

BVGer B-4756/2021 vom 13. Juni 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-06-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4756_2021

FR: TAF B-4756/2021 du 13 juin 2023

IT: TAF B-4756/2021 del 13 giugno 2023

Regeste

Unzulässige Wettbewerbsabreden

Erwägungen

E. 1

In Anbetracht des höchstrichterlichen Rückweisungsurteils kann hier eine erneute Prüfung der Eintretensvoraussetzungen weitgehend unterbleiben (Urteil des BVGer B-294/2022 vom 31. August 2022 E. 1). Das Bundesgericht hält im Rückweisungsurteil 2C_145/2018 (E. 7.4.3) fest, dass die Beschwerdeführerin im relevanten Zeitraum - mit der Abgabe von unverbindlichen Preisempfehlungen zu Cialis - unzulässige und daher zu sanktionierende vertikale Festpreisabreden traf. Insofern bejaht es sowohl das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG (Urteil 2C_145/2018 E. 8.4.1) als auch die subjektive Vorwerfbarkeit des sanktionierten Verhaltens (Urteil 2C_145/2018 E. 8.3.2 f.) und weist "die Sache zur beförderlichen Erledigung der Sanktionsbemessung im Sinne der Erwägungen" an das Bundesverwaltungsgericht zurück (Urteil 2C_145/2018 E. 8.4.2, E. 10). Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist somit einzig die konkrete Sanktionsbemessung (vgl. Urteil 2C_145/2018 E. 8.4.2, E. 10). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 3, 69-77, 79) ist davon die Auflage der vorinstanzlichen Verfahrenskosten (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 391-399, sowie Dispositiv Ziffer 7) nicht erfasst, und es ist daher auf die diesbezüglichen Anträge und Rügen der Beschwerdeführerin nicht mehr weiter einzugehen.

E. 2

Hinsichtlich des konkreten Sanktionsbetrags kommt der rechtsanwendenden Wettbewerbsbehörde erhebliches Ermessen zu (Urteil 2C_145/2018 E. 8.4.2; Urteil des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 15.1.1). Das mit voller Kognition ausgestattete Bundesverwaltungsgericht kann dieses Ermessen zwar überprüfen (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 Bst. c VwVG; siehe auch BGE 147 II 72 E. 8.5.2); wie jede Rechtsmittelinstanz wird es aber nicht leichthin, sondern nur bei pflichtwidriger Ermessensausübung eingreifen (vgl. Urteile des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 10.4.1 und B-710/2014 E. 15.1.1). Das Bundesverwaltungsgericht ist im Übrigen an den im Rückweisungsurteil vorgezeichneten Rahmen gebunden (vgl. Urteil B-294/2022 E. 6.2.2), was ihm - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 28, 35 und 47) - insbesondere auch eine Auseinandersetzung mit der einschlägigen Literatur zum Urteil 2C_145/2018 (bzw. zum gleichgelagerten Fall i.S. Pfizer/Viagra in BGE 147 II 72) verwehrt.

E. 3

Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (BGE 147 II 72 E. 8.2; 143 II 297 E. 9.2). In den Art. 2 ff. SVKG der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) hat der Bundesrat die Kriterien der Sanktionsbemessung präzisiert, welche gemäss Art. 49a Abs. 1 KG in drei Schritten erfolgt (BGE 147 II 72 E. 8.5.1): Auszugehen ist von einem Basisbetrag, welcher je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes bildet, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Je nach der Dauer des Wettbewerbsverstosses wird der Basisbetrag gegebenenfalls erhöht (vgl. Art. 4 SVKG). Bei erschwerenden oder mildernden Umständen erfolgt eine weitere Erhöhung oder eine Verminderung der Sanktion (vgl. Art. 5 und 6 SVKG). Insgesamt kann die Sanktion in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (Art. 7 SVKG, Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG; vgl. BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f.; Urteil 2C_63/2016 vom 24. Oktober 2017 E. 6.2; Urteil B-710/2014 E. 15.1.1).

E. 3.1

Die Vorinstanz setzte den für die Sanktionsberechnung massgeblichen Umsatz der Beschwerdeführerin auf dem relevanten inländischen Markt in den Jahren 2006-2008 auf Fr. (...) fest, was nach der Zehnprozentregel von Art. 3 SVKG eine "Obergrenze des Basisbetrags" von Fr. (...) ergibt (angefochtene Verfügung Rz. 356 ff.). Den Prozentsatz des Basisbetrags (nachfolgend kurz: "Basisprozentsatz") setzte die Vorinstanz auf 5 % fest, weil sie den vorgeworfenen Verstoss nicht als "schwer", sondern angesichts der Vorgaben der Preisbekanntgabeverordnung (zitiert in A.f) nur als "mittelschwer" einstufte. Gestützt auf den massgeblichen Umsatz und den Basisprozentsatz von 5 % wurde ein Basisbetrag von Fr. (...) errechnet (angefochtene Verfügung Rz. 371). Aufgrund der Dauer des Verstosses (sanktionierbar erst ab dem 1. April 2004 bis zum 31. Dezember 2008) erhöhte die Vorinstanz den Basisbetrag um 40 %, d. h. auf Fr. 2'087'225.- (angefochtene Verfügung Rz. 372-376). Da sie weder erschwerende noch mildernde Umstände zu erkennen vermochte, sah die Vorinstanz von einer Erhöhung oder allfälligen Minderung der Sanktion ab (angefochtene Verfügung Rz. 377-380) und legte deren Höhe auf Fr. 2'087'225.- fest (angefochtene Verfügung Rz. 381):

E. 3.2

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin spielt das ihr angelastete Verschulden eine zentrale Rolle. Deshalb müssten bei dessen Beurteilung "Rückschaufehler (hindsight bias)" vermieden werden, und es sei einzig auf die Rechtslage abzustellen, wie sie im relevanten Zeitraum bekannt gewesen sei. Insofern sei ihr Verschulden "rein hypothetischer Art", da sie sich zu jedem Zeitpunkt an die im relevanten Zeitraum bekannte Rechtslage gehalten habe und ihre unverbindlichen Preisempfehlungen jeweils umgehend an Änderungen der Rechtslage anpasste. Deshalb dürfe sie nur mit einer symbolischen Sanktion von höchstens Fr. 10'000.- sanktioniert werden. Eventualiter sei die Sanktion erheblich herabzusetzen. Da der vorgeworfene Verstoss hinsichtlich "Schwere und Art" als sehr leicht einzustufen sei, müsse der Basisbetrag im niedrigsten Bereich bei höchstens 1 % festgelegt werden.

Ausgehend von einem Basisbetrag von 1 % des in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielten Umsatzes von Fr. (...) (für die Jahre 2005 bis 2007), einer Erhöhung aufgrund der Dauer des Verstosses von 20 % und einer Herabsetzung um 75 % aufgrund bedeutender Milderungsgründe, ergebe sich eine Sanktion von höchstens Fr. (...) nach diesem Schema:

E. 3.3

Der Sanktionsbetrag bestimmt sich nach Art. 49a Abs. 1 KG unter anderem nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Gemäss Art. 3 SVKG beträgt der Basisbetrag je nach der "Schwere und Art des Verstosses" bis zu 10% der massgeblichen Umsätze (vgl. für viele BGE 147 II 72 E. 8.5.1; Urteil B-710/2014 E. 15.2.3). Unter Schwere ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere, zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential (BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2; 144 II 194 E. 6.4; Christoph Tagmann/Beat Zirlick, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], BSK KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a Rz. 50; Patrick L. Krauskopf, in: Zäch et. al. [Hrsg.], DIKE-KG, 2018, Art. 49a Abs. 1-2 Rz. 41). Bei der Beurteilung der Schwere eines Verstosses sind unter anderem auch dessen Wirksamkeit und der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu berücksichtigen. Dem Umstand, ob der Verstoss den wirksamen Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt, ist mithin angemessen Rechnung zu tragen (Urteil 2C_63/2016 E. 6.4; BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f.; Urteile B-8386/2015 E. 10.4.1 und B-710/2014 E. 15.2.3, je m.w.H.). Bei schweren Verstössen bewegt sich der Basisbetrag regelmässig im oberen Drittel des Sanktionsrahmens (Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 3). Der Beschwerdeführerin ist daher von vornherein insofern nicht zu folgen, als sie sinngemäss geltend macht, die Vorgaben der Preisbekanntgabeverordnung sowie die bisherige WEKO-Praxis müssten als "subjektive Komponente" der "Vorwerfbarkeit" (bzw. des "Verschuldens") bereits im Rahmen der Bestimmung des Basisprozentsatzes berücksichtigt werden (vgl. Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 12 ff., insb. Rz. 19-21, 36, 40, 45 und 47). Im angefochtenen Entscheid hatte die Vorinstanz den Prozentsatz des Basisbeitrags noch von einem "mittelschwer" einzustufenden Verstoss ausgehend auf 5 % festgesetzt. Sie begründete dies damit, dass das Vertrauen der Beschwerdeführerin beim Abgeben ihrer unverbindlichen Preisempfehlungen zu Cialis "enttäuscht" worden sei, da Hersteller "Preise oder Richtpreise" gemäss Preisbekanntgabeverordnung bekanntgeben dürften, ohne dass aber deswegen die Unzulässigkeit oder Zurechenbarkeit des wettbewerbsbeseitigenden Verstosses wegfallen würden (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 362-370). Gemäss Bundesgericht hat die während Jahren elektronisch übermittelte Cialis-Preisempfehlung eine tägliche Abstimmung zwischen Herstellern und sehr vielen Verkaufsstellen ermöglicht, wo hinsichtlich des Endverkaufspreises der Intra-brand-Preiswettbewerb hätte spielen sollen. Die nahezu marktumfassende Abrede hat auf der Stufe der Verkaufsstellen hohe Wirkung entfaltet, indem im Jahre 2005 27.2 % aller durch die SD-Ärzte und 36.5 % aller durch die Apotheken verkauften Cialis-Packungen zu tieferen Preisen als die Preisempfehlung verkauft worden waren, was zu ausserordentlich hohen Margen führte. Das Bundesgericht stufte das Schädlichkeitspotential dieser den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden, vertikalen Abrede als hoch ein, weil sie konsequent und dauerhaft auf einem wenig transparenten Markt umgesetzt worden sei (Urteil 2C_145/2018 E. 5.2.4, 5.4.3, 5.4.2.2, 6.4.4 f., 7.4.3). Bei dieser für das Bundesverwaltungsgericht verbindlichen Ausgangslage kann - entgegen der Beschwerdeführerin (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 34 ff, insb. Rz. 38 sowie Rz. 45 ff.) - nicht von geringfügigen Auswirkungen der

Publikumspreisempfehlungen an Verkaufsstellen ausgegangen werden, welche (zumindest) eine Senkung des Basisprozentsatzes auf 1 % aufdrängen würden. Doch ist - wie die Beschwerdeführerin zu Recht einwendet (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 46) - bei der Sanktionsbemessung auch der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu berücksichtigen (Urteil 2C_63/2016 E. 6.4; BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f.; Urteile B-8386/2015 E. 10.4.1 und B-710/2014 E. 15.2.3, je m.w.H.). Anders als die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung (Rz. 367 ff.) geht das Bundesgericht nicht von einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs aus (Urteil 2C_145/2018 E. 6.5, 7 ff.). Dieser verminderten Intensität der negativen Auswirkungen ist bei der Bestimmung des Basisprozentsatzes zwingend Rechnung zu tragen (vgl. Urteil 2C_63/2016 E. 6.4; BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f.; Urteile B-8386/2015 E. 10.4.1 und B-710/2014 E. 15.2.3, je m.w.H.). Daher ist der vorgeworfene Verstoss - auch wenn die Preisbekanntgabeverordnung entgegen der Vorinstanz im Rahmen des Vertrauensschutzes keine Berücksichtigung finden kann - immer noch als "mittelschwer" zu betrachten. Insofern erweist sich der in der angefochtenen Verfügung angesetzte Basisprozentsatz von 5 % weiterhin als tatangemessen und ist dementsprechend zu bestätigen.

E. 3.4

Nach Art. 4 SVKG wird der Basisbetrag um bis zu 50 Prozent erhöht, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen ein und fünf Jahren dauerte (Satz 1). Dauerte der Wettbewerbsverstoss mehr als fünf Jahre, so wird der Basisbetrag für jedes zusätzliche Jahr mit einem Zuschlag von je bis zu 10 Prozent erhöht (Satz 2). Die Vorinstanz verfügt bei der Bestimmung des Umfangs der jährlichen Erhöhung über einen Ermessensspielraum (Urteil des BVer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 8.3.5; Krauskopf, a.a.O., DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2 Rz. 45; Tagmann/Zirlick, a.a.O., BSK KG, Art. 49a Rz. 59). Im vorliegenden Fall erhöhte die Vorinstanz die Sanktion unter Zugrundelegung einer Dauer des kartellrechtswidrigen Verhaltens von 57 Monaten (2004: 9 M., 2005: 12 M., 2006: 12 M., 2007: 12 M., 2008: 12 M. => $9+4 \times 12 = 57$) um 40 %. Auch das Bemessungskriterium der "Dauer des Wettbewerbsverstosses" gemäss Art. 4 SVKG bestimmt sich nach objektiven Kriterien (vgl. Krauskopf, a.a.O., DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2 Rz. 30, 44; Tagmann/Zirlick, a.a.O., BSK KG, Art. 49a Rz. 10 ff., 10a, 59 f.). Soweit es um die tatsächlichen Umstände des Verstosses und dessen Dauer geht, sind subjektive Gesichtspunkte daher unbeachtlich (vgl. auch die Erläuterungen der WEKO zur KG-Sanktionsverordnung vom 1. Januar 2006 zu Art. 4 SVKG: "In einem zweiten Schritt wird der Sanktionsbetrag erhöht, wenn die Widerhandlung länger als ein Jahr gedauert hat. ..."). Der Beschwerdeführerin ist somit von vornherein insoweit nicht zu folgen, als sie "schuld mindernde" Umstände anführt und sich in ihrer Stellungnahme (Rz. 51) auf ihre Beschwerde vom 18. Januar 2010 (Rz. 314 f.) und ihre Replik vom 19. Oktober 2010 (Rz. 120) beruft, wo subjektive Vertrauensschutzgründe geltend gemacht werden (vgl. auch Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 52). Dies gilt auch, soweit sie auf ihre "steten und erfolgreichen Compliance-Bemühungen" hinweist (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 56) und geltend macht, stets bestrebt gewesen zu sein, die kartellrechtlichen Vorgaben einzuhalten, weshalb der Basisbetrag aufgrund der Dauer des Verstosses überhaupt nicht erhöht werden sollte (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 14 ff., 52). Berechtigt ist indessen der Hinweis der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe die Dauer des Verstosses falsch berechnet (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 52 ff., insb. mit Verweis auf die Beschwerde vom 18. Januar 2010 Rz. 91 f. i.V.m. act. 582/Beilage 3): Die Vorinstanz erachtete für die Höhe der Sanktion den Zeitraum vom 1. April 2004 bis zum

31. Dezember 2008 als massgebend. Dass Cialis erst im Mai 2004 auf den Markt kam, bezeichnete die Vorinstanz als einen "minimale(n) Unterschied", welcher "keine separate Berücksichtigung" rechtfertige (angefochtene Verfügung Rz. 375). Das Bundesgericht liess zwar die Frage des massgebenden Zeitraums bzw. der Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens offen (vgl. Urteil 2C_145/2018 E. 8.3.4.2), als solches bzw. als Abstimmung erachtete es aber einzig die täglich über Monate und Jahre erfolgte elektronische Übermittlung der Daten, zumal die intensive Kommunikation zwischen Herstellern und Verkaufsstellen die Unsicherheiten über die Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten vermindert oder gar beseitigt habe (Urteil 2C_145/2018 E. 5.2, insb. E. 5.2.4). Wie die Beschwerdeführerin zu Recht einwendet, wurde Cialis erst im Mai 2004 eingeführt und waren die Preisempfehlungen für Cialis - anders als diejenigen für Levitra und Viagra - ab Januar 2008 nicht mehr im Arzneimittel-Kompendium enthalten, das (jedenfalls im hier zur Diskussion stehenden Zeitraum) auf e-mediast-Daten basierte und von Documed herausgegeben wurde (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 54). Auch wenn jede Drittpartei die von der Beschwerdeführerin ab Januar 2008 nur noch auf ihrer Internetseite publizierten Preisempfehlungen herunterladen und für eine eigene Datenbank verwenden konnte, lag ein solches Vorgehen gänzlich ausserhalb des Kontrollbereichs der Beschwerdeführerin, weshalb es ihr - im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Urteil 2C_145/2018 E. 5.2) - wohl kaum zugerechnet werden kann. Der Monat April 2004 und das Jahr 2008 sind daher von den 57 von der Vorinstanz ermittelten Monaten abzuziehen, womit immer noch eine Dauer des Verstosses im Umfang von 44 Monate verbleibt. Die von der Vorinstanz vorgenommene Erhöhung des Basisbetrages um 40% erweist sich unter diesen Umständen (Dauer des Verstosses von rund 3,7 Jahren und Ermessensspielraum) trotz der bezüglich der effektiven Dauer vorzunehmenden Korrektur weiterhin als sachlich haltbar.

E. 3.5

Entgegen der Beschwerdeführerin stellt die soeben vorgenommene Korrektur den von der Vorinstanz für den relevanten Markt ermittelten massgeblichen Umsatz von Fr. (...) nicht in Frage (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 360 mit folgender Aufschlüsselung: 2006: Fr. [...], 2007: Fr. [...], 2008: Fr. [...]). Beträgt doch die Sanktion nach dem hierfür anwendbaren Art. 7 SVKG in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG). Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz nicht, wie von der Beschwerdeführerin beantragt, auf die Jahre 2005-2008 abstellte (für 2005: Fr. [...], für 2006: Fr. [...], für 2007: Fr. [...], insgesamt ausmachend Fr. [...]) [Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 55]), sondern der betraglichen Bestimmung der Sanktion die Jahre 2006-2008 zugrunde legte (vgl. Tagmann/Zirlick, a.a.O., BSK KG, Art. 49a Rz. 11, 95 ff.).

E. 3.6

Nach Art. 6 Abs. 1 SVKG wird der Betrag nach Art. 3 und 4 KG bei mildernden Umständen vermindert, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats der Wettbewerbskommission, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26-30 KG beendet. Diese Norm enthält keine abschliessende Aufzählung von mildernden Umständen ("insbesondere"), weshalb nebst den gesetzlichen auch weitere mildernde Umstände berücksichtigt werden können (Tagmann/Zirlick, a.a.O., BSK KG, Art. 49a Rz. 83). Für Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG hält Art. 6 Abs. 2

SVKG fest, dass der Betrag nach den Art. 3 und 4 vermindert wird, wenn das Unternehmen: (a) dabei ausschliesslich eine passive Rolle gespielt hat; (b) Vergeltungsmassnahmen, die zur Durchsetzung der Wettbewerbsabrede vereinbart waren, nicht durchgeführt hat. Während die Vorinstanz keine mildernden Umstände zu erkennen vermochte (angefochtene Verfügung, Rz. 377 ff.), macht die Beschwerdeführerin verschiedene Gründe für deren Vorliegen geltend, um eine "Herabsetzung des Betrags nach den Art. 3 f. SVKG um 75 %" zu erwirken.

E. 3.6.1

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin rechtfertigt das "rein hypothetische und damit minimale Verschulden" eine "signifikante Reduktion der Busse" (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 47, 61): Der ihr vorgeworfene Verstoss sei auf der Grundlage der im relevanten Zeitraum bekannten Rechtslage auch bei aufwändigen Compliance-Bemühungen nicht voraussehbar gewesen, da er weder in der Schweizer Lehre und Praxis noch im EU-Wettbewerbsrecht als Verstoss galt. Die geänderte Rechtslage, wonach unverbindliche Preisempfehlungen ohne Druck, Anreize oder ähnliche Einflussnahmen als harte Vertikalabreden gelten, sei international singulär und geniesse auch keinen Rückhalt in der Lehre. Das Rückweisungsurteil 2C_145/2018 habe zu einer Änderung der bekannten Rechtslage geführt, was dadurch bestätigt werde, dass mit dem Bundesverwaltungsgericht ein Fachgericht die Rechtslage zweimal abweichend vom Rückweisungsurteil gewürdigt habe. Insbesondere das Bundesverwaltungsgericht habe die Verhaltensweise als wettbewerbsneutrale und damit zulässige Höchstpreisempfehlungen eingestuft. Insofern handle es sich bei den gemäss Bundesgericht unzulässigen, unverbindlichen Preisempfehlungen zu Cialis um Verhaltensweisen, die am äussersten Rand des Anwendungsbereichs von Art. 5 Abs. 4 KG zu verorten seien. Im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union habe die Europäische Kommission bereits ganz von einer Busse abgesehen, als in Bezug auf einen Verstoss keine gerichtliche Praxis bestand, anhand deren die Rechtsunterworfenen die Unzulässigkeit ihres Verhaltens hätten erkennen können. Auch habe sie sich während der Untersuchung stets mit wachem Sinn nach der Praxis der Wettbewerbsbehörden erkundigt und ihr Verhalten angepasst. Mit diesen Einwänden folgt die Beschwerdeführerin einem nunmehr durch BGE 147 II 72 (sowie das Urteil 2C_145/2018) überholten Blickwinkel. Hervorzuheben ist insbesondere, dass das Bundesgericht das zur Rechtfertigung vorgebrachte Argument der Bekanntmachung vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden sowie der Preisbekanntgabeverordnung verworfen hat (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.4.4.1). Wie das Bundesgericht festhielt, musste die Beschwerdeführerin von einem Verstoss ausgehen und war für das ihr vorgeworfene Verhalten auch verantwortlich (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.4.3 bzw. Urteil 2C_145/2018 E. 8.3.3). Einzig entscheidend ist somit, dass die Beschwerdeführerin vorsätzlich gegen das Kartellgesetz verstossen hat und ihr die Unzulässigkeit ihres Verhaltens bewusst war beziehungsweise hätte bewusst sein müssen. Auf den Einwand der Beschwerdeführerin, sie hätte sich bei kartellrechtlichen Unklarheiten am Recht der EU orientieren dürfen, wo eine unverbindliche Preisempfehlung unbedenklich sei, soweit auf Druck oder Anreize verzichtet werde (vgl. Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 11, 13 ff., 17, 24 f., 28, 34, 45, 47, 64, 68), ist unter diesen Umständen nicht mehr weiter einzugehen. Das von der Beschwerdeführerin geltend gemachte "rein hypothetische und damit minimale Verschulden" ist daher zu verneinen.

E. 3.6.2

Wie die Beschwerdeführerin zutreffend anführt (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 60), kann kooperatives Verhalten praxisgemäss auch ausserhalb einer Bonusmeldung sanktionsmindernd berücksichtigt werden (Tagmann/Zirlick, a.a.O., BSK KG, Art. 49a Rz. 86). Hierzu erklärt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe in ihrer Vernehmlassung vom 12. Juli 2010 bestätigt, dass Eli Lilly ihren Verpflichtungen stets nachgekommen sei und mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert habe (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 62 mit Verweis auf die Vernehmlassung der Vorinstanz vom 12. Juli 2010 Rz. 10). Dass sich die Beschwerdeführerin in der Vorabklärung und der Untersuchung stets kooperativ verhalten und alles Notwendige unternommen hat, um eine beförderliche Beurteilung durch die Wettbewerbsbehörden zu ermöglichen, ist unbestritten und durchaus positiv zu werten. Doch geht das von ihr im Untersuchungsverfahren an den Tag gelegte Verhalten nicht über das übliche Mass hinaus, welches von einer Untersuchungsadressatin im Rahmen der Mitwirkungspflicht erwartet werden darf. Das kooperative Verhalten der Beschwerdeführerin führt daher im vorliegenden Fall nicht zu einer Minderung der Sanktion (vgl. Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 14.4.6).

E. 3.6.3

Um eine Sanktionsreduktion zu begründen, beruft sich die Beschwerdeführerin auch auf ihr "modernes Compliance-Programm zur Einhaltung des Schweizer Kartellrechts" und erklärt, dieses habe sich positiv in ihrem Verhalten auf dem Markt direkt niedergeschlagen. Ein Compliance Programm wird gestützt auf Art. 6 Abs. 1 SVKG nur dann sanktionsmindernd berücksichtigt, wenn es: (1) bereits zum Zeitpunkt des Verstosses bestanden hat, so dass das Unternehmen durch das Compliance Programm aufzeigen kann, dass der Verstoß gegen den ausdrücklichen Willen des Unternehmens geschehen ist und (2) nicht nur aus Weisungen, zirkulierten Vorschriften und Schulungen besteht, sondern auch effektive Überwachungs-, Kontroll- und Durchsetzungsmechanismen umfasst. Compliance-Programme wirken aber nie schuldausschliessend (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.6.2; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.2.4). Insofern könnten selbst genügende Bemühungen der Beschwerdeführerin zur Vorbeugung von Kartellrechtsverstössen höchstens schuld- und sanktionsmindernd berücksichtigt werden. Denn ein den Anforderungen genügendes Compliance-Programm vermag das Unternehmen zwar allenfalls vom Vorwurf des Organisationsmangels zu entlasten, nicht aber von der Verantwortung für ein schuldhaftes Verhalten der im Namen des Unternehmens kartellrechtswidrig handelnden Personen (vgl. Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.2.5 und B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 8.2.3). Praxisgemäss werden an die Ernsthaftigkeit und Eignung eines Compliance-Programms hohe Anforderungen gestellt. Das betroffene Unternehmen hat entsprechende Bemühungen überzeugend darzulegen, zumal die fraglichen Umstände in seiner Sphäre liegen (Urteil B-807/2012 E. 11.2.4; Tagmann/Zirlick, a.a.O., BSK KG, Art. 49a Rz. 88; Krauskopf, a.a.O., DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2 Rz. 59). Mit ihren Erklärungen zur Compliance versäumt es die Beschwerdeführerin, ausführlich und konkret darzulegen, inwiefern ihr Compliance Programm geeignet gewesen wäre, den vom Bundesgericht in BGE 147 II 72 (bzw. im Urteil 2C_145/2018) geforderten sorgfältigen Umgang mit Preisempfehlungen zu garantieren, respektive es ermöglicht hätte, die hier zur Diskussion stehende Problematik zu erkennen. Dass die Beschwerdeführerin darauf hinweist, dass angesichts der im relevanten Zeitraum bekannten Rechtslage die Unzulässigkeit ihres Verhaltens nicht voraussehbar gewesen sei und daher auch das beste Compliance-Programm nichts geholfen hätte, vermag daran nicht zu ändern. Dasselbe gilt auch, soweit sie geltend macht, ihr in hohem Masse

lernfähiges Compliance-Programm funktioniere gut; z.B. sei die geänderte Rechtslage - das Inkrafttreten der VertBek 2007 - zeitgerecht verarbeitet und berücksichtigt worden (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 63). Eine allfällige Sanktionsminderung aufgrund der geltend gemachten Compliance-Bemühungen der Beschwerdeführerin kommt daher nicht in Frage.

E. 3.6.4

Dasselbe gilt auch, soweit sich die Beschwerdeführerin auf ihre passive Grundhaltung beruft und geltend macht, ihr Interesse habe sich in der Publikation der unverbindlichen Preisempfehlung erschöpft; dadurch sei ein Signal im Sinne der Wertigkeit des Produktes an den Markt gesandt worden. An der Befolgung der unverbindlichen Preisempfehlungen habe sie weder ein finanzielles noch ein anders geartetes Interesse gehabt. Ihr passives Verhalten zeuge hiervon, habe sie doch in keiner Weise darauf hingewirkt, dass sich die Verkaufsstellen auch an diese Preise hielten, weder durch Druck noch durch spezifische Anreize oder andere Mittel der Einflussnahme (Stellungnahme vom 12. Januar 2022 Rz. 64). Dass die Beschwerdeführerin im fraglichen Zeitraum nie aktiv auf das Preisverhalten der Wiederverkäufer Einfluss nahm, ist unbestritten (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 136 f. sowie das Urteil B-843/2015 E. 9.1.3). Wie das Bundesgericht im Rückweisungsentscheid festhält, genügt im vorliegenden Kontext jedoch bereits die Kundgabe der unverbindlichen Preisempfehlung sowie das unabhängige Befolgen durch eine genügende Anzahl von Wiederverkäufern für eine Abstimmung - ohne dass dafür Druck oder Anreize seitens der Beschwerdeführerin nötig wären (vgl. Urteil 2C_145/2018 E. 4.5.1, 6.4.6). Es liegt somit kein "passives Verhalten" vor, dass eine Reduktion der Sanktion zu rechtfertigen vermöchte. Das Bundesgericht spricht denn beim Verhalten der Beschwerdeführerin etwa auch von "zukommen lassen" (2C_145/2018 E. 8.3.3, E. 5.2.2) und "Aufnahme [...] veranlasste" (Urteil 2C_145/2018 E. 5.2.2).

E. 3.6.5

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

E. 4.1

Zusammenfassend vermögen die Rügen der Beschwerdeführerin zur Sanktionsbemessung nicht durchzudringen.

E. 4.2

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

E. 4.3

Die Verfahrensanhänge 2 bis 4 beziehen sich auf die ordnungsgemässe Führung dieses Verfahrens. Soweit damit u.a. auch die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sichergestellt werden soll, ist dies vom Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen. Das Bundesverwaltungsgericht hat Entscheide grundsätzlich in anonymisierter Form zu veröffentlichen (Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006, SR 173.320.4). Es wird die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu

befolgen haben.

E. 5

Da die Urteile B-360/2010 vom 3. Dezember 2013 und B-843/2015 vom 19. Dezember 2017 vom Bundesgericht in den jeweiligen Rückweisungsurteilen 2C_79/2014 vom 28. Januar 2015 und 2C_145/2018 vom 7. Oktober 2021 immer vollständig aufgehoben wurden, sind vorliegend die finanziellen Nebenfolgen des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens neu zu regeln.

E. 5.1

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das für die Kostenverteilung massgebende Ausmass des Unterliegens ist aufgrund der gestellten Rechtsbegehren zu beurteilen (Michael Beusch, in: Auer/Müller/ Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 63 N. 13). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2) und ist vorliegend auf Fr. 18'000.- festzusetzen. Die Beschwerdeführerin ist bei diesem Verfahrensausgang als gänzlich unterliegend zu betrachten, weshalb ihr für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht Fr. 18'000.- auferlegt werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE). Dieser Betrag wird dem im ersten Vorverfahren B-360/2010 geleisteten (und auf das zweite Vorverfahren B-843/2015 übertragenen) Kostenvorschuss von Fr. 18'000.- entnommen. Der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 5.2

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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.