



Abteilung II
B-2597/2017

Urteil vom 19. Januar 2022

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),
Richter David Aschmann, Richter Martin Kayser,
Gerichtsschreiberin Corine Knupp.

Parteien/

1. **Vifor Pharma AG (vormals Galenica AG),**
2. **HCI Solutions AG,**
beide vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. Daniel Emch und Stefanie Schuler,
Kellerhals Carrard Bern KIG,
Effingerstrasse 1, Postfach 6916, 3001 Bern,
Beschwerdeführerinnen,
gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Vorinstanz.

Gegenstand

Sanktionsverfügung der Wettbewerbskommission
vom 19. Dezember 2016 in der Untersuchung 32-0249:
Kommerzialisierung von elektronischen
Medikamenteninformationen.

A. Gegenstand	5
B. Beschwerdeführerinnen	5
C. Medikamenteninformationen	7
D. Datenbanken	15
E. Vertragsgestaltung und Geschehensablauf	18
E.a betreffend Zulassungsinhaberinnen	18
E.b betreffend Softwarehäuser	23
F. Verfügung der WEKO vom 7. Juli 2008 i.S. Publikation von Arzneimittelinformationen	25
G. Vorinstanzliches Verfahren	26
G.a Vorabklärung	26
G.b Untersuchung	27
G.c Verfügungsantrag	30
G.d Verfügung	33
H. Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht	37
H.a Beschwerde	37
H.b Vernehmlassung	42
H.c Replik und Duplik	46
H.d Weitere Verfahrensschritte	49
1. Prozessvoraussetzungen	51
2. Geltungsbereich des Kartellgesetzes	53
2.1 Persönlicher Geltungsbereich	53
2.2 Sachlicher Geltungsbereich des Kartellgesetzes	56
2.3 Räumlicher Geltungsbereich	60
2.4 Zeitlicher Geltungsbereich	60
3. Rechtmässige Verfügungsadressaten	60
4. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens	68
5. Erforderliches Beweismass	72
6. Beweisanträge	74
7. Weitere Anträge der Beschwerdeführerinnen	77
8. Relevanter Markt	80

8.1 Sachlich relevanter Markt	80
8.1.1 Marktgegenseite	82
8.1.2 Sachlich relevanter Markt betreffend die Marktgegenseite der Leistungserbringerinnen und -erbringer, Vertriebsunternehmen, Kostenträger und Softwarehäuser	84
8.1.3 Sachlich relevanter Markt betreffend die Marktgegenseite der Zulassungsinhaberinnen	85
8.2 Räumlich relevanter Markt.....	86
8.3 Zeitlich relevanter Markt	89
8.4 Zwischenergebnis	89
9. Marktstellung	89
9.1 Grundlagen	89
9.2 Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen	91
9.2.1 Aktueller Wettbewerb im relevanten Zeitraum.....	91
9.2.2 Potentieller Wettbewerb.....	97
9.3 Markt für die Aufnahme und den Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen.....	112
9.3.1 Aktueller Wettbewerb im relevanten Zeitraum.....	112
9.3.2 Potentieller Wettbewerb.....	113
9.3.3 Stellung der Marktgegenseite	114
9.4 Zweiseitiger Markt	117
10. Isolierte Feststellung der marktbeherrschenden Stellung.....	118
11. Unzulässige Verhaltensweisen	124
12. Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG	126
12.1 Sachverhalt	126
12.2 Grundlagen	128
12.3 Marktbeherrschende Stellung.....	129
12.4 Einschränkung des Absatzes	129
12.5 Künstliche Verknappung.....	142
12.6 Sachliche Rechtfertigungsgründe	149
12.7 Fazit	156
13. Koppelung von Leistungen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG	156

13.1 Sachverhalt	156
13.2 Grundlagen	157
13.3 Marktbeherrschende Stellung	159
13.4 Vertragspartner	159
13.5 Vorliegen separater Produkte	160
13.6 Verknüpfung von Haupt- und Zusatzprodukt	168
13.7 Wettbewerbsbeschränkender Effekt	171
13.8 Sachliche Rechtfertigungsgründe	178
13.9 Fazit	185
14. Massnahmen	185
15. Sanktionierung	187
15.1 Vorwerfbarkeit	187
15.2 Sanktionsbemessung	193
15.2.1 Allgemeines	193
15.2.3 Basisbetrag	194
15.2.4 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses	204
15.2.5 Berücksichtigung der Dauer des Verstosses	210
15.2.6 Erschwerende Umstände	212
15.2.7 Mildernde Umstände	218
15.2.8 Maximalsanktion	224
15.2.9 Konkreter Sanktionsbetrag	225
16. Ergebnis	226
17. Kosten und Entschädigung	227
17.1 Verfahrenskosten vor der Vorinstanz	227
17.2 Kosten und Entschädigung vor Bundesverwaltungsgericht	229

Sachverhalt:

A. Gegenstand

Gegenstand des vorliegenden Urteils bildet die von der Wettbewerbskommission (WEKO) am 19. Dezember 2016 erlassene Verfügung im Verfahren Nr. 32-0249, Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen (nachfolgend: angefochtene Verfügung). Danach verfügte die damalige Galenica AG (nachfolgend: Galenica) mittels ihrer Tochtergesellschaft HCI Solutions AG (nachfolgend: HCI) auf dem Markt der veredelten, maschinenlesbaren Daten betreffend Medikamenteninformationen sowie auf dem Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen in der Schweiz über eine marktbeherrschende Stellung. In dieser Stellung hat sie unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 7 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) verwirklicht; indem sie einerseits (i) den Absatz der Konkurrenten durch eine Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser sowie durch eine Untersagung der anderweitigen Verwendung der Software-Strukturen eingeschränkt und andererseits (ii) durch die vertragliche Koppelung von Dienstleistungen den Zulassungsinhaberinnen den Kauf zusätzlicher Leistungen aufgedrängt hat. Die beiden Unternehmen wurden mit einem Betrag in der Höhe von Fr. 4'546'123.– sanktioniert.

Die folgenden Ausführungen zu den Beschwerdeführerinnen, den Medikamenteninformationen, den Datenbanken sowie zur Vertragsgestaltung und den Geschehensabläufen sollen eine grundlegende Übersicht über den Verfahrensgegenstand bieten. Spezifische Abhandlungen von Einzelheiten erfolgen zu den jeweiligen Detailaspekten im Rahmen der Erwägungen.

B. Beschwerdeführerinnen

B.a Vifor Pharma AG

B.a.a Galenica war bis Anfang 2017 Muttergesellschaft einer international tätigen schweizerischen Pharmazie- und Logistikunternehmensgruppe. Die Gesellschaften der Galenica-Gruppe waren in die zwei Hauptbereiche "Vifor Pharma" und "Galenica Santé" unterteilt. Die der Geschäftseinheit "Vifor Pharma" zugeteilten Gesellschaften entwickelten, produzierten und vertrieben weltweit pharmazeutische Produkte. Der Unternehmensbereich "Galenica Santé" unterteilte sich in die Geschäftsbereiche "Products & Brands", "Retail" und "Services". Die ersten beiden Bereiche vermarkteten

Produkte für die Gesundheit, Schönheit und das Wohlbefinden und betreiben Apotheken. Der Geschäftsbereich "Services" umfasste das Anbieten von Wholesale und Prewholesale Logistikdienstleistungen sowie die Entwicklung und den Betrieb von Datenbanken und Softwarelösungen.

B.a.b Mittlerweile wurden die Geschäftseinheiten "Vifor Pharma" und "Galenica Santé" zu zwei eigenständigen, börsenkotierten Gesellschaften entwickelt. Am 13. Februar 2017 wurde die Galenica Santé AG (nachfolgend: Galenica Santé) mittels Sacheinlage und -übernahme gegründet. Seit dem 7. April 2017 agiert Galenica Santé als eigenständiges Unternehmen und ist an der Schweizer Börse kotiert. An der Generalversammlung der Galenica vom 11. Mai 2017 wurde entschieden, die Galenica in Vifor Pharma AG (nachfolgend: Vifor) umzufirmieren. Die Galenica Santé firmiert seit dem 12. Mai 2017 wiederum unter Galenica AG.

B.b HCI Solutions AG

B.b.a HCI war bis Anfang 2016 die Managementfirma von Documed AG (nachfolgend: Documed) und e-mediat AG (nachfolgend: e-mediat). Sie befasste sich mit der Entwicklung, Vermarktung und dem Betrieb netzwerkorientierter Software für Partner im Gesundheitswesen, der Vermarktung von Informationen für das Gesundheitswesen im In- und Ausland sowie mit dazugehörigen Dienstleistungen.

B.b.b Mit Fusionsvertrag vom 8. Februar 2016 wurden die Gesellschaften Documed und e-mediat (s. unten E. B.c) per 1. Januar 2016 in HCI fusioniert, sodass HCI deren Geschäftstätigkeit übernahm.

B.b.c HCI war bis Anfang 2017 zu 100% eine Tochtergesellschaft der damaligen Galenica. Sie war der Geschäftseinheit "Galenica Santé" und dort wiederum dem Geschäftsbereich "Services" angegliedert. Im Rahmen der erwähnten Umstrukturierungen der ehemaligen Galenica-Gruppe (s. oben E. B.a) wurde die Beteiligung von HCI mit Sacheinlagevertrag vom 13. Februar 2017 auf die Galenica Santé, unterdessen firmierend unter Galenica AG, übertragen.

B.c Documed AG und e-mediat AG

B.c.a Documed befasste sich mit dem Betrieb eines medizinisch-pharmazeutischen Verlages, welcher Informationen über in der Schweiz zugelassene Arzneimittel sammelte, aufbereitete und der Kundschaft in Form eines Kompendiums zur Verfügung stellte. Dieses Kompendium war zunächst als Print-Version, später auch in elektronischer Form erhältlich. Seit 2013 wird es nur noch in elektronischer Form herausgegeben (s. unten E. D.a).

B.c.b E-mediat befasste sich mit der Entwicklung, dem Unterhalt und der Verteilung von Stammdaten zu pharmazeutischen Produkten. Früher wurden diese Datensammlungen im Format "Galdat" weitergegeben. Später entwickelte und unterhielt e-mediat die sogenannten INDEX-Produkte (s. unten E. D.b.).

C. Medikamenteninformationen

Im Gesundheitswesen bedarf es für die Beratung, Verschreibung und Abgabe von Arzneimitteln an die Patientinnen und Patienten, das Bestellwesen sowie die Abrechnung mit den Krankenkassen und weiteren Versicherungen zahlreiche Informationen betreffend Arzneimittel und Akteure. Daneben sind auch Informationen von weiteren Produkten wesentlich, so namentlich Mittel und Gegenstände, die der Behandlung oder Untersuchung im Sinne einer Überwachung der Behandlung der Krankheit und ihrer Folgen dienen, weitere Medizinprodukte im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (Heilmittelgesetz, HMG, SR 812.21) und Non-Pharma Produkte wie Verbandsmaterial, Medizinal-, Praxis- und Laborbedarf, Heilnahrung, Kurmittel, Nahrungsergänzungsmittel, Trink- und Sondernahrung, Körperpflege, etc.

C.a Arzneimittelinformationen

C.a.a Unter Medikamenteninformationen fallen insbesondere Arzneimittelinformationen. Diese können unterteilt werden in Fachinformationen und Patienteninformationen. Bei den Fachinformationen handelt es sich um die Informationen über ein Arzneimittel, welche an Fachpersonen gerichtet sind. Die Patienteninformationen sind demgegenüber die Informationen über ein Arzneimittel, die an die Patientinnen und Patienten gerichtet und in der Packungsbeilage eines Arzneimittels enthalten sind. Die Fach- und

Patienteninformationen enthalten Informationen über Wirkstoffe, Dosierung, Anwendung, Nebenwirkungen etc. (vgl. Anhang 4 und 5 der Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts über die Anforderungen an die Zulassung von Arzneimitteln vom 9. November 2001 [Arzneimittel-Zulassungsverordnung, AMZV, SR 812.212.22]).

C.a.b Bevor Arzneimittel durch Fachpersonen an Patientinnen und Patienten verschrieben und abgegeben werden können, müssen sie durch Swissmedic, die Schweizerische Zulassungs- und Aufsichtsbehörde für Arzneimittel und Medizinprodukte, zugelassen werden. Im Zulassungsverfahren haben die Zulassungsinhaberinnen Swissmedic die Fach- und Patienteninformationen in deutscher oder französischer Sprache einzureichen. Diese werden von Swissmedic geprüft und anschliessend freigegeben.

C.a.c Nach Art. 13 und 14 AMZV i.V.m. Art. 16a der Verordnung über Arzneimittel vom 17. Oktober 2001 (Arzneimittelverordnung, VAM, SR 812.212.21) müssen die Fach- und Patienteninformationen den für die zur Verschreibung, Abgabe oder Anwendung von Humanarzneimitteln berechtigten Personen "auf geeignete Weise zur Verfügung gestellt werden". Aus den Anhängen 4 und 5 AMZV folgt, dass es sich dabei um eine Veröffentlichung handeln muss.

C.a.d Gemäss den Anordnungen von Swissmedic hatte die Veröffentlichung bis Juni 2011 in einer Sammlung von Fach- bzw. Patienteninformationen zu erfolgen, die auf Vollständigkeit angelegt war. Die Fachinformationen waren sowohl in einer elektronischen wie auch in einer gedruckten Sammlung zu veröffentlichen. Für Patienteninformation war eine Veröffentlichung in einer elektronischen Sammlung ausreichend (Swissmedic-Journal 1/2004, S. 23 f., 2/2004, S. 148 und 3/2008, S. 164). Dies war ausschliesslich bei Documed möglich. Mit Bundesgerichtsurteil BGE 134 III 166 wurde der urheberrechtliche Schutz des Kompendiums verneint. Die sprachliche Gestaltung der Texte erreichte die erforderliche Individualität nicht. Infolge dieses Urteils war deshalb ab 2008 die elektronische Publikation auch durch die ywesee GmbH (nachfolgend: ywesee) möglich. Ein gedrucktes Gesamtwerk bot bis 2012 aber nur Documed an; und zwar das sogenannte Kompendium.

C.a.e Aus diesen Anordnungen von Swissmedic resultierte ein faktischer Zwang der Zulassungsinhaberinnen zum Abschluss eines kostenpflichti-

gen Publikationsvertrages mit Documed oder ywesee. Das Bundesverwaltungsgericht entschied mit BVGE 2011/60, dass diese Verpflichtung als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) einer formell-gesetzlichen Grundlage bedürfe, die nicht vorhanden sei. Zudem erwog das Bundesverwaltungsgericht, eine Publikation durch Swissmedic selbst sei zulässig bzw. naheliegend (BVGE 2011/60 E. 4.5 und 6.3).

C.a.f Mit Mitteilung vom 27. Juni 2011 verzichtete Swissmedic deshalb darauf, die Zulassungsinhaberinnen zur Publikation in einem Gesamtwerk zu verpflichten, empfahl aber die Publikation im Kompendium von Documed oder bei ywesee vorübergehend beizubehalten. Im Herbst 2011 entschied Swissmedic, eine eigene umfassende elektronische Datenbank der Arzneimittelinformationen zu betreiben, und schrieb den entsprechenden Auftrag mittels WTO-Ausschreibung öffentlich aus. HCI erhielt den Zuschlag für den Aufbau und den Betrieb dieser neuen Publikationsplattform, das gegenwertig bestehende Arzneimittelinformationssystem (AIPS).

C.a.g AIPS ist eine kostenfreie Plattform, auf der alle behördlich genehmigten Fach- und Patienteninformationen von Arzneimitteln publiziert werden. Die auf AIPS gesammelten Arzneimittelinformationen können sowohl vom Fachpublikum als auch der Öffentlichkeit eingesehen werden. Alle Daten können im XML-Format von Datenveredlern kostenlos heruntergeladen werden. Die Daten sind nach Angaben von Swissmedic beschränkt auf die Informationen gemäss den gesetzlichen Anforderungen der AMZV (Art. 13 und 14 AMZV, Anhang 4 und 5). Mit der Veröffentlichung der Arzneimittelinformationen auf AIPS erfüllen die Zulassungsinhaberinnen ihre gesetzliche Pflicht zur Publikation. Die Veröffentlichung auf AIPS ist für die Zulassungsinhaberinnen kostenlos. AIPS wird indirekt über die Zulassungsgebühren finanziert.

C.a.h Die Veröffentlichung der Arzneimittelinformationen erfolgt somit seit 1. Januar 2013 auf AIPS. Seit dem 1. Januar 2019 ist anstelle von Swissmedic die Stiftung Refdata mit der Publikation der Fach- und Publikumsinformation bezüglich Human- und Tierarzneimitteln betraut (Art. 67 Abs. 3 nHMG). Refdata hat für den Betrieb der Publikationsplattform AIPS weiterhin HCI beauftragt.

C.a.i Die Publikation der Arzneimittelinformation ist zur Gewährleistung der Sicherheit der Anwendung von Arzneimitteln wichtig. Die Medizinal- und Fachpersonen benötigen einen schnellen Zugang zu Informationen über

die von ihnen verschriebenen oder abgegebenen Arzneimittel oder über Arzneimittel, die von ihren Patienten bereits eingenommen werden. Ein vollständiges Verzeichnis, das alle in der Schweiz zugelassenen Arzneimittelinformationen beinhaltet, ist deshalb von grossem Nutzen (vgl. BVGE 2011/60 E. 5.2; Medienmitteilung Swissmedic vom 26. Juli 2011, <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/mitteilungen/archiv/praxisaenderung-betreffend-die-publikation-von-arzneimittelinfor.html> [abgerufen am 07.01.2022]).

C.b Weitere relevante Informationen und Listen

C.b.a Neben den Arzneimittelinformationen gibt es zahlreiche weitere Informationen und Listen, die für die Abwicklung der Prozesse des Vertriebs, Verschreibung, Verkaufs und Abrechnung der Arzneimittel nötig sind. Dabei handelt es sich namentlich um die Spezialitätenliste, die vom Bundesamt für Gesundheit (BAG) herausgegeben wird und sämtliche Arzneimittel enthält, die von der obligatorischen Krankenversicherung bei ärztlicher Verschreibung vergütet werden. Für jedes Arzneimittel auf der Liste werden verschiedene Identifikatoren erfasst, wie beispielsweise das Datum der Aufnahme auf die Liste, der mit dem Hersteller vereinbarte Fabrikabgabepreis, der Publikumspreis, die Limitationen und die Kategorisierung gemäss Inhalts- und Stoffliste von Swissmedic und BAG. Die Informatikdienstleistungen und der administrative Support im Bereich Datenverarbeitung erfolgt durch HCI (früher e-mediat).

C.b.b Weiter gibt es die Mittel- und Gegenstände Liste (MiGeL), die ebenfalls vom BAG herausgegeben wird. Sie enthält Mittel- und Gegenstände, die der Behandlung oder Untersuchung im Sinne einer Überwachung der Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen, die von den Versicherten selbst oder allenfalls unter Beizug von nichtberuflich an der Untersuchung oder Behandlung mitwirkenden Personen angebracht und/oder verwendet werden können und von der obligatorischen Krankenversicherung übernommen werden (Art. 20 der Verordnung des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 29. September 1995 [Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV, SR 832.112.31]).

C.b.c Zudem gibt es die Datenbank refdatabase (vorherige Bezeichnung swissindex), die durch die Stiftung Refdata bereitgestellt wird und Stammdaten über die Akteure des Gesundheitswesens (Adressen, Abrechnungsnummern etc.) sowie über Pharma Artikel (von Swissmedic zugelassene

Arzneimittel und immunbiologische Erzeugnisse) enthält. Die Referenzierung der einzelnen Datensätze erfolgt gemäss dem internationalen GS1-Standard: GLN (Global Location Number) für Partner und GTIN (Global Trade Item Number, s. unten) für Artikel. Die täglich aktualisierte Datenbank ist lizenzkostenfrei verfügbar. Der Betrieb der Datenbank refdatabase erfolgt durch HCI (früher durch e-mediat).

C.b.d Eine wichtige Rolle spielen sodann auch diverse Codes und Identifikationsnummern, insbesondere der Pharmacode und der GTIN-Code. Der Pharmacode ist ein Referenzcode, der von HCI (früher e-mediat) Pharma- und Non-Pharma-Produkten kostenpflichtig zugeteilt wird. Es handelt sich um einen siebenstelligen numerischen Identifikationsschlüssel, mit welchem sich Produkte im Schweizer Gesundheitsmarkt eindeutig referenzieren lassen. Er fungiert als Referenzcode in den Datensammlungen von HCI und dient den mit diesen Daten arbeitenden Softwareunternehmen zur Definition ihrer Schnittstellen. Vor der Einführung bzw. bis zur Durchsetzung des GTIN-Codes war der Pharmacode als Referenznummern auf allen Marktstufen essentiell für den Vertrieb, die Verschreibung, den Verkauf und die Abrechnung aller Arzneimittel. Er wurde bis Ende 2014 in der Spezialitätenliste des BAG aufgeführt, wobei er bis Ende März 2013 als Referenznummer diente. Auch in der Datenbank refdatabase wurde er bis mindestens Ende 2016 verwendet. Beim GTIN-Code, dessen frühere Bezeichnung EAN-Code ist (European Article Number), handelt es sich um einen internationalen standardisierten Identifikationsschlüssel, mit welchem sich ein Artikel eindeutig kennzeichnen lässt. Er wird durch die Stiftung Refdata kostenpflichtig vergeben. Seit 1. April 2013 wird er beispielsweise in der Spezialitätenliste des BAG als Referenzierungsnummer verwendet.

C.c Nachfragerinnen und Nachfrager der Medikamenteninformationen

C.c.a Genutzt und nachgefragt werden (elektronische) Medikamenteninformationen insbesondere von den Leistungserbringerinnen und -erbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern. Zu den Leistungserbringerinnen und -erbringer zählen (i) Ärztinnen und Ärzte, (ii) Spitäler, (iii) Apotheken, (iv) Drogerien und (v) Heime. Sie benötigen Medikamenteninformationen für die Abgabe und Verschreibung von Arzneimittel, für Beratungs- und Informationsaufgaben, für die Führung von elektronischen Patientendossiers, zur Bewirtschaftung des Lagers, etc.

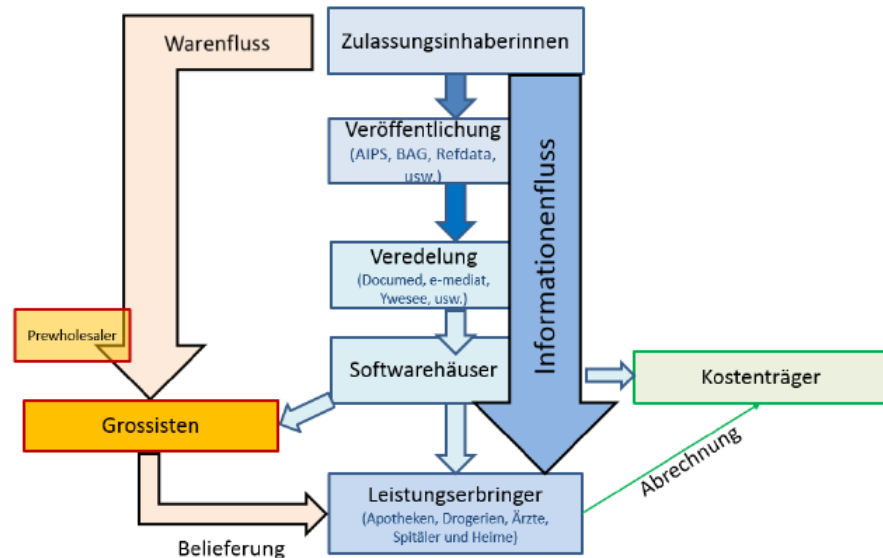
C.c.b Abgesehen von den Spitälern beziehen Leistungserbringerinnen und -erbringer die Arzneimittel und allenfalls weitere Produkte grundsätzlich von Grossisten. Die Grossisten übernehmen die Feinverteilung und haben individuelle Sortimente, Preise, Codes etc., welche im Zusammenhang mit dem Bestellwesen von Bedeutung sind. Prewholesaler sind Logistikunternehmen für pharmazeutische Produkte und übernehmen Dienstleistungen der Lagerung und der Vertriebslogistik für Arzneimittelhersteller, die diese Aufgaben ausgelagert haben. Der Transport von Pharmaprodukten wird oftmals an spezialisierte Transportunternehmen ausgelagert. Daneben können Prewholesaler den Herstellern verschiedene weitere Dienstleistungen anbieten, wie beispielsweise die Abwicklung des Bestellwesens, Rechnungsstellung, Inkasso oder die Übernahme des Delkredererisikos.

C.c.c Zu den Kostenträgern gehören Krankenversicherungen, Unfallversicherungen und die Invalidenversicherung. Bei denjenigen Arzneimitteln, die von den Krankenversicherungen im Rahmen der Grund- oder Zusatzversicherung übernommen werden, hat der Abrechnungsprozess mit den Krankenversicherungen zu erfolgen (vgl. Art. 42 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 [KVG, SR 832.10]). Für Kosten für die Heilbehandlung nach einem Unfall (vgl. Art. 10 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 [UVG, SR 832.20]), benötigen die Unfallversicherungen entsprechende Informationen für die Abrechnung der Arzneimittel und die Invalidenversicherung benötigt diese für die Abrechnung solcher Kosten in Folge Invalidität (Art. 4 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 [IVG, SR 831.2]).

C.c.d Alle genannten Tätigkeiten erfolgen weitgehend EDV-unterstützt und laufen vornehmlich und zunehmend elektronisch ab.

C.d Fluss der elektronischen Medikamenteninformationen

C.d.a Die Vorinstanz illustrierte den Datenfluss der Medikamenteninformationen wie folgt:



Quelle: Aufstellung des Sekretariats

C.d.b Die Arzneimittelinformationen werden seit 2013 aufgrund der regulatorischen Pflicht auf AIPS veröffentlicht (*Veröffentlichung*; s. oben E. C.a). Andere Medikamenteninformationen, die für den Vertrieb, die Abgabe und die Abrechnung von Medikamenten notwendig sind, werden ebenfalls veröffentlicht (z.B. Spezialitätenliste, Refdata-Datenbank, MiGeL; s. oben E. C.b).

C.d.c Die auf AIPS publizierte Arzneimittelinformationen und die weiteren Medikamenteninformationen werden veredelt, um diese veredelten Daten anschliessend für die Nutzung durch Abnehmer von strukturierten Datensätzen zu kommerzialisieren. Die *Veredelung* kann in folgende Arbeitsschritte unterteilt werden:

- (i) Aggregation: Die Daten werden aus verschiedenen Primärquellen (AIPS, Spezialitätenliste, etc.) aggregiert und in einer Datenbank vereint. Daten, die selbst generiert werden, können ergänzt werden (z.B. Produktabbildungen).

- (ii) Strukturierung: Die Medikamenteninformationen werden in eine bestimmte Struktur gebracht, damit auf Basis der Daten weitere Funktionen wie beispielsweise die Interaktionsprüfung programmiert werden können. Welche Struktur ein Datensatz hat, ist für jede Datenbank unterschiedlich. Die Anzahl der Datenfelder, die strukturiert werden, hängt von der Anzahl und Aufteilung der Daten ab.
- (iii) Codierung: Die bei der Strukturierung verwendeten Datenfelder werden in einen maschinenlesbaren Code "übersetzt". Anhand dieser Codierung sind auch Interaktionsprüfungen zwischen verschiedenen Produkten möglich.

C.d.d Die veredelten Medikamenteninformationen werden in Informatiksysteme von Softwarehäusern eingefügt (*Integration in Softwaresysteme*). Die Softwarehäuser programmieren und unterhalten Informatikprogramme, die auf die Bedürfnisse der verschiedenen Akteure im Gesundheitswesen ausgerichtet sind. Die einzelnen Softwarehäuser bieten verschiedene Tools an, so beispielsweise Praxisadministrationssysteme für Ärztinnen und Ärzte, die etwa Debitorenbewirtschaftung oder elektronische Patientendossiers enthalten können, Pflegemanager für Heime oder Rezeptverkauf und Lagerbewirtschaftung für Apotheken.

C.d.e Die Bereitstellung der Daten kann auf verschiedene Wege erfolgen:

- Der Datenveredler verkauft die Daten den Softwarehäusern. Die Softwarehäuser verkaufen anschliessend die Software und bilden einen Gesamtpreis für Software und Daten.
- Der Datenveredler bietet selbst eine Software an und vertreibt die Daten zusammen mit der Software.
- Die Daten werden den Endabnehmern zur Software separat angeboten, indem die Daten entweder vom Datenveredler direkt oder über die Softwarehäuser als Vermittler verkauft werden.

C.d.f Diese veredelten maschinenlesbaren Medikamenteninformationen dienen den unter E. C.c erwähnten Nachfragerinnen und Nachfragern zur Erfüllung ihrer Aufgaben bei der Führung von Patientendossiers, der Beratung von Patientinnen und Patienten, der Verschreibung und dem Verkauf der Arzneimittel, der Lagerbewirtschaftung und dem Bestellwesen sowie der Abrechnung mit den Kostenträgern (*Nutzung durch Endabnehmer*).

D. Datenbanken

D.a Compendium

Das Compendium von HCI (früher Documed) stellt eine Informationsplattform zu rezeptpflichtigen und rezeptfreien Arzneimitteln dar, welches zuerst in Buchform (Kompendium), später auf CD-ROM und aktuell auf www.compendium.ch sowie als App für Android und iPhone verfügbar ist. Es enthält die Fach- und Patienteninformationen der Arzneimittel sowie gemäss Angaben der Beschwerdeführerinnen markt- und verschreibungsrelevante Daten und von HCI erstellte redaktionelle Arzneimittelkurzinformationen. Für das Compendium werden die Daten – anders als bei AIPS, welches die Arzneimittelinformationen als Fliesstext enthält – strukturiert und codiert, d.h. in programmierter Form verfügbar gemacht.

D.b INDEX-Datenbank

D.b.a Die INDEX-Datenbanken von HCI (früher e-mediat) waren im Untersuchungszeitraum in sieben benutzerspezifische Datenangebote aufgeteilt, welche auf der gleichen Datenbank basierten und in ähnlichen Strukturen ausgeliefert wurden. Umfang und Detaillierungsgrad waren jedoch unterschiedlich.

- careINDEX richtet sich an Heime und enthielt rund 100'000 Artikel (insb. Arzneimittel, Medizinprodukte, Verbrauchsmaterialien, Praxis- und Laborbedarf);
- drogINDEX richtet sich an Drogerien und enthielt rund 180'000 Artikel (insb. OTC [Arzneimittel, die ohne ärztliche Verschreibung erworben werden können], Alternativmedizin, Hygiene, Pflege und Schönheit);
- hospINDEX richtet sich an Spitäler und enthielt rund 180'000 Artikel, die auf die Bedürfnisse der Spitäler ausgerichtet sind;
- medINDEX richtet sich an Ärztinnen und Ärzte und umfasste 100'000 Artikel (insb. Arzneimittel, Medizinprodukte, Verbrauchsmaterial, Praxis- und Laborbedarf);
- pharmINDEX richtet sich an Apotheken und umfasste rund 180'000 Artikel (insb. Arzneimittel, Phytotherapie, Nahrungsergänzung, Hygiene, Pflege und Schönheit);

- insureINDEX richtet sich an Kostenträger wie Kranken- und Unfallversicherer sowie Dienstleistungsunternehmen aus diesem Bereich. Über insureINDEX sind insbesondere abrechnungsrelevante Informationen und Limitationen verfügbar.
- logINDEX richtet sich an Grossisten und umfasste rund 180'000 Artikel (insb. Arzneimittel, Phytotherapie, Nahrungsergänzung, Hygiene, Pflege und Schönheit).

D.b.b Unterdessen wird neben diesen sieben Datenangeboten zusätzlich webINDEX angeboten, welches Stammdaten für Online-Shops enthält. Zudem hat in allen Datenangeboten die Anzahl der enthaltenen Artikel nochmals deutlich zugenommen (<https://www.hcisolutions.ch/de/medication-solutions/index-datenbanken.php> [abgerufen am 06.12.2021]).

D.b.c Die INDEX-Datenbanken lösten 2012 das Vorgängerprodukt Galdat ab. Galdat wurde 1993 eingeführt und war zunächst für Arztpraxen verfügbar, später wurde Galdat auch in Spitälern, bei Krankenkassen oder in Heimen verwendet. Die Ablösung von Galdat erfolgte gemäss HCI hauptsächlich aufgrund des technischen Wandels bzw. weil Galdat keine Individualisierungen nach den Bedürfnissen der Zielgruppen zulies.

D.b.d Gemäss Angaben der Beschwerdeführerinnen hat HCI die INDEX-Datenbankstruktur neu entwickelt. Die INDEX-Produkte würden aus zahlreichen verschiedenen Schemata bestehen und sich auf umfassende wissenschaftliche und kommerzielle Informationen zu Artikeln und Produkten des Gesundheitswesens beziehen. Die XML-Schemata seien untereinander durch Referenzen verknüpfbar. Die INDEX-Datenbanken würden auf www.compendium.ch aufbauen. Die Aufbereitung der Arzneimittelinformationen für die INDEX-Datenbanken sei ein arbeitsintensiver Prozess, der zur Gewährleistung der Patientensicherheit durch Fachpersonen ausgeführt werde. Pro Produkt seien [...] Felder hinterlegt, womit sich der Informationsgehalt der INDEX-Datenbanken seit 2007 [...] habe. Gemäss Schätzungen betrage der durchschnittliche Aufwand für die Aufbereitung eines neuen Präparates in das maschinenlesbare Datenformat ca. [...] Stunden. Durch die Abklärung mittels INDEX-Produkte würden eine Reduktion des ärztlichen Zeitaufwands sowie tiefere Kosten im Gesundheitswesen herbeigeführt werden.

D.b.e Die Beschwerdeführerinnen wiesen wiederholt auf die hohe Qualität ihrer Datenbanken sowie die Wichtigkeit der Vollständigkeit dieser Datenbanken hin. So führten sie aus, dass die Qualität nicht nur vom Umfang der Daten abhängig sei, sondern auch von der anwender- bzw. marktspezifischen Passgenauigkeit in die Prozesse von Logistik, Abrechnung und Medikation sowie von der Art und Weise, wie die Daten aufbereitet werden. HCI verfüge über eine eigene Fachredaktion mit [...] Fachpersonen (Ärzte, Apotheker, IT-Spezialisten, Pharmaassistentinnen, etc.), welche die Fach- und Patienteninformationen überprüfen und mit weiteren Informationen anreichern würden. Die in den Datenbanken von HCI enthaltenen Informationen seien in den auf AIPS publizierten Fachinformationen überhaupt nicht, nicht vollständig und/oder nur in variabler Prosaform enthalten, so beispielsweise Angaben zu Hilfsstoffen, Maximaldosierungen, Angaben zur Anwendung bei Nieren- oder Leberinsuffizienz, Angaben zur Anwendung bei Schwangerschaft/Stillzeit, Kinderdosierungen sowie Angaben zu Kontraindikationen und Allergien. Weiter würden die INDEX-Datenbanken wirtschaftliche und vertriebsbezogene Informationen enthalten.

D.c Datenbanken anderer Anbieter

D.c.a Die dr-ouwerkerk ag - just-medical! (nachfolgend: ouwerkerk) bietet gemäss eigenen Angaben seit 2000 eine Informationsplattform bzw. verschiedene Informationen wie Fortbildungskalender, Stellenangebote, Patientenfälle und Medikamenteninformationen für Ärzte, Apotheker und für Pharma- oder Medizinische Professionals an. Ab 2012 bot ouwerkerk mit med-drugs zudem Stammdaten von Medikamenteninformationen als Data-File und XML-File an. Dieses Angebot wurde durch einzelne Zulassungsinhaberinnen mitfinanziert. Die Medikamenteninformationen wurden von ywesee geliefert. Die Daten stammten aus öffentlich verfügbaren Datenbanken (AIPS, Refdata, Swissmedic, BAG) und wurden anschliessend "entsprechend zusammengesetzt". Gemäss den Angaben von ouwerkerk konnte trotz intensiven Akquise-Tätigkeiten bei Softwarehäusern, Spitälern und Apothekenketten kein Kunde für das Produkt gefunden werden. A. _____ von ouwerkerk gab am 7. November 2016 an, sich deshalb 2014 entschieden zu haben, in diesem Bereich nicht mehr aktiv sein.

D.c.b Ywesee bot im Bereich elektronische Medikamenteninformationen in Zusammenarbeit mit der B. _____ und C. _____ MEDlupdate XML an. Weiter betrieb ywesee online Datenbanken, namentlich ch.oddb.org sowie die Plattform AMIKO, welche als iOS-App für I-Pad und I-Phone, Android-App, Windows-App und als Web-Applikation programmiert wurde.

MEDIupdate XML lieferte Daten für [...] Medikamente und zu [...] von der Krankenkasse bezahlten Non-Pharma Artikeln. Gemäss Angaben von ywesee wurde MEDIupdate XML von mindestens [...] Ärztinnen und Ärzten verwendet und enthielt nicht nur die Fachinformationen, sondern auch weitere Daten stammend von Refdata, Swissmedic, BAG, etc. Die kostenlose Amiko-App sei von mindestens [...] Usern benutzt worden. Ywesee wurde gemäss eigenen Angaben bei Amiko durch eine Pharmafirma finanziell unterstützt.

E. Vertragsgestaltung und Geschehensablauf

E.a betreffend Zulassungsinhaberinnen

E.a.a Bis 2012 schlossen die Zulassungsinhaberinnen mit Documed einen Vertrag für die Aufnahme und Publikation der Fach- und Patienteninformationen in das Compendium ab (zur Publikationspflicht s. oben E. C.a). Die Aufnahme in die Datenbank Galdat bzw. ab 2012 in die INDEX-Datenbank von e-mediart erfolgte für die Zulassungsinhaberinnen bis dahin ohne vertragliche Regelung und ohne ein spezifisches Entgelt.

E.a.b Mit einem Schreiben vom Januar 2012 wies Documed die Zulassungsinhaberinnen darauf hin, dass Swissmedic die regulatorische Publikationspflicht 2011 aufgehoben habe, die Zulassungsinhaberinnen die Publikation der Fach- und Patienteninformationen aber dennoch "auf geeignete Weise" sicherzustellen hätten. Weiter kündigte Documed an, ab 1. April 2012 nur noch diejenigen Produkte aktuell und umfassend in den elektronischen Medien und INDEX-Produkten zu dokumentieren, für die ein Auftrag vorliege. Dies wurde in der Folge jedoch nicht umgesetzt.

E.a.c Am 20. und 27. September 2012 informierten Documed und e-mediart an einer Informationsveranstaltung über ihr neues kostenpflichtiges Angebot. Viele Zulassungsinhaberinnen erhielten daraufhin eine Offerte inkl. Leistungskatalog und Preisliste für das Jahr 2013 und die folgenden Jahre. Es handelte sich um ein Angebot von Documed und e-mediart, formal betrachtet blieb weiterhin Documed Vertragspartnerin.

E.a.d Gemäss den neuen "Vereinbarung[en] zur Publikation von Informationen im Arzneimittel-Kompendium der Schweiz® und in den INDEX-Produkten" war Vertragsgegenstand die Geschäftsbeziehung zwischen Documed und den Zulassungsinhaberinnen für die Aufträge zur Publikation von Informationen im Arzneimittel-Kompendium und weiteren Diensten.

Die Leistungen beinhalteten gemäss der Vereinbarung "Publikations-, Distributions- sowie Serviceleistungen", wobei für die detaillierte Beschreibung auf den Leistungskatalog verwiesen wurde.

E.a.e Im Leistungskatalog wurden zunächst die Basisdienstleistungen der Module D1 und E1 aufgeführt, welche insbesondere redaktionelle und technische Qualitätssicherungs- und Aufbereitungsarbeiten enthielten sowie das Auftragsmanagement via "compendiumPORTAL2". Danach wurden die einzelnen Module genannt. Das Basismodul D1 beinhaltete die Publikation der Fach- und Patienteninformationen auf www.compendium.ch und in der entsprechenden App für iPhone und iPad sowie im E-Book. Das Basismodul E1 beinhaltete im Wesentlichen Dienstleistungen rund um die INDEX-Produkte sowie Clinical Decision Support (CDS) bei Rx-Produkten (verschreibungspflichtige Arzneimittel). Weiter finden sich im Leistungskatalog die optionalen Module D2, D3 und E2. Das Modul D3 beinhaltete insbesondere redaktionelle Textbearbeitungen und Übersetzungen. In der Preisliste wurde sodann explizit erwähnt, dass "die Module D und E unabhängig von einander buchbar [sind]".

Leistungskatalog | 2013

Documed

Documed AG
 Elisabethenanlage 11 · Postfach · CH-4010 Basel
 Telefon +41 58 851 21 11 · Fax +41 58 851 21 15
 info@documed.ch · www.documed.ch

DOCUMED UND E-MEDIAT, UNTERNEHMEN DER GALENICA GRUPPE

e-mediat

e-mediat AG
 Untermattweg 8 · Postfach · CH-3027 Bern
 Telefon +41 58 851 26 00 · Fax +41 58 851 27 10
 info@e-mediat.ch · www.e-mediat.ch

Stand: 19. 9. 2012
 Beilage 1

Basisdienstleistung | Module D1 + E1

- ▶ Auftragsmanagement via compendiumPORTAL2
- ▶ Verknüpfen der FI mit Artikeln und den relevanten Angaben zu Preisen, Swissmedic-Abgabekategorien
- ▶ Redaktionelle Qualitätssicherung (Sprachenvergleich, Plausibilitätskontrollen)
- ▶ Redaktionelle und technische Aufbereitung der Fachin-

formationen

- ▶ Optimierung von Tabellen und Grafiken, Sacherschliessung und Codierung
- ▶ Suchen über Wirkstoff, Indikation, Therapeutische Gruppe

D1 Basismodul | Documed

- ▶ Publikation FI/PI elektronisch:
 - ▷ www.compendium.ch (inkl. Spitalisten und Interaktionsprüfung)
 - ▷ App (iPhone, iPad)
 - ▷ eBook

E1 Basis Modul | e-mediat

- ▶ Aufnahme der Artikel-, Produkt- und Fachinformationen in die INDEX-Produkte
- ▶ Verteilung der INDEX-Daten in Zusammenarbeit mit über 115 Systemanbietern im Schweizer Gesundheitsmarkt
- ▶ Integration der Produkte in pharmavista inkl. Kurzmonographie ergänzt mit Produktfotografien (sofern vorhanden)
- ▶ Identifizierung
 - ▷ Sachgerechte Fotografie und Vermessung von:
 - ▷ Abgabereinheit
 - ▷ Primärverpackung
 - ▷ Sekundärverpackung
- ▶ Zugang zu Browser «firmINDEX» zur Sichtung aller INDEX-Daten:

D2 Optional | Kommunikation

- ▶ USP Kommunikation zu Arztpraxen, Spitälern
- ▶ Anforderung von Besuchsterminen
- ▶ Weiterleitung auf eigene Webseiten
- ▶ Anforderung von Musterpackungen
- ▶ Publizieren von Kursdaten
- ▶ Verlinkung ihrer Fach- und Produkt- sowie Kurzinformationen («Botschaften»)
- ▶ Aufnahme nach Redaktionskriterien in die Mitteilung des «compendium update»

Clinical Decision Support (CDS) bei RX-Produkten

- ▶ Restrukturierung der Fachinformationen und Codierung deren Inhalte, als Voraussetzung für Prozessintegration
- ▶ CDS Daten enthalten Angaben und Berechnungslogiken zu
 - ▷ Maximalen Einzel- und Tagesdosen bei Erwachsenen
 - ▷ Dosierungsanpassung bei Nieren- und Leberinsuffizienz
 - ▷ Schwangerschaft und Stillzeit
 - ▷ Allergien und Unverträglichkeiten
 - ▷ Nahrungsmittelinteraktionen
 - ▷ Dopingsubstanzen
- ▶ Präsenz als Warn- und Assistenzsystem bei der Therapieentscheidung, Verordnung und Abgabe von Arzneimitteln

D3 Optional | Sonstige Dienstleistungen

- ▶ redaktionelle Textbearbeitungen
- ▶ Übersetzungen
- ▶ zielgruppenspezifische Mailings (Docu News)
- ▶ Marktbeobachtungen und Auswertungen nach separater Preisliste

E2 Optional | Konsumenten-Kompendium für OTC-Produkte

- ▶ Publikation im online Konsumenten-Kompendium
- ▶ Verknüpfung mit vom Kunden genannten Partner-Apotheken/Drogerien

Modul in Vorbereitung:

separate Preisliste ab 1. Quartal 2013 verfügbar

E.a.f Der Upload auf AIPS war gemäss Leistungskatalog nicht in den Modulen enthalten. In der "Vereinbarung zur Publikation von Informationen im Arzneimittel-Kompendium der Schweiz® und in den INDEX-Produkten" wurde jedoch unter Ziffer 2 (Leistungen) erwähnt, dass Documed bei entsprechender Beauftragung durch den Kunden auch die Publikation der

Kundentexte in AIPS gemäss den Swissmedic-Anforderungen vornehme. Hierzu wurde ein entsprechendes Auftragsformular beigelegt (Beilage 4). Für diese Dienstleistung wurde den Zulassungsinhaberinnen kein zusätzliches Entgelt verrechnet.

E.a.g Die Leistungen des Moduls D1 wurden nach Anzahl Fachinformationen und die Leistungen des Moduls E1 nach Anzahl Artikel bzw. Pharmacode verrechnet. Auf eine Differenzierung zwischen veränderten und unveränderten bzw. umfangreichen und kurzen Inhalten wurde verzichtet. Eine Preisdifferenzierung erfolgte jedoch nach Art des Arzneimittels (Rx-P [verschreibungspflichtige und patentgeschützte Arzneimittel], Rx [verschreibungspflichtige Arzneimittel ohne Patentschutz/Generika] und OTC [nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel]). Bei beiden Modulen wurde für Mehrjahresverträge ein Rabatt gewährt, [...] bei einem Zweijahresvertrag und [...] bei einem Vierjahresvertrag. Später wurde entschieden, den Zulassungsinhaberinnen eine jährliche Kündigungsmöglichkeit zu gewähren und allen Zulassungsinhaberinnen rückwirkend per 1. Januar 2013 diejenigen Konditionen (Rabatte) zu gewähren, welche für Vierjahresverträge galten. Zusätzlich wurde beim Modul E1 ab einer Anzahl von [...] Artikeln bzw. Pharmacodes ein Staffelrabatt gewährt und bei einem ex factory Umsatz von weniger als Fr. [...] pro Artikel in einem Kalenderjahr galten reduzierte Tarife.

E.a.h Mit Schreiben vom 11. Dezember 2012 wies Documed jene Zulassungsinhaberinnen, welche die Offerte (noch) nicht unterzeichnet hatten, auf die Vorteile ihrer Produkte hin und erklärte sich bereit, die Arzneimittelinformationen in den nächsten Monaten weiterhin vollständig bereitzustellen. Die Neuaufnahme von Arzneimittelinformationen von Zulassungsinhaberinnen ohne Rahmenvertrag E1 war bis im September 2013 mittels Einzelvereinbarungen möglich. E-mediatic verpflichtete sich dabei, die Neuaufnahme bzw. Mutation kostenlos in die INDEX-Datenbanken aufzunehmen bzw. zu ändern. Gleichzeitig wies Documed darauf hin, dass die Aufnahme bzw. Mutation der Daten länger dauern könne als bei Firmen, welche mit e-mediatic und/oder Documed einen Vertrag abgeschlossen hätten, sowie dass bei einem späteren Vertragsabschluss die Leistung nachträglich verrechnet werde.

E.a.i Ab 1. Mai 2013 verwendeten Documed und e-mediatic in den INDEX-Datenbanken und im Compendium das sogenannte [QAP?]-Label. Die Leistungserbringerinnen und -erbringer wurden im März und April 2013 darüber informiert. Mit dem [QAP?]-Label kennzeichneten Documed und

e-mediatisierte Arzneimittel von Zulassungsinhaberinnen ohne Vertrag, welche geänderte Fach- und/oder Patienteninformationen auf AIPS aufgeschaltet hatten, bis die Anpassungen in den Datenbanken von Documed und e-mediatisiert erfolgten. Dadurch sollte erkennbar sein, welche Informationen von Documed und e-mediatisiert qualitätsgesichert sind. Infolge der Intervention von Swissmedic wurde die Kennzeichnung [QAP?] ab dem 15. August 2013 mit der Kennzeichnung [!] ersetzt. Ab dem 1. Oktober 2013 wurde die Praxis mit den Einzelvereinbarungen eingestellt. Neuaufnahmen und Änderungen bei Arzneimitteln von Nicht-Vertragspartnern wurden in die INDEX-Datenbanken übernommen, wenn ein entsprechendes Bedürfnis seitens der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer bestand.

E.a.j Für das Jahr 2016 veränderten sich das Angebot und die Tarife für die oben erwähnten Dienstleistungen leicht, während der Vertragsgegenstand, nämlich die Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Datenbanken und der anschliessende Vertrieb der Daten, unverändert blieb. Neu wurde der Upload und die Sicherstellung der fristgerechten Publikation auf AIPS explizit als Bestandteil des Moduls D geführt. Das Modul D beinhaltete zudem insbesondere "Redaktionelle Qualitätssicherung, Plausibilitätsprüfungen, inhaltlicher Sprachenvergleich der wichtigsten Kapitel". Das Modul E betraf die "Strukturierung und Integration in INDEX-Datenbanken, pharmaVISTA und vitaVISTA". Daneben bot HCI weitere Zusatzleistungen an, die teilweise im Modul E ohne Zusatzkosten inbegriffen waren (vitaVISTA Konsumenten-Applikation; Identa) und teilweise separat verrechnet wurden. Eine Zusatzleistung, die separat verrechnet wurde, war "Lektorat / Übersetzungen / compendium-Fachinformationen".

E.a.k Mit Schreiben vom 4. April 2016 informierte die Beschwerdeführerin 2 das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) über die Einführung eines neuen Preismodells ab 2017. Dieses gestaltete sich für die Zulassungsinhaberinnen stärker aufwandorientiert, so dass für sie im Zeitpunkt der Markteinführung eines Produktes höhere Kosten anfallen würden, die Kosten für die Pflege und Verteilung der Daten unveränderter Produkte hingegen reduziert würden. Ebenfalls würden im neuen Preismodell Eigenleistungen der Zulassungsinhaberinnen mit Rabatten "belohnt" werden. Generell umfasse die Dienstleistung unter anderem die Publikation der Daten auf B2B- und B2C-Informationenplattformen und die Verteilung via INDEX-Produkte sowie die Qualitätssicherung der Daten. Fach- und Patienteninformationen würden ohne speziellen Auftrag inhaltlich nicht geprüft werden. Daneben bot HCI gemäss dem neuen Preismodell 2017 ergänzende Dienstleistungen an. Darunter fielen insbesondere redaktionelle

Dienstleistungen wie "Lektorat und Übersetzungen von Fach- bzw. Patienteninformationen" und die "Qualitätssicherung der Fachinformationen (Textdurchsicht, Sprachenvergleich und Plausibilitätskontrolle)". Die bisherigen Module D und E finden sich im neuen Preismodell nicht mehr.

E.a.I Mit Eingabe vom 16. November 2018 legten die Beschwerdeführerinnen zudem dar, seit dem 1. Januar 2017 neben der Qualitätssicherung auch den Upload auf AIPS als "separate" Dienstleistung anzubieten. Der Upload auf AIPS koste Fr. 30.– pro Aufschaltung der Fach- bzw. Patienteninformation.

E.b betreffend Softwarehäuser

E.b.a HCI (früher e-mediat) schliesst mit den Softwarehäusern für den Vertrieb der INDEX-Datenprodukte Lizenzverträge ab. Danach erteilt HCI (früher e-mediat) dem Softwarehaus im Rahmen einer einfachen Lizenz eine Zugriffsberechtigung zur Integration der Stammdaten in ihre Software-Programme zur Nutzung (durch die gemeinsamen Kunden) im Rahmen eines von HCI lizenzierten Dienstleistungspakets. In den meisten Fällen schliesst HCI mit den Leistungserbringerinnen und -erbringern direkte Vereinbarungen ab, worin sie sich verpflichtet die Daten via Softwarehäuser zu liefern. Beim Datenprodukt medINDEX für Ärztinnen und Ärzte werden die Daten aber direkt von den Softwarehäusern vertrieben. Deshalb besteht mit einzelnen Softwarehäusern zusätzlich ein Lizenzvertrag über den Vertrieb von Dienstleistungspaketen an Endkunden.

E.b.b Gemäss den Angaben von Documed und e-mediat erfolgte 2012 eine prozessintegrierte Verteilung der veredelten Medikamentendaten an über 115 Systemanbieter. Aus dem Dokument "Dienstleistungen und Tarife 2016" der HCI lässt sich entnehmen, dass 164 Systemanbieter mit den Arzneimittelinformationen via HCI arbeiteten.

E.b.c Das Sekretariat hat im Laufe der Untersuchung an gewisse Softwarehäuser ein Auskunftsbegehren gesandt. Zudem wurde HCI am 29. November 2016 aufgefordert, sämtliche Verträge mit Softwarehäusern sowie die Bestimmungen, die Ende 2012 in Kraft waren, einzureichen. Auch wurden die Verträge, die nach diesem Datum geändert oder neu abgeschlossen wurden, verlangt. HCI hat daraufhin dem Sekretariat 176 Verträge mit Softwarehäusern aus der Zeit von 2007 bis 2016 eingereicht.

E.b.d Ein Vertrag zwischen e-mediat und einem Softwarehaus D._____, welcher als Vertragsprodukte die Applikationen und Datenbanken medINDEX Basic und CIS-Daten Produkte umfasst und sowohl die Integration der Daten in die Software von D._____ als auch den Vertrieb der Daten beinhaltet, enthält folgende Klausel (*sogenannte Vertragsklausel A*):

"Soweit es [...] 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 HOS-PINDEX- 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 [...] berechtigt, diese Komponenten anderweitig zu beziehen."

E.b.e Dieser Vertrag wurde am 16. bzw. 26. Februar 2006 von den Vertragsparteien unterzeichnet. In der Zusatzvereinbarung vom 6. bzw. 13. September 2012 wurde zudem vereinbart, dass die D._____ an Arztpraxen keine weiteren Medikamentendaten vertreibe ausser medINDEX.

E.b.f Eine weitgehende identische Klausel findet sich in einem weiteren Vertrag zwischen e-mediat und einem Softwarehaus, der von letzterer dem Sekretariat am 23. Juli 2013 mit der Stellungnahme zum Auskunftsbegehren eingereicht wurde. Dieser Vertrag wurde von den Parteien zwar unterzeichnet, jedoch nicht datiert. HCI hat am 29. November 2016 einen neuen Vertrag mit diesem Softwarehaus eingereicht, datiert auf [...], mit Bezugnahme auf den alten Vertrag, wobei angegeben wird, dass dieser vom [...] datiere. Der neue Vertrag enthält die oben erwähnte Klausel nicht.

E.b.g 83 Verträge zwischen e-mediat und Softwarehäusern enthalten folgende Klausel (*sogenannte Vertragsklausel B*), wobei 75 dieser Verträge aus den Jahren 2012 bis 2014 stammen:

"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-Programme einzuspeisen, die nicht von e-mediat stammen und die gleich oder im Wesentlichen gleich wie Daten von e-mediat strukturiert sind."

E.b.h Gemäss den Beschwerdeführerinnen soll die Ratio hinter den beiden oben zitierten Vertragsklauseln gewesen sein, dass die Softwarehäuser pro Softwarekunde bzw. Leistungserbringer keine Vermischung oder Veränderung der von HCI gelieferten Daten vornehmen dürfen. Hintergrund

hierfür sei das Interesse von HCI gewesen, ihren guten Ruf als Anbieterin von Datenbanken hoher Qualität gegenüber den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer zu wahren, Haftungsrisiken zu minimieren und die Patientensicherheit zu schützen. Weiter hätten die Vertragsklauseln auch zur Verhinderung von Leistungsstörungen in den Lizenzverträgen zwischen HCI und den Leistungserbringerinnen und -erbringer gedient. Schliesslich hätten sie sichergestellt, dass keine Verletzungen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG, SR 241) durch Anbieter von Drittdaten vorkommen könnten, indem die Datenbankstruktur von HCI einfach übernommen werde.

E.b.i Die Beschwerdeführerinnen gaben weiter an, nie eine Anfrage um Erlaubnis für die Zusammenarbeit mit einer Drittfirma verweigert zu haben. So habe HCI beispielsweise E. _____ eine Zusammenarbeit mit ywesee erlaubt und weiterhin mit E. _____ zusammengearbeitet. Letztlich habe E. _____ die Daten der ywesee zwar nicht eingesetzt. Der Grund hierfür habe darin gelegen, dass die Daten der ywesee wegen der schlechteren Qualität nicht verkäuflich gewesen seien. Zudem hätten [...] Softwarehäuser neben dem Vertrag mit HCI auch einen Vertrag mit F. _____, welche die Datenbank [...] anbiete. Diese Datenbank enthalte Informationen zur sicheren Handhabung der Medikamentenabgabe, insbesondere Warn- und Abgabehinweise, die teilweise in Konkurrenz und teilweise in Ergänzung zu den Daten der HCI stünden.

E.b.j Ab 2015 hat HCI in den Verträgen mit den Softwarehäusern folgende neue Formulierung verwendet, die in 21 (von 23) Verträgen zu finden ist, die seit 2015 abgeschlossen wurden:

"Kundenindividuelle Daten oder Daten von Dritten dürfen in der Softwarelösung zu den bestehenden INDEX-Daten hinzugefügt werden, sofern deren Datenquelle klar ersichtlich ist. Die Datenquelle sowie jegliche Veränderung muss für den Kunden sichtbar angezeigt werden."

E.b.k In Ihrer Eingabe vom 16. November 2018 legen die Beschwerdeführerinnen schliesslich dar, HCI habe im April 2017 die Softwarehäuser angeschrieben und darüber informiert, "dass sie nicht mehr an den Zustimmungsvorbehalt gemäss der Klausel B gebunden seien".

F. Verfügung der WEKO vom 7. Juli 2008 i.S. Publikation von Arzneimittelinformationen

F.a Mit Verfügung vom 7. Juli 2008 i.S. *Publikation von Arzneimittelinformationen* (RPW 2008/3 S. 385 ff.) stellte die Vorinstanz fest, dass

Documed auf dem Markt für die Publikation von Fachinformationen gedruckt und online in einem vollständigen Werk eine marktbeherrschende Stellung hat und dass Documed durch Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG ihre Stellung missbraucht hat. Zu diesem Zeitpunkt bestanden noch die unter E. C.a.d f. beschriebenen regulatorischen Rahmenbedingungen, die zu einer faktischen Pflicht der Zulassungsinhaberinnen zum Abschluss eines solchen Vertrages führten.

F.b Die gerügte Preisdiskriminierung bestand gemäss WEKO einerseits darin, dass Documed es den grösseren Pharmaunternehmen ermöglichte, die Preise zu vereinbaren und dadurch die kleineren Unternehmen diskriminierte. Andererseits habe Documed keine preisliche Unterscheidung gemacht bei zu publizierenden Texten, die gegenüber dem Vorjahr unverändert blieben. Damit seien Unternehmen, deren Texte unverändert zu übernehmen waren, gegenüber Unternehmen, deren Texte noch durch Documed zu korrigieren waren, diskriminiert worden. Mit den vereinbarten einvernehmlichen Regelungen wurden diese Diskriminierungen beseitigt.

F.c Die anderen in diesem Verfahren untersuchten Vorwürfe liessen sich nicht bestätigen. Insbesondere wurde festgestellt, dass keine unzulässige Koppelung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. f KG zwischen Publikationsdienstleistungen und Korrekturarbeiten bestehe. Die WEKO erwog, dass die Korrekturkosten im Vergleich zu den anderen Standardprozessen vernachlässigbar tief seien. Eine Differenzierung zwischen Standard- und Korrekturkosten sowie deren gesonderte Inrechnungstellung sei nicht angezeigt, da es wahrscheinlich sei, dass dies insgesamt zu höheren Kosten führen würde.

F.d Documed wurde gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit einer Verwaltungsstrafe in der Höhe von Fr. 50'000.– sanktioniert.

G. Vorinstanzliches Verfahren

G.a Vorabklärung

G.a.a Am 7. September 2010 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG in Sachen Medikamentenvertrieb. Im Rahmen dieser Vorabklärung wurde das Sekretariat auf mögliche Verstösse gegen das Kartellgesetz im Bereich der Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen aufmerksam gemacht.

G.a.b Im Laufe der Voruntersuchung sandte das Sekretariat der e-mediat ein Auskunftsbegehren betreffend Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der Verarbeitung und des Vertriebs von Medikamentendaten zu. Documed wurde aufgefordert, sich zu einem allfälligen Verstoss gegen die einvernehmliche Regelung vom 7. Juli 2008 (s. oben E. F) zu äussern. Zudem haben mehrere Unternehmen Informationen zum Verhalten von e-mediat, zu den allgemeinen Strukturen und der Funktionsweise des Marktes sowie von AIPS geliefert. Auch Documed und e-mediat haben sich im Rahmen der Vorabklärung mehrmals geäussert und Informationen geliefert, insbesondere zur künftigen Vertragsgestaltung mit den Zulassungsinhaberinnen.

G.a.c Am 11. Oktober 2012 reichte ywesee beim Sekretariat eine Anzeige ein und beantragte die Eröffnung eines formellen Verfahrens sowie den Erlass von vorsorglichen Massnahmen gegen Documed und e-mediat. Dem Gesuch betreffend Erlass von vorsorglichen Massnahmen wurde aufgrund fehlender Dringlichkeit nicht stattgegeben.

G.b Untersuchung

G.b.a Eröffnung der Untersuchung

G.b.a.a Am 6. Dezember 2012 eröffnete das Sekretariat im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums gegen Galenica, HCI, Documed und e-mediat eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG in Sachen Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen.

G.b.a.b Das Sekretariat hielt fest, es sei auf Anhaltspunkte für möglicherweise unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Bereich der Verarbeitung und des Vertriebs von elektronischen Medikamenteninformationen gestossen. Mit der Untersuchung solle geprüft werden, ob es e-mediat und Documed aufgrund ihrer Marktstellung möglich sei, die Pharmahersteller zur Neuaufnahme und Unterhaltung von Geschäftsbeziehungen betreffend die Aufnahme deren elektronischen Medikamenteninformationen in die Datensammlungen der e-mediat zu bewegen. Dies indem sie den Pharmaherstellern in Aussicht stellten, frei verfügbare Medikamenteninformationen nicht direkt aus öffentlich zugänglichen Quellen, sondern nur bei Abschluss eines entsprechenden Vertrages in die eigenen Datensammlungen zu übernehmen. Zudem würden einzelne Vertragsbestimmungen auf ihre Kartellrechtskonformität überprüft werden; namentlich die Verpflichtung derjenigen Zulassungsinhaberinnen, welche einen Vertrag betreffend Aufnahme

elektronischer Medikamenteninformationen in die Datensammlungen von e-mediat abschliessen, einen solchen für die Medikamenteninformationen all ihrer Produkte abzuschliessen sowie die fehlende Wahlmöglichkeit der Zulassungsinhaberinnen, in welchen Datensammlungen der e-mediat sie mit ihren Medikamenteninformationen vertreten sein möchten. Schliesslich würden auch das Verhalten in Zusammenhang mit dem Ausschreibungsverfahren der Swissmedic betreffend Betrieb und Verwaltung von AIPS sowie die vertikalen Beziehungen zwischen e-mediat und Documed und den Softwarehäusern von Relevanz sein (vgl. Vorinstanz, act. 107 sowie amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt [SHAB] vom 28. Dezember 2012, Nr. 252, 27 f. sowie im Bundesblatt vom 28. Dezember 2012 [BBI 2012 9833 f.]).

G.b.b *Untersuchungshandlungen*

G.b.b.a Am 20. Dezember 2012 fand ein Gespräch zwischen dem Sekretariat und der Beschwerdeführerin 2 und am 20. Februar 2013 die Parteiverhöre von G. _____ ([...] von Documed) und H. _____ ([...] von HCI) statt. In der Folge sandte das Sekretariat einen Fragebogen an Swissmedic zum Thema Entstehung, Ausschreibung und Funktionsweise von AIPS sowie an alle Zulassungsinhaberinnen der Schweiz ein Auskunftsbegehren, das Fragen zur Publikation von Arzneimittelinformationen und zur Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen enthielt.

G.b.b.b Am 27. Mai 2013 führte das Sekretariat ein Gespräch mit Swissmedic zur Thematik AIPS und am 26. Juni 2013 stellte es den Beschwerdeführerinnen ein Auskunftsbegehren zur Tarif- und Rabattgestaltung der Module D1 und E1 sowie zur Anzahl und Umsatz der Verträge je Modul zu. Im weiteren Verlauf der Untersuchung versandte das Sekretariat an ausgewählte Softwarehäuser einen Fragebogen, der Fragen zur Beziehung zu e-mediat, zu den Preisen und Kosten der INDEX-Produkte sowie zu Alternativen zu den INDEX-Produkten beinhaltete.

G.b.b.c Am 4. Juli 2013 fand ein Gespräch zwischen der Stiftung Refdata und dem Sekretariat statt. Darauf folgend richtete das Sekretariat ein Auskunftsbegehren zum Ausschreibungsverfahren von AIPS an drei Unternehmen, welche nebst HCI an der AIPS-Ausschreibung teilgenommen hatten. Sodann wurden zwei Gesellschaften, die in Deutschland in den Vertrieb von Medikamenteninformationen involviert waren, ein Auskunftsbegehren

betreffend Markt- und Vertriebsstrukturen von elektronischen Medikamenteninformationen in Deutschland zugestellt.

G.b.b.d Am 13. November 2013 fand ein weiteres Treffen zwischen dem Sekretariat und der Beschwerdeführerin 2 statt. Am 10. Februar 2014 reichten die Beschwerdeführerinnen einen Verfahrens Antrag auf Befragung der Leistungserbringerinnen und -erbringer mit einem Fragekatalog zu verschiedenen Themen ein. Der Antrag wurde aufgeschoben und letztlich mit der hier angefochtenen Verfügung abgewiesen.

G.b.b.e Am 20. Februar 2014 wurde betreffend die Teilnahme von HCI an der AIPS-Ausschreibung I._____, ehemaliger [...] von HCI, als Zeuge einvernommen. Sodann wurden HCI, Documed und e-mediat aufgefordert, sämtliche Bilanzen und Erfolgsrechnungen von 2009 bis 2013 einzureichen.

G.b.b.f Am 2. Juli 2014 fand ein Gespräch zwischen dem Sekretariat und einem Softwarehaus statt. Später holte das Sekretariat bei Swissmedic und beim Bundesamt für Gesundheit (BAG) Informationen über die laufende Revision des Heilmittelgesetzes ein.

G.b.b.g Ab Frühjahr 2014 führten das Sekretariat und HCI, Documed und e-mediat Gespräche über die Möglichkeit einer einvernehmlichen Regelung. Am 27. Oktober 2014 wurden die Rahmenbedingungen für die Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung unterschrieben und die Verhandlungen aufgenommen. Mit Schreiben vom 10. Juli 2015 teilte das Sekretariat mit, dass keine Einigung erzielt werden konnte und die Verhandlungen abgebrochen werden.

G.b.b.h Daraufhin reichten HCI, Documed und e-mediat am 10. August 2015 ein Ausstandgesuch gegen die zuständigen Sekretariatsmitarbeitenden ein und machten im Wesentlichen geltend, diese hätten im Rahmen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung Aussagen gemacht, die den Anschein der Befangenheit erweckt hätten, womit der Verfahrensausgang vorherbestimmt sei. Der Präsident der Vorinstanz wies das Ausstandgesuch ab. Die gegen diese Zwischenverfügung beim Bundesverwaltungsgericht erhobene Beschwerde wurde mit Urteil vom 12. Februar 2016 abgewiesen (Urteil des BVGer B-6830/2015 vom 12. Februar 2016).

G.b.b.i Am 10. November 2015 forderte das Sekretariat HCI, Documed und e-mediat auf, die Bilanzen und Erfolgsrechnungen des Jahres 2014

einzureichen. Die Beschwerdeführerin 2 beantragte am 28. Januar 2016 und 9. Mai 2016 die Einstellung der Untersuchung. Zur Begründung verwies sie im Wesentlichen auf die Revision des Heilmittelgesetzes.

G.b.b.j Während des Verfahrens äusserten sich die Parteien mehrmals von sich aus und reichten Unterlagen ein, unter anderem die Studie "Grundlagenanalyse Stammdaten" und weitere Informationen über die Entwicklungen auf dem Markt.

G.b.b.k Das Sekretariat gewährte den Beschwerdeführerinnen am 15. Mai 2013, 4. Juni 2013, 17. Februar 2014, 30. April 2014, 16. Juli 2014, 22. Januar 2015, 12. Mai 2016 sowie am 1. Dezember 2016 Akteneinsicht.

G.b.c *Beteiligung Dritter am Verfahren*

G.b.c.a Im Laufe des Verfahrens beantragten mehrere juristische Personen die Beteiligung am Verfahren (als Partei). Vips, Vereinigung Pharmafirmen in der Schweiz, und ywesee wurde die Stellung als beteiligte Dritte ohne Parteistellung i.S.v. Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG gewährt. Der Antrag von J. _____ auf Parteistellung wurde abgewiesen. Ebenfalls abgewiesen wurde der Antrag von Swissmedic auf Beteiligung am Verfahren. Das Sekretariat stellte Swissmedic aber in Aussicht, dass sie sich spätestens im Zeitpunkt von Art. 30 Abs. 2 KG zu einem allfälligen sie betreffenden Teil der Ermittlungsergebnisse äussern könne.

G.b.c.b Insbesondere ywesee lieferte im Laufe der Untersuchung wiederholt Informationen zum Markt, zu AIPS und zu Verhaltensweisen von HCI, Documed und e-mediat. Zudem stellte ywesee verschiedene Verfahrensanträge. Auch von weiteren Dritten erhielt das Sekretariat freiwillige Informationen, unter anderem vom Verein für die unabhängige Apotheke (IFAK) die Ankündigung einer Petition zur Aufrechterhaltung des pharmINDEX.

G.c **Verfügungsantrag**

G.c.a Am 12. Mai 2016 sandte das Sekretariat den Beschwerdeführerinnen den Verfügungsantrag zur Stellungnahme zu. Gleichzeitig wurden sie aufgefordert die Bilanzen und Erfolgsrechnungen des Jahres 2015 einzureichen.

G.c.b Der Verfügungsantrag des Sekretariats schlug vor, im Dispositiv festzustellen, dass die Galenica mittels ihrer Tochtergesellschaft HCI seit dem

1. Januar 2013 auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen sowie auf dem Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfüge. Weiter schlug er vor, die Beschwerdeführerinnen zu verpflichten:

- die öffentlich verfügbaren Medikamenteninformationen in ihre an die Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger bzw. Softwarehäuser vertriebenen Datenbanken ohne Erhebung eines Entgeltes bei den Zulassungsinhaberinnen aufzunehmen, solange sie auf der Marktseite der Leistungserbringerinnen und -erbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger die Preise nicht senke oder es nicht zu einer Erhöhung der Gesamtkosten für die Plattform komme;
- gegenüber den Leistungserbringerinnen und -erbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern sowie Softwarehäusern die Medikamenteninformationen und die Daten von Non-Pharma Produkten entbündelt anzubieten, wobei dieses entbündelte Angebot zu kostenbasierten Preisen zu erfolgen habe;
- den Zulassungsinhaberinnen die Dienstleistung der Aufnahme der Medikamenteninformationen in die INDEX-Produkte und andere Dienstleistungen entbündelt sowie die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle und den Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS zu kostenbasierten Preisen anzubieten.

G.c.c Sodann schlug der Verfügungsantrag vor, den Beschwerdeführerinnen zu untersagen, in ihren Verträgen mit den Softwarehäusern Vertragsklauseln zu verwenden und durchzusetzen, die eine Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser für zusätzliche Partner- und Produkt-Stamm-Daten bei HCI oder eine Untersagung der anderweitigen Verwendung der Strukturen der auf der Datenbank der Beschwerdeführerinnen beruhenden Software für Softwarehäuser vorsehen. Schliesslich schlug der Verfügungsantrag im Dispositiv eine Sanktionierung der Beschwerdeführerinnen gestützt auf Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 7 KG mit einem Betrag von Fr. [...] unter solidarischer Haftung vor.

G.c.d Am 13. Juli 2016 nahmen die Beschwerdeführerinnen fristgerecht zum Verfügungsantrag Stellung. Sie beantragten, das Untersuchungsverfahren sei einzustellen und es sei festzustellen, dass HCI auf dem Markt

für die Publikation von Patienteninformatoren online in einem vollständigen Werk und auf dem Markt für die Publikation von Fachinformationen gedruckt und online in einem vollständigen Werk über keine marktbeherrschende Stellung verfüge. Eventualiter sei die Sache zur Durchführung weiterer Sachverhaltserhebungen, insbesondere zur Durchführung einer Befragung der Leistungserbringerinnen und -erbringer, an das Sekretariat zurückzuweisen. Subeventualiter wurde der Antrag gestellt, von der Auferlegung einer Sanktion abzusehen bzw. diese massiv zu reduzieren.

G.c.e Bereits mit Eingabe vom 20. Juni 2016 hatten die Beschwerdeführerinnen beantragt, auf eine Zustellung des Antrages an ywesee sei zu verzichten oder ywesee sei unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) zu verpflichten, den Antrag bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens geheim zu halten. Nach Ergänzung dieses Antrages am 23. Juni 2016 um vips einigten sich das Sekretariat und die Beschwerdeführerinnen darauf, die Stellungnahme an die beteiligten Dritten ywesee und vips nach Abgabe einer Verpflichtungserklärung, den Antrag nicht publik zu machen, zuzustellen. Vips verzichtete am 4. Juli 2016 auf die Zustellung des Antrages. Swissmedic nahm am 7. Juli 2016 zum Antrag Stellung und ywesee reichte ihre Stellungnahme am 13. Juli 2016 ein.

G.c.f Am 6. September 2016 reichten die Beschwerdeführerinnen ein ökonomisches Gutachten nach.

G.c.g Die Vorinstanz trat am 26. September 2016 auf den Antrag des Sekretariats ein und führte am 24. Oktober 2016 die Parteianhörung durch. Daran nahmen für die Beschwerdeführerinnen zwei Rechtsvertreter sowie H._____ ([...] der HCI), K._____ ([...] der HCI) und L._____ ([...] von Galenica Santé) teil. Die Vorinstanz hörte auch ouwerkerk (A._____), ywesee (M._____) und N._____, [...] von Documed und e-mediat, als Zeugen an.

G.c.h Am 21. November 2016 verlangte die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin 2 eine Kopie sämtlicher Verträge und Bestimmungen zwischen e-mediat und den Softwarehäusern, die Ende 2012 in Kraft waren. Ebenso wurden die Verträge, die nach diesem Datum geändert haben oder neu abgeschlossen wurden, verlangt.

G.c.i Schliesslich reichte HCI ein weiteres ökonomisches Gutachten ein.

G.d Verfügung

G.d.a Am 19. Dezember 2016 erliess die Vorinstanz die angefochtene Verfügung mit folgendem Dispositiv:

"1. Es wird festgestellt, dass die Galenica AG mittels ihrer Tochtergesellschaft HCI Solutions AG seit dem 01. Januar 2013 auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen sowie auf dem Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

2. Galenica AG und HCI Solutions AG wird untersagt, in ihren Verträgen mit den Softwarehäusern Vertragsklauseln zu verwenden und durchzusetzen, die eine Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser für zusätzliche Partner und Produkt-Stamm-Daten bei HCI Solutions AG oder eine Untersagung der anderweitigen Verwendung der Strukturen der auf der Datenbank der Galenica-Gruppe beruhenden Software für die Softwarehäuser vorsehen.

3. Galenica AG und HCI Solutions AG werden verpflichtet, den Zulassungsinhaberinnen die Dienstleistung der Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Indices und andere Dienstleistungen entbündelt anzubieten. Die Galenica AG und ihre Tochtergesellschaft HCI Solutions AG werden verpflichtet, die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen sowie den Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS zu kostenbasierten Preisen anzubieten.

4. Galenica AG und HCI Solutions AG werden in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 i.V. mit Art. 7 KG wegen unzulässiger Verhaltensweise mit einem Betrag von CHF 4'546'123 belastet. Der Betrag von insgesamt CHF 4'546'123 wird den Adressaten der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt.

5. Die Beweisanträge von Galenica AG und HCI Solutions AG, inklusive derjenigen, die durch die früheren Tochtergesellschaften Documed AG und e-mediat AG eingereicht wurden, werden abgewiesen.

6. Die Verfahrenskosten in Höhe von CHF [...] werden Galenica AG und HCI Solutions AG auferlegt.

7. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

8. [Eröffnung der Verfügung]

9. [Zustellung der Verfügung]

[Rechtsmittelbelehrung]"

G.d.b Zur Begründung erwog die Vorinstanz zusammengefasst, die Gale-nica-Gruppe habe mittels ihrer Tochtergesellschaften HCI, Documed und e-mediat eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen sowie auf dem Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen.

G.d.c Documed und e-mediat hätten zwar ab 1. Januar 2013 von den Zu-lassungsinhaberinnen für die Aufnahme in ihre Datenbank eine Entschädi-gung für die zuvor unentgeltlich erbrachte Dienstleistung verlangt. Es sei jedoch nicht genügend erstellt, dass damit der Tatbestand der Erzwingung unangemessener Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erfüllt sei. Insbesondere die Unangemessenheit der Bepreisung für die Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Datenbank könne nicht mit dem erforderlichen Beweismass nachgewiesen werden.

G.d.d Weiter erwog die Vorinstanz, e-mediat habe in einem Vertrag und möglicherweise auch in einem weiteren Vertrag mit einem Softwarehaus eine Klausel aufgenommen, die es den Softwarehäusern untersage, zu-sätzliche Partner- und Produkte-Stamm-Daten auf dem Markt zu beschaf-fen. Sie müssten exklusiv e-mediat ein Vorrecht gewähren. Nur falls e-me-diat diese Daten nicht anbieten möchte oder könne, sei es den Software-häusern gestattet, diese Daten bei anderen Datenveredlern zu beschaffen bzw. diese Daten selbst aus Primärquellen zu beziehen und zu veredeln. Damit liege eine Alleinbezugspflicht für neu nachgefragte Daten zugunsten e-mediat vor. In 83 weiteren Verträgen mit Softwarehäusern sei zudem eine Klausel zu finden, die es den Softwarehäusern untersage, die vorhande-nen Strukturen für Produkte von anderen Datenveredlern bzw. für eigene Datenbanken zu verwenden, wenn die Softwarehäuser selbst die Daten veredeln wollten. Beide Klauseln würden den Markt für veredelte, maschi-nenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen für aktuelle und potentielle Konkurrenten verschliessen und somit wettbewerbswidrige Ef-fekte zeitigen. Denn aufgrund der Klauseln müssten potenzielle Konkur-renten einen vollständigen Datensatz anbieten. Auch sei um die Durchset-zung des Vertrages zu sichern eine Konventionalstrafe vereinbart worden. Die systematische Anwendung dieser Klauseln zeige, dass die Strategie gegen allfällige Konkurrenten gerichtet gewesen sei. Sachliche Rechtferti-gungsgründe für diese Klauseln seien nicht ersichtlich, weshalb durch diese der Absatz der Konkurrenten in missbräuchlicher Art und Weise im Sinne von Art. 7 Abs.1 i.V.m. Abs. 2 Bst. e KG eingeschränkt werde.

G.d.e Weiter erwog die Vorinstanz, auch der Verdacht von unzulässigen Koppelungsgeschäften habe sich teilweise erhärtet. Softwarehäuser und Leistungserbringerinnen und -erbringer, welche die INDEX-Produkte bei e-mediast beziehen, müssten sowohl die Medikamenteninformationen als auch die Daten von Non-Pharma Produkten beziehen. Bei diesem sogenannten Datenbundling könne das Vorliegen von Verdrängungseffekten aber nicht bewiesen werden. Deshalb sei diesbezüglich der Tatbestand der an den Abschluss von Verträgen gekoppelten Bedingung im Sinne von Art. 7 Abs.1 i.V.m. Abs. 2 Bst. f KG nicht erfüllt.

G.d.f Anders zu beurteilen sei aber der Sachverhalt, wonach die Arzneimittelinformationen in die INDEX-Datenbanken nur aufgenommen würden, wenn die Zulassungsinhaberinnen gleichzeitig die Dienstleistung der redaktionellen Qualitätskontrolle, der technischen Aufarbeitung der Fachinformationen und der Optimierung von Tabellen und Grafiken bei Documed/e-mediast beziehen würden. Zudem werde der Upload der Medikamenteninformationen auf AIPS kostenlos dazu angeboten. Dabei handle es sich um eine reine Bündelung. Die Dienstleistung der redaktionellen und technischen Qualitätskontrolle sei eine von der Dienstleistung der Aufnahme in das Kompendium und in die INDEX-Daten getrennte Dienstleistung. Auch der Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS sei ein zusätzlicher Arbeitsschritt, der unabhängig von der Aufnahme der Daten in die INDEX-Produkte vollzogen werden könne. Dieses sogenannte Modulbundling zeitige Verdrängungs- und Ausbeutungs- und somit wettbewerbschädigende Effekte. Ausreichende Rechtfertigungsgründe seien keine vorgebracht worden, denn weder das Argument der marginalen Zusatzkosten, noch dasjenige der in der Untersuchung "Publikation von Arzneimittelinformationen" noch zulässigen Koppelung im regulierten Bereich, noch die Vorbringen im Zusammenhang mit der Patientensicherheit hätten verfangen. Damit sei der Tatbestand der an den Abschluss von Verträgen gekoppelten Bedingung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. f KG erfüllt.

G.d.g Weiter stellte die Vorinstanz fest, dass die Preise der Module im Leistungskatalog von Documed/e-mediast für die Zulassungsinhaberinnen identisch seien, unabhängig davon, ob die Arzneimittelinformationen Änderungen erfahren hätten oder nicht. In diesem Zusammenhang seien aber eine Wettbewerbsbehinderung und konkrete Diskriminierungsfälle bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) nicht genügend bewiesen. Die bis anhin undifferenzierte Festlegung der Preise

für die Aufnahme der Arzneimittelinformationen in die INDEX-Datenbank habe sich nicht als kartellrechtlich problematisch erheben lassen.

G.d.h Schliesslich erwog die Vorinstanz, im Untersuchungsverfahren habe sich auch die Frage gestellt, ob sich HCI im Zusammenhang mit der AIPS-Ausschreibung unzulässig verhalten habe, indem sie die Mitbewerber für die Ausschreibung betreffend den Preis missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. d KG unterboten habe. Das Angebot von HCI zur Implementierung und zum jährlichen Betrieb von AIPS habe deutlich unter den Angeboten der anderen Offerenten gelegen. Auf eine umfangreiche Kostenanalyse werde jedoch verzichtet, womit offengelassen werde, ob der Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. d KG erfüllt sei. Dies rechtfertige sich, da der Preismissbrauch gegenüber den Zulassungsinhaberinnen im Zentrum stehe, andere missbräuchliche Verhaltensweisen nachgewiesen worden seien und der Aufwand einer Kostenanalyse im Vergleich zum möglichen Ergebnis eines weiteren Verstosses gegen Art. 7 KG unverhältnismässig wäre.

G.d.i Im Ergebnis folgerte die Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerinnen infolge unzulässiger Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren seien. Es sei von einem zumindest eventualvorsätzlichen Kartellrechtsverstoss auszugehen. Zur Bestimmung des Basisbetrages könne auf die kumulierten Umsätze von Documed und e-mediat in den Jahren 2013 bis 2015 abgestellt werden. Der Schwere und Art der Kartellrechtsverstösse angemessen zu erachten sei ein Basisbetrag in der Höhe von 5%. Die Verhaltensweisen und die wettbewerbsschädigenden Effekte hätten mit der Offertstellung an die Zulassungsinhaberinnen im September 2012 begonnen und bis zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung angehalten. Deshalb sei von einer Dauer von 44 Monaten (September 2012 bis Mitte Mai 2016) auszugehen und der Sanktionsbetrag somit um 33.3333 % zu erhöhen. Weiter sei der Basisbetrag aufgrund erschwerender Umstände zu erhöhen. Es liege ein wiederholter Verstoss gegen das Kartellgesetz vor. Betreffend Documed sei bereits 2008 eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. a KG rechtskräftig festgestellt worden. Die kurze Dauer seit dem letzten Verstoss sowie die Gleichartigkeit des Verstosses seien erschwerend zu berücksichtigen, was eine Erhöhung der Sanktion um 20 % rechtfertige. Mildernde Umstände lägen demgegenüber nicht vor. Weder hätten die Beschwerdeführerinnen die Verhaltensweisen eingestellt, noch läge eine überdurchschnittliche Kooperation vor. Entsprechend erachtete die Vorinstanz eine Sanktion in der Höhe von Fr. 4'545'123.– als angemessen,

welche den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftung aufzuerlegen sei.

G.d.j Zu den Kosten erwog die Vorinstanz schliesslich, die Beschwerdeführerinnen seien gebührenpflichtig im Sinne von Art. 27 ff. KG. In Anbetracht des vom Antrag des Sekretariates abweichenden Entscheides sei ein pauschaler Abzug in der Höhe eines Drittels der Kosten für die Tatbestände, die sich nicht erhärtet hätten, zu gewähren und zulasten der Staatskasse auszuscheiden. Somit sei den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftung eine Gebühr von Fr. [...] aufzuerlegen.

H. Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht

H.a Beschwerde

H.a.a Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 19. Dezember 2016 erhoben die Beschwerdeführerinnen am 4. Mai 2017 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

H.a.b Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

"1. Die Ziffern 1, 2, 3, 4 und 5 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2016 seien in Bezug auf HCI Solutions AG und in Bezug auf Galenica AG aufzuheben.

2. Eventualiter: Die Ziffern 4 und 6 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2016 seien zu korrigieren, indem davon abzusehen sei, Galenica AG und HCI Solutions AG eine Sanktion und/oder Verfahrenskosten aufzuerlegen oder indem die Galenica AG und HCI Solutions AG betreffende Sanktion und/oder Verfahrenskosten zu reduzieren seien.

– unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Bundes –"

H.a.c Gleichzeitig stellen sie folgende Verfahrensanträge:

"1. Die Akten der Untersuchung 32-0249 seien bei der Vorinstanz einzuholen.

2. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel i.S.v. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 57 Abs. 2 VwVG anzuordnen.

3. Es sei eine öffentliche Parteiverhandlung i.S.v. Art. 40 Abs. 1 VGG und/oder eine Instruktionsverhandlung i.S.v. Art. 57 Abs. 2 VwVG durchzuführen.

4. Diese Beschwerde sowie sämtliche Beilagen zu dieser Beschwerde enthalten Geschäftsgeheimnisse der beteiligten Unternehmen. Entsprechend seien die darin enthaltenen Informationen Dritten nicht offenzulegen.

5. Im Fall einer Entscheidpublikation sei der zu publizierende Text vor dessen Veröffentlichung zur Prüfung auf allfällige Geschäftsgeheimnisse hin den Beschwerdeführerinnen zuzustellen."

H.a.d Zudem beantragen sie in der Beschwerde und in weiteren Eingaben die Parteibefragung von H._____, O._____ und K._____.

H.a.e Zur Begründung machen die Beschwerdeführerinnen die unrichtige bzw. unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, verschiedene Verletzungen von Bundesrecht sowie Unangemessenheit geltend.

H.a.f Im Zusammenhang mit der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung kritisieren die Beschwerdeführerinnen vorweg die von der Vorinstanz vorgenommene Marktabgrenzung betreffend die Marktgegenseiten der Leistungserbringerinnen und -erbringer. So würden die Softwarehäuser nicht zur Marktgegenseite gehören, denn die Lizenzverträge würden direkt mit den Leistungserbringerinnen und -erbringern – mit Ausnahme des medINDEX – abgeschlossen werden. Bei der räumlichen Abgrenzung des Marktes müsse zudem berücksichtigt werden, dass potenzieller Wettbewerb auch von ausländischen Anbietern ausgehen könne.

H.a.g Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Marktstellung auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe zu Unrecht das Vorliegen von aktuellem und potenziellem Wettbewerb verneint. Denn HCI könne sich nicht unabhängig verhalten. Mit ywesee sei eine aktuelle Konkurrentin vorhanden und auch andere Konkurrenten könnten HCI konkurrieren, würden sie Investitionen tätigen und eine Fachredaktion aufbauen. Ferner sei zu berücksichtigen, dass sich der Markt mit Inkrafttreten des neuen HMG stark verändern werde. Schliesslich sei der Markt durch niedrige Sunk Costs, keine erheblichen Switching Costs oder andere Lock-in-Effekte geprägt. Vielmehr würden Inventionen und Innovationen eine wichtige Rolle spielen, was sich in einem "the winner takes it all"-Ergebnis niederschlage.

H.a.h Betreffend die Marktgegenseite der Zulassungsinhaberinnen rügen die Beschwerdeführerinnen, dass der sachlich relevante Markt nicht nur

wie von der Vorinstanz festgestellt den Markt für den "Zugang" zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen umfasse, sondern auch "die Aufbereitung und Kontrolle der Daten sowie die Aufnahme und der Erhalt/den Unterhalt in den elektronischen Datensätzen und gleichzeitig die Nutzung einer aufgebauten Infrastruktur". Bei der räumlichen Abgrenzung des Marktes sei die zukünftige Öffnung des Marktes einzubeziehen. Bei der Beurteilung der Marktstellung müsse mit einbezogen werden, dass auf der Marktgegenseite der HCl mitunter global tätige Pharmakonzerne ständen, welche die finanzielle Kraft hätten, um jederzeit in den Markt einzutreten. [...]. Mit ywesee sei eine aktuelle Konkurrentin vorhanden. Im Ergebnis habe die Vorinstanz unrichtig erwogen, dass HCl über einen Marktanteil von 100% verfüge und potentieller Wettbewerb nicht möglich sei.

H.a.i Weiter beanstanden die Beschwerdeführerinnen die separate Feststellung der marktbeherrschenden Stellung im Dispositiv. Einerseits sei eine solche im Dispositiv einer Sanktionsverfügung gemäss Art. 49a KG nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung weder erforderlich noch zulässig. Andererseits würden die Beschwerdeführerinnen aufgrund der erfolgten Umstrukturierungen nicht mehr demselben Konzern angehören. Schon zum Zeitpunkt der Eröffnung der Verfügung sei die Beschwerdeführerin 2 keine Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin 1 mehr gewesen, weshalb die Feststellung in Ziffer 1 des Dispositivs aufzuheben sei.

H.a.j Betreffend den Vorwurf der Einschränkung des Absatzes durch die Klauseln A und B in den Verträgen mit den Softwarehäusern machen die Beschwerdeführerinnen geltend, bei beiden Klauseln handle es sich nicht um ein Verbot zur Zusammenarbeit mit Drittanbietern und somit nicht um eine Alleinbezugsverpflichtung, sondern nur um einen Zustimmungsvorbehalt. Die Klausel A finde sich nur in einem und die Klausel B nur in 83 von insgesamt 175 Verträgen, womit die überwiegende Mehrheit der Softwarehäuser nicht an eine solche Klausel gebunden gewesen sei. Es habe sich auch nie ein Softwarehaus auf die Klausel A oder B berufen. Vielmehr hätte HCl die entsprechende Erlaubnis erteilt, wenn sie angefragt worden wäre. Die Vorinstanz vermöge mit keinem Beispiel zu beweisen, dass die monierten Klauseln eine absatzeinschränkende Wirkung gehabt hätten. Der mangelnde Erfolg der Konkurrenten sei auf die Qualitätsunterschiede bei den angebotenen Daten zurückzuführen.

H.a.k Des Weiteren sei in Anlehnung an das europäische Wettbewerbsrecht für die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2

Bst. e KG eine Schädigung des wirksamen Wettbewerbs erforderlich. Eine solche werde von der Vorinstanz aber weder dargelegt noch nachgewiesen. HCI habe mit den Klauseln keine Verdrängungsstrategie verfolgt, sondern lediglich sicherstellen wollen, dass die INDEX-Daten nicht ohne ihre Kenntnis verändert oder mit Drittdaten vermischt würden oder dass sie nur unvollständig an die Leistungserbringerinnen und -erbringer übermittelt würden. Zudem habe es in qualitativer Hinsicht in der untersuchten Zeitperiode keine vergleichbare Datenbank in der Schweiz gegeben, weshalb der Erfolg der HCI auf der Qualität ihrer Leistungen und nicht auf den von der Vorinstanz genannten Vertragsklauseln basiere. Jedenfalls bestehe eine glaubwürdige Alternativerklärung, weshalb ywesee und ouwerkerk nicht mit dem gewünschten Erfolg in den Markt hätten eintreten können.

H.a.l Sodann bringen die Beschwerdeführerinnen vor, mit den Klauseln hätten Leistungsstörungen in den Lizenzverträgen zwischen HCI und den Leistungserbringerinnen und -erbringern, Haftungs- und Reputationsrisiken sowie UWG-Verletzungen verhindert werden wollen. Entsprechend sei die Verhaltensweise durch legitimate business reasons gerechtfertigt. Die Vorinstanz habe sich mit diesen Argumenten aber nicht auseinandergesetzt.

H.a.m Zum Vorwurf der unzulässigen Koppelung von Leistungen halten die Beschwerdeführerinnen fest, eine Koppelung sei nur dann unzulässig, wenn tatsächlich zwei getrennte Güter oder Leistungen kombiniert angeboten würden. Die Prüfung, ob getrennte Güter vorlägen, habe gestützt auf eine marktorientierte Abgrenzung zu erfolgen. Eine genaue marktorientierte Analyse der Frage, ob die gekoppelten Dienstleistungen in unterschiedlichen Märkten nachgefragt würden, könne nur unterbleiben, falls offensichtlich feststehe, dass es sich beim Haupt- und Zusatzprodukt um separate Produkte handle. Vorliegend habe die Vorinstanz Inhalt und Bedeutung der angeblich gekoppelten Dienstleistungen nicht untersucht, keine Marktabgrenzung vorgenommen und auf eine marktorientierte Analyse der Frage, ob die gekoppelten Dienstleistungen in unterschiedlichen Märkten nachgefragt würden, verzichtet. Eine Begründung für diesen Verzicht fehle.

H.a.n Die Validierung der Daten durch die Fachredaktion sei eine notwendigerweise vorausgesetzte Eigenschaft der INDEX- und Kompendiumsdaten. Andere Unternehmen, welche Qualitätssicherungsmaßnahmen anbieten würden, würden nicht jene Dienstleistungen erbringen, welche für die Qualitätssicherung der INDEX-Datenbanken erforderlich seien. Es

fehle auch an einem Beweis für die von der Vorinstanz behauptete Verdrängungswirkung.

H.a.o Das Compendium und die INDEX-Datenbanken würden äusserst sensitive Daten enthalten, für deren Korrektheit HCI gegenüber ihren Vertragspartnern Gewähr leiste, weshalb sich HCI selber von der Korrektheit und Vollständigkeit der Daten überzeugen müsse. Zudem verursache der Upload auf AIPS nur einen marginalen Aufwand von Sekunden bzw. Minuten. Entsprechend sei die Verhaltensweise durch die legitimen Gründe Patientensicherheit und Effizienzgewinn gerechtfertigt.

H.a.p Hinsichtlich der Sanktionierung rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz sei zu Unrecht zum Schluss gekommen, dass sie zumindest eventualvorsätzlich gehandelt hätten. Aus dem früheren Kartellrechtsverfahren gegen Documed könne betreffend den Vorwurf der Koppelung nicht auf die Vorhersehbarkeit eines Verstosses gegen das Kartellgesetz geschlossen werden. Hinzukomme, dass im Schreiben des Sekretariates vom 6. Dezember 2012 der Vorwurf der unzulässigen Koppelung von Leistungen noch nicht bestanden und HCI die neuen Verträge vorgängig dem Sekretariat eingereicht habe. Auch habe sie um Beratung ersucht, was jedoch vom Sekretariat abgelehnt worden sei. Die Vorinstanz habe nicht begründet, inwiefern die Beschwerdeführerinnen eine objektive Sorgfaltspflicht verletzt hätten oder ein Organisationsverschulden vorläge. Entsprechend sei auch Fahrlässigkeit zu verneinen.

H.a.q Sodann kritisieren die Beschwerdeführerinnen auch die Bemessung der Sanktion. Die Vorinstanz habe es unterlassen, anhand der abgegrenzten sachlich relevanten Märkten und der vorgeworfenen Verhaltensweisen eine getrennte Berechnung der relevanten Umsätze auf beiden Märkten vorzunehmen. Zudem hätte die Vorinstanz bei der Bestimmung des Basisbetrages nur diejenigen Umsätze der Documed und e-mediat berücksichtigen dürfen, die auch tatsächlich auf den relevanten Märkten erzielt worden seien. Die Vorinstanz habe aber auch Umsätze auf nicht relevanten Märkten in ihre Berechnung miteinbezogen, ebenso konzerninterne Umsätze. Diese seien jedoch in Abzug zu bringen.

H.a.r Weiter seien auch die zur Art und Schwere des Verstosses gemachten Erwägungen der Vorinstanz nicht haltbar. Die Verhaltensweise der HCI sei nicht Ausdruck einer Gesamtstrategie "mit der die Kontrolle über die Gesamtwertschöpfungskette" hätte gesichert werden können. Unsachgemäss seien die Erwägungen auch, weil die Vorinstanz darin implizit davon

ausgehe, dass den nicht als unzulässig qualifizierten Verhaltensweisen gleichwohl ein Unrechtsgehalt beiliege. Auch die Dauer des Verstosses sei unrichtig auf 44 Monate anstelle von 40 Monaten festgelegt worden. Die Erhöhung des Basisbetrages um 33,33% erscheine aber gerechtfertigt. Der Umstand, dass sich Documed bereits einmal eine rechtskräftig festgestellte unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG habe zu Schulden kommen lassen, könne aufgrund der nicht nachgewiesenen Gleichartigkeit der Verhaltensweisen nicht erschwerend bzw. höchstens im Umfang von 10% berücksichtigt werden. Auf der anderen Seite müsse aber bei der Sanktionsberechnung die gute Kooperation der HCI mildernd berücksichtigt werden.

H.a.s Schliesslich rügen die Beschwerdeführerinnen die Kostenfestlegung der Vorinstanz. Die ihr aufzuerlegenden vorinstanzlichen Kosten seien nicht nur um einen, sondern um zwei Drittel zu reduzieren, da vier der insgesamt sechs untersuchten Verhaltensweisen als nicht missbräuchlich qualifiziert worden seien und es sich bei den aufrecht erhaltenen Vorwürfen um "Nebenschauplätze" handle.

H.b Vernehmlassung

H.b.a Mit Vernehmlassung vom 10. Juli 2017 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Gleichzeitig reichte sie die Verfahrensakten (auf zwei Memory-Sticks) ein.

H.b.b Vorweg hält die Vorinstanz zur Begründung in allgemeiner Weise fest, das regulatorische Konzept sehe vor, dass alle Datenveredler von der Plattform AIPS, welche als Bindeglied zwischen Zulassungsinhaberinnen und Datenveredler zu verstehen sei, den kompletten Stamm der Fach- und Patienteninformationen downloaden könnten, um ihn sodann für ihre veredelten Produkte zu verwenden. HCI verkehre mit ihrem Geschäftsmodell dieses Konzept in sein Gegenteil. Auch sei im gesetzlichen System der öffentlichen Aufgabe der Gewährleistung der Patientensicherheit HCI oder ihre Datenbank nicht vorgesehen. Deshalb entbehre die Ausführung, HCI nehme eine öffentliche Aufgabe wahr und habe die Patientensicherheit zu gewährleisten, einer gesetzlichen Grundlage und sei nicht korrekt. Weiter sei der Zeithorizont der Verhaltensweisen insbesondere im Kontext des Entscheides des Bundesverwaltungsgerichts betreffend die Publikationspflicht zu berücksichtigen. Dieser und die Einführung von AIPS hätten aus Sicht der Beschwerdeführerinnen die Gefahr des Verlusts des Monopols über die (elektronischen) Medikamenteninformationen mit sich gebracht.

Zur Sicherung der Marktposition hätten die Beschwerdeführerinnen 2012 verschiedene Massnahmen ergriffen, wobei nur gewisse davon Leistungswettbewerb dargestellt hätten und andere als missbräuchliche Verhaltensweisen i.S.v. Art. 7 KG zu qualifizieren seien. Massnahmen oder Änderungen nach dem Jahr 2014 hätten deshalb kaum eine Auswirkung und würden das Gesamtbild der missbräuchlichen Verhaltensweisen nicht erschüttern können.

H.b.c Betreffend die Marktabgrenzung und die Feststellung der Marktherrschaft verweist die Vorinstanz auf ihre Ausführungen in der angefochtenen Verfügung. Es sei dargelegt worden, weshalb ein Wettbewerb "um" den Markt abgelehnt werde. Aber selbst wenn man von einem Wettbewerb "um" den Markt ausgehe, läge eine marktbeherrschende Position vor. Denn es sei weder ein aktueller Konkurrent ersichtlich, der in der Lage sei, den Beschwerdeführerinnen den Markt streitig zu machen, noch seien irgendwelche konkreten Anzeichen vorhanden, dass potentielle Konkurrenz entstehen könnte, die einen disziplinierenden Einfluss auf die Verhaltensweise der Beschwerdeführerinnen haben könnte.

H.b.d Auch betreffend die isolierte Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerinnen verweist die Vorinstanz auf ihre Erwägungen in der Verfügung. Ergänzend hält sie fest, es sei unzutreffend, dass HCI zum Zeitpunkt der Eröffnung der Verfügung keine Tochtergesellschaft von Vifor (vormals Galenica) mehr gewesen sei. Zwar sei aus dem Sacheinlagevertrag ersichtlich, dass HCI auf die am 13. Februar 2017 gegründete Galenica Santé, unterdessen wiederum firmierend unter Galenica AG, übertragen worden sei. Aber aus kartellrechtlicher Sicht habe sich zu diesem Zeitpunkt nichts geändert, da die Galenica Santé zum Zeitpunkt der Gründung eine 100%ige Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin 1 gewesen sei. Denn gemäss [...] habe die Sacheinlegerin, die Beschwerdeführerin 1, als Gegenleistung für die Sacheinlage 50'000'000 Namenaktien, mithin 100% der Aktien erhalten. Es handle sich beim Sacheinlagevertrag vom 13. Februar 2017 somit um eine konzerninterne Restrukturierung, die keinen Einfluss auf die Kontrollmöglichkeiten der Beschwerdeführerin 1 über die Beschwerdeführerin 2 gehabt habe.

H.b.e Betreffend den Vorwurf der Einschränkung des Absatzes sei in der Verfügung ausführlich dargelegt worden, dass die Klauseln A und B die Marktstellung der Beschwerdeführerinnen zementiert und den Markt für potentielle Konkurrenten verschlossen habe. Einerseits sei grundsätzlich

nicht relevant, in wie viel Prozent der Verträge die relevanten Klauseln aufgenommen worden seien, sofern diese eine verschliessende Wirkung gehabt hätten. Andererseits spreche bei der Klausel A bereits deren Wortlaut gegen ein reines Zustimmungserfordernis. Aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen selbst mit keiner Anfrage konfrontiert worden seien, könne nicht gefolgert werden, die Klauseln hätten sich nicht ausgewirkt. Vielmehr könne bereits die vertragliche Festlegung verschliessende Wirkung zeitigen, dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Marktzutrittsschranken für allfällige Drittdatenanbieter bereits ohne diese Klauseln sehr hoch seien.

H.b.f Auch betreffend die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten Rechtfertigungsgründe verweist die Vorinstanz auf ihre Ausführungen in der Verfügung. Das Argument, die Klausel habe der Verhinderung von Verletzungen gegen das UWG gedient, sei neu. Es sei jedoch nicht stichhaltig, da die zivil- und/oder strafrechtlichen Mittel offensichtlich als mildere Mittel als die Wettbewerbsbehinderung zur Verfügung stünden. Da das Argument erst im Rahmen der Beschwerde nachgeschoben werde, könne diese Rechtfertigung auch kaum dem ursprünglichen Zweck der Klausel entsprechen.

H.b.g In Bezug auf den Vorwurf der Koppelung hält die Vorinstanz an ihren Erwägungen in der Verfügung vollumfänglich fest. Die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen im Hinblick auf die Publikation sowie der Upload dieser Informationen auf AIPS einerseits und die Veredelung von Medikamenteninformationen (inklusive einer allfälligen, mit der Erstellung des spezifischen Produktes zusammenhängenden [erneuten] Qualitätssicherung) andererseits seien nicht dem gleichen Markt zuzuordnen. Die Ausbeutungs- und Behinderungswirkungen der Koppelung seien im vorliegenden Fall zu bejahen, auch wenn dies gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gar nicht gesondert nachzuweisen wäre. Ein ausreichender Rechtfertigungsgrund sei nicht vorgebracht worden. In der Verfügung werde dargelegt, dass weder das Argument marginaler Zusatzkosten, noch dasjenige der noch im Jahre 2008 zulässigen Koppelung im regulierten Bereich, noch die Vorbringen im Zusammenhang mit der Patientensicherheit verfangen würden. Die Qualitätskontrolle im Hinblick auf die Publikation habe nicht zwingend mit derjenigen eines Datenveredlers im Hinblick auf sein eigenes Produkt zu erfolgen.

H.b.h Betreffend die Sanktionierung sei in der Verfügung dargelegt worden, weshalb eine zumindest eventualvorsätzliche Tatbegehung vorliege.

Auch seien alle Elemente für einen fahrlässigen Kartellrechtsverstoss aufgezeigt worden. Bei der Gestaltung des Geschäftsmodells und der Verträge handle es sich um einen Strategieentscheid, der von der Führungsebene getroffen werde. Daher sei ein Organisationsverschulden – was für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ausreichend sei – in jedem Fall gegeben.

Darüber hinaus gehe auch das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, es treffe sie kein Verschulden, da sie dem Sekretariat die überarbeiteten Verträge eingereicht habe, fehl. Die Einreichung der Verträge sei im Rahmen des kartellrechtlichen Verfahrens erfolgt und nicht im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens i.S.v. Art. 49a Abs. 2 Bst. b KG oder einer Beratung i.S.v. Art. 23 Abs. 2 KG. Was die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte Beratungsanfrage von 2013 betreffe, sei festzuhalten, dass während eines kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens kein Raum für eine Beratung nach Art. 23 Abs. 2 KG bestehe.

H.b.i Zur Berechnung der Sanktion führt die Vorinstanz aus, eine Aufschlüsselung nach Märkten sei nicht nötig und darüber hinaus gekünstelt, da der Umsatz auf den beiden erwähnten Märkten erzielt worden sei und das Ergebnis der Berechnung von den Beschwerdeführerinnen auch nicht beanstandet werde. Zum Vorwurf der Beschwerdeführerinnen, es seien Umsätze von nicht relevanten Märkten in die Sanktionsberechnung miteinbezogen worden, hielt die Vorinstanz fest, die von den Beschwerdeführerinnen nunmehr präsentierten "bereinigten" Umsatzzahlen seien intransparent und es seien jeweils ohne sachliche Begründung unterschiedliche Umsatzzahlen als "bereinigte" Umsatzzahlen vorgelegt worden. Es werde nicht belegt, dass und in welcher Höhe Umsätze auf anderen Märkten erzielt worden seien. Ferner seien konzerninterne Umsätze nicht abzuziehen, da praxisgemäss keine Unterscheidung danach vorzunehmen sei, welcher Anteil des Umsatzes durch ein wettbewerbswidriges Verhalten erzielt worden sei und ob allenfalls ein Anteil nicht in Verbindung mit einem wettbewerbswidrigen Verhalten stehe.

H.b.j Der Vorwurf, die Sanktionsbegründung erwecke den Anschein, dass den vier nicht bestätigten Vorwürfen des Sekretariats gleichwohl ein Unrechtsgehalt beiliege, gehe fehl. Vielmehr sei der Basisbetrag genau aus diesem Grund im Vergleich zum Antrag (10%) massiv herabgesetzt worden (5%). Auch der Umstand, dass sich Documed bereits einmal eine rechtskräftig festgestellte unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG habe zu Schulden kommen lassen, sei bei der Sanktionsbemessung korrekt

erschwerend berücksichtigt worden. Denn anders als die Bestimmung in der EU enthalte Art. 5 Abs. 1 Bst. a der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5) keine Eingrenzung auf gleichartige oder ähnliche Verstösse. Die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte gute Kooperation sei zu verneinen, vielmehr habe sich das Verfahren zu keinem Zeitpunkt als besonders transparent dargestellt.

H.b.k Betreffend die Auferlegung der vorinstanzlichen Kosten könne nicht eine schematische Reduktion im Verhältnis der Anzahl ursprünglich untersuchter Vorwürfe zu den erhärteten vorgenommen werden. Vielmehr sei dem Umstand Rechnung zu tragen, dass ein erheblicher Teil des Aufwandes zur Erstellung des Sachverhaltes und für das Verständnis des Marktes anfalle.

H.c Replik und Duplik

H.c.a In ihrer Replik vom 13. September 2017 halten die Beschwerdeführerinnen an den mit der Beschwerde vom 4. Mai 2017 gestellten Rechtsbegehren fest.

H.c.b Zum Vorbringen der Vorinstanz, ihr Geschäftsmodell verkehre das regulatorisch vorgesehene Konzept, halten die Beschwerdeführerinnen fest, Unternehmen wie HCI seien nicht verpflichtet, ihre privatwirtschaftlichen Dienstleistungen im Sinne eines regulatorischen Konzepts anzubieten. Zudem sei es bei der Schaffung von AIPS nicht um die Umsetzung eines weitgreifenden regulatorischen Konzeptes gegangen, sondern nur um die Möglichkeit, eine gesetzeskonforme Publikationsplattform zu schaffen. Wenn HCI mit der Aufbereitung der AIPS-Daten beauftragt werde, bereite sie die AIPS-Versionen sowie die übrigen Daten (Compendium und INDEX) parallel auf. In Bezug auf die Publikation von Fach- und Patienteninformationen auf AIPS bestehe ein unzureichender Regulierungsrahmen.

H.c.c Bei der Frage der Marktbeherrschung sei zu berücksichtigen, dass sich die untersuchten Märkte rasch wandeln könnten, was die beschlossene Revision des Heilmittelgesetzes zeige. Zudem dürfe das Argument der Vorinstanz, die Beschwerdeführerinnen würden die Kosten der Validierung der Daten weiterhin den Zulassungsinhaberinnen aufbürden, was die marktbeherrschende Stellung aufzeige, aufgrund der Unschuldsvermutung keine Berücksichtigung finden.

H.c.d Betreffend den Tatbestand der Einschränkung des Absatzes könne nicht nur aus dem europäischen Wettbewerbsrecht und dem kürzlich ergangenen Entscheid *Intel Corporation/Kommission des Europäischen Gerichtshofes (EuGH)* geschlossen werden, dass ein wettbewerbschädigender Effekt erforderlich sei, sondern auch das Bundesgericht habe im Entscheid *Publigroupe* festgehalten, die Missbräuchlichkeit einschliesslich der Wettbewerbschädigung der strittigen, in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Verhaltensweisen müsse jeweils im Einzelfall festgestellt werden (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.2). Die Feststellung der Vorinstanz, bereits die vertragliche Festlegung könne sich marktverschliessend auswirken und die Klauseln hätten möglicherweise Wirkungen gehabt, genüge somit nicht. Hinsichtlich der mit der Beschwerde geltend gemachten Rechtfertigungsgründe wiederholen die Beschwerdeführerinnen, HCI habe tatsächlich befürchtet, die Verwendung von Daten Dritter könne zu intransparenten Verhältnissen führen. Auch sei der Rechtfertigungsgrund der Verhinderung von UWG-Verletzungen nicht nachgeschoben, vielmehr hätten sich die Beschwerdeführerinnen bereits 2012 mit Schutzmöglichkeiten vor UWG-Verletzungen befasst.

H.c.e Betreffend den Vorwurf der Koppelung halten die Beschwerdeführerinnen daran fest, dass es an einer Abgrenzung der relevanten Märkte fehle. Aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2618/2013 vom 24. November 2016, dem Urteil des Bundesgerichts i.S. *Publigroupe* (BGE 139 I 72), welches insbesondere auf LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012 verweise, sowie aus der jüngeren Rechtsprechung in der EU ergebe sich, dass die negativen Effekte – die Wettbewerbsbehinderung – festgestellt werden müssten.

H.c.f Betreffend die Sanktionierung halten die Beschwerdeführerinnen an der Rüge, es fehle die Begründung, worin genau die Fahrlässigkeit oder das Organisationsverschulden bestehen solle, fest. Ebenso halten die Beschwerdeführerinnen daran fest, dass bei der Bestimmung des Basisbetrages nur diejenigen Umsätze zu berücksichtigen seien, die auch tatsächlich auf den relevanten Märkten erzielt wurden sowie dass die konzerninternen Umsätze abzuziehen sind. Sie erläutern in der Folge zahlreiche vorzunehmende Abzüge vom Nettoerlös von Documed und e-mediat.

H.c.g Weiter bringen die Beschwerdeführerinnen vor, die vorinstanzliche Sanktionsbegründung werde der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht gerecht, auch wenn die Vorinstanz bei der Berücksichtigung von Art und Schwere des Verstosses den Basisbetrag von 10% auf

5% reduziert habe. Die Begründung der Vorinstanz bezüglich der Art und Schwere des Verstosses in der Verfügung entspreche grösstenteils unverändert jener des Sekretariats im Antrag.

H.c.h Mit Duplik vom 19. Oktober 2017 beantragt die Vorinstanz unverändert die Abweisung der Beschwerde.

H.c.i Die Vorinstanz weist auf die Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen per 1. Januar 2013 hin. Nach wie vor sei aber nur der Bereich der Publikation der Arzneimittelinformationen reguliert. Diese habe auf der staatlichen Plattform AIPS zu erfolgen. Die Veredelung hingegen sei dem freien Markt überlassen und dem Wettbewerb zugänglich. In diesem Umfeld hätten die Beschwerdeführerinnen ihre bisher auf dem Papier getrennten Angebote durch ein neues, die Aufnahme in die INDEX-Datenbank umfassendes, gemeinsames Angebot an die Zulassungsinhaberinnen ersetzt. Ausgehend von ihrer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen und der daraus resultierenden Marktbeherrschung auf dem Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen hätten sie die Aufbereitung der Daten für die Publikation mit der Aufnahme in ihre Datenbank gekoppelt. Damit hätten die Zulassungsinhaberinnen nicht mehr frei wählen können, wer ihre Arzneimittelinformationen für die Publikation aufbereite, ohne einen wirtschaftlichen Nachteil zu erleiden. Was marktgerecht und aus Nachfragesicht effizient sei, dürfe nicht das marktbeherrschende Unternehmen entscheiden. Ein für ein marktbeherrschendes Unternehmen effizientes und vorteilhaftes Verhalten sei nicht automatisch auch für den Markt bzw. den Wettbewerb effizient und vorteilhaft. Durch die Koppelung würden Konkurrenten auf der Stufe Publikation behindert und Zulassungsinhaberinnen benachteiligt.

H.c.j Im Zeitraum, indem infolge Einführung einer behördlichen Publikationsplattform eine Öffnung des Marktes möglich gewesen wäre, hätten die Beschwerdeführerinnen nicht nur die Koppelung vorgenommen, sondern auch wettbewerbsbeschränkende Klauseln in ihre Verträge mit Softwarehäusern aufgenommen. Diese Klauseln würden den Wettbewerb einschränken und helfen, die vormaligen Marktstrukturen zu erhalten. Die Versuche mindestens zweier Konkurrenten, im Markt Fuss zu fassen, seien erfolglos gewesen. Wie sich der Markt ohne Koppelung und ohne diese Klauseln hypothetisch entwickelt hätte, könne nicht bewiesen werden. Der junge Markt sei von vornherein im Keim erstickt worden.

H.c.k Mit Eingabe vom 27. November 2017 nahmen die Beschwerdeführerinnen unaufgefordert zur Duplik der Vorinstanz Stellung.

H.d Weitere Verfahrensschritte

H.d.a Am 16. November 2018 reichten die Beschwerdeführerinnen eine weitere Eingabe inklusiv Kostennote ein. Die Beschwerdeführerinnen legen darin im Wesentlichen dar, ihr Verhalten aufgrund des Verfahrens vor der Vorinstanz vorläufig angepasst zu haben, sodass die von der Vorinstanz als unzulässig qualifizierten Verhaltensweisen nicht mehr praktiziert würden. Die Erfahrungen auf dem Markt seit der Anpassung des Verhaltens würden zeigen, dass sich die von der Vorinstanz als missbräuchlich qualifizierten Verhaltensweisen von HCI nicht negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt hätten.

H.d.b HCI habe im April 2017 die Softwarehäuser schriftlich darüber informiert, nicht mehr an den Zustimmungsvorbehalt gemäss der Klausel B gebunden zu sein. Entsprechend sei die Klausel B in einem Grossteil der Verträge bereits seit 2015 nicht mehr in Kraft und seit April 2017 flächendeckend aufgehoben. Trotz der Verhaltensänderung hätten keine Veränderungen in den Wettbewerbsverhältnissen stattgefunden. Es sei in der Zwischenzeit kein zusätzlicher Datenanbieter in den Markt getreten und bestehende Anbieter hätten ihren Marktanteil nicht ausgeweitet. Daraus sei ersichtlich, dass die Klauseln keine Wettbewerbswirkungen gehabt hätten. Auch was das als unzulässig qualifizierte Verhalten der Koppelung betreffe, habe sich HCI veranlasst gesehen, die Qualitätskontrolle für die Fachinformationen optional anzubieten. Diese Optionalität sei künstlich und Sorge für Verwirrung. Nur ein geringer Prozentsatz der Zulassungsinhaberinnen würden neu auf die Qualitätskontrolle verzichten. Bei der Weiterverarbeitung der Daten im INDEX (Strukturierung, Clinical Decision Support) müsse HCI aber dennoch eine Qualitätskontrolle durchführen, welche nahezu alle relevanten Kapitel erfasse, die HCI auch im Rahmen der beauftragten Prüfung der Fachinformation zu kontrollieren habe. Markteintritte von Unternehmen, welche die Qualitätskontrolle in Konkurrenz zum Angebot von HCI erbringen würden, habe es keine gegeben. Da es weder Markteintritte noch sonstige Veränderungen auf dem Markt gegeben habe, aus welchen auf die Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch HCI vor der Verhaltensanpassung geschlossen werden könne, sei erstellt, dass die Vorinstanz das Verhalten der HCI zu Unrecht als missbräuchlich qualifiziert habe. Schliesslich würde HCI seit dem 1. Januar 2017 auch den Upload

auf AIPS im Auftrag der Zulassungsinhaberinnen als separate Dienstleistung zum Preis von Fr. 30.– anbieten. Seit dieser Änderung würden mit einer einzigen Ausnahme (P._____) alle Zulassungsinhaberinnen diese Dienstleistung von HCI in Anspruch nehmen. Daneben gäbe es kleinere Zulassungsinhaberinnen, die vereinzelt den Upload selber vornähmen. Zu Markteintritten sei es aber auch hier nicht gekommen. Zudem habe es auch vorher schon einige Zulassungsinhaberinnen gegeben, welche den Upload auf AIPS selbst hätten vornehmen wollen. Entsprechend sei auch in Bezug auf den Upload auf AIPS das Tatbestandselement der Wettbewerbsbehinderung nicht erfüllt.

H.d.c Die Vorinstanz nahm zur Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 16. November 2018 mit Schreiben vom 5. Februar 2019 Stellung. Sie stellt sich auf den Standpunkt, die Eingabe der Beschwerdeführerinnen sei als verspätetes, für den Verfahrensausgang nicht erhebliches Vorbringen im Interesse der Verfahrensökonomie und des Beschleunigungsgebotes aus den Akten zu weisen. Es handle sich nicht um neu hinzugekommene und bekanntzumachende Sachverhaltselemente. Die vorgebrachten Wirkungen lägen ausserhalb des Untersuchungszeitraumes und würden nicht zum Streitgegenstand gehören. Darüber hinaus könne aus einem späteren Verlauf unter anderen tatsächlichen Gegebenheiten keine aussagekräftigen Schlüsse für frühere Perioden gezogen werden.

H.d.d Weiter führt die Vorinstanz aus, für eine vergangenheitsbezogene Beurteilung gemäss Kartellgesetz sei einzig wesentlich, welcher Wettbewerb im Zeitpunkt der missbräuchlichen Verhaltensweise möglich gewesen wäre sowie dass tatsächlich Wettbewerbsbehinderungen vorlagen. Für die Beurteilung, ob in der Vergangenheit Wettbewerb möglich gewesen wäre, sei der geltend gemachte Umstand, die Anpassung des Verhaltens habe nicht zu einer Reaktion der anderen Unternehmen geführt, irrelevant. Dies gelte insbesondere auch, weil sich vorliegend die heutige Wettbewerbssituation grundlegend von der damaligen Wettbewerbssituation unterscheide.

H.d.e Mit Eingabe vom 15. März 2019 nahmen die Beschwerdeführerinnen unaufgefordert zur Stellungnahme der Vorinstanz vom 5. Februar 2019 Stellung und halten fest, mit den Darstellungen der Vorinstanz nicht einverstanden zu sein.

H.d.f Der Verfahrens Antrag der Vorinstanz, die Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 16. November 2018 aus den Akten zu weisen, wurde mit Zwischenverfügung vom 19. Februar 2019 abgewiesen.

H.d.g Mit Eingabe vom 3. Mai 2019 erklärten die Beschwerdeführerinnen auf Nachfrage der Instruktionsrichterin, auf die beantragte Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung i.S.v. Art. 40 VGG zu verzichten, da bereits ein mehrfacher Austausch über die rechtlichen Standpunkte stattgefunden habe. An den gestellten Beweisanträgen halten die Beschwerdeführerinnen hingegen weiterhin explizit fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 m.w.H.).

1.1 Sachzuständigkeit und Anfechtungsobjekt

1.1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, welche von einer der in Art. 33 VGG aufgeführten Vorinstanzen erlassen wurden, soweit keine der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen gegeben sind.

1.1.2 Die Vorinstanz stellt eine eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG dar (Art. 18 f. KG, Art. 2 Abs. 3 und Art. 57a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 [RVOG, SR 172.010], Art. 7a und Art. 8a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.01]).

1.1.3 Als Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG gelten Anordnungen von Behörden, welche gestützt auf öffentliches Recht des Bundes entweder gegenüber dem Verfügungsadressaten dessen Rechte und Pflichten begründen, inhaltlich bestimmen, ändern, aufheben oder feststellen oder ein entsprechendes Begehren des Verfügungsadressaten abweisen oder darauf nicht eintreten.

1.1.4 Die Vorinstanz hat mit der Verfügung vom 19. Dezember 2016 gegenüber den Beschwerdeführerinnen festgestellt, dass die Galenica mittels ihrer Tochtergesellschaft HCI auf zwei bestimmten Märkten über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfüge. Zudem hat sie bestimmte Verhalten als gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionierende unzulässige Verhaltensweisen nach Art. 7 KG beurteilt und infolge dessen in Ziffer 2 und 3 des Dispositivs Massnahmen zur Beseitigung der festgestellten unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen angeordnet. Die Vorinstanz belastete die Beschwerdeführerinnen mit einer Verwaltungssanktion von Fr. 4'564'123.– unter solidarischer Haftbarkeit. Weiter verpflichtete die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen Verfahrenskosten von Fr. [...] zu bezahlen.

1.1.5 Dadurch wurden die geschäftlichen Handlungsmöglichkeiten der Beschwerdeführerinnen eingeschränkt. Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführerinnen gestützt auf öffentliches Recht des Bundes, hoheitlich, in verbindlicher und erzwingbarer Weise Pflichten auferlegt und somit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG verfügt.

1.1.6 Eine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor.

1.1.7 Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde sachlich zuständig.

1.2 Beschwerdelegitimation und übrige Eintretensvoraussetzungen

1.2.1 Die Beschwerdelegitimation setzt gemäss Art. 48 VwVG voraus, dass (i) der Beschwerdeführer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat bzw. ihm keine Möglichkeit zur Teilnahme eingeräumt wurde, er durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat, oder (ii) dass ein Bundesgesetz dem Beschwerdeführer dieses Recht ausdrücklich einräumt.

1.2.2 Die Beschwerdeführerinnen haben als Parteien am vorinstanzlichen Untersuchungsverfahren teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG). Als Verfügungsadressatinnen, deren Anträge im vorinstanzlichen Verfahren zumindest teilweise abgewiesen wurden, sind sie durch die angefochtene Verfügung besonders berührt. Zudem sind die Beschwerdeführerinnen durch die angefochtene Verfügung infolge der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung (Ziff. 1 des Dispositivs), der im Sinne von Art. 30 KG angeordneten Massnahmen (Ziff. 2 und 3) sowie der Verpflichtung zur Bezahlung einer Verwaltungssanktion (Ziff. 4) und von Verfahrenskosten

(Ziff. 5) besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und haben ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Die Beschwerdeführerinnen sind somit gestützt auf Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert.

1.2.3 Die Beschwerdeführerinnen rügen mit der Beschwerde die unrichtige bzw. unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, verschiedene Verletzungen von Bundesrecht sowie Unangemessenheit. Bei diesen Rügen handelt es sich um zulässige Beschwerdegründe im Sinne von Art. 49 VwVG.

1.2.4 Die gemäss Art. 50 VwVG zu beachtende Beschwerdefrist wurde unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes nach Art. 22a Abs. 1 Bst. a VwVG mit der Beschwerde vom 4. Mai 2017 gewahrt (Versanddatum der Verfügung: 20. März 2017). Zudem erfüllt die Beschwerdeschrift die gesetzlichen Anforderungen an Inhalt und Form (Art. 52 VwVG) und die Vertreter haben sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG).

1.2.5 Der Kostenverschluss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. Geltungsbereich des Kartellgesetzes

Massgebend für die Beurteilung der streitigen Angelegenheit ist das Kartellgesetz. Dessen Anwendung setzt voraus, dass der persönliche und sachliche Anwendungsbereich sowie der räumliche und zeitliche Anwendungs- und Geltungsbereich gegeben sind.

2.1 Persönlicher Geltungsbereich

2.1.1 Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG gilt das Kartellgesetz in persönlicher Hinsicht für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts. Normadressaten des Kartellgesetzes sind somit "Unternehmen". Als solche gelten gemäss der Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform.

2.1.2 Über den Wortlaut von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG hinaus muss ein Teilnehmer am Wirtschaftsprozess über wirtschaftliche Selbständigkeit verfügen, um als Normadressat des Kartellgesetzes erfasst zu werden. Die wirtschaftli-

che Selbständigkeit stellt eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar. Das heisst, dass Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen, auch nicht als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind (Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010, *Publigroupe*, E. 8.2.2; RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 2 N 20 [nachfolgend zit.: {AUTOR}, DIKE-KG]). Das Vorliegen von wirtschaftlicher Selbständigkeit setzt voraus, dass ein Teilnehmer am Wirtschaftsprozess sein wirtschaftliches Verhalten ohne relevante Fremdeinwirkung eigenverantwortlich bestimmen kann (MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl., 2021, Art. 2 N 82 [nachfolgend zit.: {Autor}, BSK-KG]; BERNHARD RUBIN/MATTHIAS COURVOISIER, in: Baker & McKenzie, Handkommentar zum Kartellgesetz, 2007, Art. 2 N 5 [nachfolgend zit.: {Autor}, Handkommentar KG]; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, Rz. 1.58). Grundsätzlich führt bereits die Einflussnahme auf strategische Angelegenheiten zum Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs. Die Einflussnahme eines kontrollierenden Dritten auf den operativen und damit wettbewerbssensiblen Geschäftsbereich ist hierfür nicht zwingende Voraussetzung (Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*, E. 2.7).

2.1.3 Der persönliche Geltungsbereich ist demnach an den Unternehmensbegriff geknüpft. In casu stellt sich die Frage des Unternehmensbegriffs insbesondere im Kontext eines Konzernsachverhalts. Ein Konzern stellt einen besonderen Gesellschaftsverbund dar, der im weitesten Sinne auf einer Zusammenfassung verschiedener, rechtlich selbständiger Organisationseinheiten zu einer eigenständigen wirtschaftlichen Einheit unter einer übergeordneten Gruppenführung beruht (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018, *SIX*, E. 39).

2.1.4 Bei Konzernen stellen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG dar. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes, nicht eine bestimmte Gruppengesellschaft (Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012, *Publigroupe*, E. 3 [in BGE 139 I 72 nicht publiziert]; Urteile des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 29; B-581/2012 vom 16. September 2016, *Nikon*, E. 4.1.3; B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 4.1; RALF MICHAEL STRAUB, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in: Festschrift für Anton K. Schnyder zum

65. Geburtstag, 2018, S. 1269 ff., S. 1278 ff.; HEIZMANN/MAYER, DIKE-KG, Art. 2 N 31; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 2 Rz. 11).

2.1.5 Die Vorinstanz erwog, Galenica und HCI (sowie auch Documed und e-mediat bis 2016) seien rechtlich selbständige, im Wirtschaftsprozess als Nachfragerinnen und Nachfrager oder Anbieterinnen und Anbieter von Gütern und/oder Dienstleistungen auftretende Gesellschaften (gewesen). Documed und e-mediat seien insbesondere bei den Offerten für die neuen Verträge mit den Zulassungsinhaberinnen ab 2013 offiziell gemeinsam aufgetreten, womit das fragliche Verhalten entweder ihnen gemeinsam respektive HCI als Managementgesellschaft der beiden oder Documed einer- und e-mediat andererseits zugeordnet werden könne. Infolge des Fusionsvertrags per 1. Januar 2016 habe HCI den Geschäftsbetrieb von Documed und e-mediat übernommen. Von ihnen sei das zu beurteilende Verhalten ausgegangen. Weiter sei denkbar, dass sie in die Gesamtstrategie des Galenica-Konzerns eingebettet gewesen seien und unter der Leitung der Konzernmutter stünden. Die in jüngster Zeit vorgenommenen verschiedenen Umstrukturierungen im Konzern liessen darauf schliessen, dass Galenica als Muttergesellschaft nicht nur die Möglichkeit der Einflussnahme habe, sondern diese zumindest teilweise auch wahrnehme. Als kartellrechtliches Unternehmenssubjekt werde deshalb die Gesamtheit aller zusammengefassten Gesellschaften und somit der Konzern als Ganzes erfasst.

2.1.6 Diese Erwägungen der Vorinstanz sind nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat aufgrund der vorliegenden Umstände zu Recht darauf geschlossen, die ehemalige Galenica-Gruppe als Ganzes als das massgebliche Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu betrachten. Das Vorliegen einer wirtschaftlichen Organisationseinheit der ehemaligen Galenica-Gruppe im Sinne des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs wird von den Beschwerdeführerinnen auch nicht in Frage gestellt. Im Übrigen gibt auch der Wechsel der Muttergesellschaft im Jahr 2017 keinen Anlass, den persönlichen Geltungsbereich anders zu beurteilen (vgl. dazu E. 3.18), dieser wird jedoch bei der Prüfung der kartellrechtlichen Massnahmen in E. 14 zu berücksichtigen sein.

2.1.7 Während der persönliche Geltungsbereich des Kartellgesetzes somit im vorstehenden Sinne bejaht werden kann, sind die Verfügungsadressaten und damit die Sanktionssubjekte erst in einem weiteren Schritt zu bestimmen (s. unten E. 3), da auch im Anwendungsbereich des schweizerischen Kartellrechts Verfügungsadressat nur sein kann, wer selbst Subjekt

mit Rechtspersönlichkeit und somit Träger von Rechten und Pflichten ist (Urteile B-8399/2010, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*, E. 2.8; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 65 ff.). Dem Konzern kommt im Kartellverfahren mangels eigener Rechtspersönlichkeit praxisgemäss keine Parteistellung zu (Urteile B-7633/2009, *ADSL II*, E. 68 ff.; B-581/2012, *Nikon*, E. 4.1.4; B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 4.1 ff.).

2.2 Sachlicher Geltungsbereich des Kartellgesetzes

2.2.1 Massgebliche Wettbewerbsbeschränkung

2.2.1.1 In sachlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz anwendbar, wenn Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1 KG Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, *Gaba*, E. 3.2.1).

2.2.1.2 Im vorliegenden Fall ist die Variante von Ausübung von Marktmacht von Bedeutung. Mit dieser Variante werden die Fälle einer unzulässigen Ausübung von wirtschaftlicher Stärke durch einen Marktteilnehmer mittels bestimmter verpönter Verhaltensweisen angesprochen. Das Kartellgesetz kennt keine Legaldefinition der Marktmacht. Der Begriff findet sich auch nicht in Art. 7 KG, der den materiellen Tatbestand einer unzulässigen Ausübung von wirtschaftlicher Stärke statuiert. Diese Vorschrift stellt nicht auf eine Ausübung von Marktmacht, sondern auf das Merkmal eines marktbeherrschenden Unternehmens ab, was durch Art. 4 Abs. 2 KG inhaltlich spezifiziert wird. Es wird angenommen, dass Marktmacht zwischen normalem Markteinfluss, den fast jedes Unternehmen erreichen kann, und Marktbeherrschung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG, die nur Unternehmen mit einer gewissen Machstellung zukommt, einzuordnen sei (HEIZMANN/MAYER, DIKE-KG, Art. 2 N 50 m.w.H.).

2.2.1.3 Das vorliegende Kartellverfahren und die angefochtene Verfügung beziehen sich namentlich auf die angeblich ungerechtfertigte Einschränkung des Absatzes der Konkurrenten sowie auf die angeblich ungerechtfertigte Koppelung von Bedingungen an den Abschluss von Verträgen durch ein Unternehmen mit einer besonderen Marktstellung und damit auf eine angeblich unzulässige Ausübung von Marktmacht.

2.2.2 Vorbehaltene Vorschriften

2.2.2.1 Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG sind dem Kartellgesetz Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten. Ebenso nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach dem Kartellgesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

2.2.2.2 Dem Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG ist gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Entscheiden in Sachen *Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlungen betreffend Cialis, Levitra und Viagra)* nur in restriktiver Weise Geltung zu verschaffen. Ein Ausschluss des Kartellgesetzes ist gemäss dieser Rechtsprechung nur gestützt auf eine klare gesetzliche Grundlage möglich, die ein wettbewerbsbehinderndes Verhalten verordnet oder zulässt (Urteile des BGer 2C.75/2014; 2C.77/2014; 2C.79/2014 und 2C.80/2014, *Hors-Liste Medikamente*, vom 28. Januar 2015 je E. 2.2.3 m.H. auf BGE 129 II 497 E.3.3.3). Weiter behält Art. 3 Abs. 1 KG gemäss dieser Rechtsprechung nur Normen vor, welche den gleichen Sachverhalt unter den gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilen, wenn also eine Normkollision vorliegt. Normen, welche demgegenüber einen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, gelangen nebeneinander zur Anwendung und schliessen sich nicht gegenseitig aus (Urteile 2C.75/2014; 2C.77/2014; 2C.79/2014 und 2C.80/2014, *Hors-Liste Medikamente*, je E. 2.4.1 m.H. auf BGE 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*, E. 3.4 und Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E. 4.1.3).

2.2.2.3 Die Bestimmungen bezüglich der Arzneimittelinformationen im Heilmittelgesetz und der Arzneimittel-Verordnung (Art. 11 Abs. 1 Bst. f und Abs. 3 sowie Art. 16 HMG, Art. 14 f. AMZV) begründen keinen Vorbehalt i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG. Ebenso verhält es sich bei den Weisungen von Swissmedic, gemäss welchen die Zulassungsinhaberinnen die Arzneimittelinformationen auf AIPS publizieren müssen. Denn vorliegend geht es nicht um die Publikation auf AIPS, sondern um die Kommerzialisierung der Arzneimittelinformationen. Letzteres wird durch diese Bestimmungen nicht geregelt. Auch die Prüf- und Sorgfaltspflichten im Umgang mit Arzneimittel

auf Stufe der Leistungserbringerinnen und -erbringer (Art. 3 und 26 HMG) begründen betreffend Kommerzialisierung von Medikamenteninformationen keinen Vorbehalt i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG. Denn diese betreffen nicht die Publikation der Arzneimittelinformationen als solche oder eine nachgelagerte Kommerzialisierung dieser Daten.

2.2.2.4 Zudem ist kein Urheberrechtsschutz der Beschwerdeführerinnen an den Daten der INDEX-Datenbanken dargetan, weshalb eine Prüfung des Verhältnisses zwischen dem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz, URG, SR 231.1) und dem Kartellgesetz unterbleiben kann. Überdies unbestritten ist, dass auch kein Schutz durch andere Immaterialgüterrechte besteht (Art. 3 Abs. 2 KG, s. unten E. 12.6.17).

2.2.2.5 Insgesamt ist damit mit der Vorinstanz festzustellen, dass in den hier zu beurteilenden Märkten keine Vorschriften ersichtlich sind, die einen Vorbehalt gemäss Art. 3 KG begründen können. Ein solcher wurde im Übrigen von den Beschwerdeführerinnen auch nicht geltend gemacht.

2.2.2.6 Der sachliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist somit gegeben. Im Rahmen der rechtlichen Prüfung ist zu beurteilen, ob die Beschwerdeführerinnen Marktmacht im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG ausgeübt haben. Die Anwendung des Kartellgesetzes ist nicht aufgrund eines ausdrücklichen Vorbehalts zu Gunsten sonstiger Vorschriften oder des Grundsatzes der *lex specialis* ausgeschlossen.

2.2.3 *Exkurs: Revision des Heilmittelgesetzes*

2.2.3.1 Der Bundesrat hat am 7. November 2012 die Botschaft zur Änderung des Heilmittelgesetzes an das Parlament überwiesen (Botschaft zur Änderung des Heilmittelgesetzes vom 7. November 2012, [BBI 2013 1]). National- und Ständerat haben die Vorlage in der Folge beraten und das revidierte Heilmittelgesetz in der Schlussabstimmung am 18. März 2016 verabschiedet (BBI 2016 1953). Die Referendumsfrist ist am 7. Juli 2016 unbenutzt abgelaufen (AS 2017 2745).

2.2.3.2 Von der Revision betroffen ist auch Art. 67 HMG. Dessen verabschiedete Absätze 3-9 lauten wie folgt:

³ Die Zulassungsinhaberinnen, die Vertreterinnen und Vertreter der interessierten Medizinalberufe, die Personen mit einer eigenverantwortlichen Abgabekompetenz nach Artikel 25 sowie die Patientinnen und Patienten oder deren

Verbände führen gemeinsam eine Einrichtung in Form einer Stiftung, welche ein elektronisches Verzeichnis mit den gesetzlich vorgeschriebenen Inhalten der Arzneimittelinformationen im Human- und Veterinärbereich betreibt.

⁴ Die Einrichtung veröffentlicht im elektronischen Verzeichnis nach Absatz 3 den Inhalt der Arzneimittelinformationen der Zulassungsinhaberinnen vollständig und aktuell in geeigneter und strukturierter Form auf deren Kosten. Ein einfaches Verzeichnis mit den vollständigen und aktuellen Arzneimittelinformationen ist für alle öffentlich und kostenlos zugänglich.

⁵ Die Zulassungsinhaberinnen liefern der Einrichtung die gesetzlich vorgeschriebenen Inhalte der Arzneimittelinformationen in der dafür vorgesehenen Form. Kommen die Zulassungsinhaberinnen dieser Pflicht nicht nach, so erstellt die Einrichtung die Strukturierung auf deren Kosten.

⁶ Die Einrichtung legt unter Einbezug des Instituts und der Personen mit der Kompetenz zur eigenverantwortlichen Abgabe nach Artikel 25 die Anforderungen an Umfang und Struktur der Daten nach Absatz 4 und deren Lieferung nach Absatz 5 fest. Sie berücksichtigt dafür soweit möglich die einschlägigen internationalen Standards.

⁷ Die zuständigen Bundesstellen können über den Verzeichnisdienst weitere behördlich veröffentlichte Informationen zugänglich machen.

⁸ Kommt die Einrichtung ihrer Aufgabe nicht nach, veröffentlicht das Institut die gesetzlich vorgeschriebenen Inhalte der Arzneimittelinformationen auf Kosten der Zulassungsinhaberinnen in Form eines elektronischen Verzeichnisses. Das Institut kann die Erstellung und den Betrieb des Verzeichnisses an Dritte übertragen.

⁹ Das Institut veröffentlicht, sobald es ein Gesuch um Zulassung eines Arzneimittels erhalten hat, die Indikation, die Wirkstoffe dieses Arzneimittels sowie Name und Adresse des Gesuchstellers, sofern der Veröffentlichung keine schützenswerten Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen.

2.2.3.3 Der Entwurf des Bundesrates sah die Absätze 3-9 des Art. 67 nHMG noch nicht vor, sondern schlug in Art. 67 Abs. 1^{bis} E-HMG was folgt vor (BBI 2013 131, 143 f.):

Das Institut kann die Fach- und Patienteninformationen (Arzneimittelinformationen) auf Kosten der Zulassungsinhaberinnen in Form eines elektronischen Verzeichnisses veröffentlichen. Es überträgt die Erstellung und den Betrieb des Verzeichnisses an Dritte.

2.2.3.4 Die revidierten Bestimmungen sind per 1. Januar 2019 in Kraft getreten. Zuzufolge Art. 67 Abs. 3 nHMG ist die Stiftung Refdata seit 1. Januar 2019 mit der Publikation der Fach- und Publikumsinformation bezüglich Human- und Tierarzneimitteln betraut. Refdata löst damit Swissmedic von

ihrer bisherigen Verantwortung ab. Es ist nun Aufgabe der Stiftung Refdata sicherzustellen, dass die Zulassungsinhaberinnen über eine Publikationsplattform verfügen, mit der sie ihre diesbezüglichen Pflichten kostengünstig erfüllen kann. Die Stiftung Refdata hat die bisherigen Partner mit dem Betrieb der Publikationsplattformen für Human- und Tierarzneimittel beauftragt: für Humanarzneimittel HCI und für Tierarzneimittel die Veterinärpharmakologie und -toxikologie, Vetsuisse Fakultät, in Zürich (www.refdata.ch/de/faq und <https://www.refdata.ch/de/kontakt> [abgerufen am 24.08.2020]).

2.3 Räumlicher Geltungsbereich

2.3.1 Das Kartellgesetz beansprucht Geltung auf dem Hoheitsgebiet der Schweiz und findet gemäss dem in Art. 2 Abs. 2 KG ausdrücklich statuierten Auswirkungsprinzip auf alle Sachverhalte Anwendung, die sich in der Schweiz auswirken. Dies gilt selbst dann, wenn sie im Ausland veranlasst wurden.

2.3.2 Vorliegend beziehen sich sowohl das zu untersuchende Verhalten als auch die sich daraus ergebenden Folgen auf die Schweiz. Der räumliche Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist demzufolge gegeben.

2.4 Zeitlicher Geltungsbereich

2.4.1 Das Kartellgesetz trat am 1. Juli 1996 in Kraft, wobei zwischenzeitlich verschiedene Gesetzesänderungen vorgenommen wurden. Art. 49a KG, der die Rechtsgrundlage einer Sanktionierung der Beschwerdeführerinnen bildet, wurde durch das Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 in das Kartellgesetz eingefügt und trat am 1. April 2004 in Kraft.

2.4.2 Die vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen begannen frühestens im September 2012. Der zeitliche Geltungsbereich des Kartellgesetzes ist damit gegeben.

3. Rechtmässige Verfügungsadressaten

3.1 Die Vorinstanz erwog, die ehemalige Galenica-Gruppe könne nicht Verfügungsadressatin sein, da sie als Konzern gemäss schweizerischem Recht kein Rechtssubjekt sei. Es sei deshalb sachgerecht, neben den direkt involvierten Tochtergesellschaften Documed, e-mediat und HCI aufgrund der konzernmässigen Verbundenheit der Gesellschaften auch die

Konzernmutter Galenica als Verfügungsadressatin zu behandeln. Zu beachten sei ferner, dass Documed und e-mediat auf den 1. Januar 2016 in HCI fusioniert worden seien und rechtlich nur noch HCI bestehe.

3.2 Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, aufgrund der Umstrukturierungen der Galenica-Gruppe (s. oben E. B.a) bestehe heute kein konzernmässiges Verhältnis zwischen HCI und Galenica mehr. Bereits zum Zeitpunkt der Eröffnung der angefochtenen Verfügung sei HCI keine Tochtergesellschaft der Galenica mehr gewesen. Die Beschwerdeinstanz habe ihren Entscheid auf denjenigen Sachverhalt zu stützen, der im Zeitpunkt ihres Entscheides massgebend sei. Die Beschwerdeführerin 1 sei nicht mehr die Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin 2. Die heutige Galenica-Gruppe und die heutige Vifor-Pharma-Gruppe seien je selbständige, börsenkotierte Konzerne, wobei erstere hauptsächlich im Vertrieb und Verkauf von Arzneimitteln in der Schweiz tätig sei und zweitens international ausgerichtet sei und Eisenpräparate herstelle. Es mache daher keinen Sinn, die Beschwerdeführerin 1 zu einer Sanktion zu verurteilen, die nichts mit ihrer Geschäftstätigkeit zu tun habe, und ihr Verhaltensvorschriften aufzuerlegen, welche keinen Zusammenhang zu ihr aufweisen würden. Ebenfalls sinnlos sei eine Marktbeherrschungsfeststellung der Beschwerdeführerin 1.

3.3 Die Vorinstanz hielt hierzu in ihrer Vernehmlassung fest, aus dem Sacheinlagevertrag sei zwar ersichtlich, dass HCI auf die am 13. Februar 2017 gegründete Galenica Santé, unterdessen wiederum firmierend unter Galenica AG, übertragen worden sei. Aber aus kartellrechtlicher Sicht habe sich zu diesem Zeitpunkt nichts geändert, da die Galenica Santé zum Zeitpunkt der Gründung eine 100%ige Tochtergesellschaft der damaligen Galenica, heute firmierend unter Vifor Pharma AG, gewesen sei. Gemäss [...] habe die Sacheinlegerin, das heisse die Beschwerdeführerin 1, als Gegenleistung für die Sacheinlage 50'000'000 Namenaktien, mithin 100% der Aktien erhalten. Es handle sich beim Sacheinlagevertrag vom 13. Februar 2017 somit um eine konzerninterne Restrukturierung, die keinen Einfluss auf die Kontrollmöglichkeiten der Beschwerdeführerin 1 über die Beschwerdeführerin 2 gehabt habe. Erst am 7. April 2016 seien 97,5% der Aktien der Galenica Santé, mittlerweile wieder firmierend unter Galenica AG, an der Börse veräussert worden. Seit diesem Zeitpunkt könne die Beschwerdeführerin 1 keine Kontrolle mehr über die Galenica Santé ausüben.

3.4 Verfügungsadressat kann im Anwendungsbereich des schweizerischen Kartellrechts grundsätzlich nur sein, wer selbst Subjekt mit Rechtspersönlichkeit und somit Träger von Rechten und Pflichten ist. Ein Konzern stellt in Hinblick auf eine Teilnahme am Verfahren als Partei sowie den Erlass von kartellrechtlichen Verfügungen kein taugliches Rechtssubjekt dar, weil er selbst nicht Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Bei Konzernsachverhalten fallen demzufolge das massgebliche Verfahrensobjekt als Beurteilungsobjekt und der Verfügungsadressat als Partei eines Kartellverfahrens zwangsläufig auseinander (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 121; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 68). Entsprechend sind einer nicht rechtsfähigen Gruppe mehrerer Gesellschaften oder einem Konzern aufzuerlegende Kartellrechtssanktionen den massgeblichen rechtsfähigen Rechtssubjekten innerhalb der gegebenen wirtschaftlichen Strukturen zuzuweisen. Verfügungsadressaten können nur einzelne rechtlich selbständige Gruppengesellschaften sein bzw. nur an diese können Sanktionen gerichtet werden (Urteile des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, *Cellere*, E. 9.5.1; B-581/2012, *Nikon*, E. 4.1.4 und 8.2.6; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 67 f.; B-8399/2010, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*, E. 2.8; HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung, Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht, 2015, S. 49 und 53).

3.5 Hinsichtlich der konkreten Zuweisung einer Sanktion an die rechtsfähigen Rechtssubjekte innerhalb des Unternehmens hat das Bundesgericht im Urteil 2C_484/2010 i.S. *Publigroupe* festgehalten, es sei grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die Sanktion für den von Tochtergesellschaften der Unternehmenseinheit begangenen Kartellrechtsverstoss der Muttergesellschaft als hierfür verantwortliches Rechtssubjekt auferlegt werde. Gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts dürfen die Anforderungen an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich verpönten Verhaltens an juristische Personen, die eine Organisationseinheit bilden, nicht überzogen werden (vgl. Urteile 2C_484/2010, *Publigroupe*, E. 3.4 [nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72]; B-771/2012, *Cellere*, E. 9.5.2).

3.6 Diese Rechtsprechung führte das Bundesverwaltungsgericht dahingehend weiter, als es für die rechtmässige Heranziehung von Rechtssubjekten als Verfügungsadressaten einerseits fordert, dass die Vorinstanz das ihr diesbezüglich zukommende Ermessen im Einzelfall pflichtgemäss ausübt. Andererseits hat das Bundesverwaltungsgericht gefolgert, dass es in der Regel sachgerecht sein dürfte, neben der Obergesellschaft, von der

die übergeordnete Leitungsmacht ausgeht, auch diejenigen Gruppengesellschaften als Verfügungsadressatinnen heranzuziehen, welche an dem relevanten Wettbewerbsverhalten beteiligt waren. Die alleinige Heranziehung der Muttergesellschaft ist grundsätzlich nicht ausreichend, wobei es im Einzelfall aus Gründen der Prozessökonomie aber auch genügen kann, nur eine Gruppengesellschaft in die Pflicht zu nehmen. Dies etwa, wenn die handelnde Konzerngesellschaft in der Schweiz domiziliert ist, die Obergesellschaft und alle weiteren beteiligten Konzerngesellschaften aber einen Sitz im Ausland aufweisen (Urteil B-7633/2009, *ADSL II*, E. 72 ff.) Daran anknüpfend bestätigte das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-581/2012 i.S. *Nikon* die (einzig) einer schweizerischen Konzernniederlassung auferlegte Kartellsanktion; dies unter anderem mit dem Hinweis, dass eine Tochtergesellschaft selbst gegenüber Sachverhalten, welche von der Mutter- oder einer Schwestergesellschaft veranlasst werden, nicht ohne Weiteres unter Berufung auf die eigene Rechtspersönlichkeit einwenden kann, es handle sich um fremdes Verhalten (Urteil B-581/2012, *Nikon*, E. 4.1.5 und 8.2.6).

3.7 Vorliegend hat die Vorinstanz die kartellrechtliche Verfügung zum einen an die Beschwerdeführerin 1 als Obergesellschaft der ehemaligen Galenica-Gruppe und ehemaligen Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin 2 sowie an die Beschwerdeführerin 2 als Gruppengesellschaft, welche am relevanten Wettbewerbsverhalten beteiligt war, gerichtet.

3.8 Dass die Beschwerdeführerin 2 nicht als Verfügungsadressatin zu betrachten wäre, wird weder geltend gemacht, noch sind hierfür nach dem Gesagten Gründe ersichtlich. Documed und e-mediat wurden per 1. Januar 2016 in die Beschwerdeführerin 2 fusioniert. Entsprechend besteht rechtlich nur noch letztere und diese hat sich unbestrittenermassen die Verhaltensweisen von Documed und e-mediat anrechnen zu lassen.

3.9 Was die vorinstanzliche Auswahl der Beschwerdeführerin 1 als Verfügungsadressatin betrifft, sind die bis zur Verfügungseröffnung erfolgten Umstrukturierungen zu berücksichtigen. Die angefochtene Verfügung ist mit Begleitschreiben vom 20. März 2017 am 21. März 2017 bei den Beschwerdeführerinnen eingegangen. Die Beschwerdeführerin 2 wurde am 13. Februar 2017 auf die gleichentags gegründete Galenica Santé, unterdessen wiederum firmierend unter Galenica AG, übertragen. Wie die Vorinstanz aber zutreffend vorbrachte, war die Galenica Santé zum Zeitpunkt ihrer Gründung und auch zum Zeitpunkt der Eröffnung der angefocht-

tenen Verfügung eine 100%ige Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin 1. Denn aus [...] geht hervor, dass die Beschwerdeführerin 1 als Gegenleistung für die Sacheinlage 50'000'000 Namenaktien, mithin 100% der Aktien erhält. Bis zur Veräusserung der Aktien der Galenica Santé am 7. April 2017 lag lediglich eine konzerninterne Re-strukturierung vor. Die Beschwerdeführerin 1 verfügte nach wie vor über die Kontrollmöglichkeiten über die Beschwerdeführerin 2 und stellte nach wie vor die Obergesellschaft der ehemaligen Galenica-Gruppe dar. Die Beschwerdeführerin 2 kann zum Zeitpunkt der Eröffnung der vorinstanzlichen Verfügung als Enkelgesellschaft der Beschwerdeführerin 1 bezeichnet werden. Im Ergebnis ist die vorinstanzliche Auswahl an Verfügungsadressatin aus damaliger Sicht somit nicht zu beanstanden.

3.10 Aus heutiger Sicht gilt allerdings zu beachten, dass am 7. April 2017 97,5% der Aktien der Galenica Santé, mittlerweile wieder firmierend unter Galenica AG, an der Börse veräussert wurden. Gemäss Medienmitteilung der Galenica-Gruppe vom 7. April 2017 werde die Gruppe künftig keine Aktien mehr von Galenica Santé halten. Der verbleibende Aktienanteil von 2,5% werde für den Aktienumtausch für bezugsberechtigte Mitarbeitende von Galenica Santé reserviert. Die Beschwerdeführerin 1 kann somit seither keine Kontrolle mehr über die Galenica Santé (neue Galenica) und damit über die Beschwerdeführerin 2 ausüben. Die Beschwerdeführerin 2 gehört nicht mehr demselben Konzern wie die Beschwerdeführerin 1 an.

3.11 Es stellt sich somit die Frage, was diese Umstrukturierung für die heutige Festlegung der rechtmässigen Verfügungsadressaten bedeutet. In der europäischen Union hat sich im Zusammenhang mit solchen Umstrukturierungen zunächst das Konzept der wirtschaftlichen Kontinuität entwickelt. Sowohl im Fall *Zucker* (Urteil des EuGH vom 16. Dezember 1975 C-40/73 *Suiker Unie et. al./Kommission*, Slg. 1975 S. 1663) als auch im Fall *Rheinzink* (Urteil des EuGH vom 28. März 1984 C-29/83 *Rheinzink/Kommission*, Slg. 1984 S. 1679) gelangte der EuGH zum Ergebnis, dass das neue Unternehmen als wirtschaftlicher Nachfolger des "Täterunternehmens" anzusehen sei. Die Verantwortlichkeit für Wettbewerbsverstösse folgte der übertragenen Geschäftstätigkeit, ohne dass die Frage des Fortbestehens des Rechtsträgers des Täterunternehmens eine Rolle gespielt hätte. Die Geldbusse wurde gegen denjenigen Unternehmensträger verhängt, der zum Zeitpunkt des Entscheids Eigentümer des sich seinerzeit wettbewerbswidrig verhaltenden Geschäftsbereichs war (ANNA ANTONIA SKOCZYLAS, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern,

2011, S. 90; DAMIAN K. GRAF, Zurechnung von Unternehmensbussen, in: Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, GesKR 2015, S. 356, 364 f.).

3.12 Diese Praxis wurde später modifiziert und die Kommission führte den Grundsatz ein, dass solange die Rechtspersönlichkeit des Täterunternehmens fortbestehe, zunächst einmal derjenige Unternehmensträger für eine Zuwiderhandlung einzustehen habe, welcher das fragliche Unternehmen geleitet habe, als die Zuwiderhandlung geschehen sei (Entscheidung 86/398/EWG der Kommission vom 23. April 1986 betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 des EWG-Vertrags, COMP/IV/31.149 *Polypropylen*, Abl. 230/1 Rn. 96; SKOCZYLAS, a.a.O., S. 91). Der EuGH bestätigte diese Praxismodifikation und stellte fest, dass das Kriterium der wirtschaftlichen Kontinuität "nur dann" zum Zuge kommen könne, wenn der Unternehmensträger, dem das sich wettbewerbsrechtswidrig verhaltende Unternehmen im Zeitpunkt des Verstosses zuzuordnen gewesen sei, aufgehört habe, rechtlich zu existieren. Solange der Rechtsträger des Täterunternehmens weiter existiere, bestehe kein Bedürfnis, den Erwerber für etwas zu sanktionieren, was er nicht begangen habe (Urteil des EuGH vom 8. Juli 1999 C-49/92 P *Anic Partecipazioni SpA/Kommission*, Slg. 1999 I-4162 Rn. 78 und 145; vgl. auch GA Kokott, Schlussanträge vom 3. Juli 2007, Slg. 2007 I-10896 Rn. 78, betreffend: Urteil des EuGH vom 11. Dezember 2007 C-280/06 *ETI/Kommission*, Slg. 2007 I-10925; SKOCZYLAS, a.a.O., S. 91; GRAF, a.a.O., S. 364 f.). Dieses Prinzip gilt im EU-Wettbewerbsrecht bis heute (SKOCZYLAS, a.a.O., S. 91 m.w.H.).

3.13 Die Schweizerische Lehre und Rechtsprechung hat sich bisher nur wenig mit der Kartellbussenzurechnung bzw. den rechtmässigen Verfügungsadressaten nach erfolgter Umstrukturierungen auseinandergesetzt. Im Urteil B-771/2012 vom 25. Juni 2018 i.S. *Cellere* hatte das Bundesverwaltungsgericht den Fall zu beurteilen, wonach während hängigem Beschwerdeverfahren die Aktiven und Passiven der Tochtergesellschaft infolge Fusion auf eine andere Gruppengesellschaft übergegangen sind und in der Folge die Muttergesellschaft (Beschwerdeführerin 2) der Beschwerdeführerin 1 im Handelsregister gelöscht wurde. Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass anstelle der weggefallenen Muttergesellschaft (ehemalige Beschwerdeführerin 2) für sämtliche erwiesenen Abredebeiträge der (ehemaligen) Beschwerdeführerin 2 deren rechtsfähige Rechtsnachfolgerin und Gruppengesellschaft als Sanktionsadressatin heranzuziehen sei. Zur Begründung wurde im Wesentlichen festgehalten, dass es sich offensichtlich um eine Umstrukturierung innerhalb der

"Gruppe" handle. Die Übernahme der Aktiven und Passiven der ehemaligen Beschwerdeführerin 2 sei in voller Kenntnis der gegenüber der übernommenen Gruppengesellschaft ausgesprochenen Sanktion erfolgt. Es könne nicht angehen, dass die Gruppe, welche die fraglichen Kartellrechtsverstösse zu verantworten habe, mit der Liquidierung einer Gruppengesellschaft die Durchsetzung der Sanktionsforderung vereitele, welche im Zeitpunkt der unternehmensinternen Umstrukturierung eine bekannte (über Rückstellungen abzusichernde) Passivposition der übernommenen Gruppengesellschaft dargestellt habe (Urteil B-771/2012, *Cellere*, E. 9.5.5 f.).

3.14 Im Urteil B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 i.S. *SIX* erachtete das Bundesverwaltungsgericht die dortige Beschwerdeführerin 1 als sachgerechte Verfügungsadressatin. Die dortige Beschwerdeführerin 1 als Konzernobergesellschaft war erst nach den zur Last gelegten Verhaltensweisen durch den Zusammenschluss der *SIX*-Gruppe entstanden. Sie wurde zudem erst relativ spät im Untersuchungsverfahren in das Verfahren miteinbezogen, hatte aber die Möglichkeit, die durch den Eintritt in die Parteilstellung vermittelten Verfahrensrechte bis zum Abschluss des Kartellverfahrens in sachgerechter Weise auszuüben (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 132 ff.).

3.15 TAGMANN/ZIRLICK vertreten die Auffassung, grundsätzlich sei und bleibe ein verantwortliches Unternehmen so lange haftbar, als es als juristische Person existiere. Existiere sie infolge Übernahme nicht mehr, sei die Busse dem Rechtsnachfolger aufzuerlegen. Ob der Veräusserer oder der Erwerber oder beide in anteilmässiger Aufteilung die Sanktion zu tragen haben, wenn das haftbare Unternehmen lediglich den Geschäftsteil, von dem die Zuwiderhandlung ausgegangen sei, veräussere, lassen sie hingegen offen (TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a N 100).

3.16 SKOCZYLAS verweist auf Tagmann/Zirlick und hält ebenfalls fest, bei Umstrukturierungen sei ein verantwortliches Unternehmen in der Regel so lange haftbar, wie es als juristische Person existiere. Gehe es infolge Fusion in einem anderen Unternehmen auf, sei eine allfällige Geldbusse diesem aufzuerlegen. Veräussere ein herrschendes Unternehmen seine gesamte operative Tätigkeit und werde es dadurch zu einer reinen Holdinggesellschaft, solle entsprechend der Praxis der EU der Erwerber des betreffenden Betriebsteils zur Verantwortung gezogen werden (SKOCZYLAS, a.a.O., S. 135 m.H. auf S. 92 f.).

3.17 GRAF vertritt schliesslich die Auffassung, solange der Veräusserer noch existiere, habe in jedem Fall dieser die kartellstrafrechtlichen Konsequenzen zu tragen. Eine Sanktionierung des Erwerbers falle in jedem Fall ausser Betracht, selbst wenn er das gesamte operative Geschäft des delinquierenden Veräusserers übernommen habe oder der kriminelle Unternehmensträger durch Umstrukturierung untergegangen sei (GRAF, a.a.O., S. 364 f.).

3.18 Vorliegend existiert mit der Beschwerdeführerin 1 die im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung für den Betrieb des Täterunternehmens HCI verantwortliche juristische Person fort. Entsprechend scheint es sachgerecht, analog dem vorerwähnten Prinzip des EU-Wettbewerbsrechts neben der Beschwerdeführerin 2 die Beschwerdeführerin 1 als Verfügungs- und Sanktionsadressatin heranzuziehen. Dies entspricht auch dem in der Schweizerischen Literatur vertretenen Grundsatz, dass ein verantwortliches Unternehmen so lange haftbar bleibt, als es als juristische Person existiert.

3.19 Zur Rüge der Beschwerdeführerinnen, es mache keinen Sinn, die Beschwerdeführerin 1 zu einer Sanktion zu verurteilen, die nichts mit ihrer Geschäftstätigkeit zu tun habe, ist festzuhalten, dass es nicht angehen kann, dass die Durchsetzung einer allfälligen Sanktion, mit solchen Umstrukturierungen vereitelt oder erschwert wird. Dies hat im Übrigen unabhängig davon zu gelten, ob die Umstrukturierung – wie von den Beschwerdeführerinnen vorgebracht – in keinem Zusammenhang mit dem laufenden Verfahren steht und Teil einer übergeordneten Strategie ist oder ob eine solche Umstrukturierung gerade im Zusammenhang mit einer kartellrechtlichen Untersuchung und einer drohenden Sanktionierung an die Hand genommen wird. Insofern vermag dieses Vorbringen nicht zu überzeugen.

3.20 Auf das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, die Marktbeherrschungsfeststellung im Dispositiv mache betreffend die Beschwerdeführerin 1 aufgrund der erfolgten Umstrukturierungen keinen Sinn mehr, wird unter E. 10 einzugehen sein. Auf das Vorbringen, es sei sinnlos, der Beschwerdeführerin 1 Verhaltensweisen aufzuerlegen, die keinen Zusammenhang zur ihr aufweisen würden, wird in E. 14 zurückgekommen.

4. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens

4.1 Die Beschwerdeführerinnen rügen hinsichtlich verschiedener Aspekte, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unvollständig ermittelt. Damit machen sie implizit eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes geltend.

4.2 So bringen sie insbesondere vor, die Vorinstanz habe bei der Beurteilung der Marktstellung betreffend die Marktgegenseite der Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Softwarehäuser keine Befragung der Leistungserbringerinnen und -erbringer durchgeführt, obwohl eine solche wesentlich gewesen wäre, um die Position der HCI richtig zu erfassen. Die Vorinstanz habe weiter Inhalt und Bedeutung der angeblich gekoppelten Dienstleistung (Qualitätssicherung und Upload) nicht untersucht. Auch habe es die Vorinstanz unterlassen die Leistungserbringerinnen und -erbringer zu ihren Qualitätsanforderungen an die Datenbanken zu befragen. Ebenfalls unterlassen habe die Vorinstanz die Zulassungsinhaberinnen zu befragen, ob sie die Dienstleistung des Uploads separat nachfragen würden und die Behinderungswirkungen der Koppelung anhand von Fragebögen oder Befragungen zu überprüfen.

4.3 Weiter rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe verschiedene Aspekte unzureichend begründet bzw. die von ihr vorgebrachten entlastenden Argumente zwar in der Verfügung erwähnt, sich inhaltlich aber nicht damit auseinandergesetzt (vgl. Beschwerde, insb. Rz. 92, 122, 152, 167, 176 f., 183, 185, 192, 194, 233). Damit machen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung der Begründungspflicht geltend.

4.4 Schliesslich machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die Vorinstanz habe den Grundsatz in dubio pro reo verletzt (vgl. Beschwerde Rz. 6). Aufgrund der ungenügenden Abklärung des Sachverhalts durch die Vorinstanz sei dieser gemäss der aus der Unschuldsvermutung resultierenden Beweiswürdigungsregel "in dubio pro reo" zugunsten der betroffenen Parteien darzustellen. Zudem scheine die Vorinstanz in der gesamten Sanktionsbegründung implizit davon auszugehen, dass den Verhaltensweisen, welche nicht als unzulässig qualifiziert worden seien, gleichwohl ein Unrechtsgehalt beiliege, der bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen sei.

4.5 Die Vorinstanz entgegnet, die Vorwürfe der Beschwerdeführerinnen seien unbegründet. Sie habe dem Untersuchungsgrundsatz sowie dem erforderlichen Beweismass genügt.

4.6 Sowohl im Kartellverwaltungsverfahren als auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG bzw. Art. 37 VGG der Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen (Untersuchungsgrundsatz). Im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes sind von der Vorinstanz die rechtserheblichen Tatsachen abzuklären, also jene faktischen Entscheidungsgrundlagen, die für die Regelung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses relevant sind. Die behördliche Untersuchungspflicht wird ergänzt durch die Mitwirkungspflichten der Parteien nach Art. 13 VwVG (BGE 143 II 425 E. 5.1; 129 II 18, *Buchpreisbindung*, E. 7.1; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, *Sammelrevers*, E. 10.2; Urteile des BVGer B-771/2012, *Cellere*, E.6.4.1; B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015, *Altimum*, E. 4.5.1; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 185 ff., B-8430/2010 vom 23. September 2014, *Baubeschläge Koch*, E. 5.1.1; B-8399/2010, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*, E. 4.1.1; B-8404/2010 vom 23. September 2014, *Baubeschläge SFS unimarket*, E. 3.2.4; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2016 [nachfolgend zit.: [Autor], Praxiskommentar VwVG], Art. 12 N 22 und 88).

4.7 Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Hierfür massgebliches Kriterium ist, ob das Beweismittel geeignet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen. In diesem Sinne müssen angebotene Beweise nicht abgenommen werden, wenn sie eine für die rechtliche Beurteilung unerhebliche Frage betreffen (BGE 144 II 194, *BMW*, E. 4.4.2; antizipierte Beweiswürdigung).

4.8 Den in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen kommt ein strafrechtsähnlicher Charakter zu (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.1; 139 I 72, *Publigroupe*, E. 2.2.2). Die Qualifizierung hat zur Folge, dass im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren die verfassungs- und EMRK-rechtlichen Garantien grundsätzlich zu beachten sind, welche auch für das Strafverfahren gelten (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 2.2.2). Allerdings zählt das Kartellsanktionsverfahren primär zum Verwaltungsrecht (Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016, *Publikation Sanktionsverfügung in Sachen Nikon*, E. 8.2 [nicht publizierte Erwägung in BGE 142 II 268]), weshalb die Verfahrensgarantien der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) nicht in voller Strenge zur Anwendung gelangen und im Übrigen nicht absolute Geltung beanspruchen, sondern in eine einzelfallbezogene Interessenabwägung einzubeziehen sind (BGE 140 II 384, *Spielbank*, E. 3.3.5 m.w.H.;

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) *Jussila gegen Finnland* vom 23. November 2006, 73053/01 Ziff. 43; vgl. Urteile B-581/2012, *Nikon*, E. 5.1 und 8.1.1; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 651).

4.9 Zur angerufenen Begründungspflicht ist festzuhalten, dass der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Akts zur Sache äussern zu können, umfasst (BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 122 II 274 E. 6b). Er verlangt von der Behörde, dass sie seine Vorbringen tatsächlich hört, ernsthaft prüft und in ihrer Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigt (BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 123 I 31 E. 2c). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Sie muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 133 III 439 E. 3.3). Sie kann sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 141 V 557 E. 3.2; 134 I 83 E. 4.1).

4.10 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt (BGE 135 I 187 E. 2.2; 125 I 113 E. 3; 122 II 464 E. 4a). Nach der Rechtsprechung ist die Heilung einer – nicht besonders schwerwiegenden – Gehörsverletzung aber ausnahmsweise dann möglich, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 133 I 201 E. 2.2, m.H. auf BGE 127 V 431 E. 3d/aa).

4.11 Die von den Beschwerdeführerinnen angerufene Unschuldsvermutung ist in der Verfassung in Art. 32 Abs. 1 BV und im Strafprozessrecht in Art. 10 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0) verankert. Danach gilt jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig. Die EMRK verbietet die Unschuldsvermutung in Art. 6 Ziff. 2. Die Unschuldsvermutung hat Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast sowie auf das Beweismass (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 8.3; Urteile B-581/2012, *Nikon*, E. 5.5.1; B-8399/2010, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*, E. 6.4.4; ESTHER TOPHINKE, in: Nig-

gli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Art. 1- 195, 2. Aufl., 2014, Art. 10 N 79). Als Beweislastregel besagt die Unschuldsvermutung, dass es Sache der Behörde ist, die Schuld zu beweisen. Als Beweismassregel folgt daraus, dass das Gericht eine Tatsache nur als gegeben voraussetzen darf, wenn es an deren Vorhandensein keine unüberwindlichen Zweifel hegt; andernfalls hat das Gericht von dem für den Beschuldigten günstigeren Sachverhalt auszugehen (Art. 10 Abs. 3 StPO).

Die Unschuldsvermutung gilt grundsätzlich auch im Verwaltungssanktionsverfahren (BGE 105 Ib 117 E. 1.a; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 728; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 486). Allerdings gilt sie (auch) im Kartellverfahren nicht absolut, und zwar unbesehen des Umstands, dass die strafrechtlichen Verfahrensgarantien im Verwaltungssanktionsverfahren nicht in voller Schärfe zur Anwendung gelangen (BGE 140 II 384, *Spielbank*, E. 3.3.4 f.). Es ist mithin im Einzelfall ein sachverhaltsbezogener Ausgleich zu finden. Unzulässig wäre eine Beweislastumkehr zulasten des Unternehmens, gegen welches sich die Untersuchung richtet (Urteil B-581/2012, *Nikon*, E. 5.5.2 f.).

4.12 Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zur angeblichen Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, der Begründungspflicht und der Unschuldsvermutung haben einen engen Bezug zum Inhalt der angefochtenen Verfügung. Hinweise auf eine Rechtsverletzung der Vorinstanz im formellen Sinn sind nicht ersichtlich. Denn die Vorinstanz hat nicht nur ihre Pflicht zur Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen, sondern auch ihre Beweisführungslast sowie das zu erfüllende Beweismass zu jedem Zeitpunkt ausdrücklich anerkannt. Der Vorinstanz kann auch nicht vorgeworfen werden, eine unzulässige Beweislastumkehr zulasten der Beschwerdeführerinnen praktiziert zu haben.

4.13 Die Rügen der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe ihre Vorbringen nicht berücksichtigt oder sich nicht objektiv und ernsthaft mit ihnen befasst, beschlagen in der Hauptsache die rechtliche Würdigung der Sache durch die Vorinstanz. Diese mag zu einem anderen als dem von den Beschwerdeführerinnen beantragten Ergebnis geführt haben. Die Rechtmässigkeit dieser abweichenden Rechtsauffassung stellt jedoch keine Frage des Gehörsanspruchs dar. Vielmehr geht es dabei um die im Folgenden zu behandelnden materiellen Fragen.

4.14 Im Übrigen kommt dem Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren eine vollständige Entscheidungsgewalt mit umfassender Prüfungszuständigkeit zu, weshalb es über die gleiche Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen wie die Vorinstanz verfügt. Die Beschwerdeführerinnen konnten im Beschwerdeverfahren denn auch sämtliche Aspekte einbringen, mit denen sie eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz gerügt haben. Ein allfällig bestehender Verfahrensmangel wäre demnach durch die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens erfolgte Möglichkeit zur umfassenden Stellungnahme ohnehin geheilt worden.

4.15 Im Einzelnen werden die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen im Rahmen der materiellen Beurteilung, d.h. nicht in einem separaten Abschnitt unter dem Gesichtspunkt eines formellen Rechtsfehlers, zu prüfen sein (vgl. in diesem Sinne bereits die BVGE 2011/32, *Terminierung Mobilfunk*, E. 1.1.2; Urteile B-8430/2010 und B-8404/2010, *Baubeschläge Koch* und *SFS unimarket*, E. 3.2.1 bzw. E. 3.2.5; B-581/2012, *Nikon*, E. 5.5; B-771/2012, *Cellere*, E. 5.3; B-831/2011, *SIX*, E. 206).

5. Erforderliches Beweismass

5.1 Für die Prüfung der Beweislage entscheidend ist die Frage, welches Beweismass erfüllt sein muss, um einen rechtserheblichen Sachumstand als bewiesen erachten zu können.

5.2 Als Regelbeweismass qualifiziert die Praxis grundsätzlich den Überzeugungsbeweis (vgl. Urteile B-7633/2009, *ADSL II*, E. 155 ff.; B-771/2012, *Cellere*, E. 6.4.4.1; B-831/2011, *SIX*, E. 1217; MAX B. BERGER/ROMAN NOGLER, *Beweisrecht – die Last mit dem Beweis(en)*, recht 2012, 171; STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, 2002, S. 305; JÜRGEN BRÖNNIMANN, in: *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bd. II, 2012, Art. 157 Rz. 40; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, *Öffentliches Prozessrecht*, 3. Aufl. 2014, Rz. 999). Danach ist ein Beweis erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Dabei wird allerdings keine absolute Gewissheit vorausgesetzt. Denn die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit festzustehen; vielmehr ist es ausreichend, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2; Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24. März 2003 E. 3.5; Urteile

B-831/2011, *SIX*, E. 1217; B-771/2012, *Cellere*, E. 6.4.4.1; B-5685/2012, *Altimum*, E. 4.5.3.1; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 157; B-8399/2010, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*, E. 4.3.3; B-8430/2010, *Baubeschläge Koch*, E. 5.3.3).

5.3 Der Wahrscheinlichkeitsbeweis stützt sich demgegenüber auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, wobei für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (BGE 140 III 610 E. 4.1; 132 III 715 E. 3.1; Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1218; B-771/2012, *Cellere*, E. 6.4.4.2; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 155 ff.).

5.4 Das Bundesgericht hat hinsichtlich der Feststellung einer Marktbeherrschung und einer Marktabgrenzung in grundlegender Weise klargestellt, dass bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten ein Nachweis auf der Grundlage der Gewissheit in ausreichender Weise nicht herbeigeführt werden kann und demzufolge auch nicht erforderlich ist (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 8.3.2 und 9.2.3.5). Diese Einschätzung gilt nicht nur in Bezug auf die Feststellung der Marktbeherrschung oder der Marktabgrenzung, sondern letztlich für alle Tatbestandsmerkmale eines wettbewerbswidrigen Verhaltens, soweit im Einzelfall multiple Wirkungszusammenhänge bestehen und daher eine entsprechende Wettbewerbskomplexität gegeben ist. Für einen rechtsgenügenden Nachweis von kartellrechtlichen Tatbestandsmerkmalen ist bei Vorliegen der Wettbewerbskomplexität aufgrund von multiplen Wirkungszusammenhängen demzufolge das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausreichend und nicht ein Überzeugungsbeweis erforderlich (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1219; B-771/2012, *Cellere*, E. 6.4.4.4; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 80).

5.5 Dieses Ergebnis entspricht den Prinzipien zur Anwendung des Überzeugungsbeweises als Regelbeweis und den hierzu anerkannten Ausnahmen, bei denen ein Überzeugungsbeweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder zumutbar ist (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1220; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 158). Denn im Rahmen einer Prüfung von einzelnen Tatbeständen des Kartellgesetzes sind vielfach Einschätzungen mit einzubeziehen, die sich auf zukünftige oder alternativ denkbare Ereignisse oder Auswirkungen beziehen. Dies entspricht einer Berücksichtigung von hypothetischen Kausalzusammenhängen (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 1220; im Ergebnis so bereits Urteile des BGer 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007,

20Minuten, E. 5.4; 2A.430/2006, *Sammelrevers*, E. 10.4). Für den Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs oder bei hypothetischen Kausalzusammenhängen gilt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1218; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 155, mit Verweis auf BGE 128 III 271 E. 2b/aa; 121 III 358 E. 5; 107 II 269 E. 1b). Weiter ist es offensichtlich, dass mit zunehmender Komplexität einer Materie auch die Anzahl aller denkbaren Varianten eines Geschehensablaufs um ein Vielfaches zunimmt. Der Grad und das Ausmass einer gerichtlichen Überzeugung verändern sich daher notwendigerweise mit zunehmender Komplexität und den sich daraus ergebenden Interdependenzen einer Materie. Bei Vorliegen von derartigen Aspekten kann im Einzelfall daher von vornherein keine Gewissheit hergestellt werden, weshalb ein Wahrscheinlichkeitsbeweis für den erforderlichen Nachweis massgebend ist (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1220; B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.4.4; B-7633/2009, *ADSL II*, E.163).

6. Beweisanträge

6.1 Die Beschwerdeführerinnen beantragen in ihrer Vernehmlassung und Replik, H. _____ ([...] of HCI), K. _____ ([...] der HCI) und O. _____ ([...] der HCI) zu befragen.

6.2 Die Befragung von H. _____ wird beantragt zu folgenden Punkten:

- zu den INDEX-Datenbanken und deren Nutzer,
- zur Qualität der INDEX-Datenbanken und der Datenbanken der Konkurrenten,
- zu den Gründen für den Erfolg von HCI,
- zu den von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten Gründen für die Verwendung der Klauseln A und B in den Verträgen mit den Softwarehäusern, insbesondere zur Befürchtung betreffend UWG-Verletzungen,
- zum geltend gemachten Umstand, [...] Softwarehäusern erlaubt zu haben, die Datenbank [...] zu benutzen und sie darin aktiv unterstützt zu haben,
- zum geltend gemachten Umstand, den Zulassungsinhaberinnen die Inanspruchnahme der Qualitätskontrolle bzw. Überprüfung der Arzneimittelinformationen auch separat angeboten zu haben,
- zum vorgebrachten Argument, es sei für HCI nicht ersichtlich gewesen, weshalb anders als im Fall Documed, wo die Verbindung der Qualitätssicherung und der Publikation nicht als Koppelung angesehen worden sei, dies vorliegend der Fall sein soll,

- zum Vorbringen, die Umstrukturierung der ehemaligen Galenica-Gruppe sei in keinem Zusammenhang mit der laufenden Untersuchung der WEKO gestanden,
- zum geltend gemachten Umstand, erhebliche Marktzü- und austrittsschranken seien nicht vorhanden,
- [...],
- zum geltend gemachten Umstand, einige Zulassungsinhaberinnen hätten zwischenzeitlich keine Verträge mit HCI abgeschlossen,
- zum geltend gemachten Umstand, Documed und e-mediat hätten auch auf anderen (nicht relevanten) Märkten Umsätze erzielt.

6.3 Die Befragung von K. _____ wird beantragt

- zu den INDEX-Datenbanken,
- zur Qualität der INDEX-Datenbanken und der Datenbanken der Konkurrenten,
- zur Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen im Rahmen der Aufnahme der Daten in das Kompendium und die INDEX-Daten sowie deren Bedeutung für HCI, die Zulassungsinhaberinnen und die Leistungserbringer,
- zum geltend gemachten Umstand, dass die Qualitätskontrolle, die HCI im Rahmen der Integration der Daten ins Kompendium und die INDEX-Datenbank erbringe, nicht mit der Qualitätskontrolle von Dritten für die Pflege eines Swissmedic-Zulassungsdossier vergleichbar sei,
- zum konkreten Ablauf des Uploads auf AIPS bzw. zum geltend gemachten Umstand, der Upload dauere nur einige Sekunden bzw. max. drei Minuten,
- zum geltend gemachten Umstand, dass HCI auch bezüglich der zusätzlichen Datenelemente, die nicht in den von Swissmedic geprüften Fachinformationen enthalten sind, eine Qualitätskontrolle vornehme, sowie
- zum geltend gemachten Umstand, HCI überprüfe auch die Aktualität der gelieferten Fachinformationen, da es vorkomme, dass auf AIPS nicht die aktuellsten Versionen aufgeschaltet seien.

6.4 Die Befragung von O. _____ wird schliesslich beantragt zum geltend gemachten Umstand, [...] und einige Pharmaunternehmen zwischenzeitlich keine Verträge mit HCI abgeschlossen hätten bzw. dass HCI auf die Zusammenarbeit der Zulassungsinhaberinnen angewiesen sei, sowie zum geltend gemachten Umstand, seit 2013 keine Anfrage für separate Qualitätssicherungsdienstleistungen erhalten zu haben.

6.5 In ihrer Replik beantragen die Beschwerdeführerinnen weiter die Befragung von Q._____ ([...] der HCI) und zwar zu folgenden Punkten:

- zum Vorbringen, dass 2013 rund [...] der Zulassungsinhaberinnen keinen Vertrag mit HCI abgeschlossen hätten,
- zu den einzelnen geltend gemachten Abzügen von den Umsätzen von Documed und e-mediat, welche nicht auf den relevanten Märkten erzielt worden seien,
- zum Vorbringen, dass es sich bei den geltend gemachten Erlösminderungen um Erlösminderungen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU, SR 251.4) handle bzw. zum Vorbringen, mit diesen Abzügen nicht zweimal die gleichen Abzüge geltend zu machen.

6.6 Mit Eingabe vom 16. November 2018 beantragen die Beschwerdeführerinnen weiter, Q._____ zum geltend gemachten Umstand zu befragen, die Softwarehäuser im April 2017 darüber informiert zu haben, dass sie nicht mehr an die Klausel B gebunden seien sowie über das Ausbleiben von Veränderungen der Wettbewerbsverhältnisse seither. Weiter sei K._____ darüber zu befragen, dass HCI die Qualitätskontrolle unterdessen optional anbiete, jedoch nur ein geringer Prozentsatz auf die Qualitätskontrolle verzichte und HCI in diesen Fällen bei der Weiterverarbeitung der Daten im INDEX dennoch eine nahezu gleichumfassende Qualitätskontrolle durchführen müsse. Zum geltend gemachten Ausbleiben von Markteintritten von Unternehmen, die die Qualitätskontrolle in Konkurrenz zum Angebot von HCI erbringen würden, sei schliesslich Q._____ zu befragen.

6.7 Die Vorinstanz beantragt (eventualiter) letztere Beweisanträge abzuweisen. Die Beweisanträge seien verspätet und es handle sich eher um Beweisofferten. Zudem seien diese Beweisofferten für den Verfahrensausgang inhaltlich nicht relevant.

6.8 Das Bundesverwaltungsgericht hat die von den Parteien angebotenen Beweis abzunehmen, wenn sie zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG; BGE 137 V 270 E. 3.2). Bei der Beurteilung dieser Frage kommt dem Gericht allerdings ein gewisser Ermessensspielraum zu, denn es hat auch den Grundsatz der Prozessökonomie zu beachten. Das Gericht ist namentlich dann nicht gehalten, Beweise abzunehmen, wenn die zu beweisende Tatsache nicht entscheidungswesentlich ist oder aufgrund der Akten oder anderer Beweismittel bereits als bewiesen

gelten kann (BGE 130 II 475 E. 2.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.123c). Diesfalls werden von den Parteien gestellte Beweisanträge im Rahmen einer antizipierten Beweiswürdigung abgewiesen. Das ist zulässig, wenn das Gericht aufgrund bereits erhobener Beweise oder aus anderen Gründen den rechtserheblichen Sachverhalt für genügend geklärt hält und überzeugt ist, seine rechtliche Überzeugung würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (BGE 134 I 148 E. 5.3; 131 I 157 E. 3; 130 II 429 E. 2.1; BVGE 2011/47 E. 2.3; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.144).

Die beantragten Parteibefragungen von H._____, O._____, K._____ und Q._____ sind in diesem Sinne in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen. Soweit Aussagen zu einzelnen der oben erwähnten Umstände überhaupt entscheidrelevant sind, erachtet das Gericht den Sachverhalt als genügend geklärt. H._____ wurde bereits am 20. Februar 2013 anlässlich einer Parteieinvernahme durch das Sekretariat befragt, ebenso G._____, [...] von e-mediat und Documed. Des Weiteren haben die Parteien im Laufe des Untersuchungsverfahrens zu mehreren Auskunftsbegehren Stellung genommen und wiederholt unaufgefordert Informationen zur Sachverhaltsermittlung eingereicht. Die Vorinstanz hat am 24. Oktober 2016 anlässlich der Anhörung von HCI auch H._____ und K._____ befragt. Schliesslich haben die Parteien im Beschwerdeverfahren ihre Standpunkte und Schilderungen zum Sachverhalt im Rahmen eines umfangreichen Schriftenwechsels und in unaufgeforderten Eingaben ausführlich darlegt.

7. Weitere Anträge der Beschwerdeführerinnen

Die Beschwerdeführerinnen stellen fünf als "Verfahrensanträge" bezeichnete Begehren (s. oben E. H.a.b), welche sich auf die ordnungsgemässe Führung dieses Verfahrens beziehen.

7.1 Beizug von Akten

7.1.1 Mit dem ersten "Verfahrensantrag" beantragen die Beschwerdeführerinnen, es seien die Akten der Untersuchung 32-0249 bei der Vorinstanz einzuholen. Dieser Antrag ist kein Verfahrens-, sondern ein Beweisantrag. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens, das vom Untersuchungsprinzip (Art. 12 VwVG) beherrscht wird, ist über Beweisanträge weder im Zusam-

menhang mit den Prozessvoraussetzungen noch in allgemeiner, von konkreten Sachfragen losgelöster Weise zu befinden. Vielmehr sind Beweis-anträge immer nur bezogen auf bestimmte Fragestellungen und konkret zu bezeichnende Unterlagen zu prüfen, wenn die Erwägungen zur Sache anzustellen sind.

7.1.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat die Akten der Vorinstanz im Sinne des Beweisantrags der Beschwerdeführerinnen beigezogen.

7.2 Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels und Durchführung einer öffentlichen Verhandlung und/oder Instruktionsverhandlung

7.2.1 Die Beschwerdeführerinnen beantragen weiter die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels (Verfahrensantrag 2) sowie die Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung und/oder einer Instruktionsverhandlung (Verfahrensantrag 3).

7.2.2 Gemäss Art. 57 Abs. 2 VwVG kann die Beschwerdeinstanz die Parteien auf jeder Stufe des Verfahrens zu einem weiteren Schriftenwechsel einladen oder eine mündliche Verhandlung mit ihnen anberaumen. Die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels kommt in der Praxis häufig vor und ist jedenfalls nötig, wenn der Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs oder die Pflicht der Abklärung des entscheiderelevanten Sachverhaltes dies erfordern. Eine mündliche Verhandlung kann hilfreich sein, sobald vertiefte oder umfangreiche Abklärungen nötig sind und zu erwarten ist, dass schriftliche Eingaben nicht zu allen massgebenden Gesichtspunkten genügend Aufschluss geben (SEETALER/PLÜSS, Praxiskommentar VwVG, Art. 57 VwVG N 35 und 57).

7.2.3 Soweit zivilrechtliche Ansprüche oder strafrechtliche Anklagen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu beurteilen sind, ordnet der Instruktionsrichter bzw. die Instruktionsrichterin eine öffentliche Parteiverhandlung an, wenn dies von einer Partei verlangt wird (Art. 40 Abs. 1 Bst. a VGG). Im schriftlichen Verfahren hat der rechtssuchende Private (hier also die Beschwerdeführerinnen) jeweils das letzte Wort, was einerseits im verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und andererseits im Grundsatz des "fair trial" gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK seine Grundlage findet (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.47 und 3.50).

7.2.4 Betreffend die Anträge der Beschwerdeführerinnen auf einen zweiten Schriftenwechsel sowie auf die Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung und/oder einer Instruktionsverhandlung kann auf die sachverhaltlichen Ausführungen zum Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht verwiesen werden (s. oben E. H.c und H.d). Ein zweiter Schriftenwechsel wurde durchgeführt und auf eine öffentliche Parteiverhandlung haben die Beschwerdeführerinnen mit Schreiben vom 3. Mai 2019 verzichtet.

7.2.5 Betreffend den Antrag auf Durchführung einer Instruktionsverhandlung ist auf E. 0 oben zu verweisen. Das Gericht weist auch den Antrag auf Parteibefragungen von H._____, O._____, K._____ und Q._____ ab, weil die zu beweisenden Tatsachen, sofern sie überhaupt entscheidungswesentlich sind, aufgrund der Akten und der umfangreichen Parteieingaben bereits als genügend bewiesen angesehen werden. Angesichts dessen erscheint die Durchführung einer Instruktionsverhandlung wenig sinnvoll, da sie kaum noch etwas zur Klärung beizutragen vermag. Auf die Durchführung einer Instruktionsverhandlung wird somit verzichtet.

7.3 Wahrung von Geschäftsgeheimnissen

7.3.1 Schliesslich beantragen die Beschwerdeführerinnen, die in der Beschwerde und den Beilagen zur Beschwerde enthaltenen Informationen Dritten nicht offenzulegen, da diese Geschäftsgeheimnisse enthalten (Verfahrensantrag 4) sowie im Falle einer Entscheidungspublikation den zu publizierenden Text vor Veröffentlichung zur Prüfung auf allfällige Geschäftsgeheimnisse den Beschwerdeführerinnen zuzustellen (Verfahrensantrag 5).

7.3.2 Diese beiden Anträge, mit denen die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sichergestellt werden soll, sind im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen. Das Bundesverwaltungsgericht hat Entscheide grundsätzlich in anonymisierter Form zu veröffentlichen (vgl. Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006 [SR 173.320.4]), und es wird die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen haben.

7.4 Fazit zu den Beweisanträgen und verfahrensrechtlichen Anträgen

7.4.1 Im Sinne eines Zwischenfazits ist damit festzuhalten, dass die Akten der Vorinstanz beigezogen und ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wurde. Zudem sind die Anträge der Beschwerdeführerinnen, mit denen die

Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sichergestellt werden soll, im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen.

7.4.2 Im Übrigen sind die Beweisanträge und verfahrensrechtlichen Anträge der Beschwerdeführerinnen abzuweisen. Im Folgenden sind die materiellen Rügen zu prüfen.

8. Relevanter Markt

Für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 KG ist es erforderlich, in einem ersten Schritt den relevanten Markt, auf dem diese marktbeherrschende Stellung eingenommen wird, abzugrenzen, bevor in einem zweiten Schritt die Marktstellung ermittelt werden kann (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.1; Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020, *Hallenstadion*, E. 5.1; Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 229; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 256; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 696; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 N 7 f.).

Das Kartellgesetz enthält weder eine Definition des relevanten Markts noch statuiert es einzelne Kriterien für dessen Bestimmung. Allerdings weist die Verordnung des Bundesrates vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) in Art. 11 Abs. 1 und 3 sachliche, räumliche und zeitliche Aspekte zur Beurteilung von einzelnen Zusammenschlussvorhaben auf. Demzufolge lassen sich der sachlich, der räumlich und der zeitlich relevante Markt unterscheiden. Nach ständiger Rechtsprechung finden diese Abgrenzungskriterien auch für die Beurteilung anderer Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.1; Urteile 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 5.1; B-831/2011, *SIX*, E. 230; B-506/2010, *Gaba*, E. 9; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 256 f.).

8.1 Sachlich relevanter Markt

Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Wesentliche Grundlage zur Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bildet in Bezug auf Absatzmärkte das Konzept der Nachfragesubstituierbarkeit (auch sog. Konzept der funktionellen Austauschbarkeit bzw. Bedarfsmarktkonzept; vgl. Art. 11 Abs. 3 VKU). Massgebend ist dabei, welche anderen Waren oder Dienstleistungen mit dem in Frage stehenden Produkt in Wettbewerb stehen. Dies ist immer dann der

Fall, wenn die Austauschbarkeit der verschiedenen Produkte gegeben ist, weil sie aufgrund ihrer Eigenschaften, Preise und dem vorgesehenen Verwendungszweck von den Nachfragern als gleichwertig angesehen werden (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.2.3.1; Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 253; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 270; B-506/2010, *Gaba*, E. 9 und 9.1.4.1).

Das Bedarfsmarktkonzept fokussiert auf die Marktgegenseite (Urteil 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 5.2.4). Die Definition des sachlichen Marktes erfolgt somit aus Sicht der Gegenseite desjenigen Unternehmens, welchem das unzulässige Verhalten vorgeworfen wird (BORER, a.a.O., Art. 5 Rz. 11; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 2005, Rz. 280). Auszugehen ist vom Durchschnittsverbraucher, vom vernünftig durchschnittlichen Nachfrager (Urteil 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 5.2.4).

Massgebend ist, welche Produkte aus dieser Sicht den Bedarf in akzeptabler Weise zufriedenstellend erfüllen. Für eine zufriedenstellende Erfüllung ist es dabei einerseits nicht erforderlich, dass die Leistung in identischer Weise erbracht wird, andererseits ist eine bloss teilweise Austauschbarkeit nicht ausreichend (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.2.3.5; Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 253; B-3618/2013 vom 24. November 2016, *Hallenstadion*, E. 55; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 270). Die Austauschbarkeit eines Produkts ist insbesondere aufgrund von funktionalen Sachüberlegungen, allgemeinen Verbraucherpräferenzen, bestehenden Marktstrukturen sowie von konkreten Marktbeobachtungen aller in Betracht kommenden ähnlichen Produkten zu bewerten. Zudem können auch modellhafte Überlegungen, wie etwa der sog. SSNIP-Test (small but significant and nontransitory increase in price-Test), zur Abgrenzung herangezogen werden (BVGE 2011/32, *Terminierung Mobilfunk*, E. 9.5.3; Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 253; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 270).

Ein SSNIP-Test stellt eine modellhafte Verhaltensanalyse dar, bei der mittels geringer, aber spürbarer und nicht nur vorübergehender Preiserhöhung im Rahmen von 5% bis 10% untersucht wird, bei welcher Preiserhöhung die Nachfrager das zu beurteilende Produkt durch welche vergleichbaren Produkte ersetzen. Der SSNIP-Test stellt jedoch keine zwingende Voraussetzung einer Marktabgrenzung dar. Er bildet nur ein Mittel, das zur Ermittlung der massgeblichen Gruppe an austauschbaren Produkten zusätzlich herangezogen werden kann, soweit die Austauschbarkeit im Hinblick auf den Verwendungszweck nicht bereits aufgrund eines Vergleichs

der Produktmerkmale der verfügbaren Produkte oder des bisherigen Ausweichverhaltens der Nutzer festgestellt werden kann. Diese ergänzende Funktion folgt bereits daraus, dass ein SSNIP-Test selbst immanente Schwächen und ein gewisses Fehlerpotential in sich birgt und für bestimmte Sachverhaltskonstellationen nicht anwendbar ist. Angesichts dessen stellt ein SSNIP-Test kein Mittel dar, welches im Rahmen einer Markt- abgrenzung in jedem Fall uneingeschränkt zur Anwendung gelangen kann oder muss (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 269-275 m.w.H.).

8.1.1 Marktgegenseite

8.1.1.1 Ausgehend vom Verfahrensgegenstand ist die Marktgegenseite zu bestimmen, aus deren Sicht der relevante Markt abzugrenzen ist. Verfahrensgegenstand ist vorliegend die Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen.

8.1.1.2 Die Vorinstanz erwog, HCI sei im Bereich der Datenveredelung, d.h. der Aufbereitung von ökonomischen und wissenschaftlichen Daten, welche für den Vertrieb, die Abgabe und Abrechnung von Arzneimitteln benötigt werden, tätig. Auf der Marktgegenseite ständen die Leistungserbringerinnen und -erbringer, welchen die Datenprodukte bei der Verschreibung der Arzneimittel, der Beratung, den Abrechnungsprozessen, etc. dienen, sowie die Vertriebsunternehmen und Kostenträger betreffend Bestellprozess und Rechnungsprüfung. Weiter würden den Datenveredler die Softwarehäuser gegenüberstehen, welche Arztpraxisadministrationssysteme, Waren- und Wirtschaftssysteme etc. anböten. Diese würden betreffend Nutzung der Daten und den entsprechenden Schnittstellen mit den Datenveredlern in vertraglicher Beziehung stehen, womit sie in Bezug auf die Integration der Datenbanken in die Softwarelösung ebenfalls Marktgegenseite seien.

8.1.1.3 Weiter erwog die Vorinstanz, auch die Zulassungsinhaberinnen würden zur Marktgegenseite zählen. Bis Ende 2012 hätten die Zulassungsinhaberinnen zwar ausschliesslich die Publikation ihrer Arzneimittelinformationen und damit formal rein die Aufnahme ins Kompendium nachgefragt und bezahlt, ab 2013 habe HCI den Zulassungsinhaberinnen die Aufnahme der Arzneimittelinformationen in ihre Datensätze gegen Entgelt angeboten. Damit seien die Zulassungsinhaberinnen Nachfragerinnen und Marktgegenseite für die Aufnahme der Medikamenteninformationen in die INDEX-Produkte von HCI geworden.

8.1.1.4 Die Beschwerdeführerinnen bestreiten nicht, dass die Zulassungsinhaberinnen sowie Leistungserbringerinnen und -erbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger die Marktgegenseite darstellen. Nicht Marktgegenseite seien jedoch die Softwarehäuser. Denn die Leistungserbringerinnen und -erbringer würden die Medikamenteninformationen für Vertrieb, Verschreibung, Abgabe und Abrechnung von Medikamenten nachfragen. Die Lizenzverträge schliesse HCI – ausser bei medINDEX – nicht mit den Softwarehäusern, sondern direkt mit den Leistungserbringerinnen und -erbringern ab. Bei allen INDEX-Produkten ausser medINDEX seien die Softwarehäuser nicht Marktgegenseite, sondern nur Vermittler.

8.1.1.5 Als Marktgegenseite gelten die Nachfrager bzw. Abnehmer eines durch das marktbeherrschende Unternehmen abgesetzten Produkts (Urteil B-7633/2009, *ADSL II*, E. 270).

8.1.1.6 Dass die Leistungserbringerinnen und -erbringer, die Kostenträger und die Grossisten zur Marktgegenseite zählen, ist unbestritten. Gleiches gilt für die Zulassungsinhaberinnen.

8.1.1.7 Die Softwarehäuser fragen die elektronischen Medikamenteninformationen zwar nicht als Endabnehmer zur Nutzung nach. Sie fragen jedoch die Integration der Datenbanken in ihre Softwarelösungen nach. Dies ist für die Softwarehäuser wichtig, um den Endabnehmern eine deren Bedürfnissen entsprechende Softwarelösung anbieten zu können. Die Softwarehäuser stehen bezüglich Integration der Datenbanken in ihre Software, wie von der Vorinstanz zutreffend ausgeführt, ebenfalls in einer vertraglichen Beziehung zu HCI. Dies ist bei allen Softwarehäusern der Fall und nicht nur bei denjenigen, die für den medINDEX die Lizenzverträge direkt mit den Leistungserbringerinnen und -erbringer abschliessen. Entsprechend ist die Vorinstanz zutreffend zum Schluss gekommen, dass auch die Softwarehäuser Marktgegenseite darstellen und zwar unabhängig davon, ob sie – wie beim medINDEX – mit den Leistungserbringerinnen und -erbringern direkt Lizenzverträge abschliessen oder die Lizenzverträge mit den Leistungserbringerinnen und -erbringern von HCI abgeschlossen werden.

8.1.1.8 Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ist in der Folge je separat für die Marktgegenseite der Leistungserbringerinnen und -erbringer, Vertriebsunternehmen, Kostenträger und Softwarehäuser einerseits (s. unten E. 8.1.2) sowie für die Marktgegenseite der Zulassungsinhaberinnen andererseits vorzunehmen (s. unten E. 8.1.3).

8.1.2 Sachlich relevanter Markt betreffend die Marktgegenseite der Leistungserbringerinnen und -erbringer, Vertriebsunternehmen, Kostenträger und Softwarehäuser

8.1.2.1 Die Vorinstanz zog das Angebot von HCI an die Leistungserbringerinnen und -erbringer, Vertriebsunternehmen, Kostenträger und Softwarehäuser als Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung heran. Demzufolge würden "Medikamenteninformationen für den Vertrieb, die Verschreibung, die Abgabe und Abrechnung von Medikamenten" nachgefragt werden. Diese Informationen könne die Marktgegenseite in verschiedenen Formen und über verschiedene Kanäle beziehen, namentlich gedruckt in Printmedien, online oder aggregiert als veredelte maschinenlesbare Datensammlungen.

8.1.2.2 Betreffend den Bezug der Medikamenteninformationen aus den Printmedien kam die Vorinstanz zum Schluss, dass dies kein Substitut für veredelte, maschinenlesbare Datensätze darstelle. Denn die Leistungserbringerinnen und -erbringer könnten mit dem ausschliesslichen Bezug solcher gedruckten Publikationen ihrer Sorgfaltspflicht nicht umfassend bzw. nur mit erheblichem Mehraufwand nachkommen und die Funktionen, die ein veredelter Datensatz erfülle, würden über die in den Printmedien vorhandenen Datensätze hinausgehen. Die Arzneimittelinformationen seien seit dem Verzicht auf das Erfordernis der gedruckten Publikation nicht mehr aktuell in den Printmedien verfügbar.

8.1.2.3 Beim Online-Bezug der Medikamenteninformationen aus unveredelten Datensätzen müssten die Informationen aus verschiedensten Quellen manuell zusammengetragen werden und gewisse kommerzielle Informationen wie die MwSt.-Nr. direkt bei den Zulassungsinhaberinnen nachgefragt werden. Entsprechend könne zwar der Umstieg von der manuellen Recherche aus verschiedenen Quellen auf eine Softwarelösung als Alternative betrachtet werden, nicht aber der Umstieg von einer Softwarelösung auf die manuelle Recherche aus verschiedenen Quellen mit dem Verlust der anwenderspezifischen Features der Software. Für diejenigen Leistungserbringerinnen und -erbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger, welche bereits mit elektronischen Systemen arbeiten würden, seien unveredelte, nicht maschinenlesbare Daten keine Substitute.

8.1.2.4 Entsprechend ging die Vorinstanz davon aus, dass die Marktgegenseite, also die Leistungserbringerinnen und -erbringer, Vertriebsunter-

nehmen und Kostenträger, im Zusammenhang mit EDV-basierten Tätigkeiten veredelte, maschinenlesbare Daten nachfragen würden, weshalb von einem entsprechenden sachlichen Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen auszugehen sei.

8.1.2.5 Schliesslich erwog die Vorinstanz, auch die Softwarehäuser würden für ihre Dienstleistung veredelte Daten in maschinenlesbarer Form benötigen, auf welche ihre Software je nach gewünschter Funktion zugreifen könne. Ihre Software und ihre Schnittstellen seien auf derartige Datenbanken angepasst und eine Verwendung der Software ohne Daten sei nicht möglich. Zudem müssten die Softwarehäuser den Endabnehmern veredelte, maschinenlesbare Daten liefern, weshalb die Softwarehäuser ebendiese als Ausgangsprodukt nachfragten. Somit sei auch betreffend die Marktgegenseite der Softwarehäuser von einem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen auszugehen.

8.1.2.6 Es ist nichts ersichtlich, was gegen diese Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sprechen würde. Auch die Beschwerdeführerinnen haben dagegen keine Einwände vorgebracht. Die Vorinstanz hat die Substituierbarkeit der verschiedenen Formen des Bezuges der Medikamenteninformationen zutreffend dargelegt.

8.1.3 *Sachlich relevanter Markt betreffend die Marktgegenseite der Zulassungsinhaberinnen*

8.1.3.1 Die Vorinstanz stellte fest, dass HCI den Zulassungsinhaberinnen den Abschluss eines Vertrages für die Aufnahme von deren Medikamenteninformationen in ihre Datensätze (INDEX-Produkte) anbiete. Gleichzeitig biete HCI zwar auch eine Reihe von anderen Dienstleistungen an, die inhaltlich nicht mit der Aufnahme in die Datenbank zusammenhängen, aber nicht unabhängig davon gebucht werden könnten. Prima Vista betreffe der wesentliche sachlich relevante Markt den Zugang zu elektronischen Datensätzen, welche die Leistungserbringerinnen und -erbringer konsultieren bzw. benutzen. Der relevante Markt sei deshalb der Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen für die Leistungserbringerinnen und -erbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger.

8.1.3.2 Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, der sachlich relevante Markt umfasse nicht nur den Markt für den "Zugang" zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen, sondern auch für die

Aufbereitung und Kontrolle der Daten sowie die Aufnahme und der Erhalt bzw. den Unterhalt in den elektronischen Datensätzen und gleichzeitig die Nutzung einer aufgebauten Infrastruktur, da die Zulassungsinhaberinnen ein Interesse an prozessintegrierten Daten für ihre Produkte hätten.

8.1.3.3 Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, fragen die Zulassungsinhaberinnen bei HCl insbesondere den Abschluss eines Vertrages für die Aufnahme ihrer Medikamenteninformationen in ihre Datensätze betreffend Medikamenteninformationen (INDEX-Produkte) nach. Daneben fragen die Zulassungsinhaberinnen auch den Erhalt ihrer Medikamenteninformationen in diesen Datensätzen nach.

8.1.3.4 Soweit die Vorinstanz gestützt hierauf zum Schluss kommt, der sachlich relevante Markt sei somit der Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen, welche die Leistungserbringerinnen und -erbringer konsultieren und nutzen, erscheint der Begriff "Zugang" nicht treffend. Denn die Zulassungsinhaberinnen fragen nicht den Zugang bzw. Zugriff zu einer Datenbank mit elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen nach, sondern es geht – wie oben bereits festgehalten – um die Aufnahme der Medikamenteninformationen der Zulassungsinhaberinnen in Datenbanken mit elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen, die von Leistungserbringerinnen und -erbringern genutzt werden.

8.1.3.5 Offensichtlich ist, dass die Zulassungsinhaberinnen daneben auch den Erhalt ihrer Medikamenteninformationen in diesen Datensätzen nachfragen. Somit ist der sachlich relevante Markt als Markt für die Aufnahme und den Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen zu definieren.

8.1.3.6 Soweit jedoch die Beschwerdeführerinnen den sachlich relevanten Markt noch weiter fassen und die Elemente der Aufbereitung, der Kontrolle und des Unterhalts der Daten berücksichtigt haben möchten, ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass es sich hierbei um keine Kriterien der Marktdefinition handelt, sondern um Charakteristika des spezifischen Angebotes von HCl. Dies stellt ein Teil der Marktstellungsproblematik dar (s. unten E. 9).

8.2 Räumlich relevanter Markt

8.2.1 Der räumlich relevante Markt umfasst das geographische Gebiet, innerhalb dessen die wechselseitig substituierbaren Produkte der sachlich

relevanten Produktgruppe von den jeweiligen Wettbewerbern unter hinreichend gleichwertigen Wettbewerbsbedingungen abgesetzt werden (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU; BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.2.1; Urteile 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 5.4.1; B-831/2011, *SIX*, E. 320; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 302).

8.2.2 Die Vorinstanz ging sowohl für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen als auch für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen von einem nationalen Markt aus. Denn die Rahmenbedingungen des Gesundheitswesens seien durch die nationale Gesetzgebung geprägt. Arzneimittel würden spezifisch für die Schweiz zugelassen werden, wodurch Datensätze mit Medikamenteninformationen den nationalen Begebenheiten Rechnung tragen müssten. Von einer engeren sprachregionalen Abgrenzung könne abgesehen werden, da die Zulassungsinhaberinnen verpflichtet seien, die Arzneimittelinformationen in Deutsch, Französisch und Italienisch auf AIPS zu publizieren und die Struktur der Medikamenteninformationen sprachunabhängig vorgegeben und auch in veredelten Datenbanken identisch sei. Die Kosten aufgrund mehrerer Sprachen seien relativ gering und die INDEX-Produkte würden schweizweit angeboten werden.

8.2.3 Die Beschwerdeführerinnen rügen, beim räumlich relevanten Markt sei zu berücksichtigen, dass Anbieter auch aus dem Ausland stammen könnten und sich der Markt zukünftig weiter öffnen werde, da in der Schweiz die Daten künftig nach den Standards der EU geliefert werden müssten.

8.2.4 Massgebend für die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts ist, ob in einem bestimmten geographischen Gebiet spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen gegenüber denjenigen in den angrenzenden Gebieten vorzufinden sind. Der räumlich relevante Markt kann dadurch im Einzelfall lokal, regional, national, international oder weltweit abzugrenzen sein (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 321; B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 149; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 302; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 N 98; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.45; BORER, a.a.O., Art. 5 Rz. 15).

8.2.5 Wichtige Indizien für unterschiedliche räumliche Märkte sind insbesondere ein unterschiedliches Preisniveau, sprachliche Unterschiede, gesetzliche Vorschriften, Handelshemmnisse, Verbraucherpräferenzen etc. (Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13. November 2015, *BMW*, E. 7.2;

BEAT ZIRLICK/MARC BLATTER/SIMON BANGARTNER, Äpfel mit Birnen vergleichen?, in: Jusletter 11. September 2017, Rz. 27; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 N 218 ff.).

8.2.6 Betreffend die zeitliche Dimension ist im Wesentlichen von den Verhältnissen in der massgeblichen Zeitperiode auszugehen. Die Berücksichtigung nachträglicher Entwicklungen ist nur bedingt möglich, nämlich dann, wenn diese zwingend Schlüsse auf die frühere Situation zulassen. Im Übrigen ist entscheidend, dass es um die kartellrechtliche Sanktionierung eines in der Vergangenheit liegenden Marktverhaltens geht. Gerade mit Blick auf den strafrechtlichen Charakter des Sanktionsverfahrens verbietet sich eine zeitliche Vermischung der massgeblichen Umstände mit Ereignissen aus anderen Zeitperioden (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E.9.2.2; Rz. 560 der Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 in Sachen *Sport im Pay-TV* [veröffentlicht in: RPW 2016/4 S. 920 ff., 991 f.]).

8.2.7 Die Vorinstanz grenzte den räumlich relevanten Markt vorliegend zutreffend national ab. Ihren Erwägungen kann vollumfänglich gefolgt werden. Denn das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, Anbieter könnten auch aus dem Ausland stammen und der Markt werde sich in Zukunft weiter öffnen, verfängt nicht. Die Beschwerdeführerinnen folgern dies aus den Änderungen, die sich aufgrund der Revision des HMG ergaben. Damit wollen sie jedoch eine nachträgliche Entwicklung berücksichtigt wissen. Die neuen Bestimmungen des revidierten Heilmittelgesetzes traten erst per 1. Januar 2019 in Kraft (s. oben E. 2.2.3). Der Bundesrat hat zwar bereits am 7. November 2012 die Botschaft zur Revision des Heilmittelgesetzes zuhanden des Parlamentes verabschiedet. Daraus kann aber vorliegend nichts gefolgert werden. Denn der bundesrätliche Entwurf sah noch nicht die Zuständigkeit einer Stiftung für das Zugänglichmachen der Arzneimittelinformationen vor, ebenso wenig die Berücksichtigung von internationalen Standards bei Umfang und Struktur der Daten.

8.2.8 Die mit der Revision des HMG verbundenen möglichen Änderungen auf dem Markt sind für die hier massgebliche Zeitperiode von Ende September 2013 bis Mitte Mai 2016 somit nicht entscheidend. Eine allfällige zukünftige Öffnung des Marktes in internationaler Hinsicht ist aus diesen Gründen vorliegend nicht zu berücksichtigen. Der räumlich relevante Markt ist sowohl für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen als auch für die Aufnahme und den Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen national abzugrenzen.

8.3 Zeitlich relevanter Markt

8.3.1 Im Rahmen der zeitlichen Marktbestimmung ist zu klären, während welcher Dauer bzw. zu welchem Zeitpunkt substituierbare Angebote im massgeblichen geografischen Gebiet verfügbar bzw. nachgefragt sind. Der zeitliche Aspekt der Marktabgrenzung erlangt immer dann Bedeutung, wenn Nachfrage oder Angebot jeweils lediglich während bestimmter Zeitspannen gegeben sind (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 338; B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 165; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 302.; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 N 115 f.).

8.3.2 Die Klärung der zeitlichen Dimension des Marktes ist nicht immer notwendig. Im Normalfall darf von "Dauermärkten" ausgegangen werden (ZIRLICK/BLATTER/BANGARTNER, a.a.O., Rz. 31; vgl. auch STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 N 115).

8.3.3 Bei den vorliegend relevanten Märkten handelt es sich unbestritten um sogenannte "Dauermärkte", weshalb an sich keine Abgrenzung des zeitlich relevanten Marktes vorzunehmen wäre. Vorliegend ist jedoch aufgrund des Wechsels der Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin 2 und der Bejahung der Passivlegitimation der Beschwerdeführerin 1 (vgl. E. 3.18) der zeitliche relevante Markt auf den Zeitraum bis zum 7. April 2017 zu beschränken.

8.4 Zwischenergebnis

Aufgrund der vorstehenden Feststellungen ist für die Ermittlung der Marktstellung der Beschwerdeführerinnen der Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen in der Schweiz sowie der Markt für die Aufnahme und den Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen in der Schweiz während des massgeblichen Zeitraums zugrunde zu legen.

9. Marktstellung

9.1 Grundlagen

9.1.1 Nach 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 anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unab-

hängig zu verhalten, insbesondere wenn diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben; entscheidend ist die Möglichkeit des unabhängigen Verhaltens eines Unternehmens in einem bestimmten Markt (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.3.1 m.H. auf BGE 129 II 497 E. 6.3.1; Urteil 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 5.5.1; ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: von Büren/David, Schweizerisches Immaterial- und Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, 2000, S. 172; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH in: Baker & McKenzie, Stämpflis Handkommentar SHK, Kartellgesetz, 2007, Art. 4 N 31 und 34; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 N 175).

9.1.2 Art. 4 Abs. 2 KG verlangt nicht, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen von anderen Marktteilnehmern vollständig unabhängig verhalten kann, sondern dass sie sich von anderen Marktteilnehmern nur in wesentlichen Umfang unabhängig verhalten können (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.3.3.2; Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 405). Die Fähigkeit eines Unternehmens zu einem in wesentlichem Umfang unabhängigen Verhalten äussert sich in einem besonderen Verhaltensspielraum gegenüber anderen Marktteilnehmern, der es ihm zumindest ermöglicht, auf bestehende Wettbewerbsbedingungen keine Rücksicht nehmen zu müssen, um beachtenswerte Nachteile zu vermeiden, oder der es ihm darüberhinausgehend ermöglicht, die Wettbewerbsbedingungen immerhin merklich zu beeinflussen oder sogar zu bestimmen. Ein solch besonderer Verhaltensspielraum besteht hingegen regelmässig nicht, wenn ein Unternehmen durch ausreichenden Wettbewerbsdruck in seinem Verhalten diszipliniert wird (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.3.1; Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 402; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 311; B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 6.1; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz. 532 und 572; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 N 172).

9.1.3 Ob eine marktbeherrschende Stellung besteht, ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.3.1 m.w.H.). Massgebend für die Beurteilung der Stellung eines Unternehmens auf dem relevanten Markt ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens sprechen (Urteil 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 5.5.1). Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Umstände zu. Wesentliche Grundlage dieser Beurteilung bildet vielmehr eine Untersuchung der Marktstruktur, bei der regelmässig die Aspekte des aktuellen Wettbewerbs,

des potentiellen Wettbewerbs, der Stellung der Marktgegenseite sowie des Einflusses eines zusammenhängenden Markts zu beachten sind. Des Weiteren sind im Hinblick auf die Unternehmensstruktur spezifische Merkmale und Eigenschaften des jeweiligen Unternehmens abzuklären, die es ihm gerade ermöglichen, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 403 f.; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 312).

9.1.4 Die Gründe für die Entwicklung einer marktbeherrschenden Stellung sind für die kartellrechtliche Beurteilung nach Art. 7 KG unerheblich (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 404; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 313). Daher ist es nicht von Bedeutung, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen seine kartellrechtlich relevante Macht aufgrund besserer Leistung im Wettbewerb oder durch organisatorische Massnahmen erlangt hat (HEIZMANN, a.a.O., Rz. 300; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N 181).

9.2 Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen

9.2.1 Aktueller Wettbewerb im relevanten Zeitraum

9.2.1.1 Unter dem Gesichtspunkt des aktuellen Wettbewerbs ist festzustellen, in welchem Ausmass das betreffende Unternehmen unmittelbar einem Wettbewerbsdruck durch Konkurrenten, die bereits tatsächlich auf dem relevanten Markt tätig sind, ausgesetzt ist (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 423).

9.2.1.2 Die Vorinstanz führte aus, e-mediat sei bis 2012 mit GalDat die einzige Anbieterin einer umfassenden veredelten und maschinenlesbaren Datenbank für Medikamenteninformationen gewesen. Datenangebote anderer Anbieter mit vergleichbaren Funktionalitäten seien weder früher noch heute verfügbar. Die aktuelle Konkurrenz durch ouwerkerk und ywesee sei nicht genügend gross um einen disziplinierenden Einfluss auf HCI zu haben.

9.2.1.3 Weiter erwog die Vorinstanz, Documed sei in einem Schreiben vom Januar 2012 selbst davon ausgegangen, mit den INDEX-Produkten über eine Marktabdeckung von mehr als 90% zu verfügen. Es sei anzunehmen, dass die restlichen 10% damals noch nicht auf Softwarelösungen umgestiegen seien und dieser Anteil im Entscheidzeitpunkt kleiner sei. Zudem würden die Zahlen der Leistungserbringerinnen und -erbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger, die mit HCI zusammenarbeiteten, in Rela-

tion gesetzt zu den absoluten Zahlen der in der in der Schweiz tätigen Ärztinnen und Ärzte, Apotheken, etc. die Marktbeherrschung der Beschwerdeführerinnen auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen bestätigen. Entsprechend sei, wenn, dann nur sehr eingeschränkter aktueller Wettbewerb vorhanden.

9.2.1.4 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, mit ywesee sei eine aktuelle Konkurrentin vorhanden. Diese habe mit dem Produkt MEDI-update XML in den Ärztemarkt einsteigen können, auch wenn die Qualität ihrer Daten – unter anderem aufgrund der fehlenden Fachredaktion – nicht mit jener von HCI vergleichbar sei. Zudem hätten die von ouwerkerk angebotenen Stammdaten, welche in Konkurrenz zu den INDEX-Produkten gestanden hätten, bei einer grösseren Investition Potenzial gehabt, das Angebot von HCI unter Druck zu setzen.

9.2.1.5 Ausgangspunkt für die Prüfung des aktuellen Wettbewerbs bildet der Marktanteil des betreffenden Unternehmens. Hohe Marktanteile sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung, sie schliessen einen wirksamen Wettbewerb aber nicht zwangsläufig aus (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.3.3.2; 130 II 449 E. 5.7.2; Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 440).

9.2.1.6 Daher sind zudem insbesondere folgende Aspekte ebenfalls zu beachten: (i) die Anzahl der Konkurrenten, (ii) die Marktanteile der Konkurrenten, (iii) das Verhältnis zwischen dem Marktanteil des betreffenden Unternehmens und den Marktanteilen der Konkurrenten, sowie (iv) die Entwicklung der Marktanteile. Je grösser der Abstand zwischen dem Marktanteil des betreffenden Unternehmens und den Marktanteilen seiner Konkurrenten ist bzw. je kleiner die Marktanteile der Konkurrenten sind, umso eher ist dabei von einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 439; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 331; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 N 275; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.55). Hohe stabile Marktanteile sprechen grundsätzlich für eine marktbeherrschende Stellung, während volatile Marktanteile und gesunkene Marktanteile des untersuchten Unternehmens eher dagegensprechen (REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 N 276). Sinkende Marktanteile des jeweiligen Unternehmens schliessen die Feststellung einer Marktbeherrschung allerdings dann nicht aus, wenn der Marktanteil immer noch hoch bleibt (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.3.3.2; Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 447; EVELYN

CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 4 Abs. 2 N 276 [nachfolgend zit.: {Autor}, CR-Concurrence]).

9.2.1.7 Schliesslich zu berücksichtigen ist die Wirtschaftskraft der Konkurrenten. In diesem Zusammenhang erlangt regelmässig auch die Unternehmensstruktur des betreffenden Unternehmens Bedeutung (Urteil B-7633/2009, *ADSL II*, E. 331). Aus all diesen Aspekten ist zu schliessen, ob die Konkurrenten in der Lage sind, einen disziplinierenden Einfluss auf das betreffende Unternehmen auszuüben.

9.2.1.8 Marktanteile können unterschiedlich ausfallen, je nachdem, ob auf den Umsatz, Stück bzw. Mengenangaben oder die Anzahl Kunden abgestellt wird (REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 N 295). Ein Abstellen auf den Umsatz ist vorliegend insbesondere aufgrund des Fehlens von genügendem Zahlenmaterial nicht möglich. Es liegen jedoch zahlreiche Angabe betreffend Anzahl Nutzer bzw. Installationen und Verträge vor.

9.2.1.9 Bereits im Januar 2012 ging HCI im Rahmen der Offertstellung im Hinblick auf die Übergangsverträge für das Jahr 2012 davon aus, mittels ihrer INDEX-Datenbanken über eine Marktabdeckung von mehr als 90% bei den Softwaresystemen der Leistungserbringerinnen und -erbringer zu verfügen (vgl. Vorinstanz, act. 347, S. 9 und 12). Es würden mit mehr als 110 Softwarehäusern Verträge bestehen und es gäbe mehr als 11'000 Installationen von medINDEX, mehr als 120 Installationen von hospINDEX sowie mehr als 1700 Installationen von pharmINDEX. Schliesslich würden mehr als 90% der Kostenträger insureINDEX nutzen (vgl. Vorinstanz, act. 347, S. 13).

9.2.1.10 Der Präsentation des neuen Leistungsangebots von HCI im September 2012 lässt sich entnehmen, dass HCI damals davon ausging, dass mit 115 Softwarehäusern Verträge bestünden und die INDEX-Produkte wie folgt genutzt würden (vgl. Vorinstanz, act. 54 und 357, S. 22):

- medINDEX von 16'000 Praxisärztinnen und -ärzten (geschätzt)
- pharmINDEX von 1730 Apotheken
- drogINDEX von 430 Drogerien
- hospINDEX von 200 Spitälern
- careINDEX von 80 Heimen
- insureINDEX von 63 Krankenkassen
- logINDEX von 20 Grossisten.

9.2.1.11 In der Broschüre "Das Netzwerk für Ihre Produkte, Dienstleistungen und Preise 2017", führt HCI auf, dass die INDEX-Produkte von 16'000 Arztpraxen, 1700 Apotheken, 320 Spitäler, 320 Drogerien, 180 Heimen und Spitex, 55 Kostenträgern und 20 Grossisten genutzt würden (vgl. Vorinstanz, act. 1025, S. 4).

9.2.1.12 All diese Zahlen zeigen eine relativ konstant bleibende, grosse Anzahl Nutzer bzw. Installationen und Verträge mit HCI betreffend die INDEX-Datenbanken. Sie sprechen bereits für einen erheblichen Marktanteil von HCI, selbst wenn dabei berücksichtigt wird, dass sie von HCI selbst im Rahmen von Werbetätigkeiten veröffentlicht wurden und deshalb mit einer gewissen Vorsicht zu betrachten sind.

9.2.1.13 Diese Zahlen betreffend Nutzerinnen und Nutzer können mit der Gesamtanzahl der in der Schweiz tätigen Leistungserbringerinnen und -erbringer in Relation gesetzt werden. Bei Letzteren gilt jedoch zu berücksichtigen, dass es sich um die absoluten Zahlen, der in den entsprechenden Branchen tätigen Personen und Unternehmen handelt. Es ist davon auszugehen, dass ein Teil – auch wenn es sich dabei wohl um eine deutliche Minderheit handelt – im relevanten Zeitraum noch nicht auf digitalisierte Lösungen bzw. Softwarelösungen umgestellt hat. Letztere können bei der Beurteilung des Marktanteils nicht berücksichtigt werden, da sie im aktuellen Wettbewerb keine Nachfrager für veredelte, maschinenlesbare Daten darstellen. Dennoch lässt sich aus den nachfolgenden Zahlen, wenn sie mit den oben genannten in Relation gesetzt werden, schliessen, dass die Beschwerdeführerinnen sowohl zu Beginn des fraglichen Zeitraumes als auch an dessen Ende über einen erheblichen Marktanteil verfügten.

9.2.1.14 Den Statistiken des Bundesamtes für Statistik (BFS) und des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) können betreffend Gesamtanzahl von Ärztinnen und Ärzte, die in einer freien Praxis tätig sind, Apotheken, Spitälern und Krankenkassen folgende Zahlen entnommen werden (www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitswesen/arztpraxen.assetdetail.10527135.html; <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitswesen/spitaeler.assetdetail.10647165.html>; www.bag.admin.ch/bag/de/home/zahlen-und-statistiken/statistiken-zur-krankenversicherung/statistik-der-obligatorischen-krankenversicherung.html [abgerufen am 24.08.2020]):

– Ärztinnen und Ärzte:	16'910 (2012)	18'473 (2016)
– Apotheken:	1'740 (2012)	1'792 (2016)
– Spitäler:	298 (2012)	283 (2016)
– Krankenkassen:	61 (2012)	56 (2016)

Somit nutzten zwischen 85% (2016) und 95% (2012) aller Ärztinnen und Ärzte, zwischen 95% (2016) und 99% (2012) aller Apotheken sowie zwischen 90% (2016) und 100% (2012) aller Spitäler die INDEX-Datenbanken. Bei den Zahlen betreffend Krankenkassen bzw. Kostenträger ist zu berücksichtigen, dass der insureINDEX auch den Unfall- und Invalidenversicherungen angeboten wird. Praktisch 100% aller Kostenträger nutzten folglich die INDEX-Datenbanken.

Gemäss den Angaben des Schweizerischen Drogistenverbandes (SDV) im Jahresbericht 2018 zählte der Verband Anfang 2012 528 Mitglieder bzw. Anfang 2016 491 Mitglieder (S. 4, abrufbar unter: www.drogoserver.ch/deutsch/Verband/191129_DV_4_Jahresbericht_2018.pdf [abgerufen am 24.08.2020]). Gemäss SDV sind über 90% aller Schweizer Drogerien Mitglied im Verband (<https://drogistenverband.ch/de/verband> [abgerufen am 24.08.2020]). Somit ergibt sich, dass wohl mindestens zwischen 59% (2016) und 73% (2012) aller Drogerien die INDEX-Datenbanken nutzten.

9.2.1.15 Auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen war im fraglichen Zeitraum neben HCI ywese mit dem Produkt MEDlupdate XML tätig. MEDlupdate XML wurde im fraglichen Zeitraum nach Angaben von ywese von rund [...] Ärztinnen und Ärzten genutzt. Bei den Apotheken und Spitälern konnte ywese nicht in den Markt eintreten (vgl. Vorinstanz, act. 1117, S. 6 und 12).

9.2.1.16 Weiter war im fraglichen Zeitraum auch ouwerkerk mit dem Produkt just-medical!/med-drugs auf diesem Markt tätig. Allerdings konnte gemäss Angaben von ouwerkerk trotz Akquise-Tätigkeiten kein Kunde für just-medical!/med-drugs gefunden werden (vgl. Vorinstanz, act. 1103, S. 6). Weitere aktuelle Konkurrenten sind weder ersichtlich, noch wird dies von Seiten der Beschwerdeführerinnen geltend gemacht.

9.2.1.17 MedINDEX wird gemäss HCI von 16'000 Ärztinnen und Ärzten genutzt, MEDlupdate XML gemäss ywese von [...], was einem Marktanteil von ca. 5% entspricht. HCI verfügte mit medINDEX trotz des Konkur-

renzangebots von ywesee über einen Marktanteil von über 90%. Der Bereich medINDEX, bei welchem der Vertrieb direkt über die Softwarehäuser erfolgte, ist für die Beschwerdeführerinnen gemäss ihren Angaben in der Beschwerde von untergeordneter Bedeutung (S. 38 der Beschwerde). H. _____ erklärte im Parteiverhör vom 27. Februar 2013 zudem, die Wertschöpfung im Arztmarkt sei gering (vgl. Vorinstanz, act. 141, S. 8).

9.2.1.18 Bei allen anderen Leistungserbringerinnen und -erbringern, Kostenträgern, Vertriebsunternehmen und Softwarehäusern ist für HCI sogar noch von einem grösseren Marktanteil auszugehen. In diesen Bereichen ist kein tatsächlicher Konkurrent ersichtlich. Leistungserbringerinnen und -erbringer, welche die INDEX-Datenbanken nicht nutzten (s. oben E. 9.2.1.14) sind wohl im fraglichen Zeitraum (noch) nicht auf digitalisierte Lösungen umgestiegen.

9.2.1.19 In Sinne eines Zwischenfazits kann somit festgehalten werden, dass der Marktanteil der Beschwerdeführerinnen insgesamt über 90% betrug und damit viel dafürspricht, dass sie im relevanten Zeitraum eine marktbeherrschende Stellung innehatte. Selbst wenn gewisse sachverhaltliche Unklarheiten bestünden, wäre die "kritische Schwelle" von 50% jedenfalls bei weitem überschritten (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.3.3.2; Urteil 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 5.5.2).

9.2.1.20 Aber nicht nur der hohe Marktanteil, sondern auch die Aspekte der Anzahl Konkurrenten und deren Marktanteile sowie die Entwicklung der Marktanteile sprechen für eine marktbeherrschende Stellung.

9.2.1.21 Wie erwähnt gab es auf dem relevanten Markt zwei aktuelle Konkurrenten, wobei der Marktanteil von ouwerkerk 0% und jener von ywesee auf dem Ärztemarkt etwas mehr als 5% betrug. Auf dem gesamten Markt ist der Marktanteil von ywesee jedoch ebenfalls verschwindend klein und der Unterscheid zwischen den Marktanteilen von HCI und ywesee sehr gross.

9.2.1.22 Die Zahlen unter E. 9.2.1.10 f. und 9.2.1.14 zeigen zudem, dass die Entwicklungen der Marktanteile relativ stabil waren. Soweit die Marktanteile leicht gesunken sind, schliesst dies die Feststellung der Marktbeherrschung nicht aus, da die Marktanteile hoch blieben (s. oben E. 9.2.1.6).

9.2.1.23 Das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, die von ouwerkerk angebotenen Stammdaten hätten bei einer grösseren Investition Potenzial

gehabt, HCI unter Druck zu setzen, ist im Rahmen der Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs nicht stichhaltig. Denn bei der Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs sind die effektiven Verhältnisse zu beurteilen und nicht hypothetische Annahmen, wie grössere Investitionen oder grössere Wirtschaftskraft von Unternehmen. Betreffend die Wirtschaftskraft der beiden Konkurrenten ywesee und ouwerkerk ist vielmehr festzuhalten, dass es sich bei beiden Unternehmen um Kleinstunternehmen handelt.

9.2.1.24 Insgesamt ist die Vorinstanz somit zu Recht davon ausgegangen, dass auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen, wenn überhaupt, dann nur sehr eingeschränkter aktueller Wettbewerb vorhanden war.

9.2.2 Potentieller Wettbewerb

9.2.2.1 Unter dem Gesichtspunkt des potentiellen Wettbewerbs ist zu untersuchen, in welchem Ausmass das in Frage stehende Unternehmen mittelbar einem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist durch die Möglichkeit, dass andere Unternehmen, die dort bislang noch nicht tätig waren, auf dem relevanten Markt als neue Konkurrenten auftreten könnten. Allein die Möglichkeit eines Markteintritts von weiteren Konkurrenten kann unter gewissen Voraussetzungen eine disziplinierende Wirkung auch auf ein Unternehmen ausüben, dem aufgrund des aktuellen Wettbewerbs eine besondere Stellung am Markt zukommt (Urteile B-831/2011, SIX, E. 459; B-7633/2009, ADSL II, E. 334; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 N 311 und 342 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 N 233).

9.2.2.2 Die Vorinstanz kam zum Schluss, es bestehe keine potentielle Konkurrenz, welche einen disziplinierenden Einfluss habe. Zur Begründung führte sie insbesondere aus, ywesee versuche schon seit längerem HCI zu konkurrieren, was ihr nur im Bereich der Ärztinnen und Ärzte als Nischenanbieterin gelungen sei. Weiter berücksichtigte die Vorinstanz, dass aufgrund der nationalen Gesetzgebung im Gesundheitswesen und betreffend die Arzneimittelinformationen Markteintritte von internationalen Unternehmen unwahrscheinlich seien. Die vom Parlament verabschiedete Revision des Heilmittelgesetzes werde zudem wesentliche Änderungen zur Folge haben. Insbesondere würden entscheidende Aufgaben einer Stiftung übertragen werden. Diverse Fragen betreffend die Umsetzung seien aber noch offen. Bis zur deren Klärung seien Investitionen unwahrscheinlich.

9.2.2.3 Gemäss der Vorinstanz würden auch nachfolgende Hindernisse, die die Vorinstanz bereits als Faktoren gegen den aktuellen Wettbewerb aufführte, gegen Änderungen der Wettbewerbsverhältnisse sprechen: Erstens habe die Galenica-Gruppe die Wertschöpfungskette des Vertriebs der Arzneimittel und der entsprechenden Medikamenteninformationen vertikal integriert und sei auf allen Marktstufen – teilweise mit starker Marktstellung – tätig. Insbesondere der physische Vertrieb von Arzneimitteln sei von Galenica-Gruppengesellschaften abhängig, denn der grösste Prewholesaler, Alloga AG, und der grösste Grossist, Galexis AG, würden zur Galenica-Gruppe gehören. Zweitens verfüge HCI mit den Einnahmen von den Zulassungsinhaberinnen über ein Vielfaches an finanziellen Mitteln als andere Wettbewerber. Drittens sei die Marktstellung von HCI seit langem gewachsen. HCI sei aufgrund ihrer Geschäftsbeziehungen zu den Zulassungsinhaberinnen, Softwarehäusern und Abnehmern der INDEX-Datenbanken und des Compendiums sowie aufgrund des Umstandes, dass nahezu alle outgesourceten Primärdaten von ihr betrieben würden, ein unverzichtbarer Partner im Gesundheitswesen. Viertens sei der Umfang der Datenbank von HCI nicht leicht reproduzierbar. Fünftens sei der Vertrieb an oder über Softwarehäuser für andere Anbieter erschwert, da alle bestehenden Softwarehäuser mit HCI zusammenarbeiten würden und keine anderen Schnittstellen vorhanden seien. Die Wechselkosten seien hoch und die Verwendung der Datenbankstruktur für andere Datenbanken sei den Softwarehäusern teilweise vertraglich untersagt. Sechstens müssten die Softwarehäuser die hohen Kosten, die bei der Umstellung von Galdat auf die INDEX-Produkte entstanden seien, erst amortisieren.

9.2.2.4 Demgegenüber stellen sich die Beschwerdeführerinnen auf den Standpunkt, dass potentielle Konkurrenz vorhanden sei. Bei der Beurteilung des potentiellen Wettbewerbs sei zudem die vom Parlament verabschiedete Revision des HMG und deren Auswirkungen zu berücksichtigen. Ebenfalls zu berücksichtigen seien die niedrigen Sunk Costs und das Fehlen von erheblichen wettbewerbsrelevanten Switching Costs oder anderen Lock-in-Effekten. Die Generierung der Datenbanken erfolge vor allem aufgrund des Vollständigkeitserfordernisses unter den Bedingungen eines angreifbaren natürlichen Monopols. Schliesslich würden auf dem fraglichen Markt Inventionen und Innovationen eine wichtige Rolle spielen. Die diversen Märkte für benutzergruppenspezifische Arzneimittelinformationen hätten deshalb weitgehend den Charakter von ICT-(Software-)Märkten. Auf solchen Märkten finde der Wettbewerb in der Regel in Form eines Forschungs- und Entwicklungswettbewerbs "um den Markt", und nicht in Form eines "Wettbewerbs im Markt" statt.

9.2.2.5 Eine Berücksichtigung der Möglichkeit eines Markteintritts von weiteren Marktteilnehmern als Konkurrenten rechtfertigt sich nur dann, wenn der Markteintritt mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innerhalb eines absehbaren Zeitraums durch andere Unternehmen mit hinreichender Konkurrenzwirkung erfolgt (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 462; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 339; *WEBER/VOLZ*, a.a.O., Rz. 2.76; *STÄUBLE/SCHRANER*, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 N 233).

9.2.2.6 Eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für den Markteintritt eines Konkurrenten ist dann gegeben, wenn aufgrund konkreter wirtschaftlicher, technischer oder sonstiger Anhaltspunkte mit einem entsprechenden Markteintritt zu rechnen ist. Hingegen stellt allein die theoretische Möglichkeit eines Markteintritts keine ausreichende Grundlage für eine solche Annahme dar (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 463; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 340). Neben einer prospektiven Schätzung ist hierbei auch die historische Entwicklung der Markteintritte zu berücksichtigen (Urteil B-7633/2009, *ADSL II*, E. 341; *REINERT/WÄLCHLI*, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 N 343; *WEBER/VOLZ*, a.a.O., Rz. 2.76).

9.2.2.7 Besondere Beachtung ist zudem den bestehenden Marktzutritts- und Marktaustrittsschranken und der Beurteilung deren Höhe zu schenken. Dabei handelt es sich um alle Kriterien, die in Bezug auf eine erfolgreiche Etablierung des jeweiligen Produkts auf dem Markt im Einzelfall bei sachgerechter Würdigung für oder gegen die Aufnahme des Produktabsatzes im betreffenden Markt und – falls der Markteintritt nicht erfolgreich gestaltet werden kann – im Rahmen eines darauffolgenden Marktaustritts von einem Unternehmen zu berücksichtigen sind (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 464; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 341). Marktzutrittsschranken entstehen durch Kosten, welche ein Unternehmen bei einem Marktzutritt zu tragen hat, die das sich bereits im Markt befindliche Unternehmen nicht hat (*WEBER/VOLZ*, a.a.O., Rz. 2.62). Es handelt sich um Faktoren wie Skalenvorteile und Verbundvorteile, die Notwendigkeit von Investitionen für den Markteintritt, Produktdifferenzierung, regulatorische Faktoren wie Bewilligungspflichten, Zölle oder Patente sowie Kostenvorteile der eingesessenen Firma, Netzwerkeffekte, Switching Costs, Kosten für Beschaffung von Erfahrung und Know-how, Markentreue, etc. (*WEBER/VOLZ*, a.a.O., Rz. 264 ff.; *REINERT/WÄLCHLI*, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 N 313 und 318 ff.). Unter Marktaustrittsschranken sind die Kosten zu verstehen, die bei einem Marktaustritt entstehen. Das sind insbesondere sogenannte Sunk Costs, d.h. Investitionen, die bei einem Marktaustritt verloren gehen, weil sie nicht anderweitig verwendet oder die entsprechenden Güter nicht veräußert werden

können (WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 263; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 N 317).

9.2.2.8 Die Voraussetzung des Markteintrittes innerhalb eines absehbaren Zeitraumes wird dann als erfüllt betrachtet, wenn der Markteintritt rasch erfolgt, d.h. innerhalb von zwei bis drei Jahren (REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 N 344; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 699; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.76). Gemäss STÄUBLE/SCHRANER muss der Marktzutritt bei der Beurteilung von Fällen nach Art. 7 KG innert kürzerer Frist, d.h. innert weniger Monaten zu erwarten sein (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 N 233). Der Zeitpunkt muss mit einiger Sicherheit abgeschätzt werden können und der bis dahin verbleibende Zeitraum darf nicht so lang sein, dass dadurch dem potentiell marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit eröffnet wird, in dieser Zeit seinen Verhaltensspielraum noch in unangemessener Weise auszunutzen (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 465; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 342).

9.2.2.9 Eine hinreichende Konkurrenzwirkung setzt den Markteintritt eines oder mehrerer Unternehmen voraus, die alleine oder zusammen das Angebot auf dem relevanten Markt in einem solchen Umfang erweitern, dass die Marktgegenseite des potentiell marktbeherrschenden Unternehmens ausreichende Ausweichmöglichkeiten erhalten. Ausreichend sind die Ausweichmöglichkeiten, wenn eine gewisse Anzahl an Marktteilnehmer die neuen Produkte erlangen kann mit der Folge, dass das betreffende Unternehmen dieses Ausweichen nicht hinnehmen kann. Andernfalls besteht für das betreffende Unternehmen keine Notwendigkeit für eine Änderung des eigenen Verhaltens, weil die Marktgegenseite mangels tatsächlicher Alternativen auch weiterhin ganz überwiegend auf die Abnahme seiner Produkte angewiesen ist (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 466; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 341).

9.2.2.10 Schliesslich sind bei der Beurteilung der Markstellung auch die Merkmale und Eigenschaften des betreffenden Unternehmens miteinzubeziehen. Im Rahmen dieser Unternehmensstrukturanalyse wird untersucht, welche individuellen Merkmale und Eigenschaften eines Unternehmens diesem die Möglichkeit geben, sich unabhängig von seinen Konkurrenten und Abnehmern zu verhalten (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 470; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 N 345; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 N 250). Unternehmensmerkmale und -eigenschaften, die eine marktbeherrschende Stellung indizieren können, sind bei-

spielsweise dessen technologischer bzw. kommerzieller Vorsprung gegenüber Konkurrenten, vertikale Integration, Finanzkraft, Grösse, sein Marktverhalten sowie andere marktspezifische Eigenschaften (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 470; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 350; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 N 347 ff.; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, Art. 4 II N 129; ZÄCH, a.a.O., Rz. 584, 586 f.; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 N 251).

9.2.2.11 Wie nachfolgend zu zeigen ist, war vorliegend auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen im massgeblichen Zeitraum kein Eintritt eines weiteren Unternehmens mit ausreichender Konkurrenzwirkung zu erwarten.

9.2.2.12 Bereits die historische Entwicklung der Markteintritte spricht gegen eine hinreichende potentielle Konkurrenzentwicklung. Ywesee versucht schon seit längerem in den Markt einzutreten, konnte sich jedoch nur als Nischenanbieterin bei Ärztinnen und Ärzten etablieren, wobei sie auch in diesem Sektor lediglich über einen Marktanteil von etwas mehr als 5% verfügt. Ouwerkerk versuchte ab 2012 ebenfalls in den Markt einzutreten, was aber offensichtlich trotz finanzieller Unterstützung von Zulassungsinhaberinnen überhaupt nicht gelang. Dass das Angebot von ouwerkerk bei grösseren Investition möglicherweise Potential gehabt hätte, HCI unter Druck zu setzen – wie es von den Beschwerdeführerinnen geltend gemacht wird – , stellt ebenfalls keinen konkreten Anhaltspunkt für die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines ausreichenden Konkurrenzangebots dar. Denn solche grösseren Investitionen wurden damals eben gerade nicht getätigt und nachdem die Zulassungsinhaberinnen und ouwerkerk bereits damals nicht mehr in das Konkurrenzprodukt von ouwerkerk investiert haben, erscheint es vor dem Hintergrund der Revision des HMGs und der in diesem Zusammenhang bestehenden Unklarheiten (s. sogleich unten) unwahrscheinlich, dass sie dies im hier relevanten Zeitraum machen würden.

9.2.2.13 Daneben ist im Zusammenhang mit der historischen Entwicklung auch ein weiterer Aspekt zu berücksichtigen. Bereits oben (s. Erw. C.a.d f.) wurde dargelegt, dass die Zulassungsinhaberinnen aufgrund der Anordnungen von Swissmedic bis Juni 2011 faktisch verpflichtet waren, die Arzneimittelinformationen kostenpflichtig in der elektronischen Sammlung von Documed zu publizieren, wobei ab 2008 auch eine elektronische Publikation bei der ywesee möglich war. Erst ab Juli 2011 verzichtete Swissmedic darauf, von der Zulassungsinhaberin zu verlangen, die Arzneimittelinforma-

mationen in einer dieser beiden elektronischen Sammlungen zu publizieren (vgl. Medienmitteilung vom 26. Juli 2011, <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/mitteilungen/archiv/praxisaenderung-betreffend-die-publikation-von-arzneimittelinfor.html> [abgerufen am 07.01.2022]). Denn diese jahrelang andauernde Praxis stellte sich in BVGE 2011/60 als unzulässig heraus. Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass die von Swissmedic auferlegte Pflicht zur Veröffentlichung der Arzneimittelinformationen bei einem von nur zwei privaten Anbietern nicht aufrechterhalten werden dürfe. In Ermangelung einer klaren gesetzlichen Grundlage gehe es nicht an, dass Swissmedic Firmen zum Abschluss eines kostenpflichtigen Vertrages mit Dritten verpflichte, deren Tarifgestaltung nicht staatlich kontrolliert sei. Die Praxis von Swissmedic sei zur Erfüllung der Informationspflicht weder geeignet noch notwendig. Durch den Vertragszwang werde zudem die Wirtschaftsfreiheit der Herstellerfirmen beeinträchtigt. Mit der wachsenden Zahl staatlicher Aufgaben und ihrer zunehmenden Delegation an Private könne das aktuelle Prozedere von Swissmedic nicht toleriert werden. Es sei nicht einsehbar, weshalb Swissmedic die Informationen nicht selbst publiziere, zumal es ihr gesetzlich erlaubt sei, dafür auch eine Entschädigung zu verlangen (BVGE 2011/60).

9.2.2.14 Zwar soll gemäss Vorbringen der Beschwerdeführerinnen R._____ ein Produkt zur Substitution von pharmINDEX entwickelt haben. So machen sie geltend, Ende 2016 von einem Mitarbeiter der R._____ erfahren zu haben, dass R._____ ein Konkurrenzprodukt zum pharmINDEX entwickelt habe und dass dieses demnächst auf den Markt gebracht werde (vgl. Beilage 7 zur Beschwerde). In der unaufgefordert eingereichten Eingabe vom 16. November 2018 halten die Beschwerdeführerinnen später aber selbst fest, dass kein zusätzlicher Drittanbieter von Daten in den Markt eingetreten sei und bestehende Anbieter ihren Marktanteil auch nicht ausgeweitet hätten. Hinzukommt, dass der "Apotheken-Markt" bzw. pharmINDEX neben den anderen sechs INDEX-Datenbanken für die anderen Leistungserbringerinnen- und erbringer bzw. Vertriebsunternehmen und Kostenträgern auf dem hier relevanten Markt nur ein Teilangebot darstellt. Die ehemalige Galenica-Gruppe und die heutige Galenica-Gruppe, zu welcher auch die Beschwerdeführerin 2 gehört, betrieb bzw. betreibt im Geschäftssegment Products & Care nach eigenen Angaben das grösste Apothekennetzwerk der Schweiz mit rund 360 Apotheken (eigene Apotheken und Joint-Venture-Apotheken; <https://www.galenica.com/de/ueber-galenica/products-care/pharmacies.php> [abgerufen

am 06.12.2021]). All diese Apotheken würden wohl nicht zu einem allfälligen Konkurrenzprodukt wechseln. Auch unter Berücksichtigung dieser Aspekte wäre ein Markteintritt von R. _____ mit einem Konkurrenzprodukt für Apotheken in den nächsten zwei bis drei Jahren als Konkurrentin mit hinreichender Konkurrenzwirkung für den gesamten relevanten Markt gegenüber allen Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen, Kostenträgern und Softwarehäusern, äusserst fraglich.

9.2.2.15 R. _____ ist bis heute mit keinem Konkurrenzprodukt in den Markt eingetreten. Weitere Markteintritte oder Ankündigungen von solchen wurden weder geltend gemacht noch sind sie ersichtlich.

9.2.2.16 Die Beschwerdeführerinnen wollen die Revision des HMG berücksichtigt wissen. Sie machen geltend, die Zulassungsinhaberinnen müssten mit Inkrafttreten des neuen HMG die Basisdaten selber codieren und strukturieren, womit sich der fragliche Markt stark verändern werde. Zudem werde ausländischen Marktanbietern der Markteintritt erleichtert, da in Zukunft vermehrt auf internationale Standards abgestellt werde.

9.2.2.17 Die neue gesetzliche Regelung (Art. 67 nHMG) stellt unbestritten eine Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen dar. Solche Änderungen können einen Anhaltspunkt für potenzielle Konkurrenz darstellen. Allerdings sind die zeitlichen Verhältnisse und Auswirkungen einzubeziehen. Vorliegend wurde 2012 die Botschaft an das Parlament überwiesen, 2016 die Revision vom Parlament verabschiedet und per 1. Januar 2019 trat Art. 67 nHMG in Kraft (s. oben E. 2.2.3). Betreffend die hier interessierenden Änderungen waren die gesetzlichen Rahmenbedingungen und die konkrete Ausgestaltung lange Zeit unklar; insbesondere auch noch nach Verabschiedung der Vorlage 2016 durch das Parlament. Bis zur Klärung der gesetzlichen Rahmenbedingungen und der konkreten Ausgestaltung erscheint ein Markteintritt aber unwahrscheinlich. Insofern kann bereits aus diesem Grund die Revision des HMG nur bedingt als Argument für potentiellen Wettbewerb herangezogen werden.

9.2.2.18 Art. 67 nHMG sieht vor, dass eine Stiftung ein elektronisches Verzeichnis mit den gesetzlich vorgeschriebenen Inhalten der Arzneimittelinformationen betreibt. In diesem elektronischen Verzeichnis hat die Stiftung die Arzneimittelinformationen vollständig und aktuell in strukturierter Form auf Kosten der Zulassungsinhaberinnen zu veröffentlichen. Die Zulassungsinhaberinnen haben die Arzneimittelinformationen bereits in der entsprechenden Form zu liefern (s. oben E. 2.2.3). Weiter hat die Einrichtung

gemäss Art. 67 Abs. 6 nHMG betreffend Umfang und Struktur der Daten soweit möglich die internationalen Standards zu berücksichtigen. Dies stellt zwar eine Erleichterung für den Markteintritt von internationalen Anbietern dar. Nichtsdestotrotz bleibt der Markt geprägt von der nationalen Gesetzgebung im Gesundheitswesen und bezüglich Arzneimittelinformationen. Daneben erschwert auch die in diesem Bereich in der Schweiz erforderliche Mehrsprachigkeit einen potentiellen Markteintritt von internationalen Anbietern. Schliesslich wollte die Stiftung Refdata auch einen "nahtlosen Übergang" sicherstellen und hat weiterhin HCI mit dem Betrieb der Publikationsplattform für Humanarzneimittel beauftragt (s. oben E. 2.2.3).

9.2.2.19 Die Vorinstanz hat zutreffend auf zahlreiche Hindernisse für den Markteintritt potenzieller Konkurrenten hingewiesen (s. oben E. 9.2.2.3), namentlich die vertikale Integration, die grösseren finanziellen Mittel von HCI durch die Einnahmen von Seiten der Zulassungsinhaberinnen, die starke und vernetzte Stellung von HCI im Gesundheitswesen, die erschwerte Reproduzierbarkeit des Umfanges der Datenbank sowie den erschwerten Vertrieb an oder über Softwarehäuser. Hinzu kommt, dass ein Alternativangebot in ausreichendem Ausmass nur erfolgen kann, wenn eine potentielle Konkurrentin erheblich in den Aufbau einer ebenfalls umfangreichen, vollständigen und qualitativhochwertigen Datenbank investieren würde. Die Aufbereitung der Arzneimittelinformationen für die INDEX-Datenbank ist gemäss den Beschwerdeführerinnen nämlich ein arbeitsintensiver Prozess. Der durchschnittliche Aufwand für die Aufbereitung eines neuen Präparates der INDEX-Daten betrage ca. [...] Stunden. Zudem muss eine IT-Infrastruktur zur Verfügung stehen.

9.2.2.20 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, ein Konkurrent sei nur mit niedrigen Sunk Costs und vertraglichen Bedingungen konfrontiert, da es für die Generierung ihrer Datenbanken keiner dedizierten, spezifischen Produktionsfaktoren bedürfe, die beim Marktaustritt nicht zu Marktbedingungen anderen Verwendungszwecken zugeführt werden könnten.

9.2.2.21 Versunkene Kosten (engl. sunk cost) sind Kosten, die zu einem bestimmten Entscheidungszeitpunkt bereits entstanden sind und sich (bspw. durch Verkauf) auch nicht mehr rückgängig machen lassen (N. GREGORY MANKIOW, Principles of economics, Fort Worth: Dryden Press, 1998, S. 291). Der Begriff umfasst sowohl Kosten, die bereits tatsächlich angefallen sind, als auch zukünftige Kosten, die unwiderruflich anfallen werden.

Das zentrale Merkmal von versunkenen Kosten ist, dass sie sich vom Entscheidungsträger weder in der Gegenwart noch in der Zukunft beeinflussen lassen.

9.2.2.22 Die Beschwerdeführerinnen führen nicht aus, welche "Produktionsfaktoren" ein möglicher Konkurrent für die Entwicklung und den Betrieb einer Medikamenteninformationsdatenbank konkret benötigen würde. Produktionsfaktoren sind all jene materiellen und immateriellen Elemente, die im betrieblichen Leistungserstellungs- und Leistungsverwertungsprozess miteinander kombiniert werden (JEAN-PAUL THOMMEN, Lexikon der Betriebswirtschaft, 4. Aufl., 2008, S. 529). Nebst der menschlichen Arbeit, den langfristig zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln (z.B. Maschinen, IT-Systeme, Betriebsgebäude) und den sich in der Produktion verbrauchenden Werkstoffen (Rohstoffe, Hilfsstoffe, Betriebsstoffe) werden insbesondere auch Information und Wissen als eigenständige Produktionsfaktoren betrachtet.

9.2.2.23 Vorliegend dürften für den eigentlichen Betrieb der Datenbank vor allem Produktionsfaktoren benötigt werden, die sich relativ einfach am Markt beschaffen lassen und bei einem allfälligen Marktaustritt auch ohne nennenswerten Wertverlust einem anderen Verwendungszweck zugeführt werden können: Ist das "informationstechnische Gerüst" einer Datenbank (die sog. Datenbankstruktur) einmal erstellt und basiert dieses "Gerüst" auf einer gängigen Software, dürften für den weiteren Betrieb kaum mehr hoch spezifische Informatikkenntnisse notwendig sein. Die tägliche Arbeit mit der Datenbank setzt zwar voraus, dass sich das Betriebspersonal mit der verwendeten Software vertraut macht. Da sich das angeeignete "Standardsoftwarewissen" jedoch auch ausserhalb des aktuellen Arbeitsverhältnisses nutzen lässt, liegen kein eigentliches betriebsspezifisches Humankapital und damit auch keine wirklichen Sunk Costs vor.

9.2.2.24 Dagegen ist davon auszugehen, dass sowohl die Entwicklung, als auch der Aufbau einer konkurrierenden Datenbank mit der Generierung von sehr spezifischem "Wissen" verbunden ist und sich dieses "Wissen" bei einem Marktaustritt nur bedingt monetisieren lässt. Zudem ist es für einen potenziellen Konkurrenten im Voraus kaum abschätzbar, ob und zu welchen Bedingungen, das – in diesem Zeitpunkt erst noch zu entwickelnde – Datenbankgerüst ("Betriebsmittel") und die darin enthaltenen Daten ("Informationen") bei einem späteren Marktaustritt überhaupt verkauft werden können.

9.2.2.25 Für die Entwicklung und den Aufbau einer konkurrierenden Medikamenteninformationsdatenbank sind damit vor allem Produktionsfaktoren notwendig, die zu irreversiblen Kosten führen. Das pauschale Argument der Beschwerdeführerinnen, für die Generierung einer konkurrierenden Datenbank bedürfe es keiner dedizierten, spezifischen Produktionsfaktoren, die beim Marktaustritt nicht zu Marktbedingungen anderen Verwendungszwecken zugeführt werden können, vermag demnach nicht zu überzeugen. Ein Konkurrent müsste bei der Entwicklung und dem Aufbau erhebliche Sunk Costs in Kauf nehmen.

9.2.2.26 Weiter machen die Beschwerdeführerinnen geltend, ihren Kunden würde bei einem Wechsel der verwendeten Medikamenteninformationsdatenbank keine erhebliche wettbewerbsrelevante Switching Costs oder andere Lock-In-Effekte entstehen.

9.2.2.27 Mit dem Begriff Wechselkosten (engl. switching costs) werden die Transaktionskosten bezeichnet, die einem Nachfrager durch den Wechsel auf ein anderes, funktional identisches Produkt (bzw. auf eine andere, funktional identische Dienstleistung) des bisherigen oder eines anderen Anbieters entstehen (PAUL KLEMPERER, *Competition when Consumers Have Switching Costs: An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade*, *Review of Economic Studies*, 62 (4) [1995], S. 515-539). Wechselkosten müssen nicht zwingend monetärer Natur sein. Sie können ebenso im administrativen Aufwand, der mit einem Wechsel verbunden ist, oder in den spezifischen Lernkosten, die für die Nutzung eines neuen Produkts bzw. einer neuen Dienstleistung zu erbringen sind, begründet sein. Im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie (ICT) führt vor allem das Erfordernis der durchgehenden Kompatibilität der eingesetzten ICT-Komponenten zu Wechselkosten. Wechselkosten bilden sodann die Basis für den sogenannten Lock-In-Effekt. Dieser beschreibt das Phänomen, dass ein Kunde neue Produkte bzw. Dienstleistungen von seinem angestammten Anbieter bevorzugt, obwohl auf dem Markt bereits günstigere Alternativen vorhanden und auch erprobt sind – und diese Alternativen technisch allenfalls auch überlegen wären. Der Grund für dieses Phänomen ist die Tatsache, dass ein Anbieterwechsel für einen Kunden nur dann sinnvoll ist, wenn der durch den Wechsel entstehende Nutzenzuwachs grösser oder zumindest gleich gross ist, wie die durch den Wechsel verursachten Kosten.

9.2.2.28 HCI lässt die von ihr veredelten Medikamenteninformationen als maschinenlesbare Codes in die Informatiksysteme ihrer Kunden einfließen. Hierzu nutzt sie einen proprietären Standard, der von anderen Unternehmen nicht mitverwendet werden könnte. Das hat zur Folge, dass ein Anbieter von einer konkurrierenden Medikamenteninformationsdatenbank seine Daten nicht einfach so anstelle von HCI in die bei den Kunden bereits vorhandene Softwareapplikationen einspeisen könnte. Um eine Alternative zu den INDEX-Produkten zu nutzen, wäre kundenseitig vielmehr eine Anpassung der verwendeten, möglicherweise aber auch die Anschaffung einer neuen Software nötig. Ein Softwarewechsel führt neben den monetären Anpassungs- bzw. Neuanschaffungskosten zu weiteren Wechselkosten. Bei Neueinführung einer Software entstehen einem Unternehmen unter anderem Kosten für die Schulung der Mitarbeiter sowie für die technische und organisatorische Integration in den bestehenden Geschäftsprozess. Ist die Software eine bestimmte Zeit lang genutzt worden, haben Systemtechniker die Software in der Regel auf Hardware, Netzwerke, Datenbanken etc. abgestimmt. Für die Nutzung der Software sind allenfalls auch eigene Hilfsprogramme erstellt worden. Auf jeden Fall werden sich die Anwender bestimmte "Tricks" im Umgang mit der Software angeeignet und sich an die neuen Benutzerschnittstellen gewöhnt haben. Da all diese Aufwendungen systemspezifisch sind, müssten sie bei einem Wechsel zu einem konkurrierenden Softwareprodukt erneut erbracht werden. Demnach besteht vorliegend eine Wechselkostenproblematik.

9.2.2.29 Sodann räumen die Beschwerdeführerinnen in ihrer Beschwerde selber ein, dass in sogenannten ICT-Märkten in einem gewissen Ausmass immer solche Schranken bestehen. Falls die Beschwerdeführerinnen mit diesem Hinweis auf eine angebliche "Wechselkosten-Normalität" auf ICT-Märkten zum Ausdruck bringen möchte, dass die Wechselkosten vorliegend produkt- bzw. dienstleistungsimmanent seien und deshalb bei der Beurteilung der Marktstellung keine Berücksichtigung finden dürfen, geht sie jedoch fehl. Denn für die Verhaltenskontrolle nach Art. 7 KG ist es unerheblich, aus welchem Grund, ein ins Recht zu fassendes Unternehmen als marktbeherrschend qualifiziert wird. Insbesondere braucht es keinen Nachweis, dass das Unternehmen durch ein aktives Zutun zur Entstehung seiner marktbeherrschenden Stellung beigetragen hat (vgl. oben E. 9.1.4 m.H.).

9.2.2.30 Soweit die Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang schliesslich Bezug auf das Gutachten "Grundlagenanalyse Stammdaten"

von S. _____ (vgl. Vorinstanz, act. 1070, Beilage 14) nehmen, ist festzuhalten, dass dieses nicht das Vorhandensein von potentielltem Wettbewerb untersucht, sondern die beiden Stammdatenprovider e-mediat mit "hospINDEX advanced" und ouwerkerk mit "med-drugs xml basic" mittels einer quantitativen Inhaltsanalyse vergleicht und sie auf ihre Substitutionsfähigkeit hin untersucht. Dem Gutachten liegt folgende Fragestellung zu Grunde: "Welche Auswirkungen kann ein Strategiewechsel der Pharmafirmen auf Schweizer Spitäler, hinsichtlich der Verfügbarkeit von Pharmazeutischen Stammdaten haben, wenn aufgrund des Entscheides des Bundesverwaltungsgerichts vom Juni 2011, die Zusammenarbeit mit e-mediat nicht weiter verfolgt wird". Aus dem blossen Vergleich der zwei Datenbanken kann somit nicht auf das Fehlen von Switching Costs geschlossen werden.

9.2.2.31 Weiter bringen die Beschwerdeführerinnen vor, die Generierung der hier interessierenden Datenbanken erfolge vor allem aufgrund des Vollständigkeitserfordernisses unter den Bedingungen eines angreifbaren natürlichen Monopols. Daraus leiten die Beschwerdeführerinnen ab, ihr als Anbieterin von veredelten Daten könne deshalb bereits aus modelltheoretischen Gründen keine marktbeherrschende Stellung zu kommen.

9.2.2.32 Ein natürliches Monopol liegt vor, wenn ein einzelnes Unternehmen einen Markt zu niedrigeren Kosten mit Gütern oder Dienstleistungen versorgen kann, als dies zwei getrennten Unternehmen, mit dem gleichen Wissensstand und unter Verwendung von derselben Technologie, möglich wäre (MANKIW, a.a.O., S. 306 f.).

9.2.2.33 In der Regel sind für die Entwicklung digitaler Güter sehr hohe Anfangsinvestitionen notwendig, währendem die Vervielfältigung günstig bzw. zum Teil nahezu kostenlos ist. Deshalb werden die Durchschnittskosten immer geringer, je öfter digitale Güter verkauft werden. Da sich die hohen Fixkosten auf immer mehr Einheiten verteilen, kann ein einzelner Anbieter einen ICT-Software-Markt zu geringeren Kosten mit demselben digitalen Gut versorgen als dies mehrere parallele Anbieter tun könnten. Diese Produktionsbedingungen begünstigen das Entstehen natürlicher Monopole (vgl. REINER CLEMENT/DIRK SCHREIBER/PAUL BOSSAUER/CHRISTINA PAKUSCH, Internet-Ökonomie: Grundlagen und Fallbeispiele der digitalen und vernetzten Wirtschaft, 4. Aufl., 2019, S. 63 ff. und 240).

9.2.2.34 Der abgegrenzte relevante Markt für veredelte maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen weist Merkmale eines natürlichen Monopols auf. So ist davon auszugehen, dass die fixen Kosten für die Entwicklung und Bereitstellung der INDEX-Datenbanken im Vergleich zu den variablen Kosten hoch sind. Sowohl der (originäre) Aufwand für die Erstellung der Datenbankstruktur, als auch der (wiederkehrende) Aufwand für das Erfassen und die Pflege der Medikamenteninformationen sind von der effektiven Nutzerzahl der Daten unabhängig. Aufgrund der Datenbereitstellung via Webservices dürften auch keine nennenswerte variable Reproduktions- oder Vertriebskosten entstehen. HCI profitiert somit von einer stark ausgeprägten Stückkostendegression, d.h. die Durchschnittskosten sinken mit jedem zusätzlichen Nutzer des gleichen INDEX-Produkts. Nebst diesen Grössenvorteilen (Economies of Scale) dürfte HCI auch von erheblichen Verbundvorteilen (Economies of Scope) profitieren. Da die verschiedenen INDEX-Produkte auf dieselbe Metadatenbank zurückgreifen, führt ein Nutzerzuwachs bei einem INDEX-Produkt immer auch zu tieferen Durchschnittskosten bei allen anderen INDEX-Produkten. Im Ergebnis kann HCI den Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen wohl zu viel niedrigeren Kosten mit benutzergruppenspezifischen Medikamenteninformationsdatenangeboten versorgen, als dies mehreren parallelen Anbietern möglich wäre. Dies spricht für das Vorliegen eines natürlichen Monopols.

9.2.2.35 Ob ein natürliches Monopol angreifbar ist oder nicht, hängt entscheidend davon ab, in welchem Ausmass es durch Marktzutritts- und Marktaustrittsschranken geschützt ist und wie rasch das etablierte Unternehmen auf potenziell neue Marktzutritte reagieren könnte. Die Bestreitbarkeit eines natürlichen Monopols lässt sich anhand der Theorie der bestreitbaren Märkte beurteilen. Diese besagt, dass nicht nur ein tatsächlich vollzogener Marktzutritt Marktmacht verhindern kann, sondern dass unter bestimmten Bedingungen die Drohung eines potentiellen Marktzutritts durch andere Unternehmen ausreichend ist, um selbst einen Monopolisten dazu zu zwingen, sich so zu verhalten wie ein Unternehmen bei vollkommenem Wettbewerb (WILLIAM J. BAUMOL/JOHN C. PANZAR/ROBERT D. WILLIG, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, 1982; MICHAEL SPENCE, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*; *Journal of Economic Literature*, 21 [1983], S. 981-990; WILLIAM J. BAUMOL/ROBERT D. WILLIG, *Contestability: Developments since the Book*, *Oxford Economic Papers*, 38 [1986], S. 9-36). Die Theorie der bestreitbaren Märkte beruht jedoch auf einer Reihe von restriktiven Annahmen. So müssen insbesondere alle Unternehmen, die etablierten und die neu eintretenden, Zugang

zur gleichen Technologie haben und es dürfen keine versunkenen Kosten auftreten. Neue Wettbewerber müssen zudem jederzeit und ohne Zeitverzögerung in den Markt eintreten, jede technisch mögliche Menge herstellen und den Markt, wann immer gewünscht, auch ohne Kosten sofort wieder verlassen können. Schliesslich muss die Reaktionszeit der etablierten Unternehmen hinreichend lang sein, sodass ein Neueinsteiger in den Markt eintreten und die von ihm vor dem Eintritt beobachteten Profite auch tatsächlich realisieren kann. Nur soweit diese Bedingungen kumulativ erfüllt sind, vermag sich potenzielle Konkurrenz auch disziplinierend auf den Markt auszuwirken (ULRICH SCHWALBE/DANIEL ZIMMER, Kartellrecht und Ökonomie: Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, 2. Aufl., 2011, S. 190).

9.2.2.36 Mithin muss also das Zeitintervall zwischen dem Bekanntwerden eines neuen Marktzutritts und der Möglichkeit, die Güter oder Dienstleistungen des Neueinsteigers zu beziehen, kürzer sein, als die transaktionsbedingte Zeitverzögerung für die Reaktion des im Markt bereits etablierten Unternehmens. Wäre, dem nicht so, könnte ein etabliertes Unternehmen beispielsweise unmittelbar auf einen niedrigeren Preis des Neueinsteigers reagieren, worauf dieser gar nie einen positiven Gewinn realisieren und deshalb – trotz beobachtbarer supranormaler Gewinne – von vornherein gar nicht in den Markt eintreten würde (ULRICH SCHWALBE/DANIEL ZIMMER, a.a.O., S. 191).

9.2.2.37 Vorliegend ist nicht anzunehmen, dass ein konkurrierender Datenveredler eine alternative Medikamenteninformationsdatenbank in kürzerer Zeit entwickeln und auf den Markt bringen kann, als HCl zur Durchführung einer abwehrenden Wettbewerbsreaktion benötigen würde. Die Lancierung eines erfolgreichen Konkurrenzproduktes liesse sich kaum "über Nacht" und unbeobachtet von HCl bewerkstelligen. Zumal auch die Beschwerdeführerinnen einräumen, dass dies erst nach dem Aufbau einer spezifischen Fachredaktion, bestehend aus Ärzten, Apothekern, Pharmaassistenten, etc. durch eine Konkurrentin möglich wäre. Zudem ist davon auszugehen, dass HCl einen bevorstehenden Marktzutritt nicht nur frühzeitig erkennen würde, sondern auch zeitnah zu einer entsprechenden Abwehrreaktion in der Lage wäre. Denn unter den möglichen Abwehrreaktionen finden sich zahlreiche Verhaltensanpassungen, die sich zugunsten von ihren Kunden auswirken würden. Neben einer allgemeinen Preissenkung wäre beispielsweise auch eine Mengenausdehnung möglich, indem den Datenkunden zusätzlich Informationen zugänglich gemacht würden,

die bei HCI bereits vorhanden sind, aber bislang noch nicht Teil des abonnierten INDEX-Produkts waren. Solche Verhaltensanpassungen liessen sich relativ rasch und widerstandslos umsetzen.

9.2.2.38 Weitergehend wurde bereits unter E. 9.2.2.20 bis 9.2.2.28 dargelegt, dass im zu beurteilenden Markt eine Wechselkostenproblematik besteht und potentielle Wettbewerber bei der Entwicklung und dem Aufbau einer Datenbank mit erheblichen Sunk Costs konfrontiert wären.

9.2.2.39 Somit ist vorliegend kein angreifbares natürliches Monopol gegeben und auf dem relevanten Markt findet keine Marktdisziplinierung im Sinne der Theorie der bestreitbaren Märkte statt. Es besteht kaum Raum für das Entstehen von (wirksamen) "Wettbewerb im Markt". Das Entstehen von (wirksamen) "Wettbewerb um den Markt" wäre theoretisch zwar möglich, ist im vorliegenden Fall aus den vorerwähnten Gründen aber sehr unwahrscheinlich.

9.2.2.40 Die Vorinstanz kam im Übrigen in der Vernehmlassung letztlich zum gleichen Schluss und hielt fest, dass selbst wenn man der Argumentation der Beschwerdeführerinnen folgen würde und von einem "Wettbewerb um den Markt" ausginge, eine marktbeherrschende Position vorliegen würde, da weder ein aktueller Konkurrent ersichtlich sei, der in der Lage wäre, HCI den Markt streitig zu machen, noch irgendwelche konkreten Anzeichen vorhanden seien, dass potenzielle Konkurrenz entstehen könnte, die einen disziplinierenden Einfluss auf die Verhaltensweise von HCI haben könnte. Zutreffend erwog die Vorinstanz im Übrigen bereits in der Verfügung, dass der Wettbewerb auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen, wenn, dann in Form von Innovationswettbewerb spielen müsste, wie es im elektronischen Bereich üblicherweise der Fall ist.

9.2.2.41 Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die angesichts des aktuellen Wettbewerbs bestehende marktbeherrschende Stellung der ehemaligen Galenica-Gruppe mittels HCI durch den potentiellen Wettbewerb im massgeblichen Zeitraum nicht aufgehoben wurde.

9.3 Markt für die Aufnahme und den Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen

9.3.1 Aktueller Wettbewerb im relevanten Zeitraum

9.3.1.1 Die Vorinstanz erwog, die Leistungserbringerinnen und -erbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger würden im Zusammenhang mit den von ihnen verwendeten Programmen den Zugang zu den Medikamenteninformationen in der von HCI zur Verfügung gestellten Form nachfragen. Gleichzeitig würde HCI die Schnittstelle zu den Softwarehäusern kontrollieren. Den Zugang zu dieser Datenbank für die Zulassungsinhaberinnen könne nur HCI gewährleisten. HCI habe deshalb für Zulassungsinhaberinnen, die den Leistungserbringerinnen und -erbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern Zugriff auf ihre veredelten, maschinenlesbaren Daten gewährleisten möchten, einen Marktanteil von 100%, womit die Marktbeherrschung gegeben sei.

9.3.1.2 Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, Unternehmen wie ywesee würden HCI konkurrieren. Ihr Marktanteil betrage nicht 100%.

9.3.1.3 Es stellt sich die Frage, ob ywesee auf dem Markt für die Aufnahme und den Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen überhaupt eine Konkurrentin von HCI darstellt. Die Datenbank von ywesee enthält zwar die Daten von [...] Arzneimittel und [...] von der Krankenkasse bezahlten Non-Pharma Artikeln. Die Zulassungsinhaberinnen stehen jedoch betreffend die Aufnahme und den Erhalt in diese Datenbank in keinem Vertragsverhältnis mit ywesee. Die Aufnahme und der Erhalt der Arzneimittelinformationen in die Datenbank von ywesee erfolgt für die Zulassungsinhaberinnen kostenlos. Ihre Arzneimittelinformationen werden auch dann in die Datenbank aufgenommen, wenn dies von den Zulassungsinhaberinnen gar nicht nachgefragt bzw. gewünscht wird.

9.3.1.4 Stellt man bei der Berechnung der Marktanteile auf den Umsatz ab, resultiert somit ein Marktanteil von 0% von ywesee. Ein Abstellen auf die Anzahl der Kunden von ywesee ist nicht möglich, da nicht bekannt ist, wie viele Zulassungsinhaberinnen die Aufnahme in diese Datenbank effektiv nachfragen. Die Datenbank von ywesee wird "nur" von rund [...] Ärztinnen und Ärzten benutzt, nicht jedoch von anderen Leistungserbringerinnen und -erbringern, Vertriebsunternehmen, Kostenträgern und Softwarehäusern. Es muss folglich davon ausgegangen werden, dass die Aufnahme und der

Erhalt in der Datenbank von ywesee den Erwartungen der Mehrheit der Zulassungsinhaberinnen nicht genügt.

9.3.1.5 Neben dem Angebot von ywesee sind keine anderen aktuellen Konkurrenzangebote ersichtlich, was im Übrigen von den Beschwerdeführerinnen auch nicht geltend gemacht wird. Damit ergibt sich, dass selbst wenn ywesee als aktuelle Konkurrentin angesehen würde, auf dem Markt für die Aufnahme und den Erhalt in elektronische Datensätze betreffend Medikamenteninformationen, wenn dann nur sehr eingeschränkter aktueller Wettbewerb vorhanden ist.

9.3.2 *Potentieller Wettbewerb*

9.3.2.1 Potentieller Wettbewerb ist gemäss den Erwägungen der Vorinstanz nicht vorhanden und zwar solange nicht, als Galenica mittels HCI auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen eine marktbeherrschende Stellung habe und die Schnittstelle zu den Softwarehäusern nicht offengelegt werde. Die Marktzutrittschranken seien zu hoch.

9.3.2.2 Die Beschwerdeführerinnen sind demgegenüber der Ansicht, potentieller Wettbewerb sei vorhanden und ein Markteintritt möglich, was insbesondere das kostenlose Angebot MEDlupdate XML zeige. Daher sei es wahrscheinlich, dass innert der nächsten zwei bis drei Jahre Marktzutritte in hinreichender Grösse stattfinden würden. Auch auf diesem Markt würden sich die regulatorischen Veränderungen positiv auf den potentiellen Wettbewerb auswirken und die Internationalisierung der Daten würde einen Markteintritt ausländischer Anbieter fördern. Die Vorinstanz habe nicht begründet, weshalb kein Konkurrenzangebot kurzfristig möglich sein solle.

9.3.2.3 Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen soll das Angebot MEDlupdate XML von ywesee zeigen, dass Markteintritte möglich sind. Von ywesee geht aber – sofern sie überhaupt eine Konkurrentin auf diesem Markt darstellt – wie oben unter E. 9.3.1.3 dargelegt, keine hinreichende Konkurrenzwirkung aus. Die Möglichkeit eines Markteintritts von Konkurrenten kann aber nur dann eine disziplinierende Wirkung auf ein Unternehmen ausüben, wenn von ihnen eine hinreichende Konkurrenzwirkung ausgeht. Entsprechend kann aus dem Beispiel MEDlupdate XML von ywesee gerade nicht geschlossen werden, dass Markteintritte mit hinreichender Konkurrenzwirkung in einem absehbaren Zeitraum möglich sind.

9.3.2.4 Ebenfalls nicht zu überzeugen vermag das Vorbringen, potentieller Wettbewerb bestehe aufgrund der Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen. Wie unter E. 9.2.2.16 dargelegt, lässt sich aus diesem Umstand gerade nicht ableiten, dass ein Markteintritt in einem absehbaren Zeitraum wahrscheinlich ist. Dies wäre jedoch Voraussetzung für die Berücksichtigung der Möglichkeit eines Markteintrittes.

9.3.2.5 Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen kann der Vorinstanz auch nicht vorgeworfen werden, sie begründe nicht, weshalb ein Konkurrenzangebot kurzfristig nicht möglich sein sollte. So führte die Vorinstanz mit Verweis auf ihre Erwägungen zum potentiellen Wettbewerb im Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen, wo sie verschiedene Hindernisse für potenziellen Wettbewerb erwähnt, aus, dass die Marktzutrittsschranken zu hoch seien.

9.3.2.6 Weitere Hinweise auf potentiellen Wettbewerb sind weder ersichtlich, noch werden solche geltend gemacht. Damit ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zum Schluss gekommen ist, dass potentieller Wettbewerb solange nicht vorhanden sei, als die Galenica mittels HCI auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen eine marktbeherrschende Stellung habe und die Schnittstelle zu den Softwarehäusern nicht offengelegt werde, da die Marktzutrittsschranken zu hoch seien.

9.3.3 *Stellung der Marktgegenseite*

9.3.3.1 Der Aspekt der Stellung der Marktgegenseite erfordert eine Abklärung, ob aufgrund spezifischer Faktoren den Nachfragern des jeweiligen Produkts eine besondere Verhandlungsmacht zukommt, aufgrund der sie einen ausreichenden Wettbewerbsdruck gegenüber dem untersuchten Unternehmen ausüben können, so dass sich dieses nicht unabhängig verhalten kann (Urteile 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 5.5.2; B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 218).

9.3.3.2 Die Vorinstanz stellte fest, HCI habe es sich trotz des Vollständigkeitserfordnisses erlauben können, den Zulassungsinhaberinnen die Streichung aus den Datensätzen in Aussicht zu stellen. Zudem würden die Beschwerdeführerinnen selbst den Standpunkt vertreten, dass ohne ihre Produkte ein sicherer und effizienter Vertrieb nicht möglich sei. Darin sähen die Beschwerdeführerinnen den grossen Nutzen einer Präsenz in den IN-

DEX-Daten für die Zulassungsinhaberinnen. Aus der Stellung der Marktgegenseite könne somit nicht geschlossen werden, dass sich HCI nicht unabhängig verhalten könne.

9.3.3.3 Demgegenüber vertreten die Beschwerdeführerinnen die Auffassung, dass die Zulassungsinhaberinnen über eine sehr starke Stellung verfügten, was bereits aus der Grösse und den erzielten Umsätzen dieser Unternehmen zu schliessen sei. Im Vergleich zu den multinationalen Pharmakonzernen sei HCI, die im Geschäftsbereich Medikamenteninformationen einen jährlichen Umsatz von ca. [...] erziele, ein kleines Unternehmen. Die Annahme, HCI könne die Zulassungsinhaberinnen unter Druck setzen, sei nicht plausibel. Zwanzig Zulassungsinhaberinnen hätten an ouwerkerk eine Anschubfinanzierung von je ca. Fr. [...] für das Produkt Just-Medical geleistet. Diese Unternehmen würden problemlos die nötigen Mittel bereitstellen können, um ernsthaft in den Markt einzutreten.

9.3.3.4 Weiter bringen die Beschwerdeführerinnen vor, die Marktgegenseite verfüge überdies über eine beachtliche Marktstärke, [...]. HCI könne ihre Geschäftstätigkeit nur fortführen, wenn ihre Datenbanken einigermaßen vollständig, von guter Qualität und aktuell, ihre Daten maschinenlesbar und ihre Produkte stets innovativ seien. Diese [...] steige mit der Grösse der entsprechenden Zulassungsinhaberinnen. Organisationsgrad, Sachkunde und Professionalität der oftmals multinationalen Pharmaunternehmen seien ebenfalls erheblich. Einige Zulassungsinhaberinnen hätten zwischenzeitlich keine Verträge mit HCI abgeschlossen, womit HCI die Informationen auf eigene Kosten habe einpflegen müssen. Auch deshalb sei HCI nicht in der Lage sich von den anderen Marktteilnehmern unabhängig zu verhalten. Daran ändere auch der Nutzen, den die Zulassungsinhaberinnen durch die Aufnahme in die INDEX-Datenbanken erhielten, nichts.

9.3.3.5 Für die Beurteilung der Stellung der Marktgegenseite können alle Aspekte, aus denen sich eine besondere Verhandlungsposition der Nachfrager mit ausreichendem Wettbewerbsdruck ergibt, herangezogen werden (Urteil B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 219). Entsprechende Faktoren bilden dabei insbesondere (i) die wirtschaftliche Stärke der Nachfrager, (ii) die Bedeutung der Nachfrager für das untersuchte Unternehmen, (iii) die Anzahl der Nachfrager, (iv) der Organisationsgrad der Nachfrager, sowie (v) die Sachkunde und Professionalität der Nachfrager (Urteil B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 219; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 N 306 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 N 246). Mass-

gebend für die Beurteilung der Stellung der Marktgegenseite ist eine Wertung aller relevanten Aspekte im Rahmen einer Gesamtanalyse, ohne dass einem der Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund von allgemeinen Umständen zukommt (Urteil B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 220; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 N 247).

9.3.3.6 Damit die Marktgegenseite eine disziplinierende Wirkung auf das marktbeherrschende Unternehmen zu Gunsten aller Marktteilnehmer des relevanten Marktes ausüben kann, müsste die Marktgegenseite allerdings einen derartigen Wettbewerbsdruck aufbauen können, dass sowohl die Wettbewerber des potentiell marktbeherrschenden Unternehmens als auch die übrigen Unternehmen der Marktgegenseite von dessen fehlender Möglichkeit zu einem unabhängigen Verhalten profitieren würden. Nicht ausreichend für eine Beeinflussung im Rahmen einer Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung ist hingegen, dass lediglich einzelne Unternehmen der Marktgegenseite über solch eine wirtschaftliche Stärke verfügen, die sie jeweils in die Lage versetzen, ihre Verhandlungsposition gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen durchzusetzen (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 488).

9.3.3.7 Einige Zulassungsinhaberinnen verfügen aufgrund ihrer Grösse und ihrer Umsätze über wirtschaftliche Stärke. Auch kann diesen Zulassungsinhaberinnen Sachkunde und Professionalität nicht abgesprochen werden. Aber HCI stehen mit insgesamt rund 300 Zulassungsinhaberinnen eine grosse Anzahl Nachfragerinnen gegenüber. Darunter befinden sich auch zahlreiche kleinere und mittlere Unternehmen mit beschränkter wirtschaftlicher Stärke. Dazu kommt, dass die ehemalige Galenica-Gruppe, zu welcher HCI gehörte, aufgrund ihrer Grösse und ihren Umsätzen ebenfalls über wirtschaftliche Stärke verfügte.

9.3.3.8 Weiter kann aus dem geltend gemachten Umstand, zwanzig Zulassungsinhaberinnen hätten an ouwerkerk eine Anschubfinanzierung von je ca. Fr. [...] für das Produkt Just-Medical geleistet, nicht auf einen hohen Organisationsgrad der Marktgegenseite geschlossen werden. Denn einerseits handelt es sich bei zwanzig Zulassungsinhaberinnen nur um einen kleinen Teil der Nachfragerinnen. Andererseits kann aufgrund des fehlenden Erfolges dieses Projektes nicht gesagt werden, sie hätten sich in der Vergangenheit bereits "erfolgreich" zusammengeschlossen.

9.3.3.9 Weitere Aspekte, die für einen hohen Organisationsgrad sprechen würden, werden nicht vorgebracht.

9.3.3.10 Die Feststellung der Vorinstanz, HCI habe es sich trotz des Vollständigkeitserfordnisses erlauben können, den Zulassungsinhaberinnen die Streichung aus den Datensätzen in Aussicht zu stellen, ist nicht zu beanstanden. Denn auch aus dem geltend gemachten Umstand, dass einige Zulassungsinhaberinnen zwischenzeitlich keine Verträge mit HCI abgeschlossen hätten, lässt sich nicht auf einen beachtenswerten Wettbewerbsdruck der Marktgegenseite schliessen. Denn zum einen wird nur geltend gemacht, dass die Zulassungsinhaberinnen "zwischenzeitlich" keine Verträge abgeschlossen haben. Daraus ist zu schliessen, dass sie davon wieder abgerückt sind. Zum anderen hat dieser Wettbewerbsdruck nicht dazu geführt, dass alle Zulassungsinhaberinnen ihre Position gegenüber HCI haben durchsetzen können bzw. von einer fehlenden Möglichkeit von HCI zu einem unabhängigen Verhalten haben profitieren können.

9.3.3.11 Die Zulassungsinhaberinnen übten im massgeblichen Zeitraum auf HCI keinen beachtenswerten Wettbewerbsdruck aus, der die Möglichkeit zum unabhängigen Verhalten gegenüber allen Unternehmen der Marktgegenseite ausgeschlossen hätte.

9.4 Zweiseitiger Markt

9.4.1 Die Vorinstanz prüfte sodann, ob die beiden definierten Märkte als jeweils "normale" Märkte zu definieren sind oder ob ein sogenannter zweiseitiger Markt vorliegt.

9.4.2 Eine zentrale Eigenschaft zweiseitiger Märkte ist, dass der Nutzen einer Gruppe von Kunden, die eine bestimmte Plattform nutzen, von der Grösse der anderen Gruppe von Kunden auf dieser Plattform abhängt ("indirekte Netzwerkeffekte"). Um festzustellen, ob ein zweiseitiger Markt vorliegt, können folgende Bedingungen geprüft werden: (i) die Plattform bietet zwei Arten von Gütern oder Dienstleistungen an; (ii) es liegen zwei unterschiedliche Nachfragergruppen vor, die unterschiedliche Güter oder Dienstleistungen erwerben; (iii) es liegen indirekte Netzwerkeffekte bei mindestens einer Gruppe vor, welche die Nachfragen der beiden Gruppen miteinander verbinden; (iv) der Markt ist so aufgebaut, dass keine direkten Verhandlungen zwischen den beiden Nachfragergruppen stattfinden können (kein «pass-through») (MARC BLATTER, Digitalisierung – Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik, sic! 2016 S. 378 ff., 379 m.H. auf P. BELELFAMME/M. PEITZ, Industrial Organization, Cambridge 2010, 628 und L. FILISTRUCCHI/D. GERARDIN/E. VAN DAMME, Identifying two-sided markets: A progress report, World Competition 2013, 33–59).

9.4.3 Die Vorinstanz erwog, dass spezifische Charakteristika vorlägen, die grundsätzlich für eine Betrachtung als zweiseitigen Markt sprächen. Der zweiseitige Charakter sei aber für die weiteren Analysen von untergeordneter Bedeutung, da es vorliegend an einer Internalisierung der indirekten Netzwerkeffekte fehle. Zudem sei der Umstand, dass beide Marktgegensseiten die Produkte und Dienstleistungen von HCI nutzten, nicht kausal auf die Gestaltung der Preisstruktur zurückzuführen, was für zweiseitige Märkte typisch wäre. Weiter würden sich die Produkte und Dienstleistungen, die HCI gegenüber den beiden Marktgegensseiten erbringe, in sachlicher Hinsicht grundlegend unterscheiden. Ebenso fehle es an einer messbaren, durch HCI vermittelten Transaktion zwischen den beiden Marktgegensseiten.

9.4.4 Die Beschwerdeführerinnen bringen keine Einwände gegen diese Erwägungen und Beurteilung vor. Das Bundesverwaltungsgericht kann sich den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz anschliessen. Es liegen zwar zahlreiche Charakteristika vor, die für einen zweiseitigen Markt sprechen. Da die Verhältnisse auf der anderen Marktseite aber konstant blieben, ist der zweiseitige Charakter von untergeordneter Bedeutung und die Analyse kann sich auf eine Marktseite beschränken.

9.4.5 Soweit die Vorinstanz im Rahmen der Analyse der Preisstruktur erwog, es läge prima Vista keine Veränderung der Preisstruktur vor, sondern eine Erhöhung des aggregierten Preisniveaus, ist lediglich ergänzend festzuhalten, dass jedoch betreffend Umfang des Angebotes eine Erhöhung stattfand.

10. Isolierte Feststellung der marktbeherrschenden Stellung

10.1 Die Vorinstanz hat im Dispositiv (Ziff. 1) festgestellt, dass Galenica mittels ihrer Tochtergesellschaft HCI seit dem 1. Januar 2013 auf den beiden abgegrenzten Märkten über eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG verfüge.

10.2 Sie erwog hierzu, das Bundesverwaltungsgericht habe im Urteil B-7633/2009 vom 14. September 2015 in Sachen *ADSL II* zwar die isolierte Feststellung der Marktbeherrschung abgelehnt. Dabei habe es sich hauptsächlich auf BGE 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.5 f. gestützt, wobei das Bundesgericht aber keine derart strikte Haltung vertreten habe wie das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-7633/2009. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung könnten reine Feststellungen nicht auf Art. 30 KG gestützt werden und zur Anwendung von Art. 25 VwVG sei es

erforderlich, dass einerseits ein schutzwürdiges (öffentliches) Feststellungsinteresse vorliege und andererseits dieses Interesse nicht ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewährt werden könne. Im konkreten Fall von BGE 137 II 199 sei das strittige Sanktionsverfahren ausdrücklich auf einen festen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum begrenzt gewesen, die Marktverhältnisse hätten sich verändert und für die kartellrechtliche Überprüfung der späteren Sachverhalte hätten neue Untersuchungen mit Ermittlung der Marktstellung durchgeführt werden müssen. Das Bundesgericht habe aber mit Verweis auf den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) vom 9. Juni 2005 in Sachen *Telekurs Multiplay*, E. 6.2.6 (veröffentlicht in: RPW 2005/3 S. 530 ff., 555 f.) explizit festgehalten, dass im zu beurteilenden Entscheid keine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG in Frage gestanden habe. Im verwiesenen Entscheid habe die REKO/WEF erwogen, unter dem Gesichtspunkt eines legitimen Feststellungsinteresses erscheine ein die kartellrechtliche Rechtslage lediglich feststellendes Dispositiv zulässig, wenn die Vorinstanz eine Untersuchung einzustellen beabsichtige, weil sich ein marktbeherrschendes Unternehmen zwar zulässig verhalten habe, aber der fusionsrechtlichen Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG unterstellt werden solle.

10.3 Nach Ansicht der Vorinstanz ist es unerheblich, ob sich das marktbeherrschende Unternehmen, welches der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG unterstellt werden soll, im Sinne von Art. 7 KG unzulässig verhalten hat oder nicht. Die separate Feststellung könne auch gerade im Hinblick auf Beschwerdeverfahren notwendig sein. Denn das Bundesverwaltungsgericht könne anders als die WEKO eine missbräuchliche Verhaltensweise verneinen, aber die Marktbeherrschung stützen, welche andauere und deshalb für künftige Zusammenschlusskontrollverfahren in Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 4 KG relevant sei. Da das Bundesverwaltungsgericht in der Regel die Verfügung lediglich aufhebe, würde dies dazu führen, dass die WEKO ihre Prüfungsbefugnisse in der Zusammenschlusskontrolle in diesen Fällen nicht ausüben könne. Mit Blick auf den Sinn und Zweck von Art. 9 Abs. 4 KG bestehe vorliegend ein schutzwürdiges öffentliches Interesse an der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der Galenica auf den beiden abgegrenzten Märkten. Es bestehe die Gefahr, dass Galenica (potentielle) Wettbewerber übernehmen könne, welche einen Umsatz unter 100 Mio. Fr. aufweisen würden, um damit ihre Marktstellung zu zementieren, zumal Galenica auch in benachbarten Märkten stark positioniert sei.

10.4 Die Beschwerdeführerinnen machen einerseits geltend, sie würden nicht mehr demselben Konzern angehören. Die Beschwerdeführerin 1 sei die Muttergesellschaft der Vifor Pharma Gruppe und die Beschwerdeführerin 2 gehöre zur heutigen neuen Galenica-Gruppe (zunächst Galenica Santé-Gruppe). Bereits im Zeitpunkt der Eröffnung der Verfügung sei HCI keine Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin 1 mehr gewesen, womit Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben sei.

10.5 Andererseits machen die Beschwerdeführerinnen geltend, es sei nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6) und dem Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-7633/2009 vom 14. September 2015 in Sachen *ADSL II* im Rahmen einer Sanktionsverfügung nach Art. 49a KG weder erforderlich noch zulässig, im Dispositiv die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gesondert vorzunehmen. Dabei verweisen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen auf E. 385 des Urteils des Bundesverwaltungsgericht B-7633/2009 vom 14. September 2015 in Sachen *ADSL II*. Das Bundesverwaltungsgericht habe in dieser Entscheidung das Vorbringen des öffentlichen Interesses aufgrund von Art. 9 Abs. 4 KG berücksichtigt und sei zum Schluss gekommen, dass die Feststellung der Marktbeherrschung keine verbindliche Wirkung für einen späteren Zeitraum aufweisen könne. Die Fälle seien gleich gelagert. An dieser Rechtsprechung sei festzuhalten.

10.6 Die Vorinstanz hält in ihrer Vernehmlassung fest, HCI sei im Zeitpunkt der Eröffnung der Verfügung nach wie vor eine Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin 1 gewesen. In der Duplik führt sie zudem aus, die Feststellung der Marktbeherrschung entfalte auf einem Markt grundsätzlich Wirkung für die ganze Unternehmensgruppe. Meldepflichtig seien somit unverändert die Galenica AG und die Beschwerdeführerin 2.

10.7 Wie von der Vorinstanz und den Beschwerdeführerinnen dargelegt, hat sich das Bundesgericht in BGE 137 II 199 in Sachen *Terminierung Mobilfunk* und das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-7633/2009 in Sachen *ADSL II* mit der Frage der Zulässigkeit einer isolierten Feststellung der marktbeherrschenden Stellung im Dispositiv auseinandergesetzt. In beiden Entscheidungen wurde festgehalten, das Entscheidenden habe sich auf die Rechtsfolge zu beschränken. Im Dispositiv seien keine Ausführungen im Hinblick auf das Vorliegen einzelner Tatbestandsmerkmale vorzunehmen, denn diese würden ausschliesslich Bestandteil der Begründung des Entscheides bilden. Entsprechend ist im Erkenntnis grundsätzlich weder festzuhalten, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt,

noch ob eine solche allenfalls missbraucht wurde (BGE 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.2; Urteil B-7633/2009, *ADSL II*, E. 382). Reine Feststellungen können nicht auf Art. 30 KG gestützt werden (BGE 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.3; Urteil B-7633/2009, *ADSL II*, E. 383).

10.8 Gemäss Art. 39 KG finden die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes Anwendung, soweit das Kartellgesetz nicht hiervon abweicht. Nach Art. 25 VwVG kann eine in der Sache zuständige Behörde von Amtes wegen oder auf Gesuch hin eine Feststellungsverfügung erlassen. Die Anwendbarkeit von Art. 25 VwVG setzt bei beiden Varianten voraus, dass ein entsprechendes schutzwürdiges Feststellungsinteresse vorliegt, welches nicht abstrakte, theoretische Rechtsfragen, sondern konkrete Rechte oder Pflichten zum Gegenstand hat. Überdies muss ausgeschlossen sein, dass das schutzwürdige Interesse ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden kann (BGE 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.4 ff. und Urteil B-7633/2009, *ADSL II*, E. 384; beide m.H. auf BGE 126 II 300 E. 2c; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, a.a.O., Rz. 1279 ff.; HÄNER, Praxiskommentar VwVG, Art. 25 N 14 und 20).

10.9 In BGE 137 II 199 kam das Bundesgericht zum Schluss, dass im konkret zu beurteilenden Fall kein schutzwürdiges öffentliches Feststellungsinteresse ersichtlich sei. Denn das strittige Sanktionsverfahren sei ausdrücklich beschränkt auf den Zeitraum von 1. April 2004 bis 31. Mai 2005. Schon deshalb könne eine allfällige Feststellung der Marktbeherrschung keine verbindliche Vorwirkung für den späteren Zeitraum zeitigen, für den die Untersuchung unter veränderten tatsächlichen Verhältnissen weiterlaufe. Vielmehr sei die Marktbeherrschung ohnehin neu abzuklären. Hinzukomme, dass auch eine andere Rechtswirkung kartellrechtlicher Natur nicht ersichtlich sei. Es stehe keine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG in Frage. Ohnehin würde sich die Marktbeherrschung für den hier fraglichen Zeitraum nicht ohne weiteres auf spätere Unternehmenszusammenschlüsse auswirken. Entsprechend könne auch offengelassen werden, wieweit insofern überhaupt ein selbständiger Feststellungsentscheid zulässig wäre (BGE 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.5.1 f.).

10.10 Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht im Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 in Sachen *Publigroupe* bestätigt (Urteil 2C_484/2010, *Publigroupe*, E. 14 [nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72]).

10.11 Das Bundesverwaltungsgericht hat unter Hinweis auf BGE 137 II 199 im Urteil B-7633/2009 vom 14. September 2015 in Sachen *ADSL II* erwogen, die Feststellung der Marktbeherrschung könne für eine bestimmte Periode grundsätzlich keine verbindliche Wirkung für einen späteren Zeitraum aufweisen. Entsprechend sei es ausgeschlossen, für spätere Zeiträume ohne weitere Prüfung der Umstände eine Marktbeherrschung anzunehmen. Vielmehr müsse das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung für jedes Verfahren neu abgeklärt werden; auch wenn dabei unter Berücksichtigung der prozessualen Rechte der Verfahrensbeteiligten auf bereits vorgenommene Untersuchungshandlungen oder Beweismassnahmen zurückgegriffen werden könne. Aus denselben Gründen bedürfe es auch im Hinblick auf Art. 9 Abs. 4 KG nicht einer vorgängigen Feststellung einer Marktbeherrschung.

10.12 Derweil hat das Bundesgericht in einem neueren Entscheid zu Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG die Möglichkeit zur Feststellung der Wettbewerbswidrigkeit eines bestimmten wirtschaftlichen Verhaltens im Dispositiv anerkannt (Urteil des BGer 2C_101/2016 vom 18. Mai 2018, *Altimum*, E. 17 [nicht publizierte Erwägung in BGE 144 II 246]).

10.13 Das Bundesverwaltungsgericht stellte im Urteil B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 in Sachen *SIX* daraufhin fest, die Möglichkeit einer Feststellung des wettbewerbswidrigen Verhaltens sei auch bei der Beurteilung einer Sanktionsverfügung in Bezug auf Art. 7 KG sachgerecht (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 419). Weiter erwog das Bundesverwaltungsgericht aber auch, es bedürfe selbst bei Anerkennung der Feststellung eines marktmissbräuchlichen Verhaltens im Dispositiv unter Berücksichtigung von Art. 9 Abs. 4 KG im Regelfall keiner zusätzlichen Feststellung der marktbeherrschenden Stellung des betreffenden Unternehmens. Denn durch die Feststellung eines marktmissbräuchlichen Verhaltens gemäss Art. 7 KG werde implizit das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung bejaht. Zudem werde dadurch die Anwendung von Art. 9 Abs. 4 KG nicht verhindert, weil mit der Feststellung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens keine Aussage darüber verbunden sei, dass die marktbeherrschende Stellung nach dem der Feststellung jeweils zu Grunde liegenden relevanten Zeitraum nicht mehr vorliege (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 420). Die Dispositiv-Ziffer mit der isolierten Feststellung der marktbeherrschenden Stellung wurde aufgehoben (Urteil B-831/2011, *SIX*, Ziff. 2 des Dispositiv und E. 421).

10.14 An dieser noch jungen Rechtsprechung ist festzuhalten, zumal die von der Vorinstanz dagegen vorgebrachten Argumente nicht zu überzeugen vermögen. Denn zum einen lässt sich aus dem Hinweis des Bundesgerichts in BGE 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.5.2 auf den Entscheid der REKO/WEF vom 9. Juni 2005 in Sachen *Telekurs Multiplay*, E. 6.2.6 (veröffentlicht in: RPW 2005/3 S. 530 ff., 555 f.) nicht ableiten, das Bundesgericht habe damit die Zulässigkeit der isolierten Feststellung der marktbeherrschenden Stellung bejaht. Vielmehr hat das Bundesgericht im Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 in Sachen *Publigroupe* seine Rechtsprechung explizit bestätigt.

10.15 Zum anderen lässt sich auch nicht mit Blick auf den Sinn und Zweck von Art. 9 Abs. 4 KG das Vorliegen eines schutzwürdigen öffentlichen Interesses ableiten. Denn Art. 9 Abs. 4 KG strebt nicht die Wirkungen an, wie sie eine Feststellungsverfügung äussert. Die Bestimmung zielt auf eine Erweiterung der Meldepflicht für besonders starke Unternehmen und will sich dabei an einem für die Unternehmen leichter und klarer feststellbaren Kriterium orientieren, als es deren Marktanteile wären. Es ist aber nicht Ziel der Norm, verfahrensrechtliche Fragen wie die präjudizielle Verbindlichkeit von Feststellungen zu regeln. Im Gegensatz dazu zielen die typischen eine Feststellungsverfügung anordnenden Normen wie beispielsweise Art. 10 des Bundesgesetzes über den Wald vom 4. Oktober 1991 (Waldgesetz, WaG, SR 921.0) oder Art. 18 Messmittelverordnung vom 15. Februar 2006 (MessMV, SR 941.210) genau darauf ab, eine Vorfrage zur Hauptfrage eines gesonderten Entscheids zu machen und die Frage für künftige, andere Verfahren verbindlich zu regeln. Art. 9 Abs. 4 KG bezweckt eine solche verbindliche Feststellung der Marktbeherrschung nicht (SAMUEL INDERMÜHLE, Die umsatzunabhängige Meldepflicht von Unternehmenszusammenschlüssen im Schweizer Kartellgesetz, 2013, Rz. 13.19).

10.16 Der Vollständigkeit halber ist zudem festzuhalten, dass der Verzicht auf die isolierte Feststellung der marktbeherrschenden Stellung auch nicht zur Folge haben muss, dass die WEKO ihre Prüfungsbefugnis nach Art. 9 Abs. 4 KG nicht mehr ausüben kann. Denn zwar weist der Wortlaut des deutschen Gesetzestextes von Art. 9 Abs. 4 KG darauf hin, dass für das Auslösen der umsatzunabhängigen Meldepflicht eine rechtskräftige Feststellungsverfügung über das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung notwendig ist. So besteht nach dem deutschsprachigen Wortlaut die Meldepflicht, wenn am Zusammenschlussvorhaben ein Unternehmen beteiligt ist, "für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt

eine beherrschende Stellung hat". Demgegenüber deuten die französisch- und italienischsprachigen Fassungen von Art. 9 Abs. 4 KG daraufhin, dass die Marktbeherrschung im Rahmen der Erwägungen einer Verfügung, die in Bestandskraft erwachsen ist, festgestellt worden sein müsse. Denn der französische Text postuliert die erweiterte Meldepflicht, wenn "une décision passé en force établit qu'une entreprise participante occupe en Suisse une position dominante sur un marché" und der italienische Text, wenn "se risulta da una procedura fondata sulla presente legge e passata in giudicato che un'impresa partecipante alla concentrazione occupa in Svizzera una posizione dominante sul mercato". Im Gegensatz zu den in Art. 9 Abs. 4 KG verwendeten Ausdrücke "établir" und "risultare" werden für den Ausdruck "feststellen" im Sinne einer Feststellungsverfügung in Art. 25 VwVG die Ausdrücke "constater" und "accertare" verwendet (INDERMÜHLE, a.a.O., Rz. 14.7 ff.).

10.17 Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ist somit aufzuheben.

11. Unzulässige Verhaltensweisen

11.1 Eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 Abs. 1 KG liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen durch den Missbrauch seiner Stellung auf dem relevanten Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt. Das Kartellrecht verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht, und eine solche ist für sich allein auch nicht missbräuchlich, besteht doch der Sinn des Wettbewerbs gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen. Marktbeherrschung wird allerdings dann problematisch, wenn – wie Art. 7 Abs. 1 KG festhält – als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutritt. 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 Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens; BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.1; Urteile des BGer 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 6.1; 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019, *ADSL II*, E. 4.1;).

11.2 Ein missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG umfasst alle denkbaren Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen, welche

volkswirtschaftlich schädliche Effekte aufweisen oder die wirtschaftliche Freiheit von anderen Unternehmen behindern. Solche Verhaltensweisen richten sich überwiegend als sog. Behinderungsmissbrauch gegen andere Wettbewerber oder als sog. Ausbeutungsmissbrauch gegen die jeweilige Marktgegenseite, d.h. Abnehmer bzw. Lieferanten des marktbeherrschenden Unternehmens (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.1 f.; Urteile 2C_985/2015, *ADSL II*, E. 4.1; B-831/2011, *SIX*, E. 510; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388). Charakteristisch für den sog. Ausbeutungsmissbrauch ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung. Behinderungsmissbrauch umfasst dagegen sämtliche Massnahmen beherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich unmittelbar gegen aktuelle und potentielle Wettbewerber (Konkurrenten und Handelspartner) richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder den benachbarten Märkten einschränken (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.1; Urteile 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 6.1; 2C_985/2015, *ADSL II*, E. 4.1).

11.3 Der Schutz des Wettbewerbs gemäss Art. 7 KG ist somit nicht nur darauf ausgerichtet, Endverbraucher vor einem unmittelbaren Schaden durch ein missbräuchliches Verhalten zu bewahren, sondern er umfasst angesichts der dominanten Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens auch allgemein die Sicherstellung von sachgerechten Wettbewerbsbedingungen zur Aufrechterhaltung oder Ausbildung eines ausreichenden Wettbewerbs auf allen durch das jeweilige Verhalten beeinflussten Märkten (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 510; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388).

11.4 Einem marktbeherrschenden Unternehmen kommt deshalb eine besondere Verantwortung zu, durch sein Verhalten am Markt einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb nicht zu beeinträchtigen. Daher hat es auf die Anwendung von Praktiken zu verzichten, die nicht den Mitteln eines Leistungswettbewerbs entsprechen, und die zu einer Verdrängung anderer Wettbewerber führen können (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG] vom 23. November 1994 [BBI 1995 I 468, 569]; BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.1; Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 510 und 1119; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 72 f.; Urteil des EuGH vom 6. September 2017 C-413/14 P *Intel Corporation Inc./Kommission*, EU:C:2017:632 Rn. 135). Daraus folgt zum einen, dass Unternehmen in

beherrschender Stellung unter besonderen Umständen das Recht zu bestimmten Verhaltensweisen oder Massnahmen abzusprechen ist, die für sich genommen nicht missbräuchlich sind und die sogar nicht zu beanstanden wären, wenn sie von nicht beherrschenden Unternehmen an den Tag gelegt oder vorgenommen würden (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 510 und 1120; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 72 f.; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, Art. 7 I N 65). Zum anderen folgt daraus, dass einem marktbeherrschenden Unternehmen die Verpflichtung zukommt, alle praktizierenden Verhaltensweisen auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 7 KG zu überprüfen (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 1121; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 73).

11.5 Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch die nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen in Art. 7 Abs. 2 KG. Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings immer an den Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 10.1.2; Urteile 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 6.1; 2C_985/2015, *ADSL II*, E. 4.2).

11.6 Für die Auslegung von Art. 7 KG kann auf die Literatur und Praxis zu Art. 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; Abl. C 115747 vom 9. Mai 2008) gegriffen werden, da die unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG im Wesentlichen parallel zu Art. 102 AEUV geregelt sind. Liegen also gleiche Sachlagen vor, so kann primär davon ausgegangen werden, dass sie gleich beurteilt werden sollen. Davon geht implizit auch das Abkommen vom 17. Mai 2013 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (SR 0.251.268.1) im dritten Erwägungsgrund aus, da "die Systeme der Schweiz und der [Europäischen] Union für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf denselben Grundsätzen beruhen und vergleichbare Vorschriften enthalten" (BGE 139 I 73, *Publigroupe*, E. 8.2.3; Urteil 2C_985/2015, *ADSL II*, E. 4.3).

12. Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG

12.1 Sachverhalt

12.1.1 In einem Vertrag zwischen e-mediat und einem Softwarehaus D._____ wurde die Klausel A verwendet, die wie folgt lautet:

"Soweit es [...] 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 HOS-PINDEX- 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 [...] berechtigt, diese Komponenten anderweitig zu beziehen."

In einer Zusatzvereinbarung wurde zudem vereinbart, dass die D. _____ an Arztpraxen keine weiteren Medikamentendaten vertreibt ausser medINDEX.

12.1.2 Eine (zur Klausel A) weitgehend identische Klausel findet sich in einem weiteren Vertrag zwischen e-mediat und einem Softwarehaus. Dieser Vertrag wurde von den Parteien zwar unterzeichnet, jedoch nicht datiert. HCI hat am 29. November 2016 einen neuen Vertrag mit diesem Softwarehaus eingereicht, datiert auf [...], mit Bezugnahme auf den alten Vertrag, wobei angegeben wird, dieser habe vom [...] datiert. Der neue Vertrag enthält die oben erwähnte Klausel nicht.

12.1.3 Klausel B lautet wie folgt und wurde in 83 Verträgen mit Softwarehäusern verwendet, wobei 75 dieser Verträge aus den Jahren 2012 bis 2014 stammen:

"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-Programme einzuspeisen, die nicht von e-mediat stammen und die gleich oder im Wesentlichen gleich wie Daten von e-mediat strukturiert sind."

12.1.4 Ab 2015 hat HCI eine neue Formulierung gewählt, die in 21 von 23 der seit 2015 abgeschlossenen Verträge verwendet wurde:

"Kundenindividuelle Daten oder Daten von Dritten dürfen in der Softwarelösung zu den bestehenden INDEX-Daten hinzugefügt werden, sofern deren Datenquelle klar ersichtlich ist. Die Datenquelle sowie jegliche Veränderung muss für den Kunden sichtbar angezeigt werden."

12.1.5 Zu diesen neuen Verträgen wurden dem Sekretariat keine Vorgängerversionen mit den jeweiligen Softwarehäusern eingereicht, was den Schluss nahelegt, dass die Mehrheit dieser Softwarehäuser erstmals einen Vertrag mit HCI abgeschlossen hat.

12.1.6 Die Vorinstanz kam in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, mit den Klauseln A und B läge eine Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser für zusätzliche Partner- und Produkte-Stamm-Daten sowie eine Untersagung der anderweitigen Verwendung der Strukturen der Softwarehäuser vor. Dadurch sei der Absatz der Konkurrenten in missbräuchlicher Art und Weise i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. e KG eingeschränkt worden.

12.2 Grundlagen

12.2.1 Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfasst grundsätzlich alle Formen von Behinderungs- und Verdrängungspraktiken eines marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Konkurrenten und stellt damit insofern gegenüber den anderen in Art. 7 Abs. 2 KG genannten Verhaltensweisen einen Auffangtatbestand dar (Rz. 454 der Verfügung der Vorinstanz vom 19. Oktober 2015 in Sachen *Online Buchungsplattformen für Hotels* [veröffentlicht in: RPW 2016/1 S. 67 ff., 125]; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 625; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, Art. 7 II N 234 f.; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 458).

12.2.2 Der Tatbestand will verhindern, dass es durch die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zu einer künstlichen Verknappung kommt. Eine Verknappung ist dann künstlich, wenn sie nicht durch Marktveränderungen ausgelöst wird, sondern durch das Bestreben des Marktbeherrschers die Preise in die Höhe zu treiben oder sie hoch zu halten (Botschaft KG, BBl 1995 I 468, 574; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.721 und 2.723).

12.2.3 Der Tatbestand der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. e KG wird als erfüllt betrachtet, wenn kumulativ folgende Merkmale vorliegen:

- (i) Es liegt ein marktbeherrschendes Unternehmen vor, welches
- (ii) eine Verhaltensweise praktiziert, die zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung führt;
- (iii) durch die Verhaltensweise kommt es zu einer künstlichen Verknappung;

- (iv) die durch die Verhaltensweise bewirkte Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist nicht durch objektive Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt.

12.3 Marktbeherrschende Stellung

Die ehemalige Galenica-Gruppe verfügte mittels HCI auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen über eine marktbeherrschende Stellung (s. oben E. 9.2).

12.4 Einschränkung des Absatzes

12.4.1 Unter "Einschränkung des Absatzes" im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG fallen insbesondere Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, welche darauf abzielen, das Marketingspektrum der Konkurrenz zu verringern und dadurch deren Marktzugang künstlich zu beschränken, ohne dass dies eine Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des normalen Leistungswettbewerbs wäre (RPW 2016/1 S. 67 Rz. 455, *Online Buchungsplattformen für Hotels*; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 662; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, Art. 7 II N 235; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 464).

12.4.2 Der Begriff der Einschränkung erfasst dabei nur Verhaltensweisen, die Produkte oder Dienstleistungen von Konkurrenten des Marktbeherrschers entweder weniger attraktiv oder weniger absetzbar machen. Verhaltensweisen, welche die Produkte oder Dienstleistungen des beherrschenden Unternehmens zweckmässiger oder besser verfügbar machen oder die Behinderung von Konkurrenten, die auf höherwertige Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens zurückzuführen sind, fallen demgegenüber nicht unter die Bestimmung, selbst wenn dabei zwangsläufig eine Einschränkung im Sinne des Gesetzeswortlautes vorliegt (RPW 2016/1 S. 125 Rz. 455, *Online Buchungsplattformen für Hotels*; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 466 f.; vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 631 f.).

12.4.3 Einschränkende Verhaltensweisen ergeben sich nicht nur aus Verboten, durch welche die Marktgegenseite beispielsweise daran gehindert wird, an andere Wettbewerber zu liefern oder von ihnen gewisse Produkte oder Dienstleistungen zu beziehen, sondern auch aus der Setzung von Anreizen, welche derartiges Verhalten fördern (WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.746).

12.4.4 Einerseits kann die Einschränkung des Absatzes unilateralen Handlungen des marktbeherrschenden Unternehmens entspringen, indem dieses sich etwa weigert, gewisse Käufer zu beliefern oder seine Geschäftspartner mit einer Beschränkung des geographischen Marktes oder des Kundenkreises belegt (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 663). Als Beispiel kann unter Bezugnahme auf die europäische Rechtsprechung das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens angeführt werden, dem ein Ausschliesslichkeitsrecht zusteht, von dem nur mit seiner Zustimmung Abweichungen möglich sind, und das im konkreten Fall die strikte Einhaltung dieses Rechts verlangt, mit dem Ziel seinen einzigen Konkurrenten vom Markt zu verdrängen (Urteile des EuG vom 8. Oktober 1996 Rs. T-24, 25, 26 und 28/93 *Compagnie Maritime Belge Transports SA und Compagnie maritime belge SA/Kommission*, Slg. 1996 II-1201 ff. Rn. 108 f.). Andererseits kann ein marktbeherrschendes Unternehmen den Absatz durch bilaterale Handlungen einschränken, meistens in Verträgen mit Handelspartnern oder Dritten. Darunter fallen insbesondere Ausschliesslichkeitsbindungen, die als Alleinbezugsbindungen oder als Rabatte in Erscheinung treten (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 664; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 458). Alleinbezugsbindungen sind dadurch gekennzeichnet, dass der Abnehmer verpflichtet ist, die Vertragsgegenstände nur von seinem Vertragspartner, d.h. Lieferanten, zu beziehen. Zur Durchsetzung solcher ausschliesslichen Bezugsbindungen können wirtschaftliche Vor- oder Nachteile wie Erteilung oder Entzug von Treuerabatten, Auferlegung einer Vertragsstrafe, Lieferungsbruch, etc. vereinbart werden (YI-TIEN LIN, Die sog. "englische Klausel" in Bezugsbindungsverträgen und ihre Behandlung im europäischen und deutschen Kartellrecht, 2006, S. 34 f.).

12.4.5 Zur Frage, ob Alleinbezugsbindungen absatz einschränkende Wirkung haben (können), ist kurz auf die Haltung der Ökonomie einzugehen. Gemäss der Chigago School erreicht ein Produzent, der mit einem Zwischenhändler eine Alleinbezugsbindung eingehen will, dessen Zustimmung, indem er ihm einen vorteilhafteren Preis anbietet. Der Verkaufspreis des Zwischenhändlers wiederum sei durch die Kaufbereitschaft des Konsumenten begrenzt. Daher werde ein rationaler Produzent bzw. Zwischenhändler nur dann an einer Alleinbezugsbindung interessiert sein, wenn sie Effizienz verspreche. Vertreter der Post Chigago Economics haben in jüngerer Zeit jedoch gezeigt, dass sich die Chigago School in allzu einseitiger Weise auf sehr strikte Hypothesen gestützt hatte, namentlich darauf, dass: (1) die Unternehmen eine nicht-lineare Preisgestaltung verwenden, (2) alle wirtschaftlichen Akteure an der Aushandlung der Alleinbezugsbindungen

beteiligt sind, und (3) ein Unternehmen, das einen Vertrag mit Alleinbezugsbindung abgeschlossen hat, die Käufer für die dadurch erlittenen Nachteile entschädigen muss. Würden diese Hypothesen allerdings modifiziert, veränderten sich die Ergebnisse der ökonomischen Analyse. Die Verfechter der Post Chicago Economics führten in diesem Zusammenhang folgende Überlegungen an: Wenn ein potenzieller Konkurrent hohe Fixkosten aufwenden müsse, um in einen neuen Markt einzutreten, könne ein bereits im Markt aktives Unternehmen dessen Markteintritt verhindern, ohne mit allen Käufern Exklusivverträge eingegangen haben zu müssen; es reiche in diesem Fall aus, wenn das Unternehmen nur mit einigen wenigen Käufern Exklusivverträge abgeschlossen habe, um zu verhindern, dass der Konkurrent die für das wirtschaftliche Überleben erforderliche Grösse erreiche. Damit hat die moderne Theorie nachgewiesen, dass Alleinbezugsbindungen durchaus zu wettbewerbsfeindlichen Zwecken missbraucht werden können (siehe zum Ganzen AMSTUTZ/CARRON, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 1. Aufl., 2010, Art. 7 N 445 [nachfolgend zit.: {Autor}, BSK-KG 2010], nicht mehr diskutiert in der 2. Aufl. 2021).

12.4.6 Dieser Standpunkt wird heute auch in der Schweizerischen Wettbewerbspraxis vertreten. Danach behindern Alleinbezugsbindungen aktuelle oder potenzielle Konkurrenten in der Aufnahme des Wettbewerbs, sofern dadurch der Zugang zu Vertriebskanälen oder zum Endabnehmer eingeschränkt wird (Rz. 64 ff. der Verfügung der Vorinstanz vom 1. März 1999 in Sachen *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern* [veröffentlicht in: RPW 1999/1 S. 75 ff., 88 ff.]; Rz. 29 des Schlussberichts des Sekretariats der WEKO vom 11. Februar 1999 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend *Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren* [veröffentlicht in: RPW 1999/1 S. 57 ff., 62 f.]; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.734). Alleinbezugsvereinbarungen sind als kartellrechtlich zulässig zu betrachten, wenn sie im gegenseitigen Interesse der Vertragspartner liegen und in einer normalen, durch Wettbewerb gekennzeichneten Marktsituation getroffen werden. Dies gilt jedoch nicht für einen Markt, in dem der Wettbewerb wegen der marktbeherrschenden Stellung eines Geschäftspartners bereits eingeschränkt ist (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 469).

12.4.7 Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass durch die Klauseln A und B der Absatz aktueller und potentieller Konkurrenten eingeschränkt wurde. Die Beschwerdeführerinnen bringen hingegen vor, es handle sich bei den

Klauseln A und B nur um Zustimmungsvorbehalte, welche weder den eigenen Absatz von HCI noch den Absatz der Konkurrenten eingeschränkt hätten. Die Vorinstanz habe sich auf eine formale Betrachtung beschränkt und die tatsächliche Einschränkung des Absatzes durch die beiden Klauseln nicht nachgewiesen. Der mangelnde Erfolg der Konkurrenten liege in den Qualitätsunterschieden der Daten.

12.4.8 Nachfolgend ist deshalb in einem ersten Schritt zu klären, wie die Klauseln A und B zu qualifizieren sind, d.h. ob es sich um Alleinbezugsverpflichtungen, Zustimmungsvorbehalte oder Weiteres handelt. In einem nächsten Schritt ist sodann auf die Frage der Auswirkungen einzugehen.

12.4.9 Die Vorinstanz erwog zur Klausel A, es sei den Softwarehäusern durch diese Klausel untersagt gewesen, zusätzliche Partner- und Produkt-Stamm-Daten auf dem Markt zu beschaffen, da sie e-mediat exklusiv ein Vorrecht gewähren mussten, diese Nachfrage zu befriedigen. Nur falls e-mediat diese Daten nicht habe anbieten wollen oder nicht habe anbieten können, sei es den Softwarehäusern gestattet gewesen, bei anderen Datenveredlern diese Daten zu beschaffen bzw. diese Daten selbst aus Primärquellen zu beziehen und zu veredeln. Klausel A stelle somit eine Alleinbezugsverpflichtung für neu nachgefragte Daten zugunsten von e-mediat dar.

12.4.10 Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Klausel A beziehe sich nur auf Daten, die von HCI nicht angeboten würden, womit der Bezug von Konkurrenzdaten nicht ausgeschlossen werde. Zudem enthalte die Klausel A kein Verbot zur Zusammenarbeit mit einem Drittanbieter, sondern nur einen Zustimmungsvorbehalt.

12.4.11 Die Vorinstanz hält dem wiederum entgegen, bei der Klausel A spreche bereits deren Wortlaut gegen ein reines Zustimmungserfordernis zwecks Verhinderung von Leistungsstörungen.

12.4.12 Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen gegen die Qualifikation der Klausel A als Alleinbezugsverpflichtung überzeugen nicht. So kann einerseits dem Argument, die Klausel betreffe nur Daten, die nicht von HCI angeboten werden, nicht gefolgt werden. Denn gemäss Wortlaut der Klausel sind alle anderen Daten als jene im HOSPINDEX bzw. in den CIS-Daten enthaltenen betroffen. Damit kann es sich durchaus um Daten handeln, die HCI anderen Kunden bereits anbietet oder in Zukunft anbieten möchte. Zudem ist als Ausgangspunkt der gesamte relevante Markt, d.h. der Markt

für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen und nicht nur der Markt für jene veredelten, maschinenlesbaren Daten betreffend Medikamenteninformationen, die HCI aktuell der D. _____ anbot, zu betrachten. Insofern ist die Vorinstanz zutreffend zum Schluss gekommen, dass es sich um Konkurrenzdaten handelt.

12.4.13 Auch das Argument, es handle sich nicht um ein Verbot, sondern lediglich um einen Zustimmungsvorbehalt, vermag nicht zu überzeugen. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, spricht bereits der Wortlaut der Klausel A gegen eine solche Auslegung. Gemäss Wortlaut handelt es sich um ein Verbot zusätzliche Daten von Konkurrenten zu beziehen, wenn HCI diese selbst anbieten will und kann.

12.4.14 Zudem blieb in der angefochtenen Verfügung unberücksichtigt, dass HCI mit D. _____ in der Zusatzvereinbarung vom 6. bzw. 13. September 2012 zusätzlich vereinbart hat, dass die D. _____ an Arztpraxen keine weiteren Medikamentendaten vertreibe ausser medINDEX ([...]). Bei dieser Zusatzvereinbarung, welche abgeschlossen wurde, nachdem das Bundesverwaltungsgericht 2011 die Publikationspflicht im Compendium aufgehoben hatte und bevor Anfang 2013 AIPS in Betrieb genommen wurde, liegt ein Verbot vor, veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen von Konkurrenten zu beziehen; und zwar sämtliche und nicht nur solche, die HCI D. _____ aktuell mit medINDEX bereits anbot. Die D. _____ wurde also verpflichtet, ihren gesamten Bedarf betreffend veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen bei HCI zu decken.

12.4.15 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Klausel A zu Recht als Alleinbezugsverpflichtung beurteilt hat. Die Alleinbezugsverpflichtung wird zudem durch die Zusatzvereinbarung vom 6. bzw. 13. September 2012 unterstrichen.

12.4.16 Zur Klausel B erwog die Vorinstanz, sie untersage es den Softwarehäusern, die vorhandenen Strukturen für Produkte anderer Datenveredlern bzw. für eigene Datenbanken zu verwenden, wenn die Softwarehäuser selbst die Daten veredeln wollten. So werde sichergestellt, dass e-mediat weiterhin die Daten in komplettem Umfang liefern könne und es den Softwarehäusern nicht möglich sei, beispielsweise die Medikamenteninformationen von einem Konkurrenten zu beziehen oder die Arzneimittelinformationen direkt aus AIPS zu laden und selbst zu veredeln, während e-mediat die Non-Pharma Daten liefere. Während der kritischen Periode

(2012-2014) sei die Klausel systematisch bei der Erneuerung von Verträgen oder mittels Abschluss von Zusätzen zu bestehenden Verträgen eingebaut worden. Da HCI am 29. November 2016 von den meisten dieser Verträge keine neue Version eingereicht habe, sei davon auszugehen, dass diese Klauseln in diesen Verträgen noch gültig seien.

12.4.17 Dagegen bringen die Beschwerdeführerinnen vor, es handle sich auch bei der Klausel B nur um einen Zustimmungsvorbehalt und damit um kein Verbot und keine Alleinbezugsverpflichtung. Die Klausel B wäre nur dann zur Anwendung gekommen, wenn ein Softwarehaus Drittdaten direkt in die XML-Strukturen der HCI implementieren würde oder wenn Drittanbieter die Datenbankstrukturen der HCI nachahmen würden. Wenn aber die Konkurrenzdaten nicht in die Datenbankstrukturen der HCI eingepflegt würden bzw. wenn die Datenbankstruktur nicht "abgekupfert" würde, sei keine Erlaubnis von HCI erforderlich gewesen.

12.4.18 Gemäss Wortlaut der Klausel B war eine schriftliche Zustimmung von HCI notwendig, wenn die Konkurrenzdaten in die Datenbankstrukturen der HCI eingepflegt werden oder wenn die Konkurrenzdaten im Wesentlichen gleich strukturiert waren. Ohne Zustimmung von HCI lag somit in diesem Fällen ein Verbot vor. Eine Zustimmung von HCI war nur dann nicht erforderlich, wenn die Konkurrenzdaten nicht in die Datenbankstruktur von HCI eingepflegt werden wollten und auch nicht gleich oder im Wesentlichen gleich strukturiert waren.

12.4.19 Durch das Zustimmungserfordernis lag keine reine Alleinbezugsverpflichtung vor. Allerdings weist dieses Zustimmungserfordernis Ähnlichkeiten mit der sogenannten "englischen Klausel" auf. Die englische Klausel verpflichtet den Abnehmer dazu, dem Lieferanten ein besseres bzw. günstigeres Angebot eines konkurrierenden Lieferanten zu melden und nur darauf einzugehen, wenn der Lieferant ihm kein entsprechendes günstiges Angebot unterbreitet (REINERT, BSK-KG, Art. 4 Abs. 1 N 742; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.642; URS EGLI, Die Bedeutung des Kartellrechts in der Vertragspraxis [2. Teil], recht 2014, S. 67 ff., S. 73). Sowohl die englische Klausel als auch die vorliegende Klausel enthält eine Offenlegungspflicht des Abnehmers. Wenn der Abnehmer von der Klausel Gebrauch macht, muss er den Lieferanten über das konkurrierende Angebot bzw. die konkurrierenden Konditionen unterrichten. Ohne eine Mitteilung über die Existenz eines Konkurrenzangebots kann der Abnehmer nicht von seiner Abnahmepflicht befreit werden (YI-TIEN LIN, a.a.O., S. 54; vgl. auch AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 429; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.642). Sowohl die

englischen Klauseln als auch die vorliegende Klausel mit dem Zustimmungsvorbehalt erlauben es in den Besitz von Informationen über die Marktlage sowie über die Möglichkeiten und das Vorgehen der Wettbewerber zu gelangen, die für die Marktstrategie ausserordentlich wertvoll sind. Der Lieferant gewinnt einen Einblick in Konkurrenzangebote und die Marktstrategie des konkurrierenden Lieferanten, die er sonst unter normalem Marktverfahren nicht erhalten hätte. Beide Klauseln können insbesondere dazu dienen, Marktinformationen und Einzelheiten über die Konkurrenzangebote zu sammeln, um Preis- bzw. Angebotsanpassungen vorzunehmen; was die Konkurrenten darin behindert, Marktanteile zu gewinnen.

12.4.20 Deshalb können Alleinbezugsverpflichtungen selbst wenn sie mit einer englischen Klausel verbunden werden, wettbewerbschädliche Wirkungen haben. Zudem kann auch die Vereinbarung einer englischen Klausel für sich allein betrachtet zu einer missbräuchlichen Wettbewerbsbeschränkung führen (WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.737). Teilweise wird in der Lehre davon ausgegangen, dass englische Klauseln von marktmächtigen Unternehmen per se nicht vereinbart werden dürfen (EGLI, a.a.O., S. 73; WIRTZ, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht, 5. Aufl. 2012, Kap. 6 Rz. 76). Teilweise geht die Lehre davon aus, dass es von den konkreten Faktoren des Marktes abhängig sei, ob eine englische Klausel Verdrängungswirkungen entfalte (WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.643, 2.645 und 2.737, AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 429; vgl. REINERT, BSK-KG, Art. 4 Abs. 1 N 752).

12.4.21 Im Urteil vom 12. Februar 1979 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG gg. Kommission* hielt der EuGH gar fest, dass eine englische Klausel auch unter günstigsten Umständen keine merkliche Milderung der Wettbewerbsverzerrung bewirke, welche die ausschliesslichen Bezugsverpflichtungen [und Treuerabatte] auf einem Markt schaffen, der bereits eine geschwächte Wettbewerbsstruktur aufweist, weil auf ihm ein Unternehmen in beherrschender Stellung tätig ist; vielmehr verstärke diese sogar den missbräuchlichen Charakter der Ausnutzung der beherrschenden Stellung (Urteil des EuGH vom 12. Februar 1979 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG/Kommission*, Slg. 1979 -00461 Rn. 107). Im Fall *BP-Kemi - DDSF* sah die Kommission in der Verwendung einer englischen Klausel in der Alleinbezugsvereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag, EGV; ABI. EG Nr. L 157/11). Aufgrund der Ermittlung des konkurrierenden Marktverhaltens und der Abschreckung des Wettbewerbers wurde die eng-

liche Klausel allein als wettbewerbsbeschränkend beurteilt. Darüber hinaus leitete die Kommission auch den wettbewerbsbeschränkenden Charakter der englischen Klausel aus der Gesamtbetrachtung in Verbindung mit der durch die englische Klausel ergänzten ausschliesslichen Bezugsbindung und der langfristigen Bezugsbeziehung ab (sechsjährige Bezugsbindung; Entscheidung 79/934/EWG der Kommission vom 5. September 1979 in einem Verfahren nach Art. 85 EWG-Vertrag, COMP/IV/29.021 *BP Kemi - DDSF*, Abl. L 286/32; vgl. YI-TIEN LIN, a.a.O., S. 103). Im Fall *Natriumkarbonat - Solvay* stellte die Kommission ähnlich fest, dass die englische Klausel den wettbewerbsfeindlichen Effekt der langfristigen Liefervereinbarungen oder Treuerabatte nicht mildere, sondern die Bindung des Abnehmers an den Lieferanten verstärke. Denn durch die englische Klausel erhalte der Lieferant Kenntnis über die Absichten seiner Wettbewerber und der Vorteil des Lieferanten gegenüber seinen Wettbewerbern werde dadurch festgeschrieben (Entscheidung 91/297/EWG der Kommission vom 19. Dezember 1990 in einem Verfahren nach Art. 85 EWG-Vertrag, COMP/IV/33.133-A *Soda - Solvay*, Abl. L 152/1 Rz. 35, 37 und 60; Entscheidung 2003/6/EG der Kommission vom 13. Dezember 2000 in einem Verfahren nach Art. 82 EG-Vertrag, COMP/33.133-C *Natriumkarbonat - Solvay*, Abl. L 10/10 Rz. 111, 122 und 177 ff.). Im Fall *Industriegase* befand die Kommission schliesslich ebenfalls, dass die englische Klausel zu streichen sei, liess jedoch eine Ausnahme zu. Die englische Klausel könne dann weiterhin verwendet werden, wenn der Abnehmer (aber nicht der Lieferant) die Einbeziehung einer englischen Klausel in den Vertrag fordere und wenn die notwendige Vorsorgemassnahme ergriffen werde, die gewährleiste, dass der Lieferant nicht den günstiger anbietenden Wettbewerber identifizieren könne (Kommission, 19. Bericht über die Wettbewerbspolitik, 1989, Rz. 62 *Industriegase*; Pressemitteilung der Kommission IP/89/426 vom 7. Juni 1989 *Air Liquide etc.*, Ziff. 5 [abrufbar unter: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-89-426_en.htm {abgerufen am 18.08.2020}]; YI-TIEN LIN, a.a.O., S. 107 f.).

12.4.22 Die Klausel B mit ihrem Zustimmungsvorbehalt war somit aufgrund der möglichen Ermittlung des konkurrierenden Marktverhaltens und der Abschreckung der Wettbewerber geeignet, aktuellen und potentiellen Konkurrenten den Zugang zu Vertriebskanälen und zu Endabnehmern einzuschränken. Darüber hinaus ergibt sich dies auch aus einer Gesamtbetrachtung der Klausel B mit der in den Verträgen in der Regel auf 36 Monate festgelegten Mindestbezugsdauer (vgl. Vorinstanz, act. 1120, i.d.R. Ziff. 19 des Vertrages) sowie der regelmässig zu findenden Vereinbarung einer

Konventionalstrafe von Fr. [...] bei Vertragsverletzung durch das Softwarehaus (vgl. Vorinstanz, act. 1120, i.d.R. Ziff. 5 der Beilage 7).

12.4.23 An diesem Ergebnis vermag auch die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe nicht zwischen den angeblichen Wirkungen der Klausel A und Klausel B unterschieden, nichts zu ändern. Zwar sind die beiden Klauseln nicht identisch. Es handelt sich wie oben ausgeführt bei Klausel A um eine Alleinbezugsverpflichtung im eigentlichen Sinne und bei Klausel B "lediglich" um eine Klausel, die ähnliche Wirkung entfaltet. Da ihre Wirkung jedoch ähnlich ist und sie auch den gleichen Bereich betreffen, ist die Vorinstanz darin zu stützen, wenn sie davon ausgeht, dass eine isolierte Betrachtung der einzelnen Klauseln zu kurz greift.

12.4.24 Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Klausel A sei nur in einem Vertrag bzw. in 0.57% aller Verträge vorgesehen gewesen. Demzufolge könne ihr keine nennenswerte den Absatz einschränkende Wirkung zugesprochen werden. Die Klausel B sei nur in 83 Verträgen bzw. in 47% aller Verträge gewesen, womit die überwiegende Mehrheit der Softwarehäuser nicht an eine solche Klausel gebunden gewesen sei. Deshalb könnten die beiden Klauseln nicht am mangelnden Erfolg von ywesee und ouwerkerk schuld gewesen sein.

12.4.25 Auch dieses Vorbringen ist nicht stichhaltig. Wenn ein potenzieller Konkurrent hohe Fixkosten aufwenden muss, um in einen neuen Markt einzutreten, kann ein bereits im Markt aktives Unternehmen dessen Markteintritt verhindern, ohne mit allen Käufern Exklusivverträge eingegangen zu sein. Es reicht in diesem Fall aus, wenn das Unternehmen nur mit einigen wenigen Käufern Exklusivverträge abgeschlossen hat, um zu verhindern, dass der Konkurrent die für das wirtschaftliche Überleben erforderliche Grösse erreicht. Die WEKO hat im Fall *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern* beispielsweise festgehalten, dass die abgeschlossenen Exklusivverträge im Ergebnis nur 18% der Stierbesamungen auf dem Gesamtmarkt auf sich vereinigten, dass dieses Verteilnetz aber einen flächendeckenden Besamungsdienst in Platz setze, der es dem SVKB ermögliche, "die Etablierung von konkurrenzierenden KB-Unternehmen zu erschweren" (RPW 1999/1 S. 75 ff. Rz. 66, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*).

12.4.26 In casu wurden die beiden fraglichen Klauseln (bzw. vorwiegend Klausel B) in knapp der Hälfte und in der Periode von 2012 und 2014, als

sich der Markt aufgrund der Einführung von AIPS hätte öffnen können, in knapp Dreiviertel aller abgeschlossenen Verträge mit den Softwarehäusern verwendet. Angesichts dessen kann vorliegend aus der Anzahl Verträgen mit den fraglichen Klauseln nicht geschlossen werden, diese hätten keine absatzeinschränkende Wirkung.

12.4.27 Im Übrigen ist die Vorgehensweise der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Klausel A, indem sie zwar erwähnt, dass in einem weiteren Vertrag mit einem Softwarehaus eine mit der Klausel A vergleichbare Klausel zu finden sei, diesen aufgrund der fehlenden Datierung und des neuen Vertrages vom September 2015 im Ergebnis aber nicht berücksichtigt, nicht zu beanstanden.

12.4.28 Gemäss den Beschwerdeführerinnen habe HCI nie eine Anfrage um Erlaubnis für die Zusammenarbeit mit einer Drittfirma verweigert. Die Vorinstanz führe auch kein Beispiel an, bei dem die Klausel den Absatz tatsächlich beschränkt habe. Vielmehr habe HCI E._____ eine Zusammenarbeit mit ywesee erlaubt. Weiter habe HCI auch [...] Softwarehäusern erlaubt, die Daten der Datenbank [...] von F._____ mit Informationen zur sicheren Handhabung der Medikamentenabgabe zu verwenden. Diese Daten habe sie diesen neun Softwarehäusern sogar über ihren Server zur Verfügung gestellt. Auch die Klausel A sei während der Zusammenarbeit mit der D._____ nie von Relevanz gewesen und die D._____ habe sich nie darauf berufen. Vielmehr habe die D._____ die Klausel als bedeutungslos qualifiziert. Die Klauseln A und B hätten sich entsprechend gar nicht ausgewirkt.

12.4.29 Die Vorinstanz entgegnet dem jedoch, aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen selbst mit keiner Anfrage konfrontiert worden sei, könne nicht gefolgert werden, dass die Klauseln sich nicht ausgewirkt hätten. Denn insbesondere vor dem Hintergrund der übrigen Umstände könne bereits die vertragliche Festlegung verschliessende Wirkung zeitigen. Die Marktzutrittsschranken seien für allfällige Drittanbieter bereits ohne die Klauseln sehr hoch gewesen. Bei der Klausel A sei zudem zu berücksichtigen, dass Ärztinnen und Ärzte erst allmählich auf umfassende Praxisadministrationssoftware und elektronische Patientendossiers umsteigen würden und dass mit D._____ (und einem weiteren Softwarehaus) zwei Keyplayer in diesem Segment gebunden worden seien, welche potentiell der Zugang zu einer erforderlichen kritischen Masse und Kenntnis deren

Bedürfnisse zukommen würde. Zudem sei die Klausel A gerade im Segment der Ärztinnen und Ärzte verwendet worden, wo ywesee heute nur als Nischenanbieterin tätig sei.

12.4.30 Die Beschwerdeführerinnen erachten es hingegen als ungenügend, festzuhalten, die Klauseln hätten möglicherweise Wirkungen gehabt. Die Argumentation der Vorinstanz lasse vielmehr darauf schliessen, dass die Auswirkungen nicht klar seien. Die Beschwerdeführerinnen sind der Auffassung, die Vorinstanz hätte die Wirkungen nachweisen müssen.

12.4.31 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Klauseln selbst in Fällen, in denen HCI eine Zusammenarbeit mit einer Drittfirma erlaubt haben will, nicht per se unproblematisch erscheinen. Denn auch dann kommt die Offenlegungspflicht des Softwarehauses, mit der HCI über das konkurrierende Angebot unterrichtet werden muss, zum Zug. Dadurch gelangt HCI auch in diesen Fällen in den Besitz von Informationen über die Marktlage sowie über die Möglichkeiten und das Vorgehen der Wettbewerber. HCI gewinnt so einen Einblick in Konkurrenzangebote und die Marktstrategie des konkurrierenden Lieferanten, den sie sonst unter normalen Marktvorfahren womöglich nicht erhalten würde (s. oben E. 12.4.19).

12.4.32 Darüber hinaus ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass bereits die vertragliche Festlegung Absatz einschränkende Wirkungen zeitigen kann, insbesondere auch vor den von der Vorinstanz erwähnten Umständen. Die Beschwerdeführerinnen gehen fehl, wenn sie rügen, die Vorinstanz hätte die Wirkungen weitergehend nachweisen müssen. Denn eine solche Auslegung würde auch der unten in den Erwägungen 12.5.5 - 12.5.9 ausführlich darzulegenden Rechtsprechung widersprechen, wonach bereits die Möglichkeit eines Eintritts nachteiliger Einwirkungen auf den Wettbewerb als ausreichend zu qualifizieren ist und nicht tatsächlich verifizierbare Schädigungen des Wettbewerbs eintreten müssen.

12.4.33 Weiter bringen die Beschwerdeführerinnen vor, die Softwarehäuser im April 2017 darüber informiert zu haben, dass sie nicht mehr länger an die Klausel B gebunden seien. Die Aufhebung der Klausel habe zu keinen Veränderungen in den Wettbewerbsverhältnissen geführt, was die fehlende Wirkung der Klausel beweise.

12.4.34 Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, können aus einem späteren Verlauf unter anderen tatsächlichen Gegebenheiten – insbesondere bei komplexen Märkten und in Zusammenhang mit Innovationswettbewerb –

keine aussagekräftigen Schlüsse für frühere Perioden gezogen werden. Die heutige Wettbewerbssituation unterscheidet sich von der damaligen Wettbewerbssituation. Damals bestanden andere regulatorische Bedingungen als heute und die Wettbewerbsverhältnisse haben sich in den vergangenen Jahren gefestigt. Insofern ist auch dieses Vorbringen der Beschwerdeführerinnen nicht stichhaltig.

12.4.35 Im Weiteren wollen die Beschwerdeführerinnen berücksichtigt wissen, dass die Softwarehäuser im Regelfall nur Vermittler seien. Die Leistungserbringerinnen und -erbringer seien als effektive Nutzer und Kunden der HCI in keiner Weise verpflichtet, in eine ausschliessliche Bezugsverpflichtung mit HCI zu treten. Entsprechend seien die Kunden der HCI frei, mit alternativen Datenanbietern Verträge abzuschliessen.

12.4.36 Aus diesem Argument lässt sich jedoch nichts zugunsten der Beschwerdeführerinnen ableiten. Denn eine Vorgehensweise nach der Argumentation der Beschwerdeführerinnen hätte zur Folge, dass die Leistungserbringerinnen und -erbringer mit der bestehenden Software gewisse Funktionen nutzen und für die veredelten Medikamenteninformationen eine andere Software nutzen müssten. Offensichtlich würde es dabei an den für die unterschiedlichen Funktionen nötigen Schnittstellen fehlen. Eine solche Lösung erscheint für die Leistungserbringerinnen und -erbringer keine gangbare Alternative darzustellen. Es erscheint offensichtlich, dass die Leistungserbringerinnen und -erbringer nach Möglichkeit eine Software nachfragen, die möglichst alle Bereiche abdeckt. Hinzukommt, dass die meisten existierenden Softwarehäuser mit HCI einen Vertrag abgeschlossen haben, somit kaum Ausweichmöglichkeiten vorhanden sind.

12.4.37 Schliesslich bringen die Beschwerdeführerinnen unter Hinweis auf die Qualität ihrer Datenbanken sinngemäss vor, die INDEX-Datenbanken seien dank der Klauseln A und B zweckmässiger, da sie im Interesse der Kunden und der öffentlichen Gesundheit gegen redundante, überflüssige und unübersichtliche zusätzliche Daten von Drittanbietern geschützt seien. Wie bereits erwähnt fallen Verhaltensweisen, welche die Produkte oder Dienstleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens zweckmässiger machen, nicht unter Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG, selbst wenn dabei zwangsläufig eine Einschränkung im Sinne des Gesetzeswortlauts vorliegt (s. E. 12.4.2).

12.4.38 Die Beschwerdeführerinnen stellen sich sinngemäss auf den Standpunkt, die Qualität der Datenbanken und der Begriff "Zweckmässigkeit" bemesse sich insbesondere an den Faktoren Validierung, Vollständigkeit und Umfang der Daten. Daneben würden aber auch Eigenschaften wie Mehrsprachigkeit, einheitliche Abfolge und Darstellung, Einschlägigkeit, Kürze und Präzision sowie zusätzliche Inhalte und Angaben ins Gewicht fallen.

12.4.39 Die Qualität von Daten beurteilt sich anhand von vielen Aspekten (z.B. Vollständigkeit, Konsistenz, Plausibilität, Genauigkeit, Konformität; ALEXANDER THAMM/MICHAEL GRAMLICH/ALEXANDER BOREK, *The Ultimate Data and Ai Guide*, 2020, S. 37 f.). Generell gilt: Je konsistenter, genauer und vollständiger die Daten sind, desto besser. Ab welchem Punkt eine schlechte Datenqualität die Projektimplementierung oder die Funktionalität eines künstlichen Intelligenzsystems gefährdet, ist jedoch vom jeweiligen Produkt abhängig (THAMM/GRAMLICH/BOREK, a.a.O., S. 39). Es kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass "smart data", d.h. aus big data-Datenbeständen ermittelte nutzbringende, abgesicherte und hochwertige Daten, in der Regel qualitativ besser sind als big data, d.h. riesige unstrukturierte Datenmengen, die mit den bisherigen Methoden nicht analysiert oder verarbeitet werden können (vgl. JAMES A. GEORGE/JAMES A. RODGER, *Smart Data: Enterprise Performance Optimization Strategy*, Hoboken 2010). Nicht nur beim ärztlichen Einsatz gegenüber Patienten, sondern generell sind mehrsprachig, einheitlich, präzise und knapp gehaltene Daten gegenüber unformatiert redundanten Datenmengen nützlicher, zuverlässiger und zeitsparender (vgl. MICHAEL NONNEMACHER/DANIEL NASSEH/JÜRGEN STAUSBERG, *Datenqualität in der medizinischen Forschung, Leitlinie zum adaptiven Management von Datenqualität in Kohortenstudien und Registern*, 2. Aufl., 2014).

12.4.40 Die Daten zu den einzelnen Arzneimitteln in den INDEX-Datenbanken erscheinen im Vergleich mit den Einträgen in anderen Datenbanken (z.B. MEDlupdate XML von ywesee oder AIPS) übersichtlich strukturiert und präzise. Zudem enthalten sie weitere ergänzende Angaben wie beispielsweise Clinical Decision Support, Kurzinformation, Foto des Präparats, Krankenkassen-Rückerstattungsinformationen, Link zu Packungsbeilage, Preis, Abgabekategorie, was offensichtlich zur Qualität ihrer Datenbank beiträgt (vgl. Vorinstanz act. 1093).

12.4.41 Für die vorliegend zu prüfende Frage der Zweckmässigkeit des Verhaltens ist jedoch nicht entscheidend, ob die Qualität der Datenbank an

sich zweckmässig ist, sondern ob die Klauseln A und B für die Qualitätssicherung zweckmässig waren, was mit den vorerwähnten Feststellungen noch nicht beantwortet ist. Die Beschwerdeführerinnen betonen die Wichtigkeit der Qualität der INDEX-Datenbanken sowie die Wirkungslosigkeit der Klauseln. Sie unterlassen es aber darzulegen, inwiefern die Qualität ihrer Datenbanken durch die Gewährung des Zugriffs auf Daten von Drittanbietern bzw. durch die Verwendung ihrer XML-Strukturen für (im Wesentlichen) gleich strukturierten Daten von Drittanbietern konkret beeinträchtigt würde.

12.4.42 Wenn durch einen Datenbankimport beispielsweise Daten aus med-drugs von ouwerkerk oder aus MEDlupdate XML von ywesee neben den Daten der INDEX-Datenbanken in die Softwareprogramme eingespeist würden, dürfte ein Benutzer in der Regel rasch eine Wiederholung erkennen und bemerken, dass es sich um eine abweichende Datenquelle mit allenfalls weniger vollständig oder sprachlich limitierten Angaben zum selben Arzneimittel handelt. Zwar ist es durchaus denkbar, dass diesfalls einzelne Angaben aus der Datenquelle des Drittanbieters mit jenen in den INDEX-Datenbanken im Kontrast oder Widerspruch stünden. Die Beschwerdeführerin weist insofern zurecht darauf hin, dass ein Eintrag deshalb insgesamt widersprüchlich wirken könne. Dessen Ursache muss jedoch nicht zwangsläufig in fehlerhaften Angaben liegen. Denn es ist auch denkbar, dass ein Kontrast oder Widerspruch auf abweichende Auffassungen der Fachwelt oder revidierte Erkenntnisse der Behörden zurückzuführen ist, so dass der Datenbankbenutzer durch die Angaben aus zusätzlichen Datenquellen auf heikle Fragen oder einen Meinungsstreit hingewiesen wird. Zudem wurde mit den Klauseln A und B auch die Einspeisung von Daten mit neuen ausländischen Erkenntnissen verhindert, was sich negativ auf die Qualität der Daten auswirken kann. Insgesamt ergibt sich, dass die Zweckmässigkeit der Klauseln A und B für die Qualitätssicherung nicht grundsätzlich bejaht werden kann.

12.4.43 Das Tatbestandsmerkmal, dass das marktbeherrschende Unternehmen eine Verhaltensweise praktiziert, die zu einer Einschränkung des Absatzes führt, ist demzufolge gegeben.

12.5 Künstliche Verknappung

12.5.1 Im Fokus von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG stehen Behinderungs- bzw. Verdrängungspraktiken des marktbeherrschenden Unternehmens gegen-

über Konkurrenten. Erfasst werden Verhaltensweisen, die den Marktzugang von aktuellen oder potenziellen Konkurrenten beschränken, ohne dass dies Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des normalen Leistungswettbewerbs ist (Rz. 134 der Verfügung der Vorinstanz vom 14. Juli 2014 in Sachen *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA* [veröffentlicht in: RPW 2014/4 S. 670 ff., 688]; CLERC/KELLEZI, CR-Concurrence, Art. 7 II N 235).

12.5.2 Nach den Materialien ist für das Vorliegen eines Missbrauchs i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG nicht nur ein Einschränkungssachverhalt, sondern auch eine "künstliche Verknappung" erforderlich. Eine Verknappung ist dann künstlich, wenn sie nicht durch Marktveränderungen ausgelöst wird, sondern durch das Bestreben des Marktbeherrschers die Preise in die Höhe zu treiben oder sie hoch zu halten (Botschaft KG, BBI 1995 I 468, 574).

12.5.3 Der Begriff der künstlichen Verknappung nähert sich damit dem Konzept der Wettbewerbsschädigung an. Gemäss dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2798/2018 vom 16. Februar 2021 i.S. *Naxoo* muss eine Wettbewerbsbeeinträchtigung in Gestalt einer Marktzugangsbeschränkung von aktuellen oder potenziellen Konkurrenten vorliegen, ohne dass dies Folge einer normalen Marktentwicklung ist (Urteil des BVGer B-2798/2018 vom 16. Februar 2021, *Naxoo*, E. 11.4.4; vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 669). Ein Teil der Lehre ist der Auffassung, die Einschränkung von Erzeugung, Absatz und technischer Entwicklung sei bereits dann missbräuchlich, wenn die Wettbewerbsfähigkeit der Mitbewerber betroffen ist (CLERC/KELLEZI, CR-Concurrence, Art. 7 II N 246) bzw. verlangt nicht explizit das Vorliegen einer wettbewerbsschädlichen Wirkung (BORER, a.a.O., Art. 7 N 26; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, Rz. 8.93 ff.; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2008, N 1550). Demgegenüber vertreten AMSTUTZ/CARRON die Auffassung, der Schluss von einer Wettbewerbshinderung auf eine Wettbewerbs-Schädigung sei unzulässig. Es müsse nebst der Rivalenbehinderung gesondert dargetan werden, dass ein von Bst. e erfasstes Verhalten eine Wettbewerbsschädigung erzeuge (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 670). Und auch nach WEBER/VOLZ muss neben der Einschränkung der Produktion, des Absatzes oder der technischen Entwicklung eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegen (WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.746). Das Vorliegen einer Wettbewerbshinde-

rung wird auch von STÄUBLE/SCHRANER vorausgesetzt. Die Verhaltensweise, die zu einer Einschränkung führe, müsse andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 473 f.).

12.5.4 Nach europäischem Wettbewerbsrecht führen Exklusivitätsvereinbarungen, an denen marktbeherrschende Unternehmen beteiligt sind, praktisch immer zu einer nicht hinnehmbaren Beeinträchtigung des Marktzuganges, weil sie die Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens am Absatz ihrer Produkte an die exklusiv gebundenen Kunden hindern. Sie werden daher als missbräuchlich beurteilt (WIRTZ, a.a.O., Kap. 6 Rz. 76; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 18 Rz. 45 ff.).

12.5.5 Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 in Sachen *SIX* zu verschiedenen Einzelfragen hinsichtlich der Wettbewerbsbehinderung in allgemeiner Weise Stellung genommen. So ist das Bundesverwaltungsgericht unter Auslegung von Art. 7 KG und unter Berücksichtigung des Schutzzwecks zum Schluss gelangt, dass Art. 7 KG kein Erheblichkeitsmerkmal im Sinne einer Geringfügigkeitsschwelle aufweise. Dieses Ergebnis entspricht der Beurteilung von Erheblichkeitseinwänden durch die EU-Wettbewerbspraxis, wonach weder eine de minimis-Schwelle vorgesehen ist noch ein spürbarer Einfluss auf den Wettbewerb verlangt wird. Für die Verwirklichung einer Wettbewerbsverfälschung nach Art. 7 KG ist es demnach nicht erforderlich, dass die nachteiligen Einwirkungen auf den Wettbewerb durch das missbräuchliche Verhalten eine bestimmte Erheblichkeitsschwelle überschreiten (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 1132 ff., insb. E. 1144-1146).

12.5.6 Ebenso untersuchte das Bundesverwaltungsgericht in diesem Entscheid, wie für ein marktmissbräuchliches Verhalten der Nachweis über das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung zu führen ist bzw. es ging der Frage nach, ob im Sinne eines Gefährdungsdelikts bereits die Möglichkeit eines Eintritts nachteiliger Einwirkungen für die Marktteilnehmer als ausreichend zu qualifizieren ist oder ob im Sinne eines Erfolgsdelikts tatsächlich verifizierbare Auswirkungen auf Seiten der Marktteilnehmer eingetreten sein müssen. Das Bundesverwaltungsgericht stellte dabei zunächst fest, dass diese Frage in der schweizerischen Literatur unterschiedlich beurteilt wird, in der EU-Wettbewerbspraxis die Missbrauchsvorschrift des Art. 102 AEUV grundsätzlich im Sinne eines Gefährdungstatbestands qualifiziert und angewendet werde (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 1198 ff.) und

verwies dazu auf die nachfolgende EU-Wettbewerbspraxis (Urteil B-831/2011, SIX, E. 1202 ff.):

"1202. Hierbei ist massgebend, ob das fragliche Verhalten geeignet ist, eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs oder allenfalls auch eine Beseitigung des Wettbewerbs herbeizuführen (vgl. EuGH, EU:C:1979:36, Hoffman-La Roche, Ziff. 127; EuG, EU:T:2009:317, Clearstream, Ziff. 148).

1203. Die notwendige Grundlage hierfür bildet die Möglichkeit einer nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb. Ist eine nachteilige Einwirkung nicht darstellbar, scheidet die Verwirklichung einer Wettbewerbsverfälschung aus (vgl. EuGH, 14.10.2010, C-280/08P, Deutsche Telekom AG gg. EU-Kom, EU:C:2010:603, zit. Deutsche Telekom, Ziff. 254; EuGH, EU:C:2011:83, zit. TeliaSonera, Ziff. 61; EuGH, 6.6.2012, C-457/10, Astra Zeneca AB u.a. gg. EU-Kom, EU:C:2012:770, zit. AstraZeneca, Ziff. 112). Die nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb darf zudem auch nicht nur rein hypothetischer Natur sein (vgl. EuGH, EU:C:2015:615, Post Danmark II, Ziff. 65).

1204. Allerdings ist es andererseits nicht erforderlich, dass auch tatsächlich ein Erfolg oder ein bestimmter Schaden eintritt (vgl. EuGH, EU:C:2010:603, Deutsche Telekom, Ziff. 254). Vielmehr ist es bereits ausreichend, dass eine potenziell nachteilige Einwirkung nachgewiesen wird (vgl. EuGH, EU:C:2011:83, TeliaSonera, Ziff. 64 f.; EuGH, EU:C:2012:770, AstraZeneca, Ziff. 112; EuGH, EU:C:2012:221, Tomra, Ziff. 79; EuGH, EU:C:2015:615, Post Danmark II, Ziff. 66, 67).

1205. Für die Feststellung einer potenziell nachteiligen Einwirkung wurde es verschiedentlich bereits für ausreichend erachtet, auf den Zweck der Massnahme zu verweisen (vgl. EuG, EU:T:2003:250, Michelin II, Ziff. 240; EuG, EU:T:2009:317, Clearstream, Ziff. 144). Soweit ein Unternehmen unter Anführung von Beweisen die Möglichkeit einer nachteiligen Einwirkung bestreitet, bedarf es allerdings einer Auseinandersetzung mit dessen Einwänden (vgl. EuGH, EU:C:2017:632, Intel, Ziff. 138 ff.).

1206. [...]

1207. Im Ergebnis folgt aus den vorstehenden Prämissen jedenfalls, dass für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsverfälschung keine tatsächlichen Auswirkungen nachgewiesen werden müssen (vgl. DE BRONETT, W-HdKR, § 22 Rn. 48; FUCHS/MÖSCHEL, IM-EUWBR, Art. 102 Rn. 143 ff.; BULST, LB-EUKR, Art. 102 Rn. 131; EU-KOM, Prioritätenmitteilung, Ziff. 19 f., massgeblich ist die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung und nicht der Nachweis einer tatsächlich eingetretenen Schädigung)."

12.5.7 Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass eine der EU-Wettbewerbspraxis entsprechende Qualifizierung von Art. 7 KG im Sinne eines Gefährdungstatbestands sachgerecht ist. Denn die Wettbewerbsbehörde muss zum Schutz des Wettbewerbs bereits zu einem Zeitpunkt einschreiten können, in dem sie Kenntnis von einem wirtschaftlichen

Verhalten erhält, mit dem eine nachteilige Einwirkung auf den Markt einhergeht. Ansonsten würden die nachteiligen Einwirkungen auf den Wettbewerb länger andauern und damit sowohl die Beschränkung der anderen Wettbewerber als auch die Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens verstärkt werden. Zudem schlägt sich eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb nicht zwingend in einer eindeutig quantifizierbaren und durch die Wettbewerbsbehörden verifizierbaren Schädigung der anderen Wettbewerber nieder. Denn die anderen Wettbewerbsteilnehmer reagieren auf eine unangemessene Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens in der Regel nicht mit einem sofortigen Marktaustritt, sondern sie versuchen durch sonstige wirtschaftliche Massnahmen die durch die unangemessene Verhaltensweise auftretenden Einschränkungen und den sich daraus ergebenden geschäftlichen Druck zu umgehen oder zumindest abzufedern (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 1209 ff.).

12.5.8 Die Beurteilung einer Wettbewerbsverfälschung erfolgt aufgrund einer Betrachtung aus der Sicht eines objektiven Dritten. Massgebend hierfür ist allein das Handeln des marktbeherrschenden Unternehmens. Subjektive Beweggründe einer Zuwiderhandlung auf Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens sind für die Beurteilung nicht massgeblich. Sie weisen allenfalls indikative Bedeutung auf, bilden aber keine konstitutive Voraussetzung für die Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 1194 m.w.H.).

12.5.9 Diese allgemeinen Grundsätze gelten auch vorliegend. Das fragliche Verhalten muss somit geeignet sein, den Wettbewerb zu beeinträchtigen.

12.5.10 Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass es aktuellen und potentiellen Konkurrenten durch das Vorrecht von e-mediat unmöglich sei, die Softwarehäuser mit neu nachgefragten Daten zu beliefern. Entsprechend würden sie vom Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten gedrängt werden respektive Marktzutrittsschranken aufgebaut werden. Ein Vertragsschluss betreffend Lieferung neuer Daten käme zwischen dem Softwarehaus und HCI allein aufgrund der Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser zustande und nicht aufgrund besserer Vertragskonditionen. Die Klausel bewirke, dass die marktbeherrschende Stellung zukünftig zementiert werde. Für einen Markteintritt müssten aufgrund dieser Klausel potentielle Konkurrenten einen vollständigen Datensatz anbieten, die Spezialisierung auf neue Nachfragen oder ähnliches sei nicht möglich. Zudem sei zur Durch-

setzung des Vertrages und damit auch zur Durchsetzung der Alleinbezugs-
pflicht eine Konventionalstrafe vereinbart worden, die bei einem Verstoss
fällig würde.

12.5.11 Weiter erwog die Vorinstanz, das Verbot der Verwendung der
Strukturen für andere Programme verschliesse den Markt für veredelte,
maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen für po-
tentielle Konkurrenzangebote. Die Implementierung von Teildatensätzen
anderer Datenveredler werde untersagt. Die Marktzutrittschranken für po-
tentielle Konkurrenten, beispielsweise Softwarehäuser selber, würden er-
höht, da sie einen umfassenden Datensatz anbieten und eine komplett
neue Software aufbauen müssten, um ein allfälliges Konkurrenzangebot
zu implementieren. Schliesslich zeige die systematische Anwendung der
Klausel ab 2012, dass die Strategie von HCI gegen allfällige Konkurrenten
gerichtet gewesen sei. Denn in dieser Zeitperiode hätten das Urteil des
Bundesverwaltungsgerichts und die Einführung von AIPS anderen Anbie-
tern die Möglichkeit eröffnet, auf dem Markt Fuss zu fassen.

12.5.12 Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Schädigung des Wettbe-
werbs werde weder darlegt noch nachgewiesen.

12.5.13 Da bereits die Möglichkeit eines Eintritts nachteiliger Einwirkungen
auf den Wettbewerb als ausreichend zu qualifizieren ist und nicht tatsäch-
lich verifizierbare Schädigungen des Wettbewerbs eintreten müssen, lässt
sich entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen mit dem Verweis auf
eine mangelnde Darlegung und Abklärung von tatsächlich eingetretenen
Umständen die Unrechtmässigkeit einer kartellrechtlichen Verfügung we-
gen des Fehlens einer Wettbewerbsbehinderung nicht begründen.

12.5.14 Die Vorinstanz erwog, ywesee und ouwerkerk sei es nicht gelun-
gen mit ähnlichen Produkten auf dem Markt zu kommen. Ywesee sei der
Ansicht, die Klauseln hätten ihr massiv geschadet.

12.5.15 Die Beschwerdeführerinnen erachten den Hinweis der Vorinstanz
auf die Aussagen von ywesee und ouwerkerk dagegen als nicht überzeu-
gend. Ywesee behaupte zwar, die Softwarehäuser hätten sie in Bezug auf
die Apotheken ausgebremst. Es sei jedoch nicht belegt, dass die fraglichen
Klauseln dafür verantwortlich gewesen seien. Auch die Behauptung von
ywesee, T. _____ würde aufgrund eines Knebelvertrages mit HCI nicht
mit ihr zusammenarbeiten, sei unzutreffend. Gemäss Beilage 1 der Anhö-
rung von M. _____ habe sich T. _____ aus anderen Gründen für eine

Zusammenarbeit mit HCI entschlossen. Ouwerkerk mache für den mangelnden Erfolg technische Gründe geltend und bestätige, dass für die Leistungserbringerinnen und -erbringer die Qualität der Daten sehr wichtig sei. Die D. _____ habe die Klausel A selbst als bedeutungslos bezeichnet. Es habe in der untersuchten Zeitperiode in qualitativer Hinsicht keine vergleichbare Datenbank in der Schweiz gegeben. Deshalb sei davon auszugehen, dass der Erfolg von HCI auf der Qualität ihrer Leistungen und nicht auf den fraglichen Klauseln beruhe. Jedenfalls bestehe eine glaubwürdige Alternativerklärung, aus welchem Grund ywesee und ouwerkerk nicht mit dem gewünschten Erfolg in den Markt eingetreten seien.

12.5.16 Es ist davon auszugehen, dass ein wesentlicher Grund, weshalb es ywesee und ouwerkerk nicht gelungen ist, in den Markt oder stärker in den Markt einzutreten, am geringeren Datenumfang und der möglicherweise geringeren Qualität ihres Angebotes lag (vgl. auch E. 12.4.39). Dies lässt bzw. liess jedoch einen Markteintritt nicht vollständig verhindern, wie der kleine Marktanteil von ywesee im Ärztesektor zeigt. Es erscheint durchaus naheliegend, dass neben den Angebotsunterschieden auch die Klauseln A und B zu einer Behinderung von Markteintritten von Konkurrenten führten. Letztlich kann diese Frage jedoch offengelassen werden. Denn wie erwähnt genügt im Sinne eines Gefährdungsdelikts bereits die Möglichkeit eines Eintritts nachteiliger Einwirkungen für die Marktteilnehmer. Tatsächlich verifizierbare Schädigungen des Wettbewerbs durch die Klauseln A und B müssen nicht eingetreten sein.

12.5.17 Aus diesem Grund vermag auch das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, sie seien bereit gewesen, Kooperationen mit anderen Datenveredlern zuzulassen, nicht zu überzeugen. Bereits oben wurde festgehalten, dass die Klauseln aufgrund der Offenlegungspflicht selbst in Fällen, wo HCI eine Zusammenarbeit mit einer Drittfirma erlaubt haben will, nicht per se unproblematisch erscheinen. Die Klauseln waren auch dann geeignet, Marktinformationen und Einzelheiten über die Konkurrenzangebote zu sammeln, um Preis- bzw. Angebotsanpassung vorzunehmen, was die Konkurrenten darin behindern kann, Marktanteile zu gewinnen. Hinzukommt, dass es vom Willen und der Entscheidung von HCI abhängig war, ob Kooperationen mit Drittanbietern zugelassen wurden oder nicht.

12.5.18 Die Klauseln A und B waren offensichtlich geeignet, den Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen für potentielle Konkurrenzangebote zu verschliessen. Die Klauseln wa-

ren ebenso geeignet, zu verhindern, dass potentielle Konkurrenten nur Teildatensätze anbieten konnten und dass die Nachfragerinnen und Nachfrager unter den Angeboten verschiedener Wettbewerber das günstigste (für verschiedene Teildatensätze) auswählen und ohne spürbaren wirtschaftlichen Nachteil wechseln konnten.

12.5.19 Weiter bringen die Beschwerdeführerinnen vor, die Klauseln seien nicht systematisch eingeführt worden. Auch wenn die Klausel B für eine gewisse Zeitperiode in der Vertragsvorlage enthalten gewesen sei, sei damit weder die Verfolgung einer systematischen Abschottungsstrategie noch eine Verdrängungswirkung nachgewiesen.

12.5.20 Die Beurteilung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung erfolgt aus der Sicht eines objektiven Dritten. Subjektive Beweggründe einer Zuwiderhandlung auf Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens sind nicht massgeblich (s. oben E. 12.5.8). Das Verhalten eines Unternehmens in beherrschender Stellung kann auch ohne jedes Verschulden als missbräuchlich betrachtet werden. Ob das fragliche Unternehmen wettbewerbsfeindliche Ziele verfolgt hat, ist für die rechtliche Bewertung der Tatsachen unerheblich. Der Nachweis, dass das fragliche Unternehmen wettbewerbsfeindliche Ziele verfolgt hat, kann die Feststellung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung zwar untermauern, er ist aber keine Bedingung für diese Feststellung (vgl. Urteil EuG EU:T:2009:317, *Clearstream*, Rn. 141 f.). Entsprechend ist es nicht erforderlich, dass nachgewiesen wird, dass HCl mit den Klauseln A und B eine systematische Abschottungsstrategie verfolgt hat. In diesem Zusammenhang ebenso unbeachtlich ist die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe sich nicht mit ihren Argumenten betreffend Sinn und Zweck der beanstandeten Klauseln auseinandergesetzt.

12.6 Sachliche Rechtfertigungsgründe

12.6.1 Rechtfertigung des Verhaltens ist aufgrund sachlicher Gründe zulässig, auch wenn im Gegensatz zu Art. 5 Art. 7 keine ausdrückliche textliche Regelung kennt. Sachliche Gründe sind objektive Gründe. Dies bedeutet, dass es sich beim Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens um ein solches handeln muss, das sich als fairer Leistungswettbewerb beschreiben lässt (Urteil 2C_985/2015, *ADSL II*, E. 5.9).

12.6.2 Die missbräuchliche Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung kann durch legitimate business reasons

gerechtfertigt werden. Die inkriminierte Praktik kann ein objektiv notwendiges Verhalten sein. Die in Art. 7 Abs. 2 lit. e KG genannten Verhaltensweisen können insbesondere sachlich gerechtfertigt sein: (1) aus Sicherheits- und Umweltschutzgründen; (2) durch Kapazitätsengpässe, die eine Aufrechterhaltung des bisherigen Produktions- oder Vertriebsumfangs verunmöglichen; (2) als Reaktion auf eine Nachfrageänderung; (4) durch entsprechende Rationalisierungsprozesse; (5) wenn die Entstehungskosten eines Produkts nicht durch den zu erzielenden Gewinn gedeckt werden können und die Einschränkung somit auf Kosteneinsparungen beruht (JACQUELINE SIEVERS, *Legitimate business reasons beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art 7 KG*, Diss. 2014, S. 190 ff.; STÄUBLE/SCHRANKER, *DIKE-KG, Art 7 N 476*). Als objektive Gründe für eine Alleinbezugs Klausel werden beispielsweise die Übertragung von sensiblen Know-How oder eine allfällige Gegenleistung für die Exklusivität (z.B. Stabilität der Bezugsquelle für den Käufer, damit dieser wiederum seinen eigenen Kunden stets Qualität, Quantität oder gleichbleibende Preise garantieren kann) erwähnt (Rz. 68 ff. der Verfügung der Vorinstanz vom 1. Dezember 2003 in Sachen *TicketCorner* [veröffentlicht in: RPW 2004/3 S. 778 ff., 798 ff.]; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG 2010, Art. 7 N 464*, in 2. Aufl. 2021 nicht mehr diskutiert). Ausserdem darf das marktbeherrschende Unternehmen, das spezifische Investitionen tätigen musste, um einen Klienten zu beliefern, legitimerweise fordern, dass der betroffene Klient wenigstens eine gewisse Menge an gelieferter Ware bezieht, so dass die getätigten Investitionen amortisiert werden können (AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG 2010, Art. 7 N 464*, in 2. Aufl. 2021 nicht mehr diskutiert).

12.6.3 Eine Rechtfertigung durch *legitimate business reasons* kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten ist. Dies setzt voraus, dass die vom marktbeherrschenden Unternehmen ausgeübte Verhaltensweise geeignet ist, das anvisierte Ziel, d.h. den sachlichen Grund zu erreichen, und dem marktbeherrschenden Unternehmen keine alternativen Verhaltensweisen zur Verfügung stehen, die sich weniger wettbewerbsverfälschend auswirken (Gebot der Unerlässlichkeit; AMSTUTZ/CARRON, *BSK-KG, Art. 7 N 180*; STÄUBLE/SCHRANKER, *DIKE-KG, Art. 7 N 130 f.*; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.567; vgl. Urteil 2C_985/2015, *ADSL II*, E. 5.9).

12.6.4 Die Beschwerdeführerinnen machten sowohl vor der Vorinstanz als auch im Beschwerdeverfahren geltend, HCI habe insbesondere aufgrund folgender voneinander unabhängige und für sich alleine ausreichende sachliche Gründe die Klauseln in die Verträge aufgenommen:

- HCI verpflichte sich in den Lizenzverträgen mit den Leistungserbringern und -erbringern, die lizenzierten Arzneimitteldaten vertragsgemäss zugänglich zu machen. Wegen der indirekten Übermittlung der Daten über die Softwarehäuser müsse HCI in den Verträgen mit den Softwarehäusern dafür sorgen, dass die Übertragung integral und unter Wahrung der Datenintegrität erfolge. Die Klauseln hätten sichergestellt, dass eine allfällige Beeinträchtigung der Datenintegrität durch die Verwendung von Drittdaten nicht ohne Rücksprache mit HCI erfolgen könne. Entsprechend hätten die Klauseln zur Verhinderung von Leistungsstörungen in den Lizenzverträgen zwischen HCI und den Leistungserbringern und -erbringern gedient.
- Eine Vermischung der Daten durch die Softwarehäuser führe für HCI zu Haftungs- und Reputationsrisiken, da für die Leistungserbringern und -erbringer unter Umständen nicht ersichtlich wäre, welche Daten von HCI und welche Daten von Drittanbietern stammen würden. Mit dem Zustimmungserfordernis habe HCI darauf vertrauen können, dass die Softwarehäuser die entsprechenden Modalitäten zuerst mit HCI hätten klären müssen, bevor Drittdaten an die Kunden von HCI geliefert worden wären. So hätten Haftungs- und Reputationsrisiken verhindert werden können.

12.6.5 Die Vorinstanz prüfte die Frage, ob die Softwarehäuser für das Funktionieren der Software auf Daten aus einer einheitlichen Quelle, d.h. von einem Datenveredler, angewiesen seien. Die Befragung der Softwarehäuser habe ergeben, dass technisch der Einbezug anderer Daten oder auch der Einbezug unterschiedlicher Datenstämme für Medikamenteninformationen und Daten von Non-Pharma Produkten in die Software möglich wäre. Der Aufwand für eine solche Bezugsänderung sei jedoch sehr unterschiedlich eingeschätzt worden. Zudem hätten viele Softwarehäuser den Umfang und die Qualität der Daten von alternativen Anbieter in Frage gestellt. Auch das Gespräch mit einem grösseren Softwarehaus habe bestätigt, dass technisch eine Integration von Daten aus verschiedenen Quellen in die Software möglich wäre.

12.6.6 Weiter erwog die Vorinstanz, die Frage des Umfanges und der Qualität der Daten sei unabhängig von der Frage der technischen Voraussetzungen an die Daten. Qualität und Umfang seien gewöhnliche Wettbewerbsvariablen und im Wettbewerb seien durchaus qualitativ oder umfangmässig verschiedene Angebote denkbar.

12.6.7 Die Beschwerdeführerinnen weisen zutreffend daraufhin, dass die von der Vorinstanz geprüfte Frage der technischen Möglichkeit der Integration von Daten aus verschiedenen Quellen nur einen Teil der vorgebrachten Rechtfertigungsgründe abdeckt. Die Vorinstanz hätte auch auf die anderen von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten Rechtfertigungsgründe eingehen müssen. Für die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten Rechtfertigungsgründe der Verhinderung von Leistungsstörungen und von Haftungs- und Reputationsrisiken ergibt sich jedoch, dass mildere Mittel zur Verfügung standen. Mit der Vorinstanz und wie die geänderten Vertragsbestimmungen von HCI zeigen, ist davon auszugehen, dass diese beiden Ziele auch mit einer Vertragsbestimmung zu erreichen gewesen wären, wonach Daten von Dritten und Veränderungen der Datenquelle als solche sichtbar hätten gekennzeichnet werden müssen.

12.6.8 Vor welchem Hintergrund im Laufe der Untersuchung die Vertragsklausel B durch eine Kennzeichnungspflicht ersetzt wurde, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Insofern ist das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, sie hätten die Klausel B im Mustervertrag ausschliesslich vor dem Hintergrund, dass das Sekretariat während des Untersuchungsverfahrens die These vertreten habe, die Klausel B könnte eine missbräuchliche Verhaltensweise darstellen, durch eine andere Klausel ersetzt, nicht stichhaltig.

12.6.9 Soweit sich die Beschwerdeführerinnen auf die Lehrmeinung von DAVID/JACOBS berufen, wonach ein Verhalten erst unzulässig sei, wenn es offensichtlich missbräuchlich und damit meist geradezu willkürlich sei und nicht bereits dann, wenn ein anderes Verhalten sachgerechter, sinnvoller oder besser gewesen wäre (DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 755), ist festzuhalten, dass dieser Auffassung nicht gefolgt werden kann. Zum einen widerspricht sie der unter E. 12.6.3 dargestellten herrschenden Lehre und Praxis im Zusammenhang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Alles, was über das zur Interessenwahrung Notwendige hinausgeht, fällt nicht mehr in den Anwendungsbereich des Rechtfertigungsgrundes (SIEVERS, a.a.O., S. 88). Stehen alternative Strategien zur Verfügung, die wie das vom Marktbeherrscher gewählte Verhalten die angestrebten Ziele hätten erreichen können, sich aber weniger wettbewerbsverfälschend auswirken, kann nicht davon gesprochen werden, dass das marktbeherrschende Unternehmen nur zur Verwirklichung höherwertiger externer Interessen, zum Schutz seiner geschäftlichen Belange oder zur Erzeugung ökonomischer Effizienzen gehandelt hat (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 180). Zwar sind nicht jegliche hypothetische oder theoretische Alternativen zu erwägen. Wenn wie

im vorliegenden Fall ein anderes naheliegenderes Verhalten, sachgerechter und weniger wettbewerbsverfälschend ist um das anvisierte Ziel zu erreichen, scheidet eine Rechtfertigung durch legitimate business reasons aber per se aus.

12.6.10 Zudem ist eine solche Auffassung auch nicht mit dem Grundgedanken zu vereinen, wonach einem marktbeherrschenden Unternehmen eine besondere Verantwortung zukommt, durch sein Verhalten am Markt einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb nicht (weiter) zu beeinträchtigen. Daher hat es auf die Anwendung von Praktiken zu verzichten, die nicht den Mitteln eines Leistungswettbewerbs entsprechen, und die zu einer Verdrängung anderer Wettbewerber führen können (s. oben E. 11.4).

12.6.11 Da die Verhältnismässigkeit nicht gewahrt ist, erübrigt sich eine weitere Prüfung dieser beiden vorgebrachten Rechtfertigungsgründe.

12.6.12 Weiter bringen die Beschwerdeführerinnen vor, es liege mit der Verhinderung von UWG-Verletzungen durch Anbieter von Drittdaten ein weiterer sachlicher Rechtfertigungsgrund vor. Die Datenbankstruktur sei von HCI selbständig entwickelt worden und aufgrund der Möglichkeit der verschiedenen Verknüpfungen von Produkten äusserst komplex. Bei unveränderter Übernahme dieser Strukturierung durch ein Konkurrenzunternehmen würde das kommerzielle Anbieten der Arzneimittelinformationen in der von HCI entwickelten XML-Datenbankstruktur gegen Art. 5 Bst. c UWG verstossen. Klausel B habe es HCI ermöglicht, allfällige Verstösse gegen das UWG frühzeitig zu erkennen bzw. darauf Einfluss zu nehmen, dass die Datenbankstruktur nicht tel quel übernommen werde.

12.6.13 Die Vorinstanz weist daraufhin, dass es sich hierbei um ein neues Argument handle. Mit den zivil- und/oder strafrechtlichen Mitteln würden zum Schutz gegen einen Verstoss gegen das UWG mildere Mittel zur Verfügung stehen. Da dieser Grund erst in der Beschwerde erwähnt werde, scheine er ferner auch nicht dem ursprünglichen Zweck der Klausel zu entsprechen. Entsprechend falle dieses Argument als Rechtfertigung für den Verstoss gegen das Kartellgesetz ausser Betracht.

12.6.14 Gemäss den Beschwerdeführerinnen hindern die zivilrechtliche Klagemöglichkeiten und Straftatbestände im UWG die Unternehmen nicht, zusätzliche Vorkehren zu treffen, um Rechtsverletzungen zu verhindern. Präventivmassnahmen seien wirkungsvoller, als nachträglich zeit- und kos-

tenintensive Prozesse zu führen. Im Übrigen seien die Befürchtungen betreffend UWG-Verletzungen nicht nachgeschoben, bereits 2012 hätten sie sich mit Schutzmöglichkeiten vor UWG-Verletzungen befasst, was das Memorandum "Schutzstrategie Index-Produkte" vom 30. Mai 2012 belege. Zudem würde die Anfertigung einer Kopie der Strukturen der INDEX-Produkte sowie das Erstellen eines Konkurrenzprodukts mit derselben XML-Schnittstelle auch das Urheberrecht der Beschwerdeführerin 2 verletzen.

12.6.15 Für die Vorinstanz zeigt das Memorandum "Schutzstrategie Index-Produkte" jedoch, dass die Beschwerdeführerinnen unter dem Vorwand des Schutzes der Strukturen die Daten monopolisieren würden. An den Daten kämen ihnen eben keine exklusiven Rechte zu. Für eine funktionierende Datenübertragung müssten die Softwarehäuser über Schnittstellen verfügen. Sobald sie die Daten über die Schnittstelle bezogen und die darin enthaltenen Daten in ihre eigene softwarespezifische Struktur überführt hätten, habe sich der Schutz erschöpft, da die ursprüngliche Struktur des XML-Dokuments für die weitere Datennutzung nicht mehr benötigt werde. Aus welcher Quelle Daten stammen würden, könne ausserdem von den Softwarehäusern abgebildet werden. Die von den Beschwerdeführerinnen verwendeten Klauseln würden somit, sicher nicht das mildeste Mittel zur Erreichung der vorgegebenen Zwecke darstellen.

12.6.16 Die Beschwerdeführerinnen halten diese Ausführungen der Vorinstanz zur Erschöpfung des Schutzes schliesslich aus immaterialgüterrechtlicher Perspektive und aus UWG-Sicht als nicht nachvollziehbar. Auch marktbeherrschende Unternehmen dürften sich auf das UWG und die Immaterialgüterrechte berufen. Es sei zwar möglich, dass marktbeherrschende Unternehmen einem Kontrahierungszwang unterliegen und Zwangslizenzen gewähren müssten. Aber auch bei dieser Konstellation sei der Schutz der Rechte nicht vollständig aufgehoben.

12.6.17 Vorliegend ist unbestritten, dass an den Daten kein Schutz durch Immaterialgüterrechte besteht (s. oben E. 2.2.2.4). Einzig die XML-Strukturen der INDEX-Produkte geniessen urheberrechtlichen Schutz. Darunter fallen das Kopieren der XML-Strukturen und das Anbieten eines Konkurrenzproduktes mit derselben XML-Schnittstelle.

12.6.18 Im Wettbewerbsrecht hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass Nachahmungen grundsätzlich zulässig sein müssen, weil sie die Verbreitung von Innovationen fördern und zu sinkenden Preisen führen. Diese An-

sicht findet Ausdruck im heute allgemein anerkannten Grundsatz der Nachahmungsfreiheit. Danach steht es jedermann frei, die Erzeugnisse eines Konkurrenten nachzuahmen und ebenfalls anzubieten, sofern kein Schutz durch Immaterialgüterrechte besteht (FLORENT THOUVENIN, Art. 5 lit. c UWG – reloaded, sic! 2018, S. 595 ff., S. 595 f., m.w.H.).

12.6.19 Eine Nachahmung liegt vor, wenn ein Erzeugnis nach einer bestimmten Vorlage mehr oder minder detailgetreu nachgebildet wird, ohne dass diese Vorlage in das Reproduktionsverfahren einbezogen worden ist. Die Nachahmung basiert auf einem gedanklichen Vorgang, bei dem das nachzuahmende Erzeugnis vom Nachahmer analysiert wird, um mithilfe der so gewonnen Erkenntnisse ein identisches oder ähnliches Erzeugnis zu schaffen. Dadurch grenzt sich die Nachahmung von der unmittelbaren Übernahme ab, bei welcher das Erzeugnis eines Dritten gegenständlich ins Reproduktionsverfahren einbezogen wird. Mit der Übernahme befasst sich Art. 5 lit. c UWG (FLORENT THOUVENIN, a.a.O., S. 596, m.w.H.). Der Tatbestand besagt, dass unlauter handelt, wer das marktreife Arbeitsergebnis eines anderen ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technisches Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet. Art. 5 lit. c UWG ist aufgrund der oben erwähnten Nachahmungsfreiheit sehr eng formuliert (SIMONE BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, in: Peter Jung/Philippe Spitz, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], 2. Aufl. 2016, Art. 5 N 37). Einschränkend wirken insbesondere die Voraussetzung des technischen Reproduktionsverfahrens und die restriktive Auslegung des Tatbestandsmerkmals des angemessenen eigenen Aufwands (vgl. FLORENT THOUVENIN, a.a.O., S. 597 und 602 m.w.H.).

12.6.20 Die Klausel B erfasst nicht nur das Kopieren der XML-Strukturen der HCI und das Anbieten eines Konkurrenzproduktes mit derselben XML-Schnittstelle und auch nicht nur die Übernahme der Daten ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technisches Reproduktionsverfahren, sondern sie erfasst eben auch durch das UWG nicht geschützte Nachahmungen. Darüber hinaus betrifft sie sogar Daten, die HCI selber gar nicht anbot. Angesichts dessen und unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes der Nachahmungsfreiheit erscheint die Klausel B bzw. eine Rechtfertigung durch legitimate business reasons wegen Verhinderung von UWG-Verletzungen nicht verhältnismässig. Die Vorinstanz hat zutreffend darauf hingewiesen, dass mit den zivil- und/oder strafrechtlichen Mitteln des UWG (Art. 9 und 23 UWG) mildere Mittel gegen einen Verstoss gegen das UWG zur Verfügung stehen. Soweit die Beschwerdeführerinnen diesbezüglich

vorbringen, Präventivmassnahmen seien wirkungsvoller um Rechtsverletzungen zu verhindern, ist festzuhalten, dass es ihnen unbenommen gewesen wäre, zusätzlich eine engere Vertragsbestimmung zu verwenden, die effektiv nur auf die möglichen Urheberrechts- und UWG-Verletzungen abgezielt hätte. Die vorliegende Klausel geht jedoch weit darüber hinaus. Eine Rechtfertigung durch legitimate business reasons wegen Verhinderung von UWG-Verletzungen kommt somit aufgrund der fehlenden Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit nicht in Betracht.

12.7 Fazit

Als Ergebnis der Prüfung im Beschwerdeverfahren ist festzustellen, dass die Verwendung der Klauseln A und B durch HCI in den Verträgen mit den Softwarehäusern ein wettbewerbswidriges Verhalten in der Missbrauchsform einer Einschränkung des Absatzes gemäss Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. e KG darstellt.

13. Koppelung von Leistungen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG

13.1 Sachverhalt

13.1.1 Documed bzw. HCI bot gemäss den abgeschlossenen Verträgen und dem Leistungskatalog für das Jahr 2013 den Zulassungsinhaberinnen mit dem Basismodul D1 die Publikation der Fach- und Patienteninformationen im Compendium (auf www.compendium.ch, in der entsprechenden App sowie im E-Book) und mit dem Basismodul E1 die Aufnahme der Medikamenteninformationen in die INDEX-Produkte (sowie Clinical Decision Support bei RX-Produkten) an. Beide Dienstleistungen konnten nur mit den Basisdienstleistungen der Module D1+E1 bezogen werden, welche insbesondere redaktionelle und technische Qualitätssicherungs- und Aufbereitungsarbeiten enthielten (sowie das Auftragsmanagement via [compendiumPORTAL2](#)).

13.1.2 Der Upload auf AIPS war gemäss Leistungskatalog nicht in den Modulen enthalten. Documed bzw. HCI nahm jedoch bei entsprechender Beauftragung durch den Kunden gemäss Ziffer 2 der "Vereinbarung zur Publikation von Informationen im Arzneimittel-Kompendium der Schweiz® und in den INDEX-Produkten" auch die Publikation der Kundentexte in AIPS gemäss den Swissmedic-Anforderungen vor. Hierfür wurde den Zulassungsinhaberinnen kein zusätzliches Entgelt verrechnet.

13.1.3 Die Vorinstanz kam in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, Galenica habe mittels HCI durch dieses Modulbundling den Tatbestand der an den Abschluss von Verträgen gekoppelten Bedingung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. f KG erfüllt.

13.2 Grundlagen

13.2.1 Ein Koppelungsgeschäft gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG liegt vor, wenn an den Abschluss von Verträgen die Bedingung gekoppelt wird, dass ein Geschäftspartner zusätzliche Leistungen in Form von Waren oder Dienstleistungen anzunehmen oder zu erbringen hat, die keinen sachlichen Zusammenhang zum Grundgeschäft aufweisen (Urteil 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 6.2.1; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 489; ZÄCH, a.a.O., Rz. 700; WEBER/VOLZ, a.a.O., N 2.752). Der Anbieter des koppelnden Gutes macht dessen Lieferung abhängig von der Abnahme einer zusätzlichen Leistung. Der Abnehmer ist in der Wahl der zusätzlichen Leistung nicht frei, hat also keine andere Wahl, als auch das gekoppelte Gut zu erwerben (Urteil 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 6.2.2).

13.2.2 Es gibt verschiedene Koppelungstechniken, wie die Bündelung ("pure bundling"), das Verbundgeschäft ("tying") und das Anreizgeschäft ("mixed bundling"), welche durch direkte oder indirekte Koppelung erreicht wird. Die Bündelung umfasst den ausschliesslich gemeinsamen Absatz von Haupt- und Zusatzprodukt. Die beiden Güter werden stets nur in einem Koppelungsverhältnis angeboten. Das Verbundgeschäft umfasst den ausschliesslichen Absatz des Hauptprodukts zusammen mit dem Zusatzprodukt aufgrund einer einseitigen Kombination des Hauptprodukts mit dem Zusatzprodukt, weshalb das Zusatzprodukt auch alleine verfügbar bleibt. Das Anreizgeschäft umfasst die Sachverhalte, bei denen eine unabhängige Abnahme von Haupt- und Zusatzprodukt aufgrund einer bloss fakultativen Kombination zwar theoretisch möglich bleibt, die gleichzeitige Nachfrage aufgrund spezifischer ökonomischer Anreize – wie die Ausgestaltung von Gesamtpreisen oder die Gewährung von Rabatten und sonstigen Vergünstigungen bei Abnahme von Haupt- und Zusatzprodukt – aber bei realistischer Betrachtung ganz offensichtlich vorzuziehen ist (Urteile 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 6.2.2; B-831/2011, *SIX*, E. 1266; B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 250 m.w.H; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 683 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 497; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.763). Hinsichtlich Koppelungsgrund wird zwischen vertraglicher und faktischer Koppelung unterschieden (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 1267).

13.2.3 Koppelungsgeschäfte sind kartellrechtlich relevant, wenn daraus eine Wettbewerbsbeschränkung resultiert. Das ist insbesondere der Fall, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Stellung ausnutzt, um seine Lieferanten oder Abnehmer zur Belieferung bzw. Abnahme eines Gutes zu bewegen, das sie entweder gar nicht oder zumindest nicht zu den vom marktbeherrschenden Unternehmen vorgegebenen Geschäftsbedingungen absetzen bzw. erwerben möchten, oder um seine Marktmacht auf den Markt des gekoppelten Gutes, auf dem es bislang nicht marktbeherrschend ist, zu übertragen (Urteil 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 6.2.2; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 502; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, Art. 7 II N 279 f.).

13.2.4 Der Absatz des Zusatzprodukts beruht in solchen Fällen nicht auf dessen eigenen Leistungsfaktoren, sondern knüpft an den von den jeweiligen Nachfragern bzw. Anbietern angestrebten Absatz des Hauptprodukts an. Die Wettbewerbsverfälschung kann somit bestehen in:

- (i) einer Benachteiligung der Marktgegenseite des marktbeherrschenden Unternehmens durch die Aufhebung seiner Handlungsfreiheit infolge der Notwendigkeit zur Abnahme oder Leistung eines Produkts, welches gar nicht oder jedenfalls nicht unter Anwendung der jeweiligen Modalitäten abgenommen oder geleistet worden wäre; und/oder
- (ii) (ii) einer Behinderung von Konkurrenten durch deren Verdrängung, indem diesen die Nachfrager bzw. Anbieter auf dem Markt des Zusatzprodukts entzogen werden.

Durch eine Koppelung kann die Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Markt des Hauptprodukts oder auf dem Markt des Zusatzprodukts oder auch auf beiden Märkten gestützt oder verstärkt werden (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1265; B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 249; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, Art. 7 II N 263 f.; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 491; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.753).

13.2.5 Der Tatbestand der unzulässigen Koppelung von Leistungen i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. f KG wird als erfüllt betrachtet, wenn kumulativ folgende Merkmale vorliegen (Urteile 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 6.2.1; B-831/2011, *SIX*, E. 1268; B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 253):

- (i) marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens auf dem Markt des Hauptprodukts;

- (ii) Vorliegen separater Produkte, d.h. das koppelnde und das gekoppelte Gut sind getrennte Güter;
- (iii) Kombination bzw. Verknüpfung von Haupt- und Zusatzprodukt durch das marktbeherrschende Unternehmen;
- (iv) wettbewerbsbeschränkender Effekt;
- (v) Fehlen von Rechtfertigungsgründen.

Im Urteil B-831/2011 i.S. *SIX* wird als zusätzliches Merkmal das Vorliegen von "Marktteilnehmer als Vertragspartner" genannt (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 1268).

13.3 Marktbeherrschende Stellung

13.3.1 Für die Koppelung muss dem ausführenden Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt des Hauptprodukts zukommen. Eine besondere Stellung auf dem Markt des Zusatzprodukts ist nicht erforderlich (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1294; B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 254; *AMSTUTZ/CARRON*, BSK-KG, Art. 7 N 719; *STÄUBLE/SCHRANER*, DIKE-KG, Art. 7 N 504; *WEBER/VOLZ*, a.a.O., Rz. 2.754).

13.3.2 Vorliegend war die ehemalige Galenica-Gruppe mittels HCI auf dem Markt für die Aufnahme und den Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen in der Schweiz marktbeherrschend (s. oben E. 9.3).

13.4 Vertragspartner

13.4.1 Als Vertragspartner gelten diejenigen Marktteilnehmer, die mit dem marktbeherrschenden Unternehmen eine rechtlich verbindliche Vereinbarung über die Annahme oder Erbringung des Hauptproduktes oder eines Zusatzproduktes abschliessen bzw. abschliessen wollen (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 1303). Dabei werden aufgrund der ausdrücklichen Formulierung "annehmen oder erbringen" die Vertragspartner sowohl auf der Nachfrageseite als auch auf der Angebotsseite erfasst (Botschaft KG, BBI 1995 I 468, 576; *CLERC/KËLLEZI*, CR-Concurrence, Art. 7 II N 271; *STÄUBLE/SCHRANER*, DIKE-KG, Art. 7 N 490; *WEBER/VOLZ*, a.a.O., Rz. 2.752). Eine Koppelung kann daher sowohl gegenüber Lieferanten als auch gegenüber Kunden erfolgen (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 1304).

13.4.2 Vorliegend bilden die Zulassungsinhaberinnen für die Aufnahme und den Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen die potentiellen Vertragspartnerinnen der HCI.

13.5 Vorliegen separater Produkte

13.5.1 Ein Koppelungsgeschäft ist nur unzulässig, wenn es zwei getrennte Güter kombiniert. Von getrennten Gütern spricht man dann, wenn die zusätzliche Leistung in keinem sachlichen Zusammenhang zur Hauptleistung steht (Urteil 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 6.2.2). Das Zusatzprodukt muss ein vom Hauptprodukt unterscheidbares Produkt darstellen, das auf einem eigenen Markt gehandelt wird oder zumindest gehandelt werden könnte und aus Sicht der Marktgegenseite Haupt- und Zusatzprodukt auch tatsächlich unabhängig voneinander nachgefragt bzw. angeboten werden (würden) (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1312; B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 255; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 721 ff.; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, Art. 7 II N 276; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 494 f.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.758).

13.5.2 Massgebend für die Beurteilung im Einzelfall ist regelmässig eine marktorientierte Betrachtung (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1313; B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 255; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 725; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.758), bei der eine individuell-typisierte Abgrenzung vorzunehmen ist. Soweit die Beurteilung weitgehend auf Prognosen beruht, kann ausnahmsweise auch eine auswirkungsbasierte Beurteilung sachgerecht sein (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1313; B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 255; vgl. Entscheidung 2007/53/EG der Kommission vom 24. März 2004 betreffend ein Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag und Artikel 54 EWR-Abkommen, Comp/C-3/37.792 *Microsoft Corp.*, ABl. 2004 L 32/23 Rn. 946 und 968; Urteil des EuG vom 17. September 2007 T-201/04 *Microsoft/Kommission*, Slg. 2007 II-03601 Rn. 1089). Für diese Beurteilung ist weder auf besondere Sachverhaltskonstellationen einer Verwendung der Produkte noch subjektiv-individuelle Vorstellungen einzelner Nachfrager, des marktbeherrschenden Unternehmens oder der Konkurrenten, sondern allein auf die objektive Sichtweise des Durchschnittskunden in Bezug auf die übliche Verwendung der jeweiligen Produkte abzustellen (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1313; B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 255). Auch die Terminologie oder die Geschichte der in Frage stehenden Güter sind untaugliche Kriterien (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 729).

13.5.3 Ob die Produkte als separate Produkte angesehen werden, hängt von der Verbrauchernachfrage ab. Zwei separate Produkte liegen dann vor, wenn ohne die Koppelung bzw. Bündelung eine grosse Anzahl von Kunden das Koppelungsprodukt kaufen würden bzw. gekauft hätten, ohne auch das gekoppelte Produkt beim selben Anbieter zu erwerben, so dass jedes der beiden Produkte unabhängig vom anderen hergestellt werden kann. Als direkter Beweis für die Existenz zweier separater Produkte kann der Umstand gelten, dass Verbraucher, wenn sie die Wahl haben, das Koppelungs- und das gekoppelte Produkt von unterschiedlichen Quellen beziehen. Als indirekter Beweis kann die Marktpräsenz von Unternehmen, die auf die Fertigung oder den Verkauf des gekoppelten Produkts (ohne das Koppelungsprodukt) spezialisiert sind, gelten. Der Nachweis zweier verschiedener Güter kann auch auf der Basis des Verhaltens von Anbietern begründet werden, die über keine marktbeherrschende Stellung verfügen und unter Bedingungen wirksamen Wettbewerbs tätig sind: Tendieren diese dazu, die beiden Güter nicht zu kombinieren, kann davon ausgegangen werden, dass ihr Angebot der Kundennachfrage am besten entspreche und dass folglich zwei gesonderte Güter vorlägen (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 728; Ziff. 51 der Prioritätenmitteilung).

13.5.4 Die Vorinstanz erwog, die Zulassungsinhaberinnen seien im Unterschied zu früher nur verpflichtet, die Arzneimittelinformationen auf AIPS zu publizieren. Es bestehe jedoch keine gesetzliche Pflicht zur Aufnahme in das Compendium. Im Hinblick auf die obligatorische Publikation auf AIPS erfolge eine redaktionelle und technische Qualitätssicherung im Rahmen des Zulassungsgesuches durch Swissmedic. Dabei würden die Zulassungsinhaberinnen vorgängig eine Qualitätssicherung durchführen, welche im Zulassungsverfahren durch Swissmedic genehmigt werde. Durch dieses Verfahren werde die Qualität der Arzneimittelinformationen gewährleistet und damit die den Zulassungsinhaberinnen obliegende Sorgfaltspflicht erfüllt. Eine nachgelagerte erneute redaktionelle Qualitätssicherung sei nicht notwendig. Die vorgängige Qualitätskontrolle könne durch die Zulassungsinhaberinnen selbst oder durch Externe durchgeführt werden, was das Vorliegen getrennter Dienstleistungen beweise. Das gleiche gelte für den Prozess des Uploads auf AIPS. Es bestehe keine Pflicht der Zulassungsinhaberinnen einen privaten Anbieter zu engagieren, Outsourcing sei aber möglich. Gemäss Antworten der Zulassungsinhaberinnen auf den Fragebogen des Sekretariates im Jahr 2013 hätten zumindest acht Unternehmen die Dienstleistung der Qualitätskontrolle und des Uploads angeboten. Auch HCI wäre es offen gestanden, separat eine Qualitätskontrolle für die Publikation auf AIPS und den Upload auf AIPS anzubieten.

13.5.5 Der Upload auf AIPS müsse als zusätzlicher Arbeitsschritt vorgenommen werden, der von der Strukturierung und Codierung bzw. der Aufnahme der Daten in die INDEX-Produkte unabhängig vollzogen werde.

13.5.6 Weiter erwog die Vorinstanz, gewisse Arbeiten, die im Zusammenhang mit der Aufnahme der Daten in die Datenbank eines Datenveredlers erbracht würden, wie beispielsweise die Strukturierung und Codierung der Daten, seien so eng mit dieser verknüpft, dass eine Trennung der Dienstleistungen nicht möglich sei. Die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle müsse hingegen als zusätzlicher Arbeitsschritt vorgenommen werden. Durch die Strukturierung und Codierung könne nicht mit dem gleichen Aufwand oder mit unwesentlichen Mehraufwand gleichzeitig eine Qualitätssicherung vorgenommen werden. Hinzukomme, dass diese Dienstleistung von HCI nur einen Mehrwert bringe, wenn sie vor der Publikation auf AIPS erfolge, sie aber durch die Gestaltung der Module mit der Aufnahme ins Kompendium bzw. die INDEX-Datenbanken verknüpft sei.

13.5.7 Bei der Aufnahme der Daten in die Datenbank von HCI werden verschiedene Arbeiten ausgeführt und teilweise vermischt. Einerseits werden die Daten strukturiert und codiert. Diese Arbeiten sind – wie von der Vorinstanz festgestellt – mit der Aufnahme der Daten in die Datenbank so eng verknüpft, dass eine Trennung der Dienstleistungen nicht möglich ist. Gleiches gilt für Qualitätssicherungsarbeiten, die zwingend und direkt mit der Struktur und Codierung der Datenbanken von HCI verbunden sind. Auch diesbezüglich liegen keine separaten Dienstleistungen vor. Weiter geben die Beschwerdeführerinnen an, für ihr Produkt die Aktualität der Daten auf AIPS zu überprüfen. Dies stellt ebenfalls ein logischer mit der Aufnahme der Daten in die Datenbank zusammenhängender Schritt dar, welcher nicht abtrennbar ist.

13.5.8 Weiter nimmt HCI redaktionelle und technische Qualitätskontrolle bei den Arzneimittelinformationen, d.h. den Fach- und Patienteninformationen, vor, die von Swissmedic in einem Prüfungsverfahren geprüft werden. Darüber hinaus beschränkt sich die Qualitätskontrolle von HCI nicht nur auf diese Arzneimittelinformationen, die auch auf AIPS hochzuladen sind, sondern betreffen auch weitere Informationen und Daten. Was die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen, d.h. der Fach- und Patienteninformationen betrifft, ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass für diese bereits im Rahmen des Zulassungsgesuches durch Swissmedic geprüfte Daten keine zusätzlich nachgelagerte Qualitätskontrolle notwendig ist. Die Qualitätskontrolle dieser Informationen stellt eine

separate Dienstleistung dar, die unabhängig von der Aufnahme und dem Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen bzw. in concreto der Aufnahme in die INDEX-Produkte und das Compendium nachgefragt bzw. angeboten werden (kann). Dies folgt einerseits aus dem Umstand, dass für ersteres eine regulatorische Pflicht besteht, für zweiteres hingegen nicht. Andererseits ergibt sich dies aus dem Umstand, dass ersteres gemäss den Antworten der Zulassungsinhaberinnen auf den Fragebogen des Sekretariates im Jahr 2013 zumindest von acht Unternehmen angeboten oder von den Zulassungsinhaberinnen selbst durchgeführt wurde.

13.5.9 Auch der Upload auf AIPS stellt ein zusätzlicher Arbeitsschritt dar, der von der Strukturierung und Codierung bzw. der Aufnahme der Daten in die INDEX-Produkte unabhängig vollzogen wird. Dass dieser Arbeitsschritt nicht zwingend mit den Dienstleistungen der Datenbankplattform im Markt für den Zugang zu veredelten Daten verbunden ist, wird auch von den Beschwerdeführerinnen explizit anerkannt.

13.5.10 Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Vorinstanz habe keine Marktabgrenzung vorgenommen und auf eine marktorientierte Analyse der Frage, ob die gekoppelten Dienstleistungen in unterschiedlichen Märkten nachgefragt werden, verzichtet.

13.5.11 Die Vorinstanz hat sich in der Verfügung mit dem Markt der Qualitätskontrolle bzw. der Marktabgrenzung auseinandergesetzt und hierzu unterschiedliche Aspekte aufgeführt (s. oben E. 13.5.4 f.). Gestützt darauf kam sie zum Schluss, dass die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen im Hinblick auf die Publikation sowie der Upload dieser Informationen auf AIPS einerseits und die Veredelung der Medikamenteninformationen (inkl. einer allfälligen, mit der Erstellung des spezifischen Produktes zusammenhängenden [erneuten] Qualitätssicherung) andererseits nicht dem gleichen Markt zuzuordnen sind und separate Märkte darstellen.

13.5.12 Für die Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen im Hinblick auf die Publikation und den Upload dieser Informationen auf AIPS besteht eine regulatorische Pflicht. Dieses Dienstleistungspaket wird auf dem (separaten sachlich relevanten) "Markt für Beratungs- und Unterstützungsdienstleistungen während des Zulassungsverfahrens" gehandelt. Dieser Markt ist zeitlich unbefristet. Die auf dem Markt gehandelten Leistungen

sind aber nur solange von Interesse für die Nachfrager, wie das jeweilige Zulassungsverfahren von Swissmedic noch nicht abgeschlossen ist.

13.5.13 In der Pharmabranche ist es nicht unüblich, dass sich die Zulassungsinhaberinnen während des Zulassungsverfahrens von einem externen Dienstleister beraten und unterstützen lassen. In einzelnen Fällen wird die Abwicklung der Zulassung auch gänzlich outgesourct. In der Schweiz haben sich mehrere Unternehmen in diesem Bereich spezialisiert (vgl. Stellungnahmen der Zulassungsinhaberinnen zum Auskunftsbegleiten, insb. Vorinstanz, act. 173, 196, 279 ff., 320 und 389). Es kann davon ausgegangen werden, dass das Dienstleistungspaket "Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen mit optionalem Gratisupload auf AIPS" von HCI und Dritten ohne Weiteres separat auf dem Markt angeboten werden kann. Ebenso kann davon ausgegangen werden, dass die Zulassungsinhaberinnen dieses Dienstleistungspaket effektiv nachfragen würden und hierfür eine gewisse Zahlungsbereitschaft bestehen würde. Dies insbesondere auch deshalb, weil das Zulassungsverfahren im Endeffekt auch von der Qualität der Arzneimittelinformationen abhängig ist. Reichen die Zulassungsinhaberinnen ihre Arzneimittelinformationen bereits von Beginn an in einer hohen Qualität zur Genehmigung ein, geht das Zulassungsverfahren wesentlich schneller. Die Nachfrage bzw. Zahlungsbereitschaft der Zulassungsinhaberinnen für das Dienstleistungspaket "Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen mit optionalem Gratisupload auf AIPS" sinkt jedoch gegen Null, sobald das Zulassungsverfahren abgeschlossen und die Arzneimittelinformationen auf AIPS hochgeladen sind.

13.5.14 Unerheblich ist im Übrigen ob Dritte nur diese Dienstleistungen oder (teilweise) gleichzeitig weitere Dienstleistungen auf dem "Markt für Beratungs- und Unterstützungsdienstleistungen während des Zulassungsverfahrens von Swissmedic" anbieten bzw. übernehmen. Insofern lässt sich aus dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, die meisten derjenigen Zulassungsinhaberinnen, welche die Qualitätskontrolle und den Upload auf AIPS an Externe ausgelagert hätten, hätten den gesamten regulatorischen Bereich an Dritte übertragen, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

13.5.15 Die Beschwerdeführerinnen machen weiter geltend, ihre Qualitätssicherung beziehe sich auf die zu verarbeitenden Informationen im Kontext der Strukturierung und Codierung der Daten und erfolge im Hinblick auf die Integration der Daten in ihre Datenbanken. Sie stelle damit eine notwendige "Begleiterscheinung" ihrer Dienstleistung dar. Die Arbeiten seien sehr eng miteinander verknüpft. In der Eingabe vom 16. November 2018 legen

die Beschwerdeführerinnen zudem dar, es verzichte nur ein geringer Prozentsatz der Zulassungsinhaberinnen auf die Qualitätskontrolle für die Fachinformationen, seit sie diese aufgrund des Entscheids der Vorinstanz optional anbieten. Bei der Weiterverarbeitung der Daten im INDEX müsse HCI aber dennoch eine Qualitätskontrolle durchführen, welche nahezu alle relevanten Kapitel erfasse, die HCI auch im Rahmen der beauftragten Prüfung der Fachinformation zu kontrollieren habe.

13.5.16 Bei der Beurteilung, ob zwei getrennte Güter vorliegen, ist allein auf die objektive Sichtweise des Durchschnittskunden abzustellen, die subjektiv-individuellen Vorstellungen des marktbeherrschenden Unternehmens sind nicht massgebend. Entsprechend ist es für die Beurteilung nicht relevant, wenn die Beschwerdeführerin 2 ihre Prozesse so gestaltet, dass die Arbeiten eng miteinander verbunden und vermischt sind. Massgebend ist alleine, dass die Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen mit optionalem Upload auf AIPS bei einer objektiven Betrachtung von einem Durchschnittskunden separat nachgefragt werden kann. Der geltend gemachte Umstand, dass trotz neuer Optionalität die Mehrheit der Zulassungsinhaberinnen auf die Qualitätskontrolle der HCI nicht verzichten würde, stellt ein späterer Verlauf unter anderen tatsächlichen Gegebenheiten dar. Aus einem solchen können aber – gerade bei komplexen Märkten und in Zusammenhang mit Innovationswettbewerb – kaum aussagekräftige Schlüsse für frühere Perioden gezogen werden.

13.5.17 Weiter bringen die Beschwerdeführerinnen vor, die Qualitätskontrolle von HCI werde durch die Überprüfung einer Sprachversion (nicht aber der Übersetzungen) durch Swissmedic in keiner Weise ersetzt. HCI entdecke sowohl in den von Swissmedic geprüften Arzneimittelinformationen als auch – und das sei häufiger – in den von Swissmedic nicht geprüften Übersetzungen regelmässig Fehler. Da die Daten derart sensibel seien, könne der geringste Fehler katastrophale Auswirkungen haben. Entsprechend bilde die Qualitätssicherung durch Swissmedic keinen Ersatz für die Qualitätskontrolle von HCI.

13.5.18 Die Vorinstanz hält hierzu zu Recht fest, dass weder den Zulassungsinhaberinnen bezüglich ihrer eigenen Produkte der Fachverstand und die notwendigen Fähigkeiten abgesprochen werden kann, noch Swissmedic betreffend der von ihr geprüften Version der Arzneimittelinformationen. Hinzukommt, dass die Zulassungsinhaberinnen selbst ein grosses Interesse an fehlerfreien Arzneimittelinformationen haben. So sind für die Korrektheit und Aktualität der Arzneimittelinformationen, inkl. der korrekten

Übersetzung der Texte, auf AIPS allein die Zulassungsinhaberinnen verantwortlich (vgl. www.swissmedicinfo.ch/Accept.aspx?ReturnUrl=%2f [abgerufen am 18.08.2020]). Was die beiden übersetzten Sprachversionen betrifft, welche nicht von Swissmedic geprüft werden, könnte die Patientensicherheit auch gewährleistet werden, indem HCI für die Aufnahme der Daten in ihre Datenbank voraussetzt, dass auch diese beiden Versionen vorgängig einer externen Qualitätssicherung unterzogen worden sind. Eine Qualitätskontrolle der beiden übersetzten Sprachversionen der Arzneimittelinformationen hat auf jeden Fall nicht zwingend zusammen mit der Dienstleistung der Aufnahme und Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen bzw. in concreto zusammen mit der Aufnahme in die INDEX-Produkte und das Compendium zu erfolgen.

13.5.19 Die Beschwerdeführerinnen rügen sodann, dass die Leistungserbringerinnen und -erbringer nicht befragt worden seien. Eine Datenbank ohne Qualitätskontrolle befriedige deren Nachfrage nicht. Auf dieses Vorbringen wird unten bei der Prüfung der sachlichen Rechtfertigungsgründe einzugehen sein (s. E. 13.8.14). Bei der Beurteilung, ob separate Produkte vorliegen, ist das Argument unwesentlich. Hier gilt es wie vorerwähnt zu prüfen, ob aus Sicht der Marktgegenseite Haupt- und Zusatzprodukt unabhängig voneinander nachgefragt bzw. angeboten werden (würden). Marktgegenseite stellen im vorliegenden Kontext aber nicht die Leistungserbringerinnen und -erbringer, sondern die Zulassungsinhaberinnen dar.

13.5.20 Die Beschwerdeführerinnen machen schliesslich geltend, mit dem Modul D3 ein Angebot gehabt zu haben, das sonstige Dienstleistungen und namentlich die Qualitätssicherung im Hinblick auf die Publikation abgedeckt hätte, dieses aber nicht nachgefragt worden sei. Daraus folgern die Beschwerdeführerinnen, dass kein Markt für die Qualitätssicherung im Hinblick auf die Publikation bestehe. Die Vorinstanz geht hingegen davon aus, dass das Modul D3 im vorliegend relevanten Bereich der Qualitätssicherung nicht über das Basismodul hinausgehe, das bereits gebündelt an die Aufnahme in die Datenbank die redaktionelle Qualitätssicherung angeboten werde. Die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte fehlende Nachfrage sei deshalb in der Koppelung selbst begründet. Durch die Koppelung werde die gesonderte Nachfrage für das gekoppelte Gut eliminiert, da sie bereits über die Nachfrage nach dem koppelnden Gut gestillt werde. Die Beschwerdeführerinnen entgegnen, dass im Jahr 2013 rund [...] der Zulassungsinhaberinnen keine Verträge mit HCI abgeschlossen hätten und von ihnen das Modul D3 dennoch nicht nachgefragt worden sei, weshalb die Schlüsse der Vorinstanz nicht zutreffen würden.

13.5.21 Aus der kurzen Phase von 2013, in welcher gewisse Zulassungsinhaberinnen vorübergehend keine Verträge mit HCI abgeschlossen hatten, lassen sich jedoch keine aussagekräftigen Schlüsse ziehen. Auch die Beschwerdeinstanz erachtet es als naheliegend, dass die mangelnde Nachfrage des Modul D3, was die Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen betrifft, in der Koppelung selbst begründet ist. In jedem Fall lässt sich aus der mangelnden Nachfrage des Moduls D3 nicht auf das fehlende Vorliegen von separaten Produkten schliessen.

13.5.22 Was den Arbeitsschritt des Uploads auf AIPS betrifft, machen die Beschwerdeführerinnen geltend, es bestehe gar kein separater Markt, da die Dienstleistung derart marginal sei. Der Aufwand für den Upload einer Fach- und Patienteninformation betrage Sekunden bzw. maximal wenige Minuten. Ein separates Angebot würde auf keine Nachfrage stossen.

13.5.23 Dieses Vorbringen ist jedoch unwesentlich, da die Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen und der (optionale) Upload auf AIPS als gemeinsames Dienstleistungspaket zu begreifen ist (s. oben E. 13.5.12 f.). Doch auch selbst wenn bei der Qualitätskontrolle und dem Upload auf AIPS von zwei separaten Dienstleistungen ausgegangen würde, die auf dem "Markt für Beratungs- und Unterstützungsdienstleistungen während des Zulassungsverfahrens von Swissmedic" gehandelt würden, überzeugt dieses Argument nicht. Denn einerseits stellt bereits der Umstand, dass HCI unterdessen den Upload auf AIPS als kostenpflichtige Einzelleistung anbietet, ein Hinweis auf eine mögliche Nachfrage und damit ein Beleg für einen separaten Markt dar. Andererseits kann aus dem blossen Umstand, dass eine Dienstleistung nur wenige Minuten in Anspruch nimmt, nicht geschlossen werden, dass dafür kein separater Markt bestehen kann. In unserer stark arbeitsteiligen Gesellschaft und Wirtschaft gibt es in vielen Bereichen durchaus eine separate Nachfrage bzw. einen separaten Markt für Dienstleistungen, die an sich nur sehr wenig Zeit in Anspruch nehmen.

13.5.24 Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass bezüglich gewisser Teilarbeiten die Qualitätskontrolle nicht als separate Dienstleistung betrachtet werden kann. Dies gilt für Qualitätssicherungsarbeiten, die zwingend und direkt mit der Struktur der Datenbanken von HCI verbunden sind und betreffend die Überprüfung der Aktualität der Informationen. Die Dienstleistung Qualitätskontrolle der auf AIPS hochzuladenden Arzneimittelinformationen mit anschliessendem (optionalem) Upload auf AIPS, d.h. der Fach- und Patienteninformationen in den drei Sprachversionen, stellt

jedoch eine von der Aufnahme und dem Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen bzw. in concreto der Aufnahme in die INDEX-Produkte und das Compendium unabhängige und getrennte Dienstleistung dar.

13.6 Verknüpfung von Haupt- und Zusatzprodukt

13.6.1 Eine Koppelung bzw. Kombination von Haupt- und Zusatzprodukt liegt vor, wenn diese vom marktbeherrschenden Unternehmen in einer Weise angeboten werden, dass für die Marktgegenseite die Notwendigkeit zur gemeinsamen Abnahme von Haupt- und Zusatzprodukt besteht (Urteile 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 6.2.2; B-831/2011, *SIX*, E. 1328; B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 256; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 732; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, Art. 7 II N 274; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.761). Der Abnehmer ist in der Wahl der zusätzlichen Leistung nicht frei (Urteil 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 6.2.2).

13.6.2 Im Allgemeinen kann eine direkte Koppelung zweier Güter auf verschiedene Arten erfolgen: Eine vertragliche Koppelung liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Handelspartner de iure verpflichtet, beide Güter zu erwerben. Hingegen liegt eine technische Koppelung vor, falls die Güter durch deren physische Ausgestaltung nur gemeinsam bezogen werden können. Schliesslich kann eine Koppelung auch durch ökonomische Anreize erfolgen, falls beide Güter zwar separat erhältlich sind, aber beispielsweise der separate Bezug nur eines der Güter wirtschaftlich nicht sinnvoll ist (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 737). Mit anderen Worten liegt eine ökonomische Koppelung vor, wenn die gleichzeitige Nachfrage von Haupt- und Zusatzprodukt aufgrund spezifischer ökonomischer Anreize wie die Ausgestaltung von Gesamtpreisen oder Gewährung von Rabatten und sonstigen Vergünstigungen bei einer gemeinsamen Abnahme bzw. Lieferung von Haupt- und Zusatzprodukt für die Marktgegenseite bei realistischer Betrachtung offensichtlich vorzuziehen ist (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 1330).

13.6.3 Die Notwendigkeit zu einer Abnahme bzw. Erbringung von verschiedenen separaten Produkten ist immer dann gegeben, wenn sich aufgrund der konkreten vertraglichen oder faktischen Umstände des Einzelfalls eine Zwangswirkung zum Erwerb oder zur Abgabe von mindestens zwei Produkten für den potentiellen Geschäftspartner des marktbeherrschenden Unternehmens einstellt. In welcher Art und Weise und mit welchen Mitteln

diese Zwangswirkung von Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens herbeigeführt wird, ist dabei unerheblich. Denn es existiert kein numerus clausus an tatbeständmässigen Varianten einer Verknüpfung (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 1331).

13.6.4 Für das Vorliegen einer Kombination ist es nicht erforderlich, dass das marktbeherrschende Unternehmen Zwang gegenüber der Marktgegenseite ausübt. Bei einer vertraglichen Kombination ist es bereits ausreichend, dass die Marktgegenseite nicht frei über die Wahl des Zusatzprodukts entscheiden kann. Eine entsprechende Wahlmöglichkeit ist bereits dann nicht gegeben, wenn die Marktgegenseite aufgrund der Ausgestaltung des Angebots durch das marktbeherrschende Unternehmen davon ausgehen kann, dass eine fehlende Abnahme des Zusatzprodukts zum Scheitern des Hauptgeschäfts führen wird (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1335; B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 260).

13.6.5 Keine Voraussetzung für eine Kombination von Haupt- und Zusatzprodukt stellen die Vereinbarung eines spezifischen Entgelts für das Zusatzprodukt oder die Verpflichtung zur Nutzung des Zusatzprodukts dar (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1339; B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 262). Ebenfalls keine Voraussetzung bildet das Vorhandensein eines Missverhältnisses zwischen einer allfälligen Gegenleistung für das Zusatzprodukt beim Verbundgeschäft oder der Gegenleistung für Haupt- und Zusatzprodukt beim Bündelgeschäft (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1338; B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 262; *AMSTUTZ/CARRON*, BSK-KG, Art. 7 N 741; *CLERC/KËLLEZI*, CR-Concurrence, Art. 7 II N 270).

13.6.6 Die Vorinstanz erwog, HCI koppele den Bezug der Qualitätskontrolle vertraglich mit der Aufnahme in das Compendium und die INDEX-Daten im Basismodul D1 + E1. Betreffend den Upload der Daten auf AIPS erwog die Vorinstanz, dass dieser zwar nicht zwangsläufig habe bezogen werden müssen. Er sei aber gratis zum Basismodul D1+E1 angeboten worden. Einzelne werde er nicht angeboten. Entsprechend handle es sich um eine vertragliche Koppelung.

13.6.7 Die Erwägungen der Vorinstanz betreffend die Qualitätskontrolle sind nicht zu beanstanden. Es liegt eine reine Bündelung vor, da die Dienstleistungen nicht getrennt erhältlich waren.

13.6.8 Die Beschwerdeführerinnen bringen jedoch vor, mit dem Modul D3 sei ein separates Angebot für qualitätssichernde Dienstleistungen verfügbar gewesen. Dieses Vorbringen vermag jedoch nicht zu überzeugen. Denn der Inhalt eines Koppelungsgeschäfts besteht u.a. darin, dass der Abschluss eines Geschäfts über ein bestimmtes (Haupt-)Produkt ("koppelndes Gut") – in casu die Aufnahme und der Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen bzw. in concreto der Aufnahme in die INDEX-Produkte und das Compendium – von Zugeständnissen für die Abnahme oder die Lieferung eines weiteren (Zusatz-)Produkts ("gekoppeltes Gut") – in casu die Qualitätskontrolle – abhängig gemacht wird. Ob hierbei das Zusatzprodukt auch separat angeboten wird, ist unerheblich. Entscheidend ist, dass das koppelnde Gut nur bei Abnahme des gekoppelten Gutes erhältlich ist. Hinzukommt, dass es fraglich erscheint, dass im Modul D3 genau die identischen Qualitätskontrollen vorgenommen wurden wie bei den in den Basismodulen D1 + E1 enthaltenen.

13.6.9 Soweit die Beschwerdeführerinnen zudem geltend machen, die Validierung der Daten sei eine notwendigerweise vorausgesetzte Eigenschaft der Daten von HCI, kann auf E.13.5 verwiesen werden. Es handelt sich bei Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen (mit [optionalem] Upload auf AIPS) und der Aufnahme der Daten in die Datenbanken der Beschwerdeführerinnen um zwei separate Dienstleistungen.

13.6.10 Betreffend Upload auf AIPS rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz verwechsle das gekoppelte Gut mit dem koppelnden Gut. Die Vorinstanz habe weder eine entsprechende Marktabgrenzung vorgenommen, noch sei sie zum Schluss gekommen, dass HCI auf dem Markt für den Upload von Fach- und Patienteninformationen eine marktbeherrschende Stellung einnehme. Es käme höchstens eine ökonomische Koppelung in Frage, indem HCI Anreize setze, die Upload-Dienstleistung bei HCI zu beziehen. Diese Dienstleistung sei aber derart marginal, dass deren optionalen Bezug ohne gesondertes Entgelt vernünftigerweise nicht als ökonomische Koppelung angesehen werden könne.

13.6.11 Die Koppelung entspringt einer Vertragsklausel, namentlich Ziffer 2 der "Vereinbarung zur Publikation von Informationen im Arzneimittel-Kompendium der Schweiz® und in den INDEX-Produkten", wonach der Upload der Daten auf AIPS kostenlos zum Basismodul D1+E1 dazu angeboten wurde.

13.6.12 Es stand den Zulassungsinhaberinnen aber frei, dieses kostenlose Zusatzangebot des Uploads zum Basismodul D1+E1 zu beziehen. Ein Zwang, das gekoppelte Gut zusammen mit dem koppelnden Gut zu beziehen, bestand nicht. Oder mit anderen Worten gesagt, hat HCI die Aufnahme und den Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen auch dann angeboten und verkauft, wenn die Dienstleistung des Uploads auf AIPS nicht in Anspruch genommen wurde. Somit kann weder eine Bündelung ("pure bundling") noch ein Verbundgeschäft ("tying") vorliegen. Es kann nur ein Anreizgeschäft ("mixed bundling") in Frage stehen. Beim Anreizgeschäft ("mixed bundling") ist der Anbieter – anders als bei den anderen beiden Koppelungstechniken – grundsätzlich bereit die Güter auch separat anzubieten, jedoch erhält der Abnehmer einen reduzierten Preis, wenn er sie zusammen erwirbt. Vorliegend wurde zwar nur das koppelnde Gut einzeln angeboten, während das gekoppelte Gut nicht separat angeboten wurde. Indem das gekoppelte Gut kostenlos zum koppelnden Gut angeboten wurde, besteht aber ein sehr hoher ökonomischer Anreiz, das gekoppelte Gut ebenfalls bei HCI zu beziehen. Insofern liegt offensichtlich eine dem Anreizgeschäft ("mixed bundling") vergleichbare ökonomische Koppelung der beiden Dienstleistungen vor.

13.6.13 Auf das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, aufgrund der Marginalität der Dienstleistung liege keine ökonomische Koppelung vor, ist bei der Prüfung der sachlichen Rechtfertigungsgründen einzugehen.

13.6.14 Eine Koppelung von Haupt- und Zusatzprodukt ist somit gegeben.

13.7 Wettbewerbsbeschränkender Effekt

13.7.1 Die Koppelung der Produkte muss für den Wettbewerb auf dem Markt des Hauptprodukts oder auf dem Markt des Zusatzprodukts zu einer nachteiligen Konstellation führen (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1376).

13.7.2 In der Literatur werden verschiedene Auffassungen betreffend Charakter, Inhalt, Ausmass und Nachweis dieses nachteiligen Effekts vertreten. Nach der einen Ansicht muss die Kombination von Haupt- und Zusatzprodukt eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Folge haben (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 746 ff.). Für deren Feststellung sei von der Wettbewerbsbehörde eine umfassende Analyse vorzunehmen, inwieweit ein Verdrängungseffekt zu Lasten der Konkurrenten oder ein Ausbeutungseffekt zu Lasten der Marktgegenseite vorliege. Nach anderer Ansicht,

wird angenommen, dass zumindest bei einer Verknüpfung von nicht komplementären Produkten für das Vorliegen einer Koppelung eine spezifische Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegen müsse (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 503 f.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.769). Nach weiterer Ansicht ist eine Verknüpfung von Haupt- und Zusatzprodukt immer dann als wettbewerbswidrig zu qualifizieren, soweit keine Rechtfertigung für eine Verknüpfung der separaten Produkte aufgrund von sachlich angemessenen Gründen besteht (BORER, a.a.O., Art. 7 Rz. 27; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, Art. 7 II N 278; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 746; für komplementäre Güter im Ergebnis wohl auch STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 502; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.765 und 2.767). Danach bedürfe es keiner über die Aspekte der Rechtfertigung hinausgehenden Abklärungen für die Feststellung eines nachteiligen Effekts.

13.7.3 Die bisherige Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission sieht keine Untersuchung der tatsächlichen Auswirkungen vor. Es sei bei einem Koppelungsgeschäft per se von einer Ausschlusswirkung auf dem jeweiligen Markt auszugehen (vgl. Entscheidung Kommission *Microsoft*, ABl. 2004 L 32/23 Rn. 841). Die EU-Rechtsprechung bezieht ebenfalls keine Analyse der tatsächlichen Auswirkungen in ihre Prüfung des Koppelungsgeschäfts mit ein (vgl. Urteil EuG *Microsoft/Kommission*, Slg. 2007 II-03601 Rn. 868). Demgegenüber anerkennt die Europäische Kommission in ihren Durchsetzungsprioritäten das Element einer wahrscheinlichen oder tatsächlichen Marktverschliessung als notwendiges Merkmal eines Koppelungsgeschäfts (Prioritätenmitteilung; zum Ganzen ausführlicher: Urteil 831/2011, *SIX*, E. 1381 und 1383 f.). Die Prioritätenmitteilung widerspricht damit der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission zumindest insoweit, als sie das Regel-Ausnahmeverhältnis umkehrt.

13.7.4 Das Bundesverwaltungsgericht hielt im Urteil B-3618/2013 vom 24. November 2016 i.S. *Hallenstadion* fest, für die Beurteilung eines Koppelungsgeschäfts sei der Umstand massgebend, dass ein sich aus der Koppelung ergebender negativer Effekt für die Marktgegenseite oder die Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens vorhanden sein und demzufolge im Einzelfall auch eine Ausbeutung oder eine Behinderung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG vorliegen müsse. Lügen die Voraussetzungen der Marktbeherrschung und der Kombination von getrennten Produkten durch das marktbeherrschende Unternehmen vor, so sei grundsätzlich davon auszugehen, dass ein solcher negativer Effekt gegeben sei, weil der Absatz des Zusatzprodukts in derartigen Fällen nicht

allein auf dessen originären Leistungsfaktoren beruhe, sondern an die Abnahme des Hauptprodukts anknüpfe. Daher sei die Wettbewerbsmässigkeit einer Produktkombination regelmässig nur bei Vorliegen eines ausreichenden Rechtfertigungsgrunds gegeben. Ausnahmsweise sei es aber möglich, dass für eine bestimmte Kombination von separaten Produkten ein nachteiliger Effekt nicht festgestellt werden könne, weshalb dann weder eine Ausbeutung der Marktgegenseite noch eine Behinderung von Konkurrenten gegeben sei (Urteil B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 264 m.H. auf RPW 2005/1 S. 46 Rz. 59 und 63, *TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera*).

13.7.5 Im Urteil B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 i.S. *SIX* setzte sich das Bundesverwaltungsgericht jüngst erneut eingehend mit der Beurteilung des Aspekts, ob und inwieweit die tatsächlichen Auswirkungen zu untersuchen und notwendigerweise bestimmte qualitative, quantitative oder temporäre Anwendungsschwellen für die Feststellung eines nachteiligen Effekts bei Koppelungssachverhalten zu berücksichtigen sind, auseinander. Es erwog, dass gegen die Anerkennung bestimmter quantitativer, qualitativer oder temporalen Anwendungsschwellen neben dem Wortlaut des Regelbeispiels und der Entstehungsgeschichte, die keinerlei Hinweise auf die Anwendung entsprechender Kriterien aufweisen, insbesondere auch der Sinn und Zweck der Vorschrift spreche und legte hierzu ausführlich verschiedene Aspekte dar. Für die Anerkennung einer wettbewerbswidrigen Koppelung gemäss Art. 7 KG bedürfe es keiner besonderen quantitativen, qualitativen oder temporären Anwendungsschwellen. Der Aspekt des nachteiligen Effekts bilde ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal im Sinne eines Ausschlusskriteriums für Sachverhalte, bei denen der Eintritt einer Wettbewerbsverfälschung entgegen den üblichen Konstellationen von vornherein mit Sicherheit ausgeschlossen werden könne, weshalb es keiner weiteren Abklärung des Vorliegens von sachlichen Rechtfertigungsgründen bedürfe. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte seine Rechtsprechung, wonach bei Vorliegen einer Verknüpfung von separaten Produkten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen grundsätzlich davon auszugehen ist, dass ein für den Wettbewerb negativer Effekt vorliegt, weil der Absatz des Zusatzprodukts in derartigen Fällen nicht allein auf dessen originären Leistungsfaktoren beruht, sondern an die Abnahme des Hauptprodukts anknüpft. Daher sei die Wettbewerbsmässigkeit einer Produktverbindung regelmässig nur bei Vorliegen einer ausreichenden Rechtfertigung aufgrund eines sachlich angemessenen Grundes gegeben. Schliesslich bestätigte das Bundesverwaltungsgericht auch, dass in Ausnahmefäl-

len die Feststellung eines nachteiligen Effekts für eine bestimmte Verknüpfung von separaten Produkten nicht möglich sein werde. Wenn im Einzelfall entsprechende Anhaltspunkte vorlägen, sei in solchen Fällen eine Abklärung durch die Wettbewerbsbehörden vorzunehmen (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 1385-1402).

13.7.6 Das Bundesgericht hielt im Urteil 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 i.S. *Hallenstadion* fest, ein Koppelungsgeschäft sei kartellrechtlich relevant, wenn daraus eine Wettbewerbsbeschränkung resultiere. Dies sei insbesondere einerseits dann gegeben, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Stellung ausnutze, um seine Lieferanten oder Abnehmer zur Belieferung bzw. Abnahme eines Gutes zu bewegen, das sie gar nicht oder nicht zu den vom marktbeherrschenden Unternehmen vorgegebenen Geschäftsbedingungen absetzen bzw. erwerben möchte. Andererseits sei dies der Fall, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Stellung missbrauche, um seine Marktmacht auf den Markt des gekoppelten Gutes, auf dem es bislang nicht marktbeherrschend sei, zu übertragen. Das im Urteil 2C_113/2017 zu beurteilende strittige Koppelungsgeschäft führe zu diesen beiden nachteiligen Wettbewerbseffekten. Ebenso werde durch das Koppelungsgeschäft die beherrschende Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens verstärkt, was zu einer weiteren Strukturverschlechterung führe (Urteil 2C_113/2017, *Hallenstadion*, E. 6.2.3 f.).

13.7.7 Die Vorinstanz erwog, die Koppelungs- bzw. Bündelungsstrategie von HCI sei dauerhaft gewesen. Durch die zusätzliche Bündelung mit der Qualitätssicherung sei es HCI möglich gewesen Konkurrenten, die lediglich die Qualitätssicherung angeboten hätten, zu verdrängen bzw. deren Wettbewerbsstellung zu verschlechtern. Zudem hätten auch die Zulassungsinhaberinnen die Qualitätssicherung bei HCI beziehen müssen, auch wenn sie dies vielleicht gar nicht gewünscht hätten. Der Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS habe zwar nicht zwangsläufig bei HCI bezogen werden müssen. Da dieser kostenlos dazu angeboten worden sei, habe aber ein hoher ökonomischer Anreiz bestanden, den Upload über HCI abzuwickeln, um Kosten zu sparen. Entsprechend verdränge die Koppelung Konkurrenten, die den Upload auf AIPS anböten.

13.7.8 Weiter erwog die Vorinstanz, es seien durch die Koppelung gleichzeitig auch Marktzutrittsschranken aufgebaut worden, da ein potentieller Wettbewerber, der nur die Qualitätskontrolle und/oder nur den Upload auf AIPS anbiete, auch in den nachgelagerten Markt der veredelten maschinenlesbaren Daten einsteigen müsse, um HCI wirksam konkurrieren zu

können. Aber auch die Zulassungsinhaberinnen würden benachteiligt werden. Denn würden sie die Qualitätskontrolle selbst vornehmen oder einen Dritten beauftragen, würde sich das ausschliesslich kostentreibend auswirken, da sie für die gleiche Dienstleistung HCI erneut bezahlen müssten.

13.7.9 Die Beschwerdeführerinnen sind der Auffassung, dass aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3618/2013 vom 24. November 2016 i.S. *Hallenstadion* nicht per se von der Unzulässigkeit einer Koppelung auf eine Wettbewerbsbeschränkung geschlossen werden dürfe. Das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung müsse separat geprüft und eigenständig nachgewiesen werden. Die Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 139 I 72 und von DAVID/JACOBS, wonach die negativen Effekte – die Wettbewerbsbehinderung – festgestellt werden müssten, würden auch für Koppelungsgeschäfte gelten. Dies decke sich auch mit der jüngeren Rechtsprechung der EU.

13.7.10 Es ist kein Grund ersichtlich von der noch jungen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in den Urteilen B-3618/2013 i.S. *Hallenstadion* und B-831/2011 i.S. *SIX* abzuweichen. Das Bundesgericht hat sich im Urteil 2C_113/2017 i.S. *Hallenstadion* nicht explizit zu dieser Rechtsprechung geäußert. Entsprechend ist bei der Beurteilung eines Koppelungsgeschäftes, wenn die Voraussetzungen der Marktbeherrschung und der Kombination von getrennten Produkten durch das marktbeherrschende Unternehmen vorliegen, davon auszugehen, dass ein aus der Koppelung ergebender negativer Effekt für die Marktgegenseite oder die Konkurrenten vorliegt, weil der Absatz des Zusatzprodukts in derartigen Fällen nicht allein auf dessen originären Leistungsfaktoren beruht, sondern an die Abnahme des Hauptprodukts anknüpft. Ausnahmsweise ist es aber möglich, dass für eine bestimmte Kombination von separaten Produkten ein nachteiliger Effekt nicht festgestellt werden kann, weshalb dann weder eine Ausbeutung der Marktgegenseite noch eine Behinderung von Konkurrenten gegeben ist.

13.7.11 Das bedeutet zwar nicht, dass die Ausbeutungs- und Behinderungswirkungen der Koppelung per se als gegeben betrachtet werden können und im Einzelfall keine Abklärungen mehr notwendig sind. Vielmehr kann bei dieser Ausgangslage eine summarische Prüfung als ausreichend angesehen werden, soweit dabei keine Anhaltspunkte auszumachen sind, die darauf hindeuten würden, dass eine besondere Konstellation von einer Kombination von separaten Produkten vorliegt, bei welcher kein nachteiliger Effekt festzustellen ist.

13.7.12 Die Erwägungen der Vorinstanz genügen diesen Anforderungen. Es ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Zulassungsinhaberinnen die Qualitätssicherung bei HCI beziehen mussten, auch wenn sie dies gar nicht wünschten. Nach erfolgter Qualitätskontrolle im Rahmen des Zulassungsverfahrens – bestand unabhängig, ob die Zulassungsinhaberinnen diese Qualitätskontrolle selbst vornahmen oder einen Dritten hierfür beauftragten – regelmässig kein Bedarf mehr auf Seiten der Zulassungsinhaberinnen für eine erneute Qualitätskontrolle durch HCI. Die Erwägungen der Vorinstanz sind auch insofern nicht zu beanstanden, als sie zum Schluss kommt, dass es durch die Bündelung mit der Qualitätssicherung auch möglich war, Konkurrenten, die Qualitätssicherung anboten, zu verdrängen bzw. deren Wettbewerbsstellung zu verschlechtern. Ebenso zutreffend hat die Vorinstanz festgestellt, dass die Koppelung mit dem Upload auf AIPS Konkurrenten verdränge, die den Upload auf AIPS ebenfalls anboten oder anbieten wollten.

13.7.13 Die Beschwerdeführerinnen bringen im Zusammenhang mit der Verdrängung von Konkurrenten vor, die meisten Zulassungsinhaberinnen würden den gesamten regulatorischen Bereich und nicht nur die Qualitätssicherung oder den Upload an Dritte übertragen. Daraus lässt sich aber nichts zugunsten der Beschwerdeführerinnen ableiten. Denn durch die zusätzliche Bündelung mit der Qualitätssicherung (mit Upload auf AIPS) ist es HCI möglich Konkurrenten, die ebenfalls die Qualitätssicherung (mit Upload auf AIPS) anbieten – auch wenn sie in der Regel weitere oder gar die gesamten Dienstleistungen des regulatorischen Bereichs anbieten – , zu verdrängen bzw. deren Wettbewerbsstellung im Bereich des (Teil)Angebots "Qualitätssicherung (mit optionalem Upload auf AIPS) " zu verschlechtern.

13.7.14 Weiter bestreiten die Beschwerdeführerinnen die vorinstanzliche Begründung, wonach durch die Koppelung Marktzutrittsschranken aufgebaut würden, weil ein potentieller Wettbewerber, der nur die Qualitätskontrolle und/oder nur den Upload auf AIPS anbiete, auch in den nachgelagerten Markt der veredelten maschinenlesbaren Daten einsteigen müsse, um HCI wirksam konkurrieren zu können. Zwar weisen sie dabei zutreffend daraufhin, dass auf dem Schweizer Markt Unternehmen tätig sind, die die Zulassungsinhaberinnen bei der Erstellung der Zulassungsdossier unterstützen und ebenfalls Qualitätssicherung anbieten würden. Daraus kann jedoch nicht geschossen werden, dass durch die Koppelung keine Marktzutrittsschranken aufgebaut wurden. Einem potentiellen Wettbewerber ist es aufgrund der Koppelung nicht möglich, HCI wirksam zu konkurrieren,

wenn er nur die Qualitätssicherung mit (optionalem) Upload auf AIPS anbietet. Vielmehr muss ein Wettbewerber in den nachgelagerten Markt der veredelten maschinenlesbaren Daten einsteigen oder in den Markt für Beratungs- und Unterstützungsdienstleistungen während des Zulassungsverfahrens eintreten, so wie es die von den Beschwerdeführerinnen erwähnten Unternehmen getan haben.

13.7.15 Die Koppelung war zudem dauerhaft und hat zu einer Zeit Wirkung entfaltet, als die Märkte sich potentiell hätten entwickeln und öffnen können. Beide Faktoren erhöhen die Gefahr einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung. Unter diesen Umständen und aufgrund der oben dargelegten Anforderungen an die Prüfung des Vorliegens einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung hat die Vorinstanz eine solche zu Recht bejaht, ohne weitere Erhebungen zu den Wirkungen mittels Fragebogen und Befragungen durchzuführen.

13.7.16 An diesem Schluss vermögen im Übrigen auch die mit Eingabe vom 16. November 2018 gemachten Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, sie habe die als kartellrechtswidrig angesehenen Verhaltensweisen vorläufig eingestellt, woraufhin sich die Wettbewerbsverhältnisse nicht geändert hätten, was zeige, dass die Verhaltensweise auch im Untersuchungszeitraum keine Bedeutung gehabt habe, nichts ändern.

13.7.17 Denn zum einen können aus dem späteren Verlauf unter anderen tatsächlichen Gegebenheiten – gerade bei komplexen Märkten und in Zusammenhang mit Innovationswettbewerb – kaum aussagekräftige Schlüsse für frühere Perioden gezogen werden. Zum anderen ist es bei der Verwirklichung des Koppelungstatbestandes unerheblich, in welchem Ausmass die Zulassungsinhaberinnen ausgebeutet und die Konkurrenten tatsächlich behindert wurden. Wie vorstehend ausgeführt setzt der Tatbestand keine Überschreitung einer quantitativen Anwendungsschwelle voraus. Hinzukommt, dass Art. 7 KG – wie vorne dargelegt – weder die Voraussetzung statuiert, dass nachteilige Einwirkungen auf den Wettbewerb tatsächlich eintreten, noch die Voraussetzung, dass die konkreten tatsächlichen Auswirkungen im Rahmen einer ex-post-Betrachtung zu berücksichtigen sind. Massgebend ist vielmehr allein das Potential des jeweiligen wirtschaftlichen Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens zur Herbeiführung einer weiteren Beeinträchtigung des Wettbewerbs, der aufgrund der Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens bereits geschwächt ist (Urteil B-831/2011, SIX, E. 1406).

13.7.18 Soweit die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerinnen die geltend gemachten Effizienzgewinne betreffen, ist auf diese bei der Prüfung von sachlichen Rechtfertigungsgründe unter E. 13.8 einzugehen.

13.8 Sachliche Rechtfertigungsgründe

13.8.1 Eine Verbindung von verschiedenen Produkten kann anerkanntermassen nicht nur nachteilige Auswirkungen auf die Wahlfreiheit der Vertragspartner des marktbeherrschenden Unternehmens aufweisen, sondern allenfalls auch wünschenswerte Wirkungen entfalten, die bei einer gesamthaften Betrachtung des Einzelfalls sogar zu einer positiven Beurteilung der jeweiligen Verbindung führen. Es bedarf daher einer Abgrenzung von nachteiligen Koppelungsgeschäften gegenüber vorteilhaften Kombinationsgeschäften (Urteil B-831/2011, SIX, E. 1415).

13.8.2 Ein Koppelungsgeschäft ist zulässig, wenn es durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden kann. Solche Gründe liegen dann vor, wenn objektiv überzeugende, zwingende technische oder wirtschaftliche Gründe oder gewisse Erfordernisse der Qualitätssicherung für die Zusammenfassung des betreffenden Leistungsangebotes sprechen. Auch Sicherheitsaspekte werden als sachliche Rechtfertigungsgründe angeführt (Botschaft KG, BBI 1995 I 468, 576; RPW 2014/4 S. 670 ff. Rz. 207, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; RPW 2005/1 S. 46 ff. Rz. 54, *TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera*; BORER, a.a.O., Art. 7 Rz. 27; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2770; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 505; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 777).

13.8.3 Nach ZÄCH und AMSTUTZ/CARRON können sachliche Rechtfertigungsgründe zudem gegeben sein, wenn es um die Verbrauchersicherheit, die öffentliche Gesundheit, den Schutz der Anwender oder das Anliegen, eine Produkthaftpflicht zu vermeiden geht (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 777; ZÄCH, a.a.O., Rz. 708).

13.8.4 Im Weiteren kann ein allenfalls bestehender Handelsbrauch für die gemeinsame Vermarktung der betreffenden Leistungen sprechen. Dieser sollte jedoch nicht vom Marktbeherrscher allein begründet worden sein (Botschaft KG, BBI 1995 I 468, 576; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.772, STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 506; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 777). Problematisch erscheint, dass dieses Kriterium vergangenheitsbezogen ist und dadurch unter Umständen sinnvolle technologische

Innovationen und neue Produktintegrationen behindert werden, weil es sich auf frühere Geschehnisse zurückbezieht (WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.772). Eine Rechtfertigung ist auch dann nicht möglich, wenn der Handelsbrauch zur weiteren Beschränkung des Wettbewerbs auf einem beherrschten Markt führt (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 506).

13.8.5 Einfache praktische Gründe, die zwar eine bessere Praktikabilität gewährleisten, genügen nicht (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 777 m.w.H.).

13.8.6 Zur Frage, ob und inwieweit auch wirtschaftliche Aspekte, insbesondere in Form einer Einsparung von Produktions-, Vertriebs- und Transaktionskosten, als Rechtfertigungsgrund für ein Koppelungsgeschäft anzuerkennen sind, stellte das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-3618/2013 vom 24. November 2016 i.S. *Hallenstadion* fest, dass dies bislang nicht abschliessend geklärt wurde. Der Bundesrat verweise in der Botschaft nur auf "zwingende wirtschaftliche" Gründe. Bei der Verfügung der WEKO vom 7. Juli 2008 i.S. *Publikation von Arzneimittelinformationen* sei nicht ersichtlich, ob die geringfügige Kosteneinsparung als Rechtfertigungsgrund zu gelten habe oder ob angesichts der Notwendigkeit zur Vornahme gewisser Korrekturen bei jeglicher Publikation die entsprechenden Arbeiten überhaupt das Ausmass selbständiger Korrekturarbeiten angenommen hätten. Von der Lehre werde der Rechtfertigungsgrund der Effizienzgewinn teilweise grundsätzlich anerkannt; ebenso im europäischen Wettbewerbsrecht (Urteil B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 266 m.H. Botschaft KG, BBl 1995 I 468, 576; RPW 2008/3 S. 385 ff., Rz. 203 f., *Publikation von Arzneimittelinformationen*; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 778; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.770; FUCHS/MÖSCHEL, a.a.O., Art. 102 Rz. 293; Ziff. 62 der Prioritätenmitteilung).

Weiter schloss das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-3618/2013 vom 24. November 2016 i.S. *Hallenstadion*, der blosse Umstand, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen das Zusatzprodukt aus Sicht der Marktgegenseite günstiger anbiete, sei jedenfalls nicht ausreichend, weil insoweit auch eine verdeckte Quersubventionierung durch das marktbeherrschende Unternehmen zu Lasten der Konkurrenten auf dem Markt der Zusatzprodukte vorliegen könne. Eine entsprechende Quersubventionierung von dem vom Unternehmen beherrschten Markt des Hauptprodukts zu dem vom Unternehmen (noch) nicht beherrschten Markt des Zusatzprodukts müsse zum Schutz der Konkurrenten auf dem Markt des Zusatzprodukts ausgeschlossen werden (Urteil B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 266

m.H. auf Ziff. 60 der Prioritätenmitteilung, wonach bei einer preisbezogenen Anreizkopplung die Preise für beide Produkte über den durchschnittlichen langfristigen Zusatzkosten liegen müssen).

13.8.7 Das Bundesgericht liess im Urteil 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019 i.S. *ADSL II* die Frage, ob Effizienzgründe geltend gemacht und berücksichtigt werden können, weiterhin offen. Unabhängig davon gelte, dass durch möglicherweise rechtfertigendes Verhalten wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt werden dürfe (Urteil 2C_985/2015, *ADSL II*, E. 5.9).

13.8.8 Jede Rechtfertigung muss dem Gebot der Verhältnismässigkeit entsprechen (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 779; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.773; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, Art. 7 II N 282; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 510 f.). Notwendig ist ein Verhalten nur dann, wenn sich der bezweckte Erfolg nicht auf anderem, weniger wettbewerbsfeindlichem Weg erzielen lässt (Urteil 2C_985/2015, *ADSL II*, E. 5.9).

13.8.9 Die Beschwerdeführerinnen brachten vor der Vorinstanz vor, das Compendium und die INDEX-Datenbank würden äusserst sensitive Daten (Patientensicherheit) enthalten, für deren Korrektheit HCI ihren Vertragspartnern gegenüber Gewähr leiste. Dies mache es unabdingbar, dass HCI bei jeder Aufnahme von Fach- und Patienteninformationen sich selber von deren Korrektheit und Vollständigkeit überzeugen müsse. Eine entsprechende redaktionelle und technische Qualitätssicherung gehöre zu den grundlegenden Anforderungen an eine sorgfältige und verantwortungsbewusste Leistungserbringung. Damit sei auch der Erfolg der Daten von HCI zu erklären.

13.8.10 Die Vorinstanz erwog, in der Untersuchung *Publikation von Arzneimittelinformationen* sei zwar argumentiert worden, dass die Korrekturarbeiten im Vergleich zu den Standardprozesskosten vernachlässigbar tief seien und eine Trennung der Dienstleistung wahrscheinlich insgesamt zu höheren Kosten führen würde. Vorliegend sei der Sachverhalt jedoch ein anderer, da es sich nicht um die gesetzlich vorgesehene Publikation handle, sondern um die Aufnahme in eine Datenbank eines Datenveredlers, zu welcher die Zulassungsinhaberinnen nicht durch gesetzliche oder regulatorische Vorgaben verpflichtet seien. Daher sei es irrelevant, ob die redaktionelle und technische Qualitätssicherung bloss einen vernachlässigbaren Teil der Kosten ausmache. Nach erfolgter Publikation bestehe

keine Nachfrage nach einer erneuten Kontrolle der Arzneimittelinformationen.

13.8.11 Weiter prüfte die Vorinstanz, ob die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle zu Effizienzgewinnen führe oder die Verdrängungseffekte überwiegen. Dabei erwog sie, die Strukturierung und die Codierung sei in einem logischen, engen Zusammenhang mit der Aufnahme der Daten in die Datenbank verbunden, die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle hingegen nicht zwingend vorzunehmen. Die Arzneimittelinformationen könnten ohne weitere Kontrolle aus AIPS aufgenommen, in die entsprechende Struktur gebracht und codiert werden. Für die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle sei ein zusätzlicher Arbeitsschritt zu erbringen, der unabhängig von der Aufnahme in die Datenbank bestehe. Eine weitere Qualitätskontrolle sei aber nicht im Interesse der Zulassungsinhaberinnen, da diese potentiell eine solche Dienstleistung bereits eingekauft oder selbst entsprechende Aufwände gehabt hätten.

13.8.12 Die Beschwerdeführerinnen wiederholen die vor der Vorinstanz vorgebrachten Rechtfertigungsgründe im vorliegenden Verfahren und rügen, die Vorinstanz habe sich inhaltlich nicht mit diesen auseinandergesetzt. Die Validierung der Arzneimittelinformationen bilde einen zentralen Erfolgsfaktor für das Angebot von HCI. Durch die Überprüfung sei HCI in der Lage, regelmässig Fehler in den von den Zulassungsinhaberinnen gelieferten Daten zu korrigieren. Damit verhindere sie folgenschwere Medikationsfehler und leiste einen Beitrag für die Patientensicherheit. Die geltend gemachten Gründe seien anerkannte legitime business reasons.

13.8.13 Nach erfolgter Publikation besteht kein Bedarf nach einer erneuten Kontrolle der Arzneimittelinformationen. Dies gilt auch mit Blick auf die geltend gemachten Rechtfertigungsgründe der Patientensicherheit bzw. des Verbraucherschutzes und der öffentlichen Gesundheit. Diesen Interessen wird bereits durch die gesetzlich vorgesehene Qualitätskontrolle vor der Publikation der Arzneimittelinformationen Rechnung getragen. Entsprechend lässt sich eine erneute Qualitätskontrolle, die an die Aufnahme in die Datenbanken der HCI gekoppelt wird, nicht mit Gründen der Patientensicherheit rechtfertigen. Die Qualitätskontrolle im Hinblick auf die Publikation muss nicht zwingend mit derjenigen eines Datenveredlers im Hinblick auf sein eigenes Produkt erfolgen. Sollten nachträglich in vielen Arzneimittelinformationen noch Fehler gefunden werden, die folgenschwere Medikationsfehler verursachen können, wäre es viel mehr geboten, die Qualitätskontrolle im Hinblick auf die Publikation der Arzneimittelinformationen zu

verbessern. Denn auch Fehler in den Fach- und Patienteninformationen auf AIPS und in den Beipackzetteln können zu solchen Medikationsfehlern führen.

13.8.14 Im Übrigen bringen die Beschwerdeführerinnen zwar vor, das Compendium und die INDEX-Datenbank würden äusserst sensitive Daten enthalten, für deren Korrektheit HCI ihren Vertragspartnern gegenüber Gewähr leiste. Eine Datenbank ohne Qualitätssicherung würde die Nachfrage der Leistungserbringerinnen und -erbringer nicht befriedigen. Die Beschwerdeführerinnen belegen jedoch nicht, dass sie gegenüber ihren Vertragspartnern eine Haftung übernehmen, wenn in ihrer Datenbank Fehler vorhanden sind, die durch fehlerhafte Arzneimittelinformationen auf AIPS oder durch Fehler in den durch die Zulassungsinhaberinnen übermittelten Arzneimittelinformationen entstanden sind. Vielmehr finden sich in den Akten gegenteilige Vertragsbestimmungen, wie beispielsweise im Vertrag betreffend Zusammenarbeit und Vertrieb mit der D._____ vom 16. bzw. 26. Februar 2007 (vgl. Vorinstanz, act. 616 und Beilage zu act. 1120):

"8. Haftung und Qualitätssicherung

e-mediast stellt die von ihr erstellten Datenbanken und Webservices mit grösstmöglicher Qualität zur Verfügung. In diesem Zusammenhang haftet e-mediast nur im Rahmen ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen, bzw. der Lizenzbestimmungen mit den Endnutzern der Datenbankprodukte. Weitergehende Ansprüche werden sowohl gegenüber [...] als auch deren Kunden soweit als gesetzlich möglich wegbedungen. Diese Haftungsbestimmungen sind integraler Bestandteil der Lizenzbedingungen zwischen e-mediast und ihren Lizenznehmern und gelten sinngemäss auch gegenüber [...]. [...] verpflichtet sich, in ihren Kunden-Verträgen explizit auf diese Bedingungen zu verweisen, bzw. ihren Kunden zu überbinden.

[...]"

In den allgemeinen Geschäftsbedingungen (vgl. Vorinstanz, act. 616, S. 26 ff., 28) finden sich in Ziffer 8 sodann die folgenden Bestimmungen:

"8. Gewährleistung

8.1 e-mediast verpflichtet sich, ihre Leistungen sorgfältig zu erbringen, sie übernimmt jedoch, vorbehaltlich ausdrücklich abweichender Vereinbarung im Vertrag, keine Erfolgshaftung. Sie gewährleistet nicht, dass die Nutzung ihrer Leistungen ohne Fehler und ohne Unterbruch möglich ist. [...]

8.2 [...]

8.3 Soweit die Leistungen von e-mediat Informationen des Kunden oder Dritter zum Gegenstand haben, übernimmt e-mediat keine Gewähr für den Inhalt dieser Informationen und ist nicht verpflichtet, diesen zu überprüfen. Die Verantwortung und Haftung für den Inhalt solcher Informationen liegt ausschliesslich beim Kunden und den betreffenden Dritten."

Als weiteres Beispiel kann ein Lizenzvertrag vom 8. bzw. 9. September 2011 betreffend Nutzung von Daten für Grossisten (logINDEX) angeführt werden (vgl. Vorinstanz, act. 590, S. 6 ff.). In dessen Ziffer 14 wird vereinbart, dass technische und/oder inhaltliche Fehler und Lücken der gelieferten Daten vom Grossisten rasch möglichst an e-mediat zu melden seien und diese sodann von e-mediat berichtigt oder bei der nächsten Aktualisierung bereinigt werden. Weitergehende Garantien und Gewährleistungsrechte wurden ausgeschlossen. Ebenso wurden in Ziffer 15 sämtliche Ansprüche (ausser den in Ziffer 14 genannten) ausgeschlossen, "soweit einem solchen Haftungsausschluss nicht zwingende Gesetzesbestimmungen entgegenstehen". Eine ähnliche Regelung findet sich sodann beispielsweise auch in einem Lizenzvertrag über den Vertrieb von Dienstleistungen an Endkunden für Softwarehäuser vom 8. bzw. 9. September 2011 (vgl. Vorinstanz, act. 608, S. 4 ff.). Gemäss Ziffer 7 des Lizenzvertrages ist das Softwarehaus verpflichtet, "mit jedem Endkunden, an welchen es ein Dienstleistungspaket weitergibt, in eigenem Namen eine Vereinbarung über die Nutzung gemäss Beilage 2 zu diesem Vertrag abzuschliessen". In dieser "Beilage 2 Nutzungsbedingungen" findet sich sodann nachfolgende ähnliche Vertragsbestimmung:

3. [...] Inhaltliche Fehler und Lücken der Daten sind vom Benützer raschmöglichst dem Lizenzgeber zu melden und werden bei der nächsten Aktualisierung der Datendienstleistungen [...] bereinigt. Weitergehende Garantien und Gewährleistungsrechte bestehen nicht und werden hiermit ausgeschlossen. [...]

Es finden sich in den Akten somit zahlreiche Verträge mit Softwarehäuser, die Vertragsbestimmungen enthalten, die solche Haftungs- und Gewährleistungsansprüche explizit ausschliessen.

13.8.15 Schliesslich machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung selber ausgeführt, der Umstand, dass HCI an sich selbst den Anspruch habe, unabhängig vom Vorprozess ihrerseits die Arzneimittelinformationen nochmals auf Richtigkeit zu überprüfen stelle ein legitimer geschäftspolitischer Entscheid dar. Nach der Auffassung der Beschwerdeführerinnen kann damit nichts Anderes gemeint sein als ein legitimate business reason. Dies trifft jedoch nicht

zu. So hat die Vorinstanz explizit festgehalten, dass dieser "legitime geschäftspolitische Entscheid" indes keinen Rechtfertigungsgrund begründe.

13.8.16 Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen im Zusammenhang mit der Patientensicherheit verfangen demnach nicht.

13.8.17 Nach den Erwägungen der Vorinstanz ist es denkbar, dass der Upload auf AIPS mit geringen Kosten verbunden ist. Trotzdem würden die Verdrängungswirkungen überwiegen. Es werde der ökonomische Druck für die Aufnahme in die INDEX-Daten verwendet, um konkurrierende Anbieter der Dienstleistung des Uploads der Arzneimittelinformationen auf AIPS zu verdrängen.

13.8.18 Die Beschwerdeführerinnen stellen sich demgegenüber auf den Standpunkt, der Upload sei als unentgeltliche Zusatzleistung durch Effizienzgründe gerechtfertigt. Diese Leistung werde nur mit marginalem Zusatzaufwand erbracht. Die Praxis sei mit der in der Verfügung der Vorinstanz vom 7. Juli 2008 in Sachen *Publikation von Arzneimittelinformationen* (RPW 2008/3 S. 385 ff.) beurteilten früheren Korrekturarbeitspraxis vergleichbar, welche als aus Effizienzgründen gerechtfertigt beurteilt worden sei. Schliesslich halte die Vorinstanz selbst fest, möglicherweise sei der Upload mit geringen Kosten verbunden und begründe nicht, weshalb vorliegend die Verdrängungswirkungen überwiegen sollten.

13.8.19 In der Untersuchung *Publikation von Arzneimittelinformationen* hat die WEKO argumentiert, die Korrekturarbeiten seien im Vergleich zu den Standardprozesskosten vernachlässigbar tief und eine Trennung der Dienstleistungen führe wahrscheinlich insgesamt zu höheren Kosten. Eine ähnliche Argumentation wäre allenfalls auch vorliegend hinsichtlich des Uploads auf AIPS denkbar. Wie bereits von der Vorinstanz festgestellt, unterscheidet sich der Sachverhalt aber insofern, als es sich vorliegend bei der gebündelten Dienstleistung (Aufnahme in die Datenbank der HCI) nicht um eine gesetzlich oder regulatorisch vorgesehene Publikation handelt. Ausserdem wird eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen beim blossen Umstand, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen das Zusatzprodukt aus Sicht der Marktgegenseite günstiger anbietet, nicht anerkannt. Denn in diesem Fällen kann auch eine verdeckte Quersubventionierung durch das marktbeherrschende Unternehmen zu Lasten der Konkurrenten auf dem Markt der Zusatzprodukte vorliegen, welche zum Schutz der Konkurrenten auf dem Markt des Zusatzprodukts ausgeschlossen werden muss (s. oben E. 13.8.6).

13.8.20 Die geltend gemachte Rechtfertigung aus Effizienzgründen in Bezug auf den Upload auf AIPS verfängt somit nicht. Das Argument der marginalen Zusatzkosten und der noch im Jahr 2008 zulässigen Koppelung im regulierten Bereich ist im Übrigen – wie von der Vorinstanz zutreffend festgehalten und von den Beschwerdeführerinnen im Beschwerdeverfahren auch nicht beanstandet – auch in Bezug auf die Qualitätskontrolle nicht stichhaltig.

13.8.21 Andere Rechtfertigungsgründe wurden weder geltend gemacht noch sind solche ersichtlich.

13.9 Fazit

Als Ergebnis der Prüfung im Beschwerdeverfahren ist festzustellen, dass die vorgenommene Koppelung der Qualitätssicherung und des Uploads auf AIPS mit der Aufnahme in das Kompendium und die INDEX-Daten ein wettbewerbswidriges Verhalten in der Missbrauchsform einer Koppelung gemäss Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. f KG darstellt.

14. Massnahmen

14.1 Die Vorinstanz erwog, bei Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung könnten Massnahmen zu deren Beseitigung angeordnet werden, indem den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen auferlegt werde. Sie verfügte daher als Massnahme, dass es Galenica und HCI untersagt werde, in ihren Verträgen mit den Softwarehäusern Vertragsklauseln zu verwenden und durchzusetzen, die eine Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser für zusätzliche Partner und Produkt-Stamm-Daten bei HCI oder eine Untersagung der anderweitigen Verwendung der Strukturen der auf der Datenbank der Galenica-Gruppe beruhenden Software für die Softwarehäuser vorsehen (Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung). Weiter verfügte die Vorinstanz als Massnahme, dass Galenica und HCI verpflichtet werden, den Zulassungsinhaberinnen die Dienstleistung der Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Indices und andere Dienstleistungen entbündelt anzubieten. Galenica und HCI wurden verpflichtet, die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen sowie den Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS zu kostenbasierten Preisen anzubieten (Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung).

14.2 Die Beschwerdeführerinnen beantragen die Aufhebung der Ziffern 2 und 3 der angefochtenen Verfügung, dies jedoch mit der Begründung, dass

die fraglichen Verhaltensweisen keine unzulässigen Verhaltensweisen i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. e und f KG seien. Darüber hinaus bringen sie vor, die Beschwerdeführerin 1 sei infolge der Umstrukturierungen nicht mehr die Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin 2. Die Beschwerdeführerin 1 sei nicht mehr im Vertrieb und Verkauf von Arzneimitteln in der Schweiz tätig, sondern international ausgerichtet und stelle insbesondere Eisenpräparate her. Daher mache es keinen Sinn, ihr Verhaltensvorschriften aufzuerlegen, die keinen Zusammenhang zu ihr aufweisen würden.

14.3 Kommt die WEKO zur Überzeugung, dass in einem konkreten Fall eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 5 oder 7 KG vorliegt, und will sie Massnahmen anordnen, so stellt sie zunächst fest, dass ein Unternehmen an einer solchen beteiligt war bzw. diese verursacht hat. Zur Beseitigung dieser Beschränkung kann die WEKO Massnahmen anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die Pflicht zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen auferlegt (IZUMI/KRIMMER, DIKE-KG, Art. 30 N 24; ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, Art. 30 N 58 und 59). Beim Begriff der Massnahmen handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff der im Einzelfall durch die Anwendung des materiellen Kartellrechts zu konkretisieren ist (STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 359). Es besteht kein numerus clausus der möglichen Massnahmen (BILGER, a.a.O., S. 359 f.; IZUMI/KRIMMER, DIKE-KG, Art. 30 N 25). Die zutreffenden Massnahmen sind abhängig von der Art und Intensität der als unzulässig festgestellten Wettbewerbsbeschränkung. Die Massnahmen müssen geeignet und notwendig sein, um die festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen (BILGER, a.a.O., S. 359 f.; IZUMI/KRIMMER, DIKE-KG, Art. 30 N 25; ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, Art. 30 N 59).

14.4 Die von der WEKO angeordneten Massnahmen zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen sind sanktionsbewehrt i.S.v. Art. 50 und 54 KG (IZUMI/KRIMMER, DIKE-KG, Art. 30 N 25; ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, Art. 30 N 58). Materiell handelt es sich bei solchen behördlichen Anordnungen um Gestaltungsverfügungen (BILGER, a.a.O., S. 360; ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, Art. 30 N 59 und 59b).

14.5 Die vorliegend beurteilten Verhaltensweisen stellen unzulässige Verhaltensweisen i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. e und f KG dar. Der Antrag auf Aufhebung der Ziffern 2 und 3 der vorinstanzlichen Verfügung

wegen Nichtvorliegens von unzulässigen Verhaltensweisen ist somit abzuweisen. Die Massnahmen in Ziffer 2 und 3 der angefochtenen Verfügung erscheinen genügend präzise formuliert sowie geeignet und notwendig, um die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen. Die Beschwerdeführerinnen bringen im Beschwerdeverfahren zwar vor, ihre Verhaltensweisen unterdessen angepasst zu haben und die Wettbewerbsbeschränkungen beseitigt zu haben. An den angeordneten Massnahmen gemäss Ziffer 2 und 3 ist jedoch hinsichtlich zukünftig möglichen Verhaltensänderungen dennoch festzuhalten.

14.6 Die Beschwerdeführerin 1 ist infolge der Umstrukturierungen nicht mehr die Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin 2. Die Beschwerdeführerin 1 hat somit keine Kontroll- und Einflussmöglichkeiten mehr auf die Beschwerdeführerin 2. Die Beschwerdeführerin 1 ist auch nicht mehr im Bereich Vertrieb und Verkauf von Arzneimitteln tätig. Da es sich bei den Massnahmen von Ziffern 2 und 3 des vorinstanzlichen Dispositivs um i.S.v. Art. 50 und 54 KG sanktionsbewehrte Massnahmen handelt, die Beschwerdeführerin 1 aber weder im fraglichen Bereich tätig ist, noch Kontroll- und Einflussmöglichkeiten auf die Beschwerdeführerin 2 hat, erscheint es angezeigt, diese in die Zukunft gerichteten Massnahmen nur der Beschwerdeführerin 2 aufzuerlegen, auch wenn beide Beschwerdeführerinnen als Adressatinnen der Sanktionsverfügung qualifiziert wurden (s. oben E. 3, insb. E. 3.18 f.).

15. Sanktionierung

Art. 49a Abs. 1 KG sieht vor, dass ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet wird. In casu liegt ein Missbrauch von Marktmacht durch Einschränkung des Absatzes i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG und durch Koppelung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG vor.

Die Vorinstanz hat gegen die Beschwerdeführerinnen eine Busse in der Höhe von Fr. 4'546'123.– ausgesprochen.

15.1 Vorwerfbarkeit

15.1.1 Eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG setzt ein Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit voraus. Dieses stellt das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar (Urteile 2C.484/2010, *Publigroupe*, E. 12.2.2 [nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72];

B-771/2012, *Cellere*, E. 9.3.1; B-506/2010, *Gaba*, E. 14.3.5; B-581/2012, *Nikon*, E. 8.2; B-7633/2009, *ADSL II*, Rz. 654 ff.).

15.1.2 Dem Unternehmen muss zumindest eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne eines Organisationsverschuldens angelastet werden können (Urteile 2C_985/2015, *ADSL II*, E. 8.5.2; 2C_484/2010, *Publigroupe*, E.12.2.2 [nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72]; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.220; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2 N 26). Bei der Abklärung eines Organisationsmangels wird geprüft, was das Unternehmen bei richtiger Organisation hätte wissen bzw. welche Handlungen es hätte verhindern müssen. Fehlte das notwendige Wissen bzw. war es dem Unternehmen nicht verfügbar, wäre es aber bei pflichtgemässer Organisation verfügbar gewesen, besteht ein Organisationsmangel (NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, vor Art. 49a-53 N 132). Muss einem Unternehmen bzw. den Organen aufgrund der Umstände bewusst sein, dass ein Verhalten heikel ist und eine Sanktionierung droht, und sieht es gleichwohl nicht von seiner Verhaltensweise ab, liegt regelmässig ein solcher Mangel vor (KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2 N 26).

15.1.3 Die Vorinstanz erwog, der ehemaligen Galenica-Gruppe sei mehr als ein blosser Organisationsmangel vorzuwerfen, es liege ein zumindest eventualvorsätzlicher Kartellrechtsverstoss vor. Bei der ehemaligen Galenica-Gruppe seien tatsächliche Kenntnisse des Kartellgesetzes vorhanden gewesen, da sie bereits wiederholt in kartellrechtliche Verfahren involviert gewesen sei. Zur Zeit der Festlegung der Strategie zur Umsetzung der Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen sei überdies bereits die Vorabklärung i.S. Medikamentenvertrieb in der Schweiz am Laufen gewesen. Noch im Dezember 2011 und damit vor Einführung des Leistungskataloges 2013 sei e-mediat im Rahmen dieser Vorabklärung ein Auskunftsbegehren zugestellt worden. Schliesslich sei zu einem früheren Zeitpunkt betreffend den Vertrieb der Datenbank eine Ausstiegsklausel für Softwarehäuser eingebaut worden, falls die WEKO eingreifen sollte.

15.1.4 Weiter erwog die Vorinstanz, die ehemalige Galenica-Gruppe habe sich auch ihrer marktbeherrschenden Stellung auf beiden abgegrenzten Märkten bewusst sein müssen. Der Markt, auf welchem sie mit Verfügung vom 7. Juli 2008 festgestellt habe, dass Documed eine marktbeherrschende Stellung habe, sei dem hier zu beurteilenden Markt benachbart. Weiter habe die ehemalige Galenica-Gruppe gewusst, dass Galdat lange Zeit das einzige Produkt auf dem entsprechenden Markt gewesen sei und bei der Offertstellung im Jahr 2012 sei sie von einer Marktabdeckung von

mehr als 90% ausgegangen. Entsprechend habe sich die ehemalige Galenica-Gruppe während der Festlegung der Strategie möglicher kartellrechtlich unzulässiger Verhaltensweisen bewusst sein müssen und habe solche zumindest billigend in Kauf genommen. Auch nach der Eröffnung der Untersuchung habe die ehemalige Galenica-Gruppe ihr Verhalten nicht eingestellt, obwohl ihr durch die Untersuchungseröffnung eine mögliche kartellrechtliche Problematik erneut ins Gedächtnis gerufen worden sei. Somit habe sie während der gesamten Zeit die mögliche Kartellrechtswidrigkeit der verschiedenen Verhaltensweisen zumindest billigend in Kauf genommen.

15.1.5 Die Beschwerdeführerinnen bestreiten, dass sie ein Verschulden am Kartellrechtsverstoss treffe. Sie bringen vor, im Zusammenhang mit dem früheren Kartellrechtsverfahren gegen Documed und dem Vorwurf der Koppelung sei die Erfüllung des Tatbestandes nicht vorhersehbar gewesen. Denn in der Verfügung der Vorinstanz vom 7. Juli 2008 seien die Qualitätssicherung und die Publikation gerade nicht als Koppelung qualifiziert worden. Weshalb dies vorliegend anders sein solle und für HCI habe ersichtlich sein müssen, sei unklar und könne ihnen nicht vorgeworfen werden. Zudem habe im Schreiben des Sekretariates vom 6. Dezember 2012, mit welchem ihnen die Untersuchungseröffnung mitgeteilt worden sei, der Vorwurf der unzulässigen Koppelung von Leistungen noch nicht bestanden. Auch hätten sie das Sekretariat um Beratung ersucht, was jedoch abgelehnt worden sei. Für sie sei es nicht einleuchtend, weshalb eine Beratung nach Art. 23 KG nicht hätte offenstehen sollen, zumal es bei den dem Sekretariat zugesandten Verträgen um die Ausgestaltung der künftigen Vertragsverhältnisse und damit um künftige Verhaltensweisen gegangen sei. Auch werde bestritten, dass eine Prüfung der Verträge durch das Sekretariat aufgrund der Komplexität und der Kurzfristigkeit nicht möglich gewesen wäre. Denn die Verträge seien dem Sekretariat im Juni 2012 angekündigt und am 11. September 2012 eingereicht worden. Schliesslich sei es widersprüchlich, wenn die Prüfung der Verträge als zu komplex qualifiziert werde, aber gleichzeitig ein offensichtlicher objektiver Sorgfaltsmangel angenommen werde.

15.1.6 Weiter bringen die Beschwerdeführerinnen vor, der Verweis auf die Fortführung des Verhaltens nach den Vorabklärungen bzw. der Untersuchungseröffnung sei für die Begründung der Vorwerfbarkeit nicht ausreichend. Denn weder die Vorabklärungen noch die Untersuchungseröffnung könnten mit der Untersagung des betreffenden wirtschaftlichen Verhaltens gleichgesetzt werden. Eine eventualvorsätzliche Kartellrechtsverletzung

falle somit ausser Betracht und Fahrlässigkeit oder ein Organisationsverschulden werde nicht nachgewiesen. Denn es werde von der Vorinstanz nicht begründet, inwiefern die Beschwerdeführerinnen eine objektive Sorgfaltspflicht verletzt hätten oder ein Organisationsverschulden vorliege. Aus dem Bestehen der objektiven Tatbestandsmerkmale eines Wettbewerbsverstosses könne nicht ohne weiteres auf den subjektiven Tatbestand der Unternehmensmitarbeiter und daraus weiter auf ein Organisationsverschulden geschlossen werden.

15.1.7 Die Vorinstanz hielt in ihrer Vernehmlassung unter Verweis auf die Erwägungen in der angefochtenen Verfügung an der Qualifikation der Verhaltensweisen als zumindest eventualvorsätzlich fest. Zudem seien auch alle Elemente für einen fahrlässigen Kartellrechtsverstoss aufgezeigt worden. Ausreichend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit sei gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden. Sei ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so sei im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen liege keine Vorwerfbarkeit vor; so möglicherweise, wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt gewesen sei und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht habe bekannt werden können. Vorliegend handle es sich bei der Gestaltung des Geschäftsmodells und der Verträge um einen Strategieentscheid, der von der Führungsebene getroffen werde. Ein Organisationsverschulden sei daher in jedem Fall gegeben.

15.1.8 Schliesslich hält die Vorinstanz betreffend das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, das Sekretariat um Beratung ersucht zu haben bzw. die überarbeiteten Verträge eingereicht zu haben, fest, dass während eines kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens kein Raum für eine Beratung nach Art. 23 Abs. 2 KG bestehe. Die Verträge seien nicht für ein Widerspruchsverfahren i.S.v. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG eingereicht worden und auch nicht vorgängig zum Strategieentscheid für eine Beratung i.S.v. Art. 23 Abs. 2 KG. Schliesslich wäre eine Beurteilung der Verträge durch das Sekretariat vor deren Implementierung aufgrund der Komplexität der Materie und der Kurzfristigkeit ohnehin nicht möglich gewesen.

15.1.9 Sorgfaltspflichtverletzungen innerhalb eines Unternehmens sind diesem als massgeblichem Kartellrechtssubjekt ohne weiteres objektiv zu-

zurechnen, soweit Tochter- und Muttergesellschaft eine wirtschaftliche Einheit im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG bilden. Davon zu unterscheiden ist die subjektive Zurechenbarkeit. Für die Beurteilung der subjektiven Zurechenbarkeit und damit die Vorwerfbarkeit im engeren Sinne ist ein objektiver Sorgfaltsmassstab anzusetzen. So ist das Vorliegen eines objektiven Sorgfaltsmangels im Sinne eines Organisationsverschuldens auf Seiten des Unternehmens für die subjektive Zurechenbarkeit prinzipiell ausreichend. Dabei gilt es zu beachten, dass die Mitglieder der Führungsgremien von Gesellschaften aufgrund von gesellschaftsrechtlichen Vorschriften im Hinblick auf die gesamte Geschäftstätigkeit des Unternehmens verpflichtet sind, eine sorgfaltsgemässe Geschäftstätigkeit sicherzustellen, was gesetzeskonformes Verhalten mitumfasst. Im Rahmen des Kartellrechts ergeben sich die Sorgfaltspflichten primär aus dem Kartellgesetz, an dessen Vorschriften sich die Unternehmen halten müssen. Der Umstand, dass ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vorliegt, lässt in aller Regel auch auf eine Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht schliessen, denn die Unternehmen müssen über die Regeln des Kartellgesetzes, über die dazu ergangene Praxis und die einschlägigen Bekanntmachungen informiert sein (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.6.2; Urteile 2C_985/2015, *ADSL II*, E. 8.5.2; 2C.484/2010, *Publigroupe*, E. 12.2.2 [nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72]; B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 8.2.2; B-581/2012, *Nikon*, E. 8.2.4; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 674 ff., 677, 695 f.; Botschaft KG, BBl 1995 I 468, 620).

15.1.10 Soweit ein Organisationsverschulden im Einzelfall nachgewiesen wird, bedarf es keiner weiteren Abklärungen von Seiten der Wettbewerbsbehörden oder der Gerichte im Hinblick auf die Verwirklichung des Verschuldens aufgrund eines sonstigen aktiven oder passiven Verhaltens. Ebenso bedarf es keiner Abklärungen im Hinblick auf eine vorsätzliche Begehung des wettbewerbswidrigen Verhaltens, soweit die Umstände einer fahrlässigen Begehung dargelegt sind (Urteil B-7633/2009, *ADSL II*, E. 676).

15.1.11 Es wird vorliegend weder geltend gemacht, noch ist ersichtlich, dass die wettbewerbswidrigen Handlungen von anderen Personen vorgenommen wurden, als von den Mitarbeitern der HCI, die im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeiten zur Durchführung derartiger Massnahmen berechtigt waren.

15.1.12 Weiter darf davon ausgegangen werden, dass bei der ehemaligen Galenica-Gruppe Kenntnisse des Kartellgesetzes vorhanden waren. Die

Vorinstanz zeigte korrekt auf, dass die ehemalige Galenica-Gruppe bereits in kartellrechtliche Verfahren involviert war. Die ehemalige Galenica-Gruppe hätte damit in Bezug auf kartellrechtliche Problematiken besonders sensibilisiert sein müssen. Die Verantwortlichen kannten zudem unbestrittenermassen das Urteil des Bundesverwaltungsgericht BVGE 2011/60 und die damit einhergehende Änderung für die Publikation der Arzneimittelinformationen. Es war für sie auch ohne weiteres erkennbar, dass es damit auch auf den umliegenden und nachgelagerten Märkten zu Änderungen kommen würde.

15.1.13 Nachdem die Beschwerdeführerin 2 bei der Offertstellung 2012 selber von einer Marktabdeckung von mehr als 90% ausging und die Vorinstanz mit Verfügung vom 7. Juli 2008 festgestellt hatte, dass Documed auf den Markt für die Publikation von Fachinformationen gedruckt und online in einem vollständigen Werk sowie auf dem Markt für die Publikation von Patienteninformationen online in einem vollständigen Werk eine marktbeherrschende Stellung hatte, hätte der ehemaligen Galenica-Gruppe bewusst sein müssen, dass sie in den hier massgebenden Märkten möglicherweise als marktbeherrschend eingestuft würde.

15.1.14 Unter diesen Umständen hätte der ehemaligen Galenica-Gruppe auch bewusst sein müssen, dass Koppelungen von Leistungen sowie Vertragsklauseln, die Charakteristiken von Alleinbezugsverpflichtungen aufweisen, kartellrechtlich problematisch sein können. Insgesamt hätte der ehemaligen Galenica-Gruppe aufgrund der erwähnten Umstände zumindest bewusst sein müssen, dass ihr Verhalten heikel ist und eine Sanktionierung droht. Gleichwohl hat sie die Verhaltensweisen implementiert, so dass zumindest ein objektiver Sorgfaltsmangel, d.h. ein Organisationsverschulden vorliegt.

15.1.15 Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen vermögen an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Denn einerseits hätte für die Verantwortlichen ersichtlich sein sollen, dass sich der vorliegende Sachverhalt vom Sachverhalt in der Untersuchung *Publikation von Arzneimittelinformationen* unterscheidet. So geht es in casu nicht wie damals um die gesetzlich vorgesehene Publikation, sondern um die Aufnahme der Daten in eine Datenbank eines Datenveredlers, zu welcher die Zulassungsinhaberinnen nicht durch gesetzliche oder regulatorische Vorgaben verpflichtet sind. Zudem ist es für die Bejahung eines Organisationsverschuldens bzw. von fahrlässigem Verhalten nicht erforderlich, dass der Vorwurf der Koppelung von Leistungen bereits bei Untersuchungseröffnung bestand und mitgeteilt

wurde. Ebenso wenig kann auch der Umstand, dass die Beschwerdeführerin 2 das Sekretariat um Beratung ersucht hat, das Vorliegen von fahrlässigem Handeln umstossen.

15.1.16 Ob die wettbewerbswidrigen Verhalten von den Verantwortlichen der ehemaligen Galenica-Gruppe gar billigend in Kauf genommen wurde, kann somit offengelassen werden. In den dem Bundesverwaltungsgericht zur Verfügung stehenden Unterlagen fehlen ausreichende Belege, welche den Eventualvorsatz genügend dokumentieren würden. Aus prozessökonomischen Gründen erscheint es weder angezeigt noch erfolgversprechend, mehrere Jahre später nach solchen Belegen zu forschen. Wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht geltend machen, kann eventualvorsätzliches Handeln zudem nicht alleine aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen ihr Verhalten auch nach der Eröffnung des Kartellverfahrens fortgeführt haben, gefolgert werden. Denn die Eröffnung eines Kartellverfahrens kann angesichts der bisherigen Prüfungs- und Entscheidpraxis der Wettbewerbsbehörden nicht mit einer Untersagung des betreffenden wirtschaftlichen Verhaltens gleichgesetzt werden (Urteil B-7633/2009, *ADSL II*, E. 690).

15.1.17 Zu Gunsten der ehemaligen Galenica-Gruppe ist daher davon auszugehen, dass kein vorsätzliches, sondern lediglich ein fahrlässiges Verhalten vorlag (vgl. bereits Urteil B-7633/2009, *ADSL II*, E. 690 f.; vgl. auch TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a N 10 f.).

15.2 Sanktionsbemessung

15.2.1 Allgemeines

15.2.1.1 Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt, ist das Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes zu sanktionieren. Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch jenes erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten – in Art. 49a Abs. 1 KG festgelegten – Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) enthaltenen Kriterien bestimmt (BGE 144 II 194, *BMW*, E. 6.2; 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.1; Urteile

2C_985/2015, *ADSL II*, E. 9.1; 2C.484/2010, *Publigroupe*, E. 12.3.1 [nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72]).

15.2.2 Den Wettbewerbsinstanzen kommt bei der Sanktionsbemessung ein erheblicher Ermessenspielraum in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten des Basisbetrags, der Dauer sowie der Erhöhungs- und Milderungsgründe zu (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.2; 139 I 72, *Publigroupe*, E. 7.4.5.4; Urteil B-7633/2009, *ADSL II*, E. 709; BORER, a.a.O., Art. 49a Rz. 17; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49 Abs. 1-2 N 61; ROTH/BOVET, CR-Concurrence, Art. 49a Rz. 17; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.231). Dieser Ermessenspielraum wird durch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz und den Gleichheitsgrundsatz eingeschränkt (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.2; 139 I 72, *Publigroupe*, E. 7.4.5.4; Urteil B-7633/2009, *ADSL II*, E. 709; BORER, a.a.O., Art. 49a Rz. 15; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49 Abs. 1-2 N 61; ROTH/BOVET, CR-Concurrence, Art. 49a Rz. 15, 28 ff.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.231). So sieht auch Art. 2 Abs. 2 SVKG ausdrücklich vor, dass bei der Festsetzung der Sanktion das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen ist.

15.2.3 Basisbetrag

15.2.3.1 Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung ist der Basisbetrag. Der Basisbetrag beträgt nach Art. 3 SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10% des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat. Dieser Umsatz bildet somit die Grund- und Ausgangslage für die Festlegung der Sanktion.

15.2.3.2 Grundlage für die Feststellung des massgeblichen Umsatzes bildet in der Regel die jeweilige Jahresrechnung des Unternehmens, aus der die entsprechenden Daten zu entnehmen oder abzuleiten sind (Urteile 2C_985/2015, *ADSL II*, E. 9.2.2.1; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 721).

15.2.3.3 Als massgeblich für die Ermittlung des Basisbetrags werden die letzten drei Geschäftsjahre statuiert. Der Zeitraum wurde durch den Gesetzgeber mit drei Geschäftsjahren festgelegt, um zu verhindern, dass Unternehmen mittels geeigneter Massnahmen kurzfristig den Umsatz verringern, um in den Genuss einer geringeren Sanktion zu gelangen (Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001 [BBI 2001 2022, 2037]). Die Vorinstanz stellte auf den Umsatz in den Jahren 2013 bis 2015 ab. Dies ist nicht zu beanstanden und kann somit bestätigt werden.

15.2.3.4 Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG sehen keine gesonderte Regelung zur Bestimmung der relevanten Märkte bei der Bemessung einer Sanktionierung vor. Bei der Bestimmung des relevanten Markts für die Bemessung einer Sanktionierung eines Marktmissbrauchs sind diejenigen Märkte relevant, auf welche das marktbeherrschende Unternehmen mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltensweise einwirkt. Grundsätzlich entspricht der für die Sanktionierung massgebliche relevante Markt dem sachlich und räumlich relevanten Markt. Für die Sanktionsbemessung kann daher regelmässig auf die Marktabgrenzung zum sachlich und räumlich relevanten Markt abgestellt werden. Es bedarf für die Sanktionsbemessung regelmässig keiner erneuten Feststellung des massgeblichen Marktes (Urteile B-631/2011, *SIX*, E. 1568 f.; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 723).

15.2.3.5 Wirkt das marktbeherrschende Unternehmen mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltensweise im Einzelfall darüber hinaus auf sonstige Märkte ein, so sind diese ebenfalls in die Sanktionsbemessung mit einzu beziehen (Urteile B-631/2011, *SIX*, E. 1570; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 723). Massgebend für die Sanktionsbemessung ist daher nicht nur der Markt, auf dem die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens gegeben ist. Der Begriff "relevante Märkte" ist vielmehr auf eine Erfassung aller derjenigen Märkte ausgerichtet, auf denen sich eine nachteilige Einwirkung des wettbewerbswidrigen Verhaltens feststellen lässt. Dabei kann es sich sowohl um den Markt, auf dem das Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung innehat, als auch um Sekundärmärkte als vor- und nachgelagerte Märkte oder Tertiärmärkte handeln, die in das konkrete wirtschaftliche Verhalten eingebunden sind. Dies gilt insbesondere für diejenigen Missbrauchsformen des Art. 7 KG, die sich bereits aufgrund ihrer tatbestandlichen Ausgestaltung auf mehrere Märkte erstrecken (Urteil B-631/2011, *SIX*, E. 1570 und 1573).

15.2.3.6 Die Vorinstanz erwog, Documed und e-mediat hätten ihren Umsatz auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen und auf dem Markt für den Zugang zu veredelten, maschinenlesbaren Medikamenteninformationen erzielt. Entsprechend könne auf die kumulierten Umsätze von Documed und e-mediat abgestellt werden. Diese entsprächen Fr. [...] im Jahr 2013, Fr. [...] im Jahr 2014 und Fr. [...] im Jahr 2015. Damit betrage der für die Berechnung des Basisbetrages massgebliche Umsatz Fr. [...] und die Obergrenze des Basisbetrages belaufe sich auf Fr. [...].

15.2.3.7 Gegen diese Ermittlung des massgeblichen Umsatzes zur Festlegung des Basisbetrags erheben die Beschwerdeführerinnen mehrere Einwände. Die Beschwerdeführerinnen sind der Auffassung, es sei für die Berechnung des Basisbetrages auf die beiden ermittelten relevanten Märkte, den Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen und den Markt für veredelte maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen, abzustellen. So rügen sie, die als unzulässig qualifizierten Verhaltensweisen der Einschränkung des Absatzes und der Koppelung von Leistungen würden nur jeweils einen der beiden relevanten Märkte betreffen. Daher könne für die Berechnung des Umsatzes auf den relevanten Märkten nicht auf den kumulierten Umsatz von Documed und e-mediat abgestellt werden. Vielmehr habe in einem ersten Schritt eine aufgeschlüsselte Umsatzberechnung für die beiden relevanten Märkte zu erfolgen und erst in einem zweiten Schritt könnten die berechneten Umsätze der relevanten Märkte zum Basisbetrag kumuliert werden.

15.2.3.8 Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ist nicht zu beanstanden, wenn trotz zweier betroffener Märkte eine einheitliche Sanktionsberechnung vorgenommen wird, ohne die Umsätze auf die einzelnen Märkte aufzuschlüsseln. Denn wie die Vorinstanz zutreffend festhält, ist eine Aufschlüsselung, wenn überhaupt, dann nur mit erheblichem Mehraufwand möglich – ohne dass sich das Ergebnis ändert. Das Bundesverwaltungsgericht hat auch bereits im Urteil B-3332/2012 vom 13. November 2015 i.S. *BMW* bei mehreren betroffenen Märkten eine einheitliche Sanktionsberechnung vorgenommen, ohne die Umsätze auf die einzelnen Märkte aufzuschlüsseln.

15.2.3.9 Weiter rügen die Beschwerdeführerinnen, die Berechnung der Vorinstanz sei auch insofern fehlerhaft, als dass ihr die gesamten Nettoerlöse der Erfolgsrechnungen der Documed und e-mediat aus den Jahren 2013-2015 zugrunde gelegt worden sei. Documed und e-mediat hätten auch Umsätze auf anderen, nicht relevanten Märkten erzielt, welche in Abzug zu bringen seien. Für die Berechnung des Basisbetrages sei nur auf die beiden ermittelten relevanten Märkte abzustellen. Die Beschwerdeführerinnen reichten mit der Beschwerde eine "Übersicht bereinigte Umsatzzahlen" ein und erläuterten die einzelnen Positionen in ihrer Replik.

15.2.3.10 Die Vorinstanz bezeichnet die von den Beschwerdeführerinnen eingereichten "bereinigten" Umsatzzahlen als intransparent, unbelegt und ohne buchhalterische Logik. Die Beschwerdeführerinnen würden ohne

sachliche Begründung unterschiedliche Zahlen als "bereinigte Umsatzzahlen" in den Raum stellen. Zudem habe sie, die Vorinstanz, berechtigter Weise davon ausgehen können, dass die gesamten berücksichtigten Umsätze von Documed und e-mediat im Vertrieb der elektronischen Medikamenteninformationen erzielt worden seien. Denn sowohl G. _____ anlässlich des Parteiverhörs als auch die Beschwerdeführerinnen in ihrer Stellungnahme zum Antrag hätten festgehalten, dass auf den relevanten Märkten bzw. im Bereich der Medikamenteninformationen jährlich ca. [...] Umsatz erzielt würden.

15.2.3.11 Die Beschwerdeführerinnen machen, was den sachlich relevanten Markt betreffend die Marktgegenseite der Zulassungsinhaberinnen (Markt für die Aufnahme und den Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen) betrifft, bis auf eine Ausnahme im Beschwerdeverfahren die gleichen Abzüge geltend wie in ihrer Stellungnahme vom 13. Juli 2016 zum Verfügungsantrag (vgl. Vorinstanz, act. 1070, Beilage 15). Einzig die Umsätze aus dem D-Modul (Kompendium) machen sie im Beschwerdeverfahren nicht mehr als Abzug geltend. Was den relevanten Markt betreffend die Marktgegenseite der Leistungserbringerinnen und -erbringer, etc. (Markt für veredelte, elektronische Datensätze betreffend Medikamenteninformationen) betrifft machen die Beschwerdeführerinnen im Beschwerdeverfahren erstmals Abzüge von auf anderen Märkten erzielten Umsätzen geltend.

15.2.3.12 Vorliegend wurden der Markt für die Aufnahme und den Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen sowie der Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen als relevante Märkte festgestellt. Für die Ermittlung des Basisbetrags ist somit grundsätzlich vom auf diesen beiden Märkten erzielten Umsatz auszugehen. Es sind jedoch auch Umsätze von sonstigen (voroder nachgelagerten) Märkten miteinzubeziehen, sofern mit den wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen auch auf diese eingewirkt wurde (s. oben E. 15.2.3.5). In diesem Sinne ist nachfolgend für die einzelnen strittigen Umsätze zu prüfen, ob sie bei der Berechnung des Basisbetrages zu berücksichtigen sind. Dabei handelt es sich zunächst um folgende:

- [...]
- [...]
- [...]

- [...]
- [...]
- [...]
- [...]
- [...]
- [...].

15.2.3.13 Bei all diesen Umsätzen handelt es sich offensichtlich um Umsätze, die nicht auf dem Markt für die Aufnahme und den Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen erzielt wurden und auch nicht dem Markt für veredelte, elektronische Datensätze betreffend Medikamenteninformationen zuzuordnen sind. Es ist auch nicht ohne weiteres ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerinnen mit den wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen unmittelbar auf diese anderen Märkte eingewirkt haben. Deshalb sind diese erzielten Umsätze von Umsatzzahlen in den Erfolgsrechnungen in Abzug zu bringen.

15.2.3.14 Anders gestaltet sich die Lage bei den Umsätzen "academy" aus Schulungen. Gemäss Angaben der Beschwerdeführerinnen besuchten [...] % der Teilnehmenden Schulungen im Zusammenhang mit einer vertraglichen Bindung, [...] % hätten Pharmavista-Schulungen und [...] % Schulungen zum Pharmamarkt Schweiz besucht.

15.2.3.15 Zumindest alle Schulungen, die den Umgang mit den INDEX-Daten beinhalten, können nicht einem anderen Markt zugeordnet werden. Das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, die Durchführung von Schulungen habe nichts mit dem Bereitstellen von elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen zu tun, überzeugt nicht. Denn gemäss vielen Verträgen von e-mediart mit den Softwarehäusern waren die Softwarehäuser verpflichtet, Schulungen von e-mediart zum Umgang mit den INDEX-Daten "in ausreichendem Mass" zu nutzen. Innerhalb von vier Monaten nach Vertragsunterzeichnung war mindestens ein Kurstag für Programmierer auf eigene Kosten zu absolvieren (vgl. Vorinstanz, act. 1120, oftmals Ziff. 17 der Verträge). Zudem werden solche Schulungen nur von Softwarehäusern besucht und nachgefragt, die einen Lizenzvertrag und Zugang zu den INDEX-Produkten haben.

15.2.3.16 Pharmavista ist ein Online-Informationsangebot für den Schweizer Pharmamarkt und soll einen einfachen Zugriff auf wissenschaftliche und kommerzielle Daten zu Arzneimitteln, Parapharmazeutika und Kosmetika ermöglichen. Pharmavista enthält neben den allgemeinen Produktinformationen zu Arzneimitteln, auch die Details zu Artikeln und Produkten aus den INDEX-Datenbanken. Ergänzend werden Informationen zu aktuellen Themen aus dem Gesundheitswesen und der medizinisch-therapeutischen Forschung publiziert. Mit Pharmavista haben Fachpersonen Zugriff auf aktuelle Informationen, wissenschaftliche und kommerzielle Daten zu Arzneimitteln, Parapharmazeutika und Kosmetika (www.hcisolutions.ch/de/datenbanken-und-software/pharmavista.php [abgerufen am 07.12.2021]). Damit handelt es sich ebenfalls um ein Produkt, das unter anderem veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen enthält. Wie bereits oben erwähnt stehen Schulungen zu einem solchen konkreten, einzelnen Produkt in einem derart engen Zusammenhang zu diesem Produkt, dass es sich rechtfertigt die Umsätze aus Schulungen ebenfalls zu berücksichtigen.

15.2.3.17 Schulungen zum Pharmamarkt Schweiz sind dagegen nicht dem Markt für veredelte, elektronische Datensätze betreffend Medikamenteninformationen zuzuordnen. Entsprechend sind [...] % der aus Schulungen erzielten Umsätze in Abzug zu bringen.

15.2.3.18 Die von den Beschwerdeführerinnen angegebenen Prozentsätze für die Umsätze aus den verschiedenen Schulungen ergeben im Total nur 80%. Da die Beschwerdeführerinnen damit nicht darlegen, dass die übrigen 20% der Schulungen nicht im Zusammenhang mit der Aufnahme und dem Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen und veredelten, maschinenlesbaren Daten betreffend Medikamenteninformationen stehen, sind diese Umsätze bei der Sanktionsberechnung zu berücksichtigen.

15.2.3.19 Grundsätzlich ist bei der Berechnung des Basisbetrages auf die Nettoerlöse abzustellen. Das heisst von den Bruttoumsätzen sind Erlösminderungen wie Skonti und Rabatte, Mehrwertsteuern und andere Verbrauchssteuern sowie weitere unmittelbar auf den Umsatz bezogene Steuern abzuziehen (Art. 4 Abs. 1 VKU).

15.2.3.20 Auch die Vorinstanz stellte bei der Berechnung des Basisbetrages auf die Nettoerlöse ab. In der Vernehmlassung weist sie allerdings daraufhin, die der Sanktionsberechnung zugrundeliegenden Umsatzzahlen

sähen unter dem Titel "Erlösminderungen" bereits hohe Abzüge vor. Bei einer allfälligen Zulassung von weiteren Abzügen sei deshalb darauf zu achten, dass nicht die gleiche Position mehrmals abgezogen werde. Die Beschwerdeführerinnen legen in der Replik aber schlüssig dar, dass durch die Erlösminderungen und die zu berücksichtigenden Abzüge nicht die gleichen Positionen mehrmals abgezogen werden. So führen sie aus, bei den geltend gemachten Erlösminderungen handle es sich um solche nach Art. 4 Abs. 1 VKU (Skonti, Rabatte, Mehrwertsteuern und andere Verbrauchsteuern sowie weitere unmittelbar auf den Umsatz bezogene Steuern). [...]. Die Darstellung des Bruttoumsatzes in der Erfolgsrechnung habe rein theoretischen Charakter, konzernintern und gegenüber Investoren werde ausschliesslich mit der Grösse der Nettoumsätze gearbeitet. Es ist somit auf die Nettoerlöse abzustellen.

15.2.3.21 Strittig ist schliesslich die Frage, ob konzerninterne Umsätze bei der Ermittlung des Basisbetrages zu berücksichtigen sind. Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, nach der herrschenden Kartellrechtslehre seien konzerninterne Umsätze in Anwendung von Art. 5 Abs. 2 VKU bei der Umsatzberechnung nach Art. 49a KG nicht zu beachten. Die Vorinstanz habe dies in ihren Erwägungen in Rz. 504 sogar selbst erwähnt, jedoch in der konkreten Sanktionsberechnung dann nicht berücksichtigt. Zudem würde sich der Abzug auch aus dem Sinn und Zweck von Art. 7 KG ergeben, denn Art. 7 KG verbiete eine Ausbeutung oder Behinderung anderer Unternehmen, einen konzerninternen Machtmissbrauch gebe es nicht. Sodann dränge sich ein Abzug der konzerninternen Umsätze auch bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise auf. Gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG würden sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform als Unternehmen gelten. Mehrere zu einem Konzern gehörende Rechtsträger werden als ein einziges Unternehmen betrachtet, womit sämtliche Umsätze der kontrollierten Gesellschaften berücksichtigt werden. Bei einer Betrachtung auf Konzernebene müssten demnach die konzerninternen Umsätze bei der Berechnung der Sanktion abgezogen werden.

15.2.3.22 Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, die Vorinstanz habe in der Verfügung selbst erwogen, konzerninterne Umsätze seien nicht zu berücksichtigen, ist festzuhalten, dass die fraglichen vorinstanzlichen Erwägungen die Festlegung der Maximalsanktion betreffen. Die Maximalsanktion hat – anders als der Basisbetrag – den Zweck, die wirtschaftliche Tragbarkeit der Sanktion für das Unternehmen als sol-

ches zu garantieren. Da Umsätze innerhalb des Unternehmens die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit desselben nicht verbessern, dürfen sie für die Berechnung der Maximalsanktion nicht berücksichtigt werden. Entsprechend ist dieses Vorbringen nicht stichhaltig.

15.2.3.23 Wie bereits erwähnt, sehen Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG keine spezifischen Regelungen für die konkrete Ermittlung des Umsatzes im Einzelfall vor. Literatur und Rechtsprechung nehmen deshalb Bezug auf die Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Für Unternehmenszusammenschlüsse statuieren Art. 4 und 5 VKU Regelungen zur Ermittlung des massgeblichen Umsatzes. Art. 5 Abs. 2 VKU bestimmt, dass Umsätze zwischen gemäss Art. 5 Abs. 1 VKU verbundenen Unternehmen, sogenannte konzerninterne Umsätze, nicht zu berücksichtigen sind. Das Bundesgericht hat bei der Berechnung des Umsatzes bislang nur auf Art. 4 VKU verwiesen (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.2; Urteile 2C_985/2015, *ADSL II*, E. 9.2.2.3; 2C.484/2010, *Publigroupe*, E. 12.3.2 [nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72]). Die Literatur geht davon aus, dass die Bestimmungen der VKU sinngemäss herangezogen werden können, soweit sie überhaupt passen (TAGMANN/ZIERLICK, BSK-KG, Art. 49a N 45; ROTH/BOVET, CR-Concurrence, Art. 49a N 26).

15.2.3.24 Im Urteil B-7633/2009 vom 14. September 2015 i.S. *ADSL II* erwog das Bundesverwaltungsgericht, bei einer Kosten-Preis-Schere ergebe sich das Schädigungspotential nicht nur aus der Betrachtung eines einzelnen Marktes, sondern erst das strategische Zusammenwirken von vertikaler Ausbeutung und horizontaler Behinderung ermögliche die besondere Beeinträchtigungswirkung. Dabei würden die Umsätze zwischen der Obergesellschaft und dem vertikal integrierten Unternehmen gerade den Hebel für diese Beschränkung bilden. Bei den berücksichtigten Umsätzen handle es sich um solche, die in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Wettbewerbsbeeinträchtigung stünden und nicht um sonstige konzerninterne Umsätze, die keinen Bezug zum Missbrauchsverhalten aufweisen würden. Es sei deshalb erforderlich und sachgerecht, diese konzerninternen Umsätze bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen. Diesem Vorgehen stehe auch nicht entgegen, dass konzerninterne Transaktionen aufgrund des Konzernprivilegs nicht als wettbewerbswidrig zu qualifizieren seien und Art. 5 Abs. 2 VKU vorsehe, dass konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen seien. Denn die Frage der wettbewerbsrechtlichen Qualifizierung konzerninterner Transaktionen stehe in keinem sachlich zwingenden Zusammenhang mit der Berücksichtigung von konzerninter-

nen Umsätzen im Rahmen der Sanktionsbemessung. Nicht nur im Kartellrecht, sondern auch im Strafrecht würden Umsätze und sonstige wirtschaftliche Aspekte ohne unmittelbaren Bezug zu einem rechtswidrigen Verhalten zur Ermittlung einer Sanktionierung herangezogen. Eine sinngemässe Heranziehung von Art. 5 Abs. 2 VKU sei schon deshalb ausgeschlossen, weil die konzerninternen Umsätze bei der Wettbewerbsbeschränkung einer Kosten-Preis-Schere gerade einen Faktor für die wettbewerbswidrigen Auswirkungen darstellen würden, während dies bei der Wettbewerbsbeschränkung eines Unternehmenszusammenschlusses nicht der Fall sei (Urteil B-7633/2009, *ADSL II*, E. 724 f.).

15.2.3.25 Das Bundesgericht bestätigte in seinem Urteil 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019 i. S. *ADSL II*, dass Art. 5 Abs. 2 VKU nicht auf den konkreten Sachverhalt passe. Zusammenschlussvorhaben seien kartellrechtlich relevant, wenn sie einen Grenzbetrag erfüllen. Für die Berechnung der Grenzbeträge nach Art. 9 Abs. 1-3 KG seien nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 VKU die Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen massgebend. Dabei würden Art. 4 ff. VKU die Berechnung regeln. Art. 5 Abs. 2 VKU schliesse für die Berechnung des Gesamtumsatzes eines beteiligten Unternehmens die Geschäfte zwischen den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen aus. Der Grund hierfür sei, dass die Umsätze die wirkliche Stärke des beteiligten Unternehmens im Markt widerspiegeln sollen, denn nur die wirkliche Stärke der beteiligten Unternehmen bilde den Anlass für die kartellrechtliche Relevanz des Zusammenschlussvorhabens. Insofern sei Art. 5 Abs. 2 VKU gar nicht Ausfluss des Konzernprivilegs, was im Übrigen auch Art. 5 Abs. 1 VKU bestätige. Danach umfasse der Umsatz eines beteiligten Unternehmens neben denjenigen aus eigener Geschäftstätigkeit auch die Umsätze der mit ihm in einer wirtschaftlichen Einheit bzw. in einem Konzern "verbundenen Unternehmen". Im Urteil 2C_985/2015 gehe es weder um ein Zusammenschlussvorhaben, noch passe die Ausgangslage analog zum dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt. Denn die unzulässige Verhaltensweise (Kosten-Preis-Schere) bestehe gerade im Verbund der beiden Unternehmen. Würde Art. 5 Abs. 2 VKU in einem solchen Fall Anwendung finden, würden die Beschwerdeführerinnen wegen ihrer Verhaltensweise zudem noch begünstigt, was nicht der Intention des Gesetzgebers bei Einführung der Sanktionen entsprochen habe (Urteil 2C_985/2015, *ADSL II*, E. 9.2.2.4).

15.2.3.26 In casu geht es um Umsätze auf dem Markt für die Aufnahme und den Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamentenin-

formationen, welche Documed und e-mediat mit den konzerneigenen Zulassungsinhaberinnen erwirtschaftet haben sowie um Umsätze mit veredelten, maschinenlesbaren Daten betreffend Medikamenteninformationen, die mit den konzerneigenen Leistungserbringern, Grossisten, etc. erwirtschaftet wurden.

15.2.3.27 Anders als im Urteil B-7633/2009 vom 14. September 2015 i. S. *ADSL II* geht es vorliegend nicht um eine Kosten-Preis-Schere, sondern um eine Koppelung von Leistung und eine Einschränkung des Absatzes. Die vertikale Integration des Vertriebs der Arzneimittel und der entsprechenden Medikamenteninformationen in der ehemaligen Galenica-Gruppe verhalf vorliegend jedoch gerade zur marktbeherrschenden Stellung. Die fraglichen Umsätze stehen in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Wettbewerbsbeeinträchtigung. Es handelt sich nicht um sonstige konzerninterne Umsätze, die keinen Bezug zum Missbrauchsverhalten aufweisen.

15.2.3.28 Nicht gefolgt werden kann den Beschwerdeführerinnen auch, soweit sie geltend machen, der Abzug von konzerninternen Transaktionen ergebe sich auch aus dem Sinn und Zweck von Art. 7 KG. Denn die Frage der wettbewerbsrechtlichen Qualifizierung konzerninterner Transaktionen steht in keinem sachlich zwingenden Zusammenhang mit der Berücksichtigung von konzerninternen Umsätzen im Rahmen der Sanktionsbemessung (s. oben E. 15.2.3.24).

15.2.3.29 Soweit sich gemäss den Beschwerdeführerinnen unter Bezugnahme auf Art. 2 Abs. 1^{bis} KG ein Abzug der konzerninternen Umsätze auch bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise aufträgt, ist festzuhalten, dass eine Betrachtung auf Konzernebene mit Abzug der konzerninternen Transaktionen bereits bei der Berechnung der Maximalsanktion erfolgt, welche die wirtschaftliche Tragbarkeit der Sanktion für das Unternehmen garantieren soll.

15.2.3.30 Die konzerninternen Umsätze sind somit bei der Sanktionsberechnung zu berücksichtigen. Der für die Berechnung des Basisbetrages massgebliche Umsatz beträgt entsprechend Fr. [...]. Dies ergibt sich aus den Umsätzen von Documed und e-mediat abzüglich der erwähnten nicht auf den relevanten Märkten erzielten Umsätze (vgl. Vorinstanz, act. 829 S. 16 und 31, act. 1011 S. 9 f., act. 1038 S. 130 ff. sowie Beilage 15 zur Beschwerde). Die Obergrenze des Basisbetrages beläuft sich auf Fr. [...].

	Umsatz (Nettoerlöse)	nicht auf relevanten Märkten erzielter Umsatz	massgeblicher Umsatz
2013	Fr. [...]	Fr. [...]	Fr. [...]
2014	Fr. [...]	Fr. [...]	Fr. [...]
2015	Fr. [...]	Fr. [...]	Fr. [...]

15.2.4 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

15.2.4.1 Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird der Sanktionsbetrag unter anderem nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens bestimmt. Art. 3 SVKG hält konkretisierend fest, der Basisbetrag werde nach Schwere und Art des Verstosses gebildet. Unter Schwere ist die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen. Massgebend sind das abstrakte Gefährdungspotential sowie die volkswirtschaftliche Schädlichkeit. Zu berücksichtigen ist insbesondere der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses sowie die Anzahl der Beteiligten (BGE 144 II 194, *BMW*, E. 6.4; Urteil 2C_985/2015, *ADSL II*, E. 9.2.3.2; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a N 41). Mit dem Verweis auf die Art des Verstosses wird der Gegenstand des wettbewerbswidrigen Verhaltens angesprochen (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 1592).

15.2.4.2 Die Erläuterungen zu Art. 3 SVKG gehen in Bst. d davon aus, dass sich bei Missbräuchen von marktbeherrschenden Unternehmen nach Art. 7 KG der Basisbetrag "regelmässig im oberen Drittel des Rahmens" bewegen wird (Sekretariat der WEKO, Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung [SVKG], Art. 3 Bst. d). Letztlich ist jedoch eine Beurteilung im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls unumgänglich (Urteile B-7633/2009, *ADSL II*, E. 713; B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 8.3.4; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a N 54).

15.2.4.3 Die Vorinstanz legte den Basisbetrag auf 5% fest. Sie erwog, hinter der Verhaltensweise des Unternehmens sei eine gesamte Strategie gestanden, mit der die Kontrolle über die Gesamtwertschöpfung habe gesichert werden sollen. Es seien bezüglich die Ausschreibung von AIPS, das Verhältnis zu den Zulassungsinhaberinnen, als auch bezüglich das Verhältnis zu den Softwarehäusern und Leistungserbringerinnen und -erbringern Massnahmen ergriffen worden, um die Einkünfte sicherzustellen. Erschwerend hinzukomme, dass die Verdrängungswirkungen insbesondere in der

Zeit, in der sich die Bedingungen änderten und damit für den Eintritt potentieller Konkurrenten besonders geeignet gewesen wäre, ihre Wirkungen gezeigt hätten. Zudem habe das Unternehmen trotz Eröffnung der Untersuchung nicht davor zurückgeschreckt, die Verhaltensweise fortzuführen und weitere Elemente hinzuzufügen. Weiter seien verschiedene Verhaltensweisen an den Tag gelegt worden, die Teil einer Gesamtstrategie gewesen seien und sowohl Verdrängungs- als auch Ausbeutungseffekte zeitigt hätten, was sich ebenfalls schwerwiegend auswirke. Ferner falle ins Gewicht, dass den Untersuchungsadressatinnen zumindest eventualvorsätzliches Verhalten vorzuwerfen sei. Schliesslich habe aufgrund der Verhaltensweise kein Konkurrent in den Märkten wirklich Fuss fassen können und die Zulassungsinhaberinnen seien weiterhin zur Sicherung der Einnahmen herangezogen worden, ohne dass dies wettbewerbsmässig begründet gewesen wäre. Insgesamt wiege das Verhalten schwer.

15.2.4.4 Die Beschwerdeführerinnen bestreiten, dass die Verhaltensweise der HCI Ausdruck einer Gesamtstrategie, mit der die Kontrolle über die Gesamtwertschöpfungskette hätte gesichert werden sollen, gewesen sei. Die Verhaltensweise sei das Resultat einer Anpassung an die geänderten Rahmenbedingungen gewesen, wobei es darum gegangen sei, gegenüber den Kunden im Interesse der Patientensicherheit nach wie vor den hohen Qualitätsstandard zu gewährleisten.

15.2.4.5 Weiter rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz gehe in der Sanktionsbegründung implizit davon aus, dass den Verhaltensweisen, welche nicht als unzulässig qualifiziert wurden, gleichwohl ein Unrechtsgehalt beiliege, der bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen sei. So falle im Vergleich zu den Ausführungen des Sekretariats im Antrag die Sanktionsbegründung in der Verfügung beinahe identisch aus. Insbesondere sei es unsachgemäss, zum Ausdruck zu bringen, das Verhalten von HCI bei der AIPS-Ausschreibung spiele bei der Sanktionsbemessung eine Rolle. Denn die Vorinstanz habe die Frage, ob der Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. d KG erfüllt sei, in der Verfügung explizit offengelassen. Ebenfalls unsachgemäss sei, die Schwere des Verstosses damit zu begründen, dass die Zulassungsinhaberinnen weiterhin zur Sicherung der Einnahmen herangezogen worden seien, ohne dass dies wettbewerbsmässig begründet gewesen wäre. Denn die Vorinstanz habe eine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. c KG als nicht genügend erstellt erachtet und diesbezüglich keine Verletzung des Kartellrechts festgestellt. Zudem liege der Grund weshalb kein Konkurrent auf

dem Markt habe Fuss fassen können, nicht im Verhalten der HCI, sondern in der schlechteren Qualität der Konkurrenzangebote.

15.2.4.6 Weiter weisen die Beschwerdeführerinnen auch den Vorwurf zurück, HCI habe nach der Untersuchungseröffnung die Verhaltensweise fortgeführt und weitere Elemente hinzugefügt. HCI habe 2015 anstelle der kritisierten Klauseln eine neue Formulierung in die Verträge mit den Softwarehäusern aufgenommen. Ohnehin dürfe die Eröffnung eines Kartellverfahrens nicht mit der Untersagung des betreffend wirtschaftlichen Verhaltens gleichgesetzt werden. Entsprechend dürfe die Weiterführung einer Verhaltensweise bei der Art und Schwere des Verstosses nicht negativ ins Gewicht fallen. Dass ein Unternehmen sein Verhalten nicht ändere, werde überdies bereits bei der Dauer des Verstosses nach Art. 4 SVKG sanktionserhöhend berücksichtigt. Folglich könne dies bei der Art und Schwere des Verstosses nicht noch einmal berücksichtigt werden. Demgegenüber sei bei der Bemessung des Basisbetrages aber miteinzubeziehen, dass HCI vor Einführung der Verträge mit dem Sekretariat das Gespräch gesucht habe, denn diese Besprechung hätte nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen das vorliegende Verfahren verhindern können.

15.2.4.7 Die Vorinstanz hält zu diesen Einwänden fest, es treffe nicht zu, dass sie bei der Berücksichtigung von Art und Schwere davon ausgegangen sei, dass auch den nicht bewiesenen Vorwürfen ein Unrechtsgehalt zukomme. Der Basisbetrag sei in der Verfügung im Vergleich zum Antrag von 10% auf 5% herabgesetzt worden. Die Beschwerdeführerinnen würden nicht darlegen, weshalb ihr Verstoss als besonders mild zu bezeichnen wäre. Die sanktionierten Verhaltensweisen seien insbesondere zur Sicherung der marktbeherrschenden Stellung zum Zeitpunkt der Systemumstellung eingesetzt worden, d.h. zum Zeitpunkt, in dem mit Markteintritten zu rechnen gewesen wäre.

15.2.4.8 Zum Vorbringen der Beschwerdeführerinnen betreffend Gesprächsersuchen hält die Vorinstanz fest, das Sekretariat habe den ersten Termin aufgrund der damaligen Prioritätensetzung nicht wahrnehmen können. Die Beschwerdeführerinnen hätten aber zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens die Möglichkeit gehabt, sich zu den Vorwürfen zu äussern und ein Gespräch zwischen der Beschwerdeführerin 2 und dem Sekretariat habe noch im Jahr 2012 stattgefunden.

15.2.4.9 Die ehemalige Galenica-Gruppe hat mittels HCI durch die Bündelung der Aufnahme der Arzneimittelinformationen in ihre Datenbanken mit

der Qualitätssicherung und dem Upload auf AIPS eine Koppelung vorgenommen (Art. 7 Abs. 1. i.V.m. Abs. 2 Bst. f KG). Zudem hat sie durch die Klauseln A und B in den Verträgen mit den Softwarehäusern den Absatz der Konkurrenten i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. e KG einschränkt. Die Verhaltensweisen haben sowohl Verdrängungs- als auch Ausbeutungseffekte gezeitigt.

15.2.4.10 In den beiden fraglichen Märkten konnte kein Konkurrent wirklich Fuss fassen. Ywesee blieb Nischenanbieterin, wurde als solche aber nicht komplett vom Markt verdrängt. Oben unter E. 12.5.16 wurde letztlich offengelassen, inwieweit dies tatsächlich auf die geltend gemachten Qualitätsunterschiede der Konkurrenzangebote und/oder auf die Klauseln A und B in den Verträgen mit den Softwarehäusern zurückzuführen ist. Die Klauseln A und B waren jedoch offensichtlich geeignet, den Markt für potentielle Konkurrenzangebote zu verschliessen. Auch die vorgenommenen Koppelungen waren geeignet, potentielle Wettbewerber zu verdrängen bzw. deren Wettbewerbsstellung zu verschlechtern. Zudem behinderten sie auch die Zulassungsinhaberinnen, da diese die Qualitätssicherung mit optionalem Upload auf AIPS bei HCI beziehen mussten, auch wenn sie dies gar nicht wünschten.

15.2.4.11 Zu Recht erschwerend hat die Vorinstanz den Umstand beurteilt, dass die Verdrängungswirkungen insbesondere in der Zeit, in der sich die Bedingungen änderten und damit für den Eintritt potentieller Konkurrenten besonders geeignet gewesen wäre, ihre Wirkungen gezeitigt haben.

15.2.4.12 Erfüllt ein marktbeherrschendes Unternehmen durch sein Verhalten nebeneinander mehrere Tatbestände nach Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. a-f KG, ist zu prüfen, ob verschiedene Handlungsweisen vorliegen, die separat zu beurteilen und entsprechend zu sanktionieren sind (TAG-MANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a N 52). Gemäss der neuesten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist der Umstand der Verwirklichung von zwei unterschiedlichen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen allerdings nicht bei der Schwere des Verstosses und damit nicht beim Basisbeitrag zu berücksichtigen, sondern gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG (wenn das Unternehmen "wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat") unter den erschwerenden Umständen (Urteil des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021, *Swisscom WAN-Anbindung*, E. 10.4.6 m.H.). Dies ist in casu zu bejahen, da zwei verschiedene Verhaltensweisen vorliegen, die überdies auf zwei unterschiedlich abgegrenzten Märkten ausgeübt wurden.

15.2.4.13 Im Übrigen beanstanden die Beschwerdeführerinnen die vorinstanzlichen Erwägungen zu Recht, soweit die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Festlegung der Schwere der Wettbewerbswirkung erwog, hinter der Verhaltensweise des Unternehmens habe eine Gesamtstrategie gestanden, um die Kontrolle über die Gesamtwertschöpfung zu sichern. Eine solche Gesamtstrategie konnte HCI nicht in genügender Weise nachgewiesen werden. Weitere Verhaltensweisen, die zwar untersucht wurden, sich jedoch nicht genügend erhärten liessen, dürfen bei der Festlegung der Schwere der Wettbewerbsbeschränkung in keiner Art und Weise Berücksichtigung finden. Hinweise auf das Verhalten bei der Ausschreibung von AIPS oder auf die Heranziehung der Zulassungsinhaberinnen zur Sicherung von Einnahmen erweisen sich somit als unsachgemäss.

15.2.4.14 Die Beschwerdeführerinnen bringen des Weiteren vor, ihre Verhaltensweise sei das Resultat einer Anpassung an die geänderten Rahmenbedingungen. Sie hätten im Interesse der Patientensicherheit nach wie vor den hohen Qualitätsstandard gewährleisten wollen. Wie oben dargelegt (vgl. E. 9.2.2.13 und C.a.e), bestand für die Zulassungsinhaberinnen bis 2011 ein faktischer Zwang die Fach- und Patienteninformationen ihrer Arzneimittel in der Datenbank von Documed oder ywesee (kostenpflichtig) zu veröffentlichen. Mit BVGE 2011/60 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass Swissmedic nicht befugt sei, die Veröffentlichung der Arzneimittelinformationen in bestimmten privaten Datensammlungen zu verlangen. Zulässig bzw. naheliegend sei eine Publikation durch Swissmedic selbst. Daraufhin gab Swissmedic diese jahrelange Praxis, welche sich als unzulässig herausstellte, auf und entschied, eine eigene elektronische Datenbank der Arzneimittelinformationen zu betreiben und es wurde das gegenwertig bestehende Arzneimittelinformationssystem (AIPS) geschaffen. Somit wurde fortan der regulierte Bereich des Betriebes einer Arzneimittel-datenbank für die Publikation der Arzneimittelinformationen im Sinne einer staatlichen Aufgabe von der Zulassungsbehörde selbst übernommen. Die Beschwerdeführerinnen waren mit ihren Produkten der INDEX-Datenbanken und des Compendiums entsprechend nur noch auf dem nachgelagerten Markt der Veredelung der Arzneimittelinformationen tätig.

15.2.4.15 Das staatlich vorgesehene System AIPS und der damit zusammenhängende Prozess inkl. Qualitätskontrolle erwies sich allerdings punktuell als kompliziert. Zudem scheint es teilweise Mängel aufzuweisen bzw. aufgewiesen zu haben (vgl. E. 13.8.12 f.). Die Beschwerdeführerin 2 hat – auch wenn sie ihre Marktmacht missbraucht hat – mit ihrer erneuten Qua-

litätskontrolle Fehler in der Arzneimitteldatenbank ausbessern und mögliche Medikationsfehler verhindern können. Auf jeden Fall darf ihr die punktuelle Mangelhaftigkeit des Systems AIPS und des damit zusammenhängenden Prozesses nicht zum Nachteil gereichen. Entsprechend ist bei der Festlegung des Basisbetrages zu berücksichtigen, dass der Bereich der Medikamenteninformationen im relevanten Zeitraum einem ganz besonderen Regelungsumfeld unterlag (vgl. ähnlich: Urteile des BVGer B-4014/2013 und B-4019/2013 vom 30. Oktober 2019, *Vertriebspartner/Auslieferer von französischsprachigen Büchern*, E. 20.3.4.4; Entscheidung der Kommission vom 15. Oktober 2008 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag [COMP/39.188, Abl. 2009 Nr. C 189/12 – Bananen]). Dieses besondere Regelungsumfeld ist nicht zuletzt auch auf die jahrelange unzulässige Praxis von Swissmedic zurückzuführen, welche infolge des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2011/60 beendet wurde (vgl. E. 9.2.2.13 und C.a.e). Schliesslich ist der Vollständigkeit halber zu erwähnen, dass das Argument der Qualitätssicherung demgegenüber keine Auswirkung auf die Bemessung des Basisbetrages hat (vgl. E. 12.4.37 ff.).

15.2.4.16 Die Vorinstanz bezog bei der Schwere ferner das zumindest eventualvorsätzliche Handeln der ehemalige Galenica-Gruppe negativ mit ein. Bei der zu untersuchenden Schwere des Verstosses handelt es sich jedoch um eine objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere (ANDREA DOSS, *Vertikalabreden* und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2009, Rz. 285; vgl. auch DÄHLER/KRAUSKOPF/STEBLER, a.a.O., Rz. 8.122). Daher sind Aspekte, welche im Bereich der Verschuldensproblematik anzusiedeln sind, in diesem Zusammenhang unbeachtlich (s. aber unten E. 15.2.7). Zudem ist gemäss den Ausführungen in E. 15.1.16 f. ohnehin nur von einem fahrlässigen Verhalten auszugehen.

15.2.4.17 Ebenso nicht erschwerend zu berücksichtigen ist, dass HCI die Verhaltensweise nach Eröffnung der Untersuchung weitergeführt hat. Denn die Eröffnung eines Kartellverfahrens ist nicht mit einer Untersagung des betreffend wirtschaftlichen Verhaltens gleichzusetzen (Urteil B-7633/2009, *ADSL II*, E. 690). Auch weisen die Beschwerdeführerinnen zutreffend daraufhin, dass dieser Aspekt bereits bei der Dauer des Verstosses nach Art. 4 SVKG sanktionserhöhend berücksichtigt wird.

15.2.4.18 Auf das Vorbringen, dass HCI vor Einführung der Verträge das Gespräch mit dem Sekretariat gesucht habe, ist im Rahmen der Prüfung von mildernden Umständen einzugehen (s. unten E. 15.2.7).

15.2.4.19 Insgesamt hat die Vorinstanz den Basisbetrag in der Verfügung im Vergleich mit dem Antrag mit Sicherheit zu Recht von 10% auf 5% des massgeblichen Umsatzes gesenkt, auch wenn die Erwägungen selbst nur unwesentlich angepasst wurden. Die volkswirtschaftliche Beeinträchtigung durch das missbräuchliche Verhalten der Beschwerdeführerinnen ist als mittelschwer zu beurteilen. Da die Vorinstanz den Umstand der Verwirklichung von mehreren Tathandlungen bei der Festlegung des Basisbetrages berücksichtigt hat, dieser nach der neuesten Rechtsprechung aber unter den erschwerenden Umständen zu prüfen ist, ist der von der Vorinstanz auf 5% des massgeblichen Umsatzes festgesetzte Basisbetrag entsprechend zu reduzieren. Zusätzlich reduzierend zu berücksichtigen ist, dass der Bereich der Medikamenteninformationen im relevanten Zeitraum einem besonderen Regelungsumfeld unterlag (vgl. E. 15.2.4.14 f.). Es erscheint deshalb angemessen, den Basisbetrag auf 4% des massgeblichen Umsatzes festzulegen. Dies entspricht einem Basisbetrag in der Höhe von Fr. [...].

15.2.5 Berücksichtigung der Dauer des Verstosses

15.2.5.1 Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich die Sanktion auch nach der Dauer des unzulässigen Verhaltens. Art. 4 SVKG konkretisiert diese Erhöhung dahingehend, als dass der Basisbetrag bei einer Dauer zwischen einem und fünf Jahren um bis zu 50% und bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren für jedes weitere angefangene Jahr um bis zu 10% zu erhöhen ist.

15.2.5.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil B-7633/2009 vom 14. September 2015 i.S. *ADSL II* unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes darauf abgestellt, dass bei einem Wettbewerbsverstoss mit Dauercharakter, dem beim Fehlen von besonderen Umständen von Anfang an im Wesentlichen die gleichen Wirkungen über die jeweilige Zeitdauer zuzusprechen sind, während der ersten fünf Jahre grundsätzlich eine stufenweise Erhöhung um 0.8333% je angefangenen Monat, seit dem das wettbewerbswidrige Verhalten durchgeführt wurde, vorzunehmen ist. Soweit die nachteiligen Einwirkungen im Einzelfall nach Art und Inhalt der Wettbewerbsbeschränkungen allerdings nicht gleichmässig über

die gesamte Zeitdauer, sondern verstärkt während bestimmter Phasen auftreten, bestünde auch die Möglichkeit zu einer variablen Ansetzung der Erhöhung (Urteil B-7633/2009, *ADSL II*, E. 755; vgl. auch B-831/2011, *SIX*, E. 1600). Das Bundesgericht hat diese Erhöhung jüngst als bundesrechtskonform beurteilt (Urteil 2C_985/2015, *ADSL II*, E. 9.3). Vom Bundesgericht wurde unter Berücksichtigung eines gewissen zulässigen Schematismus in einem früheren Entscheid auch die stufenweise Erhöhung um 10% pro angefangenes Jahr für die Dauer von einem bis fünf Jahren als bundesrechtskonform beurteilt (Urteil 2C.484/2010, *Publigroupe*, E. 12.3.4 [nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72]).

15.2.5.3 Die Vorinstanz erwog, die Verhaltensweisen und die wettbewerbschädigenden Effekte hätten mit der Offertstellung an die Zulassungsinhaberinnen im September 2012 begonnen. Die Benachteiligungseffekte hätten zwar erst ab dem Jahr 2013 Wirkung gezeigt, da die Verträge erst ab dann offeriert worden seien. Aber die Märkte für potentielle Konkurrenten seien bereits ab Offertstellung verschlossen worden. Für potentielle Konkurrenten sei nämlich bereits ab dann offensichtlich geworden, dass Documed/e-mediast weiterhin über die Möglichkeit der Querfinanzierung verfügen würden. Es sei von einer Dauerwirkung auszugehen, da das Verhalten während der gesamten Zeit die Zulassungsinhaberinnen benachteiligt und potentielle Konkurrenten vom Markt ferngehalten habe. Somit sei ein linearer Massstab anzuwenden, auch wenn die Verdrängungswirkungen besonders bei der Einführung von AIPS erfolgreich gewesen seien.

15.2.5.4 Weiter erwog die Vorinstanz, die Verhaltensweisen hätten bis zur Eröffnung der Verfügung (Mitte Mai 2016) angehalten. Demzufolge sei von einer Dauer von 44 Monaten auszugehen und der Sanktionsbetrag um 0.8333% je angefangenem Monat, um total 33.333% zu erhöhen.

15.2.5.5 Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, Konkurrenten hätten frühestens ab 1. Januar 2013 in den Markt eintreten können. Entsprechend liege kein kartellrechtswidriges Verhalten auf die Wettbewerbssituation im Jahr 2012 vor und die Dauer des Verstosses betrage ab 1. Januar 2013 nur 40 Monate. Da die Vorinstanz in ihrer Berechnung aber scheinbar bereits mit 40 Monaten gerechnet habe, erscheine die Erhöhung des Basisbetrages um 33.33% gerechtfertigt.

15.2.5.6 Wie von der Vorinstanz zutreffend festgestellt, hat die wettbewerbswidrige Verhaltensweise der Koppelung mit der Offertstellung an die

Zulassungsinhaberinnen im September 2012 begonnen und bis zur Eröffnung der angefochtenen Verfügung im Mai 2016 angehalten. Das entspricht einer Dauer von 44 Monaten. Bei der effektiven Berechnung der Erhöhung des Basisbetrages ist der Vorinstanz, indem sie irrtümlicherweise von 40 Monaten ausging, offensichtlich ein Berechnungsfehler unterlaufen. Dieser Berechnungsfehler ist im Beschwerdeverfahren zu korrigieren. Entsprechend ist der Basisbetrag wegen der Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens um 36,652% bzw. um den Betrag von Fr. [...] zu erhöhen. Da die Sanktion im Beschwerdeverfahren letztlich nicht höher ausfällt als in der angefochtenen Verfügung, liegt damit auch keine reformatio in peius vor.

15.2.6 Erschwerende Umstände

15.2.6.1 Gemäss Art. 5 Abs. 1 SVKG wird der Sanktionsbetrag bei Vorliegen erschwerender Umstände erhöht. Als erschwerende Umstände nennt Art. 5 Abs. 1 SVKG drei Gründe: (i) das Unternehmen hat wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen, (ii) das Unternehmen hat mit dem Verstoss einen Gewinn erzielt, der nach objektiver Ermittlung besonders hoch ausfällt, (iii) das Unternehmen hat die Zusammenarbeit mit den Behörden verweigert oder versucht, die Untersuchungen sonst wie zu behindern.

15.2.6.2 Die Aufzählung der erschwerenden Umstände, die zu einer Erhöhung des Sanktionsbetrages führen, ist gemäss dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 SVKG ("insbesondere") nicht abschliessend.

15.2.6.3 Vorliegend ist eine allfällige Erhöhung aufgrund wiederholten Verstosses gegen das Kartellgesetz zu prüfen.

15.2.6.4 Die Vorinstanz erwog, 2008 sei betreffend Documed eine unzulässige Verhaltensweise i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. b KG rechtskräftig festgestellt worden. Da Documed bereits damals Teil der Galenica-Gruppe gewesen sei und in der hier fraglichen Untersuchung bis zur Umstrukturierung Untersuchungsadressatin gewesen sei, verstosse das Unternehmen vorliegend zum zweiten Mal gegen das Kartellgesetz. In beiden Verfahren seien unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens i.S.v. Art. 7 KG festgestellt worden. Die Dauer seit dem letzten Verstoss sei kurz. Zum Zeitpunkt der Einführung des neuen Angebotes ab Januar 2013 inkl. Offertstellung im Herbst 2012 seien weniger als fünf Jahre seit dem Abschluss des Verfahrens i.S. *Publikation von Arzneimittelinformationen* vergangen. Die kurze Dauer seit dem letzten

Verstoss sowie die Gleichartigkeit des Verstosses seien erschwerend zu berücksichtigen, womit eine Erhöhung des Sanktionsbetrages um 20% angemessen sei.

15.2.6.5 Weiter erwog die Vorinstanz, das Sekretariat habe noch andere Verfahren gegen die Galenica-Gruppe geführt. Die Vorabklärung i.S. *Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG* habe nicht zu einer Feststellung eines kartellrechtswidrigen Verhalten geführt. Da die Vorabklärung ohne Folgen eingestellt worden und keine Untersuchung eröffnet worden sei, könne dies nicht zu einer zusätzlichen Sanktionsschärfung herangezogen werden. In der Untersuchung i.S. *Hors-Liste Medikamente* sei betreffend Galexis AG und e-mediat festgestellt worden, dass diese Gehilfenhandlungen zu Abreden zwischen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG und den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzte und Apotheken getätigt habe und dadurch gegen das Kartellgesetz verstossen hätten. Da dieser Fall aufgrund des noch laufenden Rechtsmittelverfahrens nicht rechtskräftig sei, könne auch daraus nicht auf einen wiederholten Verstoss im Sinne eines "Rückfalls" geschlossen werden.

15.2.6.6 Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, im Schweizerischen Kartellrecht bestehe keine Praxis zur Frage, wann ein Wiederholungsfall vorliege und in welchem Ausmass eine solcher sanktionserhöhend zu berücksichtigen sei. Deshalb sei auf die europäische Kartellrechtspraxis abzustellen. Danach gelte als entscheidendes Kriterium die Gleichartigkeit zwischen der in der Vergangenheit festgestellten Zuwiderhandlung und der neu zu beurteilenden Verhaltensweise. Vorliegend fehle es an dieser Gleichartigkeit. Zum einen seien die Marktsituationen nicht vergleichbar. Der sachlich relevante Markt sei nicht gleich definiert worden. Der Entscheid aus dem Jahr 2008 sei vor dem Systemwechsel 2013 ergangen, als die Zulassungsinhaberinnen verpflichtet gewesen seien, ihre Arzneimittelinformationen bei Documed (oder ywesee) zu veröffentlichen, um ihre gesetzliche Publikationspflicht zu erfüllen. In der heutigen Marktsituation erfolge die Aufnahme in die INDEX-Datenbank auf freiwilliger Basis, die gesetzliche Publikationspflicht sei bereits mit dem Upload der Medikamenteninformationen auf AIPS erfüllt. Zum anderen seien auch die Verhaltensweisen nicht gleichartig. 2008 sei eine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. b KG, d.h. eine Diskriminierung von Handelspartnern festgestellt worden. Vorliegend gehe es um die unzulässigen Verhaltensweisen der Einschränkung des Absatzes und der Koppelung.

15.2.6.7 Ferner rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz unterstelle den Unternehmen der Galenica-Gruppe durch die Hinweise auf die eingestellte Vorabklärung i.S. *Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG* und die nicht rechtskräftige Verfügung i.S. *Hors-Liste Medikamente* eine Art generelle Neigung, sich über die Regeln des Kartellgesetzes hinwegzusetzen.

15.2.6.8 Schliesslich weisen die Beschwerdeführerinnen daraufhin, dass die rechtskräftig festgestellte unzulässige Verhaltensweise der Documed als "relativ leichte Diskriminierungen von Handelspartnern" mit geringen Auswirkungen und beschränkter Bedeutung qualifiziert worden sei, was auch die symbolische Sanktion von Fr. 50'000.– zeige. Deshalb sei – wenn überhaupt – höchstens eine Erhöhung um 10% vorzunehmen.

15.2.6.9 Die Vorinstanz hält diesen Vorbringen entgegen, Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG habe einen anderen Regelungsumfang als die Bestimmung der EU. Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG enthalte keine Eingrenzung auf gleichartige oder ähnliche Verstösse. Das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, aufgrund fehlender Gleichartigkeit könne keine Erhöhung vorgenommen werden, sei deshalb nicht stichhaltig. Die Gleichartigkeit sei jedoch bei der Bemessung der Erhöhung von Bedeutung. Bei Verstössen gegen Art. 7 KG sei von Gleichartigkeit auszugehen, da die unzulässige Verhaltensweise die Behinderung oder die Ausbeutung durch Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung darstelle. Nach dem Wortlaut und Sinn der Bestimmung sei für die Frage, ob ein wiederholter Verstoss vorliege, die Art und Weise des Verstosses nicht relevant.

15.2.6.10 Es ist nachfolgend somit zu prüfen, ob die Vorinstanz das Vorliegen eines "wiederholten Verstosses" zu Recht bejaht hat und ob die Erhöhung des Basisbetrages um 20% angemessen ist.

15.2.6.11 Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG wird der Basisbetrag erhöht, wenn das Unternehmen wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat. Im Schweizerischen Kartellrecht gibt es bisher wenig Praxis zu den Fragen, wann ein Wiederholungsfall in diesem Sinne vorliegt und in welchem Ausmass ein solcher sanktionserhöhend zu berücksichtigen ist.

15.2.6.12 In der EU-Bussenleitlinie 2006 (Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung [EG] Nr. 1/2003 [2006/C 210/02]) wird in Ziffer 28 festgehalten,

der Grundbetrag der Geldbusse könne erhöht werden, wenn die Kommission erschwerende Umstände feststellt, wie beispielsweise die "Fortsetzung einer Zuwiderhandlung oder erneutes Begehen einer gleichartigen oder ähnlichen Zuwiderhandlung, nachdem die Kommission oder eine einzelstaatliche Wettbewerbsbehörde festgestellt hat, dass das Unternehmen gegen Artikel 81 oder Artikel 82 verstoßen hatte; in diesem Fall wird der Grundbetrag für jeden festgestellten Verstoß um bis zu 100 % erhöht".

15.2.6.13 Zur Begründung einer solchen bussgelderschwerenden Wiederholungstäterschaft, ist es nach der Praxis der EU nicht erforderlich, dass die Zuwiderhandlungen im gleichen Marktsektor begangen wurden (DANNECKER/BIERMANN, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, EU/Teil 2, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl. 2019, Art. 23 VO 1/2003, Rz. 190; Urteil des EuG vom 6. Mai 2005 T-122/04 *Outokumpu und Luvata/Kommission*, Slg. 2009 II-01135 Rn. 57). Es kommt vielmehr auf die Art der Zuwiderhandlung und die Identität des Unternehmens an (DANNECKER/BIERMANN, a.a.O., Rz. 190; Urteil des EuG vom 13. Juli 2011 T-59/07 *Polimeri Europa/Kommission*, Slg. 2011 II-04687 Rn. 298 ff.). Die Leitlinien beziehen sich ausdrücklich auf ein erneutes Begehen einer "gleichartigen oder ähnlichen Zuwiderhandlung". Die erschwerende Wirkung der Wiederholungstäterschaft wird darauf gestützt, dass die bereits zuvor verhängte Sanktion nicht abschreckend genug war und eine erneute Begehung eine Neigung des betroffenen Unternehmens zur Begehung von Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht ausdrückt (DANNECKER/BIERMANN, a.a.O., Rz. 190; Urteil des EuG vom 30. September 2003 T-203/01 *Michelin/Kommission*, Slg. 2003 II-4071 Rz. 293; Urteil des EuG vom 25. Oktober 2005 T-38/02 *Groupe Danone/Kommission*, Slg. 2005 II-04407 Rn. 347 ff.; bestätigt durch Urteil des EuGH vom 8. Februar 2007 C-3/06 P *Groupe Danone/Kommission*, Slg. 2007 I-1331 Rn. 39).

15.2.6.14 Der EuGH hat aber auch klargestellt, das Verhältnismässigkeitsprinzip gebiete, die zeitliche Dimension bei der Beurteilung der Neigung des Unternehmens zu Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln zu berücksichtigen. Zur Bemessung des Zeitraums, in dem vorangegangene Zuwiderhandlungen berücksichtigt werden können, bezeichnet die Rechtsprechung des EuGH eine Zeitspanne von 10 Jahren noch als zu kurz (DANNECKER/BIERMANN, a.a.O., Rz. 191; Urteil des EuGH vom 17. Juni 2010 C-413/08 P *Lafarge/Kommission*, Slg. 2010 I-05361 Rn. 70; Urteil des EuG vom 25. Oktober 2011 T-348/08 *Aragonesas Industrias y Energía/Kommission*, Slg. 2011 II-07583 Rn. 68 ff.; Urteil EuGH *Groupe Danone/Kommission*, Slg. 2007 I-1331 Rn. 40).

15.2.6.15 Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG weicht von jenem der Bestimmung der EU ab. Es kann deshalb zur Klärung der Frage, wann ein Wiederholungsfall i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG vorliegt, nicht ohne Weiteres auf die europäische Kartellrechtspraxis abgestellt werden. Die Leitlinie der EU und die entsprechende Rechtsprechung können bei der Auslegung von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG jedoch zur Hilfe genommen werden und Anhaltspunkte liefern.

15.2.6.16 Aus nachfolgenden Gründen ist vorliegend ein Wiederholungsfall zu bejahen. Zum einen kann entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen nicht vorausgesetzt werden, dass die Marktsituationen vergleichbar sein müssen bzw. dass die Verhaltensweisen auf dem gleichen sachlich relevanten Markt begangen wurden. Eine solche Regelung würde zu kurz greifen und auch in der europäischen Kartellrechtspraxis wird nicht vorausgesetzt, dass die Zuwiderhandlungen im gleichen Marktsektor begangen wurden.

15.2.6.17 Zum anderen kann auch nicht vorausgesetzt werden, dass es sich ausschliesslich um gleiche bzw. gleichartige Zuwiderhandlungen handeln soll. Eine solche Einschränkung schliesst bereits der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG aus. Zudem widerspräche dies dem Sinn und Zweck, da der Erhöhung aufgrund eines Wiederholungsfalles insbesondere der Gedanke zugrunde liegt, dass die zuvor verhängte Sanktion nicht abschreckend genug war um eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht zu verhindern. Schliesslich reicht auch im europäischen Wettbewerbsrecht nach dem Wortlaut von Ziffer 28 der EU-Bussenleitlinie 2006 eine ähnliche Zuwiderhandlung für die Bejahung einer bussgelderschwerenden Wiederholungstäterschaft aus. Vorliegend wurde 2008 betreffend Documed eine unzulässige Verhaltensweise i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. b KG, mithin eine Diskriminierung von Handelspartnern rechtskräftig festgestellt. Im vorliegenden Verfahren wurden unzulässige Verhaltensweisen i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. e und f KG, mithin eine Einschränkung des Absatzes und eine Koppelung, festgestellt. Es handelt sich damit um einen wiederholten Missbrauch der Marktmacht. Darüber hinaus handelt es sich bei der Diskriminierung von Handelspartnern gleich wie bei der Einschränkung des Absatzes um einen typischen Behinderungstatbestand (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 62). Somit kann eine Ähnlichkeit der Zuwiderhandlungen nicht abgesprochen werden. Es liegt daher ein Wiederholungsfall vor, der bei der Sanktionsbemessung erschwerend zu berücksichtigen ist.

15.2.6.18 Was die Vorabklärung i.S. *Prewholesale – Lieferstopp Alloga AG* und das Verfahren i.S. *Hors-Liste Medikamente* betrifft, ist festzuhalten, dass die Vorinstanz diese in ihren Erwägungen zwar genannt, sie jedoch bei der Sanktionsmessung richtigerweise in keiner Art und Weise berücksichtigt hat.

15.2.6.19 Die Erhöhung des Basisbetrages um 20% wegen Vorliegens eines Wiederholungsfalles i.S.v. Art. 5 Abs.1 Bst. a SVKG ist nicht zu beanstanden. Wie erwähnt kommt den Wettbewerbsbehörden bei der Gewichtung der verschiedenen Kriterien zur Festlegung des Basisbetrags ein erheblicher Ermessensspielraum zu (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1593; B-3332/2012, *BMW*, E.11.2.6; B-463/2010, *Gebro*, E.13.3.4; B-7633/2009, *ADSL II*, Rz. 744). Die Vorinstanz hat nachvollziehbar aufgezeigt, von welchen Kriterien sie sich bei der Bemessung der Erhöhung leiten liess. Eine Erhöhung um 20% erscheint auch im Vergleich zu den Fällen von horizontalen Abreden, bei welchen die WEKO aufgrund wiederholter Verstösse innerhalb eines Verfahrens einen Zuschlag erhoben hatte, angemessen (Rz. 413 f. der Verfügung der Vorinstanz vom 18. Oktober 2010 in Sachen *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren* [veröffentlicht in: RPW 2010/4 S. 717 ff., 763]; Rz. 978 der Verfügung der Vorinstanz vom 22. April 2013 in Sachen *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* [veröffentlicht in: RPW 2013/4 S. 524 ff., 626]; Rz. 1126 ff. der Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2011 in Sachen *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* [veröffentlicht in: RPW 2012/2 S. 270 ff., 412]).

15.2.6.20 Die Verwirklichung von zwei unterschiedlichen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen muss, anders als die Verletzung zweier Tatbestände durch ein und dieselbe Handlung, zu einer verschärfenden Sanktionierung führen (Urteil B-8386/2015, *Swisscom WAN-Anbindung*, E. 10.4.6). Wie oben in E. 15.2.4.12 erwähnt ist dieser Umstand gemäss der neuesten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht unter der Schwere des Verstosses und damit beim Basisbetrag zu berücksichtigen, sondern gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG unter den erschwerenden Umständen zu prüfen (Urteil B-8386/2015, *Swisscom WAN-Anbindung*, E. 10.4.6 m.H.).

15.2.6.21 Vorliegend hat die ehemalige Galenica-Gruppe mittels HCI einerseits eine Koppelung vorgenommen (Art. 7 Abs. 1. i.V.m. Abs. 2 Bst. f KG), namentlich durch die Bündelung der Aufnahme der Arzneimittelinformationen in ihre Datenbanken mit der Qualitätssicherung und dem Upload

auf AIPS. Andererseits hat sie durch die Klauseln A und B in den Verträgen mit den Softwarehäusern den Absatz der Konkurrenten i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. e KG einschränkt. Diese beiden Handlungen stehen nicht in einem unauflösbaren Zusammenhang zueinander. Daher ist von einem Geschehensablauf mit zwei getrennten Handlungen auszugehen, was als erschwerender Umstand zu berücksichtigen ist. Angemessen erscheint hierfür eine zusätzliche Erhöhung des Basisbetrages um 12%.

15.2.6.22 Der unter Berücksichtigung der Art und Schwere sowie der Dauer der Widerhandlung festgestellte Zwischenbetrag (Fr. [...]) ist somit aufgrund erschwerender Umstände insgesamt um 32% (Fr. [...]) zu erhöhen.

15.2.7 Mildernde Umstände

15.2.7.1 Gemäss Art. 6 SVKG ist bei Vorliegen von mildernden Umständen eine Verminderung der Sanktion vorzunehmen. Als mildernder Umstand wird in Art. 6 Abs. 1 SVKG die Einstellung der Wettbewerbsbeschränkung spätestens vor Eröffnung eines Kartellverwaltungsverfahrens gemäss den Art. 26-30 KG statuiert. Dabei müssen die eigenen Massnahmen derart sein, dass die wettbewerbswidrigen Handlungen aus eigenem Antrieb eingestellt werden (Urteil 2C_985/2015, *ADSL II*, E. 9.4). Für Preis- und Gebietsabsprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG werden mit dem ausschliesslich passiven Verhalten sowie dem Unterlassen von vereinbarten Vergeltungsmassnahmen zwei weitere Milderungsumstände aufgeführt (Art. 6 Abs. 1 SVKG). Die Aufzählung ist nicht abschliessender Natur, was sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 SVKG ("insbesondere") ergibt. Daher sind sonstige mildernde Umstände auch bei der Sanktionierung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 7 KG zu berücksichtigen. Im Hinblick auf die entsprechenden Umstände ist zu beachten, dass es sich hierbei nicht um Aspekte handeln kann, die bereits bei der Festlegung des Basisbetrags zu berücksichtigen sind (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1628; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 778).

15.2.7.2 Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass keine mildernden Umstände vorlägen. Die Verhaltensweisen seien weder eingestellt worden, noch liege eine überdurchschnittliche Kooperation vor.

15.2.7.3 Demgegenüber stellen sich die Beschwerdeführerinnen auf den Standpunkt, die Kooperation der HCI sei zwingend mildernd zu berücksich-

tigen. Sie hätten die Entwürfe der Verträge mit den Zulassungsinhaberinnen dem Sekretariat von sich aus zugestellt und gegenüber den Wettbewerbsbehörden stets transparent agiert. HCI habe nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2011/60 und der Einführung von AIPS das Geschäftsmodell komplett überarbeiten müssen. Dabei habe HCI das Gespräch mit dem Sekretariat gesucht und einen Besprechungstermin verlangt, um die Kartellrechtskonformität des neuen Modells zu besprechen. Dieser sei jedoch vom Sekretariat abgesagt worden. Zudem hätten sie mit dem Sekretariat Verhandlungen über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung geführt und das Sekretariat eingeladen, vor Ort die Tätigkeit der HCI aufzuzeigen. Das Sekretariat habe dieses Angebot ausgeschlagen und die Verhandlungen überraschend und abrupt abgebrochen. Insgesamt hätten sie damit ein kooperatives Verhalten an den Tag gelegt, das über ein blosses Ausüben der Verteidigungsrechte hinausgegangen sei sowie Wille und Bereitschaft für eine einvernehmliche Lösung gezeigt. Mit dem eingereichten Ausstandsgesuch hätten sie im Übrigen ein verfassungsmässiges Recht ausgeübt. Die Geltendmachung verfassungsmässiger Rechte dürfe nicht "erschwerend" eingestuft werden.

15.2.7.4 Weiter machen die Beschwerdeführerinnen geltend, in den Rahmenbedingungen zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung sei explizit festgehalten worden, der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung werde vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Sie hätten ernsthaftes Interesse am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gehabt. Der Abbruch der Verhandlungen durch das Sekretariat habe auf der mit der Verfügung als unrichtig qualifizierten Prämisse des Sekretariates, dass die von den Zulassungsinhaberinnen verlangten Gebühren gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG verstossen sollen, beruht.

15.2.7.5 Schliesslich bringen die Beschwerdeführerinnen vor, HCI habe ihr Verhalten während der Untersuchung geändert und den Gesprächsergebnissen mit dem Sekretariat angepasst. HCI habe beispielsweise die jährliche Kündbarkeit der Verträge zugunsten der Zulassungsinhaberinnen eingeführt, die mutierten Einträge von Nichtvertragspartnern in den Datenbanken belassen und in den ab 2015 geltenden Verträgen mit den Softwarehäusern nicht mehr die beanstandete Klausel verwendet. Die Beschwerdeführerinnen erachten eine Sanktionsmilderung von insgesamt 40% als geboten.

15.2.7.6 Die Vorinstanz hält hierzu in der Vernehmlassung fest, das Verfahren habe sich zu keinem Zeitpunkt als besonders transparent dargestellt, vielmehr hätten intransparente Verhältnisse geherrscht. Das Verfahren sei insbesondere durch das Ausstandsbegehren gegen Mitarbeitende des Sekretariates und den Sistierungsantrag erschwert worden. Das Bundesverwaltungsgericht habe in der abgewiesenen Beschwerde gegen die Verfügung des Präsidenten der WEKO betreffend das Ausstandsgesuch, sodann auch festgehalten, "dass das Ausstandsbegehren offensichtlich unbegründet ist und die Beschwerde angesichts der klaren Rechtslage zumindest an Trölerei grenzt".

15.2.7.7 Dass die Parteien dem Sekretariat teilweise unaufgefordert Informationen haben zukommen lassen, stelle keine über den gewöhnlichen Umfang hinausgehende ausserordentliche gute Kooperation dar. Die Mitteilung der neuen Verträge hätte der Verteidigung gegen die im Raum stehenden Vorwürfe gedient. Auch sei nicht schon die Bereitschaft zu Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung sanktionsmildernd zu berücksichtigen, sondern nur der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung. Dies sei auch in den abgeschlossenen Rahmenbedingungen entsprechend festgehalten worden. Da sich die Vorinstanz und die Beschwerdeführerinnen verpflichtet hätten, Aussagen und Standpunkte des Sekretariats aus den Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung nicht als Beweismittel geltend zu machen, nehme sie keine Stellung zu den Gründen, die zum Abbruch der Verhandlungen geführt hätten.

15.2.7.8 Eine Sanktionsreduktion infolge des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung bzw. aufgrund des Willens und der Bereitschaft der Partei zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung ist gesetzlich nicht explizit vorgesehen. Die Vorinstanz hat den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung in den bisherigen Sanktionsverfahren i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG jedoch als gute Kooperation gewürdigt und mit einer Reduktion der Sanktion honoriert. Der Reduktionsbetrag betrug zwischen 3 und 25% des Basisbetrags (BEURET, DIKE-KG, Art. 29 N 44; RPW 2010/4 S. 717 Rz. 427 ff., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*; Rz. 348 der Verfügung der Vorinstanz vom 10. Mai 2010 in Sachen *Komponenten für Heiz- Kühl- und Sanitäranlagen* [veröffentlicht in: RPW 2012/3 S. 615ff, 652]; Rz. 303 ff. der Verfügung der Vorinstanz vom 23. Februar 2015 in Sachen *Tunnelreinigung* [veröffentlicht in: RPW 2015/2 S. 193 ff, 240 ff.]; Rz. 313 ff. der Verfügung der Vorinstanz von 10. Dezember 2012 in Sachen *Abrede im Speiditionsbereich* [veröffentlicht in: RPW 2013/2 S. 142 ff., 202 f.]; Rz. 144 ff.

der Verfügung der Vorinstanz vom 6. Juli 2009 in Sachen *Elektroinstallationsbetriebe Bern* [veröffentlicht in: RPW 2009/3 S. 196 ff., 217 f.]; Rz. 208 ff. der Verfügung der Vorinstanz vom 29. Juni 2015 in Sachen *Saiteninstrumente [Gitarren und Bässe] und Zubehör* [veröffentlicht in: RPW 2016/3 S. 722 ff., 749]; Rz. 403 ff. der Verfügung der Vorinstanz vom 14. Dezember 2015 in Sachen *Flügel und Klaviere* [veröffentlicht in: RPW 2016/3 S. 652 ff., 711]; vgl. auch Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018, Rz. 11). Bei der Festlegung der Höhe der Sanktionsreduktion wird insbesondere der Zeitpunkt des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung berücksichtigt. Die Höhe der Reduktion des Sanktionsbetrages hängt davon ab, wie früh im Verfahren die einvernehmliche Regelung zustande kommt, ob durch den Abschluss der einvernehmlichen Regelung die Dauer des Verfahrens wesentlich verkürzt und der Verfahrensaufwand der Wettbewerbsbehörden massgeblich reduziert werden kann (RPW 2014/4 S. 670 ff, 703, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; BEURET, DIKE-KG, Art. 29 N 44; Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018, Rz. 11).

15.2.7.9 Die Beschwerdeführerin 2 und das Sekretariat haben ab 2014 Gespräche und Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung geführt. Die Verhandlung über eine einvernehmliche Regelung wurde am 10. Juli 2015 durch das Sekretariat ohne Erfolg abgebrochen.

15.2.7.10 Am 27. Oktober 2014 wurden die Rahmenbedingungen für Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung unterschrieben. Gemäss Ziffer 7 der Rahmenbedingungen vereinbarten die Beschwerdeführerin 2 und das Sekretariat, dass "der Wille und die Bereitschaft von HCI Solutions AG, e-mediat AG und Documed AG zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung [...] vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt [werde]". Weiter wurde vereinbart, dass im Falle eines Scheiterns der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung oder bei Nichtgenehmigung der einvernehmlichen Regelung der WEKO die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt werde und das Sekretariat bei Vorliegen eines Verstosses eine Sanktion beantrage, "ohne die gescheiterten Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung zu berücksichtigen" (vgl. Vorinstanz, act. 1003, Ziff. 9).

15.2.7.11 Zwar könnte bei einer isolierten Betrachtung aus der Formulierung "der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen

Regelung werde als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt" geschlossen werden, eine Sanktionsminderung sei auch für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung vereinbart worden. Einem solchen Schluss widerspricht jedoch Ziffer 9 der vereinbarten Rahmenbedingung. Und auch vor dem Hintergrund der Praxis der Vorinstanz, wonach einvernehmliche Regelungen bisher nur bei erfolgreichem Abschluss sanktionsmindernd berücksichtigt wurden, hält ein solcher Schluss nicht Stand. Hinzukommt, dass Hintergrund der Sanktionsminderung bei Abschluss einer einvernehmlichen Regelung die (wesentliche) Verkürzung oder Vereinfachung des Verfahrens ist. Ein solcher verfahrensökonomische Vorteil liegt bei gescheiterten bzw. abgebrochenen Verhandlungen gerade nicht vor. Die Vorinstanz hat die abgebrochenen Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung damit unter diesem Titel zu Recht nicht sanktionsmindernd berücksichtigt.

15.2.7.12 Es bleibt zu prüfen, ob ausserhalb einer einvernehmlichen Regelung eine besonders gute Kooperation vorliegt, welche sanktionsmildernd zu berücksichtigen ist. Für eine Sanktionsmilderung aufgrund guter Kooperation muss das Verhalten über das hinausgehen, was üblicherweise zur Ausübung der Verteidigungsrechte an den Tag gelegt wird (Urteil B-506/2010, *Gaba*, E. 14.4.5). Als nicht ausreichend betrachtet wird ein Verhalten, dass bereits nach den gesetzlich vorgesehenen Mitwirkungspflichten geboten ist (insb. Auskunftspflicht nach Art. 40, vgl. auch Art. 13 Abs. 1 lit. b und e VwVG; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a N 74). Nach dem Merkblatt des Sekretariats der WEKO vom 28. Februar 2018 betreffend einvernehmliche Regelungen soll eine besonders gute Kooperation beispielsweise beim freiwilligen Einreichen von Beweismitteln oder bei Anerkennung des Sachverhalts in Frage kommen. Gemäss TAGMANN/ZIRLICK kann eine positive, d.h. sanktionsmildernde Zusammenarbeit etwa im Liefern von Hinweisen und in der Erteilung von Auskünften, nach welchen die Behörden nicht gefragt haben, bestehen (TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a N 75).

15.2.7.13 Im europäischen Wettbewerbsrecht kann gemäss Ziffer 29 4. Spiegelstrich der Leitlinien 2006 eine aktive Zusammenarbeit des Unternehmens mit der Kommission ausserhalb des Anwendungsbereichs der Kronzeugenregelung und über seine rechtliche Verpflichtung hinaus bussgeldmindernd berücksichtigt werden. Beispielsweise kann die Lieferung von Beweismaterial, ohne dass die Zuwiderhandlung nicht hätte festgestellt werden können, bussgeldmindernd berücksichtigt werden. Dabei ist der Wert der gelieferten Informationen für die Tätigkeit der Kommission

beim Umfang der Milderung der Geldbusse zu berücksichtigen (DANNECKER/BIERMANN, a.a.O., Rz. 213; Entscheidung 2001/135/EG der Kommission vom 5. Juli 2000 betreffend ein Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag COMP.F.1.36.516 *Nathan-Bricolux*, Abl. 2001 Nr. L 54/1 Rn. 134; Urteil des EuG vom 29. April 2004 T-236/01 *Tokai Carbon/Kommission*, Slg. 2004 II-1181 Rn. 435). Eine Milderung kommt dann in Betracht, wenn die Arbeit der Kommission bei der Ermittlung einer Zuwiderhandlung erleichtert wird, wobei die einfache Beantwortung eines Auskunftersuchens, ein blosses Nichtbestreiten der Beschwerdepunkte oder die Abgabe widersprüchlicher Erklärungen nicht ausreichen, um eine Erleichterung zu begründen (DANNECKER/BIERMANN, a.a.O., Rz. 213; Urteil des EuGH vom 16. November 2000 C-297/98 P *SCA Holding/Kommission*, Slg. 2000 I-10101 Rn. 36; Entscheidung der Kommission vom 16. Juli 2003 betreffend ein Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag, COMP/38.233 *Wanadoo Interactive*, Rn. 412 [abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/anti-trust/cases/dec_docs/38233/38233_88_1.pdf {abgerufen am 28.08.2020}]; Urteil des EuG vom 8. Juli 2004 T-44/00 *Mannesmannröhren-Werke/Kommission*, Slg. 2004 II-2223 Rn. 271; Urteil des EuG vom 8. Juli 2004 T-48/00 *Corus/Kommission*, Slg. 2004 II-2325 Rn. 198 f.).

15.2.7.14 Wie erwähnt kommt den Wettbewerbsbehörden ein erheblicher Ermessensspielraum zu (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1593; B-3332/2012, *BMW*, E.11.2.6; B-463/2010, *Gebro*, E.13.3.4; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 744). Vor diesem Hintergrund ist der Schluss der Vorinstanz, es liege keine über den gewöhnlichen Umfang hinausgehende ausserordentlich gute Kooperation vor, nicht zu beanstanden. Zwar haben die Beschwerdeführerinnen teilweise von sich aus dem Sekretariat unaufgefordert Informationen zukommen lassen, zum Beispiel in dem sie die neuen Verträge mit den Zulassungsinhaberinnen einreichten. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um Beweismaterial, ohne das die Zuwiderhandlung nicht hätte festgestellt werden können. So weist die Vorinstanz zu Recht daraufhin, den Beschwerdeführerinnen sei klar gewesen, dass das Sekretariat in Kontakt mit anderen Marktakteuren stand und daher ohnehin innert kurzer Zeit Kenntnis von den neuen Verträgen erhalten würde, was schliesslich auch der Fall war (vgl. Vorinstanz, act. 62). Auch aus der von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Beratungsanfrage lässt sich keine Sanktionsminderung im Sinne einer ausserordentlich guten Kooperation ableiten, da im Rahmen eines kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens kein Raum für eine Beratung nach Art. 23 Abs. 2 KG besteht.

15.2.7.15 Die Beschwerdeführerinnen machen schliesslich geltend, ihr Verhalten während der Untersuchung angepasst zu haben. Gemäss dem einzigen beispielhaft aufgezählten Milderungsgrund in Art. 6 Abs. 1 SVKG wird die Sanktion gemildert, wenn ein "Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariates der Wettbewerbskommission, spätestens aber vor Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26–30 beendet". Eine solche Konstellation liegt in casu offensichtlich nicht vor. Eine Sanktionsmilderung rechtfertigt sich zudem auch aus folgenden Gründen nicht: Die Beschwerdeführerin 2 hat ihr Verhalten während des laufenden Untersuchungsverfahrens nur teilweise angepasst, insbesondere die vorgeworfene Koppelung wurde bis zum Erlass der Verfügung vom 16. Dezember 2016 durch die Vorinstanz aufrecht erhalten. Aber auch die absatzeinschränkende Klauseln mit den Softwarehäusern hat die Beschwerdeführerin 2 im Laufe des Untersuchungsverfahrens nur teilweise ersetzt. Ab 2015 hat HCI die Klausel B in neuen Verträgen zwar nicht mehr verwendet, den Softwarehäusern mit bestehendem Vertrag wurde jedoch gemäss den Angaben in der Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 16. November 2018 erst im April 2017 mitgeteilt, dass sie nicht mehr an die Klausel B gebunden seien. Zudem fliesst die Anpassung des Verhaltens resp. die Aufgabe der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise bereits im Zusammenhang mit der Berücksichtigung der Dauer des Verstosses in die Sanktionsbemessung ein. Dadurch ist sie – wenn überhaupt – nur in Ausnahmefällen zusätzlich als mildernder Umstand zu berücksichtigen, sofern es sich nicht um eine Einstellung der Wettbewerbsbeschränkung aus eigenem Antrieb vor Eröffnung des Kartellverwaltungsverfahrens handelt.

15.2.7.16 Im Ergebnis ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz weder aufgrund der (abgebrochenen) Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung noch aufgrund von sonstigem kooperativen Verhalten, noch aufgrund einer Anpassung des Verhaltens der Beschwerdeführerinnen das Vorliegen von mildernden Umständen bejaht. Es liegen keine Sanktionsmildernden Umstände i.S.v. Art. 6 SVKG vor.

15.2.8 Maximalsanktion

15.2.8.1 Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG ist die Belastung in jedem Fall auf 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren erzielten Umsatzes des Unternehmens in der Schweiz als Maximalsanktion zu begrenzen.

15.2.8.2 Bei Konzerngesellschaften sind sämtliche Umsätze der kontrollierten Gesellschaften in die Umsatzberechnung einzubeziehen (Art. 5 Abs. 1 Bst. a-d VKU). Nicht zu berücksichtigen sind bei der Berechnung des Gesamtumsatzes konzerninterne Umsätze (Art. 5 Abs. 2 VKU).

15.2.8.3 Die Vorinstanz stellte auf die Geschäftsjahre 2013-2015 ab und kam zum Schluss, der kumulierte konsolidierte Konzernumsatz der ehemaligen Galenica-Gruppe betrage Fr. [...] (2013: Fr. [...]; 2014: Fr. [...]; 2014: Fr. [...]). Die zulässige Maximalsanktion legte die Vorinstanz auf Fr. [...] fest.

15.2.8.4 Die Festlegung der Maximalsanktion durch die Vorinstanz wird von den Beschwerdeführerinnen nicht gerügt. Im Übrigen erachtete es das Bundesverwaltungsgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung als zulässig, aus prozessökonomischen Gründen auf eine genaue Bestimmung der Maximalsanktion zu verzichten, wenn die Sanktion tiefer als die Maximalsanktion zustehen kommt (Urteil B-3332/2012, *BMW*, E.11.2.4).

15.2.8.5 In casu liegt der Sanktionsbetrag deutlich unterhalb der von der Vorinstanz berechneten Maximalsanktion, weshalb auf eine genaue Bestimmung der Maximalsanktion durch das Bundesverwaltungsgericht verzichtet werden kann.

15.2.9 Konkreter Sanktionsbetrag

Wie die folgende Aufstellung zeigt, ist der Sanktionsbetrag von Fr. 4'546'123.– auf Fr. 3'778'794.– zu korrigieren:

Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	Fr. [...]
Basisbetrag unter Berücksichtigung der Art und Schwere (Art. 3 SVKG)	Fr. [...]
Zuschlag wegen der Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG)	Fr. [...]
Betrag nach Art. 3 und 4 SVKG	Fr. [...]
Zuschlag wegen erschwerender Umstände (wiederholter Verstoss; Art. 5 SVKG)	Fr. [...]

Total	Fr. 3'778'794.–
--------------	------------------------

16. Ergebnis

16.1 Die Beschwerdeführerinnen haben die Aufhebung der Ziffern 1-5 der angefochtenen Verfügung verlangt, eventualiter das Absehen von einer Sanktion und/oder von Verfahrenskosten bzw. eine Reduktion der Sanktion und der Verfahrenskosten.

16.2 Der Vorwurf des durch die angefochtene Verfügung festgestellten wettbewerbswidrigen Verhaltens wird durch das vorliegende Urteil vollumfänglich bestätigt. Die ehemalige Galenica-Gruppe hat mittels HCI ihre beherrschende Stellung auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen missbraucht, indem sie absatz-einschränkende Vertragsbestimmungen in den Verträgen mit den Softwarehäusern verwendete (Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG). Zudem hat die ehemalige Galenica-Gruppe mittels HCI ihre beherrschende Stellung auf dem Markt für die Aufnahme und den Erhalt in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen missbraucht, indem sie den Zulassungsinhaberinnen die Aufnahme der Medikamenteninformationen in ihre INDEX-Datenbanken nur gebündelt mit der redaktionellen und technischen Qualitätskontrolle und dem optionalem (Gratis-)Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS anbot (Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG).

16.3 Die selbstständige Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung in der angefochtenen Verfügung ist angesichts der neueren Rechtsprechung unter Berücksichtigung der Feststellungen zum wettbewerbswidrigen Verhalten gemäss Art. 7 KG im Dispositiv nicht erforderlich. Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ist demzufolge aufzuheben. Die Aufhebung erlangt im vorliegenden Verfahren allerdings keine selbständige inhaltliche Bedeutung.

16.4 Die angeordneten Massnahmen betreffend die oben erwähnten festgestellten wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen in Ziffer 2 und 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung sind an sich zu bestätigen. Zuzufolge der Umstrukturierungen sind die Massnahmen jedoch nur der Beschwerdeführerin 2 aufzuerlegen.

16.5 Ziffer 5 des angefochtenen Dispositivs, mit welcher die Beweisanträge der Beschwerdeführerinnen abgewiesen werden, bleibt ebenfalls stehen. Die Vorinstanz hat kein Verfahrensrecht verletzt, indem sie diese Beweisanträge ablehnte. Im Übrigen lehnt auch das Bundesverwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren die beantragten Parteibefragungen ab, da es den Sachverhalt als genügend geklärt erachtet.

16.6 Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerinnen zu Recht mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a KG belastet. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist die Sanktion von Fr. 4'546'123.– auf Fr. 3'778'794.– herabzusetzen.

16.7 Das vorliegende Urteil hat keine Auswirkungen auf die vorgenommene Verlegung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten und die dagegen erhobenen Rügen der Beschwerdeführerinnen erweisen sich nicht als stichhaltig (s. unten E. 17.1). Ziffer 6 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung bleibt somit bestehen.

16.8 Im Ergebnis bedeutet dies, dass neben der Anpassung des Dispositivs aus formellen Gründen und der teilweisen Gutheissung der Beschwerde infolge der Reduktion der Sanktion, die Beschwerde im Übrigen abzuweisen ist.

17. Kosten und Entschädigung

17.1 Verfahrenskosten vor der Vorinstanz

17.1.1 Die Auferlegung von Kosten im vorinstanzlichen Verfahren richtet sich nach der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2). Gebührenpflichtig ist gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen der WEKO oder des Sekretariats veranlasst. Keine Gebührenpflicht besteht gemäss Art. 3 Abs. 2 GebV-KG für Beteiligte, die eine Vorabklärung oder eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben bzw. sich die vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grunde eingestellt wird. Die Gebühr bemisst sich gemäss Art. 4 GebV-KG nach dem Zeitaufwand. Wurde eine Verfügung durch mehrere (juristische) Personen gemeinsam veranlasst, haften sie für die Gebühr solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Allgemeine Gebührenverordnung [AllgGebV, SR 172.041.1]).

17.1.2 Die Vorinstanz auferlegte den Beschwerdeführerinnen eine Gebühr in der Höhe von Fr. [...]. Dabei erwog sie, dass in Anbetracht des vom Antrag des Sekretariates abweichenden Entscheides ein Abzug in der Höhe eines Drittels der Kosten für diejenigen Tatbestände, welche sich nicht erhärtet hätten, zu gewähren und zulasten der Staatskasse auszuscheiden sei.

17.1.3 Die Beschwerdeführerinnen rügen, eine Untersuchung sei nur hinsichtlich der Punkte, die sich erhärten und zum Erlass einer Verfügung führen, gebührenpflichtig. Vorliegend seien jedoch vier der insgesamt sechs untersuchten Verhaltensweisen als nicht missbräuchlich qualifiziert worden und hätten zu keiner Verurteilung geführt, weshalb die Gebührenpflicht bezüglich dieser Punkte entfalle. Bei den beiden aufrecht erhaltenen Vorwürfen handle es sich nur um "Nebenschauplätze". Folglich seien den Beschwerdeführerinnen die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens lediglich zu einem Drittel aufzuerlegen.

17.1.4 Die Vorinstanz macht hingegen in ihrer Vernehmlassung geltend, mit einer solchen schematischen Reduktion im Verhältnis der Anzahl ursprünglich untersuchter Vorwürfe zu den erhärteten Vorwürfen werde dem Umstand nicht Rechnung getragen, dass regelmässig – so auch vorliegend – ein erheblicher Teil des Aufwands zur Erstellung des Sachverhalts und für das Verständnis des Marktes anfalle. Dieser Aufwand sei unabhängig von der Anzahl Vorwürfe, die sich erhärten liessen. Im Übrigen handle es sich um eine unzulässige Wertung zwischen den einzelnen Verhaltensweisen, soweit die Beschwerdeführerinnen die erhärteten Verhaltensweisen als "Nebenschauplätze" bezeichnen. Eine solche Wertung sei weder gesetzlich vorgesehen, noch habe sie, die Vorinstanz, eine solche vorgenommen.

17.1.5 Das Bundesverwaltungsgericht erwog im Urteil B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 i.S. *Gaba*, gebührenpflichtig sei nur, wer i.S.v. Art. 2 Abs. 1 GebV-KG eine Untersuchung verursacht habe und nur hinsichtlich derjenigen Punkte, die sich erhärten liessen und die zum Erlass einer Verfügung führten (Art. 3 Abs. 2 Bst. c GebV-KG). Der Beschwerdeführerin wurden darauf die Gebühren nur zu einem Drittel auferlegt, da die angefochtene Verfügung nur hinsichtlich einem der drei Punkte ergangen ist (Urteil B-506/2010, *Gaba*, E. 16.1.3).

17.1.6 Aus dem Urteil B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 i.S. *Gaba* kann jedoch nicht geschlossen werden, die Gebühren seien in jedem Fall schematisch nach der Anzahl erhärteten Punkte bzw. nicht erhärteten aufzuerlegen. Zu berücksichtigen bleiben die Umstände im konkreten Einzelfall.

17.1.7 Eine exakte Bemessung des Aufwands hinsichtlich jener Punkte, die sich nicht haben erhärten lassen und bezüglich welcher das Verfahren eingestellt wird, ist in der Praxis regelmässig nicht möglich. Es kann per se ein erheblicher Anteil des Aufwands auf die Erhebung des Sachverhalts und das Verständnis des Marktes entfallen, welcher sich nicht einzelnen Vorwürfen zuordnen lässt. Die Vorinstanz macht zu Recht geltend, dass dies vorliegend der Fall gewesen sei.

17.1.8 Indem die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen bei dieser Ausgangslage Zweidrittel der Gebühren auferlegte, verletzte sie weder Bundesrecht, noch hat die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht.

17.2 Kosten und Entschädigung vor Bundesverwaltungsgericht

17.2.1 Die Auferlegung der Verfahrenskosten, die sich aus Gerichtsgebühr und Auslagen zusammensetzen, sowie die Zusprechung einer Parteientschädigung richten sich nach den Bestimmungen des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) sowie den allgemeinen Bestimmungen von Art. 63 und 64 VwVG.

17.2.2 Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 VGKE). Art. 4 VGKE sieht bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von Fr. 1'000'000.– bis Fr. 5'000'000.– eine Gerichtsgebühr zwischen Fr. 7'000.– und Fr. 40'000.– vor. Wenn besondere Gründe es rechtfertigen, namentlich mutwillige Prozessführung oder ausserordentlicher Aufwand, kann das Gericht über diesen Höchstbetrag hinausgehen (Art. 2 Abs. 2 VGKE). Allerdings kann der in Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG festgesetzte Höchstbetrag von Fr. 50'000.– in keinem Fall überschritten werden (KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, a.a.O., Rz. 1567; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.22a).

17.2.3 Die vorliegende Angelegenheit erforderte nach Umfang und Schwere einen grossen Aufwand für ihre sachgerechte Bearbeitung. Angesichts der angefochtenen Sanktion in der Höhe von Fr. 4'546'123.–, der angefochtenen Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. [...], des Aktenumfangs, des Instruktionsverfahrens sowie des angefallenen Prüf- und Begründungsaufwands wird die Gerichtsgebühr auf Fr. 40'000.– festgesetzt.

17.2.4 Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG hat das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrenskosten entsprechend dem Unterliegerprinzip der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Unterliegt eine Partei nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. In diesem Falle sind die Kosten aufgrund eines allgemeinen prozessualen Grundsatzes im Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens zu verteilen (BGE 132 II 47 E. 3.3; Urteil B-7633/2009, *ADSL II*, E. 802).

17.2.5 Die Beschwerdeführerinnen wurden in der angefochtenen Verfügung zur Zahlung einer Sanktion von Fr. 4'546'123.– plus Gebühren von Fr. [...] verurteilt. Die Sanktion wurde um Fr. 767'329.– auf Fr. 3'778'794.– reduziert. Damit haben sie im Umfang von ca. 15% obsiegt. Die Verfahrenskosten von Fr. 40'000.– sind demnach um den Betrag von Fr. 6'000.– zu reduzieren und auf Fr. 34'000.– festzulegen. Diese Gebühr wird nach Rechtskraft des Urteils mit dem am 22. Mai 2017 von den Beschwerdeführerinnen geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 40'000.– verrechnet. Den Beschwerdeführerinnen ist der Differenzbetrag in der Höhe von insgesamt Fr. 6'000.– innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils auf das von ihnen anzugebende Konto zu überweisen.

17.2.6 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG ist einer ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (BVGE 2010/14 E. 8.2.1). Ausgenommen hiervon sind Bundesbehörden, denen gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE kein Anspruch auf eine Parteientschädigung zusteht.

17.2.7 Die teilweise obsiegenden Beschwerdeführerinnen haben am 16. November 2018 eine Kostennote eingereicht. Ausgehend von einem Stundenansatz von Fr. [...] pro Stunde und einem Arbeitsaufwand von [...] Stunden machen sie für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht Parteikosten in der Höhe von insgesamt Fr. 60'821.80 geltend. Dieser Betrag beinhaltet ein Anwaltshonorar von Fr. [...] sowie Auslagen von Fr. [...].

17.2.8 Das Anwaltshonorar bemisst sich nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin (Art. 10 Abs. 1 VGKE). Der Stundenansatz beträgt für Anwälte und Anwältinnen mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.– (Art. 10 Abs. 2 VGKE). Das Gericht setzt die Parteientschädigung auf Grund der eingereichten Kostennote oder – mangels Einreichung einer solchen – auf Grund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst nur die notwendigen Kosten (Urteile des BGer 2C_343/2010 und 2C_344/2010 vom 11. April 2011 E. 8.3.4). Obsiegt eine Partei wie im vorliegenden Fall nur teilweise, ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 VGKE).

17.2.9 Die Beschwerdeführerinnen listen den geltend gemachten Arbeitsaufwand von [...] Stunden detailliert und nachvollziehbar auf. Angesichts des unstrittig hohen Aufwands und der Komplexität der Streitsache ist dieser Arbeitsaufwand nicht zu beanstanden. Ebenso nicht zu beanstanden sind die geltend gemachten Auslagen von pauschal 3,5% des Anwaltshonorars. Die ungekürzte Parteientschädigung für ein vollständiges Obsiegen würde somit Fr. 60'821.80 betragen. Unter Berücksichtigung des nur teilweisen Obsiegens ist den Beschwerdeführerinnen zulasten der Vorinstanz eine um $\frac{17}{20}$ gekürzte Parteientschädigung, d.h. insgesamt ausmachend Fr. 9'123.25 zuzusprechen. Diesen Betrag hat die Vorinstanz nach Rechtskraft dieses Urteils an eine der Beschwerdeführerinnen zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission (WEKO) vom 19. Dezember 2016 wird teilweise gutgeheissen.

2.

Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung wird aufgehoben.

3.

Die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 werden mit Bezug auf die angeordneten Massnahmen wie folgt neu gefasst:

"HCI Solutions AG wird untersagt, in ihren Verträgen mit den Softwarehäusern Vertragsklauseln zu verwenden und durchzusetzen, die eine Alleinbezugs-pflicht der Softwarehäuser für zusätzliche Partner und Produkt-Stamm-Daten bei HCI Solutions AG oder eine Untersagung der anderweitigen Verwendung der Strukturen der auf der Datenbank der HCI Solutions AG beruhenden Software für die Softwarehäuser vorsehen.

HCI Solutions AG wird verpflichtet, den Zulassungsinhaberinnen die Dienstleistung der Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Indices und andere Dienstleistungen entbündelt anzubieten. HCI Solutions AG wird verpflichtet, die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen sowie den Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS zu kostenbasierten Preisen anzubieten."

4.

Dispositiv-Ziffer 4 der angefochtenen Verfügung wird mit Bezug auf die den Beschwerdeführerinnen auferlegte Sanktion wie folgt neu gefasst:

"Vifor Pharma AG und HCI Solutions AG werden in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 7 KG wegen unzulässiger Verhaltensweise mit einem Betrag von Fr. 3'778'794.– belastet. Der Betrag von insgesamt Fr. 3'778'794.– wird den Adressaten der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt."

5.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

6.

Von den Kosten des vorliegenden Verfahrens wird den Beschwerdeführerinnen zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung ein Betrag in der

Höhe von Fr. 34'000.– auferlegt, welcher nach Rechtskraft dieses Urteils dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von insgesamt Fr. 40'000.– entnommen wird. Den Beschwerdeführerinnen wird der Differenzbetrag in der Höhe von Fr. 6'000.– nach Rechtskraft des Urteils überwiesen.

7.

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 9'123.25 zu bezahlen.

8.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Vera Marantelli

Corine Knupp

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 16. Februar 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde;
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0249; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)