

# **BGer 2C\_244/2022 vom 23. Januar 2025**

Bundesgericht, 2025-01-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_244\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_244_2022)

FR: TF 2C\_244/2022 du 23 janvier 2025

IT: TF 2C\_244/2022 del 23 gennaio 2025

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die vorliegende Beschwerde betrifft eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit im Bereich des Kartellrechts ( Art. 82 lit. a BGG ) und damit in einem Gebiet, welches nicht von Art. 83 BGG erfasst wird. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten der hierzu legitimierten Beschwerdeführerinnen ist demnach, unter Vorbehalt von E. 1.2 nachfolgend, einzutreten (Art. 42, Art. 86 Abs. 1 lit. a, Art. 89 Abs. 1, Art. 90 und Art. 100 Abs. 1 BGG ).

### **E. 1.2**

Anfechtungsgegenstand vor Bundesgericht ist einzig das vorinstanzliche Urteil, welches die erstinstanzliche Verfügung der WEKO vom 19. Dezember 2016 ersetzt. Letztere gilt als mitangefochten (Devolutiveffekt; BGE 139 II 404 E. 2.5; Urteil 2C\_488/2020 vom 29. März 2023 E. 1.2.1, nicht publ. in: BGE 149 II 187 ). Auf die verschiedenen Anträge ist deshalb insofern nicht einzutreten, als die Aufhebung bestimmter Dispositiv-Ziffern der genannten Verfügung beantragt wird.

### **E. 2.1**

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann unter anderem die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a und b BGG ). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), prüft jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) nur die geltend gemachten Rechtsverletzungen, sofern rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 142 I 135 E. 1.5). In Bezug auf die Verletzung von Grundrechten gilt eine qualifizierte Rüge- und Substanziierungspflicht, d.h. es ist klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Urteils aufzuzeigen, inwiefern die entsprechenden Rechtsnormen verletzt worden sein sollen ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 147 I 73 E. 2.1 ; 139 I 229 E. 2.2).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Eine Berichtigung oder Ergänzung der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung ist von Amtes wegen ( Art. 105 Abs. 2 BGG ) oder auf Rüge hin ( Art. 97 Abs. 1 BGG ) möglich, wobei das Bundesgericht nur bei einer offensichtlich unrichtigen bzw. willkürlichen oder rechtsverletzenden vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung, deren Korrektur entscheidrelevant sein kann, eingreift ( Art. 95, Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 142 I 135 E. 1.6). Entsprechende Rügen unterstehen der qualifizierten Rüge- und Begründungspflicht (vgl. E. 2.1 oben), d.h. in der Rechtschrift ist klar und detailliert darzulegen, inwiefern die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung willkürlich sein soll. Auf rein appellatorische Kritik an der vorinstanzlichen

Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung geht das Bundesgericht nicht ein ( BGE 147 I 73 E. 2.2; 140 III 264 E. 2.3; 139 II 404 E. 10.1).

### **E. 2.3**

Bezüglich des anwendbaren Rechts ist (mangels spezifischer Übergangsbestimmung) auf die allgemeine intertemporalrechtliche Regelung abzustellen, wonach Rechtssätze für die zur Zeit ihrer Geltung sich ereignenden Sachverhalte gelten ( BGE 143 III 297 E. 5.3.3). Grundsätzlich ist von einem kartellrechtlich relevanten Sachverhalt auszugehen, solange sich das wettbewerbswidrige Verhalten wettbewerbsbeschränkend auswirkt ( BGE 124 III 495 E. 1). Sowohl die Vorinstanz als auch die Beschwerdeführerinnen gehen davon aus, dass ein allfälliges (von den Beschwerdeführerinnen bestrittenes) wettbewerbswidriges Verhalten bis längstens Mai 2016 gedauert hat (vgl. E. 15.2.5.6 angefochtenes Urteil; Zeitpunkt der Zustellung des Verfügungsantrags [recte] und nicht der Eröffnung der Verfügung der WEKO [vgl. Bst. G.c.a angefochtenes Urteil]), wobei die Vorinstanz den Beginn auf September 2012 festgelegt hat (vgl. E. 15.2.5.6 vorinstanzliches Urteil). Es ist demnach auf die materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 [KG; SR 251]) in der bis am 1. Mai 2016 geltenden Fassung abzustellen (bezüglich der intertemporalrechtlichen Anwendung verfahrensrechtlicher Bestimmungen vgl. BGE 144 II 273 E. 2.2.4). Der am 1. Januar 2022 in Kraft getretene Art. 4 Abs. 2bis KG (Begriff des relativ marktmächtigen Unternehmens) sowie die gleichen Datums in Kraft getretene Neufassung von Art. 7 Abs. 1 KG (inkl. Neufassung Titel; Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender und relativ marktmächtiger Unternehmen; AS 2021 576) sind vorliegend nicht anwendbar.

## **II. Streitgegenstand**

### **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 100'000 Artikel, insbes. Arzneimittel, Medizinprodukte, Verbrauchsmaterialien), drogINDEX (für Drogerien, rund 180'000 Artikel, insbes. rezeptfreie Arzneimittel, Hygiene, Pflege), hospINDEX (für Spitäler, rund 180'000 Artikel), medINDEX (für Ärztinnen und Ärzte, rund 100'000 Artikel, insbes. Arzneimittel, Medizinprodukte, Praxis- und Laborbedarf), pharmINDEX (für Apotheken, rund 180'000 Artikel), insureINDEX (für Kostenträger wie Kranken- und Unfallversicherer, insbes. 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 E. 13.5.18 vorinstanzliches Urteil; vgl. Rz. 77, 123 und 183 Beschwerde).

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. E. Erreur : source de la référence non trouvée oben) 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 HOSPINDEX- und CIS-Daten) zu ermöglichen, ist sie verpflichtet, dieselben bei e-mediat zu beschaffen. Soweit e-mediat 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-mediat ist das SWH [Softwarehaus] nicht berechtigt, Daten Dritter in die XML-Strukturen von e-mediat zu implementieren und/oder Daten in seine SW [Software]-Programme einzuspeisen, die nicht von e-mediat stammen und die gleich oder im Wesentlichen gleich wie Daten von e-mediat 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);

- 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 Verschiessung 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 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 Sanktionsadressatin in E. 6,

- die Frage der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin 2 in E. 7 und E. 8,

- 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 vereinzelt 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.; 129 II 497 E. 3.3.1; Urteil 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 7.1).

##### E. 4.1.2

Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (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 unlaute 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: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar Kartellgesetz, 2. Aufl. 2021 [BSK KG], N. 45 zu Art. 3 Abs. 3 KG ; ROLF H. WEBER, in: Zäch/Arnet/Baldi et al. [Hrsg.], DIKE-Kommentar KG, 2018 [DIKE-Kommentar KG], 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 Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben". Unter die genannte Gesetzgebung fällt unter anderem das Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (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 (ROLF H. WEBER, in: DIKE-Kommentar KG, N. 41 zu Art. 3 KG ; ADRIEN ALBERINI, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl.

2013 [CR Droit de la concurrence], N. 1 f. zu Art. 3 Abs. 2 LCart). 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 (ROLF H. WEBER, in: DIKE-Kommentar KG, N. 43 zu Art. 3 KG ; ADRIEN ALBERINI, in: CR Droit de la concurrence, N. 62 zu Art. 3 Abs. 2 LCart).

#### **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 (ROLF H. WEBER, in: DIKE-Kommentar KG, N. 45, 47 zu Art. 3 KG ).

#### **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 E.12.6.17 angefochtenes Urteil; vgl. Rz. 38 Beschwerde). 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.

### **IV. Sachverhaltsrügen und Rügen bezüglich Verletzung des rechtlichen Gehörs**

#### **E. 5**

Nachfolgend wird in E. 5.1 auf die Sachverhaltsrügen und in E. 5.2 auf die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs eingegangen.

##### **E. 5.1.1**

Die Beschwerdeführerinnen rügen eine unvollständige und deshalb offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung. Sie machen im Wesentlichen geltend (S. 16 f. Beschwerde), die Vorinstanz habe es im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Einschränkung des Absatzes ( Art. 7 Abs. 2 lit. e KG ) durch die Klausel B unterlassen, die Softwarehäuser zu befragen. Ebenso habe es die Vorinstanz versäumt, bezüglich der vorgeworfenen Koppelung ( Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ) die Leistungserbringer zu befragen. Zudem wären aus Sicht der Beschwerdeführerinnen die Zulassungsinhaberinnen zu befragen gewesen, und zwar bezüglich des Punktes, ob für die Qualitätskontrolle und den Upload auf AIPS überhaupt ein separater Markt bestand.

##### **E. 5.1.2**

Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, ist der entscheidungsrelevante Sachverhalt jedoch genügend geklärt, weshalb sich die vorgenannte Rüge als unberechtigt erweist (vgl. E. 2.2 oben). Die Vorinstanz hat bezüglich der Sachverhaltsfeststellung kein Bundesrecht verletzt. Demzufolge ist vom vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt auszugehen ( Art. 105 Abs. 1 BGG ).

#### **E. 5.2.1**

Im Weiteren rügen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung der Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ; vgl. Rz. 79 Beschwerde). Sie bringen im Wesentlichen vor, die Begründung der sachlichen Marktabgrenzung (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG und E. 7.1 ff. unten) durch die Vorinstanz sei nicht nachvollziehbar.

#### **E. 5.2.2**

Die Begründungspflicht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ) verlangt nicht, dass sich das Gericht mit sämtlichen vorgebrachten Sachverhaltselementen bzw. Argumenten, Beweismitteln und Rügen auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Urteilsbegründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene das Urteil sachgerecht anfechten kann ( BGE 143 III 65 E. 5.2).

#### **E. 5.2.3**

Vorliegend zeigt sich, dass die Beschwerdeführerinnen diesbezüglich im Wesentlichen beanstanden, der Aspekt der Qualitätssicherung bzw. Qualitätskontrolle der Daten hätte als Teil der nachgefragten Leistung bei der sachlichen Marktabgrenzung berücksichtigt werden müssen. Dass die Vorinstanz jedoch den sachlichen Markt anders abgrenzt als von den Beschwerdeführerinnen gewünscht, stellt keine Verletzung der Begründungspflicht dar. Ausserdem ist die vorinstanzliche Begründung der sachlichen Marktabgrenzung in einer Weise abgefasst, die eine sachgerechte Anfechtung ermöglichte (vgl. E. 8.1 ff. vorinstanzliches Urteil). Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs erweist sich damit als unbegründet und das vorinstanzliche Urteil als bundesrechtskonform.

V. Die Beschwerdeführerin 1 (Vifor Pharma Participations AG, vormals 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).

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. E. 2.3 oben) 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 E. 14.5 vorinstanzliches Urteil sowie Rz. 53 Beschwerde).

#### **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 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 (CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: BSK KG, 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 [SKOCZYLAS, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse], S. 89 ff., Konzept der "wirtschaftlichen Kontinuität; DAMIAN K. GRAF, Zurechnung von Unternehmensbussen, Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht [GesKR] 2015 [GRAF, Zurechnung], 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, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse, S. 91 ff.; GRAF, Zurechnung, S. 364).

Gemäss Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union vom 17. Mai 2013 über die 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. Urteil EuGH i.S.

Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy et al. vom 14. März 2019, Rs. C-724/17, Rn. 38 f., 46, 50 f.; Urteil EuGH i.S.

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/ETI vom 11. Dezember 2007, Rs. C-280/06, Rn. 40, 48 und Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 3. Juli 2007, Rn. 71 - 110; vgl. auch Verweis auf dieses Urteil bei ROBERT ROTH, in: CR Droit de la concurrence, N. 35 zu Rem. Art. 49a - Art. 53 LCart; Urteil EuGH i.S.

Aalborg Portland et al./

Kommission vom 7. Januar 2004, Rs. C-204/00 P, Rn. 59, 354 - 359; Urteil EuGH i.S.

Kommission/Anic Partecipazioni vom 8. Juli 1999, Rs. C-49/92 P, Rn. 145; vgl. FELIX ENGELSING/HANS-HELMUT SCHNEIDER, in: Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auf. 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, Zurechnung, S. 364). Die Beschwerdeführerin 1 kann somit neben der Beschwerdeführerin 2 Sanktionsadressatin sein, weshalb sich die entgegenstehende Rüge als unberechtigt erweist.

## **VI. Marktbeherrschende Stellung**

### **a) Marktabgrenzung**

## **E. 7**

Die Beschwerdeführerinnen können nur dann gestützt auf Art. 7 i.V.m. Art. 49a Abs. 1 KG für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sanktioniert werden, wenn sie während der fraglichen Periode effektiv über eine solche Stellung verfügten, was sie bestreiten. Die Marktbeherrschung lässt sich nur im Zusammenhang mit einem bestimmten Markt beurteilen. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut "marktbeherrschend" in Art. 4 Abs. 2 KG. Deshalb ist zunächst der relevante Markt abzugrenzen. Erst danach kann geprüft werden, ob die Beschwerdeführerinnen über eine marktbeherrschende Stellung verfügten, und anschliessend, ob sie diese Stellung missbraucht haben (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.1; Urteile 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 8; 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 2).

### **E. 7.1**

Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Bevor sich die Marktmacht beurteilen lässt, ist der relevante sachliche, räumliche und zeitliche Markt zu definieren. Dieser beurteilt sich analog Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4; BGE 139 I 72 E. 9.1; Urteil 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.1; vgl. auch Urteil 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 8). Die Abgrenzung des relevanten Marktes ist eine Rechtsfrage ( BGE 139 II 316 E. 5.3).

### **E. 7.2**

Der sachlich relevante Markt umfasst danach alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU). Entscheidend ist somit, welche Produkte oder Leistungen die Marktgegenseite im Hinblick auf die Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses als austauschbar ansieht. Dies hängt davon ab, ob die Produkte oder Dienstleistungen vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist somit die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite ( BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1 mit Hinweisen; Urteile 2C\_698/2021 vom 5. März 2024 E. 6.3; 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 8.2; 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.2.1).

a.a) Marktgegenseite Softwarehäuser und Leistungserbringer

#### **E. 7.3.1**

Die Vorinstanz hat als Marktgegenseite für einen der beiden abgegrenzten Märkte die Leistungserbringer (Ärztinnen und Ärzte, Spitäler, Apotheken, etc.) sowie die Softwarehäuser gemeinsam herangezogen. Sie hat diesbezüglich im Wesentlichen erwogen, sowohl die Leistungserbringer als auch die Softwarehäuser würden veredelte, maschinenlesbare Daten nachfragen, sei es als Endabnehmer (Leistungserbringer) oder um diese Daten in ihre Software zu integrieren (Softwarehäuser) und anschliessend den Leistungserbringern zu liefern (vgl. E. 8.1.1.7 ff angefochtenes Urteil).

#### **E. 7.3.2**

Die Beschwerdeführerinnen bringen diesbezüglich vor, die Softwarehäuser seien (ausser bei MedINDEX, wo die Softwarehäuser einen Lizenzvertrag mit den Leistungserbringern abschliessen, vgl. Bst. E.b.a vorinstanzliches Urteil) nicht Endabnehmer. Die Beschwerdeführerin 2 schliesse jeweils direkt mit den Leistungserbringern einen Lizenzvertrag zur Nutzung der Daten ab (vgl. E. 3.3 oben). Der weitere Lizenzvertrag, den die Beschwerdeführerin 2 jeweils mit den Softwarehäusern abschliesse, diene lediglich dazu, die Daten an die Leistungserbringer weiterzuleiten. Die Softwarehäuser seien deshalb nicht Marktgegenseite.

### **E. 7.3.3**

Es ist unbestritten, dass die Softwarehäuser (ausser bei MedINDEX) nicht Endabnehmer der veredelten, maschinenlesbaren Daten sind. Für die sachliche Marktabgrenzung ist dies jedoch nicht relevant. Diesbezüglich ist einzig entscheidend, worin der Bedarf besteht. Dieser deckt sich bei Softwarehäusern und Leistungserbringern weitgehend. Für die Leistungserbringer und Softwarehäuser kann deshalb derselbe sachliche Markt abgegrenzt werden. Die Vorinstanz hat demnach zutreffend als sachlich relevanten Markt (betreffend die Marktgegenseite Leistungserbringer und Softwarehäuser) den Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen abgegrenzt.

### **E. 7.3.4**

Gemäss Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU umfasst der räumlich relevante Markt das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet. Die Vorinstanz hat diesbezüglich zu Recht erwogen, dass die Rahmenbedingungen des Gesundheitswesens durch die nationale Gesetzgebung geprägt seien und Arzneimittel spezifisch für die Schweiz zugelassen würden, weshalb das Gebiet der Schweiz den räumlich relevanten Markt darstelle.

### **E. 7.3.5**

Bezüglich des zeitlich relevanten Marktes ist vorliegend auf die Zeitperiode, welche die Vorinstanz der Sanktionierung zugrunde gelegt hat, nämlich auf die Periode September 2012 bis Mai 2016, abzustellen (vgl. E. Erreur : source de la référence non trouvée oben und E. 15.2.5.6 vorinstanzliches Urteil).

a.b) Marktgegenseite Zulassungsinhaberinnen

### **E. 7.4**

Von den Leistungserbringern (Ärzte, Apotheken, etc.) und Softwarehäusern (Applikationsentwickler) sind die Hersteller der Medikamente, d.h. die Zulassungsinhaberinnen bzw. Pharmafirmen, zu unterscheiden. Die Leistungserbringer und Softwarehäuser sind mit der Beschwerdeführerin 2 jeweils durch einen Lizenzvertrag (zwecks Datennutzung) verbunden, während zwischen den Zulassungsinhaberinnen und der Beschwerdeführerin 2 ein Publikationsvertrag (zwecks Publikation der veredelten Medikamenteninformationen) abgeschlossen wurde (vgl. E. 3.3 oben).

#### **E. 7.4.1**

Die Nachfrage der Zulassungsinhaberinnen (Pharmaunternehmen) deckt sich nicht mit der Nachfrage der Leistungserbringer und Softwarehäuser. Den Zulassungsinhaberinnen geht es darum, dass die Medikamenteninformationen bezüglich der von ihnen hergestellten Medikamente in Datenbanken mit elektronischen Datensätzen, welche von den

Leistungserbringern genutzt werden, aufgenommen und erhalten (bzw. unterhalten) werden. Die Vorinstanz hat deshalb als zweiten, sachlich relevanten Markt den Markt für die Aufnahme und den Erhalt (von Medikamenteninformationen der Zulassungsinhaberinnen) in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen abgegrenzt.

#### **E. 7.4.2**

Die Beschwerdeführerinnen sind der Auffassung, diese sachliche Marktabgrenzung sei nicht korrekt und müsse mit "qualitätsgesichert" ergänzt werden, denn die Leistungserbringer wollten mit qualitativ hochwertigen Daten arbeiten. Deshalb hätten auch die Zulassungsinhaberinnen ein Interesse daran, dass die Datenbanken bzw. Datensätze qualitativ hochstehend bzw. qualitätsgesichert seien. In diesem Sinn rügen die Beschwerdeführerinnen eine rechtsfehlerhafte, sachliche Marktabgrenzung.

Dem unbestrittenen Umstand, dass die Leistungserbringer qualitativ hochwertige Daten konsultieren wollen und der Folge daraus, ist jedoch nicht bei der sachlichen Marktabgrenzung, sondern bei der Frage, was (im Kontext mit der Koppelung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ) Bestandteil der Hauptleistung ist, Rechnung zu tragen (dazu E. 11 unten). Die vorgenannte, sachliche Marktabgrenzung der Vorinstanz erweist sich damit als bundesrechtskonform.

#### **E. 7.4.3**

In räumlicher und zeitlicher Hinsicht ist dieser zweite Markt gleich abzugrenzen wie den erste Markt (vgl. E. 7.3.4 f. oben).

a.c) 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;
- 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 (MANI REINERT/BARBARA WÄLCHLI, in: BSK KG, N. 311, 318 ff., 344 zu Art. 4 Abs. 2 KG ; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: CR Droit de la concurrence, N. 165 ff. zu Art. 4 Abs. 2 LCart).

### **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; MANI REINERT/BARBARA WÄLCHLI, in: BSK KG, 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).

b.a) Marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen (Marktgegenseite Softwarehäuser/Leistungserbringer)

#### **E. 8.5.1**

Gemäss vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellung verfügte die Beschwerdeführerin 2 (einschliesslich Documed AG und e-mediat AG) in den Jahren 2012 bis 2016 mit ihren diversen INDEX-Datenbanken bei den folgenden Leistungserbringern über rund folgende Marktanteile (vgl. E. 9.2.1.14 angefochtenes Urteil) :

- Ärztinnen und Ärzte: 95 % (2012) - 85 % (2016);

- Apotheken: 99 % - 95 %;
- Spitäler: 100 % - 90 %;
- Drogerien: 73 % - 59 %;
- Kostenträger: 100 %.

Eine Konkurrentin der Beschwerdeführerin, die Gesellschaft ywesee, erreichte mit ihrem Konkurrenzprodukt MEDIupdate XML rund 1'000 Ärztinnen und Ärzte bzw. einen Marktanteil von rund 5 %.

Bei den Softwarehäusern ist gemäss vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellung "sogar noch von einem grösseren Marktanteil auszugehen" (vgl. E. 9.2.1.18 angefochtenes Urteil).

Als Zwischenfazit, welches von den Beschwerdeführerinnen nicht bestritten wird, geht die Vorinstanz im relevanten Zeitraum von einem Marktanteil von insgesamt über 90 % aus (vgl. E. 9.2.1.19 angefochtenes Urteil). Darauf ist vorliegend abzustellen ( Art. 105 Abs. 1 BGG ; vgl. E. 2.2 oben)

### **E. 8.5.2**

Bezüglich des

potentiellen Wettbewerbs hat die Vorinstanz im Wesentlichen erwogen, ywesee habe sich bisher nur als Nischenanbieterin mit einem Marktanteil von 5 % bei den Ärztinnen und Ärzten etablieren können. Ein anderes Unternehmen, Ouwerkerk, habe ab 2012 mithilfe von Investitionen seitens der Pharmabranche versucht, in den Markt einzutreten, was jedoch nicht gelungen sei. Die Investitionen für den eigentlichen Betrieb einer Datenbank seien nicht besonders hoch und könnten bei einem Marktaustritt weiterverwendet werden (vgl. E. 9.2.2.23 vorinstanzliches Urteil). Kostenintensiv sei jedoch der Aufbau des spezifischen "Wissens" für eine Datenbank mit Medikamenteninformationen, nämlich das zu entwickelnde Datenbankgerüst und die Generierung der Informationen, wobei die Weiterverwendung dieser Investitionen bei einem Marktaustritt offen sei. Zudem lasse die Beschwerdeführerin 2 die von ihr veredelten Medikamenteninformationen als maschinenlesbare Codes in die Informatiksysteme ihrer Kunden einfliessen. Ein alternativer Anbieter könne seine Daten nicht problemlos in die Softwareapplikationen der Leistungserbringer einspeisen. Vielmehr müsse die Softwareapplikation angepasst oder ersetzt werden, was mit hohen switching costs für den Leistungserbringer verbunden sei.

Insgesamt geht die Vorinstanz davon aus, dass die Beschwerdeführerin 2 auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

### **E. 8.5.3**

Die Beschwerdeführerinnen bringen im Wesentlichen vor, der mangelnde Erfolg der Konkurrenz sei darauf zurückzuführen, dass Letztere nicht bereit gewesen sei, in eine Fachredaktion zu investieren. Die Produktionsfaktoren für eine Datenbank seien relativ einfach zu beschaffen. Es wäre möglich, innert zwei bis drei Jahren in den Markt einzutreten. Insofern rügen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung von Art. 4 Abs. 2 KG .

### **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 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.

b.b) Marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Aufnahme und den Erhalt (von Medikamenteninformationen der Zulassungsinhaberinnen) in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen (Marktgegenseite Zulassungsinhaberinnen)

#### **E. 8.6.1**

Bezüglich der Datenbank MEDlupdate XML von ywesee bestehen gemäss vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellung keine Vertragsverhältnisse zwischen ywesee und den Zulassungsinhaberinnen (dies im Gegensatz zu den Publikationsverträgen zwischen der Beschwerdeführerin 2 und den Zulassungsinhaberinnen bezüglich INDEX-Datenbanken, vgl. E. 3.3 oben). Die Arzneimittelinformationen werden auch dann in diese Datenbank aufgenommen, wenn die betroffenen Zulassungsinhaberinnen dies gar nicht wünschen. Die Ausgangslage ist demnach eine andere als bei den INDEX-Datenbanken. Würde auf den Umsatz mit den Zulassungsinhaberinnen abgestellt, wäre demnach gemäss Vorinstanz der Marktanteil von ywesee Null % (vgl. E. 9.3.1.3 angefochtenes Urteil). Ein weiteres, aktuelles Konkurrenzangebot besteht nicht. Die Vorinstanz hat deshalb sachverhaltsmässig festgestellt, dass auf diesem zweiten Markt mit der Marktgegenseite Zulassungsinhaberinnen nur ein "sehr eingeschränkter, aktueller Wettbewerb vorhanden ist".

#### **E. 8.6.2**

Ein potentieller Wettbewerb ist gemäss Vorinstanz nicht vorhanden, da von ywesee kein genügender Wettbewerbsdruck ausgehe. Auch der Umstand, dass die Beschwerdeführerin 2 auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen über eine marktbeherrschende Stellung verfüge, verhindere einen potentiellen Wettbewerb auf dem Markt mit der Marktgegenseite Zulassungsinhaberinnen.

#### **E. 8.6.3**

Auch von den Zulassungsinhaberinnen bzw. der

Nachfrageseite ging gemäss vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellung kein genügender Wettbewerbsdruck aus. Zwar verfügten einige Zulassungsinhaberinnen aufgrund ihrer Grösse über wirtschaftliche Stärke. Unter den rund 300 Zulassungsinhaberinnen befänden sich aber auch zahlreiche kleinere und mittlere Unternehmen (KMU). Das von rund 20 Zulassungsinhaberinnen mittels Anschubfinanzierung unterstützte Konkurrenzprojekt "Just-Medical" der Gesellschaft Ouwerkerk sei zudem nicht erfolgreich gewesen und lasse nicht auf einen hohen Organisationsgrad der Nachfrageseite schliessen (vgl. E. 9.3.3.6 angefochtenes Urteil).

Insgesamt schliesst die Vorinstanz aus den genannten Umständen, dass die Beschwerdeführerin 2 auch bezüglich des zweiten, abgegrenzten Marktes in der fraglichen Zeit über eine marktbeherrschende Stellung verfügte.

#### **E. 8.6.4**

Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung von Art. 4 Abs. 2 KG und bringen im Wesentlichen vor, bei den Zulassungsinhaberinnen bzw. der Nachfrageseite handle es sich teilweise um multinationale Pharmakonzerne mit Milliardenumsätzen, welche jederzeit in der Lage seien, in den vorliegend betroffenen Markt einzutreten. Auch sei bekannt, dass die Pharmabranche in der Schweiz über einen hohen Organisationsgrad verfüge. Die Beschwerdeführerin 2 könne ihre Geschäftstätigkeit nur solange fortführen, als ihre Datenbanken vollständig, von guter Qualität und aktuell seien. Insgesamt könne sich die Beschwerdeführerin 2 nicht in wesentlichem Umfang unabhängig von den Zulassungsinhaberinnen verhalten, weshalb sie auf dem betroffenen Markt nicht marktbeherrschend sei.

#### **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 Ouwerkerk, E. 8.6.3 oben). 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 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 ; 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 ; 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 ; 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 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 ; 139 I 72 E. 10.1.1; 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. Ausbeutungsmisbrauch liegt dagegen vor, wenn der Marktgegenseite ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden ( BGE 146 II 217 E. 4.1 ; 139 I 72 E. 10.1.1).

#### **E. 9.4**

Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich hindernd 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 ; 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 aufheben ( BGE 146 II 217 E. 4.2 ; 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 hinderndes 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 ; 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 marktbeherrschenden Unternehmens schlicht höherwertig ist, so ist die Verknappung des Angebots nicht künstlicher Natur, sondern auf die normale Marktentwicklung zurückzuführen (MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: BSK KG, 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; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: BSK KG, N. 662 zu Art. 7 KG ; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar KG, 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 Wettbewerbsschädigung 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 Wettbewerbsschädigung werden in der Lehre seit längerem unter den Stichworten "effects-based" versus "form-based approach" bzw. wirkungsbasiertem versus formbasierten Ansatz kontrovers diskutiert (vgl. dazu MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: BSK KG, N. 119 ff., N. 127 ff., N. 130 ff. zu Art. 7 KG ; NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHKE, Wettbewerbsrecht und Marktregulierung, Bd. 1 Grundlagen, 2023, § 3 N. 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 Wettbewerbsschädigung 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 Wettbewerbsschädigung der strittigen Verhaltensweise aufgrund einer Einzelfallanalyse festgestellt wird sowie dass (anhand eines dualen Prüfungsmusters) die Wettbewerbsverfälschungen herauszuarbeiten sind, 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 E. 8.2.2). Die Frage ist dabei nicht, ob die Wettbewerbsschädigung 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 MARIO STREBEL/FABIAN KOCH, SIX/DCC: Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC), in: Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht [SZK], 2023, S. 17 ff., insbes. S. 20 ff.; MANI REINERT/TIM MEYER, Entwicklungen der Behörden- und Gerichtspraxis, in: SZK, 2023 S. 33 ff., insbes. S. 44; SIMON HIRSBRUNNER, Unfaire Vorverurteilung von marktbeherrschenden Unternehmen, in: Jusletter vom 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 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; ABl. C 115/47 vom 9. Mai 2008) zurückgegriffen werden, da die jeweiligen Normen grösstenteils übereinstimmen ( BGE 146 II 217 E. 4.3 ; 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 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 EuGH i.S.

Servizio Elettrico Nazionale SpA/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato vom 12. Mai 2022, Rs. C-377/20 [nachfolgend "Urteil SEN"], Rn. 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 EuGH i.S.

Unilever Italia Mkt. Operations Srl/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato vom 19. Januar 2023, Rs. C-680/20, [nachfolgend "Urteil Unilever"], Rn. 41).

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" (Urteil Unilever, Rn. 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" (Urteil Unilever, Rn. 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"], Rn. 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 marktbeherrschende Unternehmen (ABl. 2009, C 45, S. 7, Nr. 36) veranschaulicht" (Urteil Unilever, Rn. 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" (Urteil Unilever, Rn. 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 bloße Umstand eines Treuerabattsystems bedeutete noch nicht ein missbräuchliches Verhalten (Urteil Intel, Rn. 138 - 140).

Für den Nachweis der Missbräuchlichkeit eines Verhaltens müssen die Wettbewerbsbehörden zudem alle relevanten tatsächlichen Umstände berücksichtigen (Urteil Unilever, Rn. 40, Rn. 60, auch mit Verweis auf das Urteil SEN, Rn. 70, und auf das Urteil des EuGH i.S. Tomra Systems u.a./Kommission vom 19. April 2012, Rs. C-549/10 P, Rn. 18). Ebenso ist diesbezüglich das Vorliegen einer eventuellen Strategie (des marktbeherrschenden Unternehmens) zur Verdrängung der mindestens ebenso leistungsfähigen Wettbewerber zu prüfen (Urteil Unilever, Rn. 48, mit Verweis auf Urteil Intel, Rn. 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. LINSEY MCCALLUM/INGE BERNAERTS/MASSIMILIANO KADAR/JOHANNES HOLZWARTH/DAVID KOVO/MARIE LAGRUE/EDOUARD LEDUC/ET AL., A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance, Competition Policy Brief No 1/2023, insbes.

S. 2 f., mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH).

### **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 (THOMAS EILMANSBERGER/FLORIAN BIEN, in: Säcker/Bien/Meier-Beck/Montag [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, Band 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, 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 Wettbewerb 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 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, insbes. 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.

d.a) 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 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).

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 und Rz. 110 f. Beschwerde).

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 ; 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).

d.b) 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 milderes 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.

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 milderes 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 (DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl. 2020 [BARRELET/EGLOFF, Kommentar URG], N. 3, 7 und 11 zu Art. 10 URG ).

Die XML-Struktur der Beschwerdeführerin 2 ist urheberrechtlich geschützt (vgl. E. 4.2.3 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 des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 [Botschaft KG 1995], BBl 1995 I 468 ff., 570; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: BSK KG N. 215 zu Art. 7 KG ; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in:

DIKE-Kommentar KG, 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 (MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: BSK KG, 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 Produkt MEDIupdate zu entwickeln (vgl. 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, Kommentar URG, 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 die 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: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Basler Kommentar UWG, 2013 [BSK UWG], N. 62 zu Art. 5 UWG ). Art. 5 lit. c UWG befasst sich nur mit der unmittelbaren Übernahme, nicht mit der Nachahmung (RETO ARPAGAU, in: BSK UWG, N. 63 zur Art. 5). 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 (RETO ARPAGAUS, in: BSK UWG, 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." RETO ARPAGAUS, in: BSK UWG, 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; RETO ARPAGAUS, in: BSK UWG 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 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. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: BSK KG, 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 Marktverschliessung. 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 Produktewettbewerb entsprechen (vgl. auch Urteil EuGH i.S.

Servizio Elettrico Nazionale SpA/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato vom 12. Mai 2022, Rs. C-377/20, Rn. 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 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.

d.c) 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. 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; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: BSK KG, N. 724 ff. zu Art. 7 KG ; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar KG, N. 494 ff. zu Art. 7 KG ; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: CR Droit de la concurrence, N. 276 zu Art. 7 Abs. 2 LCart).

### **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; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: BSK KG, N. 734 ff. zu Art. 7 KG ; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER,

in: DIKE-Kommentar KG, N. 497 ff. zu Art. 7 KG ; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: CR Droit de la concurrence, N. 262 zu Art. 7 Abs. 2 LCart).

#### **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; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar KG, N. 502 zu Art. 7 KG ; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: CR Droit de la concurrence, N. 263 zu Art. 7 Abs. 2 LCart).

e.a) 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 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 sachverhaltsmässig 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 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 Datenumfanges 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 Zulassungsinhaberinnen 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 Zulassungsinhaberinnen die Beschwerdeführerinnen 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. 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 Beschwerdeführerinnen 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).

e.b) 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 Beschwerdeführerinnen 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. 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 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).

e.c) 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).

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.

## **VIII. Sanktionierung und Sanktionsbemessung**

### **E. 12.1**

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführerinnen in Anwendung von Art. 49a i.V.m. Art. 7 KG eine Sanktion von Fr. 3'778'794.-- unter solidarischer Haftung auferlegt (Ziff. 4 Dispositiv vorinstanzliches Urteil).

### **E. 12.2**

Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, dass sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Innerhalb des abstrakten Sanktionsrahmens von Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG wird die konkrete Sanktion anhand der in Art. 2 ff. KG -Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG; SR 251.5) enthaltenen Kriterien in drei Schritten bemessen ( Art. 49a Abs. 1 Satz 3 und 4 KG ; BGE 147 II 72 E. 8.5.1; 146 II 217 E. 9.1; 144 II 194 E. 6.2) : Ermittlung des Basisbetrages ( Art. 3 SVKG ), Anpassung (des Basisbetrages) an die Dauer des Verstosses ( Art. 4 SVKG ) sowie Erhöhung bzw. Verminderung entsprechend erschwerender oder mildernder Umstände ( Art. 5 und Art. 6 SVKG ). Der Basisbetrag der Sanktion bildet 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 ( Art. 3 SVKG ).

### **E. 12.3**

Die Beschwerdeführerinnen beantragen die Aufhebung der Sanktion. Eventualiter beantragen sie zumindest die Reduktion der Sanktion und subeventualiter die Aufhebung der Sanktion und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen (vgl. Bst. C oben). Die Beschwerdeführerinnen sind zunächst der Auffassung, dass mangels unzulässigen Verhaltens nach Art. 7 KG eine Sanktionierung vollständig entfällt. Sollte objektiv gesehen ein unzulässiges Verhalten vorliegen, so rügen sie eine mehrfache Verletzung von Bundesrecht und machen im Sinne einer Eventualbegründung geltend, ein Verschulden respektive eine Vorwerfbarkeit des Verhaltens der Beschwerdeführerinnen sei nicht gegeben (womit die Sanktionierung ebenfalls entfallen würde). Zudem sei die Berechnung des Basisbetrages gemäss Art. 3 SVKG bundesrechtswidrig, da wenn schon die Umsätze für bestimmte Schulungen abgezogen werden müssten. Auch dürften die konzerninternen Umsätze bei der Festlegung des Basisbetrages nicht herangezogen werden. Zudem seien bestimmte mildernde Umstände zu berücksichtigen.

### **E. 12.4**

Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird der Sanktionsbetrag u.a. nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens bestimmt. Art. 3 SVKG hält konkretisierend fest, dass der Basisbetrag nach Schwere und Art des Verstosses gebildet wird. Unter Schwere ist die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential, und zu berücksichtigen ist zudem unter anderem der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses sowie die Anzahl der Beteiligten ( BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2; 144 II 194 E. 6.4).

### **E. 12.5**

Ausgangspunkt für die Bestimmung des Basisbetrages bildet der Verstoss, d.h. in casu die Einschränkung des Absatzes ( Art. 7 Abs. 2 lit. e KG ) durch die Vertragsklausel B im Vertragsverhältnis zu den Softwarehäusern. Die durch die Vorinstanz ausgefallte Sanktion beruht allerdings auf vier vermeintlich einen Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllenden Handlungen der Beschwerdeführerin 2. Wie erwähnt hat sich jedoch die Kartellrechtswidrigkeit von drei der vier vorinstanzlich beanstandeten Handlungen nicht bestätigt und selbst die Verwendung der Klausel B ist nur in weit geringerem Ausmass als von der Vorinstanz angenommen kartellrechtswidrig (vgl. E. 11.13 oben). Damit ist die Marktverschliessung zulasten konkurrierender Anbieter von veredelten, maschinenlesbaren Medikamenteninformationen, die (objektive) Schwere des Verstosses und damit auch die Beeinträchtigung des Wettbewerbs weit geringer als von der Vorinstanz erwogen. Daraus ergibt sich bereits, dass die vorinstanzliche Sanktionsbemessung nicht aufrechterhalten werden kann und die Sanktion erheblich zu reduzieren ist. Vorliegend wird die Sache zur neuen Bemessung und Festlegung der Sanktion im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen sein (dazu E. 12.9 unten). Allerdings sind vorgängig einige Punkte zur Sanktionsbemessung, welche die Beschwerdeführerinnen vorgebracht haben und welche Rechtsfragen (bzw. keine blossen Ermessensfragen, vgl. BGE 147 II 72 E. 8.5.2) darstellen, zu klären.

a) Vorwerfbarkeit des Verhaltens der Beschwerdeführerinnen

### **E. 12.6.1**

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, ihnen könne kein Organisationsverschulden vorgeworfen werden, da im Rahmen der Untersuchung der WEKO "Publikation Arzneimittel" (RPW 2008 S. 385 ff.) die Qualitätssicherungsarbeiten bezüglich Arzneimittelpublikation als kartellrechtlich unproblematisch qualifiziert worden seien; eine Koppelung ( Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ) sei verneint worden. Deshalb hätten sie davon ausgehen dürfen, dass vorliegend die Qualitätskontrolle der in den INDEX-Datenbanken und im Compendium zu publizierenden Medikamenteninformationen ebenfalls unproblematisch seien und keine Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG darstellten. Sie rügen in diesem Sinne eine Verletzung von Bundesrecht.

### **E. 12.6.2**

Die Rüge ist von vornherein nur noch insofern relevant, als vorliegend erkannt wurde, dass die Beschwerdeführerinnen mittels einem Teil der Klausel B den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG (Einschränkung des Absatzes) erfüllen. Allerdings stösst die Begründung der Beschwerdeführerinnen ins Leere, wie nachfolgende Ausführungen zeigen.

### **E. 12.6.3**

Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 i.V.m. Art. 49a KG bildet einerseits den objektiven Tatbestand einer Kartellrechtsverletzung. Andererseits setzt die Sanktionierung gemäss Art. 49a KG rechtsprechungsgemäss auch die Erfüllung eines subjektiven Tatbestandes voraus. Diesbezüglich ist die Vorwerfbarkeit des Kartellrechtsverstosses erforderlich. Diese setzt allerdings nicht voraus, dass der Verstoss einer natürlichen Person zugerechnet werden kann. Massgebend ist vielmehr ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens. Die entsprechenden Sorgfaltspflichten ergeben sich aus dem Kartellgesetz; die Unternehmen müssen sich an die Regeln des KG halten. Liegt ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vor, so ist in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt (und damit ein Organisationsverschulden gegeben), denn die Unternehmen müssen über die Regeln des KG, über die dazu ergangene Praxis und die einschlägigen Bekanntmachungen informiert sein ( BGE 146 II 217 E. 8.5.2; 143 II 297 E. 9.6.2; Urteil 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 11.1).

### **E. 12.6.4**

Vorliegend ist, wenn auch in sehr begrenztem Rahmen, ein wettbewerbswidriges Verhalten im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG (Einschränkung des Absatzes) gegeben. Damit liegt bereits eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung bzw. ein Organisationsverschulden der Beschwerdeführerinnen vor und das Element der Vorwerfbarkeit ist erfüllt. Zudem wird den Beschwerdeführerinnen in casu keine Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG vorgeworfen (vgl. E. 11.12 oben). Deshalb können sie sich ohnehin nicht darauf berufen, sie hätten auf die Praxis der WEKO (im Sinne von RPW 2008 S. 385 ff.) abstellen können, wonach bei mit dem vorliegenden Fall vergleichbaren Qualitätssicherungsarbeiten gerade keine Koppelung vorliege. Die entsprechende Rüge erweist sich somit als unberechtigt. Der subjektive Tatbestand in Bezug auf den in casu konkreten Verstoss im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG (vgl. E. 10.9 und E. 11.13 oben) ist erfüllt.

b) Berücksichtigung konzerninterner Umsätze bei der Bemessung des Basisbetrages

### **E. 12.7.1**

Gemäss Art. 3 SVKG 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 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) 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". Praxismässig 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; 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 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; MANI REINERT/MARIUS VISCHER, in: BSK KG, 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 (CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: BSK KG, N. 13 in fine zu Art. 49a KG; PATRICK L. KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, N. 38 zu Art. 49a Abs. 1 und 2 KG; PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar Kartellgesetz, 2007 [SHK KG], 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 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 E. 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. E. 12.9 unten) die konzerninternen Umsätze bei der Berechnung des Basisbetrages abzuziehen.

c) Berücksichtigung Umsatz Schulung Pharmavista sowie mildernde Umstände

### **E. 12.8.1**

Die Vorinstanz hat bei der Berechnung des Basisbetrages ( Art. 3 SVKG ) auch den Umsatz der Beschwerdeführerin 2 aus den Schulungen bezüglich der Datenbank Pharmavista einbezogen. Die Beschwerdeführerin rügt diesbezüglich eine Verletzung von Art. 3 SVKG , da diese Datenbank nichts mit der Bereitstellung von elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen bzw. mit den im Hinblick auf die Prüfung der marktbeherrschenden Stellung abgegrenzten Märkten zu tun habe.

### **E. 12.8.2**

Gemäss vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellung handelt es sich bei Pharmavista um ein von der Beschwerdeführerin 2 (inkl. e-mediat AG und Documed AG) angebotenes Online-Informationsangebot für den schweizerischen Pharmamarkt, welches einen einfachen Zugriff auf wissenschaftliche und kommerzielle Daten zu Arzneimitteln, Parapharmazeutika und Kosmetika ermöglichen soll. Diese Informationsplattform enthält teilweise ebenfalls veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen. Ausgehend von diesem Sachverhalt hat die Vorinstanz erwogen, Schulungen zu Pharmavista stünden in einem derart engen Zusammenhang zu Pharmavista, dass es sich rechtfertige, die Umsätze aus diesen Schulungen zu berücksichtigen (vgl. E. 15.2.3.16 vorinstanzliches Urteil).

#### **E. 12.8.3.1**

Auch die relevanten Märkte im Sinne von Art. 3 SVKG sind entsprechend Art. 11 Abs. 3 lit. a und b VKU abzugrenzen ( BGE 146 II 217 E. 9.2.1). Die Vorinstanz hat in diesem Sinne einen Markt für Schulungen als sachlich relevanten Markt abgegrenzt (vgl. E. 15.2.3.12 vorinstanzliches Urteil). Ob der Umsatz aus der Schulung mit Pharmavista von der Vorinstanz diesem Markt für Schulungen oder den beiden, im Rahmen der Prüfung der marktbeherrschenden Stellung abgegrenzten Märkten (vgl. E. 7.5 oben) zugeordnet wurde, ist unklar, kann jedoch offen bleiben. Bei der Bemessung des Basisbetrages können nämlich auch Umsätze auf Märkten herangezogen werden, bezüglich welcher zwar keine marktbeherrschende Stellung erkannt wurde, aber auf welche sich das missbräuchliche Verhalten ausgewirkt hat (Urteile 2C\_561/2022 vom 23. April 2024 E. 13.4.2; Urteil 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 11.3.3). Pharmavista enthält zumindest teilweise veredelte, maschinenlesbare Medikamenteninformationen. Die Schulungen bezüglich Pharmavista könnten damit zumindest einem dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen (vgl. E. 7.5 oben) nachgelagerten Markt zugeordnet werden. Daraus ergibt sich auch, dass die vorliegend erstellte, unzulässige Verhaltensweise sich zumindest auf diesen Markt für Schulungen ausgewirkt hat. Der entsprechende Schulungsumsatz kann deshalb so oder anders bei der Bemessung des Basisbetrages berücksichtigt werden.

#### **E. 12.8.3.2**

Die Vorinstanz hat demnach diesbezüglich kein Bundesrecht verletzt und die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerinnen erweist sich als unberechtigt.

#### **E. 12.8.4.1**

Im Weiteren rügen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung von Art. 6 SVKG (mildernde Umstände). Die Vorinstanz hat das Vorliegen mildernder Umstände verneint (vgl. E. 15.2.7.16 vorinstanzliches Urteil).

#### **E. 12.8.4.2**

Gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG wird bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats der Wettbewerbskommission, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26 - 30 KG beendet, der Betrag nach Art. 3 und 4 SVKG vermindert.

#### **E. 12.8.4.3**

Da sich vorliegend ergeben hat, dass eine Wettbewerbsbeschränkung nur in einem weit geringeren Mass vorliegt als von der Vorinstanz erwogen, fragt es sich, ob mildernde

Umstände bei der Neubemessung der Sanktion im Rahmen der Rückweisung (vgl. E. 12.9 unten) überhaupt noch eine Rolle spielen. Dies wird von der Vorinstanz zu prüfen sein, weshalb auf die entsprechende Rüge vor Bundesgericht nicht weiter einzugehen ist.

d) Rückweisung an die Vorinstanz zur neuen Bemessung und Festlegung der Sanktion

### **E. 12.9**

Grundsätzlich auferlegt sich das Bundesgericht bei der Überprüfung der Sanktionsbemessung eine gewisse Zurückhaltung (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.5.2; Urteil 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 11.3.8). Nachdem einige Rechtsfragen, welche Einfluss auf die Sanktionsbemessung haben, geklärt wurden, rechtfertigt es sich deshalb die Sache zwecks neuer Bemessung und Festlegung der Sanktion im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ( Art. 107 Abs. 2 BGG ).

IX. Schlussfolgerung sowie Kosten und Entschädigung

### **E. 13.1**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin 2 zwar auf den relevanten Märkten über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügte, jedoch ihre Stellung im Gegensatz zum vorinstanzlichen Urteil nur in einem sehr begrenzten Ausmass im Sinne von Art. 7 KG missbrauchte. Eine Einschränkung des Wettbewerbs durch eine kartellrechtswidrige Marktverschliessung zulasten der Konkurrenz der Beschwerdeführerin 2 ist nur sehr begrenzt gegeben. Daraus folgt, dass die von der Vorinstanz ausgefallte Sanktion gemäss Art. 49a KG neu zu bemessen und festzulegen sein wird.

### **E. 13.2**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist teilweise gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist (vgl. E. 1.2 oben). Das vorinstanzliche Urteil ist, abgesehen von Ziff. 2 Urteilsdispositiv, aufzuheben.

### **E. 13.3**

Der Beschwerdeführerin 2 ist zu untersagen, in ihren Verträgen mit Softwarehäusern Klauseln vorzusehen, welche es den Softwarehäusern verbieten, Drittdaten bezüglich veredelter, maschinenlesbarer Medikamenteninformationen, welche im Wesentlichen gleich wie die Daten der Beschwerdeführerin 2 strukturiert sind, in ihre Softwareprogramme einzuspeisen.

### **E. 13.4**

Die Sache ist zwecks neuer Bemessung und Festlegung der Sanktion gemäss Art. 49a KG im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### **E. 14.1**

Entsprechend dem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführerinnen grösstenteils obsiegt. Ihnen sind deshalb für das bundesgerichtliche Verfahren unter solidarischer Haftung reduzierte Gerichtskosten aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

### **E. 14.2**

Die WEKO verfolgt in vorliegendem Verfahren trotz Auferlegung einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG primär die Interessen eines funktionierenden Wettbewerbs bzw. der Förderung einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung (vgl. Art. 1 KG ) und nicht

Vermögensinteressen. Deshalb sind ihr trotz weitgehenden Unterliegens für das bundesgerichtliche Verfahren keine Gerichtskosten aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 4 BGG ; Urteile 2C\_343/2010, 2C\_344/2010 vom 11. April 2011 E. 9.3, nicht publ. in: BGE 137 II 199 ; 2C\_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 14).

### **E. 14.3**

Die WEKO hat den Beschwerdeführerinnen, welche weitgehend obsiegt haben, eine Parteientschädigung zu bezahlen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Die WEKO selbst hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

### **E. 14.4**

Da die Sache zwecks neuer Bemessung und Festlegung der Sanktion gemäss Art. 49a KG im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, wird die Vorinstanz in diesem Rahmen auch über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Verfahrens vor der Vorinstanz und der WEKO neu zu befinden haben.

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