Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-362/2010

Urteil vom 3. Dezember 2013

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),
Richterin Maria Amgwerd, Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiber Said Huber.

Parteien

Bayer (Schweiz) AG,
(…),
vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. iur. Patrick Sommer und MLaw Amr Abdelaziz,
(…),
Beschwerdeführerin,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
(…),
Vorinstanz.

Gegenstand

Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlungen für Levitra, Cialis und Viagra).

Sachverhalt:

A.

A.a Die Pharmaunternehmen Bayer (Schweiz) AG (Bayer), Pfizer AG (Pfizer) und Eli Lilly (Suisse) SA (Eli Lilly) vertreiben unter anderem ihre (vom Mutterkonzern hergestellten und – bis auf Viagra – zur Zeit noch patentgeschützten) Medikamente gegen erektile Dysfunktion, *Levitra* (Bayer), *Viagra* (Pfizer) und *Cialis* (Eli Lilly), für die es hierzulande gegenwärtig noch keine amtlich zugelassenen Generika gibt. Diese auch als "Potenzmittel" bezeichneten Medikamente wirken nicht aphrodisisch, sondern (erst nach entsprechender Stimulation) erektionsfördernd. 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	B	C	D	D	C	B	A
391 / 8.0%	1344 / 27.7%	161 / 3.3%	250 / 5.2%	1232 / 25.4%	414 / 8.5%	891 / 18.4%	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, da Bayer, Pfizer und Eli Lilly damals zu Levitra, Viagra und Cialis unverbindliche Publikumspreisempfehlungen an Grossisten und Verkaufsstellen abgaben bzw. über eine Datenbankbetreiberin an diese weiterleiten liessen.

A.c Angesichts von Anhaltspunkten für unzulässige Wettbewerbsabreden eröffnete das Sekretariat (im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums) am 26. Juni 2006 eine kartellgesetzliche Untersuchung (1.) gegen die Pharmaunternehmen Pfizer, Eli Lilly und Bayer, (2.) gegen die Gros-

sisten Galexis AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Voigt AG und Amedis-UE AG, (3.) gegen die Datenbankbetreiberin e-mediat AG, (4.) gegen alle in der Schweiz niedergelassenen 1'672 Apotheken sowie (5.) gegen alle dort praktizierenden 3'693 selbstdispensierenden Ärzte. Veröffentlicht wurde diese Untersuchung im Schweizerischen Handelsamtsblatt und im Bundesblatt (BBl 2006 9123).

B.

Nach einer umfangreichen Untersuchung und nachdem alle Parteien, zum Antrag des Sekretariats vom 2. Februar 2009 Stellung genommen hatten, erliess die Wettbewerbskommission (WEKO) am 2. November 2009 eine 90-seitige Sanktionsverfügung (vgl. 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. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 692'118.- Franken werden den drei Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly SA und Bayer (Schweiz) AG jeweils zu einem Sechstel, d.h. je CHF 115'353.- Franken, und unter solidarischer Haftung auferlegt.

8. (*Rechtsmittelbelehrung*)

9. (*Eröffnung einzeln*)

10. (*Eröffnung durch amtliche Publikation*)"

B.a Zur Begründung wurde festgehalten, Levitra, Cialis und Viagra seien nicht auf der krankenversicherungsrechtlichen Spezialitätenliste aufgeführt. Deshalb vergüte die Grundversicherung den Patienten die Kosten dieser Medikamente nicht. Da staatlich keine Höchstpreise festgesetzt würden, dürften die "Verkaufsstellen" die Publikumspreise frei festlegen.

Insbesondere nach der Auflösung des Vereins Sanphar und der von ihm geregelten Margen- und Rabattordnung, die für alle Arzneimittel auf allen Vertriebsstufen den Wettbewerbsparameter "Preis" ausgeschaltet hatte, müssten sich die Preise von Hors-Liste Medikamenten durch den "funktionierenden Marktmechanismus" ergeben.

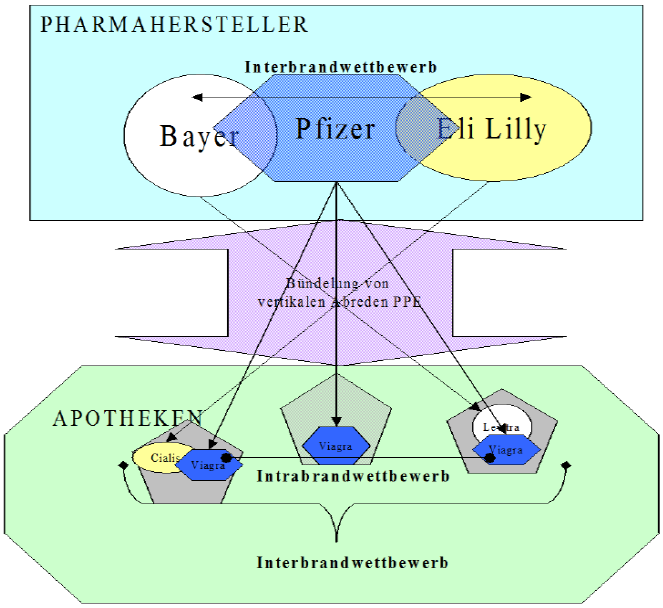
B.b Die in den Datenbanken der e-mediat AG, Pharmavista und Galdat, veröffentlichten Publikumspreisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente würden über Galdat in die Lieferscheine der Grossisten übernommen und an die Kunden weitergegeben.

Die von den meisten Apotheken abonnierte Datenbank *Galdat* diene dem Austausch spezifischer Artikeldaten für den Betrieb von "Drogerie- und Apothekensystemen am Verkaufspunkt". Ferner diene Galdat der Informatisierung der Bestellprozesse. Die Preisempfehlungen würden manuell oder informatikbasiert ins Kassensystem eingegeben und mit den im Galdat enthaltenen bzw. auf Medikamentenpackungen aufgedruckten Artikelnummern verbunden. Beim Scannen an der Kasse werde das Arzneimittel identifiziert und der empfohlene Preis automatisch eingelesen, sofern bei gewährten Rabatten kein anderer Preis eingegeben werde. Auch im textorientierten Abfrageinstrument *Pharmavista* seien die Fabrikabgabepreise sowie Publikumspreisempfehlungen enthalten.

B.c Ausgehend von diesen Rahmenbedingungen zog die Vorinstanz den Schluss, das untersuchte Verhalten der Parteien unterstehe dem Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251).

Zu Levitra, Cialis und Viagra bestünden keine wettbewerbsausschliessenden Vorschriften einer staatlich vorgesehenen Markt- oder Preisordnung oder solche, die Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben besondere Rechten verliehen, weshalb (Preis-)Wettbewerb nicht nur möglich sei, sondern auch gefordert werde.

B.d Die Vorinstanz legte ihrer Analyse folgende Wettbewerbsverhältnisse zu Grunde



(Quelle: WEKO in RPW 2010/4, S. 674)

und hielt dazu fest:

B.d.a Trotz anfänglich fast identischer Preise für Levitra, Cialis und Viagra habe eine *horizontale* Preisabrede nicht nachgewiesen werden können.

B.d.b Indessen seien die von Bayer, Eli Lilly und Pfizer veröffentlichten und von den "Verkaufsstellen" überwiegend befolgten Publikumspreisempfehlungen drei nebeneinander bestehende *vertikale* Wettbewerbsabreden. Diese wirkten sich wie Festpreise aus. Als abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beseitigten sie den wirksamen Wettbewerb völlig. Dazu hielt die Vorinstanz im Einzelnen fest:

B.d.b.a Preisempfehlungen ohne rechtliche Durchsetzbarkeit, wonach Richt- oder Listenpreise einzuhalten seien, seien als aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen aufzufassen. Solche einseitigen 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 erzwängen.

B.d.b.b Folgende Faktoren legten hier eine den Preiswettbewerb beseitigende, abgestimmte Verhaltensweise nahe: (1.) Der hohe Befolgungsgrad, (2.) die weiterhin die Marktteilnehmer massgeblich beeinflussende ehemalige Margenordnung Sanphar, (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 Levitra, Cialis 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 das Argument, die Publikumspreisempfehlungen seien als unverbindliche grobe Orientierungshilfe gedacht gewesen bzw. die Apotheker hätten den Verkaufspreis ausgehend von der Betriebskostenstruktur selbständig 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. Die Versuchung sei gross, an der Kasse eingelesene Preisempfehlungen auch einzuhalten.

(2.) Zudem sei die unzulässige Margen- und Rabattordnung des vor zehn Jahren aufgelösten Vereins *Sanphar* zumindest eine Mitursache für das heutige System weitgehend eingehaltener Publikumspreisempfehlungen. Bei wirksamem Wettbewerb hätte die Aufhebung von Sanphar einen nennenswerten Teil der "Verkaufsstellen" veranlassen müssen, für verschreibungspflichtige Hors-Liste Medikamente unterschiedliche Preise zu verlangen. Indes sei wegen der Empfehlungen die starre Preisordnung bis heute fast unverändert geblieben. Wäre der Preis betriebswirtschaftlich berechnet worden, so wäre die Wahrscheinlichkeit ge-

ring 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. Vielmehr hätten diese im Jahre 2004 gedroht, alle substituierbaren Medikamente von Pfizer aus dem Sortiment zu nehmen, sollte Pfizer wie angekündigt die Abgabe der Empfehlungen einstellen. Deshalb habe Pfizer die Empfehlungen wieder kommunizieren müssen. Auch Bayer und Eli Lilly 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 Medikamentenpreisen abzuhalten. Andererseits dienten die Empfehlungen dazu, den "Verkaufsstellen" – ähnlich wie bei Sanphar – eine erhebliche, über derjenigen von SL-Medikamenten liegende Marge zu sichern. Zudem bestünde dank der Koordination kaum Gefahr, Kunden an "Verkaufsstellen" mit tieferen Medikamentenpreisen zu verlieren.

Die Ansicht von Pfizer und Eli Lilly, wonach beide nicht an hohen Margen interessiert seien, da sie zum gegebenen Fabrikabgabepreis möglichst viele Einheiten verkaufen und durch die gesetzte Obergrenze die Handelsmargen tief halten wollten, überzeuge nicht. Denn der Preis spiele erst beim Kauf in der Apotheke eine wichtige Rolle. Allerdings existiere auf dieser Stufe zwischen Medikamenten kein Interbrand Wettbewerb mehr, weshalb sich zu hohe Verkaufspreise primär negativ auf den Gewinn der "Verkaufsstellen" und nicht auf denjenigen der Hersteller auswirkten. 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 fänden die Preisinformationen. Zudem sei Publikumswerbung für rezeptpflichtige Arz-

neimittel heilmittelrechtlich verboten. Die Kommunikation der Empfehlungen durch automatisierte Kassensysteme lasse die Öffentlichkeitsinformation gegenüber der Preisfestsetzung für den Verkauf in den Hintergrund treten. Ausserdem sei eine weitgehend eingehalte Empfehlung angesichts der übrigen Umstände selbst dann als Abrede zu qualifizieren, wenn sie im Arzneimittel-Kompendium als "unverbindlich" bezeichnet werde.

B.d.b.c Zusammenfassend erachtete die Vorinstanz das Veröffentlichen der fraglichen Empfehlungen sowie deren "weitgehende" Einhaltung durch die "Verkaufsstellen" als aufeinander abgestimmtes Verhalten von Unternehmen verschiedener Marktstufen, obschon weder eine Verpflichtung zum Einhalten noch Sanktionsmechanismen festgestellt worden waren.

Die Vorinstanz bezeichnete die Grossisten und die e-mediat als Bindeglied zwischen den Pharmaunternehmen und den Verkaufsstellen und hielt dazu fest, das Weiterleiten der Preisempfehlungen durch die Grossisten und das entsprechende Zurverfügungstellen im Galdat durch e-mediat seien "Gehilfenhandlungen" zu einer Wettbewerbsabrede, die inskünftig zu unterlassen seien, falls die Abrede unzulässig sein sollte.

B.d.b.d Zu den Auswirkungen hielt die Wettbewerbskommission 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 der Auffassung von Eli Lilly, wonach hier keine Abrede über Fixpreise sondern eine über Höchstpreise vorliege, seien in den Jahren 2005 und 2006 rund 63 % der von Apotheken und 70 % der von selbstdispensierenden Ärzten verkauften Levitra-, Cialis- und Viagra-Packungen zum empfohlenen Publikumspreis abgegeben worden. Somit wirkten sich die Preisempfehlungen auf dem Markt wie Fest- und nicht wie Maximalpreise aus. Daher greife die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung.

B.d.b.e Indes müsste für eine allfällige Widerlegung dieser Vermutung wirksamer aktueller Innenwettbewerb sowie aktueller und potentieller Aussenwettbewerb bestehen, d.h. Wettbewerb unter den Abredebeteiligten bzw. Wettbewerb durch die nicht an der Abrede beteiligten "Verkaufsstellen". Wegen den Besonderheiten vertikaler Abreden sei auf dem rele-

vanten schweizerischen Markt der oral einzunehmenden Medikamente Levitra, Cialis und Viagra der Intrabrand Wettbewerb (Innen- und Aussenwettbewerb) sowie der Interbrand Wettbewerb zu analysieren.

B.d.b.e.a Zur Intensität des *Intrabrand* Wettbewerbs wurde ausgeführt, der Innen-, Aussen- und Restwettbewerb reiche nicht aus, um die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen. Auch der Verkauf übers Internet wirke nicht disziplinierend. Zur Frage der Marktauswirkungen der durch die 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 ausgehändigten Levitra-, Cialis- 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, beliefen 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 Jahr 2006 seien in der Schweiz von allen vertriebenen Levitra-, Cialis- und Viagra-

Packungen nur 26.3 % von selbstdispensierenden Ärzten und *17.5 %* von Apotheken verkauft worden.

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. Indes liesse sich die Vermutung hier selbst bei Berücksichtigung von Rest- oder Teilwettbewerb nicht widerlegen. Denn die fraglichen verschreibungspflichtigen Medikamente dürften nur gegen ärztliches Rezept abgegeben werden, wobei die dafür erforderliche Fachberatung beim Arzt stattfinde. In der Apotheke bestehe kein Aufklärungsbedarf mehr, weshalb sich diese nicht durch eine kompetente Beratung "profilieren" könne. Selbst wenn eine solche tatsächlich eine Rolle spielen würde, wäre die Beratung nur beim erstmaligen Medikamentenkauf bedeutsam.

Weitere nicht preisbezogene Wettbewerbsparameter, welche die Wettbewerbsintensität zwischen den Verkaufsstellen erhöhen könnten, bestünden nicht. Zwar könne auch der Schamfaktor als Parameter bedeutsam sein. Er könne aber von den "Verkaufsstellen" nicht beeinflusst werden.

B.d.b.e.b 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 Viagra, Cialis und Levitra nicht wesentlich voneinander abwichen, seien diese für die Auswahl eines Präparats nicht entscheidend. Die drei Medikamente dürften nur gegen ärztliches Rezept abgegeben werden. Daher spielten die selbstdispensierenden Ärzte eine zentrale Rolle bei der 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 sekundär.

Im Jahr 2006 seien *63.4 %* der von Apotheken abgesetzten Packungen zum empfohlenen Preis verkauft worden. Die Veröffentlichung bzw. Einhaltung der Empfehlungen verhindere den Preiswettbewerb. Nur 10.7 %

der Apotheken hätten einen anderen als den empfohlenen Preis angewendet und insgesamt 17.5 % 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.

B.d.c Aber auch für den Fall, dass die gesetzliche Vermutung als widerlegt zu betrachten wäre, hielt die Vorinstanz fest, müsse 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 werden. Nur 36 % bzw. 28 % der vertriebenen Packungen seien zu einem anderen als dem empfohlenen Publikumspreis verkauft worden.

In diesem Zusammenhang verneinte die Vorinstanz mit eingehender Begründung das Bestehen *wirtschaftlicher Effizienzgründe*, welche die beanstandeten Empfehlungen allenfalls hätten rechtfertigen können. Insbesondere hielt die Vorinstanz eine Rechtfertigung aufgrund der Senkung von Vertriebskosten für nicht plausibel. Auch der Rechtfertigungsgrund der Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren wurde verworfen. Ferner liess die Vorinstanz auch das Argument nicht gelten, die Publikumspreisempfehlungen seien wegen des Problems der *Doppelmarginalisierung* gerechtfertigt, wonach Herstellern erlaubt sein soll, Einzelhandelshöchstpreise festzusetzen, um marktmächtige Lieferanten/Händler davon abzuhalten, von den Endkonsumenten eine den Monopolpreis übertreffende Rente einzufordern.

B.e Abschliessend legte die Vorinstanz zur *Sanktion* und ihrer Bemessung dar, die Parteien hätten die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen "verschuldetermassen" bewirkt, wobei einzig Bayer, Pfizer und Eli Lilly direkt zu sanktionieren seien.

B.e.a Das Verhalten der drei Pharmaunternehmen und der "Verkaufsstellen", welche die Publikumspreisempfehlungen eingehalten hätten, sei eine wettbewerbsbeseitigende abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 5 Abs. 4 KG. Diese erfülle den Sanktionstatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG. Aber selbst bei widerlegter Vermutung wäre dieser Tatbestand erfüllt, da der Wettbewerb immer noch erheblich beeinträchtigt wäre, ohne dass rechtfertigende Effizienzgründe vorlägen.

Alle Beteiligten hätten die kartellrechtliche Problematik der fraglichen Preisempfehlung erkennen müssen. Die Pharmaunternehmen und die "Verkaufsstellen" hätten sicherstellen müssen, dass die Empfehlungen nicht den Charakter von Festpreisen erhielten. Dies sei unterblieben. Die Pharmaunternehmen hätten erklärt, es sei von untergeordnetem Interesse und liege nicht in ihrer Verantwortung, was die "Verkaufsstellen" mit der Preisempfehlung machten. Auch all die "Verkaufsstellen", die aus Bequemlichkeit die im Galdat gespeicherten Preisempfehlungen direkt übernommen hätten, hätten in Kauf genommen, dass viele andere "Verkaufsstellen" dasselbe tun würden.

Vorliegend seien keine falschen Behördeninformationen gegeben worden, die ein schützenswertes Vertrauen begründen könnten. Weder die Vertikal-Bekanntmachung noch die Aussagen von WEKO-Mitgliedern zur angestrebten EU-Kompatibilität des schweizerischen Kartellgesetzes hätten Vertrauen erweckt, da sie nicht vorbehaltlos erfolgt seien.

Auch die Preisbekanntgabeverordnung vom 11. Dezember 1978 (PBV, SR 942.211) sei keine Vertrauensgrundlage. Diese vermöge die Anwendung des Kartellgesetzes nicht auszuschliessen. Ungeachtet, ob die PBV für rezeptpflichtige Medikamente die Publikation von Preisempfehlungen zulasse, könnten sich die Parteien nicht darauf berufen, da eine unzulässige Abrede über die Festsetzung von Verkaufspreisen vorliege. Selbst wenn nach der besagten Verordnung die Veröffentlichung von Preisempfehlungen für Hors-Liste Medikamente erlaubt wäre, würde dies die kartellrechtliche Unzulässigkeit nicht berühren. Doch sei die unglücklich formulierte PBV bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen.

Bayer, Eli Lilly und Pfizer (mit dem Veröffentlichen der Publikumspreisempfehlungen) sowie die "Verkaufsstellen" (mit dem Befolgen dieser Empfehlungen) hätten sich zumindest fahrlässig verhalten. Dies sei subjektiv vorwerfbar, weshalb diese Parteien für ihr Verhalten ab dem 1. April 2004 grundsätzlich zu sanktionieren seien.

B.e.b Gestützt auf detaillierte Ausführungen setzte die Vorinstanz die Sanktion für Bayer auf Fr. (…) fest. Gleichzeitig wurden auch Eli Lilly und Pfizer mit einem Sanktionsbetrag belastet, der für alle drei Unternehmen insgesamt Fr. 5.7 Millionen ausmachte (und entsprechend publiziert wurde: vgl. dazu die Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 27. November 2009, veröffentlicht auf: www.weko.admin.ch > Startseite > Aktuell > Medieninformationen > Medienmitteilungen 2009).

B.e.c Indessen verzichtete die Vorinstanz "aus faktischen und praktischen Gründen" darauf, die als mitschuldig bezeichneten "Verkaufsstellen" zu sanktionieren:

Die Untersuchung sei gegen alle tätigen 1'672 Apotheken und 3'693 selbstdispensierenden Ärzte eröffnet worden. Doch sei es kaum vorstellbar, wie die Verfahrensrechte aller Parteien überhaupt gewahrt werden könnten. Es könne nicht in jedem Einzelfall festgestellt werden, ob ein Unternehmen die Publikumspreisempfehlungen tatsächlich befolgt habe. Hausdurchsuchungen bzw. Partei- und Zeugenbefragungen bei mehr als 5'000 Parteien seien ausgeschlossen, was den Rückgriff auf die ungeprüften Selbstdeklarationen in den Fragebögen nahe legen könnte. Indes sei deren Vertrauenswürdigkeit für eine Sanktionierung fraglich.

Selbst wenn sich die gesetzesverletzenden "Verkaufsstellen" ermitteln liessen, müsste der Sanktionsbetrag für jedes "Unternehmen" einzeln berechnet werden. Dies sei unverhältnismässig, da viele "Verkaufsstellen" nur einige wenige Schachteln Erektionsmittel verkauft hätten und die Sanktion jeweils nur wenige Franken betrüge. Es würde jeden vernünftigen Rahmen sprengen, die "Verkaufsstellen", welche eine Preisempfehlung befolgt hätten, individuell zu sanktionieren. Die durchschnittliche Höhe der Bussen stünde in keinem Verhältnis zum dafür erforderlichen Aufwand. Daher sei gegenüber den "Verkaufsstellen" auf die Berechnung und Eintreibung einer Sanktion zu verzichten. Trotzdem stelle das Verhalten der "Verkaufsstellen", welche die Empfehlungen eingehalten hätten, eine unzulässige, sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkung dar.

Die einseitige Sanktionierung der Pharmaunternehmen verletze das Gleichbehandlungsgebot nicht. Auch genüge der Tatbeitrag der Grossisten und der e-mediat nicht für eine Sanktionierung dieser Gehilfinnen.

B.f Schliesslich setzte die Wettbewerbskommission die Kosten der Untersuchung auf insgesamt Fr. 692'118.- fest, wobei sie nur Bayer, Eli Lilly und Pfizer für kostenpflichtig erklärte und von den "Verkaufsstellen", den Grossisten und e-mediat "aus Praktikabilitätsgründen" keine Kosten erhob. Für Bayer wurde ein zu tragender Kostenanteil von einem Sechstel der gesamten Kosten, ausmachend Fr. 115'353.-, ausgeschieden.

C.
Diese Sanktionsverfügung focht Bayer (Beschwerdeführerin), anwaltlich vertreten durch Dr. iur. Patrick Sommer und lic. iur. Stefan Brunnschwei-

ler, am 18. Januar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht an mit den Begehren:

> "1. Es sei die Verfügung vom 2. November 2009 vollumfänglich aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin durch die Veröffentlichung der Publikumspreisempfehlung für Levitra nicht gegen das Kartellgesetz verstossen hat.
>
> 2. Es sei die Beschwerdeführerin für das vorinstanzliche Verfahren angemessen zu entschädigen.
>
> 3. Eventualiter seien die in der Verfügung vom 2. November 2009 der Beschwerdeführerin auferlegte Sanktion sowie die auferlegten Kosten nach dem freien Ermessen des Gerichts zu reduzieren.
>
> 4. Alles unter Verzicht auf Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin und unter Entschädigungsfolge zu Lasten der Vorinstanz."

Gleichzeitig stellt die Beschwerdeführerin drei Verfahrensanträge:

> "1. Es seien die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens beizuziehen.
>
> 2. Es seien alle als Geschäftsgeheimnisse bezeichneten Angaben und Akten als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und gegenüber Dritten und im Falle einer Entscheidpublikation nicht offen zu legen.
>
> 3. Für den Fall einer Entscheidpublikation sei der Beschwerdeführerin der zu publizierende Text vor dessen Veröffentlichung zur Prüfung auf allfällige Geschäftsgeheimnisse zuzustellen."

C.a Vorab rügt die Beschwerdeführerin, die angefochtene Sanktionsverfügung beruhe auf einem unrichtig und unvollständig ermittelten Sachverhalt, insbesondere auf einer qualitativ und quantitativ nicht repräsentativen Befragung der betroffenen Parteien. Die Untersuchungsmethode beruhe auf falschen und unvollständigen Behauptungen. Zudem sei der relevante Markt zu Unrecht unter Ausschluss des wirtschaftlich bedeutsamen, grösstenteils illegalen Internethandels abgegrenzt worden.

C.b Des Weiteren bemängelt die Beschwerdeführerin, die durchgeführte Untersuchung sei nicht mit den in Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) festgelegten Anforderungen vereinbar.

C.c Zur Sache hält die Beschwerdeführerin fest, es bestünden vorbehaltene Vorschriften, die eine Anwendung des Kartellgesetzes ausschlössen:

Das Heilmittelgesetz vom 15. Dezember 2000 (HMG, SR 812.21) und andere gesundheitsrechtliche Erlasse liessen im Markt für Medikamente gegen erektile Dysfunktion einen wirksamen Wettbewerb nicht zu, da die regulatorischen Rahmenbedingungen und andere wesentliche Marktfaktoren die relevanten Wettbewerbsparameter entscheidend beeinflussten.

C.d Selbst wenn das Kartellgesetz anwendbar wäre, seien die Publikumspreisempfehlung für Levitra nicht im Rahmen einer Abrede oder einer abgestimmten Verhaltensweise veröffentlicht worden, sondern einseitig und ohne jegliche Abstimmung mit anderen Marktteilnehmern. Dies gelte, wenn die einschlägigen Kriterien der von der Vorinstanz am 2. Juli 2007 revidierten Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden berücksichtigt werden. Diese Kriterien seien nicht erfüllt. Jedenfalls hätten die Publikumspreisempfehlungen für Levitra nie die Festlegung der Publikumspreise beinhaltet.

C.e Aber auch wenn Art. 5 Abs. 4 KG anwendbar wäre, bestünde ein intensiver Restwettbewerb, mit dem sich die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegen liesse.

C.f Würde fälschlicherweise eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs angenommen, so wären die Publikumspreisempfehlungen für Levitra aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt. Selbst bei gegenteiliger Ansicht müsste aus völker- und verfassungsrechtlichen Gründen dennoch von einer Sanktion abgesehen werden oder zumindest die auferlegte Strafe "massiv" reduziert werden.

C.g Im Ergebnis sei es dem Sekretariat in einer langjährigen Untersuchung nicht gelungen, ihr die Teilnahme an einer horizontalen oder vertikalen Absprache nachzuweisen. Um die Untersuchung nicht ergebnislos einstellen zu müssen, sei auf die vor rund zehn Jahren aufgelöste Marktordnung Sanphar zurückgegriffen worden, obwohl diese bei der Markteinführung von Levitra nicht mehr in Kraft und daher irrelevant gewesen sei. Das Vorgehen der Vorinstanz verdiene keinen Schutz, zumal die angefochtene Verfügung auf einem falsch ermittelten Sachverhalt beruhe und im Widerspruch zur schweizerischen und europäischen Lehre und Praxis zu Publikumspreisempfehlungen stehe.

C.h Abschliessend fordert die Beschwerdeführerin mit eingehender Begründung eine Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren.

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. BBl 2010 2518).

E.

E.a Am 12. Juli 2010 liess sich die Vorinstanz nach erstreckter Frist mit dem Antrag vernehmen, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen.

E.b Mit Zwischenverfügung vom 19. August 2010 räumte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin die Gelegenheit ein, zur vorinstanzlichen Vernehmlassung bis zum 20. September 2010 Stellung zu nehmen.

F.

F.a Die Beschwerdeführerin reichte nach erstreckter Frist am 20. Oktober 2010 ihre Stellungnahme (inkl. Ergänzungsgutachten vom 8. Oktober 2010) ein. Darin hält sie an den Rechtsbegehren ihrer Beschwerde fest und betont, das eingereichte Ergänzungsgutachten nehme in ausführlicher Weise zur Frage der EU-Komptabilität der Publikumspreisempfehlungen Stellung.

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

G.
Mit Zwischenverfügung vom 18. November 2010 sistierte das Bundesverwaltungsgericht das vorliegende 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 (in Sachen Swisscom/Mobilterminierung; veröffentlicht in BVGE 2011/32 und in RPW 2010/2, S. 242 ff.) und B-2977/2007 vom 27. April 2010 (in Sachen Publigroupe/Kommissionierungsrichtlinien; veröffentlicht in RPW 2010/2, S. 329 ff.).

H.
Am 6. Februar 2013 hob das Bundesverwaltungsgericht die Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens 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 (teilweise publiziert in BGE 139 I 72) schriftlich eröffnet hatte.

I.
Mit Eingabe vom 10. April 2013 reichte die Beschwerdeführerin eine detailliert begründete Kostennote ein, welche der Vorinstanz am 16. April 2013 zur Kenntnis zugestellt wurde.

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

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

K.
Auf die dargelegten und die weiteren Argumente der Verfahrensbeteiligten wird, soweit jene für das Urteil erheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 2. November 2009 stellt eine Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die von eidgenössischen Kommissionen er-

lassen werden (Art. 33 Bst. f VGG). Darunter fällt auch die von der Vorinstanz erlassene Verfügung.

Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2. Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a; vgl. BGE 133 II 181 E. 3.2), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

Das schutzwürdige Interesse besteht gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung im praktischen Nutzen, den eine Gutheissung der Beschwerde einem Verfügungsadressaten verschaffen würde oder – anders ausgedrückt – im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welchen die angefochtene Verfügung mit sich bringen würde (vgl. für viele BGE 133 V 188 E. 4.3.1). Das "besondere Berührtsein" nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG ist keine selbständige und damit kumulativ zum schutzwürdigen Interesse (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG) zu erfüllende Legitimationsvoraussetzung, sondern eine Präzisierung desselben (BGE 133 V 188 E. 4.3.1 mit Hinweisen).

Diese Legitimationsvoraussetzungen bezwecken, die Popularbeschwerde auszuschliessen (vgl. ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 12 zu Art. 48 VwVG).

1.2.1. In der angefochtenen Verfügung vom 2. November 2009 wird der Beschwerdeführerin im Wesentlichen vorgeworfen, sie sei – im Zeitraum vom 1. April 2004 bis am 31. Dezember 2008 – durch das Veröffentlichen von Publikumspreisempfehlungen für Levitra an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt gewesen. Das Veröffentlichen sowie das Befolgen der Levitra-Publikumspreisempfehlungen habe sich als Verhaltensabstimmung auf den Markt wie ein Festpreis ausgewirkt, was den Intrabrand Preiswettbewerb unter den "Verkaufsstellen" in sanktionswürdiger Weise beseitigt habe. Deshalb wurde die Beschwerdeführerin verpflichtet, eine Verwaltungssanktion von Fr. (…) sowie Verfahrenskosten von Fr. 115'353.– zu bezahlen (vgl. Dispositiv-Ziffern 1, 4 und 7 der angefochtenen Verfügung). Gleichzeitig

wurde ihr verboten, die Publikumspreisempfehlungen für Levitra weiterhin zu veröffentlichen (vgl. Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung).

1.2.2. Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Sie ist durch die angefochtene Verfügung insoweit besonders berührt, als sie darin verpflichtet worden ist, (1.) eine Verwaltungssanktion sowie Verfahrenskosten zu bezahlen und (2.) inskünftig die Veröffentlichung von Publikumspreisempfehlungen für Levitra zu unterlassen.

Insofern ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerde grundsätzlich legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.2.3. Ebenfalls grundsätzlich einzutreten ist auf den Antrag der Beschwerdeführerin, es sei ihr eine angemessene Entschädigung für das vorinstanzliche Verfahren zuzusprechen. Auch wenn die Wettbewerbskommission wegen des für die Beschwerdeführerin negativen Ausgangs der Untersuchung keinen Anlass hatte, die hier aufgeworfene Frage im Verfügungsdispositiv zu regeln, spricht insbesondere dann, wenn die vorliegende Beschwerde gutgeheissen würde, nichts dagegen, diese Frage zu prüfen, zumal sie einen engen Zusammenhang zur verwaltungsverfahrensgesetzlichen Entschädigungsregelung aufweist (vgl. dazu E. 10).

1.2.4. Soweit die Beschwerdeführerin indes die "vollumfängliche" Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt, ist sie durch die *Dispositiv-Ziffer 3*, welche 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 als sog. Drittbeschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung geltend zu machen. Dies nimmt sie zu Recht auch nicht in Anspruch.

Inwiefern schliesslich die Beschwerdeführerin durch die *Dispositiv-Ziffer 5* (Einstellung der Untersuchung) bzw. die *Dispositiv-Ziffer 6* (Verweis auf Art. 50 und 54 KG), die sich auf eine Wiederholung der ex lege geltenden Rechtsordnung erschöpft, beschwert sein könnte, ist nicht ersichtlich.

Insoweit ist auf die Beschwerde ebenfalls nicht einzutreten.

1.3. Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), die Vertreter haben sich rechtsgenüglich ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

1.4. Auf die Beschwerde ist daher insoweit einzutreten, als darin die Aufhebung der Sanktion (und der dazugehörenden Feststellung einer unzulässigen Abrede), die Aufhebung der auferlegten Verfahrenskosten, die Aufhebung des Veröffentlichungsverbots für Publikumspreisempfehlungen sowie die Zusprechung einer auch das erstinstanzliche Untersuchungsverfahren umfassenden Parteientschädigung verlangt wird.

2.
In formeller Hinsicht stellt die Beschwerdeführerin drei als "Verfahrensanträge" bezeichnete Begehren, die sich auf die ordnungsgemässe Führung dieses Verfahrens beziehen.

2.1. Der erste Antrag betrifft den Beizug der vorinstanzlichen Akten. Das Bundesverwaltungsgericht hat hier im Rahmen des vom Untersuchungsprinzip (Art. 12 VwVG) beherrschten Beschwerdeverfahrens die Akten der Vorinstanz sowie die fraglichen Stellungnahmen beigezogen.

2.2. Die beiden weiteren Verfahrensanträge, welche im Ergebnis auf die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin zielen, sind im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat Entscheide grundsätzlich anonymisiert 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.

3.
Des Weiteren rügt die Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht, die angefochtene Verfügung sei in Missachtung von Art. 6 Abs. 1 EMRK in einer völker- und verfassungsrechtswidrigen Untersuchung ergangen und bereits deshalb aufzuheben.

3.1. Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK (zitiert im Sachverhalt unter C.b) hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.

3.2. Die Beschwerdeführerin hält diese Bestimmung aus folgenden Gründen für verletzt:

Die in Art. 49a Abs. 1 KG (zitiert in der nachfolgenden E. 4.1.4) angedrohten Sanktionen seien erheblich und verfolgten einen präventiv-repressiven Zweck. Daher hätten im vorliegenden "strafrechtlichen Verfahren" die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK befolgt werden müssen, was zu Unrecht nicht geschehen sei. Die verfügten Sanktionen hätten Strafcharakter im Sinne von Art. 6 EMRK. Die Vorinstanz als Entscheidinstanz und das Sekretariat als Untersuchungsbehörde seien stark miteinander verflochten und wirkten gegenseitig aufeinander ein. Die mangelnde Trennung der schweizerischen Wettbewerbsbehörden in ein Untersuchungs- und ein Entscheidorgan könnten nicht durch das Vorhandensein einer richterlichen Instanz mit voller Kognition kompensiert werden. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) seien solche Mängel erstinstanzlicher Verfahren nicht heilbar, sondern müssten zur vollständigen Aufhebung des erstinstanzlichen Verfahrens führen, da die zu sanktionierende Handlung schwerwiegend und die angedrohte Sanktion erheblich seien. Die Vorinstanz erfülle die Anforderungen an ein unabhängiges und unparteiisches Gericht nicht.

Ferner bemängelt die Beschwerdeführerin, ihr Anspruch auf ein ordentlich zusammengesetztes Gericht sei verletzt worden, indem am 7. September 2009 anlässlich der Anhörung nur elf von zwölf Mitgliedern der Vorinstanz anwesend gewesen seien. Somit habe sie ihren Standpunkt nicht in unmittelbarer Weise allen Mitgliedern der Vorinstanz darlegen können. Damit habe diese im Sanktionsverfahren gegen das Anklageprinzip und den Grundsatz der Waffengleichheit verstossen sowie gleichzeitig den Anspruch auf ein unabhängiges, unbefangenes und auf Gesetz beruhendes Gericht verletzt.

3.3. Dem hält die Vorinstanz im Wesentlichen entgegen, die rechtlichen Anforderungen an ein unabhängiges Gericht seien erfüllt worden. Es reiche aus, wenn eine Sanktionsverfügung durch lediglich eine gerichtliche Instanz mit voller Kognition überprüft werden könne.

Nicht nachvollziehbar sei der Vorwurf, der Anspruch auf ein gesetzmässiges Gericht sei verletzt worden. Denn sie sei nicht nur beim Entscheid, sondern auch anlässlich der Parteianhörungen beschlussfähig und "ordentlich zusammengesetzt" gewesen. Zudem sei die Anhörung protokol-

liert worden, so dass sich ihr abwesendes Mitglied umfassend habe informieren können.

3.4. Die Rügen der Beschwerdeführerin zu Art. 6 EMRK erweisen sich im Lichte der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGE 139 I 72 E. 2.2 und E. 4), welche die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVGE 2011/32 E. 4.2 und E. 5) bestätigt hat, als unbegründet.

3.4.1. In seinem wegweisenden Urteil hat das Bundesgericht erkannt, dass kartellrechtliche Sanktionen nach Art. 49a KG einen strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter haben, weshalb bei solchen Sanktionen die Garantien von Art. 6 und Art. 7 EMRK sowie von Art. 30 und Art. 32 BV anwendbar sind (BGE 139 I 72 E. 2; BVGE 2011/32 E. 4.2). Weiter hat das Bundesgericht – mit Verweis auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 27. September 2011 in Sachen *Menarini Diagnostics S.R.L.* (Nr. 43509/08, §§ 57 ff.) – festgehalten, dass in Kartellverfahren (mit hohen Bussgeldern) die Anforderungen von Art. 6 EMRK auch erst im Verwaltungsgerichtsverfahren erfüllt werden können. Insofern dürfe die Verwaltung im Verwaltungsverfahren Sanktionen mit strafrechtlichem Charakter aussprechen, wenn im nachfolgenden Gerichtsverfahren die Vorgaben von Art. 6 EMRK eingehalten werden (BGE 139 I 72 E. 4.4; BVGE 2011/32 E. 5.5). Dazu hat das Bundesgericht betont, der gerichtliche Entscheid über die kartellrechtliche Sanktion müsse – entsprechend Art. 6 EMRK sowie Art. 30 BV – mit voller Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erfolgen, dass heisst die für das Verfahren rechtserheblichen Tatsachen müssten ermittelt und der so festgestellte Sachverhalt unter die entsprechenden Rechtsvorschriften subsumiert werden. Auch müsse das Gericht die Sanktion uneingeschränkt auf ihre Vereinbarkeit mit dem massgeblichen Recht unter Einschluss des Verfassungsrechts und den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV), namentlich des Verhältnismässigkeitsprinzips, überprüfen können. Auch wenn dem angerufenen Gericht volle Kognition in Rechts- und Tatsachenfragen zukommen müsse, sei es indessen nicht ausgeschlossen, dass es in Bereichen des "Sachverständigenermessens", vor allem in besonderen Rechtsbereichen, seine Kognition – unter bestimmten Voraussetzungen – zurücknehmen dürfe (BGE 139 I 72 E. 4.5).

3.4.2. Nach der massgeblichen Rechtsprechung (BGE 139 I 72 E. 4.6; BVGE 2011/32 E. 5.6) steht fest, dass die Beurteilung des vorliegenden Sanktionsverfahrens – durch das (mit voller Kognition ausgestattete und

diese auch wahrnehmende) Bundesverwaltungsgericht – den Anforderungen von Art. 6 EMRK genügt. Insofern kann entgegen den Darlegungen der Beschwerdeführerin der Umstand, dass die Vorinstanz unbestrittenermassen kein Gericht im Sinne von Art. 6 EMRK ist (BGE 139 I 72 E. 4.3; offengelassen in BVGE 2011/32 E. 5.4), durch das Vorhandensein *einer* richterlichen Instanz mit voller Kognition, das heisst hier durch das Bundesverwaltungsgericht, kompensiert werden (vgl. BGE 139 I 72 E. 4.4 f.; BVGE 2011/32 E. 5).

Bei dieser Sachlage kann sich – entgegen der Beschwerdeführerin – im Verfahren vor der Vorinstanz auch nicht die Frage stellen, ob der Anspruch auf ein ordentlich zusammengesetztes Gericht im Rahmen der Anhörungen vor der Vorinstanz hätte verletzt werden können. Die Vorinstanz ist, wie bereits erwähnt, kein Gericht, und musste nach Art. 21 KG, um beschlussfähig zu sein, (lediglich) mindestens die Hälfte der Mitglieder aufweisen, was unbestrittenermassen der Fall war. Hinzukommt, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts für Verfahren vor der Vorinstanz – entgegen den Andeutungen der Beschwerdeführerin – keinen Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung begründet. Nach Art. 30 Abs. 2 Satz 2 (1. Hälfte) KG, kann die Vorinstanz eine Anhörung beschliessen, sie ist jedoch nicht dazu verpflichtet und wird eine solche vorab dann durchführen, wenn sie zusätzlichen Untersuchungsbedarf sieht (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 6.2.2). Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, inwiefern die beanstandete Zusammensetzung der Vorinstanz anlässlich der Anhörung vom 7. September 2009 im Widerspruch zu Art. 6 EMRK stehen könnte.

4.

Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Rechtmässigkeit der verhängten Sanktion ist neben den kartellgesetzlichen Normen (vgl. E. 4.1) insbesondere der heilmittelrechtliche Regulierungsrahmen (vgl. E. 4.2) von entscheidender Bedeutung.

4.1. Im Rahmen seiner Wettbewerbspolitik erlässt der Bund nach Art. 96 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen.

Gestützt auf diese verfassungsrechtliche Kompetenznorm wurde das Kartellgesetz (zitiert im Sachverhalt unter B.c) erlassen. Es bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

4.1.1. Es gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG).

Nach Art. 3 Abs. 1 KG sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften: (a.) die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen; (b.) die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.

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

Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, 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 in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 KG).

Nach Abs. 3 von Art. 5 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im

Wettbewerb stehen: (a) Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; (b) Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen; (c) Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Gemäss Abs. 4 von Art. 5 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

4.1.3. Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 erster Satz KG). Sie entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG).

4.1.4. Nach dem am 1. April 2004 in Kraft getretenen Art. 49*a* KG (AS 2004 1387 f.) können Unternehmen bei gewissen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen direkt mit Sanktionen belastet werden, wobei Abs. 1 von Art. 49*a* KG vorsieht:

> "Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. 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."

4.2.

4.2.1. Das Heilmittelgesetz (zitiert im Sachverhalt unter C.c) soll zum Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier gewährleisten, dass nur qualitativ hoch stehende, sichere und wirksame Heilmittel in Verkehr gebracht werden (Art. 1 HMG). Es soll zudem: (a) Konsumentinnen und Konsumenten von Heilmitteln vor Täuschung schützen; (b) dazu beitragen, dass die in Verkehr gebrachten Heilmittel ihrem Zweck entsprechend und massvoll verwendet werden; (c) dazu beitragen, dass eine sichere und geordnete Versorgung mit Heilmitteln, einschliesslich der dafür nötigen fachlichen Information und Beratung, im ganzen Land angeboten wird (Art. 1 Abs. 2 HMG). Das HMG gilt u.a. nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a

HMG für den Umgang mit Heilmitteln (Arzneimittel und Medizinprodukte), insbesondere für die Herstellung und das Inverkehrbringen.

4.2.1.1 Gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. a HMG gelten als Arzneimittel Produkte chemischen oder biologischen Ursprungs, die zur medizinischen Einwirkung auf den menschlichen oder tierischen Organismus bestimmt sind oder angepriesen werden, insbesondere zur Erkennung, Verhütung oder Behandlung von Krankheiten, Verletzungen und Behinderungen (…).

4.2.1.2 Nach Art. 23 Abs. 1 HMG werden die Arzneimittel in Kategorien mit und ohne Verschreibungspflicht eingeteilt. Der Bundesrat legt die Einteilungskriterien fest, wobei das Institut jedes von ihm zugelassene Arzneimittel einer Kategorie zuordnet (vgl. Art. 23 Abs. 3 HMG). Verschreibungspflichtige Arzneimittel abgeben dürfen: (a) Apothekerinnen und Apotheker auf ärztliche Verschreibung und in begründeten Ausnahmefällen auch ohne ärztliche Verschreibung; (b) weitere Medizinalpersonen entsprechend den Bestimmungen über die Selbstdispensation; (c) entsprechend ausgebildete Fachpersonen unter der Kontrolle von Personen nach den Buchstaben a und b (Art. 24 Abs. 1 HMG). Bei der Verschreibung und der Abgabe von Arzneimitteln müssen die anerkannten Regeln der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaften beachtet werden (Art. 26 Abs. 1 HMG). Ein Arzneimittel darf nur verschrieben werden, wenn der Gesundheitszustand der Konsumentin oder des Konsumenten bzw. der Patientin oder des Patienten bekannt ist (Art. 26 Abs. 2 HMG).

4.2.1.3 Nach Art. 27 Abs. 1 HMG ist der Versandhandel mit Arzneimitteln grundsätzlich untersagt. Nach dem Abs. 2 dieses Artikels wird eine Bewilligung nur erteilt, wenn: (a) für das betreffende Arzneimittel eine ärztliche Verschreibung vorliegt; (b) keine Sicherheitsanforderungen entgegenstehen; (c) die sachgemässe Beratung sichergestellt ist; (d) eine ausreichende ärztliche Überwachung der Wirkung sichergestellt ist. Nach den Absätzen 3 und 4 regelt der Bundesrat die Einzelheiten und die Kantone erteilen die Bewilligung.

4.2.1.4 Zur Frage der Werbung und Preisvergleichen legt Art. 31 Abs. 1 HMG fest, dass grundsätzlich zulässig ist: (a) Werbung für alle Arten von Arzneimitteln, sofern sie sich ausschliesslich an Personen richtet, die diese Arzneimittel verschreiben oder abgeben; (b) Publikumswerbung für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel. Nach Art. 31 Abs. 2 HMG regelt der Bundesrat die Voraussetzungen für die Bekanntgabe von Preisvergleichen für verschreibungspflichtige Arzneimittel. Er kann zum Schutz

der Gesundheit und zum Schutz gegen Täuschung die Werbung für bestimmte Arzneimittel oder Arzneimittelgruppen beschränken oder verbieten sowie für die grenzüberschreitende Werbung Bestimmungen erlassen (Art. 31 Abs. 3 HMG).

Unzulässig ist Werbung: (a) die irreführend ist oder der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten widerspricht; (b) die zu einem übermässigen, missbräuchlichen oder unzweckmässigen Einsatz von Arzneimitteln verleiten kann; (c) für Arzneimittel, die in der Schweiz nicht in Verkehr gebracht werden dürfen (Art. 32 Abs. 1 HMG).

Nach Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG ist unter anderem die Publikumswerbung unzulässig für Arzneimittel, die nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen.

4.2.1.5 Nach Art. 33 Abs. 1 HMG dürfen Personen, die Arzneimittel verschreiben oder abgeben, und Organisationen, die solche Personen beschäftigen, für die Verschreibung oder die Abgabe eines Arzneimittels geldwerte Vorteile weder gewährt noch angeboten noch versprochen werden. Personen, die Arzneimittel verschreiben oder abgeben, und Organisationen, die solche Personen beschäftigen, dürfen für die Verschreibung oder die Abgabe von Arzneimitteln geldwerte Vorteile weder fordern noch annehmen (Art. 33 Abs. 2 HMG). Zulässig sind jedoch: (a) geldwerte Vorteile von bescheidenem Wert, die für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang sind; (b) handelsübliche und betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Rabatte, die sich direkt auf den Preis auswirken (Art. 33 Abs. 3 HMG).

4.2.2. Gestützt auf die Artikel 31-33 HMG hat der Bundesrat am 17. Oktober 2001 die Arzneimittel-Werbeverordnung (AWV, SR 812.212.5) erlassen. Diese regelt nach Art. 1 Abs. 1 die Fach- und die Publikumswerbung für verwendungsfertige Arzneimittel (Arzneimittel) der Human- und der Veterinärmedizin.

4.2.2.1 Nach Art. 2 Bst. a AWV gelten als *Arzneimittelwerbung* 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. Nach Art. 2 Bst. b AWV gilt als *Publikumswerbung* die Arzneimittelwerbung, welche sich an das Publikum richtet. Demgegenüber gilt als *Fachwerbung* die Arzneimittelwerbung, die sich an zur Verschreibung, Abgabe oder zur ei-

genverantwortlichen beruflichen Anwendung von Arzneimitteln berechtigte Fachpersonen richtet (Art. 2 Bst. c AWV).

4.2.2.2 Nach Art. 14 AWV ist *Publikumswerbung* nur erlaubt für Arzneimittel der Verkaufskategorien C, D und E nach der Arzneimittelverordnung (zitiert unter A.a), es sei denn, sie werde durch gesetzliche Bestimmungen eingeschränkt oder verboten.

5.

5.1. Einer der Auslöser für die vorinstanzliche Untersuchung – und der Hauptstreitpunkt im vorliegenden Beschwerdeverfahren – sind die Publikumspreisempfehlungen, welche die Beschwerdeführerin vom 1. April 2004 bis am 31. Dezember 2008 für ihr Arzneimittel Levitra veröffentlichte. Da auch ihre Konkurrentinnen, Pfizer und Eli Lilly, für ähnliche Medikamente solche Empfehlungen publizierten und weil angesichts des Preisniveaus für diese Medikamente der Verdacht auf wettbewerbswidrige Praktiken aufkam, führte die Vorinstanz bei über 800 Marktteilnehmern eine langjährige und mit grossem Erhebungs- und Auswertungsaufwand verbundene Untersuchung durch, um die Wettbewerbssituation unter den Marktakteuren im Allgemeinen sowie um unter anderem die wettbewerblichen Auswirkungen der strittigen Preisempfehlungen auszuleuchten.

Die Vorinstanz prüfte im Wesentlichen die konkreten Wettbewerbsbedingungen auf dem Vertriebsmarkt für Levitra, Cialis und Viagra. Ausgehend von der zutreffenden Perspektive, dass der "Absatzmarkt für Medikamente" insofern kein "normaler Markt" ist, als nur Apotheken und selbstdispensierende Ärzte zum Arzneimittelverkauf gesundheitspolizeilich zugelassen sind (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 283), berücksichtigte die Vorinstanz den Umstand, dass Levitra, Cialis und Viagra als "komplexe Produkte" wegen des nicht zu unterschätzenden Gefährdungspotenzials für die Gesundheit rezeptpflichtig sind und "Anwenderkenntnisse" verlangen, weshalb Patienten zur Untersuchung und Beratung einen Arzt aufsuchen müssten (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 280), bevor ihnen allenfalls das medizinisch indizierte Medikament verschrieben werden darf.

Angesichts der damit verbundenen komplexen rechtlichen Verhältnisse auf diesem – krankenversicherungs-, heilmittel- wie auch medizinalberufsrechtlich – regulierten "Medikamenten-Markt" ging die Vorinstanz in den folgenden drei denkbaren Konstellationen der Frage nach, ob erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen vorliegen könnten und zwar,

- ob erstens *unter den Pharmaherstellerinnen* Wettbewerb für Levitra, Cialis und Viagra herrsche (sog. *Inter*brand Wettbewerb ["Marken im Wettbewerb"], nachfolgend unter E. 5.2),

- ob zweitens diese Medikamente auch auf der nachgelagerten Stufe des Grosshandels bzw. der Apotheken zueinander im Wettbewerb stünden (ebenfalls *Inter*brand Wettbewerb, nachfolgend unter E. 5.3) und schliesslich

- ob drittens die Apotheken bzw. selbstdispensierenden Ärzte sich untereinander bei den einzelnen Medikamenten jeweils einen *Preis*wettbewerb lieferten (*Intra*brand Wettbewerb ["Wettbewerb innerhalb der Marke"], nachfolgend unter E. 5.4).

5.2.

5.2.1. Anfänglich prüfte die Wettbewerbskommission bestehende Anhaltspunkte für *horizontale* Absprachen zwischen der Beschwerdeführerin, Eli Lilly und Pfizer, wobei sie bereits in einem frühen Stadium ihrer Untersuchung zum Schluss kam, dass sich horizontale Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nicht rechtsgenüglich erhärten liessen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 305-321).

5.2.1.1 Zum *Interbrand* Wettbewerb zwischen Levitra, Cialis und Viagra, hielt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung fest, angesichts nahezu identischer Publikumspreisempfehlungen zu diesen Medikamenten (insbesondere betreffend die jeweils empfohlenen Tagesdosierungen) hätten Mitte 2006 Anhaltspunkte für eine horizontale Preisabrede zwischen der Beschwerdeführerin, Pfizer und Eli Lilly bestanden. Indessen habe die Marktanteilsentwicklung gezeigt, dass die Einführung von Levitra im Jahr 2003 und diejenige von Cialis im Jahr 2004 die Marktanteile von Viagra stark reduziert hätten.

Die korrelierende Verkaufsentwicklung der drei "Produkte" bestätige deren Zugehörigkeit zum gleichen sachrelevanten Markt. Dieser sei stark gewachsen, so dass der Wettbewerb zwischen den drei Medikamenten zu einer Übertragung von Marktanteilen zugunsten von Eli Lilly geführt habe. Anfänglich seien die Preisunterschiede zwischen Levitra, Cialis und Viagra marginal gewesen. Erst nach Verfahrenseröffnung hätten sich die Preise etwas auseinander entwickelt: Während die Beschwerdeführerin den Preis für Levitra nicht und Pfizer denjenigen für Viagra nur moderat angehoben hätten, habe Eli Lilly den Preis für Cialis mehrmals erhöht.

Seit kurzer Zeit bestehe ein gewisser, wenn auch nicht gewichtiger Preisunterschied zwischen den drei Medikamenten.

Zunächst habe die Marktpräsenz von Viagra die Preisbestimmung der Neueintretenden beeinflusst. Pfizer habe ihr Produkt gegen erektile Funktionsstörungen 1998 neu auf den Markt gebracht und damals den Fabrikabgabe- und den Publikumspreis (inkl. die von den Vertreibern geforderte handelsübliche Marge) selber bestimmen können, ohne Konkurrenten Rechnung tragen zu müssen. So habe Pfizer eine Monopolrente erzielt und während Jahren von den Informationen zum Verhalten der Konsumenten und deren Einstellungen zum Medikament profitiert. Die Beschwerdeführerin habe seit der Markteinführung von Levitra die Preispolitik von Pfizer angenommen und den Verteilern nicht eine geringere Marge vorschlagen können als diejenige von Pfizer, ansonsten diese Viagra bevorzugt hätten. Anfänglich habe auch Eli Lilly diese Strategie gewählt, sich aber später davon gelöst und die Fabrikabgabepreise unter Beibehaltung einer interessanten Marge für die Verkaufsstellen erhöht.

Im Ergebnis liesse sich eine horizontale Preisabsprache zwischen den drei Pharmaherstellerinnen nicht nachweisen. Denkbar sei vielmehr ein erlaubtes Parallelverhalten bzw. eine Preisführerschaft: Bei der Preisfestlegung seien die Beschwerdeführerin und Eli Lilly dem "Price-Maker (Pfizer)" gefolgt. Wären die Publikumspreisempfehlungen von Levitra bzw. Cialis beim Markteintritt, d.h. als die Eigenschaften und Wirkungen dieser "Produkte" noch unbekannt waren, deutlich über denjenigen des damaligen Marktführers Pfizer gelegen, hätte dies möglicherweise einen nennenswerten Marktanteilsgewinn verhindert. Wäre umgekehrt der Preis für diese neuen Medikamente deutlich unterhalb des Preises von Viagra festgesetzt worden, hätte dies möglicherweise anfänglich zu einem Wechsel der "Konsumenten" von Viagra weg zu Levitra oder Cialis geführt. Als Reaktion hätten die Konkurrenten die Preise reduzieren müssen, was schliesslich die Margen aller geschmälert hätte.

Insbesondere Eli Lilly habe, um sich von der Konkurrenz abzuheben, eine eigene Preispolitik verfolgt, als im Laufe der Zeit die Vor- und Nachteile von Levitra, Cialis und Viagra (wie unterschiedliche Wirkungsdauer, Nebenwirkungen) sichtbar und für die Patienten neben dem Preis auch andere Kaufkriterien wichtig geworden seien: Um die Vorteile von Cialis (insbesondere die viel längere Wirkungsdauer) zu betonen, habe Eli Lilly den Preis höher angesetzt und seither auch auf höherem Niveau beibehalten und trotzdem Marktanteile gewinnen können.

In diesem Zusammenhang scheint unbestritten zu sein, dass die Beschwerdeführerin ihre Ex-factory-Preispolitik für Levitra zu keinem Zeitpunkt nach Sanphar ausgerichtet hat (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 317 und Vernehmlassung Rz. 18 sowie Replik der Beschwerdeführerin Rz. 25 mit Verweis auf diese Stellen) und insofern ebenfalls eine unabhängige Preisstrategie verfolgt hatte (vgl. Beschwerde Rz. 74; Replik Rz. 25).

5.2.1.2 Des Weiteren beurteilte die Vorinstanz auch die Auswirkungen der *Publikumspreisempfehlungen* auf den Wettbewerb *zwischen* den Pharmaunternehmen und kam zum Schluss, dass auf dieser Ebene die zentrale Rolle den selbst- und den nichtselbstdispensierenden *Ärzten* zukomme, zumal diese im Interesse des Patienten eines der drei Medikamente auswählen müssten. Da sich die Publikumspreise der drei Medikamente sehr ähnelten, hätten die Beschwerdeführerin, Eli Lilly und Pfizer mit ihren Produkten gegen erektile Funktionsstörungen einen Wettbewerb zu führen, der primär die Produktwirksamkeit und Produktverträglichkeit betreffe (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 141 und 222).

Im gleichen Sinn vertritt auch die Beschwerdeführerin diese Auffassung und betont, dass insbesondere der Verkauf von Levitra als rezeptpflichtiges Medikament vom "Urteil und der Verschreibung des untersuchenden Arztes" abhänge und nicht vom Goodwill der Apotheken (vgl. Replik Rz. 7d und 31).

5.2.1.3 Zu dieser Fragestellung wird der Befund der Vorinstanz, wonach die drei Pharmaunternehmen jedenfalls den Wettbewerb zwischen Levitra, Viagra und Cialis nicht durch irgendwelche *horizontal* wirksamen Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beeinträchtigt hätten, von der Beschwerdeführerin geteilt. Dazu hält diese fest, insbesondere ihre Publikumspreisempfehlungen, die sich bei der Markteinführung von Levitra an denjenigen von Viagra orientiert hatten, seien keinesfalls horizontale Wettbewerbsabreden, sondern aus Wettbewerbssicht sinnvoll und vernünftig gewesen.

5.2.1.4 Die von der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin im Wesentlichen übereinstimmend beurteilte Frage, wie die Verhältnisse des *Inter*brand Wettbewerbs auf der Stufe der drei Herstellerinnen in der sanktionierten Periode im Einzelnen zu werten sind, braucht nachfolgend nicht näher erörtert zu werden, zumal selbst die Vorinstanz den Wettbewerb zwischen der Beschwerdeführerin, Pfizer und Eli Lilly für die vorliegend

angefochtene Sanktionierung der Beschwerdeführerin nicht als massgeblich (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 197) bzw. als bedeutungslos (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 223) erachtet.

Auch soweit die vorliegenden Akten Aufschluss zu geben vermögen, sind für das Bundesverwaltungsgericht keine Anhaltspunkte ersichtlich, welche die Feststellungen und Schlussfolgerungen der Vorinstanz zum im fraglichen Zeitraum festgestellten wirksamen *Inter*brand Wettbewerb zwischen Levitra, Cialis und Viagra in Frage stellen könnten. Ob und mit welcher Intensität – nach dem Ablauf des Patentschutzes für Viagra am 23. Juni 2013 – der absehbare Eintritt von *Generika* (insbesondere) den *Interbrand* Preiswettbewerb unter den besagten drei Medikamenten verschärfen könnte, wird sich noch erweisen müssen. Darüber kann zur Zeit nur spekuliert werden (und dürfte wohl auch Gegenstand künftiger Marktbeobachtungen durch die Vorinstanz bzw. deren Sekretariat werden).

Diese Überlegungen zeigen, dass nach der übereinstimmenden Auffassung der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin der Interbrand Wettbewerb auf der Stufe der Herstellerinnen für den sanktionierten Zeitraum keinerlei kartellrechtliche Probleme aufwirft. Insofern hat das Bundesverwaltungsgericht auch nicht weiter auf die ausführlichen Argumente der Beschwerdeführerin zu den angeblich positiven Auswirkungen ihrer Publikumspreisempfehlungen auf den Wettbewerb mit ihren Konkurrentinnen (vgl. Beschwerde Rz. 67-79) einzugehen, indem, wie die Beschwerdeführerin beispielsweise geltend macht, ihre Empfehlungen für die verschreibenden Ärzte und Patienten ein Minimum an wettbewerbsintensivierender Markttransparenz geschaffen hätten (vgl. Replik Rz. 7i).

5.3.

5.3.1. In Bezug auf die zweite Fragestellung, ob Levitra, Viagra und Cialis auch auf der nachgelagerten Vertriebsstufe des Grosshandels bzw. der Apotheken zueinander im Wettbewerb stehen, vertritt die Vorinstanz eine differenzierte Sichtweise.

5.3.1.1 Auf der Grosshandelsstufe habe unter Grossisten im fraglichen Zeitraum grundsätzlich Wettbewerb geherrscht (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 294).

5.3.1.2 Demgegenüber erachtet die Vorinstanz in Übereinstimmung mit der Beschwerdeführerin, dass die heilmittelgesetzliche *Verschreibungspflicht* den *Interbrand* Wettbewerb unter den Apotheken gänzlich aus-

schalte, da verschreibungspflichtige Medikamente nur gegen ärztliches Rezept verkauft werden dürfen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 67, 141, 164 und 224) und deshalb ein Kunde nicht auf billigere Substitute ausweichen kann, wenn er mit seinem Rezept das ihm verschriebene Medikament abholen (oder per Post von einer zugelassenen Versandapotheke zusenden lassen) will.

Insofern geht die Vorinstanz jedenfalls im Ergebnis von einer heilmittelgesetzlich vorgegebenen Rahmenordnung aus, welche auf der Vertriebsstufe den Preiswettbewerb unter den drei Arzneimitteln Levitra, Viagra und Cialis ausschliesst. Folgerichtig bezieht sich die vorinstanzliche Kritik an den Preisempfehlungen auch nicht auf den *Inter*brand Preiswettbewerb.

5.3.2. Dazu im Widerspruch scheint die etwas apodiktisch gefasste Aussage der Vorinstanz zu stehen, wonach die den Markt regulierenden Vorschriften "den Wettbewerb" nicht ausschlössen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 164). Vielmehr sei "im Bereich der drei Medikamente Cialis, Levitra und Viagra (Preis-)Wettbewerb nicht nur möglich, sondern auch gefordert" (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 87). Dieser Standpunkt ist in dieser, den *Inter*brand wie auch den *Intra*brand Wettbewerb gleichermassen umfassenden absoluten Formulierung kaum haltbar, wie in den nachfolgenden E. 8 und E. 9 noch zu vertiefen sein wird.

Zwar bestehen, was zu Recht auch nicht bestritten wird, keine gesundheitspolizeilichen oder heilmittelrechtlichen Normen, die *auf der Stufe der Hersteller* im Sinne eines Vorbehaltes nach Art. 3 Abs. 1 KG den dortigen Interbrand Wettbewerb ausschliessen würden (vgl. E. 5.2). Wie indessen in der E. 5.3.1.2 gezeigt wurde, schaltet die heilmittelgesetzliche *Verschreibungspflicht* bereits auf der nachgelagerten Vertriebsstufe den *Interbrand* Wettbewerb unter den Apotheken gänzlich aus, was zu Recht unstrittig und deshalb auch nicht weiter zu erörtern ist.

5.4.

5.4.1. Den sanktionswürdigen kartellrechtlichen Verstoss ortet die Vorinstanz erst bei der dritten untersuchten Fragestellung, nämlich ob und inwiefern der *Intrabrand Preiswettbewerb* vorab unter den Apotheken und den selbstdispensierenden Ärzten für die einzelnen Medikamente spiele bzw. wie sich die Publikumspreisempfehlungen auf der Stufe des Verkaufs von Levitra wettbewerblich auswirkten.

Hier wirft die Vorinstanz der Beschwerdeführerin vor, sie habe sich durch das Veröffentlichen ihrer Publikumspreisempfehlungen für Levitra (vom 1. April 2004 bis am 31. Dezember 2008) an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt. Das Veröffentlichen und das Befolgen dieser Empfehlungen (durch Apotheken und selbstdispensierende Ärzte) habe sich – angesichts der gleichgerichteten Interessenlage von Pharmaherstellerinnen und Verkäufern – als Verhaltensabstimmung wie ein Festpreis ausgewirkt. Dies habe unter den Verkaufsstellen den *Intrabrand Preiswettbewerb* für Levitra beseitigt.

5.4.2. Der streitgegenständliche Bussenbetrag gegenüber der Beschwerdeführerin wurde denn auch *einzig* auf dieser sachverhaltlichen Grundlage ausgefällt (vgl. E. 1.2.1).

6.

6.1. Die Vorinstanz hält zur Anwendbarkeit des Kartellgesetzes fest, bezüglich Levitra, Cialis und Viagra bestünden keine nach Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltenen Vorschriften einer staatlich vorgesehenen Markt- oder Preisordnung, die (jedenfalls auf der "Verteilerstufe") den Intrabrand Preiswettbewerb grundsätzlich verunmöglichen würden (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 87). Deshalb hätte nach Auffassung der Vorinstanz ohne die strittigen Publikumspreisempfehlungen für Levitra unter den Apotheken bzw. selbstdispensierenden Ärzten ein wirksamer Intrabrand Preiswettbewerb entstehen müssen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 227).

6.2. Die Beschwerdeführerin verwirft diesen Standpunkt kurz zusammengefasst mit den Argumenten, die Vorinstanz habe den Einfluss verkannt, den (1.) die Vorschriften des Heilmittelgesetzes, (2.) der Interbrand Wettbewerb auf der Stufe der Ärzte, (3.) der Internethandel und (4.) der "Schamfaktor" auf den Wettbewerb hätten (vgl. Replik Rz. 7f).

Im Wesentlichen beklagt sie, die Vorinstanz habe die "gesetzlichen und natürlichen Wettbewerbsrestriktionen im Markt für ED-Medikamente" (vgl. Replik Rz. 7f und 60) willkürlich ausgeblendet und sich grundlos geweigert, den Einfluss der gesetzlichen Rahmenbedingungen auf den Wettbewerb sorgfältig zu untersuchen, obschon diese den Wettbewerb auf der Stufe der Abgabestellen praktisch verunmöglichten oder zumindest erheblich beeinträchtigten (vgl. Replik Rz. 9a). Der Gesetzgeber habe "den Wettbewerb auf der Stufe der Abgabestellen durch strikte Verbote und

Vorschriften bewusst und gewollt verunmöglicht", wobei die "Nachfrager nach ED-Medikamenten" wegen des "Schamfaktors" lieber auf den Internethandel ausweichen würden, als im offiziellen Vertrieb Preisdruck zu erzeugen (vgl. Replik Rz. 7l). Nicht die Publikumspreisempfehlungen, sondern vielmehr die gesetzlichen Rahmenbedingungen (Limitierung und Regulierung der Abgabestellen und striktes Publikumswerbeverbot) zusammen mit dem "Schamfaktor" seien dafür "verantwortlich", dass sich die Abgabestellen bei den untersuchten Medikamenten keinen intensiveren Preiswettbewerb hätten liefern können (vgl. Replik Rz. 30c, 31 und 44). In dieser Situation hätten auf dieser Stufe erst die Publikumspreisempfehlungen als Referenzpunkte einen minimalen Preiswettbewerb ermöglicht (vgl. Replik Rz. 30c).

Die Vorinstanz sei von Marktverhältnissen ausgegangen, die unter den gegebenen Voraussetzungen "schlicht illusorisch" gewesen seien (vgl. Replik Rz. 44a) und habe infolgedessen auch einen falsch definierten relevanten Markt untersucht. Dabei sei sie zu einem unhaltbaren Untersuchungsergebnis gekommen (vgl. Replik Rz. 7f).

Unter Rückgriff auf einen bedeutend weiteren, auch den illegalen Internethandel umfassenden relevanten Markt schätzt die Beschwerdeführerin die Auswirkungen der Publikumspreisempfehlungen auf den *Intrabrand Preiswettbewerb* unter den Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten im Unterschied zur Vorinstanz als *positiv* ein.

6.3. Vorab ist auf die strittige Abgrenzung des relevanten Marktes einzugehen, auch wenn in der angefochtenen Verfügung diese Frage erst bei der Prüfung der "Intensität des Wettbewerbs", d.h. bei der Prüfung der Marktauswirkungen der strittigen Publikumspreisempfehlungen (im Zusammenhang mit einer allfälligen Umstossung der gesetzlichen Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG), diskutiert wird (Kapitel B.4.2.2.1 der angefochtenen Verfügung [Rz. 162 ff.]).

Denn erst danach lässt sich die Frage überhaupt beantworten, ob – für den hier als massgeblich zu erachtenden relevanten Markt – tatsächlich, wie behauptet, vorbehaltene Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 KG bestehen, welche, wie die Beschwerdeführerin meint, den Intrabrand Preiswettbewerb (auf der Stufe der Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte) gar nicht erst zulassen (oder zumindest in einem Ausmass ganz erheblich beeinträchtigen, dass auch unter dieser Hypothese die sanktionierte

Wettbewerbssituation jedenfalls nicht [hauptsächlich] durch die Publikumspreisempfehlungen verursacht sein könnte).

Träfe der Standpunkt der Beschwerdeführerin zu Art. 3 Abs. 1 KG tatsächlich zu, würde dies der angefochtenen Sanktionsverfügung die Legitimationsgrundlage entziehen, nachdem diese Verfügung, wie bereits in der E. 5.4 erwähnt, einzig mit dem angeblichen Ausschluss von *Intrabrand Preiswettbewerb* auf der Stufe der Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte begründet wurde und der Beschwerdeführerin auch im horizontalen Verhältnis keine Wettbewerbsbeschränkungen vorgeworfen werden können (vgl. E. 5.2 f.).

Soweit nach Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltene Vorschriften auf einem konkreten Markt den materiellen Anwendungsbereich der Bestimmungen des Kartellgesetzes einschränken, worauf in der nachfolgenden E. 8 näher einzugehen ist, wäre die Vorinstanz in einem solchen "wettbewerbsfreien" Marktbereich materiell-rechtlich gar nicht ermächtigt, sanktionierend einzugreifen (vgl. VINCENT MARTENET/BENOÎT CARRON, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence [CR Concurrence], 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 12 f. zu Art. 3 Abs. 1 KG; PETER MÜNCH, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum Kartellgesetz [BSK-KG], Basel 2010, Rz. 22 zu Art. 3 Abs. 1 KG).

7.

7.1. Das Kartellgesetz definiert den Begriff des relevanten Markts nicht.

Eine entsprechende Definition, welche für Unternehmenszusammenschlüsse, für Wettbewerbsabreden und das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen gilt und für die nachfolgende Beurteilung massgeblich ist (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.1), lässt sich Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) entnehmen.

7.1.1. Nach Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU 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 sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist die funktionelle Austauschbarkeit (sog. Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite, wobei daneben weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Nachfrager bestehen (BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1, BGE 129 II 18 E. 7.3.1; BVGE 2011/32 E. 9.1).

7.1.2. 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).

7.2.

7.2.1. Als relevant bezeichnet die Vorinstanz den schweizerischen Markt der oral einzunehmenden Medikamente gegen erektile Funktionsstörungen mit den "Produkten" Levitra, Cialis und Viagra. Begründet wird dies wie folgt:

Den Pharmaunternehmen und "Verkaufsstellen" stünden – als Marktgegenseite – Patienten gegenüber, die an Erektionsstörungen leidend ein Bedürfnis nach Erektionsmitteln hätten. Für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sei bei Arzneimitteln der *Anatomical Therapeutic Chemical Classification Index* (ATC-Klassifikation) massgebend. Seit 2008 bildeten "Produkte" gegen Erektionsstörungen eine eigene ATC-3-Kategorie mit den Mitteln *Viagra* (mit dem Wirkstoff Sildenafil), *Cialis* (Wirkstoff Tadalafil), *Levitra* (Wirkstoff Vardenafil), *Caverject/Caverject DC* bzw. *Muse* (beide mit dem Wirkstoff Alprostadilum).

Gemäss der Patienteninformation der Beschwerdeführerin habe jeder zehnte Mann aus körperlichen und/oder psychischen Gründen gelegentlich Probleme, eine Erektion zu bekommen oder beizubehalten (wegen Änderungen in Muskeln und Blutgefässen und ungenügender Blutmenge im Penis). Nach zunächst rein psychologischen Therapiemethoden und ersten Schwellkörperprothesen in den 1960-er Jahren seien später Gefässoperationen aufgekommen. 1982 seien direkt in den Penis einspritzbare Substanzen entdeckt worden. Mit der Einführung 1998 von oral einzunehmende PDE5-Inhibitoren durch Pfizer sei die Therapieeffektivität "dramatisch verbessert" worden. Für den Patienten vorteilhaft sei die Therapie mit Filmtabletten, weil der Nichturologe die Behandlung vornehmen könne.

Levitra, Cialis und Viagra wirkten gleich: Erektionen entstünden durch ein Gleichgewicht zweier körpereigenen Substanzen: die eine führe zu Erektionen, die andere lasse sie abklingen. Bei gestörtem Gleichgewicht bleibe die Erektion aus oder lasse vorzeitig nach. Die Erektionsmittel wirkten durch die Hemmung der zweiten Substanz (PDE5) mit der Folge einer Gefässerweiterung und einer verbesserten Durchblutung des Penis. Dies erlaube Männern mit Erektionsstörungen, auf sexuelle Stimulation zu reagieren. Unterschiedlich seien die Medikamente einzig betreffend Standarddosierung, Einnahme bzw. Kontraindikationen, Wirkungsdauer (Viagra/Levitra: 4-10 h; Cialis: bis 36 h), Halbwertszeit und Nebenwirkungen. Dennoch seien diese Medikamente im Wesentlichen untereinander substituierbar und gehörten daher zum selben sachlichen Markt.

7.2.2. Alternative Therapien zur Behandlung von Erektionsstörungen bilden gemäss der Vorinstanz:

- Das kassenpflichtige Medikament *Caverject*; dieses werde vom Patienten unmittelbar vor dem Geschlechtsverkehr in seinen Penis injiziert und führe – anders als bei Levitra/Viagra/Cialis– direkt (ohne Nervenstimulationen oder sexuelle Reize) zu einer Erektion. Nachteilig sei die umständlichere und schmerzhaftere Handhabung (10-15 % der Patienten klagten über Gliedschmerzen). Zudem drohten bei unsachgemässer Applikation mehrstündige schmerzhafte Dauererektionen, Verletzungen von Harnröhre/Gefässen/Nerven oder Penisdeformation. Caverject werde deshalb nur angewendet, wenn die orale Behandlung bei sehr schweren Krankheitsformen nicht angezeigt sei (wie nach radikaler Prostatektomie oder bei Querschnittlähmung).

- *Muse* (Minizäpfchen/Gel) werde vor dem Geschlechtsverkehr mittels "Applikator" in die Harnröhre gebracht, um sich von dort in die Penisschwellkörper auszubreiten und – ohne Nervenstimulation bzw. sexuelle Reize – eine Erektion auszulösen (Nachteile: zuweilen Brennen in der Harnröhre, unangenehmere Handhabung und deutlich weniger hohe Erfolgsrate als Levitra/Viagra/Cialis, zudem teurer).

- Mit der *Vakuumpumpe* werde am Penis ein Unterdruck erzeugt, damit die sich füllenden Blutgefässe eine Gliedversteifung bewirkten. Mit einem Gummiband an der Penisbasis werde der Abfluss des venösen Bluts verhindert und die Erektion aufrecht erhalten. Nötig dafür seien genaue Instruktion, Geschicklichkeit und Partnereinverständnis.

- Beim Implantieren einer mechanischen *Schwellkörperprothese* (sog. "Penisprothese") werde das intrakavernöse Penisgewebe irreversibel geschädigt und der Schwellkörper verliere jegliche Erektionsfähigkeit. Diese radikale Behandlung erfordere eine besonders sorgfältige Diagnose, da psychogene Störungen ausgeschlossen sein müssten.

Andere Behandlungsformen wie *psychosexuelle* Therapien (bei Angst vor Versagen, Partnerschaftskonflikten, Depressionen usw.), *Hormontherapien* (bei Hormonstörungen) oder *chirurgische* Eingriffe (bei venösen Lecks) seien nur bei fachärztlich diagnostizierter Erkrankung indiziert, bildeten aber keine Alternativen für Levitra, Cialis und Viagra.

7.2.3. Da Erektionsstörungen mit oral einzunehmenden Medikamenten einfach behandelt werden könnten, seien die oben erwähnten Therapiealternativen zurückgedrängt worden. Der behandelnde Arzt müsse immer die individuelle Situation seines Patienten beachten und die mildeste Therapie verschreiben, weshalb die Wahl meistens auf Levitra, Cialis oder Viagra fallen dürfte. Erst beim Scheitern dieser Behandlung kämen die Alternativen in Frage. Daher seien andere Therapien nur beschränkt mit den drei PDE5-Inhibitoren austauschbar, also keine (nahen) Substitute.

7.2.4. Levitra, Cialis und Viagra würden primär über Apotheken, erst in zweiter Linie über selbstdispensierende Ärzte und nur sehr beschränkt über Spitäler (0.1-0.7 %) vertrieben. Zusätzlich könnten diese Medikamente auch im Internet gekauft werden; dieser Vertriebsweg sei allerdings inoffiziell und rechtlich umstritten. Zwar sei aus Sicht der Nachfrager der relevante Markt lokal (bezüglich Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten), aber trotzdem national abzugrenzen (ohne Berücksichtigung grenznaher ausländischer Apotheken, deren Preise von Levitra, Cialis und Viagra die Konsumenten nicht besonders interessieren dürften).

Entgegen Pfizer und Eli Lilly, die auf die Rolle des legalen bzw. illegalen Internetvertriebs und die Bedeutung zulässiger Importe für den Eigengebrauch hingewiesen hätten, sei der Markt keineswegs international zu fassen. Der Kauf dieser "Produkte" über das Internet sei nicht zu berücksichtigen, da nicht ersichtlich sei, inwiefern Internetkäufe die Pharmaunternehmen unter Druck setzten. Der hier massgebende Wettbewerb spiele zwischen den Verkaufsstellen, welche die drei Medikamente über offizielle Vertriebskanäle bezögen und nicht zwischen den Pharmaunternehmen. Vertriebskanäle, welche die gesetzlichen Bestimmungen miss-

achteten, seien keine Alternative zum heilmittelrechtlich zugelassenen Medikamentenkauf in Apotheken oder "per Versandapotheken" und gehörten daher nicht zum relevanten Markt. Insbesondere illegale, d.h. bei nicht zugelassenen Stellen und ohne Rezepte erfolgende, Käufe im Internet seien für den um seine Gesundheit besorgten "Nachfrager" keine Alternative, da ein Verzicht auf ärztliche Untersuchung risikoreich und die Gefahr gross sei, gesundheitsschädliche Fälschungen zu erhalten.

7.3.

7.3.1. Dem widerspricht die Beschwerdeführerin: Sie hält dafür, dass auch der Internethandel hätte berücksichtigt werden müssen, zumal das Internet für eine stetig steigende Zahl von "Konsumenten" der bevorzugte Bezugskanal für Medikamente gegen erektile Dysfunktion sei. Solche Medikamente gehörten zu den am häufigsten im Internet Bestellten. Dies führe zu grossem Wettbewerbsdruck, auch wenn der Internetbezug solcher Medikamente grosse Gesundheits- und Transaktionsrisiken berge und unter Umständen sogar strafbar sei.

7.3.2. In diesem Zusammenhang sei es völlig irrelevant, ob der Internethandel legal oder illegal sei. Ausschlaggebend sei nur, inwiefern dieser Handel tatsächlich stattfinde und welchen Umfang er habe. Die Vorinstanz könne die Frage nach dem Umfang des Internethandels nicht mit blossen Spekulationen über das mutmassliche Verhalten des "durchschnittlichen (um seine Gesundheit besorgten) Nachfragers" beantworten, zumal der Internethandel sehr verbreitet sei und viele "Nachfrager" wegen des "Schamfaktors" grosse Risiken in Kauf nähmen. Die Behauptung der Vorinstanz, die Messung von Internetkäufen sei schwierig, stimme nicht, denn anderen Bundesbehörden gelinge dies. Zu Unrecht habe sich die Vorinstanz geweigert, die Bedeutung des weit verbreiteten (illegalen) Internethandels mit Medikamenten gegen erektile Dysfunktion zu untersuchen und dessen Umfang zu berechnen, obwohl offensichtlich sei, dass dieser Vertriebsweg in quantitativer Hinsicht sehr wichtig sei.

7.4.

7.4.1. In ihren Eingaben wendet sich die Beschwerdeführerin zwar nur insoweit gegen die sachliche (bzw. räumliche) Marktabgrenzung der Vorinstanz, als sie vor allem auch den *illegalen* Internethandel (mit häufig gefälschten Medikamenten) in die Marktabgrenzung mit einbeziehen lassen möchte; hingegen verlangt sie nicht etwa, was an sich zu erwarten wäre,

den Miteinbezug weiterer substitutiver Therapiealternativen, welche die Vorinstanz als marktfremd ausgeklammert hat (vgl. E. 7.2.2).

Soll indes eine Marktabgrenzung den wirtschaftlichen Realitäten gerecht werden, was erst eine Analyse der konkreten Wettbewerbsverhältnisse auf dem für relevant erachteten Markt ermöglicht, dann muss die Frage allfälliger Substitutionsbeziehungen für medikamentöse Therapien im Lichte des einschlägigen Gesundheitsrechts und im Kontext der *ärztlichen Behandlung* "erektiler Dysfunktion" – als behandlungsbedürftiges Leiden – erörtert werden.

Insofern trifft der vorinstanzliche Standpunkt, wonach die an Erektionsstörungen leidenden Patienten die "Marktgegenseite" der Pharmaunternehmen und der Verkäufer bildeten (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 166), nicht zu; insbesondere wenn auch die *entscheidende Rolle des verschreibenden Arztes* berücksichtigt und veranschlagt wird, dass der Patient eben nicht einfach unmittelbar als "Konsument" eines Konsumproduktes den entsprechenden "Anbietern" bzw. "Verkaufsstellen" (Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten) gegenüber tritt, sondern dass er das Heilmittel erst nach einer ärztlichen Untersuchung bei entsprechender Indikation verschrieben erhalten kann. Im Widerspruch zum oberwähnten Standpunkt räumt die Vorinstanz, wenn auch in anderem Zusammenhang, immerhin ein, dass sich der "Konsument bzw. Patient" in einem ersten Schritt von einem Arzt untersuchen lassen müsse, wobei jener nach der Diagnosestellung letztlich entscheide, welches Medikament er verschreiben wolle, auch wenn sein Patient ein gewisses Mitspracherecht bei der Wahl der Behandlungsmethode (z.B. Filmtablette oder intrakavernöse Injektion) haben dürfte (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 81).

Ebenfalls korrekt hält die Vorinstanz fest, dass Medikamente gegen erektile Dysfunktion wegen des *erheblichen Gefährdungspotenzials für die Gesundheit* rezeptpflichtig sind und fundierte Anwenderkenntnisse verlangen, was einen Arztbesuch notwendig macht (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 280). Die nicht zu unterschätzende Wichtigkeit einer sorgfältigen ärztlichen Untersuchung wird auch durch den Umstand unterstrichen, dass die erektile Dysfunktion eines Patienten unter Umständen bloss ein Symptom für eine dahinterliegende schwerere Erkrankung sein kann (vgl. PSYCHREMBEL, Klinisches Wörterbuch, 262. Aufl., Berlin/New York 2010, S. 605 f.). Auch das Bundesgericht hat in einem strafrechtlichen Urteil zu Viagra, das sich mit Levitra vergleichen lässt, die ihm vorgelegte obergerichtliche Einschätzung bestätigt und festgehalten, die Einnahme von Vi-

agra könne unter bestimmten Umständen die Gesundheit gefährden. Eine solche Gefährdung könne eintreten, wenn der "Konsument" gewisse Prädispositionen wie Herzkrankheiten aufweise, oder wenn er noch andere, mit Viagra unverträgliche Medikamente einnehme. Ein medizinischer Laie könne die Information in der Packungsbeilage zwar verstehen, sei jedoch ohne ärztliche Beratung nicht in der Lage, die gesundheitlichen Risiken aus Wechselwirkungen mit anderen Medikamenten zu erkennen (Urteil des Bundesgerichts 6B_115/2008 vom 4. September 2008 E. 2.3.1).

7.4.2. Demnach ist für die sachliche Marktabgrenzung nach Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU vom Therapiebedürfnis des an "Erektionsstörungen" leidenden Patienten auszugehen, der zum Arzt geht, um nach einer sorgfältigen Diagnose seiner körperlichen und seelischen Verfassung einen Therapievorschlag zu erfahren (insbesondere auch unter Darlegung allfälliger Behandlungsrisiken und allfälliger Therapiealternativen).

Weil Ärzte bei rezeptpflichtigen Präparaten gewissermassen als "Verbrauchsdisponenten" ihrer Patienten fungieren (vgl. PETER HEER, Zum Begriff des "wirksamen Wettbewerbs" am Beispiel des Pharmamarktes, in: Schürmann [Hrsg.], Probleme des Kartellverwaltungsrecht, Bern 1991, S. 123) und gleichzeitig als "akkreditierte Gesundheitsspezialisten" das Verschreibungsmonopol für rezeptpflichtige Medikamente besitzen (vgl. BALZ HÖSLY, Arzt und Politik, in: Kuhn/Poledna [Hrsg.], Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 66 und S. 92), muss zunächst das öffentlich-rechtlich sowie privat-rechtlich komplex strukturierte *Arzt-Patientenverhältnis* – im Kontext der gesundheitsrechtlich relevanten Normen und mit Blick auf die beruflich-gesellschaftliche Stellung des Arztes – vertieft dargestellt werden. Erst dieses Vorgehen erlaubt eine sachgerechte Analyse der strittigen Wettbewerbsproblematik.

Dies drängt sich auch umso mehr auf, als die Vorinstanz den selbstdispensierenden und ebenfalls wettbewerbswidriger Praktiken bezichtigten Ärzten eine ökonomisch wichtige Rolle beim Verkauf rezeptpflichtiger "ED-Medikamente" zuspricht und dafür hält, diese seien an Massnahmen zur Steigerung des eigenen Medikamentenabsatzes interessiert, da pharmazeutische Unternehmen ihre Produkte "nicht über" selbstdispensierende Ärzte verkauften, sondern "mit ihnen" (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 253). Damit scheint die Vorinstanz andeuten zu wollen, bei der Behandlung von Patienten würde die Entscheidung über die Verwendung

von Arzneimitteln nicht primär nach medizinisch-pharmazeutischen, sondern nach eigennützigen finanziellen Überlegungen gefällt.

7.4.2.1 Im heutigen System der Gesundheitsversorgung tragen Ärzte gewichtige gesellschaftspolitische Aufgaben:

Sie sind nicht nur Träger grosser Verantwortung, sie werden auch gesetzlich mit einer gewissen Monopolstellung, vor allem dem Verschreibungsrecht für Arzneimittel, ausgestattet (vgl. HÖSLY, a.a.O., S. 66). Zudem erhalten nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG, SR 832.10) zugelassene Ärzte durch das System der Bezahlung ihrer Leistungen durch die obligatorische Krankenversicherung eine gewisse wirtschaftliche Sicherheit. Nicht zu unterschätzen ist auch ihr Privileg, für Versicherer und Behörden Arztberichte anzufertigen sowie ihre Patienten aus medizinischen Gründen mit Arztzeugnissen im Beruf und als Staatsbürger von ihren Pflichten zu dispensieren (vgl. HÖSLY, a.a.O., S. 72; HANSPETER KUHN/GIAN ANDREA RUSCA/SIMON STETTLER, Rechtsfragen der Arztpraxis, in: Kuhn/Poledna [Hrsg.], a.a.O., S. 288, wonach der Arzt "Notar der Nation" sei).

Daneben unterstehen Ärzte gesetzlichen Meldepflichten zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und der Gesundheit betroffener Patienten (MARIO MARTI/PHILIPP STRAUB, Arzt und Berufsrecht, in: Kuhn/Poledna [Hrsg.], a.a.O., S. 257).

Daher weist Paul Richli – mit zustimmendem Verweis auf Peter Saladin – darauf hin, dass Ärzte und Ärztinnen keine "gewöhnliche" Gewerbetreibende sind, sondern in einem besonderen Netz von Rechten und Pflichten stehen (RICHLI, Instrumente des Gesundheits- und Lebensmittelschutzes im neuen Heilmittelgesetz vor dem Hintergrund der Grundrechte, AJP 3/2002, S. 347 Fn. 49).

7.4.2.2 Diese Privilegien und Pflichten sind an ein rigoroses System von Zulassungen, Bewilligungen und weiteren Vorschriften gebunden (vgl. HÖSLY, a.a.O., S. 66). Dies soll sicherstellen, dass Ärzte nicht nur über die praxisnotwendigen fachlichen Qualifikationen verfügen, sondern dass sie ihre Kenntnisse sorgfältig und gewissenhaft anwenden und die mit dem Arztberuf verbundene hohe Verantwortung im sozialen, ethischen und persönlichen Bereich wahrnehmen können. Der hohe Gefährdungsgrad ärztlicher Tätigkeit erklärt die beträchtliche Normendichte, welche dem Schutze der Gesellschaft dient (vgl. MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 233).

7.4.2.2.1. So benötigt etwa, wer berufsmässig und entgeltlich selbständig als Arzt arbeiten will, eine Bewilligung nach Art. 34 ff. des Medizinalberufegesetzes vom 23. Juni 2006 (MedBG, SR 811.11). Diese Berufsausübungsbewilligung zur selbständigen Tätigkeit (auch "Praxisbewilligung" genannt) visiert als Polizeierlaubnis das Polizeigut der öffentlichen Gesundheit an (MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 238) und bezweckt, das Publikum vor unfähigen und pflichtverletzenden Personen zu schützen sowie das Vertrauen aufrechtzuerhalten, das die Gesellschaft Ärzten entgegenbringt (MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 238).

7.4.2.2.2. Ausserdem müssen selbständig tätige Ärzte, die ihre Leistungen zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erbringen wollen, über eine entsprechende *Zulassungsbewilligung* verfügen (vgl. MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 245; KUHN/RUSCA/STETTLER, a.a.O., S. 305 ff., sowie zur Zulassungsordnung des KVG: TOMAS POLEDNA, Arzt und Krankenversicherung, in: Kuhn/Poledna [Hrsg.], a.a.O., S. 393 ff.).

7.4.2.2.3. Nach den in Art. 40 MedBG verankerten *Berufspflichten* üben Ärzte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus und halten sich dabei an die Grenzen der fachlichen Kompetenzen, die sie während der Aus-, Weiter- und Fortbildung erworben haben; insbesondere haben sie unter anderem folgende Pflichten zu beachten:

- Nach Art. 40 Bst. d MedBG machen sie nur Werbung, die objektiv ist, dem öffentlichen Bedürfnis entspricht und weder irreführend noch aufdringlich ist – untersagt sind demnach Anpreisungen und Heilversprechen (vgl. MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 249).

- Nach Art. 40 Bst. e MedBG wahren sie bei der Zusammenarbeit mit Angehörigen anderer Gesundheitsberufe ausschliesslich die Interessen der Patientinnen und Patienten und handeln unabhängig von finanziellen Vorteilen. Das heisst insbesondere unzulässig sind Provisionszahlungen an überweisende Ärzte oder die Annahme geldwerter Vorteile für die Verschreibung oder die Abgabe eines Arzneimittels (vgl. Art. 33 Abs. 2 HMG, vgl. dazu im Einzelnen URS SAXER, Korruption im Arzneimittelhandel – zum Vorteilsverbot gemäss Art. 33 HMG und dessen Koordination mit Art. 56 Abs. 3 KVG, AJP 12/2002, S. 1463 ff.; MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 249 f.; UELI KIESER, Heilmittel, in: Poledna/Kieser [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Band VIII. Gesundheitsrecht [SBVR VIII – Gesundheitsrecht], Basel/Genf/München 2005,

Rz. 48, S. 172; THOMAS EICHENBERGER/MARIO MARTI/PHILIPP STRAUB, Die Regulierung der Arzneimittelwerbung, recht 2003/6, S. 227 und S. 236; URSULA EGGENBERGER STÖCKLI, Arzt und Heilmittel, in: Kuhn/Poledna [Hrsg.], a.a.O., S. 485 f.).

Insofern ist der Arzt entsprechend dem von ihm abgelegten *Hippokratischen Eid* einzig auf das Wohl des individuellen Patienten verpflichtet (RAINER J. SCHWEIZER/BENEDIKT VAN SPYK, Arzt und Forschung, in: Kuhn/Poledna [Hrsg.], a.a.O., S. 536 und S. 541 f.).

Diese Berufspflichten sind disziplinarrechtlich von Bedeutung, weshalb einem betroffenen Patienten nur die Anzeige an die Aufsichtsbehörde offen steht (WALTER FELLMANN, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: Kuhn/Poledna [Hrsg.], a.a.O., S. 140; MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 246). Mit dem Disziplinarrecht soll sichergestellt werden, dass Ärzte ihre Berufsplichten beachten (vgl. MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 257).

7.4.2.3 Traditionell ist der Arzt der Experte, der dem Betroffenen im Krankheitsfall hilft, seine Gesundheit wieder herzustellen, aber auch im klassischen Sinne eine Vertrauensperson (HÖSLY, a.a.O., S. 63). Insofern umfasst die Kerntätigkeit der Ärzte primär die individuelle Betreuung von Patientinnen und Patienten, das Erkennen, Behandeln und Heilen von Krankheiten (HÖSLY, a.a.O., S. 60; SCHWEIZER/VAN SPYK, a.a.O., S. 536 und S. 541 f.).

Dabei schuldet der Arzt dem Patienten eine auf die Wiederherstellung seiner Gesundheit ausgerichtete Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst. Mit seinem Wissen und Können muss er auf den erwünschten Erfolg hinwirken, wobei er jedoch nicht einen bestimmten Erfolg schuldet. Insofern muss er einzig für eine auf Wiederherstellung der Gesundheit ausgerichtete, sorgfältige Behandlung einstehen (FELLMANN, a.a.O., S. 118).

7.4.2.4 Im Rahmen seiner Kerntätigkeit hat der Arzt den Patienten mit den Mitteln moderner Diagnostik zu untersuchen, um zu einer richtigen Diagnose zu gelangen. In deren Rahmen hat der Arzt gewissenhaft zu prüfen, was für den Patienten erforderlich und ausreichend ist, indem eine Indikation für eine bestimmte Heilbehandlung oder diagnostische Untersuchung zu stellen ist. Insofern obliegt es dem Arzt, die im Einzelfall richtige Therapie zu wählen und darauf zu achten, dass keine Unverträglichkeiten bestehen (FELLMANN, a.a.O., S. 123 f.).

7.4.2.4.1. Der Arzt verfügt in der Diagnose wie in der Bestimmung therapeutischer Massnahmen oftmals über einen Entscheidungsspielraum, wenn mehrere Therapien in Frage kommen (sog. Therapiefreiheit; vgl. FELLMANN, a.a.O., S. 122; RICHLI, a.a.O., S. 345). Bei seinem Entschluss hinsichtlich der anzuwendenden Behandlungsmethode darf sich der Arzt nur von den anerkannten Regeln der Heilkunde und von seinem Gewissen leiten lassen. Zudem muss er die gebotene Sorgfalt beachten und im Einverständnis mit dem Patienten handeln (THOMAS GÄCHTER/DIANA TREMP, Arzt und seine Grundrechte, in: Kuhn/Poledna [Hrsg.], a.a.O., S. 21). Indirekt eingeschränkt wird seine Therapiefreiheit indes durch den Leistungskatalog der Krankenversicherung, da die obligatorische Grundversicherung nur die darin aufgeführten Leistungen übernimmt (GÄCHTER/TREMP, a.a.O., S. 39).

7.4.2.4.2. Bei der anschliessenden Behandlung hat der Arzt nach den allgemein anerkannten Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft zu verfahren, die zur Erreichung des gesteckten Ziels bestimmt und geeignet sind; er hat die passende Therapie anzuwenden, allenfalls die richtigen Medikamente zu wählen und diese richtig zu dosieren (FELLMANN, a.a.O., S. 123 f.).

Dabei muss der Arzt das Gebot der Wirtschaftlichkeit beachten (vgl. Art. 32 Abs. 1 und 56 Abs. 1 KVG).

7.4.2.4.3. In diesem Zusammenhang erlauben die kantonalen Gesundheitsgesetze in der Regel allen Ärzten (und Zahnärzten) im Rahmen ihrer Fachkompetenzen die unmittelbare Anwendung von Heilmitteln sowie die Abgabe in Notfällen, bei Hausbesuchen und bei der Erstversorgung. Diese Art der Abgabe ist anerkannter Teil ärztlicher Berufsausübung.

Hingegen ist die Führung einer Privatapotheke und die Abgabe von Arzneimitteln im Sinne der *Selbstdispensation*, d.h. des Verkaufs von Medikamenten anstelle der Ausstellung eines in der Apotheke einzulösenden Rezepts (EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., S. 475), nicht in allen Kantonen anerkannt (vgl. EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., S. 461; vgl. Art. 37 Abs. 3 KVG, wonach die Kantone bestimmen, unter welchen Voraussetzungen Ärzte und Ärztinnen mit einer kantonalen Bewilligung zur Führung einer Apotheke den zugelassenen Apothekern und Apothekerinnen gleichgestellt sind; dabei berücksichtigen sie insbesondere die Zugangsmöglichkeiten der Patienten und Patientinnen zu einer Apotheke; vgl. POLEDNA, Arzt und Krankenversicherung, a.a.O., S. 403).

Dazu hält das Bundesgericht in ständiger Praxis fest, der Schutz der Apotheken vor Konkurrenz durch Ärzte entspreche einem öffentlichen Interesse: Eine breite, regionale Streuung der Apotheken und damit ein dichtes Apothekennetz diene der optimalen Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten (EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., S. 476 mit Verweis auf BGE 111 Ia 184, BGE 118 Ia 175, BGE 119 Ia 433, Urteil des Bundesgerichts 2P.52/2001 vom 24. Oktober 2001). In einem jüngeren Urteil hat das Bundesgericht betont, dass die Regelungen der Selbstdispensation nicht den Kern der ärztlichen Tätigkeit, sondern nur einen potenziellen Nebenbereich derselben betreffen, welcher aufgrund der ausbildungsbedingten Aufgabenteilung zwischen Ärzten und Apothekern so oder so von untergeordneter Bedeutung bleiben muss und legitimerweise *nicht zu einem wichtigen Teil der ärztlichen Erwerbstätigkeit werden darf*. Insofern muss die Selbstdispensation für den Arzt von untergeordneter Bedeutung bleiben (vgl. BGE 131 I 205 E. 3.2).

Bei Arzneimitteln ist zudem zu beachten, dass solche nach Art. 26 Abs. 2 HMG nur verschrieben und abgegeben werden dürfen, wenn der Gesundheitszustand der Patientin oder des Patienten bekannt ist (EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., S. 474 f.; KIESER, a.a.O., Rz. 38, S. 167 f.). Als Sorgfaltsmassstab gilt nach Art. 26 Abs. 1 HMG, dass bei der Verschreibung und der Abgabe von Arzneimitteln die anerkannten Regeln der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaften beachtet werden müssen.

Der Umgang mit Heilmitteln ist ausserordentlich stark reguliert und sowohl das Heilmittel- als auch das Krankenversicherungsrecht enthalten neben den Rechten auch verschiedene Pflichten, die Ärzte bei der Verschreibung, Anwendung oder Abgabe von Heilmitteln erfüllen müssen. Diese Pflichten schränken die ärztliche Wirtschaftsfreiheit (vgl. RICHLI, a.a.O., 347) zwar ein, sind jedoch durch das öffentliche Interesse am Schutz der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt (vgl. Art. 118 Abs. 1 sowie Abs. 2 Bst. a BV; EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., S. 474).

7.4.2.5 Aus der *auftragsrechtlichen Treuepflicht* (vgl. Art. 398 Abs. 2 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]) des Arztes folgt eine umfassende Pflicht zur *Aufklärung* des Patienten. Diese ist aus medizinischer Sicht Teil der Therapie, indem sie hilft, das *Vertrauensverhältnis* zwischen Arzt und Patient zu festigen (FELLMANN, a.a.O., S. 168).

Insofern soll der Patient in verständlicher Form über die Vor- und Nachteile sowie die Risiken der Behandlung und möglicher Alternativen informiert werden (FELLMANN, a.a.O., S. 170), wobei sich die Aufklärung nach den Informationsbedürfnissen des Patienten zu richten hat und Informationsdefizite beseitigen soll (FELLMANN, a.a.O., S. 174). Insbesondere sind Ärzte verpflichtet, ihre Patienten über die korrekte Anwendung der von ihnen verschriebenen oder abgegebenen Heilmittel zu informieren und sie ausdrücklich über allfällige unerwünschte Wirkungen oder Interaktionen aufzuklären (EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., S. 476).

7.4.2.6 Mit Blick auf den vorliegende Fall ist insbesondere die Pflicht des Arztes wichtig, den Patienten über die wirtschaftlichen Aspekte eines Eingriffs aufzuklären, vor allem was die *Kosten* eines teuren, von der Krankenversicherung nicht gedeckten Eingriffs betrifft. Dazu gehört die Aufklärung über den Selbstbehalt bei Originalpräparaten und Generika sowie die *Frage, ob Heilmittel vergütet werden*, zumal verschriebene Arzneimittel von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nur bezahlt werden, wenn sie in der Spezialitätenliste (vgl. Art. 52 Abs. 1 Bst. b KVG) stehen (vgl. FELLMANN, a.a.O., S. 127 und S. 132 f. mit Hinweisen; EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., S. 477).

7.4.2.6.1. Demgegenüber übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung grundsätzlich die Kosten für die Leistungen, welche der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen (Art. 25 Abs. 1 KVG). Erfasst sind dabei die Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die ambulant, bei Hausbesuchen, stationär, teilstationär oder in einem Pflegeheim durchgeführt werden (POLEDNA, Arzt und Krankenversicherung, a.a.O., S. 401):

7.4.2.6.2. Nach Art. 43 Abs. 1 KVG erstellen Leistungserbringer ihre Rechnungen nach Tarifen oder Preisen, wobei die Preise im ärztlichen Bereich keine Rolle spielen, da ärztliche Leistungen im Rahmen der Gesamtrevision Arzttarif und Spitalleistungskatalog (TARMED) abgerechnet werden (vgl. POLEDNA, Arzt und Krankenversicherung, a.a.O., S. 408).

7.4.2.6.3. Zu beachten ist schliesslich, dass die Sozialversicherung eine gewinnorientierte Tätigkeit der Sozialversicherungsträger grundsätzlich ausschliesst, weshalb sich Ärzte bei ihrer Tätigkeit zu Lasten der sozialen Krankenversicherung auch nicht (oder nur äusserst beschränkt) auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können. Denn der Arzt ist im Rahmen der sozialen Krankenversicherung als sogenannter "Leistungserbringer" Teil des

Versicherungssystems und soll seine Leistungen auf die Zwecke der sozialen Krankenversicherung ausrichten, wie dies im Ergebnis aus Art. 56 Abs. 1 KVG hervorgeht (vgl. BGE 130 V 377; POLEDNA, Arzt und Krankenversicherung, a.a.O., S. 416 f.).

7.4.3. Vor diesem vielschichtigen Hintergrund lässt sich die Frage der sachlichen Marktabgrenzung wie folgt beantworten:

7.4.3.1 Das komplex strukturierte Rechtsverhältnis, in das Ärzte und Patienten bei Heilbehandlungen erektiler Dysfunktion eingebunden sind, zeigt, dass ausgehend vom Therapiebedürfnis des Patienten – entgegen der Vorinstanz – nur der behandelnde Arzt als diejenige "Marktgegenseite" zu erachten ist, deren Perspektive letztlich als entscheidend betrachtet werden kann zur Beantwortung der Frage, welche Behandlungsmethode mit einer medikamentösen PDE5-Inhibitor-Therapie allenfalls substituierbar ist.

7.4.3.1.1. Denn es liegt in seiner therapeutischen Verantwortung (vgl. E. 7.4.2.4) für die jeweils individuelle Patientensituation mit Blick auf das Therapieziel das bestgeeignete Präparat (bzw. die beste Therapieform) auszuwählen, so dass ein rationaler Arzneimittelentscheid gesichert ist (vgl. HEER, a.a.O., S. 123).

Hierbei zeigt sich aber, dass die einzelnen Patienten – je nach diagnostiziertem Krankheitsbefund und Krankheitsbild und der dafür konkret indizierten Therapieform – in verschiedene, voneinander zu unterscheidende "Nachfragegruppen" fallen. Dies wiederum erlaubt im Sinne der Vorinstanz durchaus den Schluss, dass, wenn nach ärztlicher Diagnose bei einer erektilen Funktionsstörung eine Therapie grundsätzlich mit oral einzunehmenden Medikamenten, wie Levitra, Viagra oder Cialis, indiziert sein sollte, eine entsprechend zu therapierende Nachfragegruppe auszuscheiden, was vorliegend den sachrelevanten Markt auf die entsprechende PDE5-Inhibitoren einschränkt.

Diese Sicht vertritt auch Peter Heer, der einleuchtend anmerkt, dass pro Therapiegruppenteilmarkt in der Regel unterschiedliche Wirksubstanzen und Therapieverfahren im Wettbewerb stehen können, nachdem die Nachfrage bei rezeptpflichtigen Arzneimitteln insofern funktional aufgespalten 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 als äquivalent anzusehen sind (HEER, a.a.O., S. 127 Fn. 13 mit Verweis auf Erich Hoppmann, wonach "das Abgrenzungskriterium [zur Feststellung des sachlich relevanten Marktes] die subjektiv-funktionelle Austauschbarkeit im Sinne der ärztlich-indikatorischen Äquivalenz" ist, weshalb die Austauschbarkeit aus der Sicht des "verständigen Arztes" zu erfolgen habe).

7.4.3.1.2. Offengelassen werden muss an dieser Stelle die von der Vorinstanz – im Zusammenhang mit der Charakterisierung von Levitra als "Life Style-Medikament" (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 81 und 280) – angeschnittene und heftig umstrittene Frage, unter welchen Voraussetzungen "Erektionsstörungen" überhaupt als "regelwidrigen Krankheitszustand" im Sinne des Krankheitsbegriffs von Art. 1*a* Abs. 2 Bst. a KVG anerkannt werden können (vgl. Art. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.1]). Denn dies würde einzig die hier *nicht* zur Diskussion stehende Frage betreffen, ob die erwähnten Präparate für eine Aufnahme in die Spezialitätenliste (vgl. im Sachverhalt unter A.a) in Betracht kommen und damit krankenversicherungsrechtlich vergütungspflichtig werden könnten (vgl. BGE 129 V 32 E. 4.2.3).

7.4.3.2 Im Lichte dieser Überlegungen lässt sich der vorinstanzliche Standpunkt nicht beanstanden, dass neben der Oralmedikamentation (mit Levitra, Cialis und Viagra) allfällige Therapiealternativen, wie psychosexuelle Therapien, Hormontherapien oder chirurgische Eingriffe nicht als nahe Substitute der drei obgenannten PDE5-Inhibitoren gelten können.

7.4.3.3 Soweit die Vorinstanz jedoch – neben den Apotheken – auch auf der Stufe der selbstdispensierenden Ärzte von einem "Verkaufsmarkt" für Levitra, Cialis und Viagra auszugehen scheint, sind Zweifel angebracht:

Der selbstdispensierende Arzt handelt als Vertreter eines Heilberufs mit strengen berufsethischen Verpflichtungen (vgl. E. 7.4.2.2.3). Er untersucht, diagnostiziert und verschreibt ein Medikament nach einer sorgfältig zu erstellenden Diagnose (E. 7.4.2.3 ff.), weshalb er – entgegen dem was die Vorinstanz anzudeuten scheint, hier nicht einfach als "Verkäufer" dem Apotheker gleichgestellt werden kann (vgl. E. 7.4.2.4.3 sowie insbes. BGE 131 I 205 E. 2.2, wonach zwischen Apothekern und Ärzten [solange diesen der unbeschränkte Handverkauf verwehrt bleibt] keine direkte Konkurrenz besteht, sowie Urteil des Bundesgerichts 2P.287/2002 vom 22. Dezember 2003 E. 2.3).

Hinzukommt, dass, wie bereits in der E. 7.4.3.1.1 erwähnt, auch die "Nachfrageseite" (des von der Vorinstanz auf der Stufe der selbstdispensierenden Ärzte angenommenen Marktes), d.h. die Patienten, durch die zwingend vorgesehene medizinische Beratung in ihrer Wahlfreiheit eingeschränkt werden. Wünscht ein Patient eine bestimmte Arznei, wie Levitra, Viagra oder Cialis, so kann er diese nicht einfach "kaufen", sondern er erhält sie nur nach gründlicher ärztlicher Untersuchung und bei entsprechender Diagnose und Verschreibung.

Auf diese Besonderheiten der von der Vorinstanz beleuchteten "Abgabestellen" im relevanten Markt, der sich von einem Markt für beliebige Konsumgüter ganz wesentlich unterscheidet, ist im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung zurückzukommen (vgl. die folgenden E. 9.3.1.3.3 und E. 9.3.2.4.2).

7.4.3.4 Im Kontext dieser gesundheits- und heilmittelrechtlich stark regulierten Marktordnung ist die Ansicht der Beschwerdeführerin, wonach der angeblich weit verbreitete *illegale* Internethandel (mit Medikamenten gegen erektile Dysfunktion) auch in die sachliche Marktabgrenzung hätte mit einbezogen werden müssen, zu verwerfen:

Wie die Vorinstanz zu Recht betont, können "rezeptfrei" und bei nicht zugelassenen "Händlern" erfolgende, *illegale* Käufe im Internet nicht als (legale) Substitute für – die erst nach sorgfältiger ärztlicher Untersuchung indizierten und deshalb verschriebenen – Originalpräparate anerkannt werden, zumal Apotheken (einschliesslich zugelassene Internetapotheken) und selbstdispensierende Ärzte die Echtheit und Integrität der von ihnen verkauften Medikamente garantieren können, was bei den illegalen Quellen nutzenden "Internethändlern" nicht der Fall ist.

Entgegen der Sicht der Beschwerdeführerin kann der Umstand, dass es eine leichtsinnig-risikofreudige Nachfragegruppe gibt, die das unkalkulierbare Risiko auf sich nimmt, allenfalls gesundheitsschädliche Fälschungen zugesandt zu erhalten, und sich deshalb auf das Wagnis illegaler Internetbestellungen (und den damit verbundenen erheblichen Gesundheitsrisiken) einlassen will, nicht zu einer Berücksichtigung dieses illegalen Internetmarktes in der sachlichen Marktabgrenzung führen.

7.4.4. Auch der von der Vorinstanz rein national abgegrenzte räumlich relevante Markt lässt sich nicht beanstanden.

Abgesehen davon, dass die Beschwerdeführerin, wie übrigens teilweise auch die Vorinstanz (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 191), den Einbezug des illegalen Internethandels auch unter dem Gesichtspunkt der räumlichen Marktabgrenzung erörtert, bringt sie gegen die erfolgte Begrenzung auf den inländischen Markt keine weiteren Argumente vor. Solche sind auch nicht ersichtlich. Die Vorinstanz hat sich mit diesen Gesichtspunkten in der angefochtenen Verfügung hinreichend auseinandergesetzt, weshalb auf die entsprechenden zutreffenden Erwägungen verwiesen werden kann (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 190-199).

Somit ist für die nachfolgende Analyse der auf die Schweiz beschränkte Markt für die oral einzunehmenden Arzneimittel Levitra, Viagra und Cialis massgebend.

8.
Als Nächstes müssen, wie in der E. 6.3 angesprochen, Sinn und Tragweite von Art. 3 Abs. 1 KG im verfassungsrechtlichen Kontext vertieft dargestellt werden. Erst danach kann untersucht werden, ob für den vorliegend relevanten Markt tatsächlich vorbehaltene Vorschriften bestehen.

8.1. Art. 3 Abs. 1 KG lautet wie folgt:

> "[1] Vorschriften sind vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften: (a.) die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen; (b.) die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten."

Dieser Artikel zielt, wie die Marginalie *"Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften"* zeigt, darauf ab, die Anwendung des Kartellgesetzes mit der Anwendung allfälliger bundes-, kantonal- oder gemeinderechtlicher Vorschriften zu *koordinieren*, die "Wettbewerb" einschränken bzw. aufheben. Mit dieser Koordinationsnorm soll ein allfälliger Konflikt gelöst werden, der sich daraus ergeben kann, dass spezialgesetzliche Vorschriften im Widerspruch zum materiellen Kartellrecht stehen (MARTENET/CARRON, CR Concurrence, a.a.O., Rz. 8 zu Art. 3 Abs. 1 KG).

Art. 3 Abs. 1 KG ist in diesem Zusammenhang im Lichte von Art. 94 BV zu sehen, wonach sich Bund und Kantone an den Grundsatz der *Wirtschaftsfreiheit* (Art. 27 BV) halten (Abs. 1), wobei Abweichungen von diesem Grundsatz, insbesondere auch gegen den Wettbewerb gerichtete Massnahmen, nur zulässig sind, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind (vgl. Abs. 4).

8.1.1. Die Wirtschaftsfreiheit, die nach Art. 27 Abs. 2 BV insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung umfasst und als Individualrecht primär als Abwehrrecht gegenüber dem Staat konzipiert ist, garantiert die wirtschaftspolitische Grundentscheidung für ein System des freien Wettbewerbs und der Schaffung eines einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraumes (vgl. KLAUS A. VALLENDER, in: Ehrenzeller/ Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung [St. Galler Kommentar], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 3 und 6 ff. zu Art. 27 BV sowie Rz. 4 f. zu Art. 94 BV).

Dieser ordnungspolitische Grundentscheid bedeutet vor allem die Absage an eine merkantilistische Wirtschaftslenkung zugunsten des Grundsatzes freien Wettbewerbs und individueller wirtschaftlicher Selbstbestimmung (VALLENDER, a.a.O., Rz. 1 zu Art. 27 BV). Demnach folgt nach Klaus A. Vallender aus Art. 94 Abs. 1 und Abs. 4 BV ordnungspolitisch (1.) die Bindung an die zentralen Elemente des "Marktmechanismus" und (2.) das Verbot einer Verzerrung oder gar Ausschaltung des "Spiels von Angebot und Nachfrage" und folglich des "Preismechanismus" (a.a.O., Rz. 7 zu Art. 94 BV; vgl. dazu BVGE 2011/32 E. 11.3.1.2 mit vielen Hinweisen zum Denkmodell des "Zusammenspiels von Angebot und Nachfrage" im marktwirtschaftlichen Preisbildungsprozess).

Die zentrale Frage aber, wie weit privates Wirtschaften durch Wettbewerb oder allenfalls durch Kartelle erfolgen darf, lässt sich aus der Abwehrfunktion der Grundrechtsgarantien allein nicht beantworten. Hier stellt sich vielmehr die Frage nach der Geltung der Wirtschaftsfreiheit unter Privaten (sog. Drittwirkung). Dies wiederum bedingt eine Auslegung von Art. 94 BV im Kontext von Art. 27 BV, Art. 96 BV sowie Art. 35 Abs. 3 BV (VALLENDER, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 94 BV sowie Rz. 51 zu Art. 27 BV; RETO JACOBS, St. Galler Kommentar, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 96 BV), worauf später einzugehen ist (vgl. E. 8.3.5).

8.1.2. Die Wirtschaftsfreiheit gilt indessen nicht absolut. Vielmehr darf sie nach den allgemeinen, in Art. 36 BV umschriebenen Regeln für Grundrechtseingriffe eingeschränkt werden (BGE 131 I 223 E. 4.1; VALLENDER, a.a.O., Rz. 49 zu Art. 27 BV).

8.1.2.1 Grundsätzlich zulässig und damit *grundsatzkonform* sind Eingriffe, die mit dem ordnungspolitischen Grundentscheid der Bundesverfassung für eine wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft im Einklang stehen.

Dazu zählen verhältnismässige, wirtschaftspolizeiliche Massnahmen, also Massnahmen, welche der Gefahrenabwehr (Polizeigüterschutz im Bereich der Wirtschaft) dienen, sowie bestimmte Vorschriften, die "polizeiverwandte" sozialpolitische Ziele verfolgen, und andere Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit, die nicht wirtschaftspolitisch motiviert sind (VALLENDER, a.a.O., Rz. 50 f. zu Art. 27 BV sowie Rz. 5 zu Art. 94 BV; vgl. dazu BGE 132 I 282 E. 3.3, BGE 131 I 223 E. 4.2).

8.1.2.2 *Grundsatzwidrig* sind demgegenüber Eingriffe, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen, indem sie sich beispielsweise gegen den Wettbewerb richten.

Zu denken ist an wirtschaftslenkende Eingriffsmassnahmen, die als wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahmen ein strukturpolitisches Ziel verfolgen, wie die Erhaltung eines bestimmten Gewerbes oder bestimmter Bewirtschaftungsformen, Schutz gegen Konkurrenz, Steuerung von Angebot und Nachfrage, Preisvorschriften, Kontingente, Einfuhrverbote usw. (VALLENDER, a.a.O., Rz. 5 f. zu Art. 94 BV; vgl. BGE 131 I 205 E. 2.3.1 zum Konkurrenzschutz durch kantonale Selbstdispensationsverbote und E. 2.3.2 zur Aufgabenteilung zwischen Apotheken und Ärzten für die Leistungserbringung innerhalb der Krankenversicherung [vgl. auch E. 7.4.2.4.3]). Solche Eingriffe sind prinzipiell verboten, weil sie dem verfassungsrechtlichen Vorentscheid widersprechen, ökonomische Entscheidungen den Privaten zu überlassen.

Ausnahmsweise zulässig sind solche grundsatzwidrigen Massnahmen nach Art. 94 Abs. 4 BV, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen sind oder durch kantonale Realrechte begründet werden (VALLENDER, a.a.O., Rz. 52 ff. zu Art. 27 BV; JACOBS, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 96 BV). Insofern ist ohne besondere Verfassungsgrundlage auch eine staatliche Bedürfnislenkung ausgeschlossen (BGE 131 I 223 E. 4.2).

Wo allerdings die Marktkoordination zu suboptimalen Ergebnissen führt, wie z.B. im Bereich öffentlicher oder meritorischer Güter, wie intakte Natur, saubere Luft, sauberes Wasser (usw.), hat der Staat durch Massnahmen der Wirtschaftspolitik für Korrekturen zu sorgen, die letztlich der Wirtschaftsfreiheit dienen (VALLENDER, a.a.O., Rz. 12 f. zu Art. 94 BV). Daher sind in zahlreichen Artikeln der Bundesverfassung Vorbehalte für grundsatzwidrige Massnahmen des Bundes vorgesehen (vgl. Art. 100 Abs. 3 BV zur Konjunktur, Art. 101 Abs. 2 BV zur Aussenwirtschaft, Art. 102 Abs. 2 BV zur Landesversorgung, Art. 103 BV zur Strukturpolitik, Art.

104 Abs. 2 BV zur Landwirtschaft; vgl. zu allen JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Zürich/St. Gallen 2011, N. 923; vgl. VALLENDER, a.a.O., Rz. 60 zu Art. 27 BV und REICH, a.a.O., N. 924 ff. zu impliziten Abweichungskompetenzen).

Nicht grundsatzwidrig hingegen sind angesichts ihres freiheitsfördernden Zweckes alle Eingriffe, die den freien Marktzugang gewährleisten, sei es gegenüber dem Staat mittels Binnenmarktgesetz vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02), sei es gegenüber Privaten mittels Kartellgesetz (VALLENDER, a.a.O., Rz. 55 ff. zu Art. 27 BV).

8.2. Mit dem ordnungspolitischen Grundentscheid für eine Privatwirtschaft (Art. 27 und Art. 94 BV) und dem Auftrag, gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder anderen Wettbewerbsbeschränkungen vorzugehen (Art. 96 BV), räumt der Bundesverfassungsgeber zwar dem Koordinationsprinzip Wettbewerb einen besonderen Stellenwert ein. Dennoch wird dieses Prinzip nicht verabsolutiert, da der verfassungsrechtliche Auftrag darauf beschränkt ist, einzig gegen volkswirtschaftlich oder sozial *schädliche* Auswirkungen von Kartellen vorzugehen (VALLENDER, a.a.O., Rz. 20 zu Art. 94 BV; JACOBS, a.a.O., Rz. 13 f. zu Art. 96 BV).

Mit dem Grundentscheid für eine grundsätzlich wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft folgt der Verfassungsgeber der Erfahrung, dass wirksamer wirtschaftlicher Wettbewerb in der Regel günstige und erwünschte ökonomische Ergebnisse zeitigt, wie beispielsweise die freie Entfaltung des wirtschaftenden Individuums, Wohlstandsförderung, Steuerung der Einkommensverteilung, Förderung von Anpassung und Innovation, optimale Faktorallokation (vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 20-41; JACOBS, a.a.O., Rz. 16 zu Art. 96 BV; RICHARD WHISH/DAVID BAILEY, Competition Law, 7. Aufl., Oxford/New York 2012, S. 4 ff.). Deshalb besteht heute ein Konsens zur Frage, dass wirksamer Wettbewerb im Regelfall für die Wirtschaft ein nützliches Organisationsprinzip ist (VALLENDER, a.a.O., Rz. 24 zu Art. 94 BV).

Nicht zu übersehen ist jedoch, dass die Bundesverfassung dem Staat eine Vielzahl von Verantwortungen im Bereich der Wirtschaft und in anderen Politikbereichen zuweist, die teilweise auch Abweichungen von der Wirtschaftsfreiheit erlauben oder gar gebieten (VALLENDER, a.a.O., Rz. 25 zu Art. 94 BV). So ist beispielsweise die *Sozialversicherung* der Wirtschaftsfreiheit weitgehend entzogen (vgl. BGE 132 V 6 E. 2.5.2 f.; BGE

130 I 26 E. 4.3 und E. 6.2, wonach kein Anspruch darauf besteht, in beliebiger Höhe Leistungen zu Lasten der sozialen Krankenversicherung zu generieren).

Insbesondere die in der E. 8.1.2.2 erwähnten verfassungsrechtlichen Ermächtigungen zu gesetzlichen Ausnahmen vom Wettbewerbsprinzip tragen der wohl kaum mehr strittigen Erkenntnis Rechnung, dass in gewissen Konstellationen das Wettbewerbsprinzip nicht die von ihm erwünschten Ergebnisse zu bewirken vermag (vgl. zur ökonomischen Diskussion für viele WHISH/BAILEY, a.a.O., S. 9-15; GUNNAR NIELS/HELEN JENKINS/JAMES KAVANAGH, Economics for Competition Lawyers, Oxford/New York 2011, S. 17 ff.; MATHIAS BINSWANGER, Sinnlose Wettbewerbe – Warum wir immer mehr Unsinn produzieren, Freiburg im Breisgau/Basel/Wien 2010, S. 39 ff. sowie nachfolgend E. 8.2.1.1). Deshalb können fallweise nach Art. 94 Abs. 4 BV Massnahmen *gegen* den Wettbewerb angezeigt sein, insbesondere dann wenn ein *Zielkonflikt* zwischen einer wettbewerbsgesteuerten Ordnung und *punktuell für höherrangig erachteten Zielsetzungen* auftritt, der die in den E. 8.1.2.1 oder E. 8.1.2.2 geschilderten Konstellationen betreffen kann (vgl. dazu die nachfolgende E. 8.3.5 sowie INGO SCHMIDT, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 9. Aufl., München 2012, S. 142 ff.).

8.2.1. Bevor jedoch vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund die nach Art. 3 Abs. 1 KG zu klärende Abgrenzungsfrage beurteilt werden kann, ob und, wenn ja, inwiefern allenfalls auf einem bestimmten Markt "vorbehaltene" – d.h. Wettbewerb nicht zulassende – Vorschriften tatsächlich bestehen, müssten bereits in genügender Konkretisierungsdichte die genauen ökonomischen Wesensmerkmale des jeweils in Frage stehenden und als schutzwürdig zu erachtenden *"Wettbewerbs"* festgestellt werden (können), dessen (allenfalls) unzulässige Beeinträchtigung (bzw. Sanktionierung) auf einem bestimmten Markt zur Diskussion steht.

8.2.1.1 Diese Feststellung wird indes durch die *normative Offenheit des Kartellgesetzes* erheblich erschwert:

Denn der Kartellgesetzgeber definiert den ordnungspolitisch zu schützenden *"wirksamen Wettbewerb"* (vgl. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) – als das grundlegende marktwirtschaftliche Koordinationsprinzip – im Kartellgesetz nirgends, weil er ein Wettbewerbsverständnis postuliert, das "in enger Anlehnung an die moderne Markt- und Wettbewerbstheorie keinen allgemeingültigen Rezepten verpflichtet ist" (Botschaft des Bundesrates

vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Botschaft 1994], BBl 1995 I 512; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 4.2.2 mit Hinweisen [RPW 2008/2, S. 361 ff.]; VALLENDER, a.a.O., Rz. 25 zu Art. 94 BV, wonach sich die Wirtschaftsverfassung der Bundesverfassung nicht mit einem bestimmten wirtschaftswissenschaftlichen Ordnungsmodell gleichsetzen lässt; JACOBS, a.a.O., Rz. 3 und 17 zu Art. 96 BV).

8.2.1.1.1. Eine kartellgesetzliche *Definition* von Wettbewerb wird als *verzichtbar* erachtet, weil in der Wirtschaftswissenschaft und in der Industrieorganisationslehre kein Konsens darüber herrscht, wie der Wettbewerbsgrad auf einem bestimmten Markt konkret zu ermitteln ist. Insbesondere fehlen Wirtschaftsindikatoren, die eine definitive Beantwortung dieser Frage erlauben würden (so der Befund im Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle des Bundes [Das Kartellrecht: Standortbestimmung - Bericht vom 11. Oktober 2000, BBl 2001 3346, insbes. S. 3366], zitiert vom Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 4.2.2).

Hinzuweisen ist darauf, dass auch im Recht der Europäischen Union eine klärende Definition von Wettbewerb *fehlt* (HELGE PEUKERT, Das Wettbewerbskonzept der EU aus Sicht der Wirtschaftswissenschaften, in: Blanke/Scherzberg/Wegner, Dimensionen des Wettbewerbs, Tübingen 2010, S. 89 f., wonach in der EU eine wettbewerbstheoretische Erörterung oder ein klares Leitbild fehlen sowie S. 103, wonach in der EU das eher rudimentäre wettbewerbspolitische Leitbild Zuflucht nehme "zu einem gewissen technokratischen Effizienzdenken und dem Schutzpanzer der formalen Ökonomie [als Zielersatz?]"; WHISH/BAILEY, a.a.O., S. 19 ff.; GERHARD WIEDEMANN, in: Wiedemann [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., München 2008, § 1 N. 3, S. 3).

8.2.1.1.2. So fehlt es zwar keineswegs an (z.T. gegenläufigen) Definitionen des Wettbewerbs, aber an allgemeiner Akzeptanz eines für zutreffend gehaltenen wirtschaftlichen Begriffs davon, der wiederum der Wirtschaftspolitik als operables Leitbild dienen könnte (vgl. HARALD ENKE/ADOLF WAGNER, Zur Zukunft des Wettbewerbs – in memoriam Karl Brandt [1923-2010] und Alfred E. Ott [1029-1994], Marburg 2012, S. IX f.).

Daher wird in den Wirtschaftswissenschaften generell keine essentialistische Definition des Wettbewerbs vertreten, sondern es wird versucht, ihn durch die Beschreibung verschiedener Dimensionen zu erfassen: Von der Verhaltensdimension aus gesehen, lässt er sich durch ein versuchtes Übertreffen und Rivalität beschreiben ("Konfrontation statt Kooperation"). Strukturell betrachtet, wird auf die nötige (Mindest-)Anzahl der Akteure oder das ausreichende Vorliegen von marktvermittelten Angeboten oder Nachfragen rekurriert. Darüber hinaus lässt sich Wettbewerb auch von den Wirkungen/Marktergebnissen, den Zielen (Wachstum, Effizienz, Verteilung), den Voraussetzungen (Preis-Mengen-Konkurrenz) her kennzeichnen oder hinsichtlich seiner dynamischen (erwünschten) Eigenschaften, z.B. der "schöpferischen Zerstörung" (im Sinne von Joseph Schumpeter) und der Ermöglichung von Innovationen. Schliesslich wird Wettbewerb auch als Ausdruck eines institutionalisierten Regelsystems beschrieben, das notwendig ist, damit die Gesamtwohlfahrt steigernde Wirkungen von ihm ausgehen, wobei die Frage der Notwendigkeit, Breite und Tiefe solcher regulatorischer Eingriffe *die* wirtschaftspolitische Streitfrage überhaupt ist (PEUKERT, a.a.O., S. 81).

Dies ist letztlich der Grund dafür, dass sich insbesondere auch dem Kartellgesetz kein operabler Massstab entnehmen lässt, um "wettbewerbliche" von "wettbewerbswidrigen" Marktprozessen unterscheiden zu können (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 4.2.2 mit Verweis auf den Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 E. 6.2 in Sachen 20-Minuten, veröffentlicht in RPW 2006/2, S. 347 ff. mit Hinweisen; bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, veröffentlicht in RPW 2007/2, S. 331 ff.; vgl. auch BVGE 2011/32 E. 4.5.1; vgl. für viele zur vergleichbaren Situation in der EU SIMON BISHOP/MIKE WALKER, The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, 3. Aufl., London 2010, S. 49 ff.).

8.2.1.2 Insofern obliegt es den Wettbewerbsbehörden, die im Kartellgesetz offen formulierte Wettbewerbspolitik (als Wirtschaftsprozesspolitik) zu konkretisieren und zu implementieren, wobei der Verzicht auf allzu feine Differenzierungen in Kauf zu nehmen ist und einzig sicher gestellt werden kann, dass die vom "Wettbewerb als vielgestaltigen, dynamischen Prozess erwarteten statischen und dynamischen Funktionen" zur "Sicherung der allokativen und dynamischen Effizienz der Märkte" ausreichend erfüllt werden (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 E. 6.2.2

in Sachen 20-Minuten, a.a.O., mit Verweis auf die Botschaft 1994, a.a.O., S. 512 f.; BINSWANGER, Sinnlose Wettbewerbe, a.a.O., S. 35 f.).

Denn *idealtypisch* gesehen, was auch als *die* Legitimation der marktwirtschaftlichen Ordnung angesehen wird (VALLENDER, a.a.O., Rz. 78 zu Art. 27 BV), hat "funktionierender Marktwettbewerb" die Aufgabe dafür zu sorgen, dass durch eine optimale Anpassung der Produktion die Bedürfnisse der Nachfrager möglichst effizient und preisgünstig befriedigt werden (vgl. dazu BINSWANGER, Sinnlose Wettbewerbe, a.a.O., S. 15; WHISH/BAILEY, a.a.O., S. 4 ff.; JACOBS, a.a.O., Rz. 16 zu Art. 96 BV).

Oftmals wird dieser Wettbewerb auch aufgeschlüsselt nach dominanten Wettbewerbsparametern verstanden, d.h. nach den Gesichtspunkten, die für die jeweilige Marktgegenseite für den Geschäftsabschluss bedeutsam sind, wie beispielsweise der *Preis*, die *Qualität* und/oder der *Service* (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 47, HEER, a.a.O., S. 129 Fn. 16), weshalb dementsprechend von Preiswettbewerb, Qualitätswettbewerb bzw. Servicewettbewerb die Rede sein kann (vgl. BGE 129 II 18 E. 8.3.4 und E. 9).

8.3. Bei dieser komplexen Ausgangslage hat der Gesetzgeber bei der rechtlichen Regelung der jeweiligen Wirtschaftsbereiche – angesichts der dort agierenden Akteure und ihrer Interessen – im Lichte der jeweils für massgeblich erachteten privaten und öffentlichen Interessen die Frage *normativ zu entscheiden*, ob und inwieweit das Wettbewerbsparadigma in einer bestimmten Wirtschaftssphäre überhaupt wirtschaftlich oder sozial wünschbare Ergebnisse zeitigt oder aber durch vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG gemeinwohlverträglich relativiert werden muss, wenn in dieser Sphäre der Wettbewerb die ihm zugedachte gemeinwohlförderliche Steuerungsfunktion nicht zu leisten vermag.

8.3.1. Zur Erläuterung von Art. 3 Abs. 1 KG hielt der Bundesrat in seiner Botschaft zum Kartellgesetz fest, das schweizerische Wirtschaftsrecht enthalte eine Reihe von öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die das freie Spiel von Angebot und Nachfrage – mithin die Wettbewerbsverhältnisse – beeinträchtigten. Die Eingriffe erfolgten durch den verfassungsmässig legitimierten Gesetzgeber und fänden in Bereichen statt, in denen der Markt als Regelsystem der Wirtschaftsbeziehungen seine Funktionen nicht oder nicht hinlänglich erfülle (Botschaft 1994, a.a.O., S. 537).

Dazu zählten auch Fälle des sogenannten *Marktversagens*, in denen das Marktsystem nicht in der Lage sei, höherstehenden Interessen (wie bei-

spielsweise Gerechtigkeits- oder Verteilungsüberlegungen) Rechnung zu tragen (Botschaft 1994, a.a.O., S. 538). Nach Auffassung des Bundesrats zeigten die Bereiche des Marktversagens vielschichtige Problemlagen auf, für welche unterschiedliche gesetzgeberische Lösungsansätze zur Verfügung stünden (Botschaft 1994, a.a.O., S. 538). Je nach Intensität des Marktversagens und dessen Gewichtung hinsichtlich der betroffenen öffentlichen Interessen habe der Gesetzgeber differenzierte Lösungen zu entwickeln. So könne es sich aufdrängen, für den gesamten vom Marktversagen betroffenen Bereich eine staatliche Markt- oder Preisordnung zu erlassen, die anstelle des freien Spiels von Angebot und Nachfrage die Allokationsfunktionen zwischen den interessierten Wirtschaftsteilnehmern erfülle. Die politische Gewichtung des betroffenen Bereiches könne jedoch auch nur eine punktuelle staatliche Intervention notwendig machen, indem es zur Lösung des Marktversagens allenfalls genügen könne, dass einzelnen Wirtschaftsteilnehmern besondere Rechte zur Erfüllung der anstehenden öffentlichen Aufgaben zugesprochen werden. Diesen tatsächlichen Gegebenheiten trage der Gesetzesentwurf Rechnung, indem er eine differenzierte Regelung enthalte je nachdem, ob das marktwirtschaftliche System grundsätzlich durch eine staatliche Ordnung substituiert werde oder ob bloss einzelne Teilaspekte eines Wirtschaftsbereichs dem Wettbewerbsprinzip entzogen seien (Botschaft 1994, a.a.O., S. 538).

Zu der in Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG genannten "staatlichen Markt- oder Preisordnung" hielt der Bundesrat fest, der Gesetzesentwurf anerkenne, dass staatliche Markt- oder Preisordnungen den Wettbewerb in einem bestimmten Wirtschaftsbereich ausschliessen könnten, wie das Paradebeispiel des sektoriellen Wettbewerbsausschlusses in der Landwirtschaft zeige. Diesfalls beabsichtige der Kartellgesetzgeber nicht, mit dem Erlass von Wettbewerbsvorschriften derartige staatliche Markt- oder Preisordnungen in Frage zu stellen. Diese sollten auch unter dem neuen Kartellgesetz vollumfänglich weiterbestehen können, vorausgesetzt, dass es bei ihrer Schaffung tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten. Soweit jedoch die staatliche Markt- oder Preisordnung eines wirtschaftlichen Teilbereichs für wettbewerbliches Verhalten und damit die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Kriterien Raum lasse, sei das Kartellgesetz anwendbar – gegebenenfalls unter Berücksichtigung des zusätzlichen Vorbehalts in Bst. b von Art. 3 Abs. 1 KG (Botschaft 1994, a.a.O., S. 538).

8.3.2. Dieser Entwurf zu Art. 3 Abs. 1 KG ist vom eidgenössischen Gesetzgeber ohne Modifikationen und ohne Diskussionen zu den soeben zitierten bundesrätlichen Überlegungen übernommen worden (AB 1995 N 1073; AB 1995 S 852; MARTENET/CARRON, CR Concurrence, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 3 Abs. 1 KG).

8.3.3. Ausgehend von einer prinzipiell umfassend geltenden Wettbewerbsordnung wird im Kartellgesetz anerkannt, dass der Wettbewerb in bestimmten Bereichen aus politischen Gründen durch gesetzliche Vorschriften ausgeschlossen sein kann (BGE 129 II 497 E. 3.3.1).

Wie indessen Jürg Borer zutreffend anmerkt, lässt sich dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 KG nicht entnehmen, welche Qualität die jeweiligen Vorschriften haben müssen, die zu einem Ausschluss des Wettbewerbsprinzips führen (BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005, Rz. 3 zu Art. 3 KG). Insofern sind diesem Autor zufolge auch wettbewerbsausschliessende Vorschriften als nach Art. 3 Abs. 1 KG "vorbehalten" anzuerkennen, bei denen sich der Wille des Gesetzgebers, Wettbewerb nicht zuzulassen, nicht stringent nachweisen lasse (BORER, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 3 KG). Dieser Meinung hat sich das Bundesgericht in BGE 129 II 497 (E. 3.3.2) angeschlossen:

> "Selon les travaux préparatoires et une partie de la doctrine, l'art. 3 al. 1 LCart n'entre en ligne de compte que lorsque l'intention du législateur était d'exclure effectivement un secteur donné de la concurrence (FF 1995 I 539 s.; BISCHOF, op. cit., p. 160; PALASTHY, op. cit., p. 304; SCHMIDHAUSER, op. cit., n. 13 ad art. 3 LCart). Selon les règles générales d'interprétation, qui sont aussi valables dans le droit de la concurrence, il ne faut pas comprendre par là que la volonté expresse du législateur historique d'exclure un domaine de la concurrence doit être absolument établie. On ne saurait l'exiger, ne serait-ce que parce qu'il existe des prescriptions qui ont été adoptées à une époque où le droit des cartels ne s'appliquait pas aux activités étatiques, si bien que le législateur ne pouvait soustraire délibérément un domaine à la concurrence. Il est donc suffisant - mais nécessaire - que le secteur concerné ne soit pas soumis au droit de la concurrence selon une interprétation ordinaire de la réglementation spéciale en cause (CARRON, op. cit., n. 32 ad art. 3 LCart). Cela peut aussi résulter implicitement du fait que la loi contient des règles qui ne sont pas compatibles avec la concurrence (BORER, op. cit., n. 4 ad art. 3 LCart; RENTSCH, op. cit., p. 179)."

Somit kann nach der Auffassung des Bundesgerichts ein *Wettbewerbsausschluss* durch gesetzliche Vorschriften *auch implizit* – ohne eine

nachgewiesene gesetzgeberische Absicht – erfolgen, soweit sich solche Vorschriften mit dem Wettbewerbsprinzip nicht vereinbaren lassen (BGE 129 II 497 E. 3.3.2; MÜNCH, BSK-KG, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 3 Abs. 1 KG; a.M. BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Schmidhauser/Homburger/Hoffet/ Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 12 zu Art. 3 KG). Doch will das Bundesgericht insofern eine eher restriktive Auslegung der in Art. 3 Abs. 1 Bst. a und b KG beispielhaft aufgezählten Arten von (wettbewerbsausschliessenden) Vorschriften gelten lassen, als mit Blick auf die wettbewerbsorientierte Wirtschaftsverfassung (Art. 94 Abs. 4 und Art. 96 Abs. 1 BV) ein Wettbewerbsausschluss nur dann anzunehmen ist, wenn *"une législation claire"* wettbewerbswidriges Verhalten anordnet oder erlaubt (BGE 129 II 497 E. 3.3.3; MARTENET/CARRON, CR Concurrence, a.a.O., Rz. 26 zu Art. 3 Abs. 1 KG). Als Beispiel erwähnt das Bundesgericht in BGE 129 II 497 (E. 5.4.9) den *Gesundheitsbereich*:

> "Il en va de même dans le domaine de la santé où les hôpitaux publics sont financés partiellement par des fonds publics, ce qui entrave l'accès des hôpitaux privés à la concurrence ou son exercice, mais cela a été voulu par le législateur, si bien que les art. 5 et 7 LCart ne sont pas applicables (DPC 1998 p. 562, ch. 12 ss p. 564/565; DPC 1999 p. 184, consid. 6 p. 197; RAMA 4/1997 p. 257, consid. 11.2 p. 268; CLERC, op. cit., n. 102 ad art. 7 LCart; MARGARETA LAUTERBURG, Gesundheits- und Versicherungsmärkte - kartellrechtliche Fragen in der Praxis der Wettbewerbsbehörde, in Hürlimann/Poledna/Rübel [éd.], Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitsrecht, Zurich 2000, p. 101 ss, 111 s.)."

8.3.4. Somit ist davon auszugehen, dass die in Art. 3 Abs. 1 KG erwähnten vorbehaltenen wettbewerbsrelevanten Normen insofern die kartellgesetzlichen Bestimmungen zu verdrängen vermögen, als sie keinen Raum für Wettbewerb lassen (PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, Rz. 160 f.). Daher ist unter dem Blickwinkel von Art. 3 Abs. 1 KG im Einzelfall nicht nur zu prüfen, *ob* staatliche Marktregulierungen (oder marktwirksame Massnahmen) den Wettbewerb in einem bestimmten Bereich ausschliessen, sondern vor allem auch, *inwieweit,* das heisst mit welcher Intensität, sie dies zu tun vermögen (MÜNCH, BSK-KG, a.a.O., Rz. 6 zu Art. 3 Abs. 1 KG). Infolgedessen bleiben kartellrechtliche Bestimmungen nur insoweit anwendbar, als einzelne Wettbewerbsparameter vom staatlichen Eingriff unberührt bleiben (vgl. MÜNCH, BSK-KG, a.a.O., Rz. 15 zu Art. 3 Abs. 1 KG).

8.3.5. Aus BGE 129 II 497 (E. 3.3.3) schliesst die herrschende Lehre, die Auslegung vorbehaltener Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 KG müsse zum Ergebnis führen, die betreffende staatliche Regulierung ziele darauf ab, mit Hilfe eines Wettbewerbsausschlusses ein *Marktversagen* zu korrigieren (für viele MARTENET/CARRON, CR Concurrence, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 3 Abs. 1 KG; MÜNCH, BSK-KG, a.a.O., Rz. 7 f. zu Art. 3 Abs. 1 KG mit Hinweisen; SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 12 f. zu Art. 3 KG). Damit wäre an sich *einzig* die in der E. 8.1.2.2 angesprochene Kategorie "grundsatzwidriger Eingriffe" in die Wirtschaftsfreiheit angesprochen, wie beispielsweise die in Bst. a von Art. 3 Abs. 1 KG namentlich genannte "staatliche Markt- oder Preisordnung", welche massgebende Wettbewerbsparameter (wie z.B. Produktion oder Preisgestaltung) aus wirtschaftspolitischen Gründen den Marktkräften entzieht (HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., Rz. 164 f.).

Indessen zeigt gerade der vorliegende, im gesundheitspolizeilich und sozialpolitisch hochnormierten Gesundheitswesen angesiedelte Kontext (vgl. E. 7.4.2), dass sorgfältig differenziert werden muss:

8.3.5.1 Zwar ist einzuräumen, dass regelmässig primär die Frage im Vordergrund stehen dürfte, ob der gesetzgeberische Entscheid (explizit oder implizit) darauf gerichtet war, aus *wirtschaftspolitischen* Gründen wettbewerbsausschliessende Vorschriften zu erlassen, weil wegen Marktversagens das Zusammenwirken der interessierten Wirtschaftsteilnehmer nicht durch freien Wettbewerb, sondern ganz oder teilweise durch Gruppenvereinbarung, zentralplanwirtschaftlich oder anders koordiniert werden soll (vgl. dazu ZÄCH, a.a.O., Rz. 279; PEUKERT, a.a.O., S. 83 f., sowie die vorstehende E. 8.1.2.2).

Nach der Auffassung von Ueli Kieser zählt dazu auch, wie in der E. 7.4.2.6 erwähnt, die gesundheits- und sozialpolitisch motivierte *Preisaufsicht* des Bundes für die (nach Art. 52 Abs. 1 Bst. b KVG) auf die Spezialitätenliste gesetzten Arzneimittel (KIESER, a.a.O., Rz. 4, S. 146 f. mit Hinweisen; REICH, a.a.O., N. 926; URS JAISLI, in: Eichenberger/Jaisli/Richli [Hrsg.], Basler Kommentar zum Heilmittelgesetz, Basel/Genf/München 2006, Rz. 40 zu Art. 31 HMG):

Wie die Vorinstanz diesbezüglich grundsätzlich richtig festhält, legt das Bundesamt für Gesundheit für solche Medikamente – als Pflichtleistungen in der obligatorischen Krankenversicherung – den (maximalen) Ex-factory- und Publikumspreis fest, was "die Anwendung des Kartellgesetzes in Frage" stelle (vgl. Ziff. 62 der angefochtenen Verfügung). Auch

wenn die Formulierung der Vorinstanz dies nicht so deutlich zum Ausdruck bringt, kann damit nur gemeint sein, dass der gesundheits- und sozialpolitisch motivierte staatliche Eingriff in die Preisordnung letztlich eine preiswettbewerbsfreie Verkaufssphäre schafft, was eine Anwendung des Kartellgesetzes im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG ausschliesst.

8.3.5.2 Wie indes die in Art. 3 Abs. 1 KG erwähnte, lediglich *beispielhafte* Aufzählung (ersichtlich am klaren Gesetzeswortlaut "insbesondere"/"notamment"/"in particolare") zeigt, sind damit Konstellationen keineswegs ausgeschlossen, in denen auch einzig aus *polizeilichen* Gründen, d.h. zum Schutz besonders hochstehender Rechtsgüter wie die Gesundheit, durch Vorschriften in einem entscheidenden Ausmass auf das Zusammenwirken der interessierten Wirtschaftsteilnehmer Einfluss genommen wird, so dass bestimmte Formen von Wettbewerb (wie z.B. Preis- oder Qualitätswettbewerb) dadurch alleine – oder kumulativ durch gegebenenfalls hinzukommende weitere kausal wettbewerbsbeeinflussende Faktoren – verunmöglicht werden. Insofern kann Art. 3 Abs. 1 KG nicht nur die Funktion zukommen, der Abgrenzung wirtschafts- oder sozialpolitischer Ausnahmebereiche zu dienen (ZÄCH, a.a.O., Rz. 279), was mit den beispielhaft aufgezählten Kategorien in den Bst. a und b von Art. 3 Abs 1 KG statuiert wird (vgl. BGE 129 II 497 E. 3.3.1). Vielmehr bestehen auch *gesundheitspolizeiliche Ausnahmebereiche*, die in ihrer Regulierungsdichte gewisse Formen wirksamen Wettbewerbs faktisch unmöglich machen können, wie bereits in den E. 5.3.1.2 und E. 5.3.2 erwähnt.

Damit ist auch das Vorhandensein einer weiteren, von Lehre und Rechtsprechung bisher noch nicht diskutierten Normenkategorie belegt, die nicht einfach nur auf eine wirtschafts- oder sozialpolitische Korrektur von Marktversagen ausgerichtet ist, sondern in gewissen Bereichen bestimmte Formen von Wettbewerb im Interesse höher gewichteter Rechtsgüter rechtlich und faktisch auszuschliessen vermag.

Dass neben wirtschafts- und sozialpolitischen auch polizeiliche Gründe auf einem bestimmten Markt Wettbewerb nicht zulassen können, unterstreicht den herrschenden Grundkonsens, dass Wettbewerb letztlich als ein Mittel der *Gemeinwohlverwirklichung* und nicht als Selbstzweck zu betrachten ist (vgl. für viele HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., Rz. 111 f.; BINSWANGER, Sinnlose Wettbewerbe, a.a.O., S. 66; vgl. für die gleiche 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).

Dies wird gerade im Gesundheitsbereich deutlich, wo die schwierige Suche nach einer qualitativ hochstehenden allgemeinen Gesundheitsversorgung zu vernünftigen Kosten gesetzgebungspolitisch immer wieder hohe Wellen aufwirft (vgl. beispielhaft BGE 128 V 272 E. 7 zum gesetzgeberisch gewollten, *wettbewerbsfeindlichen* Charakter des dringlichkeitsrechtlich eingeführten Risikoausgleichs zur Verhinderung der gezielten Anwerbung von so genannten "guten Risiken" durch Krankenversicherer). Da das heutige System der Gesundheitsversorgung "kostentreibend" ausgelegt ist, dreht sich die gesundheitspolitische Debatte vorab um die Frage, wie die gesetzlichen Rahmenbedingungen und "Anreizsysteme" zu gestalten sind, damit schliesslich auch die erwünschte Qualität stimmt (vgl. HÖSLY, a.a.O., S. 85).

9.

9.1. Die Vorinstanz begründet ihren Standpunkt, wonach auf dem relevanten inländischen Verkaufsmarkt (für Levitra, Viagra und Cialis, vgl. E. 7) der (von ihr als schutzwürdig betrachtete) Intrabrand *Preiswettbewerb* nicht durch vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG verunmöglicht werde, wie folgt:

9.1.1. Vorab bestünden keine kartellgesetzausschliessenden Vorschriften, welche im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG die von der Untersuchung betroffenen Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten zur Festsetzung der Preise von Levitra, Cialis und Viagra ausstatten würden.

Auch existierten keine staatlichen Vorschriften zur Preisgestaltung von Hors-Liste Medikamenten. Wolle der Staat den Preiswettbewerb in einem bestimmten Bereich beschränken, habe er gesetzlich ein Monopol zu schaffen oder einen Tarif zu fixieren. Indessen sei eine staatliche Marktordnung nur anzunehmen, wenn der Gesetzgeber das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Bereich habe ausschalten wollen. Vorliegend bestünde kein krankenversicherungsrechtlicher Vorbehalt. Ein kartellgesetzausschliessender staatlicher Eingriff in die Preisordnung bestehe einzig bei den auf der Spezialitätenliste aufgeführten, kassenpflichtigen Medikamenten, deren (maximale) Fabrikabgabe- und Publikumspreise vom BAG festgesetzt werden. Da dies nur für Medikamente auf der Spezialitätenliste gelte, seien im Umkehrschluss nach dem Willen des Gesetzgebers die Preise für Hors-Liste Medikamente vom freien Markt und im Wettbewerb zu bestimmen.

9.1.2. Auch heilmittelrechtlich seien keine vorbehaltenen Vorschriften ersichtlich. Zwar existiere mit der Verschreibungspflicht und dem absoluten Publikumswerbeverbot eine gewisse Marktregulierung. Doch diese wirke sich – mangels staatlich verordneter Höchstpreise – nicht auf die Preisfestsetzung aus. Intrabrand Wettbewerb (mit dem Preis als Hauptwettbewerbsparameter) sei unter Apotheken grundsätzlich möglich, nicht aber Interbrand Wettbewerb zwischen den verschiedenen Medikamenten, da diese in der Apotheke nur gegen ärztliches Rezept verkauft würden.

9.1.3. Schliesslich bestünden auch keine lauterkeitsrechtlichen Vorschriften, welche bezüglich der fraglichen Empfehlungen die Anwendung des Kartellgesetzes ausschliessen würden. Insbesondere die gesetzliche Pflicht zur Preisangabe schütze den Konsumenten vor unlauterem Wettbewerb und irreführenden Preisen. Doch werde keine staatliche Markt- oder Preisordnung statuiert, die Preiswettbewerb ausschalten wolle. Darauf sei auch nicht Art. 18 Abs. 2 PBV gerichtet, wonach Hersteller, Importeure und Grossisten den Konsumenten Preise oder Richtpreise bekannt geben oder jenen bestimmte Preislisten, Preiskataloge und dergleichen zur Verfügung stellen dürfen, sofern die betreffenden Preise im zu berücksichtigenden Marktgebiet für die überwiegende Menge tatsächlich gehandhabt werden.

Fraglich sei, ob die Abgabe von Preisempfehlungen für rezeptpflichtige Medikamente überhaupt von der ratio legis der Preisbekanntgabeverordnung erfasst werde, da solche Medikamente erst nach ärztlicher Untersuchung und Rezeptverschreibung gekauft werden könnten. Die Preisbekanntgabepflicht bzw. die Möglichkeit, Konsumenten (Richt-)Preise bekannt zu geben, legten keine massgeblichen ökonomischen Parameter (wie die Preisgestaltung) fest, sondern dienten vielmehr der Förderung des Wettbewerbs, indem Konsumenten aufgrund der Preisbekanntgabe Produkte miteinander vergleichen und ihre Wahl treffen könnten. Daran ändere auch der im Kapitel "Werbung" stehende Art. 13 Abs. 2 PBV nichts, wonach Hersteller, Importeure und Grossisten für die Werbung "Richtpreise bekanntgeben" könnten. Denn heilmittelrechtlich sei für Levitra, Cialis und Viagra jegliche Publikumswerbung verboten.

9.1.4. Des Weiteren macht die Vorinstanz, ohne jedoch auf die heilmittelrechtliche Ordnung näher einzugehen, geltend, angesichts der heterogen strukturierten Verkaufsstellen hätte die Aufhebung der Margen- und Rabattordnung Sanphar vor rund zehn Jahren bei funktionierendem Wettbewerb einen nennenswerten Teil der Apotheken und selbstdispensieren-

den Ärzte veranlassen müssen, für verschreibungspflichtige Hors-Liste Medikamente unterschiedliche Preise zu verlangen. Wegen der Publikumspreisempfehlungen sei die starre Preisordnung bis heute nahezu unverändert geblieben (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 129). Die Veröffentlichung und die Einhaltung der Empfehlungen verhindere den Preiswettbewerb, dem die "Verkaufsstellen" ohne Empfehlungen ausgesetzt wären, und sichere gleichzeitig Herstellerinnen und Verkaufsstellen eine "bequeme Marge" (vgl. Vernehmlassung Rz. 69). Auf diese Weise würden "Verkaufsstellen" die Höhe des Fabrikabgabepreises weniger in Frage stellen. Die Boykottdrohungen gegenüber Pfizer hätten gezeigt, dass die Apotheken vor allem Preisempfehlungen wollten, die ihnen eine interessante Marge einräumten. Diese Erwartungen erfülle die Berechnungsweise der Pharmaunternehmen, weshalb die Apotheken die Empfehlungen auch einhielten. Auf diese Weise würden die "Verkaufsstellen" ihre Stellung gegenüber den Kunden verbessern, Rabattdiskussionen vermeiden und höhere Preise durchsetzen. Die weitgehende Einhaltung der Preisempfehlungen habe neben der hohen Marge weitere Vorteile: Dank Koordination bestünde kaum Gefahr, Kunden an "Verkaufsstellen" mit tieferen Medikamentenpreisen zu verlieren.

Insbesondere hätten die drei Hersteller über eine vertikale Restriktion den Wettbewerb als Verfahren zur Entdeckung der effizientesten Vertriebsform beeinträchtigt:

(1.) Die preisempfehlenden Pharmaunternehmen seien an effizienten (dichten, qualitativ hohen und kostengünstigen) Vertriebsstrukturen interessiert, wären aber in einem Interessenskonflikt zwischen den Vor- und Nachteilen von mittels Publikumspreisempfehlungen festgesetzten Endverbraucherpreisen.

(2.) Apotheken seien an einem effizienten Vertrieb im eigenen Geschäft und primär an Massnahmen interessiert, die den eigenen Absatz positiv fördern. Sie hätten jedoch auch ein Interesse an effizienten Vertriebswegen auf dem Medikamentenmarkt.

(3.) Die Haupttätigkeit der selbstdispensierenden Ärzte bestehe in der Patientendiagnose und weiteren Behandlungsleistungen. Zweitrangig sei der Medikamentenverkauf. Dennoch seien selbstdispensierende Ärzte für den Verkauf rezeptpflichtiger Medikamente wichtig. Denn die Pharmaunternehmen versuchten, über jene die "Kunden" zu erreichen, da diese nicht direkt beworben werden dürften. Pharmaunternehmen verkauften

somit nicht über die (selbstdispensierenden) Ärzte, sondern mit ihnen. Denn diese erhielten dafür geldwerte Vorteile sowie handelsübliche Rabatte. Die aus der Medikamentenabgabe entstehenden Kosten würden durch die mit der Empfehlung sichergestellten Marge gedeckt. Deshalb interessierten sich selbstdispensierende Ärzte auch für Massnahmen, die den eigenen Medikamentenabsatz steigerten.

9.1.4.1 Jede einzelne Publikumspreisempfehlung wirke sich "zuerst auf den Intrabrand Wettbewerb aus", indem deren hohe Befolgung "zu weitgehend einheitlichen Publikumspreisen auf dem Markt" führe und "den Preis als Wettbewerbsparameter für das jeweilige Medikament" ausschalte (vgl. Vernehmlassung Rz. 65). Darüber hinaus wirkten sich die drei Publikumspreisempfehlungen "kumulativ" auf den gesamten relevanten Markt aus. In ihrer kumulativen Wirkung beschränkten die Publikumspreisempfehlungen neben dem Intrabrand Preiswettbewerb auch die Wettbewerbsfähigkeit der Apotheken untereinander. Zudem würden die kumulativen Wirkungen dieser Empfehlungen den Preiswettbewerb auf dem ganzen Markt ausschalten bzw. zumindest erheblich beschränken (vgl. Vernehmlassung Rz. 65).

9.1.4.2 Apotheken könnten mit tieferen Preisen als den empfohlenen versuchen, mehr "Konsumenten" von Levitra, Cialis und Viagra zu gewinnen; die Herabsetzung des einheitlichen Packungspreises würde durch erhöhte Verkäufe wettgemacht werden. Daher sei für den Intrabrand Wettbewerb bedeutsam, in welchem Masse der "Patient/Kunde" die Möglichkeit habe, diejenige Apotheke zu wählen, die das verordnete Produkt billiger als der empfohlene Preis anbiete. Sehr wahrscheinlich würde ein "Kunde, der den Preiswettbewerb heute nicht spielen" sehe, mehr Zeit für die Recherche nach dem tiefsten Medikamentenpreis aufwenden, wenn die Empfehlungen nicht mehr eingehalten würden. Die Apotheken seien an der Einhaltung der Preisempfehlung stark interessiert, weil dies das Risiko reduziere, sich über Apothekerpreise zu konkurrenzieren, und gleichzeitig eine interessante und fixe Gewinnmarge garantiere.

9.2. Die Beschwerdeführerin widerspricht dieser Sicht mit dem Einwand, im vorliegend relevanten Markt sei kein "funktionierender Marktmechanismus" vorhanden. Das Kartellrecht sei hier nicht anwendbar, da gesundheitsrechtliche Normen einen wirksamen Wettbewerb ausschlössen.

9.2.1. Levitra sei ein verschreibungspflichtiges Medikament gegen erektile Dysfunktion (Verkaufskategorie B), das erst nach ärztlicher Diagnose

bei der Abgabestelle unter Vorlage eines entsprechenden Rezeptes bezogen werden könne. Dies erfordere einen persönlichen Kontakt zwischen dem Kunden und der zugelassenen Fachperson. Der Bezug anderer Medikamente mit demselben Wirkstoff oder in einer anderen Dosierung sei heilmittelrechtlich nicht möglich.

Nach dem Heilmittelgesetz dürften zum Schutz der Gesundheit nur qualitativ hoch stehende, sichere und wirksame Heilmittel in den Verkehr gebracht werden. Gleichzeitig wolle das Heilmittelgesetz zur geordneten und flächendeckenden Versorgung mit Heilmitteln im ganzen Land beitragen. Die Umsetzung dieses Ziels fördere auf Stufe der Abgabestellen die Erhaltung ineffizienter Strukturen (d.h. viele kleine, flächendeckend verteilte Abgabestellen; relativ breites Sortiment je Abgabestelle; geringe Umsätze je Produkt). Bestimmte Vertriebsformen wie der Internet- oder Detailhandel seien gänzlich untersagt oder nur eingeschränkt zulässig.

Während bei rezeptpflichtigen Medikamenten Angebot und Nachfrage durch regulatorische Vorschriften begrenzt seien, bestünde im Markt für Medikamente gegen erektile Dysfunktion ein weiterer wettbewerbshemmender Faktor: Die Scham der Nachfrager von solchen Medikamenten, sich als solche zu erkennen zu geben. Dies führe dazu, dass die "Konsumenten" nicht diejenigen Abgabestellen bevorzugten, in denen sie das Medikament möglichst günstig beziehen könnten, sondern jene, wo sie unerkannt blieben. Der "Schamfaktor" verhindere, dass sich die "Konsumenten" untereinander über die Konditionen in den verschiedenen Abgabestellen austauschten, was die regulatorisch ohnehin schon stark eingeschränkte Preistransparenz weiter verschlechtere. Dieser Schamfaktor verleite auch dazu, die Medikamente nicht auf dem legalen und sicheren Vertriebsweg, sondern über den anonymen, gefährlichen und illegalen Internethandel zu erwerben.

Entscheidend sei, dass die Bewerbung verschreibungspflichtiger Medikamente aus gesundheitspolizeilichen Gründen nur sehr eingeschränkt und lediglich gegenüber Fachpersonen möglich sei. Sowohl den Herstellern als auch den Abgabestellen sei Publikumswerbung im Interesse an einem massvollen und sicheren Medikamentenkonsum strikte untersagt. Zwar erteile Art. 31 Abs. 2 HMG dem Bundesrat den Auftrag, die Bekanntgabe von Preisvergleichen für verschreibungspflichtige Arzneimittel zu ermöglichen und die Voraussetzungen dafür zu regeln. Die entsprechende Verordnung sei aber bisher noch nicht erlassen worden, was zu einer mangelnden Preistransparenz bei verschreibungspflichtigen Medi-

kamenten führe. Auch im Rahmen der anstehenden Revision des Heilmittelgesetzes sei die vollumfängliche Aufrechterhaltung der bestehenden Werberestriktionen vorgesehen.

Der Heilmittelgesetzgeber habe sich bei verschreibungspflichtigen Medikamenten im Interesse der Arzneimittelsicherheit für ein staatlich reguliertes Umfeld und somit gegen wirksamen Wettbewerb entschieden. Ein solcher sei im relevanten Markt unmöglich: Den Abgabestellen sei es verboten, mittels Publikumswerbung den Absatz von Medikamenten gegen erektile Dysfunktion zu steigern. Eine Bewerbung von Preisvorteilen dürfe damit nicht stattfinden. Ein aktiver Preisvergleich durch die Nachfrager von Medikamenten gegen erektile Dysfunktion sei nur schwer vorstellbar, da dies nicht dem modernen Konsumentenverhalten entspräche und die Nachfrager zudem vorab Anonymität suchten. Somit falle ein nachfrageseitiges "shopping-around" (passiver Wettbewerb) ausser Betracht. Auf Stufe der Abgabestellen sei daher ein Intrabrand Preiswettbewerb insofern ausgeschlossen, als jegliche Publikumswerbung verboten und zudem Art. 31 Abs. 2 HMG noch nicht umgesetzt worden sei.

9.2.2. Daneben hätten die Abgabestellen auch keine Mittel, miteinander in einen Interbrand Wettbewerb zu treten, weil das Rezept für ein bestimmtes Medikament den Bezug eines Konkurrenzproduktes ausschliesse. Angesichts dieser Umstände sei auf der Stufe der Abgabestellen ein wirksamer Wettbewerb im Markt für Medikamente gegen erektile Dysfunktion aufgrund wettbewerbswidriger gesundheitsrechtlicher Vorschriften unerwünscht und nicht erlaubt.

Insofern stellten die relevanten Bestimmungen des Heilmittelgesetzes – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – eben doch vorbehaltene Vorschriften dar, die eine Anwendung des Kartellgesetzes auf den vorliegenden Sachverhalt ausschlössen. Im Rahmen ihrer Vernehmlassung präzisiert die Beschwerdeführerin hierzu, dass trotz des heilmittelrechtlich praktisch verunmöglichten Wettbewerbs insofern noch ein sehr kleiner Raum für Wettbewerb verbleibe, als die Abgabestellen unbestrittenermassen frei seien, ihre Publikumspreise unabhängig von den Preisempfehlungen selbständig festzulegen; untersagt sei ihnen aber, mit den von ihnen festgelegten Publikumspreisen zu werben (vgl. Replik Rz. 58).

9.3. Bevor in der nachfolgenden E. 9.3.2 die umstrittene Hauptfrage zum angeblichen Wettbewerbsausschluss durch vorbehaltene Vorschriften untersucht werden kann, ist in der E. 9.3.1 vertieft auf die einzelnen Argu-

mente der Vorinstanz zu den auf dem relevanten Markt jeweils herrschenden Wettbewerbsverhältnissen näher einzugehen.

9.3.1.

9.3.1.1 Zu Recht unbestritten und nicht weiter zu prüfen sind die Darlegungen der Vorinstanz, wonach hier keine vorbehaltenen Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG im Sinne einer Ausstattung der Pharmaherstellerinnen (als "Angebotsseite") mit besonderen Rechten zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben zur Diskussion stehen (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 85 f.).

9.3.1.2 Des Weiteren geht die Vorinstanz, wie bereits in der E. 8.3.5.1 gezeigt wurde, von der zutreffenden (und ebenfalls unbestrittenen) Annahme aus, dass bei *kassenpflichtigen* Medikamenten staatlich in die Preisordnung eingegriffen wird, indem die (maximalen) Fabrikabgabe- und Publikumspreise amtlich festgesetzt werden, was die Anwendung des Kartellgesetzes nach Art. 3. Abs. 1 Bst. a KG ausschliesst.

Dass jedoch, wie die Vorinstanz geltend macht, ausgehend von dieser Prämisse im Umkehrschluss die Preise *aller* Hors-Liste Medikamente vom "freien Markt" und im Wettbewerb bestimmt werden müssten, kann jedenfalls lediglich in Bezug auf den Interbrand- und den Intrabrand-Wettbewerb der *nicht verschreibungspflichtigen* Hors-Liste Medikamente unbedingte Geltung beanspruchen, da hier weder die Verschreibungspflicht (vgl. Art. 23 Abs. 1 HMG, zitiert in E. 4.2.1.2) noch ein Publikumswerbeverbot (vgl. Art. 31 Abs. 1 HMG, zitiert in E. 4.2.1.4) wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entfalten können (und auch keine weiteren einschlägigen Faktoren ersichtlich sind).

9.3.1.3 Zu hinterfragen ist jedoch die Erwägung der Wettbewerbskommission, wonach für Levitra, Cialis und Viagra keine wettbewerbsausschliessenden Vorschriften einer staatlich vorgesehenen Markt- oder Preisordnung bestünden (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG), was (Preis-)Wettbewerb ermögliche (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 87). Dies trifft – entgegen der Vorinstanz – lediglich in Bezug auf die horizontale Ebene des Interbrand Wettbewerbs und da auch nur teilweise zu:

9.3.1.3.1. Wie bereits in der E. 5.2 aufgezeigt, finden sich keine nach Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltenen Vorschriften, welche auf der Stufe der Hersteller einem *Interbrand* Preiswettbewerb entgegenstehen würden.

9.3.1.3.2. Indessen bestehen solche Vorschriften auf der Stufe der Apotheken (vgl. E. 5.3.1.2, E. 5.3.2 und E. 8.3.5.2). Diese können deshalb nicht miteinander in einen Interbrand Wettbewerb treten, zumal das Rezept für ein bestimmtes Medikament den Bezug eines Konkurrenzproduktes ausschliesst. Zu Recht wird denn auch von niemandem geltend gemacht, dass sich die Publikumspreisempfehlungen für Levitra unter diesem Blickwinkel kritisieren liessen.

9.3.1.3.3. Anders wiederum ist die Lage auf der Stufe der selbstdispensierenden Ärzte zu beurteilen: Die Vorinstanz erachtet im Ergebnis eine Diskussion über möglichen *Interbrand* Preiswettbewerb auf dieser Stufe als von untergeordneter Bedeutung (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 141 und 222), da dort nicht der Preis der primäre Wettbewerbsparameter sei. Vielmehr hätten die Pharmahersteller mit ihren Arzneimitteln auf dieser Stufe einen Qualitätswettbewerb (vgl. E. 8.2.1.2) zu führen, der sich auf die Wirksamkeit und Verträglichkeit der entsprechenden Produkte bezieht.

Auch wenn die Bedeutsamkeit des hier angesprochenen *Qualitätswettbewerbs* nicht zu bestreiten ist, trägt die Vorinstanz indes mit ihrer nicht näher belegten Behauptung, wonach der Arzneimittelpreis erst beim Kauf in der Apotheke eine wichtige Rolle spiele (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 141), den Besonderheiten ärztlicher Behandlung nicht genügend Rechnung. Hier wird übersehen, dass der Preis insofern bereits auf der Stufe der behandelnden Ärzte eine wichtige Rolle spielt, als den Arzt bei der Verschreibung des Medikaments eine wesentliche Aufklärungspflicht trifft, wie in der E. 7.4.2.6 gezeigt wurde. Denn der Arzt, unabhängig davon, ob er selbst dispensieren darf oder nicht (vgl. E. 7.4.2.4.3), muss seinen Patienten nach der Diagnose beim Therapievorschlag (und einer allfälligen Information zu therapeutischen Alternativen) über die preisliche Seite von Arzneimitteln (insbesondere auf deren allfällige Nichtkassenpflichtigkeit) aufmerksam machen. So wurde denn im Untersuchungsverfahren etwa zu Recht von ärztlicher Seite verschiedentlich darauf hingewiesen, dass der Arzt seine Patienten, gerade weil die fraglichen nichtkassenpflichtigen Arzneimittel zur Behandlung erektiler Dysfunktion so ausgesprochen teuer sind, auch über die (stark) preisreduzierende Möglichkeit des sogenannten *"pill-cutting"* aufzuklären habe. 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, welche der Patient entsprechend der ärztlichen Therapieanweisung vor der Einnahme

mit einem sog. "pill-cutter"-Gerät halbieren muss (unter Aufbewahrung der Resthälfte für die nächste Einnahme).

9.3.1.4 Nicht zu folgen ist der Vorinstanz auch, wenn sie etwas apodiktisch dafür hält, dass der Staat, wenn er bereichsspezifisch Wettbewerb beschränken wolle, ein Monopol zu schaffen oder einen Tarif zu fixieren habe (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 60). Hier scheint sie zu übersehen, dass nicht nur Konstellationen existieren, in denen der Gesetzgeber vom (bewussten) Willen getragen ist, aus übergeordneten (vorab wirtschafts- oder sozialpolitischen) Gründen Wettbewerb (in allen oder nur bestimmten Formen, vgl. E. 8.2.1.2) zu beschränken oder auszuschalten (vgl. E. 8.3.5.1).

Abgesehen von einer staatlichen Preisbestimmung, welche den entsprechenden Preiswettbewerb zwingend ausschliesst (vgl. E. 8.3.5.1 und E. 9.3.1.2), kann nämlich auch eine rechtliche bzw. faktische, nicht auf Preisregulierung gerichtete Ordnung, soweit sie gewisse Wettbewerbsformen wesentlich einzuschränken vermag, wirksamen Preiswettbewerb ausschliessen (vgl. E. 8.3.5.2) oder jedenfalls in so erheblichem Masse schwächen, dass allfällige andere wettbewerbsbeschränkende Faktoren kaum mehr kausal ins Gewicht zu fallen vermögen.

Wie in der E. 8.3.5.2 gezeigt wurde, werden von Art. 3 Abs. 1 KG auch vorbehaltene Vorschriften erfasst, mit deren Hilfe einzig aus *polizeilichen* Gründen, d.h. zum Schutz besonders hochstehender Rechtsgüter (wie die Gesundheit), in einem entscheidenden Ausmass auf das Zusammenwirken der interessierten Wirtschaftsteilnehmer Einfluss genommen wird, so dass bestimmte Formen von Wettbewerb (wie z.B. Preis- oder Qualitätswettbewerb) dadurch alleine – oder gegebenenfalls kumulativ durch hinzukommende weitere Faktoren – verunmöglicht werden. Auch ohne die explizite Absicht des Gesetzgebers, Wettbewerb (oder allenfalls nur eine spezifische Form davon) ausschalten zu wollen, können gesetzliche Normierungen den Wettbewerb faktisch ausschalten oder (in graduell unterschiedlichem Masse) erschweren (vgl. E. 8.3.5).

Ob hier, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, eine solche Konstellation vorliegt, ist nachfolgend zu untersuchen.

9.3.2. Die Vorinstanz anerkennt zu Recht, dass der von ihr ausgeschiedene relevante Markt durch die heilmittelrechtliche Verschreibungspflicht

und das Publikumswerbeverbot reguliert wird (angefochtene Verfügung Rz. 67).

Dass sich diese Regulierung nach Ansicht der Vorinstanz mangels staatlich verordneter Höchstpreise nicht auf die Preisfestsetzung auswirke (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 67), ist auch insofern richtig, als den Apothekern (bzw. den selbstdispensierenden Ärzten) keine staatlichen Preisvorgaben gemacht werden, die bereits a priori Preiswettbewerb ausschliessen würden. Indessen ist nach den in der obigen E. 9.3.1 angestellten Überlegungen der vorinstanzliche Schluss nicht zwingend, wonach sich vorab die vom absoluten Publikumswerbeverbot geprägte Marktregulierung mangels staatlicher Höchstpreise nicht auf die Preisfestsetzung auswirke *und eben deshalb* Intrabrand Preiswettbewerb (mit dem Preis als dem massgeblichen Wettbewerbsparameter) unter Apotheken grundsätzlich *möglich sein müsse*.

Diese Sichtweise übersieht die Existenz anderer wettbewerbsbeschränkender Faktoren, weshalb nachfolgend, wie die Beschwerdeführerin zu Recht fordert, die praktische Tragweite des Publikumswerbeverbots zusammen mit dem "Schamfaktor" näher zu beleuchten und deren Auswirkungen auf die konkret strittigen Wettbewerbsverhältnisse zu untersuchen sind.

9.3.2.1 Die in der Wirtschaftsfreiheit enthaltene Freiheit unternehmerischer Betätigung (vgl. E. 8.1.1) gewährleistet – neben der freien Wahl (1.) der Mitarbeiter (BGE 122 I 44 E. 3/b/cc), (2.) der Organisation (BGE 135 V 237 E. 4.2) und (3.) der Geschäftsbeziehungen (BGE 129 III 35 E. 6.1) – insbesondere auch die *Freiheit der Werbung* (BGE 128 I 295 E. 4b, BGE 123 I 201 E. 4, BGE 118 Ib 356 E. 4/c, Urteil des Bundesgerichts 2C_559/2011 vom 20. Januar 2012 E. 4.2; VALLENDER, a.a.O., Rz. 20 und 22 zu Art. 27 BV; JAISLI, a.a.O., Rz. 14 zu Art. 31 HMG). In BGE 123 I 201 E. 4 hat das Bundesgericht zur Wichtigkeit der Werbung festgehalten, diese sei in einem marktwirtschaftlichen System *"une manière naturelle, voire nécessaire, de pratiquer la vente, car les producteurs et les négociants doivent renseigner les consommateurs sur les prix et les qualités de leurs marchandises"*.

9.3.2.1.1. Für den Gesundheitsbereich jedoch steht die im Heilmittelgesetz nicht näher definierte Arzneimittelwerbung, welche als Oberbegriff für die Fach- und Publikumswerbung gebraucht wird, in einem Spannungs-

feld zwischen Gesundheitsschutz und Umsatzförderung (JAISLI, a.a.O., Rz. 16, 19 und 31 zu Art. 31 HMG).

Nach Art. 2 Bst. a AWV gehören zur Arzneimittelwerbung – verstanden als *kommerzielle Kommunikation* (BGE 125 I 417 E. 3a, BGE 120 Ib 142 E. 3a; URSULA EGGENBERGER STÖCKLI, Arzneimittel-Werbeverordnung, Bern 2006, Rz. 9 zu Art. 2 AWV) – alle Massnahmen zur Information, Marktbearbeitung und Schaffung von Anreizen, die 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. und 15 ff. zu Art. 2 AWV; vgl. zur Absatzwerbung als Massnahme, um Konsumverhalten [absatzfördernd] zu beeinflussen, Verwaltungspraxis der Bundesbehörden VPB 67.134 E. 4.1.2 sowie EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 2 AWV).

9.3.2.1.2. Nach Art. 2 Bst. b AWV gilt als *Publikumswerbung* die Arzneimittelwerbung, die sich an das Publikum, d.h. an Nicht-Fachleute, richtet (vgl. JAISLI, a.a.O., Rz. 28 ff. zu Art. 31 HMG; EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., Rz. 26 zu Art. 2 AWV). Sie umfasst nach Art. 15 AWV (a.) Anzeigen in Zeitungen, Zeitschriften und Büchern, Prospekte, Plakate, Rundbriefe usw.; (b.) Werbung auf Gegenständen; (c.) Anpreisungen mittels Einsatzes audiovisueller Mittel und anderer Bild-, Ton- und Datenträger und Datenübermittlungssysteme, wie zum Beispiel im Internet; (d.) Anpreisungen anlässlich von 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. Insofern umfasst die Publikumswerbung zahlreiche Massnahmen der Wort-, Ton- und Anschauungswerbung sowie die Wertwerbung. Massgebend ist nicht das Medium, sondern der Zweck der Massnahme. Somit gilt Art. 15 AWV umfassend und zwar unabhängig von der Art der Werbung oder vom Werbemedium (EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 15 AWV). Zu beachten ist, dass der Geltungsbereich der Publikumswerbung weit gefasst ist, indem nicht nur Hersteller oder Vertreiber eines Arzneimittels, sondern generell alle Personen, die für ein Arzneimittel gegenüber dem Publikum Werbung machen, darunterfallen (JAISLI, a.a.O., Rz. 32 zu Art. 31 HMG).

9.3.2.1.3. Von dieser ans Publikum gerichteten Werbung zu unterscheiden ist die nach Art. 31 Abs. 1 Bst. a HMG auch für verschreibungspflichtige Arzneimittel grundsätzlich zulässige *Fachwerbung* (JAISLI, a.a.O., Rz. 22 ff. zu Art. 31 HMG). Darunter ist nach Art. 2 Bst. c AWV die Arz-

neimittelwerbung zu verstehen, die sich an zur Verschreibung, Abgabe oder zur eigenverantwortlichen beruflichen Anwendung von Arzneimitteln berechtigte Fachpersonen richtet.

9.3.2.1.4. Nicht als Werbung gelten demgegenüber nach Art. 1 Abs. 2 Bst. c AWV alle Informationen allgemeiner Art über die Gesundheit oder über Krankheiten, sofern sich diese weder direkt noch indirekt auf bestimmte Arzneimittel beziehen (wie Packungsmaterial oder Arzneimittelinformation; JAISLI, a.a.O., Rz. 33 ff. zu Art. 31 HMG).

9.3.2.2 Nach Art. 31 Abs. 1 HMG ist Werbung für Arzneimittel grundsätzlich erlaubt, wobei *Publikums*werbung nur für rezeptfrei erhältliche Arzneimittel gemacht werden darf (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte [Heilmittelgesetz, HMG] vom 1. März 1999 [Botschaft HMG], BBl 1999 III 3453, S. 3517).

Insofern gilt die Freiheit der Werbung nicht absolut und insbesondere dann nicht, wenn zum Polizeigüterschutz verhältnismässige gesundheitspolizeiliche Einschränkungen angezeigt sind (vgl. JAISLI, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 31 HMG; Urteil des Bundesgerichts 2C_367/2008 vom 20. November 2008 E. 4.1; EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 2 AWV), welche die Sicherheit der Herstellung und den Schutz der Patienten bezwecken und in mehr oder weniger starkem Ausmass das Wettbewerbsverhalten auf dem entsprechenden Markt zu beeinflussen vermögen (vgl. HEER, a.a.O., S. 123).

9.3.2.2.1. Von nicht sachgerecht in Verkehr gebrachten Heilmitteln kann eine erhebliche *Gefahr für die öffentliche Gesundheit* – als besonders hochwertiges Rechtsgut (BGE 118 Ia 427 E. 6b) – ausgehen (KIESER, a.a.O., Rz. 15, S. 154 mit Verweis auf VPB 2003 IV 1340 f.). Da der Gesundheitsschutz eine (grundrechtskonforme) Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit zulässt (KIESER, a.a.O., Rz. 15, S. 154 f. mit Hinweisen), steht im Heilmittelgesetz die gesundheitspolizeiliche Zwecksetzung im Vordergrund (vgl. Art. 1 Abs. 1 HMG). Mit ihr soll verhindert werden, dass Patientinnen und Patienten zu viele oder nicht die optimalen Arzneimittel einnehmen (BGE 123 I 201 E. 4; KIESER, a.a.O., Rz. 15, S. 154 mit Hinweisen sowie Rz. 44, S. 170; JAISLI, a.a.O., Rz. 46 zu Art. 31 HMG); THOMAS POLEDNA, Allgemeiner Überblick, SBVR VIII – Gesundheitsrecht, a.a.O., Rz. 48, S. 32).

Mit anderen Worten geht es beim erstrebten Schutz der öffentlichen Gesundheit um die Bekämpfung eines übermässigen oder missbräuchlichen Konsums therapeutischer Substanzen (BGE 123 I 201 E. 5a; EICHENBERGER/MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 232; EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., Rz. 44 und 48 zu Art. 2 AWV sowie Rz. 53 zu Art. 5 AWV; RICHLI, a.a.O., S. 344 ff.). Auf diese Weise dient das Heilmittelgesetz, welches frei von sozialpolitisch motivierten Regelungen ist, dem Anliegen einer zweckentsprechenden sowie massvollen Verwendung von Heilmitteln (EICHENBERGER/MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 233 und S. 235).

9.3.2.2.2. Aus den oberwähnten gesundheitspolizeilichen Gründen ist nach Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG Publikumswerbung für Arzneimittel, die nur auf ärztliche Verschreibung hin abgegeben werden dürfen, unzulässig. Nach Art. 21 AWV ebenso unzulässig ist auch: (a.) das Bewerben von Indikationen oder Anwendungsmöglichkeiten, für die es eine ärztliche oder eine tierärztliche Diagnose oder Behandlung braucht; (b.) jede aufdringliche, marktschreierische Werbung; (c.) Werbung, die den Anschein erweckt, es handle sich um einen redaktionellen Beitrag; (d.) das Entgegennehmen von Arzneimittelbestellungen anlässlich von Hausbesuchen, Ausstellungen, Vorträgen, Werbefahrten und dergleichen sowie auf Grund von adressierter Direktwerbung; (e.) die direkte Abgabe von Arzneimitteln zum Zwecke der Verkaufsförderung; (f.) das Abgeben von Gutscheinen für Arzneimittel; (g.) jede Aufforderung zur Kontaktnahme mit der Zulassungsinhaberin; (h.) die Durchführung von Wettbewerben.

Mit der Beschränkung der Publikumswerbung auf Arzneimittel, die *nicht* verschreibungspflichtig sind, soll insbesondere verhindert werden, dass sich Patienten mit Krankheiten, die einer ärztlichen Diagnose und Therapie bedürfen, selbst behandeln oder als Folge solcher Werbung von ihrem Arzt bestimmte Arzneimittel verlangen (Botschaft zum HMG, a.a.O., S. 3518; EGGENBERGER STÖCKLI, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 3 AWV sowie Rz. 5 zu Art. 14 AWV).

9.3.2.2.3. Mit diesem umfassend ausgestalteten Publikumswerbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel wird allen Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten generell verboten, in Werbemedien für solche Produkte mit Preis- oder Sachinformationen auf das eigene Angebot aufmerksam zu machen, was ihnen erst erlauben würde, sich von der "Konkurrenz" zu profilieren.

Dies ist insofern wichtig, als für Nachfrager von Wirtschaftsgütern im Vorfeld von Kaufentscheidungen in der Regel die *Suche nach Preisinformationen* sehr bedeutsam ist (vgl. SEBASTIAN VAN BAAL, Das Preissuchverhalten der Konsumenten – Ein verhaltensökonomisches Erklärungsmodell auf der Basis der Theorie des Anspruchsniveaus, Diss. Köln 2011, S. 1). Voraussetzung dafür wäre indessen *Markt- bzw. Preistransparenz* (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 am jeweiligen Markt angebotenen Leistungen und deren Preise. Ökonomisch betrachtet verschärft eine hohe Preistransparenz für die Anbieter die Risiken, die mit einer zu hohen Preisfestsetzung verbunden sind, da die 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 spielen die Werbemöglichkeiten für die Markt- wie auch Preistransparenz eine entscheidende Rolle.

Dürfen verschreibungspflichtige Medikamente weder von Herstellern, noch von Apotheken noch von selbstdispensierenden Ärzten beworben werden, fehlen den Endkonsumenten die entsprechenden Informationen, welche für Preistransparenz unabdingbar sind. Insbesondere entfällt die Möglichkeit, sich über das Internet zu den Preisen zu informieren. Zur Bedeutung dieses umwälzenden Informationskanals halten Arnold Picot und Rahild Neuburger zutreffend fest (PICOT/NEUBURGER, in: Hoeren/Sieber [Hrsg.], Multimedia-Recht, 31. Ergänzungslieferung, Stand: 2012, Rz. 111-113):

> "Das Internet verändert jedoch nicht nur die Anzahl der potenziellen Konkurrenten. Es führt vor allem zu einer größeren Transparenz über vorhandene Produkte und Konditionen. Die typischen Märkte der klassischen Ökonomie lassen sich durch einen geringen bis mittleren Grad an Markttransparenz charakterisieren. Dies bedeutet, dass die Nachfrager nur einen geringen bis mittleren Überblick über die Zahl der Anbieter sowie über Preis und Qualität der Angebote haben. Die zunehmende Durchdringung der Märkte mit Internet und Informations- und Kommunikationstechniken sowie die damit einhergehende umfassende und allzeitige Verfügbarkeit von Informationen auch für Nachfrager führen zu einer steigenden Markttransparenz. Nachfrager können sich bei gleichen Transaktionskos-

> ten in Form von Such- und Informationskosten weitaus mehr Informationen über Anbieter, Produkte, Leistungen und insbesondere Preise einholen als dies früher der Fall war."

Mit dem fraglichen Publikumswerbeverbot für verschreibungspflichtige Medikamente wird Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten untersagt, sich durch Werbung (irgendwelcher Art) gegenüber der Konkurrenz mit preislich günstigeren Angeboten im Bewusstsein der Patienten zu präsentieren. Damit lässt dieses Werbeverbot die Markttransparenz für solche Medikamente entfallen oder schränkt sie zumindest sehr stark ein. Insofern bedeutet das Publikumswerbeverbot für Levitra nach der informationsökonomischen Theorie der Werbung eine sogenannte "negative Markttransparenz", und ist insofern mit stark eingeschränkten "Markttransparenzeffekten" verbunden (vgl. dazu 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.).

Damit schafft das in Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG (i.V.m. Art. 14 und Art. 21 AWV) verankerte Publikumswerbeverbot im Interesse des Gesundheitsschutzes im Ergebnis eine praktisch preiswettbewerbsfreie Sphäre, was zweifellos ein einschneidender Eingriff in den Wettbewerb, insbesondere in die Wirtschaftsfreiheit, bedeutet (vgl. KIESER, a.a.O., Rz. 12, S. 150 f.; vgl. insbes. auch HELMUT KÖHLER, in: Köhler/Bornkamm, Beck'sche Kurzkommentare – Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 30. Aufl., München 2012, Rz. 13.28 zu § 4 D-UWG, wonach mit staatlichen Werbeverboten hoheitlich in den Wettbewerb zwischen Privaten eingegriffen wird; EICHENBERGER/MARTI/STRAUB, a.a.O., S. 232).

9.3.2.3 Dieser Umstand erhält umso mehr Gewicht, wenn er insbesondere vor dem Hintergrund folgender Überlegung gesehen wird:

Wenn eine abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG, wie die Vorinstanz zutreffend darlegt (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 93 ff.), eine Wettbewerbsbeeinträchtigung *bewirken* bzw. *bezwecken* muss, so setzt dies voraus, dass im fraglichen Markt Wettbewerb auch in einem hinlänglichen Masse möglich sein muss, indem Marktverhältnisse herrschen sollten, welche den, wie auch immer umschriebenen und als schützenswert postulierten Wettbewerb (vgl. E. 8.2.1.1 ff.) *in genügendem Ausmass zulassen*, so dass dieser in der Folge auch durch entspre-

chende kartellwidrige Abreden oder abgestimmte Verhaltensweisen – (zumindest) *direktkausal* – beeinträchtigt werden könnte.

9.3.2.3.1. Gegen diese Sichtweise liesse sich einwenden, dem im Kartellgesetz nicht definierten Begriff des wirksamen Wettbewerbs (vgl. E. 8.2.1.1) lasse sich keinerlei *Untergrenze* für die herrschende Wettbewerbsintensität entnehmen, welche das Bedürfnis nach Schutz gegen allfällige zusätzliche private Beschränkungen entfallen liesse. So gesehen liesse sich argumentieren, bei einem durch Publikumswerbeverbote "reduzierten Wettbewerbsrahmen" könne dem Kartellgesetz allenfalls sogar noch eine viel höhere Bedeutung zukommen als bei "frei herrschendem Wettbewerb".

Dazu ist einzuräumen, dass tatsächlich nicht jegliche staatliche, den Wettbewerb tangierende Marktintervention zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs (verstanden als Rivalitätsprinzip) führt. Indes drängt sich unabweisbar die Frage auf, bei *welcher Intensität* eines entsprechenden Eingriffs in die konkret in Frage stehende "Wettbewerbsstruktur" bzw. in den konkreten "Wettbewerbsprozess" davon auszugehen wäre, dass eine den Wettbewerb beeinträchtigende Regelung noch genügend Raum für eine *sinnvolle Anwendung* wettbewerbsrechtlicher Prinzipien lässt.

9.3.2.3.2. Obschon alle Apotheken, wie die Vorinstanz zu Recht einräumt (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 252), ein Interesse an einem effizienten Vertrieb und an Massnahmen haben mögen, die primär den eigenen Absatz fördern, nimmt ihnen das Publikumswerbeverbot *ihr wirksamstes Kommunikationsinstrument für Preiswettbewerb* aus der Hand, nämlich die *Preiswerbung*.

Solange das aus gesundheitspolizeilichen Erwägungen eingeführte Publikumswerbeverbot (E. 9.3.2.2.1 f.) eine wirksame *Preispublizität* unter Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten nicht erlaubt, lässt sich, wie bereits erwähnt, keine für Patienten leicht zugängliche *Preistransparenz* herstellen. Genau diese Transparenz wäre aber eine unabdingbare Voraussetzung für wirksamen Intrabrand Preiswettbewerb unter Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten, wie ihn die Vorinstanz fordert. Denn der vom Kartellgesetzgeber postulierte wirksame Wettbewerb bedarf des Mediums der *Werbefreiheit* (vgl. E. 9.3.2.1). Dies wird besonders deutlich, nachdem sich Apotheken sowie selbstdispensierende Ärzte nur mit dieser Freiheit, ihre Produkte umfassend bewerben zu dürfen, gegenüber ihren

"Konkurrenten" als "bessere Geschäftspartner" positionieren können, wenn sie mit günstigeren Preisen auf sich aufmerksam machen wollen.

Aber selbst diese Einschätzung ist zumindest in Bezug auf selbstdispensierende Ärzte fragwürdig, wenn das rechtlich und psychologisch komplex strukturierte *Arzt–Patientenverhältnis* im Lichte der gesundheitsrechtlich relevanten Normen (E. 7.4.2), insbesondere seiner berufsethischen Pflichten (E. 7.4.2.2.3 und E. 7.4.2.4.2) betrachtet und bedacht wird, dass der Medikamentenverkauf für den Arzt nur eine untergeordnete Rolle spielen darf (vgl. E. 7.4.2.4.3 und E. 7.4.3.3; BGE 131 I 205 E. 3.2).

Dass, wie die Vorinstanz meint, die Werbung für Medikamente gegen erektile Dysfunktion nicht a priori verboten sei, sondern eine allgemeine Werbung für entsprechende Produkte ohne konkrete Nennung eines bestimmten Arzneimittels erlaubt wäre (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 67), ist nicht relevant, da die Vorinstanz eine Form des *Preiswettbewerbs* auf der Stufe der Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte schützen möchte, den sie – kausal betrachtet – *einzig* durch die Empfehlung als beseitigt erachtet.

9.3.2.3.3. Erneut zu betonen ist, dass es – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – hier nicht um eine allfällige wirtschaftspolitische Intervention in den "marktwirtschaftlichen Mechanismus der Preisbildung" geht, sondern um die *wirtschaftspolizeiliche* Intervention in den Wettbewerb zum Schutz der Patienten vor übermässigem oder unsachgemässem Medikamentenkonsum sowie zur Verhinderung unsachlicher Einflussnahme auf den verschreibenden Arzt (vgl. E. 9.3.2.2.2). Diese hoheitliche Intervention ist als Publikumswerbeverbot ausgestaltet und beschränkt die Marktauftrittsmöglichkeiten der Apotheken und der selbstdispensierenden Ärzte in so entscheidendem Ausmass, dass sinnvoller Intrabrand-Preiswettbewerb, wie ihn die Vorinstanz postuliert, bereits im Ansatz als illusorisch erscheint, wie die Beschwerdeführerin zu Recht rügt.

Wird daher Preiswettbewerb bereits durch Werbeverbote faktisch verunmöglicht, muss von einer gesundheitspolizeilichen Rahmenordnung ausgegangen werden, welche einer kartellgesetzlichen Intervention insofern Schranken setzt, als bereits die Möglichkeit sinnvollen Preiswettbewerb zu betreiben, wirksam unterbunden wird und zwar durch die im öffentlichen Interesse liegenden gesundheitspolizeilichen Vorschriften zur Verhinderung von Medikamentenmissbrauch und verantwortungsloser Selbstmedikation (vgl. E. 9.3.2.2.1). Mit anderen Worten führt das Publi-

kumswerbeverbot – als *absolutes Verbot wirtschaftlicher Kommunikation zur Herstellung von Preistransparenz* auf dem fraglichen Markt – zu einer so weitgehenden Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips, dass nicht nur kein genügender Raum für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien mehr besteht, sondern erst Recht kaum noch Raum verbleibt für die von der Vorinstanz erhobenen wettbewerbsrechtlichen Vorwürfe.

9.3.2.3.4. Für diese Sichtweise spricht insbesondere auch der Umstand, dass der Bundesrat in Art. 31 Abs. 2 HMG beauftragt wird, die Voraussetzungen für die Bekanntgabe von Preisvergleichen für verschreibungspflichtige Arzneimittel zu regeln. In seiner Botschaft zum Heilmittelgesetz hielt der Bundesrat fest (a.a.O., S. 3517):

> "Das Publikum benötigt andererseits aber Informationen, damit es vom Wettbewerb profitieren kann. Beispielsweise soll ein Patient ohne grosse Suchkosten mögliche Preisunterschiede von Arzneimitteln ermitteln können. So sollen namentlich auch die Krankenkassen ihre Versicherten auf günstige Bezugsquellen aufmerksam machen dürfen. Absatz 2 hält deshalb die Zulässigkeit von Preisvergleichen bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln auch für den Fall fest, dass diese Art Werbung sich ans Publikum richtet. Um der Gefahr zu begegnen, dass unter dem Vorwand von Preisvergleichen in erster Linie für das Produkt geworben wird und somit die Werbeverbotsvorschriften gemäss Artikel 32 umgangen werden, erhält der Bundesrat den Auftrag, die genauen Bedingungen zu definieren, die diese Art Anpreisung respektieren muss. Mit diesen Regeln soll jede Werbung, die direkt oder indirekt eine Mengenausweitung verursachen könnte, untersagt bleiben."

Dieser Rechtsetzungsauftrag kann sinnvollerweise nur als Ausdruck dafür aufgefasst werden, dass der Gesetzgeber hier *ein Korrektiv gegen fehlenden Preiswettbewerb* setzen wollte, sich also von der Einsicht leiten liess, dass gerade durch das Publikumswerbeverbot (für verschreibungspflichtige Arzneimittel) der von der Vorinstanz geforderte Preiswettbewerb in einem Ausmass verhindert wird, was den entsprechenden Rechtsetzungsauftrag zur Ermöglichung von Preisvergleichen notwendig machte. Denn ohne diese "Gegenausnahme" zum Publikumswerbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, welche erst das Terrain für (freilich gesundheitspolizeilich eingeschränkte) Preisvergleiche ermöglichen würde, lässt sich – mangels Preistransparenz – ein wirksamer Preiswettbewerb kaum denken, wie der Bundesrat in seiner Botschaft mit der Wendung ("vom Wettbewerb profitieren") klar zum Ausdruck bringt (Botschaft zum HMG, a.a.O., S. 3517). Damit wird zutreffend unterstellt, dass ohne

(staatlich regulierte) Bekanntgabe von Preisvergleichen, welche erst die für Preiswettbewerb notwendige Preistransparenz herstellen könnte, "das Publikum" vom Wettbewerb eben nicht profitieren könne.

Anzumerken ist, dass der Bundesrat den ihm in Art. 31 Abs. 2 HMG übertragenen Rechtsetzungsauftrag bis heute nicht umgesetzt hat (vgl. VPB 70.92 E. 4.1).

9.3.2.4 Ob allerdings die mit dem heilmittelrechtlichen Publikumswerbeverbot verbundene "negative Markttransparenz" für sich alleine (und rein abstrakt betrachtet) bereits ausreicht, um als vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG gelten zu können, wie die Beschwerdeführerin meint, kann hier offengelassen werden, wenn nachfolgend die Wirkung des Publikumswerbeverbots vor dem Hintergrund des von der Beschwerdeführerin beklagten *"Schamfaktors"* beleuchtet wird.

9.3.2.4.1. Während die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang rügt, das Publikumswerbeverbot wirke sich *erheblich* auf den wirksamen Intrabrand Preiswettbewerb aus, blendet die Vorinstanz diesen Gesichtspunkt völlig aus, indem sie betont, insbesondere die Apotheken seien an der Einhaltung der Preisempfehlung stark interessiert, weil dies das Risiko reduziere, sich über Apothekerpreise zu konkurrenzieren, und gleichzeitig eine interessante und fixe Gewinnmarge garantiere (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 226).

9.3.2.4.2. Mit der Beschwerdeführerin ist davon auszugehen, dass das für Apotheken und selbstdispensierende Ärzte geltende Publikumswerbeverbot deren Auftrittsmöglichkeiten auf dem Markt (mit Blick auf den von der Vorinstanz geforderten wirksamen Preiswettbewerb) ganz entscheidend einschränkt (vgl. E. 9.3.2.2.3 ff.), wobei der bei "Erektionsstörungen" vorhandene, psychologisch nicht zu unterschätzende "Schamfaktor" das Verhalten des Patienten bei der Suche nach (und beim Besuch in) Apotheken wohl kaum in wettbewerbsförderlicher Weise zu beeinflussen vermag.

In diesem Zusammenhang bemängelt die Beschwerdeführerin die Diktion der Vorinstanz, welche den "Schamfaktor" als Wettbewerbsparameter bezeichnet (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 216), diesen aber wegen dessen Abhängigkeit vom potenziellen Käufer (und der fehlenden Beeinflussbarkeit durch die einzelnen "Verkaufsstellen") nicht als wirksamen Parameter gelten lassen will (angefochtene Verfügung Rz. 216; Replik

Rz. 9b). Demgegenüber fasst die Beschwerdeführerin diesen Faktor als "natürliches Wettbewerbshemmnis" für den Wettbewerb im untersuchten Markt auf (Replik Rz. 9b).

9.3.2.4.3. Entgegen der Meinung der Vorinstanz ist der Schamfaktor als wettbewerbserschwerende psychologische Grösse ein Parameter von nicht zu unterschätzender Relevanz, wenn die Frage zu prüfen ist, ob dieser zusammen mit dem Publikumswerbeverbot (als ebenfalls stark wettbewerbserschwerender regulatorischer Parameter) geeignet ist, konkret zu einem Wettbewerbsausschluss zu führen.

So dürfte es wohl kaum überraschen, dass ein ärztliches Rezept für Levitra vom Patienten wohl in der Regel als schamerregendes "Attest" seiner "Impotenz", "Erektionsschwierigkeiten" oder gar "Unzulänglichkeiten als Mann" aufgefasst werden dürfte, was auch die grosse Wirksamkeit des "Schamfaktors" als wettbewerbsbeeinflussender, psychologischer Parameter erklären mag.

Die nicht zu leugnende Möglichkeit, dass der an Erektionsstörungen leidende Patient den Preis bei Apotheken oder selbstdispensierenden Ärzten nachfragen kann, um sich so ein Bild über die Preisverhältnisse und eine allfällige Rabattbereitschaft der "Verkaufsstellen" machen zu können, kann angesichts der Wirksamkeit des "Schamfaktors" vernachlässigt werden. Insofern vermöchte die Auskunftsermächtigung der Apotheker die preiswettbewerbsunterdrückende Auswirkung des heilmittelgesetzlichen Werbeverbotes wohl kaum wirksam zu kompensieren. Dass, wie die Beschwerdeführerin glaubt, auch insofern etwas Restwettbewerb existieren könnte, als Patienten des Preises wegen bei Apotheken "herumtelefonieren", kann wohl kaum ernsthaft als der Preiswettbewerb bezeichnet werden, den sich die Vorinstanz idealtypisch als schützenswert vorzustellen scheint. Mit anderen Worten erweist sich ein etwaiger Preisvergleich der Patienten durch direkte Preisabfragen bei Apotheken oder gar selbstdispensierenden Ärzten angesichts des "Schamfaktors" als eher unwahrscheinlich. Denkbar wäre aufgrund des "Schamfaktors" allenfalls ein Preisvergleich, indem ein Patient bei mehrmaligen Bezügen in verschiedenen Apotheken diejenige mit dem günstigsten Preis ermittelt hat und inskünftig dort seinen Bedarf an solchen Medikamenten deckt. Abgesehen von diesem Fall, dürfte der Schamfaktor regelmässig dazu führen, dass die ohnehin schon aufgrund des Werbeverbots äusserst stark eingeschränkte Preistransparenz durch das Konsumentenverhalten noch-

mals eingeschränkt wird, so dass wohl kaum mehr ausreichende Preistransparenz vorliegen dürfte.

Für die Plausibilität dieses Gedankengangs spricht die grosse Bedeutung des "Schamfaktors", die sich indirekt am unbestrittenermassen rasanten Anstieg des (grösstenteils illegalen) Internethandels mit den Arzneimitteln Levitra, Viagra und Cialis ablesen lässt. Dies wiederum hängt ganz offensichtlich mit der hochgeschätzten *Anonymität des Internets* zusammen. Gerade weil wegen des "Schamfaktors", wie die Beschwerdeführerin erklärt, "sehr viele Nachfrager von ED-Medikamenten Risiken in Kauf" zu nehmen bereit sind, die objektiv betrachtet aus der Sicht eines um seine Gesundheit besorgten "Konsumenten" nicht zu verantworten seien (vgl. Replik Rz. 56), ist wohl kaum damit zu rechnen, dass Patienten (mit dem ihre "Erektionsstörung" attestierenden Arztrezept) grosse Recherchen nach der billigsten Apotheke unternehmen werden.

9.3.2.5 Wie vorstehend gezeigt wurde, ist der wettbewerbliche Einfluss des heilmittelrechtlichen Publikumswerbeverbots auf den Intrabrand Preiswettbewerb (zwischen Abgabestellen) nicht nur erheblich. Vielmehr muss, mit dem Schamfaktor zusammen betrachtet, von einer so erheblichen Einschränkung des fraglichen Preiswettbewerbs ausgegangen werden, dass im vorliegenden Fall funktional betrachtet eine heilmittelrechtliche Regulierung anzunehmen ist, die angesichts der besonderen wettbewerbsdeterminierenden Umstände (Schamfaktor) im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG "für bestimmte Waren" (Levitra, Cialis und Viagra) Wettbewerb, das heisst den (von der Vorinstanz als beseitigt betrachteten) Intrabrand Preiswettbewerb auf der Stufe der Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte nicht zulässt.

Insofern ist das Kartellgesetz in der strittigen Konstellation nicht anwendbar, was der angefochtenen Verfügung die Grundlage entzieht (vgl. E. 6.3).

9.3.2.5.1. Vor diesem Hintergrund vermag die Ansicht der Vorinstanz, wonach – kausal betrachtet – *einzig* die Veröffentlichung und Einhaltung der Empfehlungen den Preiswettbewerb verhindere, weshalb Apotheken mit tieferen als den empfohlenen Preisen versuchen könnten, mehr "Konsumenten" von Levitra, Viagra und Cialis zu gewinnen und durch erhöhte Verkäufe die entsprechenden "Verluste" der Preisherabsetzung wettzumachen, ebenso wenig zu überzeugen, wie die Auffassung, wonach ein "Kunde, der den Preiswettbewerb heute nicht spielen" sehe, wahrschein-

lich mehr Zeit für die Recherche nach dem tiefsten Medikamentenpreis aufwenden würde, wenn die Empfehlungen nicht mehr eingehalten würden (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 225).

Hier hätte sich die Vorinstanz wohl fragen müssen, auf welche legale (insbesondere nicht den illegalen Internethandel umfassende) Weise sich denn die vermeintlichen "Kunden", d.h. die an Erektionsstörungen leidenden *Patienten*, über tiefere Medikamentenpreise orientieren könnten, wenn das Publikumswerbeverbot einen direkten Preisvergleich a priori verunmöglicht und sich der "Schamfaktor" angesichts der Natur des Medikaments derart auswirkt, dass wohl kaum ernsthaft mit Nachfragen in Apotheken bzw. mit Preisverhandlungen zu rechnen ist. Mit anderen Worten muss hier wohl insbesondere das Publikumswerbeverbot als Faktor gewichtet werden, welcher die Informations- und Vergleichsmöglichkeiten und damit die Preistransparenz und Preispublizität in einem Ausmass erschwert, dass der hinzutretende Schamfaktor – als wirksame psychologische Barriere – den in Frage stehenden Preiswettbewerb geradezu ausschliesst. Insofern dürfte auch die Auffassung der Vorinstanz, wonach bei überhöhten Verkaufspreisen ein verschriebenes Medikament einfach in einer anderen, billigeren Apotheke gekauft würde (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 141), wohl kaum der Lebenswirklichkeit entsprechen.

9.3.2.5.2. Inwiefern die Ansicht der Beschwerdeführerin, wonach sich die Publikumspreisempfehlungen auf der Stufe der untersuchenden und verschreibenden Ärzte insofern "wettbewerbsintensivierend" auswirkten, als sie für diese und deren Patienten ein Minimum an "Markttransparenz" geschaffen hätten (Replik Rz. 7i), braucht hier nicht näher untersucht zu werden.

9.3.3. Angesichts dieses Ergebnisses muss auf die in der E. 9.1.3 zur Preisbekanntgabeverordnung aufgeworfenen Fragen nicht näher eingegangen werden.

Ebenso erübrigt sich eine Diskussion der weiteren Rügen, wonach die Publikumspreisempfehlungen nicht Bestandteil einer unzulässigen vertikalen Wettbewerbsabrede gewesen seien und, selbst wenn dies bejaht würde, angesichts von Rechtfertigungsgründen zulässig wären.

10.
Des Weiteren verlangt die Beschwerdeführerin die Zusprechung einer Parteientschädigung für die vorinstanzliche Untersuchung.

10.1. Mit Verweis auf BGE 132 II 47 räumt sie zwar ein, dass nach bundesgerichtlicher Praxis für erstinstanzliche Verfahren kein Anspruch auf eine Parteientschädigung nach Art. 64 VwVG bestehe. Trotzdem müsse hier ein entsprechender Anspruch bejaht werden. Denn auf Untersuchungen zu Preisabsprachen seien die strafprozessualen Regeln und Garantien anwendbar, insbesondere die strafprozessualen Entschädigungsregeln. Demnach habe ein Angeschuldigter bei Verfahrenseinstellung (bzw. ein Freigesprochener) grundsätzlich Anspruch auf Ersatz des während des gesamten Verfahrens erlittenen Schadens. Dieser Anspruch gelte, wenn sich der Schaden aus unrechtmässigen strafprozessualen Handlungen ergebe. Sie sei in ein unfair geführtes, verwaltungsstrafrechtliches Verfahren verwickelt worden und habe sich gegen eine drohende Verurteilung und eine hohe Sanktion mit Strafcharakter wehren müssen. Unfair sei das Verfahren vor der Vorinstanz gewesen, weil diese keine richterliche Instanz sei. All diese Umstände rechtfertigten die Zusprechung einer Parteientschädigung, was selbst dann gelte, wenn sich das Untersuchungsverfahren als rechtmässig herausstellen sollte.

10.2. Die Vorinstanz hat sich zu dieser Frage nicht vernehmen lassen.

10.3.

10.3.1. Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin lässt sich das vorinstanzliche Untersuchungsverfahren nicht bereits deswegen als "unfair" bezeichnen, weil die Vorinstanz keine richterliche Behörde ist. Das muss sie nach dem anwendbaren Verfahrensrecht auch nicht sein (vgl. dazu die E. 3.4 mit Verweis auf BGE 139 I 72 E. 4.2-4.4). Insofern geht die Kritik der Beschwerdeführerin fehl. Andererseits ist ihr zuzugestehen, dass bei einer Anwendbarkeit *strafprozessualer* Regeln (insbes. allenfalls analog heranzuziehender Entschädigungsregeln) auch in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren die Frage nach einem Entschädigungsanspruch für anwaltliche Bemühungen in *erstinstanzlichen* Verfahren zu diskutieren wäre.

In diesem Zusammenhang besteht in der Doktrin eine Kontroverse zur Frage, ob auch in Kartellsanktionsverfahren lediglich das VwVG oder aber nur das Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) Anwendung findet (vgl. dazu im Einzelnen MARTENET, CR Concurrence, a.a.O., Rz. 4 ff. der Vorbem. zu Art. 39-43 KG). Dieser Frage muss jedoch nicht vertieft nachgegangen werden, nachdem jedenfalls keine Norm des Kartellgesetzes auf die Strafpro-

zessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0) verweist und der Gesetzgeber auch ausdrücklich darauf *verzichtet* hat, für Kartell(sanktions)verfahren eine lex specialis zu schaffen (MARTENET, CR Concurrence, a.a.O., Rz. 19 der Vorbem. zu Art. 39-43 KG).

10.3.2. Damit steht fest, dass zur Frage der finanziellen Folgen von Kartellsanktionsverfahren einzig das Kartellgesetz in Verbindung mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz anwendbar sind.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, auf welche die Beschwerdeführerin zu Recht hinweist, handelt es sich bei der Pflicht zur Entrichtung einer Parteientschädigung nicht um einen allgemeinen prozessualen Grundsatz (vgl. dazu bereits die wegweisende Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen REKO/WEF im Entscheid 99/FB-001 vom 14. Dezember 2000 E. 3, veröffentlicht in RPW 2000/4, S. 703).

Vielmehr bedarf eine solche Pflicht, welche im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren nicht üblich ist, einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage (BGE 132 II 47 E. 5.2 in Änderung der Rechtsprechung des Urteils des Bundesgerichts 2A.191/2005 vom 2. September 2005 E. 5.1, wo nicht näher geprüft worden war, ob Art. 64 VwVG eine hinreichende gesetzliche Grundlage für eine Parteientschädigung im erstinstanzlichen Verfahren bildet; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.]: VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 45 zu Art. 6 VwVG). Beim Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes hat der Gesetzgeber aber bewusst darauf verzichtet, die Möglichkeit der Zusprechung einer Parteientschädigung auch für das erstinstanzliche Verfahren vorzusehen, später dann eine Ausnahme einzig für den Fall kollektiver Vertretung nach Art. 11a VwVG statuiert (BGE 132 II 47 E. 5.2).

10.3.3. Unbestrittenermassen enthalten weder das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz Bestimmungen, welche die Zusprechung von Parteientschädigungen für *erstinstanzliche*, nichtstreitige Verwaltungsverfahren erlauben würden. Da es sich beim Ausschluss von Parteientschädigungen für erstinstanzliche Verfahren nicht um eine echte Lücke handelt, sondern der Gesetzgeber einen Ausschluss bewusst wollte, besteht für eine analoge Anwendung von Art. 64 VwVG, der nur für Beschwerdeverfahren gilt, kein Raum (BGE 132 II 47 E. 5.2; Entscheid der REKO/WEF 99/FB-001 E. 3, a.a.O.). Darüber hinaus lässt sich nach

herrschender Meinung auch kein Anspruch auf eine Parteientschädigung direkt aus der BV ableiten (vgl. Entscheid der REKO/WEF 99/FB-001 E. 3.4, a.a.O.; STEFAN BILGER, BSK-KG, a.a.O., Rz. 117 zu Art. 39 KG mit Hinweisen; vgl. demgegenüber den wohl überholten BGE 104 Ia 9 [E. 1], wonach eine im Einzelfall erfolgende Zusprechung einer Parteientschädigung gestützt auf Art. 4 aBV "an sich denkbar" sei, sofern die Ablehnung eines [gesetzlich nicht abgestützten] Entschädigungsbegehrens "in stossender Weise dem Gerechtigkeitsempfinden zuwiderliefe").

10.3.4. Sollen im Lichte der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung Parteientschädigungen auch in Untersuchungsverfahren vor der Wettbewerbskommission künftig zulässig sein, müsste vielmehr der Gesetzgeber, hierzu als hinreichende Grundlage eine entsprechende Bestimmung erlassen (vgl. BGE 132 II 47 E. 5.2).

Dieser Weg wurde in der anstehenden Revision des Kartellgesetzes vom Bundesrat angedacht. Im Rahmen der Institutionenreform wird, wenn auch im Kontext eines – politisch stark umstrittenen – neuen Gerichtsmodells, ein entsprechender Entschädigungsanspruch für Untersuchungsverfahren vorgeschlagen (vgl. den [undatierten] Entwurf des Bundesrates zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 2012 1851 ff., insbes. Ziff. 1.3.7 S. 29 sowie S. 51 f. zu E-Art. 39a KG).

10.3.5. Somit erweist sich, entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerin, die Zusprechung einer Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren mangels gesetzlicher Grundlage als ausgeschlossen, weshalb das entsprechende Begehren als unbegründet abzuweisen ist.

11.
Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Wettbewerbskommission mit der verfügten Sanktion sowie dem Veröffentlichungsverbot für die strittigen Publikumspreisempfehlungen Bundesrecht verletzt.

11.1. Obschon die Vorinstanz den "Absatzmarkt" für die (wegen ihres gesundheitlichen Gefährdungspotenzials) verschreibungspflichtigen Medikamente Levitra, Cialis und Viagra angesichts der gesundheitspolizeilichen Regulierung grundsätzlich zu Recht nicht als einen "normalen Markt" bezeichnet, unterstellt sie im Widerspruch dazu im Ergebnis doch einen gewöhnlichen Konsumgütermarkt, ohne die Auswirkungen des Zusammenspiels zwischen heilmittelgesetzlichem Publikumswerbeverbot

und dem psychologisch wirksamen "Schamfaktor" auf den Intrabrand Preiswettbewerb sorgfältig zu analysieren. Insbesondere würdigt sie die Besonderheiten der Rolle selbstdispensierender Ärzte in der Behandlung ihrer Patienten nicht gebührend.

Wie in der E. 9 detailliert aufgezeigt wurde, vermögen beim strittigen Medikament Levitra die heilmittelgesetzlichen Rahmenbedingungen (Verschreibungspflicht sowie Publikumswerbeverbot) angesichts des psychologisch wirksamen "Schamfaktors" (als wettbewerbsbeschränkender Parameter) den Intrabrand Preiswettbewerb auf der Stufe der Abgabestellen in einem Ausmasse auszuschalten, dass hier von einem gesetzlichen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG auszugehen ist (E. 9.3.2.5).

11.2. Insofern hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu Unrecht in der Veröffentlichung von Publikumspreisempfehlungen für Levitra eine nach Art. 49*a* Abs. 1 KG sanktionswürdige – und zudem nach Art. 30 Abs. 1 KG verbotswürdige – Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG angenommen.

Erweist sich damit die zu Lasten der Beschwerdeführerin ausgesprochene Sanktion sowie das entsprechende Veröffentlichungsverbot als rechtlich nicht haltbar, muss die angefochtene Verfügung insoweit als bundesrechtswidrig aufgehoben werden. Die Beschwerde ist deshalb, soweit darauf eingetreten werden kann (E. 1.4), teilweise begründet und gutzuheissen. Dementsprechend sind die Ziffer 1 insgesamt sowie die Ziffern 2 und 4 des Verfügungsdispositivs, soweit sie sich auf die Beschwerdeführerin beziehen, aufzuheben.

11.3. Bei diesem Verfahrensausgang ebenfalls aufzuheben ist die Ziff. 7 des Verfügungsdispositivs, soweit sich diese auf die Beschwerdeführerin bezieht. Aufgrund des vorstehenden Ergebnisses darf die Beschwerdeführerin nicht zur Tragung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten verpflichtet werden, zumal sich die zu Beginn bestehenden Anhaltspunkte hinsichtlich einer allfällig 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]).

11.4. Da die Beschwerdeführerin im Wesentlichen obsiegt, erübrigt sich eine Diskussion ihrer weiteren Rügen, wonach die strittigen Publikumspreisempfehlungen nicht Bestandteil einer unzulässigen vertikalen Wett-

bewerbsabrede gewesen seien und, selbst wenn dies bejaht würde, angesichts von Rechtfertigungsgründen zulässig wären (vgl. E. 9.3.3).

11.5. Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich die Zusprechung einer Parteientschädigung für das vorinstanzliche Untersuchungsverfahren verlangt, ist dieses Begehren als unbegründet abzuweisen (vgl. E. 10).

12.

12.1.

12.1.1. 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).

12.1.2. Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin überwiegend obsiegende Partei, zumal im Wesentlichen die Verpflichtung zur Bezahlung der Sanktion sowie das Veröffentlichungsverbot für die Preisempfehlungen im Streite lagen. Deshalb sind der Beschwerdeführerin in stark ermässigtem Umfang Verfahrenskosten aufzuerlegen, soweit auf ihre Beschwerde nicht einzutreten ist (E. 1.2.4) bzw. ihr Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung für die vorinstanzliche Untersuchung abzuweisen ist (E. 10).

12.1.3. Diese Kosten werden in Anbetracht aller relevanten Umstände auf Fr. 1'400.– festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 14'000.– verrechnet, weshalb der Beschwerdeführerin der Restbetrag von Fr. 12'600.– nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten sein wird.

12.2.

12.2.1. 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).

12.2.2. Für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten ihrer Rechtsvertretung – in dieser Streitsache mit einem hohen finanziellen Streitwert – 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).

12.2.3. Für ihre Rechtsvertretung hat die Beschwerdeführerin am 10. April 2013 eine detailliert begründete Kostennote eingereicht.

Ausgehend von unterschiedlichen Stundenansätzen (in einer Bandbreite von Fr. 320.–/h bis Fr. 600.–/h) macht sie für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – ausgehend von rund 570 aufgewendeten Stunden und den Kosten für den Beizug externer Rechtsberatungen ("EU-Gutachten") – Vertretungskosten in der Höhe von insgesamt Fr. 327'176.10 geltend. Dazu betont die Beschwerdeführerin, es sei angesichts des Vermögensinteresses der Streitigkeit gerechtfertigt, der zu sprechenden Entschädigung Stundenansätze zu Grunde zu legen, welche den Maximalansatz nach Art. 10 Abs. 2 VGKE von Fr. 400.-/h überschreiten.

12.2.3.1 Bei der Bemessung der Parteientschädigung innerhalb des gesetzlichen Rahmens steht dem Bundesverwaltungsgericht ein gewisses Ermessen zu. Das Honorar berechnet sich mithin einzig nach dem Aufwand und nicht nach dem Streitwert. Eine summenmässig bestimmte feste Obergrenze besteht nicht (Urteil des Bundesgerichts 2C_343/2010, 2C_344/2010 vom 11. April 2011 E. 8.3.1 [in BGE 137 II 199 nicht publizierte Erwägung]). Indessen umfasst die Parteientschädigung nur die

notwendigen Kosten (Urteil des Bundesgerichts 2C_343/2010, 2C_344/2010 E. 8.3.4, a.a.O.).

12.2.3.2 Vorab ist der Beschwerdeführerin nicht zu folgen, soweit sie vom Maximalstundenansatz von Fr. 400.–/h abweichen und Honoraransätze bis Fr. 600.–/h in Anwendung bringen will. Die Beschwerdeführerin missversteht Art. 10 Abs. 3 VGKE insofern, als diese Norm einzig vorsieht, dass bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse das *Anwaltshonorar* – und nicht, wie die Beschwerdeführerin meint, die Stundenansätze – angemessen erhöht werden können. Eine entsprechende Korrektur der eingereichten Honorarnote, bei der alle Fr. 400.–/h überschreitenden Ansätze auf dieses Maximalmass gekürzt werden, führt denn auch allein bereits zu einem Abzug von rund Fr. 40'000.–. Indes ist – angesichts des Vermögensinteresses der Streitigkeit – nachfolgend Art. 10 Abs. 3 VGKE bei der Bestimmung der angemessenen Höhe der Parteientschädigung zu berücksichtigen.

Der Beschwerdeführerin ist grundsätzlich zuzustimmen, dass es sich hier um ein komplexes Beschwerdeverfahren handelte und auf juristischem Neuland eine Vielzahl höchst anspruchsvoller Rechtsfragen zu klären waren. Auch zeichnen sich die sorgfältig ausgearbeiteten Rechtsschriften der Beschwerdeführerin durch eine ausserordentlich hohe Qualität der Rechtsanalyse, insbesondere durch knapp und klar formulierte Argumente aus. Zu beachten ist aber, dass die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin bereits im Untersuchungsverfahren mit dem vorliegenden Fall intensiv befasst waren, wofür sie aber mangels gesetzlicher Grundlage keine Parteientschädigung beanspruchen können (vgl. vorstehende E. 10). Da sie die sich stellenden Tat- und Rechtsfragen bereits aus dem Untersuchungsverfahren kannten und entsprechende Rechtsschriften verfasst hatten, erscheint der für das vorliegende Beschwerdeverfahren geltend gemachte Aufwand, insbesondere auch der Gesamtstundenaufwand von rund 568 Arbeitsstunden (rund 14 Arbeitswochen), als zu hoch angesetzt.

Deshalb ist angesichts des für angemessen zu erachtenden Aufwandes sowie der unbestreitbaren Komplexität der Streitsache der überwiegend obsiegenden Beschwerdeführerin eine reduzierte Parteientschädigung von insgesamt Fr. 60'000.– (inkl. MWST) zulasten der Vorinstanz zuzusprechen. Diese Parteientschädigung hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin nach Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

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

1.2. Soweit weitergehend, wird die Beschwerde abgewiesen.

2.
Der Beschwerdeführerin werden (ermässigte) Verfahrenskosten von Fr. 1'400.– auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 14'000.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 12'600.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 60'000.– (inkl. MWST) 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:	Der Gerichtsschreiber:
Vera Marantelli	Said Huber

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 10. Dezember 2013