

# **BGE 151 II 742**

Bundesgericht (BGE), 2025-01-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_151 II 742](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_151_II_742)

FR: ATF 151 II 742

IT: DTF 151 II 742

## **Regeste**

Regeste Art. 3 Abs. 1 lit. a und Abs. 2, Art. 4 Abs. 2, Art. 7 Abs. 1 und 2 lit. e und f, Art. 49a KG; Art. 3 SVKG; Art. 5 Abs. 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; Wettbewerbsbeeinträchtigung als Voraussetzung für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung; Adressaten der Sanktionierung und Sanktionsbemessung. Streitgegenstand (E. 3) sowie Verhältnis des KG zum UWG und URG, insbesondere Vorbehalt des Urheberrechtsschutzes (E. 4). Sanktionsadressatin nach Restrukturierung (E. 6). Marktabgrenzung (E. 7.5) sowie Voraussetzungen und Prüfung der marktbeherrschenden Stellung (E. 8.1-8.4, 8.5.4, 8.6.5 und 8.6.6). Allgemeine Voraussetzungen für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (E. 9). Bezüglich der Voraussetzung der Wettbewerbsbeeinträchtigung sind die Wettbewerbsbehörden nicht verpflichtet, nachzuweisen, dass eine Verhaltensweise gemäss Art. 7 Abs. 2 KG die Konkurrenz effektiv bzw. erfolgreich vom Markt verdrängt hat oder in welchem konkreten Ausmass (z.B. Marktanteilsverluste oder Umsatzeinbussen) der Wettbewerb geschädigt wird. Jedoch genügt für den Nachweis nicht eine bloss hypothetische oder abstrakte Gefahr einer Wettbewerbsschädigung; eine bestimmte Verhaltensweise muss effektiv potentiell geeignet sein, den Wettbewerb zu beeinträchtigen bzw. eine Verdrängungswirkung zu erzeugen und ist nicht alleine aufgrund ihrer Form oder per se missbräuchlich. Anwendung auf den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG (Präzisierung der Rechtsprechung; E. 10). Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG, insbesondere Voraussetzung der getrennten Güter (E. 11). Keine Berücksichtigung konzerninterner Umsätze bei der Bemessung des Sanktionsbetrages, wenn keine Kosten-Preis-Schere vorliegt (E. 12.7).

## **Erwägungen**

### **E. 3**

Vorliegend geht es wie erwähnt um den (allfälligen) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 KG). In Frage stehen der Missbrauch durch die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG) sowie durch die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen (sog. Koppelung, Art. 7 Abs. 2 lit. f KG).

#### **E. 3.1**

Es ist unbestritten, dass es sich sowohl bezüglich des sog. Compendiums als auch der INDEX-Datenbanken im fraglichen Zeitraum für das schweizerische Gesundheitswesen um die vollständigsten, umfassendsten und qualitativ hochstehende Verzeichnisse bzw. Datenbanken für Medikamenteninformationen handelte. Während das Compendium Arzneimittelinformationen umfasste, wurden sieben benutzerspezifische INDEX-Datenbanken angeboten (vgl. Bst. D.b vorinstanzliches Urteil), nämlich

careINDEX (für Heime, rund BGE 151 II 742 S. 751 100'000 Artikel, insb. Arzneimittel, Medizinprodukte, Verbrauchsmaterialien), drogINDEX (für Drogerien, rund 180'000 Artikel, insb. rezeptfreie Arzneimittel, Hygiene, Pflege), hospINDEX (für Spitäler, rund 180'000 Artikel), medINDEX (für Ärztinnen und Ärzte, rund 100'000 Artikel, insb. Arzneimittel, Medizinprodukte, Praxis- und Laborbedarf), pharmINDEX (für Apotheken, rund 180'000 Artikel), insureINDEX (für Kostenträger wie Kranken- und Unfallversicherer, insb. mit abrechnungsrelevanten Informationen) und logiINDEX (für Grossisten, rund 180'000 Artikel).

### **E. 3.2**

Die zwecks Zulassung auf AIPS veröffentlichten Arzneimittelinformationen erscheinen in einem unstrukturierten Fliesstext und werden von der Beschwerdeführerin 2 für die Publikation insbesondere strukturiert und mit weiteren Informationen ergänzt (vgl. Bst. A.a und A.b oben). INDEX-Datenbanken beruhen auf diversen, sog. XML-Schemata, welche untereinander durch Referenzen verknüpfbar sind. Die Aufbereitung der Arzneimittelinformation für ein einzelnes Produkt ist relativ arbeitsintensiv (vgl. E. 9.2.2.19 vorinstanzliches Urteil). Pro Arzneimittel sind 700 Felder hinterlegt. Diese Datenfelder werden in einen maschinenlesbaren Code "übersetzt". Anhand dieser Codierung ist auch die Interaktionsprüfung (dazu nachfolgend) zwischen verschiedenen Produkten möglich. Die Beschwerdeführerin 2 verfügt für diese Arbeiten über eine eigene Fachredaktion aus Ärztinnen und Ärzten, Apothekern, Pharmaassistentinnen und IT-Spezialisten. Die Informationen auf den INDEX-Datenbanken gehen weit über jene auf AIPS heraus, indem sie z.B. Angaben zu Hilfsstoffen, Anwendung bei Nieren- oder Leberinsuffizienz, Kontraindikationen, Allergien sowie wirtschaftliche und vertriebsbezogene Informationen enthalten. Insbesondere wird vermerkt, ob ein Arzneimittel durch die Krankenkasse bezahlt wird. Zudem wird durch die Verknüpfung der Daten eine Interaktionsprüfung (Interaktionscheck) ermöglicht, d.h. Unverträglichkeiten bzw. negative Wechselwirkungen zwischen verschiedenen Arzneimitteln werden automatisch angezeigt, was Fehlmedikationen verhindert. Ausserdem werden die Arzneimittelinformationen auf AIPS nur in der Korrespondenzsprache (mit Swissmedic) veröffentlicht, während im Compendium und den INDEX-Datenbanken die Informationen in allen Landessprachen erscheinen. Der durchschnittliche Aufwand für die Aufbereitung des Dateneintrags für ein Präparat in das maschinenlesbare Datenformat beträgt rund 27 Stunden (vgl. Bst. A.a und A.b oben; vgl. Bst. C.d.c, D.a, D.b.d und D.b.e sowie E. 12.4.40 und 13.5.18 vorinstanzliches Urteil). BGE 151 II 742 S. 752 Die Veröffentlichung auf AIPS und die Publikation im Compendium bzw. den INDEX-Datenbanken verfolgen unterschiedliche Zwecke. Während die Veröffentlichung auf AIPS für die Zulassung des Arzneimittels erfolgt, dienen das Compendium und die INDEX-Datenbanken den Leistungserbringern, sprich den Ärztinnen und Ärzten, Apotheken und Spitälern zur Verschreibung und Abgabe von Arzneimitteln an die Patientinnen und Patienten. Die Leistungserbringer konsultieren für die Verschreibung von Arzneimitteln nicht AIPS, sondern die Publikationen der Beschwerdeführerin 2 (vgl. Bst. C.d.f und E. 8.1.3.4 angefochtenes Urteil; vgl. Bst. A.a und A.b oben).

### **E. 3.3**

HCI Solutions AG (Beschwerdeführerin 2, nachfolgend auch Documed AG und e-mediat AG einschliessend) als Anbieterin des Compendiums und der INDEX-Datenbanken befand sich jeweils mit den folgenden Akteuren in folgenden Vertragsverhältnissen: -

Leistungserbringer (Ärztinnen und Ärzte, Spitäler, Apotheken etc.): Lizenzvertrag mit Dienstleistungspaket zur Nutzung der Produkte Compendium und INDEX-Datenbanken; - Softwarehäuser: Lizenzvertrag zur Integration der Daten der INDEX-Produkte in ihre Softwareprogramme, welche schliesslich von den Leistungserbringern genutzt werden. Ein einziger von 176 Lizenzverträgen mit diversen Softwarehäusern, nämlich der Lizenzvertrag mit dem Softwarehaus Ärztekasse Genossenschaft, enthielt im relevanten Zeitraum (vgl. nicht publ. E. 2.3) die folgende Klausel A (vgl. Bst. E.b.c und E.b.d sowie E. 12.1.1 vorinstanzliches Urteil): "Soweit es die Ärztekasse zur Herstellung oder Weiterentwicklung von Vertragsprodukten als sinnvoll erachtet, den Produktanwendern zusätzlich den Zugriff auf für sie nützliche Partner- und Produkte-Stamm-Daten (d.h. auf andere als auf HOSINDEX- und CIS-Daten) zu ermöglichen, ist sie verpflichtet, dieselben bei e-mediati zu beschaffen. Soweit e-mediati zu deren Bereitstellung nicht bereit oder dazu nicht innert einer der Problemstellung angemessenen nützlichen Frist in der Lage ist, ist die Ärztekasse berechtigt, diese Komponenten anderweitig zu beziehen." In 83 von 176 Lizenzverträgen mit diversen Softwarehäusern war im relevanten Zeitraum die folgende Klausel B enthalten (vgl. Bst. E.b.g und E. 12.1.3 vorinstanzliches Urteil): "Ohne vorgängige schriftliche Zustimmung von e-mediati ist das SWH [Softwarehaus] nicht berechtigt, Daten Dritter in die XML-Strukturen von BGE 151 II 742 S. 753 e-mediati zu implementieren und/oder Daten in seine SW [Software]-Programme einzuspeisen, die nicht von e-mediati stammen und die gleich oder im Wesentlichen gleich wie Daten von e-mediati strukturiert sind." - Zulassungsinhaberinnen (Pharmaunternehmen): "Vereinbarung zur Publikation von Informationen im Arzneimittel-Kompendium der Schweiz® und in den INDEX-Produkten", welche insbesondere die Publikation der veredelten Fach- und Patienteninformationen bezüglich des vom Pharmaunternehmen hergestellten Arzneimittels enthielt. Diese Vereinbarungen wurden ab April 2012 abgeschlossen. Der sogenannte "Leistungskatalog 2013" der Beschwerdeführerin 2 zu den vorgenannten Publikationsvereinbarungen enthielt ein Basismodul D1, welches die Publikation der Fach- und Patienteninformationen (der Arzneimittel) im Compendium umfasste, sowie ein Basismodul E1, welches die Publikation der Medikamenteninformationen und CDS-Daten (Clinical Decision Support-Daten für rezeptpflichtige Produkte, z.B. maximale Einzel- und Tagesdosen bei Erwachsenen, Dosierungsanpassung bei Nieren- und Leberinsuffizienz etc.) in den INDEX-Datenbanken beinhaltete. Beide Basismodule konnten unabhängig voneinander gebucht werden. Sowohl das Basismodul D1 als auch das Basismodul E1 konnten jedoch nur mit den sogenannten "Basisdienstleistungen", nämlich redaktionellen und technischen Qualitätssicherungs- und Aufbereitungsarbeiten, bezogen werden (vgl. Bst. E.a.e und E. 13.1.1 angefochtenes Urteil). Im Weiteren konnte die Zulassungsinhaberin gemäss der genannten Publikationsvereinbarung optional die Beschwerdeführerin 2 damit beauftragen, die für die Zulassung nach Heilmittelgesetz nötigen Arzneimittelinformationen auf die Datenbank AIPS von Swissmedic hochzuladen (Upload). Diese Leistung erbrachte die Beschwerdeführerin 2 kostenlos.

### **E. 3.4**

Die Vorinstanz hat zwei Märkte abgegrenzt und kommt zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin 2 auf diesen jeweils über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügte (dazu E. 7 unten). Vorliegend ist im Wesentlichen umstritten, ob die Beschwerdeführerin 2 wie von der Vorinstanz erwogen in der fraglichen Zeit ihre marktbeherrschende Stellung gegenüber der Konkurrenz missbraucht hat. Die Vorinstanz ist der Auffassung, die Beschwerdeführerin 2 erfülle - mit den Klauseln A und B

im Vertragsverhältnis mit Softwarehäusern den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG (Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung); BGE 151 II 742 S. 754 - aufgrund des Umstandes, dass die Basismodule D1 und E1 jeweils nur mit den genannten Basisdienstleistungen bezogen werden können, sowie mit dem kostenlosen Angebot des Datenupload auf AIPS im Vertragsverhältnis mit Zulassungsinhaberinnen den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG (die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen, kurz sog. Koppelung). Damit wird gemäss Vorinstanz die Marktmacht allerdings nicht gegenüber den Softwarehäusern und/oder den Zulassungsinhaberinnen missbraucht, sondern gegenüber den konkurrierenden Anbietern von veredelten Datenbanken. Die Vorinstanz erblickt in den genannten Klauseln und Vertragsbestimmungen eine Verschliessung des Marktes für potentielle Konkurrenten der Beschwerdeführerin 2. Der Konkurrenz wurde laut Vorinstanz im Wesentlichen verunmöglicht, in den Markt für veredelte Medikamenteninformationen einzutreten (vgl. E. 12.5.18 und E. 13.7.14 angefochtenes Urteil).

### **E. 3.5**

Die Beschwerdeführerinnen bringen zunächst vor, die Sachverhaltsermittlung durch die Vorinstanz sei unvollständig und teilweise offensichtlich unrichtig. Zudem machen sie geltend, dass die Beschwerdeführerin 1 (Vifor Pharma AG bzw. neu Vifor Pharma Participations AG) aufgrund der genannten Umstrukturierung (vgl. Bst. A.d ff. oben) gar keine Verfügungs- und Sanktionsadressatin sein könne. Im Weiteren wird die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin 2 bestritten und diesbezüglich eine Verletzung von Art. 4 Abs. 2 KG gerügt. Zudem wird eine Verletzung von Art. 7 KG, insbesondere von Art. 7 Abs. 2 lit. e und f KG, gerügt. Im Sinne einer Eventualbegründung wird schliesslich geltend gemacht, dass auch die vorinstanzlichen Erwägungen zur Sanktionierung der Beschwerdeführerinnen rechtsfehlerhaft seien.

### **E. 3.6**

Nachfolgend werden bzw. wird - die Sachverhaltsrügen in E. 5, - die Qualifikation der Beschwerdeführerin 1 als Verfügungs- und Sanktionsadressation in E. 6, - die Frage der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin 2 in E. 7 und 8, BGE 151 II 742 S. 755 - die Frage des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Allgemeinen in E. 9, - die Frage des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch die Einschränkung der Erzeugung etc. ( Art. 7 Abs. 2 lit. e KG ) in E. 10, - die Frage des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch eine sog. Koppelung ( Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ) in E. 11, - und die Sanktionierung in E. 12 behandelt. III. Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

### **E. 4**

Bezüglich der Verwendung der Klausel B (vgl. E. 3.3 oben) stellen sich vereinzelte Fragen bezüglich des Einflusses der Vorschriften zum unlauteren Wettbewerb und zum Urheberrechtsschutz. Es ist deshalb angezeigt, das Verhältnis dieser Vorschriften zum Kartellrecht zu klären.

#### **E. 4.1.1**

Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen. Insoweit diese

Vorschriften greifen, wird der materielle Anwendungsbereich des KG beschränkt. Dies bedeutet, dass der Wettbewerb je nach Umfang der staatlichen Markt- oder Preisordnung punktuell oder vollständig ausgeschlossen wird ( BGE 141 II 66 E. 2.2.1 und E. 2.2.3 f.; BGE 129 II 497 E. 3.3.1; Urteil 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 7.1).

#### **E. 4.1.2**

Das Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241) dient wie das KG der Erhaltung sowie dem Funktionieren des wirtschaftlichen Wettbewerbs und schützt öffentliche und individuelle Interessen. Der Fokus des UWG richtet sich dabei primär auf den Schutz des Wettbewerbs vor Beeinträchtigung durch unlautere Mittel im Sinne der Sicherung einer gewissen Qualität des Wettbewerbs. Aufgrund der sich ergänzenden Zielsetzungen des KG und des UWG ist davon auszugehen, dass die entsprechenden Vorschriften parallel bzw. kumulativ anwendbar sind (vgl. RUDOLF LANZ, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz [nachfolgend: BSK KG], 2. Aufl. 2021, N. 45 zu Art. 3 Abs. 3 KG ; ROLF H. WEBER, in: KG [nachfolgend: DIKE-Kommentar KG], 2018, N. 103 ff. zu Art. 3 KG ).

#### **E. 4.2.1**

Gemäss Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG nicht unter das Gesetz (KG) fallen Wettbewerbswirkungen, "die sich ausschliesslich aus der BGE 151 II 742 S. 756 Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben". Unter die genannte Gesetzgebung fällt unter anderem das Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (URG; SR 231.1). Die Bestimmung offenbart ein Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerb und geistigem Eigentum. Immaterialgüterrechte verleihen ein gesetzliches Ausschliesslichkeitsrecht, welches gegenüber jedermann (erga omnes) wirkt, und in diesem Sinne eine gewisse "Monopolstellung". Ein zu starker Eingriff des Wettbewerbsrechts würde den Anreiz, geistiges Eigentum und damit Innovationen zu schaffen, reduzieren. Auf der anderen Seite soll verhindert werden, dass der Schutz des geistigen Eigentums über das hinausgeht, was nötig ist, um den genannten Anreiz zu erhalten. Es geht mit anderen Worten darum, einen Ausgleich zu finden zwischen dem Schutz des geistigen Eigentums und dem Wettbewerb. Aufgrund der durch das geistige Eigentum geschaffenen Anreize für wettbewerbsfördernde Innovation ist die damit verbundene rechtliche Exklusivstellung kartellrechtlich grundsätzlich unbedenklich. Das Kartellrecht soll jedoch als Korrektiv eingreifen, wenn der Rechteinhaber seine Vorzugsstellung in unzulässiger Weise ausdehnt und die Funktionsfähigkeit des Substitutions-Wettbewerbs gefährdet (WEBER, DIKE-Kommentar KG, a.a.O., N. 41 zu Art. 3 KG ; ADRIEN ALBERINI, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence [nachfolgend: CR Droit de la concurrence], 2. Aufl. 2013, N. 1 f. zu Art. 3 Abs. 2 KG ). Letztlich geht es darum, Kartell- und Immaterialgüterrecht als äquivalente Bestandteile einer ganzheitlichen Wirtschaftsordnung zu begreifen, wobei beide Rechtsgebiete geeignete Rahmenbedingungen für wettbewerblich erwünschte Innovation und Wohlstandsvermehrung auf Seiten der Konsumentinnen anstreben (WEBER, DIKE-Kommentar KG, a.a.O., N. 43 zu Art. 3 KG ; ALBERINI, CR Droit de la concurrence, a.a.O., N. 62 zu Art. 3 Abs. 2 KG ).

#### **E. 4.2.2**

Nach dem Verständnis von "ausschliesslich" in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG sind nur Wettbewerbswirkungen dem KG entzogen, die sich ausschliesslich aus dem URG ergeben

(vgl. Urteil 2C\_561/2022 vom 23. April 2024 E. 7.3.3.2). Darunter sind Wettbewerbsbeschränkungen zu verstehen, welche sich aus dem materiellen Gehalt des angerufenen Immaterialgüterrechts, d.h. vorliegend Urheberrecht, ergeben. Unter den genannten Vorbehalt fällt nur solches Wettbewerbshandeln, dessen beschränkende Wirkung direkt und unmittelbar aus dem betreffenden Immaterialgütergesetz, vorliegend dem URG, resultiert (WEBER, DIKE-Kommentar KG, a.a.O., N. 45, 47 zu Art. 3 KG ). BGE 151 II 742 S. 757

### **E. 4.2.3**

Vorliegend geht die Vorinstanz davon aus, dass die Beschwerdeführerinnen nicht über einen Urheberrechtsschutz betreffend die in den INDEX-Datenbanken enthaltenen Medikamentendaten verfügen. Allerdings ist sie wie die Beschwerdeführerinnen der Auffassung, dass die XML-Strukturen der INDEX-Datenbanken urheberrechtlich geschützt sind, weshalb das Kopieren der XML-Strukturen und das Anbieten eines Konkurrenzprodukts mit denselben XML-Schnittstellen unzulässig sei (vgl. E. 2.2.2.4 und 12.6.17 angefochtenes Urteil). Folglich ist davon auszugehen, dass die XML-Strukturen der INDEX-Datenbanken urheberrechtlichen Schutz geniessen. Vorliegend sind die Auswirkungen des Urheberrechtsschutzes im Zusammenhang mit der Klausel B (in den Verträgen mit den Softwarehäusern) bzw. dem Vorwurf der Einschränkung der Erzeugung und des Absatzes ( Art. 7 Abs. 2 lit. e KG ) zu prüfen, weshalb auf E. 10.8 unten zu verweisen ist. (...) V. Die Beschwerdeführerin 1 (Vifor Pharma Participations AG, vor mals Vifor Pharma AG) als Sanktionsadressatin

### **E. 6.1**

Die Beschwerdeführerinnen machen im Wesentlichen geltend, die Beschwerdeführerin 2 (HCI Solutions AG) sei heute eine Konzerngesellschaft der Galenica AG. Die Vifor Pharma AG sei dagegen infolge Umstrukturierung mittlerweile Teil eines anderen Konzerns mit einer anderen Geschäftstätigkeit als die Beschwerdeführerin 2 bzw. die heutige Galenica AG und übe keinerlei Kontrolle mehr über die Beschwerdeführerin 2 aus. Die Vifor Pharma AG könne deshalb nicht mehr Sanktionsadressatin sein. Die Vorinstanz verletze Bundesrecht bzw. Art. 49a KG , indem sie die Vifor Pharma AG nach wie vor als Sanktionsadressatin heranziehe.

### **E. 6.2**

Die Vorinstanz hat diesbezüglich im Wesentlichen erwogen, das im Zeitpunkt der kartellrechtswidrigen Handlungen für das "Täterunternehmen" HCI Solutions AG (Beschwerdeführerin 2) verantwortliche Unternehmen existiere fort, und zwar als Vifor Pharma AG. Auch zum Zeitpunkt der Eröffnung der Verfügung der WEKO (vom 19. Dezember 2016) am 21. März 2017 habe die ursprüngliche Galenica AG und später in Vifor Pharma AG umfirmierte Gesellschaft (vgl. Bst. A.d ff. oben) noch die Kontrolle über die Beschwerdeführerin 2 (als ihre Enkelgesellschaft) gehabt. Da die Vifor Pharma AG nach wie vor existiere, sei sie neben der HCI Solutions AG als Sanktionsadressatin heranzuziehen (vgl. E. 3 vorinstanzliches Urteil). BGE 151 II 742 S. 758 Einen anderen Punkt betrifft dagegen der Umstand, dass die Beschwerdeführerin 1 heute mangels Kontrolle (vgl. Bst. A.f oben) keinen Einfluss mehr auf das Verhalten der Beschwerdeführerin 2 ausüben kann. Die Vorinstanz hat diesbezüglich erwogen, es sei angezeigt, Massnahmen im Sinne von Art. 30 KG nur noch der HCI Solutions AG (Beschwerdeführerin 2) aufzuerlegen (vgl. E. 14 vorinstanzliches Urteil). Sie hat deshalb

die Ziff. 2 und 3 des Dispositivs der Verfügung der WEKO (vom 19. Dezember 2016; vgl. Bst. B.b oben) neu gefasst und richtet die Massnahmen bzw. Verhaltensanweisungen bezüglich Vertragsgestaltung nur noch an die Beschwerdeführerin 2. Die Beschwerdeführerin 1 wurde dagegen als Massnahmenadressatin gestrichen (vgl. Ziff. 3 Urteilsdispositiv vorinstanzliches Urteil; vgl. Bst. B.c oben). Dieser Punkt ist vor Bundesgericht nicht bestritten.

### **E. 6.3**

Dass die Beschwerdeführerin 2 Sanktionsadressatin im Sinne von Art. 49a KG sein kann, ist unbestritten. Bestritten ist dagegen, dass die Beschwerdeführerin 1 noch als Sanktionsadressatin in Frage kommt. Sachverhaltsmässig ist gemäss vorinstanzlicher Feststellung davon auszugehen, dass die Vifor Pharma AG sowohl während der allenfalls kartellrechtswidrigen Handlungen (frühestens September 2012 bis Mai 2016, vgl. nicht publ. E. 2.3) als auch im Zeitpunkt der Eröffnung der Verfügung der WEKO (vom 19. Dezember 2016) am 21. März 2017 die Mutter- bzw. Obergesellschaft der Beschwerdeführerin 2 war (zunächst als Galenica AG firmierend). Erst ab dem 7. April 2017 hatte die als Galenica AG bzw. anschliessend als Vifor Pharma AG firmierende Gesellschaft keine Kontrolle mehr über die Beschwerdeführerin 2 und war nicht mehr deren Obergesellschaft (vgl. Bst. A.f oben). Die Vifor Pharma AG war seitdem nicht mehr im Bereich Vertrieb und Verkauf von Arzneimitteln tätig, sondern eine international tätige Herstellerin von Arzneimitteln (vgl. E. 14.2 und 14.5 vorinstanzliches Urteil).

#### **E. 6.3.1**

Praxisgemäss kann eine Mutter- bzw. Obergesellschaft neben einer Gruppengesellschaft bzw. neben dem eigentlichen "Täterunternehmen" grundsätzlich mit einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG belegt werden (Urteil 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 3.4 mit Hinweisen, nicht publ. in: BGE 139 I 72 ; Urteil 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 7.1). Im Urteil 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 hat das Bundesgericht zudem erwogen, dass die infolge Absorptions- oder Kombinationsfusion zum Zeitpunkt des Sanktionsentscheides an die Stelle der bisherigen Obergesellschaft tretende BGE 151 II 742 S. 759 neue Obergesellschaft nach Art. 49a KG sanktioniert werden könne (Urteil 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 7.2.4 ff.). Das Bundesgericht hat in diesem Fall mit anderen Worten entschieden, dass dann, wenn die Obergesellschaft infolge Umstrukturierung in einer neuen Obergesellschaft aufgeht und folglich nicht mehr existiert, die neue Obergesellschaft als Rechtsnachfolgerin auch Sanktionsadressatin ist. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von der eingangs genannten Konstellation dadurch, dass die Eigenschaft der Vifor Pharma AG als Obergesellschaft der Beschwerdeführerin 2 zum Zeitpunkt der Sanktionsverfügung der WEKO zwar noch vorhanden war, während des Rechtsmittelverfahrens infolge Umstrukturierung aber weggefallen ist, wobei die Vifor Pharma AG bzw. ehemalige Obergesellschaft bis zum 8. Juni 2023 weiter existierte. Infolge Fusion vom Mai 2023 ist die Vifor Pharma AG per 9. Juni 2023 in der Vifor Pharma Participations AG aufgegangen bzw. durch diese ersetzt worden.

#### **E. 6.3.2**

Die Lehre ist mit Verweis auf die Rechtsprechung zum EU-Kartellrecht der Auffassung, dass dann, wenn das bisherige, für die kartellrechtswidrigen Handlungen verantwortliche Unternehmen infolge Umstrukturierung rechtlich nicht mehr existiert, die (beispielsweise aufgrund einer Absorptionsfusion entstehende) Rechtsnachfolgerin neue Adressatin der

Sanktion gemäss Art. 49a KG ist (TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, a.a.O., N. 100 f. zu Art. 49a KG, Konzept der "Unternehmenskontinuität"; ANNA-ANTONINA SKOCZYLAS, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, im schweizerischen und europäischen Recht, 2011, S. 89 ff., Konzept der "wirtschaftlichen Kontinuität"; DAMIAN K. GRAF, Zurechnung von Unternehmensbussen, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht [GesKR] 2015, S. 363). Sollte hingegen das Unternehmen, welches zum Zeitpunkt der kartellrechtswidrigen Handlungen verantwortlich war, nach einer Umstrukturierung immer noch existieren, während das "Täterunternehmen" oder der für die kartellrechtswidrigen Handlungen verantwortliche Unternehmensteil veräussert wurde, ist nicht der Käufer, sondern das ursprünglich verantwortliche Unternehmen - neben dem "Täterunternehmen" - nach wie vor Sanktionsadressatin. Die Sanktion soll in diesem Fall nicht auf die Käuferin des "Täterunternehmens" übergehen, sondern beim bisher verantwortlichen, noch existierenden Unternehmen verbleiben (SKOCZYLAS, a.a.O., S. 91 ff.; GRAF, a.a.O., S. 364). Gemäss Abkommen vom 17. Mai 2013 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die BGE 151 II 742 S. 760 Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (SR 0.251.268.1), dritter Erwägungsgrund, beruhen die Systeme der Schweiz und der Europäischen Union für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf denselben Grundsätzen und enthalten vergleichbare Vorschriften (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.3; Urteil 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 5.4 in fine). Angesichts dieser Umstände ist davon auszugehen, dass bezüglich der genannten Fragestellung auch die Rechtsprechung des EuGH herangezogen werden kann. Die Sanktionierung von kartellrechtswidrigem Verhalten ist im Gemeinschaftsrecht in Art. 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 [heute Art. 101 und 102 AEUV] des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1 [nachfolgend VO (EG) Nr. 1/2003]) geregelt. Absatz 2 lit. a dieser Bestimmung verfolgt denselben Zweck wie Art. 49a Abs. 1 KG, nämlich eine unzulässige Wettbewerbsabrede oder den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu sanktionieren. Art. 23 VO (EG) Nr. 1/2003 enthält wie Art. 49a KG keine Regelung, wie im Falle einer Umstrukturierung sanktionierter Unternehmen bezüglich der Adressierung der Sanktion zu verfahren ist. Die einschlägige Rechtsprechung des EuGH lässt sich wie folgt zusammenfassen: Nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit ist für kartellrechtswidrige Handlungen primär dasjenige Unternehmen zu sanktionieren, welches zum Zeitpunkt der Handlungen dafür verantwortlich war (Konzernobergesellschaft und/oder Gruppengesellschaft bzw. "Täterunternehmen"). Wenn dieses Unternehmen zum Zeitpunkt der Sanktionierung nicht mehr existiert, geht die Kartellsanktion ausnahmsweise nach dem Grundsatz der wirtschaftlichen Kontinuität auf die Rechtsnachfolgerin über. Dasselbe gilt, wenn das ursprünglich verantwortliche Unternehmen zwar rechtlich noch existiert, aber keinerlei wirtschaftliche Tätigkeit mehr ausübt, auch nicht auf einem anderen Markt, sodass eine Sanktion dann keine abschreckende Wirkung mehr hätte (vgl. Urteile des EuGH vom 14. März 2019 C-724/17 Skanska Industrial Solutions, Randnrn. 38 f., 46, 50 f.; vom 11. Dezember 2007 C-280/06 ETI, Slg. 2007 I-10893 Randnrn. 40, 48 und Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 3. Juli 2007, Randnrn. 71-110; vgl. auch Verweis auf dieses Urteil bei ROBERT ROTH, CR Droit de la concurrence, a.a.O., N. 35 der Vorbemerkungen zu Art. 49a- Art. 53 KG; Urteile des EuGH vom 7. Januar 2004 C-204/00 P Aalborg Portland, Slg. 2004 I-123 BGE 151 II 742 S. 761 Randnrn. 59, 354-359; vom 8. Juli 1999 C-49/92 P Anic Partecipazioni, Slg. 1999 I-4125 Randnr. 145; vgl.

ENGELSING/SCHNEIDER, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag [Hrsg.], 3. Aufl. 2020, N. 66 ff. zu Art. 23 VO [EG] Nr. 1/2003).

### **E. 6.3.3**

Die zum Zeitpunkt der (möglicherweise) kartellrechtswidrigen Handlungen ursprünglich verantwortliche Obergesellschaft Galenica AG existierte unter der Firma Vifor Pharma AG bis am 8. Juni 2023. Es handelte sich bis zu diesem Zeitpunkt nach wie vor um ein funktionsfähiges Unternehmen. In einem ersten Schritt konnte somit bis zu diesem Zeitpunkt die Vifor Pharma AG nach wie vor Adressatin einer Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG sein (vgl. E. 6.3.1 f. oben). In einem zweiten Schritt wurde die Vifor Pharma AG infolge Absorptionsfusion vom Mai 2023 per 9. Juni 2023 von der Vifor Pharma Participations AG übernommen und durch diese ersetzt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, welche mit dem EU-Kartellrecht in Einklang steht (vgl. E. 6.3.1 f. oben), ist schliesslich die Vifor Pharma Participations AG als Rechtsnachfolgerin der Vifor Pharma AG (im Sinne der "wirtschaftlichen Kontinuität") neue Sanktionsadressatin. Selbst der Umstand, dass die Beschwerdeführerin 1 heute gemäss ihrer Zweckbestimmung nur noch eine Holdinggesellschaft ist (gemäss Handelsregister: "Beteiligung an Handels-, Fabrikations- und Dienstleistungsunternehmen, insbesondere der pharmazeutischen und der damit verbundenen Branchen"), steht deren Sanktionierung nicht entgegen. Auch eine Holdinggesellschaft übt nach wie vor eine wirtschaftliche Tätigkeit aus und das Bundesgericht hat zudem bereits entschieden, dass eine Muttergesellschaft sanktioniert werden kann (vgl. E. 6.3.1 oben; vgl. auch GRAF, a.a.O., S. 364). Die Beschwerdeführerin 1 kann somit neben der Beschwerdeführerin 2 Sanktionsadressatin sein, weshalb sich die entgegenstehende Rüge als unberechtigt erweist. VI. Marktbeherrschende Stellung

### **E. 7**

(...) ac) Zusammenfassung Marktabgrenzung

#### **E. 7.5**

Für die weitere Prüfung ist demnach von den folgenden zwei relevanten Märkten auszugehen: - Marktgegenseite Softwarehäuser/Leistungserbringer: Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen; BGE 151 II 742 S. 762 - Marktgegenseite Zulassungsinhaberinnen: Markt für die Aufnahme und den Erhalt (von Medikamenteninformationen der Zulassungsinhaberinnen) in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen; - beide Märkte umfassen jeweils das Gebiet der Schweiz für die Periode September 2012 bis Mai 2016. b) Prüfung der marktbeherrschenden Stellung

#### **E. 8.1**

Als nächstes ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin 2 auf den vorgenannten, abgegrenzten Märkten marktbeherrschend war. Als marktbeherrschend gelten nach Art. 4 Abs. 2 KG einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Kennzeichnend dafür ist, dass das marktbeherrschende Unternehmen in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsparameter ohne Rücksicht auf Kunden bzw. Mitbewerber nach eigenem Gutdünken festlegen kann. Es ist dabei nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen ( BGE 139 I 72 E.

9.3.1; Urteile 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 9.1; 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.5.1). Immerhin liegt die "kritische Schwelle" für eine marktbeherrschende Stellung bei einem Marktanteil von 50 % ( BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2; Urteile 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 9.1; 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.5.2).

## **E. 8.2**

Auch der sogenannte potentielle Wettbewerb, nämlich die disziplinierende Wirkung durch den wahrscheinlichen Markteintritt eines Konkurrenten in absehbarer Zeit, kann eine Rolle spielen (vgl. Urteile 2C\_698/2021 vom 5. März 2024 E. 6.4; 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 9.1 in fine). Die Wahrscheinlichkeit des Markteintritts hängt primär von den Marktzutrittsschranken ab, z.B. der Notwendigkeit von Bewilligungen und Konzessionen, der Höhe der nötigen Investitionen, der Wechselkosten für Kunden (sog. switching costs) oder der Markentreue. Auch allfällige Marktaustrittskosten spielen eine Rolle, insbesondere Investitionen, die bei einem Marktaustritt verloren gehen (sog. sunk costs). Hinsichtlich der Zeitspanne, in welcher ein Markteintritt erfolgen muss, um disziplinierend zu wirken, ist von zwei bis drei Jahren auszugehen (REINERT/WÄLCHLI, BSK KG, a.a.O., N. 311, 318 ff., 344 zu Art. 4 Abs. 2 KG ; CLERC/ BGE 151 II 742 S. 763 KËLLEZI, CR Droit de la concurrence, a.a.O., N. 165 ff. zu Art. 4 Abs. 2 KG ).

## **E. 8.3**

Im Weiteren kann auch die Stellung der Nachfragerin eine Rolle spielen. Die Grösse der Nachfragerin sowie deren Sachkenntnis und Professionalität können eine disziplinierende Wirkung auf die Anbieterin mit einer starken Marktposition haben. Grosse Nachfragerinnen können zudem eine alternative Anbieterin aufbauen. Auch der hohe Organisationsgrad der Nachfrageseite kann disziplinierend wirken, was beispielsweise dadurch zum Ausdruck kommen kann, dass mehrere Nachfragerinnen bereits gemeinsam bessere Konditionen durchgesetzt haben (Urteile 2C\_698/2021 vom 5. März 2024 E. 6.4; 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.5.2; REINERT/WÄLCHLI, BSK KG, a.a.O., N. 306 ff. zu Art. 4 Abs. 2 KG ).

## **E. 8.4**

Insgesamt lässt sich die marktbeherrschende Stellung nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern es ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse zu entscheiden. Erforderlich ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens sprechen ( BGE 139 I 72 E. 9.3.1; Urteile 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 9.1; 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.5.1). ba) Marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen (Marktgegenseite Softwarehäuser/Leistungserbringer)

## **E. 8.5**

(...)

### **E. 8.5.4**

Vorliegend stellen die Marktanteile der Beschwerdeführerin 2, welche weit über der "kritischen Schwelle" von 50 % (vgl. dazu E. 8.1 oben) liegen, ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung dar. Die Daten auf AIPS sind zwar frei verfügbar bzw. durch die Konkurrenz nutzbar, aber im Vergleich zu den Daten der INDEX-Datenbanken von viel geringerem Umfang, nicht strukturiert und nicht untereinander verknüpft (vgl. Bst. A.b und

E. 3.2 oben). Der Inhalt und die Struktur einer mit den INDEX-Datenbanken vergleichbaren Datenbank oder anders gesagt die Veredelung der frei zugänglichen Daten bedarf eines fachspezifischen Wissens und Know-hows, das nur über mehrere Jahre aufgebaut werden kann. Die Rekrutierung entsprechender personeller Ressourcen bzw. der Aufbau einer eigenen Fachredaktion ist ein langwieriger und anspruchsvoller Prozess. Insgesamt dürfte es länger als zwei bis drei Jahre dauern, bis ein Konkurrenzunternehmen überhaupt in der Lage ist, dieses sehr BGE 151 II 742 S. 764 spezifische Know-how zur Verfügung zu stellen und anzuwenden. Ein disziplinierender, potentieller Wettbewerb ist deshalb nicht auszumachen. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin 2 auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, erweist sich deshalb als bundesrechtskonform und die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerinnen als unberechtigt. bb) Marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Aufnahme und den Erhalt (von Medikamenteninformationen der Zulassungsinhaberinnen) in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen (Marktgegenseite Zulassungsinhaberinnen)

## **E. 8.6**

(...)

### **E. 8.6.5**

Auch bezüglich des zweiten, abgegrenzten Marktes stellt der hohe Marktanteil der Beschwerdeführerin 2, der - da ein weiterer, aktueller, starker Konkurrent schlicht nicht vorhanden ist - wiederum weit über der "kritischen Schwelle" von 50 % liegt, ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung dar. Ein potentieller Wettbewerb ist nicht auszumachen. Im Weiteren trifft es zwar zu, dass einige Zulassungsinhaberinnen grundsätzlich über die wirtschaftliche Potenz verfügen, selbst eine Datenbank mit veredelten Medikamenteninformationen zu errichten. Allerdings ist gerade in einer arbeitsteiligen Wirtschaft, in welcher auch Bereiche, die durchaus mit dem eigenen Geschäft verbunden sind, ausgelagert werden, nicht damit zu rechnen, dass in absehbarer Zeit ein einzelnes Pharmaunternehmen ein Konkurrenzunternehmen zur Beschwerdeführerin 2 aufbaut. Die Realisierung eines solchen Projekts würde aufgrund des spezifischen Fachwissens, welches für den Aufbau von entsprechenden Datenbanken erforderlich ist, ebenfalls längere Zeit in Anspruch nehmen. Auch hat die Vergangenheit gezeigt, dass der Aufbau eines Konkurrenzprodukts offenbar nicht einfach ist (vgl. Produkt "Just-Medical" von Ouwkerk, nicht publ. E. 8.6.3). Auch von der Nachfrageseite bzw. den Zulassungsinhaberinnen geht deshalb keine disziplinierende Wirkung aus.

### **E. 8.6.6**

Insgesamt erweist sich deshalb die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin 2 (auch) auf dem Markt für die Aufnahme und den Erhalt (von Medikamenteninformationen der Zulassungsinhaberinnen) in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen über eine marktbeherrschende Stellung BGE 151 II 742 S. 765 verfügt, als bundesrechtskonform. Die entgegenstehende Rüge ist folglich unbegründet. VII. Prüfung des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung a) Die allgemeinen rechtlichen Voraussetzungen des Missbrauchs

## **E. 9.1**

Die Vorinstanz wirft den Beschwerdeführerinnen vor, die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin 2 auf den beiden abgegrenzten Märkten in zweierlei Hinsicht missbraucht zu haben, um zu verhindern, dass alternative Anbieter von Datenbanken mit veredelten, maschinenlesbaren Daten betreffend Medikamenteninformationen in diesen Markt eintreten bzw. die Beschwerdeführerin 2 konkurrenzieren können (vgl. E. 3.4 oben). Der Marktzutritt sei verschlossen bzw. es seien Marktzutrittsschranken errichtet worden - mittels Klauseln im Vertragsverhältnis zu den Softwarehäusern, womit der Absatz im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG eingeschränkt worden sei (vgl. dazu E. 10 unten), und, - mittels Koppelung im Vertragsverhältnis zu den Zulassungsinhaberinnen (vgl. dazu E. 11 unten).

## **E. 9.2**

Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Das KG verbietet demnach eine marktbeherrschende Stellung nicht und eine solche ist für sich alleine auch nicht missbräuchlich ( BGE 146 II 217 E. 4.1; BGE 139 I 72 E. 10.1.1). Vielmehr besteht der Sinn und Zweck des Wettbewerbs gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen ( BGE 146 II 217 E. 4.1; BGE 139 I 72 E. 10.1.1). Ebenso wenig untersagt das KG einem marktbeherrschenden Unternehmen, seine Stellung zu bewahren und daraus Profit zu ziehen sowie grundsätzlich anderen Unternehmen die Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs zu erschweren (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1; BGE 139 I 72 E. 10.1.1; Urteil 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 10.1.1). Marktbeherrschung wird allerdings dann problematisch, wenn - wie Art. 7 Abs. 1 KG festhält - als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutritt, weshalb das marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten trägt. Solche Verhaltensweisen setzen einen Missbrauch voraus: Missbraucht wird BGE 151 II 742 S. 766 danach die marktbeherrschende Stellung, welche es einem Unternehmen erlaubt, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Das missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen andere, konkurrenzierende Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer; BGE 146 II 217 E. 4.1; BGE 139 I 72 E. 10.1.1; BGE 129 II 497 E. 6.5.1).

## **E. 9.3**

Gestützt darauf unterscheidet Art. 7 Abs. 1 KG zwei Behinderungsformen, nämlich den Behinderungsmissbrauch und den Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch. Behinderungsmissbrauch liegt vor, wenn andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potentielle Konkurrenten) durch Missbrauch in der Aufnahme (d.h. durch Errichtung von Marktzutrittsschranken) oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden, wobei es keine Rolle spielt, ob sich die Behinderung auf dem Markt des Marktbeherrschers oder einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Behinderungsmissbrauch umfasst mit anderen Worten sämtliche Massnahmen beherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen aktuelle und potentielle Wettbewerber richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten Markt oder benachbarten Märkten einschränken. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch liegt dagegen vor, wenn der Marktgegenseite ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden ( BGE 146 II 217 E. 4.1; BGE 139 I 72 E. 10.1.1).

#### **E. 9.4**

Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich behindernd und benachteiligend bzw. ausbeutend sein; insofern ist es grundsätzlich irrelevant, ob eine zu beurteilende Verhaltensweise dem Begriff Behinderungs- oder Ausbeutungsmisbrauch zugewiesen werden kann, welchen ohnehin nur heuristischer Wert zukommt. Massgebend ist aber allemal, dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsschädigung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund einer Einzelfallanalyse festgestellt wird ( BGE 146 II 217 E. 4.1; BGE 139 I 72 E. 10.1.1; Urteile 2C\_698/2021 vom 5. März 2024 E. 7.3; 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 10.1.2). Diesbezüglich ist, auch wenn diese Voraussetzung nicht ausdrücklich aus dem Gesetzestext hervorgeht, zu fragen, ob das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens nicht sachliche Gründe, insbesondere aus objektiver Sicht zulässige wirtschaftliche Gründe, bzw. Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons"), verfolgt, welche zwangsläufig den missbräuchlichen Charakter des Verhaltens und folglich dessen Unzulässigkeit gemäss Art. 7 KG BGE 151 II 742 S. 767 aufheben ( BGE 146 II 217 E. 4.2; BGE 139 I 72 E. 10.1.2; Urteil 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 10.1.2).

#### **E. 9.5**

Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch einen Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG . Als missbräuchlich und damit unzulässig fallen demnach beispielsweise die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung in Betracht ( Art. 7 Abs. 2 lit. e KG ). Allerdings indizieren die Tatbestände von Abs. 2 nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise. Ob die in Abs. 2 aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist immer an den Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 KG zu messen. Es ist mit anderen Worten im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S. des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt, was anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren ist: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons") zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt. Demnach kann ein Unternehmen ein die Konkurrenz oder die Marktgegenseite behinderndes bzw. benachteiligendes Verhalten einräumen und gleichzeitig für sich in Anspruch nehmen, lediglich legitime kaufmännische Grundsätze angewendet zu haben ( BGE 146 II 217 E. 4.2; BGE 139 I 72 E. 10.1.2; Urteile 2C\_698/2021 vom 4. März 2024 E. 7.4; 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 10.1.2; 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 6.1). b) Die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ( Art. 7 Abs. 2 lit. e KG )

#### **E. 10.1**

Gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG fällt als missbräuchliche Verhaltensweise die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung in Betracht. Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG setzt demnach eine Einschränkung voraus. Letztere liegt nur dann vor, wenn sie sich als künstlich erweist bzw. zu einer künstlichen Verknappung des Angebots führt. Künstlich ist die Verknappung dann, wenn sie nicht durch eine normale Marktentwicklung, sondern durch ein bestimmtes Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens verursacht wird (Urteil 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 10.3.1). Wird dagegen der Absatz der Konkurrenz beispielsweise deshalb eingeschränkt, weil das Produkt

des BGE 151 II 742 S. 768 marktbeherrschenden Unternehmens schlicht höherwertig ist, so ist die Verknappung des Angebots nicht künstlicher Natur, sondern auf die normale Marktentwicklung zurückzuführen (AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, a.a.O., N. 654 zu Art. 7 KG ). Eine im vorgenannten Sinne künstliche Verknappung bzw. künstliche Einschränkung des Absatzes liegt grundsätzlich bei Verhaltensweisen des marktbeherrschenden Unternehmens vor, welche darauf abzielen, die Vertriebsmöglichkeiten der Konkurrenz durch wettbewerbswidrige horizontale Marktverschliessung zu verringern. Darunter fällt beispielsweise eine Alleinbezugsverpflichtung (vgl. Urteil 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 10.3.2; AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, a.a.O., N. 662 zu Art. 7 KG ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-Kommentar KG, a.a.O., N. 468 zu Art. 7 KG ). Abgesehen von den spezifischen Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG liegt ein missbräuchliches Verhalten nur vor, wenn wie dargelegt auch die allgemeinen Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sind, d.h. unter anderem basierend auf der Analyse des vorliegenden Einzelfalles eine Wettbewerbschädigung vorliegt und keine Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons") gegeben sind. Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG führen wie gesagt nicht per se zu einem missbräuchlichen Verhalten (vgl. E. 9.4 f. oben). Die Anforderungen an den Nachweis der Wettbewerbschädigung werden in der Lehre seit längerem unter den Stichworten "effects-based" versus "form-based approach" bzw. wirkungsbasiertem versus formbasierten Ansatz kontrovers diskutiert (vgl. dazu AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, a.a.O., N. 119 ff., N. 127 ff., N. 130 ff. zu Art. 7 KG ; DIEBOLD/RÜTSCHKE, Wettbewerbsrecht und Marktregulierung, Bd. 1 Grundlagen, 2023, § 3 Rz. 59-63). Das Bundesgericht hat diesbezüglich im Fall "SIX" betreffend Art. 7 Abs. 2 lit. f KG (Koppelung) erwogen, dass im Rahmen dieser Bestimmung kein Nachweis einer in bestimmter Weise vorliegenden Wettbewerbschädigung nötig sei. Eine auswirkungsbezogene Analyse sei nicht erforderlich. Es genüge die Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs (Urteil 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 8.6). Das "SIX-Urteil" des Bundesgerichts verlangt, dass die Wettbewerbschädigung der strittigen Verhaltensweise aufgrund einer Einzelfallanalyse festgestellt wird sowie dass (anhand eines dualen Prüfungsmusters) die Wettbewerbsverfälschungen herauszuarbeiten sind, BGE 151 II 742 S. 769 während ein "per se"-Ansatz (wonach die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG per se eine unzulässige Verhaltensweise darstellen), abgelehnt wird (Urteil 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 8.2.1 in fine und 8.2.2). Die Frage ist dabei nicht, ob die Wettbewerbschädigung Tatbestandsvoraussetzung ist, sondern welche Anforderungen an den Nachweis dieser Tatbestandsvoraussetzung gestellt werden. Das vorgenannte Urteil ist in der Lehre auf Kritik gestossen. Bemängelt wird, dass es in sich widersprüchlich sei, da im selben Urteil potentiell nachteilige Wettbewerbseffekte als separate Tatbestandsvoraussetzung genannt werden (vgl. Urteil 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 8.3 in fine). Auch wird dem "SIX-Urteil" die Europakompatibilität abgesprochen, da die Rechtsprechung des EuGH auf einen wirkungsorientierten Ansatz abstelle (dazu ausführlich STREBEL/KOCH, SIX/DCC: Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung [DCC], Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht [SZK] 2023 S. 17 ff., insb. S. 20 ff.; REINERT/MEYER, Entwicklungen der Behörden- und Gerichtspraxis, SZK 2023 S. 33 ff., insb. S. 44; SIMON HIRSBRUNNER, Unfaire Vorverurteilung von marktbeherrschenden Unternehmen?, Jusletter 3. Juni 2024). Sowohl im "SIX-Urteil" als auch im "Hallenstadion-Urteil" des Bundesgerichts (Urteil 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 6.2.3), auf welches das "SIX-Urteil" verweist, lagen

aufgrund der konkreten Umstände nachteilige Wettbewerbseffekte tatsächlich vor (vgl. Urteil 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 8.6, wonach "das strittige Koppelungsgeschäft zu nachteiligen Wettbewerbseffekten führe"). Das "SIX-Urteil" ist, wie nachfolgende Ausführungen zeigen, bezüglich der Anforderungen an den Nachweis der Wettbewerbsschädigung zu präzisieren.

## **E. 10.2**

Im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 7 KG kann auch auf die Lehre und Rechtsprechung zu Art. 102 der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007, AEUV, ABl. C 115 vom 9. Mai 2008 S. 47) zurückgegriffen werden, da die jeweiligen Normen grösstenteils übereinstimmen ( BGE 146 II 217 E. 4.3; BGE 139 I 72 E. 8.2.3; Urteile 2C\_698/2021 vom 5. März 2024 E. 7.10; 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 5.4).

### **E. 10.2.1**

Der EuGH hat sich in jüngster Vergangenheit mehrfach mit Art. 102 AEUV, welcher den Missbrauch einer marktbeherrschenden BGE 151 II 742 S. 770 Stellung auf dem Binnenmarkt der EU sanktioniert, auseinandergesetzt. Die EU-Kommission ist zudem momentan bestrebt, Leitlinien zum Behinderungsmissbrauch im Rahmen von Art. 102 AEUV zu erarbeiten, welche unter anderem die Rechtsprechung der EU-Gerichte widerspiegeln (vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission vom 27. März 2023: "Kartellrecht: Kommission kündigt Leitlinien zu Behinderungsmissbrauch an und ändert Erläuterungen zu Durchsetzungsprioritäten"). Im Urteil i.S. Servizio Elettrico Nazionale SpA/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato vom 12. Mai 2022 hat der EuGH ausgeführt, dass die Missbräuchlichkeit voraussetze, dass die in Art. 102 AEUV genannten Praktiken geeignet gewesen seien, eine Verdrängungswirkung zu entfalten. Diese Verdrängungswirkungen dürfen allerdings nicht rein hypothetischer Natur sein. Die Eignung, eine Verdrängungswirkung zu erzeugen, hänge nicht von der Form ab, sondern davon, ob in der Praxis unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände das Verhalten eine Verdrängungswirkung entfalte. Diesbezüglich ruft der EuGH in Erinnerung, dass Art. 102 AEUV weder das Ziel verfolgt, zu verhindern, dass Unternehmen auf einem Markt aufgrund ihrer Fachkenntnisse und Fähigkeiten eine beherrschende Stellung einnehmen, noch gewährleisten soll, dass sich Wettbewerber, die weniger effizient sind, auf dem Markt halten können. Da die Eignung zur Verdrängung nicht nur rein hypothetisch sein darf, musste die Wettbewerbsbehörde mit Verhaltensstudien nachweisen, dass ein Verdrängungseffekt besteht (Urteil des EuGH vom 12. Mai 2022 C-377/20 Servizio Elettrico Nazionale [nachfolgend: Urteil SEN], Randnr. 69 ff., 98).

### **E. 10.2.2**

Im Urteil i.S. Unilever Italia Mkt. Operations Srl/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato vom 19. Januar 2023 hat der EuGH die genannte Rechtsauffassung bezüglich Ausschlussklauseln in Vertriebsverträgen bestätigt und weiter verdeutlicht. Er hat ausgeführt, Art. 102 AEUV solle ein missbräuchliches Verhalten ahnden können, unabhängig davon, ob es sich "als erfolgreich erwiesen hat oder nicht". Daher könne eine Wettbewerbsbehörde einen Verstoss gegen Art. 102 AEUV feststellen, "indem sie nachweist, dass das in Rede stehende Verhalten in dem Zeitraum, in dem es stattgefunden hat, unter den Umständen des konkreten Falles trotz seiner fehlenden Wirkung in der Lage war, den Leistungswettbewerb zu beschränken" (Urteil des EuGH vom 19. Januar 2023

C-680/20 Unilever Italia Mkt. Operations [nachfolgend: Urteil Unilever], Randnr. 41). BGE 151 II 742 S. 771 Die Frage, ab wann ein bestimmtes Verhalten in der Lage ist, den Wettbewerb zu beschränken, hat der EuGH folgendermassen beantwortet: "Dieser Nachweis muss jedoch grundsätzlich auf greifbare Beweise gestützt sein, die, indem sie über eine bloße Annahme hinausgehen, die tatsächliche Eignung der in Rede stehenden Praxis zeigen, solche Wirkungen zu entfalten, wobei, falls Zweifel daran bestehen, diese dem Unternehmen, das eine solche Praxis anwendet, zugutekommen müssen" (zit. Urteil Unilever, Randnr. 42; Hervorhebungen durch BGer). "Im Übrigen kann sich eine Wettbewerbsbehörde zwar für die Beurteilung der Frage, ob das Verhalten eines Unternehmens geeignet ist, den wirksamen Wettbewerb auf einem Markt zu beschränken, auf die Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften stützen, die durch empirische oder verhaltensbezogene Studien bestätigt werden, doch reicht die Berücksichtigung dieser Erkenntnisse nicht aus. Andere Faktoren, die den Umständen des konkreten Falles eigen sind, wie der Umfang dieses Marktverhaltens, die Kapazitätsengpässe der Rohstofflieferanten oder die Tatsache, dass das Unternehmen in beherrschender Stellung zumindest für einen Teil der Nachfrage ein unvermeidbarer Partner ist, sind bei der Prüfung der Frage zu berücksichtigen, ob das fragliche Verhalten in Anbetracht dieser Erkenntnisse so zu verstehen ist, dass es zumindest während eines Teils des Zeitraums, in dem es praktiziert wurde, geeignet war, Verdrängungseffekte auf dem betreffenden Markt zu entfalten" (zit. Urteil Unilever, Randnr. 44; Hervorhebungen durch BGer). Nötig ist demnach eine tatsächliche, auf den Umständen des konkreten Falles beruhende Eignung, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Eine bloss abstrakte oder hypothetische Eignung genügt nicht.

### **E. 10.2.3**

Bezüglich Ausschliesslichkeitsklauseln wird dies vom EuGH noch weiter konkretisiert: "Abgesehen davon, dass eine solche Auslegung [betreffend Rabattsysteme] im Einklang mit der ersten Konkretisierung steht, die der Gerichtshof im Urteil vom 6. September 2017, Intel/Kommission (C-413/14 P, EU:C:2017:632 [nachfolgend: Urteil Intel], Randnr. 139), vorgenommen hat, ist im Übrigen festzustellen, dass Ausschliesslichkeitsklauseln, auch wenn sie aufgrund ihrer Natur berechnete Wettbewerbsbedenken hervorrufen, nicht automatisch geeignet sind, Wettbewerber zu verdrängen, wie im Übrigen die Mitteilung der Kommission mit dem Titel "Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel [102 AEUV] auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch BGE 151 II 742 S. 772 marktbeherrschende Unternehmen" (ABl. 2009, C 45, S. 7, Nr. 36) veranschaulicht" (zit. Urteil Unilever, Randnr. 51; Hervorhebungen durch BGer). "Daraus folgt zum einen, dass eine Wettbewerbsbehörde, wenn sie den Verdacht hat, dass ein Unternehmen durch die Verwendung von Ausschliesslichkeitsklauseln gegen Art. 102 AEUV verstoßen hat, und dieses Unternehmen im Lauf des Verfahrens unter Vorlage von Beweisen die konkrete Eignung dieser Klauseln, ebenso leistungsfähige Wettbewerber vom Markt auszuschließen, in Abrede stellt, sich im Stadium der Einstufung der Zuwiderhandlung vergewissern muss, dass diese Klauseln unter den Umständen des konkreten Falles tatsächlich geeignet waren, ebenso leistungsfähige Wettbewerber wie dieses Unternehmen vom Markt auszuschließen" (zit. Urteil Unilever, Randnr. 52; Hervorhebungen durch BGer). Das Vorliegen einer bestimmten, an sich problematischen Klausel stellt also nicht per se bzw. automatisch ein missbräuchliches Verhalten dar. Diese Rechtsprechung kommt bereits im Urteil Intel des EuGH betreffend Missbräuchlichkeit eines Treuerabattsystems zum Ausdruck. Der EuGH verlangte, dass dieses

Treuerabattsystem einer Analyse unterzogen wird, um zu prüfen, ob es tatsächlich geeignet war, den Wettbewerb zu beschränken. Der blosser Umstand eines Treuerabattsystems bedeutete noch nicht ein missbräuchliches Verhalten (zit. Urteil Intel, Randnrn. 138-140). Für den Nachweis der Missbräuchlichkeit eines Verhaltens müssen die Wettbewerbsbehörden zudem alle relevanten tatsächlichen Umstände berücksichtigen (zit. Urteil Unilever, Randnr. 40, Randnr. 60, auch mit Verweis auf das zit. Urteil SEN, Randnr. 70, und auf das Urteil des EuGH vom 19. April 2012 C-549/10 P Tomra Systems, Randnr. 18). Ebenso ist diesbezüglich das Vorliegen einer eventuellen Strategie (des marktbeherrschenden Unternehmens) zur Verdrängung der mindestens ebenso leistungsfähigen Wettbewerber zu prüfen (zit. Urteil Unilever, Randnr. 48, mit Verweis auf zit. Urteil Intel, Randnr. 139).

#### **E. 10.2.4**

Die EU-Kommission geht denn auch angesichts der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 102 AEUV davon aus, dass diese Bestimmung im Sinne eines "effects-based approach" bzw. wirkungsbasiert zu verstehen ist (vgl. MCCALLUM UND ANDERE, A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance, Competition Policy Brief No 1/2023, insb. S. 2 f., mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH). BGE 151 II 742 S. 773

#### **E. 10.2.5**

Auch nach Ansicht von EILMANSBERGER/BIEN darf die Marktwirkung einer bestimmten Massnahme nicht einfach vermutet werden, sondern muss plausibel begründet werden. Es ist zwar für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nicht nachzuweisen, dass die relevante Auswirkung bereits eingetreten ist oder verlässlich eintreten wird. Eine rein abstrakte Eignung einer Massnahme genügt jedoch nicht, sondern es muss dargetan werden, dass die Verhaltensweise unter den konkreten Marktbedingungen diese Wirkungseignung hat. Eine solche, konkrete Wirkungseignung ist beispielsweise gegeben, wenn das marktbeherrschende Unternehmen durch eine Ausschlussklausel 40 % der Verkaufsstellen an sich bindet, da dadurch der Marktzutritt konkurrierender Hersteller verhindert wird (EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag [Hrsg.], 3. Aufl. 2020, N. 319 f. zu Art. 102 AEUV).

#### **E. 10.3**

Daraus sind folgende Schlussfolgerungen für das Verständnis von Art. 7 KG und insbesondere den Nachweis der Wettbewerbsschädigung zu ziehen: Die Wettbewerbsbehörden sind nicht verpflichtet, nachzuweisen, dass eine Verhaltensweise gemäss Art. 7 Abs. 2 KG die Konkurrenz effektiv bzw. erfolgreich vom Markt verdrängt hat oder in welchem konkreten Ausmass (z.B. anhand von Marktanteilsverlusten oder Umsatzeinbussen) der Wettbewerber oder besser gesagt der Wettbewerb geschädigt wird. In diesem Sinne ist eine auswirkungsbezogene Analyse nicht erforderlich. Auf der anderen Seite genügt für den Nachweis nicht eine bloss hypothetische Gefahr oder ein bloss hypothetisches bzw. theoretisches Potential der Wettbewerbsschädigung. Vielmehr müssen die Wettbewerbsbehörden nachweisen, dass allfällige Verhaltensweisen wie einschränkende Vertragsklauseln auch effektiv potentiell geeignet sind, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Der blosser Hinweis, eine Vertragsklausel entspreche einem Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 KG, genügt dafür angesichts der Rechtsprechung zum im Wesentlichen

gleichlautenden Art. 102 AEUV nicht. Die Gefahr der Wettbewerbsschädigung darf nicht bloss abstrakter Natur sein. Eine bestimmte Verhaltensweise ist nicht alleine aufgrund ihrer Form bzw. per se missbräuchlich, sondern muss tatsächlich geeignet sein, andere Wettbewerber zu verdrängen. Auch müssen sich die Wettbewerbsbehörden mit Beweismitteln des marktbeherrschenden Unternehmens, welche eine wettbewerbsschädigende Wirkung entkräften, konkret BGE 151 II 742 S. 774 auseinandersetzen. Ebenso ist zu prüfen, ob das marktbeherrschende Unternehmen eine Strategie verfolgt, um die Konkurrenz vom Markt zu verdrängen. Insgesamt muss es aufgrund sämtlicher, konkreter Umstände des Einzelfalls und auf der Basis einer gesamtheitlichen Betrachtung plausibel sein, dass eine beanstandete Verhaltensweise wie beispielsweise gewisse Vertragsklauseln den Konkurrenten vom Markt verdrängen oder fernhalten. Das "SIX-Urteil" des Bundesgerichts (Urteil 2C\_596/2019 vom 2. November 2022, insb. E. 8.6) ist deshalb in dem Sinne zu präzisieren, dass eine bestimmte Verhaltensweise entsprechend dem "effects-based approach" effektiv potentiell geeignet sein muss, eine Wettbewerbsschädigung bzw. eine Verdrängungswirkung zu erzeugen. Die Gefahr nachteiliger Wettbewerbseffekte muss aufgrund sämtlicher konkreter Umstände tatsächlich bestehen. ba) Vertragsklausel A im Vertragsverhältnis Beschwerdeführerin 2/ Softwarehaus

#### **E. 10.4.1**

Die Vorinstanz ist im Wesentlichen der Auffassung, die Klausel A (Wortlaut vgl. E. 3.3 oben) stelle eine Alleinbezugsverpflichtung dar, wonach allfällige weitere maschinenlesbare Daten bezüglich Medikamenteninformationen von der Beschwerdeführerin 2 bezogen werden müssten. Davon seien auch Daten betroffen, welche die Daten der Beschwerdeführerin 2 bzw. der INDEX-Datenbanken konkurrenzieren würden (Konkurrenzdaten). Die Klausel A stelle auch nicht einen blossen Zustimmungsvorbehalt, sondern ein Verbot, zusätzliche Daten von Konkurrenten zu beziehen, dar. Insgesamt kommt die Vorinstanz zum Schluss, es könne jedoch offengelassen werden, ob die Klauseln A und B (zu Klausel B unten E. 10.7.1 ff.) tatsächlich zu einer Behinderung von Markteintritten mittels einer Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG führten, da im Sinne eines Gefährdungsdelikts bereits die Möglichkeit des Eintritts nachteiliger Einwirkungen genüge (vgl. E. 12.5.16 angefochtenes Urteil).

#### **E. 10.4.2**

Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG. Sie bringen im Wesentlichen vor, gemäss dem Wortlaut der Klausel A seien andere als hospINDEX-Daten betroffen. Die hospINDEX-Datenbank sei die umfassendste aller INDEX-Datenbanken. Deshalb seien gerade keine Konkurrenzdaten betroffen. Ausserdem betreffe die Klausel A nur einen einzigen Vertrag von 176 Verträgen BGE 151 II 742 S. 775 mit Softwarehäusern und sei zudem für das betroffene Softwarehaus aufgrund dessen Aussage bedeutungslos gewesen, weshalb die Klausel A gar nicht zu einer künstlichen Marktzugangsbeschränkung zulasten der Konkurrenz habe führen können. Im Weiteren seien die Leistungserbringer von der Klausel A nicht betroffen und könnten Verträge mit konkurrierenden Datenanbietern schliessen.

#### **E. 10.5**

Zunächst ist festzuhalten, dass keine Strategie der gemeinsamen Verwendung der Klauseln A und B erkennbar ist. Anders wäre allenfalls zu entscheiden, wenn die Klausel A, welche nur in einem einzigen Vertrag verwendet wurde (vgl. nachfolgend), wie die Klausel B deutlich häufiger verwendet worden wäre (vgl. dazu E.10.8.5 unten). Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Klausel A den Bezug von Drittdaten nicht völlig ausschliesst, sondern Dritte Daten liefern können, sofern die Beschwerdeführerin 2 die entsprechenden Daten nicht liefern will oder kann (vgl. Wortlaut der Klausel A, E. 3.3 oben). Die konkrete Alleinbezugsverpflichtung ist damit zu relativieren. Zudem ist gemäss vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellung nur ein einziger von 176 Verträgen mit Softwarehäusern von der Klausel A betroffen (vgl. E. 3.3 oben). Die Frage ist also, ob diese Klausel in einem von 176 Verträgen effektiv potentiell geeignet war, eine Verdrängungswirkung zu erzeugen, nämlich konkurrierende Anbieter von maschinenlesbaren, veredelten Medikamenteninformationen daran zu hindern, in diesen Markt einzutreten. Das ist angesichts des Umstandes, dass der Konkurrenz noch 175 Softwarehäuser zur Verfügung standen, nicht der Fall. Wenn 175 von 176 Softwarehäusern bzw. Verträgen gar nicht durch die Klausel A gebunden sind, ist das Potential bzw. die Gefahr einer Wettbewerbsschädigung im Sinne einer Marktverschliessung lediglich hypothetischer Natur. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass durch die Klausel A effektiv der Bezug konkurrenzierender Daten betroffen ist, stünden der Konkurrenz noch 175 Softwarehäuser offen, um die entsprechenden Daten in Softwareprogramme aufzunehmen. Weder ywesee noch Ouwerkerk noch andere Anbieter können aufgrund eines einzigen, betroffenen Vertrages mit einem Softwarehaus geltend machen, ihnen sei der Zugang zu den Softwarehäusern und damit indirekt der Zugang zum Markt für die Kommerzialisierung von veredelten, maschinenlesbaren Daten verunmöglicht worden (Die Lizenzverträge mit den Leistungserbringern enthalten keine Klausel A). BGE 151 II 742 S. 776 Auch eine Gesamtbetrachtung führt zu keinem anderen Resultat: Entgegen der Vorinstanz (vgl. E. 12.4.25 vorinstanzliches Urteil) wird der Konkurrenz auch nicht durch hohe Fixkosten der Marktzugang erschwert, hält doch die Vorinstanz andernorts fest, dass sich die für den Betrieb einer Datenbank nötigen Produktionsfaktoren relativ einfach beschaffen lassen (vgl. E. 9.2.2.23 vorinstanzliches Urteil). Lediglich die Rekrutierung von medizinischem Fachpersonal ist anspruchsvoll. Die Eintrittsschwelle in den Markt ist aber keinesfalls dermassen hoch, dass sie zusammen mit der Klausel A in bloss einem von 176 Verträgen - oder wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht festhalten, in nur 0.57 % aller Verträge - den Marktzugang für die Konkurrenz verschliessen. Der Einfluss der Klausel A auf die Marktstruktur war verschwindend klein. In diesem Zusammenhang ist auch der Umstand zu berücksichtigen, dass die Klausel A für das betroffene Softwarehaus selbst gemäss unwidersprochen gebliebener Sachverhaltsdarstellung nie von Relevanz war bzw. dieses sich durch die Klausel A nicht eingeschränkt fühlte (vgl. E. 12.4.28 angefochtenes Urteil). Die Gefahr der Wettbewerbsbeeinträchtigung war somit nur abstrakter Natur. Dies stellt noch keine Wettbewerbsbehinderung dar. In diesem Sinne hat das Bundesgericht zuletzt auch im Urteil 2C\_561/2022 vom 23. April 2024 entschieden (vgl. Urteil 2C\_561/2022 vom 23. April 2024 E. 10.2 und E. 10.4.2). An einer Wettbewerbsbehinderung fehlt es unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände vorliegend. In diesem Zusammenhang ist auch in Erinnerung zu rufen, dass das KG nicht dazu dient, einzelne Unternehmen, welche sich aufgrund des eigenen Verhaltens bzw. Produkts auf dem Markt nicht durchsetzen können, mit den Mitteln des KG zu schützen. Das KG dient der Gewährleistung des wirksamen Wettbewerbs ( BGE 146 II 217 E. 4.2; BGE 139 I 72 E. 10.1.2; Urteil 2C\_698/2021 vom 5.

März 2024 E. 7.8). Der Nachweis einer effektiven, potentiellen Wettbewerbsschädigung durch die Klausel A, auch unter Berücksichtigung der Klausel B, im Sinne eines "effect-based approach" (vgl. hiervor) ist demnach nicht erfüllt. Die vorinstanzliche Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG erweist sich nach dem Gesagten als bundesrechtswidrig.

### **E. 10.6**

Die Rüge der Verletzung von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG erweist sich deshalb als berechtigt und das angefochtene Urteil ist insofern aufzuheben (vgl. E. 10.9 unten). BGE 151 II 742 S. 777 bb) Vertragsklausel B im Vertragsverhältnis Beschwerdeführerin 2/ Softwarehaus

#### **E. 10.7.1**

Die Vorinstanz ist im Wesentlichen der Auffassung, die Klausel B (Wortlaut vgl. E. 3.3 oben) führe dazu, dass das jeweilige Softwarehaus, wenn es von der Konkurrenz ein Angebot zur Einspeisung von Konkurrenzdaten erhalte, dieses Angebot gegenüber der Beschwerdeführerin 2 offenlegen müsse. Damit werde der Beschwerdeführerin 2 ermöglicht, die eigenen Konditionen anzupassen. Die Klausel B sei geeignet, konkurrierenden Datenanbietern den Zugang zu den Vertriebskanälen bzw. Softwarehäusern und damit zu den Endabnehmern bzw. Leistungserbringern zu erschweren. Dies entspreche einer Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG . Hinsichtlich allfälliger sachlicher Rechtfertigungsgründe ist die Vorinstanz der Auffassung, die Beschwerdeführerin 2 hätte, um der Gefahr einer Vermischung der Daten zu begegnen, als milderer Mittel eine Kennzeichnungspflicht für Drittdaten einführen können. Die Klausel B gehe darüber hinaus und sei deshalb unverhältnismässig. Urheberrechtlich sei nur die XML-Struktur der INDEX-Datenbanken geschützt, nicht aber die Daten selbst. Der Konkurrenz sei es urheberrechtlich lediglich verboten gewesen, die XML-Struktur zu kopieren oder ein Konkurrenzprodukt mit denselben Schnittstellen anzubieten. Das UWG wiederum verbiete nur das Kopieren, nicht aber die Nachahmung von Produkten. Die Klausel B erfasse aber auch die nicht verpönte Nachahmung. Die Klausel B hätte somit gemäss Vorinstanz enger gefasst werden müssen, fokussierend auf eine URG-/UWG-Verletzung. Sie gehe jedoch darüber hinaus bzw. sei unverhältnismässig, weshalb kein sachlicher Rechtfertigungsgrund vorliege.

#### **E. 10.7.2**

Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG . Sie sind im Wesentlichen der Auffassung, die Softwarehäuser seien aufgrund der Klausel B nicht gezwungen gewesen, die Konditionen der Konkurrenz offenzulegen bzw. die Beschwerdeführerin 2 habe durch diese Klausel keine zusätzlichen Marktinformationen erhalten. Vielmehr sei es darum gegangen, im Interesse der Leistungserbringer die Qualität der Daten zu sichern. Die Leistungserbringer seien zudem von der Klausel B nicht betroffen und könnten ohne Weiteres Verträge mit anderen Datenanbietern schliessen. BGE 151 II 742 S. 778 Zudem machen die Beschwerdeführerinnen geltend, es würden sachliche Rechtfertigungsgründe vorliegen. Sinn und Zweck der Klausel B (und A) sei es gewesen, die Vermischung der Daten der Beschwerdeführerin 2 mit Drittdaten zu verhindern bzw. die Datenintegrität zu schützen. Dies sei auch zum Schutz vor Haftungs- und Reputationsrisiken gegenüber den Leistungserbringern nötig gewesen. Eine Kennzeichnungspflicht für Drittdaten hätte die genannten Risiken nicht zuverlässig verhindert und sei deshalb kein milderer Mittel. Die Klausel B sei nicht überschüssend,

sondern erfasse nur das Kopieren der Datenbank-Struktur. Es liege deshalb ein sachlicher Rechtfertigungsgrund vor.

### **E. 10.8.1**

Aus der Klausel B ergibt sich nicht, dass ein Softwarehaus gegenüber der Beschwerdeführerin 2 (inkl. e-mediat AG) die Preise oder detaillierten Vertragskonditionen von konkurrierenden Datenanbieterinnen offenlegen musste. Jedoch muss gemäss der Klausel B ein konkurrierender Datenanbieter gegenüber einem Softwarehaus einen vollständigen oder zumindest ein bestimmtes Teilgebiet abdeckenden Datensatz veredelter Medikamenteninformationen mit einer eigenen Datenstruktur, welche sich von der XML-Struktur der Beschwerdeführerin 2 klar unterscheidet, anbieten. Die Konkurrenz war mit anderen Worten gezwungen, ein komplettes oder Teilgebiete umfassendes Alternativprodukt vorzulegen. Weder war es der Konkurrenz möglich, gewisse Medikamenteninformationen via Softwarehäuser in die XML-Struktur der Beschwerdeführerin 2 einfließen zu lassen, noch konnte die Konkurrenz einen vollständigen oder beschränkten Datensatz mit gleicher oder ähnlicher Datenstruktur bei einem Softwarehaus einspeisen.

### **E. 10.8.2**

Zunächst fragt es sich, ob die Klausel B bzw. eine sich daraus allenfalls ergebende Wettbewerbsbeeinträchtigung aufgrund des Urheberrechtsschutzes vom KG ausgenommen ist (vgl. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG und E. 4.2 oben). Gemäss Art. 10 Abs. 1 URG hat die Urheberin das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird. Die entsprechenden Nutzungsrechte stehen ausschliesslich der Urheberin zu, welche Dritten mittels Lizenz eine bestimmte Nutzungsbefugnis einräumen kann. Die Liste der verschiedenen Verwendungen bzw. Nutzungen in Art. 10 Abs. 2 URG ist nicht abschliessend und technikneutral formuliert, d.h. sowohl analoge wie digitale Nutzungen werden erfasst (BARRELET/EGLOFF, in: Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz BGE 151 II 742 S. 779 über das Urheberrecht [sic!] und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl. 2020, N. 3, 7 und 11 zu Art. 10 URG). Die XML-Struktur der Beschwerdeführerin 2 ist urheberrechtlich geschützt (vgl. E. 4.3.2 oben). Wenn eine Konkurrentin ihre veredelten Daten via Softwarehaus in die XML-Struktur der Beschwerdeführerin 2 einspeist, nutzt sie diese XML-Struktur. Sie bzw. das Softwarehaus greifen damit in die ausschliesslichen Nutzungsrechte der Beschwerdeführerin 2 bzw. deren Urheberrecht ein. Das URG schliesst diese Möglichkeit des Wettbewerbs, nämlich die XML-Struktur der Beschwerdeführerin 2 ohne Lizenz zu nutzen, jedoch aus. Auch ohne die Klausel B könnte die Beschwerdeführerin 2 gestützt auf das URG den Softwarehäusern bzw. der Konkurrenz untersagen, ihre XML-Struktur zu nutzen. Die Klausel B geht diesbezüglich mit anderen Worten nicht über das hinaus, was der Schutz des URG unmittelbar garantiert. Die entsprechende (negative) Wettbewerbswirkung ergibt sich direkt bzw. ausschliesslich aus dem URG (vgl. E. 4.2.2 oben) und ist deshalb gemäss Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG dem Kartellrecht entzogen (anders dagegen die Ausgangslage im Urteil 2C\_561/2022 vom 23. April 2024 E. 7.3.3.2). Der Konkurrenz hier die unmittelbare Nutzung der XML-Struktur der Beschwerdeführerin 2 zu erlauben, würde einer Zwangslizenzierung entsprechen. Die Erteilung von Zwangslizenzen wird unter Art. 7 Abs. 2 lit. a KG (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) diskutiert und stellt einen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar. Aus einer marktbeherrschenden Stellung ergibt sich jedenfalls kein Kontrahierungszwang (Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über

Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 ff., 570; AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, a.a.O., N. 215 zu Art. 7 KG ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-Kommentar KG, a.a.O., N. 191 f. zu Art. 7 KG ). Wenn, dann wird die Erteilung einer Zwangslizenz nur unter sehr einschränkenden Bedingungen befürwortet: Insbesondere muss die Gewährung einer Lizenz bzw. die Nutzung des immateriellen Gutes für die Konkurrenz unverzichtbar sein, d.h. eine wirtschaftliche Tätigkeit ist ohne diese Nutzung unzumutbar oder anders gesagt, die Nutzung des immateriellen Gutes ist objektiv gesehen notwendig. Es kann dem konkurrierenden Unternehmen nicht zugemutet werden, das Produkt des marktbeherrschenden Unternehmens bloss nachzuahmen (AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, a.a.O., N. 261, N. 218 ff. zu Art. 7 KG ). Die Voraussetzung der Unverzichtbarkeit wäre vorliegend ohnehin nicht gegeben. Der Konkurrentin ywese war es jedenfalls möglich, das BGE 151 II 742 S. 780 Produkt MEDUpdate zu entwickeln (vgl. nicht publ. E. 8.5.1 oben), ohne die XML-Struktur der Beschwerdeführerin 2 zu nutzen. Ebenso untersagt das URG das Kopieren, d.h. Vervielfältigen eines Werkes ( Art. 10 Abs. 1 URG ; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 16 zu Art. 10 URG ). Dementsprechend konnte die Beschwerdeführerin auch ohne die Klausel B aufgrund des URG den Softwarehäusern bzw. konkurrierenden Datenanbieterinnen untersagen, die XML-Struktur zu kopieren (so an sich auch die Vorinstanz in E. 12.6.18 ff. des angefochtenen Urteils, wobei die Vorinstanz als Fazit dann doch zu Unrecht die gesamte Klausel B als missbräuchlich qualifiziert, vgl. E. 12.7 angefochtenes Urteil). Auch damit verbundene Wettbewerbsbeeinträchtigungen sind dem Kartellrecht gemäss Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG demnach entzogen.

### **E. 10.8.3**

Problematisch erscheint die Klausel B dagegen, wenn den Softwarehäusern untersagt wird, Drittdaten in die Softwareprogramme einzuspeisen, welche "im Wesentlichen gleich wie Daten von e-mediat strukturiert sind". Die Vorinstanz ist der Ansicht, die Klausel B erfasse nicht nur das aufgrund des URG und/oder UWG unzulässige Kopieren oder Nutzen der XML-Struktur der Beschwerdeführerin 2, sondern auch die gemäss UWG zulässige "Nachahmung". Letztere sei von der gemäss Art. 5 lit. c UWG unzulässigen Übernahme eines Arbeitsergebnisses abzugrenzen (vgl. E. 12.6.18 ff. angefochtenes Urteil). Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Klausel B diene auch dem Schutz vor unlauterem Wettbewerb im Sinne von Art. 5 lit. c UWG und sei deshalb sachlich gerechtfertigt.

### **E. 10.8.4**

Laut Art. 5 lit. c UWG (Normtitel: "Verwertung fremder Leistung") handelt insbesondere unlauter, wer das marktreife Arbeitsergebnis eines andern ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet. Art. 5 lit. c UWG schützt vor parasitärem Wettbewerb. Es geht nicht um das Nachmachen, sondern darum, dass ein Ergebnis ohne eigenen Erarbeitungsaufwand direkt übernommen und verwertet wird ( BGE 131 III 384 E. 4.1; vgl. Urteil 4A\_354/2022 vom 14. November 2022 E. 3.1 f.). Damit soll auch der Verschaffung eines ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteils ein Riegel geschoben werden (RETO ARPAGAU, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], 2013, N. 62 zu Art. 5 UWG ). Art. 5 lit. c UWG befasst sich nur mit der unmittelbaren BGE 151 II 742 S. 781 Übernahme, nicht mit der Nachahmung (ARPAGAU, a.a.O., N. 63 zur Art. 5 UWG ). Übernahme im Sinne von Art. 5 lit. c UWG ist die Reproduktion des Originals durch ein

technisches Reproduktionsverfahren. Nachahmung ist dagegen die eigene Nachbildung. Das Original dient als Vorlage und/oder Ideenträger und wird nachvollzogen oder nachgemacht, aber nicht technisch reproduziert (ARPAGAU, a.a.O., N. 69 ff. zu Art. 5 UWG ). Nachahmung kann allerdings durch andere Tatbestände des UWG erfasst werden, z.B. durch Art. 2 UWG (Generalklausel) oder Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG ("Unlauter handelt insbesondere, wer: d. Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen." ARPAGAU, a.a.O., N. 72 zu Art. 5 UWG ). Grundsätzlich gilt die Nachahmungsfreiheit, aber die Nachahmung kann sich bei Hinzutreten weiterer Umstände als unlauter und damit als unzulässig erweisen (beispielsweise bei Schaffung einer vermeidbaren Verwechslungsgefahr, Irreführung des Konsumenten oder schmarotzerische Ausbeutung des guten Rufes der Konkurrenz; ARPAGAU, a.a.O., N. 15 ff., N. 20 ff. zu Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG ). Ob das UWG aufgrund der parallelen bzw. kumulativen Anwendbarkeit des KG (vgl. E. 4.1.2 oben) überhaupt die Anwendung des KG einschränkt, kann offengelassen werden. Vorliegend erfasst die Formulierung der Klausel B "im Wesentlichen gleich wie Daten von e-mediat strukturiert sind" jedenfalls auch die unter dem UWG grundsätzlich zulässige Nachahmung der XML-Struktur. Eine gemäss Art. 5 lit. c UWG verpönte Übernahme würde nur vorliegen, wenn die XML-Struktur der Beschwerdeführerin 2 technisch reproduziert würde. Dies darf gemäss Vorinstanz unbestrittenermassen durch die Klausel B unterbunden werden (vgl. E. 10.7.1 oben). Dass die Konkurrenz in anderer Weise unlauter handelt oder zu handeln droht, etwa durch Schaffung einer Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG , machen die Beschwerdeführerinnen nicht geltend.

#### **E. 10.8.5**

Im Weiteren ist festzuhalten, dass die Klausel B in 83 von 176 Lizenzverträgen zwischen der Beschwerdeführerin 2 und den Softwarehäusern enthalten war. Demnach hatte sie in den Vertragsbeziehungen ein gewisses Gewicht. Durch den Vorbehalt, wonach Drittdaten, die "im Wesentlichen gleich wie Daten von e-mediat strukturiert sind" bzw. deren Datenstruktur auf einer Nachahmung der BGE 151 II 742 S. 782 XML-Struktur (der Beschwerdeführerin 2) beruht, nur mit Zustimmung der Beschwerdeführerin 2 von einem Softwarehaus eingespielen werden dürfen, wird der Konkurrenz der Zugang zu den Softwarehäusern teilweise versperrt. Die Vertriebsmöglichkeiten der Konkurrenz werden teilweise eingeschränkt. Darin liegt eine Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG (vgl. AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 636, N. 662 zu Art. 7 KG ). Ebenso ist damit eine künstliche Verknappung des Angebots verbunden, denn der Umstand, dass die Konkurrenz ihre veredelten Daten auch bei einer im Vergleich zur Beschwerdeführerin 2 ähnlichen Strukturierung nicht bei den Softwarehäusern einspielen kann, ist primär der Klausel B geschuldet, welche damit das Marketingspektrum der Konkurrenz unnötig einschränkt. Die Klausel B führt damit zu einer teilweisen Marktverschiessung. Dadurch wird auch die Entwicklung von Wettbewerb auf einem Markt, welcher durch die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin 2 bereits geschwächt ist, behindert, und zwar durch Massnahmen, die teilweise nicht einem normalen Produktwettbewerb entsprechen (vgl. auch zit. Urteil SEN, Randnr. 68).

#### **E. 10.8.6**

Auch hier stellt sich die Frage, ob die Klausel B effektiv potentiell geeignet ist, den Wettbewerb zu schädigen (vgl. E. 10.3 oben). Die Klausel B findet sich in rund der Hälfte aller Lizenzverträge mit den Softwarehäusern. Sie führte dazu, dass es der Konkurrenz

verwehrt war, kleinere Datensätze bei den Softwarehäusern einzuspeisen, sobald sie auf eine im Wesentlichen gleiche Datenstruktur wie die Beschwerdeführerin 2 zurückgreifen wollte. Dadurch wurde der Konkurrenz auch erschwert, sich zu entwickeln bzw. eine Datensammlung veredelter, maschinenlesbarer Daten bezüglich Medikamenteninformationen aufzubauen, ohne gleichzeitig eine völlig neue Datenstruktur kreieren zu müssen. Damit besass die Klausel B in Bezug auf den beanstandeten, nicht durch das Urheberrecht gedeckten und die Nachahmungsfreiheit beeinträchtigten Teil effektiv das Potential, den Wettbewerb zu schädigen. Die Wirkung der Klausel B, nämlich die Konkurrenz vom Markt fernzuhalten, ist insofern nicht bloss hypothetischer Natur. Einen sachlichen Rechtfertigungsgrund kann die beanstandete Formulierung bzw. der in diesem Sinne "überschiessende Teil" der Klausel B nicht für sich in Anspruch nehmen. Aus dem Gesagten folgt, dass das vorinstanzliche Urteil, soweit die Klausel B bezüglich der Formulierung "im Wesentlichen gleich wie BGE 151 II 742 S. 783 Daten von e-mediat strukturiert sind" als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung qualifiziert wird, bundesrechtskonform ist. Die Klausel B geht in diesem Umfang über den legitimen Schutz des Urheberrechts hinaus und die entsprechende Rüge erweist sich diesbezüglich als unbegründet.

#### **E. 10.8.7**

Insofern das vorinstanzliche Urteil jedoch die Klausel B als missbräuchlich qualifiziert, soweit diese Klausel den Softwarehäusern bei Nutzung der XML-Strukturen der Beschwerdeführerin 2 für Drittdaten oder bei Einspeisung von Drittdaten in Form einer kopierten oder reproduzierten XML-Struktur einen Zustimmungsvorbehalt auferlegt, erweist es sich als bundesrechtswidrig. In diesem Umfang ist die Beschwerde bezüglich der Klausel B gutzuheissen und das vorinstanzliche Urteil aufzuheben. bc) Dispositiv des vorinstanzlichen Urteils bezüglich der Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG

#### **E. 10.9**

Nach dem Gesagten ist Ziff. 3 Absatz 1 Dispositiv des vorinstanzlichen Urteils folgendermassen zu ersetzen: "HCI Solutions AG wird untersagt, in ihren Verträgen mit Softwarehäusern Klauseln vorzusehen, welche es den Softwarehäusern untersagen, Drittdaten bezüglich veredelter, maschinenlesbarer Medikamenteninformationen in ihre Softwareprogramme einzuspeisen, welche im Wesentlichen gleich wie die Daten von HCI Solutions AG strukturiert sind." Soweit Ziff. 3 Absatz 1 Dispositiv des vorinstanzlichen Urteils darüber hinausgeht, ist sie als bundesrechtswidrig aufzuheben. c) Koppelung ( Art. 7 Abs. 2 lit. f KG )

#### **E. 11.1**

Gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG fällt als unzulässige Verhaltensweise die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung in Betracht, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen. Ein Koppelungsgeschäft liegt mit anderen Worten vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen den Vertragspartner dazu verpflichtet, eine zusätzliche Leistung anzunehmen oder zu erbringen, ohne dass zwischen der gewollten Hauptleistung (koppelndes Gut) und der Zusatzleistung (gekoppeltes Gut) ein sachlich gerechtfertigter Zusammenhang besteht. Koppelungsgeschäfte haben eine Ausbeutungs- und eine Behinderungsmissbrauchskomponente. BGE 151 II 742 S. 784 Der Tatbestand der Koppelung umfasst neben der marktbeherrschenden Stellung vier Tatbestandsmerkmale:

Getrennte Güter, Koppelung, eine effektive potentielle Wettbewerbsschädigung (im Sinne von E. 10.3 oben) und das Fehlen eines sachlichen Rechtfertigungsgrundes (Urteile 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 8.3 ["SIX-Urteil"]; 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 6.2.1 ["Hallenstadion-Urteil"]; jeweils mit Hinweisen).

### **E. 11.2**

Getrennte Güter liegen vor, wenn die Zusatzleistung in keinem sachlichen Zusammenhang zur Hauptleistung steht. Zur Beantwortung dieser Frage kann darauf abgestellt werden, ob für die Zusatzleistung bzw. gekoppelte Leistung ein eigener Markt besteht (Urteil 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 6.2.2). Die Vorinstanz nennt diesbezüglich mit Verweis auf die Lehre korrekterweise weitere Abgrenzungskriterien. So liegen getrennte Güter vor, wenn Haupt- und Zusatzprodukte bzw. das koppelnde und das gekoppelte Gut auch tatsächlich unabhängig voneinander nachgefragt bzw. angeboten werden. Eine unabhängige Nachfrage muss mit anderen Worten nicht nur für das gekoppelte Gut (Zusatzleistung), sondern auch für das koppelnde Gut (Hauptleistung) bestehen. Massgebend ist eine marktorientierte Betrachtung. Wenn die Beurteilung auf einer Prognose beruht, ist auf die objektive Sichtweise des Durchschnittskunden abzustellen. Weiter ist von zwei separaten Produkten auszugehen, wenn ohne die Koppelung eine grosse Anzahl von Kunden das koppelnde Gut (Hauptleistung) kaufen würde, ohne auch das gekoppelte Gut (Zusatzleistung) beim selben Anbieter zu erwerben. Ebenso spricht die Marktpräsenz von Unternehmen, welche auf den Verkauf des gekoppelten Produkts (ohne das koppelnde Produkt) spezialisiert sind, für separate Produkte (vgl. E. 13.5.1 ff. vorinstanzliches Urteil; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 724 ff. zu Art. 7 KG ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-Kommentar KG, a.a.O., N. 494 ff. zu Art. 7 KG ; CLERC/KËLLEZI, CR Droit de la concurrence, a.a.O., N. 276 zu Art. 7 Abs. 2 KG ).

### **E. 11.3**

Es bestehen verschiedene Koppelungstechniken wie das tying, pure bundling, mixed bundling, welche durch direkte oder indirekte Koppelung erreicht wird. Die direkte Koppelung besteht in einer vertraglichen, technischen oder ökonomischen Koppelung. Indirekte Koppelung arbeitet mit Anreizen (Urteile 2C\_596/2019 vom 2. November 2022 E. 8.5.1; 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 6.2.2; AMSTUTZ/CARRON, BSK KG, a.a.O., N. 734 ff. zu Art. 7 KG ; STÄUBLE/ BGE 151 II 742 S. 785 SCHRANER, DIKE-Kommentar KG, a.a.O., N. 497 ff. zu Art. 7 KG ; CLERC/KËLLEZI, CR Droit de la concurrence, a.a.O., N. 262 zu Art. 7 Abs. 2 KG ).

### **E. 11.4**

Die Wettbewerbsschädigung liegt insbesondere darin, dass das marktbeherrschende Unternehmen seine Stellung ausnutzt, um seine Lieferanten oder Abnehmer zur Lieferung bzw. Abnahme eines Gutes zu bewegen, da sie entweder gar nicht oder zumindest nicht zu den vom marktbeherrschenden Unternehmen vorgegebenen Geschäftsbedingungen absetzen oder erwerben möchten. Weiter kann eine Wettbewerbsschädigung darin bestehen, dass das marktbeherrschende Unternehmen seine Stellung ausnutzt, um seine Marktmacht auf den Markt des gekoppelten Gutes (Zusatzleistung), auf dem es bislang nicht marktbeherrschend ist, zu übertragen (Urteil 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 6.2.2; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-Kommentar KG, a.a.O., N. 502 zu Art. 7 KG ; CLERC/KËLLEZI, CR Droit de la concurrence, a.a.O., N. 263 zu Art. 7 Abs. 2 KG ). ca) Koppelung zwischen Publikation (im Compendium oder den INDEX-Datenbanken) und

redaktionellen/technischen Qualitätssicherungs- und Aufbereitungsarbeiten (kurz: Qualitätskontrolle)

#### **E. 11.5**

Wenn Zulassungsinhaberinnen Fach- und Patienteninformationen bezüglich Arzneimitteln im Compendium oder Medikamenteninformationen in den INDEX-Datenbanken publizieren möchten, werden die entsprechenden Daten zwingend durch die Beschwerdeführerin 2 redaktionellen und technischen Qualitätssicherungs- und Aufbereitungsarbeiten (kurz: Qualitätskontrolle) unterzogen. Eine Publikation ohne diese Arbeiten ist mit anderen Worten nicht möglich (vgl. E. 3.3 oben). Die Vorinstanz erblickt darin eine unzulässige Koppelung zwischen der Publikation im Compendium bzw. den INDEX-Datenbanken (als Hauptleistung bzw. koppelndes Gut) und der Qualitätskontrolle (als Zusatzleistung bzw. gekoppeltes Gut; vgl. E. 3.4 oben). Bezüglich der Frage, ob getrennte Güter vorliegen, hat die Vorinstanz im Wesentlichen erwogen, die Strukturierung und Codierung der Daten für die Aufnahme in die INDEX-Datenbanken und die mit der Strukturierung und Codierung unmittelbar verbundenen Qualitätssicherungsarbeiten sowie die Prüfung der Aktualität der Daten auf AIPS (vgl. Bst. A.b oben) seien mit der Publikation durch die Beschwerdeführerin 2 eng verbunden und stellten keine separaten Güter dar (vgl. E. 13.5.7 angefochtenes Urteil). Anders liegen die Dinge aus Sicht der Vorinstanz bezüglich der Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen und weiteren Informationen und Daten. Letztere BGE 151 II 742 S. 786 seien bereits durch Swissmedic einer Qualitätskontrolle unterzogen worden, weshalb eine weitere Qualitätskontrolle nicht nötig sei. Zudem stellt die Vorinstanz darauf ab, dass die Veröffentlichung der Daten auf AIPS eine regulatorische Pflicht sei, während die Publikation im Compendium und den INDEX-Datenbanken keine regulatorische Pflicht darstelle. Dass bei der Überprüfung der verschiedenen Sprachversionen der Arzneimittelinformationen von der Beschwerdeführerin 2 regelmässig Fehler korrigiert werden, spielt gemäss Vorinstanz keine Rolle, da es Sache der Zulassungsinhaberinnen sei, für fehlerfreie Sprachversionen zu sorgen.

#### **E. 11.6**

Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG und bestreiten, dass zwischen der Publikation der Arzneimittelinformationen im Compendium bzw. in den INDEX-Datenbanken sowie der Qualitätskontrolle im Hinblick auf diese Publikation eine Koppelung vorliege. Bezüglich der Frage, ob separate Güter vorliegen, machen sie im Wesentlichen geltend, dass die Publikation im Compendium bzw. in den INDEX-Datenbanken keine regulatorische Pflicht darstelle, spiele keine Rolle. Entscheidend sei, dass von den Leistungserbringern erwartet werde, dass die in diesen Gefässen publizierten Daten von höchster Qualität seien. Die Zulassungsinhaberinnen hätten zudem ein grosses Interesse daran, dass die Leistungserbringer ihre Produkte auf der Basis dieser Gefässe beziehen würden. Die Qualitätskontrolle der Daten gehöre zur Publikation bzw. sei Teil davon. Die Daten für die Zulassung bei Swissmedic seien oft fehlerhaft und die verschiedenen Sprachversionen würden von Swissmedic gar nicht geprüft. Zudem sei es so, dass die Zulassungsinhaberinnen, seitdem die Qualitätskontrolle optional angeboten werde, diese nicht optional nachfragen würden, sondern nach wie vor die Publikation mit Qualitätskontrolle nachgefragt werde. Publikation und Qualitätskontrolle seien nicht getrennte Güter, sondern gehörten zusammen.

#### **E. 11.7**

Zunächst ist die Frage zu klären, ob bezüglich Publikation (im Compendium und den INDEX-Datenbanken) und Qualitätskontrolle separate Güter vorliegen.

### **E. 11.7.1**

Wie die Vorinstanz sachverhältnismässig festgestellt hat sowie aufgrund des regulatorischen Rahmens bestehen zwischen der (regulierten) Datenbank AIPS und den INDEX-Datenbanken respektive dem Compendium der Beschwerdeführerin 2 erhebliche Unterschiede. Die Produkte der Beschwerdeführerin 2 enthalten bezüglich BGE 151 II 742 S. 787 eines Arzneimittels weit mehr, strukturierte, verknüpfte, in mehreren Sprachen verfügbare Informationen. Zudem werden diese Informationen und nicht AIPS von den Leistungserbringern konsultiert, wenn es um die Verschreibung von Medikamenten geht; die Veröffentlichung auf AIPS dient lediglich der Zulassung des Medikaments (vgl. Bst. A.a und A.b sowie E. 3.2 oben). Daraus ergibt sich, dass eine Qualitätskontrolle der Daten auf AIPS durch Swissmedic nicht vergleichbar ist mit einer Qualitätskontrolle der Daten der INDEX-Datenbanken. Der Gegenstand und der Zweck der Qualitätskontrolle ist nicht derselbe und die Qualitätskontrolle durch die Beschwerdeführerin 2 geht aufgrund des Datenumfangs und der Art der Daten viel weiter als jene von Swissmedic. Dem Argument der Vorinstanz, die Qualitätskontrolle sei bereits durch Swissmedic vorgenommen worden, weshalb dafür gar keine Nachfrage mehr bestehe, kann deshalb nicht gefolgt werden. Dies gilt umso mehr, als - wie auch die Vorinstanz festgestellt hat - die Daten auf AIPS teilweise fehlerhaft sind. Zudem spielt es entgegen der Vorinstanz keine Rolle, dass die Veröffentlichung auf AIPS im Gegensatz zur Publikation in den INDEX-Datenbanken eine regulatorische Pflicht darstellt. Ob es sich um separate Güter handelt, ist, wie die Vorinstanz selbst festgehalten hat, aufgrund einer marktorientierten Betrachtung zu beurteilen (vgl. E. 11.2 oben). Im Weiteren führt die Vorinstanz aus, es gebe mehrere Unternehmen, welche in der Abwicklung des Zulassungsverfahrens für Pharmafirmen spezialisiert seien (vgl. dazu E. 11.11.1 unten). Es könne deshalb davon ausgegangen werden, dass die Qualitätskontrolle mit optionalem Gratisupload auf AIPS ohne Weiteres separat auf dem Markt angeboten werden könne (vgl. E. 13.5.14 angefochtenes Urteil). Ein tatsächliches Angebot von spezialisierten Drittfirmen für die Qualitätskontrolle der Daten für die Publikation auf den INDEX-Datenbanken hat die Vorinstanz sachverhältnismässig jedoch nicht festgestellt. Zudem ergibt es aus der objektiven Sicht einer durchschnittlichen Zulassungsinhaberin wenig Sinn, ein Drittunternehmen damit zu beauftragen, ihre Daten für die Publikation auf den INDEX-Datenbanken einer Qualitätskontrolle zu unterziehen. Es ist naheliegend, dass aus Sicht einer Zulassungsinhaberin die Beschwerdeführerin 2, welche die INDEX-Datenbanken entwickelt hat und betreibt, am Besten geeignet ist, die Daten zu prüfen. Zudem ist wie erwähnt die Qualitätskontrolle für die Publikation auf AIPS nicht zu verwechseln mit der Qualitätskontrolle für die Publikation auf den INDEX-Datenbanken und im Compendium. BGE 151 II 742 S. 788 Entgegen der Vorinstanz (vgl. E. 13.5.15 f. angefochtenes Urteil) ist es auch zulässig, darauf abzustellen, dass für eine neu optional angebotene Qualitätssicherung tatsächliche keine Nachfrage besteht. Dieser Umstand zeigt gerade, dass aus Sicht der Zulassungsinhaberinnen die Publikation und die Qualitätskontrolle der Publikation als einheitliche Dienstleistung wahrgenommen werden. Fehlerhafte Daten im Compendium und - aufgrund der Verknüpfungen und Interaktionen - erst Recht bei den INDEX-Datenbanken können zu Fehlmedikationen führen und die Patientensicherheit gefährden (vgl. auch E. 15.2.4.15 angefochtenes Urteil). Deshalb ist aus marktorientierter Sicht davon auszugehen, dass die Qualitätskontrolle als integraler Bestandteil der Publikation in den Gefässen der

Beschwerdeführerin 2 wahrgenommen wird. Der sachliche Zusammenhang zwischen der Publikation und der Qualitätskontrolle dieser Publikation ist nach dem Gesagten evident, weshalb diese beiden Leistungen ein einheitliches Gut darstellen. Die Annahme von zwei getrennten Gütern bzw. einem koppelnden und einem gekoppelten Gut respektive von zwei entsprechenden, separaten Märkten durch die Vorinstanz erscheint dagegen künstlich und wenig überzeugend.

#### **E. 11.7.2**

Nachdem vorliegend das Element der getrennten Güter nicht gegeben ist, erübrigt es sich, die weiteren Voraussetzungen einer unzulässigen Koppelung zu prüfen. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerinnen erweist sich als berechtigt. Das vorinstanzliche Urteil ist insoweit, da keine Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG vorliegt, aufzuheben (dazu auch unten E. 11.12). cb) Koppelung zwischen Publikation (im Compendium oder den INDEX-Datenbanken) und optional sowie kostenlos angebotenen Upload der erforderlichen Daten auf AIPS

#### **E. 11.8**

Die Zulassungsinhaberinnen konnten die Beschwerdeführerin 2 neben der Publikation der veredelten Medikamenteninformationen im Compendium sowie den INDEX-Datenbanken damit beauftragen, die für die Zulassung des Arzneimittels durch Swissmedic erforderlichen Daten in die Datenbank AIPS hochzuladen (Upload). Dieser Upload wurde den Zulassungsinhaberinnen optional und kostenlos angeboten (vgl. Bst. A.b und E. 3.3 oben).

#### **E. 11.9**

Die Vorinstanz erblickt in diesem Angebot eine unzulässige Koppelung zwischen der Publikation (als koppelndes Gut) und dem Upload auf AIPS (als gekoppeltes Gut; Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ; vgl. BGE 151 II 742 S. 789 E. 3.4 oben). Sie ist im Wesentlichen der Auffassung, der Gratisupload auf AIPS sei ein zusätzlicher Arbeitsschritt, der auch von Dritten separat angeboten werden könne, weshalb es sich um ein separates Gut handle. Zwar werde der Upload optional angeboten, aber aufgrund der Kostenlosigkeit bestehe ein hoher Anreiz, diese Leistung bei der Beschwerdeführerin 2 zu beziehen.

#### **E. 11.10**

Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG . Sie machen im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe nicht dargelegt, dass es für den Upload auf AIPS einen separaten Markt gebe. Der Upload dauere nur wenige Sekunden oder Minuten und sei eine derart geringfügige Leistung, dass weder von einem getrennten Gut noch einem separaten Markt auszugehen sei.

#### **E. 11.11.1**

Zunächst ist zu prüfen, ob bezüglich der Publikation der veredelten Daten in den Gefässen der Beschwerdeführerin 2 und dem Gratisupload der Daten für die Zulassung auf AIPS getrennte Güter vorliegen. Dies ist aufgrund einer marktorientierten Betrachtung zu beurteilen (vgl. E. 11.2 oben). Dabei ist unbestritten, dass der Upload auf AIPS nur mit einem minimalen Aufwand verbunden ist. Die Vorinstanz ist jedoch der Ansicht, in einer stark arbeitsteiligen Wirtschaft könne auch für eine solche Dienstleistung ein separater Markt bestehen (vgl. E. 13.5.23 in fine vorinstanzliches Urteil). Mit diesem Argument könnte allerdings für jede noch so geringfügige Dienstleistung ein separater Markt

angenommen werden. Auch hier zeigt die Vorinstanz nicht auf, dass alleine für den Upload auf AIPS tatsächlich eine separate Nachfrage bzw. ein separates Angebot besteht. Dass seitens einer durchschnittlichen ZulassungsinhaberIn eine separate Nachfrage nur für den Upload - ohne Kontrolle der Daten - auf AIPS existiert, ist aus objektiver Sicht auch nicht anzunehmen. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang der unbestrittene Umstand, dass es auf dem schweizerischen Markt mehrere Unternehmen gibt, welche auf die Erstellung des Zulassungsdossiers und Durchführung des Zulassungsverfahrens bei Swissmedic spezialisiert sind (vgl. E. 13.5.13 und 13.7.14 vorinstanzliches Urteil). Dass diese Unternehmen lediglich den Upload auf AIPS als separate Dienstleistung anbieten, wird von der Vorinstanz weder behauptet noch nachgewiesen. Das Vorliegen eines entsprechenden, konkreten Angebots wurde von der Vorinstanz nicht sachverhältnismässig festgestellt. Vielmehr ist aufgrund einer marktorientierten Betrachtungsweise (vgl. E. 11.2 oben) davon auszugehen, dass diese Unternehmen BGE 151 II 742 S. 790 den Upload der Daten auf AIPS ebenfalls beiläufig und kostenlos für ihre Kunden vornehmen. Ein separater Markt ist dafür nicht auszumachen und ergibt auch keinen Sinn. Ein bezüglich Zulassungsverfahren spezialisiertes Unternehmen zielt darauf ab, das gesamte Zulassungsverfahren und nicht bloss einen - notabene unbedeutenden Teil desselben - anzubieten. Viel eher ist plausibel, dass der Upload auf AIPS in der Dienstleistung der Prüfung und Aufbereitung der Daten für die Veröffentlichung auf AIPS aufgeht und die ZulassungsinhaberIn erwartet, dass der Upload wenn gewünscht kostenlos in der Erstellung und Prüfung des Zulassungsdossiers inbegriffen ist. Gegenüber der Beschwerdeführerin 2 dürfte diese Erwartung ebenfalls bestehen, und zwar im Zusammenhang mit der Publikation in ihren Gefässen, da sie über die Daten verfügt, welche für die Veröffentlichung auf AIPS nötig sind.

#### **E. 11.11.2**

Nach dem Gesagten fehlt es auch hier am Element der getrennten Güter. Folglich erübrigt es sich, die weiteren Voraussetzungen einer unzulässigen Koppelung zu prüfen. Das vorinstanzliche Urteil ist insoweit aufzuheben (dazu auch nachfolgend E. 11.12). cc) Dispositiv des vorinstanzlichen Urteils bezüglich der Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG

#### **E. 11.12**

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist Ziff. 3 Absatz 2 Dispositiv des vorinstanzlichen Urteils aufzuheben. d) Zusammenfassung

#### **E. 11.13**

Zusammenfassend ergibt sich, dass drei der vier von der Vorinstanz beanstandeten Handlungen (Klausel A im Vertragsverhältnis zu den Softwarehäusern; Qualitätskontrolle sowie Upload auf AIPS im Vertragsverhältnis zu den ZulassungsinhaberInnen) nicht kartellrechtswidrig sind. Die Klausel A führt nicht zu einer (weiteren) Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG und eine Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG liegt betreffend Qualitätskontrolle und Upload auf AIPS ebenfalls nicht vor. Selbst die Verankerung der Klausel B im Vertragsverhältnis zu den Softwarehäusern ist nur in geringerem Umfang zu beanstanden als durch die Vorinstanz erwogen. Diese Klausel ist nämlich nur insofern wettbewerbswidrig, als sie den Softwarehäusern verbietet, Drittdaten bezüglich veredelter, maschinenlesbarer Medikamenteninformationen, welche im Wesentlichen gleich wie die Daten von HCI Solutions AG strukturiert sind, in ihre

Softwareprogramme einzuspeisen (vgl. E. 10.9 oben). BGE 151 II 742 S. 791 Eine Sanktionierung gemäss Art. 49a KG ist folglich wenn, dann nur noch in Bezug auf die letztgenannte Tathandlung möglich. Darüber hinaus fehlt die Basis für eine Sanktionierung.

## **E. 12**

(...) b) Berücksichtigung konzerninterner Umsätze bei der Bemessung des Basisbetrages

### **E. 12.7.1**

Gemäss Art. 3 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG; SR 251.5) bildet der Basisbetrag der Sanktion je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung dieser Bestimmung durch die Vorinstanz. Sie machen im Wesentlichen geltend, Art. 5 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4; nachfolgend: VKU) sei anwendbar, wonach konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen seien. BGE 146 II 217 habe nur deshalb die konzerninternen Umsätze berücksichtigt, weil eine Kosten-Preis-Schere vorgelegen habe, was in casu nicht der Fall sei. Art. 3 SVKG wolle das Schädigungspotential des sich kartellrechtswidrig verhaltenden Unternehmens berücksichtigen. Ein Unternehmen könne sich nicht selbst schädigen bzw. einen konzerninternen Missbrauch gebe es nicht.

### **E. 12.7.2**

Die Vorinstanz hat im Wesentlichen erwogen, in casu liege zwar keine Kosten-Preis-Schere wie in BGE 146 II 217 vor. Die Beschwerdeführerin 2 habe jedoch auch aufgrund der Umsätze mit Apotheken und Grossisten des Galenica-Konzerns bzw. der vertikalen Integration eine marktbeherrschende Stellung erlangt, weshalb die konzerninternen Umsätze bei der Bemessung des Basisbetrages zu berücksichtigen seien (vgl. E. 15.2.3.27 vorinstanzliches Urteil).

### **E. 12.7.3.1**

Art. 49a KG und Art. 3 SVKG enthalten keine genauere Definition des Begriffs "Umsatz". Praxisgemäss unbestritten ist, dass bei der Umsatzberechnung Art. 4 VKU zu berücksichtigen ist, d.h. insbesondere Rabatte, Skonti und Mehrwertsteuern abzuziehen sind (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.2.3; BGE 143 II 297 E. 9.7.2 in fine; Urteil 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.3.2 in fine, nicht publ. in: BGE 139 I 72). Generell sollen die Bestimmungen der VKU jedoch BGE 151 II 742 S. 792 nur insoweit anwendbar sein, als sie zum konkreten Sachverhalt passen (BGE 146 II 217 E. 9.2.2.3 f.). Gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU sind im Hinblick auf die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen die Umsätze zwischen den Konzerngesellschaften bzw. konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen. Der Grund dafür liegt darin, dass die Umsätze die wirkliche Stärke der beteiligten Unternehmen im Markt widerspiegeln sollen. Konzerninterne Umsätze reflektieren diese Stärke nicht, weshalb nur Umsätze mit Dritten herangezogen werden sollen (BGE 146 II 217 E. 9.2.2.4; REINERT/VISCHER, BSK KG, a.a.O., N. 115 zu Art. 9 KG). Nur die wirkliche Stärke der beteiligten Unternehmen bildet den Anlass für die kartellrechtliche Relevanz des Zusammenschlussvorhabens (BGE 146 II 217 E. 9.2.24). In der Lehre wird die Auffassung vertreten, Art. 5 Abs. 2 VKU sei im Rahmen von Art. 3 SVKG bzw. bei der Sanktionsbemessung anwendbar, weshalb die konzerninternen Umsätze nicht zu berücksichtigen seien (TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, a.a.O., N. 13 in

fine zu Art. 49a KG ; PATRICK L. KRAUSKOPF, DIKE-Kommentar KG, a.a.O., N. 38 zu Art. 49a Abs. 1 und 2 KG ; PETER REINERT, in: Kartellgesetz, 2007, N. 9 zu Art. 49a KG ; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, S. 228).

#### **E. 12.7.3.2**

In BGE 146 II 217 hat das Bundesgericht erwogen, Art. 5 Abs. 2 VKU passe nicht zum Sachverhalt. In diesem Fall bestehe die unzulässige Verhaltensweise - die Kosten-Preis-Schere - gerade im Verbund der beiden Unternehmen. Die Kosten-Preis-Schere funktioniere notwendigerweise nur bei einer vertikalen Integration und mache sich insofern die Konzernstruktur zu Nutze; sie könne einen zweifachen Preisdruck aufbauen und die Preise der vor- und nachgelagerten Produkte und damit zwei Marktebenen verbinden ( BGE 146 II 217 E. 9.2.2.4). Das Bundesgericht berücksichtigte deshalb bei der Berechnung des Basisbetrages auch den konzerninternen Umsatz.

#### **E. 12.7.3.3**

Vorliegend präsentiert sich die Ausgangslage allerdings anders: Es liegt keine Kosten-Preis-Schere vor. Damit fehlt es an der für diese Missbrauchsform typischen Verhaltensweise, nämlich durch Ausnutzung der vertikalen Integration und einen zweifachen Preisdruck auf dem vor- und nachgelagerten Markt die Margen der Konkurrenz auf dem Endkundenmarkt so zu beschneiden, dass diese nicht mehr konkurrenzfähig ist ( BGE 146 II 217 E. 5.1; Urteil 2C\_698/2021 vom 5. März 2024 E. 7.11). Vorliegend waren die Apotheken und Grossisten des Galenica-Konzerns nicht am missbräuchlichen BGE 151 II 742 S. 793 Verhalten beteiligt. Dass auf vertikaler Stufe ebenfalls Unternehmen im Konzernverbund mit den Beschwerdeführerinnen existierten, wurde nicht ausgenutzt. Es mag sein, dass die Beschwerdeführerin 2 auch mit Hilfe des Umsatzes der Galenica-Apotheken eine marktbeherrschende Stellung erreicht hat. Letzteres ist aber für sich genommen nicht missbräuchlich (vgl. E. 9.2 oben). Die Vorinstanz leitet de facto aus einer marktbeherrschenden Stellung ein missbräuchliches Verhalten ab und vermischt damit beides, obwohl diese beiden Elemente nach dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 KG , der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und dem EU-Kartellrecht klar zu trennen sind (vgl. E. 9.2 und 10.2.1 oben). Im Gegensatz zu BGE 146 II 217 rechtfertigt es sich deshalb vorliegend nicht, die konzerninternen Umsätze bei der Berechnung des Basisbetrages gemäss Art. 3 SVKG zu berücksichtigen.

#### **E. 12.7.3.4**

Die vorgenannte Rüge erweist sich in diesem Sinne als berechtigt und das vorinstanzliche Urteil ist insoweit aufzuheben.

#### **E. 12.7.3.5**

Es wird Sache der Vorinstanz sein, im Rahmen der Rückweisung der Sache zur neuen Bemessung der Sanktion (vgl. nicht publ. E. 12.9) die konzerninternen Umsätze bei der Berechnung des Basisbetrages abzuziehen.

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