. (4) Zwar seien die fraglichen Preisempfehlungen im Internet, d.h. im "Arzneimittel-Kompendium der Schweiz", publiziert und (für Viagra und Cialis) auch auf den Internetseiten der Hersteller. Diese Quelle enthalte jedoch Fachinformationen für Ärzte, Apotheken und Spitäler und diene weniger der Information des Publikums. Nur wenige Personen suchten und fanden die Preisinformationen. Zudem sei Publikumswerbung für rezeptpflichtige Arzneimittel verboten. Die Kommunikation der Empfehlungen durch Kassensysteme lasse die Öffentlichkeitsinformation gegenüber der Preisfestsetzung für den Verkauf in den Hintergrund treten. Ausserdem sei eine weitgehend eingehaltene Empfehlung angesichts der übrigen Umstände selbst dann als Abrede zu qualifizieren, wenn sie im Arzneimittel-Kompendium als "unverbindlich" bezeichnet werde.

Zusammenfassend erachtete die Vorinstanz das Veröffentlichen der Empfehlungen sowie deren "weitgehende" Einhaltung als aufeinander abgestimmtes Verhalten von Unternehmen verschiedener Marktstufen, obschon weder eine Verpflichtung zum Einhalten noch irgendwelche Sanktions- oder Anreizmechanismen festgestellt worden waren.

Zu den Auswirkungen hielt die Vorinstanz fest, auch in Empfehlungsform gekleidete Wettbewerbsabreden über die Einhaltung von Mindest- oder Festpreisen seien als "Festsetzung von Festpreisen" aufzufassen, die den Wettbewerb vermutungsweise beseitigten. Entgegen Eli Lilly, wonach keine Abrede über Fixpreise sondern eine über Höchstpreise vorliege, seien 2005 und 2006 rund 63 % der von Apotheken und 70 % der von selbstdispensierenden Ärzten verkauften Cialis-, Viagra- und Levitra-Packungen zum empfohlenen Publikumspreis abgegeben worden. Somit wirkten sich die Preisempfehlungen auf dem Markt wie Fest- und nicht wie Höchstverkaufspreise aus. Daher sei eine Wettbewerbsbeseitigung zu vermuten. Indes müsste für eine allfällige Widerlegung dieser Vermutung wirksamer aktueller Innenwettbewerb sowie aktueller und potentieller Aussenwettbewerb bestehen, das heisst Wettbewerb unter den Abredabeteiligten beziehungsweise Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte "Verkaufsstellen". Wegen den Besonderheiten vertikaler Abreden sei auf dem relevanten Markt für Cialis, Levitra und Viagra der Intrabrand Wettbewerb (Innen- und Aussenwettbewerb) sowie der Interbrand Wettbewerb zu analysieren. Bezuglich der Intensität des *Intrabrand* Wettbewerbs vermöge der Innen-, Aussen- und Restwettbewerb die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht zu widerlegen. Auch der Verkauf übers Internet wirke nicht disziplinierend. Für die Beurteilung der Marktauswirkungen der mittels Empfehlungen festgelegten Verkaufspreise spiele es eine wichtige Rolle, wie viele Packungen eine Verkaufsstelle zum empfohlenen Publikumspreis verkauft habe:

- Der Anteil der von Apotheken empfehlungsgemäss verkauften Packungen umfasse im Jahr 2005 63.5 % (18.9 % mit Rabatt bzw. 17.6 % ohne Preisempfehlungen) und im Jahr 2006 63.4 % (19.1 % mit Rabatt bzw. 17.5 % ohne Preisempfehlungen).
- Der Anteil der zu den Empfehlungen durch selbstdispensierende Ärzte abgesetzten Packungen betrage im Jahr 2005 72.8 % (2.7 % mit Rabatt bzw. 24.5 % ohne Preisempfehlungen) und im Jahr 2006 70.6 % (3.1 % mit Rabatt bzw. 26.3 % ohne Preisempfehlungen).

Die Einhaltung der Abreden habe sich im Laufe der berücksichtigten Periode stabilisiert. Es seien rund 63 % aller in der Schweiz über Apotheken ausgehändigte Cialis-, Levitra- und Viagra-Packungen zum empfohlenen Publikumspreis verkauft worden. Dieser Prozentsatz belaufe sich auf 70 % der von selbstdispensierenden Ärzten verkauften Medikamente. Nach Angabe der selbstdispensierenden Ärzte und Apotheken, die auf den empfohlenen Preisen Rabatte gewährten, beließen sich die mit Rabatt verkauften Packungen auf nur 31 % bzw. 39 % der durch diese selbstdispensierenden Ärzte bzw. Apotheken abgegebenen Packungen. Somit hätten im *Innen-Intrabrand* Wettbewerb diejenigen "Verkaufsstellen", die auf empfohlenen Publikumspreisen Rabatte gewährt hätten, eine marginale Rolle gespielt. Diese Rabatte seien Kundenrabatte gewesen. Betreffend *Aussen-Intrabrand* Wettbewerb seien in der berücksichtigten Periode bei der Preisfestsetzung nur 18.3 % der selbstdispensierenden Ärzte und 10.7 % der Apotheken von den empfohlenen Preisen abgewichen, weshalb sie sich nicht an der Abrede beteiligt hätten. Im Jahre 2006 hätten diese Akteure lediglich 26.3 % (selbstdispensierende Ärzte) bzw. 17.5 % (Apotheken) aller vertriebenen Viagra-, Cialis- und Levitra-Packungen verkauft. Zwar liesse sich diese Vermutung durch den Nachweis widerlegen, dass auf einem Markt der Preis nicht der allein entscheidende Wettbewerbsparameter sei, und es trotz dessen Ausschaltung angesichts anderer Faktoren (wie Qualität der Beratung, Lage der Verkaufsstelle) noch zu einem, wenn auch allenfalls erheblich beeinträchtigten, *Rest- oder Teilwettbewerb* komme. Doch selbst bei dessen Berücksichtigung liesse sich hier die Vermutung nicht widerlegen. Denn die fraglichen, verschreibungspflichtigen Medikamente dürften nur gegen ärztliches Rezept – nach entsprechender Fachberatung – abgegeben werden. Daher bestehe in der Apotheke kein Aufklärungsbedarf mehr, weshalb sich diese nicht durch eine fachkundige Beratung profilieren könne. Auch würde eine solche Beratung nur beim erstmaligen Kauf eine Rolle spielen.

Weitere nicht preisbezogene Wettbewerbsparameter, welche die Wettbewerbsintensität zwischen den Verkaufsstellen erhöhen könnten, bestünden nicht. Zwar könne auch der "Schamfaktor" als Parameter bedeutsam sein. Doch könnten ihn die "Verkaufsstellen" nicht beeinflussen.

Schliesslich reiche auch der *Interbrand* Wettbewerb, der zum schwachen Intrabrand Wettbewerb hinzutrete, nicht aus, um die Vermutung zu widerlegen: Fraglich sei, inwiefern allfälliger Druck von Interbrand Wettbewerb die Pharmaunternehmen dazu zwinge, den Produktabsatz durch Preisempfehlungen zu koordinieren. Denn solange die Preise von Cialis, Levitra

und Viagra nicht wesentlich voneinander abwichen, seien diese für die Auswahl eines Präparats nicht entscheidend. Die drei Medikamente dürften nur gegen ärztliches Rezept abgegeben werden. Daher seien die selbst-dispensierenden Ärzte zentral für die Auswahl eines der drei Medikamente und für den Interbrand Wettbewerb zwischen den Pharmaunternehmen. Diese wüssten, dass der Publikumspreis ihrer Produkte für die Wahl des Patienten bloss von untergeordneter Bedeutung sei. Erst beim Wiederverkauf sei der Preis nicht mehr zweitrangig. Im Jahr 2006 seien 63.4 % der von Apotheken abgesetzten Packungen zum empfohlenen Preis verkauft worden. Das Veröffentlichen beziehungsweise Einhalten der Empfehlungen verhindere den Preiswettbewerb. Nur 10.7 % der Apotheken hätten einen anderen als den empfohlenen Preis angewendet und insgesamt 17.5 % der Packungen verkauft. Die Apotheken seien an der Einhaltung der Preisempfehlung stark interessiert. Dies reduziere das Risiko, sich über Apothekerpreise zu konkurrenzieren und garantiere eine interessante Gewinnmarge.

Aber selbst wenn die gesetzliche Vermutung widerlegt wäre, müsste der Wettbewerb als erheblich beeinträchtigt gelten. Die drei vertikalen Abredebündel seien qualitativ und quantitativ erheblich. Schädlich seien die Abreden, weil sie tatsächlich von vielen "Weiterverkäufern" oder Händlern befolgt würden. Nur 36 % beziehungsweise 28 % der vertriebenen Packungen seien zu einem anderen als dem empfohlenen Publikumspreis verkauft worden.

*Wirtschaftliche Effizienzgründe* zur Rechtfertigung der Empfehlungen verwarf die Vorinstanz, insbesondere dass die Preisempfehlungen nötig seien, um der Gefahr einer kundenschädigenden *Doppelmarginialisierung* wirksam entgegenzutreten, indem Hersteller über die Festsetzung von Einzelhandelshöchstpreisen marktmächtige Lieferanten oder Händler davon abhalten, von deren Konsumenten eine über dem Monopolpreis stehende Rente einzufordern.

**8.2** Dieser Kritik hält die *Beschwerdeführerin* im Wesentlichen entgegen, die Vorinstanz sei methodisch falsch vorgegangen, als sie den Befolgungsgrad der Publikumspreisempfehlungen für Cialis zu ermitteln suchte: Weder das angeblich abgestimmte Verhalten noch die vermeintlich erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung seien jemals nachgewiesen worden. Die Vorinstanz habe die Kriterien für die statistische Auswertung der Befragungen nie offengelegt. Fälschlicherweise halte die Vorinstanz die strittigen Preis-

empfehlungen wegen des angeblich hohen Befolgsgrades für unzulässig. Hier habe indes niemand bewusst und gewollt zusammengewirkt. Insbesondere läge keine "falsa demonstratio" vor, wonach der Empfehlende die Einhaltung der Preisempfehlung gewollt und dies auch kundgetan habe. Einzig die Ausübung von Druck oder das Einräumen spezifischer Anreize zur Einhaltung sei das für Preisempfehlungen massgebliche Kriterium. Die Sicht der Vorinstanz laufe auf ein per-se-Verbot solcher Empfehlungen hinaus. Hersteller dürften Publikumspreisempfehlungen abgeben. Unzulässig seien nur Abreden oder abgestimmte Verhaltensweisen über Fest- oder Mindestpreise. Hier habe jedoch niemand bewusst und gewollt zusammengewirkt. Mangelhafte Fragebögen, eine unverständliche Auswertung der Antworten sowie ein methodisch falsches und statistisch nicht relevantes Vorgehen hätten zum behaupteten hohen Einhaltungsgrad der Empfehlungen von 81.7 % der selbstdispensierenden Ärzte bzw. 89.3% der Apotheken geführt. Korrekt berechnet betrage der Einhaltungsgrad zwischen 34.6 % und 38.9 % der 2005 in Apotheken am meisten verkauften Cialis-Packungen. Das Sanphar-System sei für die Untersuchung belanglos. Die Preisempfehlungen seien nie in einer Form abgegeben worden, die den Wettbewerb hätte beschränken können. Bei der Einführung von Cialis seien die Empfehlungen als Preisobergrenze kommuniziert worden. Seither wirkten sie pro-kompetitiv als Höchstverkaufspreisempfehlungen, die zu hohe Preise wirksam verhinderten. Als solche würden sie auch von den Krankenversicherern aufgefasst. Die Empfehlungen seien immer als "unverbindlich" bezeichnet und ohne Ausübung von Druck oder Gewährung entsprechender Anreize veröffentlicht worden. Damit seien alle Vorgaben der Vorinstanz und der EU-Kommission eingehalten worden. Hersteller und "Verkaufsstellen" hätten nicht bewusst zusammengewirkt, um ein striktes Einhalten der Empfehlungen zu gewährleisten. Vielmehr hätten die Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte die Verkaufspreise autonom festgelegt und die meisten Cialis-Packungen unter dem empfohlenen Preis verkauft. Die Empfehlungen hätten insgesamt gar nie zu einer kartellgesetzlich relevanten Wettbewerbsbeschränkung führen können.

Würde dennoch fälschlicherweise eine nach Art. 5 Abs. 4 KG unzulässige Abrede angenommen, könnten die Empfehlungen den wirksamen Wettbewerb gar nicht beseitigen, da genügend Interbrand Wettbewerb bestanden habe, um die Vermutung umzustossen. Wegen des starken Interbrand- und Intrabrand Wettbewerbs hätte selbst eine allfällige Wettbewerbsbeeinträchtigung nie erheblich sein können. Würde zudem fälschlicherweise der wirksame Wettbewerb als erheblich beeinträchtigt erachtet, so wären die Preisempfehlungen für Cialis in jedem Falle aus Gründen wirtschaftlicher

Effizienz gerechtfertigt: Als kommunizierte Preisobergrenze seien die Empfehlungen notwendig. Die Konzentration der Grosshändler und ihre vertikale Integration begünstige doppelte Marginalisierungen, da viele "Verkaufsstellen" angesichts geringer Cialis-Absatzmengen kaum Nachfragemacht hätten. Daher bestehe die grosse Gefahr, dass Grosshändler ohne empfohlene Preisobergrenze zu hohe Margen verlangten. Auch "Verkaufsstellen" könnten, wenn es die Empfehlungen nicht gäbe, wegen des Werbeverbots versucht sein, mit zu hohen Preisen das starke Diskretionsbedürfnis der Patienten auszunutzen. Zudem seien die "Verkaufsstellen" in der Regel über die Nachfragebedingungen schlecht informiert. Für jene entstünden hohe Fixkosten, um den richtigen Marktpreis zu bestimmen. Die bescheidenen Umsätze mit ED-Medikamenten stünden in keinem Verhältnis zu den Fixkosten für Marktforschung und Preisberechnung. Preisempfehlungen als kommunizierte Preisobergrenzen vermöchten angesichts der grossen Informationsasymmetrie zwischen Herstellern und kleinen Verkaufsstellen, diese von zu hohen Preisen abzuhalten, welche das Markenimage schädigen und den Absatz reduzieren würden. Auch für Krankenkassen und Zusatzversicherer, die bisweilen für ED-Medikamente Kosten übernahmen, seien die Empfehlungen notwendig, um die Maximalsätze für allfällige Rückvergütungen festlegen zu können.

## 9.

Zu prüfen ist somit, ob die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, insbesondere angesichts des von der Vorinstanz ermittelten Befolgsgrades, im sanktionierten Zeitraum tatsächlich zu einem abgestimmten Verhalten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 (i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 4) KG geführt haben, indem das Veröffentlichen und das Befolgen dieser Empfehlungen die Bildung **wettbewerbsbeschränkender Festpreise** im Sinne von Art. 5 Abs. 1 (und allenfalls Abs. 4) KG zu bezwecken oder zu bewirken vermochten.

Die Beweislast dafür, dass die Beschwerdeführerin an einer kartellgesetzlich unzulässigen abgestimmten Verhaltensweise beteiligt war, obliegt der Vorinstanz (vgl. Urteil B-5685/2012, a.a.O., E. 4.5.4; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 36 zu Art. 4 Abs. 1 KG, m.w.H.; ESTERMANN, a.a.O., S. 424; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK-KG, a.a.O., Rz. 628 ff. zu Art. 5 KG).

Sind, wie hier, *direkte* Beweise für das Vorliegen des vorgeworfenen abgestimmten Verhaltens nicht fassbar, ist mittels *Indizienbeweis* gestützt auf Erfahrungssätze auf das Vorliegen der rechtlich zu beurteilenden Tatsa-

chen zu schliessen (ESTERMANN, a.a.O., S. 216, 424). Für einen erfolgreichen Indizienbeweis muss nicht ein einzelnes Indiz einer Indizienkette für sich alleine stark genug sein, vielmehr ist im Lichte aller erheblichen Umstände des Einzelfalles zu beurteilen, ob die Indizien insgesamt für das Vorliegen einer rechtserheblichen Tatsache sprechen (ESTERMANN, a.a.O., S. 417). Allerdings kann die Beweisqualität eines Indizienbeweises durch den Nachweis von Umständen erschüttert werden, die den Sachverhalt in einem anderen Licht erscheinen lassen und so eine andere Erklärung ermöglichen (ESTERMANN, a.a.O., S. 424).

**9.1** Im vorliegenden Fall sind sich die Parteien bezüglich ***vier Indizien einig***, welche für die Beurteilung des vorgeworfenen, angeblich abgestimmten Verhaltens (E. 7) bedeutsam sind:

**9.1.1** Die ***Publikumspreisempfehlungen*** für Cialis waren im massgeblichen Zeitraum im Internet, das heisst im "Arzneimittel-Kompendium der Schweiz" von Documed ([www.compendium.ch](http://www.compendium.ch)) sowie auf der Internetseite der Beschwerdeführerin (Verfügung Rz. 145; Beschwerde Rz. 91, mit dem Hinweis, dass die Beschwerdeführerin die fraglichen Empfehlungen seit Januar 2008 als Vorsichtsmassnahme nur noch auf der eigenen Internetseite veröffentlichte und nicht mehr direkt an die Documed AG bzw. an e-meditat mitteile), ***allgemein zugänglich*** veröffentlicht. Damit wurden unbestrittenmassen weder das in Ziff. 11 Abs. 2 Bst. a aVertBek noch das in Ziff. 15 Abs. 3 Bst. a VertBek statuierte Kriterium erfüllt.

**9.1.2** Die Empfehlungen wurden im massgeblichen Zeitraum von der Beschwerdeführerin immer als ***unverbindlich bezeichnet*** und waren als ***Preisempfehlung*** gekennzeichnet (Verfügung Rz. 146; Beschwerde Rz. 13, 94, 300). Auch hier wurden unbestrittenmassen weder das in Ziff. 11 Abs. 2 Bst. c aVertBek noch das in Ziff. 15 Abs. 3 Bst. b VertBek statuierte Kriterium erfüllt.

**9.1.3** Unbestritten ist auch, dass die Beschwerdeführerin ***weder Druck*** auf die "Verkaufsstellen" ausühte ***noch Anreize*** in irgendeiner Form setzte, um so auf eine Einhaltung der Preisempfehlungen hinzuwirken (Verfügung Rz. 136 f.; Beschwerde Rz. 78-88). Daran nichts zu ändern vermögen auch die in der angefochtenen Verfügung erwähnten, angeblichen Drohungen weniger Verkaufsstellen, "alle Medikamente von Pfizer, die Substitute haben, aus dem Sortiment zu nehmen", wenn keine Publikumspreisempfehlungen mehr veröffentlicht würden (a.a.O., Ziff. 136). Wie die Beschwerde-

führerin zu Recht rügt (Beschwerde Rz. 80, Vernehmlassung Rz. 26), betrifft sie dieser Vorwurf gar nicht und es wäre unzulässig, daraus zu ihren Lasten Schlüsse ziehen zu wollen, wie das die Vorinstanz zu Unrecht getan hat. Zu dieser Episode, welche einzig Pfizer betrifft, ist immerhin anzumerken, dass selbst die Vorinstanz die Frage offen liess, "wie bedrohlich und nachteilhaft dieses Boykottpotenzial der Verkaufsstellen für die Pharmaunternehmen" "effektiv" hätte sein können (Verfügung Rz. 136). Ausser diesem angeblichen, sämtliche Hors-Liste-Produkte von Pfizer betreffenden Ansuchen einiger weniger Händler macht die Vorinstanz im Übrigen nicht geltend (und es liesse sich auch nicht den Akten entnehmen), dass zwischen Pfizer und den Verkaufsstellen eine Kontaktaufnahme stattgefunden hätte, welche auf eine Verbindlichkeit der empfohlenen Preise hätte schliessen lassen. Auch die von der Vorinstanz indessen kaum beachtete Tatsache, dass der Vertrieb regelmässig über Grossisten, das heisst über der Beschwerdeführerin vorgeschaltete (in der Regel wirtschaftlich eigenständige) Zwischenhändler lief, indiziert, dass, was zu Recht unbestritten ist, eben kein "kollusionsfördernder Mechanismus" vorgesehen war, der es der Beschwerdeführerin erlaubt hätte, die Einhaltung ihrer Preisempfehlungen für Cialis zu überwachen und allenfalls Verkaufsstellen zu bestrafen, welche diese Empfehlungen nicht einhielten. Ebenfalls nicht als Druck- oder als Anreizsystem im Sinne von Lehre und Rechtsprechung (vgl. dazu E. 7.4) kann im Umstand erblickt werden, dass im Informationsfluss die Publikumspreisempfehlungen über die von e-mediat betriebene Galldat-Datenbank in aufbereiteter Form an die "Verkaufsstellen" gelangten. Somit wurden auch hier unbestrittenermassen weder die in Ziff. 11 Abs. 2 Bst. b aVertBek noch die in Ziff. 15 Abs. 2 VertBek statuierten Kriterien erfüllt.

**9.1.4** Dass schliesslich das **Preisniveau** für Cialis in der Schweiz im fraglichen Zeitraum deutlich höher als im Ausland gewesen wäre, behauptet die Vorinstanz mit Blick auf die zum Vergleich herangezogenen Vergleichsländer Deutschland, Italien und Grossbritannien nicht. Vielmehr hält sie dieses Kriterium für nicht aussagekräftig (Verfügung Rz. 235). Hierzu betont die Beschwerdeführerin, die "Preise von ED-Medikamenten seien in der Schweiz im Vergleich zum Ausland nicht überhöht gewesen (Beschwerde Rz. 95). Dem widerspricht die Vorinstanz im Ergebnis nicht. Auch liegen keine weiteren schlüssigen Anhaltspunkte dafür vor, dass für den massgeblichen Zeitraum das in Ziff. 11 Abs. 2 Bst. d aVertBek bzw. in Ziff. 15 Abs. 3 Bst. c VertBek statuierte Kriterium erfüllt gewesen wäre.

**9.2 Uneinig** sind sich die Parteien indessen über die ***qualitativ-quantitative Ermittlung des Befolgsgrades*** und über dessen **wettbewerbsökonomische Aussagekraft**:

**9.2.1** Die Vorinstanz erachtete den als von ihr sehr hoch beurteilten **Befolgsgrad** der Publikumspreisempfehlungen für die drei Arzneien Cialis, Levitra und Viagra vorab als *das* wichtigste Kriterium zum Nachweis der Existenz einer wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensabstimmung zwischen der Beschwerdeführerin und ihren "Verkaufsstellen" (vgl. z.B. Verfügung Rz. 150, Vernehmlassung Rz. 53), die in ihrer Wirkung aus empfohlenen Preisen Festpreise gemacht habe (in der Verfügung etwas verwirrlisch verkürzt als "*Abreden über die Festsetzung von Verkaufspreisen*" bezeichnet, vgl. Verfügung Rz. 344, vgl. auch 300) und somit im horizontalen Verhältnis der "Verkaufsstellen" den Intrabrand Preiswettbewerb ausgeschaltet haben soll, was sachlogisch ebenfalls eine entsprechende Abstimmung im horizontalen Verhältnis der "Verkaufsstellen" voraussetzt (vgl. auch AMSTUTZ/REINERT, "Buchpreisbindung II", a.a.O., Ziff. 1b, S. 57). Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung (mit Verweis auf die Verfügung Rz. 10 ff., 101 ff., 111 ff., 202 ff.) den Befolgsgrad nur als wichtiges, nicht alleine entscheidendes Indiz zur Beurteilung des kollusiven Verhaltens bezeichnet. Denn gleichzeitig betont sie mit Nachdruck, "*in Empfehlungsform gekleidete Abreden*" führten dazu, dass sie weitestgehend befolgt würden, *weshalb* vorliegend ein hoher Befolgsgrad ein taugliches Kriterium gewesen sei, um die sanktionierte vertikale Abrede nachzuweisen (vgl. Vernehmlassung Rz. 24, 59). In diesem Sinne müsse, so die Vorinstanz, der von ihr unterschiedene erste Befolgsgrad zur Anzahl der "Abredebeteiligten" "im Zusammenhang mit der Prüfung betreffend das Vorliegen einer Abrede behandelt werden" (Vernehmlassung Rz. 60). Dass der Befolgsgrad als Kriterium am stärksten gewichtet wurde, erhellt auch daraus, dass die Vorinstanz als Beleg für die angebliche Weiterwirkung der ehemaligen Margenordnung Sanphar anführte, 81.7 % der selbstdispensierenden Ärzte und 89.3 % der Apotheken hätten den gleichen Verkaufspreis verlangt, was bei einer betriebswirtschaftlichen Berechnung des Preises kaum der Fall gewesen wäre (vgl. Verfügung Rz. 129; vgl. auch AMSTUTZ/CARON/ REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 50 zu Art. 4 Abs. 1 KG).

Die Beschwerdeführerin widerspricht. Sie wirft der Vorinstanz nicht nur vor, den Befolgsgrad in jeder Hinsicht mangelhaft ermittelt zu haben, sondern hält diesen schon gar nicht für einen tauglichen Prüfstein, um eine abgestimmte Verhaltensweise bestimmen zu können. Dabei macht sie insbesondere geltend, die Vorinstanz habe der Sanktionsverfügung irrtümlich einen veralteten, nicht repräsentativen Untersuchungszeitraum zu Grunde gelegt. Für diesen nicht repräsentativen Untersuchungszeitraum habe die Vorinstanz weder eine qualitativ noch eine quantitativ repräsentative Teilnehmerbefragung durchgeführt. So sei die zur Ermittlung des Einhaltungsgrades verwendete Methodologie des Sekretariates mangelhaft, die Auswertung der Antworten zu den Fragebögen unklar und die aus den Antworten gezogene Schlussfolgerung falsch. Wichtige Fragen seien nicht gestellt worden, wobei die Vorinstanz dabei von einer unklaren Anzahl auswertbarer Untersuchungsakten ausgegangen sei. Gestützt auf nicht aussagekräftige Daten sei somit nicht nur der Befolgsgrad fehlerhaft errechnet, sondern auch dessen Berechnung nie nachvollziehbar offengelegt worden. Deshalb seien die ermittelten Werte allzu hoch ausgefallen und vermöchten das vorgeworfene abgestimmte Verhalten von vornherein nicht zu beweisen.

Im Einzelnen rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe sich einzig auf Daten aus den Jahren 2005 und 2006 gestützt, ohne die darauf folgenden Jahre 2007, 2008 und 2009 datenmäßig zu erfassen. Trotzdem behauptete sie unzulässigerweise, die Verletzung des Kartellgesetzes dauere bis "heute" an (entspricht jetzt und im Folgenden dem Zeitpunkt des Verfügungserlasses am 2. November 2009). Daten, welche im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheides drei oder mehrere Jahre alt seien, könnten für sich alleine keine geeignete Beurteilungsgrundlage bilden. Gestützt auf den Untersuchungsgrundsatz hätte die Vorinstanz neben den aktuellen Verhältnissen zumindest auch die Verhältnisse in den von der Busse erfassten Jahren 2007 und 2008 miteinbeziehen müssen. Dies wäre auch angezeigt gewesen, weil bereits aus der kurzen untersuchten Periode zwischen 2005 und 2006 erhellen musste, dass die Einhaltung der Preisempfehlungen ab- und die Rabatte zugenommen hätten. Auch sei bei den Apotheken in den letzten Jahren eine starke Marktkonzentration im Gang: z.B. habe die Galenica, welche bereits die Amavita-Apotheken besitze, im Jahr 2009 die Sun Store Apothekenkette erworben. Mit dieser Akquisition sei eine Kette von Apotheken mit rund 250 (von ungefähr 1'600) Apotheken entstanden. Eine solche Marktkonzentration führe voraussichtlich zu einer zusätzlichen Abnahme des Einhaltungsgrades von Publikumspreisempfehlungen, da Apothekenketten dank Skalenvorteilen eher in der Lage

seien, eine individuelle Preispolitik zu betreiben (vgl. Beschwerde Rz. 101, 117, 134).

**9.2.2** In der angefochtenen Verfügung wird zwar nirgends ausdrücklich festgehalten, dass die Verletzung des Kartellgesetzes bis "heute" (d.h. bis 2009) andauere, zahlreiche Ausführungen lassen aber einen diesbezüglichen Schluss der Vorinstanz als nicht unwahrscheinlich erscheinen: So wird etwa ausgeführt, dass eine der Grundideen der damaligen Margenordnung – nämlich einheitliche Margen und somit im Ergebnis einheitliche Publikumspreise – bis "heute" überlebt habe (Verfügung Rz. 125), bzw. dass sich de facto die starre Preisordnung aufgrund der Publikumspreisempfehlungen auch im Hors-Liste Bereich bis "heute" nahezu unverändert erhalten habe (Verfügung Rz. 129). Festgehalten wird auch, dass die ehemalige Preisabrede zumindest eine Mitursache für das "heute" vorliegende System der weitgehend eingehaltenen Publikumspreisempfehlungen darstelle (Verfügung Rz. 131).

Der angefochtenen Verfügung klar entnehmen lässt sich immerhin, dass für die Sanktionsbemessung auf die Dauer des Verstosses vom 1. April 2004 bis zum 31. Dezember 2008 abgestellt wurde (Verfügung Rz. 375). Dies obwohl, wie die Beschwerdeführerin zu Recht festhält, die Verfügung zum Befolgsgrad der Publikumspreisempfehlungen nur Angaben bis Ende 2006 enthält beziehungsweise sich die Vorinstanz einzig auf Antworten stützt, welche das Sekretariat im Jahr 2007 erhob und deshalb nur Angaben bis und mit 2006 umfassen konnten.

Insofern stellte der von der Vorinstanz gestützt auf die Umfragen für die Jahre 2005 und 2006 ermittelte Befolgsgrad lediglich eine Momentaufnahme für das Verhalten der Verkaufsstellen in den Jahren 2005 und 2006 dar. Ob und inwiefern die für die Jahre 2005 und 2006 erhobenen Daten eine unter methodischen Gesichtspunkten zulässige und sinnvolle Extrapolation für das (ebenfalls sanktionierte) Verhalten der Beschwerdeführerin in den Jahren 2007 und 2008 erlauben würden, legte die Vorinstanz weder in der angefochtenen Verfügung noch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens dar. Solche Erklärungen wären aber nicht zuletzt auch angesichts der geltend gemachten *tiefgreifenden Marktentwicklungen* unbedingt nötig gewesen. Von diesem Begründungserfordernis vermöchte auch der – aus der Zeit vor den Direktsanktionen stammende – Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht zu dispensieren, soweit darin erklärt wird, von der Vorinstanz könne nicht verlangt werden, den "Sachverhalt rollend

stets neu zu erheben" (vgl. Urteil der REKO/WEF FB/2004-1 vom 27. September 2005 E. 5.3.4 i.S. *Ticketcorner*, RPW 2005/4, S. 672 ff., S. 696). Denn gerade in diesem Entscheid war bemängelt worden, die Vorinstanz habe die *Entwicklung des Marktes* unzulässigerweise nicht berücksichtigt (a.a.O., E. 5.3.4). Einen solchen Vorwurf erhebt denn auch die Beschwerdeführerin, wenn sie auf den damals angeblich erfolgten Strukturwandel unter den Apotheken sowie Markteintritte und "andere wesentliche Markt-ereignisse" hinweist und bemängelt, die Vorinstanz hätte diese Umstände untersuchen müssen, bevor sie gestützt auf die ihr zur Verfügung stehenden Daten über eine allfällige Sanktionierbarkeit der Jahre 2007 und 2008 entschied.

Die Kritik der Beschwerdeführerin zum angeblich – für die Sanktionierbarkeit – **nicht repräsentativen Untersuchungszeitraum** lässt sich somit nicht von der Hand weisen, auch wenn diese Frage genau genommen erst im Rahmen einer Prüfung der zulässigen Sanktionsdauer bedeutsam wird, also nicht bereits zwingend an dieser Stelle zu diskutieren wäre.

**9.2.3** Umstritten ist, wie erwähnt auch, ob die von der Vorinstanz durchgeführte Umfrage respektive ob die untersuchten **Stichproben qualitativ und quantitativ repräsentativ** sind.

Diesbezüglich bemängelt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe keine repräsentative Stichprobe ausgewählt. So seien auch Kinderärzte angeschrieben worden, die aus offensichtlichen Gründen kein Cialis verkauften. Weiter sei eine ähnliche Anzahl Apotheken in allen Sprachregionen befragt worden. Damit seien aber die Größenunterschiede und die Unterschiede in den verkauften Mengen in diesen Regionen fälschlicherweise nicht berücksichtigt worden. Es hätte eine Stichprobe ausgewählt werden müssen, welche die wirtschaftliche Bedeutung der Verkaufsstellen widerspiegle (d.h. den dort mit ED-Medikamenten erzielte Umsatz; Beschwerde Rz. 135). Des Weiteren fänden sich auch in den gestützt auf die Fragebögen abgegebenen Antworten keine hinreichenden Angaben, auf die sich das Verdikt der Vorinstanz stützen könnte. Laut den Zahlen der Vorinstanz hätten 290 Antworten von SD-Ärzten und 373 Antworten von Apotheken für die Auswertung berücksichtigt werden können. Verglichen mit der Gesamtzahl von 3'038 SD-Ärzten und 1'637 Apotheken basiere die Analyse der Vorinstanz auf den Antworten von lediglich 9.5 % der SD-Ärzte und 22.8 % der Apotheken. Würden nur Antworten gewertet, welche auch "effektive Verkaufszahlen" enthielten, so wäre der Abdeckungsgrad sogar noch kleiner, nämlich 6 % der SD-Ärzte und 18.5 % der Apotheken (182

SD-Arzte und 303 Apotheken). Dies genüge keineswegs für eine ernsthafte Beurteilung des Einhaltungsgrads (Beschwerde Rz. 136). Laut dem von ihr in Auftrag gegebenen ökonomischen Gutachten seien viele zentrale Antworten in den Fragebögen unvollständig und daher für die Prüfung von Transaktionspreisen nicht geeignet gewesen.

Die Vorinstanz hält diese Kritik mit Verweis auf die angefochtene Verfügung für nicht stichhaltig und grösstenteils für unzutreffend: Das Vorgehen des Sekretariats habe die Auswahl möglichst repräsentativer Stichproben für Befragungen aus allen drei Sprachregionen ermöglicht. Es seien nur SD-Ärzte befragt worden, die nach Angaben der Grossisten Abnehmer von ED-Medikamenten gewesen seien; aus diesem engen Kreis sei eine zufällige Auswahl von 423 Ärzten getroffen worden. Unter den Apotheken sei eine disproportional geschichtete Stichprobenauswahl getroffen worden. Damit seien in allen Schichten, auch den gemessen an der Grundgesamtheit Untervertretenen, repräsentative Ergebnisse erzielt worden. Entsprechend seien pro Sprachregion 100 beziehungsweise 130 Apotheken in die Stichprobe einbezogen worden, was deren Repräsentativität garantiere. Diese sei nicht mit deren Grösse gleichzusetzen. Vielmehr bedeute Repräsentativität, dass die aus der Grundgesamtheit ausgewählte Teilmenge eine Struktur bezüglich der interessierenden Merkmale aufweise, welche der Grundgesamtheit möglichst ähnlich sei. Klare Grenzwerte, wie gross eine aussagekräftige Stichprobe sein müsse, existierten nicht. Klar sei, dass umso bessere Ergebnisse erzielt werden könnten, je grösser die Stichprobe sei. Die getroffene Auswahl von 397 Apotheken und 423 SD-Ärzten habe die Repräsentativität der Stichproben gewährleistet. Die Befragungen seien bisher noch nie so umfassend erfolgt und hätten das Sekretariat ressourcentechnisch an dessen Grenzen geführt.

Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts gibt die ***qualitative Repräsentativität*** der Befragung zu keiner grundsätzlichen Kritik Anlass: Es mag zwar etwas befremden, dass die Vorinstanz im Vorfeld des Versandes ihrer Fragebögen den Kreis der befragten Ärzte in methodischer Hinsicht nicht sehr konsequent definiert hatte, was dazu führte, dass vereinzelt auch bereits verstorbene (act. 279.417) beziehungsweise inexistente (act. 279.092) oder Ärzte ohne Selbstdispensations-Bewilligung (act. 279.016; 279.055; 279.057; 279.060; 279.063; 279.068; 279.218; 279.373; 279.824) sowie Ärzte, die erklärten, dass es in ihrem Kanton gar *keine* SD-Ärzte gebe (act. 279.057), Fragebögen zugestellt erhielten. Dass hingegen gewisse befragte Ärzte erklärten, sie hätten als Kinder-, Frauen-, Augen-, Zahn- oder Tierärzte Cialis, Levitra bzw. Viagra weder je verschrieben noch

selber abgegeben (vgl. act. 279.014; 279.046; 279.053; 279.072; 279.086; 279.338; 279.285; 279.233) oder strikt nur für den persönlichen Gebrauch bestellt (act. 279.015; 279.061; 279.100; 279.136; 279.140; 279.174; 279.181; 279.222; 279.236; 279.242; 279.248; 279.280; 279.291; 279.297; 279.318; 279.325; 279.335; 279.408; 279.414; 279.419), hängt wohl damit zusammen, dass die Vorinstanz eine Zufallsauswahl traf (Verfügung Rz. 20, Vernehmlassung Rz. 42). Solche vereinzelte "Ausreisser" mögen zwar etwas ärgerlich sein, statistisch sind sie indessen irrelevant, lässt sich doch in qualitativer Hinsicht nicht beanstanden, dass die Vorinstanz in der Mehrzahl nur zufällig ausgewählte selbstdispensierende Ärzte befragte, und nicht z.B. auch (nicht-selbstdispensierende) Urologen. Denn die Vorinstanz untersuchte ja – neben den vorab vermuteten Horizontalabreden unter den Herstellern (vgl. E. 7.3 a. E.) – mögliche Wettbewerbsbeschränkungen, an denen "Verkaufsstellen" beteiligt gewesen sein könnten, insbesondere in ihrem Konkurrenzverhältnis zueinander.

Unbegründet ist sodann die Rüge, wonach die Vorinstanz die wirtschaftliche Bedeutung und Lage des Verkaufsstandortes in ihren Stichproben hätte berücksichtigen müssen. Abgesehen davon, dass dies in zahlreichen Fällen, wenn auch unbeabsichtigt, tatsächlich geschehen ist (vgl. z.B. act. 279.653, 279.690, 279.780, 279.807), darf nicht vergessen werden, dass die Vorinstanz – methodisch korrekt – eine Zufallsauswahl traf (Verfügung Rz. 20), um dadurch *statistisch repräsentative* Ergebnisse erzielen zu können.

Zur strittigen Frage der *quantitativen Repräsentativität*, das heisst zur Frage, wie viele Daten stichprobeweise erhoben werden müssen, um verlässliche Aussagen zu den wahren Verhältnissen im massgeblichen Gesamtmarkt (vgl. E. 5.5 ff.) zu erlauben, ist festzuhalten, dass es eines gewissen Stichprobenumfangs wie auch einer möglichst zufälligen Auswahl der Befragten bedarf, um repräsentative Aussagen treffen zu können. Wie die Vorinstanz korrekt einräumt, bestehen indes keine festen Grenzwerte zum Umfang von Stichproben, welche die Repräsentativität der entsprechenden Aussagen an und für sich gewährleisten könnten. Soweit vorliegend die Stichproben *zufällig* ausgewählt wurden, wie die Vorinstanz versichert, vermöchte ein *höherer* Stichprobenumfang, wie die Beschwerdeführerin es fordert, tatsächlich zu einer gewissen Reduktion des zufälligen Fehlers und somit zu einer höheren Präzision der Ergebnisse zu führen.

Die hier getroffene Auswahl von 397 Apotheken und rund 400 SD-Ärzten deckt (wenn, wie in der Verfügung in Rz. 20, von 4'675 Verkaufsstellen

ausgegangen wird) rund 17 % beziehungsweise 15 % (wenn, wie in der Verfügung in Rz. 382, von 5'365 Verkaufsstellen ausgegangen wird) des relevanten Marktes ab. Selbst unter den umstrittenen Annahmen der Beschwerdeführerin wurden immerhin noch rund zehn Prozent aller massgeblichen Akteure befragt. Angesichts der – absolut betrachtet – hohen Zahl befragter "Marktakteure" mag dies für den vorliegenden Fall als Stichprobenmenge genügen.

### **9.3 Gerügt wird im vorliegenden Fall auch die *vorinstanzliche Aktenführung* sowie die *Untersuchungsmethode*.**

**9.3.1** Die Beschwerdeführerin kritisiert, die vom Sekretariat verschickten Fragebögen hätten nicht auf die Klärung der Frage abgezielt, ob eine gemeinsame Absicht beziehungsweise eine Willenseinigung zwischen einzelnen Apotheken und SD-Ärzten einerseits und einer einzelnen Herstellerin andererseits bestehe, wie dies für einer Abrede vorausgesetzt werde. Insbesondere unterlasse es der Fragebogen die zentrale Frage zu adressieren, ob Apotheken und SD-Arzte sich daran gebunden fühlten, den Publikumspreisempfehlungen zu folgen. Mit den Fragebögen sollte einzig der Einhaltungsgrad herausgefunden werden, unabhängig vom Grund für die Einhaltung (Beschwerde Rz. 133). Die versandten Fragebögen hätten gewisse unklare oder sogar Irreführende Fragen enthalten. So seien z.B. in der Frage 6.a die Adressaten nach ihren "üblichen Publikumspreisen" gefragt worden. Es sei unklar, ob die Adressaten diese Frage auf die Preise bezogen hätten, die sie selbst üblicherweise anwendeten, oder auf übliche Preise im Sinne von Empfehlungen, unabhängig davon, ob die Empfehlungen eingehalten würden oder nicht. In ihren Antworten auf die Fragen 6, 9 und 10 hätten viele Adressaten einfach angegeben "Preis gemäss Empfehlung", ohne danach zu differenzieren, wessen Empfehlungen sie anwandten, z.B. die Empfehlung des Herstellers oder diejenige eines Grossisten. Es sei möglich, dass ein Adressat um die Tatsache von Publikumspreisempfehlungen wisse, ohne aber zu wissen, ob die Empfehlungen vom Hersteller stammten. Alternativ könne der Adressat zwar davon Kenntnis haben, dass es Publikumspreisempfehlungen gebe, aber die Höhe der empfohlenen Preise nicht kennen, da er seine Preise nicht gemäss Empfehlungen festsetze. In beiden Fällen würde der Adressat Frage 11 nicht beantworten, mit der er aufgefordert worden sei, die Abweichung seines Preises von den Publikumspreisempfehlungen zu erklären. Da die Fragebögen nicht zwischen verschiedenen Formen von Publikumspreisempfehlungen differenzierten, sei auch unklar, ob die Adressaten die Empfehlung der Hersteller umgesetzt oder schon auch nur gekannt hätten, wie dies

notwendig wäre, um eine Willenseinigung zwischen Herstellern und Einzelhändlern zu erstellen (Beschwerde Rz. 137 ff.). Die Auswertung der Fragebögen allein erlaube keine sinnvolle Würdigung. Methodisch hätten Sekretariat wie auch die Vorinstanz für die Beurteilung der Einhaltung der Publikumspreisempfehlungen offenbar auf die "Selbstdeklaration" der Befragten abgestellt (Verfügung Rz. 112, Fn. 181, 82). Laut Vorinstanz sei die Selbstdeklaration der Antwort auf die Frage "*Entspricht der empfohlene Preis für die drei Medikamente dem Publikumspreis?*" entnommen worden. Doch sei diese Frage in den Fragebögen in dieser Form gar nicht enthalten (Beschwerde Rz. 144). Es sei möglich, bleibe aber unklar, dass die Vorinstanz auf Frage 11 des Fragebogens Bezug nehme, die mehrere Fragen für zwei verschiedene Konstellationen enthielten. Die Konstellationen seien: (1) "Falls Ihre Publikumspreise für Viagra, Cialis bzw. Levitra den Publikumspreisempfehlungen von Pfizer, Eli Lilly bzw. Bayer entsprechen (Abweichung +1- 1,5 %)" und (2) "Falls Ihre Publikumspreise für Viagra, Cialis bzw. Levitra den Publikumspreisempfehlungen von Pfizer, Eli Lilly bzw. Bayer nicht entsprechen (Abweichung > 1,5 %)". Das sei selbstredend nicht dasselbe wie die Frage, welche die Vorinstanz gestellt haben will, die kurz mit "Ja oder Nein" beantwortbar wäre. Zudem könne der unklare Wortlaut von Frage 10 dazu geführt haben, dass gewisse Befragte gar keine Antwort zu Frage 11 gegeben hatten (Beschwerde Rz. 145). Zudem unterscheide Frage 11 nicht zwischen den drei Herstellern bzw. Produkten, wie dies bei den Fragen 9 und 10 der Fall sei. Dies erlaube den Befragten nicht, eine separate Antwort zu geben, wenn sie zwar die Publikumspreisempfehlungen von Levitra oder Viagra, nicht aber die für Cialis eingehalten hätten. Demnach unterscheide das Vorgehen der Vorinstanz nicht danach, ob die Publikumspreisempfehlungen für alle oder nur einzelne Produkte eingehalten worden seien. Dies führe zu einer unzulässigen Gesamtsicht auf die drei Produkte (und die verschiedenen Packungsgrößen desselben Herstellers). Das Ausmass der Unsicherheit, ob ein Befragter, der nur die Publikumspreisempfehlungen eines der verkauften Produkte einhielt, von der Vorinstanz als die Publikumspreisempfehlungen einhaltend gewertet worden sei, werde zusätzlich unüberschaubar, weil der Befragte selber entscheiden müsse, ob er sich als "Einhaltender" sehe: Der Befragte müsse sich entscheiden, welchen Teil der Frage 11 er beantworte. Demnach sei das Vorgehen der Vorinstanz, das auf die Selbstdeklaration der Befragten hinsichtlich ihrer Preispolitik abstelle, für eine konsistente und objektive Ermittlung des Einhaltungsgrades zum Vornherein ungeeignet, und zwar bereits für alle Produkte zusammen, umso mehr aber als einzig der Einhaltungsgrad für Cialis für die Beurteilung ihrer Situation relevante sei. Zudem

seien Antworten manchmal unvollständig gewesen, weil einige der Apotheken und SD-Ärzte angegeben hätten, dass sie die Publikumspreisempfehlungen anwendeten, aber dass sie nicht mehr wüssten, wie viele Packungen sie zu einem Rabatt verkauft hätten. In gewissen Fällen seien die Antworten auch fehlerhaft gewesen. Solche Fehler müssten erwartet werden, wenn ein Fragebogen wie hier offene Fragen verwende. Die Vorinstanz habe sich entschieden, wegen diesen unvollständigen Antworten die sogenannten "Mittelwert-Imputation" anzuwenden, das heisst sie habe fehlende Angaben durch Mittelwerte ersetzt. Dieses Vorgehen sei indessen nicht verlässlich (Beschwerde Rz. 146 ff.).

Die Vorinstanz räumt zur gerügten mangelhaften Aktenführung zahlreiche "bedauerliche Schreibfehler" ein. Diese seien jedoch bedeutungslos, zumal inzwischen korrekte Werte geliefert worden seien. Die Rügen zur inhaltlichen Ausgestaltung der Fragebögen hält sie für grösstenteils unzutreffend, verzichtete aber, in der Vernehmlassung näher darauf einzugehen, insbesondere zu den gerügten Unterlassungen (Vernehmlassung Rz. 41). Zur Kritik, wonach eine wesentliche, so nicht in den Fragebögen enthaltene Frage in der Verfügung erwähnt worden sei, erklärt die Vorinstanz, dass sie "*mit der zugegebenermaßen missglückten Darstellung in Anführungszeichen nicht den Eindruck*" habe erwecken wollen, "*die Frage hätte sich wörtlich in dieser Form in den Fragebögen befunden*". Dies treffe nicht zu, wie die Beschwerdeführerin zu Recht rüge. Bei der Auswertung der Fragebögen sei "*mittels Frage 6 i.V.m. den Tabellen 4-6 eben gerade eruiert*" worden, "*ob die empfohlenen Preise in der Regel den Publikumspreisen*" entsprächen "*und damit, welche Verkaufsstellen grundsätzlich den PPE Folge*" leisteten "*und keine eigenen Angaben in die Software*" einspeisten. Zwar möge verwirrlich sein, dass diese Frage nicht so formuliert in den Fragebögen enthalten gewesen sei. Dies ändere aber nichts daran, dass das Sekretariat die entsprechenden Angaben erhoben habe. Dieser Fehler in der Darstellung habe sich "*anlässlich der Berücksichtigung der zahlreichen Vorbringen der Herstellerinnen in ihren Stellungnahmen eingeschlossen*" (Vernehmlassung Rz. 47).

**9.3.2** Soweit die Beschwerdeführerin damit auch an der Grundlagenermittlung der Vorinstanz Kritik übt, ist diese mindestens teilweise berechtigt. Der Hinweis der Vorinstanz auf "bedauerliche Schreibfehler" vermag daran nichts zu ändern. Allerdings sind die bemängelten Abweichungen (vgl. E. 9.3.1) der etwas unsorgfältig aufgeföhrten Auswertungsdaten zu gering, als dass sich die eingestandenen Fehler rechtserheblich auf die Auswertung hätten auswirken können

Dass die teilweise etwas komplizierten Formulierungen im Fragekatalog bei etlichen Adressaten mit argen Bedenken aufgenommen wurden, erklärt die Reaktionen der Betroffenen, welche entweder die kaum zumutbare Komplexität der Fragestellung beklagten (prägnant für viele act. 279.289: "*Bei einer nächsten Befragung sollten Sie das Design des Briefes mit einem Betroffenen zusammen machen, weil möglicherweise viele Aerzte die Verwaltungs- und Ökonomensprache nicht verstehen?!*"; siehe auch act. 279.011) oder sich über den enormen Zeitaufwand empörten, der mit dem Beantworten des langen Fragebogens verbunden war (vgl. z.B. für viele act. 279.002; 279.021; 279.024; 279.052a; 279.067; 279.073; 279.077; 279.133; 279.079; 279.157; 279.203; 279.225; 279.304; 279.289; 279.352; 279.359; 279.366; 279.737; 283.373; 318). Im Sinne der Beschwerdeführerin hätte ein präziser und bedeutend einfacher formulierter Fragekatalog zweifellos erlaubt, die Marktverhältnisse etwas besser zu erfassen. Hierzu weist die Beschwerdeführerin zu Recht darauf hin, dass die teilweise unklar gestellten Fragen zu entsprechend unklaren Antworten von Apotheken und SD-Ärzten führten, was das Sekretariat wiederum veranlasste, telefonisch Ergänzungen bei den Betroffenen einzuholen (Beschwerde Rz. 140 ff.).

**9.3.3** Schwerer wiegt indessen, dass die Vorinstanz es, aus welchen Gründen auch immer, unterliess, der *Bedeutung des Preises, wenn der verschreibende Arzt das zur Behandlung nötige Medikament wählt*, Beachtung zu schenken.

Hierzu behauptet die Vorinstanz, ohne dies näher untersucht zu haben, der Preis sei bei der Wahl des zweckmässigen Medikaments zweitrangig, nicht jedoch beim Wiederkauf (Verfügung Rz. 141, 220 ff.). Hier scheint die Vorinstanz zu übersehen, dass der Preis mit Blick auf die ärztliche Behandlung bereits anlässlich des Verschreibens und nicht erst beim Kauf in der Apotheke eine wichtige Rolle spielt: Zwar besteht zwischen Cialis, Levitra und Viagra auf der Stufe der verschreibenden Ärzte unbestrittenemassen ein *Qualitätswettbewerb*, der sich auf die Wirksamkeit und Verträglichkeit der entsprechenden Produkte bezieht (vgl. zum Qualitätswettbewerb AM-STUTZ/REINERT, "Buchpreisbindung II", a.a.O., Ziff. 2, S. 58). Nicht übersehen werden darf jedoch, dass den Arzt bei der Verschreibung des Medikaments eine wesentliche Aufklärungspflicht trifft: muss er doch unabhängig davon, ob er selbst dispensieren darf oder nicht (vgl. E. 5.4.2), seinen Patienten nach der Diagnose beim Therapievorschlag über die preisliche Seite von Arzneimitteln (insbesondere betreffend Nichtkassenpflichtigkeit) aufmerksam machen. So wurde denn im Untersuchungsverfahren von ärztlicher Seite zu Recht verschiedentlich darauf hingewiesen, dass der

Arzt seine Patienten, gerade weil die fraglichen nichtkassenpflichtigen Arzneimittel zur Behandlung erektiler Dysfunktion teuer sind, auch über die preisreduzierende Möglichkeit des sogenannten "pill-cutting" aufzuklären habe (vgl. z.B. act. 279.007; 279.030; 279.074). Dabei wird so verfahren, dass der Arzt im Einvernehmen mit seinem Patienten die vergleichsweise billigere, aber (im Vergleich zur therapieindizierten Dosis) mit doppeltem Wirkstoffgehalt versehene Pille verschreibt, die der Patient vor der Einnahme mit einem sog. "pill-cutter"-Gerät halbieren muss (unter Aufbewahrung der Resthälfte für die nächste Einnahme). Auch dürfte hier eher davon auszugehen sein, dass der Patient durchaus geneigt sein könnte, seinen Arzt beim zweiten oder dritten Rezept zu bitten, ihm ein anderes, günstigeres ED-Medikament zu verschreiben, wenn aus medizinischer Sicht nichts dagegen spricht.

Eine verfeinerte Fokussierung bei der inhaltlichen Gestaltung des Fragekataloges hätte es, wie dieses Beispiel zeigt, erlaubt, unter Berücksichtigung der medizinalrechtlichen (bzw. regulatorischen) Ordnung und aller relevanten nichtpreislichen Wettbewerbsparameter die einschlägigen Marktverhältnisse besser zu untersuchen und zu würdigen.

**9.3.4** Dass die Vorinstanz – entgegen ihren klaren Ausführungen in der angefochtenen Verfügung (Rz. 112 Fn. 181, 82) – die Frage:

*"Entspricht der empfohlene Preis für die drei Medikamente dem Publikumspreis?"*

in ihren Fragebögen nie gestellt hatte, ist unbestritten. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht anführt, lautete die Frage, welche diesem Gedanken am ehesten entspricht und von den befragten Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten zu beantworten war, wie folgt (Frage 11 der Fragebögen vom 7. Februar 2007):

"Falls Ihre Publikumspreise für Viagra, Cialis bzw. Levitra den Publikumspreisempfehlungen von Pfizer, Eli Lilly bzw. Bayer entsprechen (Abweichungen +/- 1,5 %):  
 a) Nennen Sie bitte die Gründe für die Übereinstimmung.  
 b) Gibt es Gründe, die Sie dazu veranlassen würden, bei Ihrem Publikumspreis von den Preisempfehlungen abzuweichen (z.B. Margenüberlegungen, wettbewerbliche Überlegungen, rechtliche Bestimmungen etc.)? Nennen Sie bitte die Gründe.  
 c) Falls die Marge (Publikumspreisempfehlung minus Ihr Einkaufspreis) ein Grund für die Abweichung von den Preisempfehlungen wäre: Wie hoch einerseits und wie tief andererseits müsste die Marge in Prozent Ihres Einkaufspreises sein, damit

Ihre Publikumspreise von den Preisempfehlungen abweichen würden?

*Falls Ihre Publikumspreise für Viagra, Cialis bzw. Levitra den Publikumspreisempfehlungen von Pfizer, Eli Lilly bzw. Bayer nicht entsprechen (Abweichungen > 1,5 %):*

- a) Nennen Sie bitte die Gründe für die Abweichungen.
- b) Gibt es Gründe, die Sie dazu veranlassen würden, Ihren Publikumspreis den Preisempfehlungen anzupassen (z.B. Margenüberlegungen etc.)? Nennen Sie bitte die Gründe.
- c) Falls die Marge (Publikumspreisempfehlung minus Ihr Einkaufspreis) ein Grund für die Abweichung von den Preisempfehlungen wäre: Wie *hoch* einerseits und wie *tief* andererseits müsste die Marge in Prozent Ihres Einkaufspreises sein, damit Ihre Publikumspreise den Preisempfehlungen entsprechen würden?"

Die Behauptung der Vorinstanz (Vernehmlassung Rz. 47), die Antwort auf die (nie gestellte) Frage ("*Entspricht der empfohlene Preis für die drei Medikamente dem Publikumspreis?*") sei aus den Antworten zur Frage 6 i.V.m. den Tabellen 4-6 hergeleitet worden, vermag nicht zu überzeugen. Mit der Frage 6 wurden die Verkaufsstellen lediglich aufgefordert, "die Höhe des am häufigsten verlangten Preises" anzugeben. Damit scheint die Vorinstanz zum einen selber davon auszugehen, dass die Verkaufsstellen verschiedene Preise verlangten, zum anderen bleibt auch unklar, was mit "häufig" gemeint ist.

Der Beschwerdeführerin ist daher zuzustimmen, wenn sie geltend macht, dass die Vorinstanz mit Hilfe der Antworten zur Frage 6 wohl kaum eine Antwort auf die Frage "*Entspricht der empfohlene Preis für die drei Medikamente dem Publikumspreis?*" ermitteln konnte. Dafür respektive für die Ermittlung des relevanten Befolgsgrades musste die Vorinstanz auf eine aufwändige Analyse und Auswertung der Antworten auf die verschachtelt formulierte Frage 11 greifen.

Eine gewisse Kritik an der Untersuchungsmethode der Vorinstanz erscheint daher insofern als durchaus angebracht.

**9.4 Umstritten** ist nicht nur die Untersuchungsmethode, sondern eng damit zusammenhängend der von der Vorinstanz ermittelte **Befolgsgrad beziehungsweise dessen wettbewerbsökonomische Aussagekraft**.

Der Befolgsgrad wird in der angefochtenen Verfügung in drei Tabellen wiedergegeben:

**Tabelle 2** zu Rz. 112: "Preispolitik der SD-Ärzte und Apotheken in Zusammenhang mit Cialis, Levitra und Viagra in der Schweiz (Stand anfangs 2007)" (Quelle: RPW 2010/4, S. 662):

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

**Tabelle 5** zu Rz. 205: "Einhaltung der PPE seitens der Apotheken für die drei Medikamente in den Jahren 2005 und 2006 gemessen an der Anzahl verkaufter Packungen" (Quelle: RPW 2010/4, S. 675):

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

**Tabelle 6** zu Rz. 206: "Einhaltung der PPE seitens der SD-Ärzte für die drei Medikamente in den Jahren 2005 und 2006 gemessen an der Anzahl verkaufter Packungen" (Quelle: RPW 2010/4, S. 676):

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

**9.4.1** Hierzu kritisiert die *Beschwerdeführerin* im Wesentlichen, die Vorinstanz habe die erhaltenen Antworten unklar und nicht nachvollziehbar ausgewertet und deswegen falsche Schlüsse gezogen. Richtig berechnet lasse sich aus den Fragebögen ein weit geringerer Befolgsgrad von unter 50 % ableiten (selbst bei der willkürlichen Bandbreite von 3 % bei Rabatten). Die Vorinstanz habe ihre grundlegende Behauptung, dass Apotheken und selbstdispensierende Ärzte die Empfehlungen weitgehend befolgt hätten, nie nachvollziehbar begründet. Unklar sei, auf welche Akten sie sich für die Berechnung des angeblichen Befolgsgrades und die gewährten Rabatte überhaupt stütze. Trotz allem Bemühen sei es nicht gelungen, die von der Vorinstanz ermittelten Zahlen nachzurechnen. Entspre-

chende Begehren um Erläuterung beziehungsweise Offenlegung der verwendeten Berechnungsgrundlagen habe die Vorinstanz abgewiesen. Deshalb sei nicht erschliessbar, wie die Vorinstanz auf einen Einhaltungsgrad von 81.7% bzw. 89.3% betreffend Anzahl Verkaufsstellen beziehungsweise von 70.6% und 63.4% bei der Berechnung nach verkauften Packungen gekommen sei (Beschwerde Rz. 224). Auch erlaube die Auswertung ungewichteter Daten keine Analyse des Sachverhalts, sondern führe zu Verzerungen, wie der schwankende Einhaltungsgrad bei Apotheken von 89.3% (betr. Akteuren) bzw. 63.4% (betr. Packungen) zeige. Für die tatsächliche Befolgung sei allein auf die Anzahl verkaufter Packungen abzustellen, da nur entscheidend sei, wo Patienten einkauften und nicht, wo sie dies tun könnten. Zu Unrecht überproportional seien Apotheken berücksichtigt worden, welche überhaupt keine nennenswerten Verkäufe getätigt oder gewisse Packungsarten/Dosierungen gar nicht verkauft hätten. Die Vorinstanz habe auch nie erklärt, weshalb sie entgegen ihrer bisherigen Praxis in die ungewichtete Berechnung des Befolgsgrads auch Verkaufsstellen miteinbezogen habe, die auf Preisempfehlungen Rabatte gewährten. Damit habe sie diese fälschlicherweise mit Verkaufsstellen gleichgestellt, die Empfehlungen ohne Rabattgewährung befolgten (Beschwerde Rz. 152 ff.). Wären richtigerweise Verkaufsstellen, die auf den Preisempfehlungen Rabatte gewährten, ausgeklammert worden, unterboten 48% der Apotheken diese Empfehlungen. Dies werde in der Rz. 205 der angefochtenen Verfügung explizit anerkannt. Die nie weiter abgeklärte Unterscheidung zwischen kunden- und produktsspezifischen Rabatten sei methodisch falsch und willkürlich. Zur Ermittlung des Befolgsgrades sei lediglich erheblich, ob ein Rabatt tatsächlich gewährt worden sei, unabhängig ob aus "kundenspezifischen oder produktsspezifischen Gründen. Preiswettbewerb sei grundsätzlich mittels kunden- oder produktsspezifischen Rabatten auf Preisempfehlungen oder einer empfehlungsunabhängigen Preissetzung möglich. Relevant sei lediglich, dass die "Verkaufsstellen" miteinander im Wettbewerb stünden, Rabatttätigkeit zu beobachten sei und sich die zu bezahlenden Preise von der Empfehlung unterscheiden beziehungsweise eine Streuung dieser Preise zu beobachten sei. Im ökonomischen Expertengutachten werde die breite Streuung der Transaktionspreise detailliert dokumentiert. Abgesehen davon werde hier wirksamer Wettbewerb nicht vorrangig durch den Preis, sondern durch andere Umstände, wie die Verschreibungspflicht, Wirksamkeit und Verträglichkeit, Beratungsqualität, gewährte Anonymität beim Kauf, Verfügbarkeit, geprägt (Beschwerde Rz. 234 ff.). Die Vorinstanz unterscheide auch nicht, ob Verkaufsstellen die Empfehlungen für alle ED-Medikamente anwendeten oder

nur für einen Teil. Nicht berücksichtigt werde, dass Cialis, Levitra und Viagra in unterschiedlichen Dosierungen und Packungsgrößen – wegen wohl jeweils unterschiedlichen Margen – zu verschiedenen Konditionen angeboten worden seien. So sei unklar, wie Verkaufsstellen geantwortet haben, die z.B. die Preisempfehlungen nur in der Hälfte ihrer Medikamente beziehungsweise Dosierungen anwendeten. Vermutlich hätten diese angegeben, die Empfehlungen eingehalten zu haben, weshalb der berechnete Befolgsgrad wieder zu hoch ausgefallen sein dürfte. Zumindest sei dadurch der tatsächliche Befolgsgrad der Preisempfehlungen für Cialis nicht objektiv analysiert worden. Dafür seien die Fragen zu undifferenziert gestellt worden, weshalb allzu viele fehlerhafte oder unvollständige Antworten abgegeben worden seien. Unter anderem hätten laut Vorinstanz einige der Befragten angegeben, Preisempfehlungen anzuwenden, hätten aber nicht erklärt, wie viele Packungen zu einem Rabatt verkauft worden seien. Diese Probleme seien unausweichlich bei einem Fragebogen, der so viele offene Fragen beinhalte. Die Vorinstanz habe das Problem methodisch falsch gelöst, indem sie die fehlenden Antworten kurzerhand durch Durchschnittswerte ("Mittelwertimputation") ersetzt habe (Beschwerde Rz. 148 ff.). Gemäss der Frage 11 sei eine Preissetzung innerhalb einer Bandbreite von 3 % (+/- 1.5 % der PPE) als Befolgung bewertet worden. Diese Bandbreite sei vermutlich auch bei den in der angefochtenen Verfügung unterstellten Befolgsgraden verwendet worden, was indes nicht klar sei. Letztlich sei diese Bandbreite von 3 % gerade im vorliegenden regulatorischen Umfeld, das den Preiswettbewerb einschränke, willkürlich und führe dazu, dass der berechnete Befolgsgrad höher dargestellt werde, als er tatsächlich sei. Die anhand der Antworten erstellte Preisdispersionsanalyse von RBB belege, dass die erhobenen Daten nicht für einen hohen Befolgsgrad sprächen: Die Apotheken hätten 2006 weniger als 40 % der gängigsten Cialis-Packungen zu einem Preis innerhalb der (willkürlichen) Bandbreite von 3% verkauft. Die Mehrheit sei zu einem Preis unter den Preisempfehlungen verkauft worden, praktisch keine Medikamente darüber. Die selbstdispensierenden Ärzte hätten 2006 weniger als 50 % der gängigsten Cialis-Packungen zu einem Preis innerhalb der (willkürlichen) Bandbreite von 3% verkauft. Die Mehrheit sei zu einem Preis unter den Preisempfehlungen abgegeben worden, Verkäufe über den Empfehlungen seien so gut wie nie vorgekommen. Das ökonomische Expertengutachten zeige auch, dass die Einhaltung der Preisempfehlungen über die Jahre 2004 bis 2006 tendenziell abgenommen habe. Dies erlaube den Schluss, dass der Einhaltungsgrad noch tiefer gewesen sei, wäre er für 2007 und 2008 ermittelt worden. Selbst die von der Vorinstanz unterstellten

Zahlen belegten, dass der Einhaltungsgrad über die Zeit ab- und die Häufigkeit von Rabatten zugenommen habe.

Die Vorinstanz verwirft diese Rügen. Sie habe Sachverhalte mit Sachkunde und praktischer Vernunft aufgrund ihrer eigenen Überzeugung zu beurteilen. Gelinge der Nachweis einer unzulässigen Abrede mittels Indizien, müsse nicht jedes Indiz für sich allein genommen stark genug sein, um die Absprache zu belegen, sondern es müsse die Gesamtheit der Indizien für das Vorliegen einer entsprechenden Wettbewerbsabrede sprechen, was der Fall gewesen sei (Vernehmlassung Rz. 36 f.). Trotz einlässlicher Kritik liess sich die Vorinstanz nur zu vereinzelten Punkten vernehmen: Die sanktionierten "Abreden", die den Ausschluss von Preiswettbewerb unter den Verkaufsstellen entsprechend der Margenordnung Sanphar beibehalten wollten, hätten dazu geführt, dass hierzulande 89.3 % der Apotheken ihre Preise in Übereinstimmung mit den Empfehlungen festgesetzt hätten, so dass 63 % aller durch Apotheken verkauften Packungen Cialis, Levitra und Viagra zum empfohlenen Publikumspreis verkauft worden seien. Da die Verkaufsstellen in ihrer Preisfestsetzungspolitik nicht nach Produkten unterschieden hätten und die Beschwerdeführerin, Bayer und Pfizer ihre Preisempfehlungen im Vertrieb (hinsichtlich Publikation, Einspeisung in die Datenbanken von e-mediat sowie ähnliche Vertriebsmargen einberechnend) genau gleich gehandhabt hätten, gälten die Überlegungen für alle drei Mittel. Daher bestünden drei nebeneinander bestehende Abredebündel, deren Auswirkungen den ganzen sachlich relevanten Markt erfassten. Demgemäß sei in der wettbewerbsrechtlichen Analyse zwischen zwei Arten von Befolgsgraden unterschieden worden: Der erste Befolgsgrad gebe die Anzahl Verkaufsstellen wieder, welche die Preisempfehlungen grundsätzlich eingehalten hätten und folglich als Abredebeteiligte anzusehen seien. Demgegenüber drücke der zweite Befolgsgrad die Anzahl Packungen aus, die zum empfohlenen Preis verkauft worden seien; dieser Befolgsgrad sei für die Auswirkungen der Abrede von Belang (Vernehmlassung Rz. 12 f.).

Zu weiteren umstrittenen Punkten hat sich die Vorinstanz nicht vernehmen lassen. So unter anderem etwa zur Datenauswertung, die gemäß der Beschwerdeführerin trotz mehrmaligem Wunsch nie nachvollziehbar offengelegt worden sei, zur Rüge, die gewährten Rabatte hätten bei der Berechnung des Befolgsgrades nicht ausgeschlossen werden dürfen sowie zur angeblich willkürlichen Festlegung von Bandbreiten oder zum Vorwurf, verschiedene Dosierungen und Medikamente zu Unrecht gleich behandelt zu haben. Zur Berechnungsweise hielt die Vorinstanz lediglich fest, dass

selbst die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten, tieferen Prozentzahlen, noch auffallend hoch seien. Selbst wenn diese Zahlen zuträfen, läge eine Beseitigung oder zumindest erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor (Vernehmlassung Rz. 79).

**9.4.2** Die Angaben der Verfahrensbeteiligten zu den jeweiligen Befolungsgraden der Preisempfehlungen im Durchschnitt der Jahre 2005 und 2006 können in einer Synopsis wie folgt wiedergegeben werden:

	Angefochtene Verfügung		Beschwerde Eli Lilly	
Apotheken	Apotheken (inkl. Rabatt)	Packungen	Apotheken (inkl. Rabatt)	Packungen
Befolging PPE	89.3 %	63.5 % 18.9 % (mit Rabatt)	57.7 % - 63.8 % (RBB-Studie)	34.6 % - 38.9 % (RBB-Studie)
Nichtbefolging	10.7 %	17.6 %	≥ 36.2 %	≥ 61.1 %
SD-Ärzte	SD-Ärzte (inkl. Rabatt)	Packungen	SD-Ärzte (inkl. Rabatt)	Packungen
Befolging PPE	81.7 %	71.7 % 2.9 % (mit Rabatt)	48.9 % - 69.4 % (RBB-Studie)	58.2 % - 78.9 % (RBB-Studie)
Nichtbefolging	18.3 %	25.4 %	≥ 30.6 % (RBB-Studie)	≥ 21.1 % (RBB-Studie)

Dass die Ansichten zur Datenauswertung äusserst kontrovers sind, ist offensichtlich. Allerdings liesse diese Tatsache allein wohl noch nicht genügend Zweifel an den von der Vorinstanz ermittelten Befolgungswerten beziehungsweise deren rechtliche Würdigung aufkommen.

Bezüglich des von der Vorinstanz ermittelten Befolgsgrades und dessen Aussagekraft lassen sich effektiv gewisse Zweifel nicht von der Hand weisen, insbesondere insoweit als die **Vorinstanz** zur Frage der Sanktionierung der Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte die **Verlässlichkeit der eingeholten Antworten** selber **in Frage** stellt. So hält sie in der angefochtenen Verfügung ausdrücklich fest, dass sich hier "die Frage, wie vertrauenswürdig die ungeprüfte Selbstdeklaration der Parteien für eine Sanktionierung wäre", stelle (Verfügung Rz. 382) und führt "praktische

Gründe" an, um ihren grundsätzlichen Verzicht auf Sanktionierung der Vertriebsstufe zu begründen (Verfügung Rz. 384 ff.).

**9.4.3** Die Zweifel an der Verlässlichkeit der ausgewerteten Antworten, welche der Berechnung des Befolgsgrades zu Grunde liegen, vermochte die Vorinstanz auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht auszuräumen.

Trotz Aufforderung zur Einreichung sämtlicher Vorakten hat die Vorinstanz die von ihr vorgenommene **Datenauswertung** auch nie nachvollziehbar offengelegt. Auffällig ist diesbezüglich insbesondere, dass die Vorinstanz in den Tabellen 2, 5 und 6 lediglich **aggregierte Zahlen** verwendete, das heisst Werte, die gleichermaßen für Cialis, Levitra und Viagra Gültigkeit beanspruchen, ohne dass nach den unterschiedlichen Dosierungen und Packungsgrößen differenziert worden wäre.

Dies steht im klaren Widerspruch zu ihrem Vorgehen, bei der Marktbestimmung zu Recht *drei voneinander völlig getrennte*, einzig die jeweils gegebenen Marktverhältnisse der einzelnen Medikamente beschlagende Sachverhaltskomplexe (je für Cialis, Levitra und Viagra) abzugrenzen und in der Folge dementsprechend *drei voneinander unabhängige* vertikal abgestimmte Verhaltensweisen für unzulässig zu erklären und materiell betrachtet folgerichtig auch drei voneinander unabhängige Sanktionsverfügungen zu erlassen (vgl. E. 5.10).

Dass sich die fraglichen Preisempfehlungen wie sanktionierbare Festpreise ausgewirkt hätten (Art. 5 Abs. 4 KG i.V.m. Art. 49a Abs. 1 KG), wäre unter diesen Umständen *für jedes einzelne ED-Medikament* (allenfalls, so weit sachlich geboten, unter Differenzierung nach Packungsgrößen) separat zu würdigen und zu beurteilen gewesen.

Die Ausführungen der Vorinstanz, eine getrennte Auflistung des Befolgsgrads nach ED-Medikament habe nicht durchgeführt werden können, weil detaillierte Angaben zur Rabattpolitik der Verkaufsstellen für die einzelnen ED-Medikamente nicht systematisch erhoben worden seien (Rz. 205 Fn. 263) und hätte kaum zu einem unterschiedlichen Ergebnis geführt, da die Rabattpolitik der Verkaufsstellen grundsätzlich für alle ED-Medikamente gleich gewesen sei (vgl. Verfügung Rz. 205; vgl. Vernehmlassung Rz. 12), vermögen diesbezüglich nicht zu überzeugen, zumal sie auch nicht belegt werden.

Eine relevante Beeinträchtigung des jeweils für die entsprechenden Medikamente wünschbaren Intrabrand-Preiswettbewerbs durch eine Publikumspreisempfehlung liesse sich im Übrigen mit aggregierten Werten wohl nur dann nachweisen, wenn die befragten Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte durchs Band angegeben hätten, sie hätten die jeweiligen Preisempfehlungen für sämtliche ED-Medikamente praktisch immer befolgt, was selbst von der Vorinstanz zu Recht nicht behauptet wird.

Gemäss den Angaben in der angefochtenen Verfügung (Rz. 112 und 205) zum Befolgsgrad der Apotheken lässt sich nämlich entnehmen, dass nur 52 % der antwortenden Apotheken angaben, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra strikt zu befolgen. Auf diese Apotheken entfielen 33.9 % (2005) bzw. 33.6 % (2006) der ED-Medikamentenpackungen, die von den antwortenden Apotheken insgesamt verkauft wurden. 37.5 % der antwortenden Apotheken gaben an, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra lediglich insofern zu befolgen, als dass sie den empfohlenen Preis als Ausgangspunkt für die Gewährung von Rabatten verwendeten. Auf diese Apotheken entfielen 48.5 % (2005) bzw. 48.9 % (2006) der ED-Medikamentenpackungen, die von den antwortenden Apotheken insgesamt verkauft wurden. Gemäss Vorinstanz gewährten diese Apotheken bei durchschnittlich 39 % ihrer Verkäufe einen Rabatt. Ob sie dies für alle ED-Medikamente im gleichen Ausmass taten, geht aus der Verfügung nicht hervor. 10.7 % der antwortenden Apotheken gaben an, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra überhaupt nicht zu befolgen. Auf diese Apotheken entfielen 17.6 % (2005) bzw. 17.5 % (2006) der von den antwortenden Apotheken insgesamt verkauften ED-Medikamentenpackungen.

Selbst laut Vorinstanz hat somit knapp die Hälfte der antwortenden Apotheken angegeben, die Preisempfehlungen für ED-Medikamente entweder überhaupt nicht befolgt oder aber den jeweils empfohlenen Preis als Ausgangspunkt für mögliche Rabatte verwendet zu haben. Von diesen Apotheken wurden rund zwei Drittel aller (durch die antwortenden Apotheken vertriebenen) Packungen verkauft. Damit entfielen rund zwei Drittel des über den Apotheken-Kanal vertriebenen Marktvolumens für ED-Medikamente auf Apotheken, die die Publikumspreisempfehlungen nicht strikte einhielten.

Auf analoge Weise lässt sich aus den in der Verfügung (vgl. Rz 112 und 206) enthaltenen Angaben zum Befolgsgrad der selbstdispensierenden Ärzte Folgendes "herauslesen": 75.5 % der antwortenden SD-Ärzte befolgten die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra strikt. Auf diese SD-Ärzte entfielen 66.8 % (2005) bzw. 63.8 % (2006) der ED-Medikamentenpackungen, die von den antwortenden SD-Ärzten insgesamt verkauft worden waren. 6.2 % der antwortenden SD-Ärzte befolgten die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra lediglich insofern, als dass sie den empfohlenen Preis als Ausgangspunkt für die Gewährung von Rabatten verwendeten. Auf diese SD-Ärzte entfielen 8.7 % (2005) bzw. 9.9 % (2006) der ED-Medikamentenpackungen, die von den antwortenden SD-Ärzten insgesamt verkauft worden waren. Laut Vorinstanz gewährten diese SD-Ärzte bei durchschnittlich 31 % ihrer Verkäufe einen Rabatt. Ob sie dies für alle ED-Medikamente im gleichen Ausmass taten, geht aus der Verfügung nicht hervor. 18.3 % der antwortenden SD-Ärzte befolgten die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra nicht. Auf diese SD-Ärzte entfielen 24.5 % (2005) bzw. 26.3 % (2006) der von den antwortenden SD-Ärzten insgesamt verkauften ED-Medikamentenpackungen. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass gemäss Vorinstanz ein Viertel der antwortenden SD-Ärzte angab, die Preisempfehlungen für ED-Medikamente entweder überhaupt nicht befolgt oder aber den jeweils empfohlenen Preis als Ausgangspunkt für mögliche Rabatte verwendet zu haben. Von diesen SD-Ärzten wurde rund ein Drittel aller (durch die antwortenden SD-Ärzte vertriebenen) Packungen verkauft. Damit entfiel ein Drittel des über den SD-Kanal vertriebenen Marktvolumens für ED-Medikamente auf SD-Ärzte, die Publikumspreisempfehlungen nicht strikte einhielten.

**9.5** Der von der Vorinstanz ermittelte und in der Verfügung festgehaltene Befolgsgrad ist angesichts des soeben Festgehaltenen in wettbewerbsökonomischer Hinsicht kaum aussagekräftig und würde, wie selbst das Sekretariat der Vorinstanz in seinem Schlussbericht in Sachen "Festool" erklärte (RPW 2011/3, S. 367, Rz. 34), ohne das Vorliegen weiterer Indizien auch nicht ausreichen, um eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 (i.V.m. Art. 5 Abs. 4) KG anzunehmen (so auch im Übrigen die Rechtslage im Europäischen Recht, vgl. E. 7.10 m.w.H.). Eine allfällige Rückweisung oder eigene Beweisergänzung durch das Bundesverwaltungsgericht im Sinne der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_1016/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 2.2 i.S. Siegenia-Aubi, m.w.H.) erübrigत sich jedoch im vorliegenden Fall, da sich auf Grund

der Akten und der übrigen Indizien durchaus relevante Schlüsse zu den abgegebenen Preisempfehlungen ziehen lassen.

Wie von der Beschwerdeführerin behauptet und von der Vorinstanz nie bestritten (Verfügung Rz. 145), war es im untersuchten Zeitraum, obschon ED-Medikamente dem Publikumswerbeverbot unterliegen (vgl. E. 6) möglich, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra im Internet frei einzusehen. Angesichts dieser Tatsache sowie dem Umstand, dass es dem verschreibenden Arzt im Rahmen seiner Aufklärungspflicht obliegt, den Patienten über die finanziellen Folgen der gewählten Therapie zu informieren, da ED-Medikamente nur ausnahmsweise von der Krankenkasse übernommen werden, ist davon auszugehen, dass ein ED-Patient über die für sein Medikament gültigen Preisempfehlungen im Bilde war oder es zumindest hätte sein können. Somit musste sowohl der selbstdispensierende Arzt als auch der Apotheker, wenn er die Verkaufspreise für Cialis, Viagra und Levitra festlegte, davon ausgehen, dass derjenige der das Medikament bezieht, den Publikumspreis kennt oder kennen könnte. Wer ED-Medikamente als selbstdispensierender Arzt abgab oder in einer Apotheke verkaufte, wird deren Preis daher höchstens den Publikumspreisempfehlungen entsprechend oder unter diesen festgesetzt haben, zumal es sich bei "ED-Patienten" ökonomisch gesehen um "wiederkehrende Kunden" handelt, da weder Cialis, Levitra noch Viagra erektiler Dysfunktion nachhaltig zu heilen, sondern nur kurzfristig zu überwinden vermögen.

Die Auffassung der Vorinstanz, ohne Publikumspreisempfehlungen hätte bei überhöhtem Verkaufspreis ein verschriebenes Medikament "einfach in einer anderen (billigeren) Apotheke gekauft" werden können (Verfügung Rz. 141), überzeugt in diesem Zusammenhang nicht. Die Vorinstanz erläutert nicht, wie ein Patient angesichts des Publikumswerbeverbots – ohne Rückgriff auf Publikumspreisempfehlungen – ein "überhöhtes Preisniveau" überhaupt feststellen können. Dass sich Informationen über attraktive Medikamentenpreise auch über Mund-zu-Mund-Propaganda verbreiten oder von den Patienten in den einzelnen Apotheken erfragt werden können, ist zwar nicht zu bestreiten. Dies setzt aber einerseits voraus, dass Patienten über ihren Arzneimittel-"Konsum" sprechen, was bei ED-Medikamenten nicht ohne Weiteres angenommen werden darf. Zum anderen hätte, um diesbezüglich nachvollziehbare Schlüsse zu erlauben, das **Suchverhalten** dieser Konsumenten eingehend untersucht werden müssen, wofür sich weder in den Akten noch in der angefochtenen Verfügung Anhaltspunkte finden.

Aus den Akten wird jedoch ersichtlich, dass bei den selbstdispensierenden Ärzten keiner der Befragten angab, höhere Preise als die Empfohlenen zu verrechnen (vgl. zu zwingend gewährten Rabatten bzw. teilweise auch zu Fabrikabgabepreisen ohne jegliche Gewinnmarge aus "sozialen" Gründen: act. 279.001; 279.009; 279.018; 279.020; 279.030; 279.036; 279.069; 279.077; 279.103; 279.106; 279.107; 279.110; 279.112; 279.122; 279.125; 279.126; 279.128; 279.129; 279.131; 279.134; 279.150; 279.186; 279.189; 279.198; 279.225; 279.230; 279.250; 279.254; 279.260; 279.264; 279.267; 279.272; 279.284; 279.309; 279.310; 279.312; 279.316; 279.323; 279.393; 279.403; 279.408; 279.418) und auch bei den Apotheken nur eine einzige (soweit ersichtlich ohne dies weiter zu belegen) ausdrücklich angab, ihre Preise über dem empfohlenen Preis festzulegen (act. 165).

Somit ist davon auszugehen, dass sich die Publikumspreisempfehlungen für Cialis – entsprechend der ihnen zugeschriebenen Funktion als wünschbare Preisobergrenze – als wettbewerbsneutrale und damit zulässige Höchstpreisempfehlungen auswirkten, indem sie zu hohe Preise wirksam verhinderten (in diesem Sinne etliche selbstdispensierende Ärzte, wie z.B. in act. 279.071; 279.408; 279.097; 279.129; 279.264; 279.311; 279.329; 279.821).

Bestätigt wird dieser Befund indirekt auch durch die Ausführungen der Vorinstanz, die in der angefochtenen Verfügung zu Recht festhält, dass jene Verkaufsstellen, welche die Preisempfehlungen nicht befolgten, ihre Preise mehrheitlich mit einer Abweichung nach unten von 1.5 % bis mehr als 5 % festlegten (vgl. Verfügung Rz. 112) und auch nicht ausschließt, dass die Publikumspreise insbesondere angesichts der Heterogenität der Einzelhändler ohne die Preisempfehlungen sogar *steigen* könnten (vgl. Verfügung Rz. 129).

Höhere Preise hätten, da es der "ED-Patient" (atypisch im Vergleich zu "normalen" medizinischen Behandlungsverhältnissen) grundsätzlich selbst in der Hand hat, *wie oft* er eine Cialis-Pille einnehmen will, offensichtlich einen Einfluss auf dessen Nachfrage- bzw. "Konsum"-Verhalten (vgl. E. 5.8). Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz ist somit nicht davon auszugehen, dass die Herstellerinnen die Preisempfehlungen abgaben, um den Verkaufsstellen eine erhebliche oder gar überhöhte Marge zu sichern, wie die Beschwerdeführerin zu Recht festhält (Beschwerde Rz. 221). Hinter der Abgabe der Empfehlungen respektive deren Veröffentlichung stand vielmehr die Aussicht, zu einem gegebenen Fabrikabgabe-

Preis *möglichst viele Einheiten zu verkaufen*. Von derselben Interessenslage ist im Übrigen auch bei den Grossisten auszugehen, welche als Zwischenhändler zwischen Pharmaunternehmen und (End-)Verkaufsstellen die Marktgegenseite der Hersteller bilden, deren wichtige Rolle im Rahmen der Warenflusströme die Vorinstanz aus ihren Überlegungen aber ausgebendet hat. Auf die von der Vorinstanz mit Blick auf die im Jahr 2000 verbotene Margen- und Rabattordnung des damals aufgelösten Vereins Sanphar (siehe dazu RPW 2000/3, S. 320 ff.) geführte Margendiskussion ist daher nicht weiter einzugehen.

Anzufügen bleibt, dass die Preisempfehlung für Cialis auch von den in der Untersuchung angefragten Krankenversicherern im Rahmen der Ausrichtung von Zusatzversicherungsleistungen immer als Höchstpreisempfehlungen aufgefasst wurden (act. 341 und 375; gleicher Meinung zahlreiche selbstdispensierende Ärzte, wie z.B. in act. 279.037; 279.074; 279.184; 279.230 sowie Apotheken, wie z.B. in act. 279.774).

Unbestritten ist schliesslich auch, dass die Publikumspreisempfehlungen nicht so tief angesetzt waren, dass sie den Handlungsspielraum der "Verkaufsstellen" in einem Ausmass hätten einschränken können, das zu der von der Vorinstanz zu Unrecht unterstellten Festpreisbindung hätte führen können (vgl. E. 7.10).

## **10.**

Dass im sanktionierten Zeitraum in Bezug auf Cialis eine Empfehlung über die Einhaltung von Mindest- oder Festpreisen (siehe dazu Ziff. 10 Abs. 1 Bst. a aVertBek zitiert in E. 2.3) und insofern ein abgestimmtes Verhalten mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung vorgelegen hätte, ist somit nicht erstellt. Die vorinstanzliche Verfügung ist daher aufzuheben.

Auch wenn die Verkaufsstellen miteinander – durch die besondere marktliche Rahmenordnung bedingt (E. 6) – in einem stark abgeschwächten Wettbewerb standen, ist hier vielmehr davon auszugehen, dass die Preisempfehlungen für Cialis wettbewerbsneutral als Preisobergrenze wirkten, um zu hohe Verkaufspreise zu verhindern, ohne jedoch die Preisfestsetzungsfreiheit der Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte in wettbewerbsschädlicher Weise zu beschneiden.

**10.1** Unter diesen Umständen wäre daher grundsätzlich nicht weiter auf die Rüge der Beschwerdeführerin einzugehen, die strittigen Preisempfehlungen

lungen liessen sich, selbst wenn sie Bestandteil einer unzulässigen Preisempfehlung gewesen wären, gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen bzw. den Akten liessen sich keinerlei Hinweise entnehmen, dass die Vorinstanz die wirtschaftlichen Effizienzgründe – trotz entsprechender Parteianträge im Laufe der Untersuchung – je vertieft abgeklärt hätte.

Festzuhalten ist hier jedoch immerhin, dass die Fragebögen an die selbstdispensierenden Ärzte und Apotheken vom 7./8. Februar 2007 keine Fragen zu allfälligen Effizienzgründen enthalten. Dies, obschon es aufgrund der Untersuchungsmaxime grundsätzlich Sache der Vorinstanz gewesen wäre, solche von Amtes wegen zu ermitteln (vgl. Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK-KG, a.a.O., Rz. 632 zu Art. 5 KG). Zudem bestand, weil es um eine Untersuchung sanktionierbarer Abreden über Kernbeschränkungen (Art. 5 Abs. 4 KG) ging, bei denen die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann, auf Grund der Unschuldsvermutung (Art. 6 Ziff. 2 EMRK; Art. 32 BV) die weitergehende Pflicht der Wettbewerbsbehörden, allfällige Effizienz Gründe zu prüfen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 10.2 mit Verweis auf BGE 129 II 18 E. 7.1, E. 10.2 f.; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK-KG, a.a.O., Rz. 635 zu Art. 5 KG). Dieser Pflicht konnte die Vorinstanz nicht dadurch gerecht werden, dass sie das Vorliegen wirtschaftlicher Effizienzgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG, insbesondere zur bedeutsamen Frage der doppelten Marginalisierung, einzig mit den Behauptungen verneinte, eine solche sei kein Problem, da zum einen zwischen den Grossisten Wettbewerb bestehe, der es diesen nicht erlauben würde, nicht marktkonforme Margen aufzuschlagen (Verfügung Rz. 294) und zum anderen selbstdispensierende Ärzte und Apotheken keine Marktmacht hätten, weshalb es unwahrscheinlich sei, dass die Verkaufsstellen nach einer Aufhebung von Publikumspreisempfehlungen erheblich höhere Publikumspreise für Cialis, Levitra und Viagra durchsetzen könnten (Verfügung Rz. 293). Denn entgegen der Ansicht der Vorinstanz bestand hier tatsächlich die Gefahr einer doppelten Marginalisierung, nachdem nicht nur die Pharmaunternehmen (aufgrund ihres Patenschutzes) sondern auch die einzelnen Apotheken beziehungsweise selbstdispensierenden Ärzte wegen des Werbeverbotes über nicht unerhebliche Marktmacht verfügen, die dadurch verstärkt wird, dass nicht wenige ED-Patienten wegen ihres Disretionsbedürfnisses davon abgehalten werden, "face-to-face" nach dem günstigsten Preis für das verschriebene Medikament zu "fahnden" (zutreffend Beschwerde Rz. 127, 269 ff.). Zahlreiche selbstdispensierende Ärzte gaben denn auch in den Fragebögen an, die Publikumspreisempfehlungen

seien ihrer Ansicht nach dazu da, zu hohe Preise zu verhindern (vgl. z.B. act. 279.071; 279.408; 279.097; 279.129; 279.264; 279.311; 279.329; 279.821). Mit diesen Aussagen hat sich die Vorinstanz nicht auseinander gesetzt.

**10.2** Offenbleiben kann auch die Frage, weshalb es die Vorinstanz unterlassen hat, eingehend abzuklären, ob die Publikumspreisempfehlungen, wie sie geltend macht, effektiv die *einzige* Ursache für den beklagten, angeblich fehlenden Preiswettbewerb darstellten, obschon Preiswerbung als wirksamstes Informationsmittel für tiefere Preise auf dem relevanten Markt verboten war (vgl. E. 6). Da der Frage des Kausalzusammenhangs regelmässig grosse Bedeutung zukommt (vgl. AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 79 zu Art. 4 Abs. 1 KG sowie Rz. 228 ff. zu Art. 5 KG; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK-KG, a.a.O., Rz. 72 ff. zu Art. 5 KG; ANTI-PAS, a.a.O., S. 276), wäre zu erwarten gewesen, dass sich die Vorinstanz – insbesondere im Zusammenhang mit der in der angefochtenen Verfügung ebenfalls unterlassenen Auseinandersetzung mit dem *Preissuchverhalten* (vgl. E. 6.2, E. 7.6) – auch eingehend mit den Auswirkungen des heilmittelrechtlichen Publikumswerbeverbots sowie dem nicht zu leugnenden Diskretionsbedürfnis von Cialis-Käufern (sog. "Schamfaktor", Verfügung Rz. 216; vgl. hierzu SONTOWSKI, a.a.O., S. 103, 114) auseinander gesetzt hätte, auch wenn es sich beim letzteren nicht um einen eigentlichen "Wettbewerbsparameter" handelt (wie z.B. Preis, Qualität, Menge, Service, Vertriebskanäle; vgl. Beschwerdeentscheid der REKO/WEF FB/2004-4, a.a.O., E. 6.2.1 sowie AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR-Concurrence, a.a.O., Rz. 73 zu Art. 4 Abs. 1 KG sowie Rz. 135, 153, 176, 209, 516, 662 ff. zu Art. 5 KG; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK-KG, a.a.O., Rz. 66, 71, 599 zu Art. 5 KG). Die vertiefte Untersuchung des Preissuchverhaltens der fraglichen "Konsumenten" hätte sich aufgedrängt, weil es für die Absatzpolitik von Unternehmen sowie für die Preisbildung bedeutsam ist: Denn je weniger Konsumenten suchen, desto unvollständiger sind deren Informationsstand beziehungsweise die Preistransparenz und desto grösser sind die Spielräume für die Preispolitik der Anbieter.

Es erübrigt sich indessen, wie ausgeführt, die von der Vorinstanz unterlassenen Beweiserhebungen im Beschwerdeverfahren nachzuholen.

## **11.**

Als Schlussergebnis steht somit fest, dass eine nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionswürdige vertikale Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG) nicht vorlag.

Die Vorinstanz hat somit mit der verfügten Sanktion sowie dem Veröffentlichungsverbot für die Cialis-Publikumspreisempfehlungen Bundesrecht verletzt.

**11.1** Die Beschwerde ist deshalb, soweit darauf eingetreten werden kann (E. 1.1), als begründet gutzuheissen. Dementsprechend sind die Ziffer 1 insgesamt sowie die Ziffern 2 und 4 des Verfügungsdispositivs aufzuheben, soweit sie sich auf die Beschwerdeführerin beziehen.

**11.2** Bei diesem Verfahrensausgang ebenfalls aufzuheben ist die Ziff. 7 des Verfügungsdispositivs zu den vorinstanzlichen Verfahrenskosten, so weit sich dieses auf die Beschwerdeführerin bezieht, zumal sich – jedenfalls nach Auffassung der Vorinstanz – die anfänglich bestehenden Anhaltspunkte für eine unzulässigen Wettbewerbsbeeinträchtigung, welche die Eröffnung der Untersuchung veranlasst hatten, nicht erhärtet hatten (vgl. Art. 53a KG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Bst. c der Gebührenverordnung KG vom 25. Februar 1998 [GebV-KG, SR 251.2]). Dass die Kostenauflage angesichts dessen, dass die Beschwerdeführerin, Bayer und Pfizer nicht für eine gemeinsame horizontale Wettbewerbsabrede, sondern einzig für drei voneinander unabhängige, vertikal vermeintlich abgestimmte Verhaltensweisen sanktioniert worden waren, zu *Unrecht unter solidarischer Haftung* auferlegt wurde, bleibt somit ohne Folgen.

## **12.**

**12.1** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin überwiegend obsiegende Partei, zumal im Wesentlichen die Verpflichtung zur Bezahlung der Sanktion sowie das Veröffentlichungsverbot für die Preisempfehlungen für Cialis im Streite lagen. Deshalb sind der Beschwerdeführerin in stark

ermässigtem Umfang, d.h. zu 1/20, Verfahrenskosten aufzuerlegen, soweit auf ihre Beschwerde nicht einzutreten ist (vgl. E. 1).

Diese Kosten machen insgesamt Fr. 900.– aus und werden mit dem (im Vorverfahren B-360/2010) geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 18'000.– verrechnet, weshalb der Beschwerdeführerin der Restbetrag von Fr. 17'100.– nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten sein wird.

**12.2** Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Bei dieser "Kann-Vorschrift" handelt es sich nicht um ein Entschliessungsermessen in dem Sinn, dass die Beschwerdeinstanz frei entscheiden könnte, ob sie den Streitwert berücksichtigen will oder nicht (BVGE 2010/14 E. 8.2).

Gemäss Art. 10 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) werden insbesondere das Anwaltshonorar nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin bemessen (Abs. 1). Der Stundenansatz beträgt für Anwälte und Anwältinnen mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.–. In diesen Ansätzen ist die Mehrwertsteuer nicht enthalten (Abs. 2). Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse kann das Anwaltshonorar oder die Entschädigung für eine nichtanwaltliche berufsmässige Vertretung angemessen erhöht werden (Abs. 3). Nach Art. 10 VGKE werden insbesondere das Anwaltshonorar nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin bemessen (Abs. 1).

Das Bundesverwaltungsgericht trifft den Entscheid über die Parteientschädigung von Amtes wegen und, sofern vorhanden, aufgrund der Kostennote, sowie den Akten und in der Regel ohne eingehende Begründung. Für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten ihrer Rechtsvertretung ist der Beschwerdeführerin, da sie überwiegend obsiegt, eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 2 VGKE). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat keine Kostennote eingereicht und ihre notwendigen Auslagen nicht nachgewiesen. Die entsprechende Parteientschädigung ist aufgrund der Akten und nach freiem richterlichem Ermessen, unter Berücksichtigung der Kürzung auf Fr. 50'000.– festzusetzen (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG; Art. 7 Abs. 1, Art. 8, Art. 13 Bst. a und Art. 14 Abs. 2 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, gutgeheissen. Die Ziffern 1, 2, 4 und 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung werden, soweit sie sich auf die Beschwerdeführerin beziehen, aufgehoben.

**2.**

Der Beschwerdeführerin werden (ermässigte) Verfahrenskosten von Fr. 900.– auferlegt. Sie werden mit dem (im Vorverfahren B-360/2010) geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 18'000.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 17'100.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine leicht reduzierte Parteientschädigung von Fr. 50'000.– zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Vera Marantelli

Der Gerichtsschreiber:

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 Rechtschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 10. Januar 2018