



Recht und Politik des Wettbewerbs	RPW
Droit et politique de la concurrence	DPC
Diritto e politica della concorrenza	DPC

2025/4c

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

(Form: 727.000.25/4c)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Recht und Politik des Wettbewerbs	RPW
Droit et politique de la concurrence	DPC
Diritto e politica della concorrenza	DPC

2025/4c

Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden. Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik.

Organe de publication des autorités suisses de concurrence. Recueil des décisions et communications sur le droit et la politique de la concurrence.

Organo di pubblicazione delle autorità svizzere in materia di concorrenza. Raccolta di decisioni e comunicazioni relative al diritto e alla politica della concorrenza.

Januar/janvier/gennaio 2026

Systematik	A	Tätigkeitsberichte
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	B	Verwaltungsrechtliche Praxis
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission ¹
	1	Vorsorgliche Massnahmen
	2	Untersuchungen
	3	Unternehmenszusammenschlüsse
	4	Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG
	5	Andere Entscheide
	6	Empfehlungen
	7	Stellungnahmen
	8	BGBM
	9	Diverses
	B 3	Bundesverwaltungsgericht
	B 4	Bundesgericht
	B 5	Bundesrat
	B 6	Preisüberwacher
	B 7	Kantonale Gerichte
	B 8	Bundesstrafgericht
	C	Zivilrechtliche Praxis
	C 1	Kantonale Gerichte
	C 2	Bundesgericht
	D	Entwicklungen
	D 1	Erlasse, Bekanntmachungen
	D 2	Bibliografie
	E	Diverses

¹ Die Entscheide werden in der vorliegenden Sammlung in der von der WEKO entschiedenen und den Parteien mitgeteilten Version publiziert, bereinigt um die Geschäftsgeheimnisse. Massgebend sind ausschliesslich die den Parteien eröffneten Versionen der Entscheide.

Systématique	A	Rapports d'activité
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	B	Pratique administrative
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
	1	Enquêtes préalables
	2	Recommandations
	3	Préavis
	4	Conseils
	5	LMI
	B 2	Commission de la concurrence ¹
	1	Mesures provisionnelles
	2	Enquêtes
	3	Concentrations d'entreprises
	4	Sanctions selon l'article 50 ss LCart
	5	Autres décisions
	6	Recommandations
	7	Préavis
	8	LMI
	9	Divers
	B 3	Tribunal administratif fédéral
	B 4	Tribunal fédéral
	B 5	Conseil fédéral
	B 6	Surveillant des prix
	B 7	Tribunaux cantonaux
	B 8	Tribunal pénal fédéral
	C	Pratique des tribunaux civils
	C 1	Tribunaux cantonaux
	C 2	Tribunal fédéral
	D	Développements
	D 1	Actes législatifs, communications
	D 2	Bibliographie
	E	Divers

¹ Les décisions sont publiées dans le présent recueil dans leur version telle que décidée par la COMCO et notifiée aux parties, à l'exception du caviardage des secrets d'affaires. Seules les décisions dans leur version telle que notifiée aux parties font foi.

Sistematica	A	Rapporti d'attività
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	B	Prassi amministrativa
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	5	LMI
	B 2	Commissione della concorrenza ¹
	1	Misure cautelari
	2	Inchieste
	3	Concentrazioni di imprese
	4	Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
	5	Altre decisioni
	6	Raccomandazioni
	7	Preavvisi
	8	LMI
	9	Diversi
	B 3	Tribunale amministrativo federale
	B 4	Tribunale federale
	B 5	Consiglio federale
	B 6	Sorvegliante dei prezzi
	B 7	Tribunali cantonali
	B 8	Tribunale penale federale
	C	Prassi dei tribunali civili
	C 1	Tribunali cantonali
	C 2	Tribunale federale
	D	Sviluppi
	D 1	Atti legislativi, comunicazioni
	D 2	Bibliografia
	E	Diversi

¹ In questa raccolta, le decisioni sono pubblicate nella versione decisa dalla COMCO e notificata alle parti, eccezion fatta per i passaggi coperti da segreto d'affari. Solo le decisioni nella versione notificata alla parti fanno fede.

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2025/4c

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Baustoffe und Deponien Bern (2. Teil), 1. Teil im RPW 2025/4b, Seite 1276	1738
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Urteil vom 19. Januar 2022 in Sachen Sanktionsverfügung der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2016 in der Untersuchung Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen	1834
	2. Urteil vom 17. November 2025 in Sachen Sanktionsverfügung der WEKO vom 19. Dezember 2016 in der Untersuchung Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen	1925
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Urteil vom 23. Januar 2025 in Sachen Sanktionsverfügung der WEKO vom 19. Dezember 2016 in der Untersuchung Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen – Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Januar 2022	1937
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	1964
	Index (deutsch, français e italiano)	1966

B **Verwaltungsrechtliche Praxis** **Pratique administrative** **Prassi amministrativa**

B 2 **Wettbewerbskommission** **Commission de la concurrence** **Commissione della concorrenza**

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Baustoffe und Deponien Bern (2. Teil), 1. Teil im RPW 2025/4b S. 1276

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Mai 2024 in Sachen Untersuchung 22-0440 gemäss Art. 27 KG betreffend Baustoffe und Deponien Bern wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG und Art. 5 Abs. 1 KG und wegen unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG gegen

1. **Alluvia AG**, in Bern,
K. & U. Hofstetter AG, in Bern und
Messerli Kieswerk AG, in Bern
vertreten durch [...]
2. **Daepp Holding AG**, c/o [...], in Oppligen,
Kieswerk Daepp A.G., in Oppligen und
Aare-Kies AG, in Kirchdorf BE
vertreten durch [...]
3. **Kästli Beteiligungen AG**, in Rubigen und
Kästli Bau AG, in Rubigen
vertreten durch [...]
4. **Kieswerk Heimberg AG**, in Heimberg
vertreten durch [...]
5. **Marti Holding AG**, in Moosseedorf und
Marti AG Bern, in Moosseedorf
vertreten durch [...]
6. **Vigier Holding AG**, in Luterbach und
KIESTAG, Kieswerk Steinigand AG, in Wimmis
vertreten durch [...]
7. **Kies AG Aaretal KAGA**, in Jaberg
vertreten durch [...]

Inhaltsübersicht

E	Massnahmen	676
E.1	Anordnung von Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG	676
E.2	Sanktionierung	744
E.3	Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten	808
F	Kosten	809
F.1	Gebührenpflicht	809
F.2	Höhe der auf die Parteien zu verlegenden Verfahrenskosten	809
F.3	Verlegung auf die Parteien	811
G	Ergebnis	815
H	Dispositiv	816

Inhaltsverzeichnis

E	Massnahmen	676
E.1	Anordnung von Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG	676
E.1.1	Rechtliche Grundlagen	676
E.1.2	Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, deren jeweilige Konstellation und gegebenenfalls Wiederholungsgefahr	680
E.1.2.1	Die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA (Art. 5 Abs. 1 KG)	681
E.1.2.2	Das Recht der Aktionärinnen, je ein Mitglied in den VR von KAGA zu entsenden, die gelebte Entsendepraxis und der Informationsaustausch im VR (Art. 5 Abs. 1 KG)	682

E.1.2.3	Der Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen (Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG)	682	E.1.3.3.9	Ungenügende Bestimmtheit der Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1	704
E.1.2.4	Die Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben (Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG)	682	E.1.3.3.10	Aufschiebende Wirkung	705
E.1.2.5	Die Koordination der Angebote für die Übernahme der [U01] (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG)	683	E.1.3.4	Von der WEKO in Dispositivziffer 1 angeordnete Massnahmen	705
E.1.2.6	Das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet (Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG)	683	E.1.3.4.1	Hinsichtlich der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA (Dispositivziffern 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, indirekt auch 1.6–1.8)	706
E.1.2.7	Im Kiesbereich: Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Abs. 1 KG)	683	E.1.3.4.2	Hinsichtlich des Rechts der Aktionärinnen, je ein Mitglied in den VR von KAGA zu entsenden, der gelebten Entsendepraxis und des Informationsaustauschs im VR (Dispositivziffern 1.2 teilweise, 1.6, 1.7, 1.8)	721
E.1.2.8	Im Deponiebereich: Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub (Art. 7 Abs. 2 Bst. f i.V.m. Abs. 1 KG)	684	E.1.3.4.3	Umsetzungsfrist und Geltungszeitpunkt der Massnahmen (Dispositivziffern 1.9 und 1.10)	727
E.1.2.9	Zusammenfassung	684	E.1.4	Bloss teilweise strittige und unbestrittene anzuordnende Massnahmen (Dispositivziffern 2 und 3 resp. EVR)	729
E.1.3	Strittige anzuordnende Massnahmen (Dispositivziffer 1)	685	E.1.4.1	Einseitige Anordnung von Massnahmen oder Genehmigung einer EVR	729
E.1.3.1	Vorbemerkung	685	E.1.4.2	Begründung der EVR-Massnahmen bzw. der gegen Vigier einseitig angeordneten Massnahmen	731
E.1.3.2	Ausführungen im Antrag zu Dispositivziffer 1	686	E.1.4.2.1	Hinsichtlich der Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben (Dispositivziffer 2 resp. Ziffer 1 der EVR)	731
E.1.3.2.1	Hinsichtlich der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA	686	E.1.4.2.2	Hinsichtlich des Konkurrenzverbots zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet (Dispositivziffer 3 resp. Ziffer 2 der EVR)	732
E.1.3.2.2	Hinsichtlich des Rechts der Aktionärinnen, je einen Vertreter in den VR von KAGA zu entsenden, und dem Informationsaustausch im VR	694	E.1.4.2.3	Hinsichtlich der Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub (Ziffer 3 der EVR mit KAGA)	735
E.1.3.3	Stellungnahme der Parteien zum Antrag	695	E.1.5	Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde	736
E.1.3.3.1	Fehlende oder ungenügend bestimmte gesetzliche Grundlage für den Erlass der Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1	695	E.1.5.1	Rechtliche Grundlagen	736
E.1.3.3.2	Öffentliches Interesse an den Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1	698	E.1.5.2	Erfolgsprognose, Verhältnismässigkeit und Dringlichkeit	737
E.1.3.3.3	Verhältnismässigkeit der Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1	698	E.1.5.3	Nachteilsprognose / Interessenabwägung	739
E.1.3.3.4	Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 und Geltungsbereich des Kartellgesetzes	701	E.1.5.3.1	Hinsichtlich der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA	740
E.1.3.3.5	Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 und Verhältnis zu Bestimmungen des OR	701	E.1.5.3.2	Hinsichtlich des Rechts der Aktionärinnen, je einen Vertreter in den VR von KAGA zu entsenden, der gelebten Entsendepraxis und dem Informationsaustausch im VR	741
E.1.3.3.6	Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 und Eigentumsgarantie	703			
E.1.3.3.7	Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 und Wirtschaftsfreiheit	703			
E.1.3.3.8	Unzulässige Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 gegen KMU	704			

E.1.5.3.3	Hinsichtlich der Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben	741	E.2.3.2.4	Einhaltung des abstrakten Sanktionsrahmens (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 7 SVKG)	770
E.1.5.3.4	Hinsichtlich des Konkurrenzverbots zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet	741	E.2.3.2.5	Vorbringen in den Stellungnahmen zum Antrag	770
E.1.5.3.5	Hinsichtlich der Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub	743	E.2.3.2.6	Ergebnis	772
E.1.5.4	Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung im Dispositiv	744	E.2.3.3	Tatkomplex Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben	772
E.2	Sanktionierung	744	E.2.3.3.1	Grundsätzliches zur Sanktionsbemessung anhand eines Pauschalbetrags	772
E.2.1	Voraussetzungen für eine Sanktionierung	744	E.2.3.3.2	Pauschalsanktion für diesen Verstoss angemessen	773
E.2.1.1	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	744	E.2.3.3.3	Bemessung der Pauschalsanktion	774
E.2.1.1.1	Unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG	745	E.2.3.3.4	Vorbringen in den Stellungnahmen	774
E.2.1.1.2	Beteiligte Unternehmen	746	E.2.3.3.5	Ergebnis	775
E.2.1.1.3	Vorwerfbarkeit	747	E.2.3.4	Tatkomplex Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet	775
E.2.1.2	Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht	748	E.2.3.4.1	Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	775
E.2.1.3	Zurechenbarkeit der Wettbewerbsverstösse der Unternehmen an einzelne Parteien	749	E.2.3.4.2	Zuschlag für die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG)	779
E.2.2	Bemessungsgrundlagen	750	E.2.3.4.3	Erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 f. SVKG)	779
E.2.2.1	Rechtliche Grundlagen	750	E.2.3.4.4	Einhaltung des abstrakten Sanktionsrahmens (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 7 SVKG)	788
E.2.2.2	Zum Umgang mit einer Mehrzahl von Verstössen	753	E.2.3.4.5	Vorbringen in den Stellungnahmen	789
E.2.3	Konkrete Sanktionsbemessung	757	E.2.3.4.6	Ergebnis	795
E.2.3.1	Tatkomplex Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen und Ausschluss der Arbitragemöglichkeit beim Kiespreis – KAGA	757	E.2.3.5	Tatkomplex Koppelung: Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub	795
E.2.3.1.1	Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	758	E.2.3.5.1	Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	795
E.2.3.1.2	Zuschlag für die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG)	760	E.2.3.5.2	Zuschlag für die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG)	798
E.2.3.1.3	Erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 f. SVKG)	761	E.2.3.5.3	Erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 f. SVKG)	799
E.2.3.1.4	Einhaltung des abstrakten Sanktionsrahmens (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 7 SVKG)	762	E.2.3.5.4	Einhaltung des abstrakten Sanktionsrahmens (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 7 SVKG)	799
E.2.3.1.5	Vorbringen in der Stellungnahme zum Antrag	762	E.2.3.5.5	Vorbringen in der Stellungnahme	799
E.2.3.1.6	Ergebnis	765	E.2.3.5.6	Ergebnis	801
E.2.3.2	Tatkomplex Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen und Ausschluss der Arbitragemöglichkeit beim Kiespreis – Aktionärs-Unternehmen	766	E.2.3.6	Sanktionsreduktion wegen kooperativem Verhalten	801
E.2.3.2.1	Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	766	E.2.3.6.1	EVR	801
E.2.3.2.2	Zuschlag für die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG)	768	E.2.3.6.2	Besonders gute Kooperation, insbesondere umfassende Sachverhaltsanerkennung	803
E.2.3.2.3	Erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 f. SVKG)	768	E.2.3.7	Gesamtsanktion	805
			E.2.3.7.1	KAGA	806
			E.2.3.7.2	Alluvia	806

E.2.3.7.3	Daepf	806
E.2.3.7.4	Heimberg	807
E.2.3.7.5	Kästli-Gruppe	807
E.2.3.7.6	Marti-Gruppe	807
E.2.3.7.7	Vigier	808
E.2.3.8	Verhältnismässigkeitsprüfung	808
E.3	Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten	808
F	Kosten	809
F.1	Gebührenpflicht	809
F.2	Höhe der auf die Parteien zu verlegenden Verfahrenskosten	809
F.3	Verlegung auf die Parteien	811
G	Ergebnis	815
H	Dispositiv	816

E Massnahmen

2033. Nach Art. 30 Abs. 1 KG verfügt die WEKO auf Antrag des Sekretariats über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Gemeint sind damit sowohl Anordnungen von Massnahmen gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG (vgl. Rz 2034 ff.) als auch direkte monetäre Verwaltungsanktionen nach Art. 49a KG (vgl. Rz 2235 ff.). Die direkte Sanktionierbarkeit bestimmter Verhaltensweisen nach Art. 49a KG schliesst die gleichzeitige Anordnung von Massnahmen gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG nicht aus.³⁹⁹⁰ Vielmehr kann es – gerade mit Blick auf das öffentliche Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs – angezeigt sein, direkte Sanktionen nach Art. 49a KG mit Massnahmen gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG zu verbinden.³⁹⁹¹

E.1 Anordnung von Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG

E.1.1 Rechtliche Grundlagen

2034. Die Möglichkeit der WEKO, Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG anzuordnen, ist vor dem Hintergrund des Zwecks des KG zu sehen, «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern» (Art. 1 KG). Umgesetzt wird dieser Zweck, soweit hier interessierend,³⁹⁹² durch Regelungen zu Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG) und zu Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG). Um sicherzustellen, dass die Gesetzesunterworfenen die ihnen vom KG auferlegten Pflichten erfüllen, sieht das Gesetz Verwaltungsmassnahmen präventiver und repressiver Natur sowie Verwaltungsanktionen (Art. 30 Abs. 1, Art. 49a und Art. 50 KG) und Strafsanktionen (Art. 54 f. KG) vor.³⁹⁹³

2035. Anzuordnende Massnahmen dienen demnach dazu, den Zweck des KG zu verwirklichen, wonach volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen

von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden sollen.³⁹⁹⁴ Voraussetzung dafür, dass eine Massnahme nach Art. 30 Abs. 1 KG angeordnet werden kann, ist daher, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 oder Art. 7 KG vorliegt.³⁹⁹⁵ Denn ohne unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gibt es nichts, das es zu verhindern gälte.

2036. Betreffend die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen bzw. deren zu verhindernde Auswirkungen sind zwei Konstellationen zu unterscheiden.

- **Erste Konstellation:** Die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung oder deren Auswirkungen dauern im Entscheidzeitpunkt noch an, der Störungszustand ist also fortbestehend. Diesfalls dient die anzuordnende Massnahme vor allem dazu, den andauernden Störungszustand zu beseitigen und dadurch – für die Zukunft – den (kartell)rechtskonformen Zustand wiederherzustellen.³⁹⁹⁶ Die anzuordnende Massnahme weist diesfalls sowohl präventive als auch repressive Züge auf.
- **Zweite Konstellation:** Die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung und deren Auswirkungen sind im Entscheidzeitpunkt abgeschlossen. Es liegen also beide in der Vergangenheit und der Störungszustand besteht im Entscheidzeitpunkt nicht mehr. Diesfalls kann es bei der anzuordnenden Massnahme nicht darum gehen, den (kartell)rechtskonformen Zustand wiederherzustellen. Vielmehr dient die anzuordnende Massnahme in diesem Fall rein präventiv dazu, die künftige Einhaltung des (kartell)rechtskonformen Zustands sicherzustellen.³⁹⁹⁷ Voraussetzung für eine anzuordnende Massnahme ist bei dieser Konstellation, dass eine Wiederholungsgefahr besteht.³⁹⁹⁸ Eine Wiederholungsgefahr ist zu bejahen, «wenn ein gewisses Risiko angenommen werden [darf], dass sie

³⁹⁹⁰ BGE 148 II 475 E. 4, insbesondere E. 4.3 und 4.4, *Implenja*.

³⁹⁹¹ BGE 148 II 475 E. 4.3.4, *Implenja*.

³⁹⁹² Nicht weiter von Belang sind hier die Regelungen zu Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 9 f. KG). Die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen ist in Art. 32 ff. KG geregelt. Art. 30 Abs. 1 KG ist bei der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen daher nicht einschlägig.

³⁹⁹³ Zur gesamten Rz siehe BGE 148 II 475 E. 3 und 3.1, *Implenja*.

³⁹⁹⁴ BGE 148 II 475 E. 4.4, *Implenja*.

³⁹⁹⁵ BGE, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 12.7 (nicht publiziert in BGE 148 II 321), *Flammarion*.

³⁹⁹⁶ So etwa die Konstellation in BGE, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 12.7 (nicht publiziert in BGE 148 II 321), *Flammarion*; Fundstellennachweise weiterer Fälle dieser Konstellation in BVGer, B-7920/2015 vom 16.8.2022 E. 12.2, VPVW.

³⁹⁹⁷ So etwa die Konstellation in BGE 148 II 475 E. 4.4, *Implenja*. In E. 4.3.3 in fine dieses Urteils wird ausdrücklich festgehalten, dass «sich die Anwendung von Art. 30 Abs. 1 KG nicht auf die Fälle [beschränkt], in denen eine Wettbewerbsbeschränkung im Zeitpunkt der Verfügung noch besteht und beseitigt werden muss».

³⁹⁹⁸ Explizit BVGer, B-5161/2019 vom 9.8.2021 E. 5.4.2, *Implenja*; BVGer, B-7920/2015 vom 16.8.2022 E. 12.2, VPVW; BVGer, B-786/2014 vom 16.11.2022 E. 15.3.1, *Luftfracht*; BVGer, B-5172/2019 vom 26.10.2023 E. 8.4.4, *Engadin II* (in den drei letztgenannten Urteilen wurden mangels ersichtlicher Wiederholungsgefahr die angeordneten Massnahmen aufgehoben); jedenfalls bei Vorliegen einer Wiederholungsgefahr solch präventive Massnahmen als zulässig erachtend BGE 148 II 475 E. 4.3.4 und E. 4.4, *Implenja*.

[die zu verpflichtende Partei] sich in Zukunft wieder kartellrechtswidrig verhält».³⁹⁹⁹ Ein solches Risiko darf ohne Weiteres angenommen werden, wenn die Partei bereits mehrmals an (gleichartigen)⁴⁰⁰⁰ unzulässigen Verhaltensweisen beteiligt gewesen war.⁴⁰⁰¹ Eine Wiederholungsgefahr darf regelmässig auch etwa dann angenommen werden, wenn die zu verpflichtende Partei die Widerrechtlichkeit des fraglichen Verhaltens bestreitet, da diesfalls zu vermuten ist, dass sie das Verhalten im Vertrauen auf dessen Rechtmässigkeit weiterführen wird. Das trifft etwa zu, wenn die zu verpflichtende Partei zwar im Hinblick auf das Verfahren das fragliche Verhalten eingestellt hat, dieses im Verfahren aber nach wie vor als rechtmässig verteidigt.⁴⁰⁰²

2037. Eine inhaltliche Einschränkung der möglichen Massnahmen kann Art. 30 Abs. 1 KG nicht entnommen werden und auch eine Absicht des Gesetzgebers, die Anordnung von Massnahmen inhaltlich einzuschränken, ist nicht zu erkennen.⁴⁰⁰³ Es gibt keinen *numerus clausus* möglicher Massnahmen.⁴⁰⁰⁴ Vielmehr eröffnet das Gesetz einen weiten Ermessensspielraum, damit die WEKO die im Einzelfall zur Verwirklichung des Zwecks des KG erforderlichen Massnahmen treffen kann.⁴⁰⁰⁵ Sie kann den betroffenen Parteien die im konkreten Fall gebotenen, sanktionsbewehrten Pflichten zu einem bestimmten Tun (Gebot), Dulden oder Unterlassen (Verbot) auferlegen.⁴⁰⁰⁶

2038. Schranke für die Massnahmen und insbesondere deren Inhalt bilden die allgemeinen Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns, wovon in vorliegendem Kontext das Verhältnismässigkeitsprinzip im Vordergrund steht (Art. 5 Abs. 2 BV). Eine Massnahme muss sich im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel – hier der Schutz des wirksamen Wettbewerbs⁴⁰⁰⁷ – erstens als geeignet erweisen, d.h., tauglich sein, um damit das angestrebte Ziel zu erreichen, zweitens muss sie erforderlich sein, d.h. das mildeste geeignete Mittel sein, und drittens muss sie zumutbar sein, d.h., es muss ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff gewahrt sein.⁴⁰⁰⁸ Der mögliche Inhalt der anzuordnenden Massnahmen hängt aufgrund dessen von der konkret vorliegenden unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ab, insbesondere von deren Art und Intensität.⁴⁰⁰⁹

2039. In einem gewissen Sinne ebenfalls eine Schranke für den Inhalt der anzuordnenden Massnahmen stellt das Bestimmtheitsgebot dar.⁴⁰¹⁰ Sanktionsbewehrte Gebote oder Verbote im Dispositiv einer Verfügung müssen genügend konkret und genau umschrieben sein, damit die betroffene Partei weiss, was sie tun muss resp. nicht mehr tun darf, und ihr Verhalten entsprechend darauf ausrichten kann.⁴⁰¹¹ Nicht verlangt werden kann aber eine Umschreibung bis ins letzte Detail; vielmehr ist eine gewisse Abstraktheit der Formulierung zulässig⁴⁰¹² und auch sinnvoll, um all zu leichte Umgehungen zu verhindern. Diesbezüglich ist auch zu beachten, dass das Dispositiv nicht isoliert zu lesen ist, sondern im Zusammenhang mit der Begründung der entsprechenden Massnahme.⁴⁰¹³ Die anzuordnenden Massnahmen sind im Kontext des festgestellten Sachverhalts und der beurteilten Verhaltensweisen zu sehen.⁴⁰¹⁴

2040. Anstelle der (einseitigen) Anordnung von Massnahmen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen kann die WEKO auch eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG genehmigen. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Sie dient damit demselben Ziel und Zweck wie die (einseitige) Anordnung von Massnahmen.

2041. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen angeordnete Massnahmen nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden können. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsandrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.⁴⁰¹⁵

2042. Mehrere Parteien bringen mit Verweis auf BGE 148 III 475 (respektive Urteil des BGer 2C_782/2021 vom 14. September 2022) vor, eine Massnahme der WEKO könne nur zulässig sein, wenn sie im Geltungs-

³⁹⁹⁹ BGE 148 II 475 E. 5.3, *Implenla*.

⁴⁰⁰⁰ Siehe zu diesem Punkt etwa BGer, 5A_758/2020 vom 3.8.2021 E. 4.5.3 m.w.H. Ausdrücklich wird dieser Punkt in BGE 148 II 475 E. 5.3, *Implenla*, nicht genannt. Implizit wird er aber berücksichtigt, indem erwähnt wird, dass die Beschwerdeführerin «mehrmals an unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt gewesen sei», und dass weitere Verfügungen, «in die sie involviert sei», «ebenfalls Submissionsabsprachen betreffen».

⁴⁰⁰¹ BGE 148 II 475 E. 5.3, *Implenla*. Vgl. auch BVGer-B-716/2018 vom 23.11.2023 E. 15.7, *Engadin VI – Implenia*; BVGer B-697/2018 vom 28.11.2023 E. 15.7, *Engadin VIII – Implenia*.

⁴⁰⁰² So, wenn auch zum Markenrecht, BGE 128 III 96 E. 2.e m.w.H., *Orfina (fig.) / Orfina*. Bestätigt u.a. in BGer, 4A_379/2019 vom 4.12.2019 E. 9.3.1 (nicht publiziert in BGE 146 III 89), *Rolax Kapillarimport*, und übertragen auf weitere Rechtsbereiche etwa in BGer, 5A_369/2016 vom 27.1.2017 E. 6.2 (generell zu Anträgen auf Unterlassung, in concreto bezüglich eines Fahr- und Notwegrechts) oder BGer, 5A_218/2022 vom 4.10.2022 E. 3.4.1 (bezüglich Persönlichkeitsverletzung). Anders aber BVGer, B-5172/2019 vom 26.10.2023 E. 8.4.9, *Engadin II*, mit der Begründung, dass es sich dabei im Verwaltungs(rechtsmittel)verfahren um eine zulässige Verteidigungsstrategie handle und sich aus der Uneinsichtigkeit hinsichtlich der Unzulässigkeit des früheren Verhaltens keine Wiederholungsgefahr ableiten lasse.

⁴⁰⁰³ BGE 148 II 475 E. 4.3.2, *Implenla*.

⁴⁰⁰⁴ BVGer, B-5161/2019 vom 9.8.2021 E. 4.2.1 m.w.H., *Implenla*. Damit sind in der Schweiz, ebenso wie in der EU (vgl. Art. 7 der Verordnung [EU] Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 001 vom 4.1.2003, S. 1), sowohl verhaltensorientierte als auch strukturelle Massnahmen möglich.

⁴⁰⁰⁵ BVGer, B-5161/2019 vom 9.8.2021 E. 4.2.4, *Implenla*.

⁴⁰⁰⁶ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 1220), Art. 30 N 59.

⁴⁰⁰⁷ BGE 148 II 475 E. 4.3.4, *Implenla*, ebenso die Vorinstanz, vgl. die Wiedergabe deren Erörterungen in E. 4.2 und E. 5.2.

⁴⁰⁰⁸ BGE 148 II 475 E. 5, *Implenla*. Zur Ausformulierung der drei Kriterien Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit siehe BVGer, B-5161/2019 vom 9.8.2021 E. 5.3 (Eignung), E. 5.4 (Erforderlichkeit) und E. 5.5 (Zumutbarkeit), *Implenla*.

⁴⁰⁰⁹ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 1220), Art. 30 N 59b.

⁴⁰¹⁰ BGer, 2C_782/2021 vom 14.9.2022 E. 6.3 (nicht publiziert in BGE 148 II 475), *Implenla*, impliziert, dass das Bestimmtheitsgebot gilt.

⁴⁰¹¹ BVGer, B-5161/2019 vom 9.8.2021 E. 6.3, *Implenla*; BVGer, B-2157/2006 vom 3.10.2007 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

⁴⁰¹² BVGer, B-5161/2019 vom 9.8.2021 E. 6.3, *Implenla*.

⁴⁰¹³ BGer, 2C_39/2020 vom 3.8.2022 E. 9.2, *Diffulivre*.

⁴⁰¹⁴ BGer, 2C_782/2021 vom 14.9.2022 E. 6.3 (nicht publiziert in BGE 148 II 475), *Implenla*.

⁴⁰¹⁵ REKO/WEF, 9.6.2005, RPW 2005/3, 555 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*.

bereich des Kartellgesetzes liege. Nicht im Geltungsbereich liege eine Massnahme, wenn sie ein Verhalten verbiete, das nicht grundsätzlich vom Kartellgesetz verboten sei. Entsprechend wirft Alluvia die Frage auf, ob die in Dispositivziffer 1 beantragten Massnahmen überhaupt vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst seien und kommt zum Schluss, dass dies nicht der Fall sei. Da mit Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG nur kartellrechtswidrige Handlungen unterbunden werden dürften, diese Massnahmen aber generell den Einsitz von Vertretern der Aktionärinnen im VR von KAGA verbieten und zudem weitere Vorschriften aufstellen würden, etwa über Gewinnausschüttungen, würden sie zwangsläufig über das möglicherweise unzulässige Verhalten hinausgehen und selbst Verhalten erfassen, das durch das Kartellgesetz nicht verboten sei.⁴⁰¹⁶ Auch Kästli-Gruppe macht geltend, dass keine der Massnahmen 1 im sachlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes liegen würde.⁴⁰¹⁷ Heimberg bringt ebenfalls vor, dass sich die Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 nicht mehr im Geltungsbereich des Kartellgesetzes befinden würden, insbesondere nicht in Bezug auf Heimberg, da Heimberg keine Wettbewerberin der KAGA sei.⁴⁰¹⁸ Denselben Vorwurf erheben schliesslich Vigier⁴⁰¹⁹ und KAGA⁴⁰²⁰. KAGA stellt dabei neben dem Antrag, es sei auf die beantragten Massnahmen gemäss Dispositiv-Ziffer 1 zu verzichten, den Eventualantrag, die Massnahmen seien auf den Geltungsbereich des Kartellgesetzes, das heisse, auf ein Verbot von konkreten Kartellgesetzverstössen zu beschränken. Keine entsprechenden Einwände erheben soweit ersichtlich Daepf und Marti-Gruppe.

2043. Es ist daran zu erinnern, dass Massnahmen gemäss Art. 30 Abs. 1 KG das Ziel haben, einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung oder deren Auswirkungen ein Ende zu setzen oder einer festgestellten Wiederholungsgefahr zu begegnen. Wie bereits erwähnt, gibt es keinen Numerus Clausus von zulässigen Massnahmen, und zu messen ist die Zulässigkeit einer kartellrechtlichen Massnahme am Grundsatz der Verhältnismässigkeit und in einem gewissen Sinn am Bestimmtheitsgebot. Die Parteien machen nun mit Verweis auf das genannte Bundesgerichtsurteil geltend, es bestehe eine zusätzliche Gültigkeitsvoraussetzung, wonach eine Massnahme nur dann zulässig sei, wenn sie eine Verhaltensweise verbiete, die für sich allein betrachtet durch das Kartellgesetz verboten sei. Da mehrere der vom Sekretariat beantragten Massnahmen Verhaltensweisen untersagen würden, die nicht grundsätzlich durch das Kartellgesetz verboten würden, handle es dabei von vornherein um unzulässige Massnahmen.

2044. Diese Sichtweise überzeugt nicht. Zu Ende gedacht, würde sie dazu führen, dass es Massnahmen gäbe, die zwar nötig sind, um eine Wettbewerbsbeschränkung oder die Auswirkungen einer solchen zu beenden, die aber nicht angeordnet werden dürften, weil sie angeblich nicht im Geltungsbereich des Kartellgesetzes liegen. Die Behörde müsste auf die Anordnung der zwar geeigneten, notwendigen und verhältnismässigen i.e.S., aber «aussergeltungsbereichlichen» Massnahme verzichten und stattdessen eine der gesetzlichen Bestimmungen von Art. 5 oder 7 KG ins Kleid einer Massnahme giessen. Auch wenn das erwähnte Bundesge-

richtsurteil Passagen enthalten mag, die sich in diese Richtung interpretieren lassen (insbesondere E. 5.4.1–5.4.3), ist auf zweierlei hinzuweisen: Einerseits gibt es im schweizerischen Kartellrecht von vornherein keine Verhaltensweisen, die ohne weitere Prüfung verboten wären. Sogar horizontale Preisabreden können zulässig sein, z.B. wenn sie sich im Bagatellbereich befinden oder gerechtfertigt werden können. So gesehen befindet sich auch eine horizontale Preisabrede nicht «im Geltungsbereich» des Kartellgesetzes. Andererseits ist gerade das erwähnte Bundesgerichtsurteil das beste Beispiel für eine untersagte Verhaltensweise, die nicht grundsätzlich durch das Kartellgesetz verboten wird: Das Bundesgericht schützt nämlich unter anderem eine Massnahme, die einem Bauunternehmen untersagt, eine Konkurrentin um die Abgabe einer Schutzofferte anzufragen. Mit der Massnahme wird also letztlich eine unilaterale Verhaltensweise untersagt. Eine solche ist aber nicht grundsätzlich – das heisst, nicht losgelöst von einer konkreten kartellrechtlichen Prüfung – verboten. Ein Dispositiv ist im Lichte seiner Begründung zu lesen und entscheidend ist somit, ob die fragliche Untersuchung ein unzulässiges Verhalten zu Tage gefördert hat, dem nun mit einer Massnahme zu begegnen ist. Massnahmen dienen ja gerade dazu, das kartellrechtswidrige Verhalten, das sich im konkreten Fall gezeigt hat, mit spezifischen daraus abgeleiteten Anordnungen zu präzisieren,⁴⁰²¹ und so der Erreichung des Zwecks des KG zum Durchbruch zu verhelfen.⁴⁰²² Mit den Massnahmen sollen im konkreten Fall die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, deren Auswirkungen oder gegebenenfalls deren Wiederholung beseitigt oder verhindert werden.⁴⁰²³ Ob dasselbe Verhalten auch in anders gelagerten Situationen kartellrechtswidrig wäre, z.B. wenn andere Produkte, Unternehmen und Märkte betroffen sind, ist nicht entscheidend und keine Voraussetzung für den Erlass von Massnahmen im konkreten Fall, in dem sich dieses Verhalten als kartellrechtswidrig erwiesen hat. Die vorliegende Untersuchung hat ergeben, dass unzulässige Verhaltensweisen vorliegen, auf die mit Massnahmen zu reagieren ist. Zur Prüfung der Verhältnismässigkeit und der genügenden Bestimmtheit der anzuordnenden Massnahmen tritt nicht ein zusätzliches ungeschriebenes Kriterium «Geltungsbereich» hinzu. Es fällt denn auch auf, dass das BGE in der von den Parteien vor allem angerufene Erwägung 5.4 im erwähnten Bundesgerichtsurteil die Verhältnismässigkeit prüfte, wie bereits die einleitenden Ausführungen in E. 5 zeigen. Soweit die Parteien mit dem Vorbringen, Massnahmen

⁴⁰¹⁶ Act. VIII.162 Rz 67 f. und 88 ff. sowie 100, 103 und 105 f.

⁴⁰¹⁷ Act. VIII.163 Rz 65 und 88 ff. sowie 105 ff., 113, 125, 129.

⁴⁰¹⁸ Act. VIII.161 Rz 17 ff., 28 f., 31, 56, 61, 65, 76; ferner Act. IX.30 Beilage 3 Rz 21.

⁴⁰¹⁹ Act. VIII.164 Rz 155 ff.; ferner Act. IX.30 Beilage 5 Rz 54 ff. und Folie 14.

⁴⁰²⁰ Act. VIII.156 Rz 96 ff. und 144 ff. sowie Rz 193, 196 f., 229, 239, 348, 350, 353; ferner Act. IX.30 Beilage 6 Rz 21 und Folie 11.

⁴⁰²¹ BGE 148 II 475 E. 4.3.4, *Implenja*.

⁴⁰²² BGE 148 II 475 E. 4.4, *Implenja*.

⁴⁰²³ Siehe auch Art. 26 Abs. 2 KG hinsichtlich der Massnahmen, die das Sekretariat im Rahmen einer Vorabklärung anregen kann – sie dienen «zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen».

müssten im «Geltungsbereich» des KG liegen, meinen sollten, Voraussetzung für den Erlass von Massnahmen sei, dass im konkreten Fall überhaupt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt (also insofern der «Geltungsbereich» des KG betroffen ist), trifft das selbstredend zu, wird hier aber auch beachtet.⁴⁰²⁴

E.1.2 Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, deren jeweilige Konstellation und gegebenenfalls Wiederholungsgefahr

2045. Es liegen mehrere unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 oder Art. 7 KG vor.⁴⁰²⁵ Hinsichtlich jeder einzelnen dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen wird in diesem Kapitel beurteilt, ob sie oder ihre Auswirkungen noch andauern (erste Konstellation) oder ob beide in der Vergangenheit beendet und abgeschlossen wurden (zweite Konstellation). Liegt hinsichtlich einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung die zweite Konstellation vor, wird weiter beurteilt, ob eine Wiederholungsgefahr besteht.⁴⁰²⁶ Ist entweder das eine (erste Konstellation) oder das andere (zweite Konstellation mit Wiederholungsgefahr) bezüglich einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung zu bejahen, sind Massnahmen anzuordnen. Welche konkreten Massnahmen anzuordnen sind, wird alsdann im nächsten Kapitel im Einzelnen zu beurteilen sein.⁴⁰²⁷

2046. Mehrere Parteien wenden sich in ihren Stellungnahmen zum Antrag und gleichlautend an den Anhörungen gegen einige oder alle sie betreffenden Massnahmen mit dem Argument, dass es an entsprechenden Wettbewerbsbeschränkungen fehle, die überhaupt erst Anlass zu diesen Massnahmen geben könnten.⁴⁰²⁸ Das Vorliegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen bestreiten sie entweder hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellungen, deren rechtlicher Würdigung oder auf beiden Ebenen. Teilweise fehlt es auch an einer klaren Unterscheidung, auf welcher Ebene die Kritik nun angesiedelt ist. Sodann finden sich diese Argumente zuweilen etwas verstreut oder wiederholt in den Stellungnahmen und manchmal tauchen sie unter etwas unerwarteten Titeln auf. Wie dem auch sei: Auf all diese Argumente gegen das Bestehen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen sowie deren Dauer bzw. Andauern bis heute wurde an den jeweils einschlägigen Stellen im Sachverhaltsteil oder in den rechtlichen Erwägungen eingegangen – darauf ist zu verweisen. Wiederholt sei hier bloss, dass die Vorbringen nicht zu überzeugen vermögen. Es liegen wie ausgeführt mehrere unzulässige Verhaltensweisen vor.⁴⁰²⁹ Nachfolgend ist einzig noch zu beurteilen, ob und gegebenenfalls welche Massnahmen deshalb anzuordnen sind; die Existenz und Kartellrechtswidrigkeit der entsprechenden Verhaltensweisen sind hier hingegen nicht mehr Thema.

E.1.2.1 Die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA (Art. 5 Abs. 1 KG)

2047. Sowohl diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung als auch deren Auswirkungen dauern an.⁴⁰³⁰ Es liegt die erste Konstellation vor. Bei diesbezüglich anzuordnenden Massnahmen geht es daher vor allem darum, den (kartell)rechtmässigen Zustand wiederherzustellen.

2048. Soweit in den Stellungnahmen zum Antrag das Andauern dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung und deren Auswirkungen bestritten wird,⁴⁰³¹ kann auf die entsprechenden Ausführungen im Sachverhaltsteil sowie bei den rechtlichen Erwägungen verwiesen werden.⁴⁰³² Diese Vorbringen haben sich als unzutreffend erwiesen.

2049. Alluvia führt in ihrer Stellungnahme zum Antrag aus, mit den Ausführungen in einer bestimmten Randziffer des Antrags liesse sich eine Wiederholungsgefahr für diese Verhaltensweise nicht begründen. Alsdann äussert sie sich dazu, weshalb ihres Erachtens keine Wiederholungsgefahr besteht.⁴⁰³³ Bei diesem Argument verkennt Alluvia entweder die Sach- oder die Rechtslage oder beides. Dauert die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung oder deren Auswirkungen an, setzt der Erlass von Massnahmen nicht zusätzlich eine Wiederholungsgefahr voraus, die separat zu prüfen wäre. Diesfalls geht es vielmehr darum, mit den Massnahmen den andauernden Störungszustand zu beseitigen.⁴⁰³⁴ Bei den hier beurteilten Abmachungen dauern sowohl die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung als auch deren Auswirkungen an. Bei dieser sachverhaltsmässigen Ausgangslage ist eine Wiederholungsgefahr kein rechtlicher Prüfpunkt. Die von Alluvia angerufene Randziffer im Antrag äussert sich denn auch nicht zur Wiederholungsgefahr. Auf die Vorbringen von Alluvia zur angeblich fehlenden Wiederholungsgefahr braucht nicht eingegangen zu werden, da diese, wie ausgeführt, bei der gegebenen Ausgangslage gar kein rechtlicher Prüfpunkt ist. Entsprechend ist es auch nicht nötig, auf die Ausführungen von Kästli-Gruppe, Heimberg, Vigier und KAGA zur Wiederholungsgefahr einzugehen.⁴⁰³⁵

⁴⁰²⁴ Rz 2035.

⁴⁰²⁵ Siehe die Zusammenfassungen in Rz 2008 ff.

⁴⁰²⁶ Zu den beiden Konstellationen und der Wiederholungsgefahr siehe Rz 2036.

⁴⁰²⁷ Rz 2067 ff.

⁴⁰²⁸ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit aller Fundstellennachweise und ohne Gewähr für die Zuordnung bezüglich der ersten zwei Wettbewerbsbeschränkungen seien folgende Stellen aus den Stellungnahmen der Parteien genannt:

Bezüglich des Rechts der Aktionärinnen, je ein Mitglied in den VR von KAGA zu entsenden, die gelebte Entscheidepraxis und der Informationsaustausch im VR: Alluvia (Act. VIII.162 Rz 52–59, 79–87, 92, 94–96, 136–139); Kästli-Gruppe (Act. VIII.163 Rz 46–48, 103–108); Heimberg (Act. VIII.161 Rz 31–46, 49, 55); Marti-Gruppe (Act. VIII.159 Rz 95–98, 102–106); Vigier (Act. VIII.164 Rz 154 i.V.m. Rz 64–89); KAGA (Act. VIII.156 Rz 25–95, 132–143);

Bezüglich der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA: Alluvia (Act. VIII.162 Rz 25–51, 73–78, 90, 136–139); Kästli-Gruppe (Act. VIII.163 Rz 12–27, 52, 103–108); Marti-Gruppe (Act. VIII.159 Rz 95–98, 102–106); Vigier (Act. VIII.164 Rz 154 i.V.m. Rz 30–63); KAGA (Act. VIII.156 Rz 25–95, 106–131, 150 f.);

Bezüglich der Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben: Vigier (Act. VIII.164 Rz 154 i.V.m. Rz 109–127);
Bezüglich des Konkurrenzverbots zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet: Vigier (Act. VIII.164 Rz 154 i.V.m. Rz 128–151).

⁴⁰²⁹ Siehe die Zusammenfassungen in Rz 2008 ff.

⁴⁰³⁰ Siehe die Zusammenfassung in Rz 2010 m.w.H.

⁴⁰³¹ So etwa Act. VIII.156 Rz 48–61; Act. VIII.162 Rz 41–46.

⁴⁰³² Rz 651 ff.

⁴⁰³³ Act. VIII.162 Rz 120–123, auch 126.

⁴⁰³⁴ Rz 2036.

⁴⁰³⁵ Act. VIII.163 Rz 108; Act. VIII.161 Rz 80; Act. VIII.164 Rz 175 f. und 190; Act. VIII.156 Rz 117 und 187 f.

E.1.2.2 Das Recht der Aktionärinnen, je ein Mitglied in den VR von KAGA zu entsenden, die gelebte Entsendepraxis und der Informationsaustausch im VR (Art. 5 Abs. 1 KG)

2050. Sowohl diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung als auch deren Auswirkungen dauern an.⁴⁰³⁶ Es liegt die erste Konstellation vor. Bei diesbezüglich anzuordnenden Massnahmen geht es daher vor allem darum, den (kartell)rechtmässigen Zustand wiederherzustellen.

E.1.2.3 Der Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen (Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG)

2051. Diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung wurde per Ende 2014 aufgegeben.⁴⁰³⁷ Sie steht in direktem Zusammenhang⁴⁰³⁸ mit den Vorzugskonditionen beim Kiesbezug, die KAGA ihren Aktionärinnen bis Ende 2014 gewährte.⁴⁰³⁹ Sie war auf das frühere Preissystem von KAGA abgestimmt und sicherte dieses ab. Auswirkungen von ihr bestehen unter dem derzeitigen Preissystem von KAGA nicht. Es liegt die zweite Konstellation vor, weshalb die Wiederholungsgefahr zu beurteilen ist.

2052. Aufgrund der engen Verzahnung dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung mit den Vorzugskonditionen beim Kiesbezug, die KAGA ihren Aktionärinnen bis Ende 2014 gewährte, hängt die Wiederholungsgefahr hier von derjenigen ab, die dort besteht. Entsprechend kommt es auf die dortige Beurteilung an, worauf verwiesen sei.⁴⁰⁴⁰ Vorweggenommen sei hier deren Ergebnis, wonach insofern keine Wiederholungsgefahr ersichtlich ist. Folglich ist auch hier keine Wiederholungsgefahr auszumachen, weshalb von der Anordnung präventiver Massnahmen hinsichtlich dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung abzusehen ist.

E.1.2.4 Die Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben (Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG)

2053. Sowohl diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung als auch deren Auswirkungen dauern an.⁴⁰⁴¹ Es liegt die erste Konstellation vor. Bei diesbezüglich anzuordnenden Massnahmen geht es daher vor allem darum, den (kartell)rechtmässigen Zustand wiederherzustellen.

E.1.2.5 Die Koordination der Angebote für die Übernahme der [U01] (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG)

2054. Diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung und ihre Auswirkungen endeten 2007.⁴⁰⁴² Es liegt die zweite Konstellation vor, weshalb die Wiederholungsgefahr zu beurteilen ist.

2055. Von einer Wiederholungsgefahr hinsichtlich dieser oder einer ihr gleichartigen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ist nicht auszugehen: Zumindest seit 1996, als das aktuelle Kartellgesetz in Kraft trat, handelt es sich bei dieser Koordination der Übernahmeangebote um die einzige festgestellte unzulässige Wettbewerbsbeschränkung dieser Art. Sie kam aufgrund der damaligen Situation, der allfälligen Möglichkeit zur Übernahme der [U01], zu Stande und nicht etwa im «gewöhnlichen» Tagesgeschäft. Es bestehen keine Anzeichen dafür, dass die Beteiligten später nochmals Vorstösse unternahmen, um [U01] zu übernehmen. Eine Wiederho-

lungsgefahr ist daher nicht ersichtlich und von der Anordnung präventiver Massnahmen hinsichtlich dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ist abzusehen.

E.1.2.6 Das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet (Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG)

2056. Sowohl diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung als auch deren Auswirkungen dauern an.⁴⁰⁴³ Es liegt die erste Konstellation vor. Bei diesbezüglich anzuordnenden Massnahmen geht es daher vor allem darum, den (kartell)rechtmässigen Zustand wiederherzustellen.

2057. Vigier macht geltend, es bestehe keine Wiederholungsgefahr, da das Konkurrenzverbot nicht mehr gelte bzw. nicht mehr gelebt werde.⁴⁰⁴⁴ Die diesem Argument zu Grunde liegende Sachverhaltsbehauptung wurde auf Ebene des Sachverhalts geprüft. Es wurde festgestellt, dass das Konkurrenzverbot nicht aufgehoben wurde.⁴⁰⁴⁵ Sowohl diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung als auch deren Auswirkungen dauern noch an und es geht darum, den (kartell)rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Bei dieser Ausgangslage ist die Wiederholungsgefahr kein rechtlicher Prüfpunkt. Dem Argument von Vigier, das sich auf die Wiederholungsgefahr bezieht, ist damit die sachverhaltsmässige Grundlage entzogen, weshalb sich Weiterungen dazu erübrigen.

E.1.2.7 Im Kiesbereich: Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Abs. 1 KG)

2058. Das frühere Preissystem von KAGA, welches explizit zwischen Aktionärinnen und Dritten differenzierte und diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ausmacht, wurde per Ende 2014 aufgegeben.⁴⁰⁴⁶ Seither verwendet KAGA Einheitspreise, wobei sie auf diesen gestaffelte Mengenrabatte gewährt.⁴⁰⁴⁷ Sowohl diese Wettbewerbsbeschränkung als auch deren Auswirkungen endeten damit per Ende 2014. Es liegt die zweite Konstellation vor, weshalb die Wiederholungsgefahr zu beurteilen ist.

2059. KAGA praktizierte das frühere Preissystem, das explizit zwischen Aktionärinnen und Dritten differenzierte, während sehr langer Zeit, nämlich seit 1970 bis Ende 2014. Sie beendete es aber noch vor Eröffnung der vorliegenden Untersuchung aus eigenem Antrieb und hat es seither nicht wieder aufgenommen. Etwas unklar bleiben die Beweggründe für den damaligen Wechsel des Preissystems. Einige involvierte Personen sehen

⁴⁰³⁶ Siehe die Zusammenfassung in Rz 2013 m.w.H.

⁴⁰³⁷ Siehe die Zusammenfassung in Rz 2016 m.w.H.

⁴⁰³⁸ Dazu Rz 1590 f.

⁴⁰³⁹ Zu den Vorzugskonditionen, die KAGA ihren Aktionärinnen gewährte, und deren Beendigung Ende 2014 siehe zusammenfassend Rz 2027 f.

⁴⁰⁴⁰ Rz 2059.

⁴⁰⁴¹ Siehe die Zusammenfassung in Rz 2019 m.w.H.

⁴⁰⁴² Siehe die Zusammenfassung in Rz 2016 m.w.H.

⁴⁰⁴³ Siehe die Zusammenfassung in Rz 2025 m.w.H.

⁴⁰⁴⁴ Act. VIII.164 Rz 189 f.

⁴⁰⁴⁵ Rz 640 ff. und insbesondere Rz 652 ff., ferner auch Rz 843 und Rz 981.

⁴⁰⁴⁶ Siehe die Zusammenfassung in Rz 2028 m.w.H.

⁴⁰⁴⁷ Siehe dazu Rz 1040 und Rz 1045 ff.

darin eine Reaktion auf damalige Zeitungsberichte, während andere es als Folge der anwaltlichen Beratung sehen.⁴⁰⁴⁸ Wie dem auch sei, bestehen jedenfalls keine Anzeichen dafür, die nahelegen würden, dass der damalige Systemwechsel nur vorübergehender und nicht grundsätzlicher Natur gewesen sein könnte. Eine Wiederholungsgefahr ist daher nicht ersichtlich und von der Anordnung präventiver Massnahmen hinsichtlich dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ist abzusehen.

2060. Das neue, gestaffelte Mengenrabattsystem ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.⁴⁰⁴⁹ Dessen kartellrechtliche Zulässigkeit wurde nicht beurteilt. Daher ist von vornherein ausgeschlossen, dass vorliegend gleichwohl Massnahmen hinsichtlich dieses Mengenrabattsystems, das nicht beurteilt wurde, angeordnet werden. Umgekehrt lässt sich aus der Nicht-Anordnung diesbezüglicher Massnahmen aber auch keine Aussage zur kartellrechtlichen Zulässigkeit des neuen, gestaffelten Mengenrabattsystems ableiten.

E.1.2.8 Im Deponiebereich: Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub (Art. 7 Abs. 2 Bst. f i.V.m. Abs. 1 KG)

2061. Die Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub und damit diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung wurde per 1. Januar 2015 aufgehoben.⁴⁰⁵⁰ Die Wettbewerbsbeschränkung ist damit beendet. Demgegenüber endeten die Auswirkungen dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung nicht ebenfalls schon damals: Wegen Nichterfüllung ihrer Kiesbezugspflicht verweigert KAGA nämlich der Kundin [U04] seit 2. September 2013 den Zugang zu ihrer Deponie für unverschmutzten Aushub – und zwar bis [U04] ihren «Rückstand» beim Kiesbezug aufgeholt hat.⁴⁰⁵¹ Diese Zugangssperre gegenüber [U04] hielt KAGA auch nach Aufhebung der Kiesbezugspflicht per 1. Januar 2015 aufrecht.⁴⁰⁵² Ende 2015 belief sich der «Bezugsrückstand» von [U04], bis zu dessen Aufholung KAGA die Deponie für unverschmutzten Aushub für [U04] gesperrt hält, gemäss Berechnungen von KAGA noch auf knapp 36'000 Kubikmeter Kies.⁴⁰⁵³ In den Jahren 2016 und 2017 bezog [U04] zusammengerechnet gerade einmal 325,6 Kubikmeter Kies bei KAGA.⁴⁰⁵⁴ Das erstaunt nicht weiter, da [U04] nur ein sehr bescheidenes Interesse am Bezug von Kies hat.⁴⁰⁵⁵ Dass [U04] den «Bezugsrückstand» mittlerweile aufgeholt und KAGA daher die Deponiesperre ihr gegenüber aufgehoben hat, ist in Anbetracht dessen realitätsfern. Diese Auswirkung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung dauert also nach wie vor an. Es liegt damit die erste Konstellation vor. Bei diesbezüglich anzuordnenden Massnahmen geht es vor allem darum, den (kartell)rechtmässigen Zustand wiederherzustellen.

E.1.2.9 Zusammenfassung

2062. Bei folgenden unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen dauern sowohl die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung als auch deren Auswirkungen an. Es liegt die erste Konstellation vor, weshalb anschliessend beurteilt wird, welche Massnahmen anzuordnen sind:

- Die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA.
- Das Recht der Aktionärinnen, je ein Mitglied in den VR von KAGA zu entsenden, und der Informationsaustausch im VR.
- Die Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben.
- Das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet.

2063. Die folgende unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ist abgeschlossen, allerdings dauern deren Auswirkungen nach wie vor an. Auch insofern liegt die erste Konstellation vor, weshalb anschliessend beurteilt wird, welche Massnahmen anzuordnen sind:

- Die Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub.

2064. Folgende unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen und deren Auswirkungen liegen demgegenüber abgeschlossen in der Vergangenheit. Weder das eine noch das andere dauert noch an. Es liegt die zweite Konstellation vor. Da bei allen drei dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen keine Wiederholungsgefahr ersichtlich ist, ist davon abzusehen, diesbezüglich präventive Massnahmen anzuordnen. Im nachfolgenden Kapitel werden diese drei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen nicht mehr thematisiert.

- Der Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen.
- Die Koordination der Angebote für die Übernahme der [U01].
- Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen.

E.1.3 Strittige anzuordnende Massnahmen (Dispositivziffer 1)

E.1.3.1 Vorbemerkung

2065. Bei den anzuordnenden Massnahmen sind vor allem diejenigen umstritten, die das Sekretariat hinsichtlich der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA sowie hinsichtlich des Rechts der Aktionärinnen, je einen Vertreter in den VR von KAGA zu entsenden, der gelebten Entsendepraxis und dem Informationsaustausch im VR in Dispositivziffer 1 seines Antrags beantragt hat. Sämtliche Parteien wenden sich in ihren Stellungnahmen zum Antrag und anderswo eingehend gegen diese Massnahmen. Die Massnahmen,

⁴⁰⁴⁸ Rz 1040.

⁴⁰⁴⁹ Rz 1048.

⁴⁰⁵⁰ Siehe die Zusammenfassung in Rz 2030 m.w.H.

⁴⁰⁵¹ Rz 1233.

⁴⁰⁵² Rz 1236.

⁴⁰⁵³ Rz 1237.

⁴⁰⁵⁴ Siehe Fn 1940.

⁴⁰⁵⁵ Rz 1196.

welche die WEKO diesbezüglich erlässt, weichen teilweise von den Massnahmen ab, die das Sekretariat beantragt hat. Demgegenüber sind die übrigen Massnahmen (Dispositivziffern 2 f. resp. EVR) für die sechs Parteien, die eine Teil-EVR abgeschlossen haben, gar kein Thema, und auch Vigier äussert sich nur am Rande zu den diesbezüglichen Massnahmen.⁴⁰⁵⁶ Die WEKO folgt diesbezüglich den Anträgen des Sekretariats und erlässt diese Massnahmen wie beantragt.

2066. Bei dieser Ausgangslage ist es angezeigt, die strittigen anzuordnenden Massnahmen (Dispositivziffer 1) separat und vertieft in einem eigenen Kapitel zu behandeln. Um die Transparenz und Nachvollziehbarkeit sicherzustellen, ist diesbezüglich erforderlich, zunächst die Ausführungen des Sekretariats im Antrag darzustellen, bevor die WEKO die Massnahmen erläutert, die sie erlässt. Die Argumente, welche die Parteien gegen die vom Sekretariat beantragten Massnahmen vorbrachten, werden dabei behandelt, soweit sie auch bezüglich der von der WEKO erlassenen Massnahmen von Relevanz sind. Die übrigen Massnahmen gemäss Dispositivziffern 2 f. resp. EVR werden alsdann im anschliessenden Kapitel E.1.4 behandelt.

E.1.3.2 Ausführungen im Antrag zu Dispositivziffer 1

E.1.3.2.1 Hinsichtlich der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA

2067. Die sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA sind übereingekommen, gemeinsam den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den umfangreichen Kiesvorkommen im Aaretal resp. deren Abbau auf sie ausgeht (Kerngegenstand). Dieses Zusammenwirken baut auf drei Gegenständen, erstens neue Konkurrentinnen im Aaretal zu verhindern (Gegenstand A), zweitens den Wettbewerbsdruck von KAGA zu dosieren (Gegenstand B) und drittens den Wettbewerbsdruck durch die Aktionärinnen zu dosieren (Gegenstand C). Hinsichtlich einzelner Unterasspekte dieser drei Gegenstände werden nachfolgend unter spezifischen Titeln (z.B. hinsichtlich des Konkurrenzverbots) gezielte Massnahmen angeordnet.⁴⁰⁵⁷ Hier anzugehen sind die «auf höherer Abstraktionsstufe»⁴⁰⁵⁸ gelegenen Gegenstände A, B und C sowie der Kerngegenstand selbst. Die diesbezüglichen Massnahmen sind an die einbezogenen Gesellschaften der Aktionärs-Unternehmen⁴⁰⁵⁹ und an KAGA zu richten.

2068. Sowohl diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung als auch deren Auswirkungen dauern an. Es sind daher Massnahmen erforderlich, um den (kartell)rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Da der kartellrechtliche Begriff der Wettbewerbsabrede nicht auf die Zivilrechtslage abstellt (Art. 4 Abs. 1 KG erfasst auch «nicht erzwingbare Vereinbarungen» und ferner sogar «aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen»), kann hier offenbleiben, ob und gegebenenfalls ab wann diese gegen Art. 5 Abs. 1 KG verstossende Wettbewerbsabrede trotz übergangsrechtlicher Fragen nichtig ist.⁴⁰⁶⁰ Die Massnahmen zur Wiederherstellung des (kartell)rechtmässigen Zustands haben sich in Anbetracht der kartellrechtlichen Normen weniger auf allfällige «Verträge» oder andere Dokumente zu richten, in denen die Beteiligten ihren gemeinsamen Willen festgehalten haben mögen, sondern haben vielmehr auf das Wettbe-

werbsverhalten der Beteiligten und gegebenenfalls die von ihnen geschaffenen, gemeinsamen Marktstrukturen abzielen.

2069. Der (kartell)rechtmässige Zustand hätte darin bestanden, dass die Beteiligten spätestens ab Inkrafttreten des aktuellen Kartellgesetzes im Jahre 1996 die Fortführung des Kerngegenstands sowie der drei Gegenstände A, B und C endgültig aufgegeben und auch die erforderlichen Vorkehrungen getroffen hätten, um die andauernden Auswirkungen dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen. Die «Schwierigkeit» besteht diesbezüglich darin, dass es zur Erreichung dieses Zustands nicht ausgereicht hätte, wenn sich die Beteiligten bloss darauf verständigt hätten, künftig nicht mehr gemeinsam neue Konkurrentinnen aus dem Aaretal fernhalten zu wollen, den Wettbewerbsdruck von KAGA nicht mehr zu dosieren und den Wettbewerbsdruck durch die Aktionärinnen nicht weiter zu dosieren. Ohne gleichzeitige Anpassungen in der realen Welt könnte es sich dabei nämlich nur um ein Lippenbekenntnis, um eine «formale» Bereinigung handeln. Denn mit KAGA wurde von den Aktionärs-Unternehmen eine gemeinsame (Infra-)Struktur geschaffen, in der sich die Umsetzung dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen fortlaufend manifestiert.⁴⁰⁶¹ Oder anders gesagt: Die KAGA, an der diese Aktionärinnen beteiligt und in der bisherigen Art und Weise involviert sind, kann nicht

⁴⁰⁵⁶ Vigier macht primär geltend, es lägen insofern gar keine unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vor, denen mit Massnahmen begegnet werden könnte. Diese Vorbringen wurden an den einschlägigen Stellen behandelt, worauf verwiesen sei. Die Existenz und Kartellrechtswidrigkeit der entsprechenden Verhaltensweisen ist hier kein Thema mehr (siehe Rz 2046).

⁴⁰⁵⁷ Siehe hiernach Rz 2087 ff. (Recht der Aktionärinnen, je einen Vertreter in den VR von KAGA zu entsenden, und Informationsaustausch im VR; Unterasspekt von Gegenstand B), Rz 2188 ff. (Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben; Unterasspekt von Gegenstand C), Rz 2195 ff. (Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet; Unterasspekt von Gegenstand C) und Rz 2204 ff. (Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub; Unterasspekt von Gegenstand B).

⁴⁰⁵⁸ Siehe Rz 1471 dazu, dass die WEKO diese Bezeichnung in ihrer Verfügung – anders als das Sekretariat im Antrag – nicht mehr verwendet, da sie bei den Parteien anscheinend zu Missverständnissen führte. Da hier die Ausführungen des Sekretariats wiedergegeben werden, erscheint auch dieser Begriff nochmals, wobei sich die WEKO erlaubt, ihn in Anführungszeichen zu setzen.

⁴⁰⁵⁹ Siehe Rz 1315. Es sind dies: Hofstetter, Messerli, Alluvia AG, Aare-Kies, Kieswerk Daepf A.G., Daepf Holding AG, Kästli, Kästli Beteiligungen AG, Heimberg, Marti, Marti Holding AG, Kiestag, Vigier Holding AG.

⁴⁰⁶⁰ Gemäss BGE 134 III 438 E. 2.2, *Resh-Abfälle*, sind gegen Art. 5 KG verstossende Vereinbarungen nichtig. Die Vereinbarung, die das BGer beurteilte, war im Jahr 2003 und damit nach Inkrafttreten des aktuellen KG abgeschlossen worden. Übergangsrechtliche Fragen stellten sich nicht. Die vorliegenden Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA wurde hingegen getroffen, als noch der Kartellerlass von 1962 in Kraft war, wurden unter dem Kartellerlass von 1985 aufrechterhalten und erfuhren auch bei Inkrafttreten des aktuellen Kartellgesetzes keine Änderung. Die kartellrechtliche Zulässigkeit dieser Abmachungen misst sich ab 1996 nach dem aktuellen Kartellgesetz (vgl. Rz 1505). Wie es sich mit der kartellrechtlichen Zulässigkeit dieser Abmachungen unter den ehemaligen Kartellerlassen verhielt, ist aus kartellverwaltungsrechtlicher Sicht bloss noch von rechtshistorischem Interesse, für die vorliegende Untersuchung aber irrelevant. Für das zivilrechtliche Schicksal dieser Abmachungen könnte dies aber allenfalls von Relevanz sein, z.B. hinsichtlich des Zeitpunkts der Nichtigkeit.

⁴⁰⁶¹ Siehe Rz 1461 und, zu den diesbezüglichen Sachverhaltsfeststellungen, Rz 831 ff.

anders, als andauernd die Gegenstände A und B zu verwirklichen, zumal sie bei ihrem Tun die Interessen der Aktionärs-Unternehmen nicht «ausblenden» kann. Und diese Aktionärinnen, die über ihre jeweilige Beteiligung an der in den Bereichen Rohkies und Deponierung von unverschmutztem Aushub marktbeherrschenden KAGA⁴⁰⁶² und ihrem Zusammenwirken bei ihr miteinander verbunden sind, können kaum anders, als gegenseitig Rücksicht zu nehmen und damit den Gegenstand C zu verwirklichen, worin mittelbar auch KAGA involviert ist.⁴⁰⁶³ Ein (kartell)rechtmässiger Zustand setzt demnach voraus, dass das Zusammenwirken der Aktionärinnen in der gemeinsamen (Infra-)Struktur KAGA beseitigt ist.

2070. Hinsichtlich der hierfür anzuordnenden Massnahmen ist einleitend daran zu erinnern, dass diese erstens geeignet, d.h., tauglich, sein müssen, um damit das angestrebte Ziel zu erreichen, zweitens erforderlich sein müssen, d.h. sie müssen das mildeste geeignete Mittel sein, und drittens zumutbar sein müssen, d.h., es muss ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff gewahrt werden.⁴⁰⁶⁴

2071. Verkörpert sich das kartellrechtswidrige Zusammenwirken mehrerer Unternehmen – wie hier – in einer gemeinsamen (Infra-)Struktur, erscheinen strukturelle Massnahmen hinsichtlich dieser gemeinsamen (Infra-)Struktur naheliegend, um den (kartell)rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Als strukturelle Massnahme ist vorliegend insbesondere eine eigentumsrechtliche Entflechtung in Betracht zu ziehen, mit der die bisherige Inhaberschaft an KAGA geändert wird, namentlich durch eine Übertragung auf einen oder mehrere Dritte. Um eine solche Massnahme würde es sich etwa bei einer (konkursamtlichen) Liquidation oder Versteigerung der KAGA oder der Verpflichtung der Aktionärinnen, ihre Beteiligungen an KAGA an einen oder mehrere Dritte zu veräussern, handeln.

2072. Mit einer eigentumsrechtlichen Entflechtung würde das unzulässige Zusammenwirken im Kern unterbunden. Sie ist ohne Weiteres geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Zudem besteht, jedenfalls im Grundsatz, ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebtem Ziel und dem Eingriff. Bezogen auf die Eigentumsrechte handelt es sich dabei zwar um einen schwerwiegenden Eingriff, der von seiner Intensität her enteignungsähnlich ist. Der Eingriff liesse sich aber so ausgestalten, dass die Aktionärinnen immerhin in finanzieller Hinsicht schadlos gehalten würden, indem ihnen das Liquidations- resp. Versteigerungsergebnis bzw. der Verkaufserlös zukommt, wodurch sich das Gewicht des Eingriffs etwas verringert. Da aber das Zusammenwirken im Rahmen der gemeinsamen KAGA-(Infra-)Struktur den wirksamen Wettbewerb in grundlegender Weise beschränkt,⁴⁰⁶⁵ kommt dem angestrebten Ziel, diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen und den wirksamen Wettbewerb soweit möglich wiederherzustellen, ein ausgesprochen grosses Gewicht zu. Kommt hinzu, dass eine Verneinung der Verhältnismässigkeit i.e.S. – zu Ende gedacht – heissen würde, dass ein kartellrechtswidriges Zusammenwirken hingenommen werden müsste, sobald die Beteiligten dieses wie hier in eine gemeinsame (Infra-)Struktur gegossen haben – und das, obwohl eine solch gemeinsame (Infra-)Struktur besonders beständig und die Wettbewerbsbe-

schränkung entsprechend langandauernd und institutionalisiert ist. Könnten die Beteiligten ihr unzulässiges Zusammenwirken durch dessen zivilrechtliche Ausgestaltung in einer juristischen Person vor dem Kartellgesetz immunisieren, würde dies den Zweck des Kartellgesetzes direkt unterlaufen und aushöhlen. Die Verhältnismässigkeit i.e.S. einer eigentumsrechtlichen Entflechtung ist hier demnach zu bejahen. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, handelt es sich hierbei vorliegend aber nicht um das mildeste geeignete Mittel, weshalb von einer eigentumsrechtlichen Entflechtung dennoch abzusehen ist.

2073. Verhaltensmassnahmen – auch eine Kumulation mehrerer – sind im Vergleich zur strukturellen Massnahme der eigentumsrechtlichen Entflechtung regelmässig ein milderer Mittel. Sie mögen die Beteiligten zwar in ihrem Verhalten einschränken und womöglich die Ausübung gewisser (Aktionärs)Rechte beschneiden, aber sie belassen das Eigentum an den KAGA-Aktien bei den Aktionärs-Unternehmen. Der Eingriff in die Rechtsstellung der Beteiligten ist mit anderen Worten weniger stark. Wäre, wie ausgeführt, selbst eine eigentumsrechtliche Entflechtung verhältnismässig i.e.S., dürften es (eine oder mehrere) Verhaltensmassnahmen, die regelmässig weniger starke Eingriffe sind, erst recht sein. Fraglich ist aber, ob es überhaupt (kumulierte) Verhaltensmassnahmen gibt, die (in ihrer Gesamtheit) geeignet sind, das angestrebte Ziel zu verwirklichen, d.h., das kartellrechtswidrige Zusammenwirken zwischen den Beteiligten im Rahmen der (Infra-)Struktur KAGA hinsichtlich der Gegenstände A, B und C sowie des Kerngegenstands zu unterbinden. Das ist nachfolgend zu beurteilen:

2074. Über alle Gegenstände hinweg ist ein, wenn nicht gar *der* zentrale Pfeiler des Zusammenwirkens der Beteiligten im Rahmen der gemeinsamen (Infra-)Struktur KAGA, dass alle Aktionärinnen mit je einem Abgeordneten im VR von KAGA vertreten sind, der zwingend für die Oberleitung der Gesellschaft und die Oberaufsicht über die Geschäftsführung zuständig ist (vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 5 OR). Besonders ausgeprägt ist das hinsichtlich des Gegenstands B (Dosierung des Wettbewerbsdrucks von KAGA): Durch die gemeinsam im VR behandelten Geschäfte können die Aktionärs-

⁴⁰⁶² Rz 1775 ff. und 1802 ff.

⁴⁰⁶³ Das ergibt sich einerseits aus den mannigfaltigen fallspezifischen Sachverhaltsfeststellungen wie unter anderem der Entstehungsgeschichte von KAGA, dem von den Beteiligten verfolgten Zweck, dem Aufbau, der Organisation und der Marktausrichtung von KAGA sowie der Praktizierung während nunmehr rund 50 Jahren, und andererseits auch aus industrieökonomischen Erkenntnissen zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen von Minderheitsbeteiligungen an Konkurrentinnen (siehe dazu etwa SVEN HEIM/KAI HÜSCHEL RATH/ULRICH LAITENBERGER/YOSSI SPIEGEL, *The Anticompetitive Effect of Minority Share Acquisitions: Evidence from the Introduction of National Leniency Programs*, *American Economic Journal: Microeconomics*, 14(1), 2022, 366–410, 366 ff., insbesondere 368 m.w.H.).

⁴⁰⁶⁴ Rz 2038.

⁴⁰⁶⁵ Es liegt hier eine Situation vor, in der die Struktur eines Unternehmens – unter Einbezug des Aktionariats – als solche das Risiko anhaltender oder wiederholter Zuwiderhandlungen in sich trägt (in solchen Situationen strukturelle Massnahmen als verhältnismässig erachtend auch Erwägung 12 der Verordnung [EU] Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 001 vom 4.1.2003, S. 1).

Unternehmen vorzu über die Ausrichtung von KAGA mitentscheiden und so darüber wachen, dass KAGA eine Dienerin ihrer Interessen bleibt. So beschliessen sie etwa gemeinsam darüber, ob und gegebenenfalls in welche neuen Geschäftsfelder im Rahmen des Gesellschaftszwecks KAGA vordringen soll – oder eben nicht. Auch ist es am VR, die preisliche Positionierung von KAGA sowie deren Mengenrabattgerüst abzusegnen, die der Geschäftsführer vorschlägt. Gegenstand A mag zwar bereits in der Anfangszeit von KAGA weitgehend erreicht worden sein. Jedoch ergaben sich auch noch nach Inkrafttreten des aktuellen KG im Jahr 1996 manchmal Gelegenheiten zu dessen Verwirklichung, die der VR von KAGA – und damit zusammenwirkend die Beteiligten – ergriff. Hinsichtlich des Gegenstands C stärkt die andauernde Kooperation im VR von KAGA, die zumindest zuweilen bedingt, auf die Interessen der übrigen Aktionärs-Unternehmen Rücksicht zu nehmen und die Interessen des eigenen Aktionärs-Unternehmens zurückzustecken, das Zusammengehörigkeitsgefühl und die Bereitschaft zu «loyaler» Konkurrenz unter den Beteiligten. Kurzum: Solange das Exekutivorgan von KAGA dergestalt besetzt ist, ist sichergestellt, dass von den Kiesvorkommen im Aaretal, über die KAGA verfügt, höchstens ein gedämpfter Wettbewerbsdruck auf die Aktionärs-Unternehmen ausgeht (Kerngegenstand).

2075. Eine erste Verhaltensmassnahme, um das kartellrechtswidrige Zusammenwirken zwischen den Beteiligten im Rahmen der KAGA zu unterbinden, muss daher auf die Zusammensetzung des VR von KAGA abzielen. Es gilt zu verhindern, dass der VR von KAGA weiterhin mit Personen besetzt ist, bei welchen die Gefahr besteht, dass sie dort für die jeweiligen Aktionärs-Unternehmen zusammenwirken und den von KAGA ausgehenden Wettbewerbsdruck zu deren Gunsten steuern oder zurückbinden. Hierfür bedarf es mehrerer Massnahmen:

- Erstens dürfen die Aktionärs-Unternehmen künftig nicht mehr eine Person in den VR von KAGA entsenden (Dispositivziffer 1.1).
- Zweitens dürfen die Aktionärs-Unternehmen an der GV von KAGA nicht mehr Personen in den VR von KAGA wählen, mit deren Einsitznahme im VR von KAGA eine solche Gefahr des Zusammenwirkens einhergeht.

Das ist aufgrund Personalunion offenkundig bei allen Personen der Fall, die eine Schlüsselposition bei einem Aktionärs-Unternehmen innehaben.

Aber auch ohne Innehabung einer Schlüsselposition besteht diese Gefahr bei allen Personen, die in einem Arbeitsverhältnis zu einem Aktionärs-Unternehmen stehen. Denn solche Personen befinden sich in einem konstanten Interessens- und Loyalitätskonflikt. Einerseits haben sie als VR Treuepflichten gegenüber KAGA (Art. 717 Abs. 1 OR). Andererseits sind sie aufgrund ihres Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Aktionärs-Unternehmen weisungsgebunden (Art. 321d OR) und haben auch diesem gegenüber eine Treuepflicht (Art. 321a OR).

Und selbst bei Personen, die sich nicht in einem Arbeitsverhältnis mit einem Aktionärs-Unternehmen be-

finden, aber diesem sonstwie besonders nahestehen wie etwa ehemalige Organe oder ehemalige Arbeitnehmende des Aktionärs-Unternehmens, dessen Aktionäre oder diesen Aktionären nahestehende Personen, besteht die Gefahr, dass ihnen aufgrund ihres Näheverhältnisses zum jeweiligen Aktionärs-Unternehmen im VR von KAGA dessen Interessen besonders am Herzen liegen, sie sich – sei es bewusst oder unbewusst – auf deren Verwirklichung konzentrieren und sie entsprechend für dieses Aktionärs-Unternehmen zusammenwirkend aktiv sind. Ein Näheverhältnis, mit dem eine derartige Gefahr einhergeht, ist – nebst bei ehemaligen Organen oder ehemaligen Mitarbeitenden – bei sämtlichen Personen vorhanden, auf die im Verhältnis zu einem Aktionärs-Unternehmen eine der in Art. 728 Abs. 2 Ziff. 1, 2, 3 oder 5 OR aufgezählten Situationen zutrifft (Dispositivziffer 1.2).

- Drittens darf KAGA, deren VR die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe hat, die GV vorzubereiten (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR), und der daher der GV Personen als VR-Mitglieder zur Wahl vorzuschlagen und dies zu traktandieren hat, keine Personen mehr zur Wahl vorschlagen, mit deren Einsitznahme im VR von KAGA eine solche Gefahr einhergehen würde. Vorangehend wird ausgeführt, bei welchen Personen dies der Fall ist; darauf ist zu verweisen (Dispositivziffer 1.3).

2076. Alle Personen, die aktuell VR-Mitglieder von KAGA sind, erfüllen die vorgenannten Voraussetzungen nicht.⁴⁰⁶⁶ Die derzeitigen VR-Mitglieder von KAGA sind daher abzurufen und es sind Personen in den VR von KAGA zu wählen, welche die Voraussetzungen erfüllen. Eine umgehende Umsetzung dieser Massnahme, d.h. eine sofortige Neuwahl, kann jedoch nicht verlangt werden. Für die Wahl muss eine ordentliche oder ausserordentliche GV durchgeführt werden, was eine gewisse Vorlaufzeit bedingt. Vor allem aber müssen zuerst Personen gefunden werden, die einerseits diese Voraussetzungen erfüllen und die andererseits der Aufgabe inhaltlich gewachsen sind und deren Wahl für die Aktionärinnen zumutbar erscheint (was etwa bei Personen, die bei einer Konkurrentin beschäftigt sind, kaum der Fall sein dürfte). Die Suche nach geeigneten Personen liesse sich jedoch vereinfachen, indem der derzeit siebenköpfige VR von KAGA, die rund 20 Arbeitnehmende hat,⁴⁰⁶⁷ in ein Gremium mit weniger Personen verkleinert würde. In Anbetracht des Vorangehenden ist es angemessen, von den Verpflichteten zu verlangen, diese Massnahme innert zwölf Monaten umzusetzen. D.h., nach zwölf Monaten darf der VR von KAGA nur noch aus Personen bestehen, die diese Voraussetzungen erfüllen. Damit nun nicht einzelne Aktionärs-Unternehmen früher zur Umsetzung der sie treffenden Massnahmen gemäss Dispositivziffern 1.1 und 1.2 verpflichtet sind als andere und sie dadurch gegenüber den anderen Aktionärs-Unternehmen im Nachteil sind, ist für sie ein einheitlicher

⁴⁰⁶⁶ Vgl. die Übersicht in Rz 543.

⁴⁰⁶⁷ Siehe Rz 519.

Fristbeginn festzulegen. Die nicht verlängerbare Umsetzungsfrist von zwölf Monaten beginnt für alle Aktionärs-Unternehmen zu laufen, sobald die entsprechende Anordnung gegenüber sämtlichen Aktionärs-Unternehmen in Rechtskraft erwachsen ist.

2077. Zu ergänzen sind diese Massnahmen hinsichtlich der Besetzung des VR von KAGA mit damit übereinstimmenden Vorgaben hinsichtlich der Besetzung der Geschäftsleitung von KAGA. Denn ohne entsprechende Vorkehrungen könnte das bisher auf Ebene des VR von KAGA erfolgte Zusammenwirken zwischen den Beteiligten (oder zumindest einigen von ihnen) auf Ebene der Geschäftsleitung von KAGA verschoben werden. Da der VR von KAGA für die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen zuständig ist (vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR), richtet sich diese Massnahme an KAGA. Sie darf die Geschäftsleitung nicht an Personen übertragen, auf die im Verhältnis zu einem Aktionärs-Unternehmen eine der in Art. 728 Abs. 2 Ziff. 1, 2, 3 oder 5 OR aufgezählten Situationen zutrifft oder die ehemaliges Organ oder ehemalige Arbeitnehmende einer Aktionärin oder einer mit einer solchen konzernmässig verbundenen Gesellschaft ist. Sofern die Geschäftsleitung, die im Zeitpunkt der Wahl des den Vorgaben der Dispositivziffern 1.1–1.3 entsprechenden VR besteht, diese Voraussetzungen nicht erfüllt, hat KAGA ab diesem Zeitpunkt innert einer Frist von zwölf Monaten eine diese Voraussetzungen erfüllende Geschäftsleitung einzusetzen. Diese Massnahme wird in Dispositivziffer 1.4 festgehalten.

2078. Ein wesentlicher Hebel, um den Wettbewerbsdruck von KAGA zu dosieren (Gegenstand B), ist, dass diese kein Kieswerk betreibt. Gegenläufig zur branchenüblichen vertikalen Integration von Kiesgrube und -werk wird dadurch verhindert, dass KAGA auf dem Markt für veredelten Kies tätig ist und dort Wettbewerbsdruck von ihr ausgeht. Zudem ist KAGA in ihrem Kiesabsatz mangels eines eigenen Kieswerks auf die Nachfrage von Kieswerken der Aktionärs-Unternehmen angewiesen.⁴⁰⁶⁸ Diese Angewiesenheit wiederum führt dazu, dass KAGA besonders Rücksicht auf Anliegen der Aktionärs-Unternehmen nehmen muss und sie es sich nur mit grosser Zurückhaltung, wenn überhaupt, leisten kann, einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die Aktionärs-Unternehmen auszuüben. Das in Art. 2 des KAGA-Vertrags verankerte Vetorecht der Aktionärs-Unternehmen⁴⁰⁶⁹ steht aber nicht nur dem Betrieb eines Kieswerks durch KAGA im Wege, sondern schränkt deren Tätigkeitsfeld auch in anderweitiger, insbesondere räumlicher Hinsicht ein. Um das gemeinsame Zurückbinden des von KAGA ausgehenden Wettbewerbsdrucks auf die Aktionärs-Unternehmen wenn auch nicht zu beseitigen, so doch zumindest zu reduzieren, ist es daher unumgänglich, diese Einschränkung des Tätigkeitsbereichs von KAGA aufzuheben. Hierfür bedarf es folgender Massnahmen:

2079. Der aktuelle Zweck von KAGA lautet gemäss Handelsregister: «Die Gesellschaft bezweckt den Abbau von Kiesvorkommen, den Betrieb von Kies- und Recyclinganlagen, von Aushub- und Inertstoffdeponien, sowie den Vertrieb von Sand, Kies- und andern Baustoffen. Die Gesellschaft ist befugt, Liegenschaften zu erwerben und zu veräussern. Sie kann im In- und Ausland Zweig-

niederlassungen errichten, sich bei andern Unternehmungen des In- und Auslandes beteiligen, gleichartige oder verwandte Unternehmungen erwerben oder gründen, sowie alle Geschäfte eingehen und Verträge abschliessen die geeignet sind, den Zweck der Gesellschaft zu fördern, oder die direkt oder indirekt mit diesem im Zusammenhang stehen». Der Betrieb von Kiesanlagen, worunter auch Kieswerke zu verstehen sind, wird ausdrücklich genannt, womit der Betrieb einer solchen Anlage offensichtlich innerhalb des aktuellen Gesellschaftszwecks liegt. Ebenfalls explizit erwähnt wird der Vertrieb von Sand, Kies und anderen Baustoffen, womit auch ein Einstieg ins Transportgeschäft ohne Weiteres vom Gesellschaftszweck abgedeckt ist. Eine räumliche Einschränkung des Tätigkeitsbereichs von KAGA ist dem Gesellschaftszweck nicht zu entnehmen. KAGA resp. dem VR von ihr (insbesondere dem künftigen, dessen Mitglieder die Voraussetzungen gemäss Rz 2075 erfüllen) ist ausdrücklich zu erlauben und sie ist auch dazu zu verpflichten, nach eigenem Gutdünken in allen vom aktuellen Gesellschaftszweck gedeckten Bereichen tätig zu sein. Den Aktionärs-Unternehmen ist als Pendant dazu zu untersagen, KAGA resp. dem VR von ihr diesbezügliche Vorgaben zu machen. Diese Massnahmen sind in den Dispositivziffern 1.5 und 1.6 festgehalten.

2080. Um zu verhindern oder zumindest zu erschweren, dass die vorangehenden Massnahmen unterlaufen werden können, sind zusätzliche, flankierende Massnahmen notwendig:

- Die vorangehenden Massnahmen bauen auf den Gesellschaftszweck von KAGA, so wie er derzeit gefasst ist. Für eine allfällige Änderung des Gesellschaftszwecks von KAGA sind die Aktionärinnen zuständig (vgl. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Eine engere Fassung des Gesellschaftszwecks würde die möglichen Betätigungsfelder von KAGA entsprechend reduzieren, womit auf diesem Weg ein ähnliches Ergebnis erzielt werden könnte wie bis anhin mit der Einschränkung des Tätigkeitsbereichs von KAGA in Art. 2 des KAGA-Vertrags. Es ist daher den Aktionärs-Unternehmen zu untersagen, den aktuellen Gesellschaftszweck von KAGA (zitiert in der vorangehenden Rz) einzuschränken.
- Ein anderer Weg, um zu verunmöglichen oder zumindest zu erschweren, dass KAGA bzw. insbesondere deren künftiger VR, dessen Mitglieder die Voraussetzungen gemäss Rz 2075 erfüllen, in (sachlich oder räumlich) neue Geschäftsfelder vordringt, wäre, ihr die Mittel dafür zu entziehen. Es ist daher einerseits den Aktionärs-Unternehmen zu untersagen, die Ausschüttung von Substanzdividenden zu beschliessen, wie sie dies etwa in den Jahren 2007, 2008 und 2010 getan haben.⁴⁰⁷⁰ Substanzdividenden dürfen frühestens wieder ausgeschüttet werden, nachdem sich der VR von KAGA ununterbrochen während drei

⁴⁰⁶⁸ Zum Vorangehenden Rz 878–883 m.w.H.

⁴⁰⁶⁹ Art. 2 des KAGA-Vertrags (siehe Rz 583).

⁴⁰⁷⁰ Siehe Rz 534.

Jahren ausschliesslich aus Personen zusammensetzte, welche die Voraussetzungen gemäss Rz 2075 erfüllen, und kumulativ die Geschäftsleitung ununterbrochen während zwei Jahren ausschliesslich aus Personen bestand, die dieselben Voraussetzungen erfüllen. Andererseits ist KAGA zu verpflichten, Rückstellungen zu bilden, über deren Verwendung nur ein VR befinden kann, bei dem alle Mitglieder die Voraussetzungen gemäss Rz 2075 erfüllen, und wenn zugleich die Geschäftsleitung dieselben Voraussetzungen erfüllt. In Anbetracht einerseits der Kosten möglicher Geschäftsausweitungen, andererseits der Gewinnsituation bei KAGA in den vergangenen Jahren, erscheint ein «Startkapital» von CHF 7 Mio. angemessen, d.h., diese Rückstellungen sind zu äufnen, bis sie sich auf mindestens CHF 7 Mio. belaufen. Zu vermeiden gilt es aber, dass die Bildung dieser Rückstellungen zu einer finanziellen Schieflage von KAGA führen könnte. Anstatt den Betrag, der diesen Rückstellungen jährlich zuzuweisen ist, in absoluten Zahlen festzulegen, wird er daher – ähnlich einer Reserve – als prozentualer Mindestanteil an den künftigen Gewinnen von KAGA definiert. In den Jahren 2019, 2020 und 2021 erzielte KAGA Jahresgewinne zwischen CHF [...] Mio. und schüttete jeweils Dividenden in der Höhe von CHF [...] Mio. aus. Bei diesen Grössenverhältnissen, der angestrebten Rückstellungshöhe von CHF 7 Mio. und in Anbetracht dessen, dass bei einem allfälligen Rechtsmittelverfahren mit einer Dauer von mindestens sechs Jahren zu rechnen ist,⁴⁰⁷¹ ist es angemessen, zu verlangen, dass diesen Rückstellungen jährlich mindestens ein Drittel (33,3 %) des Jahresgewinns zugewiesen wird. Schliesslich ist zu bedenken, dass sich der künftige VR, dessen Mitglieder die Voraussetzungen gemäss Rz 2075 erfüllen, zunächst in seine Aufgabe einarbeiten muss und es sich bei diesen Rückstellungen und deren Verwendung um eine atypische Situation handelt. Es gilt daher zu vermeiden, dass der künftige VR dabei überrumpelt wird. Über eine Auflösung dieser Rückstellungen wegen Nichtbenötigung darf der VR, dessen Mitglieder die Voraussetzungen gemäss Rz 2075 erfüllen, daher frühestens beschliessen, nachdem er ununterbrochen während drei Jahren den Dispositivziffern 1.1–1.3 und kumulativ die Geschäftsleitung von Kies AG Aaretal KAGA ununterbrochen während zwei Jahren der Dispositivziffer 1.4 entsprochen hat. Ergänzend hat KAGA ihre Revisionsstelle über diese Pflicht zur Bildung von Rückstellungen zu informieren und diese damit zu beauftragen, deren Einhaltung bei ihrer jährlichen Revision mit zu prüfen.

- Ein weiterer Weg, den Handlungsspielraum von KAGA bzw. insbesondere deren künftiger VR, dessen Mitglieder die Voraussetzungen gemäss Rz 2075 erfüllen, einzuschränken, würde darin liegen, dass KAGA bis zur Besetzung ihres VR gemäss den Dispositivziffern 1.1–1.3 neue, langandauernde vertragliche Vereinbarungen mit den Aktionärs-Unternehmen eingeht, etwa Lieferverpflichtungen für Kies. KAGA ist daher bis zur Besetzung ihres VR gemäss den Dispositivziffern 1.1–1.3 zu untersagen, mit den Aktionärs-Unternehmen neue vertragliche Vereinbarungen einzugehen, die entweder eine feste Dauer von mehr

als drei Jahren haben oder unbefristet sind, aber nur unter bestimmten Umständen (z.B. bei Vorliegen wichtiger Gründe) oder der Einhaltung von mehr als dreijährigen Kündigungsfristen gekündigt werden können. Ausgenommen hiervon sind neue vertragliche Vereinbarungen über Rekultivierungsarbeiten.

Diese flankierenden Massnahmen sind in den Dispositivziffern 1.7–1.10 festgehalten.

2081. Ein anderer Hebel, um den Wettbewerbsdruck von KAGA zu dosieren, ist, dass es der VR von KAGA ist – und damit zusammenwirkend die Beteiligten –, der die Preise von KAGA festlegt.⁴⁰⁷² Zwar erfolgte die Preisfestlegung des VR auf Vorschlag des Geschäftsführers von KAGA und es fehlen Anzeichen dafür, dass es hinsichtlich der vorgeschlagenen Preise für gewöhnlich im VR zu Wortmeldungen gekommen wäre.⁴⁰⁷³ Daraus folgt aber nicht, dass dies kein Hebel zur Dosierung des Wettbewerbsdrucks von KAGA wäre. Denn bei der Ausarbeitung seines Vorschlags weiss der Geschäftsführer von KAGA um die Kontrolle durch den VR und es besteht das Risiko, dass er in vorausseilendem Gehorsam Vorschläge macht, von denen er vermutet, dass sie dem VR genehm sind.⁴⁰⁷⁴ Die Besetzung des VR von KAGA gemäss den Dispositivziffern 1.1–1.3 sowie der Geschäftsleitung gemäss Dispositivziffer 1.4 wird dieses Zusammenwirken zwischen den Beteiligten zwar aufbrechen. Gleichzeitig ist aber zu verhindern, dass die Aktionärs-Unternehmen nach Wegfall dieses bisherigen Zusammenwirkens auf andere Weise in die eigenständige Preissetzung von KAGA eingreifen. Den Aktionärs-Unternehmen ist daher zu untersagen, nachdem der VR von KAGA gemäss den Dispositivziffern 1.1–1.3 besetzt wurde, auf die eigenständige Preissetzung von KAGA, namentlich deren Listenpreise und Mengenrabatte, Einfluss zu nehmen. Nicht untersagt wird den Aktionärs-Unternehmen damit, mit KAGA über die Preise und Rabatte zu verhandeln, die für das jeweilige Aktionärs-Unternehmen gelten. Diese Massnahme ist in Dispositivziffer 1.11 festgehalten.

2082. Die vorangehende Massnahme greift erst ab Besetzung des VR von KAGA gemäss den Dispositivziffern 1.1–1.3. Sie ist deshalb für die Zwischenzeit mit einer sichernden Massnahme zu ergänzen. Vorbehältlich einer Änderung der internen Zuständigkeiten bei KAGA wird es weiterhin der VR von KAGA sein, der die Preise von KAGA festlegt. Bis anhin erfolgte dies auf Vorschlag des Geschäftsführers hin und es fehlen Anzeichen dafür, dass es diesbezüglich im VR für gewöhnlich zu Wortmeldungen gekommen wäre. Um sicherzustellen, dass der VR von KAGA seine Einflussnahme auf die Preisfestlegung von KAGA im Vergleich dazu nicht erhöht, wird KAGA verpflichtet, bis zur Besetzung des VR von ihr gemäss den Dispositivziffern 1.1–1.3 dem Sekretariat die Protokolle der Sitzungen des VR sowie allfälliger

⁴⁰⁷¹ Siehe dazu Rz 2216.

⁴⁰⁷² Rz 878 f.

⁴⁰⁷³ Rz 1568.

⁴⁰⁷⁴ Illustrativ für diese «Vorwirkung» etwa Rz 755.

Ausschüsse davon einzureichen. Die Kopie des Protokolls ist jeweils innert zehn Tagen ab seiner Erstellung, spätestens aber 30 Tage nach Durchführung der Sitzung einzureichen. Diese Massnahme ist in Dispositivziffer 1.12 festgehalten.

2083. In ihrer Gesamtheit vermögen diese Verhaltensmassnahmen das kartellrechtswidrige Zusammenwirken zwischen den Beteiligten im Rahmen der (Infra-)Struktur KAGA weitestgehend zu unterbinden. Den Gegenständen B und C treten sie effektiv entgegen, auch wenn sie ein Zusammenwirken der Beteiligten nicht gänzlich aufheben können, da die Aktionärs-Unternehmen weiterhin die Aktien an KAGA halten, auf dieser Ebene miteinander verbunden bleiben und wesentliche Stakeholder bei KAGA sind. Hinsichtlich Gegenstand A führen die Verhaltensmassnahmen dazu, dass KAGA selbst mehr zu einer eigentlichen Konkurrentin der Aktionärs-Unternehmen aufgewertet wird. Den Markteintritt Dritter ebnet sie hingegen nicht. Insofern fällt aber ins Gewicht, dass Gegenstand A bereits in den Anfangszeiten von KAGA in den 70er-Jahren weitgehend erreicht wurde. Es gilt nicht, mit den Massnahmen diese frühere Entwicklung rückgängig zu machen; vielmehr wäre mit diesen höchstens anzustreben, die Verhinderung neuer Konkurrentinnen ab dem Inkrafttreten des aktuellen KG im Jahr 1996 nachträglich zu beseitigen. Die Verhaltensmassnahmen sind spezifisch für diesen Aspekt allerdings nicht weniger geeignet als eine eigentumsrechtliche Entflechtung. Summa summarum ist festzuhalten, dass die Verhaltensmassnahmen zwar selbst in ihrer Gesamtheit nicht vermögen, das kartellrechtswidrige Zusammenwirken zwischen den Beteiligten im Rahmen der (Infra-)Struktur KAGA hinsichtlich der Gegenstände A, B und C sowie des Kerngegenstands in jedem Detail zu beseitigen. Nichtsdestotrotz sind sie in ihrer Gesamtheit aber als geeignet anzusehen, das Zusammenwirken zwischen den Beteiligten im Rahmen der gemeinsamen (Infra-)Struktur KAGA in ausreichendem Umfang zu unterbinden, um dadurch das angestrebte Ziel, die Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs, erreichen zu können. Sollte sich allerdings in Zukunft herausstellen, dass die Massnahmen doch nicht genügen, um den wirksamen Wettbewerb in ausreichendem Umfang wiederherzustellen, besteht die Möglichkeit, dass die Wettbewerbsbehörden ein neues Verfahren einleiten, um weitergehende Massnahmen zu prüfen bzw. anzuordnen.

2084. Dass die Verhaltensmassnahmen in ihrer Gesamtheit – und damit erst recht jede einzelne von ihnen – erforderlich und verhältnismässig i.e.S. sind, ist nach dem Vorangehenden, gerade in Relation zur Alternative der eigentumsrechtlichen Entflechtung, evident. Noch mildere Mittel, insbesondere die Anordnung von weniger Verhaltensmassnahmen oder solcher mit einem geringeren inhaltlichen Umfang, sind nicht ersichtlich, da ihnen die Eignung abginge, das Zusammenwirken zwischen den Beteiligten in ausreichendem Umfang zu unterbinden.

2085. Die verpflichteten Parteien wissen aufgrund der Massnahmen, was sie zu tun resp. zu unterlassen haben, zumal die Massnahmen stets im Kontext des festgestellten Sachverhalts und der beurteilten Verhaltens-

weisen zu sehen und zu verstehen sind.⁴⁰⁷⁵ Die Massnahmen sind demnach genügend bestimmt.

2086. Die Massnahmen, welche hinsichtlich der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA, angeordnet werden, sind in Dispositivziffer 1 festgehalten.

E.1.3.2.2 Hinsichtlich des Rechts der Aktionärinnen, je einen Vertreter in den VR von KAGA zu entsenden, und dem Informationsaustausch im VR

2087. Die sechs Aktionärs-Unternehmen sind übereingekommen, dass die Aktionärinnen je einen Vertreter in den VR von KAGA abordnen können, VR-Mitglieder von KAGA damit eine Doppelrolle innehaben und sämtliche Informationen im VR von KAGA untereinander ausgetauscht werden. In den damit untrennbar verbundenen Informationsaustausch zwischen den Aktionärs-Unternehmen im VR von KAGA ist KAGA zwangsläufig ebenfalls involviert. Die diesbezüglichen Massnahmen sind primär an die einbezogenen Gesellschaften der Aktionärs-Unternehmen zu richten,⁴⁰⁷⁶ aber auch – soweit Abhilfe zu schaffen in ihrer Macht liegt – an KAGA.

2088. Sowohl diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung als auch deren Auswirkungen dauern an. Es sind daher Massnahmen erforderlich, um den (kartell)rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Da der kartellrechtliche Begriff der Wettbewerbsabrede nicht auf die Zivilrechtslage abstellt (Art. 4 Abs. 1 KG erfasst auch «nicht erzwingbare Vereinbarungen» und ferner sogar «aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen»), kann hier offenbleiben, ob und gegebenenfalls ab wann diese gegen Art. 5 Abs. 1 KG verstossende Wettbewerbsabrede trotz übergangsrechtlicher Fragen nichtig ist.⁴⁰⁷⁷ Die Massnahmen zur Wiederherstellung des (kartell)rechtmässigen Zustands haben sich in Anbetracht der kartellrechtlichen Normen weniger auf allfällige «Verträge» oder andere Dokumente zu richten, in denen die Beteiligten ihren gemeinsamen Willen festgehalten haben mögen, sondern haben vielmehr auf das Wettbewerbsverhalten der Beteiligten und gegebenenfalls die von ihnen geschaffenen, gemeinsamen Marktstrukturen abzu zielen.

2089. Der (kartell)rechtmässige Zustand hätte darin bestanden, dass die Beteiligten spätestens ab Inkrafttreten des aktuellen Kartellgesetzes im Jahre 1996 aufgehört hätten, im VR von KAGA insbesondere geschäftsrelevante, zukunftsbezogene Informationen zu KAGA, aber auch sensible Informationen bezüglich der Aktionärs-Unternehmen, untereinander zu teilen. Die Oberleitung der Gesellschaft sowie die Oberaufsicht über die

⁴⁰⁷⁵ Rz 2039.

⁴⁰⁷⁶ Siehe Rz 1315. Es sind dies: Hofstetter, Messerli, Alluvia AG, Aare-Kies, Kieswerk Daepf A.G., Daepf Holding AG, Kästli, Kästli Beteiligungen AG, Heimberg, Marti, Marti Holding AG, Kiestag, Vigier Holding AG.

⁴⁰⁷⁷ Vgl. Fn 4060.

Geschäftsführung sind jedoch unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des VR (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 5 OR) und VR-Mitglieder haben von Gesetzes wegen Auskunfts- und Einsichtsrechte (Art. 715a OR), um ihre Aufgabe erfüllen zu können, weshalb es schlechterdings unmöglich ist, auszuschliessen, dass im VR von KAGA geschäftsrelevante, zukunftsbezogene Informationen zu KAGA fliessen und dort behandelt werden. Folglich hätte der (kartell)rechtmässige Zustand darin bestanden, dass spätestens seit 1996 keine Abgeordneten der Aktionärs-Unternehmen mehr im VR von KAGA hätten vertreten sein dürfen, denn anders lässt sich ein kartellrechtswidriger Informationsaustausch im VR von KAGA zwischen KAGA und den Aktionärs-Unternehmen nicht verhindern.

2090. Dass von 1996 bis dato Abgeordnete der Aktionärs-Unternehmen im VR von KAGA sassen und entsprechend im VR von KAGA ein Informationsaustausch zwischen KAGA und den Aktionärs-Unternehmen erfolgte, kann faktisch nicht mehr rückgängig gemacht werden. Es sind keine Massnahmen ersichtlich, welche die natürlichen Personen, die im VR von KAGA Einsitz genommen haben, wieder in den Zustand der «Nichtwissenheit» zurückversetzen könnten. Und auch wenn all diese natürlichen Personen verpflichtet würden, ihre Organstellung oder ihre Anstellung bei den jeweiligen Aktionärs-Unternehmen per sofort aufzugeben, liesse sich dadurch der bereits erfolgte Informationsaustausch nicht mehr ungeschehen machen. Geeignete Massnahmen, um den bereits eingetretenen Informationsaustausch wieder aufzuheben und rückgängig zu machen, sind nicht ersichtlich. Ebenso wenig sind Massnahmen ersichtlich, die geeignet sein könnten, die Verwendung des durch den Informationsaustausch bereits erlangten Wissens und damit die Auswirkungen des erfolgten Informationsaustauschs effektiv zu unterbinden. Immerhin schwächen sich die möglichen Auswirkungen des bereits erfolgten Informationsaustauschs nach und nach ab und verschwinden mit der Zeit von selbst. Denn die erlangten Informationen verlieren im Laufe der Zeit ihre Aktualität und lassen, je älter sie werden, immer weniger Rückschlüsse auf das künftige Verhalten zu. Mit anderen Worten reduziert sich die Gefahr, dass die erlangten Informationen zu einem Kollusionsergebnis führen können, ohne weiteres Zutun mit dem Zeitablauf und damit der Alterung der ausgetauschten Informationen von selbst. Bei den anzuordnenden Massnahmen kann es demnach aus faktischen Gründen einzig darum gehen, den künftigen Informationsaustausch zu verhindern, also zu verhindern, dass weiterhin Informationen ausgetauscht werden, die zu einem Kollusionsergebnis führen können.

2091. Wie ausgeführt, geht mit der Einsitznahme von Abgeordneten der Aktionärs-Unternehmen im VR von KAGA zwangsläufig ein kartellrechtswidriger Informationsaustausch zwischen KAGA und den im VR vertretenen Aktionärs-Unternehmen einher. Um diesen in Zukunft zu verhindern, bedarf es inhaltlich derselben Massnahmen, wie sie bezüglich der künftigen Besetzung des VR von KAGA bereits hinsichtlich der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA angeordnet werden (hiervor Rz 2074–2076 und Dispositivziffern 1.1–1.3). Zwar geht es dort darum, das Zusammen-

wirken der Beteiligten im Rahmen der gemeinsamen (Infra-)Struktur KAGA zu verhindern, das unter anderem durch die gemeinsame Besetzung des VR von KAGA geschieht, während es hier darum geht, den Informationsaustausch zwischen den Beteiligten zu unterbinden, der im VR von KAGA erfolgt. Aber in beiden Fällen wurzelt das zu unterbindende Verhalten insofern in der bisherigen Zusammensetzung des VR von KAGA. Es geht also in beiden Fällen darum, dasselbe aufzubrechen, weshalb inhaltlich identische Massnahmen angezeigt sind. Die dortigen Ausführungen treffen daher hier mutatis mutandis ebenfalls zu, und es kann darauf verwiesen werden. Im Dispositiv sind diese inhaltlich identischen Massnahmen freilich nicht doppelt anzuordnen, würden dadurch doch nicht zusätzliche oder andere Pflichten begründet. Vielmehr ist es so, dass die in Dispositivziffern 1.1–1.3 angeordneten Massnahmen auf einer doppelten Begründung beruhen. Sie werden auch hinsichtlich des Rechts der Aktionärinnen, je einen Vertreter in den VR von KAGA zu entsenden, und dem Informationsaustausch im VR, angeordnet.

E.1.3.3 Stellungnahme der Parteien zum Antrag

2092. Nachfolgend werden die Vorbringen der Parteien gegen die vom Sekretariat in Dispositivziffer 1 beantragten Massnahmen zusammengefasst. Die Parteien tragen ähnliche Argumente, allerdings unter unterschiedlichen Titeln und Bezeichnungen vor. Der besseren Übersichtlichkeit wegen werden die Argumente der Parteien nach Themen geordnet dargestellt.

E.1.3.3.1 Fehlende oder ungenügend bestimmte gesetzliche Grundlage für den Erlass der Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1

2093. Alluvia bringt vor, dass das Bestimmtheitsgebot, welches sich aus Art. 5 Abs. 1 BV ergebe, eine Schranke aufstelle, wonach die Norm, welche die WEKO ermächtige, Massnahmen anzuordnen, hinsichtlich dieser Massnahmen hinreichend bestimmt sein müsse. Art. 30 Abs. 1 KG besage, äusserst abstrakt und unbestimmt, dass die WEKO auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen entscheide. Nur aber immerhin finde diese Bestimmung ihre Grenze im Zweckartikel des Kartellgesetzes. Die vom Sekretariat beantragten Massnahmen seien nicht etwa blosse Verhaltensmassnahmen, sondern de facto strukturelle Massnahmen. Die Normdichte von Art. 30 Abs. 1 KG genüge kaum, um die Eigentümerinnen eines regionalen KMU faktisch zu enteignen. Die vom Sekretariat beantragten Massnahmen seien umso erstaunlicher, als die WEKO soweit ersichtlich bis anhin nur Verhaltensmassnahmen angeordnet habe und derart einschneidende strukturelle Massnahmen in der bald dreissigjährigen Praxis zum Kartellgesetz nie Gegenstand eines Entscheides gewesen seien und zudem gemeinschaftliche Unternehmen, an denen Konkurrenten beteiligt seien, grundsätzlich zulässig seien. Schon aus drei Überlegungen seien strukturelle Massnahmen nicht mit Art. 30 Abs. 1 KG vereinbar: Erstens nenne Art. 30 Abs. 1 KG strukturelle Massnahmen nicht, anders als Art. 37 KG, der die im Falle eines Vollzugs eines untersagten Zusammenschlusses oder der Untersagung eines bereits vollzogenen Zusammenschlusses zulässigen Massnahmen explizit nenne. Der Wortlaut von Art. 37 KG deute

klar darauf hin, dass strukturelle Massnahmen einer ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz bedürften. Zweitens habe auch das deutsche GWB im Wortlaut (§ 32 Abs. 2 GWB) nach der siebten GWB-Novelle strukturelle Massnahmen nicht ausdrücklich vorgesehen. Ob strukturelle Massnahmen nach der offenen Formulierung zulässig waren, sei umstritten gewesen und habe 2013 im Rahmen der achten GWB-Novelle in eine Neufassung von Abs. 2 gemündet, dergestalt, dass ausdrücklich klargestellt worden sei, dass die erforderlichen Abhilfemassnahmen auch struktureller Art sein könnten. Drittens nimmt Alluvia einen Vergleich mit dem EU-Recht vor: Wenn strukturelle Massnahmen gemäss Art. 7 Abs. 1 der VO 1/2003 zulässig sein sollten, so bedeute dies keineswegs, dass diese auch nach dem Kartellgesetz zulässig seien. Einerseits würden strukturelle Massnahmen in der VO 1/2003 ausdrücklich genannt und andererseits bedürfe es für die Anwendbarkeit von VO 1/2003 einer Wettbewerbsbehinderung von gemeinschaftsweiter Bedeutung, also einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten. Im vorliegenden Fall gehe es um ein regionales KMU. Schon alleine dieser Grössenvergleich zeige, dass der Verweis auf das EU-Recht unbehelflich sei. Unter dem Titel des Legalitätsprinzips bringt Alluvia vor, dass sie bereits erwähnt habe, dass Art. 30 Abs. 1 KG zu unbestimmt sei. So oder anders sei Art. 30 Abs. 1k KG keine genügende Norm, um in Fällen, wo keine Wiederholungsgefahr bestehe, präventive Massnahmen dergestalt, wie sie in Dispositivziffer 1 beantragt werden, anzuordnen.⁴⁰⁷⁸ Weiter macht Alluvia die ungenügende Bestimmtheit von Art. 30 Abs. 1 KG unter dem Titel der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit geltend.

2094. Daepp bringt vor, dass der Gesetzgeber in Art. 30 Abs. 1 KG bewusst eine sehr offene Formulierung gewählt habe und deshalb das Spektrum zulässiger Massnahmen nicht weiter spezifiziert habe. Aus der Systematik des Gesetzes ergebe sich jedoch, dass damit keine nicht pekuniären Sanktionen gemeint seien, sondern Massnahmen, welche einer «freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung» dienen respektive diese fördern und unterstützen würden. Die vom Sekretariat beantragten Massnahmen würden den zulässigen Rahmen möglicher Massnahmen sprengen. Denn die vom Kartellgesetz geschützte freiheitliche, marktwirtschaftliche Ordnung basiere auf dem Grundgedanken einer Einheit von wirtschaftlicher Zuständigkeit und Verantwortung. Dies garantiere, dass strategische Leitung und Unternehmensinteressen nicht auseinanderdriften, weil nur unter dieser Voraussetzung gewährleistet sei, dass der freie Wettbewerb wirklich die von ihm erwartete Optimierung der Mittelallokation bewirke. Es sei hinlänglich bekannt, dass eine Fremdverwaltung nicht zu optimalen Ergebnissen führe. Illustrativ sei unter diesem Titel insbesondere das Institut der Unternehmensstiftung, welches Modell zu Studienzeiten des unterzeichnenden Fürsprechers das grosse Modethema gewesen sei, welches heute jedoch kaum mehr thematisiert werde, weil es kläglich versagt habe. Natürlich sei diese Entkoppelung im Fall der beantragten Massnahmen nicht gleich radikal wie bei der Unternehmensstiftung. Verantwortete aber der Eigentümer das Risiko nicht selbst, weil er die strategische Unternehmensleitung nicht selbst wahrnehme oder bei der Besetzung der strategischen Unternehmenslei-

tung zumindest ohne Einschränkung entsprechend seiner Kapitalquote mitwirken könne, bestehe ein erhebliches Risiko, dass sich dies lähmend auswirke, weil die strategische Unternehmensleitung vor solchem Hintergrund ja nichts falsch machen wolle und deshalb das Risiko scheue. Zudem sehe der Antrag des Sekretariats auch keinen Mechanismus vor, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Verfahren diese einschneidende Beschränkung wieder aufgehoben werden könnte. Weiter macht Daepp das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage unter dem Titel der Eigentumsgarantie geltend.⁴⁰⁷⁹

2095. Kästli-Gruppe ist der Meinung, dass jede der Massnahmen 1 unzulässig sei, weil für strukturelle Massnahmen eine gesetzliche Grundlage fehle. Das Schweizerische Kartellgesetz basiere auf dem Missbrauchsgrundsatz, und (anders als das europäische Recht) nicht auf dem Verbotsprinzip. Beim missbräuchlichen Verhalten stehe der Wettbewerbsbehörde einerseits die Befugnis zu, Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG anzuordnen, und andererseits bei Verstössen gegen harte Kartellabreden Sanktionen zu verhängen. Eine Konkretisierung, etwa zu den Fragen, welcher Art «die zu treffenden Massnahmen» sein oder wie weit sie gehen dürfen, fehle im Kartellgesetz. Auch den Gesetzesmaterialien lasse sich dazu nichts entnehmen. Art. 30 KG sei also eine offene, unbestimmte Norm. Im Vergleich dazu weise beispielsweise das deutsche Kartellrecht mit dem § 32 GWB eine deutlich konkretere Norm für wettbewerbliche Massnahmen auf. Diese Bestimmung sehe vor, dass die deutsche Kartellbehörde neben verhaltensorientierten auch strukturelle Massnahmen gegen Unternehmen anordnen könne. Strukturellen Massnahmen dürften ferner nur subsidiär angeordnet werden, das heisse, nur wenn nicht verhaltensorientierte Massnahmen mit gleicher Wirksamkeit zur Verfügung stünden. Aus dem einschlägigen Leitentscheid zur Praxis nach § 32 GWB lasse sich insbesondere folgende Erkenntnis entnehmen: Verstosse ein Gesellschaftsvertrag eines Gemeinschaftsunternehmens gegen Wettbewerbsrecht, so sei nach deutschem Recht eine verhaltensbezogene Massnahme in der Form eines Verbots der weiteren Durchführung der rechtswidrigen Abrede wirksam genug, um den kartellrechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Die Anordnung von strukturellen Massnahmen (wie im hier vorliegenden Fall das Ausscheiden als Gesellschafter) sei demnach in solchen Fällen aufgrund der Subsidiarität von strukturellen Massnahmen unzulässig.⁴⁰⁸⁰

2096. Marti-Gruppe bringt ohne weitere Begründung vor, dass es den vom Sekretariat in Dispositivziffern 1.1–1.3 beantragten Massnahmen bereits an einer gesetzlichen Grundlage fehle.⁴⁰⁸¹

⁴⁰⁷⁸ Act. VIII.162 Rz 60 ff. und 119 f.

⁴⁰⁷⁹ Act. VIII.157 S. 3 ff.

⁴⁰⁸⁰ Act. VIII.163 Rz 59 ff. 74 ff. und 78 ff.

⁴⁰⁸¹ Act. VIII.159 Rz 103.

2097. Vigier hält unter dem Titel der Verhältnismässigkeit fest, dass die beantragten Massnahmen in Dispositivziffer 1 nicht zumutbar seien, denn sie würden die Aktionärsrechte beschränken und in die Wirtschaftsfreiheit (27 BV) und die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) eingreifen. Ein derart schwerwiegender Eingriff setze eine gesetzliche Grundlage voraus, welche vorliegend nicht ersichtlich sei.⁴⁰⁸²

2098. KAGA thematisiert die gesetzliche Grundlage soweit ersichtlich nur unter dem Prüfpunkt Verstoß gegen fundamentale Grundsätze des Aktien- / Gesellschaftsrechts. Dabei hält sie fest, dass es sich bei hoheitlichen Anordnungen einer Behörde um Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und die Eigentumsfreiheit (Art. 26 BV) handeln könne. Nach dem Legalitätsprinzip gemäss Art. 5 BV und Art. 36 BV müssten dabei folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein: gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Unantastbarkeit des Kerngehalts des Grundrechts. Angesichts dieser Voraussetzungen werde offensichtlich, dass bei Anordnungen der vom Sekretariat beantragten Massnahmen durch eine WEKO-Verfügung grundsätzlich ähnliche Überlegungen wie im Rahmen von Art. 27 Abs. 2 ZGB anzustellen seien. Dementsprechend stehe die Frage nach der funktionellen Rechtfertigung der Verhaltenspflicht und des Schutzes des Kerngehalts des Persönlichkeitsrechts hier – ebenso wie bei Art. 27 Abs. 2 ZGB – im Zentrum. Allerdings seien die Anforderungen an die Begründetheit der Massnahme bei ihrer hoheitlichen Anordnung sogar noch ungleich strenger – und an Art. 27 und 26 BV zu messen – als bei einer rechtsgeschäftlichen Begründung. In der Folge hält KAGA fest, dass vor diesem Hintergrund die vom Sekretariat beantragten Massnahmen gemäss Dispositivziffern 1.3, 1.4, 1.6 und 1.9 als aktienrechtswidrig erscheinen würden, wobei die Problematik der gesetzlichen Grundlage bei der Begründung ihrer Einschätzung soweit ersichtlich keine Rolle spielt.⁴⁰⁸³

E.1.3.3.2 Öffentliches Interesse an den Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1

2099. Alluvia prüft unter dem Titel des Legalitätsprinzips, ob ein öffentliches Interesse vorliegt. Sie bringt vor, aufgrund fehlender Wiederholungsgefahr bestehe kein irgendwie geartetes öffentliches Interesse daran, präventiv Massnahmen anzuordnen.⁴⁰⁸⁴

2100. Auch Daepf bringt das öffentliche Interesse ins Spiel und macht geltend, ein solches bestehe nicht für Massnahmen, die nicht geeignet seien, dem Zweck des Kartellgesetzes wirklich zu dienen.⁴⁰⁸⁵

E.1.3.3.3 Verhältnismässigkeit der Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1

2101. Alluvia prüft unter dem Titel des Legalitätsprinzips, ob die im Antrag beantragten Massnahmen verhältnismässig sind. Sie hält fest, dass nicht einmal evident sei, dass die beantragten Massnahmen die Wettbewerbsverhältnisse verbessern, geschweige denn überhaupt verändern würden. Wenn das Sekretariat darauf verweise, dass eine Situation vorliege, bei welcher in der EU strukturelle Massnahmen verhältnismässig wären, heisse dies noch lange nicht, dass solche strukturelle Massnahmen auch in der Schweiz verhältnismässig sein

könnten. Weiter führe das Sekretariat aus, dass die als Verhaltensmassnahmen ausgestalteten Massnahmen 1 im Vergleich zu strukturellen Massnahmen der eigentumsrechtlichen Entflechtung stets ein milderes Mittel darstellen würden. Dieser Vergleich sei zur Verhältnismässigkeitsprüfung allerdings unzulässig. In der Folge prüft Alluvia die beantragten Massnahmen gemäss Dispositivziffern 1.1, 1.2, 1.6, 1.7, 1.8, 1.9 und 1.11 und kommt jeweils aus unterschiedlichen Gründen zum Schluss, dass diese unverhältnismässig seien.⁴⁰⁸⁶

2102. Daepf bringt vor, die beantragten Massnahmen in Dispositivziffer 1 seien nicht geeignet, das Grundziel des Kartellgesetzes, nämlich die Förderung einer freiheitlichen, marktwirtschaftlichen Ordnung zu erreichen. Zudem gäbe es andere Mittel, KAGA unter wettbewerblichen Gesichtspunkten zu disziplinieren; welche sagt Daepf allerdings nicht.⁴⁰⁸⁷

2103. Kästli-Gruppe macht eine fehlende Eignung der beantragten Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 geltend. Es erschliesse sich nicht, inwiefern behördlich angeordnete Massnahmen wie die Massnahmen 1 tatsächlich (und notwendigerweise) zu einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der KAGA und damit zu tieferen Preisen für die Kunden von KAGA führen sollen. Vielmehr führe jede Einschränkung der unternehmerischen Freiheit – und insbesondere auch der faktische Ausschluss fachlich qualifizierter Personen – nach allgemeiner Lebenserfahrung in einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung dazu, dass das Unternehmen an Wettbewerbsfähigkeit einbüsse – und nicht dazugewinne. Weiter könne für jede einzelne Massnahme die fehlende Erforderlichkeit dargelegt werden. Die These des Sekretariats, dass strukturell angelegte Wettbewerbsverstösse nur beseitigt werden könnten, indem Massnahmen angeordnet würden, die tief in die Struktur einer Aktiengesellschaft eingreifen würden, sei als solche nicht haltbar. Das belege bereits die bisherige Praxis der WEKO. Als Beispiel verweist sie auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Wenn strukturelle Wettbewerbsverstösse durch strukturbezogene Massnahmen beseitigt werden müssten, weil nur strukturbezogene Massnahmen solche Wettbewerbsverstösse effektiv beseitigen könnten, wäre die Wettbewerbsbehörde bei Missbräuchen einer marktbeherrschenden Stellung regelmässig gezwungen, beim marktbeherrschenden Unternehmen neben Sanktionen auch Massnahmen zur Governance, Trennung von Geschäftsreichen etc. zu verhängen.⁴⁰⁸⁸

⁴⁰⁸² Act. VIII.164 Rz 170 ff.

⁴⁰⁸³ Act. VIII.156 Rz 168 ff.

⁴⁰⁸⁴ Act. VIII.162 Rz 119 und 126.

⁴⁰⁸⁵ Act. VIII.157 S. 6.

⁴⁰⁸⁶ Act. VIII.162 Rz 69 ff., 119, 127 ff. und 142 ff.; ferner Act. IX.30 Beilage 1 Rz 31 und 36 ff.

⁴⁰⁸⁷ Act. VIII.157 S. 2–7.

⁴⁰⁸⁸ Act. VIII.163 Rz 67 ff. und 91 ff. sowie 108, 114 f., 121, 126, 130, 133 ff.

2104. Heimberg bringt vor, dass es bereits an der Notwendigkeit der beantragten Massnahmen gemäss Dispositivziffern 1.1 und 1.2 fehle. Die Verwaltungsratsmitglieder seien ohnehin dazu verpflichtet, sich bei der Ausübung ihres Verwaltungsratsmandats der KAGA an deren Gesellschaftsinteressen auszurichten. Das Aktienrecht enthalte Vorschriften zum Ausstand bei Interessenkonflikten. Da Heimberg zudem im Rohkieshandel nur in absolut untergeordnetem Mass tätig sei, sei es überschüssend, ihr aufgrund eines vermeintlichen Wettbewerbsverhältnisses zu verbieten, einen Vertreter ihrer Wahl in den Verwaltungsrat von KAGA zu entsenden. Heimberg hält folgende mildere Massnahmen für denkbar: Vertraulichkeitsvereinbarungen der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder der KAGA; Chinese Walls; unabhängiger Verwaltungsratspräsident; weitreichende Delegation an den Geschäftsführer. Auch die beantragten Massnahmen gemäss Dispositivziffern 1.6, 1.7, 1.8, 1.10 und 1.11 sind aus Sicht von Heimberg unverhältnismässig.⁴⁰⁸⁹

2105. Marti-Gruppe bringt vor, es sei irritierend, wie das Sekretariat den verfassungsmässig garantierten Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstehen und anwenden wolle. Das Sekretariat wolle die Verhältnismässigkeit der mit Dispositiv-Ziff. 1 beantragten Massnahmen damit begründen, dass noch weitergehende Massnahmen zulässig wären. Es sei offensichtlich, dass diese Argumentation mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip unvereinbar sei. Es müsse vielmehr für jede Massnahme im Einzelnen gezeigt werden, dass ein Kartellrechtsverstoss vorliege und die Massnahme zur Beseitigung des Kartellrechtsverstosses geeignet, erforderlich und zumutbar sei. Die beantragten Massnahmen gemäss Dispositiv-Ziff. 1 liessen sich unter keinem Titel rechtfertigen. Zu Dispositiv-Ziff. 1.1–1.3 weist Marti-Gruppe insbesondere darauf hin, dass die Massnahmen es massiv erschweren, wenn nicht verunmöglichen würden, geeignete Personen für den Verwaltungsrat zu finden. Dieselbe Frage wirft sie in Bezug auf die Massnahme in Dispositiv-Ziff. 1.4 bzw. in Bezug auf die Geschäftsleitung auf. Die Massnahmen gemäss Dispositiv-Ziff. 1.5, 1.6, 1.9, 1.10, 1.11 und 1.12 sind nach Ansicht von Marti-Gruppe nicht erforderlich. Zu den Massnahmen in Dispositiv-Ziff. 1.7 und 1.8 hält sie fest, diese seien unzumutbar.⁴⁰⁹⁰

2106. Vigier bringt vor, die beantragten Massnahmen in Dispositiv-Ziffer 1 seien unverhältnismässig. Die Massnahmen in Dispositiv-Ziffern 1.1 und 1.2 seien nicht erforderlich. Soll die Zusammenarbeit der Aktionäre im Rahmen der KAGA gemindert werden und der Informationsaustausch innerhalb des Verwaltungsrates in Zukunft verhindert werden, könnte dies auch dadurch erreicht werden, dass gewisse Kompetenzen an die Geschäftsführung delegiert würden. Weiter wäre es denkbar, Informationsaustausch mittels Erlasses eines speziellen Reglements betreffend die Verwendung von Informationen durch Verwaltungsräte oder durch spezifische Geheimhaltungsverpflichtungen für Verwaltungsräte zu unterbinden. Die beantragten Massnahmen seien aber genauso wenig zumutbar, denn sie würden umfassend in die Aktionärsrechte eingreifen, würden in die Wirtschaftsfreiheit und die Eigentumsgarantie eingreifen, ohne dass dafür eine gesetzliche Grundlage ersichtlich sei, und sie würden die erfolgreiche Geschäftsstrategie

der KAGA behindern, weil nur eine beschränkte Anzahl Personen in der Kiesbranche über ausreichend Fachwissen und Branchenkenntnisse verfügen würden, um ein Verwaltungsratsmandat bei der KAGA pflichtgemäss ausüben zu können. Zudem stünden die Massnahmen in einem groben Missverhältnis zur Schwere der angeblichen Wettbewerbsverstösse und zum Ziel, das mit den Massnahmen erreicht werden soll. Unverhältnismässig sei schliesslich, dass die Massnahmen zeitlich unbegrenzt weitergelten würden. Auch die beantragten Massnahmen gemäss Dispositivziffern 1.6 bis 1.11 seien unverhältnismässig. Sie seien unnötig, nicht das mildeste Mittel und unzumutbar.⁴⁰⁹¹

2107. KAGA stellt sich ebenfalls auf den Standpunkt, dass die beantragten Massnahmen gemäss Dispositiv-Ziffer 1 unverhältnismässig seien. Sie seien unnötig: Die spätestens im Jahr 2014 erfolgte Distanzierung der Aktionärinnen vom KAGA-Vertrag und seinen Ergänzungen sowie die Massnahmen gemäss Dispositiv-Ziffer 2, 3 und 4, welche die KAGA im Rahmen einer EVR akzeptiert habe, seien vollkommen ausreichend, um in Zukunft Kartellrechtsverstösse im Rahmen der KAGA zu verhindern. Hinzu komme, dass KAGA angesichts der Ausführungen im Antrag des Sekretariats in Zukunft gezwungen sei, sich in den Bereichen «Rohkies» und «Deponie» wie ein marktbeherrschendes Unternehmen zu verhalten und die strengen Vorgaben von Art. 7 KG einzuhalten habe. Weiter rügt sie, der Antrag beschränke sich bei der Verhältnismässigkeitsprüfung der beantragten Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 im Wesentlichen darauf, diese als mildere Massnahmen im Vergleich zur eigentumsrechtlichen Entflechtung darzustellen. Mit diesem «Test» lasse sich die Verhältnismässigkeit aber nicht begründen. Zudem stelle der Umstand, dass die Aktionärinnen über Minderheitsbeteiligungen an der KAGA verfügen, per se keinen Kartellrechtsverstoss dar. Hinzu komme, dass eine eigentumsrechtliche Entflechtung als massivster Eingriff in die Eigentumsrechte der Aktionärinnen erst recht unverhältnismässig wäre. Solche «Entflechtungen» seien bisher bei klarsten «Kartellfällen» oder Fällen des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen nicht im Ansatz in Frage gekommen. Zur beantragten Massnahme gemäss Dispositivziffer 1.3 hält KAGA fest, diese sei generell unverhältnismässig, wobei einzelne Elemente zusätzlich in besonderer Weise unverhältnismässig seien, namentlich die Anknüpfung an Art. 728 OR. Es würde eine absolut singuläre Sonderrechtsordnung für die KAGA geschaffen. Im Besonderen sei auch die Erfassung der Konstellationen von Art. 728 Abs. 2 Ziff. 2, 3 und 5 OR. unverhältnismässig. Unverhältnismässig sei weiter, schlichtweg alle Arbeitnehmenden, insbesondere auch die ehemaligen, zu erfassen. KAGA bringt zudem vor, es bestünden mildere Massnahmen, wie eine weitgehende Verlagerung des operativen Geschäfts an die Geschäftsleitung, wie ein Reglement für Verwaltungsräte, das einen unzulässigen Informationsaustausch mittels «Chinese Walls» im Sinne von technischen, organisatorischen und vertraglichen Massnahmen unterbinden soll, wie die Wahl von

⁴⁰⁸⁹ Act. VIII.161 Rz 48 ff und 59.

⁴⁰⁹⁰ Act. VIII.159 Rz 99 ff. und 104, 105, 107 und 108.

⁴⁰⁹¹ Act. VIII.164 Rz 169 ff.

Vertretern, die bei den Aktionärinnen nicht in den Bereichen Rohkiesabbau und Deponiewesen tätig seien, oder wie eine modifizierte Zusammensetzung des Verwaltungsrates, z.B. die Wahl eines oder mehrerer unabhängiger Verwaltungsratsmitglieder. Auch die Massnahme gemäss Dispositivziffer 1.4 sei generell unverhältnismässig. Insbesondere sei es unverhältnismässig, ehemalige Organe der Aktionärinnen von der Funktion der Geschäftsführung auszuschliessen. Dasselbe gelte, soweit alle Arbeitnehmenden der Aktionärinnen erfasst seien. Auch hier sei die Anknüpfung an Art. 728 OR nicht sachgerecht. Zudem dürfe keine Kumulation der Massnahme gemäss Dispositiv-Ziffer 1.4 mit jener von Dispositiv-Ziffer 1.3 stattfinden. Der Antrag des Sekretariats sehe vor, dass die Massnahme gemäss Dispositiv-Ziffer 1.4 (Untersagung, gewisse Personen in der Geschäftsleitung zu beschäftigen) gelten soll, sobald die Zusammensetzung des Verwaltungsrats den Dispositiv-Ziffern 1.1–1.3 entspreche. Gerade dann bestehe aber keine Notwendigkeit für eine solche Einschränkung der Persönlichkeitsrechte der KAGA mehr. Die Auswahl der Geschäftsleitungsmitglieder erfolge dannzumal nicht mehr durch die Aktionärsvertreter, sondern durch einen vom Aktionariat unabhängigen Verwaltungsrat. Schliesslich seien auch die Massnahmen gemäss Dispositiv-Ziffern 1.6, 1.9, 1.10 und 1.12 unverhältnismässig.⁴⁰⁹²

E.1.3.3.4 Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 und Geltungsbereich des Kartellgesetzes

2108. Mehrere Parteien bringen mit Verweis auf das Bundesgerichtsurteil BGE 148 III 475 (respektive Urteil des BGer 2C_782/2021 vom 14. September 2022) vor, eine Massnahme der WEKO könne nur zulässig sein, wenn sie im Geltungsbereich des Kartellgesetzes liege. Nicht im Geltungsbereich liege eine Massnahme, wenn sie ein Verhalten verbiete, das nicht grundsätzlich vom Kartellgesetz verboten sei. Entsprechend wirft Alluvia die Frage auf, ob die in Dispositivziffer 1 beantragten Massnahmen überhaupt vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst seien und kommt zum Schluss, dass dies nicht der Fall sei. Da mit Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG nur kartellrechtswidrige Handlungen unterbunden werden dürften, diese Massnahmen aber generell den Einsitz von Vertretern der Aktionärinnen im VR von KAGA verbieten und zudem weitere Vorschriften aufstellen würden etwa über Gewinnausschüttungen, würden sie zwangsläufig über das möglicherweise unzulässige Verhalten hinausgehen und selbst Verhalten erfassen, das durch das Kartellgesetz nicht verboten sei. Dies werde umso klarer, wenn man bedenke, dass es den Aktionärinnen gemäss Antrag des Sekretariats dann doch nicht untersagt sei, bei einem konkreten Projekt gemeinsam Abbaurechte zu erwerben oder gemeinsam Kies oder Sand abzubauen, selbst wenn dies im Rahmen einer hierfür gegründeten juristischen Person erfolge und die Aktionärinnen dort auch Einsitz nehmen würden.⁴⁰⁹³ Auch Kästli-Gruppe macht geltend, dass keine der Massnahmen 1 im sachlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes liegen würde.⁴⁰⁹⁴ Heimberg bringt ebenfalls vor, dass sich die Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 nicht mehr im Geltungsbereich des Kartellgesetzes befinde würden, insbesondere nicht in Bezug auf Heimberg, da Heimberg keine Wettbewerberin der KAGA sei.⁴⁰⁹⁵ Denselben Vorwurf erheben schliesslich Vi-

gier⁴⁰⁹⁶ und KAGA⁴⁰⁹⁷. KAGA stellt dabei neben dem Antrag, es sei auf die beantragten Massnahmen gemäss Dispositiv-Ziffer 1 zu verzichten, den Eventualantrag, die Massnahmen seien auf den Geltungsbereich des Kartellgesetzes, das heisse auf ein Verbot von konkreten Kartellgesetzverstössen zu beschränken. Keine entsprechenden Einwände erheben soweit ersichtlich Daepf und Marti-Gruppe.

E.1.3.3.5 Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 und Verhältnis zu Bestimmungen des OR

2109. Alluvia stellt die Frage, ob die beantragten Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 mit anderen Rechtsnormen in Konflikt stünden. Sie scheint dabei zwar keine vorbehaltenen Vorschriften geltend machen zu wollen, bringt aber neben bereits unter anderen Titeln aufgeführten Argumenten vor, ganz allgemein würden sich die in Frage stehenden Massnahmen mit den aktienrechtlichen Bestimmungen der gesellschaftsinternen Entscheidungsprozesse und damit insbesondere auch den unübertragbaren bzw. unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates nicht vereinbaren lassen. Wenn man vorliegend davon ausgehe, dass die konkreten Wettbewerbsverstösse spätestens mit der EVR beseitigt seien, und dass das Sekretariat angebliche Verstösse auf abstrakter Ebene verhindern wolle, erscheine klar, dass die betreffenden Massnahmen nicht der Ziel- und Zweckerreichung des KG dienen könnten. Zudem bestehe keine Wiederholungsgefahr und wenn man zusätzlich berücksichtige, dass es vorliegend um lokale Deponie- und Kiesabbautätigkeiten gehe und es sich bei den Verfügungsadressaten um KMU handle, könne beim besten Willen nicht behauptet werden, dass die betreffenden Massnahmen mit dem schweizerischen Kartellrechtssystem bzw. dessen Ziel und Zweck vereinbar seien. Weiter sei die Normhierarchie verletzt, weil die vom Sekretariat beantragten Massnahmen mit zentralen aktienrechtlichen Kompetenznormen kollidieren würden.⁴⁰⁹⁸

2110. Auch Kästli-Gruppe bringt entgegenstehende Normen aus dem OR vor und stellt sich insbesondere auf den Standpunkt, es sei nicht ersichtlich, inwiefern die mit den Massnahmen untersagten Massnahmen kartellrechtswidrig seien.⁴⁰⁹⁹

2111. Heimberg macht geltend, es sei bundesrechtswidrig und unverhältnismässig, für die KAGA eine Sonderrechtsordnung zu erschaffen und damit Grundsätze des Aktienrechts/Gesellschaftsrechts auszuhebeln.⁴¹⁰⁰

⁴⁰⁹² Act. VIII.156 Rz 184 ff. und Rz 198.

⁴⁰⁹³ Act. VIII.162 Rz 67 f. und 88 ff. sowie 100, 103 und 105 f.

⁴⁰⁹⁴ Act. VIII.163 Rz 65 und 88 ff. sowie 105 ff., 113, 125, 129.

⁴⁰⁹⁵ Act. VIII.161 Rz 17 ff., 28 f., 31, 56, 61, 65, 76; ferner Act. IX.30 Beilage 3 Rz 21.

⁴⁰⁹⁶ Act. VIII.164 Rz 155 ff.; ferner Act. IX.30 Beilage 5 Rz 54 ff. und Folie 14.

⁴⁰⁹⁷ Act. VIII.156 Rz 96 ff. und 144 ff. sowie Rz 193, 196 f., 229, 239, 348, 350, 353; ferner Act. IX.30 Beilage 6 Rz 21 und Folie 11.

⁴⁰⁹⁸ Act. VIII.162 Rz 109–118; ferner Act. IX.30 Beilage 1 Rz 36.

⁴⁰⁹⁹ Act. VIII.163 Rz 103 ff., 111 ff.

⁴¹⁰⁰ Act. VIII.161 Rz 23, 47, 58, 67, 79.

2112. Marti-Gruppe bringt vor, das Sekretariat gehe in seinem Antrag von einem rechtswidrigen Verständnis des Aktienrechts aus. Es sei legitim und im KMU-Bereich (und nicht nur dort) auch durchaus üblich, dass die Aktionäre oder zumindest die wichtigsten Aktionäre im Verwaltungsrat vertreten seien und sie dies in Aktionärsbindungsverträgen absichern würden. Höchst irritierend seien die umfangreichen (und bestrittenen) Ausführungen im Antrag des Sekretariats zum Aktienrecht und zu angeblichen Verstössen gegen Grundsätze des Aktienrechts. Und wenn KAGA oder ihre Aktionärinnen gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstossen hätten (bestritten), so würde dies nicht Kartellrecht verletzen. Die WEKO sei nicht Hüterin des Aktienrechts, sondern des Kartellrechts.⁴¹⁰¹

2113. Vigier führt aus, Dreh- und Angelpunkt der Vorwürfe im Antrag sei das Entsenderecht der Aktionäre in den Verwaltungsrat von KAGA. Dabei verkenne das Sekretariat jedoch schlicht die gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen, ja hebe das Aktienrecht förmlich aus den Angeln. Denn jeder Verwaltungsrat von KAGA habe die Interessen von KAGA in guten Treuen zu wahren. Sonst würde er sich haftbar machen. Ebenso unzutreffend sei die im Antrag des Sekretariats aufgestellte Behauptung, die Verwaltungsräte hätten kartellrechtswidrig wettbewerblich bedeutsame Informationen ausgetauscht. Schliesslich macht Vigier geltend, mit den beantragten Massnahmen nach Dispositiv-Ziffer 1 würde für die KAGA und sämtliche Aktionärinnen faktisch ein Sonderkartellrecht geschaffen. Dies verstosse gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, die Gewaltenteilung und den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung.⁴¹⁰²

2114. KAGA bringt vor, die beantragten Massnahmen gemäss Dispositiv-Ziffer 1 würden tief ins Aktienrecht eingreifen. Das Recht von Aktionärinnen auf eine Vertretung im Verwaltungsrat sei nicht rechtswidrig. Die Massnahmen gemäss Dispositiv-Ziffer 1 würden gegen fundamentale Grundsätze des Aktien-/ Gesellschaftsrechts verstossen. Es werde für die KAGA über das Kartellgesetz und die Massnahmen ein Sonder-Aktienrecht geschaffen, das es so nicht gebe. Damit würden Teile des geltenden Aktienrechts für die KAGA ausser Kraft gesetzt. Unzulässig seien einerseits Massnahmen, die vorgeben würden, wie der Verwaltungsrat der KAGA künftig über gewisse Geschäfte im Rahmen seiner Oberleitung oder die Bestellung der Geschäftsführung der KAGA zu entscheiden habe. Solche Massnahmen würden in die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates nach Art. 716a Abs. OR eingreifen. Andererseits seien Massnahmen unzulässig, die die KAGA übermässig binden würden. Dies ergebe sich aus Art. 27 Abs. 2 ZGB. Insgesamt würden folgende Massnahmen als aktienrechtswidrig erscheinen: Massnahmen gemäss Dispositiv-Ziffer 1.3, 1.4, 1.6 und 1.9.⁴¹⁰³

E.1.3.3.6 Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 und Eigentumsgarantie

2115. Alluvia bringt vor, dass mit den beantragten Massnahmen nach Dispositivziffer 1 erheblich in die Eigentumsrechte bzw. in die gesellschaftsinternen Willensprozesse und in den personellen Bestand der KAGA eingegriffen werde. Weiter bringt sie vor, Massnahmen 1.1

und 1.2. würden in die Kompetenz der GV eingreifen, kompetente und branchenkundige Personen zu wählen. Damit werde gleichzeitig auch in die Eigentumsgarantie nach Artikel 26 BV eingegriffen. Auch Massnahmen 1.6, 1.8 und 1.9 stünden im Widerspruch zu den Eigentumsrechten der Aktionärinnen.⁴¹⁰⁴ Daepf macht geltend, die Massnahmen 1.1 bis 1.3 bewirkten im Ergebnis eine entschädigungslose Enteignung von Aktionärsrechten. Auch Aktionärsrechte würden unter die Eigentumsgarantie fallen. Diese gelte zwar nicht absolut, dürfe aber nur beschränkt werden, wenn eine gesetzliche Grundlage vorliege, ein öffentliches Interesse oder der Schutz von Grundrechten Dritter dies rechtfertige und wenn der Eingriff verhältnismässig sei. Daepf kommt zum Schluss, schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten bedürften nicht nur einer allgemein gesetzlichen Grundlage, sondern müssten im Gesetz selbst vorgesehen sein. Eine solche fehle im Kartellgesetz. Zudem bestehe kein öffentliches Interesse an Massnahmen, die nicht geeignet seien, dem Zweck des Kartellgesetzes wirklich zu dienen. In jedem Fall sei der Eingriff nicht verhältnismässig. Es gäbe andere Mittel, die KAGA unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten zu disziplinieren, ohne hierfür aber Beispiele zu nennen.⁴¹⁰⁵ Kästli-Gruppe bringt vor, dass die Massnahmen 1.1 bis 1.9 strukturelle Massnahmen und nicht Verhaltensmassnahmen seien. Damit würden diese Massnahmen in die Grundrechte eingreifen, namentlich in die Eigentumsgarantie. Es sei deshalb eine gesetzliche Grundlage nötig, welche mit Art. 30 Abs. 1 KG nicht vorliege.⁴¹⁰⁶ Heimberg bringt vor, die Massnahmen gemäss Dispositivziffern 1.1, 1.2, 1.6, 1.7, 1.8, 1.10 und 1.11 würden die Eigentumsgarantie verletzen. Mit Verweis auf den Geltungsbereich des Kartellgesetzes bringt Heimberg vor, dass sich die beantragten Massnahmen nicht auf das Kartellgesetz stützen liessen und deshalb eine Verletzung der Eigentumsgarantie darstellen würden.⁴¹⁰⁷ Marti-Gruppe und Vigier thematisieren die Eigentumsgarantie soweit ersichtlich unter dem Titel der Verhältnismässigkeitsprüfung (siehe Rz 2101).⁴¹⁰⁸ KAGA thematisiert die Eigentumsgarantie unter dem Titel der aktienrechtlichen Grundsätze bzw. der gesetzlichen Grundlage (siehe Rz 2093).⁴¹⁰⁹

E.1.3.3.7 Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 und Wirtschaftsfreiheit

2116. Alluvia bringt vor, dass mit der beantragten Massnahme 1.6 (diese Massnahme untersagt den Aktionärinnen, KAGA irgendwelche Vorgaben über deren wirtschaftliche Tätigkeiten innerhalb des Gesellschaftszwecks der KAGA zu machen) den Eigentümerinnen der KAGA verboten werde, auf die wirtschaftliche Tätigkeit der KAGA Einfluss zu nehmen. Damit würde in die Wirtschaftsfreiheit der Aktionärinnen eingegriffen.⁴¹¹⁰ Kästli-

⁴¹⁰¹ Act. VIII.159 Rz 97 ff.

⁴¹⁰² Act. VIII.164 Rz 2 und Rz 194 ff.

⁴¹⁰³ Act. VIII.156 Rz 19, 62 ff. und 165 ff.

⁴¹⁰⁴ Act. VIII.162 Rz 91, 112.

⁴¹⁰⁵ Act. VIII.157 S. 5 f.

⁴¹⁰⁶ Act. VIII.163 Rz 72 f., 78 ff. und 84.

⁴¹⁰⁷ Act. VIII.161 Rz 5 und 22.

⁴¹⁰⁸ Act. VIII.159 Rz 99, 107, 110; ferner Act. IX.30 Beilage 4 Rz 8; Act. VIII.164 Rz 174; ferner Act. IX.30 Beilage 5 Folie 15.

⁴¹⁰⁹ Act. VIII.156 Rz 168 f.

⁴¹¹⁰ Act. VIII.162 Rz 112.

Gruppe bringt vor, dass die Massnahmen 1.1 bis 1.9 strukturelle Massnahmen und nicht Verhaltensmassnahmen seien. Damit würden diese Massnahmen in die Grundrechte eingreifen, namentlich in die Wirtschaftsfreiheit. Es sei deshalb eine gesetzliche Grundlage nötig, welche mit Art. 30 Abs. 1 KG nicht vorliege. Zu Massnahme 1.5 (die Massnahme verpflichtet KAGA [und zwar nur KAGA], innerhalb ihres Gesellschaftszweckes nach eigenem Gutdünken über die Aufnahme oder die Aufgabe von wirtschaftlichen Tätigkeiten zu entscheiden) hält Kästli-Gruppe Folgendes fest: Ein Unternehmen zu verpflichten, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit auf behördliche Anordnung hin aufzunehmen, sei ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und die freiheitliche Wirtschaftsordnung.⁴¹¹¹ Marti-Gruppe und Vigier thematisieren die Eigentumsgarantie soweit ersichtlich unter dem Titel der Verhältnismässigkeitsprüfung (siehe Rz 2101).⁴¹¹² KAGA thematisiert die Wirtschaftsfreiheit unter dem Titel der der aktienrechtlichen Grundsätze bzw. der gesetzlichen Grundlage (siehe Rz 2093), unter dem Titel des Geltungsbereichs des Kartellgesetzes (siehe Rz 2108) und der Verhältnismässigkeit (siehe Rz 2101).⁴¹¹³ Keine Vorbringen zur Wirtschaftsfreiheit kommen von Daepf und Heimberg.

E.1.3.3.8 Unzulässige Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 gegen KMU

2117. Alluvia stellt in einem Vergleich mit dem EU-Recht fest, dass nach der europäischen Rechtsordnung strukturelle Massnahmen nur in Frage kämen, wenn eine Wettbewerbsbehinderung von gemeinschaftsweiter Bedeutung, also einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten, vorliegen würde. Im vorliegenden Fall gehe es aber um ein regionales KMU, womit allein schon der Grössenvergleich zeige, dass der Verweis auf das EU-Recht unbehelflich sei. Zudem wirkten sich die Massnahmen 1 mit hoher Intensität auf die Verhältnisse der Untersuchungsadressatinnen bzw. die Aktionärinnen von KAGA insgesamt aus und seien durchaus grundrechtsrelevant. Entsprechend hoch seien die Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm. Schon vor diesem Hintergrund genüge die Normdichte von Art. 30 Abs. 1 KG kaum, um die Eigentümerinnen einer regionalen KMU faktisch zu enteignen. Weiter bringt Alluvia vor, die Wettbewerbsverstösse seien mit der EVR beseitigt, das Sekretariat wolle angebliche Verstösse auf abstrakter Ebene «verhindern» und es sei keine Wiederholungsgefahr feststellbar: Wenn man überdies berücksichtige, dass es vorliegend um lokale Deponie- und Kiesabbautätigkeiten gehe und es sich bei den Verfügungsadressaten um KMU handle, dann könne beim besten Willen nicht behauptet werden, dass die betreffenden Massnahmen mit dem schweizerischen Kartellrechtssystem bzw. dessen Ziel und Zweck vereinbar seien. In ihrer Stellungnahme nach der Anhörung bringt Alluvia weiter vor, dass die beantragten Massnahmen nicht nur für die KAGA, sondern auch gesamtwirtschaftlich mutmasslich erhebliche, negative Folgen hätten. Wenn Gemeinschaftsunternehmen für KMU zum Problem würden, weil die WEKO beginne, solche auf der Grundlage diffuser, aber unbelegter Vorwürfe auf höherer Abstraktionsstufe zu verbieten und die einzelnen KMU mit Sanktionen zu belegen, werden diese KMU nicht mehr in der Lage bzw. aufgrund der rechtlichen

Risiken Willens sein, bestimmte gemeinsame Investitionen zu tätigen. Schliesslich weist Alluvia die WEKO darauf hin, dass ihr nicht entgangen sein dürfte, dass bei KMU und in der Politik eine gewisse Frustration hinsichtlich der (teilweise unverhältnismässigen) Anwendung des Kartellgesetzes vorhanden sei. Ein Entscheid der WEKO i.S. der Anträge des Sekretariats könnte Vorstössen, deren Urheber teilweise das Ziel verfolgen, «den Kampf gegen Kartelle zu schwächen», Wasser auf die Mühlen leiten.⁴¹¹⁴ Kästli-Gruppe bringt vor, KAGA sei rechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden und entspreche bewährter und erfolgreicher schweizerischer KMU-Tradition.⁴¹¹⁵ Marti-Gruppe ist der Ansicht, dass die Stossrichtung des Antrages des Sekretariats KMU-feindlich erscheine. Er stelle die Zusammenarbeit von KMU und Partnerwerkgedanken in Frage, der dem KAGA-Vertrag zugrundeliege.⁴¹¹⁶

E.1.3.3.9 Ungenügende Bestimmtheit der Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1

2118. Alluvia prüft, ob die Massnahmen geeignet, erforderlich und zumutbar sind und hält fest, dass Massnahmen dem Bestimmtheitsgebot zu genügen hätten. Eine Massnahme, welche unbestimmt sei, könne den Zweck des Kartellgesetzes nicht verwirklichen. Als zu unbestimmt hält Alluvia soweit ersichtlich nur Massnahme 1.11 (diese Massnahme untersagt es Alluvia, Einfluss auf die eigenständige Preissetzung von KAGA zu nehmen).⁴¹¹⁷ Kästli-Gruppe bringt vor, dass die angeordneten Massnahmen dem Bestimmtheitsgebot gemäss Art. 5 BV zu genügen hätten und dass keine der Massnahmen diesem Bestimmtheitsgebot genügen würden. Konkrete Kritikpunkte an die Unbestimmtheit bringt sie aber soweit ersichtlich nur gegen Massnahme 1.5 vor (die Massnahme verpflichtet KAGA [und zwar nur KAGA], innerhalb ihres Gesellschaftszweckes nach eigenem Gutdünken über die Aufnahme oder die Aufgabe von wirtschaftlichen Tätigkeiten zu entscheiden). Der Begriff «nach eigenem Gutdünken» sei unbestimmt und für KAGA als Adressatin unklar.⁴¹¹⁸ Vigier vertritt die Meinung, die Dispositivziffern 1 und 3 verletzten das Bestimmtheitsgebot. Die nach Art. 30 Abs. 1 KG angeordneten Massnahmen müssten hinreichend bestimmt und so präzise wie möglich sein. Das Legalitätsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 BV gebiete, dass die verlangten bzw. verbotenen Verhaltensweisen hinreichend klar umschrieben werden. Dabei sei zu beachten, dass die Anforderungen an die Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien parallel zur Intensität des Eingriffs verlaufen würden. Die beantragten Massnahmen würden massiv in die Aktionärsrechte eingreifen. Damit seien auch die Anforderungen an die Bestimmtheit der Massnahmen sehr hoch, zumal die strafrechtlichen Verfahrensgarantien von Art. 7 EMRK gelten würden. Konkrete Einwände bringt Vigier gegen die beantragten Massnahmen in Dispositivziffer 1.1 (es

⁴¹¹¹ Act. VIII.163 Rz 72 f., 78 ff., 84, 119 f. und 136.

⁴¹¹² Act. VIII.159 Rz 99, 107; ferner Act. IX.30 Beilage 4 Rz 8; Act. VIII.164 Rz 174; ferner Act. IX.30 Beilage 5 Folie 15.

⁴¹¹³ Act. VIII.156 Rz 169, 184, 198, 227.

⁴¹¹⁴ Act. VIII.162 Rz 64 Ziff. 3, 65, 117; ferner Act. IX.30 Beilage 2 Rz 36; ferner Act. IX.37, Rz 8 f.

⁴¹¹⁵ Act. IX.30 Beilage 2 S. 3 und Folie 4.

⁴¹¹⁶ Act. VIII.159 Rz 33.

⁴¹¹⁷ Act. VIII.162 Rz 145.

⁴¹¹⁸ Act. VIII.163 Rz 59 ff., 65, 116 ff. und 119.

sei unklar, was mit «entsenden» gemeint sei), Dispositivziffer 1.6 (es sei unklar, was mit «Vorgaben» gemeint sei), Dispositivziffer 1.8 (es sei unklar, was mit «Substanzdividende» gemeint sei) sowie Dispositivziffer 3.1. und 3.2 (es sei unklar, was die Massnahme bei Änderungen in der Zukunft bedeute) vor.⁴¹¹⁹ Keine Einwände gegen die Bestimmtheit der vom Sekretariat beantragten Massnahmen führen Daepf, Heimberg und Marti-Gruppe ins Feld. KAGA stellt ein eigenes Prüfprogramm für Massnahmen auf, bei welchem in einem Schritt 5 geprüft werden soll, ob die Massnahmen dem Bestimmtheitsgebot genügen. Die Prüfung des Schritts 5 nimmt sie dann aber nicht vor, woraus abgeleitet werden kann, dass KAGA in diesem Prüfschritt kein Problem erkannt hat.⁴¹²⁰

E.1.3.3.10 Aufschiebende Wirkung

2119. Verschiedene Parteien bringen vor, die aufschiebende Wirkung gewisser Massnahmen würde zu Unrecht entzogen.⁴¹²¹

E.1.3.4 Von der WEKO in Dispositivziffer 1 angeordnete Massnahmen

2120. Nachfolgend erörtert die WEKO, welche Massnahmen sie hinsichtlich der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA (Rz 2121 ff.) sowie hinsichtlich des Rechts der Aktionärinnen, je ein Mitglied in den VR von KAGA zu entsenden, der gelebten Entsendepraxis und des Informationsaustauschs im VR (Rz 2156 ff.) erlässt. Auch aufgrund der Stellungnahmen der Parteien weicht sie dabei teilweise von den Massnahmen ab, die das Sekretariat in seinem Antrag beantragt hat, und verzichtet auf einige davon. Es erübrigt sich, nachfolgend näher auf die Ausführungen der Parteien einzugehen, die nicht allgemeiner Natur sind, sondern sich spezifisch auf solch nicht übernommene Massnahmen beziehen (z.B. die vom Sekretariat beantragten flankierenden Massnahmen gemäss Dispositivziffern 1.7–1.10 des Antrags). Anderen Anliegen, welche die Parteien in ihren Stellungnahmen aufgeworfen haben, kommt die WEKO nachfolgend nach (z.B. bei der Beurteilung, ob es mildere taugliche Mittel gibt)⁴¹²², weshalb sich Weiterungen zu diesen Anliegen ebenfalls erübrigen. Nicht einzugehen ist ferner auf sämtliche Vorbringen in den Stellungnahmen der Parteien, die letztlich auf einer Verneinung der Kartellrechtswidrigkeit der fraglichen Verhaltensweisen, deren Existenz oder Fortdauer beruhen, unabhängig davon, unter welchen Titeln diese Beanstandungen in den Stellungnahmen zum Antrag vorgetragen werden (z.B. fehlende Verhältnismässigkeit, fehlende Wiederholungsgefahr, fehlendes öffentliches Interesse, fehlende gesetzliche Grundlage etc.).⁴¹²³ Auf diese Vorbringen wurde bereits bei den Sachverhaltsfeststellungen sowie den rechtlichen Erwägungen eingegangen. An dieser Stelle sind die Existenz und Kartellrechtswidrigkeit der entsprechenden Verhaltensweisen kein Thema mehr – sie sind erwiesen und gestützt auf diesen Befund werden die diesbezüglichen Massnahmen begründet. Oder positiv gewendet: Auf Vorbringen aus den Stellungnahmen zum Antrag wird nachfolgend nur noch insoweit eingegangen, als diese auch in Bezug auf die von der WEKO erlassenen Massnahmen von Bedeutung sind. Das kann insbesondere bei allgemeingültigen Vorbringen zu Massnahmen sowie bei Einwän-

den gegen die vom Sekretariat in Dispositivziffern 1.1–1.4 seines Antrags beantragten Massnahmen der Fall sein. Teilweise wird nachfolgend nicht ausdrücklich bei jedem Punkt auf Vorbringen in den Stellungnahmen hingewiesen. Indem die WEKO erläutert, weshalb sie eine bestimmte Massnahme ergreift und diese z.B. als verhältnismässig beurteilt, begründet sie implizit auch, weshalb sie eine allenfalls davon abweichende Ansicht der Parteien nicht teilt.

E.1.3.4.1 Hinsichtlich der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA (Dispositivziffern 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, indirekt auch 1.6–1.8)

Einleitung und Ausgangslage

2121. Einleitend ist festzuhalten, um was es bei dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung und deren Auswirkungen geht, denen es mit entsprechenden Massnahmen zu begegnen gilt. Die diesbezüglichen Ausführungen im Antrag, denen die WEKO folgt, sind daher der einfacheren Nachvollziehbarkeit halber zu wiederholen.

2122. Die sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA sind übereingekommen, gemeinsam den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den umfangreichen Kiesvorkommen im Aaretal resp. deren Abbau auf sie ausgeht (Kerngegenstand). Dieses Zusammenwirken baut auf drei Gegenständen, erstens neue Konkurrentinnen im Aaretal zu verhindern (Gegenstand A), zweitens den Wettbewerbsdruck von KAGA zu dosieren (Gegenstand B) und drittens den Wettbewerbsdruck durch die Aktionärinnen zu dosieren (Gegenstand C). Hinsichtlich einzelner Unterasspekte dieser drei Gegenstände werden nachfolgend unter spezifischen Titeln (z.B. hinsichtlich des Konkurrenzverbots) gezielte Massnahmen angeordnet.⁴¹²⁴ Hier anzugehen sind die Gegenstände A, B und C sowie der Kerngegenstand selbst. Die diesbezüglichen Massnahmen sind an die einbezogenen Gesellschaften der Aktionärs-Unternehmen⁴¹²⁵ und an KAGA zu richten.

2123. Sowohl diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung als auch deren Auswirkungen dauern an. Es sind daher Massnahmen erforderlich, um den (kartell)rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Da der

⁴¹¹⁹ Act. VIII.164 Rz 5 und 191 ff.; ferner Act. IX.30 Beilage 5, Folie 16.

⁴¹²⁰ Act. VIII.156 Rz 105.

⁴¹²¹ Alluvia (Act. VIII.162 Rz 147 ff.), Kästli-Gruppe (Act. VIII.163 Rz 145 ff.), Vigier (Act. VIII.164 Rz 12 f. und 199 f.), KAGA (Act. VIII.156 Rz 22 und 334 ff.).

⁴¹²² Vgl. etwa Act. VIII.156 Rz 191–194, Act. VIII.159 Rz 99–101, Act. VIII.161 Rz 27 und Act. IX.30 Beilage 3 Rz 23, Act. VIII.162 Rz 135, sowie nachfolgend Rz 2150 und 2171.

⁴¹²³ Siehe auch Rz 2046.

⁴¹²⁴ Siehe hiernach Rz 2087 ff. (Recht der Aktionärinnen, je einen Vertreter in den VR von KAGA zu entsenden, und Informationsaustausch im VR; Unterasspekt von Gegenstand B), Rz 2188 ff. (Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben; Unterasspekt von Gegenstand C), Rz 2195 ff. (Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet; Unterasspekt von Gegenstand C) und Rz 2204 ff. (Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub; Unterasspekt von Gegenstand B).

⁴¹²⁵ Siehe Rz 1315. Es sind dies: Hofstetter, Messerli, Alluvia AG, Aare-Kies, Kieswerk Daepf A.G., Daepf Holding AG, Kästli, Kästli Beteiligungen AG, Heimberg, Marti, Marti Holding AG, Kiestag, Vigier Holding AG.

kartellrechtliche Begriff der Wettbewerbsabrede nicht auf die Zivilrechtslage abstellt (Art. 4 Abs. 1 KG erfasst auch «nicht erzwingbare Vereinbarungen» und ferner sogar «aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen»), kann hier offenbleiben, ob und gegebenenfalls ab wann diese gegen Art. 5 Abs. 1 KG verstossende Wettbewerbsabrede trotz übergangsrechtlicher Fragen nichtig ist.⁴¹²⁶ Die Massnahmen zur Wiederherstellung des (kartell)rechtmässigen Zustands haben sich in Anbetracht der kartellrechtlichen Normen weniger auf allfällige «Verträge» oder andere Dokumente zu richten, in denen die Beteiligten ihren gemeinsamen Willen festgehalten haben mögen, sondern haben vielmehr auf das Wettbewerbsverhalten der Beteiligten und gegebenenfalls die von ihnen geschaffenen, gemeinsamen Marktstrukturen abzielen.

2124. Der (kartell)rechtmässige Zustand hätte darin bestanden, dass die Beteiligten spätestens ab Inkrafttreten des aktuellen Kartellgesetzes im Jahre 1996 die Fortführung des Kerngegenstands sowie der drei Gegenstände A, B und C endgültig aufgeben und auch die erforderlichen Vorkehrungen getroffen hätten, um die andauernden Auswirkungen dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen. Die «Schwierigkeit» besteht diesbezüglich darin, dass es zur Erreichung dieses Zustands nicht ausgereicht hätte, wenn sich die Beteiligten bloss darauf verständigt hätten, künftig nicht mehr gemeinsam neue Konkurrentinnen aus dem Aaretal fernhalten zu wollen, den Wettbewerbsdruck von KAGA nicht mehr zu dosieren und den Wettbewerbsdruck durch die Aktionärinnen nicht weiter zu dosieren. Ohne gleichzeitige Anpassungen in der realen Welt könnte es sich dabei nämlich nur um ein Lippenbekenntnis, um eine «formale» Bereinigung handeln. Denn mit KAGA wurde von den Aktionärs-Unternehmen eine gemeinsame (Infra-)Struktur geschaffen, in der sich die Umsetzung dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen fortlaufend manifestiert.⁴¹²⁷ Oder anders gesagt: Die KAGA, an der diese Aktionärinnen beteiligt und in der bisherigen Art und Weise involviert sind, kann nicht anders, als andauernd die Gegenstände A und B zu verwirklichen, zumal sie bei ihrem Tun die Interessen der Aktionärs-Unternehmen nicht «ausblenden» kann. Und diese Aktionärinnen, die über ihre jeweilige Beteiligung an der in den Bereichen Rohkies und Deponierung von unverschmutztem Aushub marktbeherrschenden KAGA⁴¹²⁸ und ihrem Zusammenwirken bei ihr miteinander verbunden sind, können kaum anders, als gegenseitig Rücksicht zu nehmen und damit den Gegenstand C zu verwirklichen, worin mittelbar auch KAGA involviert ist.⁴¹²⁹ Ein (kartell)rechtmässiger Zustand setzt demnach voraus, dass das Zusammenwirken der Aktionärinnen in der gemeinsamen (Infra-)Struktur KAGA beseitigt ist.

2125. Ergänzend dazu sind aus Sicht der WEKO folgende Punkte bei der Ausgangslage zu beachten:

- Kartellrechtlich unzulässig ist nicht die juristische Person KAGA als solche. Ihr im Handelsregister eingetragener Zweck ist rechtlich zulässig und auch dass sie auf mindestens zwei Märkten marktbeherrschend ist, verstösst nicht gegen das Kartellrecht. Kartellrechtlich unzulässig ist hingegen das Zusammenwirken der Aktionärs-Unternehmen im Rahmen der KAGA, namentlich, dass die Aktionärs-

Unternehmen KAGA zur Verwirklichung des Kerngegenstands sowie der Gegenstände A und B nutzen und sie auch Gegenstand C dient. KAGA ist an diesem Zusammenwirken zwangsläufig ebenfalls mitbeteiligt.

- Das fragliche Zusammenwirken dauert bereits mehr als 50 Jahre an. Die vorliegenden Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA wurden getroffen und die gemeinsame (Infra-)Struktur KAGA wurde geschaffen, als noch der Kartellerlass von 1962 in Kraft war, sie wurden unter dem Kartellerlass von 1985 aufrechterhalten und sie erfuhren auch bei Inkrafttreten des aktuellen Kartellgesetzes keine Änderung. Massgebender Zeitpunkt für den (kartell)rechtmässigen Zustand, der durch die Massnahmen wiederhergestellt werden soll, ist das Inkrafttreten des aktuellen KG im Jahre 1996. Das ist insbesondere hinsichtlich des Gegenstands A, neue Konkurrentinnen im Aaretal zu verhindern, von Bedeutung. Die über Jahrzehnte erfolgte Entwicklung lässt sich schon nur faktisch nicht mehr rückgängig machen und es ist hinzunehmen, dass Gegenstand A bereits in den Anfangszeiten von KAGA in den 70er-Jahren weitgehend erreicht wurde.⁴¹³⁰ Oder anders gesagt: Wie sich der Markt und die Konkurrenzsituation entwickelt hätten und wie sie sich heute präsentieren würden, wenn es das Zusammenwirken der Aktionärs-Unternehmen resp. die dafür geschaffene KAGA nie gegeben hätte, lässt sich weder simulieren noch ist das der Zustand, den es durch Massnahmen wiederherzustellen gilt. Vielmehr geht es nur, aber immerhin, darum, das auch nach Inkrafttreten des aktuellen KG fortdauernde Zusammenwirken der Aktionärs-Unternehmen im Rahmen der KAGA, deren gemeinsame Steuerung und die Einflussnahme der Aktionärs-Unternehmen auf KAGA künftig zu beseitigen.

⁴¹²⁶ Gemäss BGE 134 III 438 E. 2.2, *Resh-Abfälle*, sind gegen Art. 5 KG verstossende Vereinbarungen nichtig. Die Vereinbarung, die das BGE beurteilte, war im Jahr 2003 und damit nach Inkrafttreten des aktuellen KG abgeschlossen worden. Übergangsrechtliche Fragen stellten sich nicht. Die vorliegenden Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA wurden hingegen getroffen, als noch der Kartellerlass von 1962 in Kraft war, wurden unter dem Kartellerlass von 1985 aufrechterhalten und erfuhren auch bei Inkrafttreten des aktuellen Kartellgesetzes keine Änderung. Die kartellrechtliche Zulässigkeit dieser Abmachungen misst sich ab 1996 nach dem aktuellen Kartellgesetz (vgl. Rz 1505). Wie es sich mit der kartellrechtlichen Zulässigkeit dieser Abmachungen unter den ehemaligen Kartellerlassen verhielt, ist aus kartellverwaltungsrechtlicher Sicht bloss noch von rechtshistorischem Interesse und für die vorliegende Untersuchung irrelevant. Für das zivilrechtliche Schicksal dieser Abmachungen könnte dies aber allenfalls von Relevanz sein, z.B. hinsichtlich des Zeitpunkts der Nichtigkeit.

⁴¹²⁷ Siehe Rz 1461 und, zu den diesbezüglichen Sachverhaltsfeststellungen, Rz 831 ff.

⁴¹²⁸ Rz 1775 ff. und 1802 ff.

⁴¹²⁹ Das ergibt sich einerseits aus den mannigfaltigen fallspezifischen Sachverhaltsfeststellungen wie unter anderem der Entstehungsgeschichte von KAGA, dem von den Beteiligten verfolgten Zweck, dem Aufbau, der Organisation und der Marktausrichtung von KAGA sowie der Praktizierung während nunmehr rund 50 Jahren, und andererseits auch aus industrieökonomischen Erkenntnissen zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen von Minderheitsbeteiligungen an Konkurrentinnen (siehe dazu etwa SVEN HEIM/KAI HÜSCHEL-RATH/ULRICH LAITENBERGER/YOSSI SPIEGEL, *The Anticompetitive Effect of Minority Share Acquisitions: Evidence from the Introduction of National Leniency Programs*, *American Economic Journal: Microeconomics*, 14(1), 2022, 366–410, 366 ff., insbesondere 368 m.w.H.).

⁴¹³⁰ Siehe Rz 958.

2126. Bezüglich der Einflussmöglichkeiten der Aktionärs-Unternehmen auf KAGA ist zu unterscheiden zwischen solchen, die auf Abmachungen zwischen ihnen beruhen, solchen, die sich aus der gelebten Praxis und der von den Beteiligten gewählten Organisation von KAGA ergeben, und solchen, die sich aus dem Aktienrecht ergeben. Im Einzelnen:

- Entsenderecht eines Vertreters in den VR von KAGA: Grundlage hierfür sind Abmachungen zwischen den Aktionärs-Unternehmen, namentlich die entsprechende Stimmrechtsbindungsklausel im KAGA-Vertrag. Ein gesellschaftsrechtlicher Anspruch einer jeden Aktionärin, im VR von KAGA vertreten zu sein, besteht hingegen nicht. Das Aktienrecht sieht kein Entsenderecht von Aktionärinnen für VR-Mitgliedern oder ein Recht der Aktionärinnen auf Vertretung im VR vor.⁴¹³¹ Soweit Parteien etwas anderes behaupten oder implizit ein «Vertretungsrecht» zu unterstellen scheinen,⁴¹³² überzeugt das nicht. Aktienrechtlich können Aktionärinnen nur, aber immerhin, an der GV entsprechend ihrem Aktienanteil ihre Stimme für oder gegen die Wahl einer bestimmten Person in den VR der Aktiengesellschaft abgeben. Da keine Aktionärin über einen kontrollierenden Aktienanteil verfügt,⁴¹³³ hat vorliegend auch keine Aktionärin eine faktische Entsendemöglichkeit aufgrund Stimmenmehrheit. Grundlage des Entsenderechts eines Vertreters in den VR von KAGA ist demnach, wie gesagt, einzig die entsprechende Abmachung. Kann eine Aktionärin wie hier gestützt auf eine vertragliche Stimmrechtsbindungsklausel einen Vertreter in den VR von KAGA entsenden, ist davon auszugehen, dass sie hierfür eine Person aussuchen wird, zu der sie ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis hat. Zudem besteht die faktische Möglichkeit, der jeweils entsandten Person Weisungen zu erteilen, wie sie sich im VR verhalten soll. Aufgrund der gelebten Entsendepraxis hat sich die Erteilung von Weisungen vorliegend allerdings weitestgehend erübrigt, da die Aktionärin selbst durch ein Organ von ihr an den VR-Sitzungen von KAGA teilnahm und ein Organ bekanntlich dem Willen der juristischen Person Ausdruck gibt (Art. 55 ZGB).
- Gelebte Entsendepraxis: Bei den Personen, welche die Aktionärinnen in den VR von KAGA entsandten, handelte es sich nahezu durchwegs um Personen, die zugleich Organ der jeweiligen Aktionärin sind. Dadurch ist das Aktionärs-Unternehmen direkt selbst im VR von KAGA vertreten (was Weisungen seitens des Aktionärs-Unternehmens aufgrund Personalunion wie ausgeführt überflüssig macht) und erlangt unmittelbar sämtliche dort ausgetauschten Informationen und kann KAGA in diesem Gremium mitsteuern. Soweit es sich bei den entsandten Personen nicht zugleich um Organe der jeweiligen Aktionärin handelte (was jedenfalls in den letzten Jahren einzig bei Marti-Gruppe der Fall war), handelte es sich dabei immerhin um Schlüsselpersonen, die eine Leitungsfunktion beim Aktionärs-Unternehmen innehaben. Bei solchen Personen besteht zwar keine Doppelorganschaft, weshalb sie nicht unmittelbar und unausweichlich gleichzeitig beide Unternehmen (das Aktionärs-Unternehmen und die KAGA) repräsentie-

ren. Gleichwohl verhält es sich bei Personen mit Leitungsfunktion ähnlich. Personen mit Leitungsfunktion sind für das Geschäftsverhalten ihres Unternehmens mitverantwortlich, sie sind regelmässig zeichnungsberechtigt und sie agieren im täglichen Rechtsverkehr für ihr Unternehmen. Von Geschäftspartnern werden sie als Vertreter ihres Unternehmens wahrgenommen. Ihre Äusserungen sowie ihr Wissen sind – jedenfalls in der hier interessierenden Situation bei Voten im VR von KAGA⁴¹³⁴ – dem jeweiligen Aktionärs-Unternehmen zuzurechnen.

- Organisation von KAGA: Der VR von KAGA besteht aus mindestens sieben Mitgliedern, was auch Folge des Entsenderechts einer jeden Aktionärin ist. Für eine Aktiengesellschaft mit rund 20 Mitarbeitenden wie die KAGA ist das überdurchschnittlich gross. Die Geschäftsführung wurde höchstens teilweise an die Geschäftsleitung delegiert. Der VR und vor allem dessen Delegierter, der VRP, waren teilweise stark in das operative Geschäft eingebunden. Das erhöht die Einflussnahmemöglichkeit des VR und insbesondere des VRP.
- Stakeholder: Aktionärinnen sind aufgrund ihrer Aktienbeteiligung wesentliche Stakeholder. VR-Mitglieder haben bei ihren Entscheiden faktisch immer auch die Interessen der Aktionärinnen vor Augen, soweit ihnen diese bekannt sind. Das ist erst recht der Fall, wenn (wesentliche) Aktionärinnen nicht nur an einer Gewinnstrebigkeit interessiert sind, sondern auch andere Interessen mit der Aktiengesellschaft verfolgen. Die Aktionärinnen können an der GV die Mitglieder des VR wählen oder auch abwählen. Sie haben also aktienrechtlich die Möglichkeit, VR-Mitglieder abzuwählen, die nicht in ihrem Sinne handelten. Bereits durch das Halten einer (wesentlichen) Aktienbeteiligung ergibt sich daher faktisch eine gewisse Beeinflussung des Verhaltens der VR-Mitglieder und ihrer Entscheide, werden diese doch die entsprechenden Interessen der Aktionärs-Unternehmen mitberücksichtigen. Diese Wirkungen folgen aus dem Aktienrecht. Ebenfalls aus dem Aktienrecht ergibt sich der Anspruch einer jeden Aktionärin auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn, also insbesondere auf Dividenden (Art. 660 OR). Dieser Dividendenanspruch wird faktisch einen Einfluss auf das Wettbewerbsverhalten der Aktionärinnen im Verhältnis zu KAGA haben. Wollen sie beispielsweise

⁴¹³¹ Siehe Rz 540 (u.a. mit Hinweis auf den hier nicht einschlägigen Art. 709 OR), ferner Rz 1331.

⁴¹³² Deutlich Vigier, welche – freilich ohne Nennung der angeblichen, einschlägigen Bestimmungen – ein «gesellschaftsrechtlich vorgesehene Entsendungsrecht» anruft (siehe dazu Rz 540). Ferner etwa Heimberg, die unter dem Titel «Verstoss gegen fundamentale Grundsätze des Aktienrechts» behauptet, sie «muss weiterhin die Möglichkeit haben, einen kompetenten Vertreter in den Verwaltungsrat der KAGA entsenden zu können» (Act. VIII.161 Rz 47). Das Aktienrecht sieht eine solche Vertretungsbefugnis nicht vor, sondern nur das Stimmrecht an der GV. In dieselbe Richtung gehend, wenn auch zurückhaltender ausgedrückt, ferner Act. VIII.157 S. 6: «Fremd-verwaltete Unternehmen entsprechen nicht dem Leitbild des schweizerischen Aktienrechts».

⁴¹³³ Rz 1297 und 1300.

⁴¹³⁴ Siehe ausführlich dazu Rz 672 ff.

Marktanteile zu Lasten von KAGA gewinnen und deshalb ihre Preise senken, werden sie bei ihren Überlegungen nicht nur den eigenen Gewinn bedenken, sondern auch den Rückgang ihrer Dividenden bei KAGA miteinbeziehen. Oder anders gesagt: Ihr finanzielles Interesse an einer Konkurrenzierung von KAGA ist geringer als wenn sie über keinen Dividendenanspruch bei KAGA verfügen würden.

Strukturelle Massnahmen im Sinne einer eigentumsrechtlichen Entflechtung als konsequente Lösung

2127. Bedienen sich Unternehmen zur Verwirklichung des kartellrechtswidrigen Zusammenwirkens einer gemeinsamen (Infra-)Struktur, erscheinen strukturelle Massnahmen hinsichtlich dieser gemeinsamen (Infra-)Struktur zur Wiederherstellung des (kartell)rechtmässigen Zustands naheliegend. Als strukturelle Massnahme fällt vorliegend insbesondere eine eigentumsrechtliche Entflechtung in Betracht, mit der das Aktionariat der KAGA geändert wird. Die Aktien der Aktionärs-Unternehmen wären auf einen oder mehrere Dritte zu übertragen. Eine strukturelle Massnahme wäre an sich konsequent. Denn nur mit einer solchen lassen sich auch die subtileren, indirekten Beeinflussungen und Folgen, die sich allein aus dem Halten der Aktien durch diese Aktionärs-Unternehmen bzw. aus dem Aktienrecht ergeben,⁴¹³⁵ beseitigen.

2128. Dennoch verzichtet die WEKO aus Verhältnismässigkeitsüberlegungen darauf, solch strukturelle Massnahmen zu erlassen. Damit eine Massnahme verhältnismässig ist, muss sie erstens geeignet, d.h., tauglich, sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen, zweitens muss sie erforderlich sein, d.h. sie muss das mildeste geeignete Mittel sein, und drittens muss sie zumutbar sein, d.h., es muss ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff gewahrt werden.⁴¹³⁶

2129. Wie auch das Sekretariat ist die WEKO der Ansicht, dass eine eigentumsrechtliche Entflechtung geeignet ist, um das Zusammenwirken der Parteien im Rahmen der KAGA effektiv zu unterbinden. Die WEKO ist – anders als das Sekretariat – der Ansicht, dass es sich hierbei auch um das mildeste taugliche Mittel handelt. Denn nur mit einer eigentumsrechtlichen Entflechtung, durch welche die Aktien auf einen oder mehrere Dritte übertragen werden, können auch die subtileren, indirekten Beeinflussungen und Folgen beseitigt werden, die untrennbar mit den aktienrechtlichen Befugnissen verbunden sind.⁴¹³⁷ Durch andere Massnahmen, insbesondere Verhaltensmassnahmen, lässt sich das nicht erreichen.⁴¹³⁸ Zum einen können Personen, die künftig Mitglied im VR von KAGA sind, nicht verpflichtet werden, da sie nicht Parteien dieses Verfahrens sind. Zum anderen wäre es ohnehin ein Ding der Unmöglichkeit, mittels (erst noch genügend bestimmter) Anordnungen dieses Mitberücksichtigten der Interessen der Aktionärinnen durch die VR-Mitglieder effektiv zu unterbinden und zu verhindern, dass die Aktionärinnen bei ihrem Wettbewerbsverhalten die Dividendenzahlungen von KAGA mitbedenken. Es kann nicht mittels Massnahmen etwas faktisch Unmögliches verlangt werden. Demgegenüber erachtet die WEKO vorliegend – anders als das Sekretariat – die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne im vor-

liegenden Fall als nicht gegeben. Die WEKO teilt zwar die Auffassung des Sekretariats, dass strukturelle Massnahmen grundsätzlich verhältnismässig im engeren Sinne sein können. Insbesondere teilt sie auch dessen Auffassung, dass ein generelles Verneinen der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne bei strukturellen Massnahmen dazu führen würde, dass ein kartellrechtswidriges Zusammenwirken hingenommen werden müsste, sobald die Beteiligten dieses in eine gemeinsame (Infra-)Struktur gegossen haben (und das, obwohl eine solch gemeinsame (Infra-)Struktur besonders beständig und die Wettbewerbsbeschränkung entsprechend institutionalisiert ist), was nicht richtig sein kann. Dass solch strukturelle Massnahmen aus Sicht der WEKO aber im konkreten Fall unverhältnismässig im engeren Sinne sind, hat folgende Gründe:

2130. Bei einer derartigen Massnahme würde es sich – wie bereits das Sekretariat festhielt – bezogen auf die Eigentumsrechte um einen schwerwiegenden Eingriff handeln, der von seiner Intensität her enteignungsähnlich ist. Umso gewichtiger muss das öffentliche Interesse am Erlass einer Massnahme bzw. das damit verfolgte Ziel sein. Dieses liegt darin, die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen und den wirksamen Wettbewerb soweit möglich wiederherzustellen. Das öffentliche Interesse, eine Wettbewerbsbeschränkung durch den Erlass einer Massnahme zu beseitigen, wiegt dabei umso schwerer, je stärker die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung den wirksamen Wettbewerb tangiert. Durch das Zusammenwirken im Rahmen der gemeinsamen KAGA-(Infra-)Struktur wird nun der wirksame Wettbewerb in grundlegender Weise beschränkt, das angestrebte Ziel hat dementsprechend ein sehr grosses Gewicht. Allerdings gilt es vorliegend zweierlei zu beachten: Zum einen würden mit solch strukturellen Massnahmen im Vergleich zu anderen, weniger weitgehenden Massnahmen nur, aber immerhin, zusätzlich die subtileren, indirekten Beeinflussungen und Folgen beseitigt. Die übrigen Beeinflussungs- und Einflussnahmemöglichkeiten lassen sich auch mit anderen Massnahmen angehen. Zum anderen lassen sich hier die vor 1996 erfolgten Entwicklungen, insbesondere die weitgehende Verwirklichung von Gegenstand A, ohnehin nicht mehr rückgängig machen. Die Möglichkeit, den wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen, wie er unter dem aktuellen KG zu verstehen ist, ist aufgrund dessen ohnehin bloss eingeschränkt vorhanden. Die WEKO erachtet deshalb den zusätzlichen «Gewinn» für den wirksamen Wettbewerb, der im konkreten Fall mit einer strukturellen Massnahme im Vergleich zu anderen, weniger weitreichenden Massnahmen verbunden wäre, als zu gering, um diese Massnahme als verhältnismässig im engeren Sinne erscheinen zu lassen.

⁴¹³⁵ Vgl. vorangehende Rz letztes Lemma.

⁴¹³⁶ Rz 2038.

⁴¹³⁷ Rz 2126 letztes Lemma.

⁴¹³⁸ Die Ausführungen in Act. VIII.163 Rz 98 gehen an der Sache vorbei. Es geht hier darum, das in die (Infra-)Struktur KAGA gebettete Zusammenwirken mehrerer Beteiligter aufzubrechen und nicht um die Beseitigung einer marktbeherrschenden Stellung. Es werden keine Massnahmen angeordnet, die auf die marktbeherrschende Stellung von KAGA bzw. deren Beseitigung abzielen würden.

2131. Die WEKO verzichtet aus diesen Gründen darauf, strukturelle Massnahmen – eine eigentumsrechtliche Entflechtung – anzuordnen. Trotzdem ist auf ein Argument mehrerer Parteien einzugehen, die diese in ihren Stellungnahmen zum Antrag gegen strukturelle Massnahmen vorgebracht haben. Das ist schon nur deshalb angezeigt, weil einige Parteien auch andere Massnahmen als strukturelle Massnahmen bezeichnen und aus dieser Benennung gewisse Folgen abzuleiten scheinen.⁴¹³⁹ Die Parteien tragen zusammengefasst vor, mit solch strukturellen Massnahmen werde in ihr Eigentumsrecht eingegriffen. Das Eigentumsrecht sei grundrechtlich geschützt (Art. 26 BV). Zudem werde dadurch auch in die grundrechtlich geschützte Wirtschaftsfreiheit eingegriffen (Art. 27 BV). Grundrechtseingriffe seien nur unter den in Art. 36 BV genannten Voraussetzungen zulässig und bedürften insbesondere einer gesetzlichen Grundlage, wobei schwerwiegende Einschränkungen im Gesetz selbst vorgesehen sein müssten. Art. 30 Abs. 1 KG, der Grundlage dieses Eingriffs sei, sei zu unbestimmt und genüge den Anforderungen nicht, um zu einem Grundrechtseingriff bzw. zu strukturellen Massnahmen zu berechtigen.

2132. Zutreffend hieran ist, dass mit einer strukturellen Massnahme, durch welche die Aktien an KAGA an eine oder mehrere Dritte übertragen werden, Grundrechtseingriffe verbunden sind (Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV; Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV). Dass mit Massnahmen der WEKO in Grundrechte eingegriffen wird, ist allerdings nicht eine Besonderheit von strukturellen Massnahmen, sondern ist bei Verhaltensmassnahmen ebenso regelmässig der Fall.⁴¹⁴⁰ Dass es sich dabei oftmals «bloss» um die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV handelt und nicht zusätzlich, wie regelmässig bei strukturellen Massnahmen, auch noch um die Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV, tut nichts zur Sache. Denn die Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe nach Art. 36 BV sind dieselben. Sie ändern sich nicht, wenn gleichzeitig mehrere Grundrechte betroffen sind und nicht «nur» eines. Genügt Art. 30 Abs. 1 KG als gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe für Verhaltensmassnahmen, gilt dies gleichermassen auch für strukturelle Massnahmen. Allein aus der Bezeichnung einer Massnahme als «strukturelle Massnahme» lässt sich daher nichts zu Gunsten der Parteien ableiten.

2133. Relevant ist vielmehr Folgendes: Nach Art. 36 Abs. 1 BV müssen schwerwiegende Einschränkungen im Gesetz selbst vorgesehen sein, also in einem formellen Gesetz. Art. 30 Abs. 1 KG findet sich in einem formellen Gesetz. Jedoch ist weiter zu beachten, dass je gewichtiger ein Grundrechtseingriff ist, desto höher die Anforderungen an Normstufe und auch Normdichte sind. Schwere Grundrechtseingriffe benötigen eine klare und genaue Grundlage im Gesetz selbst. Dabei muss das formelle Gesetz selber die erforderliche Bestimmtheit aufweisen, auch wenn es den Inhalt der zulässigen Grundrechtseingriffe nicht detailliert regeln muss, hat sich dieser doch aus dem Gesetz zu ergeben bzw. muss unmittelbar darauf zurückgeführt werden können.⁴¹⁴¹ Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich jedoch nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erfor-

derlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab.⁴¹⁴² Zumal die Anforderungen an die Normdichte umso höher sind, je schwerer der Eingriff wiegt, sind diese Gesichtspunkte hinsichtlich der jeweils konkret angeordneten Massnahme zu beurteilen. Ob eine Massnahme nun als strukturelle Massnahme oder aber als Verhaltensmassnahme bezeichnet wird, sagt für sich alleine noch nichts über die Schwere des Eingriffs aus. Es ist daher müssig, darüber zu diskutieren, ob eine bestimmte Massnahme nun als strukturelle Massnahme zu bezeichnen ist oder nicht, wie das etliche Parteien hinsichtlich der vom Sekretariat beantragten Massnahmen tun⁴¹⁴³ – zu beurteilen ist, wie schwer der damit verbundene Grundrechtseingriff wiegt.

2134. Zu beurteilen ist nachfolgend, welche anderweitigen Massnahmen anzuordnen sind, um das Zusammenwirken der Parteien im Rahmen der KAGA dennoch, soweit mit nicht strukturellen Massnahmen möglich, zu unterbinden. Die subtilen, indirekten Beeinflussungen und Folgen, die sich aus den aktienrechtlichen Beteiligungen ergeben,⁴¹⁴⁴ sind aufgrund des Verzichts auf eine eigentumsrechtliche Entflechtung allerdings hinzunehmen.

Verhaltensmassnahmen zur teilweisen Beseitigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung und zur weitgehenden Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs

2135. Wie bereits ausgeführt, wurde Gegenstand A, die Verhinderung neuer Konkurrentinnen im Aaretal, bereits in den 70er-Jahren weitgehend verwirklicht,⁴¹⁴⁵ was nicht mehr rückgängig zu machen ist. Ausserdem führten die raumplanungsrechtlichen Vorschriften, die seit den 80er-Jahren erlassen wurden, dazu, dass Markteintritte Dritter auch ohne Zutun von KAGA deutlich erschwert wurden. KAGA hat allerdings seit 1996 weitere Abbaurechte erworben.⁴¹⁴⁶ Das hat zur Folge, dass diese Grundstücke Dritten für einen möglichen Markteintritt nicht mehr zur Verfügung stehen. Um diesbezüglich verhältnismässige Anordnungen zu treffen, müsste jedoch hinsichtlich jedes einzelnen dieser erworbenen Rechte geprüft und beurteilt werden, ob und inwiefern es einer Verhinderung neuer Konkurrentinnen im Aaretal diene, da nicht alle Grundstücke für einen Markteintritt Dritter geeignet wären. Zudem wäre zu berücksichtigen, dass der Erwerb von weiteren Abbaurechten auch mit dem gewöhnlichen

⁴¹³⁹ Rz 2093 ff., 2115 und 2116.

⁴¹⁴⁰ Besonders deutlich ist das im Fall BGer, 2C_876/2012 vom 2.11.2022, *Netzbaustrategie Swisscom*, in dem Swisscom vorsorglich untersagt wurde, ihr Glasfasernetz in einer bestimmten Weise auszubauen (vgl. Sachverhalt B.a). Auch in dem von den Parteien vielfach erwähnten BGE 148 II 475 wird Implenia untersagt, gewisse Vereinbarungen einzugehen oder diese auch nur anzubahnen (vgl. Sachverhalt B), womit in ihre durch die Wirtschaftsfreiheit grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit eingegriffen wird.

⁴¹⁴¹ BGE 148 I 33 E. 5.1 m.w.H.

⁴¹⁴² BGE 139 I 280 E. 5.1 m.w.H.

⁴¹⁴³ Beispielsweise Act. VIII.163 Rz 70–73.

⁴¹⁴⁴ Siehe Rz Rz 2126 letztes Lemma.

⁴¹⁴⁵ Siehe Rz 2125 zweites Lemma.

⁴¹⁴⁶ Rz 957.

Betrieb von KAGA einhergeht, weshalb nicht pauschal gesagt werden kann, jeder Erwerb diene der Verhinderung neuer Konkurrentinnen. Auf diesbezügliche Abklärungen ist zu Gunsten der Parteien zu verzichten, was zur Folge hat, dass entsprechend auch auf diesbezügliche Massnahmen verzichtet werden muss. Hinsichtlich der 2005 erfolgten Drohung mit der Wirtschaftsmacht von KAGA gegenüber [U04] im Hinblick auf eine mögliche Übernahme von [U01], die der Verhinderung neuer Konkurrentinnen im Aaretal diene,⁴¹⁴⁷ erübrigen sich Massnahmen mangels ausreichender Wiederholungsgefahr.⁴¹⁴⁸ Vor diesem Hintergrund verzichtet die WEKO darauf, Massnahmen anzuordnen, die spezifisch Gegenstand A der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA anvisieren. Erwähnt sei aber, dass die hinsichtlich Gegenstand B anzuordnenden Massnahmen, insbesondere Dispositivziffern 1.2, aber auch 1.1, 1.3 und 1.4, dazu beitragen, die Gefahr künftiger ähnlicher Vorfälle wie die unter den Aktionärs-Unternehmen im VR von KAGA abgesegnete, 2005 erfolgte Drohung mit der Wirtschaftsmacht von KAGA zu reduzieren und damit auch hinsichtlich Gegenstand A einen Beitrag leisten.

2136. Gegenstand B, den Wettbewerbsdruck durch KAGA zu dosieren, kann demgegenüber durch Verhaltensmassnahmen begegnet werden. Damit die Aktionärs-Unternehmen den von KAGA ausgehenden Wettbewerbsdruck nicht weiter dosieren können, gilt es, KAGA soweit ohne strukturelle Massnahmen möglich⁴¹⁴⁹ von den Aktionärs-Unternehmen zu trennen. Es geht also darum, die Beeinflussungs- und Einflussnahmemöglichkeiten der Aktionärs-Unternehmen auf KAGA und deren Geschäftsentscheide so weit es geht zu minimieren,⁴¹⁵⁰ da die Aktionärs-Unternehmen damit den Wettbewerbsdruck durch KAGA kontrollieren und dosieren.

2137. Wie bereits das Sekretariat festgehalten hat, ist ein, wenn nicht gar *der* zentrale Pfeiler des diesbezüglichen Zusammenwirkens, dass die Aktionärinnen im VR von KAGA vertreten sind und so deren Wettbewerbsgebaren gemeinsam lenken können.⁴¹⁵¹ Aus Sicht der WEKO steht hierbei aber weniger das im KAGA-Vertrag enthaltene Entsenderecht als solches im Mittelpunkt als vielmehr die gelebte Entsendepraxis. Sind Organe der Aktionärs-Unternehmen Mitglieder des VR von KAGA, wie das bis anhin fast ausnahmslos der Fall war, können diese aufgrund ihrer Doppelorganschaft gar nicht anders, als bei den Beschlüssen im VR von KAGA stets ihr Aktionärs-Unternehmen bzw. dessen Interessen mit einfließen zu lassen. Ihre Treuepflicht gegenüber KAGA (Art. 717 OR) ändert hieran nichts.⁴¹⁵² Während bei Doppelorganschaft eine Trennung von Aktionärs- und KAGA-Interessen gar nicht erst möglich ist, ist das bei anderen Personen immerhin zumindest theoretisch denkbar. Aber wie bereits das Sekretariat zutreffend ausgeführt hat, gibt es weitere Personen, bei denen eine solche Trennung und Nichtbeachtung der Interessen des jeweiligen Aktionärs-Unternehmens aus rechtlicher, faktischer sowie menschlicher Sicht nicht erwartet werden kann und darf. Das ist nach Ansicht der WEKO zunächst bei den Personen der Fall, die eine Leitungsfunktion bei einem Aktionärs-Unternehmen innehaben und daher für das Wohlergehen des Aktionärs-Unternehmens mitverantwortlich sind und über ein gesteigertes Wissen über

das Geschäftsverhalten und die Interessen des Aktionärs-Unternehmens verfügen. Weiter ist das auch bei Personen der Fall, die früher Organ bei einem Aktionärs-Unternehmen waren oder dort eine Leitungsfunktion innehatten.⁴¹⁵³ Aufgrund ihrer vergangenen Tätigkeit sind diese Personen nach wie vor primär den Interessen ihres ehemaligen Unternehmens verpflichtet und haben ein gesteigertes Wissen über das Geschäftsverhalten und die Interessen des ehemaligen Unternehmens. Die WEKO ist allerdings der Ansicht, dass im Laufe der Zeit eine Abschwächung dieser Bindung eintritt und vor allem das Wissen um das gegenwärtige Geschäftsverhalten und die aktuellen Interessen des ehemaligen Unternehmens abnimmt. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit sieht sie daher eine Cooling-off-Periode von zehn Jahren vor, nach deren Ablauf eine Wahl ehemaliger Organe und Personen mit ehemaliger Leitungsfunktion statthaft ist.⁴¹⁵⁴ Den Aktionärs-Unternehmen ist deshalb zu untersagen, Personen in den VR von KAGA zu wählen, die bei einem Aktionärs-Unternehmen Organ sind oder eine Leitungsfunktion innehaben oder die bei einem solchen in den vergangenen zehn Jahren Organ waren oder eine Leitungsfunktion innehatten. Das wird in Dispositivziffer 1.2 angeordnet. Als nicht erforderlich erachtet die WEKO in diesem Zusammenhang die vom Sekretariat in Dispositivziffer 1.3 des Antrags beantragte Anordnung an KAGA, keine ausgeschlossenen Personen zur Wahl in den VR von ihr vorzuschlagen. Es genügt, wenn den Aktionärs-Unternehmen untersagt wird, solche Personen zu wählen, einer zusätzlichen Verpflichtung von KAGA, solche Personen nicht vorzuschlagen, bedarf es nicht.

2138. Wie bereits das Sekretariat ausgeführt hat, ist diese Massnahme zu ergänzen mit damit übereinstimmenden Vorgaben hinsichtlich der Besetzung der Geschäftsleitung von KAGA. Es kann auf die diesbezüglichen Ausführungen des Sekretariats verwiesen werden.⁴¹⁵⁵ Das wird in Dispositivziffer 1.5 angeordnet.

2139. Die WEKO zieht damit den Kreis der Personen, die nicht mehr in den VR von KAGA gewählt werden und in der Geschäftsleitung der KAGA beschäftigt sein dürfen, bedeutend kleiner als das Sekretariat es beantragt hat und nimmt dabei nicht mehr auf die Bestimmung von Art. 728 OR zur ordentlichen Revision Bezug.⁴¹⁵⁶ Ebenso wie das Sekretariat ist sie zwar der Ansicht, dass auch bei weiteren Personen ein beachtliches Näheverhältnis zu den Aktionärs-Unternehmen bestehen kann,

⁴¹⁴⁷ Rz 957 f.

⁴¹⁴⁸ Siehe in diesem Zusammenhang Rz 2054 f.

⁴¹⁴⁹ Siehe Rz 2126 letztes Lemma und 2129.

⁴¹⁵⁰ Siehe Rz 2127 dazu, dass damit die subtilen, indirekten Beeinflussungen und Folgen allerdings nicht beseitigt werden können.

⁴¹⁵¹ Rz 2074 ff.

⁴¹⁵² Rz 704; siehe auch Stellungnahmen der Parteien Rz 2113.

⁴¹⁵³ Siehe auch Stellungnahmen der Parteien, Rz 2107.

⁴¹⁵⁴ Damit nimmt die WEKO auch das diesbezügliche Anliegen von KAGA auf (Act. VIII.156 Rz 174).

⁴¹⁵⁵ Rz 2077.

⁴¹⁵⁶ Es erübrigt sich daher, auf die diesbezüglichen Vorbringen von KAGA in Act. VIII.156 Rz 201 ff. näher einzugehen. Anzumerken bleibt jedoch, dass diese Massnahme nicht «nur» hinsichtlich Informationsaustauschs angeordnet wurde (was in Act. VIII.156 Rz 204 und 208 übergangen wird), sondern auch hinsichtlich der Zusammenarbeit der Aktionärinnen im Rahmen von KAGA.

das dazu führen dürfte, dass diese Personen das Interesse «ihres» Aktionärs-Unternehmens bei Beschlüssen im VR von KAGA mitberücksichtigen. Auch aus dem Entsenderecht und der Tatsache der Entsendung durch ein bestimmtes Aktionärs-Unternehmen ergibt sich solches. Dennoch verzichtet die WEKO aus Verhältnismässigkeitsüberlegungen darauf, den Personenkreis weiter zu fassen (vgl. Dispositivziffern 1.2 und 1.4 des Antrags des Sekretariats) und das Entsenderecht der Aktionärinnen aufzuheben (Dispositivziffer 1.1 des Antrags des Sekretariats). Ausschlaggebend für die WEKO ist dabei zweierlei: Einerseits kommt sie zum Schluss, dass eine eigentumsrechtliche Entflechtung unverhältnismässig im engeren Sinne wäre. Aufgrund dessen müssen subtile, indirekte Beeinflussungen und Folgen allerdings hingenommen werden, sie lassen sich nicht verhindern.⁴¹⁵⁷ Es erscheint daher konsequent und steht im Einklang damit, auch nicht jegliches Näheverhältnis bei den in den VR wählbaren resp. in die Geschäftsleitung berufbaren Personen zu einem Aktionärs-Unternehmen ausschliessen zu wollen, das die Gefahr einer Mitberücksichtigung von dessen Interessen birgt. Die WEKO beschränkt sich auf die wesentlichsten Personen, die zudem über ein gesteigertes Wissen über die Aktionärs-Unternehmen verfügen. Andererseits ist die WEKO der Ansicht, dass mit weiteren Anordnungen (dazu sogleich) die Beeinflussungsmöglichkeiten der Aktionärs-Unternehmen in ausreichendem Masse zurückgebunden werden können. Bei der Kombination dieser weiteren Massnahmen mit dem bedeutend kleineren Kreis ausgeschlossener Personen für eine Wahl in den VR von KAGA oder eine Beschäftigung in der Geschäftsleitung von KAGA handelt es sich insgesamt um ebenso taugliche, aber mildere Massnahmen als bei einem weiter definierten Kreis ausgeschlossener Personen, weshalb ihnen der Vorzug zu geben ist.

2140. Gemäss dem Vorangehenden gilt es, mit weiteren Massnahmen die Beeinflussungs- und Einflussnahmemöglichkeiten der Aktionärs-Unternehmen auf KAGA zu minimieren. Wie ausgeführt sind weiterhin Personen in den VR von KAGA wählbar, die in einem Näheverhältnis zu einem Aktionärs-Unternehmen stehen und von diesem entsandt wurden, was die Gefahr einer Mitberücksichtigung der Interessen dieses Aktionärs-Unternehmens birgt. Es gilt daher zunächst, den Einflussbereich des VR von KAGA so gering als möglich zu halten. Zu diesem Zweck wird KAGA verpflichtet, die Geschäftsführung soweit gesetzlich zulässig in einem Organisationsreglement an ihre Geschäftsleistung zu übertragen (vgl. Art. 716b OR).⁴¹⁵⁸ Die Aufgaben des VR werden dadurch auf die in Art. 716a OR festgehaltenen unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben beschränkt, was den Einflussbereich des VR und damit auch das Ausmass der Möglichkeit der dortigen Berücksichtigung der Interessen der Aktionärs-Unternehmen reduziert. Das wird in Dispositivziffer 1.4 angeordnet. Aufgrund dieser Anordnung sind die vom Sekretariat in Dispositivziffern 1.11 und 1.12 beantragten Massnahmen überflüssig, weshalb die WEKO auf diese verzichtet.

2141. Weiter ist den Aktionärs-Unternehmen zu untersagen, den von ihnen in den VR von KAGA entsandten Personen irgendwelche Vorgaben zu machen, wie sich

diese dort verhalten oder abstimmen sollen. Würde das nicht untersagt, könnten die Aktionärs-Unternehmen bloss Strohmänner und -frauen in den VR von KAGA entsenden und diesen Weisungen für ihr dortiges Verhalten erteilen.⁴¹⁵⁹ Das wird in Dispositivziffer 1.3 untersagt. Aufgrund dieser Untersagung in Verbindung mit den in Rz 2139 gemachten Ausführungen ist es aus Sicht der WEKO nicht erforderlich, das Entsenderecht aufzuheben, wie dies das Sekretariat in Dispositivziffer 1.1 seines Antrags beantragt hat.

2142. Vorgaben an die Person, die ein Aktionärs-Unternehmen in den VR von KAGA entsendet, sind zwar die offensichtlichste, aber keineswegs die einzige Möglichkeit, wie die Aktionärs-Unternehmen das Geschäftsgebaren von KAGA innerhalb ihres Gesellschaftszwecks beeinflussen und so den von ihr ausgehenden Wettbewerbsdruck dosieren können. Sie könnten dafür beispielsweise auch bei der Geschäftsleitung von KAGA vorstellig werden, von anderen Aktionärs-Unternehmen in den VR entsandte Personen angehen, sich an einer GV von KAGA entsprechend äussern oder Mitarbeitende von KAGA beeinflussen. Um KAGA soweit möglich von den Aktionärs-Unternehmen zu trennen, ist den Aktionärs-Unternehmen daher generell zu untersagen, das Geschäftsgebaren von KAGA mitzulenken. Den Aktionärs-Unternehmen wird daher untersagt, der KAGA bezüglich des Abbaus von Kiesvorkommen, des Betriebs von Kies- und Recyclinganlagen, von Aushub- und Inertstoffdeponien, sowie des Vertriebs von Sand, Kies- und anderen Baustoffen Vorgaben strategischer oder operativer Natur zu machen. Das wird in Dispositivziffer 1.1 angeordnet. Evident ist, dass damit künftig insbesondere auch das in Art. 2 des KAGA-Vertrags verankerte Vetorecht der Aktionärs-Unternehmen⁴¹⁶⁰ nicht mehr beachtlich ist, würde es sich bei Beanspruchung dieses Vetorechts doch um eine Vorgabe strategischer Natur handeln.

2143. Mit dieser generellen Untersagung von Vorgaben strategischer oder operativer Natur seitens der Aktionärs-Unternehmen an KAGA bezüglich des Abbaus von Kiesvorkommen, des Betriebs von Kies- und Recyclinganlagen, von Aushub- und Inertstoffdeponien, sowie des Vertriebs von Sand, Kies- und anderen Baustoffen wird unterbunden, dass die Aktionärs-Unternehmen direkt Einfluss auf das Geschäftsverhalten von KAGA nehmen. In dieselbe Richtung zielte übrigens bereits Dispositivziffer 1.6 des Antrags des Sekretariats. Die WEKO ist abweichend vom Sekretariat der Ansicht, dass diese generelle Untersagung ausreichend ist und übernimmt daher weitere vom Sekretariat beantragte Massnahmen nicht. Die in Dispositivziffer 1.5 des Antrags beantragte Massnahme ist aus Sicht der WEKO kaum justiziabel und hat

⁴¹⁵⁷ Rz 2130 und 2134.

⁴¹⁵⁸ Diese Massnahme wird von einigen Parteien als mildere Massnahme aufgeworfen (Rz 2101 ff.).

⁴¹⁵⁹ So hält etwa Kästli-Gruppe fest, ein Aktionärsvertreter folge im VR der Aktiengesellschaft i.d.R. den Weisungen «seiner» Aktionärin (Rz 701).

⁴¹⁶⁰ Siehe Rz 583.

primär Signalwirkung. Die WEKO erachtet diese Anordnung als wenig gewinnbringend und daher als nicht erforderlich. Ebenfalls als nicht erforderlich erachtet die WEKO die flankierenden Massnahmen, die das Sekretariat in Dispositivziffern 1.7–1.10 des Antrags beantragt hat, zumal derzeit keine Anzeichen dafür bestehen, dass die Parteien solche Umgehungsstrategien ergreifen würden.

2144. Mit der Kombination der vorangehenden Massnahmen werden zumindest die direkten und wesentlichsten Einflussnahmemöglichkeiten der Aktionärs-Unternehmen auf KAGA und deren Marktverhalten unterbunden. Dadurch wird KAGA wenn auch nicht vollständig, so doch zumindest in bedeutendem Ausmass, von den Interessen der Aktionärs-Unternehmen an einer Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch KAGA losgelöst. Gegenstand B der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung, die Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch KAGA, wird dadurch zwar nicht vollständig beseitigt, aber doch in wesentlichem Ausmass begegnet. Damit wird auch dem Kerngegenstand, den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den umfangreichen Kiesvorkommen im Aaretal resp. deren Abbau auf die Aktionärs-Unternehmen ausgeht, entgegengewirkt.

2145. Bezüglich Gegenstand C verhält es sich so, dass dessen gut greifbare Unterasspekte des Konkurrenzverbots zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet und der Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben, Gegenstand spezifischer Massnahmen sind.⁴¹⁶¹ Insofern erübrigen sich an dieser Stelle Massnahmen. Übrig bleibt damit die Verpflichtung zu «loyaler» Konkurrenz unter den Aktionärs-Unternehmen. Hierbei handelt es sich um eine Art allgemein gehaltenes Grundverständnis, das schwer greifbar ist und dessen konkreten Folgen sich kaum fassen lassen. Infolgedessen erweist es sich als entsprechend schwierig bis unmöglich, konkrete Massnahmen zu formulieren, mit denen diesem kartellrechtswidrigen Verhalten begegnet werden könnte. Durch die hinsichtlich Gegenstand B zu erlassenden Massnahmen, insbesondere Dispositivziffer 1.2, wird aber erreicht, dass sich die Aktionärs-Unternehmen nicht mehr regelmässig im Rahmen der VR-Sitzungen von KAGA treffen und dort gemeinsam ihre Interessen aushandeln. Der Wegfall dieser mehrmals jährlich stattfindenden Treffen dürfte dazu beitragen, die Verbundenheit unter den Aktionärs-Unternehmen abzuschwächen und damit auch ihre Verpflichtung zu «loyaler» Konkurrenz aufzuweichen. Insofern dienen diese Massnahmen zugleich auch der Beseitigung von Gegenstand C. Die WEKO erachtet es aber nicht als zweckmässig, darüber hinausgehend noch weitere Massnahmen anordnen zu wollen, die spezifisch die Verpflichtung zu «loyaler» Konkurrenz anvisieren. Solche Massnahmen liessen sich kaum formulieren und dürften im Übrigen auf eine blosser Signal- oder Appellwirkung beschränkt sein.

2146. Ergänzend ist festzuhalten, dass die spezifisch hinsichtlich des Informationsaustauschs im VR von KAGA anzuordnenden Massnahmen gemäss Dispositivziffern 1.6–1.8 (dazu nachfolgend Rz 2164 ff.) immerhin indirekt ebenfalls dazu beitragen, die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gemäss den Gegenständen B und C einzuschränken.

Verhältnismässigkeit und Bestimmtheit der anzuordnenden Verhaltensmassnahmen

2147. Zur teilweisen Beseitigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung und zur weitgehenden Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs sieht die WEKO zusammengefasst die Kombination folgender Massnahmen vor:

- Verbot an die Aktionärs-Unternehmen, KAGA Vorgaben strategischer oder operativer Natur bezüglich des Abbaus von Kiesvorkommen, des Betriebs von Kies- und Recyclinganlagen, von Aushub- und Inertstoffdeponien, sowie des Vertriebs von Sand, Kies- und anderen Baustoffen zu machen (Dispositivziffer 1.1);
- Verbot an die Aktionärs-Unternehmen, Personen in den VR von KAGA zu wählen, die bei einem Aktionärs-Unternehmen Organ sind oder eine Leitungsfunktion innehaben oder bei diesen in den vergangenen zehn Jahren Organ waren oder eine Leitungsfunktion innehatten (Dispositivziffer 1.2);
- Verbot an die Aktionärs-Unternehmen, den von ihnen in den VR von KAGA entsandten Personen irgendwelche Vorgaben zu machen, wie sie sich dort verhalten oder abstimmen sollen (Dispositivziffer 1.3);
- Verpflichtung von KAGA, die Geschäftsführung soweit zulässig an eine Geschäftsleitung zu übertragen (Dispositivziffer 1.4);
- Verbot an KAGA, in ihrer Geschäftsleitung Personen zu beschäftigen, welche die Wählbarkeitsvoraussetzungen für VR-Mitglieder gemäss Dispositivziffer 1.2 nicht erfüllen (Dispositivziffer 1.5).

2148. Nachfolgend ist zu beurteilen, ob diese Verhaltensmassnahmen in ihrer Gesamtheit verhältnismässig sind.⁴¹⁶² Sie müssen erstens geeignet, d.h., tauglich, sein, um mit ihnen das angestrebte Ziel zu erreichen, sie müssen zweitens erforderlich sein, d.h. sie müssen das mildeste geeignete Mittel sein, und sie müssen drittens zumutbar sein, d.h., es muss ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff gewahrt werden.⁴¹⁶³

2149. Bei all diesen Massnahmen geht es darum, das gemeinsame Lenken von KAGA durch die Aktionärs-Unternehmen, mit welchem diese den Wettbewerbsdruck durch KAGA dosieren, sowie das Einfließenlassen des Interesses der Aktionärs-Unternehmen an einem gedämpften Wettbewerbsdruck, der von den umfangreichen Kiesvorkommen im Aaretal resp. deren Abbau auf sie ausgeht, zu unterbinden bzw. zu reduzieren.⁴¹⁶⁴ Wie in den vorangehenden Ausführungen dargelegt, ist die Kombination dieser Massnahmen geeignet, zumindest die direkten Einflussnahmemöglichkeiten zu

⁴¹⁶¹ Rz 2195 ff. resp. Rz 2188 ff.

⁴¹⁶² Siehe dazu die Stellungnahmen der Parteien zur Thematik der Verhältnismässigkeit, Rz 2101 ff.

⁴¹⁶³ Rz 2038.

⁴¹⁶⁴ Soweit Parteien in ihren Stellungnahmen die Eignung der Massnahmen hinsichtlich etwas anderem prüfen (so etwa Act. VIII.163 Rz 93–95), weichen sie vom Befund der WEKO hinsichtlich des Sachverhalts oder der rechtlichen Erwägungen ab. Es erübrigt sich, auf solche Vorbringen einzugehen.

unterbinden und die Gefahr, dass wettbewerbsfeindliche Interessen der Aktionärs-Unternehmen in das Geschäftsverhalten von KAGA einfließen, zu reduzieren. Die Massnahmen ergänzen sich dabei und betreffen jeweils unterschiedliche Einflussmöglichkeiten. Nicht geeignet sind diese Massnahmen hingegen dafür, auch die subtileren, indirekten Beeinflussungen und Folgen, die sich aus dem Aktienrecht ergeben, zu unterbinden. Das wäre nur mit einer strukturellen Massnahme im Sinne einer eigentumsrechtlichen Entflechtung möglich, die sich jedoch als unverhältnismässig im engeren Sinne erwiesen hat. Dass die Massnahmen nicht geeignet sind, zusätzlich auch noch die subtileren, indirekten Beeinflussungen und Folgen zu verhindern, macht sie aber nicht etwa ungeeignet im Sinne der Verhältnismässigkeitsprüfung, wird mit ihnen doch gar nicht erst das Ziel angestrebt, auch diese Beeinflussungen und Folgen zu verhindern.

2150. Bei der Kombination dieser Massnahmen handelt es sich weiter um das mildeste taugliche Mittel. Zum einen ist es nicht möglich, auf eine oder mehrere dieser Massnahmen zu verzichten, ohne dass damit auch eine Einbusse bei der Erreichung des angestrebten Ziels verbunden wäre. Die Massnahmen ergänzen sich und decken jeweils andere Möglichkeiten der Beeinflussung ab. Eine Teilmenge dieser Massnahmen wäre nicht ein ebenso taugliches Mittel zur Zielerreichung. Zum anderen sind keine alternativen Massnahmen ersichtlich, die zur Erreichung des angestrebten Ziels ebenso tauglich, aber jeweils milder wären. Eine zeitliche Beschränkung dieser Massnahmen ist ebenfalls kein milderer, *ebenso taugliches* Mittel.⁴¹⁶⁵ Denn solange die bisherigen Verhältnisse mehr oder weniger unverändert andauern, sind diese Massnahmen weiterhin erforderlich, was eine zeitliche Befristung ausschliesst. Sollten sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse künftig einmal wesentlich ändern, könnten die Massnahmen alsdann gemäss Art. 30 Abs. 3 KG geändert werden. Damit ist dem Bedürfnis der Parteien (und auch der Wettbewerbsbehörden), die Massnahmen an geänderte Verhältnisse anpassen zu können, hinreichend Rechnung getragen. Die Kombination dieser Massnahmen ist daher erforderlich.

2151. Zu beurteilen ist schliesslich, ob die Kombination dieser Massnahmen auch verhältnismässig im engeren Sinne ist. Wie bereits bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne bezüglich der erwogenen strukturellen Massnahme ausgeführt,⁴¹⁶⁶ hat das angestrebte Ziel, die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen und den wirksamen Wettbewerb soweit möglich wiederherzustellen, ein sehr grosses Gewicht da durch das Zusammenwirken im Rahmen der gemeinsamen KAGA-(Infra-)Struktur der wirksame Wettbewerb in grundlegender Weise beschränkt wird. Dem ist die Schwere des Eingriffs gegenüberzustellen. Die Schwere der Eingriffe durch die einzelnen Massnahmen ist höchstens als eher gering zu werten, auch wenn es sich teilweise um Grundrechtseingriffe handeln mag: Dispositivziffer 1.2 greift in die Eigentumsgarantie (Aktienrecht) sowie die Wirtschaftsfreiheit ein. Allerdings ist der Eigentumseingriff deutlich beschränkt. Den Aktionärinnen wird das Eigentum an den Aktien von KAGA belassen und in ihre aktienrechtlichen Vermögensrechte

wird nicht eingegriffen. Betroffen ist einzig ihr aktienrechtliches Stimmrecht und auch dies nur hinsichtlich eines, wenn auch wichtigen Punktes, der freien Wahl von VR-Mitgliedern. Das diesbezügliche Stimmrecht wird jedoch nicht etwa entzogen, sondern bloss eingeschränkt, indem bestimmte Personen nicht mehr in den VR von KAGA wählbar sind – abgesehen davon sind die Aktionärinnen in ihrer Wahl weiterhin frei. Ein aktienrechtliches Recht von Aktionärinnen mit Minderheitsbeteiligungen (wie hier), im VR der Aktiengesellschaft vertreten zu sein, besteht wie bereits ausgeführt nicht.⁴¹⁶⁷ Die von einigen Parteien ins Spiel gebrachte principal-agent-Problematik⁴¹⁶⁸ wird im Aktienrecht gerade nicht angegangen, sei es etwa durch Normen zur Zusammensetzung des VR oder zur Repräsentanz einzelner Aktionärinnen im VR, sondern hingenommen.⁴¹⁶⁹ Selbst wenn der Eingriff hinsichtlich der principal-agent-Problematik mit gewissen Nachteilen verbunden sein sollte, liegt insofern kein Eingriff in die Eigentumsgarantie. Von ähnlich geringem Gewicht ist auch der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Entgegen der Darstellung einiger Parteien wird durch die Massnahmen nicht etwa verunmöglichlicht, branchenkundige Personen für die Besetzung des VR von KAGA zu finden,⁴¹⁷⁰ können doch solche Personen beispielsweise aus anderen Regionen in der Schweiz rekrutiert werden. Die KAGA war in der Vergangenheit sodann bereit, relativ hohe Verwaltungsrats-honorare auszuschütten,⁴¹⁷¹ was die Suche nach geeigneten Personen weiter erleichtern dürfte. Im Übrigen könnte eine Verkleinerung des aktuell siebenköpfigen VR (bei einer Gesellschaft mit rund 20 Mitarbeitenden) die Suche weiter vereinfachen. Dass die WEKO den Kreis ausgeschlossener Personen deutlich kleiner zieht als das Sekretariat, ist bezüglich der Suche nach geeigneten VR-Mitgliedern ebenfalls bedeutend. Dass die principal-agent-Problematik, wenn es nicht mehr die Organe der Aktionärinnen sind, welche die KAGA in deren VR gemeinsam lenken, «mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Bedeutungslosigkeit der KAGA führen» würde,⁴¹⁷² überzeugt mit Blick auf die zahlreichen erfolgreichen Aktiengesellschaften, bei denen die principal-agent-Problematik ebenfalls vorhanden ist, nicht. Der mit dieser Massnahme verbundene Eingriff erscheint eher gering. Mit Dispositivziffern 1.1 und 1.3 dürfte in die Wirtschaftsfreiheit der Aktionärs-Unternehmen eingegriffen werden, da die faktische Möglichkeit der Aktionärs-Unternehmen, den von ihnen in den VR von KAGA entsandten Personen Weisungen zu erteilen, sowie anderweitig der KAGA Vorgaben zu machen, beschnitten wird. Ein Eingriff in die Eigentumsgarantie dürfte damit hingegen nicht verbunden sein, da im Aktienrecht weder ein

⁴¹⁶⁵ So aber Vigier mit nur schwer nachvollziehbarer Begründung, da sich die von den übrigen Parteien abgeschlossene Teil-EVR, die sie hierfür vorbringt, gerade nicht auf diese Massnahme bezieht (vgl. Act. VIII.164 Rz 175). Die fehlende zeitliche Begrenzung rügend auch Act. VIII.157 S. 7.

⁴¹⁶⁶ Rz 2130.

⁴¹⁶⁷ Vgl. Rz 2126 erstes Lemma.

⁴¹⁶⁸ Dahingehend etwa Act. VIII.157 S. 3 f.

⁴¹⁶⁹ Illustrativ etwa BBl 2001 3148, 3229 zu Art. 707 OR.

⁴¹⁷⁰ Dahingehend etwa Act. VIII.156 Rz 172 f., Act. VIII.159 Rz 107, Act. VIII.164 Rz 174 drittes Lemma.

⁴¹⁷¹ Rz 534.

⁴¹⁷² So Act. VIII.157 S. 4.

Weisungsrecht der Aktionärinnen an VR-Mitglieder besteht noch ein Recht der Aktionärinnen, der Aktiengesellschaft Vorgaben strategischer oder operativer Natur zu machen⁴¹⁷³ (die GV kann nur, aber immerhin, den Zweck ändern, vgl. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR).⁴¹⁷⁴ Für die strategische und operative Ausrichtung der Gesellschaft innerhalb ihres Zwecks ist der VR bzw. die Geschäftsleitung zuständig (Art. 716 Abs. 1 OR, ferner Art. 716a und 716b OR), nicht die Aktionärinnen. Entscheidend ist das aber ohnehin nicht. Es werden mit dieser Massnahme keine Vorgaben zum Verhalten von KAGA gemacht, sondern einzig die faktischen Einflussnahmemöglichkeiten der Aktionärs-Unternehmen, die jeweils keine Kontrolle über KAGA haben, zurückgebunden. KAGA kann sich in innerhalb ihres Gesellschaftszwecks (nunmehr) frei entfalten. Der mit diesen Massnahmen verbundene Eingriff ist als eher leicht zu werten. Dispositivziffern 1.4 und 1.5 greifen zwar in die Organisationsfreiheit und damit in die Wirtschaftsfreiheit von KAGA ein. Aber es ist auch zu berücksichtigen, dass KAGA bereits bisher über eine Geschäftsleitung verfügte, sie sich also nicht völlig anders organisieren muss. Die Möglichkeit zur Delegation der Geschäftsführung an die Geschäftsleitung ist sodann bereits im OR vorgesehen, weshalb sie nicht als aussergewöhnlich starke Belastung anzusehen ist. Im Übrigen schlägt auch KAGA selbst diese Massnahme als alternative, mildere Massnahme vor,⁴¹⁷⁵ was zeigt, dass sie den damit verbundenen Eingriff als nicht schwerwiegend erachtet. Schliesslich erfüllte die bisherige Geschäftsleitung, soweit ersichtlich und wie von KAGA behauptet,⁴¹⁷⁶ die Anforderungen gemäss Dispositivziffer 1.5. Das zeigt, dass diese Einschränkung für KAGA bloss wenige praktische Probleme darstellen dürfte.⁴¹⁷⁷ Ergänzend ist auf die vorangehenden Ausführungen zu verweisen, wonach geeignete, branchenkundige Personen für die Besetzung des VR von KAGA auffindbar sind, was gleichermaßen für die Geschäftsleitung zutrifft. Der Eingriff durch diese Massnahmen ist als gering einzustufen. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die mit den einzelnen Massnahmen verbundenen Eingriffe bescheiden oder zumindest als eher gering einzustufen sind. Zwar ist der Eingriff gesamthaft betrachtet als etwas gewichtiger einzustufen, da mehrere Massnahmen kombiniert werden. Aber auch der mit der Kombination dieser Massnahmen verbundene Eingriff wiegt in seiner Gesamtheit jedenfalls nicht schwer, sondern bleibt als höchstens mittelschwer einzustufen. Dem verfolgten Ziel kommt demgegenüber ein sehr grosses Gewicht zu und es besteht ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem erfolgten Eingriff. Die Massnahmen sind daher verhältnismässig im engeren Sinne.

2152. An dieser Stelle ist kurz auf den deutschen Fall «Nord-KS/Xella» einzugehen,⁴¹⁷⁸ den Kästli-Gruppe aufgreift und zu dem sie festhält, dieser betreffe einen vergleichsweise ähnlich gelagerten Sachverhalt, weshalb er «für das vorliegende Verfahren als Auslegungshilfe hinzugezogen werden» könne.⁴¹⁷⁹ In diesem Fall ging es um die Gesellschaft X, die mit 17,5 % Anteil an der Gesellschaft N-K beteiligt und im selben Markt tätig ist wie diese (Kalksandsteinwerke). Einer der weiteren (bei Berücksichtigung der Beteiligungen) drei Anteilseigner ist ebenfalls im selben Markt tätig. Alle Anteilseigner entsandten ein Mitglied in den Beirat der N-K. Das OLG

kam zum Schluss, die vom Bundeskartellamt ausgesprochene Verpflichtung gegenüber X, als Gesellschafterin bei N-K auszuscheiden, gehe als strukturelle Massnahme zu weit. Es genüge, X die weitere Durchführung des wegen Kartellrechtswidrigkeit nichtigen Gesellschaftsvertrags zu untersagen. X habe dadurch die Freiheit, selber zu entscheiden, ob sie aus der mangels gültigen Gesellschaftsvertrags nicht existenten N-K «auscheiden» oder ihre übrigen Kalksandsteinaktivitäten aufgeben wolle. Ob eine reine Kapitalbeteiligung von X an N-K zulässig wäre, liess das OLG offen (siehe E. B.II Rz 57). Bestätigt hat das OLG Düsseldorf hingegen das vom Bundeskartellamt angeordnete Verbot gegenüber X, weiter an Beiratssitzungen teilzunehmen, ihre Stimmrechte im Beirat auszuüben und Protokolle der Beiratssitzungen anzufordern oder einzusehen (siehe E. B.III Rz 59). Wenn Kästli-Gruppe dieses Urteil als Auslegungshilfe im vorliegenden Fall herangezogen wissen will, kann die WEKO darüber nur ihr Erstaunen äussern. Denn aus Sicht der WEKO bestätigt dieser Fall gerade, dass es richtig ist, die Einsitznahme der Aktionärinnen im VR von KAGA und den Fluss von Informationen über KAGA aus den VR-Sitzungen zu den Aktionärinnen zu unterbinden. Schliesslich sei erwähnt, dass gemäss OLG die N-K als nicht existent zu betrachten sei, da der Gesellschaftsvertrag wegen Kartellrechtswidrigkeit nichtig sei – «mild» erscheint das der WEKO nicht.

2153. An dieser Stelle sei sodann noch ein Vorbringen der Parteien adressiert, das diese gegen die vom Sekretariat im Antrag beantragten Massnahmen vorgetragen haben, nämlich dass die gesetzliche Grundlage für diese Grundrechtseingriffe ungenügend sei.⁴¹⁸⁰ Wie bereits ausgeführt, ist es insofern nicht von Belang, ob die Vorgaben zum Kreis der in den VR von KAGA wählbaren Personen nun als strukturelle Massnahmen oder als Verhaltensmassnahmen bezeichnet werden.⁴¹⁸¹ Relevant ist vielmehr die Schwere des Eingriffs, die wie ausgeführt als höchstens mittelschwer einzustufen ist. Mit Art. 30 Abs. 1 KG sind die Anforderungen an Normstufe und -dichte daher ohne Weiteres erfüllt, es besteht also eine genügende gesetzliche Grundlage.

2154. Zu beurteilen bleibt, ob diese Massnahmen den Bestimmtheitsanforderungen genügen, die an ein verwaltungsrechtliches Dispositiv gestellt werden.⁴¹⁸² Die verpflichteten Parteien müssen aufgrund der Massnahmen wissen, was sie zu tun resp. zu unterlassen haben. Das ist der Fall. Aus Sicht der WEKO könnte höchstens

⁴¹⁷³ Das scheint in Act. VIII.163 Rz 120 verkannt zu werden.

⁴¹⁷⁴ Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass kein Aktionärs-Unternehmen KAGA kontrolliert (Rz 1285 ff.), weshalb auch nicht in ein allfälliges «Recht» zur Konzernierung eingegriffen wird.

⁴¹⁷⁵ Act. VIII.156 Rz 211 erstes Lemma. Deutlich weniger weitgehend hingegen der Vorschlag von Kästli-Gruppe (siehe Act. VIII.163 Rz 114).

⁴¹⁷⁶ Act. VIII.156 Rz 216.

⁴¹⁷⁷ Die gegenteilige Behauptung von Marti-Gruppe überzeugend nicht (Act. VIII.159 Rz 108).

⁴¹⁷⁸ BGH, KVZ 55/07 vom 4.3.2008 und vor allem OLG Düsseldorf, VI-Kart 14/06 vom 20.6.2007.

⁴¹⁷⁹ Act. VIII.163 Rz 77.

⁴¹⁸⁰ Siehe dazu die Stellungnahmen, Rz 2093 ff., 2115 und 2116.

⁴¹⁸¹ Siehe Rz 2132.

⁴¹⁸² Siehe dazu die Stellungnahmen, Rz 2118.

bezüglich zweier Worte eine gewisse Unsicherheit behauptet werden. Zum einen das Wort «Vorgabe» in Dispositivziffern 1.1 und 1.3,⁴¹⁸³ zum anderen das Wort «Leitungsfunktion» in Dispositivziffer 1.2 und aufgrund Verweis in Dispositivziffer 1.5. Die Massnahmen sind stets im Kontext des festgestellten Sachverhalts und der beurteilten Verhaltensweisen zu sehen und zu verstehen, wobei eine gewisse Abstraktheit der Formulierung zulässig, ja, sogar angezeigt ist.⁴¹⁸⁴ Hinsichtlich des Worts «Vorgabe» ergibt sich aus den Erwägungen, dass an sich jede Einflussnahme seitens der Aktionärs-Unternehmen auf KAGA und insbesondere auch auf die von ihnen in den VR von KAGA entsandten Personen unerwünscht und kartellrechtlich problematisch ist. Damit nicht jede noch so beiläufige Bemerkung bereits als Verstoß gegen diese Massnahme aufgefasst und sanktioniert werden könnte, hat die WEKO den engeren Begriff der «Vorgabe» verwendet. Aus diesem Wort ist für die Verpflichteten ersichtlich, dass ihre Einflussnahme eine gewisse Intensität und Ernsthaftigkeit haben muss, um von der Massnahme erfasst zu werden. Das reicht für die Verpflichteten aus, um zu wissen, was sie künftig nicht mehr tun dürfen. Vigier beansprucht diesbezüglich in ihrer Stellungnahme zum Antrag eine Präzision,⁴¹⁸⁵ die nicht verlangt werden kann. Ab wann etwa «Empfehlungen» oder «Vorschläge» als eigentliche «Vorgaben» zu werten sind, kann nicht generell-abstrakt im Voraus definiert werden, sondern hängt von der konkreten Situation, den konkreten Äusserungen und den konkret involvierten Personen ab. Vigier sei an dieser Stelle jedoch darauf hingewiesen, dass auch «Empfehlungen, Meinungsäusserungen, Vorschläge» an die Adresse von KAGA oder an die in den VR entsandten Person nicht im Sinne der vorangehenden Erwägungen sind, ob sie nun als «Vorgabe» im Sinne von Dispositivziffern 1.1 und 1.3 zu verstehen sind oder nicht. Hinsichtlich des Worts Person mit «Leitungsfunktion» ergibt sich aus den vorangehenden Ausführungen, dass damit (ehemalige) Mitarbeitende bei einem Aktionärs-Unternehmen gemeint sind, die dort nicht bloss ausführend bzw. als Weisungsempfänger tätig sind resp. waren, sondern die auf höherer Hierarchiestufe tätig sind bzw. waren und in die Geschäftsstrategie, Ausrichtung oder operative Führung des Aktionärs-Unternehmens involviert sind bzw. waren. Dazu zählen zunächst einmal alle Personen, die für ein Aktionärs-Unternehmen im Handelsregister eingetragen sind resp. waren, beschränkt sich aber – schon nur aufgrund der Möglichkeit zur Umgehung – nicht darauf. Letztlich hängt es von der Grösse und Organisation jedes einzelnen Aktionärs-Unternehmens ab, wer als Person mit «Leitungsfunktion» einzustufen ist. Insofern ist darauf hinzuweisen, dass die Verpflichteten die Möglichkeit haben, sich vor der Entsendung resp. Wahl einer Person in den VR von KAGA bzw. der Besetzung in der Geschäftsleitung von KAGA bei den Wettbewerbsbehörden zu erkundigen, ob diese Person von Dispositivziffer 1.2 resp. 1.4 erfasst wird oder nicht. Die Massnahmen sind daher, wie ausgeführt, genügend bestimmt.

2155. Die in Rz 2147 aufgeführten Massnahmen erweisen sich als verhältnismässig und genügend bestimmt. Sie sind in den Dispositivziffern 1.1–1.5 anzuordnen.

E.1.3.4.2 Hinsichtlich des Rechts der Aktionärinnen, je ein Mitglied in den VR von KAGA zu entsenden, der gelebten Entsendepraxis und des Informationsaustauschs im VR (Dispositivziffern 1.2 teilweise, 1.6, 1.7, 1.8)

Einleitung und Ausgangslage

2156. Auch hier ist einleitend festzuhalten, um was es bei dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung und deren Auswirkungen geht, denen es mit entsprechenden Massnahmen zu begegnen gilt. Im Einklang mit den Ausführungen des Sekretariats im Antrag, welche die WEKO geringfügig ergänzt, stellt sich die Ausgangslage wie folgt dar:

2157. Die sechs Aktionärs-Unternehmen sind übereingekommen, dass die Aktionärinnen je einen Vertreter in den VR von KAGA abordnen können, aufgrund der gelebten Entsendepraxis die VR-Mitglieder von KAGA eine Doppelrolle innehaben und sämtliche Informationen im VR von KAGA untereinander, d.h. zwischen allen Aktionärs-Unternehmen sowie KAGA, ausgetauscht werden. In den damit untrennbar verbundenen Informationsaustausch zwischen den Aktionärs-Unternehmen im VR von KAGA ist KAGA zwangsläufig ebenfalls involviert. Die diesbezüglichen Massnahmen sind primär an die einbezogenen Gesellschaften der Aktionärs-Unternehmen zu richten,⁴¹⁸⁶ aber auch – soweit Abhilfe zu schaffen in ihrer Macht liegt – an KAGA.

2158. Sowohl diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung als auch deren Auswirkungen dauern an. Es sind daher Massnahmen erforderlich, um den (kartell)rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Da der kartellrechtliche Begriff der Wettbewerbsabrede nicht auf die Zivilrechtslage abstellt (Art. 4 Abs. 1 KG erfasst auch «nicht erzwingbare Vereinbarungen» und ferner sogar «aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen»), kann hier offenbleiben, ob und gegebenenfalls ab wann diese gegen Art. 5 Abs. 1 KG verstossende Wettbewerbsabrede trotz übergangsrechtlicher Fragen nichtig ist.⁴¹⁸⁷ Die Massnahmen zur Wiederherstellung des (kartell)rechtmässigen Zustands haben sich in Anbetracht der kartellrechtlichen Normen weniger auf allfällige «Verträge» oder andere Dokumente zu richten, in denen die Beteiligten ihren gemeinsamen Willen festgehalten haben mögen, sondern haben vielmehr auf das Wettbewerbsverhalten der Beteiligten und gegebenenfalls die von ihnen geschaffenen, gemeinsamen Marktstrukturen abzu zielen.

⁴¹⁸³ So Vigier in Bezug auf das Wort «Vorgabe» in Dispositivziffer 1.6 im Antrag des Sekretariats (vgl. Act. VIII.164 Rz 193 zweites Lemma.

⁴¹⁸⁴ Rz 2039.

⁴¹⁸⁵ Act. VIII.164 Rz 193 zweites Lemma.

⁴¹⁸⁶ Siehe Rz 1315. Es sind dies: Hofstetter, Messerli, Alluvia AG, Aare-Kies, Kieswerk Daepf A.G., Daepf Holding AG, Kästli, Kästli Beteiligungen AG, Heimberg, Marti, Marti Holding AG, Kiestag, Vigier Holding AG.

⁴¹⁸⁷ Vgl. Fn 4060.

2159. Der (kartell)rechtmässige Zustand hätte darin bestanden, dass die Beteiligten spätestens ab Inkrafttreten des aktuellen Kartellgesetzes im Jahre 1996 aufgeklärt hätten, im VR von KAGA insbesondere geschäftsrelevante, zukunftsbezogene Informationen zu KAGA, aber auch sensible Informationen bezüglich der Aktionärs-Unternehmen, untereinander zu teilen. Die Oberleitung der Gesellschaft sowie die Oberaufsicht über die Geschäftsführung sind jedoch unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des VR (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 5 OR) und VR-Mitglieder haben von Gesetzes wegen Auskunfts- und Einsichtsrechte (Art. 715a OR), um ihre Aufgabe erfüllen zu können. Dass im VR im Rahmen seiner unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben zwangsläufig vertrauliche, strategische Informationen hinsichtlich dieser Aktiengesellschaft, also KAGA, bekanntgegeben und beraten werden, halten denn auch mehrere Parteien explizit fest.⁴¹⁸⁸ Der (kartell)rechtmässige Zustand kann deshalb mit Blick auf die Einheit der Rechtsordnung nicht darin bestehen, dass im VR von KAGA keine geschäftsrelevanten, zukunftsbezogenen Informationen zu KAGA mehr fliessen und solche Themen dort nicht mehr behandelt werden.⁴¹⁸⁹ Der (kartell)rechtmässige Zustand hätte vielmehr darin bestanden, dass unterbunden wird, dass die im VR von KAGA erlangten Informationen an die Aktionärs-Unternehmen gelangen; und umgekehrt, dass keine Informationen zu Aktionärs-Unternehmen in den VR von KAGA getragen werden. Das hätte zumindest eine Änderung der bisher gelebten Entsendepraxis und eine Neubesetzung des VR von KAGA erfordert. Denn solange Organe der Aktionärs-Unternehmen im VR von KAGA präsent sind, sind die dort erlangten Informationen aufgrund Doppelorganschaft zugleich zwangsläufig auch dem entsprechenden Aktionärs-Unternehmen bekannt.

2160. Dass von 1996 bis dato Organe der Aktionärs-Unternehmen im VR von KAGA sassen und entsprechend im VR von KAGA ein Informationsaustausch zwischen KAGA und den Aktionärs-Unternehmen erfolgte, kann faktisch nicht mehr rückgängig gemacht werden. Dasselbe gilt für die Einsitznahme von Schlüsselpersonen der Aktionärs-Unternehmen im VR von KAGA. Es sind keine Massnahmen ersichtlich, welche die natürlichen Personen, die im VR von KAGA Einsitz genommen haben, wieder in den Zustand der «Nichtwissenheit» zurückversetzen könnten. Und auch wenn all diese natürlichen Personen verpflichtet würden, ihre Organstellung oder ihre Schlüsselposition bei den jeweiligen Aktionärs-Unternehmen per sofort aufzugeben, liesse sich dadurch der bereits erfolgte Informationsaustausch nicht mehr ungeschehen machen. Geeignete Massnahmen, um den bereits eingetretenen Informationsaustausch wieder aufzuheben und rückgängig zu machen, sind nicht ersichtlich. Ebenso wenig sind Massnahmen ersichtlich, die geeignet sein könnten, die Verwendung des durch den Informationsaustausch bereits erlangten Wissens und damit die Auswirkungen des erfolgten Informationsaustauschs effektiv zu unterbinden. Immerhin schwächen sich die möglichen Auswirkungen des bereits erfolgten Informationsaustauschs nach und nach ab und verschwinden mit der Zeit von selbst. Denn die erlangten Informationen verlieren im Laufe der Zeit ihre Aktualität und lassen, je älter sie werden, immer weniger Rückschlüsse auf das künftige Verhalten zu. Mit ande-

ren Worten reduziert sich die Gefahr, dass die erlangten Informationen zu einem Kollusionsergebnis führen können, ohne weiteres Zutun mit dem Zeitablauf und damit der Alterung der ausgetauschten Informationen von selbst. Bei den anzuordnenden Massnahmen kann es demnach aus faktischen Gründen einzig darum gehen, den künftigen Informationsaustausch zu unterbinden, also zu verhindern, dass weiterhin Informationen ausgetauscht werden, die zu einem Kollusionsergebnis führen können.

Verhaltensmassnahmen zur Beseitigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung und zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs

2161. Aufgrund der vorangehenden Ausführungen ist klar, dass – soweit Informationen zu KAGA betreffend – nicht an den im VR von KAGA ausgetauschten Informationen über KAGA anzusetzen ist, sondern an deren «Weiterleitung» an die Aktionärs-Unternehmen. Um das zu erreichen, ist es einerseits unausweichlich, die bisher gelebte Entsendepraxis zu ändern. Andererseits ist auch eine Weiterleitung von Informationen, die nach Anpassung der Entsendepraxis von Personen im VR von KAGA über KAGA erlangt wurden, an die Aktionärs-Unternehmen zu verhindern. Bezüglich Informationen zu Aktionärs-Unternehmen ist zu unterbinden, dass diese in den VR von KAGA hineingetragen und dort ausgetauscht werden. Um das zu erreichen, bedarf es folgender Massnahmen:

2162. Bisher lebten die Aktionärs-Unternehmen ihr vertragliches Recht zur Entsendung einer Person in den VR von KAGA fast ausnahmslos so aus, dass sie eine Person sandten, die bei ihnen selbst Organ war. Bei einer solchen Doppelorganschaft braucht es keine «Wissensweiterleitung» vom VR-Mitglied der KAGA an die Aktionärs-Unternehmung, damit das Wissen dort auch vorhanden ist. Vielmehr ist dieses Wissen unweigerlich stets unmittelbar bei beiden juristischen Personen vorhanden, da beide in derselben natürlichen Person verkörpert sind. Wie gesagt, der Hut mag zwar gewechselt werden, der Kopf darunter bleibt aber immer derselbe.⁴¹⁹⁰ Und in diesem Kopf ist das Wissen inklusive sämtlicher Geschäftsgeheimnisse faktisch vorhanden, das im VR der einen Gesellschaft erlangt wird.⁴¹⁹¹ Daran ändert weder die gesetzliche Treuepflicht gegenüber dieser Gesellschaft etwas noch kann dies durch Geheimhaltungsklauseln oder andere Vorkehrungen wie Chinese Walls unterbunden werden.⁴¹⁹² Dies lässt sich einzig dadurch verhindern, indem untersagt wird, dass Personen, die bei einem Aktionärs-Unternehmen Organ

⁴¹⁸⁸ Act. VIII.162 Rz 81, 92 und 114; Act. VIII.164 Rz 69, ferner etwa Act. VIII.161 Rz 58.

⁴¹⁸⁹ Der Vorschlag von Kästli-Gruppe, als mildere Massnahme könnte ein Verbot zum Austausch der fraglichen Informationen im VR von KAGA auszusprechen (Act. VIII.163 Rz 109), und auch KAGA (Act. VIII.156 Rz 152), ist nicht gangbar. Da damit dem VR von KAGA verunmöglicht würde, seine im Gesetz vorgesehenen Aufgaben faktisch wahrnehmen zu können, wäre eine solche Massnahme im Übrigen auch nicht milder.

⁴¹⁹⁰ Rz 686.

⁴¹⁹¹ Siehe auch Rz 704.

⁴¹⁹² Siehe dazu die Stellungnahmen der Parteien zur Verhältnismässigkeit, Rz 2101 ff.

sind, im VR von KAGA Einsitz nehmen. Das wird bereits in Dispositivziffer 1.2 untersagt; eine Verdoppelung dieses Verbots im Dispositiv ist nicht angezeigt. Soweit die Wahl von Personen, die aktuell Organ bei einem Aktionärs-Unternehmen sind, in den VR von KAGA betreffend, beruht das in Dispositivziffer 1.2 statuierte Verbot somit auf einer doppelten Begründung.

2163. Marti-Gruppe lebte ihr vertragliches Recht zur Entsendung einer Person in den VR von KAGA bisweilen auch so, dass sie «bloss» eine Person entsandte, die bei ihr in einer Schlüsselposition tätig, aber kein Organ ist. Insofern liegt keine Doppelorganschaft vor, weshalb das bei der entsandten Person vorhandene Wissen nicht automatisch auch aus rechtlicher Sicht als bei der Aktionärs-Unternehmen vorhanden betrachtet werden kann. Es wurde aber ausführlich dargelegt, weshalb Äusserungen auch dieser entsandten Person dem Aktionärs-Unternehmen zuzuordnen sind,⁴¹⁹³ was für deren Wissen gleichermassen gilt. Auch hieran ändert weder die gesetzliche Treuepflicht gegenüber KAGA etwas noch kann dies durch Geheimhaltungsklauseln oder andere Vorkehren wie Chinese Walls wirkungsvoll unterbunden werden, hat die fragliche Person doch selbst eine Leitungsfunktion inne und kann ihr Wissen nicht «ungeschehen» machen. Auch das lässt sich einzig dadurch verhindern, indem untersagt wird, dass Personen, die bei einem Aktionärs-Unternehmen eine Leitungsfunktion innehaben, im VR von KAGA Einsitz nehmen. Das wird bereits in Dispositivziffer 1.2 untersagt; eine Verdoppelung dieses Verbots im Dispositiv ist nicht angezeigt. Soweit die Wahl von Personen, die aktuell bei einem Aktionärs-Unternehmen eine Leitungsfunktion innehaben, in den VR von KAGA betreffend, beruht das in Dispositivziffer 1.2 statuierte Verbot somit auf einer doppelten Begründung.

2164. Das Sekretariat beantragte in seinem Antrag einerseits, das Entsenderecht aufzuheben (Dispositivziffer 1.1 des Antrags), und es hat andererseits den Kreis der für eine Wahl in den VR von KAGA ausgeschlossenen Personen weit gezogen (vgl. Dispositivziffern 1.2 und 1.3 des Antrags). Es hat aufgrund dessen darauf verzichtet, weitergehende, nur auf diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gerichtete Massnahmen zu beantragen. Da die WEKO in den zwei erwähnten Punkten zu Gunsten der Parteien von den Anträgen der WEKO abweicht, ist es aus ihrer Sicht nunmehr aber erforderlich, drei spezifisch hinsichtlich dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung gerichtete Massnahmen anzuordnen. Wie ausgeführt, ist zu verhindern, dass die im VR von KAGA erlangten Informationen an die Aktionärs-Unternehmen gelangen, und umgekehrt, dass Informationen zu Aktionärs-Unternehmen in den VR von KAGA getragen und dort ausgetauscht werden. Ausser bei Personen, die aktuell Organ bei einem Aktionärs-Unternehmen sind oder dort eine Leitungsfunktion innehaben (siehe zu solchen Personen hiervor Rz 2162 f.), kann das wie folgt durch diesbezügliche Anordnungen unterbunden werden:

2165. Erstens ist KAGA zu verpflichten, ihre VR-Mitglieder vertraglich zum Stillschweigen gegenüber allen Dritten (inklusive den Aktionärs-Unternehmen) über sämtliche Informationen und Dokumente zu verpflichten, die diesen im Zusammenhang mit ihrer Organtätigkeit

bei KAGA zur Kenntnis gelangt sind. Davon sind einzig gesetzliche Informationspflichten der Organe auszunehmen. Bei dieser Massnahme wird unterstellt, dass sich Personen grundsätzlich rechts- und vertragstreu verhalten. Entsprechend darf davon ausgegangen werden, dass sich künftige VR-Mitglieder von KAGA an diese vertragliche Stillschweigepflicht halten werden.

2166. Zweitens ist den Aktionärs-Unternehmen zu untersagen, sich bei Organen von KAGA um Informationen oder Dokumente zu erkundigen, die diesen im Zusammenhang mit ihrer Organtätigkeit bei KAGA zur Kenntnis gelangt sind. Prima vista erscheint diese Massnahme überflüssig, da bereits KAGA verpflichtet wird, ihre künftigen VR-Mitglieder vertraglich zum Stillschweigen zu verpflichten, und grundsätzlich von einem rechts- und vertragstreuen Verhalten der Personen auszugehen ist. Bei genauerer Betrachtung ist diese Massnahme jedoch nicht redundant. Zum einen zieht die WEKO den Kreis der von einer Wahl in den VR von KAGA ausgeschlossenen Personen eng. So bleibt beispielsweise zulässig, Mitarbeitende von Aktionärs-Unternehmen ohne Leitungsfunktion in den VR von KAGA zu wählen. Solche Personen stehen in einem Arbeitsverhältnis mit einem Aktionärs-Unternehmen, sind in dessen Rahmen weisungsgebunden (Art. 321d OR) und haben eine Treuepflicht gegenüber ihm (Art. 321a OR). Erkundigt sich ein Aktionärs-Unternehmen bei seinem Mitarbeitenden nach Informationen und Dokumenten, die diesem im Zusammenhang mit seiner Organtätigkeit bei KAGA zur Kenntnis gelangt sind, befindet sich diese Person in einem Interessens- und Loyalitätskonflikt. Auch für eine Person, die sich grundsätzlich rechts- und vertragstreu verhalten will, ist kaum durchschaubar, was sie in einer solchen Situation tun darf oder muss und es besteht die Gefahr, dass sie trotz vertraglicher Stillschweigepflicht gegenüber KAGA Auskunft gibt. Zum anderen belässt die WEKO den Aktionärs-Unternehmen die Möglichkeit, auch künftig eine Person in den VR von KAGA zu entsenden. Möglich ist nun, dass die Aktionärs-Unternehmen mit den von ihnen entsandten Personen ebenfalls in einem Vertragsverhältnis stehen. Wiederum ergibt sich für die betroffene natürliche Person ein Interessens- und Loyalitätskonflikt. Dem kann, wie ausgeführt, durch ein an die Aktionärs-Unternehmen gerichtetes Verbot vorgebeugt werden.

2167. Drittens sind die Aktionärs-Unternehmen zu verpflichten, die von ihnen in den VR von KAGA entsandten Personen vertraglich zu verpflichten, Informationen über das Aktionärs-Unternehmen im VR von KAGA bekanntzugeben. Dies mit Ausnahme von bereits öffentlich bekannten Informationen. Aufgrund des eng gezogenen Kreises der von einer Wahl in den VR von KAGA ausgeschlossenen Personen ist es ohne Weiteres denkbar, dass die entsandten Personen über Wissen hinsichtlich «ihres» Aktionärs-Unternehmens verfügen, beispielsweise wenn es sich um Arbeitnehmende handelt. Auch bei dieser Massnahme wird davon ausgegangen, dass sich Personen grundsätzlich rechts- und vertragstreu verhalten und daher diese Pflicht respektieren werden.

⁴¹⁹³ Rz 672 ff.

Verhältnismässigkeit und Bestimmtheit der anzuordnenden Verhaltensmassnahmen

2168. Zur Beseitigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung und zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs sieht die WEKO zusammengefasst die Kombination folgender Massnahmen vor:

- Verbot an die Aktionärs-Unternehmen, Personen in den VR von KAGA zu wählen, die bei einem Aktionärs-Unternehmen Organ sind oder eine Leitungsfunktion innehaben (bereits enthalten in Dispositivziffer 1.2, die insofern doppelt begründet ist);
- Verpflichtung von KAGA, ihre VR-Mitglieder vertraglich zum Stillschweigen gegenüber allen Dritten inklusive den Aktionärs-Unternehmen zu verpflichten über sämtliche Informationen und Dokumente, die diesen im Zusammenhang mit ihrer Organtätigkeit bei KAGA zur Kenntnis gelangt sind. Vorbehalten bleiben gesetzliche Informationspflichten der Organe (Dispositivziffer 1.6);
- Verbot an die Aktionärs-Unternehmen, sich bei den Organen von KAGA um Informationen oder Dokumente zu erkundigen, die diesen im Zusammenhang mit ihrer Organtätigkeit bei KAGA zur Kenntnis gelangt sind (Dispositivziffer 1.7);
- Verpflichtung der Aktionärs-Unternehmen, die von ihnen in den VR von KAGA entsandten Personen vertraglich dazu zu verpflichten, im VR von KAGA keine Informationen über die Aktionärs-Unternehmen bekanntzugeben mit Ausnahme von bereits öffentlich bekannten Informationen (Dispositivziffer 1.8).

2169. Nachfolgend ist zu beurteilen, ob diese Verhaltensmassnahmen in ihrer Gesamtheit verhältnismässig sind. Sie müssen erstens geeignet, d.h., tauglich, sein, um mit ihnen das angestrebte Ziel zu erreichen, sie müssen zweitens erforderlich sein, d.h. sie müssen das mildeste geeignete Mittel sein, und sie müssen drittens zumutbar sein, d.h., es muss ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff gewahrt werden.⁴¹⁹⁴

2170. Aus den vorangehenden Erwägungen ergibt sich, dass diese Massnahmen in Kombination geeignet sind, zu verhindern, dass die im VR von KAGA erlangten Informationen an die Aktionärs-Unternehmen gelangen, und umgekehrt, dass Informationen zu Aktionärs-Unternehmen in den VR von KAGA getragen und dort ausgetauscht werden.

2171. Die Kombination dieser Massnahmen erweist sich zudem als das mildeste taugliche Mittel. Wie die vorangehenden Erwägungen zeigen, ergänzen sich diese Massnahmen und sie erreichen erst zusammen das angestrebte Ziel. Bezüglich dem Verhältnis der Massnahme gemäss Dispositivziffer 1.6 und 1.7, bei welchen dies auf den ersten Blick womöglich anders aussehen mag, wird dies hiervor näher erläutert. Auf eine oder mehrere dieser Massnahmen zu verzichten, ist daher kein ebenso taugliches Mittel zur Zielerreichung. Ebenso taugliche, aber mildere Alternativen für einzelne Massnahmen sind ebenfalls nicht ersichtlich. Insbesondere kann das Verbot, Personen in den VR von KAGA zu wählen, die bei einem Aktionärs-Unternehmen Organ

sind oder eine Leitungsfunktion innehaben, nicht durch eine weitgehende Delegation der Geschäftsführung auf die Geschäftsleitung, vertragliche Stillschweigeklauseln, einen unabhängigen VRP oder andere Vorkehrungen wie «Chinese Walls» ersetzt werden, wie es einige Parteien behaupten.⁴¹⁹⁵ Auch bei einer Delegation der Geschäftsführung verbleiben dem VR seine unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben (Art. 716a) sowie seine Auskunfts- und Einsichtsrechte (Art. 715a OR). Bei Organen ist das im VR von KAGA erlangte Wissen aufgrund Doppelorganschaft ohne Weiteres auch beim Aktionärs-Unternehmen vorhanden. Anders als durch ein Verbot der Einsitznahme im VR von KAGA lässt sich das nicht verhindern, mit anderen Worten sind alternative Massnahmen insofern zur Zielerreichung gar nicht erst geeignet, sondern wären ein blosser «Papiertiger». Vergleichbar wie bei Organen verhält es sich auch bei Personen, die eine Leitungsfunktion bei einem Aktionärs-Unternehmen innehaben.

2172. Zu beurteilen ist schliesslich, ob die Kombination dieser Massnahmen auch verhältnismässig im engeren Sinne ist. Das angestrebte Ziel, die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen und den wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen, ist von beachtlichem Gewicht, geht es doch vor allem darum, zu verhindern, dass strategische künftige Informationen über ein auf mehreren Märkten marktbeherrschendes Unternehmen an Unternehmen gelangen, die auf denselben Märkten (oder zumindest auf dem nachgelagerten Markt im Falle von Heimberg) tätig sind und die ebenfalls von bedeutender Grösse sind. Dem ist die Schwere des Eingriffs gegenüberzustellen. Diese ist – auch bei der Kombination der Massnahmen – als eher gering einzustufen, auch wenn es sich teilweise um Grundrechtseingriffe handeln mag. Bezüglich Dispositivziffer 1.2 kann auf vorangehende Ausführungen verwiesen werden.⁴¹⁹⁶ Bezüglich der Dispositivziffern 1.6–1.8 kann offengelassen werden, ob damit überhaupt Grundrechtseingriffe verbunden sind. Sie wären, wie der Eingriff überhaupt, jedenfalls bescheidener Natur. Abgesehen davon ist darauf hinzuweisen, dass einige Parteien in ihren Stellungnahmen zum Antrag Massnahmen im Sinne der Dispositivziffern 1.6–1.8 als aus ihrer Sicht alternative, aber mildere Massnahmen vorschlugen.⁴¹⁹⁷ Das spricht ebenfalls dafür, dass es sich hierbei um geringfügige Eingriffe handelt. Nach dem Gesagten erhöhen die Dispositivziffern 1.6–1.8 das Gewicht, das der mit Dispositivziffer 1.2 verbundene Eingriff hat, nur unwesentlich. Der mit der Kombination dieser Massnahmen insgesamt verbundene Eingriff ist daher als eher gering einzustufen. Dem verfolgten Ziel kommt demgegenüber ein beachtliches Gewicht zu. Der mit den Massnahmen einhergehende Eingriff steht damit in einem vernünftigen zu den angestrebten Zielen, womit die Massnahmen verhältnismässig im engeren Sinne sind. Soweit das Bestehen einer genügenden gesetzlichen Grundlage betreffend, kann auf bereits gemachte Erwägungen verwiesen werden,⁴¹⁹⁸ die hier ebenso zutreffen.

⁴¹⁹⁴ Rz 2038.

⁴¹⁹⁵ Act. VIII.156 Rz 211–215, Act. VIII.161 Rz 52, Act. IX.30 Beilage 3 Rz 28, Act. VIII.164 Rz 172 f.

⁴¹⁹⁶ Rz 2151.

⁴¹⁹⁷ Siehe etwa Act. VIII.156 Rz 207.

⁴¹⁹⁸ Rz 2153.

2173. Zu beurteilen bleibt, ob diese Massnahmen den Bestimmtheitsanforderungen genügen, die an ein verwaltungsrechtliches Dispositiv gestellt werden. Die verpflichteten Parteien müssen aufgrund der Massnahmen wissen, was sie zu tun resp. zu unterlassen haben. Das ist der Fall. Bezüglich des in Dispositivziffer 1.2 verwendeten Wortes «Leitungsfunktion», hinsichtlich dem eine gewisse Unsicherheit behauptet werden kann, ist auf vorangehende Erwägungen zu verweisen.⁴¹⁹⁹ Es hat sich gezeigt, dass dieses Wort ausreichend bestimmt ist. Bezüglich den Dispositivziffern 1.6–1.8 sind für die WEKO keine Begriffe ersichtlich, hinsichtlich derer eine Unsicherheit oder ungenügende Bestimmtheit ernsthaft behauptet werden könnte. Die Massnahmen sind genügend bestimmt.

2174. Die in Rz 2168 aufgeführten Massnahmen erweisen sich als verhältnismässig und genügend bestimmt. Sie sind in den Dispositivziffern 1.2, soweit Personen betreffend, die aktuell bei einem Aktionärs-Unternehmen Organ sind oder bei einem solchen eine Leitungsfunktion innehaben, sowie 1.6–1.8 anzuordnen.

E.1.3.4.3 Umsetzungsfrist und Geltungszeitpunkt der Massnahmen (Dispositivziffern 1.9 und 1.10)

2175. Bezüglich der vorangehenden Massnahmen stellt sich die Frage, ob zu deren Umsetzung eine Frist eingeräumt werden muss und ab welchem Zeitpunkt die Massnahmen gelten sollen. Bei der Beantwortung dieser Frage sind drei unterschiedliche Gesichtspunkte von Bedeutung. Erstens: Braucht es für die Umsetzung der jeweiligen Massnahme eine Frist, da diese gewisse Vorarbeiten erfordert und eine sofortige Umsetzung nicht erwartet werden kann? Zweitens: Ist es wesentlich, dass die Massnahme für alle verpflichteten Aktionärs-Unternehmen zum selben Zeitpunkt gilt, damit nicht einige Verpflichtete gegenüber anderen Verpflichteten im Vorteil sind? Wann eine Massnahme gegenüber einzelnen Verpflichteten in Rechtskraft erwächst, hängt davon ab, ob diese Beschwerde führen oder nicht, und gegebenenfalls wann über diese Beschwerden entschieden wird. Der Eintritt der Rechtskraft kann daher von Verpflichtetem zu Verpflichtetem unterschiedlich sein. Daraus können sich Vor- bzw. Nachteile im Verhältnis zu den anderen Verpflichteten ergeben, da die Massnahme für einige bereits rechtskräftig und entsprechend zu beachten ist, für andere hingegen noch nicht. Das kann vermieden werden, indem ein einheitlicher Geltungszeitpunkt festgelegt wird. Drittens: Setzt eine Massnahme einen gemäss Dispositivziffer 1.2 zusammengesetzten VR von KAGA voraus oder nicht? Diese Fragen sind nachfolgend hinsichtlich der einzelnen Massnahmen zu beantworten, wobei es angebracht ist, mit der Massnahme gemäss Dispositivziffer 1.2 zu beginnen, da sich der dritte Gesichtspunkt auf das Verhältnis anderer Massnahmen zu dieser bezieht.

2176. Die Umsetzung der Massnahme gemäss Dispositivziffer 1.2 bedingt gewisse Vorarbeiten, weshalb eine Umsetzungsfrist zu gewähren ist.⁴²⁰⁰ Denn alle Personen, die aktuell VR-Mitglieder von KAGA sind, erfüllen die vorgenannten Voraussetzungen nicht.⁴²⁰¹ Die derzeitigen VR-Mitglieder von KAGA sind daher abzurufen und es sind Personen in den VR von KAGA zu wählen,

welche die Voraussetzungen erfüllen. Eine umgehende Umsetzung dieser Massnahme, d.h. eine sofortige Neuwahl, kann jedoch nicht verlangt werden. Für die Wahl muss eine ordentliche oder ausserordentliche GV durchgeführt werden, was eine gewisse Vorlaufzeit bedingt. Zudem müssen Personen gefunden werden, die einerseits diese Voraussetzungen erfüllen und die andererseits der Aufgabe inhaltlich gewachsen sind und deren Wahl für die Aktionärinnen zumutbar erscheint (was etwa bei Personen, die bei einer Konkurrentin von KAGA beschäftigt sind, kaum der Fall sein dürfte). Bei in anderen Regionen in der Schweiz tätigen Unternehmen dürften sich aber ohne Weiteres branchenkundige Personen finden lassen. Die Suche nach geeigneten Personen liesse sich im Übrigen vereinfachen, indem der derzeit siebenköpfige, überdurchschnittlich grosse VR von KAGA, die rund 20 Arbeitnehmende hat,⁴²⁰² in ein Gremium mit weniger Personen verkleinert würde. In Anbetracht des Vorangehenden ist es angemessen, von den Verpflichteten zu verlangen, diese Massnahme innert zwölf Monaten umzusetzen. D.h., nach zwölf Monaten darf der VR von KAGA nur noch aus Personen bestehen, die diese Voraussetzungen erfüllen. Zudem gilt es zu vermeiden, dass unterschiedliche Zeitpunkte des Rechtskrafteintritts zu Vor- bzw. Nachteilen zwischen den Verpflichteten führen. Es ist daher ein einheitlicher Beginn der Umsetzungsfrist festzulegen. Die nicht verlängerbare Umsetzungsfrist von zwölf Monaten beginnt für alle Verpflichteten einheitlich zu laufen, sobald die entsprechende Anordnung gegenüber sämtlichen Verpflichteten in Rechtskraft erwachsen ist. Das wird in Dispositivziffer 1.9 festgehalten.

2177. Die Massnahme gemäss Dispositivziffer 1.1 setzt einen gemäss Dispositivziffer 1.2 zusammengesetzten VR von KAGA voraus. Ihr Inkrafttreten ist darauf abzustimmen. Ausserdem ist auch hier sicherzustellen, dass die Massnahme für alle Verpflichteten zum selben Zeitpunkt gilt. Das wird in Dispositivziffer 1.10 festgehalten.

2178. Die Massnahme gemäss Dispositivziffer 1.3 setzt ebenfalls einen gemäss Dispositivziffer 1.2 zusammengesetzten VR von KAGA voraus. Ihr Inkrafttreten ist darauf abzustimmen. Ausserdem ist auch hier sicherzustellen, dass die Massnahme für alle Verpflichteten zum selben Zeitpunkt gilt. Das wird in Dispositivziffer 1.10 festgehalten.

2179. Die Massnahme gemäss Dispositivziffer 1.4 bedarf zu ihrer Umsetzung gewisser Vorbereitungsarbeiten und Beschlüsse. Eine Umsetzungsfrist von 12 Monaten nach Eintritt der Rechtskraft erscheint angemessen. Anders als bei der Massnahme gemäss Dispositivziffer 1.2 spielt hier hingegen die Gleichzeitigkeit des Geltungszeitpunkts keine Rolle, da einzig KAGA durch diese Massnahme verpflichtet wird. Der Einfachheit halber wird der Umsetzungszeitpunkt ebenfalls in Dispositivziffer 1.9 festgehalten, auch wenn hier nur eine verpflichtete Partei besteht und die Dispositivziffer deshalb umständlich formuliert erscheint.

⁴¹⁹⁹ Rz 2154.

⁴²⁰⁰ So bereits der Antrag des Sekretariats, vgl. Rz 2076.

⁴²⁰¹ Vgl. die Übersicht in Rz 543.

⁴²⁰² Siehe Rz 519.

2180. Die Massnahme gemäss Dispositivziffer 1.5 bedarf zu ihrer Umsetzung ebenfalls gewisser Vorbereitungsarbeiten, sofern die Geschäftsleitung von KAGA im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft nicht den Anforderungen entsprechend sollte. Ebenso wie bezüglich der Massnahme gemäss Dispositivziffer 1.2 erscheint eine Umsetzungsfrist von 12 Monaten angemessen. Wie bei der Massnahme gemäss Dispositivziffer 1.4 spielt hier die Gleichzeitigkeit des Geltungszeitpunkts ebenfalls keine Rolle, da einzig KAGA durch diese Massnahme verpflichtet wird. Der Umsetzungszeitpunkt wird aber auch bezüglich dieser Massnahme der Einfachheit halber in Dispositivziffer 1.9 festgehalten.

2181. Die Massnahme gemäss Dispositivziffer 1.6 setzt einen gemäss Dispositivziffer 1.2 zusammengesetzten VR von KAGA voraus. Ihr Inkrafttreten ist darauf abzustimmen. Anders als bei den Massnahmen gemäss Dispositivziffern 1.1 und 1.3 spielt hier der Gesichtspunkt der Gleichzeitigkeit des Geltungszeitpunkts keine Rolle, da einzig KAGA durch diese Massnahme verpflichtet wird. Der Einfachheit halber ist es aber auch hier angezeigt, dies in Dispositivziffer 1.10 festzuhalten.

2182. Die Massnahme gemäss Dispositivziffer 1.7 setzt einen gemäss Dispositivziffer 1.2 zusammengesetzten VR von KAGA voraus. Ihr Inkrafttreten ist darauf abzustimmen. Ausserdem ist bei dieser Massnahme sicherzustellen, dass sie für alle Verpflichteten zum selben Zeitpunkt gilt. Das wird in Dispositivziffer 1.10 festgehalten.

2183. Die Massnahme gemäss Dispositivziffer 1.8 bedarf einer Umsetzung. Zwar dürfte die Ausarbeitung der entsprechenden Verträge nicht besonders aufwändig und zeitintensiv sein. Zu beachten ist allerdings, dass diese Massnahme die Personen, die in den VR von KAGA entsandt werden, nicht zu einem entsprechenden Vertragsabschluss verpflichtet, da diese nicht Parteien des vorliegenden Verfahrens sind. Die Pflicht wird einzig den Aktionärs-Unternehmen auferlegt. Diese haben es jedoch in der Hand, bei kommenden Wahlen von Mitgliedern des VR von KAGA nur Personen vorzuschlagen, die vorgängig eine entsprechende vertragliche Verpflichtung mit ihnen eingegangen sind. Die Massnahme gemäss Dispositivziffer 1.2 setzt neue VR-Wahlen voraus. Entsprechend ist es sinnvoll, die vorliegende Massnahme auf die Massnahme gemäss Dispositivziffer 1.2 abzustimmen und hierfür dieselbe Umsetzungsfrist zu gewähren. Im Übrigen ist auch bei dieser Massnahme sicherzustellen, dass sie für alle Verpflichteten zum selben Zeitpunkt gilt. Das wird in Dispositivziffer 1.9 festgehalten.

E.1.4 Bloss teilweise strittige und unbestrittene anzuordnende Massnahmen (Dispositivziffern 2 und 3 resp. EVR)

E.1.4.1 Einseitige Anordnung von Massnahmen oder Genehmigung einer EVR

2184. Wie ausgeführt, können Massnahmen zur Wiederherstellung resp. künftigen Einhaltung eines (kartell)rechtmässigen Zustands von der WEKO entweder einseitig angeordnet werden oder sie kann eine EVR genehmigen, welche das Sekretariat mit den Parteien abgeschlossen hat und die demselben Zwecke dient.⁴²⁰³

2185. Vorliegend schloss das Sekretariat nach Versand des Antrags mit sechs Unternehmen eine teilweise EVR.⁴²⁰⁴ Die abgeschlossenen EVR beschlagen bei allen sechs Unternehmen die Massnahmen «hinsichtlich der Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben» und «hinsichtlich des Konkurrenzverbots zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet». Bei KAGA beschlägt die EVR ausserdem die Massnahmen «hinsichtlich der Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub», die einzig KAGA verpflichten, nicht aber die Aktionärs-Unternehmen. Die Verpflichtungen in den jeweiligen EVR haben denselben Inhalt wie die Massnahmen, die diesbezüglich ohne Abschluss von EVR (einseitig) anzuordnen sind. Der Wortlaut der abgeschlossenen EVR wird nachfolgend abgebildet. Im Anschluss daran werden die Anordnungen im Detail erläutert. Diese Ausführungen treffen für die (einseitig) anzuordnenden Massnahmen gleichermassen zu wie für die damit inhaltlich übereinstimmenden Verpflichtungen in den EVR. Der einfacheren Lesbarkeit halber ist in den folgenden Ausführungen allgemein von Massnahmen die Rede, womit beide Varianten gemeint sind.

2186. Die mit den Aktionärs-Unternehmen abgeschlossenen EVR lauten wie folgt:⁴²⁰⁵

A Vorbemerkungen

- a) *Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0440 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – teilweise zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.*
- b) *Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) fokussiert sich [Partei] in ihrer Stellungnahme zum Antrag vom 27. Juni 2023 auf die Massnahmen in Dispositivziffer 1 (Teil D des Antrags ohne die entsprechenden Sachverhalts- und Erwägungsteile in den Teilen B und C des Antrags).*
- c) *Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen gemäss Dispositivziffern 2 und 3 des Antrags vom 27. Juni 2023, soweit [Partei] verpflichtend, gegenüber [Partei] einvernehmlich und abschliessend geregelt.*
- d) *Der Wille und die Bereitschaft von [Partei] zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Gemäss Antrag vom 27. Juni 2023 beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Sanktion von CHF [vgl. Rz 124, Ziff. 6] zu beantragen. Gestützt auf die vorliegende einvernehmliche Regelung beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Reduktion dieser Sanktion von 1–3 % [resp. 6–8 % im Falle von Daep] zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt.*

⁴²⁰³ Rz 2040.

⁴²⁰⁴ Rz 126 f.

⁴²⁰⁵ Siehe Act. VIII.143 (Heimberg), VIII.145 (Daep), VIII.146 (Marti), VIII.149 (Kästli) und VIII.151 (Alluvia).

- e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.
- f) Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens von [Partei] keine Anerkennung der Sachverhaltsfeststellung und der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält [Partei] fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und bei Gewährung einer Sanktionsreduktion von 1–3 % [resp. 6–8 % im Falle von Daep] auf den beantragte Sanktionsbetrag gemäss lit. d) in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren Anträge erübrigen, die über die Anpassung oder Aufhebung der Massnahmen hinausgehen, welche die WEKO hinsichtlich «der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA» und «des Rechts der Aktionärinnen, je einen Vertreter in den VR von KAGA zu entsenden, und dem Informationsaustausch im VR» (Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 des Antrags vom 27. Juni 2023) erlässt.
- g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten von [Partei].

B Vereinbarungen

1. [Partei] verpflichtet sich, den Preis, den sie von ihren Kundinnen für von den Abbaustellen der Kies AG Aaretal KAGA bezogenen Kies verlangt, eigenständig und ohne Beachtung eines von Kies AG Aaretal KAGA genannten Mindestpreises festzusetzen.
2. 2.1 [Partei] verpflichtet sich, keine Verpflichtung einzugehen oder aufrechtzuerhalten, wonach sie im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwirbt oder anderweitig auf einen Abbau von Kies oder Sand in diesem Gebiet verzichtet.

2.2 [Partei] verpflichtet sich, zu unterlassen,

2.2.1 von [anderen Aktionärs-Parteien] zu verlangen, dass diese im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben oder anderweitig in diesem Gebiet kein Kies oder Sand abbauen;

2.2.2 von einer in der vorstehenden Ziffer 2.2.1 genannten Gesellschaft, die im KAGA-Gebiet Abbaurechte erwirbt oder anderweitig in diesem Gebiet Kies oder Sand abbaut, irgendetwas dafür zu verlangen.

- 2.3 [Partei]⁴²⁰⁶ verpflichtet sich, zu unterlassen, von Aare-Kies AG die Übertragung der von der Vereinbarung vom 16. Mai 2012 im Perimeter «Ried» erfassten Dienstbarkeitsverträge an Kies AG Aaretal KAGA zu verlangen, sollten sich die Eigentums- oder Inhaberverhältnisse bei Aare-Kies AG verändern.

2187. Die EVR mit KAGA ist bezüglich der Massnahmen auf sie angepasst und ergänzt durch die Massnahmen «hinsichtlich der Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub». Die Vereinbarungen mit KAGA lauten wie folgt:⁴²⁰⁷

B Vereinbarungen

1. KAGA verpflichtet sich, zu unterlassen, [Aktionärs-Parteien] einen Mindestpreis für den Weiterverkauf von Kies von ihr zu nennen.
2. 2.1 KAGA verpflichtet sich, zu unterlassen,
- 2.1.1 von [Aktionärs-Parteien] zu verlangen, dass diese im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben oder anderweitig in diesem Gebiet kein Kies oder Sand abbauen;
- 2.1.2 von einer in der vorstehenden Ziffer 2.1.1 genannten Gesellschaft, die im KAGA-Gebiet Abbau-

rechte erwirbt oder anderweitig in diesem Gebiet Kies oder Sand abbaut, irgendetwas dafür zu verlangen.

- 2.2 KAGA verpflichtet sich, zu unterlassen, von Aare-Kies AG die Übertragung der von der Vereinbarung vom 16. Mai 2012 im Perimeter «Ried» erfassten Dienstbarkeitsverträge an KAGA zu verlangen, sollten sich die Eigentums- oder Inhaberverhältnisse bei Aare-Kies AG verändern.

3. KAGA verpflichtet sich,

3.1 zu unterlassen, die Möglichkeit zur Deponierung von unverschmutztem Aushub bei von ihr derzeit betriebenen Deponien vom (vorgängigen, gleichzeitigen oder späteren) Bezug von Kies oder anderen Rohstoffen wie RC-Material abhängig zu machen oder die Konditionen zur Deponierung von unverschmutztem Aushub je nach Bezug solcher Rohstoffe zu variieren.

3.2 die Deponiesperre gegenüber [U04] per sofort aufzuheben und [U04] dies schriftlich mit eingeschriebenem Brief (mit Kopie an die Wettbewerbsbehörde) mitzuteilen,

3.3 zu unterlassen, von [U04] die Aufholung des noch bestehenden «Rückstands» beim Kiesbezug oder – im Falle der Nichtaufholung – ersatzweise irgendeine andere Leistung dafür zu verlangen. KAGA hat [U04] mit eingeschriebenem Brief (mit Kopie an die Wettbewerbsbehörde) hierüber zu informieren.

E.1.4.2 Begründung der EVR-Massnahmen bzw. der gegen Vigier einseitig angeordneten Massnahmen

E.1.4.2.1 Hinsichtlich der Untersagung, mengenbattreduzierte Kiespreise weiterzugeben (Dispositivziffer 2 resp. Ziffer 1 der EVR)

2188. Die sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA haben vereinbart, dass es den Aktionärinnen untersagt ist, ihre allfälligen Preisvorteile, die sie bei einem Kiesbezug bei KAGA aufgrund der von ihnen bezogenen Menge resp. des Mengenrabatts geniessen, an Dritte weiterzugeben. Die diesbezüglichen Massnahmen sind entsprechend an die einbezogenen Gesellschaften der Aktionärs-Unternehmen⁴²⁰⁸ und an KAGA zu richten.

2189. Sowohl diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung als auch deren Auswirkungen dauern an. Es sind daher Massnahmen erforderlich, um den (kartell)rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Diese gegen Art. 5 Abs. 4 KG verstossende Wettbewerbsabrede selbst ist gemäss Art. 20 OR (ex tunc) nichtig.⁴²⁰⁹ Es wäre allerdings zirkelschlüssig, aus der zivilrechtlichen Nichtigkeit dieser Vereinbarung schliessen zu wollen, dadurch sei auch die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung beseitigt, weshalb sich insofern kartellverwaltungsrechtliche Massnahmen erübrigen würden.

⁴²⁰⁶ Diese Massnahme ist in der EVR mit Daep nicht enthalten, da Daep – im Gegensatz zu den übrigen Parteien – dadurch nicht verpflichtet wird.

⁴²⁰⁷ Siehe Act. VIII.147 (KAGA). Abgesehen davon, dass in Bst. c der Vorbemerkungen der EVR mit KAGA nebst den Dispositivziffern 2 und 3 auch Dispositivziffer 4 des Antrags erwähnt wird, stimmen die Vorbemerkungen überein. Sie werden daher hier nicht wiederholt.

⁴²⁰⁸ Siehe Rz 1315. Es sind dies: Hofstetter, Messerli, Alluvia AG, Aare-Kies, Kieswerk Daep A.G., Daep Holding AG, Kästli, Kästli Beteiligungen AG, Heimberg, Marti, Marti Holding AG, Kiestag, Vigier Holding AG.

⁴²⁰⁹ BGE 134 III 438 E. 2.2, Resh-Abfälle.

Vielmehr stellt der kartellrechtliche Begriff der Wettbewerbsabrede von vornherein nicht auf die Zivilrechtslage ab, erfasst doch Art. 4 Abs. 1 KG ausdrücklich auch «nicht erzwingbare Vereinbarungen» und ferner sogar «aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen». Die Massnahmen zur Wiederherstellung des (kartell)rechtmässigen Zustands haben sich in Anbetracht der kartellrechtlichen Normen weniger auf allfällige «Verträge» oder andere Dokumente zu richten, in denen die Beteiligten ihren gemeinsamen Willen festgehalten haben mögen, sondern haben vielmehr auf das Wettbewerbsverhalten der Beteiligten und gegebenenfalls die von ihnen geschaffenen, gemeinsamen Marktstrukturen abzu zielen.

2190. Der (kartell)rechtmässige Zustand besteht darin, dass einerseits die Wiederverkäuferinnen (hier also die Aktionärs-Unternehmen) nach eigenem Gutdünken über eine mögliche Weitergabe allfälliger Preisvorteile beim Verkauf von Kies, den sie von Abbaustellen der KAGA beziehen, entscheiden, und dass andererseits KAGA keine Mindestpreisvorgaben für den Weiterverkauf von Kies von ihr macht.

2191. Es sind daher folgende Massnahmen anzuordnen: Die Aktionärs-Unternehmen werden verpflichtet, den Preis, den sie von ihren Kundinnen für von den Abbaustellen der KAGA bezogenen Kies verlangen, eigenständig und ohne Beachtung eines von KAGA genannten Mindestpreises festzusetzen. KAGA wird untersagt, den Aktionärs-Unternehmen einen Mindestpreis für den Weiterverkauf von Kies von ihr zu nennen.

2192. Es ist offensichtlich, dass diese Massnahmen geeignet, erforderlich und zumutbar sind, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Die verpflichteten Parteien wissen aufgrund der Massnahmen, was sie zu tun resp. zu unterlassen haben, womit die Massnahmen genügend bestimmt sind.

2193. Vigier, die als einzige Partei keine Teil-EVR bezüglich dieser Massnahmen abgeschlossen hat, trägt ausser der bereits behandelten, unzutreffenden Verneinung einer Kartellrechtsverletzung keine Gründe gegen diese Massnahmen vor.⁴²¹⁰ Damit hat es sein Bewenden.

2194. Die Massnahmen, welche hinsichtlich der Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben, angeordnet werden, sind in Dispositivziffer 2 resp. Ziffer 1 der EVR, welche die WEKO genehmigt, festgehalten.

E.1.4.2.2 Hinsichtlich des Konkurrenzverbots zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet (Dispositivziffer 3 resp. Ziffer 2 der EVR)

2195. Die sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA haben vereinbart, dass die Aktionärinnen im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben und auch anderweitig in diesem Gebiet kein Kies und Sand abbauen dürfen. Die diesbezüglichen Massnahmen sind entsprechend an die einbezogenen Gesellschaften der Aktionärs-Unternehmen⁴²¹¹ und an KAGA zu richten.

2196. Sowohl diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung als auch deren Auswirkungen dauern an. Es sind daher Massnahmen erforderlich, um den (kar-

tell)rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Da der kartellrechtliche Begriff der Wettbewerbsabrede nicht auf die Zivilrechtslage abstellt (Art. 4 Abs. 1 KG erfasst auch «nicht erzwingbare Vereinbarungen» und ferner sogar «aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen»), kann hier offenbleiben, ob und gegebenenfalls ab wann diese gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG verstossende Wettbewerbsabrede trotz übergangsrechtlicher Fragen nichtig ist.⁴²¹² Die Massnahmen zur Wiederherstellung des (kartell)rechtmässigen Zustands haben sich in Anbetracht der kartellrechtlichen Normen weniger auf allfällige «Verträge» oder andere Dokumente zu richten, in denen die Beteiligten ihren gemeinsamen Willen festgehalten haben mögen, sondern haben vielmehr auf das Wettbewerbsverhalten der Beteiligten und gegebenenfalls die von ihnen geschaffenen, gemeinsamen Marktstrukturen abzu zielen.

2197. Der (kartell)rechtmässige Zustand besteht darin, dass einerseits die Aktionärs-Unternehmen ohne einschränkende Verpflichtung nach eigenem Gutdünken darüber entscheiden, ob sie im KAGA-Gebiet Abbaurechte erwerben oder anderweitig in diesem Gebiet Kies oder Sand abbauen, und dass sie gegebenenfalls entsprechende Rechtsgeschäfte z.B. über Abbaurechte abschliessen. Andererseits dürfen weder Aktionärs-Unternehmen noch KAGA gegenüber Aktionärs-Unternehmen darauf beharren, dass diese im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben oder anderweitig in diesem Gebiet kein Kies oder Sand abbauen. Ebenso wenig dürfen sie von einem Aktionärs-Unternehmen, das im KAGA-Gebiet Abbaurechte erwirbt oder anderweitig in diesem Gebiet Kies oder Sand abbaut, irgendetwas dafür verlangen wie etwa eine Konventionalstrafe, eine sonstige finanzielle Leistung oder eine Beteiligung am dortigen Abbau und/oder der anschliessenden Auffüllung.

2198. Sodann hat die zweite Änderung des KAGA-Vertrags vom 16. Mai 2012⁴²¹³ zwei zusätzliche Abweichungen vom (kartell)rechtmässigen Zustand spezifisch bezüglich Aare-Kies resp. Daepf herbeigeführt: Diese Vereinbarung wurde in Umsetzung des kartellrechtswidrigen Konkurrenzverbots abgeschlossen. Soweit in dieser Vereinbarung «bloss» das bisherige Konkurrenzverbot bekräftigt wurde, kann hinsichtlich des (kartell)rechtmässigen Zustands auf die vorangehende Rz verwiesen werden; insofern liegen keine zusätzlichen Abweichungen vor. In zweierlei Hinsicht geht diese Vereinbarung⁴²¹⁴ jedoch darüber hinaus: Ziffer 3 sieht vor: «Allfällige bereits [von Aare-Kies] abgeschlossene Dienstbarkeitsverträge im künftigen Abbaubereich werden auf die KAGA übertragen, sofern die Grundeigentümer zustimmen». Der (kartell)rechtmässige Zustand besteht in einer Rückgängigmachung dieses Eingriffes. D.h., allfällige bereits abgeschlossene Dienstbarkeitsverträge, die Aare-Kies wegen Ziffer 3 dieser Vereinbarung auf die KAGA übertragen hat, sind von KAGA zu den

⁴²¹⁰ Act. VIII.164 Rz 155–198 e contrario.

⁴²¹¹ Siehe Rz 1315. Es sind dies: Hofstetter, Messerli, Alluvia AG, Aare-Kies, Kieswerk Daepf A.G., Daepf Holding AG, Kästli, Kästli Beteiligungen AG, Heimberg, Marti, Marti Holding AG, Kiestag, Vigier Holding AG.

⁴²¹² Vgl. Fn 4060.

⁴²¹³ Dazu Rz 595 ff.

⁴²¹⁴ Zum Wortlaut der Vereinbarung siehe Rz 601.

selben Konditionen wieder auf Aare-Kies zurückzuübertragen. Es wurde nun festgestellt, dass keine allfälligen Dienstbarkeitsverträge wegen Ziffer 3 dieser Vereinbarung von Aare-Kies auf KAGA übertragen worden sind.⁴²¹⁵ Entsprechend erübrigen sich diesbezügliche Massnahmen zur Wiederherstellung des (kartell)rechtmässigen Zustands. Weiter sieht Ziffer 5 dieser Vereinbarung vor, dass bei «einem Verkauf, einer Fusion, einer Veränderung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht zugunsten Dritter, ausserhalb der Familie, der Aare-Kies AG» die von der Vereinbarung vom 16. Mai 2012 im Perimeter «Ried» erfassten Dienstbarkeitsverträge (vgl. Beiblatt 1 zur Vereinbarung und Ziffer 2 erster eingeschobener Absatz) «gegen eine angemessene Entschädigung auf die KAGA zu übertragen» seien. Der (kartell)rechtmässige Zustand besteht diesbezüglich darin, dass weder KAGA noch ein Aktionärs-Unternehmen eine derartige Übertragung dieser Dienstbarkeitsverträge im Perimeter «Ried» von Aare-Kies verlangen darf, auch wenn sich die Eigentums- oder Inhaberverhältnisse bei Aare-Kies verändern sollten.

2199. Es sind daher zur Wiederherstellung des (kartell)rechtmässigen Zustands folgende Massnahmen anzuordnen: Die Aktionärs-Unternehmen werden verpflichtet, keine Verpflichtung einzugehen oder aufrechtzuerhalten, wonach sie im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben oder anderweitig auf einen Abbau von Kies oder Sand in diesem Gebiet verzichten. Sie sind frei, gegebenenfalls entsprechende Rechtsgeschäfte z.B. über Abbaurechte abzuschliessen. KAGA und den Aktionärs-Unternehmen wird untersagt, von anderen Aktionärs-Unternehmen zu verlangen, dass diese im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben oder anderweitig in diesem Gebiet kein Kies oder Sand abbauen.⁴²¹⁶ Nicht untersagt ist damit, dass KAGA oder die Aktionärinnen bei einem konkreten Projekt gemeinsam Abbaurechte erwerben oder gemeinsam Kies oder Sand abbauen. Damit ist allerdings wiederum nur gesagt, dass ein derartiges gemeinsames Vorgehen nicht die entsprechende Verpflichtung im Dispositiv verletzt. Eine weitergehende kartellrechtliche Beurteilung eines solchen gemeinsamen Vorgehens wird an dieser Stelle nicht vorgenommen und bleibt vorbehalten. KAGA und den Aktionärs-Unternehmen wird weiter untersagt, von einem Aktionärs-Unternehmen, das im KAGA-Gebiet Abbaurechte erwirbt oder anderweitig in diesem Gebiet Kies oder Sand abbaut, irgendetwas dafür zu verlangen. KAGA und den anderen Aktionärs-Unternehmen wird schliesslich untersagt, von Aare-Kies die Übertragung der von der Vereinbarung vom 16. Mai 2012 im Perimeter «Ried» erfassten Dienstbarkeitsverträge (vgl. Beiblatt 1 zur Vereinbarung) an KAGA zu verlangen, sollten sich die Eigentums- oder Inhaberverhältnisse bei Aare-Kies verändern.

2200. Es ist offensichtlich, dass diese Massnahmen geeignet, erforderlich und zumutbar sind, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Die verpflichteten Parteien wissen aufgrund der Massnahmen, was sie zu tun resp. zu unterlassen haben, womit die Massnahmen genügend bestimmt sind.

2201. Vigier meint in ihrer Stellungnahme zum Antrag, diese Massnahmen seien zu unbestimmt. Es könnte ja sein, dass KAGA in Zukunft ihren Tätigkeitsbereich än-

dern würde, weshalb unklar bleibe, ob sich die Massnahme auf das neue Gebiet in diesem Zeitpunkt beziehe.^{xx} Das trifft nicht zu. Für das Verständnis eines Dispositivs sind auch die Erwägungen beizuziehen. Aus diesen wird unzweifelhaft klar, was vorliegend mit KAGA-Gebiet gemeint ist, findet sich diese Bezeichnung mit entsprechender Karte doch sogar im KAGA-Vertrag selbst. Die vermeintliche Unbestimmtheit ist konstruiert; bei vernünftiger Lesart des Dispositivs ist sie nicht gegeben. Es fällt denn auch auf, dass keine der sechs Parteien, die eine Teil-EVR hinsichtlich dieser Massnahmen unterzeichnet haben, im Laufe der Verhandlungen oder auch später moniert hätten, diese Anordnung sei zu unbestimmt und sie wüssten nicht, was damit gemeint sei.

2202. Weiter trägt Vigier in ihrer Stellungnahme zum Antrag vor, diese Massnahmen seien unverhältnismässig, da sie ungeeignet seien, ihr Ziel zu erreichen. Die Verhaltensweise werde nämlich nicht mehr gelebt, weshalb eine hinreichend konkrete Wiederholungsgefahr ausgeschlossen werden könne.⁴²¹⁸ Dieses Argument wurde unter dem Titel der Wiederholungsgefahr beurteilt,⁴²¹⁹ worauf verwiesen sei. Es überzeugt nicht.

2203. Die Massnahmen, welche hinsichtlich des Konkurrenzverbots zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet angeordnet werden, sind in Dispositivziffer 3 resp. Ziffer 2 der EVR, welche die WEKO genehmigt, festgehalten.

E.1.4.2.3 Hinsichtlich der Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub (Ziffer 3 der EVR mit KAGA)

2204. Da es KAGA war, die durch die Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht hat, sind die diesbezüglichen Massnahmen an KAGA zu richten.

2205. Die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung selbst, nämlich die Deponierung von unverschmutztem Aushub mit einer Kiesbezugspflicht zu verbinden, hat KAGA per Ende 2014 beendet. Insofern sind keine Massnahmen erforderlich, um den (kartell)rechtskonformen Zustand wiederherzustellen. Allerdings ist bezüglich dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ein gewisses Risiko auszumachen, dass KAGA sie in Zukunft erneut an den Tag legen könnte: KAGA führte diese Koppelung 2012 ein, um der aus Sicht der Entscheidungsträger der KAGA bestehenden Deponieknappheit zu begegnen.⁴²²⁰ Weil sich die Situation entspannte, lockerte KAGA diese Restriktion auf Anfang 2014 und hob sie auf Anfang 2015 ganz auf.⁴²²¹ Damit beendete KAGA

⁴²¹⁵ Rz 980.

⁴²¹⁶ Klarzustellen ist, dass damit freilich nicht untersagt wird, dies aufgrund von Eigentumsrechten zu verlangen. So muss es einem Eigentümer oder einem Inhaber von Dienstbarkeiten erlaubt bleiben, einen unberechtigten Abbau in seiner Abbaustelle zu unterbinden.

⁴²¹⁷ Act. VIII.164 Rz 193 viertes Lemma.

⁴²¹⁸ Act. VIII.164 Rz 189 f.

⁴²¹⁹ Rz 2057.

⁴²²⁰ Rz 1978 m.w.H.

⁴²²¹ Rz 1159 f.

diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung aus eigenen Stücken noch vor Eröffnung der vorliegenden Untersuchung. Sie tat dies, weil sich die Ausgangslage verändert hat, namentlich weil die wahrgenommene Deponieknappheit überwunden war. In ihrer Kommunikation Ende 2014, also kurz vor Aufhebung der Restriktion, betonte KAGA mehrmals, dass die Kiesbezugspflicht bei der Deponierung für unverschmutzten Aushub für alle ihre Kundinnen (Aktionärinnen und Dritte) gleichermassen gegolten habe, weshalb der «Verdacht auf sog. unzulässige Koppelungsverträge [...] für uns [gemeint: KAGA] nicht zu erkennen» sei.⁴²²² KAGA hat also situativ bedingt – weil sich die Deponiesituation damals entspannte – auf die Fortführung dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung verzichtet. Es ist nicht so, dass sie diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung generell aufgegeben und definitiv von ihr Abstand genommen hätte. Eine vergleichbare Ausgangslage wie diejenige, wegen der diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung eingeführt wurde, kann nun in Zukunft ohne Weiteres erneut eintreten.⁴²²³ Es besteht daher das Risiko, dass KAGA bei einer in Zukunft wahrgenommenen Deponieknappheit erneut die Deponierung von unverschmutztem Aushub mit einem Kiesbezug koppeln würde. Mit anderen Worten besteht insofern eine Wiederholungsgefahr.⁴²²⁴ Um die künftige Einhaltung des (kartell)rechtskonformen Zustands sicherzustellen, sind daher Massnahmen anzuordnen.

2206. Es ist KAGA zu untersagen, die Möglichkeit zur Deponierung von unverschmutztem Aushub bei von ihr derzeit betriebenen Deponien vom (vorgängigen, gleichzeitigen oder späteren) Bezug von Kies oder anderen Rohstoffen wie RC-Material abhängig zu machen oder die Konditionen zur Deponierung von unverschmutztem Aushub je nach Bezug solcher Rohstoffe zu variieren. Zu präzisieren ist, dass mit dieser Massnahme der KAGA nicht untersagt wird, im Allgemeinen den Abbau von Kies und die Deponierung zu koordinieren. Untersagt werden soll die Verknüpfung zwischen Deponierung und Bezug von Kiesmaterial in Bezug auf einzelne Kunden.

2207. Klarzustellen ist hinsichtlich dieser Massnahme, dass es darauf ankommt, ob eine bestimmte Deponie von KAGA betrieben wird, und nicht, ob es sich dabei um eine eigene oder um eine fremde Deponie (wie z.B. eine von Daep) handelt, da KAGA als Betreiberin über den Zugang zur Deponie wacht. Klarzustellen ist zudem, dass nicht entscheidend ist, ob aktuell auf einer bestimmten Deponie deponiert wird oder nicht (etwa weil dort momentan Kies abgebaut wird), sondern nur, dass KAGA über diese verfügen kann und sie über (aktuelles oder künftiges) Deponievolumen verfügt. Diese Massnahme ist geeignet, erforderlich und auch zumutbar, um die damit angestrebte künftige Einhaltung des (kartell)rechtskonformen Zustands sicherzustellen. KAGA weiss aufgrund der Massnahme, was sie künftig nicht mehr tun darf, womit die Massnahme genügend bestimmt ist. Präzisiert sei an dieser Stelle, dass sich die Umsetzung der Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 auf die bisherige «Pufferzone» auswirken könnte, die – nebst anderen Punkten – die marktbeherrschende Stellung von KAGA auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub beeinflusst.⁴²²⁵ Ändern sich die tatsächlichen Verhältnisse wesentlich, erlaubt Art. 30

Abs. 3 KG in jenem Zeitpunkt diese Massnahme insbesondere auf Antrag der Betroffenen zu überprüfen und gegebenenfalls zu widerrufen oder zu ändern.

2208. Wie ausgeführt, stellte KAGA diese unzulässige Wettbewerbsbeschränkung per Ende 2014 ein; jedoch endeten deren Auswirkungen nicht ebenfalls schon damals.⁴²²⁶ Hinsichtlich der Auswirkungen sind daher Massnahmen erforderlich, um den (kartell)rechtskonformen Zustand wiederherzustellen. Die zu beseitigenden Auswirkungen dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung bestehen in der Sperre der Deponie für unverschmutzten Aushub von KAGA gegenüber [U04], bis diese ihren «Bezugsrückstand» aufgeholt hat. Um den (kartell)rechtskonformen Zustand wiederherzustellen, ist KAGA zu verpflichten, die Deponiesperre gegenüber [U04] per sofort aufzuheben und [U04] dies schriftlich mit eingeschriebenem Brief (mit Kopie an die Wettbewerbsbehörde) mitzuteilen. KAGA ist zudem zu untersagen, von [U04] die Aufholung des noch bestehenden «Rückstands» beim Kiesbezug oder – im Falle der Nichtaufholung – ersatzweise irgendeine andere Leistung dafür zu verlangen. Auch hierüber hat KAGA [U04] mit eingeschriebenem Brief (mit Kopie an die Wettbewerbsbehörde) zu informieren.

2209. Dass diese Massnahmen geeignet, erforderlich und zumutbar sind, um das angestrebte Ziel zu erreichen, ist offenkundig. Erwähnenswert erscheint einzig, dass die Umsetzung dieser Massnahmen für KAGA nur mit einem verschwindend geringen Aufwand verbunden ist, weshalb eine sofortige Umsetzung ohne Weiteres angezeigt und zumutbar ist. KAGA weiss aufgrund der Massnahmen, was sie zu tun hat, womit die Massnahmen genügend bestimmt sind.

2210. Die Massnahmen, welche hinsichtlich der Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub angeordnet werden, sind in Ziffer 3 der EVR mit KAGA, welche die WEKO genehmigt, festgehalten.

E.1.5 Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde

E.1.5.1 Rechtliche Grundlagen

2211. Nach Art. 55 Abs. 1 VwVG kommt einer allfälligen Beschwerde aufschiebende Wirkung zu. Gemäss Art. 55 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 39 KG kann der allfälligen Beschwerde – ausser bei Geldleistungen, die allerdings nicht Gegenstand der vorangehend erörterten Massnahmen sind – die aufschiebende Wirkung von der verfügenden Behörde entzogen werden. Die verfügende Behörde muss bei ihrem diesbezüglichen Entscheid abwägen, ob die Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der angeordneten Massnahmen sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung sprechen. Nur wenn überzeugende Gründe für einen

⁴²²² Fundstellen in Fn 2313.

⁴²²³ Vgl. die Prognose im Controllingbericht 2020, Rz 426 letztes Lemma.

⁴²²⁴ Rz 2036.

⁴²²⁵ Siehe zusammenfassend Rz 1825.

⁴²²⁶ Rz 2061.

Entzug der aufschiebenden Wirkung bestehen, ist dieser anzuordnen. Je schwerer der Eingriff für die Betroffenen ist, desto gewichtiger müssen die Gründe für den Entzug der aufschiebenden Wirkung wiegen. Der verfügenden Behörde steht hierbei ein gewisser Ermessensspielraum zu.⁴²²⁷ Bei der Abwägung der Gründe für und wider einen Entzug der aufschiebenden Wirkung sind wie bei der Anordnung anderer vorsorglicher Massnahmen die Nachteilsprognose, die Dringlichkeit, die Verhältnismässigkeit und die Erfolgsprognose massgebend.⁴²²⁸

Erfolgsprognose, Verhältnismässigkeit und Dringlichkeit

2212. Die Erwägungen zur Erfolgsprognose, zur Verhältnismässigkeit und zur Dringlichkeit treffen in genereller Hinsicht zu, d.h. sie sind hinsichtlich des Entzugs der aufschiebenden Wirkung bezüglich aller angeordneten Massnahmen gleichermassen einschlägig. Entsprechend ist es angezeigt, diese allgemeingültigen Erwägungen vorab festzuhalten, bevor auf die Nachteilsprognose hinsichtlich der einzelnen Massnahmen eingegangen wird.

2213. **Erfolgsprognose:** Anders als bei vorsorglichen Massnahmen, die während einem laufenden Verfahren erlassen werden und die auf einer vorläufigen Sachverhaltsfeststellung mit einem reduzierten Beweismass und einer eher summarischen rechtlichen Beurteilung beruhen,⁴²²⁹ liegt hier ein Entscheid in der Sache mit einer umfassenden Sachverhaltsfeststellung unter Anwendung des üblichen Beweismasses sowie einer abschliessenden rechtlichen Beurteilung der verfügenden Behörde vor. Während sich die «Erfolgsprognose» bei vorsorglichen Massnahmen während einem laufenden Verfahren auf den Entscheid in der Sache beziehen, steht hier dessen Ergebnis bereits fest – eine diesbezügliche «Prognose» erübrigt sich für die verfügende Behörde. Klarzustellen ist, dass diesfalls mit der «Erfolgsprognose» für die verfügende Behörde gleichwohl nicht die Erfolgswahrscheinlichkeit einer allfälligen Beschwerde bzw. der Ausgang eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens gemeint sein kann, denn eine solche Beurteilung würde die verfügende Behörde vor etliche, unüberwindbare Hürden stellen: Erstens ginge es nicht an, wenn sich die verfügende Behörde anmassen wollte, den Entscheid der Rechtsmittelinstanz über eine allfällige Beschwerde vorhersagen können zu wollen. Zweitens ist der Inhalt einer allfälligen Beschwerde der verfügenden Behörde im Zeitpunkt ihrer Verfügung zwangsläufig noch gar nicht bekannt. Mutmassungen zu allen erdenklichen Argumentationen in einer allfälligen Beschwerde anstrengen und diese auf ihre Stichhaltigkeit hin einschätzen zu wollen, erscheint weder machbar noch zweckmässig. Nur, aber immerhin, insofern als die verfügende Behörde annehmen würde, in allfälligen Beschwerden würden die gleichen Argumente vorgetragen wie in den Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats, könnte sie deren möglichen Inhalt einigermaßen verlässlich antizipieren. Jedoch hat die verfügende Behörde diese Argumente bereits beim Erlass ihrer Verfügung einbezogen und berücksichtigt; eine zusätzliche Tragweite kommt ihnen also aus Sicht der verfügenden Behörde nicht zu. Drittens und vor allem verfügt die verfügende Behörde so, wie sie verfügt, gerade weil sie davon überzeugt ist, dass der von ihr erstellte Sachverhalt rechts-

genüchlich erwiesen ist und sie das Recht korrekt anwendet. Ihre Selbsteinschätzung, dass ihre Verfügung in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren gestützt wird, kann daher – erst recht vor Kenntnis des Inhalts einer allfälligen Beschwerde – gar nicht anders als positiv ausfallen. Geht es um den Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde oder um die Anordnung anderer vorsorglicher Massnahmen beim Entscheid in der Sache (und nicht um vorsorgliche Massnahmen während einem laufenden Verfahren) durch die verfügende Behörde selbst, ist die Erfolgsprognose daher stets als eindeutig zu betrachten und kann einbezogen werden. Sie spricht dafür, einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Damit die Ausnahme des Entzugs der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde durch die verfügende Behörde bei Entscheiden in der Sache trotzdem nicht zur Regel wird, wodurch Art. 55 Abs. 1 VwVG ausgehöhlt würde, ist dieser Erfolgsprognose in dieser Konstellation allerdings kein allzu grosses Gewicht beizumessen.

2214. **Verhältnismässigkeit:** Mit der Verhältnismässigkeit verhält es sich vergleichbar wie mit der Erfolgsprognose. Auch diese wird von der verfügenden Behörde im Rahmen des Entscheids in der Sache bezüglich der einzelnen Massnahmen bereits einlässlich beurteilt und als gegeben erachtet, andernfalls die verfügende Behörde die Massnahmen ja nicht anordnen würde. Die Verhältnismässigkeit ist deshalb stets als gegeben zu erachten, wenn es – wie hier – darum geht, ob die verfügende Behörde einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung bezüglich Massnahmen entziehen soll, die im Entscheid in der Sache angeordnet werden. Sie spricht dafür, einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Gleich wie bezüglich der Erfolgsprognose darf der Verhältnismässigkeit in dieser Konstellation allerdings kein allzu grosses Gewicht beigemessen werden, da ansonsten die Ausnahme des Entzugs der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde durch die verfügende Behörde zur Regel würde.

2215. **Dringlichkeit:** Gegen eine Dringlichkeit scheint hier prima vista zu sprechen, dass einige der fraglichen Verhaltensweisen seit Inkrafttreten des aktuellen Kartellgesetzes im Jahre 1996 praktiziert werden, und dass das vorliegende, erstinstanzliche Verfahren bereits mehrere Jahre dauert. Kann bei dieser Ausgangslage überhaupt noch Dringlichkeit vorliegen? Diesbezüglich ist nun entscheidend, dass hier nicht zu beurteilen ist, ob trotzdem noch eine Dringlichkeit besteht, die den Erlass vorsorglicher Massnahmen gestützt auf eine summarische Prüfung während des laufenden Verfahrens zu rechtfertigen vermöchte (was in Anbetracht der bisherigen Verfahrensdauer wohl zu verneinen wäre).⁴²³⁰ Viel

⁴²²⁷ Zum Vorangehenden RPW 2021/1, 261 Rz 253, *Netzbaustrategie Swisscom*; ferner, wenn auch nicht im Bereich des Kartellrechts, BGer, 2C_575/2014 vom 28.7.2014 E. 2.1.

⁴²²⁸ BVGer, B-161/2021 vom 30.9.2021 Rz 179 f. m.w.H., *Netzbaustrategie Swisscom*; vgl. auch BGer, 2C_575/2014 vom 28.7.2014 E. 2.1.

⁴²²⁹ Siehe nur etwa BGer, 2C_876/2021 vom 2.11.2022 E. 2.1, *Netzbaustrategie Swisscom*; BGE 130 II 149 E. 2.3, Sellita.

⁴²³⁰ Siehe zur Dringlichkeit in dieser hier nicht gegebenen Situation BGE 130 II 149 E. 2.2, *Sellita*; MARC FRÉDÉRIC SCHÄFER, Vorsorgliche Massnahmen im Kartellrecht, SZK 2022, 73–77, 74 f.

mehr geht es um die Beurteilung, ob bezüglich Massnahmen, die gestützt auf eine umfassende Sachverhaltsfeststellung und eine abschliessende rechtliche Beurteilung in einem Entscheid in der Sache angeordnet werden, einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung durch die verfügende Behörde entzogen werden soll. Bei dieser Konstellation misst sich die Dringlichkeit primär in Relation zur mutmasslichen Dauer eines allfälligen Beschwerdeverfahrens vor der ersten Beschwerdeinstanz.⁴²³¹ Diese mutmassliche Dauer gibt den relevanten zeitlichen Rahmen vor, der für die Nachteilsprognose einschlägig ist. Überwiegen die Nachteile, die entstehen, wenn die fraglichen Verhaltensweisen während der Dauer eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens unverändert fortgeführt werden, so besteht zeitliche Dringlichkeit. Dass die fraglichen Verhaltensweisen bereits lange praktiziert werden resp. der geschaffene Zustand schon lange besteht, spielt in der vorliegenden Konstellation (bei der Beurteilung eines Entzugs der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde durch die verfügende Behörde) demnach bei der Dringlichkeit keine Rolle. Dies gesagt, ist allerdings sogleich klarzustellen, dass die lange Dauer, während der die fraglichen Verhaltensweisen praktiziert wurden resp. der geschaffene Zustand bestand, deshalb nicht etwa bedeutungslos wäre. Vielmehr wird dieser Gesichtspunkt bei der Nachteilsprognose zu berücksichtigen sein, spielt er doch dort eine Rolle.⁴²³²

2216. Realistischerweise kann von der verfügenden Behörde nicht erwartet werden, die mutmassliche Dauer eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens voraussehen zu können. Von ihr kann höchstens verlangt werden, eine grobe Grössenordnung der mutmasslichen Verfahrensdauer einigermaßen plausibel einzuschätzen und diese Einschätzung zu begründen. Für diese Einschätzung erscheinen zunächst einmal bisherige Erfahrungswerte aufschlussreich. Die durchschnittliche Dauer von Rechtsmittelverfahren vor der ersten Beschwerdeinstanz über Endverfügungen der WEKO, in denen diese Verstösse gegen Art. 5 KG und/oder Art. 7 KG beurteilte, lag in der Vergangenheit bei über vier Jahren.⁴²³³ In drei Fällen dauerte das Rechtsmittelverfahren mehr als acht Jahre.⁴²³⁴ Weiter sind derzeit mehrere Rechtsmittelverfahren bei der ersten Beschwerdeinstanz rechtshängig, und zwar teilweise seit dreieinhalb und mehr Jahren. Nach der Wahrnehmung der verfügenden Behörde hat sich die Kadenz der kartellrechtlichen Entscheide der ersten Beschwerdeinstanz in den letzten Jahren allerdings erhöht, weshalb künftig von einer im Vergleich zu früher sinkenden Verfahrensdauer ausgegangen werden kann. Dennoch ist nun im konkreten Fall aus mehreren Gründen damit zu rechnen, dass die Dauer eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens tendenziell am oberen Ende der bisherigen Erfahrungswerte zu liegen kommen dürfte: Dafür spricht zunächst, dass vorliegend bereits die erstinstanzliche Untersuchung eine vergleichsweise lange Zeitdauer in Anspruch nahm. Sodann betrifft diese Untersuchung sowohl mehrere verschiedene unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG als auch mehrere verschiedene unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG, die zwar einerseits separat zu würdigen sind, aber andererseits trotzdem zusammenhängen. Schliesslich zeigt sich die Komplexität dieser Untersuchung auch im stattlichen

Umfang des vorliegenden Dokuments. Insofern erscheint die Untersuchung «Badezimmer»,⁴²³⁵ bei welcher das Beschwerdeverfahren seit mehr als sechs Jahren bei der ersten Beschwerdeinstanz rechtshängig ist, am ehesten vergleichbar. Vor diesem Hintergrund geht die verfügende Behörde davon aus, dass im vorliegenden Fall ein allfälliges Rechtsmittelverfahren mindestens sechs Jahre dauern dürfte. Dies ist somit die Zeitspanne, die für die Nachteilsprognose als massgeblich zu betrachten ist.

E.1.5.3 Nachteilsprognose / Interessenabwägung

2217. Bei der Beurteilung, ob die verfügende Behörde einer allfälligen Beschwerde die suspensive Wirkung entzieht oder nicht, gilt es bei der Nachteilsprognose eine Interessensabwägung vorzunehmen. Gegeneinander abzuwägen ist einerseits das Interesse an einer sofortigen Vollstreckbarkeit der angeordneten Massnahmen und andererseits dasjenige der verpflichteten Parteien, vor den nachteiligen Folgen geschützt zu bleiben, die mit der Umsetzung der noch nicht rechtskräftigen Massnahmen einhergehen würden.⁴²³⁶ Das «gewöhnliche», stets vorhandene Interesse am rechtmässigen Zustand reicht für sich allein noch nicht aus, um die aufschiebende Wirkung zu entziehen, würde andernfalls doch das vom Gesetzgeber vorgesehene Regel-Ausnahme-Verhältnis auf den Kopf gestellt. Bei dieser Interessenabwägung sind die Schwere der drohenden Nachteile und deren Eintretenswahrscheinlichkeiten zu berücksichtigen.⁴²³⁷ Einzubeziehen ist dabei auch, welche Konsequenzen nachträglich leichter rückgängig gemacht werden können.⁴²³⁸ Wie ausgeführt, ist bei dieser Interessenabwägung unter anderem auch die Dauer zu berücksichtigen, während der die – von der verfügenden Behörde nunmehr als rechtswidrig erkannte – Verhaltensweise praktiziert resp. der entsprechende Zustand bestanden hat. Denn je länger dies der Fall war, desto grösser dürfte das berechnete Interesse der verpflichteten Parteien daran sein, vor den nachteiligen Folgen geschützt zu bleiben, die mit einer umgehenden Umsetzung noch nicht rechtskräftiger Massnahmen einhergehen würde. Diese Interessenabwägung ist nachfolgend hinsichtlich der einzelnen Massnahmen vorzunehmen.

⁴²³¹ Vor BGer hat eine Beschwerde gemäss Art. 103 Abs. 1 BGG in der Regel keine aufschiebende Wirkung, wobei hier keine der Ausnahmen gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung vorliegt. Entsprechend ist die Dauer eines allfälligen Verfahrens vor BGer nicht einzubeziehen.

⁴²³² Dazu nachfolgend Rz 2217.

⁴²³³ Vgl. dazu auch PATRIK DUCREY/FRANK STÜSSI, 25 Jahre modernes Kartellgesetz – ein Rückblick, sic! 2022, 198–208, 199.

⁴²³⁴ BVGer, B-831/2011 vom 21.5.2019, DCC (rund achteinviertel Jahre); B-784/2014 vom 16.11.2022, Luftfracht (neun Jahre); B-141/2012 vom 12.12.2022, Ascopa (elf Jahre).

⁴²³⁵ RPW 2019/3a und 2019/3b, 606 resp. 927, *Badezimmer*.

⁴²³⁶ Vgl. BGE 129 II 286 E. 3.

⁴²³⁷ HANSJÖRG SEILER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2. Aufl. 2016, Art. 55 N 97.

⁴²³⁸ Siehe dazu etwa BGer, 9C_986/2012 vom 20.12.2012 E. 3.2.2 f.

E.1.5.3.1 Hinsichtlich der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA

2218. Die Ausführungen zur Umsetzungsfrist und zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Massnahmen⁴²³⁹ sowie die entsprechenden Anordnungen in Dispositivziffern 1.9 und 1.10 nehmen bereits vorweg, dass die aufschiebende Wirkung für diese Massnahmen nicht zu entziehen ist.

2219. Zu begründen ist dies damit, dass bei diesen Massnahmen das Interesse der verpflichteten Parteien überwiegt. Die nachteiligen Folgen, die mit einer vorzeitigen Umsetzung der Massnahmen gemäss Dispositivziffern 1.1 bis 1.5 für die verpflichteten Parteien verbunden wären, wiegen schwer, da sie kaum mehr, wenn überhaupt, rückgängig gemacht werden könnten. Bezüglich der künftigen Zusammensetzung des VR von KAGA (Dispositivziffer 1.2), der Delegation der Geschäftsführung (Dispositivziffer 1.4) und der Besetzung der Geschäftsleitung (Dispositivziffer 1.5) ist festzuhalten, dass der VR von KAGA und die Geschäftsleitung nach einem anderslautenden Rechtsmittelentscheid zwar umgehend wieder neu (wie bisher) besetzt und das erlassene Organisationsreglement aufgehoben werden könnte. Nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte aber, dass der VR während der Zeit bis zu einem solchen Entscheid anders zusammengesetzt war und in dieser Zusammensetzung handelte. Je nachdem, welche Handlungen der so zusammengesetzte VR in dieser Zeit vornehmen würde, liessen sich diese nurmehr schwer, wenn überhaupt, rückgängig machen, und solches könnte mit erheblichen Kosten verbunden sein. Vergleichbares gilt auch für die Geschäftsleitung, der die Geschäftsführung soweit gesetzlich zulässig zu delegieren wäre, sowie für die Untersagung von Vorgaben (Dispositivziffern 1.1 und 1.3). Zwar können die Nachteile, die mit einem Fortdauern der bisherigen Zusammensetzung des VR von KAGA und der Aufgabenteilung mit der Geschäftsleitung während weiteren mindestens sechs Jahren des allfälligen Rechtsmittelverfahrens verbunden sind, nicht auf die leichte Schulter genommen werden. Jedoch besteht diese Situation bereits seit etwa 50 Jahren, weshalb hier die Interessen der verpflichteten Parteien überwiegen, vor den für sie nachteiligen Folgen geschützt zu bleiben, die mit der Umsetzung dieser noch nicht rechtskräftigen Massnahmen einhergehen.

2220. Das Sekretariat hat bezüglich einiger Massnahmen, deren Erlass es in Dispositivziffer 1 seines Antrag beantragt hat (Dispositivziffern 1.7–1.10 und 1.12), zugleich den Entzug der aufschiebenden Wirkung beantragt.⁴²⁴⁰ Das mit der Begründung, es handle sich dabei um flankierende Massnahmen, welche die künftige Umsetzung der übrigen Massnahmen sicherstellen sollten und bei denen entsprechend der Entzug der aufschiebenden Wirkung zur Verwirklichung von deren Sicherungszweck erforderlich sei. Mehrere Parteien haben in ihren Stellungnahmen zum Antrag und anderswo die Zulässigkeit des Entzugs der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich dieser flankierenden Sicherungsmassnahmen bestritten.⁴²⁴¹ Die WEKO entzieht die aufschiebende Wirkung hinsichtlich der Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 nicht und sie ordnet keine flankierenden Massnahmen an. Entsprechend erübrigt es sich, auf diese Kritik einzugehen und die Rechtmässigkeit des

Entzugs der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich der Dispositivziffern 1.7–1.10 und 1.12 gemäss Antrag, wie vom Sekretariat beantragt, zu beurteilen.

E.1.5.3.2 Hinsichtlich des Rechts der Aktionärinnen, je einen Vertreter in den VR von KAGA zu entsenden, der gelebten Entsendedepraxis und dem Informationsaustausch im VR

2221. Es kann bezüglich Dispositivziffer 1.2 auf die vorangehenden Ausführungen zum Entzug der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA verwiesen werden.⁴²⁴² Wiederholt sei hier das Ergebnis, wonach die aufschiebende Wirkung hinsichtlich dieser Dispositivziffer nicht entzogen wird.

2222. Zu beurteilen bleiben die Dispositivziffern 1.6, 1.7 und 1.8. Die nachteiligen Folgen, die mit einer vorzeitigen Umsetzung dieser Massnahmen verbunden wären, wiegen bedeutend weniger schwer für die verpflichteten Parteien als hinsichtlich der Dispositivziffern 1.1–1.5. Jedoch sind diese Massnahmen auf die künftige Zusammensetzung des VR von KAGA gemäss Dispositivziffer 1.2 ausgerichtet (Dispositivziffern 1.6 und 1.7) bzw. darauf abgestimmt (Dispositivziffer 1.8⁴²⁴³). Wird die aufschiebende Wirkung bezüglich Dispositivziffer 1.2 nicht entzogen, ist sie auch hinsichtlich dieser Dispositivziffern nicht zu entziehen.

E.1.5.3.3 Hinsichtlich der Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben

2223. Bei den Massnahmen hinsichtlich der Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben (Dispositivziffer 2 resp. Ziffer 1 der EVR), ist zu konstatieren, dass bloss das «gewöhnliche», stets vorhandene Interesse, den rechtmässigen Zustand umgehend (wieder)herzustellen, auszumachen ist. Dieses allein ist allerdings auch im Bereich des Kartellrechts nicht Grund genug, einer allfälligen Beschwerde gegen diese Massnahme die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Das zu ändern, wäre Sache des Gesetzgebers.⁴²⁴⁴

E.1.5.3.4 Hinsichtlich des Konkurrenzverbots zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet

2224. Bei den Massnahmen hinsichtlich des Konkurrenzverbots zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet ist wiederum zu differenzieren:

⁴²³⁹ Siehe Rz 2175 ff.

⁴²⁴⁰ Rz 2080 und 2082.

⁴²⁴¹ So insbesondere Act. VIII.156 Rz 334–358, Act. VIII.162 Rz 147–150, Act. VIII.163 Rz 145–148, Act. VIII.164 Rz 199–211.

⁴²⁴² Rz 2218 ff.

⁴²⁴³ Siehe Rz 2183.

⁴²⁴⁴ Ein diesbezüglicher gesetzlicher Anpassungsbedarf wurde denn auch von der Evaluationsgruppe Kartellgesetz ausgemacht, vgl. Evaluation gemäss Art. 59a KG, Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz, 5.12.2008, Rz 310 und 334 (abrufbar unter <www.weko.admin.ch> Rechtliches / Dokumentation > Evaluation des Kartellgesetzes > Synthesebericht Evaluation KG (zuletzt besucht am 13.6.2023).

2225. Betreffend die Verpflichtung der Aktionärs-Unternehmen, keine Verpflichtung einzugehen oder aufrechtzuerhalten, wonach sie im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben oder anderweitig auf einen Abbau von Kies oder Sand in diesem Gebiet verzichten (Dispositivziffer 3.1 resp. Ziffer 2.1 der EVR mit den Aktionärs-Unternehmen), erübrigen sich Erörterungen. Sofern eine verpflichtete Partei diese aus Sicht der verfügenden Behörde für sie vorteilhafte Massnahme anfechten möchte, um sich selber einschränkende Verpflichtungen eingehen zu können, besteht für die verfügende Behörde kein Grund, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

2226. Betreffend die Untersagung, von anderen Aktionärs-Unternehmen die Einhaltung des Konkurrenzverbots zu verlangen (Dispositivziffer 3.2 resp. Ziffer 2.2 der EVR mit den Aktionärs-Unternehmen bzw. Ziffer 2.1 der EVR mit KAGA), ist der Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde erforderlich, um zu verhindern, dass sich die aus dem Konkurrenzverbot ausschliesslich berechnete KAGA nicht während einem laufenden Rechtsmittelverfahren noch «ungestört» möglichst viele Abbaurechte sichern kann, um so einen allfälligen Konkurrenzkampf um diese mit den Aktionärs-Unternehmen von vornherein zu verunmöglichen. Die Konsequenzen davon liessen sich später kaum mehr rückgängig machen. Weiter gilt es, sicherzustellen, dass durch diese Massnahme nicht einige Parteien gegenüber anderen Konkurrenzvorteile erlangen.⁴²⁴⁵ Diese Massnahme richtet sich gegen mehrere Adressaten gleichzeitig. Erheben nur einige Beschwerde, andere nicht, könnten nun die beschwerdeführenden Parteien von den übrigen Beteiligten weiterhin die Einhaltung des Konkurrenzverbots verlangen, während dies die nichtbeschwerdeführenden Parteien umgekehrt nicht mehr verlangen könnten. Durch den Entzug der aufschiebenden Wirkung lässt sich erreichen, dass nicht derartige Konkurrenzvorteile entstehen können.

2227. Als einzige Partei wendet sich Vigier in ihrer Stellungnahme zum Antrag gegen den Entzug der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich dieser Massnahme. Sie begründet dies damit, dass aufgrund der von den anderen Parteien abgeschlossenen Teil-EVR keine Dringlichkeit hinsichtlich dieser Massnahme mehr bestehe. Weiter trägt sie vor, das Risiko eines weiteren Verstosses könne angesichts der Teil-EVR der anderen Parteien ohnehin ausgeschlossen werden, weshalb der Entzug der aufschiebenden Wirkung unverhältnismässig wäre.⁴²⁴⁶ Diese Vorbringen überzeugen nicht. Vigier blendet bei ihren Ausführungen die vorangehende Begründung aus, weshalb die aufschiebende Wirkung bei dieser Massnahme entzogen wird. Dass die anderen Parteien eine Teil-EVR abgeschlossen haben, die unter anderem diese Massnahme betrifft, ist kein Grund, die aufschiebende Wirkung insbesondere im Verhältnis zu Vigier nicht zu entziehen. Im Gegenteil ist bei dieser Ausgangslage sogar erst recht davon auszugehen, dass die Parteien, die eine Teil-EVR hinsichtlich dieser Massnahme abgeschlossen haben, keine diesbezügliche Beschwerde erheben werden, Vigier hingegen schon. Ohne Entzug der aufschiebenden Wirkung könnte Vigier entsprechend gegenüber den anderen, nichtbeschwerdeführenden Parteien die Einhaltung des Konkurrenz-

verbots verlangen, umgekehrt aber nicht. Gerade um diese Gefahr von unberechtigten Konkurrenzvorteilen zu bannen, ist es angebracht, die aufschiebende Wirkung zu entziehen – und zwar insbesondere gegenüber Vigier.

2228. KAGA hält in ihrer Stellungnahme zum Antrag fest, diese Massnahme sei Gegenstand der Teil-EVR, weshalb sie aufgrund des Rechtsmittelverzichts in der Teil-EVR ohnehin nicht angefochten werde. Entsprechend werde auch der Entzug der aufschiebenden Wirkung hinfällig und könne ersatzlos gestrichen werden.⁴²⁴⁷ Das trifft so nicht zu. In der Vergangenheit ist es durchaus vorgekommen, dass Parteien trotz Abschlusses einer EVR und Einhaltung des in Aussicht gestellten Sanktionsrahmens ein Rechtsmittel gegen die entsprechende Verfügung ergriffen haben. Die von KAGA angeführte Vorbemerkung in der EVR ist bereits aufgrund des Zeitpunkts des Abschlusses der EVR nicht als eigentlicher, rechtsgültiger Rechtsmittelverzicht zu werten.⁴²⁴⁸ Der Entzug der aufschiebenden Wirkung wird daher trotz Abschlusses einer Teil-EVR nicht hinfällig und ist anzuordnen. Das soll selbstverständlich kein Misstrauensvotum gegenüber KAGA sein, sondern ist der rechtlichen Sorgfaltspflicht und den in anderen Fällen gemachten Erfahrungen geschuldet.

2229. Betreffend die Untersagung, von Aare-Kies die Übertragung näher bezeichneter Dienstbarkeitsverträge an KAGA zu verlangen, sollten sich die Eigentums- oder Inhaberverhältnisse bei Aare-Kies verändern (Dispositivziffer 3.3 resp. Ziffer 2.3 der EVR mit den Aktionärs-Unternehmen mit Ausnahme von Daepf bzw. Ziffer 2.2 der EVR mit KAGA), ist der Nachteil für die verpflichteten Parteien bei einer sofortigen Vollstreckbarkeit gering. Ihr Nachteil besteht einzig darin, dass sie solche Forderungen während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens nicht stellen könnten. Bei einem diesbezüglich anderslautenden Urteil der Beschwerdeinstanz könnten sie diese Forderungen ab da wieder geltend machen. Auf der anderen Seite ist das Interesse an einer sofortigen Vollstreckbarkeit noch geringer. Zunächst sind für die Wettbewerbsbehörden keine Anzeichen dafür ersichtlich, dass sich bei Aare-Kies die Eigentums- oder Inhaberverhältnisse während den nächsten sechs Jahren ändern dürften. Vor allem aber würde auch bei einem Entzug der aufschiebenden Wirkung das Damoklesschwert weiterhin über den neuen Eigentümern oder Inhabern hängen, dass sie diese Dienstbarkeitsverträge allenfalls an KAGA übertragen müssen. Diese Unsicherheit lässt sich nicht beseitigen, indem die aufschiebende Wirkung entzogen wird. Bei dieser Massnahme ist die aufschiebende Wirkung nicht zu entziehen.

⁴²⁴⁵ Gemäss Praxiskommentar VwVG-Seiler (Fn 4237), Art. 55 N 103 m.w.H., spricht diese Konstellation «oft für den Entzug».

⁴²⁴⁶ Act. VIII.164 Rz 207 und 210. Soweit sich Rz 203 f. ebenfalls auf diese Massnahme beziehen sollten, ist festzuhalten, dass die dortigen Ausführungen nicht überzeugen. Es kann auf die vorangehenden Ausführungen in diesem Kapitel verwiesen werden, die Vigier mit ihrer appellatorischen Kritik nicht als unzutreffend auszuweisen vermag.

⁴²⁴⁷ Act. VIII.156 Rz 335.

⁴²⁴⁸ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 1.2.12.6, *Leasing – CA Auto Finance*.

E.1.5.3.5 Hinsichtlich der Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub

2230. Bei den Massnahmen hinsichtlich der Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub ist eine differenzierte Betrachtung erforderlich:

2231. Betreffend die Untersagung, die Möglichkeit zur Deponierung von unverschmutztem Aushub bei KAGA vom Bezug von Kies abhängig zu machen (Ziffer 3.1 der EVR mit KAGA), ist der Nachteil für die verpflichtete Partei bei einer sofortigen Vollstreckbarkeit sehr gering. Diese Massnahme wird angeordnet, weil insofern eine Wiederholungsgefahr besteht. Momentan praktiziert KAGA keine solche Koppelung mehr, weshalb sie ihr aktuelles Verhalten selbst bei Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht ändern muss. Sollte KAGA im Laufe der nächsten sechs Jahre wieder eine Deponieknappheit wahrnehmen und darauf reagieren wollen, bestehen dafür etliche andere, aber kartellrechtskonforme Wege, wie sich gezeigt hat. Auf der anderen Seite hat sich gezeigt, dass die zwischen 2012 und 2014 praktizierte Koppelung sowohl behindernd als auch ausbeutend war und den wirksamen Wettbewerb wesentlich beschränkte.⁴²⁴⁹ Das Interesse, eine solche Wettbewerbsbeschränkung in den nächsten sechs Jahren nicht erneut hinnehmen zu müssen, ist gross und überwiegt. Bei dieser Massnahme ist einer allfälligen Beschwerde daher die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

2232. Betreffend die Verpflichtung, die Deponiesperre gegenüber [U04] aufzuheben (Ziffer 3.2 der EVR mit KAGA), und die Untersagung, von [U04] die Aufholung des bestehenden «Rückstands» beim Kiesbezug oder ersatzweise irgendeine andere Leistung dafür zu verlangen (Ziffer 3.3 der EVR mit KAGA), ist der Nachteil für die verpflichtete Partei bei einer sofortigen Vollstreckbarkeit etwas grösser als bei der zuvor behandelten Untersagung, denn hier muss sie ihr aktuelles Verhalten anpassen. Der Nachteil bleibt dennoch gering. Ein finanzieller Nachteil entsteht ihr durch die Aufhebung der Deponiesperre nicht. Und hinsichtlich der Untersagung, die Aufholung des «Rückstands» oder ersatzweise irgendeine andere Leistung dafür zu verlangen, besteht ihr Nachteil einzig darin, dass sie solche Forderungen während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens nicht stellen könnte. Bei einem diesbezüglich anderslautenden Urteil der Beschwerdeinstanz könnte sie diese Forderungen ab da wieder geltend machen. Auf der anderen Seite ist der Nachteil gravierend, der mit einem Verzicht auf sofortige Vollstreckbarkeit verbunden wäre. Wie festgestellt, betreibt [U04] derzeit eine Deponie «auf grüner Wiese», weshalb ihr Bedarf an Deponievolumen für unverschmutzten Aushub von anderen Anbieterinnen aktuell eher gering sein dürfte. Ihre Deponie ist allerdings «vorübergehender» Natur und dürfte ca. im Jahr 2026 das Limit erreicht haben, also aufgefüllt sein.⁴²⁵⁰ Ab da ist davon auszugehen, dass [U04] wiederum einen erhöhten Bedarf an Deponievolumen für unverschmutzten Aushub von anderen Anbieterinnen hat. Nach obiger Prognose dürfte ein allfälliges Rechtsmittelverfahren zu diesem Zeitpunkt noch mindestens drei Jahre andauern.⁴²⁵¹ Ohne Entzug der aufschiebenden Wirkung würde sich die negative Auswirkung dieser Deponiesperre auf den Wettbewerb ab ca. 2026 wieder

aktualisieren. Müsste [U04] ihren «Rückstand» aufholen und Kies beziehen, den sie nicht braucht, wäre dies für sie nicht nur mit finanziellen Nachteilen verbunden, sondern würde sie auch vor Lager- und Logistik-Problemen stellen. Damit würde eine der wenigen Hauptkonkurrentinnen von KAGA und eine gleichzeitige Konkurrentin einiger Aktionärs-Unternehmen geschwächt – zum Nachteil des im öffentlichen Interesse stehenden wirksamen Wettbewerbs. Diese Nachteile überwiegen deutlich, weshalb bei diesen zwei Massnahmen einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen ist.

2233. KAGA hält in ihrer Stellungnahme zum Antrag fest, diese Massnahme sei Gegenstand der Teil-EVR, weshalb sie aufgrund des Rechtsmittelverzichts in der Teil-EVR ohnehin nicht angefochten werde. Entsprechend werde auch der Entzug der aufschiebenden Wirkung hinfällig und könne ersatzlos gestrichen werden.⁴²⁵² Das trifft so nicht zu. In der Vergangenheit ist es durchaus vorgekommen, dass Parteien trotz Abschlusses einer EVR und Einhaltung des in Aussicht gestellten Sanktionsrahmens ein Rechtsmittel gegen die entsprechende Verfügung ergriffen haben. Die von KAGA angerufene Vorbemerkung in der EVR ist bereits aufgrund des Zeitpunkts des Abschlusses der EVR nicht als eigentlicher, rechtsgültiger Rechtsmittelverzicht zu werten.⁴²⁵³ Der Entzug der aufschiebenden Wirkung wird daher trotz Abschlusses einer Teil-EVR nicht hinfällig und ist anzuordnen. Das soll selbstverständlich kein Misstrauensvotum gegenüber KAGA sein, sondern ist der rechtlichen Sorgfaltspflicht und den in anderen Fällen gemachten Erfahrungen geschuldet.

E.1.5.4 Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung im Dispositiv

2234. Einer allfälligen Beschwerde ist nach dem Gesagten nicht hinsichtlich aller Massnahmen die aufschiebende Wirkung zu entziehen, sehr wohl aber hinsichtlich einzelner spezifischer Massnahmen. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde wird für alle davon betroffenen Massnahmen gemeinsam in Dispositivziffer 5 festgehalten.

E.2 Sanktionierung

E.2.1 Voraussetzungen für eine Sanktionierung

E.2.1.1 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

2235. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG beteiligt ist oder marktbeherrschend ist und sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Aus dem Gesetzestext ergeben sich folgende objektiven Tatbestandsmerkmale:

⁴²⁴⁹ Rz 1967 ff.

⁴²⁵⁰ Siehe etwa Rz 453 zweites Lemma.

⁴²⁵¹ Rz 2216.

⁴²⁵² Act. VIII.156 Rz 335.

⁴²⁵³ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 1.2.12.6, *Leasing – CA Auto Finance*.

- Es muss eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG vorliegen;
- Das fragliche Unternehmen muss sich an dieser unzulässigen Verhaltensweise beteiligt resp. diese vorgenommen haben.

2236. Als weiteres, subjektives Tatbestandsmerkmal setzt Art. 49a Abs. 1 KG gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Verschulden im Sinne der Vorwerfbarkeit voraus.⁴²⁵⁴

E.2.1.1.1 Unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

2237. Als unzulässige Verhaltensweisen, die einer Sanktionierung unterliegen, nennt Art. 49a Abs. 1 KG einerseits eine Beteiligung an unzulässigen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG und andererseits ein unzulässiges Verhalten nach Art. 7 KG bei Marktbeherrschung. Art. 49a Abs. 1 KG bezieht sich damit auf spezifische materielle Normen des KG. Diese materiellen Normen sind im Kontext von Art. 49a Abs. 1 KG selbstverständlich gleich zu verstehen und auszulegen wie bei der materiellen Beurteilung selbst. Zwei Klarstellungen hinsichtlich der in Art. 49a Abs. 1 KG enthaltenen Bezugnahmen erscheinen dennoch angebracht:

2238. Bezüglich der Beteiligung an unzulässigen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG ist für die Sanktionierbarkeit einzig die Unzulässigkeit derartiger Wettbewerbsabreden entscheidend. Nicht relevant ist, ob diese Wettbewerbsabreden den wirksamen Wettbewerb beseitigt oder ohne Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG erheblich beeinträchtigt haben.⁴²⁵⁵

2239. Bezüglich eines unzulässigen Verhaltens nach Art. 7 KG setzt Art. 49a Abs. 1 KG nicht voraus, dass das fragliche Verhalten im nicht abschliessenden Beispielskatalog von Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführt ist. Auch ein Verhalten, das ausschliesslich unter Art. 7 Abs. 1 KG fällt, kann gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert werden. Nur, aber immerhin, ist diesfalls zu prüfen, ob der Begriff des Missbrauchs in Art. 7 Abs. 1 KG in Bezug auf dieses Verhalten so konkretisiert ist, dass er genügend bestimmt ist im Sinne von Art. 7 EMRK.⁴²⁵⁶

2240. Ob Verhaltensweisen vorliegen, die nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG oder Art. 7 KG unzulässig sind, wurde bereits beurteilt, und es kann auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden. Es sind dies die folgenden Verhaltensweisen:

- Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen (Art. 5 Abs. 4 KG).⁴²⁵⁷
- Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben (Art. 5 Abs. 4 KG).⁴²⁵⁸
- Koordination der Angebote für die Übernahme von [U01] (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG).⁴²⁵⁹
- Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG).⁴²⁶⁰
- Im Kiesbereich: Die marktbeherrschende KAGA gewährt Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Abs. 1 KG).⁴²⁶¹
- Im Deponiebereich: Die marktbeherrschende KAGA praktiziert eine Kiesbezugspflicht bei der Deponie-

rung von unverschmutztem Aushub (Art. 7 Abs. 2 Bst. f i.V.m. Abs. 1 KG).⁴²⁶²

2241. Soweit Parteien ihre Anträge auf Sanktionsreduktion oder -verzicht damit begründen, die eine oder andere ihnen vorgeworfene Verhaltensweise, z.B. das Konkurrenzverbot, sei nicht bewiesen, falle entgegen dem Antrag nicht unter eine sanktionierbare KG-Norm oder sei generell oder zumindest in Bezug auf sie nicht kartellrechtswidrig,⁴²⁶³ braucht darauf nachfolgend nicht mehr eingegangen zu werden. Diese materiellen Vorbringen der Parteien wurden bei den rechtlichen Erwägungen hinsichtlich der jeweiligen Verhaltensweisen bzw., soweit den Sachverhalt betreffend, bei den Sachverhaltsfeststellungen beurteilt. Da sich die vorgeworfenen Verhaltensweisen entgegen der Ansicht dieser Parteien als bewiesen und sanktionierbar erwiesen haben, verfangen diese Begründungen für eine Sanktionsreduktion oder -verzicht nicht. Es kann auf die einschlägigen Ausführungen verwiesen werden.

E.2.1.1.2 Beteiligte Unternehmen

2242. Mit einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet wird ein *Unternehmen*, das sich an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG *beteiligt* hat, oder marktbeherrschend ist und sich nach Art. 7 KG unzulässig *verhalten* hat. Voraussetzung ist damit erstens ein Unternehmen, dass sich zweitens an der unzulässigen Verhaltensweise beteiligt resp. diese vorgenommen hat.

2243. Zur **ersten Voraussetzung**: Mit dem Begriff des Unternehmens sind bei Art. 49a Abs. 1 KG Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG gemeint.⁴²⁶⁴ Wer in vorliegender Untersuchung die Unternehmen i.S.d. KG

⁴²⁵⁴ Aus jüngerer Zeit etwa BGE 147 II 72 E. 8.4.1 f., *Hors-Liste II*; BGE 146 II 217 E. 8.5.1 f., *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGE, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 9.2 f., *DCC*, je m.w.H.

⁴²⁵⁵ BGE 143 II 297 E. 9.4, *Gaba*; bestätigt etwa in BGE 144 II 194 E. 5.3, *BMW*.

⁴²⁵⁶ BGE 146 II 217 E. 8.1–8.3, *Preispolitik Swisscom ADSL*, in dem eine ausreichende Konkretisierung in Bezug auf Kosten-Preis-Scheren bejaht wurde.

⁴²⁵⁷ Zusammengefasst in Rz 2014 ff. m.w.H.

⁴²⁵⁸ Zusammengefasst in Rz 2017 ff. m.w.H.

⁴²⁵⁹ Zusammengefasst in Rz 2020 ff. m.w.H.

⁴²⁶⁰ Zusammengefasst in Rz 2023 ff. m.w.H.

⁴²⁶¹ Zusammengefasst in Rz 2029 f. m.w.H.

⁴²⁶² Zusammengefasst in Rz 2027 f. m.w.H.

⁴²⁶³ So bezüglich des Konkurrenzverbots Alluvia (Act. IX.8 Rz 1–13; Act. IX.30 Beilage 1 Rz 5–21; Act. IX.37 Rz 10–13), Marti-Gruppe (Act. VIII.159 Rz 65–94, Act. IX.30 Beilage 4 Rz 27–35), Heimberg (Act. IX.30 Beilage 3 Rz 1–8), Kästli-Gruppe (Act. VIII.163 Rz 54, Act. IX.9 Rz 4–5.6, Act. IX.30 Beilage 2 S. 9, Act. IX.36), Vigier (Act. VIII.164 Rz 128–151, Act. IX.30 Beilage 5 Rz 43–53, Act. IX.35) und KAGA (Act. IX.34); bezüglich des Ausschlusses der Arbitragemöglichkeit beim Kiespreis Alluvia (Act. IX.8 Rz 14–17; Act. IX.30 Beilage 1 Rz 22 f.), Marti-Gruppe (Act. VIII.159 Rz 36–56; Act. IX.30 Beilage 4 Rz 17–21), Kästli-Gruppe (Act. VIII.163 Rz 33–37 und 53, Act. IX.9 Rz 6, Act. IX.30 Beilage 2 S. 9 f.), Vigier (Act. VIII.164 Rz 90–104, Act. IX.30 Beilage 5 Rz 30–35); bezüglich der Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben, Alluvia (Act. IX.8 Rz 14–17; Act. IX.30 Beilage 1 Rz 22 f.), Marti-Gruppe (Act. VIII.159 Rz 57–64; Act. IX.30 Beilage 4 Rz 22–26), Kästli-Gruppe (Act. VIII.163 Rz 33–37 und 53, Act. IX.9 Rz 6, Act. IX.30 Beilage 2 S. 9 f.), Vigier (Act. VIII.164 Rz 109–127, Act. IX.30 Beilage 5 Rz 41 f.).

⁴²⁶⁴ BGE 146 II 217 E. 8.5.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*; bestätigt in BGE, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 9.2, *DCC*; ebenso bereits BGE, 2C_484/2010 vom 29.6.2012 E. 12.2.1, *Publigroupe* (nicht publiziert in BGE 139 I 72).

sind, wurde bereits hinsichtlich des persönlichen Geltungsbereichs des KG geprüft. Es kann an dieser Stelle vollumfänglich auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.⁴²⁶⁵ Die Unternehmen sind Alluvia, Daep, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe, Vigier und KAGA.⁴²⁶⁶

2244. Zur **zweiten Voraussetzung**: Weiter muss das Unternehmen an der unzulässigen Verhaltensweise beteiligt sein resp. diese vorgenommen haben. Welche Unternehmen an den hiervor aufgeführten unzulässigen Verhaltensweisen beteiligt waren resp. diese vorgenommen haben, wurde ebenfalls bereits beurteilt. Darauf kann verwiesen werden, hier sei bloss das Ergebnis nochmals in Erinnerung gerufen:

- Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen:
Alluvia, Daep, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe, Vigier und KAGA.⁴²⁶⁷
- Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben:
Alluvia, Daep, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe, Vigier und KAGA.⁴²⁶⁸
- Koordination der Angebote für die Übernahme von [U01]:
Alluvia, Daep, Heimberg, Kästli-Gruppe, Vigier und KAGA.⁴²⁶⁹
- Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet:
Alluvia, Daep, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe, Vigier und KAGA.⁴²⁷⁰
- Gewährung von Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen:
KAGA.⁴²⁷¹
- Praktizierung Kiesbezugsfrist bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub:
KAGA.⁴²⁷²

E.2.1.1.3 Vorwerfbarkeit

2245. Das Verschulden im Sinne einer Vorwerfbarkeit stellt gemäss Rechtsprechung das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar. Hierfür massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden. Die hier interessierenden Sorgfaltspflichten ergeben sich primär aus dem KG selbst. Die Unternehmen müssen sich an dessen Regeln halten und haben unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG oder Art. 7 KG fallende Verhaltensweisen zu unterlassen. Verstösst ein Unternehmen gegen diese Bestimmungen, hat es in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt. Nicht relevant ist hierbei, ob sich das fragliche Verhalten des Unternehmens einer bestimmten natürlichen Person zuordnen lässt oder nicht.⁴²⁷³

2246. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die unzulässigen Verhaltensweisen beschlossen und umsetzten, taten dies wissentlich und willentlich. Dabei strebten sie die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen dieser Verhaltensweisen regelmässig direkt an. Zumindest aber nahmen sie diese stets in Kauf, womit sie diesbezüglich jedenfalls eventualvorsätzlich handelten. Sodann ist festzuhal-

ten, dass die handelnden natürlichen Personen bei den jeweiligen Unternehmen entweder eine Position als Verwaltungsratsmitglied, also eine Organstellung, innehatten, zeichnungsberechtigt waren oder jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader angehörten. Ihr (Eventual-)Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen als objektiver Sorgfaltsmangel zuzurechnen.

2247. Soweit die fraglichen Verhaltensweisen bereits vor Inkrafttreten des aktuellen KG im Jahre 1996 aufgenommen wurden, besteht der objektive Sorgfaltsmangel darin, dass sie unter dem geltenden Kartellgesetz aufrechterhalten wurden. Die Weiterführung dieser Verhaltensweisen (Tun) kann auch als unterbliebene Anpassung an das aktuell geltende Recht (Unterlassen) verstanden werden. Ob man hierin nun ein Tun oder ein Unterlassen sehen will, bleibt hinsichtlich der Vorwerfbarkeit allerdings ohne Belang. Denn es gehört zur objektiven Sorgfaltspflicht eines Unternehmens, über die aktuellen Regeln des KG informiert zu sein bzw. zu bleiben, zumal auch die Möglichkeit bestünde, sich bei den Wettbewerbsbehörden über die aktuelle Rechtslage zu informieren.⁴²⁷⁴ Ändert sich im Laufe der Zeit die Rechtslage, ist es selbstverständlich Teil dieser Sorgfaltspflicht, dass sich das Unternehmen mit der geforderten Schnelligkeit hieran anpasst und gegebenenfalls sein bisheriges Verhalten ändert.⁴²⁷⁵ Anwaltliche Beratung wurde im Spätherbst 2014 eingeholt und drei der hier interessierenden Verhaltensweisen wurden per Ende 2014 aufgegeben, also noch vor Eröffnung der vorliegenden Untersuchung.⁴²⁷⁶ Die anwaltliche Beratung, sofern sie denn für die Verhaltensänderung ausschlaggebend gewesen sein sollte,⁴²⁷⁷ wurde demnach ziemlich rasch umgesetzt. Allerdings wurde sie erst 18 Jahre nach Inkrafttreten des aktuellen Kartellgesetzes und zehn Jahre nach Inkrafttreten der direkten Sanktionen eingeholt. Von einer Anpassung an die «neue» Gesetzeslage innert der geforderten Schnelligkeit kann freilich keine Rede sein, wenn anwaltliche Beratung mit einer derartigen zeitlichen Verzögerung eingeholt wird. Dass drei der hier interessierenden Verhaltensweisen vor Eröffnung der

⁴²⁶⁵ Siehe Rz 1292 f. bezüglich Aktionärs-Unternehmen und Rz 1294 ff., insbesondere das Fazit in Rz 1304 bezüglich KAGA.

⁴²⁶⁶ Siehe dazu, welche Parteien zu den jeweiligen Unternehmen i.S.d. KG gehören, Rz 1315.

⁴²⁶⁷ Ergebnis in Rz 2016 m.w.H.

⁴²⁶⁸ Ergebnis in Rz 2019 m.w.H.

⁴²⁶⁹ Ergebnis in Rz 2022 m.w.H.

⁴²⁷⁰ Ergebnis in Rz 2025 m.w.H.

⁴²⁷¹ Ergebnis in Rz 2027 f. m.w.H.

⁴²⁷² Ergebnis in Rz 2029 f. m.w.H.

⁴²⁷³ Die Rz fasst die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Vorwerfbarkeit zusammen, vgl. dazu aus jüngerer Zeit etwa BGE 147 II 72 E. 8.4.2, *Hors-Liste II*; 146 II 217 E. 8.5.2, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 9.3.1, *DCC*, je m.w.H.

⁴²⁷⁴ Statt anderer etwa BGE 147 II 72 E. 8.4.2, *Hors-Liste II*; 143 II 297 E. 9.6.2, *Gaba*.

⁴²⁷⁵ Vgl. dazu BGE 143 II 297 E. 9.6.2, *Gaba*.

⁴²⁷⁶ Siehe zu den zeitlichen Verhältnissen nachfolgend Rz 2250 m.w.H.

⁴²⁷⁷ Siehe Rz 1040 dazu, dass keine einheitlichen Angaben darüber gemacht wurden, weshalb die fraglichen Verhaltensweisen beendet wurden.

Untersuchung beendet wurden, mag bei der konkreten Sanktionsbemessung als mildernder Umstand zu beachten sein,⁴²⁷⁸ spielt aber für die Vorwerfbarkeit keine Rolle.

2248. Kurzum: Die unzulässigen Verhaltensweisen sind den daran beteiligten Unternehmen aufgrund von objektiven Sorgfaltsmängeln vorwerfbar. Damit ist auch das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt.

E.2.1.2 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht

2249. Die Sanktionierung ist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ausgeschlossen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist.

2250. Die vorliegende Untersuchung wurde im Januar 2015 eröffnet.⁴²⁷⁹ Von den sechs unzulässigen Verhaltensweisen, die von Art. 49a Abs. 1 KG erfasst werden,⁴²⁸⁰ wurden deren drei per Ende 2014 beendet (namentlich die Gewährung von Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen, der Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen und die Kiesbezugs-pflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub).⁴²⁸¹ Zwei weitere unzulässige Verhaltensweisen (namentlich das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet und die Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben)⁴²⁸² wurden auch noch während der Untersuchung ausgeübt. Hinsichtlich all dieser unzulässigen Verhaltensweisen steht der Sanktionierung in zeitlicher Hinsicht nichts entgegen.

2251. Im Gegensatz dazu fand eine unzulässige Verhaltensweise, nämlich die Koordination der Angebote für die Übernahme der [U01] im Mai 2007 ihr Ende.⁴²⁸³ Diese unzulässige Verhaltensweise wurde damit im Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung seit mehr als fünf Jahren nicht mehr ausgeübt. Entsprechend entfällt diesbezüglich die Möglichkeit einer Sanktionierung. Auf diese unzulässige Verhaltensweise ist daher im Folgenden nicht mehr weiter einzugehen.

E.2.1.3 Zurechenbarkeit der Wettbewerbsverstösse der Unternehmen an einzelne Parteien

2252. Wie ausgeführt, können in einem Kartellverfahren das Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes als materieller Normadressat und die Partei(en) des Verfahrens resp. der Adressat (die Adressaten) einer Verfügung als Rechtsträger auseinanderfallen.⁴²⁸⁴ Massgebend für die Zurechnung der begangenen Wettbewerbsverstösse der Unternehmen an die Parteien ist die Unternehmensträgerschaft, das heisst, welche juristischen oder natürlichen Personen oder Rechtsgemeinschaften (z.B. Kollektivgesellschaft) Trägerinnen der fehlbaren Unternehmen waren bzw. sind. Diese Zurechnung ist nachfolgend vorzunehmen. Fragen wirft diese Zurechnung vor allem dann auf, wenn sich die Unternehmensträgerschaft während oder nach der Tatbegehung geändert hat.⁴²⁸⁵

2253. Völlig unproblematisch ist die Zurechnung, soweit ein Unternehmen sowohl im Tatzeitpunkt als auch aktuell denselben einzigen Unternehmensträger aufweist. Diese Situation ist vorliegend in zwei Fällen gegeben. Das Unternehmen KAGA hat einen einzigen Unterneh-

mensträger, die Kies AG Aaretal KAGA. Dieselbe Situation liegt beim Unternehmen Heimberg vor, dessen Unternehmensträger die Kieswerk Heimberg AG ist.

2254. Gefestigt ist die Zurechnung mittlerweile auch, soweit ein Unternehmen sowohl im Tatzeitpunkt als auch aktuell zwar mehrere, aber jeweils dieselben Unternehmensträger aufweist. Die Zurechnung an einzelne Unternehmensträger hat diesfalls durch pflichtgemässe Ermessensausübung zu erfolgen, wobei es in der Regel sachgerecht ist, sowohl die direkt beteiligte (operative) Gesellschaft als auch die Obergesellschaft in die Pflicht zu nehmen.⁴²⁸⁶ Diese Situation ist vorliegend in drei Fällen gegeben. Beim Unternehmen Kästli-Gruppe sind es die operative Gesellschaft *Kästli Bau AG* und die Obergesellschaft *Kästli Beteiligungen AG*. Beim Unternehmen Marti-Gruppe sind es die operative Gesellschaft *Marti AG Bern, Moosseedorf*, und die Obergesellschaft *Marti Holding AG*. Beim Unternehmen Vigier sind es die operative Gesellschaft *Kiestag, Kieswerk Steinigand AG* und die Obergesellschaft *Vigier Holding AG*.⁴²⁸⁷

2255. Näher zu prüfen ist die Zurechenbarkeit hingegen in Konstellationen, in denen die Unternehmensträgerschaft während oder nach der Tat geändert hat, namentlich im Zuge von Zusammenschlüssen und Umstrukturierungen. Diese Situation ist vorliegend in zwei Fällen gegeben:

2256. Beim Unternehmen Alluvia waren die zwei operativen Gesellschaften *Hofstetter* und *Messerli* stets dieselben. Dass diesen zwei Gesellschaften jeweils die eigenen Aktivitäten zugerechnet werden können, ist evident und bedarf keiner Weiterungen. 2006 wurden diese beiden Gesellschaften unter dem Dach der Alluvia AG zusammengefasst, deren Tochtergesellschaften sie fortan waren und sind. Aufgrund der diversen strukturellen Verbindungen im Zeitpunkt der Übertragung zwischen den operativen Gesellschaften einerseits und der neuen gemeinsamen Obergesellschaft andererseits (vgl. die Zusammensetzung der Verwaltungsräte) und weil auch die weiteren Voraussetzungen für eine Zurechenbarkeit gegeben sind,⁴²⁸⁸ ist eine Zurechnung der operativen Tätigkeiten beider nunmehrigen Tochtergesellschaften resp. der entsprechenden Unternehmen an die Alluvia AG daher möglich.

⁴²⁷⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 1 der Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

⁴²⁷⁹ Rz 90.

⁴²⁸⁰ Siehe Rz 2240 m.w.H.

⁴²⁸¹ Siehe die Zusammenfassungen mit zeitlichen Angaben in Rz 2028, 2016 resp. 2030, je m.w.H.

⁴²⁸² Siehe die Zusammenfassungen mit zeitlichen Angaben in Rz 2025 resp. 2019, je m.w.H.

⁴²⁸³ Siehe die Zusammenfassung mit zeitlichen Angaben in Rz 2016 m.w.H.

⁴²⁸⁴ Rz 1313.

⁴²⁸⁵ Siehe ausführlich zu dieser Thematik RPW 2020/3a, 1096 ff. Rz 1128 ff., *Bauleistungen See-Gaster*; RPW 2020/4a, 1834 ff. Rz 559 ff., *Bauleistungen Graubünden*.

⁴²⁸⁶ Siehe Rz 1314.

⁴²⁸⁷ Siehe Rz 1316 zur Begründung, weshalb Vicat, obwohl hierarchisch noch weiter obenstehend, vorliegend nicht einbezogen wurde.

⁴²⁸⁸ Dazu RPW 2020/3a, 1100 ff. Rz 1153 ff., *Bauleistungen See-Gaster*.

2257. Beim Unternehmen Daepf waren die operative Gesellschaft *Aare-Kies* und deren Obergesellschaft *Kieswerk Daepf A.G.* stets dieselben. Die Zurechenbarkeit an diese zwei Gesellschaften ist evident und bedarf keiner Weiterungen. 2014 kam als hierarchisch noch weiter obenstehende Gesellschaft die Daepf Holding AG hinzu. Aufgrund der strukturellen Verbindung im Zeitpunkt der Übertragung bei diesen drei Gesellschaften (jeweils übereinstimmender VR-Präsident und -Vizepräsident) ist dies gemäss der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden als bloss interne Umstrukturierung des Unternehmens Daepf zu werten.⁴²⁸⁹ Auch die weiteren Voraussetzungen für eine Zurechenbarkeit sind gegeben,⁴²⁹⁰ eine Zurechnung an die Daepf Holding AG ist daher möglich.

E.2.2 Bemessungsgrundlagen

E.2.2.1 Rechtliche Grundlagen

2258. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 erster Halbsatz KG erfüllt, ist das Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes zu sanktionieren. Massgebend für diese Obergrenze der Sanktion sind grundsätzlich die letzten drei Geschäftsjahre, die vor Erlass der Verfügung abgeschlossen wurden.⁴²⁹¹ Hat ein Unternehmen in diesen drei Jahren einen Umsatz in der Schweiz erzielt und liegt keiner der in Abs. 2 und 3 von Art. 49a KG statuierten Gründe für einen vollständigen Erlass der Sanktion vor, ist eine Sanktion von bis zu 10 % des Umsatzes in den letzten drei Geschäftsjahren auszusprechen.⁴²⁹²

2259. Gemäss Art. 49a Abs. 1 Satz 3 und 4 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

2260. Die konkrete Sanktionsbemessung innerhalb des Sanktionsrahmens richtet sich nach den in Art. 2 ff. SVKG enthaltenen Kriterien in drei Schritten: Zuerst wird ein Basisbetrag ermittelt (Art. 3 SVKG), der alsdann an die Dauer des Verstosses angepasst wird (Art. 4 SVKG) und schliesslich entsprechend erschwerender oder mildernder Umstände erhöht oder vermindert wird (Art. 5 f. SVKG).⁴²⁹³ Der so bestimmte Sanktionsbetrag ist schliesslich daraufhin zu prüfen, ob er den abstrakten Sanktionsrahmen übersteigt – gegebenenfalls ist er entsprechend zu kürzen (Art. 7 SVKG).

2261. Gemäss Art. 3 SVKG bildet der Basisbetrag der Sanktion je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag wird ebenfalls in drei Schritten ermittelt: Zuerst werden die relevanten Märkte bestimmt, alsdann wird der Umsatz auf diesen festgestellt (sinngemäss, d.h. soweit passend, nach der VKU, insbesondere Art. 4 VKU, allenfalls auch Art. 5 Abs. 2 VKU) und schliesslich wird die Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses angepasst.⁴²⁹⁴

2262. Hinsichtlich der relevanten Märkte ist zweierlei festzuhalten: Erstens bestimmen sich diese analog Art. 11 Abs. 3 VKU.⁴²⁹⁵ Zweitens können – je nach unzu-

lässiger Verhaltensweise – auch mehrere relevante Märkte vorliegen, die bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen sind.⁴²⁹⁶

2263. Hinsichtlich des Umsatzes auf diesen Märkten ist ebenfalls zweierlei festzuhalten: Erstens sind dabei grundsätzlich die letzten drei Geschäftsjahre massgeblich, die der Aufgabe der unzulässigen Verhaltensweise vorangegangen sind.⁴²⁹⁷ Zweitens sind die Bestimmungen der VKU für die Feststellung des Umsatzes sinngemäss heranzuziehen. D.h., soweit die hinsichtlich Zusammenschlussvorhaben aufgestellten Normen auch für die Bestimmung einer Sanktion passen, ist auf diese zurückzugreifen. Art. 4 Abs. 1 und 2 VKU (Nettoumsatz,

⁴²⁸⁹ Siehe RPW 2020/3a, 1100 Rz 1152, *Bauleistungen See-Gaster*.

⁴²⁹⁰ Dazu RPW 2020/3a, 1100 ff. Rz 1153 ff., *Bauleistungen See-Gaster*.

⁴²⁹¹ RPW 2013/4, 609 Rz 928 und v.a. mit Begründung 611 Rz 938 m.w.H., *Strassen- und Tiefbau Zürich*; RPW 2020/1, 220 Rz 959, *KTB-Werke*. Anders BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 Rz 785, *Preispolitik Swisscom ADSL*, wonach die drei letzten Geschäftsjahre vor der Aufgabe der unzulässigen Verhaltensweise massgebend sein sollen. Begründet wird dies einzig damit, bei der Bestimmung des Basisbetrags sei dies auch so. Dass die massgebende Zeitspanne bei den zwei Normen (Art. 49a Abs. 1 KG einerseits, Art. 3 SVKG andererseits) unterschiedlichen Zwecken dient, wird damit kommentarlos übergangen. Diese Rechtsprechung sogar auf die Prüfung der wirtschaftlichen Tragbarkeit der Sanktion übertragend BVGer, B-823/ 2016 vom 2.4.2020 E. 6.1.2, *Flügel und Klaviere*. Mit Blick auf Sinn und Zweck der Tragbarkeitsprüfung wird allerdings besonders augenfällig, dass dieser Zeitraum unpassend ist. Womöglich deshalb relativierte das BVGer diesen Standpunkt im selben Urteil einerseits ausdrücklich (vgl. E. 6.1.2 zweiter Absatz und v.a. E. 7.1) und wick andererseits implizit davon ab, indem es seine Überprüfung inhaltlich nicht auf die drei letzten Geschäftsjahre vor der Aufgabe der unzulässigen Verhaltensweise basierte (vgl. E. 6.2, 6.5.6 und 6.6). In einem jüngeren Urteil hat das BVGer diese Frage nunmehr ausdrücklich offengelassen, vgl. BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022 E. 11.4.3, *Sport im Pay-TV*, während es in einem anderen jüngeren Urteil ohne Auseinandersetzung damit die frühere Rechtsprechung übernommen hat, vgl. BVGer, B-294/2022 vom 31.8.2022 E. 6.3.2.5, *Dargaud II*.

⁴²⁹² Zur Untergrenze der Sanktion siehe etwa BVGer, B-807/2012 vom 25.6.2018 E. 11.5.4.1 und 11.5.8.2 f., *Strassen- und Tiefbau Aargau/Erne*; RPW 2013/4, 613 f. Rz 946 f., *Strassen- und Tiefbau Zürich*; RPW 2018/4, 748 f. Rz 142, *Engadin U*; RPW 2019/2, 302 ff., *Engadin V*.

⁴²⁹³ Aus der jüngeren Rechtsprechung etwa BGE 147 II 72 E. 8.5.1, *Hors-Liste II*; 146 II 217 E. 9.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 10.1, *DCC*, BGer, 2C_575/2023 vom 2.4.2024 E. 4.1, *Diffusion Transat II*, je m.w.H.

⁴²⁹⁴ Aus der jüngeren Rechtsprechung etwa BGE 147 II 72 E. 8.5.1, *Hors-Liste II*; 146 II 217 E. 9.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 10.1, *DCC*. Ebenso bereits BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012 E. 12.3.2 (nicht publiziert in BGE 139 I 72), *Publigroupe*.

⁴²⁹⁵ So explizit BGE 144 II 194 E. 6.3, *BMW*; 146 II 217 E. 9.2.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁴²⁹⁶ So etwa bei einer unter Art. 7 Abs. 1 KG fallenden Kosten-Preis-Schere, vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*; ferner BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 13.4.2, *Sport im Pay-TV*; BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023 E. 9.2.2, *Leasing – CA Auto Finance*; BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022 E. 11.4.1 und 11.4.4, *Sport im Pay-TV*; B-2597/2017 vom 19.1.2022 Rz 15.2.3.5, *KEM*; B-831/2011 vom 18.12.2018 Rz 1570–1578, *DCC*.

⁴²⁹⁷ Vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.2.6, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGer, 2C_575/2023 vom 2.4.2024 E. 4.4.1, *Diffusion Transat II*. Vgl. auch BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 13.4.3, *Sport im Pay-TV*. Ebenso BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016 E. 9.2.3, *Nikon*; RPW 2013/4, 611 f. Rz 939 ff. m.w.H., *Strassen- und Tiefbau Zürich*. Ferner BVGer, B-4596/ 2019 vom 6.6.2023 E. 9.2.4, *Leasing – CA Auto Finance*.

Umrechnung in CHF) dürften meist passend sein, während dies bei Art. 5 Abs. 2 VKU (Nichtberücksichtigung unternehmensinterner Umsätze) je nach Ausgangslage nicht der Fall ist.⁴²⁹⁸

2264. Ausgangspunkt für die Bestimmung der Schwere bildet der konkrete Verstoss.⁴²⁹⁹ Die Schwere ist dabei verschuldensunabhängig zu verstehen.⁴³⁰⁰ Massgebend für die Schwere ist das «abstrakte Gefährdungspotenzial» des konkreten Verstosses, wobei u.a. der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses und die Anzahl der Beteiligten zu berücksichtigen ist.⁴³⁰¹ Bei unzulässigen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG ist daher unter anderem zu beachten, ob eine Beseitigung oder «bloss» eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs vorliegt.⁴³⁰² Bei unter Art. 7 KG fallenden Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens ist für die Beurteilung der Schwere des Verstosses nicht relevant, ob dieser unter Abs. 1 dieser Bestimmung fällt oder ob er einem der in Abs. 2 aufgeführten Regelbeispiele zugeordnet werden kann – entscheidend ist vielmehr das Gefährdungspotenzial und der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung des konkret vorliegenden Verstosses.⁴³⁰³ Hierbei ist unter anderem zu berücksichtigen, wenn die fragliche Verhaltensweise mehrfach nachteilige Wettbewerbseffekte hat, etwa indem sie einerseits Konkurrentinnen behindert und andererseits die Marktgegenseite benachteiligt.⁴³⁰⁴

2265. Gemäss Art. 4 SVKG mit dem Titel Dauer wird der Basisbetrag um bis zu 50 % erhöht, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen ein und fünf Jahren dauerte. Dauerte er mehr als fünf Jahre, wird der Basisbetrag für jedes zusätzliche Jahr mit einem Zuschlag von je bis zu 10 % erhöht. Damit ist zugleich auch gesagt, dass vom Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG auszugehen ist, wenn der Wettbewerbsverstoss maximal ein Jahr gedauert hat.⁴³⁰⁵ Gemäss BGer ist bei der Erhöhung des Basisbetrags aufgrund der Dauer unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips ein gewisser Schematismus zulässig. Wird der Basisbetrag bei einer Dauer von einem bis fünf Jahren etwa stufenweise um jeweils 10 % pro Jahr (inkl. dem Jahr, das angebrochen ist) erhöht, so ist dies gemäss BGer daher rechtskonform.⁴³⁰⁶ Ebenfalls als rechtskonform erachtete das BGer eine Erhöhung von 0,8333 % pro Monat (inkl. dem Monat, der angebrochen ist).⁴³⁰⁷ Und das BVGer hielt jüngst fest, die Wettbewerbsbehörden hätten bei der Bestimmung des Umfangs der jährlichen Erhöhung einen Ermessensspielraum.⁴³⁰⁸

2266. Abgesehen davon, dass die Aufzählung milderner Umstände in Art. 6 SVKG nicht abschliessend ist,⁴³⁰⁹ hat sich das BGer bislang noch nicht in allgemeingültiger Weise zu den in Art. 5 f. SVKG geregelten erschwerenden und mildernden Umständen geäussert.

2267. Die Sanktionsbemessung ist eine Frage des Ermessens,⁴³¹⁰ das selbstredend pflichtgemäss auszuüben ist.⁴³¹¹ Dieses Ermessen ist in gleichen tatsächlichen Situationen, die in den rechtlich relevanten tatsächlichen Elementen übereinstimmen, durch dieselbe Instanz gleich auszuüben.⁴³¹² Ein Anspruch auf «Gleichbehandlung im Unrecht» besteht aber nicht.⁴³¹³ Weiter ist bei der Ermessensausübung entsprechend Art. 5 Abs. 2 BV

das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 Abs. 2 SVKG).⁴³¹⁴

E.2.2.2 Zum Umgang mit einer Mehrzahl von Verstössen

2268. Vorliegend bestehen mehrere unzulässige Verhaltensweisen, die – auch in zeitlicher Hinsicht – sanktionierbar sind.⁴³¹⁵ Und es sind mehrere Unternehmen vorhanden, die an mehreren dieser unzulässigen Verhaltensweisen beteiligt sind.⁴³¹⁶ Bevor die konkrete Sanktionsbemessung vorzunehmen ist, ist daher zu eruieren, wie in einer solchen Situation überhaupt vorzugehen ist.

2269. Vorab klargestellen ist, dass die strafrechtlichen Normen zur Strafzumessung und insbesondere diejenigen zu Konkurrenzen (vgl. Art. 49 StGB) vorliegend nicht anwendbar sind. Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG mögen zwar strafrechtsähnlich sein und auf sie sind daher direkt gestützt auf die EMRK gewisse strafrechtliche resp. strafrechtsähnliche Grundsätze anwendbar, doch bleibt das kartellrechtliche Verfahren ein Verwaltungsverfahren.⁴³¹⁷ In diesem sind – vorbehaltlich eines ausdrücklichen Verweises im KG oder im qua Art. 39 KG

⁴²⁹⁸ BGE 146 II 217 E. 9.2.2.1–9.2.2.4, *Preispolitik Swisscom ADSL*, in dem eine sinngemässe Anwendung von Art. 5 Abs. 2 VKU bei einer Kosten-Preis-Schere als unpassend abgelehnt wurde. Konzerninterne Umsätze entgegen Art. 5 Abs. 2 VKU ebenfalls mitberücksichtigt hat das BVGer in seinem Urteil B-2597/2017 vom 19.1.2022 Rz 15.2.3.21–15.2.3.30, *KEMI*, da die fraglichen Umsätze in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Wettbewerbsbeeinträchtigung stünden.

⁴²⁹⁹ BGE 146 II 217 E. 9.2.3.3, *Preispolitik Swisscom ADSL*; bestätigt in BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 10.2.3, *DCC*.

⁴³⁰⁰ BGE 144 II 194 E. 6.4, *BMW*; 146 II 217 E. 9.2.3.2, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 10.2.3, *DCC*. Uneinheitlich die Praxis des BVGer: Die Berücksichtigung subjektiver Elemente verneinend etwa BVGer, B-8386/2015 vom 24.6.2021 E. 10.4.4, *WAN-Anbindung Post*; B-4003/2016 vom 10.5.2022 E. 11.4.6.2, *Sport im Pay-TV*; B-2597/2017 vom 19.1.2022 Rz 15.2.4.16, *KEMI*; bejahend etwa BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 Rz 1592, *DCC*; B-7633/2009 vom 14.9.2015 Rz 743 und 747, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁴³⁰¹ BGE 144 II 194 E. 6.4, *BMW*; 146 II 217 E. 9.2.3.2, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁴³⁰² BGE 143 II 297 E. 9.7.2, *Gaba*; 144 II 194 E. 6.4, *BMW*.

⁴³⁰³ BGE 146 II 217 E. 9.2.3.3, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁴³⁰⁴ BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 10.2.3, *DCC*.

⁴³⁰⁵ Entgegen dem Wortlaut anders BVGer, B-5918/2017 vom 12.12.2023 Rz 278 f., *Baubeschläge II*.

⁴³⁰⁶ BGer, 2C_484/2010 vom 29.6.2012 E. 12.3.4 (nicht publiziert in BGE 139 I 72), *Publigroupe*; obiter dictum bestätigt in BGE 146 II 217 E. 9.3, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁴³⁰⁷ BGE 146 II 217 E. 9.3, *Preispolitik Swisscom ADSL*. Das BVGer hat in seinem Urteil B-831/2011 vom 18.12.2018 Rz 1600–1602, *DCC*, seinen früheren, eher apodiktischen Standpunkt abgeschwächt, wonach vorbehaltlich besonderer Umstände während der ersten fünf Jahre eine stufenweise Erhöhung um 0,8333 % pro angefangenem Monat vorzunehmen sei (so noch BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 Rz 755, *Preispolitik Swisscom ADSL*).

⁴³⁰⁸ BVGer, B-1781/2021 vom 13.6.2023 E. 3.5 m.w.H., *Hors Liste III*.

⁴³⁰⁹ So BGE 146 II 217 E. 9.4, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁴³¹⁰ BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 10.1, *DCC*.

⁴³¹¹ BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 6.4.2, *VPVW*.

⁴³¹² BGer, 2C_180/2014 vom 28.6.2016 E. 9.8 (nicht publiziert in BGE 143 II 297), *Gaba*.

⁴³¹³ BGer, 2C_39/2020 vom 3.8.2022 E. 9.1.3, *Diffulivre*.

⁴³¹⁴ BGE 146 II 217 E. 9.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*; 143 II 297 E. 9.7.2 m.w.H.

⁴³¹⁵ Rz 2240 und 2251.

⁴³¹⁶ Rz 2244.

⁴³¹⁷ BGE 148 II 182 E. 3.3.3 m.w.H., *Hors-Liste-Gehilfenschaft*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.1, *DCC*.

einschlägigen VwVG – weder das VStrR noch das StGB noch die StPO anwendbar.⁴³¹⁸ Da hinsichtlich der Sanktionsbemessung kein solcher Verweis besteht,⁴³¹⁹ sind die diesbezüglichen strafrechtlichen Normen hier nicht anwendbar. Dies im Übrigen aus gutem Grund, sind die strafrechtlichen Normen zur Strafzumessung doch vor allem auf die Bestrafung natürlicher Personen ausgerichtet, denen unter anderem Freiheitsstrafen drohen. Zudem weisen Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG nebst einem pönalen Element auch ein gewinnabschöpfendes Element auf, was im Strafrecht nicht der Fall ist.⁴³²⁰

2270. In begrifflicher Hinsicht ist sodann klarzustellen, dass eine einzige unzulässige Verhaltensweise vorliegt und nicht etwa mehrere, wenn ein und dasselbe Verhalten unter eine Mehrzahl kartellrechtlicher Normen subsumiert werden kann. Die gleichzeitige Erfüllung mehrerer Normen durch ein Verhalten kann – muss aber nicht – ein Indiz für dessen objektive Schwere bei der Bestimmung des Basisbetrags gemäss Art. 3 SVKG sein. Die mögliche Bedeutung als Indiz hängt insbesondere davon ab, ob es sich dabei um eine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG oder um eine solche nach Art. 7 KG handelt: So dürfte etwa eine Wettbewerbsabrede, die gleichzeitig mehrere Bst. von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt (also z.B. sowohl Preise festsetzt als auch Mengen einschränkt) oftmals eine zumindest etwas grössere objektive Schwere aufweisen als eine Wettbewerbsabrede, die «nur» einen Bst. von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt (etwa Preise festsetzt).⁴³²¹ Ob eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens nach Art. 7 KG unter keinen, einen oder mehrere Regelbeispiele des Katalogs von Abs. 2 subsumiert wird resp. werden könnte, gibt demgegenüber regelmässig keinen Aufschluss über die Schwere dieses Verstosses⁴³²² und ist für die Sanktionierung unbedeutend.⁴³²³ Denn die Unzulässigkeit einer solchen Verhaltensweise misst sich letztlich stets primär an Art. 7 Abs. 1 KG, auch wenn sie sich zudem noch einem oder mehreren Regelbeispielen von Abs. 2 zuordnen lässt.⁴³²⁴

2271. Das vorausgeschickt, ist nachfolgend darauf einzugehen, wie vorzugehen ist, wenn ein Unternehmen an mehreren unzulässigen Verhaltensweisen beteiligt ist. Diesfalls ist spätestens bei der Sanktionierung gestützt auf die konkreten Sachverhaltsfeststellungen (explizit oder implizit) zu beurteilen, ob die mehreren unzulässigen Verhaltensweisen einen einheitlichen Tatkomplex bilden oder ob es sich um unterschiedliche Tatkomplexe handelt, ob also eine Tatmehrheit vorliegt. Dem Kartellrecht entsprechend hat diese Beurteilung gestützt auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise⁴³²⁵ zu erfolgen. Da stets die spezifischen Sachverhaltsfeststellungen des konkreten Einzelfalls ausschlaggebend sind und dieser Beurteilung ein wertendes Element innewohnt, lassen sich diesbezüglich kaum allgemeingültige Regeln aufstellen, sondern bloss Orientierungspunkte festhalten.⁴³²⁶ Betreffen die mehreren unzulässigen Verhaltensweisen denselben relevanten Markt, kann das auf einen Tatkomplex hindeuten. Haben die mehreren unzulässigen Verhaltensweisen die gleichen ökonomischen Auswirkungen, die dieselben Marktakteure treffen, kann auch das für einen Tatkomplex sprechen. Sind die unzulässigen Verhaltensweisen inhaltlich und/oder zeitlich

aufeinander abgestimmt und greifen ineinander über, kann das ebenfalls auf einen Tatkomplex hindeuten. Weitere Aspekte, die bei dieser Beurteilung eine Rolle spielen können, sind etwa ein Übereinstimmen der Akteure, die zeitlichen Abläufe oder Interdependenzen zwischen den unzulässigen Verhaltensweisen.

2272. Liegt ein Tatkomplex vor, der aus mehreren unzulässigen Verhaltensweisen besteht, handelt es sich dabei um einen einzigen Verstoss i.S.v. Art. 3 SVKG. Dass dieser eine Verstoss mehrere unzulässige Verhaltensweisen umfasst, ist bei dessen Art und Schwere und damit bei der Bestimmung des Basisbetrags zu berücksichtigen.⁴³²⁷

⁴³¹⁸ Bezüglich Art. 5 VStrR und Art. 333 Abs. 1 StGB BGE 148 II 182 E. 3.3.3, *Hors-Liste-Gehilfenschaft*; bezüglich VStrR und StGB generell BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.1, *DCC*; bezüglich StPO generell BGE 145 II 259 E. 2.6.2, *VPVW*. Ebenso dazu jüngst BVGer, B-1781/2021 vom 13.6.2023 E. 3.6.6 m.w.H., *Hors Liste III*; ferner auch BVGer-B-716/2018 vom 23.11.2023 E. 12.2.6.3, *Engadin VI – Implemia*; BVGer B-697/2018 vom 28.11.2023 E. 12.2.6.3, *Engadin VIII – Implemia*.

⁴³¹⁹ Art. 49a KG und die gesamte SVKG e contrario. Dabei handelt es sich nicht etwa um ein Versehen oder eine Lücke, die zu füllen wäre, sondern um ein bewusstes Schweigen. Das zeigt sich schon nur daran, dass der Gesetzgeber an denjenigen Stellen im KG entsprechende Verweise vorgesehen hat, wo er sie für angebracht hielt (siehe etwa die Verweise auf das VStrR in Art. 42 Abs. 2 KG bezüglich Zwangsmassnahmen und in Art. 57 Abs. 1 KG bezüglich den Strafsanktionen nach Art. 54 f. KG).

⁴³²⁰ Die Sanktionierung anderer Verstösse nach Art. 52 KG enthält ebenfalls kein gewinnabschöpfendes Element. Für solche Verstösse erwägt das BVGer, ob eine Übertragung der Grundsätze von Art. 49 StGB sachgerecht wäre, lässt die Frage aber letztlich offen (vgl. BVGer, B-3882/2021 vom 16.2.2023 E. 9.7.1–9.7.1.2). Wie dem auch sei, bei der hier interessierenden Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG verhält es sich jedenfalls anders und eine Übertragung der Grundsätze von Art. 49 StGB ist nicht angebracht.

⁴³²¹ BVGer, B-807/2012 vom 25.6.2018 E. 11.5.6.4, *Strassen- und Tiefbau Aargau/Erne* unter Hinweis auf die Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, Artikel 3: Basisbetrag d).

⁴³²² Andernfalls ginge es nämlich im Hinblick auf die Sanktionierung nicht an, offenzulassen, ob eine Verhaltensweise auch noch weitere Regelbeispiele von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt, sobald dies hinsichtlich eines Regelbeispiels bejaht wurde (vgl. BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.3, *Hallenstadion*; 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.1, *DCC*).

⁴³²³ BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 10.5, *Supermedia*; so auch BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 10.7, *Sport im Pay-TV*. Besonders deutlich zeigt sich diese Bedeutungslosigkeit am Fall DCC: Die WEKO erachtete vier Regelbeispiele als erfüllt. Das BVGer überprüfte zwei davon und bejahte diese, die zwei weiteren überprüfte es nicht mehr. Das BGer wiederum beschränkte sich auf die Überprüfung eines Regelbeispiels und bejahte dieses, weshalb es dem anderen Regelbeispiel nicht weiter nachging (vgl. BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.1, *DCC*). Trotz Reduktion von ursprünglich vier auf zwei und letztlich auf ein Regelbeispiel im Laufe des Instanzenzuges wurde die von der WEKO ausgefallte Sanktion und insbesondere deren Höhe von beiden Rechtsmittelinstanzen stets unverändert bestätigt.

⁴³²⁴ BGE 146 II 217 E. 9.2.3.3, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁴³²⁵ Siehe dazu Fn 1222.

⁴³²⁶ Zur Praxis hinsichtlich dieser Beurteilung siehe etwa RPW 2018/3, 571 Rz 490 und 586 Rz 614 (ein Tatkomplex), *Supermedia*, bestätigt in BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 10.3.4, 10.3.5, 10.3.7 und explizit E. 10.5, *Supermedia*; RPW 2016/4, 1028 Rz 880 und 1029 Rz 887 (mehrere Tatkomplexe), *Sport im Pay-TV*; RPW 2016/1, 213 Rz 589 (mehrere Tatkomplexe), *WAN-Anbindung Post*; RPW 2020/2, 621 Rz 1177 ff. (mehrere Tatkomplexe), *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; RPW 2016/3, 709 Rz 393 (mehrere Tatkomplexe), *Flügel und Klaviere*.

⁴³²⁷ So, jedenfalls im Ergebnis, etwa RPW 2020/1, 218 Rz 945, *KTB-Werke*. Womöglich ebenfalls in dem Sinne BVGer, B-294/2022 vom 31.8.2022 E. 6.3.5.1, *Dargaud II*.

2273. Liegen mehrere Tatkomplexe vor, handelt es sich dabei auch um mehrere Verstösse i.S.v. Art. 3 SVKG – es besteht eine Tatmehrheit. Mehrere Tatkomplexe können nun – anders als ein einheitlicher Tatkomplex – entweder im Rahmen einer Untersuchung zusammen beurteilt und sanktioniert werden oder aber im Rahmen mehrerer Untersuchungen getrennt beurteilt und jeweils sanktioniert werden.⁴³²⁸ Die «Zufälligkeit», ob die Beurteilung im Rahmen einer oder – beispielsweise infolge einer Verfahrenstrennung – in mehreren Untersuchungen erfolgt, darf selbsterklärend keinen Einfluss auf die Höhe der Sanktion insgesamt haben.⁴³²⁹ Denn die zu sanktionierenden Verstösse, insbesondere deren Art und Schwere sowie ihre Dauer, sind nicht andere, ob sie nun in einem oder in mehreren Verfahren beurteilt werden. Auch mit der Pflicht zur Gleichbehandlung liessen sich unterschiedliche Ergebnisse, je nachdem, ob die Beurteilung nun in einem oder in mehreren Untersuchungen erfolgt, nicht vereinbaren. Denn bei einer unterschiedlichen Anzahl Untersuchungen handelt es sich nicht um ein relevantes Sachverhaltselement, das eine ungleiche Handhabung erlauben würde – andernfalls könnten die Wettbewerbsbehörden durch Verfahrensvereinbarungen und -trennungen die Sanktionshöhe insgesamt beeinflussen, was nicht angeht. Kurzum: ob mehrere Verstösse nun in einem oder in mehreren Untersuchungen beurteilt werden, darf die Höhe der Sanktion insgesamt nicht verändern; diese muss im einen Fall dieselbe sein wie im anderen.

2274. Werden mehrere Verstösse in einer Untersuchung beurteilt und sanktioniert, muss daher die Sanktion so bemessen werden, dass sie nicht anders ausfällt als wenn eine Beurteilung in mehreren Untersuchungen erfolgen würde. In der Praxis wurden hierfür bereits unterschiedliche Vorgehensweisen gewählt:

- In der Regel kann dem am Einfachsten nachgelebt werden, indem in einem ersten Schritt die Sanktionen für die einzelnen Verstösse separat bemessen werden und hinsichtlich jedem einzelnen Verstoss geprüft wird, ob die so bemessene Sanktion den abstrakten Sanktionsrahmen von Art. 49a Abs. 1 KG nicht sprengt.⁴³³⁰ Betreffen mehrere Verstösse denselben relevanten Markt, ist dabei selbstverständlich zu berücksichtigen, dass ein Verstoss durchaus eine andere, namentlich eine geringere Tragweite haben kann, wenn er zu anderen Verstössen bezüglich desselben relevanten Marktes hinzutritt als wenn er isoliert auftritt.⁴³³¹ In einem zweiten Schritt werden die diversen Sanktionsbeträge sodann zu einer Gesamtsanktion addiert. In einem dritten Schritt wird die Gesamtsanktion auf ihre Verhältnismässigkeit hin überprüft.⁴³³²
- Sofern die einzelnen Verstösse unterschiedliche relevante Märkte betreffen, von ihrer Art und Schwere aber vergleichbar sind (und daher derselbe Prozentsatz nach Art. 3 SVKG angemessen ist), auch hinsichtlich Dauer sowie erschwerender und mildernder Umstände keine nennenswerten Unterschiede vorliegen und der abstrakte Sanktionsrahmen ersichtlich nicht tangiert wird, kann alternativ auch in einem ersten Schritt der Umsatz auf allen relevanten Märkten addiert werden und in einem zweiten Schritt die Sanktionsbemessung einheitlich erfolgen.⁴³³³

- Möglich, aber zumindest zuweilen rechnerisch sehr viel anspruchsvoller, um insgesamt dennoch eine gleich hohe Sanktion sicherzustellen, ist die vom BVGer in drei jüngeren Urteilen gewählte Vorgehensweise:⁴³³⁴ Demnach ist zunächst die Sanktion für einen Verstoss nach Art. 3 f. SVKG zu bemessen. Alsdann sind die weiteren Verstösse im Rahmen der Sanktionsbemessung für diesen Verstoss als erschwerende Umstände zu berücksichtigen. Für die weiteren Verstösse wird also der für einen Verstoss bemessene Sanktionsbetrag gestützt auf Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG prozentual erhöht. Betreffen die Verstösse dieselben relevanten Märkte, ist ihre Dauer vergleichbar und sind die übrigen erschwerenden und mildernden Umstände ähnlich, erscheint diese Vorgehensweise in rechnerischer Hinsicht durchaus handhabbar und praktikabel.⁴³³⁵ Betreffen die Verstösse aber unterschiedliche relevante Märkte oder sind sie von unterschiedlicher Dauer, dürfte diese Vorgehensweise jedoch eine Schattenrechnung

⁴³²⁸ So auch BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 10.7 und 13.6, *Sport im Pay-TV*.

⁴³²⁹ Diese Überlegung findet sich im Kern bereits in RPW 2018/4, 774 Rz 173, *Engadin III*, angelegt.

⁴³³⁰ Ausdrücklich ebenso hinsichtlich des letztgenannten Punktes BVGer, B-3096/2018 vom 28.11.2023, E. 119 f.

⁴³³¹ Im dem Sinne kann BVGer, B-294/2022 vom 31.8.2022 E. 6.3.5.1, *Dargaud II*, verstanden werden, wobei nicht restlos klar wird, ob das BVGer von einem Verstoss ausgeht oder von mehreren, die denselben relevanten Markt betreffen.

Das Ergebnis mag zwar daran denken lassen, dies wäre eine Anwendung des Asperationsprinzips gemäss Art. 49 StGB, doch sind die Überlegungen dahinter anderer, nämlich kartellrechtlicher Natur. Das Gefährdungspotenzial des einzelnen Verstosses auf dem relevanten Markt steht hier im Vordergrund. Vom Gefährdungspotenzial des einzelnen Verstosses her ist es nicht dasselbe, ob ein Verstoss einen ansonsten «unbelasteten» Markt betrifft oder ob dieser Markt bereits durch andere Verstösse tangiert ist.

⁴³³² Aus der bisherigen Praxis am Eindrücklichsten RPW 2019/2, 469 ff. Rz 757 ff. (erster Schritt), 502 f. Rz 1081 (zweiter Schritt) und 504 f. Rz 1085 ff. (dritter Schritt), *Engadin I*; ferner etwa RPW 2018/4, 769 ff. Rz 143 ff., 783 ff. Rz 286 ff. und 793 ff. Rz 409 ff. (erster Schritt), 797 Rz 447 (zweiter Schritt) und 798 Rz 450 (dritter Schritt), *Engadin III*. So auch das Vorgehen des BVGer in BVGer, B-3096/2018 vom 28.11.2023, E. 153, *Engadin I – Foffa Conrad*; BVGer, B-3290/2018 vom 28.11.2023, E. 203, *Engadin I – Lazzarini*; BVGer, B-3097/2018 vom 28.11.2023, E. 126, *Engadin I – Koch*. Dieses Vorgehen als sachgerecht bezeichnend BVGer, B-5918/2017 vom 12.12.2023 Rz 301, *Bau-beschläge II*.

⁴³³³ So kann etwa hinsichtlich der Sanktionsbemessung für mehrere erfolgreiche Schutznahmen bei einer Vielzahl einzelner Submissionsabreden vorgegangen werden (Zulässigkeit dieser Bemessung vom BVGer bestätigt etwa in BVGer, B-807/2012 vom 25.6.2018 E. 11.5.5.1 f., *Strassen- und Tiefbau Aargau/Erne*).

⁴³³⁴ BVGer, B-8386/2015 vom 24.6.2021 E. 10.4.4 und v.a. E. 10.4.6, *WAN-Anbindung Post*; B-4003/2016 vom 10.5.2022 E. 11.4.8.1 ff., *Sport im Pay-TV*; B-2597/2017 vom 19.1.2022 Rz 15.2.4.12 und 15.2.6.20–22, *KEMI*; B-786/2014 vom 16.11.2022 E. 14.2.3 und E. 14.2.5, *Lufftfracht*; auf diese Rechtsprechung hinweisend auch BVGer, B-294/2022 vom 31.8.2022 E. 6.3.2.1, *Dargaud II*, aber in der Sache gerade anders vorgehend, siehe E. 6.3.5.1 und 6.5. Das BVGer wendet entweder diese Praxis oder Art. 49 StGB analog an, wenn es um Sanktionen nach Art. 52 KG geht, vgl. BVGer, B-3882/2021 vom 16.2.2023 E. 9.7.1 f. Aus der Praxis der WEKO ebenso etwa RPW 2016/3, 709 f. Rz 393–395 (allerdings gleichzeitig festhaltend, die Sanktionsbemessung für beide Tatkomplexe wäre grundsätzlich eigentlich separat vorzunehmen), *Flügel und Klaviere*; RPW 2016/4, 1028 Rz 880 und 1029 Rz 887 f., *Sport im Pay-TV*.

⁴³³⁵ Im Ergebnis dahingehend wohl BVGer, B-5918/2017 vom 12.12.2023 Rz 302 und 309, *Baubeschläge II*, wonach diesfalls ein Zuschlag von 100 % angezeigt sei.

mit separaten Sanktionsbemessungen erfordern, um sicherstellen zu können, dass die Sanktionshöhe insgesamt nicht anders ausfällt als wenn die Verstösse in getrennten Verfahren sanktioniert worden wären. Die Erhöhung muss dem Sanktionsbetrag entsprechen, der bei einer separaten Sanktionierung für den Verstoss ausgesprochen worden wäre, der nunmehr als Erhöhungsgrund berücksichtigt wird, andernfalls die Sanktionshöhe insgesamt anders ausfallen würde als wenn die Sanktionierung in getrennten Verfahren erfolgt wäre.⁴³³⁶ Das BGer hat diese Vorgehensweise jüngst, allerdings ohne weitere Vertiefung, als mit Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG vereinbar bezeichnet. Bei der Beurteilung durch das BGer spielte es eine Rolle, dass einerseits das BVGer diese Zuschlagspraxis detailliert erläutert habe und andererseits die Beschwerdeführerinnen die Zuschlagshöhe als solche vor BGer nicht beanstandet hätten.⁴³³⁷

- Ebenfalls möglich, aber zumindest zuweilen wiederum rechnerisch sehr viel anspruchsvoller, um insgesamt dennoch eine gleich hohe Sanktion sicherzustellen, ist es, bei der Sanktionsbemessung für einen Verstoss die weiteren Verstösse im Rahmen der Art und Schwere dieses Verstosses einfließen zu lassen und entsprechend den Prozentsatz nach Art. 3 SVKG zu erhöhen.⁴³³⁸ Wie bei der vorgenannten Vorgehensweise dürfte auch diese Vorgehensweise zumindest dann, wenn die Verstösse unterschiedliche relevante Märkte betreffen oder von unterschiedlicher Dauer sind, eine Schattenrechnung mit separaten Sanktionsbemessungen erfordern, um sicherstellen zu können, dass die Sanktionshöhe insgesamt nicht anders ausfällt als wenn die Verstösse in getrennten Verfahren sanktioniert worden wären.

2275. Hier wird nachfolgend nach der erstgenannten Vorgehensweise vorgegangen. Es ist daher anschliessend zu beurteilen, ob ein oder mehrere Tatkomplexe zur Beurteilung stehen. Soweit es sich um mehrere Tatkomplexe handelt, wird sodann für jeden einzelnen Tatkomplex die Sanktion bemessen und geprüft, ob sich diese Sanktion innerhalb des abstrakten Sanktionsrahmens bewegt. Alsdann werden die einzelnen Sanktionsbeträge addiert und schliesslich die Verhältnismässigkeit der Gesamtsanktion beurteilt.

2276. Bei den fünf unzulässigen Verhaltensweisen, die zu sanktionieren sind, handelt es sich aufgrund der konkreten Sachverhaltsfeststellungen im vorliegenden Fall um insgesamt vier verschiedene Tatkomplexe:

- Erster und zweiter Tatkomplex: Dass die Kiesbezugsspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub (Koppelung) ebenso ein eigener Tatkomplex ist wie das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet, ist evident und bedarf keiner Weiterungen.
- Dritter Tatkomplex: Ebenfalls evident ist, dass die Gewährung von Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen durch KAGA und der diese Vorzugsgewährung absichernde Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen zusammen einen einzigen Tatkomplex bilden; relevant ist dies allerdings einzig für KAGA, die an beiden unzulässigen Verhaltensweisen beteiligt ist.

- Vierter Tatkomplex: Weniger eindeutig ist demgegenüber, ob die Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben, ebenfalls noch zu diesem Tatkomplex zu zählen ist oder einen eigenständigen Tatkomplex bildet. Für einen einzigen Tatkomplex spricht, dass die betroffenen Märkte dieselben sind, es inhaltlich jeweils um KAGA-Kies geht und die Untersagung bezüglich Weitergabe mengenrabattreduzierter Kiespreise den Ausschluss der Arbitragemöglichkeit zeitlich ablöst. Für mehrere Tatkomplexe spricht hingegen die andere wirtschaftliche Tragweite sowie die inhaltliche Abgestimmtheit der Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben, auf das neue Preissystem der KAGA, das an Stelle der früheren Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen trat. Die Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben, kann letztlich losgelöst von den zeitlich vorgelagerten Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen beurteilt werden, ohne dass dadurch ein unvollständiges Bild über die wirtschaftliche Realität entstünde. Die Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben, bildet daher einen eigenständigen Tatkomplex.

Für diese vier verschiedenen Tatkomplexe sind daher nachfolgend im Einzelnen die jeweiligen Sanktionen zu bemessen.

E.2.3 Konkrete Sanktionsbemessung

E.2.3.1 Tatkomplex Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen und Ausschluss der Arbitragemöglichkeit beim Kiespreis – KAGA

2277. Dieser Tatkomplex umfasst zwei unzulässige Verhaltensweisen. Die eine stellt eine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG dar und wurde von KAGA alleine begangen: KAGA hat als marktbeherrschendes Unternehmen ihren Aktionärinnen diverse Vorzugskonditionen gewährt und Dritte damit im Sinne der genannten Bestimmung diskriminiert. Die andere stellt eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG dar, die KAGA mit ihren Aktionärinnen getroffen hat, und betrifft die Weitergabe von Vorzugskonditionen (absichernder Ausschluss der Arbitragemöglichkeit): KAGA hat mit ihren Aktionärinnen vereinbart, dass diese den von KAGA bezogenen Wandkies nicht unter einem bestimmten Preis weiterverkaufen. Da einzig KAGA an beiden unzulässigen Verhaltensweisen beteiligt ist, wird in diesem Kapitel die Sanktion für KAGA bemessen. Im nächsten Kapitel wird die Sanktion alsdann für die Aktionärs-Unternehmen bemessen, die «bloss» an einer der zwei unzulässigen Verhaltensweisen dieses Tatkomplexes beteiligt waren, nämlich dem Ausschluss der Arbitragemöglichkeit beim Kiespreis.

⁴³³⁶ Kritisch zu dieser Vorgehensweise daher BVGer, B-5918/2017 vom 12.12.2023 Rz 303, *Baubeschläge II*.

⁴³³⁷ BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 13.6, *Sport im Pay-TV*.

⁴³³⁸ So etwa die Vorgehensweise in RPW 2010/4, 763 Rz 413 f., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*; RPW 2016/1, 213 Rz 590 ff., *WAN-Anbindung Post*; RPW 2020/2, 621 Rz 1177 und 622 Rz 1182, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

E.2.3.1.1 Basisbetrag (Art. 3 SVKG)

Relevante Märkte

2278. KAGA missbrauchte mit der Gewährung von Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärs-Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Rohkies. Der Ausschluss der Arbitragemöglichkeit betraf den Weiterverkauf von ebendiesem Rohkies von KAGA. Entsprechend ist der Markt für Rohkies als für die Sanktionsbemessung relevanter Markt heranzuziehen. Dieser Markt wurde sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht bereits abgegrenzt, worauf verwiesen sei.⁴³³⁹

2279. Zu präzisieren ist, dass die Wettbewerbsverfälschung durch diesen Verstoss insbesondere den Markt für Kiesveredelung, die Baumärkte und den Markt für Transportdienstleistungen betraf.⁴³⁴⁰ Nichtsdestotrotz sind diese Märkte vorliegend nicht zusätzlich als ebenfalls relevante Märkte für die Sanktionsbemessung beizuziehen.⁴³⁴¹ KAGA ist auf diesen Märkten selber nicht aktiv. Sie erzielte dort keinen Umsatz und damit auch keinen abzuschöpfenden Gewinn aus dem Verstoss. Die Wettbewerbsverfälschung auf diesen Märkten ist vielmehr ein Aspekt, der hier bei der Beurteilung der Art und Schwere des Verstosses berücksichtigt wird.

Umsatz

2280. In den Jahren 2012–2014 erzielte KAGA mit dem Rohkiesverkauf (Kies ab Wand unsortiert und sortiert) exklusiv Mehrwertsteuer einen Bruttoerlös von CHF 15'885'003.–.⁴³⁴²

2281. Gemäss Art. 4 Abs. 1 VKU, der hier, soweit für die Sanktionsbemessung passend, analog anzuwenden ist,⁴³⁴³ sind nebst der Mehrwertsteuer und anderen Verbrauchssteuern Erlösminderungen wie Skonti und Rabatte vom Bruttoerlös abzuziehen. Um eine solche Erlösminderung handelt es sich vorliegend insbesondere auch beim Transportkostenausgleich, der entsprechend ebenfalls vom Bruttoumsatz abzuziehen ist.⁴³⁴⁴

2282. Vom Bruttoerlös (exkl. Mehrwertsteuer) von CHF 15'885'003.– in den Jahren 2012 bis 2014 sind demnach die nachgewiesenen Erlösminderungen abzuziehen. Diese Erlösminderungen belaufen sich auf insgesamt CHF 6'930'525.20.⁴³⁴⁵ Der massgebliche Umsatz beläuft sich daher auf CHF 8'954'477.80.

2283. Zu präzisieren ist bezüglich des Umsatzes, dass bei der Sanktionsbemessung der gesamte Umsatz zu berücksichtigen ist, den KAGA mit dem Verkauf von Rohkies erzielt hat. Denn es war gerade eine Folge der von KAGA gewährten Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärs-Unternehmen, insbesondere des Transportkostenausgleichs, dass KAGA auch Rohkies an Aktionärs-Unternehmen verkaufen konnte, die ihren Standort ausserhalb des räumlich relevanten Marktes haben. Bei der Sanktionsbemessung Umsatz nicht einzubeziehen, der gerade deshalb generiert werden konnte, weil ein Verstoss praktiziert wurde, würde erstens Fehlanreize setzen und wäre zweitens nicht sachgerecht.

Art und Schwere des Verstosses

2284. Die Aktionärs-Unternehmen erhielten im Vergleich zu Dritten deutlich bessere Preise beim Bezug von Kies

von KAGA – die Preisdifferenz machte allein aufgrund der unterschiedlichen Listenpreise, des Rabatts für Minderqualität sowie der Sonderaktionen zwischen 31 % und bis zu 72 % aus.⁴³⁴⁶ Hinzu kamen noch der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen und der Transportausgleich. Diese Ungleichbehandlung wurde zudem durch den gleichzeitigen Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen, die mit einer Konventionalstrafe verstärkt war, abgesichert. Dadurch wurde verhindert, dass die Aktionärs-Unternehmen, und zwar insbesondere diejenigen, die selber keine Abbaustellen in der Nähe von jenen von KAGA betreiben und daher durch eine dortige Intensivierung des Wettbewerbs kaum, wenn überhaupt, tangiert würden, ihre Vorzugskonditionen beim Bezug von Kies von KAGA (teilweise) an Dritte weitergeben. Mit anderen Worten wurde ein geschlossenes System erstellt – nur wer Aktionärin von KAGA war, kam in den Genuss der Vorzugskonditionen, Dritte waren davon sowohl direkt (durch KAGA selbst) als auch indirekt (über die Aktionärs-Unternehmen) ausgeschlossen. Das Ausmass der Ungleichbehandlung und deren Sicherstellung deutet auf ein grundsätzlich grosses Gefährdungspotenzial des Verstosses hin.

2285. Auf dem Markt für Kiesveredelung ist Rohkies der zentrale Produktionsfaktor und es entsprach auch der Absicht von KAGA, den Kiespreis für Dritte so anzusetzen, dass diese damit die Aktionärs-Unternehmen von KAGA nicht konkurrenzieren können.⁴³⁴⁷ Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass Dritte, die ein Kieswerk

⁴³³⁹ Siehe Rz 1356–1361 und Rz 1367–1371, insbesondere Rz 1370.

⁴³⁴⁰ Zusammenfassend Rz 1908.

⁴³⁴¹ Vergleichbar vorgegangen wurde bereits in WEKO, 6.12.2021, Rz 814, *Belagswerke Bern*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 13.6.2023).

⁴³⁴² Es handelt sich hierbei um die Summe der Beträge 4'625'351, 5'033'459, 4'736'603, 659'708, 361'539, 468'343, die KAGA in ihrer Eingabe zu den Umsätzen fälschlicherweise als Nettoerlöse bezeichnet (vgl. Act. IV.18, Beilage 13): Bei einem Stichproben-Vergleich zwischen Jahresabschlüssen von KAGA (vgl. Act. II.A.X.360, Seite 1 der Erfolgsrechnung per 31.12.2012, und II.D.X.150, Seite 1 der Erfolgsrechnung per 31.12.2013) und den von KAGA eingereichten Angaben stellte sich heraus, dass die von KAGA für die Jahre 2012–2014 gemachten Angaben zum Kiesbereich teilweise fehlerhaft sind. Insbesondere handelt es sich bei den von ihr als «Nettoerlös Kies ab Wand, sortiert (exkl. MwSt.)» bezeichneten Beträgen um die Bruttoerlöse, nicht um die Nettoerlöse. Es wird hier – zu Gunsten von KAGA und entgegen den von ihr eingereichten Angaben – auf die zutreffenden Zahlen abgestellt.

⁴³⁴³ BGE 146 II 217 E. 9.2.2.3, *Preispolitik Swisscom ADSL*. Siehe ergänzend auch Rz 2261.

⁴³⁴⁴ Vgl. auch WEKO, 6.12.2021, Rz 815, *Belagswerke Bern*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 13.6.2023), bezüglich Rückerstattungen als Erlösminderungen.

⁴³⁴⁵ Act. IV.18, Beilage 13. Total von «Mengenrabatt Aktionäre kumuliert (exkl. MwSt.)», «Mengenrabatt Dritte kumuliert (exkl. MwSt.)» und «Transportkostenausgleich» beim «Kies ab Wand, unsortiert (exkl. MwSt.)». Nicht berücksichtigt wurde jedoch der «Mengenrabatt Aktionäre kumuliert (exkl. MwSt.) beim «Kies ab Wand, sortiert (exkl. MwSt.)». Denn diese Erlösminderungen sind in den Jahresabschlüssen von KAGA (vgl. Act. II.A.X.360, Seite 1 der Erfolgsrechnung per 31.12.2012, und II.D.X.150, Seite 1 der Erfolgsrechnung per 31.12.2013) nicht ausgewiesen. Zugleich entspricht der in den Jahresabschlüssen als Bruttoerlös ausgewiesene Betrag für «Wandkies sortiert» exakt dem von KAGA beim «Kies ab Wand, sortiert (exkl. MwSt.)» aufgeführten «Nettoerlös». Im Ergebnis stimmt der von KAGA angegebene «Nettoerlös» von «Kies ab Wand, sortiert (exkl. MwSt.)» daher mit dem diesbezüglich in den Jahresabschlüssen ausgewiesenen Nettoerlös überein.

⁴³⁴⁶ Rz 1880.

⁴³⁴⁷ Rz 1881 ff.

betreiben, regelmässig ebenfalls selber Kies abbauen. Sie sind daher grundsätzlich nicht auf einen Kiesbezug bei KAGA ausgerichtet und ausser für Ergänzungslieferungen auch nicht zwangsläufig darauf angewiesen, solange sie noch über eigene Kiesabbauvorkommen verfügen. Aufgrund dieser üblicherweise vorhandenen vertikalen Integration von Kiesabbau und -veredelung ist das Gefährdungspotenzial auf dem Markt für Kiesveredelung trotz des bedeutenden Ausmasses der Preisdifferenz dennoch bloss im mittleren Bereich anzusiedeln.

2286. Auf den Baumärkten kann Rohkies nicht generell als relevanter Kostenfaktor bezeichnet werden, wobei das in einem spezifischen Projekt nicht ausgeschlossen ist.⁴³⁴⁸ Die Gefahr einer Behinderung von Dritten, welche die zwei auf den Baumärkten aktiven Aktionärs-Unternehmen konkurrenzieren, erscheint gering. Die Bemühungen, eine Offenlegung der vorteilhaften Kiespreise der Aktionärs-Unternehmen gegenüber den Bauherren zu verhindern, deuten allerdings darauf hin, dass dieser Verstoss auf den Baumärkten mehr eine ausbeuterische Komponente zukommt.⁴³⁴⁹ Das Gefährdungspotenzial auf den Baumärkten ist – über das Ganze hinweg betrachtet – trotz des bedeutenden Ausmasses der Preisdifferenz als gering einzustufen.

2287. Auf dem Markt für Transportdienstleistungen sind die Gesamtkosten entscheidend, die sich aus den Deponiegebühren, den Materialkosten und den Transportkosten ergeben.⁴³⁵⁰ Die Preisdifferenz bei den Materialkosten ist, wie ausgeführt, bedeutend. Durch den Transportkostenausgleich, der in etwas reduziertem Umfang auch bei mit Deponiematerial beladenen Anfahrten galt, wurde der Kostenvorteil der Aktionärs-Unternehmen sogar noch grösser.⁴³⁵¹ Allerdings ist auch zu konstatieren, dass KAGA bereits aufgrund ihres eingeschränkten Rohmaterialangebots – sie bietet keinen veredelten Kies an – für Dritt-Transportunternehmen, die nicht mit einem Kieswerk verbunden sind, in der Regel weniger attraktiv war als für Aktionärs-Unternehmen.⁴³⁵² Dies führt dazu, dass das Gefährdungspotenzial der Vorzugskonditionen auf dem Markt für Transportdienstleistungen geringer ausfiel als es sonst, bei einem umfassenden Rohmaterialangebot von KAGA, ausgefallen wäre. Trotzdem ist das Gefährdungspotenzial auf dem Markt für Transportdienstleistungen gesamthaft betrachtet als eher gross einzustufen.

2288. In Anbetracht all dieser Umstände handelt es sich bei den Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärs-Unternehmen, die mit dem Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen zusätzlich abgesichert wurden, um einen mittelschweren bis schweren Verstoss. Deshalb ist vorliegend zur Berechnung des Basisbetrags gemäss Art. 3 SVKG ein Prozentsatz von 6 % angemessen.

Basisbetrag

2289. Der Basisbetrag beträgt demnach CHF 537'268.67.

E.2.3.1.2 Zuschlag für die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG)

2290. Um dem Gebot der Nichtrückwirkung Nachachtung zu verschaffen, ist das Datum des Inkrafttretens von Art. 49a KG der frühestmögliche Zeitpunkt, der bei

der Dauer des Verstosses berücksichtigt werden kann. Dies ist der 1. April 2004. KAGA gewährte schon damals Vorzugskonditionen zu Gunsten ihrer Aktionärs-Unternehmen beim Kiespreis und auch den Ausschluss der Arbitragemöglichkeit gab es bereits damals. Beide unzulässigen Verhaltensweisen wurden Ende 2014 eingestellt. Der Verstoss dauerte damit zehn Jahre und neun Monate, weshalb die Sanktion um maximal 110 % erhöht werden kann.

2291. Der in Art. 4 SVKG vorgesehene Zuschlag für die Dauer des Verstosses stimmt mit der ehemaligen Regelung in den diesbezüglichen EU-Leitlinien überein.⁴³⁵³ Nach acht Jahren Anwendungspraxis und den gemachten Erfahrungen änderte die EU diese Leitlinie. Eine wesentliche Neuerung war, der Dauer des Verstosses ein deutlich grösseres Gewicht beizumessen. Nunmehr sieht die Leitlinie anstelle eines prozentualen Zuschlags für die Jahre der Zuwiderhandlung vor, dass der Basisbetrag «mit der Anzahl der Jahre der Zuwiderhandlung multipliziert» wird.⁴³⁵⁴ In der Tat kann es zumindest als bemerkenswert bezeichnet werden, dass die Sanktion für einen Verstoss, der während zweier Jahre besteht und dadurch den Wettbewerb doppelt so lange tangiert wie ein Verstoss, der während einem Jahr besteht, im Regelfall aufgrund von Art. 4 SVKG bloss um 10 % erhöht wird.⁴³⁵⁵ In Anbetracht dessen erscheint es vorbehaltlich besonderer Umstände im Einzelfall bei länger als fünf Jahren andauernden Verstössen regelmässig angebracht, als prozentualen Zuschlag für die Dauer des Verstosses den grösstmöglichen Ansatz zur Anwendung zu bringen.⁴³⁵⁶

2292. Vorliegend bestehen keine Gründe, die dafür sprechen würden, den Dauerzuschlag mit weniger als 10 % anzusetzen oder nicht die gesamte Dauer des Verstosses gleichermassen zu berücksichtigen. Die Sanktion wird daher aufgrund der Dauer des Verstosses um 110 % erhöht. Daraus ergibt sich eine Zwischensumme von CHF 1'128'264.20 bestehend aus Basisbetrag zuzüglich Dauerzuschlag.

E.2.3.1.3 Erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 f. SVKG)

Erschwerende Umstände

2293. Es liegen bezüglich KAGA keine erschwerenden Umstände gemäss Art. 5 SVKG vor.

⁴³⁴⁸ Rz 1887.

⁴³⁴⁹ Rz 1890.

⁴³⁵⁰ Rz 1892.

⁴³⁵¹ Rz 1905 und 1907.

⁴³⁵² Rz 1894.

⁴³⁵³ Siehe Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen, die gemäss Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäss Artikel 65 Absatz 5 EDKS-Vertrag festgesetzt werden, Abl. C 9 vom 14.1.1998, S. 3, 1.B.

⁴³⁵⁴ Zu den vorangehenden Ausführungen zur neuen Leitlinie siehe Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Abl. C 210/2 vom 1.9.2006, Rz 3, 5 f., 19 und 24.

⁴³⁵⁵ In zeitlicher Hinsicht liegt hinsichtlich des Verstosses ein Faktor von zwei vor, woraus für die Sanktionierung aufgrund des Zuschlags für die Dauer allerhöchstens ein Faktor von 1,1 resultiert.

⁴³⁵⁶ Andeutungsweise so auch BGer, 2C_575/2023 vom 2.4.2024 E. 4.4.2, *Diffusion Transat II*.

Mildernde Umstände

2294. Art. 6 Abs. 1 SVKG nennt als mildernden Umstand exemplarisch, «wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats der Wettbewerbskommission, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26–30 KG beendet».

2295. KAGA hat diesen Verstoß per Ende 2014 eingestellt, wobei damals sowohl diese unzulässigen Verhaltensweisen als auch deren Auswirkungen endeten. Nicht restlos klar ist, ob diese Beendigung eine Reaktion auf damalige Zeitungsberichte war oder Folge der damaligen anwaltlichen Beratung.⁴³⁵⁷ Jedoch steht fest, dass KAGA diesen Schritt vor der Eröffnung der vorliegenden Untersuchung im Januar 2015 tat, und dies ist entscheidend. Damit liegt der in Art. 6 Abs. 1 SVKG exemplarisch genannte mildernde Umstand hier vor. Es ist angemessen, deshalb die Sanktion um 10 % zu reduzieren.

2296. Der in der SVKG unbenannte, aber grundsätzlich anerkannte Milderungsgrund des kooperativen Verhaltens liegt bezüglich KAGA hinsichtlich sämtlicher Tatkomplexe vor. Er wird daher nicht bei jedem Tatkomplex einzeln behandelt, sondern in globo, worauf hier zu verweisen ist.⁴³⁵⁸ Weitere mildernde Umstände nach Art. 6 SVKG sind bezüglich KAGA nicht ersichtlich.

2297. Nach Abzug von 10 % aufgrund des mildernden Umstands ergibt sich eine Zwischensumme von CHF 1'015'437.78.

E.2.3.1.4 Einhaltung des abstrakten Sanktionsrahmens (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 7 SVKG)

2298. KAGA erzielte in den Jahren 2019–2021 nach Abzug der Erlösminderungen und exklusiv Mehrwertsteuer einen Umsatz von insgesamt CHF [30–35 Mio.].⁴³⁵⁹ Die obere Grenze des abstrakten Sanktionsrahmens beläuft sich daher auf CHF [3–3,5 Mio.]. Die Sanktion von KAGA für diesen Tatkomplex überschreitet diese Grenze nicht.

E.2.3.1.5 Vorbringen in der Stellungnahme zum Antrag

2299. KAGA erachtet den Basisbetrag von 6 % für diesen Tatkomplex als zu hoch und findet einen Basisbetrag von maximal 3 % als angemessen. Sie erachtet den Verstoß auf allen drei betroffenen Märkten – Markt für Kiesveredelung, Baumärkten und Markt für Transportdienstleistungen – als gering.⁴³⁶⁰ Diese Vorbringen überzeugen nicht. Soweit den Markt für Kiesveredelung betreffend, beruft sich KAGA auf die Ausführungen im Antrag, die für eine eher geringe Schwere sprechen. Diese Faktoren wurden bei der Bewertung denn auch berücksichtigt. Anders als KAGA es macht, sind aber auch diejenigen Faktoren zu berücksichtigen, die für eine eher grosse Schwere sprechen. Das ist einerseits die Absicht von KAGA, den Kiespreis für Dritte so anzusetzen, dass diese die KAGA-Aktionärinnen nicht mit KAGA-Kies konkurrenzieren können, sowie das bedeutende Ausmass der Preisdifferenz. Diese Faktoren blendet KAGA einfach aus, was nicht überzeugt. Werden diese Faktoren richtigerweise mitberücksichtigt, ist der Verstoß im mittleren Bereich anzusiedeln. Soweit den Markt für

Transportdienstleistungen betreffend, übersieht KAGA, dass die Marktgegenseite hier die Transportunternehmen sind, nicht die Kieswerke. Für Transportunternehmen ist, wie festgestellt, die Möglichkeit von Retourfahrten von zentraler Bedeutung.⁴³⁶¹ Entscheidend sind für sie die Gesamtkosten, welche durch die bedeutende Preisdifferenz beim Kiespreis wesentlich in die Höhe getrieben wurden. Dadurch wurde die marktbeherrschende KAGA für nicht mit Aktionärinnen affilierte Transportunternehmen unattraktiv resp. wesentlich teurer. Das Gefährdungspotenzial auf diesem Markt wäre daher grundsätzlich als sehr gross einzustufen. Es fällt bloss deshalb geringer aus, weil KAGA ohnehin kein umfassendes Rohmaterialangebot hat und daher auch deshalb für nicht affilierte Transportunternehmen weniger attraktiv ist. Das Gefährdungspotenzial auf diesem Markt ist insgesamt als eher gross einzustufen und der Basisbetrag von 6 % ist angemessen.

2300. KAGA macht in ihrer Stellungnahme und anderweitig geltend, das vorliegende Verfahren weise eine überlange Verfahrensdauer auf, weshalb die Sanktion um mindestens 50 % reduziert werden müsse.⁴³⁶² Zur Begründung bringt sie vor, das Verfahren habe bis zum Versand des Antrages rund achteinhalb Jahre und bis zum Erlass der Verfügung mehr als neun Jahre gedauert. Eine derartige Dauer liege deutlich über dem, was gemäss Gerichtspraxis als «an der äusseren Grenze» liegend bezeichnet worden sei. Es gäbe keine sachliche Rechtfertigung hierfür, insbesondere handle es sich auch nicht um einen besonders komplexen Fall. Ausserdem habe KAGA das Verfahren auch nicht selbst in unzulässiger Weise verzögert. Eine Pflicht einer Partei auf eine beförderliche Verfahrensführung der Behörde hinzuwirken, bestehe nicht und KAGA könne nicht vorgeworfen werden, «passiv» geblieben zu sein. Im Übrigen sei die hierauf abstellende Rechtsprechung des BGer⁴³⁶³ ohnehin verfassungswidrig. Die Verfahrensdauer verstosse somit vorliegend gegen das Beschleunigungsgebot als Teilgehalt von Art. 29 BV und die Sanktion müsse entweder erlassen oder um mindestens 50 % reduziert werden.

2301. Die Geltendmachung einer Sanktionsreduktion aufgrund einer überlangen Verfahrensdauer ist unter dem Titel der mildernden Umstände zu prüfen, die wie erwähnt nicht abschliessend sind.⁴³⁶⁴ Zu beurteilen ist nachfolgend in einem ersten Schritt, ob sich die Dauer des vorliegenden Verfahrens (auf Erlass einer Sanktionsverfügung) als unangemessen lang erweist. Gegebenenfalls ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob und inwiefern deshalb die Sanktion zu reduzieren ist.

⁴³⁵⁷ Rz 1040.

⁴³⁵⁸ Rz 2422 ff.

⁴³⁵⁹ Act. IV.18, Beilage 4–6. Mitberücksichtigt wurden dabei – anders als in Rz 2 dieses Schreibens von KAGA – auch die Dienstleistungserlöse sowie die Nebenerlöse aus Lieferungen und Leistungen, da Art. 49a Abs. 1 KG auf den gesamten in der Schweiz erzielten Umsatz abstellt. Nicht berücksichtigt wurde hier aber der Umsatz der KAGA Deponien AG, da es sich dabei um konzerninterne Umsätze handelt.

⁴³⁶⁰ Act. VIII.156 Rz 242–247.

⁴³⁶¹ Rz 275 f. und 320.

⁴³⁶² Act. VIII.156 Rz 275–326, ferner Act. IX.30 Beilage 6 Rz 30 f. und Folie 12.

⁴³⁶³ BGer, 2C_44/2020 vom 03.03.2022 E. 12.6 (nicht publiziert in BGE 148 II 321), *Flammarion*.

⁴³⁶⁴ Rz 2266.

2302. Ob die konkrete Verfahrensdauer angemessen ist, beurteilt sich – auch in Kartellrechtsverfahren – anhand des verfassungsmässigen Anspruchs auf Erlass eines Entscheides innert angemessener Frist (Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 EMRK). Die Angemessenheit der Dauer bestimmt sich dabei nicht in absoluter Weise. Die Beurteilung entzieht sich starren Regeln, sondern ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Verfahrens vorzunehmen; auch unüblich lange Verfahrensdauern können angemessen sein. Naheliegende relevante Umstände sind die Bedeutung der Sache für die Betroffenen, die Komplexität des Sachverhalts, die Schwierigkeit und Dringlichkeit der Abklärungen, das Verhalten der betroffenen Privaten und der Behörden und die für die Sache spezifischen Entscheidungsabläufe. Eine Rolle spielen kann auch, dass es sich um Abklärungen zu einem Pilotfall handelt. Unerheblich sind hingegen organisatorische Umstände der Behörden.⁴³⁶⁵

2303. Das vorliegende Verfahren wurde im Januar 2015 eröffnet, womit bis zum Versand des Antrags über acht und bis zum Entscheid über neun Jahre vergangen sind. Diese bisherige Verfahrensdauer ist lang. Allerdings ist zu beachten, dass kartellrechtliche Sanktionsverfahren vor den erstinstanzlichen Wettbewerbsbehörden üblicherweise mehrere Jahre dauern und es auch in der Vergangenheit bereits zu rund sechs, sieben- oder achtjährigen derartigen Sanktionsverfahren gekommen ist.⁴³⁶⁶ In keinem der bisherigen Fälle, in denen eine Partei die Verfahrensdauer beanstandete, kamen die gerichtlichen Instanzen zum Schluss, dass die Dauer des erstinstanzlichen Verfahrens übermässig gewesen sei.⁴³⁶⁷

2304. Dennoch ist festzuhalten, dass das vorliegende Sanktionsverfahren, auch verglichen mit anderen Kartellverfahren, eine unüblich lange Dauer des erstinstanzlichen Verfahrens aufweist. Zu prüfen ist, ob diese lange Verfahrensdauer aufgrund der konkreten Umstände gleichwohl als angemessen zu beurteilen ist. Die Untersuchung wurde inhaltlich breit eröffnet,⁴³⁶⁸ beschlägt mehrere relevante Märkte und betrifft in rechtlicher Hinsicht sowohl Art. 5 KG als auch Art. 7 KG. Seit der Verfahrensausdehnung galt es, die Verhaltensweisen von acht direkt involvierten Akteuren, die zu sieben verschiedenen Unternehmen gehören, zu untersuchen. Im Rahmen der Ermittlungen wurde sodann das Verfahren «22-0477: KTB-Werke» von der vorliegenden Untersuchung abgetrennt und separat geführt.⁴³⁶⁹ Weiter hat auch das Verfahren «22-0497: Belagswerke Bern» seinen Ursprung in der vorliegenden Untersuchung.⁴³⁷⁰ Diese beiden Verfahren hat die WEKO bereits mit Sanktionsverfügungen vom 10. Dezember 2018 resp. vom 6. Dezember 2021 abgeschlossen, was entsprechend Personalressourcen gebunden hat. Zu beachten ist in concreto sodann, dass das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums zu Beginn des Verfahrens mehrere Zwischenverfügungen erlassen musste. Die Hausdurchsuchungen an neun Standorten, die rund 30 Einvernahmen und die Informationsbeschaffungen bei Parteien sowie Dritten wie Planungsbehörden und Marktteilnehmern führten zu einer umfangreichen Aktenmenge von mehreren zehntausend Seiten, die entsprechend von Geschäftsgeheimnissen zu bereinigen waren. Selbstanzeigen, welche die Ermittlungs- und

Aufarbeitungsarbeiten des Sekretariats erleichtert und beschleunigt hätten, liegen keine vor. Die Aufarbeitung des Sachverhalts und die rechtlichen Abklärungen zu diversen sich erstmals stellenden Fragen erwiesen sich in der Folge als sehr aufwändig. Auch wenn KAGA dies anders sieht, so belegt der Umfang des vorliegenden Dokuments sowie die Anzahl der Akten- und anderweitigen Fundstellennachweise eindrücklich die Komplexität dieser Angelegenheit. Wenn Sachverhalt und Erwägungen in der vorliegenden Verfügung nun als einfach nachvollziehbar dastehen, bedeutet dies eben nicht, dass der Fall nicht komplex ist. Es waren zahlreiche Entscheide zu fällen über den Aufbau des Antrags resp. der Verfügung und die Darstellung des im Verlaufe mehrerer Jahrzehnte erfolgten Zusammenspiels zwischen der KAGA und ihren Aktionärinnen und der diversen weiteren, auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit zu prüfenden Verhaltensweisen der Parteien. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Verfahren nach Versand des Antrages EVR-Verhandlungen mit sechs von sieben Parteien geführt und erfolgreich abgeschlossen wurden.⁴³⁷¹ Normalerweise erfolgen diese Verhandlungen in einem früheren Verfahrensstadium, zumindest vor Versand des Antrages, und es war durchaus überraschend, dass neben Daepf, die schon vor Antragsversand ihre Bereitschaft zum Abschluss einer EVR signalisiert hatte, auch fast alle anderen Parteien nach Antragsversand den Wunsch für eine EVR an das Sekretariat herangetragen haben. Einen Einfluss auf die Verfahrensdauer hatten allerdings auch verschiedene personelle Änderungen in der Zusammensetzung des Fall-Teams, namentlich aufgrund von zusätzlichen Verfahrenen, die aus dem ursprünglichen Verfahren hervorgingen, und aufgrund von personellen Wechseln. Diese

⁴³⁶⁵ Siehe zum Ganzen: BGer, 2C_596/2019 vom 02.11.2022 E. 11.2, DCC; ferner auch BGer, 2C_484/2010 vom 29.06.2012 E. 11.3 (nicht publiziert in BGE 139 I 72), *Publigroupe*; siehe weiter BVGer, B-786/2014 vom 16.11.2022 E. 14.2.2, *Luftfracht*.

⁴³⁶⁶ DUCREY/STÜSSI (Fn 4233), 199 und 201; Pekuniäre Verwaltungssanktionen, Bericht des Bundesrates vom 23.02.2022, BBl 2022 776, Ziff. 5.6.4; siehe etwa Fall Leasing (Medienmitteilungen 2021 der WEKO, «WEKO büsst Ford Credit» und Medienmitteilungen 2014 der WEKO, «WEKO eröffnet Untersuchung im Bereich Automobil-Leasing»), Fall Bauleistungen Graubünden (RPW 2020/4a, 1721 und 1726 Rz 19), Fall Türprodukte (RPW 2015/2, 246 und 249 Rz 17) oder Fall Luftfracht (BVGer, B-786/2014 vom 16.11.2022 Sachverhalt A.b und A.f).

⁴³⁶⁷ Siehe z.B. den vom BVGer abgewiesenen Antrag auf Sanktionsreduktion wegen einer erstinstanzlichen Verfahrensdauer von rund acht Jahren (BVGer, B-786/2014 vom 16.11.2022 E. 14.2.2, *Luftfracht*); die vom BGer zwar als lang, aber noch rechtmässig beurteilte Verfahrensdauer von fast zwölf Jahren von der Untersuchungseröffnung bis zum Urteil des BVGer (BGer, 2C_596/2019 vom 02.11.2022 E. 11, DCC); die als angemessen bewertete Gesamtverfahrensdauer von 13 Jahren von der Untersuchungseröffnung bis zum Urteil des BGer (BVGer, B-294/2022 vom 31.08.2022 E. 6.7, *Dargaud II*); die als nicht unverhältnismässig qualifizierte Dauer des erstinstanzlichen Kartellverfahrens von rund viereinhalb Jahren (BGer, 2C_484/2010 vom 29.06.2012 E. 11 [nicht publiziert in BGE 139 I 72], *Publigroupe*); BGer, 2C_44/2020 vom 03.03.2022 E. 12.6 (nicht publiziert in BGE 148 II 321), *Flammarion*, betrifft nicht die Dauer des erstinstanzlichen Verfahrens, sondern einzig die Dauer des Rechtsmittelverfahrens, wobei auch in diesem Urteil eine Sanktionsreduktion verneint wurde.

⁴³⁶⁸ Rz 64, 90 sowie 92; siehe zum Verfahrensablauf insgesamt B.3 Prozessgeschichte, Rz 90 ff.

⁴³⁶⁹ Rz 121.

⁴³⁷⁰ Rz 122.

⁴³⁷¹ Siehe zum EVR-Prozedere Rz 126 ff. und Rz 2422 ff.

Wechsel führten insbesondere dazu, dass sich die neuen fallzuständigen Mitarbeitenden in die umfangreichen Akten einarbeiten mussten (diese zusätzlichen Einarbeitungskosten werden bei der Kostenverlegung selbstverständlich ausgeschieden und nicht den Parteien auferlegt, siehe Rz 2450). Längere Phasen, in denen die Untersuchung aber einfach geruht hätte⁴³⁷² und nicht mehr ohne objektive Gründe aktiv weitergeführt worden wären, sind hingegen nicht auszumachen.

2305. Um die Angemessenheit der Verfahrensdauer zu beurteilen, ist weiter zu beachten, dass es vorliegend um die Abklärung schwerwiegender Kartellrechtsverletzungen geht, die einschneidende Konsequenzen für die Parteien nach sich ziehen können. Während der Dauer des Verfahrens konnten die Parteien aber soweit ersichtlich relativ ungestört ihren Tätigkeiten nachgehen. Selbstverständlich darf die Belastung der involvierten Personen, die mit der lange dauernden Ungewissheit über den Verfahrensausgang einhergeht, nicht ausser Acht gelassen werden. Allerdings ist hierbei zu berücksichtigen, dass die Adressaten des Kartellrechts Unternehmen und die Parteien des Verfahrens allesamt juristische Personen sind.⁴³⁷³ Es ist daher festzuhalten, dass das vorliegende Verfahren zwar lange gedauert hat und dass bis zur Fällung des erstinstanzlichen Entscheides überdurchschnittlich viel Zeit vergangen ist. In Anbetracht all der genannten, fallbezogenen Umstände erscheint aber selbst diese vergleichsweise überdurchschnittlich lange Verfahrensdauer als gerade noch vertretbar und damit als angemessen. Gestützt auf dieses Ergebnis kann der zweite Schritt der Prüfung ausbleiben und es kann offengelassen werden, welche Folgen die Feststellung einer übermässigen Verfahrensdauer zeitigen sollte. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass einerseits ein vollständiger Sanktionserlass bei Sanktionen gemäss Art. 49a KG von vornherein kein Thema sein kann. Die Sanktion gemäss Art. 49a KG hat sowohl ein pönales als auch ein gewinnabschöpfendes Element. Eine allfällige Reduktion der Sanktion aufgrund einer Verletzung des Beschleunigungsgebots kann sich von vornherein nur auf die pönale Komponente der Sanktion beziehen; die gewinnabschöpfende Komponente hingegen darf von einer Reduktion nicht betroffen sein.⁴³⁷⁴ Andererseits ist in Erinnerung zu rufen, dass die Adressaten des Kartellrechts Unternehmen und die Parteien des Verfahrens allesamt juristische Personen sind. Da bei der Sanktionsreduktion wegen übermässiger Verfahrensdauer im Kartellsanktionsverfahren letztlich die Beeinträchtigung auszugleichen ist, welche die Parteien durch die als übermässig ausgewiesene Verlängerung des Schwebezustands eines hängigen Kartellsanktionsverfahrens ertragen mussten, können für Parteien, die als juristische Personen konstituiert sind, emotionale, psychische oder gesellschaftliche Beeinträchtigungen von vornherein nicht im Zentrum stehen. Letztlich hat aber auch bei juristischen Personen eine individuelle Beurteilung im konkreten Einzelfall zu erfolgen, die einen grossen Wertungs- und Ermessensspielraum beinhaltet; schematische Lösungen verbieten sich. Fällt die mit der unangemessenen Verfahrenslänge verbundene «Belastung» für ein Unternehmen gering aus, erscheint es durchaus denkbar, dass eine angemessene Wiedergutmachung bereits erreicht wird, indem die Verletzung des Beschleunigungsgebots festgestellt wird.⁴³⁷⁵

E.2.3.1.6 Ergebnis

2306. Die Sanktion für KAGA bezüglich dieses Tatkomplexes beträgt gemäss den vorangehenden Erörterungen CHF 1'015'437.782. Damit aus dem Sanktionsbetrag selbst klar ersichtlich wird, dass es sich bei dieser Sanktionsbemessung nicht um einen blossen Rechengang, sondern um eine Ermessensausübung handelt, ist der Betrag auf CHF 1 Mio. zu runden.

E.2.3.2 Tatkomplex Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen und Ausschluss der Arbitragemöglichkeit beim Kiespreis – Aktionärs-Unternehmen

2307. Die Aktionärs-Unternehmen waren bei diesem Tatkomplex «bloss» an einer der zwei unzulässigen Verhaltensweisen beteiligt, namentlich dem Ausschluss der Arbitragemöglichkeit beim Kiespreis. Nachfolgend wird die Sanktion hierfür bemessen.

E.2.3.2.1 Basisbetrag (Art. 3 SVKG)

Relevante Märkte

2308. Es ist hier derselbe Markt relevant wie bei der Beurteilung hinsichtlich KAGA, d.h. der Markt für Rohkies. Es kann vollumfänglich auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden,⁴³⁷⁶ die hier ebenso zutreffen wie dort.

Umsatz

2309. Art. 3 SVKG stellt für die Bemessung des Basisbetrags auf den Umsatz auf den relevanten Märkten ab. Sinn und Zweck davon ist, dass sich hierin im Regelfall insbesondere die unrechtmässige Kartell- oder Monopolrente abbildet, womit vor allem der gewinnabschöpfenden Komponente der Sanktion Rechnung getragen wird, weniger aber ihrer pönalen Komponente.⁴³⁷⁷ In der bisherigen Praxis und Rechtsprechung hat sich nun bereits gezeigt, dass eine wortwörtliche Befolgung dieser für den Regelfall passenden Norm und damit ein rigoroses Abstellen einzig auf den Umsatz des zu sanktionierenden Unternehmens auf den relevanten Märkten unter gewissen Umständen (z.B. wenn das fragliche Unternehmen auf diesen Märkten keinen Umsatz erzielte)

⁴³⁷² In einem gewissen Ausmass sind den Behörden auch «temps morts» zuzugestehen, da diese in einem Verfahren unvermeidbar sind (vgl. BGE 130 I 312 E. 5.2).

⁴³⁷³ Wie bei allen Grundrechten, die auch im Kartellverfahren gelten, hat dieser unternehmensspezifische Aspekt in die Beurteilung der Interessenlage der Betroffenen einzufließen (vgl. die Rechtsprechung zum Nemo-Tenetur-Grundsatz z.B. in BGE, 2C_145/2018 vom 07.10.2021 E. 8.2.2.2, *Hors-Liste II*).

⁴³⁷⁴ Dieser Gedanke lässt sich auch aus der strafrechtlichen Rechtsprechung ableiten, wonach die Interessen der Geschädigten mitzubücksichtigen seien. Durch eine rechtskräftige Verurteilung könnten diese ihre Schadenersatzbegehren wesentlich leichter geltend machen als ohne eine solche (BGE 117 IV 124 E. 4.e). Dass sich eine Verletzung des Beschleunigungsgebots auch auf die (zivilrechtlichen) Wiedergutmachungsansprüche auswirken sollte, wird nicht einmal erwogen; viel mehr ist es im Gegenteil sogar ein Anliegen, dass diese nicht tangiert werden. Vergleichbares trifft auch auf die gewinnabschöpfende Komponente der Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG zu.

⁴³⁷⁵ Siehe zu möglichen Folgen einer Verletzung im Verwaltungsrecht z.B. BGE 130 I 312 E. 5.3 m.w.H.

⁴³⁷⁶ Rz 2278 ff.

⁴³⁷⁷ RPW 2013/4, 611 f. Rz 939 m.w.H., *Strassen- und Tiefbau Zürich*.

nicht sachgerecht ist bzw. sogar im Widerspruch zur höherrangigen, gesetzlichen Vorgabe von Art. 49a Abs. 1 KG stehen würde.⁴³⁷⁸ Diesfalls gilt es für die Sanktionsbemessung, soweit möglich, eine andere Kennzahl zu eruieren, die unter den Gegebenheiten des konkreten Falls geeignet erscheint, das vom Verstoss betroffene Marktvolumen zu indizieren.

2310. Eine Situation, in der nicht wortwörtlich nach dem Schema von Art. 3 SVKG vorzugehen ist, liegt auch hier vor: Mit dem Ausschluss der Arbitragemöglichkeit beim Kiespreis strebten die Beteiligten an, die Vorzugskonditionen aufrecht zu erhalten und abzusichern, die KAGA den Aktionärs-Unternehmen gewährte. Es sollte unterbunden werden, dass diese ihre Vorzugskonditionen an Dritte weitergeben.⁴³⁷⁹ Es ging also darum, zu verhindern, dass durch das Kies von KAGA resp. aufgrund der gewährten Vorzugskonditionen ein Wettbewerbsdruck entsteht. Der Mindestpreis für den Wiederverkauf wurde so festgelegt, dass die Kundinnen jedenfalls keine Vorteile haben konnten, wenn sie KAGA-Kies anstatt direkt von KAGA über Aktionärs-Unternehmen bezogen, sondern höchstens Nachteile. Der Ausschluss der Arbitragemöglichkeit machte mit anderen Worten eine eigentliche Handelstätigkeit mit KAGA-Kies für die Aktionärs-Unternehmen unattraktiv. Bei einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung mit diesem Inhalt wäre es unangebracht, gleichwohl auf den Umsatz der Aktionärs-Unternehmen im relevanten Markt abzustellen, ging es doch gerade darum, diesen – jedenfalls soweit KAGA-Kies betreffend – gering zu halten. Insofern weist diese Wettbewerbsabrede Ähnlichkeiten zu einem Konkurrenzverbot auf.⁴³⁸⁰ Hinzu kommt eine weitere Unstimmigkeit, die mit einem Abstellen auf den Umsatz mit Rohkies verbunden wäre: Entweder würde einzig auf den Umsatz abgestellt, den die Aktionärs-Unternehmen mit dem Weiterverkauf von KAGA-Kies erzielt haben, da sich die Wettbewerbsabrede auf diesen bezog. Wie ausgeführt, wurde aber genau dieser Umsatz durch die unzulässige Verhaltensweise gering gehalten. Zudem würde ein Abstellen allein auf den Umsatz mit KAGA-Kies in einem Widerspruch zur Marktabgrenzung stehen, da Kies aus anderen Quellen wie etwa eigenen Abbaustellen ein Substitut bildet und daher ebenfalls zum Umsatz auf dem relevanten Markt für Rohkies gehört. Ein Abstellen auf den gesamten Umsatz, den die Aktionärs-Unternehmen mit dem Verkauf von Rohkies im relevanten Markt erzielten, wäre aber wiederum unstimmtig, wenn auch in anderer Hinsicht. Diejenigen Aktionärs-Unternehmen, deren Abbaustellen in einer gewissen Nähe zu denjenigen von KAGA sind, dürften mit dem Verkauf von Rohkies im räumlich relevanten Markt einen gewissen Umsatz erzielt haben. Es läge insofern ein Umsatz i.S.v. Art. 3 SVKG vor, doch steht dieser nur in einem losen Zusammenhang mit der unzulässigen Verhaltensweise selbst, da dieser Umsatz vor allem vom Verkauf eigenen Kiesel herrühren dürfte. Diejenigen Aktionärs-Unternehmen, deren Abbaustellen weiter entfernt von denjenigen von KAGA liegen oder die gar keine eigenen Abbaustellen haben, dürften hingegen keinen solchen Umsatz im räumlich relevanten Markt erzielt haben, womit es an einem Umsatz i.S.v. Art. 3 SVKG fehlen würde. Das sind nun aber gerade diejenigen Aktionärs-Unternehmen, die ohne Ausschluss der Arbitragemöglichkeit den grössten Anreiz gehabt hätten, mit

KAGA-Kies Handel zu betreiben und ihre Vorzugskonditionen zumindest teilweise weiterzugeben. Denn der dadurch entstehende Wettbewerbsdruck hätte sie weniger tangiert als die Aktionärs-Unternehmen, die Abbaustellen in der Nähe von KAGA betreiben. Kurzum: Es ist bei der Sanktionsbemessung für diesen Verstoss angezeigt, weder auf den Umsatz allein mit KAGA-Kies noch auf denjenigen mit Rohkies im räumlich relevanten Markt abzustellen. Vielmehr ist es hier – ebenso wie bei der Sanktionierung des kartellrechtswidrigen Konkurrenzverbots⁴³⁸¹ – angezeigt, auf Pauschalsanktionen zurückzugreifen.

Art und Schwere des Verstosses

2311. Der Ausschluss der Arbitragemöglichkeit hat den wirksamen Wettbewerb «nur» erheblich beeinträchtigt, nicht aber beseitigt. Weiter ist zu beachten, dass das Gefährdungspotenzial primär den Vorzugskonditionen als solchen zuzuschreiben ist, die KAGA als marktbeherrschendes Unternehmen ihren Aktionärs-Unternehmen gewährte. Der Ausschluss der Arbitragemöglichkeit, die hier allein zu beurteilen ist, sicherte dieses Vorzugskonditionen-System «bloss» ab und schützte es. Im Umgang mit dem Ausschluss der Arbitragemöglichkeit zeigt sich eine gewisse Ambivalenz: kleinere Nichtbeachtungen des Ausschlusses wurden zwar toleriert,⁴³⁸² aber gleichzeitig sah der KAGA-Vertrag eine empfindliche Konventionalstrafe bei Nichteinhaltung vor.⁴³⁸³ Diejenigen Aktionärs-Unternehmen, deren Abbaustellen sich in der Nähe von denen von KAGA befinden, hatten ohnehin ein sehr geringes Interesse daran, mit dem KAGA-Kies Handel zu betreiben und so Wettbewerbsdruck «in ihrem Gebiet» zu erzeugen; auch ohne Ausschluss der Arbitragemöglichkeit dürften sie sich daher kaum anders verhalten haben. Wie ausgeführt, war die Interessenlage derjenigen Aktionärs-Unternehmen, deren Abbaustellen weiter entfernt von denen von KAGA sind, anders gelagert. Gleichzeitig waren diese Aktionärs-Unternehmen aufgrund der räumlichen Distanz auch weniger prädestiniert dafür, ohne eigenes Zutun von Kundinnen für KAGA-Kies angegangen zu werden. Vielmehr hätten sie sich aktiv als Händlerinnen von KAGA-Kies positionieren müssen; darüber, ob sie dies ohne Ausschluss der Arbitragemöglichkeit getan hätten, lässt sich nur mutmassen, wobei das Tiefhängen dieser Früchte dafür spricht. Eine aktive Tätigkeit als Händlerin von KAGA-Kies erscheint prima vista bei Heimberg naheliegend, die über keine eigenen Abbaustellen verfügt und ihren Standort in der Nähe von KAGA hat. Allerdings könnte sie befürchten, dass Wettbewerbsdruck auf dem Markt für Rohkies letztlich auf

⁴³⁷⁸ So insbesondere bei der Sanktionierung von wesensgemäss umsatzlosen Stützofferten, vgl. BVGer, B-807/2012 vom 25.6.2018 E. 11.5.4.1 und 11.5.8.2 ff., *Strassen- und Tiefbau Aargau/Erne*; BVGer, B-5172/2019 vom 26.10.2023 E. 9.4.2, *Engadin II*. Aus der jüngeren Praxis ferner WEKO, 6.12.2021, Rz 829 ff., *Belagswerke Bern* <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 13.6.2023).

⁴³⁷⁹ Rz 1590.

⁴³⁸⁰ Siehe zur Sanktionsbemessung bei einem solchen hiernach Rz 2343 ff.

⁴³⁸¹ Dazu Rz 2343 ff.

⁴³⁸² Rz 751 und 921.

⁴³⁸³ Rz 583 und 1037.

den Markt für Kiesveredelung, auf dem sie tätig ist, überschwappt. Gemäss dem Vorangehenden mag es durchaus sein, dass die verschiedenen Interessenlagen der Aktionärs-Unternehmen dazu führten, dass der Ausschluss der Arbitragemöglichkeit die Aktionärs-Unternehmen faktisch in unterschiedlichem Masse zurückband. Dennoch ist die Art und Schwere des Verstosses hier für alle gleich zu werten. Denn der Ausschluss der Arbitragemöglichkeit für alle Aktionärs-Unternehmen lag primär im Interesse derjenigen Aktionärs-Unternehmen, deren Abbaustellen sich in der Nähe von denen von KAGA befinden. Oder anders ausgedrückt: Während die einen Aktionärs-Unternehmen durch den Ausschluss der Arbitragemöglichkeit faktisch mehr zurückgebunden wurden als die anderen und die Wettbewerbsbeschränkung insofern gravierender ist, haben die anderen Aktionärs-Unternehmen mehr von dieser Wettbewerbsbeschränkung profitiert und waren mehr daran interessiert. Kurzum: es ist letztlich die Gemengelage der Interessen der involvierten Beteiligten, die zu diesem Verstoss führte und seine Art und Schwere charakterisiert – mit einer unterschiedlichen Pauschalsanktion je nach Aktionärs-Unternehmen würde dieses Zusammenspiel übergegangen. Daher ist es sachgerecht, die Art und Schwere des Verstosses für alle Aktionärs-Unternehmen als gleich zu werten. In Anbetracht all dieser Umstände ist eine Pauschalsanktion von CHF 50'000.– je Aktionärs-Unternehmen angemessen.

E.2.3.2.2 Zuschlag für die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG)

2312. Hinsichtlich der Dauer dieses Verstosses verhält es sich bezüglich der weiteren Beteiligten gleich wie bezüglich KAGA. Es kann vollumfänglich auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden,⁴³⁸⁴ die hier ebenso zutreffend sind. Der Zuschlag für die Dauer des Verstosses beläuft sich auch hier auf 110 %. Daraus ergibt sich eine Zwischensumme von CHF 105'000.– je Aktionärs-Unternehmen bestehend aus Basisbetrag zuzüglich Dauerzuschlag.

E.2.3.2.3 Erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 f. SVKG)

Erschwerende Umstände

2313. Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG ist als erschwerender Umstand die führende oder anstiftende Rolle eines Unternehmens zu berücksichtigen. In den Ausführungen zur Sanktionierung des Tatkomplexes «Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet»⁴³⁸⁵ hat sich die Wettbewerbsbehörde eingehend mit den Voraussetzungen dieses erschwerenden Umstandes und der Anwendung im vorliegenden Fall auseinandergesetzt. Dabei hat sich gezeigt, dass die Kästli-Gruppe beim Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet eine führende Rolle innehat. Die dortigen Ausführungen gelten auch in Bezug auf die an dieser Stelle vorzunehmende Sanktionsbemessung hinsichtlich des Tatkomplexes der Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen und dem Ausschluss der Arbitragemöglichkeit beim Kiespreis. Auf diese sei demnach verwiesen. Spezifisch bezüglich des vorliegenden Tatkomplexes kommen für die Kästli-Gruppe folgende Elemente hinzu:

2314. Der intellektuelle Beitrag der Kästli-Gruppe zur allgemeinen Form der Zusammenarbeit unter den Aktionärinnen zeigt sich in der KAGA-Philosophie, die der VR-Vertreter der Kästli-Gruppe im Jahr 2005 niedergeschrieben hat.⁴³⁸⁶ Darin ist unter dem Titel «Mission / Aufgabe» zu lesen: «Die KAGA ist die wichtigste Ver- und Entsorgerin von Kies-, Aushub- und Inertstoffmaterialien im Raum Bern-Spiez. Sie nimmt diese Aufgabe in erster Linie für die Aktionäre, aber auch für Dritte wahr». Und unter dem Titel «Unternehmenspolitik Verhalten» hielt er fest: «Ihre wirtschaftliche Tätigkeit richtet sich nach den Bedürfnissen der Aktionäre und soll diese in der Ausübung deren Stammaktivitäten sinnvoll ergänzen und unterstützen». Diese Haltung ist letztlich im Gewähren der Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen wiederzufinden, die durch den Ausschluss der Arbitragemöglichkeit geschützt wird. Der Vertreter der Kästli-Gruppe hat mit dem Erstellen dieser Grundlagen einen massgeblichen intellektuellen Beitrag auch für die Gewährung von Vorzugskonditionen zugunsten der KAGA-Aktionärinnen, die durch den Ausschluss der Arbitragemöglichkeit abgesichert werden, geleistet.

2315. Weiter zeigt sich, dass sich gerade die Kästli-Gruppe auch aktiv für die Durchsetzung des Verbots, Vorzugskonditionen an Dritte weiterzugeben, eingesetzt hat. In einer VR-Sitzung im Jahr 2001 ist zu lesen:⁴³⁸⁷

«Der Präsident [...] weist darauf hin, dass mit diesem Sonderpreis bei den Baufirmen Kästli AG, [U11] und Marti AG kein Handel betrieben werden darf. Die Differenz darf sich auf keinen Fall bis auf die Baustelle auswirken».

2316. Zwar stammt diese Äusserung aus einer Zeit, als die hier zu sanktionierende Verhaltensweise «nur» verboten, aber noch nicht sanktionierbar war. Dennoch hat die Kästli-Gruppe mit ihrem Verhalten ein Klima der Vorzugsbehandlung zugunsten der Aktionärinnen aktiv geprägt, das die Abredebeteiligten auch nach 2004 weitergelebt haben. Die Kästli-Gruppe hat diesbezüglich eine führende Rolle eingenommen.

2317. Unter Betrachtung der gesamten Umstände zeigt sich, dass die Kästli-Gruppe auch in Bezug auf das zu sanktionierende Verhalten der Nicht-Weitergabe von Vorzugskonditionen eine führende Rolle innegehabt hat. Die unten gemachten Ausführungen zum Ausmass der Sanktionserhöhung⁴³⁸⁸ lassen sich auf die hier vorzunehmende Sanktionsbemessung übertragen. Die Sanktion für die Kästli-Gruppe ist demnach aufgrund ihrer führenden Rolle um 20 % zu erhöhen.

2318. Bezüglich der anderen Aktionärs-Unternehmen liegen keine erschwerenden Umstände im Sinne von Art. 5 SVKG vor.

⁴³⁸⁴ Rz 2290 ff.

⁴³⁸⁵ Rz 2342 ff., insb. Rz 2356 ff.

⁴³⁸⁶ Rz 770.

⁴³⁸⁷ Rz 757.

⁴³⁸⁸ Rz 2382 ff.

Mildernde Umstände

2319. Ebenso wie bei KAGA⁴³⁸⁹ liegt auch bei den Aktionärs-Unternehmen der mildernde Umstand der Aufgabe dieser Verhaltensweise vor Untersuchungseröffnung vor. Dafür ist auch hier die Sanktion um 10 % zu reduzieren.

2320. Der in der SVKG unbenannte, aber grundsätzlich anerkannte Milderungsgrund des kooperativen Verhaltens liegt bezüglich Alluvia, Daep, Heimberg, Kästli und Marti hinsichtlich sämtlicher Tatkomplexe vor. Er wird daher nicht bei jedem Tatkomplex einzeln behandelt, sondern in globo, worauf hier zu verweisen ist.⁴³⁹⁰ Weitere mildernde Umstände im Sinne von Art. 6 SVKG sind bezüglich der Aktionärs-Unternehmen nicht ersichtlich.

Zusammenzug der erschwerenden und mildernden Umstände

2321. Zusammenziehend lässt sich zu den erschwerenden und mildernden Umständen somit festhalten, dass alle Aktionärs-Unternehmen in den Genuss einer Sanktionsreduktion von 10 % aufgrund eines mildernden Umstandes kommen. Ausser bei der Kästli-Gruppe liegen bei den Aktionärs-Unternehmen weder erschwerende Umstände noch anderweitige mildernde Umstände vor. Bei der Kästli-Gruppe ist die Sanktion aufgrund des erschwerenden Umstands der führenden Rolle um 20 % zu erhöhen. Die Reduktion von 10 % ist mit der Erhöhung von 20 % zu verrechnen, womit bei der Kästli-Gruppe eine Erhöhung von 10 % verbleibt.

E.2.3.2.4 Einhaltung des abstrakten Sanktionsrahmens (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 7 SVKG)

2322. Bezüglich diesem Tatkomplex erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Aktionärs-Unternehmen, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

E.2.3.2.5 Vorbringen in den Stellungnahmen zum Antrag

2323. Marti-Gruppe macht nebst weiteren Vorbringen,⁴³⁹¹ die bereits an anderer Stelle behandelt wurden und die nicht zu überzeugen vermochten, geltend, es werde die besondere Situation von Marti-Gruppe nicht berücksichtigt. Sie habe seit den 1980er Jahren praktisch keine über die Aktionärsinteressen hinausgehende Interessen mehr an KAGA gehabt. Die Vorzugskonditionen habe sie nolens volens hinnehmen müssen, für sie wären höhere Dividenden vorteilhafter gewesen. Deshalb müsse die Sanktion deutlich reduziert werden.⁴³⁹² Dieses Vorbringen überzeugt nicht: Es gilt vorliegend, eine Sanktion für die Beteiligung der Marti-Gruppe am Ausschluss der Arbitragemöglichkeit beim Kiespreis festzulegen. Es geht nicht darum, den Beitrag von Marti-Gruppe an der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA insgesamt zu bewerten, sondern einzig und allein um diesen einen sanktionierbaren Verstoß. Hinsichtlich diesem ist irrelevant, ob Marti-Gruppe insgesamt von der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA oder spezifisch von den Vorzugskonditionen von KAGA gleichermassen profitierte wie andere Aktionärinnen. Ihre womöglich anders gelagerten Präferenzen sind mit anderen Worten kein Grund, die Sanktion ihr gegenüber zu reduzieren.

Dass einige Aktionärs-Unternehmen durch den Ausschluss der Arbitragemöglichkeit mehr profitierten als andere, wurde im Übrigen bei der Festlegung der Pauschalsanktion berücksichtigt.⁴³⁹³ Dies wird – wie ausgeführt – dadurch aufgewogen, dass der Ausschluss der Arbitragemöglichkeit die anderen, weniger profitierenden Aktionärs-Unternehmen wie Marti-Gruppe faktisch mehr zurückband und dementsprechend die Wettbewerbsbeschränkung insofern gravierender ist.

2324. Kästli-Gruppe ist der Ansicht, die Sanktionierung mittels eines pauschalen Fixbetrags stehe in klarem Widerspruch zu den in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG festgelegten Kriterien. Sie begründet dies nicht weiter und mit den diesbezüglichen Erwägungen setzt sie sich inhaltlich nicht auseinander. Sie macht nur geltend, ein erwähntes Urteil des BVGer taue nicht als Präjudiz und die WEKO-Verfügung i.S. «Belagswerke Bern» sei nicht rechtskräftig.⁴³⁹⁴ Die Rechtsauffassung von Kästli-Gruppe überzeugt nicht. Es kann auf die diesbezüglichen Erwägungen verwiesen werden,⁴³⁹⁵ die keiner Ergänzung bedürfen.

2325. Kästli-Gruppe macht weiter geltend, es liege für sie kein erschwerender Umstand vor, da ihr keine führende Rolle zukomme.⁴³⁹⁶ Soweit ersichtlich trägt Kästli nichts vor, das sich spezifisch gegen die zwei Elemente richtet (Rz 2314 f.), die hier zusätzlich zu den Ausführungen zur führenden Rolle bei der Sanktionsbemessung des Tatkomplexes des Konkurrenzverbotes aufgeführt werden. Zur Entkräftung von Kästlis Einwänden gegen eine Sanktionserhöhung kann deshalb auf die dortige Auseinandersetzung mit diesen Einwänden verwiesen werden.⁴³⁹⁷

2326. Vigier bringt vor, die Wettbewerbsbehörde verletze das Verbot der Doppelbestrafung (ne bis in idem), wenn sie sowohl Vigier als auch KAGA für den Tatkomplex «Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen» eine Sanktion auferlege. Zur Begründung stützt sie sich dann allerdings auf die ratio legis von Art. 49a Abs. 1 KG (pönale und gewinnabschöpfende Komponente), welche der vorgenommenen Sanktionierung der zwei genannten Unternehmen widersprechen soll: «Der durch die Kartellrechtsverstöße erzielte Gewinn wird einerseits bei KAGA abgeschöpft, andererseits bei Vigier als Aktionär».⁴³⁹⁸ Diese Argumentation überzeugt nicht. Einerseits fällt der Grundsatz von ne bis in idem von vornherein ausser Betracht: Vigier macht gar nicht geltend, sie selbst werde für dasselbe Vergehen zweimal bestraft (was Inhalt von ne bis in idem wäre)⁴³⁹⁹, sondern sie kritisiert die Sanktionierung von zwei verschiedenen Subjekten. Ausser dem Wortteil «doppelt» hat das von

⁴³⁸⁹ Rz 2295.

⁴³⁹⁰ Rz 2422 ff.

⁴³⁹¹ Act. VIII.158 Rz 52 f.

⁴³⁹² Act. VIII.158 Rz 54.

⁴³⁹³ Rz 2311.

⁴³⁹⁴ Act. VIII.163 Rz 150–153, ferner Act. IX.30 Beilage 2 S. 10.

⁴³⁹⁵ Rz 2309 f., ferner Rz 2331 f. und Rz 2345–2350.

⁴³⁹⁶ Act. VIII.163 Rz 28–32 und 154–158; ferner Act. IX.30 Beilage 2 S. 4–6 und Folie 5.

⁴³⁹⁷ Rz 2391 ff.

⁴³⁹⁸ Act. VIII.164 Rz 105–108, Rz 214–221 und Rz 224; Act. IX.30 Rz 36–40 und 67 zweites Lemma.

⁴³⁹⁹ Siehe nur etwa BVGer, B-3096/2018 vom 28.11.2023, E. 111, *Engadin I – Foffa Conrad*.

Vigier in den Raum gestellte Doppelbestrafungsverbot (ne bis in idem) mit dem Inhalt von Vigiers Rüge (doppelte Abschöpfung des erzielten Kartellgewinns) keine Gemeinsamkeit. Andererseits überzeugt die Kritik an der Bestrafung sowohl von Vigier als auch von KAGA nicht. Sogar wenn die Wettbewerbsbehörde bei der Sanktionierung den gesamten Kartellgewinn bei einer Kartelltäterin voll abschöpfen würde, stünde dies einer Sanktionierung von weiteren Kartelltäterinnen nicht entgegen. Denn die Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG hat nicht nur eine gewinnabschöpfende, sondern auch eine pönale Komponente. Abschöpfungs- und Strafteil müssen bei einer Sanktion nicht separat ausgewiesen werden und Sanktionen sind auch möglich, wenn gar kein Umsatz (und damit auch kein Kartellgewinn) erzielt wurde.⁴⁴⁰⁰ Vigier scheint die pönale Komponente der Sanktion zu übersehen, was nicht überzeugt. Der Sanktionierung von Vigier steht ebenfalls nicht entgegen, dass KAGA für ihre Beteiligung an einem Tatkomplex sowohl für eine Verletzung von Art. 7 KG (für die Gewährung der Vorzugskonditionen als marktbeherrschendes Unternehmen) als auch für eine Verletzung von Art. 5 Abs. 4 KG (für ihre Rolle als abredebeteiligte Lieferantin) sanktioniert wurde: Es ist schlicht nicht nachvollziehbar, wie Vigier aus dieser Sanktionierung der KAGA ableiten will, sie sei für ihre Beteiligung an der Verletzung von Art. 5 Abs. 4 KG als abredebeteiligte Abnehmerin nicht zu sanktionieren. Wird eine Beteiligte an einer Abrede, die unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG fällt, sanktioniert, schliesst das die Sanktionierung der übrigen Abredebeteiligten freilich nicht aus; vielmehr sind alle Abredebeteiligten zu sanktionieren.

2327. Abgesehen vom Doppelbestrafungsverbot macht Vigier geltend, die Pauschalsanktion sei intransparent und für Vigier nicht nachvollziehbar. Es bleibe unklar, worin der Unrechtsgehalt des Verhaltens von Vigier bestanden haben solle.⁴⁴⁰¹ In den vorangehenden Erwägungen wurde dargelegt, wie die Sanktion bemessen wurde. Inwiefern dies intransparent und nicht nachvollziehbar sein soll, erschliesst sich der WEKO nicht, zumal Vigier auch nicht näher darlegt, was für sie nicht nachvollziehbar sein soll. Soweit Vigier einen fehlenden Unrechtsgehalt moniert, ist auf die rechtliche Beurteilung dieser Wettbewerbsabrede zu verweisen. Einer zusätzlichen Erläuterung im Rahmen der Sanktionsbemessung bedarf dies nicht. Es besteht kein Grund, die Sanktion gegenüber Vigier zu reduzieren oder gar zu erlassen.

2328. Mehrere Parteien machen schliesslich geltend, dass das Verfahren zu lange gedauert habe und dass deshalb die Sanktion zu reduzieren sei. Bereits vor Antragsversand beanstandete Daepf die Dauer des Verfahrens.⁴⁴⁰² Auch in ihrer Stellungnahme rügt sie eine übermässige Verfahrensdauer und beantragt deshalb eine angemessene Reduktion der Sanktion.⁴⁴⁰³ Kästli-Gruppe macht in ihrer Stellungnahme geltend, das Verfahren habe offenkundig in unzulässiger Weise zu lange gedauert.⁴⁴⁰⁴ Gestützt auf diesen Vorwurf beantragt sie ein Erlass der Sanktion oder eine Reduktion um mindestens 50 %. Marti-Gruppe erachtet eine über 8 Jahre dauernde Verfahrensdauer als nicht mit dem Beschleunigungsgebot vereinbar und beansprucht deshalb eine Sanktionsreduktion.⁴⁴⁰⁵ Schliesslich bringt auch Vigier vor, das Beschleunigungsgebot sei aufgrund einer zu

langen Verfahrensdauer verletzt. Eine Sanktion müsse deshalb entfallen.⁴⁴⁰⁶ Alluvia macht ebenfalls eine überlange Verfahrensdauer geltend, ohne deshalb aber eine Sanktionsreduktion zu beantragen.⁴⁴⁰⁷ Heimberg rügt zwar nicht die Verfahrensdauer, macht mit ähnlichen Argumenten aber geltend, es seien übermässige Verfahrenskosten entstanden, weshalb diese zu reduzieren seien⁴⁴⁰⁸ – hierauf wird an der entsprechenden Stelle bei den Kosten eingegangen.⁴⁴⁰⁹

2329. Die WEKO hat bereits unter dem Tatkomplex der Vorzugskonditionen betreffend KAGA dargelegt, dass das vorliegende Verfahren zwar eine lange, aber gerade noch vertretbare Dauer aufweist.⁴⁴¹⁰ Da die Frage, ob ein Verfahren zu lange gedauert hat, für alle Parteien gleich zu beantworten ist, kann auf die dortige Begründung verwiesen. Insofern kann auch hier offen bleiben, welche – allenfalls je nach individueller Belastung je Partei unterschiedliche – Folgen eine übermässige Verfahrensdauer hätten.

E.2.3.2.6 Ergebnis

2330. Die Sanktion für die Aktionärs-Unternehmen bezüglich dieses Tatkomplexes beträgt gemäss den vorangehenden Erörterungen:

- Alluvia: CHF 94'500.– bzw. gerundet⁴⁴¹¹ CHF 95'000.–.
- Daepf: CHF 94'500.– bzw. gerundet CHF 95'000.–.
- Heimberg: CHF 94'500.– bzw. gerundet CHF 95'000.–.
- Kästli-Gruppe: CHF 115'500.– bzw. gerundet CHF 115'000.–.
- Marti-Gruppe: CHF 94'500.– bzw. gerundet CHF 95'000.–.
- Vigier: CHF 94'500.– bzw. gerundet CHF 95'000.–.

E.2.3.3 Tatkomplex Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben

E.2.3.3.1 Grundsätzliches zur Sanktionsbemessung anhand eines Pauschalbetrags

2331. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis bereits mehrfach Pauschalsanktionen ausgesprochen.⁴⁴¹² Das BVGer hat in seiner Rechtsprechung eine kartellrechtliche Pauschalsanktion von eher symbolischem Charakter

⁴⁴⁰⁰ Z.B. bei nicht umgesetzten Abreden (BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024, E. 5.6.3 und 6, VPVW).

⁴⁴⁰¹ Act. VIII.164 Rz 225.

⁴⁴⁰² Rz 123.

⁴⁴⁰³ Act. VIII.157 S. 7–9.

⁴⁴⁰⁴ Act. VIII.163 Rz 159–164.

⁴⁴⁰⁵ Act. VIII.159 Rz 55 und 93, mittels Verweis auch Rz 64.

⁴⁴⁰⁶ Act. VIII.164 Rz 18–20; ferner Act. IX.30 Beilage 5 Rz 67 erstes Lemma.

⁴⁴⁰⁷ Act. IX.37 Rz 3 und Fn 2.

⁴⁴⁰⁸ Act. VIII.161 Rz 81 und Act. IX.30 Beilage 3 Rz 31.

⁴⁴⁰⁹ Rz 2456.

⁴⁴¹⁰ Rz 2299 ff.

⁴⁴¹¹ Siehe dazu Rz 2306.

⁴⁴¹² Etwa RPW 2019/2, 499 Rz 1056, *Engadin I*; RPW 2019/2, 519 Rz 59 f., *Fahrlehrertarife Oberwallis*; RPW 2015/2, 316 Rz 422, *Türprodukte*; RPW 2013/4, 624 Rz 972, *Strassen- und Tiefbau Zürich*; RPW 2012/2, 106 Rz 1093–1095, *Strassen- und Tiefbau Aargau*. Siehe ferner die Nachweise in Fn 4415.

als zulässig erachtet⁴⁴¹³ und das BGer hat die Zulässigkeit von Pauschalsanktionen jüngst ebenfalls bestätigt.⁴⁴¹⁴ Auf eine Pauschalsanktion griff die WEKO insbesondere dann zurück, wenn eine solche besser geeignet war, dem Prinzip der Verhältnismässigkeit (vgl. auch Art. 2 Abs. 2 SVKG) zum Durchbruch zu verhelfen, als es eine Sanktionsbemessung streng gestützt auf den Umsatz auf den relevanten Märkten nach Art. 3 SVKG gewesen wäre.⁴⁴¹⁵ Das BGer bestätigte jüngst, dass sich Pauschalsanktionen insbesondere aus Gründen der Verhältnismässigkeit aufdrängen können.⁴⁴¹⁶ Das ist etwa dann der Fall, wenn ein eher symbolischer Sanktionsbetrag angezeigt ist, weil der konkrete Verstoss oder die Beteiligung hieran als unbedeutend einzustufen ist,⁴⁴¹⁷ etwa weil die sanktionierbare Wettbewerbsabrede «bloss» vereinbart, aber (noch) nicht umgesetzt wurde.⁴⁴¹⁸

2332. Wie jede andere Sanktionsbemessung ist selbstverständlich auch eine Sanktionsbemessung anhand eines Pauschalbetrags zu begründen. Dadurch wird ersichtlich, welche Elemente ausschlaggebend waren und wie diese in die Ermessensausübung eingeflossen sind. Soweit sich die dahinterstehenden Überlegungen auch für Pauschalsanktionen als passend erweisen und die entsprechenden Sachverhaltsfeststellungen vorliegen, kann es dabei angezeigt sein, sich unter anderem an den Gesichtspunkten zu orientieren, die in der SVKG aufgeführt sind. Leitstern der Sanktionsbemessung ist letztlich gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Dauer und die Schwere des Verstosses sowie der mutmasslich dadurch erzielte Gewinn, der angemessen zu berücksichtigen ist.⁴⁴¹⁹

E.2.3.3.2 Pauschalsanktion für diesen Verstoss angemessen

2333. Bei der Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben, handelt es sich um einen Verstoss, der in der ganz konkreten Situation als unbedeutend einzustufen ist.⁴⁴²⁰ Beim Preissystem, das KAGA 2015 einfuhrte, erhalten nicht mehr sämtliche Aktionärinnen allein aufgrund ihrer Aktionärseigenschaft Vorzugskonditionen, sondern die Aktionärinnen erhalten ebenso wie Dritte einen Mengenrabatt, der von der Kiesmenge abhängt, die sie bei KAGA beziehen. Die Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben, schränkt daher, wie bereits ausgeführt, faktisch nur diejenigen Aktionärinnen ein, die genügend grosse Kiesmengen bei KAGA beziehen, um in den Genuss eines Mengenrabatts, insbesondere eines substanziellen, zu kommen. Im Wesentlichen sind das Daepf, Heimberg und Kästli. Das wiederum sind diejenigen Aktionärinnen, die aufgrund ihrer räumlichen Nähe zu den Abbaustellen von KAGA ohnehin – also auch ohne Untersagung, mengenrabattreduzierte Preise weiterzugeben – ein sehr geringes Interesse daran haben, den KAGA-Kies zu einem tiefen Preis an Dritte weiterzuveräussern. Die übrigen Aktionärinnen, die aufgrund ihrer Distanz zu den Abbaustellen von KAGA einen grösseren Anreiz hätten, KAGA-Kies zu einem tiefen Preis weiterzuveräussern, beziehen demgegenüber nicht genügend Kies bei KAGA, um einen Mengenrabatt – erst recht einen substanziellen – zu erhalten. Sie erhalten also faktisch keine mengenrabattreduzierten Kiespreise, die sie weitergeben könnten, unabhängig

davon, ob diese Untersagung besteht oder nicht.⁴⁴²¹ Diese unzulässige Wettbewerbsabrede verankert daher bezüglich Daepf, Heimberg und Kästli «bloss», was diese aufgrund ihrer eigenen Interessenlage wohl ohnehin tun würden, während sie bezüglich Vigier, Alluvia und Marti mangels Erreichens der rabattberechtigten Kiesmengen nur theoretischen Einfluss auf deren Marktverhalten in Bezug auf den Verkauf von KAGA-Kies hat. Anders als beim früheren Preissystem der Vorzugskonditionen, das durch den Ausschluss der Arbitragemöglichkeit geschützt und zu einem geschlossenen System verstärkt wurde, ist diese unzulässige Wettbewerbsabrede für die Aufrechterhaltung des neuen, mengenrabattbezogenen Preissystems von KAGA kaum von Belang. Dieser Verstoss führt primär – einmal mehr – das wettbewerbsfeindliche Klima vor Augen, das durch die (nicht sanktionierbaren) Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA geschaffen wurde und aufrechterhalten wird und kann als Bekenntnis zu diesem verstanden werden. Das eigentliche Gefährdungspotenzial dieses Verstosses selbst ist aber letztlich eher symbolischer Natur. Der mutmasslich dadurch erzielte Gewinn lässt sich zwar nicht feststellen, dürfte in Anbetracht des Vorangehenden aber verschwindend gering sein, sofern dieser Verstoss überhaupt einen Einfluss auf den Gewinn gehabt haben sollte. Entsprechend ist eine Pauschalsanktion für diesen Verstoss angezeigt.

E.2.3.3.3 Bemessung der Pauschalsanktion

2334. Die vorangehenden Ausführungen dazu, weshalb für diesen Verstoss eine Pauschalsanktion angemessen ist, erhellen, wie es sich mit der Art und Schwere dieses Verstosses verhält und wie der mutmasslich dadurch erzielte Gewinn einzuschätzen ist. Angemessen ist ein eher symbolischer Sanktionsbetrag für diesen Verstoss.

⁴⁴¹³ BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 13.3.5, *Gebro*.

⁴⁴¹⁴ BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 6.6, *VPVW*, bereits zuvor ist das BGer nicht gegen Pauschalsanktionen eingeschritten, vgl. BGer, 2C_172/2014 vom 4.4.2017 E. 3, *Gebro*; vgl. dazu auch BGer, 2C_180/2014 vom 28.6.2016 E. 9.8 (nicht publiziert in BGE 143 II 297), *GABA*.

⁴⁴¹⁵ In dem Sinne RPW 2019/1, 136 Rz 368–371, *VPVW*; RPW 2010/1, 114 Rz 378, *GABA*; RPW 2009/2, 157 Rz 99, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2008/3, 409 Rz 236 f., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

⁴⁴¹⁶ BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 6.6, *VPVW*.

⁴⁴¹⁷ RPW 2010/1, 113 f. Rz 375–378, *GABA*; RPW 2009/2, 157 Rz 99, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2008/3, 409 Rz 236 f., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

⁴⁴¹⁸ So die Ausgangslage in BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 6.6 i.V.m. E. 5.6.3 und 5.6.4, *VPVW*.

⁴⁴¹⁹ Vgl. zur gesamten Rz auch RPW 2019/1, 137 Rz 374, *VPVW*; RPW 2015/2, 316 Rz 425, *Türprodukte*.

⁴⁴²⁰ Ob ein Verstoss bei der Sanktionsbemessung als unbedeutend einzustufen ist, ist nicht mit der materiellrechtlichen Beurteilung zu verwechseln, ob es sich bei der entsprechenden Wettbewerbsabrede um einen Bagatellfall i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG handelt (dazu Rz 1648 f.). Im einen Fall handelt es sich dabei um eine schwarz-weiss Entscheidung (die Wettbewerbsabrede ist zulässig oder, vorbehaltlich einer Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG, eben nicht), während es im anderen Fall um eine Ermessensausübung hinsichtlich der spezifischen Rechtsfolge der Sanktionierung geht (es ist innerhalb des abstrakten Sanktionsrahmens eine angemessene Sanktion auszusprechen).

⁴⁴²¹ Zum gesamten Vorangehenden Rz 1648 und auch Rz 2311.

2335. In Anbetracht der ausgesprochen limitierten Tragweite, die diese unzulässige Wettbewerbsabrede in der konkreten Situation überhaupt haben kann, erscheint auch deren Dauer kaum relevant. Unabhängig der Dauer dieses Verstosses tangiert dieser Verstoss den Wettbewerb letztlich nicht merklich. Mit anderen Worten wird der Wettbewerb nicht in intensiverer Weise beschränkt, wenn dieser Verstoss über längere Zeit andauert als wenn er bloss von kürzerer Dauer gewesen wäre. Es ist daher angemessen, den eher symbolischen Sanktionsbetrag nicht aufgrund der Dauer des Verstosses höher anzusetzen.

2336. Da es sich hierbei um eine eher symbolische Pauschalsanktion handelt, erschiene es unangebracht, eine auch bezüglich dieses Verstosses führende oder anstiftende Rolle gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG weiter zu vertiefen. Erschwerende Umstände i.S.v. Art. 5 SVKG liegen daher nicht vor. Der in der SVKG unbenannte, aber grundsätzlich anerkannte Milderungsgrund des kooperativen Verhaltens liegt bezüglich KAGA, Alluvia, Daepf, Heimberg, Kästli und Marti hinsichtlich sämtlicher Tatkomplexe vor. Er wird daher nicht bei jedem Tatkomplex einzeln behandelt, sondern in globo, worauf an hier zu verweisen ist.⁴⁴²² Anderweitige mildernde Umstände i.S.v. Art. 6 SVKG sind nicht gegeben.

2337. Unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Verstosses ist eine Pauschalsanktion von CHF 10'000.– pro beteiligtem Unternehmen angemessen.

2338. Dass diese Pauschalsanktion die Obergrenze des abstrakten Sanktionsrahmens gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG nicht berührt, ist evident.

E.2.3.3.4 Vorbringen in den Stellungnahmen

2339. Marti-Gruppe macht nebst weiteren Vorbringen,⁴⁴²³ die bereits an anderer Stelle behandelt wurden und die nicht zu überzeugen vermochten, geltend, wenn überhaupt wäre allerhöchstens eine symbolische Sanktion gerechtfertigt.⁴⁴²⁴ Genau dies ist passiert, indem für diesen Verstoss – wie mehrfach festgehalten – ein eher symbolischer Sanktionsbetrag bestimmt wurde. Das Anliegen von Marti-Gruppe wurde also verwirklicht. Ihre Vorstellung eines symbolischen Betrags mag womöglich anders sein (wobei sie keine Zahl nennt), was allerdings in der Natur der Sache liegt und kein Grund ist, dass die WEKO ihr Ermessen anders ausübt.

2340. Vigier macht geltend, es handle sich um einen Bagatellfall und Bagatellfälle dürften nicht sanktioniert werden. Sie würden keinen Verstoss gegen das Kartellgesetz darstellen.⁴⁴²⁵ Damit scheint sich Vigier gegen die rechtliche Beurteilung zu richten. Es kann auf die dortigen Erwägungen verwiesen werden,⁴⁴²⁶ die hier nicht zu wiederholen sind. Es liegt ein sanktionierbarer Verstoss vor. Dass für diesen Verstoss in Anbetracht seiner Bedeutung ein eher symbolischer Sanktionsbetrag angemessen ist, wurde bereits ausgeführt. Es besteht aber weder eine Rechtsgrundlage noch ein Grund dafür, für diesen Verstoss keine Sanktion auszusprechen.

E.2.3.3.5 Ergebnis

2341. Die Sanktion für diesen Tatkomplex beträgt gemäss den vorangehenden Erörterungen jeweils

CHF 10'000.– für KAGA, Alluvia, Daepf, Heimberg, Kästli, Marti und Vigier.

E.2.3.4 Tatkomplex Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet

2342. Die Aktionärs-Unternehmen als gegenseitig verpflichtete und berechnete Parteien sowie KAGA als ausschliesslich berechnete Partei sind am vereinbarten Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet beteiligt. Nachfolgend ist die Sanktion dafür zu bemessen.

E.2.3.4.1 Basisbetrag (Art. 3 SVKG)

Relevante Märkte

2343. Das Konkurrenzverbot beschlägt mehrere Märkte.⁴⁴²⁷ Nachfrageseitig betrifft es direkt den Markt für Abbaurechte. Hierbei handelt sich um einen relevanten Markt i.S.v. Art. 3 SVKG. Dieser Markt wurde sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht bereits abgegrenzt, worauf verwiesen sei.⁴⁴²⁸ Angebotsseitig betrifft das Konkurrenzverbot direkt den Markt für Rohkies, weshalb dieser ebenfalls ein relevanter Markt i.S.v. Art. 3 SVKG ist. Auch dieser Markt wurde bereits abgegrenzt, worauf wiederum verwiesen sei.⁴⁴²⁹ Angebotsseitig betrifft das Konkurrenzverbot zudem mittelbar auch noch den Markt für veredelten Kies sowie den Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub. Ob die mittelbare Betroffenheit dieser Märkte ausreichend ist, um sie ebenfalls als relevante Märkte i.S.v. Art. 3 SVKG zu qualifizieren, auf deren Umsatz für die Sanktionsbemessung abzustellen ist, muss hier allerdings nicht entschieden werden, wie sich noch zeigen wird.

2344. Die rechtliche Beurteilung des Konkurrenzverbots fokussierte allerdings einzig auf das nachfrageseitige Element, d.h. auf den Markt für Abbaurechte, zumal die weiteren Märkte bereits bei anderen beurteilten Verhaltensweisen im Mittelpunkt stehen.⁴⁴³⁰

Umsatz

2345. KAGA ist das einzige am Konkurrenzverbot beteiligte Unternehmen, das durch dieses ausschliesslich berechnete, nicht aber verpflichtet wird. Und ganz dem Sinn und Zweck eines über mehrere Jahrzehnte hinweg gelebten Konkurrenzverbots entsprechend, ist KAGA denn auch das einzige beteiligte Unternehmen, das im KAGA-Gebiet – jedenfalls in wesentlichem Umfang⁴⁴³¹ – Abbaurechte erwarb.⁴⁴³² Infolgedessen hat nur sie einen «Umsatz»⁴⁴³³ bezüglich Abbaurechte im räumlich rele-

⁴⁴²² Rz 2422 ff.

⁴⁴²³ Act. VIII.158 Rz 63.

⁴⁴²⁴ Act. VIII.158 Rz 64.

⁴⁴²⁵ Act. VIII.164 Rz 227 f.

⁴⁴²⁶ Rz 1649, ferner auch Rz 1618 f.

⁴⁴²⁷ Rz 1701.

⁴⁴²⁸ Siehe Rz 1376–1380 und Rz 1381–1384 sowie Rz 1735.

⁴⁴²⁹ Siehe Rz 1356–1361 und Rz 1367–1371, insbesondere Rz 1370.

⁴⁴³⁰ Rz 1702.

⁴⁴³¹ Von den bestehenden Aktionärinnen beachtete einzig Daepf bei einer Erweiterung ihrer bereits bestehenden Abbaustelle das Konkurrenzverbot nicht, woraufhin KAGA umgehend intervenierte (siehe dazu Rz 1736).

⁴⁴³² Vgl. zum Ganzen Rz 1703.

⁴⁴³³ Siehe die nachfolgende Rz, weshalb Umsatz hier in Anführungszeichen aufgeführt ist.

vanten Markt erzielt, die Aktionärs-Unternehmen erzielen dort keinen «Umsatz».

2346. Der Markt für Abbaurechte ist nachfrageseitig betroffen, d.h., die am Konkurrenzverbot beteiligten Parteien treten auf diesem Markt nicht als Anbieterinnen auf, sondern als Nachfragerinnen. Entsprechend haben die Beteiligten – auch die im KAGA-Gebiet als Erwerberin von Abbaurechten aktive KAGA – auf diesem Markt keinen Umsatz im eigentlichen Sinne erzielt, sondern vielmehr Beschaffungskosten gehabt. Bei einem nachfrageseitig betroffenen Markt erscheint es naheliegend, zur Bestimmung des Basisbetrags gemäss Art. 3 SVKG unter dem Umsatz auf dem relevanten Markt diese Beschaffungskosten zu verstehen. Da sich dieser «Umsatz» vorliegend aus anderen Gründen als nicht sachgerecht erweist, um die Bemessung des Basisbetrags darauf abzustellen, braucht hier aber nicht im Detail geklärt zu werden, wie es sich damit verhält.

2347. Die Berechnung des «Umsatzes» von KAGA auf dem Markt für Abbaurechte in den letzten drei Geschäftsjahren gemäss Art. 3 SVKG würde nämlich zahlreiche Fragen aufwerfen und wäre mit etlichen Unwägbarkeiten verbunden. Exemplarisch seien einige aufgeführt: Wird ein Grundstück zum dortigen Kiesabbau und zur späteren Wiederauffüllung erworben, dürfte in der Regel eine einmalige Zahlung des Kaufpreises erfolgen. Dabei handelt es sich aber nicht um alltägliche Geschäfte, weshalb ein diesbezüglicher «Umsatz» in einem Jahr – und auch in drei Jahren – stark vom Zufall geprägt ist und keine geeignete Basis für die Sanktionsbemessung darstellt. Wird hingegen ein Dienstbarkeitsvertrag zum Kiesabbau und zur späteren Wiederauffüllung abgeschlossen, dürften in der Regel vor allem wiederkehrende Zahlungen erfolgen, deren Höhe je nach Vereinbarung variabel ist und von der jeweils abgebauten/ abgelagerten Materialmenge abhängt.⁴⁴³⁴ Solche Verträge werden jedoch abgeschlossen, lange bevor der Abbau beginnt. Vertragsschluss und Beginn der Zahlungen fallen daher auseinander und die in einem Jahr – oder auch drei Jahren – bezahlten Beträge beruhen auf viel früher abgeschlossenen Verträgen. Wären nun die in den letzten drei Jahren bezahlten Beträge massgebend, auch wenn diese zumindest teilweise auf vor 2004 abgeschlossenen Verträgen beruhen, oder wären es vielmehr die Beträge, die künftig bezahlt werden für die in den letzten drei Jahren neu abgeschlossenen Verträge, und gegebenenfalls wie wären diese Beträge zu berechnen? Sodann werden zwischen Vertragsschluss und Abbaubeginn zuweilen Kiesstöcke vorgekauft und Darlehen gewährt, damit die Grundstückseigentümer schon vor Beginn des Abbaus über einen Teil des (künftigen) Entgelts verfügen. Auch diese Vorgänge sind jedoch nicht alltägliche Geschäfte und unterliegen grösseren Schwankungen – wären sie einzubeziehen oder nicht? Kommt hinzu, dass Verstösse auf nachfrageseitig betroffenen Märkten in zu geringen Ausgaben münden, nicht in zu hohen Einnahmen (Preisen) wie auf angebotsseitig betroffenen Märkten. Der gewinnabschöpfenden Komponente der Sanktion würde mit einem Abstellen auf diesen «Umsatz» daher nicht Rechnung getragen. Aus all dem ergibt sich, dass der «Umsatz» auf dem Markt für Abbaurechte, der zudem einzig bei KAGA

anfiel, vorliegend nicht sachgerecht erscheint, um bei der Sanktionsbemessung darauf abzustellen.

2348. Zu den übrigen vom Tatkomplex des Konkurrenzverbotes betroffenen Märkten sei dies gesagt: Abgesehen davon, dass es heikel erschiene, auf Umsätze auf Märkten abzustellen, die im Rahmen der rechtlichen Beurteilung dieses Tatkomplexes nicht näher beleuchtet wurden,⁴⁴³⁵ ist es hinsichtlich dieses Verstosses ohnehin nicht sachgerecht, für die Sanktionsbemessung auf die Umsätze auf den weiteren Märkten abzustellen: KAGA ist aufgrund des Konkurrenzverbots das einzige beteiligte Unternehmen, das im KAGA-Gebiet Kies abbaut und Deponien für unverschmutzten Aushub betreibt. Jedoch verfügen einige Aktionärs-Unternehmen im näheren Umfeld des KAGA-Gebiets über eigene Abbaustellen, Kieswerke und Deponien für unverschmutzten Aushub, andere hingegen nicht. Während einige Aktionärs-Unternehmen deshalb auf diesen weiteren Märkten im räumlich relevanten Gebiet Umsätze erzielen, ist das bei anderen Aktionärs-Unternehmen nicht der Fall. Durch das Konkurrenzverbot werden aber alle Aktionärs-Unternehmen gleichermassen eingeschränkt, im KAGA-Gebiet selbst Kies abzubauen und – mittelbar – dort Kieswerke und Aushubdeponien zu betreiben. Für die Sanktionsbemessung dennoch auf die jeweiligen Umsätze der einzelnen Unternehmen auf diesen weiteren Märkten abzustellen, würde zu einem verzerrten, nicht mit dem Inhalt des Verstosses im Einklang stehenden Bild führen. Bereits deshalb, weil KAGA auf dem mittelbar betroffenen Markt der Kiesveredelung nicht tätig ist und dort entsprechend keinen Umsatz erzielt, kann auch nicht ersatzweise sowohl für KAGA als auch die Aktionärs-Unternehmen auf den Umsatz von KAGA auf den weiteren Märkten abgestellt werden.⁴⁴³⁶

2349. Es ist demnach bei der Sanktionsbemessung für diesen Verstoß angezeigt, weder auf den «Umsatz» von KAGA auf dem Markt für Abbaurechte noch auf die Umsätze auf den weiteren Märkten abzustellen. Auch in solchen Situationen muss aber eine Sanktion ausgesprochen⁴⁴³⁷ und deren Höhe bestimmt werden. Dabei ist einerseits das vom Verstoß betroffene Geschäfts- bzw. Marktvolumen und andererseits die Art und Schwere des Verstosses zu berücksichtigen.⁴⁴³⁸ Unter Berücksichtigung dieser Aspekte hat die WEKO unlängst bezüglich einem kartellrechtswidrigen Konkurrenzverbot Pauschalsanktionen ausgesprochen.⁴⁴³⁹ Auch vorliegend ist es sachgerecht, auf Pauschalsanktionen zurückzugreifen.

⁴⁴³⁴ Siehe Rz 281.

⁴⁴³⁵ Rz 1702.

⁴⁴³⁶ Anders die Ausgangslage beim Ausschluss der Arbitragemöglichkeit, wo sich das Heranziehen des Umsatzes von KAGA als sachgerecht erwiesen hat, vgl. Rz 2310 f.

⁴⁴³⁷ Ausführlicher dazu und m.w.H. auf die Praxis und Rechtsprechung WEKO, 6.12.2021, Rz 830, *Belagswerke Bern* <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 13.6.2023).

⁴⁴³⁸ Vgl. auch WEKO, 6.12.2021, Rz 831 m.w.H., *Belagswerke Bern* <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 13.6.2023).

⁴⁴³⁹ Vgl. WEKO, 6.12.2021, Rz 834, *Belagswerke Bern* <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 13.6.2023).

2350. Einen gewissen Eindruck des Marktvolumens vermögen die von KAGA im KAGA-Gebiet abgebauten Mengen Rohkies bzw. die dort abgelagerten Mengen unverschmutzten Aushubs zu vermitteln. In den Jahren 2019 bis 2021 belief sich der Umsatz von KAGA im Bereich Rohkies (unsortiert und sortiert; abzüglich Erlösminderungen und exkl. Mehrwertsteuer) auf insgesamt CHF [8–12 Mio.] und im Bereich Deponierung von unverschmutztem Aushub auf der Deponie Bümberg (keine Erlösminderungen vorhanden, exkl. Mehrwertsteuer) auf insgesamt CHF [3–5 Mio.].⁴⁴⁴⁰

Art und Schwere des Verstosses

2351. Bezüglich der Art und Schwere des Verstosses fällt ins Gewicht, dass es sich aus Sicht der Anbieterinnen von Abbaurechten an Grundstücken im KAGA-Gebiet bei den Aktionärs-Unternehmen um besonders geeignete Erwerberinnen handelt, die aufgrund des Konkurrenzverbots von einem Erwerb abgehalten werden.⁴⁴⁴¹ Das Konkurrenzverbot hat den Wettbewerb denn auch nicht «bloss» erheblich beeinträchtigt, sondern beseitigt.⁴⁴⁴² Die Beteiligten haben damit das erreicht, was sie subjektiv anstrebten.⁴⁴⁴³ Insofern ist das Gefährdungspotenzial dieses Verstosses als gravierend zu bezeichnen. Gleichzeitig ist zu berücksichtigen, dass das Konkurrenzverbot den bedeutendsten Teil seiner wettbewerbswidrigen Wirkungen zu Beginn seiner Laufzeit entfaltete.⁴⁴⁴⁴ Da dies vor dem Inkrafttreten der Sanktionsbestimmung von Art. 49a KG war, darf diese damalige Wirkung nicht in die Sanktionsbemessung einfließen.⁴⁴⁴⁵ Das Konkurrenzverbot büsste zudem durch spätere Gesetzesänderungen einen wesentlichen Teil seiner inhaltlichen Tragweite ein, da diese Erlasse zahlreiche Marktzutrittsschranken aufstellten.⁴⁴⁴⁶ Diese beiden Gesichtspunkte relativieren das Gefährdungspotenzial dieses Verstosses ab 1. April 2004 massgeblich. Zu einem blossen Papiertiger ist das Konkurrenzverbot allerdings keineswegs verkommen – erst 2009 erkundigte sich ein Aktionärs-Unternehmen vor dem Erwerb von Abbaurechten nach der genauen Grenzziehung des KAGA-Gebiets und 2012 setzte KAGA das Konkurrenzverbot im Verhältnis zu Daepf zwar nicht vollumfänglich, aber nur unter Gewährung von Gegenleistungen durch.⁴⁴⁴⁷

2352. Bei der Sanktionsbemessung für ein kartellrechtswidriges Konkurrenzverbot hat die WEKO unlängst die Wahrscheinlichkeit mit einbezogen, dass ein verpflichtetes Unternehmen ohne Konkurrenzverbot in den entsprechenden Markt eingetreten wäre, und hierfür unterschiedliche Kategorien gebildet.⁴⁴⁴⁸ Eine Kategorisierung ist auch vorliegend angebracht:

- **Kategorie A:** Die erste Kategorie umfasst Unternehmen, die durch das Konkurrenzverbot ausschliesslich begünstigt, nicht aber verpflichtet wurden, also KAGA. Sie profitierte davon, dass die Aktionärs-Unternehmen keine Abbaurechte im KAGA-Gebiet erwerben durften und sie vor deren Konkurrenz geschützt wurde. Bei ihr kommt entsprechend die gewinnabschöpfende Komponente der Sanktion zum Tragen.
- **Kategorie B:** Die zweite Kategorie umfasst die Aktionärs-Unternehmen, die als aktuelle Konkurrentinnen einzustufen sind.⁴⁴⁴⁹ Eine weitere Differenzierung in-

nerhalb dieser Kategorie ist nicht angebracht. Zwar sind diese Aktionärs-Unternehmen durchaus unterschiedlich aufgestellt und auch unterschiedlich gross. Dennoch ist die Eintretenswahrscheinlichkeit aufgrund weiterer Gesichtspunkte, die hineinspielen (wie etwa die derzeitigen Standorte) letztlich in etwa vergleichbar. Zu dieser Kategorie gehören demnach Aluvia, Daepf, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe und Vigier.

- **Kategorie C:** Die dritte Kategorie umfasst die Aktionärs-Unternehmen, die als potenzielle Konkurrentinnen einzustufen sind, also Heimberg.⁴⁴⁵⁰

2353. Bei der Bemessung der Pauschalsanktionen ist es angezeigt, sich an den erst kürzlich von der WEKO bei einem Konkurrenzverbot festgesetzten Sanktionsbeträgen zu orientieren.⁴⁴⁵¹ Im Vergleich zu jenem Fall ist das Gefährdungspotenzial des vorliegenden Konkurrenzverbots allerdings als bedeutend grösser einzustufen, was für entsprechend höhere Pauschalsanktionen spricht. Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass das Marktvolumen, das dort bei der Sanktionsbemessung mitberücksichtigt wurde, rund zweieinhalb Mal grösser ist als das hier zu berücksichtigende Marktvolumen.⁴⁴⁵² Die Pauschalsanktionen werden wie folgt festgesetzt:

- Kategorie A: CHF 150'000.–
- Kategorie B: CHF 100'000.–
- Kategorie C: CHF 50'000.–

E.2.3.4.2 Zuschlag für die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG)

2354. Das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet besteht seit Anbeginn von KAGA. Das Inkrafttreten von Art. 49a KG am 1. April 2004 ist jedoch der frühestmögliche Zeitpunkt, der bei der Dauer des Verstosses berücksichtigt werden kann. Der Verstoss hält bis heute an. Zur Bemessung des Dauerzuschlags wird auf die Dauer bis zum Versand des Antrags im Juni 2023 abgestellt, womit der Verstoss seit 19 Jahren besteht. Die Sanktion kann wegen der Dauer des Verstosses demnach um maximal 190 % erhöht werden. Die WEKO behält sich vor, im Falle der weiteren Fortsetzung dieses Verstosses im Rahmen einer neuen, nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zu eröffnenden Untersuchung eine Sanktion für die Fortführung des Konkurrenzverbots auszusprechen.

⁴⁴⁴⁰ Act. IV.18, Beilage 14.

⁴⁴⁴¹ Rz 1721.

⁴⁴⁴² Zusammenfassend Rz 1749.

⁴⁴⁴³ Rz 1728.

⁴⁴⁴⁴ Rz 849 f.

⁴⁴⁴⁵ Für eine vergleichbare Überlegung siehe auch RPW 2019/2, 499 Rz 1056, *Engadin I*.

⁴⁴⁴⁶ Dazu Rz 330 ff.

⁴⁴⁴⁷ Rz 980, ausführlich zur Durchsetzung gegenüber Daepf Rz 595 ff.
⁴⁴⁴⁸ WEKO, 6.12.2021, Rz 833, *Belagswerke Bern* <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 13.6.2023).

⁴⁴⁴⁹ Rz 1705 f.

⁴⁴⁵⁰ Rz 1707.

⁴⁴⁵¹ WEKO, 6.12.2021, Rz 834, *Belagswerke Bern* <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 13.6.2023).

⁴⁴⁵² Rund CHF 14 Mio. (Rz 2350) im Vergleich zu rund CHF 34 Mio. (WEKO, 6.12.2021, Rz 832, *Belagswerke Bern* <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide [zuletzt besucht am 13.6.2023]).

2355. Vorliegend bestehen keine Gründe, die dafür sprechen würden, den Dauerzuschlag mit weniger als 10 % anzusetzen⁴⁴⁵³ oder nicht die gesamte Dauer des Verstosses gleichermassen zu berücksichtigen. Die Sanktion wird daher aufgrund der Dauer des Verstosses um 190 % erhöht. Daraus ergeben sich folgende Zwischensummen, bestehend aus Basisbetrag zuzüglich Dauerzuschlag:

- Kategorie A: CHF 435'000.–
- Kategorie B: CHF 290'000.–
- Kategorie C: CHF 145'000.–

E.2.3.4.3 Erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 f. SVKG)

Erschwerende Umstände

2356. Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG ist als erschwerender Umstand die führende oder anstiftende Rolle eines Unternehmens zu berücksichtigen. Wörtlich gleich (jeweils in allen drei Landessprachen) sind diese Umstände auch als Grund für den Verlust des vollständigen Sanktionserlasses in Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG vorgesehen. Dabei geht die WEKO in ihrer Praxis davon aus, dass die Voraussetzungen der anstiftenden und der führenden Rolle in den beiden Bestimmungen dieselben sind.⁴⁴⁵⁴ Bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG kann somit auch die Praxis zu Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG fruchtbar gemacht werden (und umgekehrt).⁴⁴⁵⁵

2357. Nicht festgestellt wurde, dass ein Unternehmen andere Unternehmen zu den unzulässigen Verhaltensweisen veranlasst und damit angestiftet hätte. In Betracht fällt aber, dass einem oder mehreren an den unzulässigen und sanktionierbaren Verhaltensweisen beteiligten Unternehmen eine führende Rolle zugekommen ist.⁴⁴⁵⁶

2358. Ob die Voraussetzungen einer führenden Rolle erfüllt sind, ist im Einzelfall und unter Würdigung der gesamten Umstände zu prüfen. Dabei ist einerseits – absolut betrachtet – zu prüfen, ob der Tatbeitrag gemessen an den nachfolgenden Kriterien ein gewisses Ausmass erreicht. Andererseits ist dieser Tatbeitrag relativ zu betrachten: In welchem Verhältnis stehen die Tatbeiträge eines Unternehmens zu den Tatbeiträgen der anderen an den unzulässigen Verhaltensweisen beteiligten Unternehmen. Inhaltlich geht es allgemein gesagt um diese Frage: Hat ein Unternehmen in besonderem Mass zur festgestellten Beschränkung des Wettbewerbs beigetragen? Die Praxis hat in nicht abschliessender Weise verschiedenste Kriterien entwickelt, um zum einen die konkreten Beiträge eines Unternehmens zur Vorbereitung, Organisation, Durchführung und Umsetzung eines Kartellrechtsverstosses zu beurteilen, und um zum anderen die Interessenlage der beteiligten Unternehmen zu würdigen. Da jede unzulässige Wettbewerbsabrede anders ist, gibt es keinen Schematismus in der Bewertung der Rolle, die ein Abredeteilnehmer unter den Abredeteilnehmern einnimmt, vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen.⁴⁴⁵⁷

2359. Genannt werden etwa folgende Indizien, die in einer Gesamtbetrachtung dazu führen können, dass die Beiträge eines Unternehmens zu einer unzulässigen

Wettbewerbsabrede als Ausdruck einer führenden Rolle zu qualifizieren sind:⁴⁴⁵⁸

- Organisation von Treffen, Einladungen zu Gesprächen oder Tagungen im Zusammenhang mit der Wettbewerbsbeschränkung durch dieses Unternehmen;
- Vorschläge für die konkrete Arbeitsweise des Kartells;
- Intellektueller Aufwand für die Organisation und Fundierung des Kartells;⁴⁴⁵⁹
- Koordination, indem ein Beteiligter z.B. das mit der konkreten Durchführung des Kartells betraute Sekretariat organisiert und mit Personal ausstattet;
- Korrespondenz (E-Mail- oder Briefverkehr), die durch dieses Unternehmen initiiert oder koordiniert wird, oder Erstellen sonstiger Dokumente;⁴⁴⁶⁰
- Steuerung des Informationsflusses innerhalb des Kartells;
- Vorreiterrolle des Unternehmens bei der Umsetzung der Wettbewerbsbeschränkung;
- Interessenlage des Unternehmens, d.h. die Wettbewerbsbeschränkung dient diesem Unternehmen in besonderem Mass.

2360. Bevor die einzelnen Beiträge der Unternehmen unter die Lupe genommen und bewertet werden, ist die Frage zu klären, *welche* Tatbeiträge überhaupt in diese Prüfung einfließen. An dieser Stelle geht es darum, eine Erhöhung der Sanktion zu prüfen, die aufgrund des Konkurrenzverbots zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet auszusprechen ist, das gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG verstösst. Evident ist, dass jeder Beitrag zu *dieser* Verhaltensweise in die Prüfung einzufließen hat. Grundsätzlich nicht zu beachten sind hingegen die Tatbeiträge zu anderen kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen, so etwa Tatbeiträge zu Verhaltensweisen, die

⁴⁴⁵³ Siehe dazu Rz 2291.

⁴⁴⁵⁴ Siehe z.B. RPW 2021/4, 849 Rz 95, *Pöschl Tabakprodukte*, wo bei der Prüfung von Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG auf die weiter hinten erfolgende Prüfung von Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG verwiesen wird, oder RPW 2018/4, 753 Rz 180, *Hoch- und Tiefbauleistung Engadin U*, wo bei der Prüfung von Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG auf die bereits erfolgte Prüfung von Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG verwiesen wird.

⁴⁴⁵⁵ Dies wird in der Praxis denn auch gemacht (siehe z.B. den Verweis bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG im Fall Hoch- und Tiefbauleistung Engadin U auf den Fall Saiteninstrumente, in welchem es um die Anwendung von Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG ging, in RPW 2018/4, 749 f. Rz 151 ff. und Fn 116, Hoch- und Tiefbauleistung Engadin U, oder den Verweis bei der Anwendung von Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG im Fall Concessionari Volkswagen auf den Fall Hoch- und Tiefbauleistung Engadin U in WEKO, 23.5.2022, Rz 659 und Fn 1180, *Concessionari Volkswagen*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 13.6.2023).

⁴⁴⁵⁶ RPW 2012/2, 413 Rz 1136, *Strassen- und Tiefbau Aargau*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 1220), Art. 49a N 79; zur Anstiftung siehe RPW 2018/4, 749 Rz 152, *Engadin U*.

⁴⁴⁵⁷ Siehe zum Ganzen: RPW 2018/4, 750 Rz 154 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U*.

⁴⁴⁵⁸ Siehe die Auflistung in BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 1220), Art. 49a N 78 m.w.H.

⁴⁴⁵⁹ Siehe z.B. RPW 2018/4, 750 Rz 156, *Engadin U*.

⁴⁴⁶⁰ Zu Letzterem siehe RPW 2021/4, 851 Rz 108, *Pöschl Tabakprodukte* oder RPW 2019/4, 1171 Rz 116, *Bucher Landtechnik*.

gestützt auf Art. 7 KG sanktioniert werden, oder Tatbeiträge zu anderen unzulässigen Wettbewerbsabreden (unabhängig davon, ob diese unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallen und damit selber sanktionierbar sind, oder ob sie unter Art. 5 Abs. 1 KG fallen und daher nicht sanktionierbar sind). Denn ein Tatbeitrag zur einen Verhaltensweise ist regelmässig nicht zugleich auch als ein Tatbeitrag zu einer anderen Verhaltensweise zu werten.

2361. Entscheidend sind jedoch immer die spezifischen Umstände des konkreten Falls. In der Regel mag es zwar sein, dass sich Tatbeiträge zur einen unzulässigen Verhaltensweise deutlich von Tatbeiträgen zu anderen unzulässigen Verhaltensweisen unterscheiden lassen und ein Tatbeitrag nicht gleichzeitig mehrere unzulässige Verhaltensweisen beschlägt – es muss sich aber nicht in jedem Einzelfall so verhalten. Eine solche Abweichung vom Üblichen liegt nun im vorliegenden Fall, zumindest teilweise, vor: Denn die hier beurteilte Verhaltensweise, die unter Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG fällt (sprich das Verbot zu Lasten der Aktionärinnen, in einem bestimmten Gebiet im Bereich Kiesabbau tätig zu werden), ordnet sich ein in die gesamthaft aufgestellten Abmachungen, welche Unternehmen sich in der KAGA wie organisieren sollen.⁴⁴⁶¹ Die Beteiligungen am Planen und Umsetzen der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA stellen daher unter anderem zugleich auch Beiträge zum hier behandelten Konkurrenzverbot dar, da das Konkurrenzverbot ein Teil des umfassenden Plans zur Reduktion des Wettbewerbsdrucks darstellt. Folglich sind Tatbeiträge zu den Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA beim Konkurrenzverbot mitzuberücksichtigen. Tatbeiträge, die spezifisch zu anderen unzulässigen Verhaltensweisen erfolgten (etwa gezielt zu den weiteren Tatkomplexen, die sanktioniert werden), sind demgegenüber nicht mit einzubeziehen, da sie nicht zugleich Tatbeiträge zum Konkurrenzverbot darstellen.

2362. Im Folgenden sind die Sachverhaltsfeststellungen in Bezug auf eine führende Rolle der einzelnen beteiligten Unternehmen zu beurteilen. Dabei werden zunächst die Rollen der Unternehmen Daepf, Heimberg, Vigier und Marti-Gruppe beleuchtet, bevor auf die Unternehmen Alluvia und Kästli-Gruppe eingegangen wird. Zum Verhalten der KAGA selbst ist vorab festzuhalten, dass für sie auf den ersten Blick aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellungen durchaus eine führende Rolle in Betracht fällt.⁴⁴⁶² Da aber das Verhalten der KAGA letztlich lediglich die Summe der Aktionärswünsche und damit die Summe der Tatbeiträge der übrigen an den sanktionierbaren Verhaltensweisen beteiligten Unternehmen darstellt, hebt sich ihr Verhalten nicht vom Verhalten der übrigen Abredeteilnehmer ab. Dasselbe gilt für die Interessenlage der KAGA: Sie wurde gezielt als Dienerin der Aktionärsinteressen konstruiert. Insofern können sich die Interessen der KAGA an den unzulässigen Verhaltensweisen nicht von den Interessen der Aktionärinnen abheben. KAGA kommt im vorliegenden Fall keine führende Rolle zu.

Daepf

2363. Daepf hat die KAGA im Jahr 1970 mitgegründet und stellt seit Anfang ein einfaches VR-Mitglied.⁴⁴⁶³ Die VR-Protokolle ab 2004 zeigen, dass der Vertreter von

Daepf an den VR-Sitzungen (an denen die Verwaltungsräte einerseits gemeinsam das Verhalten der KAGA steuerten, aber andererseits auch das Verhalten von ihnen als Aktionärinnen thematisierten)⁴⁴⁶⁴ meist teilnahm.⁴⁴⁶⁵ Dem VRA, der bis 2003 bestand, gehörte Daepf zwischenzeitlich an, seit spätestens 1995 aber nicht mehr.⁴⁴⁶⁶ Der FIKO, welche den VRA ablöste, gehörte Daepf nie an.⁴⁴⁶⁷ Weder in Bezug auf die Ausgestaltung der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA (Vorbereitung, Organisation, Durchführung und Umsetzung) noch in Bezug auf das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen hat sich Daepf besonders hervorgetan. Im Gegenteil: Als Daepf im Jahr 2012 ihre Abbaustelle erweitern wollte, musste sie sich dies von KAGA und den übrigen Aktionärinnen absegnen lassen und den Betrieb der sich aus dem Abbau ergebenden Deponie der KAGA überlassen.⁴⁴⁶⁸ Damit ist auch gesagt, dass das Konkurrenzverbot zwar einerseits im Interesse von Daepf liegt, weil es dazu dient, zusätzlichen Wettbewerb durch neue Abbaustellen von anderen Aktionärinnen zu verhindern. Andererseits ist Daepf (seit der Schliessung der Abbaustelle von Heimberg)⁴⁴⁶⁹ die einzige Aktionärin, die unmittelbar an das KAGA-Gebiet angrenzend eine Abbaustelle betreibt und somit sogar auf die Erweiterung ihrer eigenen bestehenden Abbaustelle verzichten muss, wenn sie nicht gegen das Konkurrenzverbot verstossen will.

Heimberg

2364. Heimberg hat die KAGA im Jahr 1970 mitgegründet und stellt seit Anfang ein einfaches VR-Mitglied.⁴⁴⁷⁰ Die VR-Protokolle ab 2004 zeigen, dass der Vertreter von Heimberg an den VR-Sitzungen meist teilnahm.⁴⁴⁷¹ Dem VRA, der bis 2003 bestand, gehörte Heimberg ab 1998 an.⁴⁴⁷² Der FIKO, welche den VRA ablöste, gehörte Heimberg nie an.⁴⁴⁷³ Weder in Bezug auf die Ausgestaltung der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA noch in Bezug auf das Konkurrenzverbot zu Lasten der

⁴⁴⁶¹ Siehe oben Gegenstand C.1 «Verbot zu Lasten der Aktionärinnen, im KAGA-Gebiet weitere Abbaurechte zu erwerben und über die bisher von den Aktionärinnen betriebenen Gebiete hinaus Kies abzubauen» (Rz 914 ff.), der sich einbettet in den Gegenstand C «Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch die Aktionärinnen» (Rz 910 ff.), der wiederum einer von drei Gegenständen des Kerngegenstandes darstellt (siehe Zusammenfassendes Beweisergebnis zu den Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA, Rz 936 ff.).

⁴⁴⁶² Zu den marktbeherrschenden Stellungen der KAGA siehe Rz 1801 und Rz 1825; zur Zuordnung einer führenden Rolle an ein marktbeherrschendes Unternehmen siehe BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 1220), Art. 49a N 137.

⁴⁴⁶³ Rz 512 ff. und Rz 543 inkl. Liste der VR-Mitglieder seit 1970.

⁴⁴⁶⁴ Siehe z.B. die Besprechungen im Rahmen der versuchten Änderungen des KAGA-Vertrags, Rz 607 ff. und Rz 614 ff.

⁴⁴⁶⁵ Der Vertreter von Daepf liess sich an sechs von rund 60 VR-Sitzungen entschuldigen (siehe VR-Protokolle der KAGA Nr. 169 bis 227 in Act. II.B.X.258 und Act. IV.13).

⁴⁴⁶⁶ Rz 554.

⁴⁴⁶⁷ Rz 560.

⁴⁴⁶⁸ Rz 595 und Rz 916.

⁴⁴⁶⁹ Rz 886.

⁴⁴⁷⁰ Rz 512 ff. und Rz 543 inkl. Liste der VR-Mitglieder seit 1970.

⁴⁴⁷¹ Der Vertreter von Heimberg liess sich an einer von rund 60 VR-Sitzungen entschuldigen (siehe VR-Protokolle der KAGA Nr. 169 bis 227 in Act. II.B.X.258 und Act. IV.13).

⁴⁴⁷² Rz 554.

⁴⁴⁷³ Rz 560.

Aktionärinnen hat sich Heimberg besonders hervorgetan. Zur Interessenlage von Heimberg lässt sich Folgendes festhalten: Heimberg betreibt unmittelbar an das KAGA-Gebiet angrenzend ein Kieswerk (die Abbaustelle hat vor mehreren Jahrzehnten aufgrund des Grundwasserschutzes aufgeben müssen).⁴⁴⁷⁴ Vom Konkurrenzverbot profitiert die Heimberg insofern, als die Gefahr von neuem Wettbewerb durch die Eröffnung einer neuen Abbaustelle verkleinert wird. Allerdings verunmöglicht ihr die Respektierung des Konkurrenzverbots auch, in nächster Umgebung ihres Kieswerkes nach Möglichkeiten einer neuen Abbaustelle Ausschau zu halten.

Vigier

2365. Vigier ist durch Kiestag seit 1977 Aktionärin der KAGA und stellt seit dieser Zeit ein einfaches VR-Mitglied.⁴⁴⁷⁵ Die VR-Protokolle ab 2004 zeigen, dass der Vertreter von Vigier an den VR-Sitzungen meist teilnahm.⁴⁴⁷⁶ Weder dem VRA, der bis 2003 bestand, noch der FIKO, welche die VRA ablöste, gehörte Vigier je an.⁴⁴⁷⁷ Weder in Bezug auf die Ausgestaltung der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA noch in Bezug auf das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen hat sich Vigier besonders hervorgetan. Vigier betreibt südlich des KAGA-Gebiets eigene Abbau- und Deponiestellen.⁴⁴⁷⁸ Im Jahr 2009 brachte Vigier ihre Bereitschaft zum Ausdruck, sich ans Konkurrenzverbot zu halten.⁴⁴⁷⁹ Zur Interessenlage von Vigier lässt sich Folgendes festhalten: Sie profitiert insofern vom Konkurrenzverbot, als es die Gefahr von neuem Wettbewerb durch die Aktionärinnen aus dem KAGA-Gebiet mindert.

Marti-Gruppe

2366. Marti-Gruppe hat die KAGA im Jahr 1970 mitgegründet und stellt seit Anfang ein einfaches VR-Mitglied, mit Ausnahme der Zeit von Sommer 2005 bis Sommer 2007.⁴⁴⁸⁰ Die VR-Protokolle ab 2004 zeigen, dass der Vertreter der Marti-Gruppe an den VR-Sitzungen meist teilnahm.⁴⁴⁸¹ Weder dem VRA, der bis 2003 bestand, noch der FIKO, welche die VRA ablöste, gehörte die Marti-Gruppe je an.⁴⁴⁸² Weder in Bezug auf die Ausgestaltung der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA noch in Bezug auf das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen hat sich die Marti-Gruppe besonders hervorgetan. Zwar hat sich der Vertreter der Marti-Gruppe zum Teil an der Bereinigung gewisser Dokumente beteiligt, so am Entwurf eines neuen Aktionärbindungsvertrags im Jahr 2010.⁴⁴⁸³ Zudem hat die Marti-Gruppe durch ihre Weigerung, einen neuen Aktionärbindungsvertrag zu unterzeichnen, dafür gesorgt, dass aus Sicht aller Aktionärinnen kein neuer derartiger Vertrag zustandekommen konnte.⁴⁴⁸⁴ Diese Beiträge sind aber nicht in einem Mass gestalterisch, das es – in einer absoluten Perspektive – erlauben würde, sie als wesentlichen Beitrag zur Vorbereitung, Organisation, Durchführung oder Umsetzung einer unzulässigen Wettbewerbsabrede zu werten. Zur Interessenlage der Marti-Gruppe lässt sich Folgendes festhalten: Die Marti-Gruppe betreibt weder im KAGA-Gebiet selbst noch im nahe daran angrenzenden Gebiet eigene Abbaustellen. Das Konkurrenzverbot erscheint für sie eher als Last denn als Vorteil.

Zwischenfazit zu Daepf, Heimberg, Vigier und Marti-Gruppe

2367. Die Steuerungsmöglichkeiten der vier genannten Unternehmen in den Gremien der KAGA sind vergleichbar: Sie waren einfache VR-Mitglieder und nicht in der FIKO vertreten. Sie beteiligten sich nicht in besonderem Mass an der Vorbereitung, Organisation, Durchführung oder Umsetzung der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA oder jener über das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen. Zwar hat Vigier im Vergleich zu den anderen ein erhöhtes Interesse am Konkurrenzverbot. Dennoch erscheint die Rolle der vier genannten Unternehmen unter Berücksichtigung der gesamten Umstände als vergleichbar. Keinem kommt eine führende Rolle zu. Zu prüfen bleibt, ob sich die Rollen von Alluvia und/oder von der Kästli-Gruppe im Vergleich zu den Rollen dieser vier Unternehmen derart abheben, dass einem von ihnen oder beiden eine führende Rolle zugekommen ist.

Alluvia

2368. Alluvia vereint seit 2006 die beiden KAGA-Aktionärinnen Hofstetter und Messerli unter ihrem Dach, sodass diese beiden Aktionärinnen zum selben Unternehmen gehören.⁴⁴⁸⁵ Da die Rolle, die ein Abredeteilnehmer eingenommen hat, mit Blick auf das zu sanktionierende Unternehmen zu bewerten ist, sind vorliegend die Indizien für eine führende Rolle für Hofstetter und Messerli gemeinsam zu würdigen.

2369. Hofstetter und Messerli haben KAGA im Jahr 1970 mitgegründet und entsenden seither je ein VR-Mitglied als Vertreter in den VR der KAGA, wobei einer dieser Vertreter stets Vize-Präsident war.⁴⁴⁸⁶ Die VR-Protokolle ab 2004 zeigen, dass diese beiden Vertreter an den VR-Sitzungen meist teilnahmen.⁴⁴⁸⁷ Alluvia verfügt somit über eine doppelt so grosse Stimmkraft im VR von KAGA als die übrigen Aktionärinnen. Dem VRA, der bis 2003 bestand, gehörte stets entweder Hofstetter oder Messerli an.⁴⁴⁸⁸ Der FIKO, welche den VRA ablöste

⁴⁴⁷⁴ Rz 886.

⁴⁴⁷⁵ Rz 86, Rz 512 ff. und Rz 543 inkl. Liste der VR-Mitglieder seit 1970.

⁴⁴⁷⁶ Der Vertreter von Vigier liess sich an vier von rund 60 VR-Sitzungen entschuldigen (siehe VR-Protokolle der KAGA Nr. 169 bis 227 in Act. II.B.X.258 und Act. IV.13).

⁴⁴⁷⁷ Rz 554 und Rz 560.

⁴⁴⁷⁸ Verbunden mit dem Kauf der KAGA-Aktien im Jahr 1977 unterzeichnete Kiestag den KAGA-Vertrag, dessen exklusives KAGA-Gebiet derart geändert wurde, dass die bestehenden Abbaustellen von Kiestag nicht mehr darin lagen (Rz 590 ff.).

⁴⁴⁷⁹ Rz 780.

⁴⁴⁸⁰ Rz 512 ff. und Rz 543 inkl. Liste der VR-Mitglieder seit 1970.

⁴⁴⁸¹ Der Vertreter von Marti-Gruppe liess sich an vier VR-Sitzungen entschuldigen (siehe VR-Protokolle der KAGA Nr. 169 bis 227 in Act. II.B.X.258 und Act. IV.13).

⁴⁴⁸² Rz 554 und Rz 560.

⁴⁴⁸³ Rz 612.

⁴⁴⁸⁴ Rz 612 und Rz 618.

⁴⁴⁸⁵ Rz 1291 ff., Rz 67.

⁴⁴⁸⁶ Rz 512 ff. und Rz 543 f. inkl. Liste der VR-Mitglieder seit 1970.

⁴⁴⁸⁷ Der Vertreter von Hofstetter liess sich an zwei von rund 60 VR-Sitzungen entschuldigen, der Vertreter von Messerli (Vizepräsident des VR der KAGA) liess sich an elf von rund 60 VR-Sitzungen entschuldigen (siehe VR-Protokolle der KAGA Nr. 169 bis 227 in Act. II.B.X.258 und Act. IV.13).

⁴⁴⁸⁸ Rz 554 f.

und die bis 2016 bestand, gehörte während der gesamten Zeit der Vertreter von Hofstetter als Vorsitzender an.⁴⁴⁸⁹ Die Informations- und Gestaltungsmöglichkeiten der Alluvia durch den Einsitz in diesen Gremien heben sich somit von den Möglichkeiten der vier oben genannten Unternehmen ab. So ermöglichte namentlich der Einsitz in der FIKO die frühzeitige Einflussnahme auf das Budget und auf buchhalterische Themen, da diese in der FIKO vorbesprochen wurden.⁴⁴⁹⁰ Zudem verschuf der Einsitz in der FIKO der Alluvia Zugang zu zusätzlichen Informationen wie namentlich die Bezugsmengen aller KAGA-Kunden.⁴⁴⁹¹ Im Übrigen übernahm die Alluvia für die KAGA weite Teile der Buchhaltung inklusive Inkasso, was ihr weitere Informationsmöglichkeiten gab.⁴⁴⁹² Punktuell äusserte sich der Vertreter in der FIKO auch zu Themen, die im Zusammenhang mit wettbewerbsbehindernden Verhaltensweisen gemäss KAGA-Strategie stehen. So stellte der Alluvia-Vertreter in der FIKO etwa Fragen zum Wettbewerbsverhalten von [U04] im Raume Bern oder zu KAGA-Umsätzen zulasten der Aktionärinnen.⁴⁴⁹³ Weiter hat ein Vertreter von Alluvia verschiedentlich Dokumente erstellt, die im Zusammenhang mit Wettbewerbsbehinderungen stehen, namentlich Entwürfe für Anpassungen des KAGA-Vertrags.⁴⁴⁹⁴ Dabei handelte es sich allerdings um die Umsetzung bereits etablierter Einigungen über die Art und Weise der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA. Im Übrigen arbeitete auch die Kästli-Gruppe an der Erstellung der Dokumente mit.⁴⁴⁹⁵

2370. Gestalterisch trat Alluvia soweit ersichtlich als Auslöserin des Transportkostenausgleichs auf, geht dieser doch auf ihre Initiative zurück.⁴⁴⁹⁶ Allerdings handelt es sich hierbei um Tatbeiträge zu einer spezifischen Verhaltensweise, die nicht zugleich als Tatbeiträge zum Konkurrenzverbot zu werten sind, sodass die Rolle, die Alluvia bei der Einführung und Ausgestaltung dieser Verhaltensweise gespielt hat, nicht bei der Sanktionsbemessung des Konkurrenzverbots zu berücksichtigen ist. Zudem handelt es sich bei der Massnahme des Transportkostenausgleichs «lediglich» um eine Umgehung der Vorzugskonditionen innerhalb des Aktionariats: Die Vorzugskonditionen werden quasi im Aktionärinnenverhältnis zu Gunsten der weiter von der KAGA weg gelegenen Aktionärskieswerken bzw. zu Lasten der nahe bei der KAGA gelegenen Aktionärskieswerke verschoben. Im Übrigen hat von der konkreten Ausgestaltung des Transportkostenausgleichs nicht etwa Alluvia am Meisten profitiert, die sich – zumindest in den ersten Jahren – an der Idee der Schaffung von zusätzlichem Deponievolumen orientiert hat, indem sie die KAGA bei der Abholung von Kies regelmässig unbeladen ansteuerte.⁴⁴⁹⁷ Dies im Gegensatz zur Kästli-Gruppe, die als eigentliche Profiteurin des Transportkostenausgleichs betrachtet werden kann: Durch den vergünstigten Kiestransport konnte sie nicht nur ihre eigenen Ressourcen schonen, sondern zugleich von indirekt vergünstigten Deponie(transport)preisen profitieren, da sie die KAGA entgegen dem angenommenen Verhältnis von Leer- und Retourfahrten weitaus häufiger deponiebeladen anfuhr, wenn sie Kies abholte (womit sie im Übrigen auch keinen Beitrag zur Schaffung von zusätzlichem Deponievolumen leistete).⁴⁴⁹⁸ Insgesamt hat die Tatsache, dass Alluvia die Initiatorin des Transportkostenausgleichs im

Jahr 2001 war, somit nicht in die Bewertung ihrer Rolle im hier vorliegenden Kontext einzufließen.

2371. Zur Interessenlage von Alluvia lässt sich Folgendes festhalten: Alluvia betreibt keine Abbau- oder Deponiestellen im näheren Umfeld des KAGA-Gebiets. Sie ist somit nicht in der Erweiterung von bestehenden Abbau- und Deponiestellen behindert, wohl aber in der Eröffnung neuer Abbaustellen im KAGA-Gebiet. Die Abbau- und Deponiestellen der Alluvia befinden sich nördlich des KAGA-Gebiets und – im Verhältnis zu den übrigen KAGA-Aktionärinnen, die vom Transportkostenausgleich profitierten – am weitesten von jenen der KAGA entfernt. Insofern profitiert sie zwar sicherlich vom Schutz, der von Süden her durch das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen entsteht. Allerdings dürfte der Schutz vor allem indirekter Art sein: Zwischen den Abbau- und Deponiestellen von Alluvia und KAGA befindet sich jene der Kästli-Gruppe in Rubigen, welche somit vom Schutz von Süden her (namentlich für das Einzugsgebiet der Stadt Bern) deutlich mehr profitiert als Alluvia. Weniger Druck für die Kästli-Gruppe bedeutet aber tendenziell auch, dass die Kästli-Gruppe weniger Druck an die Alluvia weitergibt.

2372. Zusammenfassend ist – in absoluter Hinsicht – festzuhalten, dass einige Indizien für eine führende Rolle vorliegen und die Tatbeiträge von Alluvia ein bestimmtes Ausmass annehmen.⁴⁴⁹⁹ Wie dieses im Verhältnis zu den anderen Abredebeteiligten zu bewerten ist, wird weiter unten geprüft.

Kästli-Gruppe

2373. Die Kästli-Gruppe hat die KAGA im Jahr 1970 mitgegründet und stellt seit Anfang den Präsidenten des Verwaltungsrates.⁴⁵⁰⁰ Dem VRP der KAGA kommt zugleich die Rolle des Delegierten des Verwaltungsrates zu.⁴⁵⁰¹ Die VR-Protokolle ab 2004 zeigen, dass der Vertreter der Kästli-Gruppe an den VR-Sitzungen meist

⁴⁴⁸⁹ Rz 560.

⁴⁴⁹⁰ Rz 562.

⁴⁴⁹¹ Rz 564.

⁴⁴⁹² Siehe z.B. Leistungsvertrag vom 17.9.2004 (Anhang zu FIKO-Protokoll vom 24.3.2005, Act. II.B.X.463) und FIKO-Protokoll vom 7.11.2016, T. 5.1, Act. IV.6.

⁴⁴⁹³ Rz 783 und Rz 785.

⁴⁴⁹⁴ Rz 599 und Rz 610; siehe auch dessen Beteiligung sowie diejenige des Vertreters der Kästli-Gruppe am Entwurf im Rahmen des zweiten Änderungsversuchs, Fn 1183.

⁴⁴⁹⁵ Rz 611.

⁴⁴⁹⁶ Angestossen wurde der TA 2001 (also noch vor dem Zusammenschluss von Hofstetter und Messerli unter dem Dach von Alluvia) vom damaligen Vertreter von Hofstetter, Rz 1097.

⁴⁴⁹⁷ Dies zeigt sich in der Tabelle in Rz 1024: bis 2011 lieferten weder Hofstetter noch Messerli mehr Material an, sodass sie in diesem Sinn zur Idee der Schaffung von Deponievolumen beitrugen.

⁴⁴⁹⁸ Dies zeigt sich in der Tabelle in Rz 1024: von 2006 bis 2011 lieferte die Kästli-Gruppe mehr Deponiematerial an als sie abholte, zum Teil über das doppelte Volumen.

⁴⁴⁹⁹ Der Vollständigkeit halber sei hier auf die Ausführungen einer einvernommenen Person hingewiesen, die mit dieser Einschätzung in Einklang stehen (vgl. EV von [...] vom 29.1.2015, Rz 91–105, Act. III.12).

⁴⁵⁰⁰ Rz 512 ff. und Rz 543 inkl. Liste der VR-Mitglieder seit 1970.

⁴⁵⁰¹ Siehe Organisationsreglement der KAGA vom 26.6.2003, Ziff. II.1, Act. II.G.X.29; im Organisationsreglement vom 31.8.2016 (Act. IV.6) findet sich diese Delegation allerdings nicht mehr.

teilnahm.⁴⁵⁰² Sowohl dem VRA, der bis 2003 bestand, als auch der FIKO gehörte der Vertreter der Kästli-Gruppe stets an.⁴⁵⁰³ Die Einflussmöglichkeiten auf das Verhalten der KAGA sind aufgrund dieser Konstellation noch grösser als jene von Alluvia. Der Vertreter der Kästli-Gruppe war denn auch massgeblich ins Tagesgeschäft der KAGA involviert. Dies zeigt sich beispielsweise bei den Verhandlungen und Gesprächen, die der Vertreter der Kästli-Gruppe im Namen der KAGA mit Grundeigentümern führte, um die Beschaffung von Abbaurechten durch die KAGA durchzuführen.⁴⁵⁰⁴

2374. Der Vertreter der Kästli-Gruppe beschäftigte sich aber auch mit über das Tagesgeschäft hinausgehenden Themen von strategischer Bedeutung. So prüfte er, ob die Marti-Gruppe nicht aus dem Aktionariat austreten möchte,⁴⁵⁰⁵ er führte Besprechungen mit den Eigentümern von [U01] über deren Verkauf an KAGA durch,⁴⁵⁰⁶ informierte sich gar beim Treuhänder [...] der Eigentümer,⁴⁵⁰⁷ und er suchte im Namen der KAGA den Eigentümer von [U04] auf, um diesen zum Rückzug seines Angebots für den Kauf von [U01] zu bewegen.⁴⁵⁰⁸

2375. Diese Ausführungen zeigen allerdings lediglich die starke und tiefe Eingebundenheit des Vertreters der Kästli-Gruppe in diverse Aspekte des täglichen und nicht-alltäglichen Geschäfts der KAGA und den Willen, die KAGA aktiv mitzugestalten. Viel wichtiger ist vorliegend aber, inwieweit sich der Vertreter der Kästli-Gruppe um die konkreten Belange des Konkurrenzverbots oder um die allgemeinen Belange der Abmachungen über die Zusammenarbeit der Aktionärinnen im Rahmen der KAGA, in die das Konkurrenzverbot eingebettet ist, gekümmert hat.

2376. Zum Konkurrenzverbot zeigt sich einerseits, dass der Vertreter der Kästli-Gruppe die Initiative ergriff, um im Jahr 2008 einen neuen KAGA-Vertrag auszuarbeiten, in welchem nota bene das Konkurrenzverbot weiter enthalten sein sollte.⁴⁵⁰⁹ In diesem Zusammenhang hatte er sich übrigens auch mit der langfristigen Struktur der KAGA auseinandergesetzt und sich Gedanken dazu gemacht, wie die Beteiligungsverhältnisse innerhalb des bestehenden Aktionariats langfristig gesichert werden könnten.⁴⁵¹⁰

«[...] hat die Überarbeitung des Aktionärsbindungsvertrags angestossen mit dem Ziel, die Eckdaten des Gründungsvertrages auch unter neuen Voraussetzungen Geltung zu verschaffen. Insbesondere soll keiner der Aktionäre eine Mehrheit erlangen können (auch nicht durch Fusionen o.ä.); das Gleichgewicht unter den Aktionären soll gewahrt bleiben».

2377. Hervorzuheben ist weiter, dass sich der Vertreter der Kästli-Gruppe für die Durchsetzung des Konkurrenzverbots gegenüber der Aktionärin Daepf engagierte. Er war an zwei von drei Besprechungen mit Daepf zu dieser Thematik persönlich dabei, rapportierte im VR über die Verhandlungen mit Daepf und innerhalb des Unternehmens Kästli-Gruppe informierte er im Verwaltungsrat wie folgt:⁴⁵¹¹

«Die Regelung bzgl. Geschäftstätigkeit der Aktionäre im Einzugsgebiet der KAGA soll durchge-setzt werden gegenüber Daepf».

2378. An der Rolle der Kästli-Gruppe fällt schliesslich ihr intellektueller Beitrag zu den allgemeinen Belangen der Abmachungen über die Zusammenarbeit der Aktionärin-

nen im Rahmen der KAGA auf. Die Kästli-Gruppe stellt seit über 50 Jahren den Verwaltungsratspräsidenten der KAGA (es waren bisher lediglich zwei Personen). Diese haben seit Anbeginn⁴⁵¹² Grundlagenpapiere und Niederschriften von eingehenden Überlegungen zum Ziel und zur Ausgestaltung der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA erstellt. An dieser Rolle hat sich weder nach der Übernahme des Präsidiums des aktuellen Amtsinhabers im Jahr 1997⁴⁵¹³ noch nach Inkrafttreten der Sanktionsbestimmung von Art. 49a KG im April 2004 etwas geändert. 2005 hielt der Verwaltungsratspräsident die «Unternehmensphilosophie» der KAGA erneut fest.⁴⁵¹⁴

2379. Schliesslich sei auf die Interessenlage der Kästli-Gruppe verwiesen: Die Kästli-Gruppe betreibt unmittelbar an das KAGA-Gebiet angrenzend keine eigenen Abbau- und Deponiestellen. Insofern ist sie bei der Erweiterung ihrer eigenen Abbaustellen durch das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen nicht beschränkt, wohl aber in der Eröffnung neuer Abbaustellen im KAGA-Gebiet. Aus geografischer Sicht der Stadt Bern aus betrachtet befinden sich in süd-östlicher Richtung (also das Aaretal hinauf) zunächst die Abbau- und Deponiestelle der Kästli-Gruppe (in Rubigen) und weiter südlich die Abbau- und Deponiestellen von KAGA. Das Konkurrenzverbot verhindert somit, dass aus südlicher Richtung zusätzlicher Wettbewerbsdruck (zum bestehenden durch [U01] und Daepf, die allerdings beide deutlich weiter weg von der Stadt Bern gelegen sind als die Kästli-Gruppe) durch eine Aktionärin auf das Einzugsgebiet der Stadt Bern entsteht.⁴⁵¹⁵ Insofern kann die Kästli-Gruppe durch den Schutz, den sie auf das wichtige Einzugsgebiet der Stadt Bern erhält, als die Hauptprofiteurin des Konkurrenzverbotes betrachtet werden, mehr noch als Alluvia.⁴⁵¹⁶

Fazit zur Rolle von Kästli-Gruppe und Alluvia

2380. Nachdem die Hinweise auf eine führende Rolle der Kästli-Gruppe und der Alluvia separat geprüft wurden, sind diese in Relation zu den Rollen der übrigen Abredeteiligen zu setzen. Dabei ist für die Kästli-Gruppe festzuhalten, dass sich ihre Position innerhalb der KAGA aufgrund ihrer Ämter, namentlich des VR-Präsidiums, und der Eingebundenheit ins Geschäft der

⁴⁵⁰² Der Vertreter der Kästli-Gruppe liess sich an einer von rund 60 VR-Sitzungen entschuldigen (siehe VR-Protokolle der KAGA Nr. 169 bis 227 in Act. II.B.X.258 und Act. IV.13).

⁴⁵⁰³ Rz 554 und Rz 560.

⁴⁵⁰⁴ Siehe Beispiele in Fn 1639.

⁴⁵⁰⁵ Rz 720.

⁴⁵⁰⁶ Siehe z.B. FIKO-Protokoll vom 13.11.2012, T. 9.1, Act. II.B.X.463.

⁴⁵⁰⁷ FIKO-Protokoll vom 17.3.2008, T. 7, Act. II.B.X.463.

⁴⁵⁰⁸ Rz 773–781, 863 und 894.

⁴⁵⁰⁹ Siehe Entwurf vom 24.2.2010, Ziff. 1 Grundsätze, Rz 611.

⁴⁵¹⁰ Rz 608.

⁴⁵¹¹ Rz 597.

⁴⁵¹² Rz 720 ff.

⁴⁵¹³ Rz 544; verwiesen sei auf das wohl vom aktuellen Verwaltungsratspräsidenten stammende Dokument «Philosophie» vom 14.8.2001 (Rz 760), in welchem u.a. der Gedanke des Leben und Leben lassens zum Ausdruck gebracht wird (siehe dazu Rz 932).

⁴⁵¹⁴ Rz 770; das Dokument deckt sich mit dem Dokument aus dem Jahr 2001 (siehe vorangehende Fn) und enthält somit auch den Hinweis auf den Grundsatz 'Leben und Leben lassen' oder die Fokussierung der KAGA auf die Bedürfnisse der Aktionärinnen.

⁴⁵¹⁵ Rz 765.

⁴⁵¹⁶ Rz 2371.

KAGA deutlich abhebt von den Positionen, die den vier oben genannten Unternehmen Daep, Heimberg, Vigier und Marti-Gruppe zukommen. Hinzu kommen die Beiträge der Kästli-Gruppe in strategischer Hinsicht. Dies zeigt sich an der Ausarbeitung von Grundlagen, aber insbesondere auch daran, dass sich die Kästli-Gruppe vertieft Gedanken dazu machte, wie die Beteiligungsverhältnisse unter Beibehalt des Konkurrenzverbotes langfristig gesichert werden können. Zudem nahm sie eine wichtige Rolle ein in der Durchsetzung des Konkurrenzverbotes gegen Daep. Schliesslich hebt sich auch die Interessenlage der Kästli-Gruppe deutlich von jener der vier genannten Unternehmen ab. Es ergibt sich, dass die Kästli-Gruppe im Verhältnis zu den vier genannten Unternehmen eine führende Rolle zukommt.⁴⁵¹⁷

2381. Weniger eindeutig fällt die Einschätzung zur Rolle von Alluvia aus. Sie steht letztlich irgendwo zwischen der Kästli-Gruppe und den übrigen vier Unternehmen. Auch sie hat aufgrund ihrer Ämter, namentlich des Vize-Präsidiums, eine stärkere Machtposition innerhalb der KAGA. Zudem hat auch der Vertreter im Range des Vize-Präsidenten an der Ausarbeitung von Dokumenten wie Entwürfen zu neuen Aktionärsbindungsverträgen mitgearbeitet. Dass er dabei aber eine gestalterische Rolle übernahm, ist nicht ersichtlich. Zudem fällt auf, dass der Vize-Präsident der KAGA zwar durchaus an den meisten VR-Sitzungen seit 2004 teilnahm, sich aber dennoch an elf von rund 60 VR-Sitzungen entschuldigen liess. Auch erscheint das Interesse der Alluvia am Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen deutlich weniger ausgeprägt als jenes der Kästli-Gruppe. Insgesamt erscheint die Kästli-Gruppe als die eigentliche führende Kraft in der KAGA, die Rolle von Alluvia fällt ihr gegenüber deutlich weniger einflussreich aus. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände ist Alluvia deshalb im Gegensatz zur Kästli-Gruppe keine führende Rolle zuzuschreiben.

Ausmass der Erhöhung

2382. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO in diversen Fällen eine führende Rolle gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG bejaht.⁴⁵¹⁸ In Anwendung von Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG hat sie dies bisher nie getan. Da die Folge der Anwendung von Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG nicht darin besteht, die Sanktion zu erhöhen, sondern darin, dass eine Selbstanzeigerin dem vollständigen Erlass der Sanktion verlustig geht, liegt keine Praxis zum Mass der Erhöhung vor, falls ein Unternehmen eine führende Rolle einnimmt.

2383. Die Bemessung der Erhöhung aufgrund einer führenden Rolle ist wie die Bemessung der gesamten Sanktion eine Frage des Ermessens.⁴⁵¹⁹ Dabei soll das Ausmass der Erhöhung in ein angemessenes Verhältnis zum Ausmass des Vorliegens einer führenden Rolle gesetzt werden. Es verbietet sich, starre Regeln aufzustellen, vielmehr ist der Einzelfall entscheidend.

2384. Im vorliegenden Fall sind zwar Umstände gegeben, wonach sich die Rolle der Kästli-Gruppe deutlich von jenen der anderen abhebt. Als geradezu allein bestimmend oder alle und alles innerhalb der KAGA resp. bei der Zusammenarbeit der Aktionärinnen im Rahmen der KAGA steuernd erscheint sie aber nicht. Das gilt auch für das Konkurrenzverbot. Zudem hat sich der be-

deutendste Teil der wettbewerbswidrigen Wirkungen des Konkurrenzverbots zu Beginn seiner Laufzeit und damit vor 2004 entfaltet.⁴⁵²⁰ Unter Berücksichtigung all dieser Umstände erscheint eine zwar substantielle Erhöhung der Sanktion als angemessen, die aber auch nicht besonders hoch ausfallen muss. Hierfür erscheint eine Sanktionserhöhung von 20 % als richtiges Mass.

Mildernde Umstände

2385. Der in der SVKG unbenannte, aber grundsätzlich anerkannte Milderungsgrund des kooperativen Verhaltens liegt bezüglich KAGA, Alluvia, Daep, Heimberg, Kästli und Marti hinsichtlich sämtlicher Tatkomplexe vor. Er wird daher nicht bei jedem Tatkomplex einzeln behandelt, sondern in globo, worauf hier zu verweisen ist.⁴⁵²¹ Es sind bezüglich dieses Verstosses keine anderweitigen mildernden Umstände nach Art. 6 SVKG ersichtlich.

Sanktionsbetrag nach Berücksichtigung der erschwerenden und mildernden Umstände

2386. Nach Berücksichtigung der erschwerenden und mildernden Umstände ergeben sich folgende Pauschalsanktionen für die einzelnen Unternehmen:

- KAGA: CHF 435'000.–
- Alluvia: CHF 290'000.–
- Daep: CHF 290'000.–
- Heimberg: CHF 145'000.–
- Kästli-Gruppe: CHF 348'000.– bzw. gerundet⁴⁵²² CHF 350'000.–
- Marti-Gruppe: CHF 290'000.–
- Vigier: CHF 290'000.–

E.2.3.4.4 Einhaltung des abstrakten Sanktionsrahmens (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 7 SVKG)

2387. Bezüglich diesem Tatkomplex erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Unternehmen, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

E.2.3.4.5 Vorbringen in den Stellungnahmen

2388. Kästli-Gruppe ist der Ansicht, die Sanktionierung mittels eines pauschalen Fixbetrags stehe in klarem Widerspruch zu den in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG festgelegten Kriterien. Sie begründet dies nicht weiter und mit den diesbezüglichen Erwägungen setzt sie sich inhaltlich nicht auseinander. Sie macht nur geltend, ein erwähntes Urteil des BVGer taue nicht als Präjudiz und die WEKO-Verfügung i.S. «Belagswerke Bern» sei nicht rechtskräftig.⁴⁵²³ Die Rechtsauffassung von Kästli-

⁴⁵¹⁷ Der Vollständigkeit halber sei hier auf die Ausführungen einer einvernommenen Person hingewiesen, die mit dieser Einschätzung in Einklang stehen (vgl. EV von [...] vom 29.1.2015, Rz 91–105, Act. III.12).

⁴⁵¹⁸ Siehe z.B. RPW 2021/4, 851 Rz 108, *Pöschl Tabakprodukte*.

⁴⁵¹⁹ Rz 2267.

⁴⁵²⁰ Rz 850 ff. Vgl. ferner auch Rz 2351.

⁴⁵²¹ Rz 2422 ff.

⁴⁵²² Siehe dazu Rz 2306.

⁴⁵²³ Act. VIII.163 Rz 150–153, ferner Act. IX.30 Beilage 2 S. 10.

Gruppe überzeugt nicht. Es kann auf die diesbezüglichen Erwägungen verwiesen werden,⁴⁵²⁴ die keiner Ergänzung bedürfen.

2389. Mehrere Parteien machen geltend, der Dauerzuschlag sei zu hoch, da das Konkurrenzverbot spätestens Ende 2014 aufgehoben worden sei. Zudem sei als mildernder Umstand zu berücksichtigen, dass dieser Verstoss noch vor dem ersten Eingreifen der Wettbewerbsbehörden eingestellt worden sei.⁴⁵²⁵ Diese Argumente betreffen die Sachverhaltsebene und wurde entsprechend dort behandelt, worauf verwiesen sei.⁴⁵²⁶ Wiederholt sei hier das Beweisergebnis. Es wurde festgestellt, dass das Konkurrenzverbot zwischen den Beteiligten nicht im Jahr 2014 (oder später) beendet wurde. Es dauert bis heute an. Marti-Gruppe macht ausserdem geltend, sie habe sich vom Konkurrenzverbot distanziert und dieses nicht mehr respektiert, wodurch jedenfalls sie nicht mehr daran beteiligt sei.⁴⁵²⁷ Auch dieses Argument beschlägt die Sachverhaltsebene und wurde dort behandelt, worauf verwiesen werden kann.⁴⁵²⁸ Es wurde festgestellt, dass Marti-Gruppe nach wie vor am Konkurrenzverbot beteiligt ist. Der Dauerzuschlag ist demnach nicht zu reduzieren und es liegt auch kein mildernder Umstand wegen Einstellung dieser Verhaltensweise vor Eingreifen der Wettbewerbsbehörden vor.

2390. Marti-Gruppe beantragt eine Reduktion der Sanktion weiter mit der Begründung, für sie sei das Konkurrenzverbot «eher als Last denn als Vorteil» zu sehen, wie der Antrag selber festhalte. Es sei daher unverständlich, wenn sie bei der Sanktionierung gleich behandelt werde wie andere Aktionärinnen und sogar schlechter als Heimberg. Sie habe keinerlei Interesse am Konkurrenzverbot gehabt, anders als andere Aktionärinnen. Ausserdem bleibe unberücksichtigt, dass Marti-Gruppe von der KAGA weniger profitiere als andere Aktionärinnen. Ferner müsse sanktionsreduzierend berücksichtigt werden, dass Marti-Gruppe sich nicht an das Konkurrenzverbot gehalten habe. Dass ihre Bemühungen nicht gefruchtet hätten, dürfe ihr nicht angelastet werden.⁴⁵²⁹ Diese Vorbringen überzeugen nicht. Hinsichtlich der Sanktionierung für das Konkurrenzverbot ist nicht weiter relevant, ob und inwiefern Marti-Gruppe insgesamt im Vergleich zu den anderen Aktionärinnen von der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA profitiert hat, da es einzig um die Sanktionierung des Konkurrenzverbots geht. Festgestellt wurde bezüglich des Konkurrenzverbots, dass Marti-Gruppe an dessen Durchsetzung gegenüber Daepp mitbeteiligt war. Soweit sie sich selber nicht an das Konkurrenzverbot hielt, wie Marti-Gruppe geltend macht, hat sie von dessen – auch von ihr mit durchgesetzten – Einhaltung durch die übrigen Aktionärinnen einen Nutzen ziehen können.⁴⁵³⁰ Marti-Gruppe war letztlich ebenso am Konkurrenzverbot beteiligt wie alle anderen Aktionärinnen auch. Ihr insofern opportunistisch erscheinendes Verhalten ist kein Grund, die Sanktion ihr gegenüber zu reduzieren. Die geringere Sanktionierung von Heimberg ist einzig darauf zurückzuführen, dass diese «bloss» als potenzielle Konkurrentin und nicht wie Marti-Gruppe als aktuelle Konkurrentin einzustufen ist. Wenn sich Marti-Gruppe mit Heimberg vergleicht, übersieht sie diese andere Ausgangslage, weshalb ihr Vergleich nicht durchschlägt. Es besteht insge-

samt kein Grund, die Sanktion gegenüber Marti-Gruppe zu reduzieren.

2391. Vigier trägt vor, indem zur Sanktionsbemessung für Vigier auf den Umsatz von KAGA abgestellt werde, bilde dieser eine doppelte Bemessungsgrundlage. Das verstosse gegen das Doppelbestrafungsverbot. Zudem orientiere sich die Sanktionsbemessung am Fall «Belagswerke Bern» und setze unter anderem gestützt darauf den Basis-Pauschalbetrag für Vigier auf CHF 100'000.- fest. Dieser Basis-Pauschalbetrag falle unter die zweithöchsten Kategorie B. Dieser Betrag sei doppelt so hoch wie der höchste Basis-Pauschalbetrag im Fall «Belagswerke Bern» in der dortigen Kategorie A. Der Basis-Pauschalbetrag in der dortigen Kategorie B sei bloss CHF 25'000.-. Inwiefern vorliegend für dieselbe Kategorie ein viermal höherer Betrag gerechtfertigt sein soll, bleibe unklar. Das verstosse gegen das Gleichbehandlungsgebot.⁴⁵³¹ Diese Vorbringen von Vigier überzeugen nicht. Richtig zu stellen ist zunächst, dass für die Sanktionsbemessung nicht auf den Umsatz von KAGA abgestellt wurde. Dieser wurde nur, aber immerhin, erwähnt, um einen gewissen Eindruck des Marktvolumens zu vermitteln.⁴⁵³² Dieser Umsatz bildete entgegen der Behauptung von Vigier also nicht eine «doppelte Bemessungsgrundlage». Es erübrigt sich daher, auf das Argument des Doppelbestrafungsverbots näher einzugehen. Ebenso wenig überzeugt die Anrufung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Zutreffend ist, dass eine Orientierung am Fall «Belagswerke Bern» erfolgte. Es wurde jedoch auch erläutert, weshalb der Basis-Pauschalbetrag im vorliegenden Fall höher angesetzt wird als in jenem – es ist dies aufgrund des bedeutend grösseren Gefährdungspotenzial des vorliegenden Konkurrenzverbots.⁴⁵³³ Das wird von Vigier nicht in Frage gestellt, sie äussert sich gar nicht erst dazu. Da das Gefährdungspotenzial hier deutlich grösser ist als in jenem Fall, ist die Situation hier auch nicht gleich wie in jenem Fall. Unterschiedlich hohe Basis-Pauschalbeträge bei unterschiedlicher Ausgangslage verstossen nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, sondern sind vielmehr sogar Ausfluss davon.

2392. KAGA und Vigier tragen weiter vor, die regulatorischen Rahmenbedingungen müssten bei der Sanktionierung als mildernde Umstände berücksichtigt werden.⁴⁵³⁴ Während Vigier dieses Vorbringen nicht weiter begründet, führt KAGA aus, sie sei einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen, der mindestens die Vorwerfbarkeit reduziere. Es sei in Anbetracht der Erwartungen des

⁴⁵²⁴ Rz 2345–2350, ferner Rz 2309 f. und Rz 2331 f.

⁴⁵²⁵ So etwa Act. VIII.156 Rz 251–255; Act. VIII.164 Rz 233–238.

⁴⁵²⁶ Rz 647 ff., insbesondere Rz 652 ff.

⁴⁵²⁷ Rz 983.

⁴⁵²⁸ Rz 984.

⁴⁵²⁹ Act. VIII.158 Rz 89–92.

⁴⁵³⁰ Rz 984 und 986.

⁴⁵³¹ Act. VIII.164 Rz 229–232.

⁴⁵³² Siehe Rz 2350.

⁴⁵³³ Rz 2353.

⁴⁵³⁴ Act. VIII.156 Rz 256–260 und Act. IX.30 Beilage 6 Rz 28 f.; VIII.164 Rz 238.

Kantons und der übrigen Planungsträger nicht im Belieben von KAGA gestanden, ob sie sich beim Erwerb von Abbaurechten im Einzugsgebiet koordinieren wollten oder nicht. Die Ziele der ADT-Planung seien Grundlage des «KAGA-Gedankens», nicht eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Sie habe nicht antizipieren können, dass KAGA kartellrechtlich problematisch sei, da der Erfolg der ADT-Planung für alle Involvierten im Vordergrund gestanden habe. Während Jahrzehnten habe sich niemand, auch nicht die Wettbewerbsbehörden, daran gestört, wie die Unternehmen der Kies- und Deponiebranche, darunter auch KAGA, die Vorgaben der ADT-Planung umgesetzt hätten. Dazu habe auch das Konkurrenzverbot gehört. Da sie keinen Grund gehabt habe, an der Rechtmässigkeit ihres Verhaltens zu zweifeln, sei die Sanktion um mindestens 20 % zu reduzieren. Diese Ausführungen überzeugen nicht. Es wurde festgestellt, dass sich keine irgendwie geartete Vorgabe, Erwartung oder auch nur dahingehende Äusserung, dass Unternehmen in den Bereichen Kies und Deponie aus Sicht des Kantons vorzugsweise gemeinsam wirtschaftlich tätig sein sollen und eine diesbezügliche Koordination zwischen ihnen wünschenswert wäre, den Sachplänen ADT 98 entnehmen lässt.⁴⁵³⁵ Selbstverständlich ist somit auch keine Erwartung enthalten, Unternehmen in den Bereichen Kies und Deponie sollen untereinander Konkurrenzverbote abschliessen. Auch bezüglich des subjektiv verfolgten Zwecks kann auf die getroffenen Feststellungen verwiesen werden;⁴⁵³⁶ die Darstellung von KAGA trifft nicht zu. Abgesehen davon ist allerdings ohnehin nicht nachvollziehbar, inwiefern die raumplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen Erwartungen bezüglich des *Konkurrenzverbots* und dessen Rechtmässigkeit begründen haben sollen, wie KAGA das vorbringt. Zu Konkurrenzverboten äussern sich die raumplanungsrechtlichen Planungen und Normen nicht. Und es ist nicht Aufgabe der Unternehmen und insbesondere von KAGA, anstelle der zuständigen Planungsbehörden mittels Konkurrenzverboten raumplanerisch tätig zu werden. Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum ist nicht ersichtlich, eine Sanktionsreduktion wegen der regulatorischen Rahmenbedingungen nicht angezeigt.

2393. Kästli-Gruppe wehrt sich dagegen, dass ihre Sanktion aufgrund eines erschwerenden Umstandes erhöht wird und bringt in ihrer Stellungnahme und anderweitig vor, die ihr zugeschriebene Sonderrolle sei unzutreffend und irreführend (zum Ausmass der Sanktionserhöhung von 20 % äussert sie sich nicht).⁴⁵³⁷ Ihre Vorbringen enthalten sowohl Kritik auf der Ebene des Sachverhalts als auch auf jener der rechtlichen Würdigung. Diese werden der besseren Übersicht halber allesamt hier behandelt. Zudem trägt Kästli-Gruppe ihre Einwände nicht spezifisch unter dem Titel der Sanktionsbemessung für den Tatkomplex des Konkurrenzverbots vor. Da die Vorbringen aber nach der Lesart der WEKO in erster Linie die im Antrag zu diesem Tatkomplex enthaltenen Ausführungen betreffen, erfolgt die Auseinandersetzung mit den Vorbringen von Kästli-Gruppe allein hier und nicht auch noch bei der Sanktionsbemessung für den Tatkomplex Vorzugskonditionen/Ausschluss Arbitragemöglichkeit, welche ebenfalls eine Sanktionserhöhung aufgrund der führenden Rolle von Kästli-Gruppe enthält.⁴⁵³⁸

2394. Zusammenfassend bringt Kästli-Gruppe vor, dass seit der Präzisierung des BVGer im Fall Lazzarini klar sei, dass in der Konkurrenzklausel des KAGA-Vertrags kein rechtswidriges Verhalten liege. Kästli-Gruppe habe deshalb in guten Treuen davon ausgehen dürfen, an einer gesetzeskonformen Unternehmung beteiligt zu sein und sich im Verwaltungsrat im Rahmen der Rechtsordnung für die legitimen Interessen dieser Gesellschaft engagieren zu dürfen. Weiter erklärt Kästli-Gruppe, dass KAGA aufgrund des Vertretungsrechts im Verwaltungsrat sieben gleichberechtigte Partner habe. Ein bestimmtes Unternehmen könne deshalb gar nicht eine dominante Führungsrolle einnehmen. Die Struktur von KAGA und die gesetzliche Treuepflicht des Verwaltungsrats stellten sicher, dass jeder Verwaltungsrat der KAGA stets die Interessen der KAGA (und nicht die Partikularinteressen der Aktionärinnen) wahre. Der aktuelle Vertreter der Kästli-Gruppe im Verwaltungsrat der KAGA habe so gehandelt, wie es die Interessenlage der KAGA, nicht der Kästli-Gruppe, verlange. Weiter müssten die Mitglieder des Verwaltungsrates alle drei Jahre neu gewählt werden. Seit der Gründung sei somit eine Nicht-Wiederwahl des Vertreters der Kästli-Gruppe ins Präsidium des Verwaltungsrates 17-mal möglich gewesen. So verlockend das Narrativ von der (vererblichen) Anführerschaft auch sein möge: Die Tatsache, dass eine Nicht-Wiederwahl nie erfolgt sei, sei nicht der Sonderrolle oder dem Einfluss der Kästli-Gruppe, sondern vielmehr der persönlichen Fähigkeit des Kästli-Vertreters geschuldet, die unterschiedlichen Interessen auszutarieren (teilweise auch gegen eigene Interessen). Dies sei mit Blick auf die volkswirtschaftlich überwiegend positiven Auswirkungen der KAGA-Tätigkeit eher als löbliche denn als verwerfliche Rolle zu bezeichnen. An der Anhörung ergänzte der aktuelle Vertreter der Kästli-Gruppe und KAGA-Verwaltungsratspräsident das in der Stellungnahme gezeichnete Bild, indem er hinzufügte, dass keine andere Aktionärin bereit gewesen sei, die Zusatzaufgaben und zeitliche Belastung auf sich zu nehmen, die ein solches Mandat von Amtes wegen mit sich bringe. Darüber hinaus weist Kästli-Gruppe darauf hin, dass auch andere Aktionärinnen innerhalb der KAGA langjährige Führungsfunktionen wahrgenommen hätten. So sei das Vizepräsidium seit der Gründung durch einen Vertreter der Alluvia besetzt. Das Vorstehende lasse sich illustrativ dadurch belegen, dass der VR von KAGA in keinem einzigen Fall ein Geschäft durch Stichentscheid des Präsidenten habe entscheiden müssen. Bei den Handlungen, die die Wettbewerbsbehörde zur Darlegung der führenden Rolle aufgezählt habe, handle es sich ausschliesslich um Tätigkeiten, die mit der Funktion eines Verwaltungsratspräsidenten üblicherweise einhergehen. Anzuführen sei, dass die Behauptung des Sekretariats, der Vertreter der Kästli-Gruppe habe im Jahr 2008 die Initiative ergriffen, einen neuen KAGA-Vertrag auszuarbeiten, unzutreffend sei. Aus den Akten ergebe sich

⁴⁵³⁵ Rz 337 f.

⁴⁵³⁶ Rz 947 ff., insbesondere Rz 951.

⁴⁵³⁷ Act. VIII.163 Rz 28–32 und 154–158; ferner Act. IX.30 Beilage 2 S. 4–6 und Folie 5.

⁴⁵³⁸ Siehe Rz 2325, wo auf die hier vorgenommenen Behandlung der Einwände verwiesen wird.

vielmehr, dass die Initiative vom Verwaltungsrat der KAGA und nicht von einer bestimmten Einzelperson ausgegangen sei. Für den Vertreter der Kästli-Gruppe sei zudem nicht die Weiterführung des Konkurrenzverbots im Fokus gestanden, sondern die Parität im VR und die Versorgung der Aktionärinnen. Schliesslich treffe nicht zu, dass die Kästli-Gruppe die Hauptprofiteurin des Konkurrenzverbotes gewesen sei. Das Sekretariat lege für die Behauptung weder ein Beweismittel noch eine konkrete Begründung vor. Es könne widerlegt werden, dass es einen unrechtmässigen Profit der Kästli-Gruppe gebe: Erstens seien die Konditionen für den Materialbezug für alle Aktionärinnen gleich gewesen. Zweitens hätten alle Aktionärinnen (ausser Heimberg) aufgrund von eigenen Abbaustellen in der Nähe des Einzugsgebiets der KAGA eine Marktposition, die mit der Position von Kästli-Gruppe mindestens vergleichbar sei. Drittens sei Kästli-Gruppe aktienrechtlich gleich gestellt mit den anderen KAGA-Aktionärinnen. Viertens habe weder der aktuelle Vertreter der Kästli-Gruppe persönlich noch die Kästli-Gruppe für die Tätigkeit als VRP je eine geldwerte Leistung erhalten, die über die (übliche) Entschädigung für die Tätigkeit als Verwaltungsrat und die übliche Zusatzentschädigung für den erhöhten Aufwand für das Präsidium hinausgehen würde.

2395. Diese Argumentation von Kästli-Gruppe ist zurückzuweisen. Einleitend sei darauf verwiesen, dass bereits an anderer Stelle festgehalten wurde, dass das Konkurrenzverbot im vorliegenden Fall unzulässig ist und weshalb die Rechtsprechung des BVGer in Sachen Lazzarini daran nichts ändert.⁴⁵³⁹ Hier geht es nicht mehr um die Frage der Unzulässigkeit des Konkurrenzverbotes oder dessen Sanktionierbarkeit, sondern darum, ob sich das Engagement der Kästli-Gruppe für dieses Konkurrenzverbot in relevanter Weise vom diesbezüglichen Verhalten der anderen Aktionärinnen abhebt z.B. punkto Planung, punkto Durchsetzung, punkto intellektueller Beiträge oder punkto Interessenlage. Mit anderen Worten: Dass sich die Parteien an einer unzulässigen, sanktionierbaren Abrede beteiligt haben, steht in diesem Stadium der rechtlichen Beurteilung fest. Zu prüfen ist hier lediglich, ob Kästli-Gruppe in besonderem Mass zur festgestellten Wettbewerbsbeschränkung beigetragen hat. Kästli-Gruppe bestreitet dies mit Hinweisen zur Struktur der KAGA, zu den üblichen Funktionen eines VRP, zu den Umständen einer bestimmten Handlung des Vertreters der Kästli-Gruppe und zur Interessenlage.

2396. Zur Struktur der KAGA: Ins richtige Licht zu rücken ist zunächst der Hinweis der Kästli-Gruppe auf die 17-malige Möglichkeit der Nicht-Wiederwahl des Vertreters der Kästli-Gruppe ins Präsidium des KAGA-Verwaltungsrates und das angeblich verlockende Narrativ von der vererblichen Anführerschaft. Das Sekretariat bedient dieses Narrativ gar nicht, spricht nirgends von Vererblichkeit. Es hält lediglich fest, dass die Kästli-Gruppe seit der Gründung von KAGA den Präsidenten des Verwaltungsrats stelle, dass dem VRP der KAGA zugleich die Rolle des Delegierten des Verwaltungsrats zukomme, dass der Vertreter der Kästli-Gruppe mindestens seit 2004 an den VR-Sitzungen meist teilgenommen hat, dass der Vertreter der Kästli-Gruppe sowohl dem VRA (bis 2003) als auch der FIKO stets angehörte und dass die Einflussmöglichkeiten der Kästli-Gruppe

auf die KAGA aufgrund dieser Konstellation grösser sei als jene von Alluvia. Zu diesen Feststellungen sagt Kästli-Gruppe nichts. Weiter versucht Kästli-Gruppe den Eindruck zu erwecken, dass aufgrund der Gleichberechtigung aller Aktionärinnen gar niemand eine führende Rolle einnehmen *könne*. Dies ist aber nicht der Fall, da Gleichberechtigung es in keiner Weise logisch ausschliesst, dass einer der Gleichberechtigten einen höheren Tatbeitrag leistet. Eine führende Rolle setzt nicht voraus, dass das anführende Unternehmen ein Recht auf diese Rolle hätte. Auch unter gleichberechtigten Abredeteiligen kann somit ein Unternehmen gewichtiger Beiträge zur Planung, Organisation oder Durchsetzung einer unzulässigen Abrede leisten. Die Gründe, weshalb ein Unternehmen diesen besonderen Effort leistet, sind letztlich irrelevant, es sei denn, die anderen Abredeteiligen hätten das anführende Unternehmen in diese Rolle reingezwungen, was Kästli-Gruppe aber nicht geltend macht. Ebenso wenig schliesst die Tatsache, dass die übrigen Abredeteiligen das führende Unternehmen gewähren lassen bzw. mit dieser Rollenaufteilung einverstanden sind, eine führende Rolle aus. Weiter geht das von der Kästli-Gruppe gezeichnete Bild, wonach sie sich im VR der KAGA nicht für eigene Interessen, sondern nur für die Interessen von KAGA engagiert habe, an der Sache vorbei. Im Antrag des Sekretariats wurde gar nicht gesagt, Kästli-Gruppe habe im VR stets ihre eigenen Interessen gegen die Interessen der anderen durchgesetzt. Es geht hier um das Konkurrenzverbot, das durchaus auch im Interesse anderer Aktionärinnen liegt. Nur weil im VR der KAGA durch das Zusammenfließen aller Aktionärsinteressen (also auch jener von Kästli-Gruppe, die sie also offenbar sehr wohl in den VR eingebracht hat) und durch das behauptetermassen sorgfältige und faire Austarieren aller Aktionärsinteressen durch die Kästli-Gruppe per Definition das Interesse von KAGA wird, bedeutet dies nicht, dass nun unabhängig von irgendwelchen Tatbeiträgen eine führende Rolle ausgeschlossen wird. Es ist deshalb auch nicht ersichtlich, was Kästli-Gruppe daraus ableiten will, sie habe nie einen Stichtentscheid fällen müssen.

2397. Zur üblichen Funktion eines VRP: Der Einwand, wonach es bei den fraglichen Handlungen des Vertreters der Kästli-Gruppe ausschliesslich um übliche Handlungen eines VRP handle, ist zu verwerfen. Selbstverständlich gehört es *nicht* zur üblichen Tätigkeit eines VRP, sich für die Durchsetzung eines unzulässigen Konkurrenzverbots einzusetzen, wie dies der Vertreter der Kästli-Gruppe getan hat. Und zur üblichen Tätigkeit eines VRP gehört auch nicht, sich für Anpassungen eines Aktionärsbindungsvertrags einzusetzen, da er unabhängig vom (hier problematischen; dazu nachfolgend) Inhalt eines Aktionärsbindungsvertrags hierfür schlicht nicht zuständig ist, sondern die Aktionärinnen. Zudem sei an dieser Stelle wiederholt, dass es keine Rolle spielt, aus welchem Motiv Beiträge zur Entwicklung, Planung, Organisation oder Durchsetzung einer unzulässigen Abrede stattfinden. Wer sich ins Präsidium eines Unternehmens wählen lässt, das eine unzulässige Wettbewerbs

⁴⁵³⁹ Siehe oben Rz 1689 ff., insb. Rz 1709 ff.

abrede zum Gegenstand hat, kann nicht verlangen, dass seine Tatbeiträge in seiner Funktion als VRP nicht zur Würdigung einer führenden Rolle berücksichtigt werden, weil sie möglicherweise zur üblichen Führungsfunktion gehörten.

2398. Zu den Umständen einer bestimmten Handlung des Vertreters der Kästli-Gruppe: Zum Hinweis der Kästli-Gruppe, dass es aktenwidrig sei, dass der Vertreter der Kästli-Gruppe die Initiative ergriffen habe, einen neuen KAGA-Vertrag auszuarbeiten und dass sich aus den Akten ergebe, dass die Initiative vom Verwaltungsrat der KAGA als Gesamtgremium ausgegangen sei, zeigt sich Folgendes: Aus den von der Kästli-Gruppe zitierten Stellen ergibt sich mitnichten, dass die Initiative für die Anpassung des KAGA-Vertrages vom Verwaltungsrat der KAGA als Gesamtgremium ausging. Die entscheidende Passage scheint Kästli-Gruppe absichtlich nicht zu zitieren und spricht lediglich davon, dass der Vertreter der Kästli-Gruppe «über Bestrebungen für einen neuen KAGA-Vertrag» berichtet habe. Zitiert aus dem entsprechenden VR-Protokoll vom Mai 2009 klingt das anders: «[...] hat die Überarbeitung des Aktionärsbindungsvertrags angestossen (...)». Nur am Rande sei erwähnt, dass das Sekretariat im Antrag nicht behauptete, wie das die Kästli-Gruppe nahezulegen scheint, dass das Zitat über das Anstossen eines überarbeiteten Aktionärsbindungsvertrags in einem anderen Gremium als dem *Kästli*-Verwaltungsrat gefallen sei. Im VR von Kästli hat der Vertreter der Kästli-Gruppe selbst am 4. Mai 2009 von seinem Anstossen berichtet,⁴⁵⁴⁰ übrigens noch bevor das Thema am 14. Mai 2009 überhaupt erstmals in einem VR-Protokoll der KAGA auftaucht und zwar lediglich als Terminsetzung.⁴⁵⁴¹ Die von Kästli-Gruppe zitierten Passagen datieren nicht wie behauptet vom Mai 2009, sondern stammen aus dem Protokoll der KAGA-VR-Sitzung vom September 2009.⁴⁵⁴² Im Protokoll zu dieser KAGA-VR-Sitzung im September 2009 heisst es zum Traktandum «Anpassung des Sacheinlage- und Aktionärsbindungsvertrags» unter anderem: «[...] erläutert kurz den Hintergrund dieses Ansinnens (...). Im geltenden Sacheinlage- und Aktionärsbindungsvertrag verpflichten sich die Aktionäre, innerhalb eines gewissen Gebietes auf eigene Kiesabbauaktivitäten zu verzichten. Im Gegenzug soll es ihnen aber jederzeit möglich sein, sich zu marktgerechten Konditionen bei der KAGA zu versorgen, (...). Um diesen Grundsatz auch in die fernere Zukunft sicher zu stellen, ist es wesentlich, dass nicht ein einzelner KAGA-Aktionär die anderen majorisieren kann. (...)» Hierbei fallen zwei Dinge auf: Erstens: Der Vertreter der Kästli-Gruppe – nicht ein anderer Aktionärsvertreter, insbesondere auch nicht der Vertreter von Alluvia – erläutert hier seinen Aktionärskollegen den Hintergrund der angedachten Anpassungen. Zweitens: Inhaltlich geht es darum, den Grundsatz «Aktionäre verzichten auf Konkurrenz und erhalten als Gegenleistung Zugang zu den KAGA-Kiesressourcen» für die Zukunft zu sichern, indem er vor möglichen Angriffen durch potenzielle Mehrheitsaktionärinnen geschützt wird. Das Konkurrenzverbot ist also offensichtlich ein expliziter Gegenstand der geplanten Anpassung und nicht einfach nur ein aus Versehen weitergetragenes, vergessenes Konzept. Insgesamt kann die WEKO nichts Falsches darin erkennen, dem Vertreter der Kästli-Gruppe die Initiative oder zumindest eine aktive Rolle in der Auslösung und

Konzeptualisierung der Vertrags-Überarbeitung und des dazugehörigen Konkurrenzverbotes zuzuordnen. Dass andere Personen wie insbesondere der Vertreter der Alluvia auch an der Ausarbeitung des neuen Entwurfs mitgewirkt haben, ändert nichts daran, dass der Vertreter der Kästli-Gruppe als eine treibende Kraft hinter der Erneuerung des KAGA-Vertrags steht. Nicht tragfähig ist die Version der Kästli-Gruppe, wonach die Anpassung des KAGA-Vertrags eine Idee des gesamten VR der KAGA gewesen sei und der Vertreter der Kästli-Gruppe lediglich als ausführende Stelle dieses gemeinsamen Beschlusses in Erscheinung getreten sei. Wichtig ist allerdings, dass es sich hierbei nur um ein Element im Gesamtbild handelt, aus dem sich ergibt, dass der Wille und Einsatz von Kästli-Gruppe zur Durchsetzung und Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbots ausgeprägter war als jener der anderen Aktionärinnen. Hinzu kommen auch die übrigen Elemente wie ihr Engagement bei der Durchsetzung des Konkurrenzverbots gegenüber Daepf,⁴⁵⁴³ zu welcher Kästli-Gruppe bezeichnenderweise kein Wort verliert, und die nachfolgend zu erläuternde Interessenlage.

2399. Hinweise zur Interessenlage: Kästli-Gruppe beklagt, es werde ohne jegliches Beweismittel und ohne konkrete Begründung davon ausgegangen, dass Kästli-Gruppe Hauptprofiteurin des Konkurrenzverbotes gewesen sei. Das Sekretariat begründete diese Einschätzung im Antrag aber sehr wohl, wenn es erläuterte, dass Kästli-Gruppe aufgrund der geographischen Lage in besonderem Ausmass von einem Schutz vor Konkurrenz aus südlicher Richtung auf das wichtige Einzugsgebiet der Stadt Bern profitiert. Folgendes ist zu sagen zum Hinweis der Kästli-Gruppe, sie habe nie unübliche Entschädigungen von der KAGA erhalten und das Sekretariat benenne den «Profit» nicht, welchen Kästli-Gruppe erhalten haben soll: Das Sekretariat begründete das Vorliegen einer führenden Rolle im Antrag gar nicht damit, Kästli-Gruppe habe über Gebühr von Geldzahlungen aus der KAGA-Kasse profitiert. Insofern erübrigen sich Entgegnungen dazu. Ein Blick auf die Statistik wirft allerdings durchaus die Frage auf, ob ein Verwaltungsratshonorar von CHF 130'000 für ein VRP-Mandat einer Gesellschaft in der Grösse von KAGA als «üblich» bezeichnet werden darf.⁴⁵⁴⁴ Ergänzend ist auch auf den Transportkostenausgleich, dessen Ausgestaltung bezüglich beladenen Anfahrten und das Verhältnis von Kiesbezug und Deponierung der Kästli-Gruppe hinzuweisen, die zu einer teilweisen Übernahme der Deponietransportkosten der Kästli-Gruppe – im Gegensatz zu denjenigen anderer Aktionärinnen – führte,⁴⁵⁴⁵ und es ist die Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub sowie deren Ausgestaltung zu er

⁴⁵⁴⁰ Rz 608 und 2267 (VR-Protokoll der Kästli vom 4.5.2009, T. 3.7, Act. II.A.X.138.).

⁴⁵⁴¹ Rz 609 (VR-Protokoll der KAGA vom 14.5.2009, T. 8, Act. II.A.X.142.).

⁴⁵⁴² Rz 609 (VR-Protokoll der KAGA vom 10.9.2009, T. 4, Act. II.A.X.152.).

⁴⁵⁴³ Rz 2377.

⁴⁵⁴⁴ Rz 534.

⁴⁵⁴⁵ Rz 1017 ff., insbesondere Rz 1024 f.

wähnen, die Kästli-Gruppe – im Gegensatz zu Konkurrentinnen – in Zeiten der Deponieknappheit bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub bei KAGA faktisch nicht einschränkte⁴⁵⁴⁶ – diese Vorteile können durchaus als besonderen «Profit» von Kästli-Gruppe betrachtet werden. Da die führende Rolle von Kästli-Gruppe aber ohnehin nicht mit einer unüblichen Entschädigung von ihr begründet wird, brauchen die von Kästli-Gruppe erlangten Vorteile nicht weiter vertieft zu werden.⁴⁵⁴⁷

2400. Fazit: Insgesamt hebt sich die Rolle der Kästli-Gruppe im Zusammenhang mit dem Konkurrenzverbot deutlich von jener der anderen Parteien ab und sie nimmt eine führende Rolle ein. Die Sanktion ist deshalb aufgrund einer führenden Rolle zu erhöhen, wobei eine nicht besonders hohe Erhöhung von 20 % als angemessen erscheint.

E.2.3.4.6 Ergebnis

2401. Die Sanktion für die Unternehmen bezüglich dieses Tatkomplexes beträgt gemäss den vorangehenden Erörterungen:

- KAGA: CHF 435'000.–
- Alluvia: CHF 290'000.–
- Daepf: CHF 290'000.–
- Heimberg: CHF 145'000.–
- Kästli-Gruppe: CHF 350'000.–
- Marti-Gruppe: CHF 290'000.–
- Vigier: CHF 290'000.–

E.2.3.5 Tatkomplex Koppelung: Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub

E.2.3.5.1 Basisbetrag (Art. 3 SVKG)

Relevante Märkte

2402. KAGA missbrauchte mit der Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub. Entsprechend ist dieser Markt, d.h., der Markt des koppelnden Gutes, als ein für die Sanktionsbemessung relevanter Markt heranzuziehen. Der Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub wurde sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht bereits abgegrenzt, worauf verwiesen sei.⁴⁵⁴⁸

2403. Eine Koppelung setzt getrennte Güter voraus.⁴⁵⁴⁹ Diese gehören regelmässig – so insbesondere auch hier⁴⁵⁵⁰ – unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten an. Nebst dem Markt des koppelnden Gutes, hier der Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub, ist von einer Koppelung daher jeweils (mindestens) auch der Markt des gekoppelten Gutes, hier der Markt für Rohkies, betroffen. Gemäss Rechtsprechung ist bei unzulässigen Verhaltensweisen, die gleichzeitig mehrere Märkte beschlagen, ein jeder dieser Märkte als relevanter Markt i.S.v. Art. 3 SVKG zu betrachten. Für die Sanktionsbemessung kann entsprechend der Umsatz auf all diesen Märkten einbezogen werden. Der Basisbetrag nach Art. 3 SVKG beläuft sich in solchen Fällen auf bis

zu 10 % des Gesamtumsatzes auf allen relevanten Märkten.⁴⁵⁵¹

2404. Gleichwohl ist es vorliegend angemessen, zur Bestimmung des Basisbetrags einzig auf den Umsatz auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub abzustellen und den Umsatz auf dem Markt für Rohkies nicht als massgebenden Umsatz mit einzu-beziehen. Das aus folgenden Gründen: Behindernd wirkte die Koppelung für Unternehmen, die Deponievolumen nachfragen, also insbesondere für Transportunternehmen und «Aushübler».⁴⁵⁵² Auf diesen Märkten ist KAGA selber nicht aktiv und erzielte dort entsprechend auch keinen Umsatz. Diese vom Verstoß ebenfalls betroffenen Märkte können daher bei der Bemessung des Basisbetrags von vornherein nicht anders berücksichtigt werden als im Rahmen der Art und Schwere des Verstosses. Ist bei der Art und Schwere so oder so schon weiteren betroffenen Märkten Rechnung zu tragen, liegt es nahe, alle weiteren betroffenen Märkte einheitlich dort zu berücksichtigen, anstatt einige bei der Umsatzbestimmung einzubeziehen, andere bei der Art und Schwere. Weiter war das gekoppelte Gut nicht durchwegs Rohkies, sondern bestand gegenüber zwei Dritten alternativ in künftigen Deponievolumen für unverschmutzten Aushub. Deshalb den Umsatz auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub bei Art. 3 SVKG zu verdoppeln, da dieser Markt insofern doppelt betroffen ist (sowohl als Markt des koppelnden Gutes als auch als derjenige des gekoppelten Gutes), würde den effektiv auf diesem Markt erzielten Umsatz künstlich aufblähen und erscheint deshalb unpassend. Wiederum ist diesem Umstand sachgerechtere Weise im Rahmen der Art und Schwere Rechnung zu tragen, was weiter dafür spricht, auch beim anderen gekoppelten Gut so vorzugehen. Schliesslich kommt hinzu, dass die Koppelung vorliegend nicht zu einer Behinderung auf dem Markt für Rohkies oder einer Verstärkung der dortigen Marktstellung von KAGA führte. Dass der Markt für Rohkies ein relevanter Markt i.S.v. Art. 3 SVKG darstellt, wird deshalb im vorliegenden Fall im Rahmen der Art und Schwere berücksichtigt, nicht bereits bei der Festlegung des massgebenden Umsatzes.⁴⁵⁵³

⁴⁵⁴⁶ Rz 1187, 1189 und 1191.

⁴⁵⁴⁷ Siehe in diesem Zusammenhang aber auch Act. II.A.X.81 und Act. II.B.X.119.

⁴⁵⁴⁸ Siehe Rz 1392–1398 und Rz 1399–1402.

⁴⁵⁴⁹ Rz 1936 f.

⁴⁵⁵⁰ Siehe Rz 1947 ff., insbesondere Rz 1650.

⁴⁵⁵¹ Ausdrücklich in diesem Sinne für eine Koppelung nach Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 Rz 1570 ff., DCC. Ebenso für eine missbräuchliche Verhaltensweise in Form einer Kosten-Preis-Schere nach Art. 7 Abs. 1 KG das BGer in BGE 146 II 217 E. 9.2.1 und auch E. 9.2.2.4, *Preispolitik Swisscom ADSL*. Ebenso ferner im Falle einer Verweigerung einer Geschäftsbeziehung nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG BVGer, B-5819/2020 vom 31.10.2023 E. 11.2.1 m.w.H. und E. 11.2.3, *Eishockey im Pay-TV*.

⁴⁵⁵² Siehe zum Tätigkeitsbereich der von der Koppelung effektiv beschrankten Dritten Rz 1193.

⁴⁵⁵³ Würde man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – den Umsatz auf dem Markt für Rohkies beim massgebenden Umsatz einbeziehen, wäre dem anschliessend beim Prozentsatz gebührend Rechnung zu tragen, um wiederum – in absoluten Zahlen gesehen – zu einer angemessenen Sanktion zu gelangen.

Umsatz

2405. In den Jahren 2012–2014 erzielte KAGA mit der Deponierung von unverschmutztem Aushub exklusive Mehrwertsteuer insgesamt einen Umsatz von CHF 13'258'650.90.⁴⁵⁵⁴ Erlösminderungen, die abzuziehen wären, gab es bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub nicht.⁴⁵⁵⁵

2406. Zu präzisieren ist diesbezüglich, dass bei der Sanktionsbemessung der gesamte Umsatz zu berücksichtigen ist, den KAGA mit der Deponierung von unverschmutztem Aushub erzielt hat. Denn just während diesen drei Jahren schränkte KAGA das Einzugsgebiet ein, aus dem sie unverschmutzten Aushub zur Deponierung entgegennahm.⁴⁵⁵⁶ Und dieses Einzugsgebiet⁴⁵⁵⁷ stimmt im Wesentlichen mit dem räumlich relevanten Markt überein.⁴⁵⁵⁸

Art und Schwere des Verstosses

2407. Beim Deponievolumen für unverschmutzten Aushub handelt es sich um ein limitiertes Gut,⁴⁵⁵⁹ wobei zur Zeit der Koppelung aus Sicht der verantwortlichen Personen bei KAGA eine Deponieknappheit bestand.⁴⁵⁶⁰ Die Koppelung behinderte Dritte, die Deponievolumen für unverschmutzten Aushub nachfragten, insbesondere Transportunternehmen und «Aushübler»,⁴⁵⁶¹ und benachteiligte diese gegenüber den in diesen Märkten tätigen Aktionärinnen von KAGA.⁴⁵⁶² [U04] betreffend dauert diese Behinderung aufgrund der Sperre der Deponie für unverschmutzten Aushub Bümberg gegenüber ihr weiterhin an, bis sie den «Rückstand» beim Kiesbezug aufgeholt hat. Soweit die Dritten aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit überhaupt in ausreichendem Umfang Kies beziehen konnten und dafür unverschmutzten Aushub bei KAGA deponieren durften, wurden sie nicht nur behindert, sondern aufgrund des Kiespreises auch ausgebeutet.⁴⁵⁶³ Die Koppelung schränkte [U01] und [U04] effektiv am stärksten ein. Bei diesen beiden Unternehmen handelt es sich nicht nur um Konkurrentinnen von Aktionärinnen von KAGA, die im Transportdienstleistungs- und Aushubbereich tätig sind, sondern auch um die zwei grössten Konkurrentinnen von KAGA in ihrem näheren Umfeld.⁴⁵⁶⁴ Werden diese Konkurrentinnen auf Märkten geschwächt, auf denen KAGA selbst zwar nicht aktiv ist, stärkt dies dennoch immerhin indirekt ihre Marktstellung gegenüber diesen Konkurrentinnen.⁴⁵⁶⁵ Direkt war die Behinderung dieser beiden Unternehmen als Konkurrentinnen von KAGA hingegen auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub beim alternativ gekoppelten Gut des «Tauschs» mit künftigem Deponievolumen.⁴⁵⁶⁶ Das Gefährdungspotenzial dieses Verstosses ist somit vielschichtig und betrifft etliche Märkte, von denen einige erhebliche Marktzutrittschranken aufweisen.⁴⁵⁶⁷ Es ist als sehr gross einzustufen.

2408. Dieses hohe Gefährdungspotenzial wird allerdings dadurch etwas geschwächt, dass KAGA die Koppelung nicht rigoros um- bzw. durchsetzte. Vermochten Dritte ihrer Kiesbezugspflicht knapp nicht nachzukommen, sperrte KAGA die Deponie ihnen gegenüber nicht, sondern übertrug den bescheidenen «Rückstand» zur künftigen Aufholung auf das jeweils nächste Jahr.⁴⁵⁶⁸ Fallengelassen hat KAGA den «Rückstand» allerdings erst, als sie die Kiesbezugspflicht auf das Jahr 2015 aufhob.

Zuvor mussten die Dritten davon ausgehen, den «Rückstand» noch aufholen zu müssen und haben sich entsprechend verhalten müssen.

2409. [U04] hielt als einzige Dritte die Kiesbezugspflicht in wesentlichem Umfang nicht ein. Dennoch liess KAGA es zu, dass [U04] noch bis im September 2013 unverschmutzten Aushub bei ihr deponierte. Erst dann sperrte sie die Deponie gegenüber [U04]. Aus dieser prima vista grosszügig erscheinenden «Gnadenfrist» auf eine deutliche Relativierung des hohen Gefährdungspotenzials zu schliessen, wäre allerdings verkehrt. Denn diese «Gnadenfrist» hat ihre ganz eigene Geschichte, ihren eigenen Hintergrund.⁴⁵⁶⁹ Schon im Mai 2012 machte KAGA Druck auf [U04], den «Rückstand» aufzuholen, und setzte sich dabei für die Umsetzung der alternativen Koppelungsvariante, dem «Tausch» mit künftigen Deponievolumen von [U04] in deren angestrebter Deponie «auf grüner Wiese», ein. Nachdem die Stimmberechtigten der zuständigen Gemeinde das Deponieprojekt von [U04] abgelehnt haben, platzte diese Variante vorerst. Nur eine kantonale Überbauungsordnung konnte das Deponieprojekt noch retten, was allerdings mit Ungewissheiten behaftet war. KAGA und [U04] verhandelten in der Folge über eine Beteiligung von KAGA an der möglichen, aber noch unsicheren künftigen Deponie von [U04], wobei es KAGA darum ging, [U04] in ihr System «einzubinden». Die weitere Deponierung unverschmutzten Aushubs tolerierte KAGA nur solange, wie diese Verhandlungen mit [U04] liefen – sobald sie gescheitert waren, sperrte KAGA umgehend die Deponie für unverschmutzten Aushub gegenüber [U04]. Ob [U04] die Verhandlungen wirklich in guten Treuen führte, erscheint aufgrund ihres Verhaltens zwar zweifelhaft. Da sie überhaupt erst durch das kartellrechtswidrige Verhalten von KAGA in diese Verhandlungen gedrängt wurde, kann ihr dies allerdings nicht – und erst recht nicht seitens KAGA – zum Vorwurf gereichen. Kurzum: Diese «Gnadenfrist» war in Tat und Wahrheit eine Druckphase, in der KAGA eine «Einbindung» von [U04] anstrebte, und sie fiel nur aufgrund der Verzögerungstaktik von [U04] so lange aus. Eine deutliche Relativierung des Gefährdungspotenzial dieses Verstosses kann hierin bei genauerer Betrachtung nicht gesehen werden. Geringfügig relativierend ist nur, aber immerhin, dass der Einbindungsversuch von KAGA letztlich scheiterte und [U04] unter anderem nicht gewillt war, nebst dem «Tausch» von

⁴⁵⁵⁴ Act. IV.18, Beilage 13. Bei der Umsatzberechnung wurde zu Gunsten von KAGA nur die Aushubdeponie Bümberg berücksichtigt.

⁴⁵⁵⁵ Act. IV.18, Beilage 13.

⁴⁵⁵⁶ Siehe Rz 1256 ff.

⁴⁵⁵⁷ Siehe die Karte in Rz 1250.

⁴⁵⁵⁸ Vgl. Rz 1402.

⁴⁵⁵⁹ Rz 331 ff.

⁴⁵⁶⁰ Rz 1978.

⁴⁵⁶¹ Zum Tätigkeitsbereich der von der Koppelung effektiv beschränkten Dritten Rz 1193.

⁴⁵⁶² Rz 1967–1969.

⁴⁵⁶³ Rz 1973 f.

⁴⁵⁶⁴ Siehe Rz 1208 ff., insbesondere Rz 1217.

⁴⁵⁶⁵ Rz 1970.

⁴⁵⁶⁶ Rz 1971.

⁴⁵⁶⁷ So etwa der Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub, siehe Rz 1812 ff.

⁴⁵⁶⁸ Rz 1227.

⁴⁵⁶⁹ Siehe ausführlich zum Nachfolgenden Rz 1228 ff.

Deponievolumen auch noch eine von den KAGA-Verantwortlichen geforderte Transportkostendifferenz an KAGA zu erstatten (die KAGA allein für die von [U04] bis Ende 2013 «überlieferte» Menge auf CHF 420'000.– bezifferte)⁴⁵⁷⁰.

2410. In Anbetracht all dieser Umstände handelt es sich bei der Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub um einen schweren, aber nicht schwerstmöglichen Verstoss. Zur Berechnung des Basisbetrags gemäss Art. 3 SVKG ist vorliegend ein Prozentsatz von 8 % angemessen.

Basisbetrag

2411. Der Basisbetrag beträgt demnach CHF 1'060'692.07.

E.2.3.5.2 Zuschlag für die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG)

2412. Die Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub bestand vom 6. März 2012 bis Ende 2014, also fast drei Jahre lang.⁴⁵⁷¹ Mit der Beendigung der Kiesbezugspflicht fielen jedoch nicht zugleich auch alle ihre Auswirkungen dahin. Vielmehr verweigert KAGA seit 2. September 2013 der Kundin [U04] wegen Nichterfüllung ihrer Kiesbezugspflicht den Zugang zu ihrer Deponie für unverschmutzten Aushub, bis [U04] ihren «Rückstand» beim Kiesbezug aufgeholt hat. Diese Sperrung der Deponie von KAGA dauert bis heute – und damit seit mehr als acht Jahren nach Beendigung der Kiesbezugspflicht – an.⁴⁵⁷²

2413. Der Dauerzuschlag für die Geltung der Kiesbezugspflicht während fast drei Jahren ist auf 25 % anzusetzen. Hierbei wird berücksichtigt, dass KAGA die Kiesbezugspflicht im Jahr 2014 geringfügig lockerte, indem sie das «Freivolumen» von 5'000 Kubikmeter auf 10'000 Kubikmeter erhöhte, wodurch ihr Verstoss im Jahr 2014 eine etwas geringere Intensität aufwies als in den Jahren 2012 und 2013. Für die anschliessenden acht Jahre, während denen KAGA zwar die Kiesbezugspflicht nicht mehr praktizierte, aber die darauf basierende Sperrung ihrer Deponie gegenüber [U04] aufrechterhielt resp. aufrechterhält, ist der Dauerzuschlag aufgrund der zusätzlich reduzierten Intensität des Verstosses geringer als das Maximum von 10 % pro Jahr festzusetzen. Angemessen erscheint ein Zuschlag von 5 % pro Jahr, was bei nunmehr acht Jahren derzeit 40 % ausmacht. Allerdings dauert der Verstoss weiterhin an. Vorbehältlich einer umgehenden Aufhebung der Deponiesperre gegenüber [U04] nach Erhalt des Antrags wird daher im Zeitpunkt der Beurteilung durch die WEKO die Dauer dieses Verstosses neu zu berechnen und der Dauerzuschlag gegebenenfalls zu erhöhen sein.

2414. Der Zuschlag für die Dauer beträgt somit momentan 65 %. Daraus ergibt sich eine Zwischensumme von CHF 1'750'141.92 bestehend aus Basisbetrag zuzüglich Dauerzuschlag.

E.2.3.5.3 Erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 f. SVKG)

Erschwerende Umstände

2415. Es sind keine erschwerenden Umstände im Sinne von Art. 5 SVKG ersichtlich.

Mildernde Umstände

2416. Der in der SVKG unbenannte, aber grundsätzlich anerkannte Milderungsgrund des kooperativen Verhaltens liegt bezüglich KAGA hinsichtlich sämtlicher Tatkomplexe vor. Er wird daher nicht bei jedem Tatkomplex einzeln behandelt, sondern in globo, worauf hier zu verweisen ist.⁴⁵⁷³ Anderweitige mildernde Umstände i.S.v. Art. 6 SVKG sind nicht ersichtlich. Insbesondere kommt bei diesem Verstoss der in Art. 6 Abs. 1 SVKG exemplarisch genannte mildernde Umstand der Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung vor der Eröffnung des kartellrechtlichen Verfahrens nicht zum Tragen. Zwar beendete KAGA die Kiesbezugspflicht vor Eröffnung dieser Untersuchung per Ende 2014. Jedoch hielt sie die darauf basierende Deponiesperre gegenüber [U04] auch nach der Untersuchungseröffnung noch über Jahre hinweg aufrecht. Ein solch halbbatziges Beenden eines Verstosses vor Untersuchungseröffnung ist kein mildernder Umstand i.S.v. Art. 6 Abs. 1 SVKG. Die geringere Intensität dieses Verstosses ab dem Jahr 2015 ist vielmehr nur, aber immerhin, durch einen geringeren Dauerzuschlag ab diesem Zeitpunkt angemessen zu berücksichtigen.⁴⁵⁷⁴

E.2.3.5.4 Einhaltung des abstrakten Sanktionsrahmens (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 7 SVKG)

2417. KAGA erzielte in den Jahren 2019–2021 nach Abzug der Erlösminderungen und exklusiv Mehrwertsteuer einen Umsatz von insgesamt CHF [30–35 Mio.].⁴⁵⁷⁵ Die obere Grenze des abstrakten Sanktionsrahmens beläuft sich daher auf CHF [3–3,5 Mio.]. Die Sanktion von KAGA für diesen Tatkomplex überschreitet diese Grenze nicht.

E.2.3.5.5 Vorbringen in der Stellungnahme

2418. KAGA wendet sich in ihrer Stellungnahme zum Antrag sowohl gegen die Höhe des Basisbetrags als auch gegen die Höhe des Dauerzuschlags. KAGA geht davon aus, es handle sich um einen leichten Verstoss, bei dem der Basisbetrag auf 2 % festzusetzen sei. Zur Begründung führt sie aus, die Koppelung habe selbst nach Ansicht des Sekretariats effektiv nur zwei Unternehmen betroffen, wobei die Wirkungen höchstens gering gewesen seien. Es sei nicht nachgewiesen, dass diese Unternehmen für die gesamte Dauer der Koppelung auf eine Deponierung von unverschmutztem Aushub bei KAGA angewiesen gewesen seien. Bei weiteren Unternehmen sei hingegen nicht erwiesen resp. unwahrscheinlich, dass die Koppelung eine Wirkung gehabt habe. Weiter trägt KAGA vor, das Verhalten der beiden betroffenen Unternehmen sei primär opportunistisch motiviert gewesen. Die Koppelung sei aufgrund der

⁴⁵⁷⁰ Rz 1235.

⁴⁵⁷¹ Zusammenfassend Rz 2030.

⁴⁵⁷² Vgl. Rz 2061.

⁴⁵⁷³ Rz 244 ff.

⁴⁵⁷⁴ Hiervor Rz 2413.

⁴⁵⁷⁵ Act. IV.18, Beilage 4–6. Mitberücksichtigt wurden dabei – anders als in Rz 2 dieses Schreibens von KAGA – auch die Dienstleistungserlöse sowie die Nebenerlöse aus Lieferungen und Leistungen, da Art. 49a Abs. 1 KG auf den gesamten in der Schweiz erzielten Umsatz abstellt. Nicht berücksichtigt wurde hier aber der Umsatz der KAGA Deponien AG, da es sich dabei um konzerninterne Umsätze handelt.

Deponieknappheit, also aus der Not hinaus, entstanden. KAGA sei schon nur aufgrund der Vorgaben der ADT-Planung verpflichtet gewesen, haushälterisch mit dem Deponievolumen umzugehen, was sich ebenfalls reduzierend auf den Basisbetrag auswirken müsse.⁴⁵⁷⁶ Hinsichtlich der Höhe des Dauerzuschlags beruft sich KAGA ebenfalls darauf, bloss zwei Unternehmen seien betroffen gewesen, weshalb ein Dauerzuschlag von 5 % pro Jahr angemessen sei. Ab Ende 2014 habe die Koppelung sodann nur noch ein einziges Unternehmen betroffen, nämlich [U04]. Diese habe ab 2018 eine eigene Deponie betrieben, weshalb nicht ersichtlich sei, inwiefern sie noch auf die Deponie von KAGA angewiesen gewesen sein soll. Es sei daher nur für die Zeit von 2015 bis 2018, nicht aber länger, ein Dauerzuschlag von 2 % pro Jahr angemessen. Die Auswirkungen der Koppelung im Wettbewerb seien schon immer, spätestens aber seit 2015 ausserordentlich gering gewesen und ab 2018 ganz entfallen. Für März 2012 bis Ende 2024 (recte: 2014) sei daher ein Dauerzuschlag von maximal 14 % zu veranschlagen, für 2015 bis 2018 ein solcher von maximal 8 % und danach keiner mehr. Der Dauerzuschlag mache daher 22 % und nicht 65 % aus.⁴⁵⁷⁷

2419. Diese Vorbringen überzeugen nicht. Zutreffend ist zwar, dass anzahlmässig eher wenig Unternehmen von der kartellrechtswidrigen Koppelung durch KAGA behindert wurden. Unzutreffend ist hingegen die Darstellung von KAGA, dass die Koppelung nur hinsichtlich zweier Unternehmen, [U01] und [U04], eine Wirkung hatte.⁴⁵⁷⁸ So wurde festgestellt, dass [U43] ihr Deponieverhalten ändern und auf andere Deponien ausweichen musste,⁴⁵⁷⁹ während [U41] ihren Bezug von Material bei KAGA erhöhen musste.⁴⁵⁸⁰ Dass sich diese Unternehmen zu helfen wussten, bedeutet freilich nicht, dass die Koppelung ohne Wirkung für sie geblieben wäre, wie KAGA es nun darstellt. Für die Art und Schwere des Verstosses kommt es aber sowieso nicht bloss auf die Anzahl betroffener Unternehmen an, zumal die Anzahl Marktteilnehmer in diesen Märkten ohnehin überblickbar ist. Ins Gewicht fällt vielmehr, dass es sich bei den zwei am stärksten betroffenen Dritten, [U01] und [U04], um die zwei grössten Konkurrentinnen von KAGA in ihrem näheren Umfeld handelt, die zudem auch in einem Konkurrenzverhältnis zu Aktionärinnen von KAGA stehen. Weiter ist zu berücksichtigen, dass mehrere Märkte betroffen sind, wobei dies nicht beim Umsatz, sondern bei der Art und Schwere des Verstosses berücksichtigt wurde. Die WEKO erachtet diesen Verstoß als schwer und einen Basisbetrag von 8 % als angemessen. Soweit sich KAGA hinsichtlich der Höhe des Dauerzuschlags wiederum auf die geringe Anzahl besonders stark betroffener Dritter beruft, kann auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden; das Argument überzeugt nicht. Es ist angemessen, den Dauerzuschlag für die ersten fast drei Jahre auf 25 % festzusetzen. Dass ab Ende 2014 «nur» noch [U04] von der Koppelung betroffen war, wird mit dem reduzierten Dauerzuschlag ab 2015 von 5 % pro Jahr angemessen berücksichtigt – der von KAGA beanspruchte Zuschlag von maximal 2 % wäre unangemessen tief. Dass der Dauerzuschlag nach 2018 entfallen soll, obwohl der Verstoß fort dauert, bloss weil [U04] ab da selber über eine Deponie verfügte, überzeugt ebenfalls nicht. Diese Tatsache entlastet KAGA nicht und kann insbesondere nicht dazu führen, dass KAGA ihren

unter Art. 7 KG fallenden Verstoß für diese Zeit sanktionslos fortführen konnte.

2420. Im Antrag wurde ein Dauerzuschlag von insgesamt 65 % beantragt, der sich aus 25 % für die Zeit bis Ende 2014 und einem Zuschlag von 5 % pro Jahr für eine Dauer von acht Jahren (2015–2022) zusammensetzt. Mit Rücksicht auf die abgeschlossene Teil-EVR verzichtet die WEKO zu Gunsten von KAGA darauf, für die Zeit nach 2022 noch einen weiteren Dauerzuschlag zu erheben und die Sanktion im Vergleich zum Antrag zu erhöhen. Der Verzicht auf die Erhebung eines Dauerzuschlags für diese weiteren eineinhalb Jahre spricht ebenfalls dagegen, den Dauerzuschlag für die berücksichtigten Jahre zu reduzieren.

E.2.3.5.6 Ergebnis

2421. Die Sanktion für KAGA bezüglich dieses Tatkomplexes beträgt gemäss den vorangehenden Erörterungen CHF 1'750'141.92. Damit aus dem Sanktionsbetrag selbst klar ersichtlich wird, dass es sich bei der Sanktionsbemessung nicht um einen blossen Rechenvorgang, sondern um eine Ermessensausübung handelt, ist der Betrag auf CHF 1,75 Mio. zu runden.

E.2.3.6 Sanktionsreduktion wegen kooperativem Verhalten

2422. Kooperatives Verhalten der Verfahrensparteien ist als in der SVKG unbenannter Milderungsgrund grundsätzlich anerkannt.⁴⁵⁸¹ Als solch kooperatives Verhalten sind praxisgemäss sowohl der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer EVR als auch die Anerkennung des vorgeworfenen Sachverhalts zu betrachten. Der Milderungsgrund des kooperativen Verhaltens liegt bezüglich KAGA, Alluvia, Daepf, Heimberg, Kästli und Marti hinsichtlich sämtlicher Tatkomplexe vor. Es ist daher angezeigt, diesen Milderungsgrund nicht bei jedem Tatkomplex einzeln zu behandeln, sondern in globo an einer Stelle – hier – und alsdann auf dem jeweiligen Gesamtsanktionsbetrag in Anschlag zu bringen.

E.2.3.6.1 EVR

2423. Praxisgemäss kommt für den Abschluss einer EVR eine Reduktion der Sanktion um bis zu 20 % in Frage.⁴⁵⁸² Die Höhe der Reduktion hängt insbesondere vom Zeitpunkt des Abschlusses der EVR ab, zumal dieser regelmässig dafür ausschlaggebend ist, ob der Abschluss der EVR die Dauer des Verfahrens wesentlich verkürzen und den Verfahrensaufwand der Wettbewerbsbehörden massgeblich reduzieren kann.⁴⁵⁸³

⁴⁵⁷⁶ Act. VIII.156 Rz 262–268.

⁴⁵⁷⁷ Act. VIII.156 Rz 269–271.

⁴⁵⁷⁸ Rz 1199 ff.

⁴⁵⁷⁹ Rz 1202.

⁴⁵⁸⁰ Rz 1203.

⁴⁵⁸¹ Statt anderer BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023 E. 9.6.3 m.w.H., *Leasing – CA Auto Finance*.

⁴⁵⁸² Siehe dazu Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28.2.2018, Rz 11.

⁴⁵⁸³ BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023 E. 9.6.9 m.w.H., *Leasing – CA Auto Finance*.

2424. Vorliegend haben die betreffenden Parteien die teilweisen EVR nach dem Versand des Antrags abgeschlossen, also in einem sehr späten Verfahrensstadium. Zu diesem Zeitpunkt waren die Ermittlungsmassnahmen bereits erledigt und der Antrag fertig redigiert. Eine diesbezügliche Verfahrenserleichterung ist mit den EVR-Abschlüssen also nicht verbunden.⁴⁵⁸⁴ Kommt hinzu, dass es sich nur, aber immerhin, um teilweise EVR handelt. Diese beschlagen nicht sämtliche Massnahmen gemäss Antrag vom 27. Juni 2023, sondern «bloss» die Massnahmen gemäss Dispositivziffern 2 und 3 sowie – soweit KAGA betreffend – 4, nicht aber auch die Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1. Dennoch ist mit diesen teilweisen EVR im vorliegenden Fall noch eine Verfahrenserleichterung und Aufwandreduktion verbunden. Einerseits geht mit ihnen eine Verschlanung und Konzentration des Verfahrens vor der WEKO einher. In Bst. c der Vorbemerkungen der EVR ist nämlich festgehalten, dass sich die EVR-Parteien in ihren Stellungnahmen zum Antrag auf die Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 des Antrags vom 27. Juni 2023 fokussieren, die nicht Teil der EVR sind. Diese Fokussierung widerspiegelt sich unter anderem im Umfang der Stellungnahmen. Andererseits ist mit einer Verringerung des Aufwands sowohl der Wettbewerbsbehörden als auch der Rechtsmittelinstanzen in allfälligen Rechtsmittelverfahren zu rechnen, weil die EVR-Parteien in Aussicht gestellt haben, dass sich für sie in allfälligen Beschwerden Anträge erübrigen, die über die Anpassung oder Aufhebung der Massnahmen in Dispositivziffer 1 hinausgehen, wie dies auch in Bst. f der Vorbemerkungen der EVR festgehalten wurde.

2425. Vor diesem Hintergrund stellte das Sekretariat den EVR-Parteien in Aussicht, für den Abschluss der EVR eine Sanktionsreduktion von 1–3 %⁴⁵⁸⁵ resp. von 6–8 % bezüglich Daepf bei der WEKO zu beantragen. Entscheidend für die Reduktion innerhalb dieser Bandbreite ist, wie konsequent sich die EVR-Parteien in ihren Stellungnahmen zum Antrag auf die Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 fokussieren – und damit eben zu einer Verfahrenserleichterung und -konzentration beitragen. Das gilt es nachfolgend zu beurteilen.

2426. Zu erläutern bleibt vorab allerdings noch, weshalb die Bandbreite bezüglich Daepf um 5 % höher liegt als bezüglich der übrigen EVR-Parteien: Daepf hat sich bereits mehr als ein Jahr vor Versand des Antrags an das Sekretariat gewandt und wollte bereits zu diesem Zeitpunkt das Verfahren mittels einer EVR zum Abschluss bringen.⁴⁵⁸⁶ Es war das Sekretariat, welches kein Interesse hatte, zum damaligen Zeitpunkt Verhandlungen über eine EVR in die Wege zu leiten, da dies aufgrund des damaligen Verfahrensstands zu einer Verfahrensverzögerung geführt hätte. Gleichzeitig stellte es aber in Aussicht, spätestens nach Versand des Antrags dafür bereit zu sein.⁴⁵⁸⁷ Das Interesse von Daepf, schon damals eine EVR abzuschliessen, war keineswegs pro forma oder bloss der guten Ordnung halber, sondern ausgesprochen ernsthaft und sie bemühte sich aktiv darum. In dieser besonders gelagerten Konstellation ist es angezeigt, Daepf hinsichtlich der Sanktionsreduktion so zu stellen, als ob die EVR mit ihr bereits früher – in einem zwar späten Verfahrensstadium, aber noch vor Versand des Antrags – abgeschlossen worden wäre.

Das Sekretariat wies Daepf denn auch darauf hin, dass es dies so zu handhaben gedenkt.⁴⁵⁸⁸

2427. Innerhalb der Bandbreiten ist es angemessen, die Reduktionsbeträge wie folgt festzulegen:

- KAGA: 2 %; relativ umfangreiche Stellungnahme mit Fokussierung auf die Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1, aber auch ausführlicheren Teilen zum diesbezüglichen Sachverhalt und dessen rechtlicher Würdigung sowie zu den Sanktionen.
- Alluvia: 3 %; mittellange Stellungnahme mit sehr klarer Fokussierung auf die Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1.
- Daepf: 8 %; sehr kurze Stellungnahme mit klarer Fokussierung auf die Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1.
- Heimberg: 3 %; kurze Stellungnahme mit klarer Fokussierung auf die Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1.
- Kästli-Gruppe: 3 %; mittellange Stellungnahme mit relativ klarer Fokussierung auf die Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1.
- Marti-Gruppe: 2 %; kurze bis mittellange Stellungnahme mit bloss teilweiser Fokussierung auf die Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1.

2428. Vigier beantragt, ihr sei im Sinne der Gleichbehandlung auch eine Sanktionsreduktion zu gewähren, falls ihre Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats kürzer ausfallen sollte als diejenige der EVR-Parteien.⁴⁵⁸⁹ Dieses Ansinnen ist abzulehnen. Vigier übergeht damit den grundsätzlichen Unterschied, dass die EVR-Parteien eben eine EVR abgeschlossen haben, Vigier nicht. Mit der Teil-EVR haben die EVR-Parteien die Massnahmen gemäss Dispositivziffern 2 und 3 (sowie 4 bei KAGA) anerkannt, Vigier nicht. Bezüglich der EVR-Parteien halten die Vorbemerkungen zur EVR fest, dass sie sich in ihren Stellungnahmen zum Antrag auf die Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 fokussieren, die nicht Gegenstand der EVR waren, während gegenüber Vigier keine dahingehenden Erwartungen bestehen. Die Stellungnahme von Vigier beschlägt denn auch sämtliche Punkte des Antrags und sie beantragt die Einstellung der Untersuchung ohne Kostenfolgen zu ihren Lasten. Eine irgendwie geartete Fokussierung oder Einschränkung der Stellungnahme von Vigier ist nicht auszumachen. Eine Gleichbehandlung setzt voraus, dass vergleichbare Situationen bestehen. Das ist bei Vigier, die keine EVR abgeschlossen hat, im Vergleich

⁴⁵⁸⁴ In BVGer, B-5918/2017 vom 12.12.2023 Rz 334, *Baubeschläge II*, wird als naheliegend bezeichnet, dass der Abschluss einer EVR nach fertiggestelltem Antrag «prinzipiell zu keiner relevanten Vereinfachung mehr führen» könne, weshalb es sachgerecht sei, für derartige Fälle «prinzipiell nur noch eine sehr geringe Sanktionsmilderung» vorzusehen.

⁴⁵⁸⁵ Eine Sanktionsreduktion von 3 % für den Abschluss einer – allerdings vollumfänglichen – EVR nach Zusendung eines zweiten Antrags als «keine rechtsfehlerhafte Ermessensentscheidung» bezeichnend BVGer, B-5918/2017 vom 12.12.2023 Rz 338, *Baubeschläge II*.

⁴⁵⁸⁶ Act. VII.36–39 und I.617.

⁴⁵⁸⁷ Act. I.619.

⁴⁵⁸⁸ Act. VIII.3 Ziff. 5.

⁴⁵⁸⁹ Act. VIII.164 Rz 222 f.

zu den Parteien, die eine EVR abgeschlossen haben, nach dem Gesagten gerade nicht der Fall. Die Länge einer Stellungnahme zum Antrag ist für sich allein kein Grund für eine Sanktionsreduktion. Damit erübrigt es sich, zu prüfen, ob und inwiefern die Stellungnahme von Vigier kürzer ist als diejenigen von EVR-Parteien.

2429. KAGA beantragt, ihr sei wie den meisten anderen EVR-Parteien ebenfalls eine Sanktionsreduktion von 3 % zu gewähren und nicht bloss eine solche von 2 %. Ihre Stellungnahme könne in Anbetracht des Umfangs des Antrags nicht als relativ umfangreich bezeichnet werden. Eine EVR sei keine Sachverhaltsanerkennung, weshalb Ausführungen zum Sachverhalt möglich bleiben müssten. Und auch Ausführungen zur Sanktionsbemessung müssten ohne Nachteil möglich bleiben, sei die Sanktionshöhe doch nicht Gegenstand einer EVR.⁴⁵⁹⁰ Diese Vorbringen überzeugen nicht. Vorab ist klarzustellen, dass sich KAGA nicht auf eine angebliche Ungleichbehandlung berufen kann. Die WEKO hat die eingegangenen Stellungnahmen einzeln daraufhin geprüft, inwiefern diese die Vorgaben einhalten und zu einer Verfahrenserleichterung und -konzentration beitragen. Soweit die WEKO anderen EVR-Parteien eine Sanktionsreduktion von 3 % gewährt, liegt der Grund darin, dass deren Eingaben einen grösseren Beitrag geleistet haben – die Ausgangslage ist demnach ungleich, weshalb auch eine ungleich hohe Sanktionsreduktion angezeigt ist. Zutreffend an den Vorbringen von KAGA ist, dass eine EVR keine Sachverhaltsanerkennung darstellt und die Sanktionshöhe nicht Gegenstand der EVR ist. Vorbringen dazu waren daher selbstverständlich trotz Abschlusses einer Teil-EVR zulässig. Wie die Stellungnahme von KAGA zeigt, hat sie denn auch von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Die Zulässigkeit derartiger Vorbringen bedeutet aber nicht zugleich, dass auch dann eine Sanktionsreduktion in maximaler Höhe zu gewähren ist, wenn solche Vorbringen erfolgen, wie KAGA anscheinend meint. Denn die vorliegend zu einem sehr späten Zeitpunkt abgeschlossenen Teil-EVR konnten nur dann noch zu einer Verfahrenserleichterung und -konzentration beitragen (welche erst eine Sanktionsreduktion rechtfertigt), wenn sich die Parteien alsdann in ihren Stellungnahmen freiwillig mit diesbezüglichen Ausführungen zurückhalten. Diese Erwartung wurde den EVR-Parteien klar kommuniziert. Die Stellungnahme von KAGA ist – gerade auch im Vergleich zu den Stellungnahmen der anderen EVR-Parteien – als relativ umfangreich zu werten und sie enthält, wie ausgeführt, ausführlichere Teile zum Sachverhalt und dessen Würdigung sowie zu den Sanktionen. Erwartet wurde eine Fokussierung auf die nicht einvernehmlich geregelten Massnahmen. Die Stellungnahme von KAGA leistet deshalb zwar einen gewissen Beitrag zur Verfahrenserleichterung und -konzentration, erfüllt die Erwartungen aber – im Gegensatz zu Stellungnahmen anderer EVR-Parteien – nicht vollumfänglich. Eine Sanktionsreduktion von 2 % ist daher aus Sicht der WEKO angemessen.

E.2.3.6.2 Besonders gute Kooperation, insbesondere umfassende Sachverhaltsanerkennung

2430. Als besonders gute Kooperation kann unter anderem das Anerkennen des von den Wettbewerbsbehörden dargelegten Sachverhalts gewertet werden.⁴⁵⁹¹ Praxisgemäss kommt eine Reduktion der Sanktion für eine

besonders gute Kooperation um bis zu 20 % in Frage.⁴⁵⁹² Das Sekretariat stellte den Parteien in Aussicht, dass es für eine umfassende Anerkennung des Sachverhalts eine Reduktion der Sanktion gegenüber dem ursprünglich beantragten Sanktionsbetrag um 15 % zu beantragen gedenke.⁴⁵⁹³

2431. Daepf hat den Sachverhalt, wie er im Antrag festgestellt wurde, integral anerkannt.⁴⁵⁹⁴ Zu bewerten ist nun, welchen Beitrag Daepf dadurch zur Verfahrenserleichterung und -vereinfachung beigetragen hat. Die Sachverhaltsanerkennung ist erst nach Versand des Antrags und damit zu einem späten Zeitpunkt erfolgt. Allerdings handelt es sich vorliegend um ausgesprochen umfangreiche, detaillierte Sachverhaltsfeststellungen. Diese betreffen unter anderem Geschehnisse, die über 50 Jahre zurückliegen, sowie die seither ergangenen Entwicklungen. Der Umfang der ausgewerteten Akten, auf denen diese Sachverhaltsfeststellungen beruhen, ist entsprechend beachtlich. Indem Daepf diese Sachverhaltsfeststellungen integral und umfassend anerkennt und dadurch das Beweisergebnis stärkt, erleichtert sie die weiteren Verfahrensschritte vor der WEKO und allfälligen Rechtsmittelinstanzen deutlich. So erscheint es bei dieser Ausgangslage etwa angebracht, pauschale oder wenig substantiierte Vorbringen anderer Parteien hinsichtlich einzelner Sachverhaltsfeststellungen rascher und einfacher als nicht überzeugend abzutun. Kommt hinzu, dass keine andere Partei den Sachverhalt umfassend anerkennt und auch keine Selbstanzeigen vorliegen, wodurch der integralen Sachverhaltsanerkennung durch Daepf ein noch grösseres Gewicht zukommt.⁴⁵⁹⁵

2432. Nicht zu vernachlässigen ist ferner, dass es das von Daepf bekundete Interesse am Abschluss einer EVR war, welches das Sekretariat dazu veranlasste, die übrigen Parteien gleichzeitig mit dem Versand des Antrags auf diese Möglichkeit hinzuweisen.⁴⁵⁹⁶ Insofern kann das von Daepf mit Nachdruck geäusserte Anliegen nach Abschluss einer EVR als Ursprung dafür angesehen werden, dass letztlich nicht nur mit ihr, sondern auch mit fünf weiteren Parteien EVR abgeschlossen werden konnten. Oder anders gewendet ist es daher in einem gewissen Sinne Daepf anzurechnen, dass mit insgesamt sechs von sieben Parteien jeweils EVR abgeschlossen wurden.

2433. Den Willen und die Bereitschaft von Daepf, das Verfahren zu erleichtern und – soweit an ihr liegend – zu beschleunigen, zeigt sich im Übrigen auch darin, dass sich ihre Stellungnahme auf neun Seiten beschränkt und sie auf eine Anhörung durch die WEKO verzichtet.

⁴⁵⁹⁰ Act. IX.30 Beilage 6 Rz 32–35.

⁴⁵⁹¹ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 9.6.7 m.w.H., *Leasing – CA Auto Finance*; BVGer, B-721/2018 vom 25.4.2024 E. 13.1.6, *Engadin VIII – Lazzarini*.

⁴⁵⁹² Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28.2.2018, Rz 12.

⁴⁵⁹³ Rz 132.

⁴⁵⁹⁴ Act. VIII.139.1.

⁴⁵⁹⁵ Dahingehend, wenn auch im konkreten Fall gerade umgekehrt gelagert, BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023 E. 9.6.13, *Leasing – CA Auto Finance*.

⁴⁵⁹⁶ Act. VIII.4–9, jeweils Ziff. 5.

2434. Vor diesem Hintergrund erscheint es angemessen, die Sanktion für Daepf aufgrund besonders guter Kooperation um 15 % zu reduzieren.⁴⁵⁹⁷ Die Sanktionsreduktion für Daepf beläuft sich damit auf insgesamt 23 %.

2435. In ihrer Stellungnahme zum Antrag erklärte Heimberg, den Sachverhalt anzuerkennen, soweit sie ihm in ihrer Stellungnahme nicht widerspreche. Sie könne nicht die Bereitschaft zur Anerkennung jenes Sachverhalts in Aussicht stellen, welcher zur Begründung der Massnahmen gegen Heimberg gemäss Dispositivziffer 1 herangezogen worden sei. Hierfür erachte sie eine Sanktionsreduktion von 10 % als angemessen, was sie auch entsprechend begehrte.⁴⁵⁹⁸ An der Anhörung stellte Heimberg ein geändertes Rechtsbegehren 1, das dieses Anliegen nicht mehr enthält.⁴⁵⁹⁹

2436. Es braucht nicht geklärt zu werden, ob Heimberg mit ihrem anlässlich der Anhörung geänderten Rechtsbegehren 1 diesen Antrag auf Sanktionsreduktion fallen liess. Denn so oder so stellt ihre «teilweise Sachverhaltsanerkennung» keinen Grund dar, ihr gegenüber die Sanktion zu reduzieren. Zu bewerten ist nämlich, welchen Beitrag Heimberg durch diese «teilweise Sachverhaltsanerkennung» nach Zustellung des Antrags durch das Sekretariat zur Verfahrenserleichterung und -vereinfachung beigetragen hat. Und dieser ist gleich null. Das schon nur deshalb, weil die inhaltliche Tragweite der «teilweisen Sachverhaltsanerkennung» unklar und konturlos ist. Ausgenommen von der Anerkennung soll nämlich jener Sachverhalt sein, der zur Begründung der Massnahmen gegen Heimberg gemäss Dispositivziffer 1 des Antrags herangezogen worden ist. Die Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1 des Antrags betreffen die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA sowie den Informationsaustausch im VR von KAGA. Insbesondere bei Erstem⁴⁶⁰⁰ spielen letztlich sämtliche Sachverhaltsfeststellungen mit eine Rolle, insbesondere auch solche, die hinsichtlich rechtlich separat beurteilten und gegebenenfalls sanktionierten Verhaltensweisen erfolgt sind. Was Heimberg anerkennen will und was nicht, bleibt daher unbekannt. Da die «teilweise Sachverhaltsanerkennung» vorliegend nach Versand des Antrags und damit zu einem späten Verfahrenszeitpunkt erfolgte, fällt die fehlende Präzision von Heimberg umso mehr ins Gewicht und ist unverständlich. Heimberg wäre es ein Leichtes gewesen, die exakten Randziffern der Sachverhaltsfeststellungen anzugeben, die sie anerkennt bzw. nicht anerkennt. Das hat sie jedoch nicht getan. Die Unklarheit der «teilweisen Sachverhaltsanerkennung» hat daher allein Heimberg zu verantworten. Abgesehen davon vermag eine «teilweise» Sachverhaltsanerkennung, selbst wenn sie inhaltlich klar wäre, ein Verfahren so oder so kaum je, falls überhaupt jemals, zu erleichtern und zu vereinfachen. Denn mit einer bloss «teilweisen Sachverhaltsanerkennung» bleiben die Sachverhaltsfeststellungen zumindest teilweise strittig und das Beweisverfahren kann nicht ohne Weiteres beendet werden. Kommt hinzu, dass es im Regelfall stets die einen oder anderen Sachverhaltsfeststellungen geben dürfte, die unbestritten sind;⁴⁶⁰¹ deren Anerkennung führt aber nicht zu einer Verfahrenserleichterung und -vereinfachung. Wäre die Sanktion bereits für «teilweise Sachverhaltsanerkennungen» zu reduzieren, wür-

de dies – zu Ende gedacht – wohl auf einen gesetzlich nicht vorgesehenen, standardmässigen Sanktionsabzug in Kartellsanktionsverfahren hinauslaufen. Die Aussage, der Sachverhalt werde anerkannt, soweit ihm nicht in der Stellungnahme widersprochen werde, hat nach dem Gesagten keinen merklichen Mehrwert für das Verfahren und eine Sanktionsreduktion dafür scheidet aus. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass Heimberg keine Sanktionsreduktion für ihre diffuse «teilweise Sachverhaltsanerkennung» zuzugestehen ist.

E.2.3.7 Gesamtsanktion

2437. Zusammengefasst ergeben sich folgende Sanktionen pro Unternehmen:

⁴⁵⁹⁷ Siehe zur Praxis in anderen Fällen BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023 E. 9.6.23–9.6.25, *Leasing – CA Auto Finance*.

⁴⁵⁹⁸ Act. VIII.161 Rz 9 f. und Rechtsbegehren 1.

⁴⁵⁹⁹ Act. IX.30 Beilage 3 Rechtsbegehren 1.

⁴⁶⁰⁰ Siehe dazu Rz 829 ff. sowie das zusammenfassende Beweisergebnis in Rz 936–940.

⁴⁶⁰¹ Siehe exemplarisch Act. VIII.162 Rz 8. Eine Sanktionsreduktion für diese spezifischen Sachverhaltsanerkennungen beantragt Alluvia bezeichnenderweise nicht.

E.2.3.7.1 KAGA

Verstoss	Sanktion
Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen und Ausschluss der Arbitragemöglichkeit beim Kiespreis	1'000'000
Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben	10'000
Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet	435'000
Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub	1'750'000
Zwischentotal	3'195'000
Reduktion aufgrund EVR von 2 %	63'900
Total	3'131'100

Tabelle 71: Gesamtsanktion KAGA.**E.2.3.7.2 Alluvia**

Verstoss	Sanktion
Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen und Ausschluss der Arbitragemöglichkeit beim Kiespreis	95'000
Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben	10'000
Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet	290'000
Zwischentotal	395'000
Reduktion aufgrund EVR von 3 %	11'850
Total	383'150

Tabelle 72: Gesamtsanktion Alluvia.**E.2.3.7.3 Daepf**

Verstoss	Sanktion
Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen und Ausschluss der Arbitragemöglichkeit beim Kiespreis	95'000
Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben	10'000
Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet	290'000
Zwischentotal	395'000
Reduktion aufgrund EVR und umfassender Sachverhaltsanerkennung von insgesamt 23 %	90'850
Total	304'150

Tabelle 73: Gesamtsanktion Daepf.

E.2.3.7.4 Heimberg

Verstoss	Sanktion
Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen und Ausschluss der Arbitragemöglichkeit beim Kiespreis	95'000
Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben	10'000
Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet	145'000
Zwischentotal	250'000
Reduktion aufgrund EVR von 3 %	7'500
Total	242'500

Tabelle 74: Gesamtsanktion Heimberg.**E.2.3.7.5 Kästli-Gruppe**

Verstoss	Sanktion
Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen und Ausschluss der Arbitragemöglichkeit beim Kiespreis	115'000
Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben	10'000
Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet	350'000
Zwischentotal	475'000
Reduktion aufgrund EVR von 3 %	14'250
Total	460'750

Tabelle 75: Gesamtsanktion Kästli-Gruppe.**E.2.3.7.6 Marti-Gruppe**

Verstoss	Sanktion
Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen und Ausschluss der Arbitragemöglichkeit beim Kiespreis	95'000
Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben	10'000
Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet	290'000
Zwischentotal	395'000
Reduktion aufgrund EVR von 2 %	7'900
Total	387'100

Tabelle 76: Gesamtsanktion Marti-Gruppe.

E.2.3.7.7 Vigier

Verstoss	Sanktion
Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen und Ausschluss der Arbitragemöglichkeit beim Kiespreis	95'000
Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben	10'000
Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet	290'000
Total	395'000

Tabelle 77: Gesamtsanktion Vigier.

E.2.3.8 Verhältnismässigkeitsprüfung

2438. Die festgesetzten Sanktionsbeträge sind für die betroffenen Unternehmen tragbar. Sie stehen mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang. Bezüglich KAGA, welche die mit Abstand höchste Sanktion zu tragen hat, ist diesbezüglich hervorzuheben, dass sie im Jahr 2021 über flüssige Mittel in der Höhe von rund CHF [...] Mio. verfügte und zusätzlich von ihr an Aktionärs-Unternehmen gewährte Darlehen im Umfang von insgesamt CHF [...] Mio. ausstehend hatte. Sie schüttete 2021 eine Dividende von rund CHF [...] Mio. bei einem Gewinn von gut CHF [...] Mio. aus.⁴⁶⁰²

2439. Kästli-Gruppe erachtet diese Verhältnismässigkeitsprüfung als zu lapidar. Die wirtschaftliche Tragbarkeit bedeute nicht automatisch Verhältnismässigkeit. Es sei diese im Einzelnen und in Bezug auf die angeblichen Verfehlungen zu prüfen.⁴⁶⁰³ Mit diesem Argument übersieht Kästli-Gruppe, dass bereits die konkreten Sanktionsbemessungen der einzelnen Tatkomplexe zahlreiche Verhältnismässigkeitselemente in sich tragen, so etwa durch die Berücksichtigung von Art und Schwere des Verstosses sowie den erschwerenden und mildernden Umständen. Oder anders gewendet: Aus der konkreten Sanktionsbemessung unter Berücksichtigung dieser Faktoren resultiert grundsätzlich eine verhältnismässige Sanktion. Eine darüber hinausgehende, separate Verhältnismässigkeitsbeurteilung kann nur noch im Hinblick auf die wirtschaftliche Tragbarkeit von eigenständiger Bedeutung sein.⁴⁶⁰⁴

E.3 Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten

2440. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei den durchsuchten Gesellschaften diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten kopiert und gespiegelt.⁴⁶⁰⁵ Ein Grossteil der beschlagnahmten Papierdokumente wurde den jeweiligen Gesellschaften bereits im Jahr 2015 zurückgegeben.⁴⁶⁰⁶ Die für die Untersuchung relevanten Papierdokumente wurden in Kopie, die elektronischen Daten in Form von elektronischen Berichten resp. Papierausschnitten in die amtlichen Akten übernommen. Mit Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung gegenüber allen Parteien kann ausgeschlossen werden, dass noch auf die Original-Papierdokumente bzw. die kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten zurückgegriffen werden muss. Dementsprechend sind nach Eintritt der Rechtskraft

gegenüber allen Parteien die Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Partei zurückzugeben resp. die gespiegelten oder kopierten elektronischen Daten zu löschen.

F Kosten

2441. Die Gebührenpflicht, die Höhe der Verfahrenskosten und die Verlegung der Kosten richtet sich nach der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (GebV-KG).⁴⁶⁰⁷

F.1 Gebührenpflicht

2442. Nach Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

2443. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht für eine Partei, wenn sie an einer oder an mehreren unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen beteiligt war oder wenn sie sich unterzieht. Wie die Übersicht im direkt nachfolgenden Kapitel 0 zeigt, wurden in der vorliegenden Untersuchung insgesamt neun Verhaltensweisen untersucht. Davon haben sich acht als unzulässig erwiesen: Fünf Verhaltensweisen, die sich vier unzulässigen und sanktionierbaren Tatkomplexen zuordnen lassen,⁴⁶⁰⁸ und drei Verhaltensweisen, die sich als unzulässig, aber nicht sanktionierbar herausstellten.⁴⁶⁰⁹ Alle Parteien sind an mindestens einer dieser unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligt und daher gebührenpflichtig. Eine Verhaltensweise⁴⁶¹⁰ ist gemäss Ergebnis der Untersuchung

⁴⁶⁰² Act. IV.18, Beilage 6.

⁴⁶⁰³ Act. VIII.163 Rz 165.

⁴⁶⁰⁴ Als Beispiel sei auf den dritten Schritt in der oben dargestellten Vorgehensweise zur Sanktionsbemessung verwiesen, Rz 2274 erstes Lemma und Fn 4332.

⁴⁶⁰⁵ Siehe Rz 215.

⁴⁶⁰⁶ Rz 216.

⁴⁶⁰⁷ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁴⁶⁰⁸ Rz 2276 und Kapitel E.2.3.1–E.2.3.5.

⁴⁶⁰⁹ In zwei Fällen liegt eine Wettbewerbsabrede vor, die zwar unter Art. 5 Abs. 1 KG, aber nicht unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fällt (D.6.3 und D.6.4); in einem Fall liegt eine Abrede vor, die zwar unter Art. 5 Abs. 3 KG fällt, aufgrund der seit Einstellung vergangenen mehr als fünf Jahren vor Untersuchungseröffnung aber nicht sanktionierbar ist (Rz 2251).

⁴⁶¹⁰ D.7.5 Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub.

zulässig und diesbezüglich wird die Untersuchung eingestellt. Für den diesbezüglichen Aufwand sind die Parteien nicht gebührenpflichtig.

2444. Einige Parteien beantragen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats oder anderweitig, ihnen seien keine oder bloss reduzierte Verfahrenskosten aufzuerlegen, und begründen dies damit, ihnen sei generell oder zumindest hinsichtlich einzelner Verhaltensweisen entgegen dem Antrag des Sekretariats kein kartellrechtswidriges Verhalten vorzuwerfen.⁴⁶¹¹ Die Einschätzung der Parteien hinsichtlich der kartellrechtlichen (Un-)Zulässigkeit spezifischer oder gar aller ihrer Verhaltensweisen trifft nicht zu; die Gebührenpflicht besteht demnach.

F.2 Höhe der auf die Parteien zu verlegenden Verfahrenskosten

2445. Die Höhe der Verfahrenskosten ist auf der Grundlage der von der Behörde für das Verfahren aufgewendeten Stunden zu berechnen. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

2446. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis 290.–. Die aufgewendete Zeit, die im mit Schreiben vom 28. Juni 2023 an die Parteien versandten Antrag berücksichtigt wurde, beträgt vorliegend insgesamt 6'531 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 531 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 69'030.–
- 5'873 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 1'174'600.–
- 127 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 36'830.–

2447. Bis zum Versand des per 16. Januar 2024 angepassten Antrags an die WEKO sind zusätzlich folgende Stunden angefallen:

- 46 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 5'980.–
- 210 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 42'000.–
- 53 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 15'370.–

2448. Für das Verfahren vor der WEKO, d.h. ab Versand des per 16. Januar 2024 angepassten Antrags bis zum Versand der vorliegenden Verfügung, sind zusätzlich folgende Stunden angefallen. An dieser Stelle ist anzumerken, dass die von den WEKO-Mitgliedern aufgewendeten Stunden beim Verfahrensaufwand praxisgemäss unberücksichtigt bleiben:

- 45 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 5'850.–
- 351 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 70'200.–
- 55 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 15'950.–

2449. Demnach beläuft sich der Verfahrensaufwand auf insgesamt CHF 1'435'810.–.

2450. Von diesem Verfahrensaufwand ist in einem ersten Schritt derjenige Aufwand abzuziehen, der vorliegend auf die Einarbeitungszeit der im Laufe der Untersuchung neu zum Fallteam hinzugestossenen Mitarbeiter entfällt. Dieser mit dem Personalwechsel verbundene Aufwand ist nicht von den Parteien zu tragen, sondern von der Staatskasse. Dieser Aufwand kann auf rund 230 Stunden à CHF 200.– beziffert werden. Somit sind CHF 46'000.– vom oben genannten Verfahrensaufwand in Abzug zu bringen.

2451. Vom gesamten Verfahrensaufwand ist sodann in einem zweiten Schritt jener Aufwand in Abzug zu bringen, der auf andere Verfahren entfällt. Die WEKO hat im aus der Verfahrenstrennung vom 21. November 2016⁴⁶¹² entstandenen, separaten Verfahren «22-0440: KTB-Werke» einen Teil der bis zur Trennung angefallenen Verfahrenskosten auf das abgetrennte Verfahren verlegt. Es handelt sich um den Betrag von insgesamt CHF 24'964.–.⁴⁶¹³ Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle erwähnt, dass der Aufwand, der für den Erlass der diversen Zwischenverfügungen entstanden ist,⁴⁶¹⁴ separat verbucht und verrechnet wurde. Diese Aufwände sind im hiervor ausgewiesenen Verfahrensaufwand also nicht enthalten, weshalb sich ein diesbezüglicher Abzug erübrigt.

2452. In einem dritten Schritt ist der Aufwand auszuscheiden, der für die Abklärung und Beurteilung der sich als zulässig erwiesenen Verhaltensweise (siehe Sachverhalt in C.8 und die rechtliche Beurteilung in D.7.5) angefallen ist. Dieser Aufwand ist von der Staatskasse zu tragen und nicht von den Parteien. Exakt lässt sich dieser Aufwand nicht berechnen, es gilt vielmehr, ihn zu schätzen. Naheliegend ist es, hierfür den Umfang beizuziehen, den im vorliegenden Dokument einerseits die Ausführungen zu dieser zulässigen Verhaltensweise einnehmen und andererseits diejenigen zu den unzulässigen Verhaltensweisen: In den über 220 Seiten Sachverhaltsfeststellungen in den Kapiteln C.5–C.8 entfallen lediglich rund 9 Seiten auf die Einschränkung des Einzugsgebiets (C.8); in der rechtlichen Würdigung (D.6 und D.7) beträgt das Verhältnis 150 Seiten zu 5 Seiten. Es sind keine Gründe ersichtlich, die nahelegen, dass bezüglich dieser zulässigen Verhaltensweise besonderer Aufwand angefallen wäre, der sich nicht im Niedergeschriebenen reflektieren würde. Im Gegenteil: Die Thematik der Einschränkung des Einzugsgebiets ist im Vergleich mit jener anderer Verhaltensweisen nicht besonders komplex. Unter Berücksichtigung dieser Umstände erscheint die Ausscheidung eines Verfahrensaufwands im Umfang von CHF 40'000.– für die Abklärungen und Beurteilung zur – als zulässig qualifizierten – Einschränkung des Einzugsgebiets als angemessen.

⁴⁶¹¹ Act. VIII.164 Antrag 1; Act. VIII.158 Antrag 5 und Rz 118, gleichlautend Act. IX 30 Beilage 4; Act. IX.41 Rz 4 f.

⁴⁶¹² Act. V.5.1, Rz 15.

⁴⁶¹³ Die Summe setzt sich zusammen aus CHF 15'885.– und CHF 6'835.– für Einvernahmen und CHF 2'244.– für die anteilmässige Geschäftsgeheimnisbereinigung (RPW 2020/1, 224 Rz 992 f., *KTB-Werke*).

⁴⁶¹⁴ Zwischenverfügung vom 27.8.2015 (CHF 2'277.50; Act. V.1.1, Rz 32 ff.); Zwischenverfügung vom 5.10.2015 (CHF 3'095.–; Act. V.2.1, Rz 40 ff.); Zwischenverfügung vom 8.12.2015 (CHF 2'820.–; Act. V.3.1, Rz 29 ff.); Zwischenverfügung vom 2.2.2016 (CHF 4'975.–; Act. V.4.1, Rz 76 ff.).

2453. Von den Verfahrenskosten von CHF 1'435'810.– sind demnach folgende Beträge abzuziehen:

- Erster Schritt CHF 46'000.–; zulasten der Staatskasse auszuscheiden.
- Zweiter Schritt CHF 24'964.–; Verlegung erfolgte im separaten Verfahren.
- Dritter Schritt CHF 40'000.–; zulasten der Staatskasse auszuscheiden.

F.3 Verlegung auf die Parteien

2454. Die auf die Parteien zu verlegenden Verfahrenskosten betragen demnach CHF 1'324'846.–.

2455. Alluvia, Kästli-Gruppe und KAGA beantragen in ihren Stellungnahmen zum Antrag und auch anderweitig, ihnen seien maximal die Verfahrenskosten aufzuerlegen, wie sie im Antrag des Sekretariats (mit Stand Juni 2023) ausgewiesen waren.⁴⁶¹⁵ Dieses Begehren begründen sie nicht weiter. Insbesondere erläutern sie nicht, weshalb ihnen aus ihrer Sicht nur die Verfahrenskosten für einen Teil des erstinstanzlichen Verfahrens (bis und mit Versand des Antrags des Sekretariats an die Parteien) und nicht für das gesamte erstinstanzliche Verfahren (bis zum Versand der Verfügung der WEKO) aufzuerlegen sein sollten, obwohl das keineswegs auf der Hand liegt. Es sind weder Gründe noch Rechtsgrundlagen dafür ersichtlich, weshalb den Parteien bloss für einen Teil des erstinstanzlichen Verfahrens die dafür angefallenen Verfahrenskosten aufzuerlegen sein sollten und nicht für das gesamte Verfahren. Es sind daher die hiervor aufgeführten Kosten bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens, d.h. bis zum Versand der Verfügung der WEKO, auf die Parteien zu verlegen.

2456. Heimberg, Marti-Gruppe und Vigier beantragen, ihnen seien, wenn überhaupt, reduzierte Verfahrenskosten aufzuerlegen. Sie begründen dies wie folgt:

- Heimberg beantragt in ihrer Stellungnahme zum Antrag und auch anderweitig, es seien die ihr auferlegten Verfahrenskosten zu reduzieren.⁴⁶¹⁶ Sie begründet dies damit, die Verfahrenskosten seien zu hoch. Sie habe als Verfahrenspartei keinen Einfluss darauf nehmen können, wie viele Stunden das Sekretariat für diese Untersuchung aufwende. Der Sachverhalt sei nicht komplexer als in anderen Untersuchungen. Dass eine derart umfassende Aufarbeitung des Sachverhalts nicht erforderlich gewesen wäre, zeige auch der Umstand, dass Heimberg und andere Parteien bereit gewesen seien, EVR abzuschliessen, da die Umsetzung vieler der beantragten Massnahmen eine Selbstverständlichkeit für sie sei. Heimberg sei der Auffassung, dass die kartellrechtswidrigen Vereinbarungen seit 2012 nicht mehr gelebt worden seien und sei daher bereit gewesen, die Massnahmen der Dispositivziffern 2 und 3 im Rahmen einer EVR anzuerkennen.⁴⁶¹⁷
- Marti-Gruppe beantragt in ihrer Stellungnahme zum Antrag und auch anderweitig, ihr seien keine Verfahrenskosten aufzuerlegen, eventualiter seien diese erheblich zu reduzieren.⁴⁶¹⁸ Das Absehen von Kostenfolgen begründet Marti-Gruppe damit, dass sie keine Kartellrechtsverletzungen begangen habe.⁴⁶¹⁹ Die beantragte Kostenreduktion begründet sie damit, der

getätigte Aufwand stehe in keinem Verhältnis zur volkswirtschaftlichen Bedeutung einer Kiesgrube im Kanton Bern. Der Antrag sei weitschweifig und viele Ausführungen unnötig. Zudem könnten Marti-Gruppe, wenn überhaupt, höchstens geringfügige Kartellrechtsverstösse zur Last gelegt werden.⁴⁶²⁰

- Vigier beantragt in ihrer Stellungnahme zum Antrag und auch anderweitig, die Untersuchung sei gegenüber ihr ohne Kostenfolgen einzustellen.⁴⁶²¹ Ohne einen spezifischen Antrag zu den Verfahrenskosten zu stellen, hält sie in ihren Ausführungen weiter fest, die ihr auferlegten Kosten seien herabzusetzen, falls von einem kartellrechtswidrigen Verhalten von ihr ausgegangen werde.⁴⁶²² Das Absehen von Kostenfolgen begründet sie damit, dass sie keine Kartellrechtsverletzungen begangen habe. Die beantragte Kostenreduktion begründet sie damit, die extrem hohen Verfahrenskosten seien einerseits wegen der viel zu langen Verfahrensdauer und andererseits aufgrund des viel zu umfangreichen Antrags – inklusive einer fast 400-seitigen Sachverhaltsdarstellung – entstanden. Die Verfahrenskosten seien unangemessen und in jedem Fall herabzusetzen.⁴⁶²³

2457. Soweit das Absehen von Kostenfolgen oder die Reduktion der Verfahrenskosten damit begründet wird, dass keine Kartellrechtsverstösse vorliegen, trifft das nicht zu; es kann auf vorangehende Erwägungen verwiesen werden.⁴⁶²⁴ Weiter machen die Parteien sinngemäss geltend, es sei unnötiger Aufwand betrieben worden. Die dadurch entstandenen Kosten dürften ihnen nicht auferlegt werden. Den unnötigen Aufwand verorten sie primär im Umfang des Antrags und zwar insbesondere in der umfassenden Sachverhaltsfeststellung. Konkrete Passagen bzw. Sachverhaltsfeststellungen, die überflüssig oder redundant sein sollen, vermögen sie jedoch nicht zu bezeichnen,⁴⁶²⁵ jedenfalls tun sie das nicht, sondern belassen es bei einer pauschalen Behauptung unter Berufung auf die Seitenanzahl. Das überzeugt nicht, wobei hinsichtlich der Komplexität der vorliegenden Untersuchung auf bereits gemachte Ausführungen verwiesen werden kann.⁴⁶²⁶ Gerade Heimberg dürfte bei ihrer Argumentation zudem einem Rückblickfehler unterliegen. Dass die Sachverhaltsfeststellungen über weite Strecken unbestritten geblieben sind und mehrere Parteien nach Versand des Antrags bereit waren, eine teilweise EVR abzuschliessen, dürfte zu einem wesentlichen Teil daran liegen, dass die vorangegangenen Sachverhaltsfeststellungen sorgfältig, minutiös und umfassend erfolgt sind. Daraus lässt sich aber nicht schliessen, diese seien unnötig gewesen und oberflächlichere Feststellungen hätten ebenso genügt. Hätten die

⁴⁶¹⁵ Act. VIII.162 Antrag 3, gleichlautend Act. IX.37 Antrag 3; Act. VIII.163 Antrag 1; Act. VIII.156 Antrag 1 und Eventualbegehren 2.

⁴⁶¹⁶ Act. VIII.161 Antrag 3, gleichlautend Act. IX.30 Beilage 3 Antrag 3.

⁴⁶¹⁷ Act. VIII.161 Rz 81, dito Act. IX. Beilage 3 Rz 31.

⁴⁶¹⁸ Act. VIII.158 Antrag 5, gleichlautend Act. IX.30 Beilage 4.

⁴⁶¹⁹ Act. VIII.158 Rz 118.

⁴⁶²⁰ Act. VIII.158 Rz 119, dahingehend auch Act. IX.30 Beilage 4 Rz 3 f.

⁴⁶²¹ Act. VIII.164 Antrag 1.

⁴⁶²² Act. VIII.164 Rz 239 ff.

⁴⁶²³ Act. VIII.164 Rz 241–243.

⁴⁶²⁴ Rz 2444.

⁴⁶²⁵ Siehe dazu auch bereits Rz 167.

⁴⁶²⁶ Rz 2303.

Wettbewerbsbehörden den vielfältigen, komplexen und über Jahrzehnte bis heute andauernden Sachverhalt nur summarisch fest- und dargestellt, hätte einerseits die Gefahr bestanden, dass die Parteien eine unvollständige oder unverständliche Sachverhaltsfeststellung und eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes rügen würden. Andererseits wären die EVR-Parteien möglicherweise nicht bereit gewesen, eine EVR abzuschliessen. Ausserdem ermöglichten es gerade die erfolgten Sachverhaltsfeststellungen der WEKO, die von einigen Parteien in ihren Stellungnahmen zum Antrag vorgebrachten Sachverhaltsbehauptungen zu überprüfen und zu beurteilen. Kurzum: Unnötig verursachter Aufwand durch das Sekretariat insbesondere bei der Sachverhaltsfeststellung, aber auch insgesamt bezüglich der Antragsredaktion, ist nicht auszumachen, weshalb eine Kostenreduktion aus diesem Grund ausser Betracht fällt. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Aufwand, der mit der Einarbeitungszeit der im Laufe der Untersuchung neu zum Fallteam hinzugestossenen Mitarbeiter verbunden war, zu Lasten der Staatskasse ausgeschieden wurde, also nicht den Parteien auferlegt wird.⁴⁶²⁷ Nicht überzeugend ist schliesslich, wenn Marti-Gruppe aus der von ihr behaupteten geringen volkswirtschaftlichen Bedeutung des Untersuchungsgegenstands eine Unverhältnismässigkeit der Kosten ableiten will. Es geht vorliegend um mehrere schwerwiegende, teilweise sanktionierbare und zum Teil über Jahrzehnte gelebte Verstösse gegen das Kartellgesetz, die u.a. durch ein marktbeherrschendes Unternehmen begangen wurden. Die Verfahrenskosten, um dies abzuklären und zu beurteilen, sind ohne Weiteres verhältnismässig. Soweit Marti-Gruppe damit sinngemäss eine Verletzung des Äquivalenzprinzips rügt, überzeugt das ebenfalls nicht. Die Verfahrenskosten richten sich nach dem Zeitaufwand und nicht nach den verhängten Sanktionen.⁴⁶²⁸ Auch insofern ist eine Reduktion der Verfahrenskosten nicht angezeigt.

2458. Zu klären bleibt, wie diese Verfahrenskosten auf die Parteien aufzuteilen sind. Ist die Aufdeckung und Abklärung einer unzulässigen Wettbewerbsabrede Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle daran Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Massgebend ist nämlich die Beteiligung an der Abrede als solche und nicht eine «prozentuale Beteiligungsquote» daran, weshalb in diesem Zusammenhang auch unterschiedlich hohe Sanktionen irrelevant sind.⁴⁶²⁹ Dementsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten bei unzulässigen Wettbewerbsabreden vorgenommen wurde. Die Rechtsmittelinstanzen teilen diese Auffassung: So hat das BGer die vom BVGer vorgenommene Bestätigung einer Verlegung der Verfahrenskosten «nach Kopf» in einer solchen Situation ausdrücklich nicht beanstandet.⁴⁶³⁰ Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätserwägungen stehen dabei im Vordergrund.⁴⁶³¹ Bei einer unzulässigen Verhaltensweise nach Art. 7 KG gilt als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens im Regelfall, vorbehaltlich einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung, ein ein-

zelnes Unternehmen, nämlich das marktbeherrschende Unternehmen.

2459. Im vorliegenden Fall deckt die Wettbewerbsbehörde neben mehreren unzulässigen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG auch zwei unzulässige Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG auf. Eine Aufschlüsselung der Verfahrenskosten auf die sechs unterschiedlichen Wettbewerbsabreden und die zwei Missbräuche gemäss Art. 7 KG ist im vorliegenden Fall, der insofern besonders gelagert ist, aber dennoch weder möglich noch nötig: Nicht möglich, weil alle untersuchten Verhaltensweisen letztlich in den Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA⁴⁶³² wurzeln, sodass sich der Abklärungsaufwand nicht gezielt einer einzelnen unzulässigen Verhaltensweise zuordnen lässt. Nicht nötig, weil alle Parteien in vergleichbarer Weise zur Untersuchung beigetragen haben: Dies liegt einerseits am bereits erwähnten Zusammenhang zwischen den Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA und den damit verbundenen einzelnen unzulässigen Verhaltensweisen. Andererseits sind KAGA und ihre Aktionärs-Unternehmen in einer Art verknüpft, die eine gleichmässige Aufteilung auf alle an den festgestellten unzulässigen Verhaltensweisen beteiligten Unternehmen rechtfertigt. Dies insbesondere auch hinsichtlich der unzulässigen Verhaltensweisen nach Art. 7 KG. Diese hat zwar KAGA begangen, aber ihr VR ist besetzt mit Vertretern der Aktionärinnen. Die Verfahrenskosten sind insgesamt somit gleichmässig auf die sieben Unternehmen Alluvia,⁴⁶³³ Daep, Heimberg, KAGA, Kästli-Gruppe,⁴⁶³⁴ Marti-Gruppe und Vigier aufzuteilen. Dies deckt sich im Übrigen mit der Praxis der WEKO, wonach die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine Gesellschaft, die sich an einer unzulässigen Verhaltensweise beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht.⁴⁶³⁵ Zusammenfas-

⁴⁶²⁷ Siehe Rz 2450.

⁴⁶²⁸ BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 7.6, VPVW.

⁴⁶²⁹ BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 7.5.1 und 7.5.2, VPVW.

⁴⁶³⁰ BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 7.5.1, VPVW.

⁴⁶³¹ RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁴⁶³² Siehe dazu Rz 829 ff.

⁴⁶³³ Die Tatsache, dass Alluvia zwei KAGA-Aktionärinnen unter ihrem Dach vereint, hatte keinen derartigen Einfluss auf den Verfahrensaufwand, der eine Abweichung von der genannten Pro-Kopf-Verteilung rechtfertigen würde. Namentlich führte dies vorliegend nicht zu einem Mehraufwand wegen deutlich mehr Tatbeiträgen.

⁴⁶³⁴ Die führende Rolle, die der Kästli-Gruppe zuzuschreiben ist (insb. Rz 2356 ff.), bedeutet in erster Linie, dass ihre Tatbeiträge schwerer zu gewichten sind, nicht aber, dass deshalb erheblich mehr Verfahrensaufwand entstanden wäre. Die Tatbeteiligungen der Kästli-Gruppe haben den Verfahrensaufwand jedenfalls nicht in einer Weise beeinflusst, die eine Abweichung von der genannten Pro-Kopf-Verteilung rechtfertigen würde.

⁴⁶³⁵ Siehe z.B. RPW 2020/3a, 1139 f. Rz 1440, *Bauleistungen See-Gaster*.

send ergibt sich somit, dass die verbleibenden Verfahrenskosten gleichmässig auf die sieben genannten Unternehmen aufzuteilen sind.⁴⁶³⁶

2460. Die für das jeweilige Unternehmen in das Verfahren einbezogenen Gesellschaften⁴⁶³⁷ haften für die auf das fragliche Unternehmen ausgeschiedenen Verfahrenskosten selbstverständlich solidarisch.

2461. Die Alluvia, Daepp, Heimberg, KAGA, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe und Vigier zu gleichen Teilen auferlegten Gebühren betragen je Unternehmen CHF 189'263.—.

2462. Für die Verfahrenskosten, die einem Unternehmen auferlegt werden, haften die anderen Unternehmen solidarisch mit. Denn vorliegend bestehen die unzulässigen Verhaltensweisen gerade in einem Zusammenwirken der verschiedenen Unternehmen, wodurch die Unternehmen gemeinsam die entsprechende Untersuchung veranlasst haben. Entsprechend haften sie für die Verfahrenskosten auch solidarisch (vgl. Art. 2 Abs. 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung⁴⁶³⁸).⁴⁶³⁹

G Ergebnis

2463. Die nachfolgende Tabelle präsentiert in geraffter Form das Ergebnis:

⁴⁶³⁶ Eine einzige Ausnahme von dieser grundsätzlich gleichmässigen Aufteilung der Verfahrenskosten könnte vorliegend nur, aber immerhin, für einen Bruchteil dieser Kosten in Betracht gezogen werden, da die Marti-Gruppe als einziges Unternehmen nicht an der eigentlichen Koordination der Angebote für die Übernahme der [U01] beteiligt war (vgl. Rz 1661). Doch auch diese unzulässige Verhaltensweise hat ihre Wurzel letztlich in den Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA. Die Nichtbeteiligung der Marti-Gruppe ist «nur» darauf zurückzuführen, dass sie während der eigentlichen Koordination der Angebote und dem Gespräch der KAGA mit [U04] nicht im VR von KAGA vertreten war. Das gemeinsame Agieren bezüglich eines möglichen Kaufs der [U01] begann allerdings bereits 2002 (siehe Rz 1659). Damals war ein Vertreter der Marti-Gruppe im VR von KAGA und dieser sprach sich nicht dagegen aus. Es ist daher nicht angezeigt, spezifisch hinsichtlich dieser unzulässigen Verhaltensweise Verfahrenskosten ausscheiden und diese nicht gleichmässig auf alle Unternehmen aufteilen zu wollen.

⁴⁶³⁷ Siehe Rz 1315.

⁴⁶³⁸ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.7.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

⁴⁶³⁹ In dem Sinne auch BGer, 2C_43/2020 vom 21.12.2021 E. 13.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 25), *Dargaud*, wobei diese Voraussetzungen in dem vom BGer beurteilten Fall – anders als hier – gerade nicht erfüllt waren.

Verhaltensweise	Beteiligte	Norm	Ergebnis
Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA ⁴⁶⁴⁰	Aktionärinnen und KAGA	KG 5 I	Unzulässig, Massnahmen, keine Sanktion
Recht der Aktionärinnen, je ein Mitglied in den VR von KAGA zu entsenden, gelebte Entsendepraxis und Informationsaustausch im VR ⁴⁶⁴¹	Aktionärinnen und KAGA	KG 5 I	Unzulässig, Massnahmen, keine Sanktion
Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen ⁴⁶⁴²	Aktionärinnen und KAGA	KG 5 IV	Unzulässig, keine Massnahmen, Sanktion
Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben ⁴⁶⁴³	Aktionärinnen und KAGA	KG 5 IV	Unzulässig, Massnahmen, Sanktion
Koordination der Angebote für die Übernahme von [U01] ⁴⁶⁴⁴	Aktionärinnen (ohne Marti) und KAGA	KG 5 III a und c	Unzulässig, keine Massnahmen, keine Sanktion
Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen ⁴⁶⁴⁵	Aktionärinnen und KAGA	KG 5 III c	Unzulässig, Massnahmen, Sanktion
Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen beim Kies ⁴⁶⁴⁶	KAGA	KG 7 II b i.V.m. I	Unzulässig, keine Massnahmen, Sanktion
Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub ⁴⁶⁴⁷	KAGA	KG 7 II f i.V.m. I	Unzulässig, Massnahmen, Sanktion
Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub ⁴⁶⁴⁸	KAGA	KG 7	Zulässig, keine Massnahmen, keine Sanktion

Tabelle 78: Übersicht über das Ergebnis.

H Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. 1.1 K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepf A.G., Daepf Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Moosseedorf, Marti Holding AG, Kiestag, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG wird untersagt, der Kies AG Aaretal KAGA bezüglich des Abbaus von Kiesvorkommen, des Betriebs von Kies- und Recyclinganlagen, von Aushub- und Inertstoffdeponien, sowie des Vertriebs von Sand, Kies- und anderen Baustoffen Vorgaben strategischer oder operativer Natur zu machen.
- 1.2 K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepf A.G., Daepf Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Moosseedorf, Marti Holding AG, Kiestag, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG wird untersagt, an der GV von Kies AG Aaretal KAGA Personen in den VR von Kies

AG Aaretal KAGA zu wählen, die bei ihnen oder einer mit ihnen konzernmässig verbundenen Gesellschaft Organ sind oder eine Leitungsfunktion innehaben oder die bei ihnen in den vergangenen zehn Jahren Organ waren oder eine Leitungsfunktion innehaben.

- 1.3 K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepf A.G., Daepf Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteili-

⁴⁶⁴⁰ Zusammenfassung der Beurteilung mit weiteren Verweisen in Rz 2008 ff.

⁴⁶⁴¹ Zusammenfassung der Beurteilung mit weiteren Verweisen in Rz 2011 ff.

⁴⁶⁴² Zusammenfassung der Beurteilung mit weiteren Verweisen in Rz 2014 ff.

⁴⁶⁴³ Zusammenfassung der Beurteilung mit weiteren Verweisen in Rz 2017 ff.

⁴⁶⁴⁴ Zusammenfassung der Beurteilung mit weiteren Verweisen in Rz 2020 ff.

⁴⁶⁴⁵ Zusammenfassung der Beurteilung mit weiteren Verweisen in Rz 2023 ff.

⁴⁶⁴⁶ Zusammenfassung der Beurteilung mit weiteren Verweisen in Rz 2027 f.

⁴⁶⁴⁷ Zusammenfassung der Beurteilung mit weiteren Verweisen in Rz 2029 f.

⁴⁶⁴⁸ Zusammenfassung der Beurteilung mit weiteren Verweisen in Rz 2031 f.

- gungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Moosseedorf, Marti Holding AG, Kiestag, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG wird untersagt, den Personen, die sie in den VR von Kies AG Aaretal KAGA entsenden, irgendwelche Vorgaben zu machen, wie sie sich dort verhalten oder abstimmen sollen.
- 1.4 Kies AG Aaretal KAGA wird verpflichtet, die Geschäftsführung soweit gesetzlich zulässig in einem Organisationsreglement an eine Geschäftsleitung zu delegieren.
 - 1.5 Kies AG Aaretal KAGA wird untersagt, Personen in ihrer Geschäftsleitung zu beschäftigen, welche die unter Dispositivziffer 1.2 hiervor bezüglich den VR-Mitgliedern aufgestellten Anforderungen nicht erfüllen.
 - 1.6 Kies AG Aaretal KAGA wird verpflichtet, ihre Organe vertraglich zum Stillschweigen gegenüber allen Dritten (inklusive den Aktionärinnen von Kies AG Aaretal KAGA, mit diesen konzernmässig verbundenen Gesellschaften, deren Organen sowie Mitarbeitenden) über sämtliche Informationen und Dokumente zu verpflichten, die ihnen im Zusammenhang mit ihrer Organtätigkeit bei Kies AG Aaretal KAGA zur Kenntnis gelangt sind. Vorbehalten bleiben gesetzliche Informationspflichten der Organe.
 - 1.7 K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepf A.G., Daepf Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Moosseedorf, Marti Holding AG, Kiestag, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG wird untersagt, sich bei Organen von Kies AG Aaretal KAGA um Informationen oder Dokumente zu erkundigen, die diesen im Zusammenhang mit ihrer Organtätigkeit bei Kies AG Aaretal KAGA zur Kenntnis gelangt sind.
 - 1.8 K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepf A.G., Daepf Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Moosseedorf, Marti Holding AG, Kiestag, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG werden verpflichtet, die Personen, die sie in den VR von Kies AG Aaretal KAGA entsenden, vertraglich zu verpflichten, im VR von Kies AG Aaretal KAGA keine Informationen über sich oder mit ihnen konzernmässig verbundene Gesellschaften bekanntzugeben mit Ausnahme von öffentlich bekannten Informationen.
 - 1.9 Die Pflichten gemäss Dispositivziffern 1.2, 1.4, 1.5 und 1.8 sind innert zwölf Monaten, nachdem sie gegenüber allen dadurch verpflichteten Parteien in Rechtskraft erwachsen sind, umzusetzen.
 - 1.10 Die Pflichten gemäss Dispositivziffern 1.1, 1.3, 1.6 und 1.7 treten in Kraft, sobald der VR von Kies AG Aaretal KAGA entsprechend der Dispositivziffer 1.2 besetzt ist, spätestens aber zwölf Monate, nachdem Dispositivziffer 1.2 gegenüber allen dadurch verpflichteten Parteien in Rechtskraft erwachsen ist.
 2. Kiestag, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG werden verpflichtet, den Preis, den sie von ihren Kundinnen für von den Abbaustellen der Kies AG Aaretal KAGA bezogenen Kies verlangen, eigenständig und ohne Beachtung eines von Kies AG Aaretal KAGA genannten Mindestpreises festzusetzen.
 3. 3.1 Kiestag, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG werden verpflichtet, keine Verpflichtung einzugehen oder aufrechtzuerhalten, wonach sie im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben oder anderweitig auf einen Abbau von Kies oder Sand in diesem Gebiet verzichten.
 - 3.2 Kiestag, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG wird untersagt,
 - 3.2.1 von K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepf A.G., Daepf Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Moosseedorf und Marti Holding AG zu verlangen, dass diese im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben oder anderweitig in diesem Gebiet kein Kies oder Sand abbauen;
 - 3.2.2 von einer in Dispositivziffer 3.2.1 genannten Gesellschaft, die im KAGA-Gebiet Abbaurechte erwirbt oder anderweitig in diesem Gebiet Kies oder Sand abbaut, irgend etwas dafür zu verlangen.
 - 3.3 Kiestag, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG wird untersagt, von Aare-Kies AG die Übertragung der von der Vereinbarung vom 16. Mai 2012 im Perimeter «Ried» erfassten Dienstbarkeitsverträge an Kies AG Aaretal KAGA zu verlangen, sollten sich die Eigentums- oder Inhaberverhältnisse bei Aare-Kies AG verändern.
 4. Die WEKO genehmigt die nachfolgenden, mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarten einvernehmlichen Regelungen
 - 4.1 von K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Alluvia AG vom 26. Oktober/2. November 2023, von Kästli Bau AG und Kästli Beteiligungen AG vom 26. Oktober/1. November 2023, von Kieswerk Heimberg AG vom 26./31. Oktober 2023 sowie von Marti AG Bern, Moosseedorf und Marti Holding AG vom 26. Oktober/ 2. November 2023:
 1. K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern und Marti Holding AG verpflichten sich, den Preis, den sie von ihren Kundinnen für von den Abbaustellen der Kies AG Aaretal KAGA bezogenen Kies verlangen, eigenständig und ohne Beachtung eines von Kies AG Aaretal KAGA genannten Mindestpreises festzusetzen.

2. 2.1 K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern und Marti Holding AG verpflichten sich, keine Verpflichtung einzugehen oder aufrechtzuerhalten, wonach sie im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben oder anderweitig auf einen Abbau von Kies oder Sand in diesem Gebiet verzichten.
 - 2.2 K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern und Marti Holding AG verpflichten sich, zu unterlassen,
 - 2.2.1 von K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepf A.G., Daepf Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Marti Holding AG, Kiestag, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG zu verlangen, dass diese im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben oder anderweitig in diesem Gebiet kein Kies oder Sand abbauen;
 - 2.2.2 von einer in der vorstehenden Ziffer 2.2.1 genannten Gesellschaft, die im KAGA-Gebiet Abbaurechte erwirbt oder anderweitig in diesem Gebiet Kies oder Sand abbaut, irgendetwas dafür zu verlangen.
 - 2.3 K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern und Marti Holding AG verpflichten sich, zu unterlassen, von Aare-Kies AG die Übertragung der von der Vereinbarung vom 16. Mai 2012 im Perimeter «Ried» erfassten Dienstbarkeitsverträge an Kies AG Aaretal KAGA zu verlangen, sollten sich die Eigentums- oder Inhaberverhältnisse bei Aare-Kies AG verändern.
- 4.2 von Aare-Kies AG, Kieswerk Daepf A.G. und Daepf Holding AG vom 26. Oktober/1. November 2023:
1. Aare-Kies AG, Kieswerk Daepf A.G. und Daepf Holding AG verpflichten sich, den Preis, den sie von ihren Kundinnen für von den Abbaustellen der Kies AG Aaretal KAGA bezogenen Kies verlangen, eigenständig und ohne Beachtung eines von Kies AG Aaretal KAGA genannten Mindestpreises festzusetzen.
 2. 2.1 Aare-Kies AG, Kieswerk Daepf A.G. und Daepf Holding AG verpflichten sich, keine Verpflichtung einzugehen oder aufrechtzuerhalten, wonach sie im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben oder anderweitig auf einen Abbau von Kies oder Sand in diesem Gebiet verzichten.
 - 2.2 Aare-Kies AG, Kieswerk Daepf A.G. und Daepf Holding AG verpflichten sich, zu unterlassen,
 - 2.2.1 von K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kies-
- werk Heimberg AG, Marti AG Bern, Marti Holding AG, Kiestag, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG zu verlangen, dass diese im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben oder anderweitig in diesem Gebiet kein Kies oder Sand abbauen;
- 2.2.2 von einer in der vorstehenden Ziffer 2.2.1 genannten Gesellschaft, die im KAGA-Gebiet Abbaurechte erwirbt oder anderweitig in diesem Gebiet Kies oder Sand abbaut, irgendetwas dafür zu verlangen.
- 4.3 von Kies AG Aaretal KAGA vom 26. Oktober/2. November 2023:
1. Kies AG Aaretal KAGA verpflichtet sich, zu unterlassen, K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepf A.G., Daepf Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Marti Holding AG, Kiestag, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG einen Mindestpreis für den Weiterverkauf von Kies von ihr zu nennen.
 2. 2.1 Kies AG Aaretal KAGA verpflichtet sich, zu unterlassen,
 - 2.1.1 von K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepf A.G., Daepf Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Marti Holding AG, Kiestag, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG zu verlangen, dass diese im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben oder anderweitig in diesem Gebiet kein Kies oder Sand abbauen;
 - 2.1.2 von einer in der vorstehenden Ziffer 2.1.1 genannten Gesellschaft, die im KAGA-Gebiet Abbaurechte erwirbt oder anderweitig in diesem Gebiet Kies oder Sand abbaut, irgendetwas dafür zu verlangen.
 - 2.2 Kies AG Aaretal KAGA verpflichtet sich, zu unterlassen, von Aare-Kies AG die Übertragung der von der Vereinbarung vom 16. Mai 2012 im Perimeter «Ried» erfassten Dienstbarkeitsverträge an Kies AG Aaretal KAGA zu verlangen, sollten sich die Eigentums- oder Inhaberverhältnisse bei Aare-Kies AG verändern.
3. Kies AG Aaretal KAGA verpflichtet sich,
- 3.1 zu unterlassen, die Möglichkeit zur Deponierung von unverschmutztem Aushub bei von ihr derzeit betriebenen Deponien vom (vorgängigen, gleichzeitigen oder späteren) Bezug von Kies oder anderen Rohstoffen wie RC-Material abhängig zu machen oder die Konditionen zur Deponierung von unverschmutztem Aushub je nach Bezug solcher Rohstoffe zu variieren;
 - 3.2 die Deponiesperre gegenüber [U04] per sofort aufzuheben und [U04] dies schriftlich mit eingeschriebenem Brief (mit Kopie an die Wettbewerbsbehörde) mitzuteilen;

- 3.3 zu unterlassen, von [U04] die Aufholung des noch bestehenden «Rückstands» beim Kiesbezug oder – im Falle der Nichtaufholung – ersatzweise irgendeine andere Leistung dafür zu verlangen. Kies AG Aaretal KAGA hat [U04] mit eingeschriebenem Brief (mit Kopie an die Wettbewerbsbehörde) hierüber zu informieren.
5. Einer allfälligen Beschwerde wird bezüglich der Dispositivziffer 3.2 sowie hinsichtlich der einvernehmlichen Regelungen in Dispositivziffer 4.1 Ziffer 2.2, Dispositivziffer 4.2 Ziffer 2.2 und Dispositivziffer 4.3 Ziffern 2.1, 3.1, 3.2 und 3.3 die aufschiebende Wirkung entzogen.
6. Mit einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1, 3 und 4 sowie im Falle der Kies AG Aaretal KAGA Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 KG belastet werden:
- 6.1 die Kies AG Aaretal KAGA mit einem Betrag von CHF 3'131'100.–;
- 6.2 die K. & U. Hofstetter AG, die Messerli Kieswerk AG und die Alluvia AG solidarisch mit einem Betrag von CHF 383'150.–;
- 6.3 die Aare-Kies AG, die Kieswerk Daepf A.G. und die Daepf Holding AG solidarisch mit einem Betrag von CHF 304'150.–;
- 6.4 die Kästli Bau AG und die Kästli Beteiligungen AG solidarisch mit einem Betrag von CHF 460'750.–;
- 6.5 die Kieswerk Heimberg AG mit einem Betrag von CHF 242'500.–;
- 6.6 die Marti AG Bern, Moosseedorf und die Marti Holding AG solidarisch mit einem Betrag von CHF 387'100.–;
- 6.7 die Kiestag, Kieswerk Steinigand AG und die Vigier Holding AG solidarisch mit einem Betrag von CHF 395'000.–.
7. Die Untersuchung gegen Kies AG Aaretal KAGA hinsichtlich der von 2002 bis 2014 praktizierten Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub wird eingestellt.
8. Die Verfahrenskosten von CHF 1'435'810.– werden wie folgt auferlegt:
- 8.1 der Kies AG Aaretal KAGA werden Verfahrenskosten von CHF 189'263.– auferlegt, unter solidarischer Mithaftung für Verfahrenskosten von insgesamt CHF 1'324'846.–;
- 8.2 der K. & U. Hofstetter AG, der Messerli Kieswerk AG und der Alluvia AG werden solidarisch Verfahrenskosten von CHF 189'263.– auferlegt, unter solidarischer Mithaftung für Verfahrenskosten von insgesamt CHF 1'324'846.–;
- 8.3 der Aare-Kies AG, der Kieswerk Daepf A.G. und der Daepf Holding AG werden solidarisch Verfahrenskosten von CHF 189'263.– auferlegt, unter solidarischer Mithaftung für Verfahrenskosten von insgesamt CHF 1'324'846.–;
- 8.4 der Kästli Bau AG und der Kästli Beteiligungen AG werden solidarisch Verfahrenskosten von CHF 189'263.– auferlegt, unter solidarischer Mithaftung für Verfahrenskosten von insgesamt CHF 1'324'846.–;
- 8.5 der Kieswerk Heimberg AG werden Verfahrenskosten von CHF 189'263.– auferlegt, unter solidarischer Mithaftung für Verfahrenskosten von insgesamt CHF 1'324'846.–;
- 8.6 der Marti AG Bern, Moosseedorf und der Marti Holding AG werden solidarisch Verfahrenskosten von CHF 189'263.– auferlegt, unter solidarischer Mithaftung für Verfahrenskosten von insgesamt CHF 1'324'846.–;
- 8.7 der Kiestag, Kieswerk Steinigand AG und der Vigier Holding AG werden solidarisch Verfahrenskosten von CHF 189'263.– auferlegt, unter solidarischer Mithaftung für Verfahrenskosten von insgesamt CHF 1'324'846.–;
- 8.8 die übrigen Verfahrenskosten gehen zu Lasten der Staatskasse.
9. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Parteien werden die beschlagnahmten Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Person zurückgegeben und werden die beim Sekretariat vorhandenen, kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.
- Die Verfügung ist zu eröffnen:
- Alluvia AG, in Bern,
 - K. & U. Hofstetter AG, in Bern, und
 - Messerli Kieswerk AG, in Bern
Alle drei vertreten durch [...]
 - Daepf Holding AG, c/o [...], in Oppligen,
 - Kieswerk Daepf A.G., in Oppligen, und
 - Aare-Kies AG, in Kirchdorf BE
Alle drei vertreten durch [...]
 - Kästli Beteiligungen AG, in Rubigen, und
 - Kästli Bau AG, in Rubigen
Beide vertreten durch [...]
 - Kieswerk Heimberg AG, in Heimberg
vertreten durch [...]
 - Marti Holding AG, in Moosseedorf, und
 - Marti AG Bern, Moosseedorf, in Moosseedorf
Beide vertreten durch [...]
 - Vigier Holding AG, Wylihof, Deitingen Vigier Holding AG, Wylihof, Deitingen, in Luterbach, und
 - Kiestag, Kieswerk Steinigand AG, in Wimmis
Beide vertreten durch [...]
 - Kies AG Aaretal KAGA, in Jaberg
vertreten durch [...]
- [Rechtsmittelbelehrung]

B 3

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

B 3

1. Urteil vom 19. Januar 2022 in Sachen Sanktionsverfügung der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2016 in der Untersuchung Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen

Entscheid teilweise bestätigt durch BGer mit Urteil vom 23.01.2025 (2C_244/2022)

Urteil B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 der Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen

1. Vifor Pharma AG (vormals Galenica AG)

2. HCI Solutions AG,

beide vertreten durch [...],

Beschwerdeführerinnen,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz.

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

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 Geschäftsabläufen sollen eine grundlegende Übersicht über

den Verfahrensgegenstand bieten. Spezifische Abhandlungen von Einzelheiten erfolgen zu den jeweiligen Detailspekten 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 betrieben 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 erreiche 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 kostenpflichtigen 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 gegenwärtig 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 Behand-

lung 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 GS1Standard: 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.

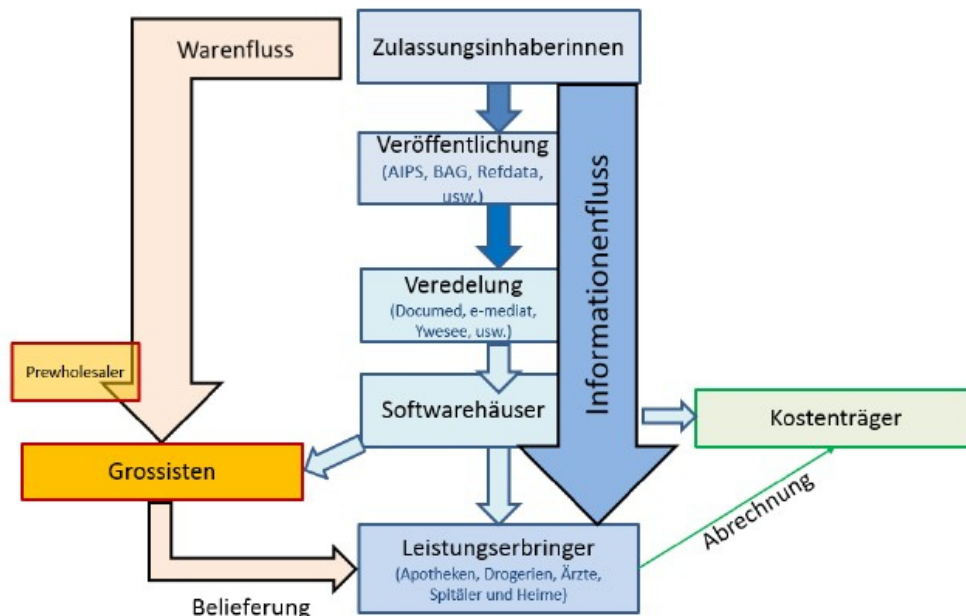
C.c.c Zu den Kostenträgern gehören Krankenversicherungen, Unfallversicherungen und die Invalidenversicherung. Bei denjenigen Arzneimitteln, die von den Krankenversicherungen im Rahmen der Grund- oder Zusatzversicherung übernommen werden, hat der Abrech-

nungsprozess 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 publizierten 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, Pflegeteamer 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 (Kompodium), 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-medi) 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/medicationsolutions/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 zuließ.

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 DatFile 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.

MEDlupdate XML lieferte Daten für [...] Medikamente und zu [...] von der Krankenkasse bezahlten Non-Pharma Artikeln. Gemäss Angaben von ywesee wurde MEDlupdate 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-mediat 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-mediat 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-mediat, 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 beinhaltet 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 Fachinformationen
- ▶ 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)
- ▶ Identia
 - Sachgerechte Fotografie und Vermessung von:
 - ▷ Abgabeeinheit
 - ▷ Primärverpackung
 - ▷ Sekundärverpackung
- ▶ Zugang zu Browser «firmINDEX» zur Sichtung aller INDEX-Daten:

D2 Optional | Kommunikation

- ▶ USP Kommunikation zu Arztpraxen, Spitäler
- ▶ 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-Produk-

ten" 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 vorneh-

me. 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 Staffelpreis 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-mediat 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-mediat 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-mediat 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-mediat Arzneimittel von Zulassungsinhaberinnen ohne Vertrag, welche geänderte Fach- und/oder Patienteninformationen auf AIPS aufgeschaltet hatten, bis die Anpassungen in der Datenbanken von Documed und e-mediat erfolgten. Dadurch sollte erkennbar sein, welche Informationen von Documed und e-mediat 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 umfasste die Dienstleistung unter anderem die Publikation der Daten auf B2B- und B2C-Informationsplattformen 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.l 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 kostete 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-mediart 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 Auskunftsbegleichen 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-mediart 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-mediart zu beschaffen. Soweit e-mediart 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 vertreibt ausser medINDEX.

E.b.f Eine weitgehende identische Klausel findet sich in einem weiteren Vertrag zwischen e-mediart und einem Softwarehaus, der von letzterem dem Sekretariat am 23. Juli 2013 mit der Stellungnahme zum Auskunftsbegleichen 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-mediart 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-mediart ist das SWH [Softwarehaus] nicht berechtigt, Daten Dritter in

die XML-Strukturen von e-mediart zu implementieren und/oder Daten in seine SW-Programme einzuspeisen, die nicht von e-mediart stammen und die gleich oder im Wesentlichen gleich wie Daten von e-mediart 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 ywese erlaubt und weiterhin mit E._____ zusammengearbeitet. Letztlich habe E._____ die Daten der ywese zwar nicht eingesetzt. Der Grund hierfür habe darin gelegen, dass die Daten der ywese 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 Verwaltungssanktion 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-mediart 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-mediart, zu den allgemeinen Strukturen und der Funktionsweise des Marktes sowie von AIPS geliefert. Auch Documed und e-mediart 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 ywesees beim Sekretariat eine Anzeige ein und beantragte die Eröffnung eines formellen Verfahrens sowie den Erlass von vorsorglichen Massnahmen gegen Documed und e-mediart. Dem Gesuch betreffend Erlass von vorsorglichen Mass-

nahmen 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-mediart 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-mediart und Documed aufgrund ihrer Markstellung möglich sei, die Pharmahersteller zur Neuaufnahme und Unterhaltung von Geschäftsbeziehungen betreffend die Aufnahme deren elektronischen Medikamenteninformationen in die Datensammlungen der e-mediart 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-mediart abschliessen, einen solchen für die Medikamenteninformationen all ihrer Produkte abzuschliessen sowie die fehlende Wahlmöglichkeit der Zulassungsinhaberinnen, in welchen Datensammlungen der e-mediart 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-mediart 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 [BBl 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 Auskunftsbegleichen 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 Auskunftsbegleichen 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 Verfahrensanhtrag 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 Ausstandsgesuch 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 Ausstandsgesuch 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 ywese 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 ywese lieferte im Laufe der Untersuchung wiederholt Informationen zum Markt, zu AIPS und zu Verhaltensweisen von HCI, Documed und e-mediat. Zudem stellte ywese 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 Verfügungsanhtrag

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

G.c.b Der Verfügungsanhtrag 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 markbeherrschende 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 Patienteninformationen 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 Parteienanhörung 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 Galenica-Gruppe habe mittels ihrer Tochtergesellschaften HCI, Documed und e-mediart 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-mediart hätten zwar ab 1. Januar 2013 von den Zulassungsinhaberinnen für die Aufnahme in ihre Datenbank eine Entschädigung 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-mediart habe in einem Vertrag und möglicherweise auch in einem weiteren Vertrag mit einem Softwarehaus eine Klausel aufgenommen, die es den Softwarehäusern untersage, zusätzliche Partner- und Produkte-Stamm-Daten auf dem Markt zu beschaffen. Sie müssten exklusiv e-mediart ein Vorrecht gewähren. Nur falls e-mediart diese Daten nicht anbieten möchte oder könne, sei es den Softwarehäusern 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-mediart vor. In 83 weiteren Verträgen mit Softwarehäusern sei zudem eine Klausel zu finden, die es den Softwarehäusern untersage, die vorhandenen 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, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen für aktuelle und potentielle Konkurrenten verschliessen und somit wettbewerbswidrige Effekte zeitigen. Denn aufgrund der Klauseln müssten potenzielle Konkurrenten einen vollständigen Datensatz anbieten. Auch sei um die Durchsetzung des Vertrages zu sichern eine Konventionalstrafe vereinbart worden. Die systematische Anwendung dieser Klauseln zeige, dass die Strategie gegen allfällige Konkurrenten gerichtet gewesen sei. Sachliche Rechtfertigungsgründe 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 Leistungserbringerrinnen und -erbringer, welche die INDEX-Produkte bei e-mediart 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-mediart 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 wettbewerbsschädigende 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-mediart 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 erhärten lassen.

G.d.h Schliesslich erwog die Vorinstanz, im Untersuchungsverfahren habe sich auch die Frage gestellt, ob sich HCI im Zusammenhang mit der AIPSAusschreibung 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 folgte 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 Entscheidungspublikation 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 ywese 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 Lockin-Effekte geprägt. Vielmehr würden Innovationen 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 HCI 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 HCI 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 HCI 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 Li-

zenzverträgen zwischen HCI und den Leistungserbringerinnen und -erbringern, Haftungs- und Reputationsrisiken sowie UWG-Verletzungen verhindert werden wollen. Entsprechend sei die Verhaltensweise durch legitime 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 überzeuge 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 Verfahrensaktenakten (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 Bundesverwaltungsge-

richts 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 Marktbeherrschung 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 Namenakten, 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 Marktzutrittschranken 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 kartell-

rechtlichen 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 praxismässig 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 (KGSanktionsverordnung, 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 JABOBS, 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 Wesent-

lichen 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 Verfahrensantrag 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 rechtsgenüglich 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 wirtschaftliche 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 Gesellschaftsverband 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 Gruppen-gesellschaft (Urteil des BGE 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; JÜRGEN 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 Arzneimittelverordnung (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 Ver-

hältnisses 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 (BBl 2013 131, 143 f.):

Das Institut kann die Fach- und Patienteninformationen (Arznejmittleinforationen) 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. Zuzolge 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, börsennotierte Konzerne, wobei erstere hauptsächlich im Vertrieb und Verkauf von Arzneimitteln in der Schweiz tätig sei und zweite 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 Verfahrenssubjekt 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 Unternehmens Einheit 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 Schwester-gesellschaft 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 angefochtenen 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 überge-

gangen 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 Abredebeteiligungen 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 Parteistellung 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 die-

ser 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 Behinde-

rungswirkungen der Koppelung anhand von Fragebogen 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 Unschuldsumutung 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 verbrieft 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 THOPHINKE, in: Niggli/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/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 728; KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, 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 Vernehmung 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 GalenicaGruppe sei in keinem Zusammenhang mit der laufenden Untersuchung der WEKO gestanden,
- zum geltend gemachten Umstand, erhebliche Marktzu- 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 INDEXDatenbank 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 Beweise 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 entscheidungswesentlich 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 Auskunftsbegleichen 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 Zusammenhang mit den Prozessvoraussetzungen noch in allgemeiner, von konkreten Sachfragen losgelöster Weise zu befinden. Vielmehr sind Beweisanträge 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 beigegeben.

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 entscheidungsrelevanten 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, Praxis-kommentar 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 rechtsuchende 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 Zwischenfazit 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 Nachfrage-substituierbarkeit (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 Marktabgrenzung 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. anbieten. 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 Unter-

nehmen 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, Vertriebsunternehmen 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 Zu-

gang 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 HCI 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 HCI. 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 Marktes 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 BANGERTER, Äpfel mit Birnen vergleichen?, in: Jusletter 11. September 2017, Rz. 27; REINERT/WÄLCHLI, BSKKG, 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, verfährt 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 geographischen 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.; STÄUBER/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/BANGERTER, a.a.O., Rz. 31; vgl. auch STÄUBER /SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 N 115).

8.3.3 Bei den vorliegend relevanten Märkten handelt es sich unbestrittenermassen 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 unabhängig 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 KÖCHLIN/PHILIPPE M. REICH in: Baker & McKenzie, Stämpfli Handkommentar SHK, Kartellgesetz, 2007, Art. 4 N 31 und 34; STÄUBER/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 Aspek-

te 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 Relation gesetzt zu den absoluten Zahlen 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 MEDlupdate 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, BSKKG, 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 KÉLLEZI, 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 In-

stallation 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 verfügen.

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/gesundheitswesen/arztpraxen.assetdntail.10527)

135.html; <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/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]);

len-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/Vband/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 ywesee mit dem Produkt MEDlupdate XML tätig. MEDlupdate XML wurde im fraglichen Zeitraum nach Angaben von ywesee von rund [...] Ärztinnen und Ärzten genutzt. Bei den Apotheken und Spitälern konnte ywesee 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 ywesee von [...], was einem Marktanteil von ca. 5% entspricht. HCI verfügte mit medINDEX trotz des Konkurrenzangebots 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 Zwischenfazit 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 Unterschied 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 reprodu-

zierbar. 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 berücksichti-

gen sind (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 464; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 341). Marktzutrittschranken 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 eingessessenen 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, BSKKG, 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 beispielsweise 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/KELLEZI, 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. Ouwerk versuchte ab 2012 ebenfalls in den Markt einzutreten, was aber offensichtlich trotz finanzieller Unterstützung von Zulassungsinhaberinnen überhaupt nicht gelang. Dass das Angebot von ouwerek 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 ouwerek bereits damals nicht mehr in das Konkurrenzprodukt von ouwerek 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 Zulassungsinhaberinnen zu verlangen, die Arzneimittelinformationen in einer dieser beiden elektronischen Sammlungen zu publizieren (vgl. Medienmitteilung vom 26. Juli 2011, <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/mitteilungen/archiv/praxisaenderungbetreffend-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/uebergalenica/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 verän-

dern 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 qualitativ hochwertigen 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 MANKIW, 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, ITSysteme, 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 betriebspezifisches 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 monetarisieren lässt. Zudem ist es für einen potenziellen Konkurrenten im Voraus kaum abschätzbar, ob und zu welchen Be-

dingungen, 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 bestimmt "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 ICTMärkten 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-mediart 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-mediart 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, während 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 bestimmte 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 SPENSE, *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 HCI zur Durchführung einer abwehrenden Wettbewerbsreaktion benötigen würde. Die Lancierung eines erfolgreichen Konkurrenzproduktes liesse sich kaum "über Nacht" und unbeobachtet von HCI 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 HCI 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.

9.3 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 Marktzutrittsschranken 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 Markteintritts.

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 INDEX-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). Massgebend 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 profitie-

ren 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. GERARDINE/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 Marktgegenseiten 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 Marktgegenseiten erbringe, in sachlicher Hinsicht grundlegend unterscheiden. Ebenso fehle es an einer messbaren, durch HCI vermittelten Transaktion zwischen den beiden Marktgegenseiten.

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 diesem Entscheid 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 Entscheiden 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/BRÜHLMOSER, 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 Beweissmassnahmen 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 jeweili-

ge 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 [BBl 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/KELLEZI, 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 ab-

schliessende 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 vertreibe 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/KÉLLEZI, 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/KÉLLEZI, 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 Ausschlussbindungen, 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 Chicago 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 Chicago Economics haben in jüngerer Zeit jedoch gezeigt, dass sich die Chicago 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 Produktstamm-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 unterlasse 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-mediart 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-mediart 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 auszu-

gehen, 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, wettbewerbsschädliche 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; ABl. EG Nr. L 157/11). Aufgrund der Ermittlung des konkurrierenden Marktverhaltens und der Abschreckung des Wettbewerbers wurde die englische 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 ywese 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 Stierbesa-

mungen 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 absatz einschränkende 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 Marktzutrittschranken 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 sinn-gemäss 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 sinn-gemäss 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 zeit-

sparender (vgl. MICHAEL NONNENMACHER/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 ywee 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 ywee 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 gegenüber 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, BBl 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 Wettbewerb-Behinderung auf eine Wettbewerbs-Schädigung sei unzulässig. Es müsse nebst der Rivalenbehinderung gesondert dargelegt 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 Wettbewerbsbehinderung 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 dieser 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 Wettbewerbs Teilnehmer 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 Durchsetzung des Vertrages und damit auch zur Durchsetzung der Alleinbezugspflicht 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 potentielle Konkurrenzangebote. Die Implementierung von Teildatensätzen anderer Datenveredler werde untersagt. Die Marktzutrittsschranken für potentielle Konkurrenten, beispielsweise Softwarehäuser selber, würden erhöht, 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 Anbietern die Möglichkeit eröffnet, auf dem Markt Fuss zu fassen.

12.5.12 Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Schädigung des Wettbewerbs 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 tatsächlich 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 wegen des Fehlens einer Wettbewerbsbehinderung nicht begründen.

12.5.14 Die Vorinstanz erwog, ywese und ouwerkerk sei es nicht gelungen mit ähnlichen Produkten auf dem Markt zu kommen. Ywese sei der Ansicht, die Klauseln hätten ihr massiv geschadet.

12.5.15 Die Beschwerdeführerinnen erachten den Hinweis der Vorinstanz auf die Aussagen von ywese und ouwerkerk dagegen als nicht überzeugend. Ywese 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 Anhörung 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 waren 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 HCI 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 legitime 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; (3) 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 (JAQUELINE SIEVERS, *Legitimate business reasons beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung* gemäss Art 7 KG, Diss. 2014, S. 190 ff; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art 7 N 476). Als objektive Gründe für eine Alleinbezugs-klausel werden beispielsweise die Übertragung von sensiblem 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 *Ticket-Corner* [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/SCHRANER, 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 Leistungserbringerinnen 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 Leistungserbringerinnen und -erbringern gegolten.
- Eine Vermischung der Daten durch die Softwarehäuser führe für HCI zu Haftungs- und Reputationsrisiken, da für die Leistungserbringerinnen 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 Anbietern 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 Umfangs 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 naheliegendes Verhalten, sachgerechter und weniger wettbewerbsverfälschend ist um das anvisierte Ziel zu erreichen, scheidet eine Rechtfertigung durch legitime business reasons aber per se aus.

12.6.10 Zudem ist eine solche Auffassung auch nicht mit dem Grundgedanken zu vereinigen, 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 selbstständig 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 kostenintensive 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 IndexProdukte" 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 Ansicht 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 XMLSchnittstelle 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 legitime 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 legitime 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 ent-

sprechenden 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 Modulbinding 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/KELLEZI, 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) 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/KELLEZI, 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, BBl 1995 I 468, 576; CLERC/KELLEZI, 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/KELLEZI, 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 Beur-

teilung 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 Marktpresenz 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 entspräche 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 Compendium 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 wir 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 outsourct. In der Schweiz haben sich mehrere Unternehmen in diesem Bereich spezialisiert (vgl. Stellungnahmen der Zulassungsinhaberinnen zum Auskunftsbegleichen, 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 "Begleitscheinung" 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 anbiete. 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 Gege-

benheiten 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 entdeckte 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 Datenban-

ken von HCl 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/KELLEZI, 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 tatbestandsmässigen 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 ausrei-

chend, 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/KELLEZI, CR-Concurrence, Art. 7 II N 270).

13.6.6 Die Vorinstanz erwog, HCl koppelte 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. Einzeln 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 HCl, 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 Arzneimittelkompendium 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 Nach-

weis 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/KELLEZI, CRConcurrence, 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 re-

gelmässig 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 temporalen 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 Ausnahmefällen 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 Koppelungsgeschäfts

tes, 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, *TopCardAngebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und FlimsLaax-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 an-

zuerkennen 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, BBI 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 blosser 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/KELLEZI, 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 folgeschwere 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 folgeschwere 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-mediat stellt die von ihr erstellten Datenbanken und Webservices mit grösstmöglicher Qualität zur Verfügung. In diesem Zusammenhang haftet e-mediat 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 emediat 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-mediat 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 Benutzer 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 Softwarehäusern, 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 legitime 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 Ver-

fügung 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 diesen 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 verfährt 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 HCl 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 HCl verpflichtet werden, den Zulassungsinhabern die Dienstleistung der Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Indices und andere Dienstleistungen entbündelt anzubieten. Galenica und HCl 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-mediart im Rahmen dieser Vorabklärung ein Auskunftsbegleichen 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 zuzurechnen, 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 Grün-

den 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 ZIRLICK/TAGMANN, 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 Ermessensspielraum 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 Ermessensspielraum 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 Verstos-

ses 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 [BBl 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 einzubeziehen (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, ma-

schinenlesbare 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-mediart 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-mediart 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-mediart aus den Jahren 2013-2015 zugrunde gelegt worden sei. Documed und e-mediart 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-mediart 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 (vor- oder 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 ersicht-

lich, 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-mediat mit den Softwarehäusern waren die Softwarehäuser verpflichtet, Schulungen von e-mediat 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 vor-

instanzlichen Erwägungen die Festlegung der Maximalsanktion betreffen. Die Maximalsanktion hat – anders als der Basisbetrag – den Zweck, die wirtschaftliche Tragbarkeit der Sanktion für das Unternehmen als solches 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 (ZIRLICK/TAGMANN, BSKKG, 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 konzerninternen 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 Medikamenteninformationen, welche Documed und e-mediat mit den konzernerneigenen Zulassungsinhaberinnen erwirtschaftet haben sowie um Umsätze mit veredelten, maschinenlesbaren Daten betreffend Medikamenteninformationen, die mit den konzernerneigenen 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 vertikal Integration des Vertriebs der Arzneimittel und der entsprechenden Medikamenteninformationen in der ehemaligen Galenica-Gruppe verhält 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 auf-

grund der konkreten Umstände des Einzelfalls unumgänglich (Urteile B-7633/2009, *ADSL II*, E. 713; B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 8.3.4; ZIRLICK/TAGMANN, 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 gezeitigt 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 gezeigt.

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 gezeigt 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 (ZIRLICK/TAGMANN, 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 Basisbetrag 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 ywese (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 Arzneimitteldatenbank 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 Qualitätskontrolle 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 wettbewerbsschädigenden 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-mediat 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 wettbewerbsswidrige 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 wettbewerbsswidrigen 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 GalenicaGruppe 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 GalenicaGruppe 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 Ärzten 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 bussgelder-schwerenden 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. 2005 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 bussgelder-schwerenden 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 Fensertüren* [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 HCl 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 Kartellverfahrens 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 berücksichtigen. 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 Sek-

retariat 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. 615 ff, 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 vom 10. Dezember 2012 in Sachen *Abrede im Speditionsbereich* [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 Auskunftsersuchens, 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/antitrust/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 absatz einschränkende 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

Umstände bejahte. 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 absatzeinschränkende 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 selbstständige 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. Zufolge 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 GebVKG 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 Vernehmung 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 aufzulegen. 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/RÜTSCH/ 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 aufzu-

erlegen. 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 ^{17/20} ge-

kürzte 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 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 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.

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	2. Urteil vom 17. November 2025 in Sachen Sanktionsverfügung der WEKO vom 19. Dezember 2016 in der Untersuchung Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen
-----	--

Urteil B-2665/2025 vom 17. November 2025 der Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen

1. *Vifor Pharma Participations AG (vormals Vifor Pharma AG),*

2. *HCI Solutions AG,*

beide vertreten durch [...],

Beschwerdeführerinnen,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO.

Gegenstand: Sanktionsverfügung der WEKO vom 19. Dezember 2016 in der Untersuchung 32-0249 (Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen)

Sachverhalt:

A.

A.a Die Galenica AG war bis April 2017 die Muttergesellschaft einer schweizerischen Pharmazie- und Logistikunternehmensgruppe mit den Bereichen "Vifor Pharma" und "Galenica Santé". Die Gesellschaften von "Vifor Pharma" entwickelten und produzierten pharmazeutische Produkte. "Galenica Santé" umfasste die Geschäftsbereiche Services, Wholesale und Prewholesale Logistikdienstleistungen sowie die Entwicklung und den Betrieb von Datenbanken und Softwarelösungen.

Am 13. Februar 2017 wurde die Galenica Santé AG gegründet. Am 11. Mai 2017 wurde die Galenica AG in Vifor Pharma AG umfirmiert und danach fand die Umfirmierung von Galenica Santé AG in Galenica AG statt. Mit Fusion im Mai 2023 wurde die Vifor Pharma AG von der Vifor Pharma Participations AG übernommen und am 9. Juni 2023 die Firma "Vifor Pharma AG" im Handelsregister gelöscht.

A.b Die HCI Solutions AG - bis Anfang 2017 eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der damaligen Muttergesellschaft Galenica AG und dem Bereich "Services" zugeordnet - war bis Anfang 2016 die Managementgesellschaft der Documed AG und der e-mediat AG. Sie bezweckte die Entwicklung, Vermarktung und den Betrieb von netzwerkorientierter Software für Partner im Gesundheitswesen sowie die Vermarktung entsprechender Informationen und allen dazugehörigen Dienstleistungen. Am 8. Februar 2016 wurden die Documed AG und die e-mediat AG in die HCI Solutions AG fusioniert, sodass Letztere die Geschäftstätigkeit der ersteren beiden Gesellschaften übernahm.

A.c Grossisten, Spitäler, Apotheken, Drogerien, Ärzte und Versicherer sind für den Vertrieb, die Abgabe und die Abrechnung von zugelassenen Medikamenten auf elektronische Arzneimittelinformationen angewiesen.

Solche Informationen werden in einem unstrukturierten Fliesstext auf der öffentlich zugänglichen Plattform "AIPS" (Arzneimittelinformationssystem) veröffentlicht und wurden bzw. werden von der HCI Solutions AG (bzw. früher Documed AG und e-mediat AG) mit weiteren Informationen ergänzt ("veredelt", wie z.B. zu Hilfsstoffen, zu Maximaldosierungen, zur Anwendung bei Organinsuffizienz, zur Anwendung bei Schwangerschaft/Stillzeit, zu Kinder-dosierungen, zu Kontraindikationen und Allergien). Diese Informationen werden strukturiert, maschinenlesbar übersetzt und kommerzialisiert. Die HCI Solutions AG veröffentlichte das "Compendium" (Fach- und Patienteninformationen zu rezeptpflichtigen und rezeptfreien Arzneimitteln, weitere verschreibungsrelevante Daten und redaktionelle Arzneimitteldatenbanken) und nutzerspezifischen "INDEX-Datenbanken" (wie "medINDEX" für Ärztinnen/Ärzte). Die INDEX-Datenbanken bedurften zur Nutzung Software, die nach den Bedürfnissen der Gesundheitsakteure von Softwarehäusern programmiert und unterhalten wurde.

A.d Die HCI Solutions AG (bzw. e-mediat AG) schloss mit Ärztinnen und Spitälern jeweils einen Lizenzvertrag zur Nutzung der spezifischen INDEX-Datenbank ab und schloss mit den Softwarehäusern einen Lizenzvertrag zur Integration der Daten in ihre Softwareprogramme ab. Mit den Pharmaunternehmen schloss die HCI Solutions AG (bzw. Documed AG) ab April 2012 jeweils eine "Vereinbarung zur Publikation von Informationen im Arzneimittel-Kompendium der Schweiz® und in den INDEX-Produkten" ab, welche die Publikation der veredelten Fach- und Patienteninformationen zu Arzneimitteln diverser Pharmaunternehmen enthielt.

A.e Am 11. Oktober 2012 zeigte die ywesee GmbH, welche die Datenbank MEDlupdate XML anbot, die Documed AG und die e-mediat AG beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) an.

A.f Am 6. Dezember 2012 eröffnete das Sekretariat gegen die Galenica AG, die HCI Solutions AG, die Documed AG und die e-mediat AG eine Untersuchung wegen Verdachts des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.

A.g Mit Antrag vom 12. Mai 2016 schlug das Sekretariat vor, die Beschwerdeführerinnen mit einer Sanktion von Fr. [...] zu belegen, weil die HCI Solutions AG von den Zulassungsinhaberinnen für die Verarbeitung der Produkte in den INDEX-Datenbanken kein Entgelt verlangen dürfe.

A.h Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: Vorinstanz) folgte in ihrer Verfügung vom 19. Dezember 2016 diesem Antrag nur eingeschränkt und grenzte das sanktionierbare Verhalten stark ein:

Die Galenica AG verfüge mittels ihrer Tochtergesellschaft HCI Solutions AG seit dem 1. Januar 2013 auf

dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Medikamenteninformationen über eine marktbeherrschende Stellung (Ziff. 1 Dispositiv). Der Galenica AG sowie der HCI Solutions AG wurde 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 der HCI Solutions AG oder eine Untersagung der anderweitigen Verwendung der Strukturen der auf der Datenbank der Galenica-Gruppe beruhenden Software für die Softwarehäuser vorsehen (Ziff. 2 Dispositiv). Beide Unternehmen wurden verpflichtet, den Zulassungsinhaberinnen die Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Indices und andere Dienstleistungen entbündelt anzubieten. Zudem wurden sie verpflichtet, die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen sowie deren Upload auf AIPS zu kostenbasierten Preisen anzubieten (vgl. Ziff. 3 Dispositiv). Die Galenica AG und die HCI Solutions AG wurden wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von total Fr. 4'546'123.- belastet (Ziff. 4 Dispositiv). Die Beweisanträge der früheren Tochtergesellschaften Documed AG und e-mediat AG wurden abgewiesen (Ziff. 5 Dispositiv). Schliesslich wurden beiden Unternehmen Verfahrenskosten von Fr. 381'250.40 auferlegt (Ziff. 6 Dispositiv).

Die Vorinstanz warf der Galenica-Gruppe und der HCI Solutions AG vor, ihre beherrschende Stellung auf den Märkten für veredelte, maschinenlesbare Arzneimittelinformationen und für den Zugang zu den entsprechenden elektronischen Datensätzen hierzulande missbraucht zu haben, indem sie:

- in die Verträge mit den Softwarehäusern (1) Alleinbezugspflichten für zusätzlich nachgefragte Daten aufgenommen hätten und (2) die Verwendung von Strukturen der Software zur Einspeisung von Daten anderer Datenveredler oder eigener Daten der Softwarehäuser untersagt hätten, um absatzeinschränkend die Integration von Konkurrenzdatenbanken zu verhindern, und
- den Pharmaherstellerinnen die Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Datenbank nur gekoppelt mit weiteren Dienstleistungen (wie redaktionelle Qualitätskontrolle, technische Aufarbeitung von Fachinformationen und Optimierung der Tabellen/Grafiken) angeboten hätten.

A.i Eine dagegen gerichtete Beschwerde der Vifor Pharma AG und der HCI Solutions AG vom 4. Mai 2017 hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 teilweise gut (Dispositiv Ziff. 1) und hielt Folgendes fest:

- "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 Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser für zusätzliche Partner und Produkt-Stamm-Daten bei HCI Solutions AG oder eine Untersagung der anderwei-

tigen 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."

Das Bundesverwaltungsgericht schloss sich der vorinstanzlichen Beurteilung des den Beschwerdeführerinnen vorgeworfenen wettbewerbswidrigen Verhaltens an. Die ehemalige Galenica-Gruppe habe mittels der HCI Solutions AG ihre beherrschende Stellung auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Medikamenteninformationen missbraucht, indem sie den Zulassungsinhaberinnen die Aufnahme dieser Informationen in ihre INDEX-Datenbanken nur gebündelt angeboten habe und zwar mit redaktioneller und technischer Qualitätskontrolle und optionalem (Gratis-)Upload der Informationen auf AIPS. Durch die Qualitätsprüfung seien zwar Fehler in der Arzneimitteldatenbank ausgebessert und mögliche Medikationsfehler verhindern worden, doch sei die Qualitätskontrolle eine separate und optional anzubietende Dienstleistung, die bei der Einarbeitung der Informationen in die HCI-Datenbanken nicht zwingend vorgenommen werden müsse.

Die Sanktion wurde von Fr. 4'546'123.- auf Fr. 3'778'794.- gekürzt, weil bei der Berechnung des Basisbetrags nicht auf den relevanten beherrschten Märkten erzielte Umsätze abzuziehen waren. Auch habe weder der Galenica-Gruppe noch der HCI Solutions AG eine Gesamtstrategie nachgewiesen werden können, die Kontrolle über die Gesamtwertschöpfung zu sichern.

A.j Mit Beschwerde vom 21. März 2022 in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragten die Vifor Pharma AG (resp. Vifor Pharma Participations AG) und die HCI Solutions AG dem Bundesgericht die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4, 5 und 6 des bundesverwaltungsgerichtlichen Urteils sowie der Dispositiv-Ziffern 1, 2, 3, 4, 5 und 6 der Verfügung vom 19. Dezember 2016.

Die Beschwerdeführerinnen bestritten die beiden Koppelungsvorwürfe und unterstrichen, dass die HCI-Datenbanken dem Ziel dienten, die Patientensicherheit durch qualitätsgeprüfte Daten zu erhöhen und Medikationsfehler zu verhindern. So habe das Upload-Angebot der HCI Solution AG keine Wettbewerbsbeeinträchtigung verursacht. Selbst wenn eine "Koppelung" vorläge, wäre sie im Interesse der Qualitätssicherung und Effizienz durch legitime business reasons (wie öffentliche Gesundheit/Patientensicherheit, Haftungs- und Reputationsrisiken) gerechtfertigt. Zudem habe das Bundesverwaltungsgericht den Missbrauchstatbestand falsch ausgelegt und zu Unrecht angenommen, die Absatzeinschränkung sei ein blosser Gefährdungstatbestand, der eine Auswirkungsprüfung entbehrlich mache. Dieser Tatbestand sei hier angesichts der lückenhaften Sachverhaltsfeststellungen und mangels feststellbarer Auswirkungen nicht erfüllt.

A.k Das Bundesgericht beriet und entschied am 23. Januar 2025 die Angelegenheit öffentlich.

A.l Mit Urteil 2C_244/2022 vom 23. Januar 2025 (zur Publikation vorgesehen; Eingang beim BVGer am 15. April 2025) hiess das Bundesgericht die Beschwerde, soweit es darauf eintrat, teilweise gut und hob das angefochtene Urteil auf, abgesehen von dessen Ziff. 2 (Dispositiv Ziffer 1). Die weiteren Dispositiv Ziffern des höchstrichterlichen Urteils lauten folgendermassen:

- "2. Der Beschwerdeführerin 2 wird untersagt, in ihren Verträgen mit Softwarehäusern Klauseln vorzusehen, welche es den Softwarehäusern verbieten, Drittdaten bezüglich veredelter, maschinenlesbarer Medikamenteninformationen, welche im Wesentlichen gleich wie die Daten der Beschwerdeführerin 2 strukturiert sind, in ihre Softwareprogramme einzuspeisen.
3. Die Sache wird zwecks neuer Bemessung und Festlegung der Sanktion gemäss Art. 49a KG im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Die Gerichtskosten des bundesgerichtlichen Verfahrens werden im Betrag von Fr. 2'000.- den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftung aufgelegt.
5. Die WEKO hat den Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 20'000.- zu bezahlen."

Das Bundesgericht hält fest, die Beschwerdeführerin 2 habe ihre marktbeherrschende Stellung auf den relevanten Märkten nur sehr begrenzt missbraucht. Eine kartellgesetzwidrige Koppelung von Leistungen liege nicht vor. Wettbewerbswidrig sei einzig das den Softwarehäusern in der Vertragsklausel B auferlegte Verbot, Drittdaten bezüglich gleichstrukturierter, veredelter Medikamenteninformationen in ihre Softwareprogramme einzuspeisen. Doch habe die unzulässige Marktverschliessung den Wettbewerb zulasten der Konkurrenz der Beschwerdeführerin 2 nur sehr begrenzt eingeschränkt.

B.

B.a Mit Zwischenverfügung vom 28. Mai 2025 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz und die Beschwerdeführerinnen auf, bis zum 30. Juni 2025 zur vorzunehmenden Neubemessung der Sanktion im Lichte der bundesgerichtlichen Vorgaben (E. 12, insbes. E. 12.7 f. des Urteils 2C_244/2022 vom 23. Januar 2025) detailliert Stellung zu nehmen.

B.b Am 16. Juni 2025 ersuchten die Beschwerdeführerinnen um eine Erstreckung der Vernehmlassungsfrist bis zum 1. September 2025. Das Bundesverwaltungsgericht hiess das Gesuch teilweise gut und erstreckte die Frist bis zum 4. August 2025.

Am 10. Juli 2025 stellten die Beschwerdeführerinnen ein weiteres Gesuch um Fristerestreckung bis 1. September 2025, was das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 15. Juli 2025 aufgrund der besonderen Umstände ausnahmsweise guthiess.

B.c Am 26. Juni 2025 nahm die Vorinstanz kurz Stellung, ohne sich konkret dazu zu äussern, wie hoch die Sanktion neu zu bemessen sei.

B.d Mit Eingabe vom 27. August 2025 stellen die Beschwerdeführerinnen folgende Rechtsbegehren:

- "1. Es sei davon abzusehen, den Beschwerdeführerinnen eine Sanktion aufzuerlegen.
2. Es sei davon abzusehen, den Beschwerdeführerinnen für das bundesverwaltungsgerichtliche Verfahren B-2597/2017 und das Verfahren der WEKO Verfahrenskosten aufzuerlegen.
3. Den Beschwerdeführerinnen sei für das bundesverwaltungsgerichtliche Verfahren B-2597/2017 eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

Eventualiter:

4. Die den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegende Sanktion sei auf max. 50'000 Franken zu begrenzen.
5. Die den Beschwerdeführerinnen für das bundesverwaltungsgerichtliche Verfahren B-2597/2017 aufzuerlegenden Verfahrenskosten seien auf max. 3'400 Franken und diejenigen für das Verfahren der WEKO auf max. 38'125 Franken zu begrenzen.
6. Den Beschwerdeführerinnen sei für das bundesverwaltungsgerichtliche Verfahren B-2597/2017 eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

Subeventualiter:

7. Die den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegende Sanktion sei auf max. 63'261.34 Franken zu begrenzen.
8. Die den Beschwerdeführerinnen für das bundesverwaltungsgerichtliche Verfahren B-2597/2017 aufzuerlegenden Verfahrenskosten seien auf max. 3'400 Franken und diejenigen für das Verfahren der WEKO auf max. 38'125 Franken zu begrenzen.
9. Den Beschwerdeführerinnen sei für das bundesverwaltungsgerichtliche Verfahren B-2597/2017 eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen."

Zur Begründung wird ausgeführt, das Bundesgericht gehe lediglich von einem geringfügigen kartellgesetzlichen Verstoss aus, der einzig die Klausel B in den Verträgen zwischen den Softwarehäusern und der HCI Solutions AG betreffe. Darin sei ein Zustimmungsvorbehalt für die Integration fremder Medikamenteninformationen in die Stammdatenbank der HCI Solutions AG vorgesehen. Mit dieser Klausel sei untersagt worden, "gleiche" sowie "im Wesentlichen gleiche" XML-Strukturen ohne Zustimmung der HCI Solutions AG zu nutzen. Darin erblicke das Bundesgericht eine kartellrechtswidrige Einschränkung, soweit sich diese Klausel auch auf "im Wesentlichen gleiche" XML-Strukturen der HCI Solutions AG beziehe und damit über den urheberrechtlichen Schutz hinausgehe. Die HCI Solutions AG habe die Verträge bereits im Jahr 2015 freiwillig angepasst und auf die fragliche Klausel verzichtet. Die weiteren Vorwürfe zur Klausel A und zur angeblichen Koppelung habe das Bundesgericht verworfen.

Den Beschwerdeführerinnen seien durch das zwölfjährige Verfahren mit den deutlich schwerwiegenden Vorwürfen Reputationsschäden, hohe Kosten und ein erheblicher interner Aufwand erwachsen. Die HCI Solutions AG habe während des Verfahrens kooperiert und sich frühzeitig um eine kartellrechtskonforme Vertragsgestaltung bemüht. Eine Beratungsanfrage sowie der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung seien abgelehnt worden. Trotz dem grossen Ermessen bei der Festlegung der Sanktion könne in Ausnahmefällen darauf verzichtet werden. Dies habe das Bundesgericht auch angedeutet. Weiter werde gemäss nationaler und europäischer Praxis bei geringfügigen oder rechtlich unklaren Verstössen auf eine Sanktion verzichtet. Würde eine solche dennoch für erforderlich erachtet, wäre - angesichts der geringen Marktwirkung des Verstosses, der freiwilligen Vertragsänderung und der langen Verfahrensdauer - eine symbolische Sanktion von höchstens Fr. 50'000.- verhältnismässig.

Subeventualiter wäre auch bei Anwendung der Sanktionsverordnung angesichts der relevanten Umsätze, der mildernden Umstände und der geringen Schwere des Verstosses eine Sanktion von maximal Fr. 63'261.34 gerechtfertigt.

B.e Diese Stellungnahme wurde der Vorinstanz am 3. September 2025 zur Kenntnis zugestellt.

C. Auf die einzelnen Ausführungen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit sie für das Urteil erheblich sind, nachfolgend eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Angesichts des höchstrichterlichen Rückweisungsurteils kann eine erneute Prüfung der Eintretensvoraussetzungen unterbleiben (Urteil des BVGerB-1781/2021 vom 13. Juni 2023 E. 1 m.H.).

2.

2.1 Das Bundesgericht hob in der Dispositiv Ziffer 1 des Rückweisungsurteils das angefochtene Urteil B-2597/2017 - abgesehen von dessen Dispositiv Ziff. 2 (zur Aufhebung der vorinstanzlichen Feststellung der marktbeherrschenden Stellung) - vollständig auf.

Es hält fest, die Beschwerdeführerin 2 habe zwar auf den relevanten Märkten über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, diese jedoch nur in einem sehr begrenzten Ausmass missbraucht. Eine Wettbewerbseinschränkung durch eine kartellrechtswidrige Marktverschliessung bestehe nur sehr begrenzt (Urteil 2C_244/2022 E. 11.13, E. 13.1). In Bejahung der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG) sowie der subjektiven Vorwerfbarkeit (Urteil 2C_244/2022 E. 11.13, E. 12.6.4) weist das Bundesgericht "die Sache zwecks neuer Bemessung und Festlegung der Sanktion gemäss Art. 49a KG im Sinne der Erwägungen" an das Bundesverwaltungsgericht zurück (Urteil 2C_244/2022 E. 13.4 sowie Dispositiv Ziff. 3).

In der Dispositiv Ziffer 1 hob das Bundesgericht implizit auch die Kostenregelungen in den Dispositiv Ziff. 6 und 7 des bundesverwaltungsgerichtlichen Urteils B-2597/2017 auf, ohne aber den in E. 14.4 enthaltenen Hinweis ausdrücklich ins Dispositiv des Rückweisungsurteils aufzunehmen, wonach das Bundesverwaltungsgericht "in diesem Rahmen auch über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Verfahrens vor der Vorinstanz und der WEKO" neu zu befinden habe.

Trotz dieser Lücke im Urteilsdispositiv sind als Streitgegenstand - im Interesse einer vollständigen Regelung der noch offenen Fragen - nicht nur die konkrete Sanktionsbemessung, sondern auch die Kosten des erstinstanzlichen Untersuchungsverfahrens sowie die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens B-2597/2017 zu beurteilen (vgl. Urteil 2C_244/2022 E. 14.4; zutreffend die Vernehmlassung der Beschwerdeführerinnen vom 27. August 2025, Rz. 84 ff.).

2.2 Festzuhalten ist überdies, dass nach den Vorgaben des Bundesgerichts - neben der HCI Solutions AG - auch die Vifor Pharma Participations AG Verfügungs- und Sanktionsadressatin ist (Urteil 2C_244/2022 E. 6.3.3). Insofern sind beide Beschwerdeführerinnen zusammen ins Recht zu fassen, was auch die Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht mehr in Abrede stellen.

3. Hinsichtlich der Bemessung des konkreten Sanktionsbetrages kommt der rechtsanwendenden Wettbewerbsbehörde erhebliches Ermessen zu (BGE 147 II 72 E. 8.5.2; Urteil B-2597/2017 E. 15.2.2).

Das mit voller Kognition ausgestattete Bundesverwaltungsgericht kann dieses Ermessen zwar überprüfen (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 Bst. c VwVG; siehe BGE 147 II 72 E. 8.5.2). Wie jede Rechtsmittelinstanz wird es aber nicht leichthin, sondern nur bei pflichtwidriger Ermes-

sensausübung eingreifen (vgl. Urteile des BVerG B-1781/ 2021 vom 13. Juni 2023 E. 2 und B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 10.4.1).

Zu beachten ist, dass das Bundesverwaltungsgericht an den im Rückweisungsurteil vorgezeichneten Rahmen gebunden ist (vgl. Urteil des BVerG B-1781/2021 vom 13. Juni 2023 E. 2).

4. Die Beschwerdeführerinnen beantragen, von einer Sanktion gänzlich abzusehen (Rechtsbegehren 1 [unter B.dj]).

4.1 Hierzu führen sie aus, die Vorinstanz wie auch das Bundesverwaltungsgericht könnten den Basisbetrag auf null Prozent festlegen, zumal sich aus der Entscheidbegründung des Bundesgerichts nicht ableiten lasse, dass eine Sanktionierung zu erfolgen habe. Vielmehr töne das Bundesgericht mit der Formulierung (in E. 11.13)

"Eine Sanktionierung gemäss Art. 49a KG ist folglich wenn, dann nur noch in Bezug auf die letztgenannte Tathandlung möglich. Darüber hinaus fehlt die Basis für eine Sanktionierung."

an, dass ein Sanktionsverzicht ins Auge zu fassen sei (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 20).

Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen ergibt sich gestützt auf eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung des konkreten Einzelfalls eine Ausnahmesituation, welche einen vollständigen Sanktionsverzicht aufdrängt: Zur Schwere des Verstosses habe das Bundesgericht erkannt, dass "[v]orliegend [...], wenn auch in sehr begrenztem Rahmen, ein wettbewerbswidriges Verhalten im Sinne von Art. 7 Abs. 1 lit. e KG (Einschränkung des Absatzes) gegeben" sei (Urteil 2C_244/2022 E. 12.6.4). Das Bundesgericht gehe von einem untergeordneten, nur kurze Zeit dauernden kartellgesetzlichen Verstoss aus, zumal die problematischen Verträge mit den Softwarehäusern und die darin enthaltene Klausel B bereits im Jahr 2015 geändert worden seien.

In zahlreichen Fällen hätten die Wettbewerbsbehörden trotz Anhaltspunkten für missbräuchliches Verhalten auf eine Untersuchung verzichtet, weil sich der Aufwand nicht gerechtfertigt habe oder die Unternehmen ihr Verhalten angepasst hätten (TV-/Radiovermarktung, RPW 2021/4, S. 807 ff.; Lieferkonditionen eines Getränkeherstellers, RPW 2020/4, S. 1575 ff.; IWB - Nutzungsentgelte Erdgas, RPW 2019/4, S. 1115 ff.). Vorliegend seien aufwändige Abklärungen erfolgt, obschon die volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen des Verstosses gering gewesen seien und die HCI Solutions AG zu einer Verhaltensanpassung bereit gewesen sei. Es widerspräche dem Gleichbehandlungsgebot, wenn die Beschwerdeführerinnen angesichts der Unannehmlichkeiten der Untersuchung noch zusätzlich sanktioniert würden. Dies widerspräche auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip, da eine Sanktion angesichts der grossen Belastung durch die Untersuchung weder erforderlich noch zumutbar wäre.

Auf eine Sanktion sei auch wegen der überlangen Verfahrensdauer zu verzichten. Von der Untersuchungseröffnung Ende 2012 bis zum Bundesgerichtsurteil anfangs 2025 seien mehr als zwölf Jahre vergangen. Vorliegend habe das im Vergleich zum Luftfrachtfall (Urteil

2C_244/2022 E. 12 sowie Urteil des BVerG 2C_64/2023 vom 26. November 2024 E. 12 [zur Publikation vorgesehen]) weniger komplexe, nur einen einzigen Konzern betreffende bundesverwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren rund sechs Jahre gedauert. Wie im Luftfrachtfall seien auch hier keine wesentlichen Verfahrenshandlungen vorgenommen worden, die eine rund sechsjährige Verfahrensdauer rechtfertigten.

Ausserdem werde in der Lehre vereinzelt gefordert, dass nur bei ausreichender Behördenpraxis sanktioniert werden dürfe, damit dies für die Betroffenen vorhersehbar sei. Analog zum Vorgehen der Europäischen Kommission sei auch hier ein Sanktionsverzicht gerechtfertigt, da keine behördliche Fallpraxis bestehe, welche es der HCI Solutions AG erlaubt hätte, vorauszusehen, dass die verwendete Klausel B unzulässig sei, soweit sie über den Schutz des Urheberrechts hinausgehe (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 21-35).

4.2 Die Vorinstanz hält den geforderten Verzicht für unzulässig, da das Bundesgericht das Verfahren zur Festlegung einer Sanktion im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen habe. Nach Ansicht der Vorinstanz hat die HCI Solutions AG ihr marktbeherrschendes System zur elektronischen Verbreitung von Arzneimittelinformationen mit einer Klausel kartellrechtswidrig zementiert. Im Unterschied zum aufgehobenen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sei zwar lediglich ein einziger Missbrauch erstellt, was jedoch kein Kavaliersdelikt sei. Daher sei die auszusprechende Sanktion praxismässig nach den kartellrechtlichen Kriterien spürbar zu bemessen (Vernehmlassung vom 26. Juni 2025, S. 1).

4.3

4.3.1 Wie die Beschwerdeführerinnen zutreffend ausführen (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 19), anerkennt das Bundesverwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung, dass ein Sanktionsverzicht angesichts der gesetzlichen Bandbreite von 0-10 Prozent grundsätzlich möglich, indessen auf absolute Ausnahmesituationen beschränkt ist, wie etwa bei einem bevorstehenden Konkurs des Unternehmens aufgrund der Belastung (vgl. Urteil des BVerG B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 8.3.4).

Eine solche Ausnahmesituation liegt hier nicht vor.

Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 20) ist auch nicht davon auszugehen, dass das Bundesgericht in seinem Entscheid einen Verzicht auf Ausfällung einer Sanktion andeutet, zumal es einen allfälligen Sanktionsverzicht selbst hätte aussprechen können. Vielmehr bejahte das Bundesgericht in E. 11.13 das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG sowie in E. 12.6.4 auch die subjektive Vorwerfbarkeit des als sanktionswürdig erachteten Verhaltens. In E. 12.7 äusserte es sich zudem zur Nichtberücksichtigung konzerninterner Umsätze bei der Bemessung des Basisbetrages sowie in E. 12.8 zur Berücksichtigung des Umsatzes der "Schulung Pharmavista" sowie auch zu mildernden Umständen.

Die Beschwerdeführerinnen (- freilich im Widerspruch zu der in den Rz. 22-29 ihrer Stellungnahme behaupteten "Ausnahmesituation" -) anerkennen denn auch selber,

dass sich das Bundesgericht klar für eine deutlich tiefere Sanktion ausgesprochen hat, als sie vom Bundesverwaltungsgericht ausgefällt worden war. Überdies räumen sie zutreffend ein, dass das Bundesgericht in seiner Urteilsbegründung keine zahlenmässige Angabe zur Höhe der neu festzulegenden Sanktion machte (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 42).

4.3.2 Im Urteil 2C_244/2022 E. 12.6 bejaht das Bundesgericht die Vorwerfbarkeit des inkriminierten Verhaltens unabhängig davon, ob dessen Sanktionierbarkeit voraussehbar war (vgl. im Übrigen auch für viele BGE 139 I 72 E. 8.2; BVGE 2011/32 E. 4). Den Beschwerdeführerinnen kann daher auch insoweit nicht gefolgt werden, als sie sich auf Lehrmeinungen und europäische Praxisbeispiele berufen, wonach hier nicht sanktioniert werden dürfe, weil eine behördliche Fallpraxis gefehlt habe, welche die teilweise Unzulässigkeit der Klausel B voraussehbar gemacht hätte (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 30-35).

4.3.3 Dass sich die Beschwerdeführerinnen auch auf das Gleichbehandlungsgebot und das Verhältnismässigkeitsprinzip berufen, vermag daran nichts zu ändern:

In den von den Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang erwähnten drei Fällen (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 23) wurde - anders als hier - auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet. Insofern vermögen die Beschwerdeführerinnen mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

Vielmehr hatten sie - wie es gesetzlich vorgesehen ist (Art. 27, Art. 39 f., Art. 51 KG) - die mit einer Untersuchung verbundenen "Unannehmlichkeiten" zu tragen. Die Beschwerdeführerinnen legen denn auch nicht überzeugend dar, inwiefern eine Sanktion angesichts der angeblich "grossen Belastung" durch die Untersuchung weder erforderlich noch zumutbar und somit unverhältnismässig wäre (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 25).

4.3.4 Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht dauerte fünf Jahre und einen Monat (vgl. den Sachverhalt unter A.h und A.i). Damit lag es unter den sechs - im Urteil des Bundesgerichts 2C_64/2023 vom 26. November 2024 E. 12.5 (zur Publikation vorgesehen) - genannten Jahren, nach denen sich eine Reduktion der Sanktionierung aufdrängt.

Der zeitliche Rahmen von rund zwölf Jahren (d. h. die vorerwähnte Dauer beim Bundesverwaltungsgericht sowie die 2 Jahre und 10 Monate [21.3.2022 - 23.1.2025] beim Bundesgericht sowie die vier Jahre und eineinhalb Monate vor der Vorinstanz [d. h. vom 6.11.2021 - 19.12.2016]) lässt zudem erkennen, dass anders als die Beschwerdeführerinnen festhalten (vgl. Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 28) die kartellrechtlichen Fragestellungen dieser vielschichtigen Streitsache durchaus anspruchsvoll waren.

Im vorliegenden Fall erübrigt sich entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen eine Sanktionierung daher auch nicht wegen der angeblich "überlangen Verfahrensdauer" von zwölf Jahren.

5. Für den Fall, dass von einer Sanktionierung auszugehen ist, beantragen die Beschwerdeführerinnen eventua-
liter, diese auf den symbolischen Betrag von Fr. 50'000.- zu begrenzen.

5.1 Diesbezüglich erklären sie, das Bundesverwaltungsgericht verfüge über ein grosses Ermessen bei der Neu-
festlegung der Sanktion. Zur Sanktionierung und Sanktionsbemessung schreibe das Bundesgericht (Urteil 2C_244/2022 E. 12.5):

"Die durch die Vorinstanz ausgefallte Sanktion beruht allerdings auf vier vermeintlich einen Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllenden Handlungen der Beschwerdeführerin 2. Wie erwähnt hat sich jedoch die Kartellrechtswidrigkeit von drei der vier vorinstanzlich beanstandeten Handlungen nicht bestätigt und selbst die Verwendung der Klausel B ist nur in weit geringerem Ausmass als von der Vorinstanz angenommen kartellrechtswidrig (vgl. E. 11.13 oben). Damit ist die Marktverschliessung zulasten konkurrierender Anbieter von verdelteten, maschinenlesbaren Medikamenteninformationen, die (objektive) Schwere des Verstosses und damit auch die Beeinträchtigung des Wettbewerbs weit geringer als von der Vorinstanz erwogen. Daraus ergibt sich bereits, dass die vorinstanzliche Sanktionsbemessung nicht aufrechterhalten werden kann und die Sanktion erheblich zu reduzieren ist."

Das Bundesgericht habe sich somit, ohne deren Höhe festzulegen, klar für eine deutlich tiefere Sanktion ausgesprochen, als den vom Bundesverwaltungsgericht festgehaltenen Betrag von rund Fr. 3'800'000.-. Als Indiz dafür sei die Verteilung der Gerichtskosten vor Bundesgericht heranzuziehen, da diese gestützt auf Art. 66 Abs. 1 BGG nach dem Unterliegerprinzip entsprechend dem Verfahrensausgang erfolge. Gemäss Bundesgericht sei die Vorinstanz weitgehend unterlegen (Urteil 2C_244/2022 E. 14.2). Vom geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 20'000.- hätten die Beschwerdeführerinnen vom Bundesgericht Fr. 18'000.- zurückerhalten, was 90 Prozent entspreche. Die Beschwerdeführerinnen hätten "grösstenteils" obsiegt (Urteil 2C_244/2022 E. 14.1), was ein 90 prozentiges Obsiegen bedeute. Eine Sanktionsreduktion im selben Umfang wäre nachvollziehbar, da die Vorwürfe in drei von vier Fällen überhaupt nicht und in Bezug auf den verbleibenden Vorwurf nur noch teilweise vorgelegen hätten. Das Obsiegen um mindestens 90 Prozent spreche für eine erheblich tiefere Sanktion. Jedoch sei es angesichts der behördlichen Fallpraxis nicht angezeigt, die bundesverwaltungsgerichtliche Sanktion von Fr. 3'778'794.- einfach nur um 90 Prozent zu reduzieren, da gemäss bundesgerichtlicher Vorgabe die konzerninternen Umsätze vom relevanten Umsatz abgezogen werden müssten (Urteil 2C_244/2022 E. 12.7.3.5).

In fester Praxis vertrete die Vorinstanz die Ansicht, dass es sich bei der Sanktionsbemessung "nicht um einen reinen Rechenvorgang, sondern um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände" handle. So habe die Vorinstanz gegenüber Documed (RPW 2008/3, S. 385 ff. - Publikation von Arzneimittelinformationen, Rz. 239 -243) nur eine symbolische Sanktion von Fr. 50'000.- gesprochen. Es sei nicht nachvollziehbar, dass hier anders vorgegangen werde,

zumal Gründe für eine pauschale Sanktionierung vorlägen: Erstens bestehe auch hier ein nur geringfügiger kartellrechtlicher Verstoss mit geringen Marktauswirkungen. Zweitens habe sich von den zahlreichen Vorwürfen nur eine einzige Handlung und diese auch nur teilweise als unzulässig herausgestellt. Drittens habe die HCI Solutions AG die Vertragsanpassung zur Klausel B von sich aus vorgenommen und sich zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung bereit gezeigt. Daher sei es auch angesichts der weiteren vor-instanzlichen Fallpraxis zur Festlegung symbolischer Beträge angezeigt, die Sanktion auf maximal Fr. 50'000.- festzusetzen (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 37-53).

5.2 Die Vorinstanz lehnt eine symbolische Sanktionierung ab, da das Bundesgericht das Verfahren zu einer Neubemessung der Sanktion zurückgewiesen habe. Auch wenn lediglich ein einziger Missbrauch erstellt sei, müsse die neu auszufällende Sanktion den kartellrechtlichen Kriterien entsprechen und spürbar sein, dürfe jedenfalls nicht nur symbolisch bemessen werden (Vernehmlassung vom 26. Juni 2025, S. 1).

5.3 Wie bereits bei der Frage des Verzichts auf eine Sanktionierung ist auch hier festzuhalten, dass das Bundesgericht eine symbolische Sanktion in seinem Urteil selber hätte aussprechen können. Stattdessen wies es aber die Sache ans Bundesverwaltungsgericht zurück und hielt dabei unzweideutig fest, dass es Sache des Bundesverwaltungsgerichts sein werde, "im Rahmen der Rückweisung der Sache zur neuen Bemessung der Sanktion (vgl. E. 12.9 unten) die konzerninternen Umsätze bei der Berechnung des Basisbetrages abzuziehen" (Urteil 2C_244/2022 E. 12.7.3.5). Somit ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht vom Bundesverwaltungsgericht eine rechnerische Herleitung des neu festzusetzenden Sanktionsbetrages erwartet, wobei die unter E. 12 diskutierten Punkte zu berücksichtigen sein werden.

Unter diesen Umständen erübrigen sich weitere Ausführungen zu den Argumenten der Beschwerdeführerinnen hinsichtlich der Praxis der Wettbewerbsbehörden in der Schweiz und in der Europäischen Union zu symbolischen Sanktionen bzw. symbolischen Geldbussen (vgl. Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 37-51). In Bezug auf das Argument der angeblich "überlangen Verfahrensdauer" (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 52) ist auf die vorangehende E. 4.3.4 zu verweisen. Die dort gemachten Überlegungen gelten auch hier.

6. Im vorliegenden Fall ist somit die festzusetzende Sanktion im Lichte des Kartellgesetzes und den in der einschlägigen Verordnung enthaltenen Kriterien nach den Vorgaben des Bundesgerichts - und unter Beachtung der bisherigen Praxis - neu zu bemessen.

6.1 Für diesen Fall fordern die Beschwerdeführerinnen subeventualiter, die Sanktion sei auf maximal Fr. 63'261.34 zu begrenzen (Antrag 7).

Ausgehend von einem für die Bemessung relevanten Umsatz von Fr. [...] beziffern sie die kartellgesetzlich zulässige Maximal-sanktion auf Fr. [...]. Gestützt darauf sowie gestützt auf einen Basisbetrag von 0,2 Prozent legen sie ihren Überlegungen Fr. 90'373.34 zu Grunde. Diese Summe sei mangels Verstossdauer und erschwe-

render Umstände nicht zu erhöhen, sondern vielmehr aufgrund mildernder Umstände um 30 Prozent zu vermindern, was eine Sanktion von höchstens Fr. 63'261.34 ergebe.

6.2 Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (BGE 147 II 72 E. 8.2; 143 II 297 E. 9.2). In den Art. 2 ff. der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) hat der Bundesrat die Kriterien der Sanktionsbemessung präzisiert, die gemäss Art. 49a Abs. 1 KG in drei Schritten erfolgt (BGE 147 II 72 E. 8.5.1):

(1.) Auszugehen ist von einem Basisbetrag, der je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes bildet, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). (2.) Je nach der Dauer des Wettbewerbsverstosses wird der Basisbetrag gegebenenfalls erhöht (vgl. Art. 4 SVKG). (3.) Bei erschwerenden oder mildernden Umständen erfolgt eine weitere Erhöhung oder eine Verminderung der Sanktion (vgl. Art. 5 und 6 SVKG).

Insgesamt kann die Sanktion in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (Art. 7 SVKG, Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG; vgl. BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f.; Urteil 2C_63/2016 vom 24. Oktober 2017 E. 6.2).

6.3 Gemäss Bundesgericht sind drei der vier beanstandeten Handlungen (Klausel A im Vertragsverhältnis zu den Softwarehäusern, Qualitätskontrolle sowie Upload auf AIPS im Vertragsverhältnis zu den Zulassungsinhaberinnen) nicht kartellrechtswidrig: Die Klausel A führe nicht zu einer (weiteren) Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG und hinsichtlich Qualitätskontrolle und Upload auf AIPS liege keine Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG vor. Selbst die Verankerung der Klausel B im Vertragsverhältnis zu den Softwarehäusern ist gemäss Bundesgericht nur in geringerem Umfang zu beanstanden als durch das Bundesverwaltungsgericht erwogen. Diese Klausel sei nur insofern wettbewerbswidrig, als sie den Softwarehäusern verbiete, Drittdaten bezüglich veredelter, maschinenlesbarer Medikamenteninformationen, die im Wesentlichen gleich wie die Daten von HCI Solutions AG strukturiert seien, in ihre Softwareprogramme einzuspeisen. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist eine Sanktionierung nach Art. 49a KG somit wenn, dann nur noch in Bezug auf die letztgenannte Tathandlung möglich (Urteil 2C_244/2022 E. 11.13).

In diesem sehr begrenztem Rahmen geht das Bundesgericht von einem wettbewerbswidrigen Verhalten der HCI Solutions AG im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG (Urteil 2C_244/2022 E. 12.6.4). Dabei erachtet es eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung bzw. ein Organisati-

onsverschulden der Beschwerdeführerinnen und deshalb die Vorwerfbarkeit als gegeben.

6.4 Bei der Berechnung des Basisbetrages ist von den Umsätzen der HCI Solutions AG in den Geschäftsjahren 2013, 2014 und 2015 auf den sachlich und räumlich relevanten Märkten auszugehen. Hierzu zählen auch die Umsätze mit den Pharmavista Schulungen, da es sich um nachgelagerte Märkte handelt (Urteil 2C_244/2022 E. 12.8.3.1). Diese sind bei der Berechnung des Basisbetrages durch das Bundesverwaltungsgericht berücksichtigt worden (Urteil B-2597/2017 E. 15.2.3.30), was zur folgenden, unbestrittenen Zusammensetzung der relevanten Umsätze führt:

	Umsatz (Nettoerlöse)	nicht auf relevanten Märkten erzielter Umsatz	massgeblicher Umsatz
2013	Fr. [REDACTED]	Fr. [REDACTED]	Fr. [REDACTED]
2014	Fr. [REDACTED]	Fr. [REDACTED]	Fr. [REDACTED]
2015	Fr. [REDACTED]	Fr. [REDACTED]	Fr. [REDACTED]

6.4.1 Hiervon sind laut Bundesgericht die konzerninternen Umsätze der damaligen e-mediat AG sowie der Documed AG abzuziehen (vgl. act. 15 der Beschwerdebeilagen); sie sind bei der Berechnung des Basisbetrages nicht zu berücksichtigen (Urteil 2C_244/2022 E. 12.7.3.3, E. 12.7.3.5):

- Die konzerninternen Umsätze der Documed AG betrugen im Jahre 2013 Fr. [...], im Jahre 2014 Fr. [...] und im Jahre 2015 Fr. [...], somit insgesamt Fr. [...].
- Die konzerninternen Umsätze der e-mediat AG betrugen im Jahre 2013 Fr. [...], im Jahre 2014 Fr. [...] und im Jahre 2015 Fr. [...], somit insgesamt Fr. [...].

Werden die soeben ermittelten konzerninternen Umsätze vom massgeblichen Umsatz abgezogen, ergibt sich für die Sanktionsbemessung ein relevanter Umsatz von Fr. [...]:

Jahr	Massgeblicher Umsatz gem. BVGer-Urteil [Fr.]	./. Total der konzerninternen Umsätze [Fr.]	Neuer massgeblicher Umsatz [Fr.]
2013	[...]	[...]	[...]
2014	[...]	[...]	[...]
2015	[...]	[...]	[...]
Gesamtsumme des Umsatzes [Fr.]			[...]

6.4.2 Dementsprechend beläuft sich die nach Art. 7 SVKG (i.V.m. Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG) maximal zulässige Sanktion auf Fr. [...].

6.5 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, das heisst verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential. Zu

berücksichtigen ist insbesondere der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses sowie die Anzahl der Beteiligten (vgl. für viele BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2; 144 II 194 E. 6.4; Urteile des BGer 2C_442/2023 vom 14. April 2025 E. 4.3.1; 2C-596/2019 vom 2. November 2022 E. 10.2.3). Dem Umstand, ob der Verstoss in einer Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs liegt, ist angemessen Rechnung zu tragen (BGE 144 II 194 E. 6.4; 143 II 297 E. 9.7.1 f.).

6.5.1 Die Vorinstanz hatte das beanstandete Verhalten als "schwer" eingestuft und den Basisbetrag auf 5 Prozent festgelegt (Verfügung, Rz. 519).

Demgegenüber setzte das Bundesverwaltungsgericht den Basisbetrag auf 4 Prozent fest, da es die volkswirtschaftliche Beeinträchtigung als nur "mittelschwer" bezeichnete (Urteil B-2597/2017 E. 15.2.4.19), weil seiner Einschätzung nach vier Handlungen der HCI Solutions AG einen Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt hätten (Urteil B-2597/2017 E. 15.2.4).

6.5.2 Die Beschwerdeführerinnen halten diese Beurteilung im Lichte der bundesgerichtlichen Erwägungen für unhaltbar. Sie rügen, ein wesentlicher Teil der Handlungen, auf welche sich das Bundesverwaltungsgericht für die Bestimmung des Basisbetrages gestützt habe, falle weg. Demgegenüber liege jetzt nur noch ein einziger Tatbestand vor, was in einem ersten Schritt eine Reduktion des Basisbetrages um drei Viertel, also von 4 Prozent auf 1 Prozent rechtfertige. Zudem stuft das Bundesgericht den übrig gebliebenen Tatbestand in weit geringerem Ausmass als kartellrechtswidrig ein, als dies das Bundesverwaltungsgericht getan habe. Dies wiederum rechtfertige eine weitere Reduktion des Basisbetrages auf 0,2 Prozent, was zum Betrag von Fr. 90'373.- führe (Fr. [...] x 0,002). Weitere Umstände, die sich auf die Bestimmung des Basisbetrages erhöhend auswirken würden, lägen nicht vor (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 68 f.).

6.5.3 Das Bundesverwaltungsgericht hatte erwogen, die ehemalige Galenica-Gruppe habe mittels HCI Solutions AG durch die Bündelung der Aufnahme der Arzneimittelinformationen in ihre Datenbanken mit der Qualitätssicherung und dem Upload auf AIPS eine Koppelung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. f. KG vorgenommen, was in der Sanktionsbemessung berücksichtigt wurde (Urteil B-2597/2017 E. 15.2.4.9 ff.). Das Gericht berücksichtigte in der Sanktionsbemessung zudem, dass die Beschwerdeführerinnen 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 eingeschränkt hätten, wobei diese Verhaltensweisen Verdrängungs- wie auch Ausbeutungseffekte gezeigt hätten. Nach der (überholten) Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts seien die Klauseln A und B offensichtlich geeignet gewesen, den Markt für potentielle Konkurrenzangebote zu verschliessen. Auch die vorgenommenen Koppelungen seien geeignet gewesen, potenzielle Wettbewerber zu verdrängen und deren Wettbewerbsstellung zu verschlechtern (Urteil B-2597/2017 E. 15.2.4.10). Diesbezüglich wurde erschwerend bewertet, dass die "Verdrängungswirkung" insbesondere in der Zeit, in der sich die Bedingungen änderten und damit für den Eintritt

potenzieller Konkurrenten besonders geeignet gewesen wäre, ihre Wirkung gezeigt hätten (Urteil B-2597/2017 E. 15.2.4.3, E. 15.2.4.11).

Demgegenüber verneint das Bundesgericht das Vorliegen einer Koppelung. Zudem erachtet es die Klausel A der Verträge als kartellrechtskonform und die Klausel B nur insoweit als kartellrechtlich relevant, als sie über den legitimen Schutz des Urheberrechts hinausgeht (vgl. Urteil 2C_244/2022 E. 10.8 f., E. 11, insb. E. 11.13). Da damit auch eine mögliche Verdrängungswirkung aufgrund der vermeintlichen Koppelung ausser Betracht fällt, kann diese nicht erschwerend berücksichtigt werden, wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht zu bedenken geben (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 66).

Hinzu kommt, dass entgegen der bisherigen Sicht des Bundesverwaltungsgerichts, wonach "zwei verschiedene Verhaltensweisen" auf "zwei verschiedenen Märkten" als erschwerender Umstand zu berücksichtigen seien (vgl. Urteil B-2597/2017 E. 15.2.4.11 f.), das Bundesgericht einzig von einer einzigen, kartellrechtlich relevanten Verhaltensweise ausgeht (vgl. Urteil 2C_244/2022 E. 11.3). Dies schliesst die Berücksichtigung von "zwei verschiedenen Verhaltensweisen" als erschwerenden Umstand aus.

6.5.4 Nach dem Gesagten ist somit das noch zu beanstandende Verhalten hinsichtlich der Klausel B als leicht einzustufen und dementsprechend die vom Bundesverwaltungsgericht ausgefallte Sanktion von Fr. 3'778'794.- erheblich zu reduzieren, wie dies das Bundesgericht verlangt (Urteil 2C_244/2022 E. 12.5). Unter gebührender Gewichtung aller Umstände erscheint hier ein Basisbetrag von 0,5 Prozent als angemessen, nachdem drei von vier beanstandeten Verhaltensweisen weggefallen sind und das übrig gebliebene Verhalten nur noch insoweit kartellrechtlich zu beanstanden ist, als es den Schutz des Urheberrechts überschreitet (vgl. Urteil 2C_244/2022 E. 10.8.6, E. 11.13).

Daher ist bei der Prüfung der weiteren, für die Sanktionsbemessung massgeblichen Faktoren von einem Betrag von Fr. 225'934.- (= Fr. [...] x 0,005) auszugehen.

6.6 Nach 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 Prozent und bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren für jedes weitere angefallene Jahr um bis zu 10 Prozent zu erhöhen ist.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte den Basisbetrag um 36,652 Prozent erhöht, weil die angeblich wettbewerbswidrige Koppelung 44 Monate gedauert hatte (Urteil B-2597/2017 E. 15.2.5.6). Dies trifft gemäss Bundesgericht nicht zu (Urteil 2C_244/2022 E. 11). Die nun noch als einzige zu beanstandende Klausel B fand erst im Jahre 2014 Eingang in die Verträge mit den Softwarehäusern und wurde bereits im Jahre 2015 angepasst (Urteil B-2597/2017 E. 15.2.7.15).

Wie die Beschwerdeführerinnen zurecht festhalten, liegt hier somit nichts vor, dass eine Erhöhung aufgrund der Dauer des Verstosses rechtfertigen könnte (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 71 f.).

6.7 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: (1.) das Unternehmen hat wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen, (2.) das Unternehmen hat mit dem Verstoss einen Gewinn erzielt, der nach objektiver Ermittlung besonders hoch ausfällt, (3.) das Unternehmen hat die Zusammenarbeit mit den Behörden verweigert oder versucht, die Untersuchungen sonst wie zu behindern.

Das Bundesverwaltungsgericht ging als erschwerenden Umstand von einem Wiederholungsfall aus, weshalb es den Sanktionsbetrag um 20 Prozent erhöhte (Urteil B-2597/2017 E. 15.2.6.19). Eine weitere Erhöhung von 12 Prozent ergab sich, weil es die vermeintliche Koppelung sowie die Einschränkung des Absatzes der Konkurrenten durch die Vertragsklauseln A und B in den Verträgen mit den Softwarehäusern als erschwerenden Umstand betrachtete (Urteil B-2597/2017 E. 15.2.6.21).

Da nun nur noch von einem einzigen, kartellrechtlich relevanten Verhalten und auch nicht mehr von einem Wiederholungsfall auszugehen ist, liegt nichts mehr vor, dass eine Erhöhung des Basisbetrages aus diesen Gründen zu rechtfertigen vermöchte.

6.8 Nach Art. 6 SVKG ist beim Vorliegen mildernder Umstände 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 (BGE 146 II 217 E. 9.4). Die Aufzählung ist nicht abschliessend, was sich aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 SVKG ("insbesondere") ergibt. Daher sind sonstige mildernde Umstände auch bei der Sanktionierung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens nach Art. 7 KG zu berücksichtigen. Hingegen nicht erfasst sind Aspekte, die bereits bei der Festlegung des Basisbetrags berücksichtigt werden (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 E. 1628).

Das Bundesverwaltungsgericht wie auch die Vorinstanz verneinten das Vorliegen mildernder Umstände (Urteil B-2597/2017 E. 15.2.7.16).

Demgegenüber weisen die Beschwerdeführerinnen diesbezüglich auf eine besonders gute Kooperation (Beratungsanfrage, Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung), eine "überlange" Verfahrensdauer sowie die "Nichtvorhersehbarkeit" des Verstosses hin und beantragen eine Sanktionsreduktion um 30 Prozent, was eine auszufällende Sanktion von Fr. 63'261.34 (= Fr. 90'373.34 x 0,7) ergeben würde (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 82 f.). Im Beschwerdeverfahren B-2597/2017 machten die Beschwerdeführerinnen geltend, sie hätten ihr Verhalten während der Untersuchung angepasst.

6.8.1 Die HCI Solutions AG hat die absatz einschränken den Klauseln mit den Softwarehäusern im Laufe des Untersuchungsverfahrens zwar frühzeitig teilweise ersetzt und ab 2015 die Klausel B in neuen Verträgen nicht mehr verwendet. Sie hat aber den Softwarehäu-

sern (mit bestehendem Vertrag) erst im April 2017 mitgeteilt, dass sie nicht mehr an die Klausel B gebunden seien. Sie hat somit die Einstellung der hier noch relevanten Wettbewerbsbeschränkung nicht aus eigenem Antrieb vor Eröffnung des Kartellverwaltungsverfahrens eingestellt. Es liegt somit nichts vor, dass es rechtfertigen könnte, die Anpassung des Verhaltens bzw. die Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens, die hier bereits im Zusammenhang mit der Berücksichtigung der Dauer des Verstosses in die Sanktionsbemessung einfließt, ausnahmsweise zusätzlich als mildernden Umstand zu berücksichtigen (Urteil B-2597/2017 E. 15.2.7.15).

6.8.2 Als weiteren Aspekt wollen die Beschwerdeführerinnen die im Untersuchungsverfahren gezeigte Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung als mildernden Umstand berücksichtigt sehen (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 79).

Eine Sanktionsreduktion bei Abschluss einer einvernehmlichen Regelung oder aufgrund des Willens und der Bereitschaft, eine solche abzuschliessen, ist zwar gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen. Die Vorinstanz hat in ihrer bisherigen Praxis den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung in Sanktionsverfahren im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG als gute Kooperation gewürdigt und mit einer Sanktionsreduktion honoriert, wobei eine Verringerung von 3 bis 25 Prozent des Basisbetrags vorgenommen wurde (Urteil B-2597/2017 E. 15.2.7.8 m.H.). Bei der Festlegung der Höhe der Sanktionsreduktion ist insbesondere der Zeitpunkt des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung zu berücksichtigen. Der Umfang der Reduktion hängt davon ab, wie früh im Verfahren eine einvernehmliche Regelung zustande kommt, ob durch deren Abschluss die Dauer des Verfahrens wesentlich verkürzt und der Verfahrensaufwand der Wettbewerbsbehörden massgeblich reduziert werden kann (Urteil B-2597/2017 E. 15.2.7.8).

Wie im Urteil B-2597/2017 (E. 15.2.7.9 ff.) detailliert gezeigt wurde, kann hier die im Untersuchungsverfahren gezeigte Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung nicht als mildernder Umstand berücksichtigt werden. An den diesbezüglichen Erörterungen ist festzuhalten.

6.8.3 Als weiteren mildernden Umstand bezeichnen die Beschwerdeführerinnen die "besonders gute Kooperation" mit den Wettbewerbsbehörden (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 79).

Kooperatives Verhalten kann praxisgemäss auch ausserhalb einer Bonusmeldung sanktionsmindernd berücksichtigt werden (Urteile des BVGerB-1781/2021 vom 13. Juni 2023 E. 3.6.5; B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 10.4.8). Damit dies der Fall ist, muss das Verhalten über das hinausgehen, was üblicherweise zur Ausübung der Verteidigungsrechte an den Tag gelegt wird. Nicht ausreichend ist ein Verhalten, das bereits nach den gesetzlich vorgesehenen Mitwirkungspflichten geboten ist (wie die Auskunftspflicht nach Art. 40 KG, vgl. auch Art. 13 Abs. 1 Bst. b und e VwVG). Nach der Praxis des Sekretariats soll eine besonders gute Kooperation z.B. beim freiwilligen Einreichen von Beweismitteln oder bei der Anerkennung des Sachverhalts in Frage kommen (Urteil B-2597/2017 E. 15.2.7.12 m.H.).

Dass sich die Beschwerdeführerinnen in der Untersuchung grundsätzlich kooperativ verhalten haben, ist zwar positiv zu werten, auch wenn das Verfahren durch ein Ausstandsbegehren gegen Mitarbeitende des Sekretariats und den Sistierungsantrag etwas erschwert worden sein mag (vgl. Urteil B-2597/2017 E. 15.2.7.6). Das von den Beschwerdeführerinnen im Untersuchungsverfahren an den Tag gelegte Verhalten geht aber nicht über das übliche Mass hinaus, welches von Untersuchungsadressatinnen im Rahmen der Mitwirkungspflicht erwartet werden darf. An den entsprechenden Darlegungen des Bundesverwaltungsgerichts ist daher festzuhalten (Urteil B-2597/2017 E. 15.2.7.16).

6.8.4 Soweit die Beschwerdeführerinnen schliesslich geltend machen, die angeblich lange Dauer des vorliegenden Verfahrens sei mit den damit verbundenen Nachteilen sanktionsmildernd zu berücksichtigen (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 80), ist auf die in der vorstehenden E. 4.3.4 gemachten Überlegungen zu verweisen. Dies gilt auch insoweit als die Beschwerdeführerinnen hier wiederum auf die fehlende Voraussehbarkeit der Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens hinweisen (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 81; siehe E. 4.3.2), wobei zu bemerken ist, dass dieser Gesichtspunkt keinen bemessungswirksamen, mildernden Umstand darstellt.

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine für die Bemessung massgeblichen Erhöhungs- oder Milderungsfaktoren zu berücksichtigen sind (E. 6.6-6.8). Die auszufällende Sanktion ist somit auf Fr. 225'934.- festzusetzen.

8. Abschliessend sind im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen die Kosten- und Entschädigungsfolgen der Verfahren vor der Vorinstanz und dem Bundesverwaltungsgericht neu zu regeln (vgl. E. 2.1).

Dabei ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 42 f., 88, 91) den neu zu bestimmenden Kosten- und Entschädigungsfolgen nicht die bundesgerichtliche Formel (90 prozentiges Obsiegen / 10 prozentiges Unterliegen) zugrunde zu legen. Das Obsiegen der Beschwerdeführerinnen kann jetzt konkret berechnet werden, indem die neu auszufällende Sanktion von Fr. 225'934.- (E. 7) zum (im vorinstanzlichen Untersuchungsverfahren gesprochen) Sanktionsbetrag von Fr. 4'546'123.- (unter A.h) in Relation gesetzt wird. Wird eine solche Verhältnisrechnung vorgenommen, ergibt sich zugunsten der Beschwerdeführerinnen ein Unterliegen von noch lediglich 4,97 Prozent (= [Fr. 225'934.- : Fr. 4'546'123.-] x 100).

8.1

8.1.1 Die Auferlegung von Kosten in der vorinstanzlichen Untersuchung richtet sich nach der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2). Gebührenpflichtig ist nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen der WEKO oder des Sekretariats veranlasst. Keine Gebührenpflicht besteht nach Art. 3 Abs. 2 GebV-KG für Beteiligte, die eine Vorabklärung oder eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbs-

beschränkung 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]).

8.1.2 Für die Untersuchung erhob die Vorinstanz Verfahrenskosten von Fr. 381'250.40, welche sie den Beschwerdeführerinnen nach dem höchstrichterlichen Urteil zurückerstattete (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 84, Rz. 90).

Daher hat hier entsprechend dem Unterliegen im Umfang von 4,97 Prozent eine Kürzung der vorinstanzlichen Untersuchungskosten um 95,03 Prozent zu erfolgen, weshalb diese Kosten neu Fr. 18'950.- (Fr. 381'250.40 x 0,0497) betragen.

8.1.3 Da die Beschwerdeführerinnen die geleisteten Untersuchungskosten von Fr. 381'250.40 zurückerhalten haben (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 84, Rz. 90), werden sie der Vorinstanz nach Rechtskraft dieses Urteils die neu ausstehenden Verfahrenskosten von Fr. 18'950.- zu leisten haben.

8.2

8.2.1 Die Spruchgebühr des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens 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.

8.2.2 Die Beschwerdeführerinnen haben im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren B-2597/2017 einen Kostenvorschuss von Fr. 40'000.- geleistet.

Die Verfahrenskosten sind nach Art. 63 Abs.1 VwVG entsprechend dem Unterliegerprinzip zu verteilen. Wie bereits ausgeführt, hat hier eine Kürzung der bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten im Umfang von 95,03 Prozent zu erfolgen, weshalb die entsprechenden Kosten auf Fr. 2'000.- (Fr. 40'000.- x 0,0497) festzulegen sind. Demzufolge wird das Bundesverwaltungsgericht diesen Betrag dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 40'000.- entnehmen und den Beschwerdeführerinnen den Restbetrag von Fr. 38'000.- nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstatten.

8.3

8.3.1 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 (vgl. Urteil B-2597/2017 E. 17.2.6).

8.3.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat den mit Honorarnote vom 16. November 2018 geltend gemachten anwaltlichen Arbeitsaufwand als detailliert und nachvollziehbar bezeichnet. Es hat im Sinne der Beschwerdeführerinnen festgehalten, dass eine ungekürzte Parteientschädigung für ein vollständiges Obsiegen Fr. 60'821.80 betragen würde (Urteil B-2597/2017 E. 17.2.9). Von diesem Betrag gehen die Beschwerdeführerinnen nach wie vor aus (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 92 f.).

Angesichts des weitgehenden Obsiegens der Beschwerdeführerinnen - im Umfang von 95,03 Prozent - ist ihnen zulasten der Vorinstanz eine um 4,97 Prozent gekürzte Parteientschädigung von neu insgesamt Fr. 57'800.- (Fr. 60'821.80 x 0,9503) 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).

9. Dieses Urteil setzt im Anschluss an die bundesgerichtliche Rückweisung des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens B-2597/2017 fort und schliesst es ab. Da in den vorangehenden E. 8.2 und E. 8.3 über die Kostenfolgen des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens B-2597/2017 entschieden wird, sind - entsprechend dem Antrag der Beschwerdeführerinnen (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 89) - ihnen für das vorliegende Verfahren B-2665/2025 keine zusätzlichen Verfahrenskosten aufzuerlegen.

Ebensowenig ist eine über E. 8.3 hinausgehende, weitere Parteientschädigung zuzusprechen, weshalb dem entsprechenden Antrag der Beschwerdeführerinnen (Stellungnahme vom 27. August 2025, Rz. 94) gemäss fester Praxis nicht entsprochen werden kann (vgl. für viele die Urteile des BVGer B-3106/2025 sowie B-3190/2025 vom 19. Mai 2025, S. 4; B-431/2023 vom 7. März 2023 E. 5).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Dispositiv-Ziffer 4 der vorinstanzlichen Verfügung vom 19. Dezember 2016 wird mit Bezug auf die den Beschwerdeführerinnen auferlegte Sanktion wie folgt neu gefasst:

"Vifor Pharma Participations AG und HCI Solutions AG werden in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG wegen einer unzulässigen Verhaltensweise mit einem Betrag von Fr. 225'934.- belastet. Dieser Betrag wird den Adressatinnen der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt."

2.

Die Dispositiv Ziffer 6 der vorinstanzlichen Verfügung vom 19. Dezember 2016 wird mit Bezug auf die den Beschwerdeführerinnen auferlegten Kosten der Untersuchung wie folgt neu gefasst:

"Die Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 18'950.- werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt."

3.

Den Beschwerdeführerinnen werden für das bundesverwaltungsgerichtliche Verfahren B-2597/2017 - zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung zu zahlende - Kosten von Fr. 2'000.- auferlegt.

Nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils wird dieser Betrag dem Kostenvorschuss von Fr. 40'000.- entnommen und den Beschwerdeführerinnen der Restbetrag von Fr. 38'000.- zurückerstattet.

4.

Den Beschwerdeführerinnen wird für das Verfahren B-2597/2017 zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 57'800.- zugesprochen.

5.

Für das vorliegende Verfahren B-2665/2025 werden keine Verfahrenskosten auferlegt und es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

6.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung.

[Rechtsmittelbelehrung]

B 4

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

B 4

1. Urteil vom 23. Januar 2025 in Sachen Sanktionsverfügung der WEKO vom 19. Dezember 2016 in der Untersuchung Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen – Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Januar 2022

Urteil 2C_244/2022 vom 23. Januar 2025 der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts in Sachen

Verfahrensbeteiligte

1. Vifor Pharma Participations AG (vormals Vifor Pharma AG) in St. Gallen,

2. HCI Solutions AG, in Bern

Beschwerdeführerinnen,

vertreten durch [...]

gegen

Wettbewerbskommission WEKO, in Bern

Gegenstand: Sanktionsverfügung – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 19. Januar 2022 (B-2597/2017).

Sachverhalt:

A.

A.a. Das vorliegende Verfahren betrifft "Medikamenteninformationen". In einem untechnischen Sinne handelt es sich um einen Oberbegriff für Arzneimittel, Medizinprodukte und "Non-Pharma Produkte" wie beispielsweise Nahrungsergänzungsmittel und Körperpflegeprodukte (vgl. Bst. C und C.a.a vorinstanzliches Urteil; vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. a und b Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 [Heilmittelgesetz; HMG; SR 812.21]). Arzneimittel sind Produkte chemischen oder biologischen Ursprungs, die zur medizinischen Einwirkung auf den menschlichen oder tierischen Organismus bestimmt sind oder angepriesen werden, insbesondere zur Erkennung, Verhütung oder Behandlung, inklusive Blut und Blutprodukte (Art. 4 Abs. 1 lit. a HMG). Medizinprodukte sind dagegen Produkte, einschliesslich Instrumente, Apparate, Geräte, In-vitro-Diagnostika, Software, Implantate, Reagenzien, Materialien und andere Gegenstände oder Stoffe, die für die medizinische Verwendung bestimmt sind oder angepriesen werden und deren Hauptwirkung nicht durch ein Arzneimittel erreicht wird (Art. 4 Abs. 1 lit. b HMG).

Vorliegend sind primär Arzneimittelinformationen im Bereich Humanmedizin betroffen, welche für die verschiedenen Akteure des Gesundheitswesens, nämlich die Patientinnen und Patienten, Leistungserbringer (Ärztinnen und Ärzte, Spitäler, Apotheken, Drogerien, Hei-

me), Zulassungsinhaber (Pharmaunternehmen), Kostenträger (in der Regel Kranken-/Unfall-/Invalidenversicherer) und Vertriebsunternehmen unabdingbar sind. Die Arzneimittelinformationen können unterteilt werden in Fach- und Patienteninformationen, welche unter anderem Informationen über Wirkstoffe, Dosierung, Anwendung und Nebenwirkungen enthalten. Die Fachinformationen richten sich an die Leistungserbringer. Die Patienteninformationen sind in der Packungsbeilage zum Arzneimittel enthalten.

A.b. Um Arzneimittel in Verkehr zu bringen, müssen diese vom Schweizerischen Heilmittelinstitut Swissmedic zugelassen werden (vgl. Art. 9 HMG). Die Zulassung erfordert auch bestimmte Fach- und Patienteninformationen (Packungsbeilage; vgl. Art. 13 und 14 sowie Anhang 4 und 5 Verordnung vom 9. November 2001 des Schweizerischen Heilmittelinstituts über die Anforderungen an die Zulassung von Arzneimitteln [Arzneimittel-Zulassungsverordnung]; SR 812.212.22). Die entsprechenden Informationen sind online und kostenlos auf der Plattform "AIPS" (Arzneimittelinformationssystem) öffentlich zugänglich. AIPS wurde ab Herbst 2011 von Swissmedic und wird seit 1. Januar 2019 von der Stiftung Refdata betrieben (vgl. Bst. C.a.g und C.a.h vorinstanzliches Urteil).

Die auf AIPS veröffentlichten Arzneimittelinformationen erscheinen in einem unstrukturierten Fliesstext. Sie wurden und werden von HCI Solutions AG (bzw. früher Documed AG und e-mediag AG) veredelt, sprich mit weiteren Informationen ergänzt (aggregiert), strukturiert und codiert, d.h. in eine maschinenlesbare Form übersetzt (dazu E. 3.2 unten), sowie kommerzialisiert. Die Kommerzialisierung fand Ausdruck in verschiedenen Produkten von HCI Solutions AG, nämlich dem "Compendium" (Fach- und Patienteninformationen zu rezeptpflichtigen und rezeptfreien Arzneimitteln, weitere markt- und verschreibungsrelevante Daten und redaktionelle Arzneimittelkurzinformationen) und den nutzerspezifischen "INDEX-Datenbanken" (z.B. "medINDEX", welche sich an Ärztinnen und Ärzte richtet; dazu E. 3.1 ff. unten). Die INDEX-Datenbanken bedurften zur Nutzung einer bestimmten Software, welche von Softwarehäusern - ausgerichtet auf die Bedürfnisse der jeweiligen Akteure des Gesundheitswesens - programmiert und unterhalten wurde.

A.c. Die HCI Solutions AG (bzw. e-mediag AG) schloss mit den Leistungserbringern (Ärztinnen, Spitäler, etc.)

jeweils einen Lizenzvertrag zur Nutzung der spezifischen INDEX-Datenbank ab. Zudem schloss Erstere mit den Softwarehäusern jeweils einen Lizenzvertrag zur Integration der Daten in ihre jeweiligen Softwareprogramme zwecks Nutzung durch die Leistungserbringer ab. Mit den Zulassungsinhabern (Pharmaunternehmen) schloss HCI Solutions AG (bzw. Documed AG) ab April 2012 jeweils eine "Vereinbarung zur Publikation von Informationen im Arzneimittel-Kompendium der Schweiz® und in den INDEX-Produkten" ab, welche insbesondere die Publikation der veredelten Fach- und Patienteninformationen bezüglich des vom jeweiligen Pharmaunternehmen hergestellten Arzneimittels enthielt.

A.d. Galenica AG war bis April 2017 die Muttergesellschaft einer schweizerischen Pharmazie- und Logistikunternehmensgruppe. Die Gesellschaften der Galenica-Gruppe waren in die zwei Hauptbereiche "Vifor Pharma" und "Galenica Santé" unterteilt. Die Gesellschaften des Bereichs "Vifor Pharma" entwickelten und produzierten pharmazeutische Produkte. Der Bereich "Galenica Santé" umfasste unter anderem den Geschäftsbereich "Services", welcher Wholesale und Prewholesale Logistikdienstleistungen sowie die Entwicklung und den Betrieb von Datenbanken und Softwarelösungen anbot.

Am 13. Februar 2017 wurde mittels Sacheinlage und -übernahme die Gesellschaft Galenica Santé AG gegründet. Anschliessend wurde Galenica AG am 11. Mai 2017 in Vifor Pharma AG umfirmiert. In der Folge wurde am 12. Mai 2017 die Galenica Santé AG in Galenica AG umfirmiert. Die neue Vifor Pharma AG und die neue Galenica AG wurden als eigenständige Unternehmen an der Schweizer Börse kotiert.

A.e. Die HCI Solutions AG war bis Anfang 2016 die Managementgesellschaft der Documed AG und der e-mediat AG. Ihr Zweck war die Entwicklung, Vermarktung und der Betrieb von netzwerkorientierter Software für Partner im Gesundheitswesen sowie die Vermarktung von Informationen für das Gesundheitswesen im In- und Ausland und alle dazugehörigen Dienstleistungen. Mit Fusionsvertrag vom 8. Februar 2016 wurden die Documed AG und die e-mediat AG in die HCI Solutions AG fusioniert, sodass Letztere die Geschäftstätigkeit der ersteren beiden Gesellschaften übernahm.

A.f. Die HCI Solutions AG war bis Anfang 2017 eine 100%-Tochtergesellschaft der damaligen Muttergesellschaft Galenica AG und dem Bereich "Services" zugeordnet (vgl. Bst. A.d oben). Im Zuge der erwähnten Umstrukturierung der Galenica-Gruppe wurde mit Sacheinlagevertrag vom 13. Februar 2017 unter anderem die Beteiligung HCI Solutions AG auf die Galenica Santé AG übertragen, welche wie erwähnt anschliessend in Galenica AG umfirmiert wurde (vgl. Bst. A.d oben). Die (ursprüngliche) Galenica AG, welche am 11. Mai 2017 in Vifor Pharma AG umfirmiert wurde (vgl. Bst. A.d oben), erhielt als Gegenleistung für die Sacheinlage 100 % der Aktien der Galenica Santé AG. Die HCI Solutions AG war somit ab September 2012 unter der Kontrolle der Obergesellschaft Galenica AG, welche am 11. Mai 2017 in Vifor Pharma AG umfirmiert wurde. Vom 13. Februar 2017 bis 7. April 2017 war sie eine Enkelgesellschaft der (ursprünglichen) Galenica AG respektive der Vifor

Pharma AG. Am 7. April 2017 veräusserte die Galenica AG bzw. die spätere Vifor Pharma AG 97.5 % der Aktien der Galenica Santé AG an der Börse. Ab diesem Zeitpunkt verfügt die Vifor Pharma AG somit nicht mehr über die Kontrolle über die HCI Solutions AG.

Gemäss Fusion vom Mai 2023 wurde die Vifor Pharma AG von der Vifor Pharma Participations AG übernommen und somit durch diese ersetzt. Die Vifor Pharma AG wurde am 9. Juni 2023 im Handelsregister gelöscht.

B.

B.a. Am 11. Oktober 2012 reichte die ywesee GmbH, welche die an Ärztinnen und Ärzte gerichtete Datenbank MEDlupdate XML anbot, beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) eine Anzeige gegen die Documed AG und die e-mediat AG ein. Am 6. Dezember 2012 eröffnete das Sekretariat der WEKO gegen Galenica AG, HCI Solutions AG, Documed AG und e-mediat AG eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG wegen Verdachts des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 KG).

B.b. Gemäss Verfügung vom 19. Dezember 2016 stellte die WEKO fest, dass die Galenica AG mittels ihrer Tochtergesellschaft HCI Solutions AG seit dem 1. Januar 2013 auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfüge (Ziff. 1 Dispositiv). Galenica AG und HCI Solutions AG wurde untersagt, in ihren Verträgen mit den Softwarehäusern Vertragsklauseln zu verwenden und durchzusetzen, die eine Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser für zusätzliche Partner- und Produktstamm-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 (Ziff. 2 Dispositiv). Galenica AG und HCI Solutions AG wurden verpflichtet, den Zulassungsinhaberinnen die Dienstleistung der Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Indices und andere Dienstleistungen entbündelt anzubieten. Zudem wurden Erstere verpflichtet, die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen sowie den Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS zu kostenbasierten Preisen anzubieten (Ziff. 3 Dispositiv). Galenica AG und HCI Solutions AG wurden in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 7 KG wegen unzulässiger Verhaltensweisen (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von total Fr. 4'546'123.-- belastet (Ziff. 4 Dispositiv). Die Beweisanträge von Galenica AG und HCI Solutions AG (inkl. diejenigen der früheren Tochtergesellschaften Documed AG und e-mediat AG) wurden abgewiesen (Ziff. 5 Dispositiv). Schliesslich wurden Galenica AG und HCI Solutions AG Verfahrenskosten in der Höhe von total Fr. 381'250.40 auferlegt (Ziff. 6 Dispositiv).

B.c. Eine dagegen gerichtete Beschwerde von Vifor Pharma AG und HCI Solutions AG vom 4. Mai 2017 hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 19. Januar 2022 teilweise gutgeheissen (Ziff. 1 Dispositiv Urteil Bundesverwaltungsgericht). Das weitere Dispositiv des vorinstanzlichen Urteils lautet folgendermassen:

"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 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 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 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."

Die Vorinstanz hat demnach die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung gemäss Dispositiv (Ziff. 1) der Verfügung der WEKO (vgl. Bst. B.b oben) aufgehoben. Wie sich aus der vorinstanzlichen Urteilsbegründung ergibt, hat sie jedoch inhaltlich daran festgehalten, dass die HCI Solutions AG auf den relevanten Märkten über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Die Beschwerde wurde denn auch im Wesentlichen abgewiesen und der von der WEKO erhobene Vorwurf des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung bestätigt. Ziff. 2 und Ziff. 3 Dispositiv der angefochtenen Verfügung wurden lediglich in dem Sinne neu gefasst, als die (ursprüngliche, später als Vifor Pharma AG firmie-

rende) Galenica AG gestrichen und die diversen Verpflichtungen gegenüber den Softwarehäusern und den Zulassungsinhaberinnen alleine der HCI Solutions AG auferlegt wurden. Ausserdem wurde die in Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung ausgesprochene Sanktion um Fr. 767'329.-- reduziert (von Fr. 4'546'123.-- auf Fr. 3'778'794.--), wobei sich diese nicht mehr gegen die Galenica AG, sondern gegen die Vifor Pharma AG und (wie bisher) die HCI Solutions AG (unter solidarischer Haftung) richtet.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht vom 21. März 2022 beantragen die Vifor Pharma AG (respektive Vifor Pharma Participations AG; vgl. Bst. A.f oben in fine; Beschwerdeführerin 1) und die HCI Solutions AG (Beschwerdeführerin 2; beide zusammen: Beschwerdeführerinnen) die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4, 5 und 6 des vorinstanzlichen Urteils sowie der Dispositiv-Ziffern 1, 2, 3, 4, 5 und 6 der Verfügung der WEKO vom 19. Dezember 2016 in Bezug auf die Vifor Pharma AG und die HCI Solutions AG (Antrag 1). *Eventualiter* seien die Dispositiv-Ziffern 1, 4, 5 und 6 des vorinstanzlichen Urteils sowie die Dispositiv-Ziffern 1, 2, 3, 4, 5 und 6 der genannten Verfügung der WEKO aufzuheben bzw. zu korrigieren, indem davon abzusehen sei, Vifor Pharma AG und HCI Solutions AG eine Sanktion und/oder Verfahrenskosten aufzuerlegen, oder indem die Vifor Pharma AG und HCI Solutions AG betreffende Sanktion und/oder Verfahrenskosten zu reduzieren seien (Antrag 2). *Subeventualiter* seien die Dispositiv-Ziffern 3, 4, 5 und 6 des vorinstanzlichen Urteils aufzuheben, und die Sache sei zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (Antrag 3).

Die WEKO beantragt mit Vernehmlassung vom 8. Juni 2022 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die Beschwerdeführerinnen replizieren mit Eingabe vom 15. September 2022, die WEKO dupliziert mit Eingabe vom 21. November 2022. Zu Letzterer nehmen die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 14. Dezember 2022 Stellung. Diesbezügliche Bemerkungen der WEKO datieren vom 27. Dezember 2022. Sowohl die Vorinstanz als auch das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF verzichten auf eine Vernehmlassung.

D.

Am 23. Januar 2025 hat das Bundesgericht die Angelegenheit öffentlich beraten und entschieden.

Erwägungen:

I. Eintreten und Kognition

1.

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

Abs. 1 lit. a, Art. 89 Abs. 1, Art. 90 und Art. 100 Abs. 1 BGG).

1.2. Anfechtungsgegenstand vor Bundesgericht ist einzig das vorinstanzliche Urteil, welches die erstinstanzliche Verfügung der WEKO vom 19. Dezember 2016 ersetzt. Letztere gilt als mitangefochten (Devolutiveffekt; BGE 139 II 404 E. 2.5; Urteil 2C_488/2020 vom 29. März 2023 E. 1.2.1, nicht publ. in: BGE 149 II 187). Auf die verschiedenen Anträge ist deshalb insofern nicht einzutreten, als die Aufhebung bestimmter Dispositivziffern der genannten Verfügung beantragt wird.

2.

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

2.2. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Eine Berichtigung oder Ergänzung der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung ist von Amtes wegen (Art. 105 Abs. 2 BGG) oder auf Rüge hin (Art. 97 Abs. 1 BGG) möglich, wobei das Bundesgericht nur bei einer offensichtlich unrichtigen bzw. willkürlichen oder rechtsverletzenden vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung, deren Korrektur entscheidungsrelevant sein kann, eingreift (Art. 95, Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 142 I 135 E. 1.6). Entsprechende Rügen unterstehen der qualifizierten Rüge- und Begründungspflicht (vgl. E. 2.1 oben), d.h. in der Rechtsschrift ist klar und detailliert darzulegen, inwiefern die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung willkürlich sein soll. Auf rein appellatorische Kritik an der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung geht das Bundesgericht nicht ein (BGE 147 I 73 E. 2.2; 140 III 264 E. 2.3; 139 II 404 E. 10.1).

2.3. Bezüglich des anwendbaren Rechts ist (mangels spezifischer Übergangsbestimmung) auf die allgemeine intertemporalrechtliche Regelung abzustellen, wonach Rechtssätze für die zur Zeit ihrer Geltung sich ereignenden Sachverhalte gelten (BGE 143 III 297 E. 5.3.3). Grundsätzlich ist von einem kartellrechtlich relevanten Sachverhalt auszugehen, solange sich das wettbewerbswidrige Verhalten wettbewerbsbeschränkend auswirkt (BGE 124 III 495 E. 1). Sowohl die Vorinstanz als auch die Beschwerdeführerinnen gehen davon aus, dass ein allfälliges (von den Beschwerdeführerinnen bestrittenes) wettbewerbswidriges Verhalten bis längstens Mai 2016 gedauert hat (vgl. E. 15.2.5.6 angefochtenes Urteil; Zeitpunkt der Zustellung des Verfügungsantrags [recte] und nicht der Eröffnung der Verfügung der

WEKO [vgl. Bst. G.c.a angefochtenes Urteil]), wobei die Vorinstanz den Beginn auf September 2012 festgelegt hat (vgl. E. 15.2.5.6 vorinstanzliches Urteil). Es ist demnach auf die materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 [KG; SR 251]) in der bis am 1. Mai 2016 geltenden Fassung abzustellen (bezüglich der intertemporalrechtlichen Anwendung verfahrensrechtlicher Bestimmungen vgl. BGE 144 II 273 E. 2.2.4). Der am 1. Januar 2022 in Kraft getretene Art. 4 Abs. 2^{bis} KG (Begriff des relativ marktmächtigen Unternehmens) sowie die gleichen Datums in Kraft getretene Neufassung von Art. 7 Abs. 1 KG (inkl. Neufassung Titel; Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender und relativ marktmächtiger Unternehmen; AS 2021 576) sind vorliegend nicht anwendbar.

II. Streitgegenstand

3.

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

3.1. Es ist unbestritten, dass es sich sowohl bezüglich des sog. Compendiums als auch der INDEX-Datenbanken im fraglichen Zeitraum für das schweizerische Gesundheitswesen um die vollständigsten, umfassendsten und qualitativ hochstehende Verzeichnisse bzw. Datenbanken für Medikamenteninformationen handelte. Während das Compendium Arzneimittelinformationen umfasste, wurden sieben benutzerspezifische INDEX-Datenbanken angeboten (vgl. Bst. D.b vorinstanzliches Urteil), nämlich careINDEX (für Heime, rund 100'000 Artikel, insbes. Arzneimittel, Medizinprodukte, Verbrauchsmaterialien), drogINDEX (für Drogerien, rund 180'000 Artikel, insbes. rezeptfreie Arzneimittel, Hygiene, Pflege), hospINDEX (für Spitäler, rund 180'000 Artikel), medINDEX (für Ärztinnen und Ärzte, rund 100'000 Artikel, insbes. Arzneimittel, Medizinprodukte, Praxis- und Laborbedarf), pharmINDEX (für Apotheken, rund 180'000 Artikel), insureINDEX (für Kostenträger wie Kranken- und Unfallversicherer, insbes. mit abrechnungsrelevanten Informationen) und logiINDEX (für Grossisten, rund 180'000 Artikel).

3.2. Die zwecks Zulassung auf AIPS veröffentlichten Arzneimittelinformationen erscheinen in einem unstrukturierten Fliesstext und werden von der Beschwerdeführerin 2 für die Publikation insbesondere strukturiert und mit weiteren Informationen ergänzt (vgl. Bst. A.a und A.b oben). INDEX-Datenbanken beruhen auf diversen, sog. XML-Schemata, welche untereinander durch Referenzen verknüpfbar sind. Die Aufbereitung der Arzneimittelinformation für ein einzelnes Produkt ist relativ arbeitsintensiv (vgl. E. 9.2.2.19 vorinstanzliches Urteil). Pro Arzneimittel sind 700 Felder hinterlegt. Diese Datenfelder werden in einen maschinenlesbaren Code "übersetzt". Anhand dieser Codierung ist auch die Interaktionssprüfung (dazu nachfolgend) zwischen verschiedenen

Produkten möglich. Die Beschwerdeführerin 2 verfügt für diese Arbeiten über eine eigene Fachredaktion aus Ärztinnen und Ärzten, Apothekern, Pharmaassistentinnen und IT-Spezialisten. Die Informationen auf den INDEX-Datenbanken gehen weit über jene auf AIPS heraus, indem sie z. B. Angaben zu Hilfsstoffen, Anwendung bei Nieren- oder Leberinsuffizienz, Kontraindikationen, Allergien sowie wirtschaftliche und vertriebsbezogene Informationen enthalten. Insbesondere wird vermerkt, ob ein Arzneimittel durch die Krankenkasse bezahlt wird. Zudem wird durch die Verknüpfung der Daten eine Interaktionsprüfung (Interaktionscheck) ermöglicht, d.h. Unverträglichkeiten bzw. negative Wechselwirkungen zwischen verschiedenen Arzneimitteln werden automatisch angezeigt, was Fehlmedikationen verhindert. Ausserdem werden die Arzneimittelinformationen auf AIPS nur in der Korrespondenzsprache (mit Swissmedic) veröffentlicht, während im Compendium und den INDEX-Datenbanken die Informationen in allen Landessprachen erscheinen. Der durchschnittliche Aufwand für die Aufbereitung des Dateneintrags für ein Präparat in das maschinenlesbare Datenformat beträgt rund 27 Stunden (vgl. Bst. A.a und A.b oben; vgl. Bst. C.d.c, D.a, D.b.d und D.b.e sowie E. 12.4.40, und E. 13.5.18 vorinstanzliches Urteil; vgl. Rz. 77, 123 und 183 Beschwerde).

Die Veröffentlichung auf AIPS und die Publikation im Compendium bzw. den INDEX-Datenbanken verfolgen unterschiedliche Zwecke. Während die Veröffentlichung auf AIPS für die Zulassung des Arzneimittels erfolgt, dienen das Compendium und die INDEX-Datenbanken den Leistungserbringern, sprich den Ärztinnen und Ärzten, Apotheken und Spitälern zur Verschreibung und Abgabe von Arzneimitteln an die Patientinnen und Patienten. Die Leistungserbringer konsultieren für die Verschreibung von Arzneimitteln nicht AIPS, sondern die Publikationen der Beschwerdeführerin 2 (vgl. Bst. C.d.f und E. 8.1.3.4 angefochtenes Urteil; vgl. Bst. A.a und A.b oben).

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

- Leistungserbringer (Ärztinnen und Ärzte, Spitäler, Apotheken etc.): Lizenzvertrag mit Dienstleistungspaket zur Nutzung der Produkte Compendium und INDEX-Datenbanken;
- Softwarehäuser: Lizenzvertrag zur Integration der Daten der INDEX-Produkte in ihre Softwareprogramme, welche schliesslich von den Leistungserbringern genutzt werden.

Ein einziger von 176 Lizenzverträgen mit diversen Softwarehäusern, nämlich der Lizenzvertrag mit dem Softwarehaus Ärztekasse Genossenschaft, enthielt im relevanten Zeitraum (vgl. oben) die folgende Klausel A (vgl. Bst. E.b.c und E.b.d sowie E. 12.1.1 vorinstanzliches Urteil):

"Soweit es die Ärztekasse zur Herstellung oder Weiterentwicklung von Vertragsprodukten als sinnvoll erachtet, den Produktanwendern zusätzlich den Zugriff auf für sie nützliche Partner- und Produkte-Stamm-Daten (d.h. auf

andere als auf HOSPINDEX- und CIS-Daten) zu ermöglichen, ist sie verpflichtet, dieselben bei e-mediart zu beschaffen. Soweit e-mediart zu deren Bereitstellung nicht bereit oder dazu nicht innert einer der Problemstellung angemessenen nützlichen Frist in der Lage ist, ist die Ärztekasse berechtigt, diese Komponenten anderweitig zu beziehen."

In 83 von 176 Lizenzverträgen mit diversen Softwarehäusern war im relevanten Zeitraum die folgende Klausel B enthalten (vgl. Bst. E.b.g und E. 12.1.3 vorinstanzliches Urteil):

"Ohne vorgängige schriftliche Zustimmung von e-mediart ist das SWH [Softwarehaus] nicht berechtigt, Daten Dritter in die XML-Strukturen von e-mediart zu implementieren und/oder Daten in seine SW [Software]-Programme einzuspeisen, die nicht von e-mediart stammen und die gleich oder im Wesentlichen gleich wie Daten von e-mediart strukturiert sind."

- Zulassungsinhaberinnen (Pharmaunternehmen): "Vereinbarung zur Publikation von Informationen im Arzneimittel-Kompendium der Schweiz® und in den INDEX-Produkten", welche insbesondere die Publikation der veredelten Fach- und Patienteninformationen bezüglich des vom Pharmaunternehmen hergestellten Arzneimittels enthielt. Diese Vereinbarungen wurden ab April 2012 abgeschlossen.

Der sogenannte "Leistungskatalog 2013" der Beschwerdeführerin 2 zu den vorgenannten Publikationsvereinbarungen enthielt ein Basismodul D1, welches die Publikation der Fach- und Patienteninformationen (der Arzneimittel) im Compendium umfasste, sowie ein Basismodul E1, welches die Publikation der Medikamenteninformationen und CDS-Daten (Clinical Decision Support-Daten für rezeptpflichtige Produkte, z.B. maximale Einzel- und Tagesdosen bei Erwachsenen, Dosierungsanpassung bei Nieren- und Leberinsuffizienz, etc.) in den INDEX-Datenbanken beinhaltete. Beide Basismodule konnten unabhängig voneinander gebucht werden. Sowohl das Basismodul D1 als auch das Basismodul E1 konnten jedoch nur mit den sogenannten "Basisdienstleistungen", nämlich redaktionellen und technischen Qualitätssicherungs- und Aufbereitungsarbeiten, bezogen werden (vgl. Bst. E.a.e und E. 13.1.1 angefochtenes Urteil).

Im Weiteren konnte die Zulassungsinhaberin gemäss der genannten Publikationsvereinbarung optional die Beschwerdeführerin 2 damit beauftragen, die für die Zulassung nach Heilmittelgesetz nötigen Arzneimittelinformationen auf die Datenbank AIPS von Swissmedic hochzuladen (Upload). Diese Leistung erbrachte die Beschwerdeführerin 2 kostenlos.

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

- mit den Klauseln A und B im Vertragsverhältnis mit Softwarehäusern den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG (Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung);
- aufgrund des Umstandes, dass die Basismodule D1 und E1 jeweils nur mit den genannten Basisdienstleistungen bezogen werden können, sowie mit dem kostenlosen Angebot des Datenupload auf AIPS im Vertragsverhältnis mit Zulassungsinhaberinnen den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG (die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen, kurz sog. Koppelung).

Damit wird gemäss Vorinstanz die Marktmacht allerdings nicht gegenüber den Softwarehäusern und/oder den Zulassungsinhaberinnen missbraucht, sondern gegenüber den konkurrierenden Anbietern von veredelten Datenbanken. Die Vorinstanz erblickt in den genannten Klauseln und Vertragsbestimmungen eine Verschliessung des Marktes für potenzielle Konkurrenten der Beschwerdeführerin 2. Der Konkurrenz wurde laut Vorinstanz im Wesentlichen verunmöglicht, in den Markt für veredelte Medikamenteninformationen einzutreten (vgl. E. 12.5.18 und E. 13.7.14 angefochtenes Urteil).

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

3.6. Nachfolgend werden bzw. wird

- die Sachverhaltsrügen in E. 5,
- die Qualifikation der Beschwerdeführerin 1 als Verfügungs- und Sanktionsadressatin in E. 6,
- die Frage der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin 2 in E. 7 und E. 8,
- die Frage des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Allgemeinen in E. 9,
- die Frage des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch die Einschränkung der Erzeugung etc. (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG) in E. 10,
- die Frage des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch eine sog. Koppelung (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG) in E. 11,
- und die Sanktionierung in E. 12 behandelt.

III. Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

4.

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

4.1.

4.1.1. Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen. Insoweit diese Vorschriften greifen, wird der materielle Anwendungsbereich des KG beschränkt. Dies bedeutet, dass der Wettbewerb je nach Umfang der staatlichen Markt- oder Preisordnung punktuell oder vollständig ausgeschlossen wird (BGE 141 II 66 E. 2.2.1 und E. 2.2.3 f.; 129 II 497 E. 3.3.1; Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 7.1).

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

4.2.

4.2.1. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG nicht unter das Gesetz (KG) fallen Wettbewerbswirkungen, "die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben". Unter die genannte Gesetzgebung fällt unter anderem das Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (URG; SR 231.1). Die Bestimmung offenbart ein Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerb und geistigem Eigentum. Immaterialgüterrechte verleihen ein gesetzliches Ausschliesslichkeitsrecht, welches gegenüber jedermann (erga omnes) wirkt, und in diesem Sinne eine gewisse "Monopolstellung". Ein zu starker Eingriff des Wettbewerbsrechts würde den Anreiz, geistiges Eigentum und damit Innovationen zu schaffen, reduzieren. Auf der anderen Seite soll verhindert werden, dass der Schutz des geistigen Eigentums über das hinausgeht, was nötig ist, um den genannten Anreiz zu erhalten. Es geht mit anderen Worten darum, einen Ausgleich zu finden zwischen dem Schutz des geistigen Eigentums und dem Wettbewerb. Aufgrund der durch das geistige Eigentum geschaffenen Anreize für wettbewerbsfördernde Innovation ist die damit verbundene rechtliche

Exklusivstellung kartellrechtlich grundsätzlich unbedenklich. Das Kartellrecht soll jedoch als Korrektiv eingreifen, wenn der Rechteinhaber seine Vorzugsstellung in unzulässiger Weise ausdehnt und die Funktionsfähigkeit des Substitutions-Wettbewerbs gefährdet (ROLF H. WEBER, in: DIKE-Kommentar KG, N. 41 zu Art. 3 KG; ADRIEN ALBERINI, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl. 2013 [CR Droit de la concurrence], N. 1 f. zu Art. 3 Abs. 2 LCart). Letztlich geht es darum, Kartell- und Immaterialgüterrecht als äquivalente Bestandteile einer ganzheitlichen Wirtschaftsordnung zu begreifen, wobei beide Rechtsgebiete geeignete Rahmenbedingungen für wettbewerblich erwünschte Innovation und Wohlstandsvermehrung auf Seiten der Konsumentinnen anstreben (ROLF H. WEBER, in: DIKE-Kommentar KG, N. 43 zu Art. 3 KG; ADRIEN ALBERINI, in: CR Droit de la concurrence, N. 62 zu Art. 3 Abs. 2 LCart).

4.2.2. Nach dem Verständnis von "ausschliesslich" in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG sind nur Wettbewerbswirkungen dem KG entzogen, die sich ausschliesslich aus dem URG ergeben (vgl. Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 7.3.3.2). Darunter sind Wettbewerbsbeschränkungen zu verstehen, welche sich aus dem materiellen Gehalt des angerufenen Immaterialgüterrechts, d.h. vorliegend Urheberrecht, ergeben. Unter den genannten Vorbehalt fällt nur solches Wettbewerbshandeln, dessen beschränkende Wirkung direkt und unmittelbar aus dem betreffenden Immaterialgütergesetz, vorliegend dem URG, resultiert (ROLF H. WEBER, in: DIKE-Kommentar KG, N. 45, 47 zu Art. 3 KG).

4.2.3. Vorliegend geht die Vorinstanz davon aus, dass die Beschwerdeführerinnen nicht über einen Urheberrechtsschutz betreffend die in den INDEX-Datenbanken enthaltenen Medikamentendaten verfügen. Allerdings ist sie wie die Beschwerdeführerinnen der Auffassung, dass die XML-Strukturen der INDEX-Datenbanken urheberrechtlich geschützt sind, weshalb das Kopieren der XML-Strukturen und das Anbieten eines Konkurrenzprodukts mit denselben XML-Schnittstellen unzulässig sei (vgl. E. 2.2.2.4 und E.12.6.17 angefochtenes Urteil; vgl. Rz. 38 Beschwerde). Folglich ist davon auszugehen, dass die XML-Strukturen der INDEX-Datenbanken urheberrechtlichen Schutz geniessen. Vorliegend sind die Auswirkungen des Urheberrechtsschutzes im Zusammenhang mit der Klausel B (in den Verträgen mit den Softwarehäusern) bzw. dem Vorwurf der Einschränkung der Erzeugung und des Absatzes (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG) zu prüfen, weshalb auf E. 10.8 unten zu verweisen ist.

IV. Sachverhaltsrügen und Rügen bezüglich Verletzung des rechtlichen Gehörs

5.

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

5.1.

5.1.1. Die Beschwerdeführerinnen rügen eine unvollständige und deshalb offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung. Sie machen im Wesentlichen geltend (S. 16 f. Beschwerde), die Vorinstanz habe es im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Einschränkung des

Absatzes (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG) durch die Klausel B unterlassen, die Softwarehäuser zu befragen. Ebenso habe es die Vorinstanz versäumt, bezüglich der vorgeworfenen Koppelung (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG) die Leistungserbringer zu befragen. Zudem wären aus Sicht der Beschwerdeführerinnen die Zulassungsinhaberinnen zu befragen gewesen, und zwar bezüglich des Punktes, ob für die Qualitätskontrolle und den Upload auf AIPS überhaupt ein separater Markt bestand.

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

5.2.

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

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

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

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

6.

6.1. Die Beschwerdeführerinnen machen im Wesentlichen geltend, die Beschwerdeführerin 2 (HCI Solutions AG) sei heute eine Konzerngesellschaft der Galenica AG. Die Vifor Pharma AG sei dagegen infolge Umstrukturierung mittlerweile Teil eines anderen Konzerns mit einer anderen Geschäftstätigkeit als die Beschwerdefüh-

rerin 2 bzw. die heutige Galenica AG und übe keinerlei Kontrolle mehr über die Beschwerdeführerin 2 aus. Die Vifor Pharma AG könne deshalb nicht mehr Sanktionsadressatin sein. Die Vorinstanz verletze Bundesrecht bzw. Art. 49a KG, indem sie die Vifor Pharma AG nach wie vor als Sanktionsadressatin heranziehe.

6.2. Die Vorinstanz hat diesbezüglich im Wesentlichen erwogen, das im Zeitpunkt der kartellrechtswidrigen Handlungen für das "Täterunternehmen" HCI Solutions AG (Beschwerdeführerin 2) verantwortliche Unternehmen existiere fort, und zwar als Vifor Pharma AG. Auch zum Zeitpunkt der Eröffnung der Verfügung der WEKO (vom 19. Dezember 2016) am 21. März 2017 habe die ursprüngliche Galenica AG und später in Vifor Pharma AG umfirmierte Gesellschaft (vgl. Bst. A.d ff. oben) noch die Kontrolle über die Beschwerdeführerin 2 (als ihre Enkelgesellschaft) gehabt. Da die Vifor Pharma AG nach wie vor existiere, sei sie neben der HCI Solutions AG als Sanktionsadressatin heranzuziehen (vgl. E. 3 vorinstanzliches Urteil).

Einen anderen Punkt betrifft dagegen der Umstand, dass die Beschwerdeführerin 1 heute mangels Kontrolle (vgl. Bst. A.f oben) keinen Einfluss mehr auf das *Verhalten* der Beschwerdeführerin 2 ausüben kann. Die Vorinstanz hat diesbezüglich erwogen, es sei angezeigt, Massnahmen im Sinne von Art. 30 KG nur noch der HCI Solutions AG (Beschwerdeführerin 2) aufzuerlegen (vgl. E. 14 vorinstanzliches Urteil). Sie hat deshalb die Ziff. 2 und 3 des Dispositivs der Verfügung der WEKO (vom 19. Dezember 2016; vgl. Bst. B.b oben) neu gefasst und richtet die Massnahmen bzw. Verhaltensanweisungen bezüglich Vertragsgestaltung nur noch an die Beschwerdeführerin 2. Die Beschwerdeführerin 1 wurde dagegen als Massnahmenadressatin gestrichen (vgl. Ziff. 3 Urteilsdispositiv vorinstanzliches Urteil; vgl. Bst. B.c oben). Dieser Punkt ist vor Bundesgericht nicht bestritten.

6.3. Dass die Beschwerdeführerin 2 Sanktionsadressatin im Sinne von Art. 49a KG sein kann, ist unbestritten. Bestritten ist dagegen, dass die Beschwerdeführerin 1 noch als *Sanktionsadressatin* in Frage kommt. Sachverhaltsmässig ist gemäss vorinstanzlicher Feststellung davon auszugehen, dass die Vifor Pharma AG sowohl während der allenfalls kartellrechtswidrigen Handlungen (frühestens September 2012 bis Mai 2016, vgl. E. 2.3 oben) als auch im Zeitpunkt der Eröffnung der Verfügung der WEKO (vom 19. Dezember 2016) am 21. März 2017 die Mutter- bzw. Obergesellschaft der Beschwerdeführerin 2 war (zunächst als Galenica AG firmierend). Erst ab dem 7. April 2017 hatte die als Galenica AG bzw. anschliessend als Vifor Pharma AG firmierende Gesellschaft keine Kontrolle mehr über die Beschwerdeführerin 2 und war nicht mehr deren Obergesellschaft (vgl. Bst. A.f oben). Die Vifor Pharma AG war seitdem nicht mehr im Bereich Vertrieb und Verkauf von Arzneimitteln tätig, sondern eine international tätige Herstellerin von Arzneimitteln (vgl. E. 14.2 und E. 14.5 vorinstanzliches Urteil sowie Rz. 53 Beschwerde).

6.3.1. Praxisgemäss kann eine Mutter- bzw. Obergesellschaft neben einer Gruppengesellschaft bzw. neben dem eigentlichen "Täterunternehmen" grundsätzlich mit einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG belegt wer-

den (Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 3.4 mit Hinweisen, nicht publ. in: BGE 139 I 72; Urteil 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 7.1). Im Urteil 2C_596/2019 vom 2. November 2022 hat das Bundesgericht zudem erwogen, dass die infolge Absorptions- oder Kombinationsfusion zum Zeitpunkt des Sanktionsentscheides an die Stelle der bisherigen Obergesellschaft tretende neue Obergesellschaft nach Art. 49a KG sanktioniert werden könne (Urteil 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 7.2.4 ff.). Das Bundesgericht hat in diesem Fall mit anderen Worten entschieden, dass dann, wenn die Obergesellschaft infolge Umstrukturierung in einer neuen Obergesellschaft aufgeht und folglich nicht mehr existiert, die neue Obergesellschaft als Rechtsnachfolgerin auch Sanktionsadressatin ist. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von der eingangs genannten Konstellation dadurch, dass die Eigenschaft der Vifor Pharma AG als Obergesellschaft der Beschwerdeführerin 2 zum Zeitpunkt der Sanktionsverfügung der WEKO zwar noch vorhanden war, während des Rechtsmittelverfahrens infolge Umstrukturierung aber weggefallen ist, wobei die Vifor Pharma AG bzw. ehemalige Obergesellschaft bis zum 8. Juni 2023 weiter existierte. Infolge Fusion vom Mai 2023 ist die Vifor Pharma AG per 9. Juni 2023 in der Vifor Pharma Participations AG aufgegangen bzw. durch diese ersetzt worden.

6.3.2. Die Lehre ist mit Verweis auf die Rechtsprechung zum EU-Kartellrecht der Auffassung, dass dann, wenn das bisherige, für die kartellrechtswidrigen Handlungen verantwortliche Unternehmen infolge Umstrukturierung rechtlich nicht mehr existiert, die (beispielsweise aufgrund einer Absorptionsfusion entstehende) Rechtsnachfolgerin neue Adressatin der Sanktion gemäss Art. 49a KG ist (CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: BSK KG, N. 100 f. zu Art. 49a KG, Konzept der "Unternehmenskontinuität"; ANNA ANTONIA SKOCZYLAS, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern im schweizerischen und europäischen Recht, 2011 [SKOCZYLAS, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse], S. 89 ff., Konzept der "wirtschaftlichen Kontinuität"; DAMIAN K. GRAF, Zurechnung von Unternehmensbussen, Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht [GesKR] 2015 [GRAF, Zurechnung], S. 363). Sollte hingegen das Unternehmen, welches zum Zeitpunkt der kartellrechtswidrigen Handlungen verantwortlich war, nach einer Umstrukturierung immer noch existieren, während das "Täterunternehmen" oder der für die kartellrechtswidrigen Handlungen verantwortliche Unternehmensteil veräussert wurde, ist nicht der Käufer, sondern das ursprünglich verantwortliche Unternehmen - neben dem "Täterunternehmen" - nach wie vor Sanktionsadressatin. Die Sanktion soll in diesem Fall nicht auf die Käuferin des "Täterunternehmens" übergehen, sondern beim bisher verantwortlichen, noch existierenden Unternehmen verbleiben (SKOCZYLAS, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse, S. 91 ff.; GRAF, Zurechnung, S. 364).

Gemäss Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union vom 17. Mai 2013 über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts [SR 0.251.268.1], dritter Erwägungsgrund, beruhen die Systeme der Schweiz

und der Europäischen Union für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf denselben Grundsätzen und enthalten vergleichbare Vorschriften (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.3; Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 5.4 in fine). Angesichts dieser Umstände ist davon auszugehen, dass bezüglich der genannten Fragestellung auch die Rechtsprechung des EuGH herangezogen werden kann. Die Sanktionierung von kartellrechtswidrigem Verhalten ist im Gemeinschaftsrecht in Art. 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 [heute Art. 101 und 102 AEUV] des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1 [nachfolgend VO (EG) Nr. 1/2003]) geregelt. Absatz 2 lit. a dieser Bestimmung verfolgt denselben Zweck wie Art. 49a Abs. 1 KG, nämlich eine unzulässige Wettbewerbsabrede oder den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu sanktionieren. Art. 23 VO (EG) Nr. 1/2003 enthält wie Art. 49a KG keine Regelung, wie im Falle einer Umstrukturierung sanktionierter Unternehmen bezüglich der Adressierung der Sanktion zu verfahren ist.

Die einschlägige Rechtsprechung des EuGH lässt sich wie folgt zusammenfassen: Nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit ist für kartellrechtswidrige Handlungen primär dasjenige Unternehmen zu sanktionieren, welches zum Zeitpunkt der Handlungen dafür verantwortlich war (Konzernobergesellschaft und/oder Gruppengesellschaft bzw. "Täterunternehmen"). Wenn dieses Unternehmen zum Zeitpunkt der Sanktionierung nicht mehr existiert, geht die Kartellsanktion ausnahmsweise nach dem Grundsatz der wirtschaftlichen Kontinuität auf die Rechtsnachfolgerin über. Dasselbe gilt, wenn das ursprünglich verantwortliche Unternehmen zwar rechtlich noch existiert, aber keinerlei wirtschaftliche Tätigkeit mehr ausübt, auch nicht auf einem anderen Markt, sodass eine Sanktion dann keine abschreckende Wirkung mehr hätte (vgl. Urteil EuGH i.S. *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy et al.* vom 14. März 2019, Rs. C-724/17, Rn. 38 f., 46, 50 f.; Urteil EuGH i.S. *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/ETI* vom 11. Dezember 2007, Rs. C-280/06, Rn. 40, 48 und Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 3. Juli 2007, Rn. 71 - 110; vgl. auch Verweis auf dieses Urteil bei ROBERT ROTH, in: CR Droit de la concurrence, N. 35 zu Rem. Art. 49a - Art. 53 LCart; Urteil EuGH i.S. *Aalborg Portland et al./Kommission* vom 7. Januar 2004, Rs. C-204/00 P, Rn. 59, 354 - 359; Urteil EuGH i.S. *Kommission/Anic Partecipazioni* vom 8. Juli 1999, Rs. C-49/92 P, Rn. 145; vgl. FELIX ENGEL-SING/HANS-HELMUT SCHNEIDER, in: Sacker/Bien/Meier-Beck/Montag [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auf. 2020, N. 66 ff. zu Art. 23 VO (EG) Nr. 1/2003).

6.3.3. Die zum Zeitpunkt der (möglicherweise) kartellrechtswidrigen Handlungen ursprünglich verantwortliche Obergesellschaft Galenica AG existierte unter der Firma Vifor Pharma AG bis am 8. Juni 2023. Es handelte sich bis zu diesem Zeitpunkt nach wie vor um ein funktionsfähiges Unternehmen. In einem ersten Schritt konnte somit bis zu diesem Zeitpunkt die Vifor Pharma AG nach wie vor Adressatin einer Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG sein (vgl. E. 6.3.1 f. oben). In einem zweiten

Schritt wurde die Vifor Pharma AG infolge Absorptionsfusion vom Mai 2023 per 9. Juni 2023 von der Vifor Pharma Participations AG übernommen und durch diese ersetzt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, welche mit dem EU-Kartellrecht in Einklang steht (vgl. E. 6.3.1 f. oben), ist schliesslich die Vifor Pharma Participations AG als Rechtsnachfolgerin der Vifor Pharma AG (im Sinne der "wirtschaftlichen Kontinuität") neue Sanktionsadressatin. Selbst der Umstand, dass die Beschwerdeführerin 1 heute gemäss ihrer Zweckbestimmung nur noch eine Holdinggesellschaft ist (gemäss Handelsregister: "Beteiligung an Handels-, Fabrikations- und Dienstleistungsunternehmen, insbesondere der pharmazeutischen und der damit verbundenen Branchen"), steht deren Sanktionierung nicht entgegen. Auch eine Holdinggesellschaft übt nach wie vor eine wirtschaftliche Tätigkeit aus und das Bundesgericht hat zudem bereits entschieden, dass eine Muttergesellschaft sanktioniert werden kann (vgl. E. 6.3.1 oben; vgl. auch GRAF, Zurechnung, S. 364). Die Beschwerdeführerin 1 kann somit neben der Beschwerdeführerin 2 Sanktionsadressatin sein, weshalb sich die entgegenstehende Rüge als unberechtigt erweist.

VI. Marktbeherrschende Stellung

a) Marktabgrenzung

7.

Die Beschwerdeführerinnen können nur dann gestützt auf Art. 7 i.V.m. Art. 49a Abs. 1 KG für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sanktioniert werden, wenn sie während der fraglichen Periode effektiv über eine solche Stellung verfügten, was sie bestreiten. Die Marktbeherrschung lässt sich nur im Zusammenhang mit einem bestimmten Markt beurteilen. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut "marktbeherrschend" in Art. 4 Abs. 2 KG. Deshalb ist zunächst der relevante Markt abzugrenzen. Erst danach kann geprüft werden, ob die Beschwerdeführerinnen über eine marktbeherrschende Stellung verfügten, und anschliessend, ob sie diese Stellung missbraucht haben (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.1; Urteile 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 8; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 2).

7.1. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Bevor sich die Marktmacht beurteilen lässt, ist der relevante sachliche, räumliche und zeitliche Markt zu definieren. Dieser beurteilt sich analog Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4; BGE 139 I 72 E. 9.1; Urteil 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.1; vgl. auch Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 8). Die Abgrenzung des relevanten Marktes ist eine Rechtsfrage (BGE 139 II 316 E. 5.3).

7.2. Der sachlich relevante Markt umfasst danach alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU). Entscheidend ist somit,

welche Produkte oder Leistungen die Marktgegenseite im Hinblick auf die Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses als austauschbar ansieht. Dies hängt davon ab, ob die Produkte oder Dienstleistungen vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist somit die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite (BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1 mit Hinweisen; Urteile 2C_698/2021 vom 5. März 2024 E. 6.3; 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 8.2; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.2.1).

a.a) Marktgegenseite Softwarehäuser und Leistungserbringer

7.3.

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

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

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

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

7.3.5. Bezüglich des zeitlich relevanten Marktes ist vorliegend auf die Zeitperiode, welche die Vorinstanz der Sanktionierung zugrunde gelegt hat, nämlich auf die Periode September 2012 bis Mai 2016, abzustellen (vgl. E. 2.3 und E. 15.2.5.6 vorinstanzliches Urteil).

a.b) Marktgegenseite Zulassungsinhaberinnen

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

7.4.1. Die Nachfrage der Zulassungsinhaberinnen (Pharmaunternehmen) deckt sich nicht mit der Nachfrage der Leistungserbringer und Softwarehäuser. Den Zulassungsinhaberinnen geht es darum, dass die Medikamenteninformationen bezüglich der von ihnen hergestellten Medikamente in Datenbanken mit elektronischen Datensätzen, welche von den Leistungserbringern genutzt werden, aufgenommen und erhalten (bzw. unterhalten) werden. Die Vorinstanz hat deshalb als zweiten, sachlich relevanten Markt den Markt für die Aufnahme und den Erhalt (von Medikamenteninformationen der Zulassungsinhaberinnen) in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen abgegrenzt.

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

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

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

a.c) Zusammenfassung Marktabgrenzung

7.5. Für die weitere Prüfung ist demnach von den folgenden zwei relevanten Märkten auszugehen:

- Marktgegenseite Softwarehäuser/Leistungserbringer: Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen;

- Marktgegenseite Zulassungsinhaberinnen: Markt für die Aufnahme und den Erhalt (von Medikamenteninformationen der Zulassungsinhaberinnen) in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen;
- beide Märkte umfassen jeweils das Gebiet der Schweiz für die Periode September 2012 bis Mai 2016.

b) Prüfung der marktbeherrschenden Stellung

8.

8.1. Als nächstes ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin 2 auf den vorgenannten, abgegrenzten Märkten marktbeherrschend war. Als marktbeherrschend gelten nach Art. 4 Abs. 2 KG einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Kennzeichnend dafür ist, dass das marktbeherrschende Unternehmen in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsparameter ohne Rücksicht auf Kunden bzw. Mitbewerber nach eigenem Gutdünken festlegen kann. Es ist dabei nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen (BGE 139 I 72 E. 9.3.1; Urteile 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 9.1; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.5.1). Immerhin liegt die "kritische Schwelle" für eine marktbeherrschende Stellung bei einem Marktanteil von 50 % (BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2; Urteile 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 9.1; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.5.2).

8.2. Auch der sogenannte potentielle Wettbewerb, nämlich die disziplinierende Wirkung durch den wahrscheinlichen Markteintritt eines Konkurrenten in absehbarer Zeit, kann eine Rolle spielen (vgl. Urteile 2C_698/2021 vom 5. März 2024 E. 6.4; 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 9.1 in fine). Die Wahrscheinlichkeit des Markteintritts hängt primär von den Marktzutrittsschranken ab, z.B. der Notwendigkeit von Bewilligungen und Konzessionen, der Höhe der nötigen Investitionen, der Wechselkosten für Kunden (sog. switching costs) oder der Markentreue. Auch allfällige Marktaustrittskosten spielen eine Rolle, insbesondere Investitionen, die bei einem Marktaustritt verloren gehen (sog. sunk costs). Hinsichtlich der Zeitspanne, in welcher ein Markteintritt erfolgen muss, um disziplinierend zu wirken, ist von zwei bis drei Jahren auszugehen (MANI REINERT/BARBARA WÄLCHLI, in: BSK KG, N. 311, 318 ff., 344 zu Art. 4 Abs. 2 KG; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: CR Droit de la concurrence, N. 165 ff. zu Art. 4 Abs. 2 LCart).

8.3. Im Weiteren kann auch die Stellung der Nachfragerin eine Rolle spielen. Die Grösse der Nachfragerin sowie deren Sachkenntnis und Professionalität können eine disziplinierende Wirkung auf die Anbieterin mit einer starken Marktposition haben. Grosse Nachfragerinnen können zudem eine alternative Anbieterin aufbauen. Auch der hohe Organisationsgrad der Nachfrageseite kann disziplinierend wirken, was beispielsweise dadurch zum Ausdruck kommen kann, dass mehrere Nachfragerinnen bereits gemeinsam bessere Konditionen durchgesetzt haben (Urteile 2C_698/2021 vom 5. März 2024

E. 6.4; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.5.2; MANI REINERT/BARBARA WÄLCHLI, in: BSK KG, N. 306 ff. zu Art. 4 Abs. 2 KG).

8.4. Insgesamt lässt sich die marktbeherrschende Stellung nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern es ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse zu entscheiden. Erforderlich ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens sprechen (BGE 139 I 72 E. 9.3.1; Urteile 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 9.1; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.5.1).

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

8.5.

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

- Ärztinnen und Ärzte: 95 % (2012) - 85 % (2016);
- Apotheken: 99 % - 95 %;
- Spitäler: 100 % - 90 %;
- Drogerien: 73 % - 59 %;
- Kostenträger: 100 %.

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

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

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

8.5.2. Bezüglich des *potenziellen Wettbewerbs* hat die Vorinstanz im Wesentlichen erwogen, ywese habe sich bisher nur als Nischenanbieterin mit einem Marktanteil von 5 % bei den Ärztinnen und Ärzten etablieren können. Ein anderes Unternehmen, Ouwerkerk, habe ab 2012 mithilfe von Investitionen seitens der Pharmabranche versucht, in den Markt einzutreten, was jedoch nicht gelungen sei. Die Investitionen für den eigentlichen Betrieb einer Datenbank seien nicht besonders hoch und könnten bei einem Marktaustritt weiterverwendet werden (vgl. E. 9.2.2.23 vorinstanzliches Urteil). Kostenintensiv sei jedoch der Aufbau des spezifischen "Wissens" für eine Datenbank mit Medikamenteninformationen, nämlich das zu entwickelnde Datenbankgerüst und die Generierung der Informationen, wobei die Weiterverwendung dieser Investitionen bei einem Marktaustritt offen

sei. Zudem lasse die Beschwerdeführerin 2 die von ihr veredelten Medikamenteninformationen als maschinenlesbare Codes in die Informatiksysteme ihrer Kunden einfließen. Ein alternativer Anbieter könne seine Daten nicht problemlos in die Softwareapplikationen der Leistungserbringer einspeisen. Vielmehr müsse die Softwareapplikation angepasst oder ersetzt werden, was mit hohen switching costs für den Leistungserbringer verbunden sei.

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

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

8.5.4. Vorliegend stellen die Marktanteile der Beschwerdeführerin 2, welche weit über der "kritischen Schwelle" von 50 % (vgl. dazu E. 8.1 oben) liegen, ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung dar. Die Daten auf AIPS sind zwar frei verfügbar bzw. durch die Konkurrenz nutzbar, aber im Vergleich zu den Daten der INDEX-Datenbanken von viel geringerem Umfang, nicht strukturiert und nicht untereinander verknüpft (vgl. Bst. A.b und E. 3.2 oben). Der Inhalt und die Struktur einer mit den INDEX-Datenbanken vergleichbaren Datenbank oder anders gesagt die Veredelung der frei zugänglichen Daten bedarf eines fachspezifischen Wissens und Know-hows, das nur über mehrere Jahre aufgebaut werden kann. Die Rekrutierung entsprechender personeller Ressourcen bzw. der Aufbau einer eigenen Fachredaktion ist ein langwieriger und anspruchsvoller Prozess. Insgesamt dürfte es länger als zwei bis drei Jahre dauern, bis ein Konkurrenzunternehmen überhaupt in der Lage ist, dieses sehr spezifische Know-how zur Verfügung zu stellen und anzuwenden. Ein disziplinierender, potentieller Wettbewerb ist deshalb nicht auszumachen. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin 2 auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, erweist sich deshalb als bundesrechtskonform und die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerinnen als unberechtigt.

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

8.6.

8.6.1. Bezüglich der Datenbank MEDlupdate XML von ywesee bestehen gemäss vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellung keine Vertragsverhältnisse zwischen ywesee und den Zulassungsinhaberinnen (dies im Gegensatz zu den Publikationsverträgen zwischen der Beschwerdefüh-

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

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

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

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

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

8.6.5. Auch bezüglich des zweiten, abgegrenzten Marktes stellt der hohe Marktanteil der Beschwerdeführerin 2, der - da ein weiterer, aktueller, starker Konkurrent schlicht nicht vorhanden ist - wiederum weit über der "kritischen Schwelle" von 50 % liegt, ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung dar. Ein potentieller Wettbewerb ist nicht auszumachen. Im Weiteren trifft es zwar

zu, dass einige Zulassungsinhaberinnen grundsätzlich über die wirtschaftliche Potenz verfügen, selbst eine Datenbank mit veredelten Medikamenteninformationen zu errichten. Allerdings ist gerade in einer arbeitsteiligen Wirtschaft, in welcher auch Bereiche, die durchaus mit dem eigenen Geschäft verbunden sind, ausgelagert werden, nicht damit zu rechnen, dass in absehbarer Zeit ein einzelnes Pharmaunternehmen ein Konkurrenzunternehmen zur Beschwerdeführerin 2 aufbaut. Die Realisierung eines solchen Projekts würde aufgrund des spezifischen Fachwissens, welches für den Aufbau von entsprechenden Datenbanken erforderlich ist, ebenfalls längere Zeit in Anspruch nehmen. Auch hat die Vergangenheit gezeigt, dass der Aufbau eines Konkurrenzprodukts offenbar nicht einfach ist (vgl. Produkt "Just-Medical" von Ouwerkerk, E. 8.6.3 oben). Auch von der Nachfrageseite bzw. den Zulassungsinhaberinnen geht deshalb keine disziplinierende Wirkung aus.

8.6.6. Insgesamt erweist sich deshalb die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin 2 (auch) auf dem Markt für die Aufnahme und den Erhalt (von Medikamenteninformationen der Zulassungsinhaberinnen) in elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, als bundesrechtskonform. Die entgegenstehende Rüge ist folglich unbegründet.

VII. Prüfung des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung

a) Die allgemeinen rechtlichen Voraussetzungen des Missbrauchs

9.

9.1. Die Vorinstanz wirft den Beschwerdeführerinnen vor, die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin 2 auf den beiden abgegrenzten Märkten in zweierlei Hinsicht missbraucht zu haben, um zu verhindern, dass alternative Anbieter von Datenbanken mit veredelten, maschinenlesbaren Daten betreffend Medikamenteninformationen in diesen Markt eintreten bzw. die Beschwerdeführerin 2 konkurrenzieren können (vgl. E. 3.4 oben). Der Marktzutritt sei verschlossen bzw. es seien Marktzutrittsschranken errichtet worden

- mittels Klauseln im Vertragsverhältnis zu den Softwarehäusern, womit der Absatz im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG eingeschränkt worden sei (vgl. dazu E. 10 unten), und,
- mittels Koppelung im Vertragsverhältnis zu den Zulassungsinhaberinnen (vgl. dazu E. 11 unten).

9.2. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Das KG verbietet demnach eine marktbeherrschende Stellung nicht und eine solche ist für sich alleine auch nicht missbräuchlich (BGE 146 II 217 E. 4.1; 139 I 72 E. 10.1.1). Vielmehr besteht der Sinn und Zweck des Wettbewerbs gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen (BGE 146 II 217 E. 4.1; 139 I 72 E. 10.1.1). Ebenso wenig untersagt das KG einem marktbeherr-

schenden Unternehmen, seine Stellung zu bewahren und daraus Profit zu ziehen sowie grundsätzlich anderen Unternehmen die Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs zu erschweren (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1; 139 I 72 E. 10.1.1; Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 10.1.1). Marktbeherrschung wird allerdings dann problematisch, wenn - wie Art. 7 Abs. 1 KG festhält - als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutritt, weshalb das marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten trägt. Solche Verhaltensweisen setzen einen Missbrauch voraus: Missbraucht wird danach die marktbeherrschende Stellung, welche es einem Unternehmen erlaubt, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Das missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen andere, konkurrenzierende Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer; BGE 146 II 217 E. 4.1; 139 I 72 E. 10.1.1; 129 II 497 E. 6.5.1).

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

9.4. Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich behindernd und benachteiligend bzw. ausbeutend sein; insofern ist es grundsätzlich irrelevant, ob eine zu beurteilende Verhaltensweise dem Begriff Behinderungs- oder Ausbeutungsmissbrauch zugewiesen werden kann, welchen ohnehin nur heuristischer Wert zukommt. Massgebend ist aber allemal, dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsschädigung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund einer Einzelfallanalyse festgestellt wird (BGE 146 II 217 E. 4.1; 139 I 72 E. 10.1.1; Urteile 2C_698/2021 vom 5. März 2024 E. 7.3; 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 10.1.2). Diesbezüglich ist, auch wenn diese Voraussetzung nicht ausdrücklich aus dem Gesetzestext hervorgeht, zu fragen, ob das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens nicht sachliche Gründe, insbesondere aus objektiver Sicht zulässige wirtschaftliche Gründe, bzw. Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons"), verfolgt, welche zwangsläufig den missbräuchlichen Charakter des Verhaltens und folglich dessen Unzulässigkeit gemäss Art. 7 KG aufheben (BGE 146 II 217 E. 4.2; 139 I

72 E. 10.1.2; Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 10.1.2).

9.5. Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch einen Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG. Als missbräuchlich und damit unzulässig fallen demnach beispielsweise die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung in Betracht (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG). Allerdings indizieren die Tatbestände von Abs. 2 nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise. Ob die in Abs. 2 aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist immer an den Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 KG zu messen. Es ist mit anderen Worten im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S. des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt, was anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren ist: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons") zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt. Demnach kann ein Unternehmen ein die Konkurrenz oder die Marktgegenseite behinderndes bzw. benachteiligendes Verhalten einräumen und gleichzeitig für sich in Anspruch nehmen, lediglich legitime kaufmännische Grundsätze angewendet zu haben (BGE 146 II 217 E. 4.2; 139 I 72 E. 10.1.2; Urteile 2C_698/2021 vom 4. März 2024 E. 7.4; 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 10.1.2; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 6.1).

b) Die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG)

10.

10.1. Gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG fällt als missbräuchliche Verhaltensweise die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung in Betracht. Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG setzt demnach eine *Einschränkung* voraus. Letztere liegt nur dann vor, wenn sie sich als künstlich erweist bzw. zu einer künstlichen Verknappung des Angebots führt. *Künstlich* ist die Verknappung dann, wenn sie nicht durch eine normale Marktentwicklung, sondern durch ein bestimmtes Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens verursacht wird (Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 10.3.1). Wird dagegen der Absatz der Konkurrenz beispielsweise deshalb eingeschränkt, weil das Produkt des marktbeherrschenden Unternehmens schlicht höherwertig ist, so ist die Verknappung des Angebots nicht künstlicher Natur, sondern auf die normale Marktentwicklung zurückzuführen (MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: BSK KG, N. 654 zu Art. 7 KG).

Eine im vorgenannten Sinne künstliche Verknappung bzw. künstliche Einschränkung des Absatzes liegt grundsätzlich bei Verhaltensweisen des marktbeherrschenden Unternehmens vor, welche darauf abzielen, die Vertriebsmöglichkeiten der Konkurrenz durch wettbewerbswidrige horizontale Marktverschliessung zu verringern. Darunter fällt beispielsweise eine Alleinbezugsverpflichtung (vgl. Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai

2023 E. 10.3.2; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: BSK KG, N. 662 zu Art. 7 KG; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar KG, N. 468 zu Art. 7 KG).

Abgesehen von den spezifischen Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG liegt ein missbräuchliches Verhalten nur vor, wenn wie dargelegt auch die allgemeinen Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sind, d.h. unter anderem basierend auf der Analyse des vorliegenden Einzelfalles eine Wettbewerbsschädigung vorliegt und keine Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons") gegeben sind. Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG führen wie gesagt nicht per se zu einem missbräuchlichen Verhalten (vgl. E. 9.4 f. oben).

Die Anforderungen an den Nachweis der Wettbewerbsschädigung werden in der Lehre seit längerem unter den Stichworten "effects-based" versus "form-based approach" bzw. wirkungsbasiertem versus formbasierten Ansatz kontrovers diskutiert (vgl. dazu MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: BSK KG, N. 119 ff., N. 127 ff., N. 130 ff. zu Art. 7 KG; NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHKE, Wettbewerbsrecht und Marktregulierung, Bd. 1 Grundlagen, 2023, § 3 N. 59 - 63). Das Bundesgericht hat diesbezüglich im Fall "SIX" betreffend Art. 7 Abs. 2 lit. f KG (Koppelung) erwogen, dass im Rahmen dieser Bestimmung kein Nachweis einer *in bestimmter Weise vorliegenden* Wettbewerbsschädigung nötig sei. Eine *auswirkungsbezogene* Analyse sei nicht erforderlich. Es genüge die Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs (Urteil 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 8.6).

Das "SIX-Urteil" des Bundesgerichts verlangt, dass die Wettbewerbsschädigung der strittigen Verhaltensweise aufgrund einer Einzelfallanalyse festgestellt wird sowie dass (anhand eines dualen Prüfungsmusters) die Wettbewerbsverfälschungen herauszuarbeiten sind, während ein "per se"-Ansatz (wonach die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG per se eine unzulässige Verhaltensweise darstellen), abgelehnt wird (Urteil 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 8.2.1 in fine und E. 8.2.2). Die Frage ist dabei nicht, ob die Wettbewerbsschädigung Tatbestandsvoraussetzung ist, sondern welche Anforderungen an den Nachweis dieser Tatbestandsvoraussetzung gestellt werden.

Das vorgenannte Urteil ist in der Lehre auf Kritik gestossen. Bemängelt wird, dass es in sich widersprüchlich sei, da im selben Urteil potentiell nachteilige Wettbewerbseffekte als separate Tatbestandsvoraussetzung genannt werden (vgl. Urteil 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 8.3 in fine). Auch wird dem "SIX-Urteil" die Europakompatibilität abgesprochen, da die Rechtsprechung des EuGH auf einen wirkungsorientierten Ansatz abstelle (dazu ausführlich MARIO STREBLE/FABIAN KOCH, SIX/DCC: Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC), in: Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht [SZK], 2023, S. 17 ff., insbes. S. 20 ff.; MANI REINERT/TIM MEYER, Entwicklungen der Behörden- und Gerichtspraxis, in: SZK, 2023 S. 33 ff., insbes. S. 44; SIMON HIRSBRUNNER, Unfaire Vorverurteilung von marktbeherrschenden Unternehmen, in: Jusletter vom 3. Juni 2024).

Sowohl im "SIX-Urteil" als auch im "Hallenstadion-Urteil" des Bundesgerichts (Urteil 2C_113/2017 vom 12. Feb-

ruar 2020 E. 6.2.3), auf welches das "SIX-Urteil" verweist, lagen aufgrund der konkreten Umstände nachteilige Wettbewerbseffekte tatsächlich vor (vgl. Urteil 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 8.6, wonach "das strittige Koppelungsgeschäft zu nachteiligen Wettbewerbseffekten führe"). Das "SIX-Urteil" ist, wie nachfolgende Ausführungen zeigen, bezüglich der Anforderungen an den Nachweis der Wettbewerbsschädigung zu präzisieren.

10.2. Im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 7 KG kann auch auf die Lehre und Rechtsprechung zu Art. 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; ABl. C 115/47 vom 9. Mai 2008) zurückgegriffen werden, da die jeweiligen Normen grösstenteils übereinstimmen (BGE 146 II 217 E. 4.3; 139 I 72 E. 8.2.3; Urteile 2C_698/2021 vom 5. März 2024 E. 7.10; 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 5.4).

10.2.1. Der EuGH hat sich in jüngster Vergangenheit mehrfach mit Art. 102 AEUV, welcher den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt der EU sanktioniert, auseinandergesetzt. Die EU-Kommission ist zudem momentan bestrebt, Leitlinien zum Behinderungsmissbrauch im Rahmen von Art. 102 AEUV zu erarbeiten, welche unter anderem die Rechtsprechung der EU-Gerichte widerspiegeln (vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission vom 27. März 2023: "Kartellrecht: Kommission kündigt Leitlinien zu Behinderungsmissbrauch an und ändert Erläuterungen zu Durchsetzungsprioritäten").

Im Urteil i.S. *Servizio Elettrico Nazionale SpA/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* vom 12. Mai 2022 hat der EuGH ausgeführt, dass die Missbräuchlichkeit voraussetze, dass die in Art. 102 AEUV genannten Praktiken geeignet gewesen seien, eine Verdrängungswirkung zu entfalten. Diese Verdrängungswirkungen dürfen allerdings nicht rein hypothetischer Natur sein. Die Eignung, eine Verdrängungswirkung zu erzeugen, hänge nicht von der Form ab, sondern davon, ob in der Praxis unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände das Verhalten eine Verdrängungswirkung entfalte. Diesbezüglich ruft der EuGH in Erinnerung, dass Art. 102 AEUV weder das Ziel verfolgt, zu verhindern, dass Unternehmen auf einem Markt aufgrund ihrer Fachkenntnisse und Fähigkeiten eine beherrschende Stellung einnehmen, noch gewährleisten soll, dass sich Wettbewerber, die weniger effizient sind, auf dem Markt halten können. Da die Eignung zur Verdrängung nicht nur rein hypothetisch sein darf, musste die Wettbewerbsbehörde mit Verhaltensstudien nachweisen, dass ein Verdrängungseffekt besteht (Urteil EuGH i.S. *Servizio Elettrico Nazionale SpA/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* vom 12. Mai 2022, Rs. C-377/20 [nachfolgend "Urteil SEN"], Rn. 69 ff., 98).

10.2.2. Im Urteil i.S. *Unilever Italia Mkt. Operations Srl/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* vom 19. Januar 2023 hat der EuGH die genannte Rechtsauffassung bezüglich Ausschliesslichkeitsklauseln in Vertriebsverträgen bestätigt und weiter verdeutlicht. Er hat ausgeführt, Art. 102 AEUV solle ein missbräuchliches Verhalten ahnden können, unabhängig davon, ob es sich "als erfolgreich erwiesen hat oder

nicht". Daher könne eine Wettbewerbsbehörde einen Verstoss gegen Art. 102 AEUV feststellen, "indem sie nachweist, dass das in Rede stehende Verhalten in dem Zeitraum, in dem es stattgefunden hat, unter den Umständen des konkreten Falles trotz seiner fehlenden Wirkung in der Lage war, den Leistungswettbewerb zu beschränken" (Urteil EuGH i.S. *Unilever Italia Mkt. Operations Srl/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* vom 19. Januar 2023, Rs. C-680/20, [nachfolgend "Urteil Unilever"], Rn. 41).

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

Nötig ist demnach eine *tatsächliche, auf den Umständen des konkreten Falles beruhende Eignung*, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Eine bloss abstrakte oder hypothetische Eignung genügt nicht.

10.2.3. Bezüglich Ausschliesslichkeitsklauseln wird dies vom EuGH noch weiter konkretisiert: "Abgesehen davon, dass eine solche Auslegung [betreffend Rabattsysteme] im Einklang mit der ersten Konkretisierung steht, die der Gerichtshof im Urteil vom 6. September 2017, *Intel/Kommission* (C-413/14 P, EU:C:2017:632 [nachfolgend "Urteil Intel"], Rn. 139), vorgenommen hat, ist im Übrigen festzustellen, dass Ausschliesslichkeitsklauseln, auch wenn sie *aufgrund ihrer Natur* berechnete Wettbewerbsbedenken hervorrufen, *nicht automatisch geeignet sind*, Wettbewerber zu verdrängen, wie im Übrigen die Mitteilung der Kommission mit dem Titel "Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel [102 AEUV] auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen (ABl. 2009, C 45, S. 7, Nr. 36) veranschaulicht" (Urteil Unilever, Rn. 51; *Hervorhebungen* durch BGer). "Daraus folgt zum einen, dass eine Wettbewerbsbehörde, wenn sie den Verdacht hat, dass ein Unternehmen

durch die Verwendung von Ausschließlichkeitsklauseln gegen Art. 102 AEUV verstoßen hat, und dieses Unternehmen im Lauf des Verfahrens unter Vorlage von Beweisen die konkrete Eignung dieser Klauseln, ebenso leistungsfähige Wettbewerber vom Markt auszuschließen, in Abrede stellt, sich im Stadium der Einstufung der Zuwiderhandlung vergewissern muss, dass *diese Klauseln unter den Umständen des konkreten Falles tatsächlich geeignet waren*, ebenso leistungsfähige Wettbewerber wie dieses Unternehmen vom Markt auszuschließen" (Urteil Unilever, Rn. 52; *Hervorhebungen* durch BGer).

Das Vorliegen einer bestimmten, an sich problematischen Klausel stellt also nicht per se bzw. automatisch ein missbräuchliches Verhalten dar. Diese Rechtsprechung kommt bereits im Urteil Intel des EuGH betreffend Missbräuchlichkeit eines Treuerabattsystems zum Ausdruck. Der EuGH verlangte, dass dieses Treuerabattsystem einer Analyse unterzogen wird, um zu prüfen, ob es tatsächlich geeignet war, den Wettbewerb zu beschränken. Der blosse Umstand eines Treuerabattsystems bedeutete noch nicht ein missbräuchliches Verhalten (Urteil Intel, Rn. 138 - 140).

Für den Nachweis der Missbräuchlichkeit eines Verhaltens müssen die Wettbewerbsbehörden zudem alle relevanten tatsächlichen Umstände berücksichtigen (Urteil Unilever, Rn. 40, Rn. 60, auch mit Verweis auf das Urteil SEN, Rn. 70, und auf das Urteil des EuGH i.S. Tomra Systems u.a./Kommission vom 19. April 2012, Rs. C-549/10 P, Rn. 18). Ebenso ist diesbezüglich das Vorliegen einer eventuellen Strategie (des marktbeherrschenden Unternehmens) zur Verdrängung der mindestens ebenso leistungsfähigen Wettbewerber zu prüfen (Urteil Unilever, Rn. 48, mit Verweis auf Urteil Intel, Rn. 139).

10.2.4. Die EU-Kommission geht denn auch angesichts der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 102 AEUV davon aus, dass diese Bestimmung im Sinne eines "effects-based approach" bzw. wirkungsbasiert zu verstehen ist (vgl. LINSEY MCCALLUM/INGE BERNAERTS/MASSIMILIANO KADAR/JOHANNES HOLZWARTH/DAVID KOVO/MARIE LAGRUE/EDOUARD LEDUC/et Al., A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance, Competition Policy Brief No 1/2023, insbes. S. 2 f., mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH).

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

Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, N. 319 f. zu Art. 102 AEUV).

10.3. Daraus sind folgende Schlussfolgerungen für das Verständnis von Art. 7 KG und insbesondere den Nachweis der Wettbewerbsschädigung zu ziehen: Die Wettbewerbsbehörden sind nicht verpflichtet, nachzuweisen, dass eine Verhaltensweise gemäss Art. 7 Abs. 2 KG die Konkurrenz *effektiv* bzw. erfolgreich vom Markt verdrängt hat oder in welchem konkreten Ausmass (z.B. anhand von Marktanteilsverlusten oder Umsatzeinbussen) der Wettbewerber oder besser gesagt der Wettbewerb geschädigt wird. In diesem Sinne ist eine *auswirkungsbezogene* Analyse nicht erforderlich. Auf der anderen Seite genügt für den Nachweis nicht eine bloss hypothetische Gefahr oder ein bloss *hypothetisches* bzw. theoretisches Potential der Wettbewerbsschädigung. Vielmehr müssen die Wettbewerbsbehörden nachweisen, dass allfällige Verhaltensweisen wie einschränkende Vertragsklauseln auch *effektiv potentiell geeignet* sind, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Der blosse Hinweis, eine Vertragsklausel entspreche einem Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 KG, genügt dafür angesichts der Rechtsprechung zum im Wesentlichen gleichlautenden Art. 102 AEUV nicht. Die Gefahr der Wettbewerbsschädigung darf nicht bloss abstrakter Natur sein. Eine bestimmte Verhaltensweise ist nicht alleine aufgrund ihrer Form bzw. per se missbräuchlich, sondern muss tatsächlich geeignet sein, andere Wettbewerber zu verdrängen. Auch müssen sich die Wettbewerbsbehörden mit Beweismitteln des marktbeherrschenden Unternehmens, welche eine wettbewerbsschädigende Wirkung entkräften, konkret auseinandersetzen. Ebenso ist zu prüfen, ob das marktbeherrschende Unternehmen eine Strategie verfolgt, um die Konkurrenz vom Markt zu verdrängen. Insgesamt muss es aufgrund sämtlicher, konkreter Umstände des Einzelfalls und auf der Basis einer gesamtheitlichen Betrachtung plausibel sein, dass eine beanstandete Verhaltensweise wie beispielsweise gewisse Vertragsklauseln den Konkurrenten vom Markt verdrängen oder fernhalten.

Das "SIX-Urteil" des Bundesgerichts (Urteil 2C_596/2019 vom 2. November 2022, insbes. E. 8.6) ist deshalb in dem Sinne zu präzisieren, dass eine bestimmte Verhaltensweise entsprechend dem "effects-based approach" effektiv potentiell geeignet sein muss, eine Wettbewerbsschädigung bzw. eine Verdrängungswirkung zu erzeugen. Die Gefahr nachteiliger Wettbewerbseffekte muss aufgrund sämtlicher konkreter Umstände tatsächlich bestehen.

d.a) Vertragsklausel A im Vertragsverhältnis Beschwerdeführerin 2/Softwarehaus

10.4.

10.4.1. Die Vorinstanz ist im Wesentlichen der Auffassung, die Klausel A (Wortlaut vgl. E. 3.3 oben) stelle eine Alleinbezugsverpflichtung dar, wonach allfällige weitere maschinenlesbare Daten bezüglich Medikamenteninformationen von der Beschwerdeführerin 2 bezogen werden müssten. Davon seien auch Daten betroffen, welche die Daten der Beschwerdeführerin 2 bzw. der INDEX-Datenbanken konkurrenzieren würden (Konkurrenzdaten). Die Klausel A stelle auch nicht einen blossen Zustimmungsvorbehalt, sondern ein Verbot, zusätz-

liche Daten von Konkurrenten zu beziehen, dar. Insgesamt kommt die Vorinstanz zum Schluss, es könne jedoch offengelassen werden, ob die Klauseln A und B (zu Klausel B unten E. 10.7.1 ff.) tatsächlich zu einer Behinderung von Markteintritten mittels einer Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG führten, da im Sinne eines Gefährdungsdelikts bereits die Möglichkeit des Eintritts nachteiliger Einwirkungen genüge (vgl. E. 12.5.16 angefochtenes Urteil).

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

10.5. Zunächst ist festzuhalten, dass keine Strategie der gemeinsamen Verwendung der Klauseln A und B erkennbar ist. Anders wäre allenfalls zu entscheiden, wenn die Klausel A, welche nur in einem einzigen Vertrag verwendet wurde (vgl. nachfolgend), wie die Klausel B deutlich häufiger verwendet worden wäre (vgl. dazu E. 10.8.5 unten). Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Klausel A den Bezug von Drittaten nicht völlig ausschliesst, sondern Dritte Daten liefern können, sofern die Beschwerdeführerin 2 die entsprechenden Daten nicht liefern will oder kann (vgl. Wortlaut der Klausel A, E. 3.3 oben). Die konkrete Alleinbezugsverpflichtung ist damit zu relativieren.

Zudem ist gemäss vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellung *nur ein einziger von 176 Verträgen* mit Softwarehäusern von der Klausel A betroffen (vgl. E. 3.3 oben). Die Frage ist also, ob diese Klausel in einem von 176 Verträgen effektiv potentiell geeignet war, eine Verdrängungswirkung zu erzeugen, nämlich konkurrierende Anbieter von maschinenlesbaren, veredelten Medikamenteninformationen daran zu hindern, in diesen Markt einzutreten.

Das ist angesichts des Umstandes, dass der Konkurrenz noch 175 Softwarehäuser zur Verfügung standen, nicht der Fall. Wenn 175 von 176 Softwarehäusern bzw. Verträgen gar nicht durch die Klausel A gebunden sind, ist das Potential bzw. die Gefahr einer Wettbewerbsschädigung im Sinne einer Marktverschliessung lediglich hypothetischer Natur. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass durch die Klausel A effektiv der Bezug konkurrierender Daten betroffen ist, stünden der Konkurrenz noch 175 Softwarehäuser offen, um die entsprechenden Daten in Softwareprogramme aufzunehmen. Weder ywesee noch ouwerkerk noch andere Anbieter können aufgrund eines einzigen, betroffenen Vertrages mit einem Softwarehaus geltend machen, ihnen sei der Zugang zu den Softwarehäusern und damit indirekt der

Zugang zum Markt für die Kommerzialisierung von veredelten, maschinenlesbaren Daten verunmöglicht worden (Die Lizenzverträge mit den Leistungserbringern enthalten keine Klausel A).

Auch eine Gesamtbetrachtung führt zu keinem anderen Resultat: Entgegen der Vorinstanz (vgl. E. 12.4.25 vorinstanzliches Urteil) wird der Konkurrenz auch nicht durch hohe Fixkosten der Marktzugang erschwert, hält doch die Vorinstanz andernorts fest, dass sich die für den Betrieb einer Datenbank nötigen Produktionsfaktoren relativ einfach beschaffen lassen (vgl. E. 9.2.2.23 vorinstanzliches Urteil). Lediglich die Rekrutierung von medizinischem Fachpersonal ist anspruchsvoll. Die Eintrittsschwelle in den Markt ist aber keinesfalls dermassen hoch, dass sie zusammen mit der Klausel A in bloss einem von 176 Verträgen - oder wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht festhalten, in nur 0.57 % aller Verträge - den Marktzugang für die Konkurrenz verschliessen. Der Einfluss der Klausel A auf die Marktstruktur war verschwindend klein. In diesem Zusammenhang ist auch der Umstand zu berücksichtigen, dass die Klausel A für das betroffene Softwarehaus selbst gemäss unwidersprochen gebliebener Sachverhaltsdarstellung nie von Relevanz war bzw. dieses sich durch die Klausel A nicht eingeschränkt fühlte (vgl. E. 12.4.28 angefochtenes Urteil und Rz. 110 f. Beschwerde).

Die Gefahr der Wettbewerbsbeeinträchtigung war somit nur abstrakter Natur. Dies stellt noch keine Wettbewerbsbehinderung dar. In diesem Sinne hat das Bundesgericht zuletzt auch im Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 entschieden (vgl. Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 10.2 und E. 10.4.2). An einer Wettbewerbsbehinderung fehlt es unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände vorliegend. In diesem Zusammenhang ist auch in Erinnerung zu rufen, dass das KG nicht dazu dient, einzelne Unternehmen, welche sich aufgrund des eigenen Verhaltens bzw. Produkts auf dem Markt nicht durchsetzen können, mit den Mitteln des KG zu schützen. Das KG dient der Gewährleistung des wirksamen Wettbewerbs (BGE 146 II 217 E. 4.2; 139 I 72 E. 10.1.2; Urteil 2C_698/2021 vom 5. März 2024 E. 7.8). Der Nachweis einer effektiven, potentiellen Wettbewerbsschädigung durch die Klausel A, auch unter Berücksichtigung der Klausel B, im Sinne eines "effect-based approach" (vgl. hiervor) ist demnach nicht erfüllt. Die vorinstanzliche Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG erweist sich nach dem Gesagten als bundesrechtswidrig.

10.6. Die Rüge der Verletzung von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG erweist sich deshalb als berechtigt und das angefochtene Urteil ist insofern aufzuheben (vgl. E. 10.9 unten).

d.b) Vertragsklausel B im Vertragsverhältnis Beschwerdeführerin 2/Softwarehaus

10.7.

10.7.1. Die Vorinstanz ist im Wesentlichen der Auffassung, die Klausel B (Wortlaut vgl. E. 3.3 oben) führe dazu, dass das jeweilige Softwarehaus, wenn es von der Konkurrenz ein Angebot zur Einspeisung von Konkurrenzdaten erhalte, dieses Angebot gegenüber der Beschwerdeführerin 2 offenlegen müsse. Damit werde der

Beschwerdeführerin 2 ermöglicht, die eigenen Konditionen anzupassen. Die Klausel B sei geeignet, konkurrierenden Datenanbietern den Zugang zu den Vertriebskanälen bzw. Softwarehäusern und damit zu den Endabnehmern bzw. Leistungserbringern zu erschweren. Dies entspreche einer Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG.

Hinsichtlich allfälliger sachlicher Rechtfertigungsgründe ist die *Vorinstanz* der Auffassung, die Beschwerdeführerin 2 hätte, um der Gefahr einer Vermischung der Daten zu begegnen, als milderer Mittel eine Kennzeichnungspflicht für Drittdaten einführen können. Die Klausel B gehe darüber hinaus und sei deshalb unverhältnismässig. *Urheberrechtlich* sei nur die XML-Struktur der INDEX-Datenbanken geschützt, nicht aber die Daten selbst. Der Konkurrenz sei es urheberrechtlich lediglich verboten gewesen, die XML-Struktur zu kopieren oder ein Konkurrenzprodukt mit denselben Schnittstellen anzubieten. Das UWG wiederum verbiete nur das Kopieren, nicht aber die Nachahmung von Produkten. Die Klausel B erfasse aber auch die nicht verpönte Nachahmung. Die Klausel B hätte somit *gemäss Vorinstanzen* gefasst werden müssen, fokussierend auf eine URG-/UWG-Verletzung. Sie gehe jedoch darüber hinaus bzw. sei unverhältnismässig, weshalb kein sachlicher Rechtfertigungsgrund vorliege.

10.7.2. Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG. Sie sind im Wesentlichen der Auffassung, die Softwarehäuser seien aufgrund der Klausel B nicht gezwungen gewesen, die Konditionen der Konkurrenz offenzulegen bzw. die Beschwerdeführerin 2 habe durch diese Klausel keine zusätzlichen Marktinformationen erhalten. Vielmehr sei es darum gegangen, im Interesse der Leistungserbringer die Qualität der Daten zu sichern. Die Leistungserbringer seien zudem von der Klausel B nicht betroffen und könnten ohne Weiteres Verträge mit anderen Datenanbietern schliessen.

Zudem machen die Beschwerdeführerinnen geltend, es würden sachliche Rechtfertigungsgründe vorliegen. Sinn und Zweck der Klausel B (und A) sei es gewesen, die Vermischung der Daten der Beschwerdeführerin 2 mit Drittdaten zu verhindern bzw. die Datenintegrität zu schützen. Dies sei auch zum Schutz vor Haftungs- und Reputationsrisiken gegenüber den Leistungserbringern nötig gewesen. Eine Kennzeichnungspflicht für Drittdaten hätte die genannten Risiken nicht zuverlässig verhindert und sei deshalb kein milderer Mittel. Die Klausel B sei nicht überschüssend, sondern erfasse nur das Kopieren der Datenbank-Struktur. Es liege deshalb ein sachlicher Rechtfertigungsgrund vor.

10.8.

10.8.1. Aus der Klausel B ergibt sich nicht, dass ein Softwarehaus gegenüber der Beschwerdeführerin 2 (inkl. e-mediat AG) die Preise oder detaillierten Vertragskonditionen von konkurrierenden Datenanbietern offenlegen musste. Jedoch muss gemäss der Klausel B ein konkurrierender Datenanbieter gegenüber einem Softwarehaus einen vollständigen oder zumindest ein bestimmtes Teilgebiet abdeckenden Datensatz veredelter Medikamenteninformationen mit einer *eigenen* Datenstruktur, welche sich von der XML-Struktur der

Beschwerdeführerin 2 klar unterscheidet, anbieten. Die Konkurrenz war mit anderen Worten gezwungen, ein komplettes oder Teilgebiete umfassendes Alternativprodukt vorzulegen. Weder war es der Konkurrenz möglich, gewisse Medikamenteninformationen via Softwarehäuser in die XML-Struktur der Beschwerdeführerin 2 einfließen zu lassen, noch konnte die Konkurrenz einen vollständigen oder beschränkten Datensatz mit gleicher oder *ähnlicher* Datenstruktur bei einem Softwarehaus einspeisen.

10.8.2. Zunächst fragt es sich, ob die Klausel B bzw. eine sich daraus allenfalls ergebende Wettbewerbsbeeinträchtigung aufgrund des *Urheberrechtsschutzes* vom KG ausgenommen ist (vgl. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG und E. 4.2 oben). Gemäss Art. 10 Abs. 1 URG hat die Urheberin das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird. Die entsprechenden Nutzungsrechte stehen ausschliesslich der Urheberin zu, welche Dritten mittels Lizenz eine bestimmte Nutzungsbefugnis einräumen kann. Die Liste der verschiedenen Verwendungen bzw. Nutzungen in Art. 10 Abs. 2 URG ist nicht abschliessend und technikneutral formuliert, d.h. sowohl analoge wie digitale Nutzungen werden erfasst (DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl. 2020 [BARRELET/ EGLOFF, Kommentar URG], N. 3, 7 und 11 zu Art. 10 URG).

Die XML-Struktur der Beschwerdeführerin 2 ist urheberrechtlich geschützt (vgl. E. 4.2.3 oben). Wenn eine Konkurrentin ihre veredelten Daten via Softwarehaus in die XML-Struktur der Beschwerdeführerin 2 einspeist, nutzt sie diese XML-Struktur. Sie bzw. das Softwarehaus greifen damit in die ausschliesslichen Nutzungsrechte der Beschwerdeführerin 2 bzw. deren Urheberrecht ein. Das URG schliesst diese Möglichkeit des Wettbewerbs, nämlich die XML-Struktur der Beschwerdeführerin 2 ohne Lizenz zu nutzen, jedoch aus. Auch ohne die Klausel B könnte die Beschwerdeführerin 2 gestützt auf das URG den Softwarehäusern bzw. der Konkurrenz untersagen, ihre XML-Struktur zu nutzen. Die Klausel B geht diesbezüglich mit anderen Worten nicht über das hinaus, was der Schutz des URG unmittelbar garantiert. Die entsprechende (negative) Wettbewerbswirkung ergibt sich direkt bzw. ausschliesslich aus dem URG (vgl. E. 4.2.2 oben) und ist deshalb gemäss Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG dem Kartellrecht entzogen (anders dagegen die Ausgangslage im Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 7.3.3.2). Der Konkurrenz hier die unmittelbare Nutzung der XML-Struktur der Beschwerdeführerin 2 zu erlauben, würde einer Zwangslizenzierung entsprechen. Die Erteilung von Zwangslizenzen wird unter Art. 7 Abs. 2 lit. a KG (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) diskutiert und stellt einen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar. Aus einer marktbeherrschenden Stellung ergibt sich jedenfalls kein Kontrahierungszwang (Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 [Botschaft KG 1995], BBl 1995 I 468 ff., 570; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: BSK KG N. 215 zu Art. 7 KG; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar KG, N. 191 f. zu Art. 7 KG). Wenn, dann wird die Erteilung einer Zwangslizenz nur unter sehr einschränkenden

Bedingungen befürwortet: Insbesondere muss die Gewährung einer Lizenz bzw. die Nutzung des immateriellen Gutes für die Konkurrenz unverzichtbar sein, d.h. eine wirtschaftliche Tätigkeit ist ohne diese Nutzung unzumutbar oder anders gesagt, die Nutzung des immateriellen Gutes ist objektiv gesehen notwendig. Es kann dem konkurrierenden Unternehmen nicht zugemutet werden, das Produkt des marktbeherrschenden Unternehmens bloss nachzuahmen (MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: BSK KG, N. 261, N. 218 ff. zu Art. 7 KG). Die Voraussetzung der Unverzichtbarkeit wäre vorliegend ohnehin nicht gegeben. Der Konkurrentin ywese war es jedenfalls möglich, das Produkt MEDlupdate zu entwickeln (vgl. E. 8.5.1 oben), ohne die XML-Struktur der Beschwerdeführerin 2 zu nutzen.

Ebenso untersagt das URG das Kopieren, d.h. Vervielfältigen eines Werkes (Art. 10 Abs. 1 URG; BARRELET/EGLOFF, Kommentar URG, N. 16 zu Art. 10 URG). Dementsprechend konnte die Beschwerdeführerin auch ohne die Klausel B aufgrund des URG den Softwarehäusern bzw. konkurrierenden Datenanbieterinnen untersagen, die XML-Struktur zu kopieren (so an sich auch die Vorinstanz in E. 12.6.18 ff. des angefochtenen Urteils, wobei die Vorinstanz als Fazit dann doch zu Unrecht die gesamte Klausel B als missbräuchlich qualifiziert, vgl. E. 12.7 angefochtenes Urteil). Auch damit verbundene Wettbewerbsbeeinträchtigungen sind dem Kartellrecht gemäss Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG demnach entzogen.

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

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Klausel B diene auch dem Schutz vor unlauterem Wettbewerb im Sinne von Art. 5 lit. c UWG und sei deshalb sachlich gerechtfertigt.

10.8.4. Laut Art. 5 lit. c UWG (Normtitel: "Verwertung fremder Leistung") handelt insbesondere unlauter, wer das marktreife Arbeitsergebnis eines andern ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet. Art. 5 lit. c UWG schützt vor parasitärem Wettbewerb. Es geht nicht um das Nachmachen, sondern darum, dass ein Ergebnis ohne eigenen Erarbeitungsaufwand direkt übernommen und verwertet wird (BGE 131 III 384 E. 4.1; vgl. Urteil 4A_354/2022 vom 14. November 2022 E. 3.1 f.). Damit soll auch der Verschaffung eines ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteils ein Riegel geschoben werden (RETO ARPAGAU, in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Basler Kommentar UWG, 2013 [BSK UWG], N. 62 zu Art. 5 UWG). Art. 5 lit. c UWG befasst sich nur mit der unmittelbaren Übernahme, nicht mit der Nachahmung (RETO ARPAGAU, in: BSK UWG, N. 63 zur Art. 5). Über-

nahme im Sinne von Art. 5 lit. c UWG ist die Reproduktion des Originals durch ein technisches Reproduktionsverfahren. Nachahmung ist dagegen die eigene Nachbildung. Das Original dient als Vorlage und/oder Ideenträger und wird nachvollzogen oder nachgemacht, aber nicht technisch reproduziert (RETO ARPAGAU, in: BSK UWG, N. 69 ff. zu Art. 5 UWG). Nachahmung kann allerdings durch andere Tatbestände des UWG erfasst werden, z.B. durch Art. 2 UWG (Generalklausel) oder Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG ("Unlauter handelt insbesondere, wer: d. Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen." RETO ARPAGAU, in: BSK UWG, N. 72 zu Art. 5 UWG). Grundsätzlich gilt die Nachahmungsfreiheit, aber die Nachahmung kann sich bei Hinzutreten weiterer Umstände als unlauter und damit als unzulässig erweisen (beispielsweise bei Schaffung einer vermeidbaren Verwechslungsgefahr, Irreführung des Konsumenten oder schmarotzerische Ausbeutung des guten Rufes der Konkurrenz; RETO ARPAGAU, in: BSK UWG N. 15 ff.; N. 20 ff. zu Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG).

Ob das UWG aufgrund der parallelen bzw. kumulativen Anwendbarkeit des KG (vgl. E. 4.1.2 oben) überhaupt die Anwendung des KG einschränkt, kann offengelassen werden. Vorliegend erfasst die Formulierung der Klausel B *"im Wesentlichen gleich wie Daten von e-mediat strukturiert sind"* jedenfalls auch die unter dem UWG grundsätzlich zulässige Nachahmung der XML-Struktur. Eine gemäss Art. 5 lit. c UWG verpönte Übernahme würde nur vorliegen, wenn die XML-Struktur der Beschwerdeführerin 2 technisch reproduziert würde. Dies darf gemäss Vorinstanz unbestrittenermassen durch die Klausel B unterbunden werden (vgl. E. 10.7.1 oben). Dass die Konkurrenz in anderer Weise unlauter handelt oder zu handeln droht, etwa durch Schaffung einer Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG, machen die Beschwerdeführerinnen nicht geltend.

10.8.5. Im Weiteren ist festzuhalten, dass die Klausel B in 83 von 176 Lizenzverträgen zwischen der Beschwerdeführerin 2 und den Softwarehäusern enthalten war. Demnach hatte sie in den Vertragsbeziehungen ein gewisses Gewicht. Durch den Vorbehalt, wonach Drittdaten, die *"im Wesentlichen gleich wie Daten von e-mediat strukturiert sind"* bzw. deren Datenstruktur auf einer Nachahmung der XML-Struktur (der Beschwerdeführerin 2) beruht, nur mit Zustimmung der Beschwerdeführerin 2 von einem Softwarehaus eingespeisen werden dürfen, wird der Konkurrenz der Zugang zu den Softwarehäusern *teilweise* versperrt. Die Vertriebsmöglichkeiten der Konkurrenz werden teilweise eingeschränkt. Darin liegt eine Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG (vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON in: BSK KG, N. 636, N. 662 zu Art. 7 KG). Ebenso ist damit eine künstliche Verknappung des Angebots verbunden, denn der Umstand, dass die Konkurrenz ihre veredelten Daten auch bei einer im Vergleich zur Beschwerdeführerin 2 ähnlichen Strukturierung nicht bei den Softwarehäusern einspeisen kann, ist primär der Klausel B geschuldet, welche damit das Marketingspektrum der Konkurrenz unnötig einschränkt. Die Klausel B führt damit zu einer teilweisen Marktverschliessung. Dadurch wird auch die Entwicklung von Wettbewerb auf einem Markt, wel-

cher durch die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin 2 bereits geschwächt ist, behindert, und zwar durch Massnahmen, die teilweise nicht einem normalen Produktwettbewerb entsprechen (vgl. auch Urteil EuGH i.S. *Servizio Elettrico Nazionale SpA/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* vom 12. Mai 2022, Rs. C-377/20, Rn. 68).

10.8.6. Auch hier stellt sich die Frage, ob die Klausel B effektiv potentiell geeignet ist, den Wettbewerb zu schädigen (vgl. E. 10.3 oben). Die Klausel B findet sich in rund der Hälfte aller Lizenzverträge mit den Softwarehäusern. Sie führte dazu, dass es der Konkurrenz verwehrt war, kleinere Datensätze bei den Softwarehäusern einzuspeisen, sobald sie auf eine *im Wesentlichen gleiche Datenstruktur* wie die Beschwerdeführerin 2 zurückgreifen wollte. Dadurch wurde der Konkurrenz auch erschwert, sich zu entwickeln bzw. eine Datensammlung veredelter, maschinenlesbarer Daten bezüglich Medikamenteninformationen aufzubauen, ohne gleichzeitig eine völlig neue Datenstruktur kreieren zu müssen. Damit besass die Klausel B in Bezug auf den beanstandeten, nicht durch das Urheberrecht gedeckten und die Nachahmungsfreiheit beeinträchtigten Teil effektiv das Potential, den Wettbewerb zu schädigen. Die Wirkung der Klausel B, nämlich die Konkurrenz vom Markt fernzuhalten, ist insofern nicht bloss hypothetischer Natur.

Einen sachlichen Rechtfertigungsgrund kann die beanstandete Formulierung bzw. der in diesem Sinne "überschiessende Teil" der Klausel B nicht für sich in Anspruch nehmen.

Aus dem Gesagten folgt, dass das vorinstanzliche Urteil, soweit die Klausel B bezüglich der Formulierung "*im Wesentlichen gleich wie Daten von e-mediat strukturiert sind*" als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung qualifiziert wird, bundesrechtskonform ist. Die Klausel B geht *in diesem Umfang* über den legitimen Schutz des Urheberrechts hinaus und die entsprechende Rüge erweist sich diesbezüglich als unbegründet.

10.8.7. Insofern das vorinstanzliche Urteil jedoch die Klausel B als missbräuchlich qualifiziert, soweit diese Klausel den Softwarehäusern bei Nutzung der XML-Strukturen der Beschwerdeführerin 2 für Drittdaten oder bei Einspeisung von Drittdaten in Form einer kopierten oder reproduzierten XML-Struktur einen Zustimmungsvorbehalt auferlegt, erweist es sich als bundesrechtswidrig. In diesem Umfang ist die Beschwerde bezüglich der Klausel B gutzuheissen und das vorinstanzliche Urteil aufzuheben.

d.c) Dispositiv des vorinstanzlichen Urteils bezüglich der Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG

10.9. Nach dem Gesagten ist Ziff. 3 Absatz 1 Dispositiv des vorinstanzlichen Urteils folgendermassen zu ersetzen:

"HCI Solutions AG wird untersagt, in ihren Verträgen mit Softwarehäusern Klauseln vorzusehen, welche es den Softwarehäusern untersagen, Drittdaten bezüglich veredelter, maschinenlesbarer Medikamenteninformationen in ihre Softwareprogramme einzuspeisen, welche im Wesentlichen gleich wie die Daten von HCI Solutions AG strukturiert sind."

Soweit Ziff. 3 Absatz 1 Dispositiv des vorinstanzlichen Urteils darüber hinausgeht, ist sie als bundesrechtswidrig aufzuheben.

c) Koppelung (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG)

11.

11.1. Gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG fällt als unzulässige Verhaltensweise die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung in Betracht, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen. Ein Koppelungsgeschäft liegt mit anderen Worten vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen den Vertragspartner dazu verpflichtet, eine zusätzliche Leistung anzunehmen oder zu erbringen, ohne dass zwischen der gewollten Hauptleistung (koppelndes Gut) und der Zusatzleistung (gekoppeltes Gut) ein sachlich gerechtfertigter Zusammenhang besteht. Koppelungsgeschäfte haben eine Ausbeutungs- und eine Behinderungsmissbrauchskomponente. Der Tatbestand der Koppelung umfasst neben der marktbeherrschenden Stellung vier Tatbestandsmerkmale: Getrennte Güter, Koppelung, eine effektive potentielle Wettbewerbsschädigung (im Sinne von E. 10.3 oben) und das Fehlen eines sachlichen Rechtfertigungsgrundes (Urteile 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 8.3 ["SIX-Urteil"]; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 6.2.1 ["Hallenstadion-Urteil"]; jeweils mit Hinweisen).

11.2. Getrennte Güter liegen vor, wenn die Zusatzleistung in keinem sachlichen Zusammenhang zur Hauptleistung steht. Zur Beantwortung dieser Frage kann darauf abgestellt werden, ob für die Zusatzleistung bzw. gekoppelte Leistung ein eigener Markt besteht (Urteil 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 6.2.2). Die Vorinstanz nennt diesbezüglich mit Verweis auf die Lehre korrekterweise weitere Abgrenzungskriterien. So liegen getrennte Güter vor, wenn Haupt- und Zusatzprodukte bzw. das koppelnde und das gekoppelte Gut auch tatsächlich unabhängig voneinander nachgefragt bzw. angeboten werden. Eine unabhängige Nachfrage muss mit anderen Worten nicht nur für das gekoppelte Gut (Zusatzleistung), sondern auch für das koppelnde Gut (Hauptleistung) bestehen. Massgebend ist eine marktorientierte Betrachtung. Wenn die Beurteilung auf einer Prognose beruht, ist auf die objektive Sichtweise des Durchschnittskunden abzustellen. Weiter ist von zwei separaten Produkten auszugehen, wenn ohne die Koppelung eine grosse Anzahl von Kunden das koppelnde Gut (Hauptleistung) kaufen würde, ohne auch das gekoppelte Gut (Zusatzleistung) beim selben Anbieter zu erwerben. Ebenso spricht die Marktpräsenz von Unternehmen, welche auf den Verkauf des gekoppelten Produkts (ohne das koppelnde Produkt) spezialisiert sind, für separate Produkte (vgl. E. 13.5.1 ff. vorinstanzliches Urteil; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: BSK KG, N. 724 ff. zu Art. 7 KG; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar KG, N. 494 ff. zu Art. 7 KG; EVELYNE CLERC/PRANVERA KELLEZI, in: CR Droit de la concurrence, N. 276 zu Art. 7 Abs. 2 LCart).

11.3. Es bestehen verschiedene Koppelungstechniken wie das tying, pure bundling, mixed bundling, welche durch direkte oder indirekte Koppelung erreicht wird. Die direkte Koppelung besteht in einer vertraglichen, technischen oder ökonomischen Koppelung. Indirekte Koppe-

lung arbeitet mit Anreizen (Urteile 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 8.5.1; 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 6.2.2; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: BSK KG, N. 734 ff. zu Art. 7 KG; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar KG, N. 497 ff. zu Art. 7 KG; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: CR Droit de la concurrence, N. 262 zu Art. 7 Abs. 2 LCart).

11.4. Die Wettbewerbsschädigung liegt insbesondere darin, dass das marktbeherrschende Unternehmen seine Stellung ausnutzt, um seine Lieferanten oder Abnehmer zur Lieferung bzw. Abnahme eines Gutes zu bewegen, da sie entweder gar nicht oder zumindest nicht zu den vom marktbeherrschenden Unternehmen vorgegebenen Geschäftsbedingungen absetzen oder erwerben möchten. Weiter kann eine Wettbewerbsschädigung darin bestehen, dass das marktbeherrschende Unternehmen seine Stellung ausnutzt, um seine Marktmacht auf den Markt des gekoppelten Gutes (Zusatzleistung), auf dem es bislang nicht marktbeherrschend ist, zu übertragen (Urteil 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 6.2.2; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar KG, N. 502 zu Art. 7 KG; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: CR Droit de la concurrence, N. 263 zu Art. 7 Abs. 2 LCart).

e.a) Koppelung zwischen Publikation (im Compendium oder den INDEX-Datenbanken) und redaktionellen/technischen Qualitätssicherungs- und Aufbereitungsarbeiten (kurz: Qualitätskontrolle)

11.5. Wenn Zulassungsinhaberinnen Fach- und Patienteninformationen bezüglich Arzneimitteln im Compendium oder Medikamenteninformationen in den INDEX-Datenbanken publizieren möchten, werden die entsprechenden Daten zwingend durch die Beschwerdeführerin 2 redaktionellen und technischen Qualitätssicherungs- und Aufbereitungsarbeiten (kurz: Qualitätskontrolle) unterzogen. Eine Publikation ohne diese Arbeiten ist mit anderen Worten nicht möglich (vgl. E. 3.3 oben).

Die Vorinstanz erblickt darin eine unzulässige Koppelung zwischen der Publikation im Compendium bzw. den INDEX-Datenbanken (als Hauptleistung bzw. koppeln-des Gut) und der Qualitätskontrolle (als Zusatzleistung bzw. gekoppeltes Gut; vgl. E. 3.4 oben). Bezüglich der Frage, ob getrennte Güter vorliegen, hat die Vorinstanz im Wesentlichen erwogen, die Strukturierung und Codierung der Daten für die Aufnahme in die INDEX-Datenbanken und die mit der Strukturierung und Codierung unmittelbar verbundenen Qualitätssicherungsarbeiten sowie die Prüfung der Aktualität der Daten auf AIPS (vgl. Bst. A.b oben) seien mit der Publikation durch die Beschwerdeführerin 2 eng verbunden und stellten keine separaten Güter dar (vgl. E. 13.5.7 angefochtenes Urteil). Anders liegen die Dinge aus Sicht der Vorinstanz bezüglich der Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen und weiteren Informationen und Daten. Letztere seien bereits durch Swissmedic einer Qualitätskontrolle unterzogen worden, weshalb eine weitere Qualitätskontrolle nicht nötig sei. Zudem stellt die Vorinstanz darauf ab, dass die Veröffentlichung der Daten auf AIPS eine regulatorische Pflicht sei, während die Publikation im Compendium und den INDEX-Datenbanken keine regulatorische Pflicht darstelle. Dass bei der Überprüfung der verschiedenen Sprachversionen der Arzneimittelinforma-

tionen von der Beschwerdeführerin 2 regelmässig Fehler korrigiert werden, spielt gemäss Vorinstanz keine Rolle, da es Sache der Zulassungsinhaberinnen sei, für fehlerfreie Sprachversionen zu sorgen.

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

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

11.7.1. Wie die Vorinstanz sachverhaltsmässig festgestellt hat sowie aufgrund des regulatorischen Rahmens bestehen zwischen der (regulierten) Datenbank AIPS und den INDEX-Datenbanken respektive dem Compendium der Beschwerdeführerin 2 erhebliche Unterschiede. Die Produkte der Beschwerdeführerin 2 enthalten bezüglich eines Arzneimittels weit mehr, strukturierte, verknüpfte, in mehreren Sprachen verfügbare Informationen. Zudem werden diese Informationen und nicht AIPS von den Leistungserbringern konsultiert, wenn es um die Verschreibung von Medikamenten geht; die Veröffentlichung auf AIPS dient lediglich der Zulassung des Medikaments (vgl. Bst. A.a und A.b sowie E. 3.2 oben). Daraus ergibt sich, dass eine Qualitätskontrolle der Daten auf AIPS durch Swissmedic nicht vergleichbar ist mit einer Qualitätskontrolle der Daten der INDEX-Datenbanken. Der Gegenstand und der Zweck der Qualitätskontrolle ist nicht derselbe und die Qualitätskontrolle durch die Beschwerdeführerin 2 geht aufgrund des Datenumfangs und der Art der Daten viel weiter als jene von Swissmedic. Dem Argument der Vorinstanz, die Qualitätskontrolle sei bereits durch Swissmedic vorgenommen worden, weshalb dafür gar keine Nachfrage mehr bestehe, kann deshalb nicht gefolgt werden. Dies gilt umso mehr, als - wie auch die Vorinstanz festgestellt hat - die Daten auf AIPS teilweise fehlerhaft sind. Zudem spielt es entgegen der Vorinstanz keine Rolle, dass die Veröffentlichung auf AIPS im Gegensatz zur Publikation in den INDEX-Datenbanken eine regulatorische Pflicht darstellt. Ob es sich um separate Güter handelt, ist, wie

die Vorinstanz selbst festgehalten hat, aufgrund einer marktorientierten Betrachtung zu beurteilen (vgl. E. 11.2 oben). Im Weiteren führt die Vorinstanz aus, es gebe mehrere Unternehmen, welche in der Abwicklung des Zulassungsverfahrens für Pharmafirmen spezialisiert seien (vgl. dazu E. 11.11.1 unten). Es könne deshalb davon ausgegangen werden, dass die Qualitätskontrolle mit optionalem Gratisupload auf AIPS ohne Weiteres separat auf dem Markt angeboten werden könne (vgl. E. 13.5.14 angefochtenes Urteil). Ein tatsächliches Angebot von spezialisierten Drittfirmen für die Qualitätskontrolle der Daten für die Publikation auf den INDEX-Datenbanken hat die Vorinstanz sachverhaltsmässig jedoch *nicht* festgestellt. Zudem ergibt es aus der objektiven Sicht einer durchschnittlichen Zulassungsinhaberin wenig Sinn, ein Drittunternehmen damit zu beauftragen, ihre Daten für die Publikation auf den INDEX-Datenbanken einer Qualitätskontrolle zu unterziehen. Es ist naheliegend, dass aus Sicht einer Zulassungsinhaberin die Beschwerdeführerin 2, welche die INDEX-Datenbanken entwickelt hat und betreibt, am Besten geeignet ist, die Daten zu prüfen. Zudem ist wie erwähnt die Qualitätskontrolle für die Publikation auf AIPS nicht zu verwechseln mit der Qualitätskontrolle für die Publikation auf den INDEX-Datenbanken und im Compendium. Entgegen der Vorinstanz (vgl. E. 13.5.15 f. angefochtenes Urteil) ist es auch zulässig, darauf abzustellen, dass für eine neu optional angebotene Qualitätssicherung tatsächliche keine Nachfrage besteht. Dieser Umstand zeigt gerade, dass aus Sicht der Zulassungsinhaberinnen die Publikation und die Qualitätskontrolle der Publikation als einheitliche Dienstleistung wahrgenommen werden. Fehlerhafte Daten im Compendium und - aufgrund der Verknüpfungen und Interaktionen - erst Recht bei den INDEX-Datenbanken können zu Fehlmedikationen führen und die Patientensicherheit gefährden (vgl. auch E. 15.2.4.15 angefochtenes Urteil). Deshalb ist aus marktorientierter Sicht davon auszugehen, dass die Qualitätskontrolle als integraler Bestandteil der Publikation in den Gefässen der Beschwerdeführerin 2 wahrgenommen wird.

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

11.7.2. Nachdem vorliegend das Element der getrennten Güter nicht gegeben ist, erübrigt es sich, die weiteren Voraussetzungen einer unzulässigen Koppelung zu prüfen. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerinnen erweist sich als berechtigt. Das vorinstanzliche Urteil ist insoweit, da keine Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG vorliegt, aufzuheben (dazu auch unten E. 11.12).

e.b) Koppelung zwischen Publikation (im Compendium oder den INDEX-Datenbanken) und optional sowie kostenlos angebotenen Upload der erforderlichen Daten auf AIPS

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

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

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

11.11.

11.11.1. Zunächst ist zu prüfen, ob bezüglich der Publikation der veredelten Daten in den Gefässen der Beschwerdeführerin 2 und dem Gratisupload der Daten für die Zulassung auf AIPS getrennte Güter vorliegen. Dies ist aufgrund einer marktorientierten Betrachtung zu beurteilen (vgl. E. 11.2 oben). Dabei ist unbestritten, dass der Upload auf AIPS nur mit einem minimalen Aufwand verbunden ist. Die Vorinstanz ist jedoch der Ansicht, in einer stark arbeitsteiligen Wirtschaft könne auch für eine solche Dienstleistung ein separater Markt bestehen (vgl. E. 13.5.23 in fine vorinstanzliches Urteil). Mit diesem Argument könnte allerdings für jede noch so geringfügige Dienstleistung ein separater Markt angenommen werden. Auch hier zeigt die Vorinstanz nicht auf, dass alleine für den Upload auf AIPS tatsächlich eine separate Nachfrage bzw. ein separates Angebot besteht. Dass seitens einer durchschnittlichen Zulassungsinhaberin eine separate Nachfrage nur für den Upload - ohne Kontrolle der Daten - auf AIPS existiert, ist aus objektiver Sicht auch nicht anzunehmen. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang der unbestrittene Umstand, dass es auf dem schweizerischen Markt mehrere Unternehmen gibt, welche auf die Erstellung des Zulassungsdossiers und Durchführung des Zulassungsverfahrens bei Swissmedic spezialisiert sind (vgl. E.13.5.13 und 13.7.14 vorinstanzliches Urteil). Dass diese Unternehmen lediglich den Upload auf AIPS als separate Dienstleistung anbieten, wird von der Vorinstanz weder behauptet noch nachgewiesen. Das Vorliegen eines entsprechenden, konkreten Angebots wurde von der Vorinstanz *nicht* sachverhaltsmässig festgestellt. Vielmehr ist aufgrund einer marktorientierten Betrachtungsweise (vgl. E. 11.2 oben) davon auszugehen, dass diese Un-

ternehmen den Upload der Daten auf AIPS ebenfalls beiläufig und kostenlos für ihre Kunden vornehmen. Ein separater Markt ist dafür nicht auszumachen und ergibt auch keinen Sinn. Ein bezüglich Zulassungsverfahren spezialisiertes Unternehmen zielt darauf ab, das gesamte Zulassungsverfahren und nicht bloss einen - notabene unbedeutenden Teil desselben - anzubieten. Viel eher ist plausibel, dass der Upload auf AIPS in der Dienstleistung der Prüfung und Aufbereitung der Daten für die Veröffentlichung auf AIPS aufgeht und die Zulassungsinhaberinnen erwarten, dass der Upload wenn gewünscht kostenlos in der Erstellung und Prüfung des Zulassungsdossiers inbegriffen ist. Gegenüber der Beschwerdeführerin 2 dürfte diese Erwartung ebenfalls bestehen, und zwar im Zusammenhang mit der Publikation in ihren Gefässen, da sie über die Daten verfügt, welche für die Veröffentlichung auf AIPS nötig sind.

11.11.2. Nach dem Gesagten fehlt es auch hier am Element der getrennten Güter. Folglich erübrigt es sich, die weiteren Voraussetzungen einer unzulässigen Koppelung zu prüfen. Das vorinstanzliche Urteil ist insoweit aufzuheben (dazu auch nachfolgend E. 11.12).

e.c) Dispositiv des vorinstanzlichen Urteils bezüglich der Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG

11.12. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist Ziff. 3 Absatz 2 Dispositiv des vorinstanzlichen Urteils aufzuheben.

d) Zusammenfassung

11.13. Zusammenfassend ergibt sich, dass drei der vier von der Vorinstanz beanstandeten Handlungen (Klausel A im Vertragsverhältnis zu den Softwarehäusern; Qualitätskontrolle sowie Upload auf AIPS im Vertragsverhältnis zu den Zulassungsinhaberinnen) nicht kartellrechtswidrig sind. Die Klausel A führt nicht zu einer (weiteren) Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG und eine Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG liegt betreffend Qualitätskontrolle und Upload auf AIPS ebenfalls nicht vor. Selbst die Verankerung der Klausel B im Vertragsverhältnis zu den Softwarehäusern ist nur in geringerem Umfang zu beanstanden als durch die Vorinstanz erwogen. Diese Klausel ist nämlich nur insofern wettbewerbswidrig, als sie den Softwarehäusern verbietet, Drittdaten bezüglich veredelter, maschinenlesbarer Medikamenteninformationen, welche *im Wesentlichen gleich* wie die Daten von HCI Solutions AG strukturiert sind, in ihre Softwareprogramme einzuspeisen (vgl. E. 10.9 oben).

Eine Sanktionierung gemäss Art. 49a KG ist folglich wenn, dann nur noch in Bezug auf die letztgenannte Tathandlung möglich. Darüber hinaus fehlt die Basis für eine Sanktionierung.

VIII. Sanktionierung und Sanktionsbemessung

12.

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

12.2. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, dass sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem

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

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

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

12.5. Ausgangspunkt für die Bestimmung des Basisbetrages bildet der Verstoss, d.h. in casu die Einschränkung des Absatzes (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG) durch die Vertragsklausel B im Vertragsverhältnis zu den Softwarehäusern. Die durch die Vorinstanz ausgefallte Sanktion beruht allerdings auf vier vermeintlich einen Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllenden Handlungen der Beschwerdeführerin 2. Wie erwähnt hat sich jedoch die Kartellrechtswidrigkeit von drei der vier vo-

rinstanzlich beanstandeten Handlungen nicht bestätigt und selbst die Verwendung der Klausel B ist nur in weit geringerem Ausmass als von der Vorinstanz angenommen kartellrechtswidrig (vgl. E. 11.13 oben). Damit ist die Marktverschliessung zulasten konkurrierender Anbieter von veredelten, maschinenlesbaren Medikamenteninformationen, die (objektive) Schwere des Verstosses und damit auch die Beeinträchtigung des Wettbewerbs weit geringer als von der Vorinstanz erwogen. Daraus ergibt sich bereits, dass die vorinstanzliche Sanktionsbemessung nicht aufrechterhalten werden kann und die Sanktion erheblich zu reduzieren ist. Vorliegend wird die Sache zur neuen Bemessung und Festlegung der Sanktion im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen sein (dazu E. 12.9 unten). Allerdings sind vorgängig einige Punkte zur Sanktionsbemessung, welche die Beschwerdeführerinnen vorgebracht haben und welche Rechtsfragen (bzw. keine blossen Ermessensfragen, vgl. BGE 147 II 72 E. 8.5.2) darstellen, zu klären.

a) Vorwerfbarkeit des Verhaltens der Beschwerdeführerinnen

12.6.

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

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

12.6.3. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 i.V.m. Art. 49a KG bildet einerseits den objektiven Tatbestand einer Kartellrechtsverletzung. Andererseits setzt die Sanktionierung gemäss Art. 49a KG rechtsprechungsgemäss auch die Erfüllung eines subjektiven Tatbestandes voraus. Diesbezüglich ist die Vorwerfbarkeit des Kartellrechtsverstosses erforderlich. Diese setzt allerdings nicht voraus, dass der Verstoss einer natürlichen Person zugerechnet werden kann. Massgebend ist vielmehr ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens. Die entsprechenden Sorgfaltspflichten ergeben sich aus dem Kartellgesetz; die Unternehmen müssen sich an die Regeln des KG halten. Liegt ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vor, so ist in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt (und damit ein Organisationsverschulden gegeben), denn die Unternehmen müssen über die Regeln des KG, über die

dazu ergangene Praxis und die einschlägigen Bekanntmachungen informiert sein (BGE 146 II 217 E. 8.5.2; 143 II 297 E. 9.6.2; Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 11.1).

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

b) Berücksichtigung konzerninterner Umsätze bei der Bemessung des Basisbetrages

12.7.

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

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

12.7.3.

12.7.3.1. Art. 49a KG und Art. 3 SVKG enthalten keine genauere Definition des Begriffs "Umsatz". Praxisgemäss unbestritten ist, dass bei der Umsatzberechnung Art. 4 VKU zu berücksichtigen ist, d.h. insbesondere Rabatte, Skonti und Mehrwertsteuern abzuziehen sind (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.2.3; 143 II 297 E. 9.7.2 in fine; Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.3.2 in fine, nicht publ. in: BGE 139 I 72). Generell sollen die

Bestimmungen der VKU jedoch nur insoweit anwendbar

sein, als sie zum konkreten Sachverhalt passen (BGE 146 II 217 E. 9.2.2.3 f.). Gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU sind im Hinblick auf die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen die Umsätze zwischen den Konzerngesellschaften bzw. konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen. Der Grund dafür liegt darin, dass die Umsätze die *wirkliche* Stärke der beteiligten Unternehmen im Markt widerspiegeln sollen. Konzerninterne Umsätze reflektieren diese Stärke nicht, weshalb nur Umsätze mit Dritten herangezogen werden sollen (BGE 146 II 217 E. 9.2.2.4; MANI REINERT/MARIUS VISCHER, in: BSK KG, N. 115 zu Art. 9 KG). Nur die wirkliche Stärke der beteiligten Unternehmen bildet den Anlass für die kartellrechtliche Relevanz des Zusammenschlussvorhabens (BGE 146 II 217 E. 9.2.24). In der Lehre wird die Auffassung vertreten, Art. 5 Abs. 2 VKU sei im Rahmen von Art. 3 SVKG bzw. bei der Sanktionsbemessung anwendbar, weshalb die konzerninternen Umsätze *nicht* zu berücksichtigen seien (CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: BSK KG, N. 13 in fine zu Art. 49a KG; PATRICK L. KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, N. 38 zu Art. 49a Abs. 1 und 2 KG; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar Kartellgesetz, 2007 [SHK KG], N. 9 zu Art. 49a KG; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, S. 228).

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

12.7.3.3. Vorliegend präsentiert sich die Ausgangslage allerdings anders: Es liegt *keine* Kosten-Preis-Schere vor. Damit fehlt es an der für diese Missbrauchsform typischen Verhaltensweise, nämlich durch Ausnutzung der vertikalen Integration und einen zweifachen Preisdruck auf dem vor- und nachgelagerten Markt die Margen der Konkurrenz auf dem Endkundenmarkt so zu beschneiden, dass diese nicht mehr konkurrenzfähig ist (BGE 146 II 217 E. 5.1; Urteil 2C_698/2021 vom 5. März 2024 E. 7.11). Vorliegend waren die Apotheken und Grossisten des Galenica-Konzerns nicht am missbräuchlichen Verhalten beteiligt. Dass auf vertikaler Stufe ebenfalls Unternehmen im Konzernverbund mit den Beschwerdeführerinnen existierten, wurde nicht ausgenutzt. Es mag sein, dass die Beschwerdeführerin 2 auch mit Hilfe des Umsatzes der Galenica-Apotheken eine marktbeherrschende Stellung erreicht hat. Letzteres ist aber für sich genommen nicht missbräuchlich (vgl. E. 9.2 oben). Die Vorinstanz leitet de facto aus einer marktbeherrschenden Stellung ein missbräuchliches Verhalten ab und vermischt damit beides, obwohl diese beiden Elemente nach dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 KG, der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und dem EU-

Kartellrecht klar zu trennen sind (vgl. E. 9.2 und E. 10.2.1 oben). Im Gegensatz zu BGE 146 II 217 rechtfertigt es sich deshalb vorliegend nicht, die konzerninternen Umsätze bei der Berechnung des Basisbetrages gemäss Art. 3 SVKG zu berücksichtigen.

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

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

c) Berücksichtigung Umsatz Schulung Pharmavista sowie mildernde Umstände

12.8.

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

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

12.8.3.

12.8.3.1. Auch die relevanten Märkte im Sinne von Art. 3 SVKG sind entsprechend Art. 11 Abs. 3 lit. a und b VKU abzugrenzen (BGE 146 II 217 E. 9.2.1). Die Vorinstanz hat in diesem Sinne einen Markt für Schulungen als sachlich relevanten Markt abgegrenzt (vgl. E. 15.2.3.12 vorinstanzliches Urteil). Ob der Umsatz aus der Schulung mit Pharmavista von der Vorinstanz diesem Markt für Schulungen oder den beiden, im Rahmen der Prüfung der marktbeherrschenden Stellung abgegrenzten Märkten (vgl. E. 7.5 oben) zugeordnet wurde, ist unklar, kann jedoch offen bleiben. Bei der Bemessung des Basisbetrages können nämlich auch Umsätze auf Märkten herangezogen werden, bezüglich welcher zwar keine marktbeherrschende Stellung erkannt wurde, aber auf welche sich das missbräuchliche Verhalten ausgewirkt hat (Urteile 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 13.4.2; Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 11.3.3). Pharmavista enthält zumindest teilweise veredelte, maschi-

nenlesbare Medikamenteninformationen. Die Schulungen bezüglich Pharmavista könnten damit zumindest einem dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen (vgl. E. 7.5 oben) nachgelagerten Markt zugeordnet werden. Daraus ergibt sich auch, dass die vorliegend erstellte, unzulässige Verhaltensweise sich zumindest auf diesen Markt für Schulungen ausgewirkt hat. Der entsprechende Schulungsumsatz kann deshalb so oder anders bei der Bemessung des Basisbetrages berücksichtigt werden.

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

12.8.4.

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

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

12.8.4.3. Da sich vorliegend ergeben hat, dass eine Wettbewerbsbeschränkung nur in einem weit geringeren Mass vorliegt als von der Vorinstanz erwogen, fragt es sich, ob mildernde Umstände bei der Neubemessung der Sanktion im Rahmen der Rückweisung (vgl. E. 12.9 unten) überhaupt noch eine Rolle spielen. Dies wird von der Vorinstanz zu prüfen sein, weshalb auf die entsprechende Rüge vor Bundesgericht nicht weiter einzugehen ist.

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

12.9. Grundsätzlich auferlegt sich das Bundesgericht bei der Überprüfung der Sanktionsbemessung eine gewisse Zurückhaltung (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.5.2; Urteil 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 11.3.8). Nachdem einige Rechtsfragen, welche Einfluss auf die Sanktionsbemessung haben, geklärt wurden, rechtfertigt es sich deshalb die Sache zwecks neuer Bemessung und Festlegung der Sanktion im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 107 Abs. 2 BGG).

IX. Schlussfolgerung sowie Kosten und Entschädigung

13.

13.1. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin 2 zwar auf den relevanten Märkten über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügte, jedoch ihre Stellung im Gegensatz zum vorinstanzlichen Urteil nur in einem sehr begrenzten Ausmass im Sinne von Art. 7 KG missbrauchte. Eine Einschränkung des Wettbewerbs durch eine kartellrechtswidrige Marktverschliessung zulasten der Konkurrenz der Beschwerdeführerin 2 ist nur sehr begrenzt gegeben. Daraus folgt, dass die von der Vo-

rinstanz ausgefallte Sanktion gemäss Art. 49a KG neu zu bemessen und festzulegen sein wird.

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

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

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

14.

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

14.2. Die WEKO verfolgt in vorliegendem Verfahren trotz Auferlegung einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG primär die Interessen eines funktionierenden Wettbewerbs bzw. der Förderung einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung (vgl. Art. 1 KG) und nicht Vermögensinteressen. Deshalb sind ihr trotz weitgehenden Unterliegens für das bundesgerichtliche Verfahren keine Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG; Urteile 2C_343/2010, 2C_344/2010 vom 11. April 2011 E. 9.3, nicht publ. in: BGE 137 II 199; 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 14).

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

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

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2597/ 2017 vom 19. Januar 2022 wird, abgesehen von Ziff. 2 Urteilsdispositiv, aufgehoben.

2.

Der Beschwerdeführerin 2 wird untersagt, in ihren Verträgen mit Softwarehäusern Klauseln vorzusehen, welche es den Softwarehäusern verbieten, Drittdaten bezüglich veredelter, maschinenlesbarer Medikamentenin-

formationen, welche im Wesentlichen gleich wie die Daten der Beschwerdeführerin 2 strukturiert sind, in ihre Softwareprogramme einzuspeisen.

3.

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

4.

Die Gerichtskosten des bundesgerichtlichen Verfahrens werden im Betrag von Fr. 2'000.- den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftung auferlegt.

5.

Die WEKO hat den Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 20'000.- zu bezahlen.

6.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, mitgeteilt.

[Rechtsmittelbelehrung]

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF Arrêté fédéral
AIMP Accord intercantonal sur les
marchés publics
AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull. Amtliches Bulletin
AS Amtliche Sammlung des
Bundesrechts
ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse,
Recueil officiel

B

BA Bundesamt
BB Bundesbeschluss
BBI Bundesblatt
BG Bundesgesetz
BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE Entscheidungen des
schweizerischen Bundesgerichtes,
amtliche Sammlung
BGer Bundesgericht
BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN Bulletin officiel du Conseil national
BoeB Bundesgesetz über das öffentliche
Beschaffungswesen
BR Bundesrat
BR/DC Zeitschrift für Baurecht,
Revue du droit de la construction
BUCN Bollettino ufficiale
del Consiglio nazionale
BUCSt Bollettino ufficiale
del Consiglio degli Stati
BV Bundesverfassung
BZP Bundesgesetz über den
Bundeszivilprozess

C

CC Code civil
CE Communauté Européenne
CE Conseil des Etats
CF Conseil fédéral
FR. Schweizer Franken /
Francs suisses / Franchi svizzeri
CO Code des obligations
Cost. Costituzione federale
CPC Code (cantonal)
de procédure civile
CPS Code pénal suisse
cst. Constitution fédérale

D

DCP Diritto e politica
della concorrenza (=RPW)
DPC Droit et politique
de la concurrence (=RPW)
DG Direction Générale (UE)

E

EU Europäische Union

F

FF Feuille fédérale
FMG Fernmeldegesetz

G

GATT General Agreement on Tariffs

GedrV

GRUR

GU

H

HGer Handelsgericht
HMG Heilmittelgesetz

I

IPRG Bundesgesetz über das internationale
Privatrecht
IVöB Interkantonale Vereinbarung über das
öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC Jurisprudence des autorités
administratives de la
Confédération
JdT Journal des Tribunaux

K

KG Kartellgesetz
KMU Kleine und mittlere Unternehmen
KSG Konkordat über die
Schiedsgerichtsbarkeit
KVG Bundesgesetz über die
Krankenversicherung

L

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart Loi fédérale sur les cartels et autres
restrictions à la concurrence
LCD Loi fédérale contre la concurrence
déloyale
LCsl Legge federale contro la concorrenza
sleale
LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP Loi fédérale sur le droit international
privé
LETC Loi fédérale sur les entraves techniques
au commerce
LF Loi fédérale / Legge federale
LL Legge federale sul lavoro
LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und
Gebrauchsgegenstände
LMI Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP Loi fédérale sur les marchés publics
LOTG Legge federale sugli ostacoli tecnici
commercio
LPM Loi fédérale sur la protection des
marques
LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait
des produits
LSPr Legge federale sulla sorveglianza dei
prezzi

M**N****O**

O Ordonnance
OCDE Organisation de Coopération
et de Développement Economique
OCSE Organizzazione per la cooperazione e
lo sviluppo economico

and Trade
Verordnung über
Gebrauchsgegenstände
Gewerblicher Rechtsschutz
und Urheberrecht
Gemeinschaftsunternehmen

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	U	
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UE	Union Européenne
PrHG	Produkthaftpflichtgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
Q		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
R		V	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	W	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RR	Regierungsrat	X	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	Y	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Z	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
S		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZPO	Zivilprozessordnung
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

A

abgestimmtes Verhalten -
 abgestimmte Verhaltensweise 1747, 1752, 1761, 1770, 1777
 Abrede 1741 ff., 1747, 1752, 1754, 1761, 1770, 1776 f., 1781, 1784 f., 1789 ff., 1798 f., 1801 ff., 1806 ff., 1814 f., 1825, 1828, 1854, 1858, 1880, 1906, 1915 f., 1918 f., 1928, 1931, 1945, 1952
 Acquiring -
 Anhörung 1744, 1759, 1813, 1821 f., 1845, 1863, 1891
 Apotheker/innen 1839, 1876, 1941
 Ärzte(-Verband) -

B

Banken 1834, 1838 f., 1841 f., 1844, 1846, 1848, 1855, 1859, 1861 f., 1865 ff., 1869 ff., 1873 ff., 1878, 1885, 1888, 1896 ff., 1904, 1911, 1914 f., 1918 f., 1922, 1925 ff., 1932, 1937 f., 1940 ff., 1946 ff., 1952 ff., 1957 f., 1960
 Befristung des Entscheids -
 Breitbanddienste -
 Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten -
 Domestic Interchange Fee -

E

Effizienzgründe 1903, 1905
 Effizienzprüfung -
 Einstellung einer Untersuchung -
 einvernehmliche Regelung 1742, 1775 f., 1819, 1821, 1843 f., 1919 ff., 1934
 Erheblichkeit 1889
 Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -
 Grosskunden-Märkte -

H

Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -

I

Indizienbeweis -
 Interchange Fee -

Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung -
 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 1862, 1864, 1912, 1945, 1960 f.
 Koppelungsgeschäft 1846, 1894 f., 1899 ff., 1951, 1956
 Kostenraster -
 Krankenversicherer -
 Kreditkarten -
 Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

L

legitimate business reasons 1848, 1891 ff., 1927, 1949 f.

M

Marktaufteilung -
 marktbeherrschende Stellung 1763, 1778 f., 1793, 1816, 1834, 1842, 1845 f., 1851, 1853, 1864, 1868 ff., 1872, 1875, 1877, 1879 ff., 1883, 1890, 1895 f., 1900, 1907 ff., 1926 ff., 1938 f., 1941 f., 1945, 1947 ff., 1956, 1960 ff.
 Marktgegenseite 1789, 1795, 1847 f., 1859, 1864 ff., 1868, 1872, 1877 ff., 1881 ff., 1889, 1895, 1898 ff., 1905, 1910, 1945 ff.
 Marktorganisation -
 Marktstruktur 1747, 1752, 1761, 1770, 1777, 1851, 1864, 1868, 1947, 1953
 Marktzutrittsschranken 1805, 1817, 1850, 1872, 1877, 1887, 1890, 1901 f., 1947, 1949
 Meldepflicht 1789 ff.
 Missbrauch 1754 ff., 1778, 1785, 1793, 1816, 1843, 1846, 1880 ff., 1884, 1889, 1891, 1894, 1901, 1905 f., 1909, 1911 f., 1915, 1917 f., 1922 f., 1925 ff., 1931, 1938 ff., 1945, 1949, 1951 f., 1956, 1960 ff.

N

Netzwerk 1834, 1869, 1872 f., 1875, 1879, 1925, 1938

Netzwerkkosten -

Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten -
 potenzieller Wettbewerb 1847
 Preisabrede 1743
 Preisbindung zweiter Hand -

Q

Quersubventionierung 1903, 1905

R

Rabatte 1745, 1751, 1793, 1841, 1884, 1886, 1894, 1899, 1911, 1960

Reduktion der Sanktion 1797, 1801, 1812, 1819, 1821, 1919, 1922, 1930, 1959

S

Sanktionen 1741, 1754 f., 1759, 1786 f., 1789 ff., 1796 ff., 1801 f., 1804 f., 1811, 1820 ff., 1828, 1850, 1857, 1860, 1912, 1931, 1961

Senkung Herstellkosten -

Submission 1903, 1905

Submissionskartell -

T

Tarife 1801, 1841 f.

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 1743, 1745 ff., 1759, 1761, 1776, 1779, 1781, 1785 ff., 1791, 1795 ff., 1800, 1805, 1818, 1820, 1825 ff., 1833 ff., 1838, 1842 ff., 1850, 1852 f., 1858 ff.,

1868, 1879 f., 1892, 1900, 1902, 1904 ff., 1913 ff., 1919 ff., 1925, 1928 ff., 1933 ff., 1937 f., 1960

unzulässige Wettbewerbsabrede 1781, 1792, 1802 f., 1806, 1945

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 1835 ff., 1847, 1856, 1863, 1873, 1915, 1941, 1957, 1959

Verschulden 1785 f., 1789, 1848, 1850 f., 1891, 1906 ff., 1913, 1915, 1932, 1959 f.

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 1855

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt 1876

X**Y****Z**

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte 1879