

Hinweis:

Die Verfügung ist nicht rechtskräftig.

Verfügung

vom 19. Dezember 2016

in Sachen

Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251)

Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen

wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

gegen

Galenica AG und **HCI Solutions AG**, Untermattweg 8, 3027 Bern
beide vertreten durch RA Dr. Daniel Emch, Kellerhals Carrard,
Effingerstrasse 1, 3001 Bern.

Besetzung

Vincent Martenet (Präsident, Vorsitz),
Andreas Heinemann und Armin Schmutzler (Vizepräsidenten),
Florence Bettschart-Narbel, Winand Emons, Andreas Kellerhals,
Pranvera Këllezi, Daniel Lampart, Rudolf Minsch, Martin Rufer,
Danièle Wüthrich-Meyer.

Inhaltsverzeichnis

A	Gegenstand der Untersuchung	6
A.1	Einleitung und Hintergrund	6
A.2	Konkrete untersuchte Verhaltensweisen	7
A.3	Parteien	9
B	Sachverhalt	11
B.1	Begriffe	11
B.1.1	Medikamenteninformationen	11
B.1.2	Weitere für die Akteure des Gesundheitswesens relevante Informationen	14
B.1.2.1	MiGeL	14
B.1.2.2	Daten von Non-Pharma Produkten	15
B.1.3	Arzneimittelpublikationssystem (AIPS)	15
B.2	Nachfragerinnen und Nachfrager der Medikamenteninformationen	18
B.3	Fluss elektronischer Medikamenteninformationen	19
B.3.1	Veröffentlichung	20
B.3.2	Kommerzialisierung	20
B.3.2.1	Im Allgemeinen	20
B.3.2.2	Kommerzialisierung durch HCl/e-mediati.....	21
B.3.3	Übermittlung an die Abnehmer	22
B.3.4	Verwendung der Daten und Nutzung durch die Abnehmer	23
B.3.5	Fluss elektronischer Medikamenteninformationen in Deutschland.....	24
B.4	Vertragsgestaltung und Praxis von Documed/e-mediati über die Jahre	25
B.4.1	Frühere Vertragsgestaltung.....	26
B.4.1.1	Verträge von Documed	26
B.4.1.2	Verträge von e-mediati	28
B.4.1.3	Zwischenfazit	28
B.4.2	Neue Vertragsgestaltung per 2013 und Übergangslösung	28
B.4.2.1	Übergangslösung 2012	28
B.4.2.2	Neue Vertragsgestaltung ab 2013.....	29
B.4.2.3	Preisentwicklung	33
B.4.3	Vorbringen von e-mediati/Documed in Bezug auf die frühere Vertragsgestaltung sowie effektive Tätigkeit	34
B.4.4	Praxis von Documed/e-mediati ab 2013.....	36
B.4.4.1	Einzelvereinbarungen	36
B.4.4.2	Einführung Label „QAP“	37
B.4.4.3	Aufnahme nach Bedarf	39
B.4.4.4	Regelung und Finanzierung der Aufnahme von Arzneimittelinformationen betreffend homöopathische Produkte und Daten von Non-Pharma Produkten in die Indices	39
B.4.4.5	Leistungsangebot 2016.....	40
B.4.4.6	Leistungsangebot 2017.....	40
C	Prozessgeschichte	40
C.1	Vorabklärung	40
C.2	Untersuchung	42
C.2.1	Beteiligung vips und ywesee an der Untersuchung als beteiligte Dritte i.S.v. Art. 43 KG sowie Antrag einer Zulassungsinhaberin auf Beteiligung.....	42

C.2.2	Ermittlungshandlungen bei diversen Dritten	43
C.2.2.1	Swissmedic.....	43
C.2.2.2	Zulassungsinhaberinnen.....	43
C.2.2.3	Refdata	43
C.2.2.4	Softwarehäuser.....	43
C.2.2.5	Teilnehmende an der Ausschreibung von AIPS	44
C.2.2.6	Vertrieb von Medikamenteninformationen in Deutschland.....	44
C.2.2.7	Zeugeneinvernahme	44
C.2.2.8	Ermittlungshandlungen in Zusammenhang mit der HMG Revision.....	44
C.2.3	Freiwillige Beteiligung Dritter am Verfahren.....	44
C.2.4	Ermittlungshandlungen bei den Parteien und Beteiligung derselben am Verfahren.....	44
C.2.4.1	Parteieinvernahmen und Auskunftsbegehren.....	44
C.2.4.2	Akteneinsicht	45
C.2.4.3	Freiwillige Beteiligung der Parteien an der Untersuchung	45
C.2.4.4	Gespräche mit den Parteien und Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung	46
C.2.4.5	Ausstandsgesuch.....	46
C.2.5	Verfahrensantrag betreffend Befragung der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer.....	46
C.2.6	Anträge der Untersuchungsadressaten auf Einstellung der Untersuchung	48
C.2.7	Versand des Antrags und Stellungnahmen der Parteien sowie der beteiligten Dritten/Entscheidprozess der Wettbewerbskommission	49
D	Erwägungen	50
D.1	Geltungsbereich.....	50
D.1.1	Persönlicher Geltungsbereich	50
D.1.2	Sachlicher Geltungsbereich.....	51
D.1.3	Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich	51
D.2	Verfügungsadressatinnen	51
D.3	Vorbehaltene Vorschriften	52
D.3.1	Vorschriften in Bezug auf die Arzneimittelinformation.....	52
D.3.2	Vorschriften in Bezug auf die Prüf-/Sorgfaltspflichten auf Stufe der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer.....	53
D.3.3	Exkurs: laufende HMG Revision.....	54
D.3.4	Fazit	54
D.4	Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	54
D.4.1	Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen (insb. zu Beweiswürdigung und – mass).....	55
D.4.1.1	Beweiswürdigung.....	55
D.4.1.2	Beweismass.....	55
D.4.2	Marktbeherrschende Stellung.....	56
D.4.2.1	Marktbeherrschung	56
D.4.2.1.1	Die relevanten Märkte	56
D.4.2.1.2	Der relevante Markt betreffend die Marktgegenseiten der Leistungs-erbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger sowie der Softwarehäuser.....	58
D.4.2.1.3	Beurteilung der Marktstellung.....	61

D.4.2.1.4	Zwischenergebnis	65
D.4.2.1.5	Der relevante Markt betreffend die Marktgegenseite der Zulassungsinhaberinnen	65
D.4.2.1.6	Beurteilung der Marktstellung	66
D.4.2.1.7	Zwischenergebnis	68
D.4.2.1.8	Zweiseitiger Markt	68
D.4.2.1.9	Zusammenfassung	72
D.4.2.1.10	Folgen für die Beurteilung der möglicherweise unzulässigen Verhaltensweisen	73
D.4.2.1.11	Stellungnahme Galenica AG und HCI zu den Folgen für die Beurteilung der möglicherweise unzulässigen Verhaltensweisen	73
D.4.3	Feststellung der Marktbeherrschung im Hinblick auf die umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben (Art. 9 Abs. 4 KG)	74
D.4.4	Unzulässige Verhaltensweisen	76
D.4.4.1	Einleitung	76
D.4.4.2	Erzwingung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG)	77
D.4.4.2.1	Rechtliche Grundlagen	77
D.4.4.2.2	Preise oder Geschäftsbedingungen	78
D.4.4.2.3	Erzwingung	78
D.4.4.2.4	Stellungnahme Galenica AG und HCI Solutions AG zur Erzwingung	80
D.4.4.2.5	Unangemessenheit	81
D.4.4.2.6	Zwischenergebnis	84
D.4.4.3	Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG)	84
D.4.4.3.1	Rechtliche Grundlagen	84
D.4.4.3.2	Einschränkung des Absatzes	85
D.4.4.3.3	Wettbewerbsbehinderung	87
D.4.4.3.4	Sachliche Rechtfertigungsgründe	89
D.4.4.3.5	Zwischenergebnis	90
D.4.4.4	An den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingungen, dass Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG)	90
D.4.4.4.1	Rechtliche Grundlagen	90
D.4.4.4.2	Datenbundling	91
D.4.4.4.3	Modulbundling	94
D.4.4.5	Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)	99
D.4.4.5.1	Rechtliche Grundlagen	99
D.4.4.5.2	Gleichbehandlung	99
D.4.4.5.3	Wettbewerbsbehinderung	100
D.4.4.5.4	Sachliche Rechtfertigungsgründe	101
D.4.4.5.5	Zwischenergebnis	101
D.4.4.6	Gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG)	101
D.4.4.6.1	Rechtliche Grundlagen	101
D.4.4.6.2	Unterbietung von Preisen	102
D.4.4.6.3	Zwischenergebnis	104
D.4.5	Ergebnis	104
D.5	Massnahmen	105

D.5.1	Anordnung von Massnahmen.....	105
D.5.1.1	Massnahmen betreffend die Einschränkung des Absatzes	105
D.5.1.2	Massnahmen betreffend das Modulbundling	106
D.5.2	Sanktionierung	106
D.5.2.1	Allgemeines	106
D.5.2.2	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG.....	106
D.5.2.2.1	Unternehmen	106
D.5.2.2.2	Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG.....	106
D.5.2.3	Vorwerfbarkeit.....	107
D.5.2.4	Bemessung.....	108
D.5.2.4.1	Maximalsanktion	109
D.5.2.4.2	Konkrete Sanktionsberechnung	109
D.5.2.5	Ergebnis	116
E	Kosten	116
F	Ergebnis	117
G	Dispositiv	119
Anhang 1	121

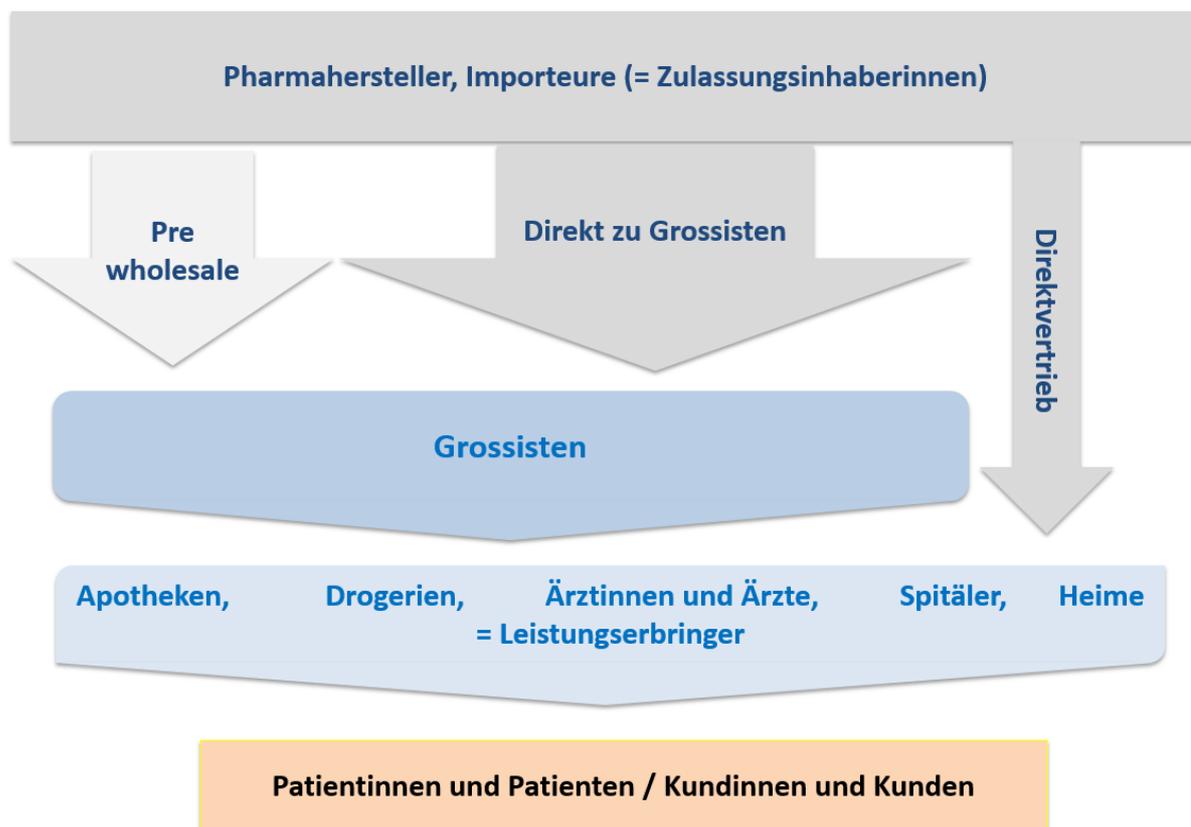
A Gegenstand der Untersuchung

A.1 Einleitung und Hintergrund

1. Im Bereich Vertrieb, Verschreibung, Abgabe und Abrechnung von Arzneimitteln¹ und anderen Produkten sind verschiedenste Akteure mit unterschiedlichen Aufgaben und Kompetenzen aktiv. Die Produkte werden von Herstellern oder Importeuren (nachfolgend gemeinsam als Zulassungsinhaberinnen² bezeichnet) direkt oder via Prewholesaler in Umlauf gebracht, die Grossisten (Prewholesaler und Grossisten gemeinsam werden nachfolgend als Vertriebsunternehmen bezeichnet) übernehmen die Feinverteilung zu Apotheken, Spitälern, (selbstdispensierenden) Ärztinnen und Ärzten, Drogerien und Heimen (nachfolgend gemeinsam als Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer bezeichnet³). Den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern kommen sodann unterschiedliche Aufgaben in Zusammenhang mit der Beratung, Verschreibung und Abgabe von Arzneimitteln und anderen Produkten an die Konsumentinnen und Konsumenten sowie der Abrechnung mit den Krankenversicherern, den Unfallversicherungen und der Invalidenversicherung (nachfolgend gemeinsam als Kostenträger bezeichnet) zu. Die nachfolgende Abbildung zeigt den physischen Vertriebsweg von Arzneimitteln in der Schweiz:

-
- ¹ Als Arzneimittel gelten Produkte chemischen oder biologischen Ursprungs, die zur medizinischen Einwirkung auf den menschlichen oder tierischen Organismus bestimmt sind oder angepriesen werden, insbesondere zur Erkennung, Verhütung oder Behandlung von Krankheiten, Verletzungen und Behinderungen; zu den Arzneimitteln gehören auch Blut und Blutprodukte (Art. 4 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 15.12.2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte [HMG; SR 812.21]).
- ² Als Zulassungsinhaberinnen werden diejenigen Pharmagesellschaften und Importeure bezeichnet, die eine Zulassung für das Inverkehrbringen eines Arzneimittels oder Tierarzneimittels bzw. eines Verfahrens (Art. 9 HMG) besitzen.
- ³ Aus Gründen der Leserlichkeit gelten die Drogistinnen und Drogisten für die Zwecke der vorliegenden Beurteilung entgegen Art. 35 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18.3.1994 (KVG; SR 832.10) ebenfalls als Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer.

Abbildung 1: Physischer Vertrieb von Arzneimitteln in der Schweiz



Quelle: Aufstellung des Sekretariats

2. Für die angesprochenen Prozesse, Abläufe und Dienstleistungen im Bereich des Gesundheitswesens sind die genannten Akteure, insbesondere die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, auf verschiedenste Informationen und Daten betreffend Arzneimittel und andere Produkte (vgl. dazu später Rz 25) angewiesen. Die Kommerzialisierung der entsprechenden Daten (Veredelung sowie Vertrieb und Verkauf) ist Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Zur Beurteilung stehen Verhaltensweisen der in diesem Bereich zentralen Akteure Documed AG (nachfolgend: Documed) und e-mediat AG (nachfolgend: e-mediat), welche beide der Management-Holding HCI Solutions AG (nachfolgend: HCI) unterstellt sind. Diese drei Unternehmen repräsentieren den Bereich „Content & Process“ in der Galenica-Gruppe.

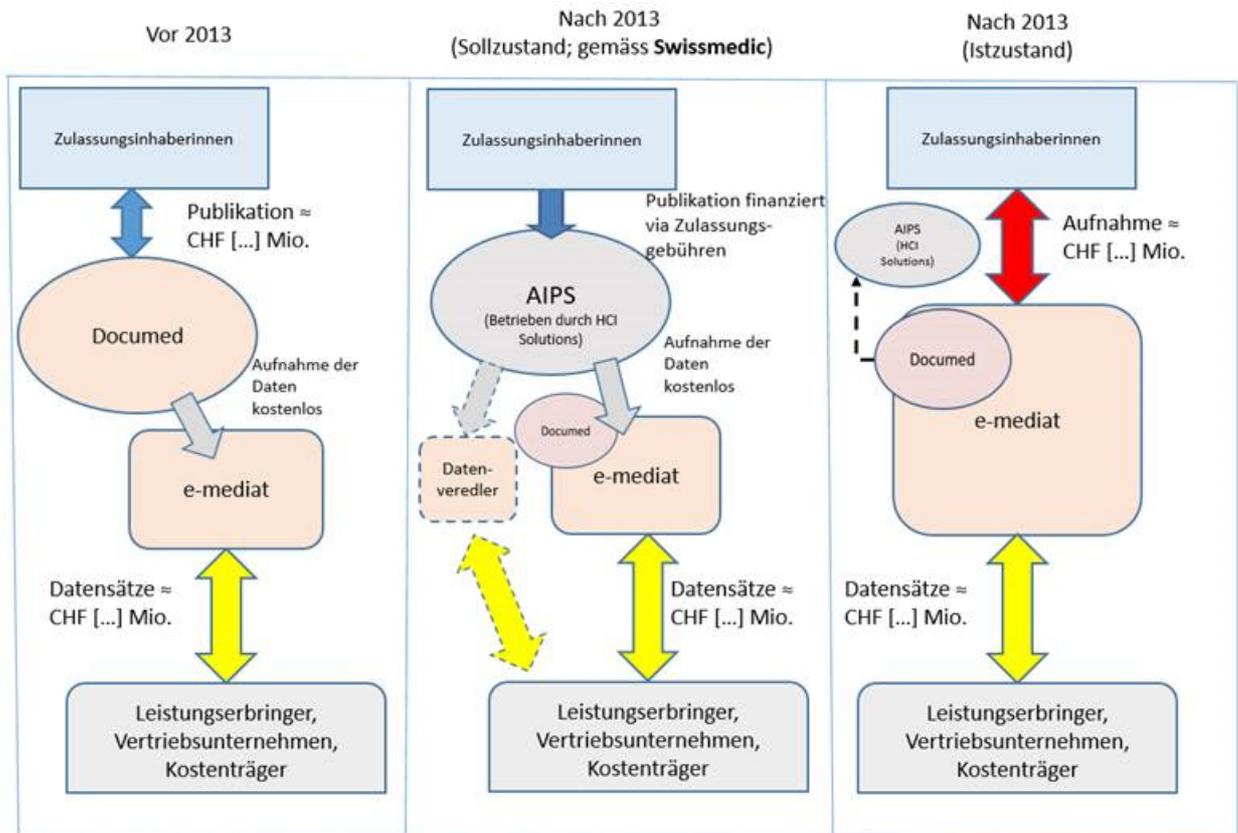
A.2 Konkrete untersuchte Verhaltensweisen

3. Im Rahmen vorliegender Beurteilung ist die Frage zu klären, ob die Galenica-Gruppe bzw. deren Tochtergesellschaften HCI, e-mediat und Documed gemäss Art. 7 des Kartellgesetzes⁴ eine marktbeherrschende Stellung missbraucht haben. Dies indem sie als Sammler von elektronischen Medikamenteninformationen und allenfalls marktbeherrschender Anbieter einer (nahezu) vollständigen Datenbank betreffend in der Schweiz zugelassene Arzneimittel durch verschiedene, noch näher zu bezeichnende Verhaltensweisen (nachfolgend Abschnitt D.4.4.2, D.4.4.3, D.4.4.4, D.4.4.5 und D.4.4.6) Zulassungsinhaberinnen, Hersteller von vergleichbaren Datensammlungen und Softwarehäuser – die die Datenbank der Galenica-Gruppe (INDEX-Daten) weitervertrieben – bei deren wirtschaftlicher Betätigung unzulässig behindert respektive benachteiligt haben.

⁴ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

4. Zum Verständnis des Sachverhalts ist dabei insbesondere der historischen Entwicklung Beachtung zu schenken. Diese kann durch die nachfolgende Grafik dargestellt werden. Anschliessend werden überblicksartig die wichtigsten Punkte beschrieben sowie auf die Detailbeschreibung verwiesen:

Abbildung 2: Historische Entwicklung



Quelle: Aufstellung des Sekretariats

5. Die Zulassungsinhaberinnen sind gesetzlich verpflichtet, ihre Arzneimittelinformationen (vgl. Rz 20a) zu publizieren (vgl. Rz 28).⁵ **Vor 2013** war dies (praktisch) ausschliesslich bei Documed möglich (vgl. Rz 29 f.). Die Datensätze für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger waren ausschliesslich bei e-mediat erhältlich. Das Bundesverwaltungsgericht entschied jedoch im Jahr 2011, dass für die Publikationspflicht bei Dritten keine genügende formell-gesetzliche Grundlage bestehe (vgl. Rz 30).⁶

6. In der Folge entschied sich das Schweizerische Heilmittelinstitut (Swissmedic), **nach 2013 (Sollzustand)** selbst die Arzneimittelinformationen zu publizieren, und schrieb eine entsprechende Plattform (Arzneimittelpublikationssystem; AIPS) aus (vgl. Rz 32 f.). Auf AIPS stehen sämtliche Arzneimittelinformationen kostenlos für alle Datenveredler in maschinenlesbarer Form zur Verfügung. Aufgrund dieser Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen wären bei Documed die Einnahmen, die durch die Publikation generiert werden konnten (insgesamt ca. CHF [...] Mio.), wegfallen und gleichzeitig e-mediat bei der Datenveredelung und der Kommerzialisierung der Datensätze einem erhöhten Wettbewerbsdruck ausgesetzt worden.

7. Die Galenica-Gruppe lancierte daher (ungefähr) gleichzeitig mit der Inbetriebnahme von AIPS, das von HCI selbst betrieben wird, ein „neues“ Angebot an die Zulassungsinhaberinnen (**nach 2013; Istzustand**). Neu sollen diese für die Aufnahme ihrer Arzneimittelinformationen

⁵ RPW 2008/3, 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

⁶ Urteil des BVGer C-6885/2008 vom 17.6.2011.

in die INDEX-Datenbank, die den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern angeboten wird, ein Entgelt von ungefähr der Höhe der entgehenden Kosten durch die wegfallende Publikation (insgesamt ca. CHF [...] Mio.) entrichten. Bis zur Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen standen die Zulassungsinhaberinnen betreffend die Aufnahme in die INDEX-Datenbank in keinem Vertragsverhältnis zu e-mediat. Die Aufnahme war für die Zulassungsinhaberinnen formell unentgeltlich/kostenlos (vgl. Rz 68 und 74).

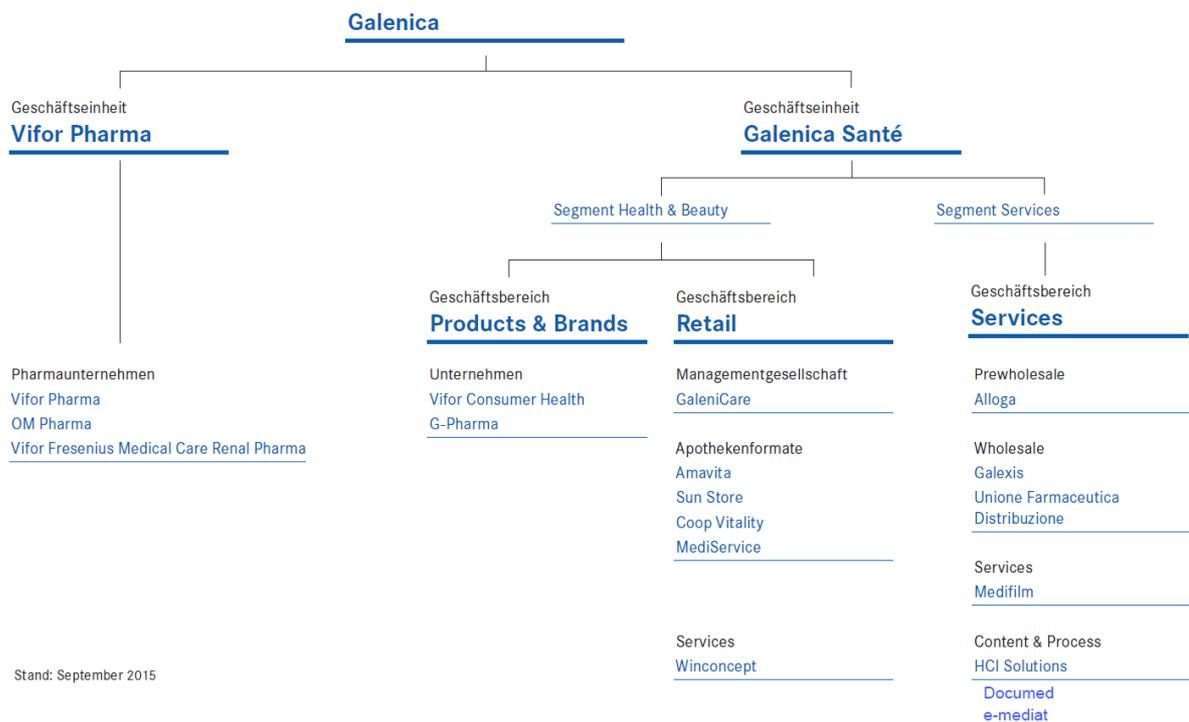
8. Durch die Anpassung der Strategie infolge der Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen ist die Galenica-Gruppe folglich in der Lage, die drohenden Einkommensausfälle (insgesamt ≈ CHF [...] Mio.) durch Einnahmen für zuvor kostenlos ausgeführte Arbeitsschritte zu kompensieren. Zudem kann dadurch e-mediat vor möglichem Wettbewerb mit anderen Datenveredlern geschützt werden. Daher werden in der vorliegenden Verfügung insbesondere folgende Fragen beantwortet:

- Kann die Galenica-Gruppe die Zulassungsinhaberinnen zur Entrichtung eines Entgelts für die Aufnahme öffentlich verfügbarer Medikamenteninformationen in ihre eigene Datenbank zwingen (vgl. Abschnitt D.4.4.2)?
- Kann die Galenica-Gruppe den Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen gegenüber konkurrierenden Anbietern verschliessen (vgl. Abschnitt D.4.4.3 und Abschnitt D.4.4.4)?

A.3 Parteien

9. Die Struktur der Galenica-Gruppe und die Stellung von HCI im Konzern veranschaulicht folgendes Organigramm:

Abbildung 3: Struktur Galenica-Gruppe, Stand September 2015



Quelle: Galenica⁷, Documed und e-mediat ergänzt durch das Sekretariat

10. **Galenica AG** (nachfolgend: Galenica) ist die Muttergesellschaft einer international tätigen schweizerischen Pharmazie- und Logistikunternehmensgruppe. Die Gesellschaften der

⁷ <http://www.galenica.com/wAssetsGalenica/bin/de/ueber-galenica/2014/20150827_de_gal_struktur_gruppe.pdf> (zuletzt besucht am 14.12.2015).

Galenica-Gruppe sind in die zwei Hauptbereiche „Vifor Pharma“ und „Galenica Santé“ unterteilt. Die Gesellschaften, die der Geschäftseinheit „Vifor Pharma“ zugeteilt sind, entwickeln, produzieren und vertreiben weltweit pharmazeutische Produkte. Der Unternehmensbereich „Galenica Santé“ unterteilt sich weiter in Gesellschaften, die Produkte für Gesundheit, Schönheit und Wohlbefinden vermarkten (Geschäftsbereich „Products & Brands“), die Apotheken betreiben (Geschäftsbereich „Retail“) und die Wholesale (Grossisten) und Prewholesale Logistikdienstleistungen anbieten sowie Datenbanken und Softwarelösungen entwickeln und betreiben (Geschäftsbereich „Services“).⁸ Damit sind alle Vertriebsstufen des physischen Vertriebes von Arzneimitteln aber auch des Vertriebes der damit verbundenen Medikamenteninformationen vertikal in die Galenica-Gruppe integriert. Zumindest teilweise verfügen die Gesellschaften der Galenica-Gruppe über eine starke Stellung auf den jeweiligen Märkten.⁹ Galenica hat angekündigt, die Geschäftseinheiten „Vifor Pharma“ und „Galenica Santé“ zu zwei eigenständigen, börsenkotierten Gesellschaften zu entwickeln.¹⁰

11. **HCI** ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft von Galenica, die im Unternehmensbereich „Galenica Santé“ und im Geschäftsbereich „Services“ fungiert. Während eines Grossteils des Untersuchungszeitraums war HCI die Managementgesellschaft von Documed und e-mediat. Als Managementgesellschaft befasste sich HCI mit der Entwicklung, der Vermarktung und dem Betrieb von netzwerkorientierter Software für Partner im Gesundheitswesen, der Vermarktung von Informationen für das Gesundheitswesen im In- und Ausland sowie mit allen dazugehörigen Dienstleistungen. Daneben war HCI mit der operationellen Führung der „back-office-Aufgaben“, d.h. mit der Durchführung, der Kontrolle und der Dokumentation der von Documed und e-mediat abgeschlossenen Geschäfte, betraut.

12. Die interne Organisation des relevanten Geschäftsbereichs der Galenica-Gruppe änderte sich auf den 1. Januar 2016. Die nachfolgend beschriebenen Gesellschaften *Documed* und *e-mediat* wurden in *HCI fusioniert*, sodass HCI deren Geschäftstätigkeit übernimmt. Soweit die vorliegende Beurteilung sich auf Documed und/oder e-mediat bezieht, ist damit deren vergangenes Verhalten gemeint. Verhaltensweisen von Documed und/oder e-mediat sind durch die konzerninterne Fusion der Nachfolgegesellschaft HCI anzurechnen. Folglich ist die im Zentrum dieser Untersuchung stehende, anhaltende Verhaltensweise von Documed/e-mediat HCI anzurechnen. Zugunsten der Leserlichkeit und der Verständlichkeit wird vorliegend darauf verzichtet, die Umstrukturierung bei nachfolgender Sachverhaltsdarstellung und rechtlicher Würdigung jedes Mal wiederholt festzuhalten.

13. **Documed** befasste sich als 100-prozentige Tochtergesellschaft von Galenica mit dem Betrieb eines medizinisch-pharmazeutischen Verlages, welcher Informationen (vor allem Fach- und Patienteninformationen) über in der Schweiz zugelassene Arzneimittel sammelte, aufbereitete und diese seinen Kundinnen und Kunden (insbesondere den Leistungserbringerrinnen und Leistungserbringern) in Form eines Kompendiums zur Verfügung stellte. Dieses Kompendium wurde zunächst als Print-Version (Arzneimittel-Kompendium der Schweiz, nachfolgend Kompendium), später auch in elektronischer Form (compendium.ch, nachfolgend Kompendium) vertrieben. Seit 2013 wird das Kompendium nur noch in elektronischer Version herausgegeben. Heute betreibt HCI das Kompendium.

14. 2008 hielt die Wettbewerbskommission (WEKO) fest, dass Documed sowohl auf dem Markt für die Publikation von Patienteninformation online in einem vollständigen Werk als auch

⁸ <<http://www.galenica.com/de/ueber-galenica/geschaeftsbereiche.php>> (zuletzt besucht am 16.9.2015).

⁹ Vgl. RPW 2008/3, 410 Dispositivziffer 1, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; oder auch RPW 2015/3, 370 Rz 79, *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*.

¹⁰ <http://www.galenica.com/de/medien/medienmitteilungen/2015/20151201_2818825591_meldung.php> (zuletzt besucht am 1.12.2015).

auf dem Markt für die Publikation von Fachinformationen gedruckt und online in einem vollständigen Werk über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.¹¹

15. **e-mediat**, ebenfalls eine 100-prozentige Tochtergesellschaft von Galenica, befasste sich mit der Entwicklung, dem Unterhalt und der Verteilung von Stammdaten zu pharmazeutischen Produkten für Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger. e-mediat entwickelte und unterhielt für diese Kundengruppen sogenannte INDEX-Produkte, durch welche den jeweiligen Kundinnen und Kunden die für deren spezifische Tätigkeit notwendigen Informationen über Arzneimittel in elektronischer, maschinenlesbarer Form zur Verfügung gestellt werden sollen. Früher wurden diese Datensammlungen im Format „Galdat“ weitergegeben und waren unter diesem Namen bekannt. Heute werden die INDEX-Produkte von HCI vertrieben.

B Sachverhalt

B.1 Begriffe

B.1.1 Medikamenteninformationen

16. Damit das Schweizer Gesundheitswesen funktioniert, bedarf es zahlreicher Informationen betreffend Arzneimittel und Akteure (z.B. Zulassungsinhaberinnen, Vertriebsunternehmen und Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer). Diese Informationen werden für die Beratung, die Verschreibung und die Abgabe von Arzneimitteln an die Patientinnen und Patienten, das Bestellwesen sowie die Abrechnung mit den Krankenkassen benötigt. All diese Informationen und Daten werden hier zusammengefasst als „Medikamenteninformationen“ bezeichnet. Diese werden von verschiedenen Akteuren des Gesundheitswesens generiert, durch Behörden und Private in verschiedenen Datensammlungen aggregiert und zur weiteren Verwendung durch den Markt und damit die Endnutzerinnen und Endnutzer aufbereitet.

17. Daneben werden auch weitere Informationen über pharmazeutische Hilfsstoffe, wie Mittel und Gegenstände, weitere Medizinprodukte oder Non-Pharma Produkte von den Akteuren des Gesundheitswesens benötigt (vgl. dazu anschliessend Rz 25 ff.).

18. Für einen Überblick über die Informationen, deren Herkunft und Zwecke dient die nachfolgende Abbildung:

¹¹ RPW 2008/3, 410 Dispositivziffer 1, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

Abbildung 4: Überblick über die Medikamenteninformationen und andere Informationen

Medikamenteninformationen	Wer generiert sie?	Warum?	Wo sind sie zu finden?		Wer braucht sie?
			Primärquelle	Sekundärquelle	
Arzneimittelinformationen					
Fachinformationen	Zulassungsinhaberinnen	HMG	AIPS		Leistungserbringer Patientinnen und Patienten
Patienteninformationen	Zulassungsinhaberinnen	HMG	AIPS	Kompendium	
Arzneimittelbezogene Vertriebsinformationen					
Artikelbezeichnung	Zulassungsinhaberinnen	Vertrieb	Zulassungsinhaberinnen	e-mediat	Leistungserbringer
Lebensdauer	Zulassungsinhaberinnen	Vertrieb	Zulassungsinhaberinnen	e-mediat	Leistungserbringer
Packungsstruktur (Blister/Stück)	Zulassungsinhaberinnen	Vertrieb	Zulassungsinhaberinnen	e-mediat	Leistungserbringer
Ex-factory-Preise	Zulassungsinhaberinnen	Vertrieb	Zulassungsinhaberinnen	e-mediat	Grossisten
Abgabekategorie	Swissmedic	HMG	Zulassungsinhaberinnen	e-mediat	Leistungserbringer
MwSt.-Nr.	Steuerverwaltung	MwStG	Zulassungsinhaberinnen	e-mediat	Leistungserbringer
GTIN-Code	Refdata	Vertrieb	Refdata	e-mediat	Grossisten
Pharmacode	e-mediat	Vertrieb	e-mediat	e-mediat	Alle
EAN-Code	Swissmedic	Vertrieb	Refdata	e-mediat	Grossisten
Publikumspreise	BAG	KVG	BAG	e-mediat	Leistungserbringer
Limitationen	BAG	KVG	BAG	e-mediat	Leistungserbringer
Kassenzulässigkeit (SL)	BAG	KVG	BAG	e-mediat	Leistungserbringer
LOA	santésuisse - pharmaSuisse	KVG	santésuisse - pharmaSuisse	e-mediat	Apotheken
Andere Informationen					
Liste der Mittel und Gegenstände	BAG	KVG	BAG	e-mediat	Leistungserbringer
Informationen non-Pharma-Produkte	Hersteller	Vertrieb	e-mediat	e-mediat	Grossisten, Apotheken, Drogerien

Quelle: Aufstellung des Sekretariats

19. Nachfolgend werden die verschiedenen im Rahmen dieser Untersuchung unter den Begriff Medikamenteninformationen fallenden Informationen näher dargestellt.

20. Unter Medikamenteninformation fallen insbesondere die folgenden Informationen:

a. Die **Arzneimittelinformationen**: Als Arzneimittelinformationen bezeichnet man einerseits die Fachinformationen (FI) und andererseits die Patienteninformationen (PI). Fachinformationen sind diejenigen Informationen über ein Arzneimittel, welche an Fachpersonen, d.h. Medizinalpersonen sowie den Arzneimittelfachhandel gerichtet sind. Patienteninformationen sind die an die Patientinnen und Patienten gerichteten Informationen, die in den Packungsbeilagen eines Arzneimittels enthaltenen sind. Die entsprechenden Angaben stammen von den Herstellern. Deren Vorliegen ist Voraussetzung für die Zulassung des Arzneimittels.¹²

21. Weitere abrechnungsrelevante Informationen sind insbesondere:

b. Die **Spezialitätenliste**: Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) legt im Rahmen der Spezialitätenliste fest, welche Arzneimittel bei ärztlicher Verschreibung von der obligatorischen Krankenversicherung übernommen werden. Die Spezialitätenliste ist eine Auflistung von rund 9'300 Artikeln, für welche eine Rückvergütungspflicht der Krankenkassen besteht. Das BAG pflegt diese Liste und bestimmt damit, welche Arzneimittel kassenpflichtig sind und welche nicht.¹³ Für jedes Arzneimittel auf der Liste werden verschiedene Identifikatoren erfasst, wie das Datum der Aufnahme auf die Liste, eventuell das Datum der Streichung von der Liste, der mit dem Hersteller vereinbarte Fabrikabgabepreis, der Publikumspreis (maximale Vergütung durch die Krankenkassen), die Limitationen und die Kategorisierung gemäss Inhalts- und Stoffliste von Swissmedic und des BAG.

¹² Vgl. Art. 13 und 14 sowie Anhang 4 und 5 der Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts vom 9. November 2001 über die Anforderungen an die Zulassung von Arzneimitteln (Arzneimittel-Zulassungsverordnung, AMZV; SR 812.212.22).

¹³ Art. 52 Abs. 1 Bst. b KVG i.V.m. Art. 64 ff. der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102) und Art. 30 ff. der Verordnung vom 29.9.1995 des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV; SR 832.112.31).

- c. Diverse **Codes und Identifikationsnummern** wie EAN, Packungs-Codes, Registrations-Codes, Pharmacode etc.:

Beim **Pharmacode** handelt es sich um den Referenzcode, welcher von e-mediAT zugeteilt wird. Dieser kann via ein Anmeldeformular sowohl für Pharma- als auch für Non-Pharma Produkte beantragt werden. Es handelt sich um einen siebenstelligen numerischen Identifikationsschlüssel, mit welchem sich Produkte im Schweizer Gesundheitsmarkt eindeutig referenzieren lassen. Dieser fungiert als Referenzcode in den Datensammlungen von e-mediAT und dient den mit diesen Daten arbeitenden Softwareunternehmen zur Definition ihrer Schnittstellen.

Der Pharmacode wurde früher auch als Referenzcode der Spezialitätenliste des BAG verwendet. Per 1. April 2013 verwendete das BAG den GTIN (vgl. sogleich Rz 22e; Global Trade Item Number) als Referenznummer, verzichtete aber erst per 1. Januar 2015 auf eine Publikation des Pharmacodes in der Spezialitätenliste.¹⁴ Bis Ende 2016 war geplant, den Pharmacode weiterhin (parallel zum GTIN) auch in der Refdata Datenbank (ebenfalls sogleich Rz 22e) zu publizieren.¹⁵ Weiter wird der Pharmacode zur elektronischen Abrechnung zwischen Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern und Kostenträgern sowie für die Logistik eingesetzt. Diese Funktionen wird der Pharmacode auch über 2016 hinaus wahrnehmen.¹⁶ Vor der Einführung bzw. bis zur Durchsetzung des GTIN wird der Pharmacode, als Referenznummer auf allen Marktstufen, essentiell für den Vertrieb, die Verschreibung, den Verkauf und die Abrechnung aller Arzneimittel sein. Auch zum Zeitpunkt der Verfügung nimmt er noch eine entscheidende Referenzierungsfunktion wahr.

Der **EAN-Code** (European Article Number) ist die frühere Bezeichnung für den **GTIN-Code** (Global Trade Item Number). Hierbei handelt es sich um einen international standardisierten Identifikationsschlüssel, mit welchem sich ein Artikel eindeutig kennzeichnen lässt.¹⁷

- d. **Leistungsorientierte Abgeltung (LOA)**: Die leistungsorientierte Abgeltung ist ein Tarifvertrag zwischen dem schweizerischen Apothekerverband (pharmaSuisse) und santésuisse – Die Schweizer Krankenversicherer und regelt die Vergütung der Apothekerleistungen durch die Versicherer im Bereich des KVG.¹⁸

22. Darüber hinaus werden für die Abwicklung der genannten Prozesse (Vertrieb, Verschreibung, Verkauf und Abrechnung aller Arzneimittel) weitere produktbezogene Informationen wie **Handelsname, Hersteller, Darreichungsform, Wirkstoffstärke, Preise, MwSt.-Nummer und Packungsgrößen etc.** benötigt.

- e. **Informationen zu Akteuren** des Gesundheitswesens (Adressen, Abrechnungsnummern etc.) sind über die Datenbank **refdatabase** (frühere Bezeichnung swissindex), welche durch die Stiftung Refdata bereitgestellt wird, erhältlich. Die täglich aktualisierte Datenbank ist lizenzkostenfrei verfügbar. Sie umfasst inhaltlich sowohl Daten über Partner (Personen und Institutionen) im schweizerischen Gesundheitswesen als auch über Pharma-Artikel (von Swissmedic zugelassene Arzneimittel und immunbiologische Erzeugnisse). Die Referenzierung der einzelnen Datensätze erfolgt gemäss dem internationalen GS1-Standard: **GLN** (Global Location Number) für Partner und **GTIN** (Global Trade Item Number) für Artikel. *„Das heutige GS1 System stellt weltweit eindeutige Nummern zur Verfügung, um Waren, Dienstleistungen, Sachgegenstände und Standorte zu identifizieren. Diese Nummern sind als Strichcodes darstellbar, damit sie elektronisch*

¹⁴ Bulletin BAG 15/13, S. 239; Bulletin BAG 37/15, S. 641.

¹⁵ <http://www.refdata.ch/downloads/company/download/Q&A%20Refdata_D.pdf> (zuletzt besucht am 18.9.2015).

¹⁶ <<http://www.e-mediAT.ch/de/produkte/data/pharmacode.php>> (zuletzt besucht am 16.9.2015).

¹⁷ <http://www.refdata.ch/downloads/company/download/Q&A%20Refdata_D.pdf>, S. 3 (zuletzt besucht am 18.9.2015).

¹⁸ Vertrag abrufbar unter: <http://www.pharmasuisse.org/data/Oeffentlich/de/Themen/Tarifvertrag_LOA-IV_def_d_09-03-6.pdf> (zuletzt besucht am 2.12.2015).

eingelassen werden können, wo immer Geschäftsprozesse dies erfordern. Entwickelt wurde das GS1 System, um die Einschränkungen von unternehmens-, organisations- oder branchenspezifischen Identifikationssystemen zu überwinden und so den Handel effizienter und aufgeschlossener den Kundinnen und Kunden gegenüber durchführen zu können. Diese Identifikationsnummern werden auch zur elektronischen Datenübertragung (EDI - Electronic Data Interchange) verwendet.¹⁹ Der GTIN hat den **EAN-Code** abgelöst und wird durch die Stiftung Refdata in Zusammenarbeit mit GS1 Schweiz vergeben. Die Stiftung Refdata wird durch alle Zulassungsinhaberinnen finanziert und vergibt kostenpflichtig die GTIN an die Zulassungsinhaberinnen. Die Datenbank refdatabase wird durch e-mediat betrieben.²⁰

23. Diese Medikamenteninformationen können grundsätzlich in gedruckter oder aber elektronischer Form vorliegen und genutzt werden. Im Rahmen vorliegender Untersuchung sind insbesondere die elektronischen Medikamenteninformationen von Relevanz. Diese werden den die Informationen Nutzenden in Form von Datensammlungen zur Verfügung gestellt, welche entweder direkt (in Form textorientierter Abfrageinstrumente z.B. auf den Homepages) konsultiert oder aber integriert in Informatiksysteme genutzt werden können. Datenbanken, welche direkt von den Anwendern aufgerufen, eingesehen und gelesen werden können, sind beispielsweise die Spezialitätenliste des BAG und pharmavista von e-mediat. Daneben werden die Medikamenteninformationen für eine integrierte Nutzung weiter veredelt (in strukturierter, codierter Form und angereichert mit weiteren Informationen) als maschinenlesbare Datensammlungen angeboten, welche in Informatiksysteme bzw. Softwarelösungen einfließen, wie beispielsweise die INDEX-Daten von e-mediat. Auf die unterschiedlichen Stufen der Datenbereitstellung, Verarbeitung sowie deren Vertrieb und Verkauf wird nachfolgend unter B.3 eingegangen.

24. Im Leistungskatalog von Documed/e-mediat (nachfolgend Rz 81) werden die Medikamenteninformationen als „Artikel-, Produkt- und Fachinformationen“ bezeichnet. Im Leistungskatalog 2015 werden die Medikamenteninformationen als „Produktdaten“ zusammengefasst. Für die vorliegende Verfügung wird der Begriff „Medikamenteninformationen“ verwendet.

B.1.2 Weitere für die Akteure des Gesundheitswesens relevante Informationen

25. Neben den Medikamenteninformationen sind Informationen betreffend weitere Produkte (vgl. Rz 17) für das Gesundheitswesen wesentlich, da diese ebenfalls eine medizinische Verwendung haben oder an den gleichen Verkaufspunkten verkauft werden. Diese Informationen können gleich wie die Medikamenteninformationen in verschiedener Form vorliegen, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen (Rz 23) verwiesen werden kann. In den INDEX-Produkten werden diese Informationen zusammen mit den Medikamenteninformationen vertrieben.

B.1.2.1 MiGeL

26. Die **Mittel- und Gegenstände Liste** (MiGeL) wird durch das BAG herausgegeben und enthält Mittel und Gegenstände, die der Behandlung oder der 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 der Behandlung mitwirkenden Personen angebracht und/oder verwendet werden können und von der obligatorischen Krankenversicherung übernommen werden (Art. 20 KLV). Auf der MiGeL sind Positionsnummer für Gegenstände enthalten, wie beispielweise eine Infusionspumpe, sowie die jeweilige Höchstvergütung je Positionsnummer durch die Krankenkasse. Nicht in der MiGeL enthalten sind demgegenüber andere Medizinprodukte wie beispielsweise Implantate oder Mittel und Gegenstände, die von Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern im

¹⁹ Vgl. die allgemeinen GS1 Spezifikationen unter <<http://www.gs1.ch/docs/default-source/gs1-system-document/genspecs/genspec-alle-kapitel.pdf?sfvrsn=18>>, S. 15 (zuletzt besucht am 16.9.2015).

²⁰ <http://www.refdata.ch/downloads/company/download/Q&A%20Refdata_D.pdf>, S. 1 und 2 (zuletzt besucht am 18.9.2015).

Rahmen ihrer Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung verwendet werden (Art. 20a Abs. 2 KLV).

B.1.2.2 Daten von Non-Pharma Produkten

27. Informationen zu weiteren Produkten werden vorliegend als Daten von Non-Pharma Produkten bezeichnet und sind insbesondere:

- a. Informationen zu Medizinprodukten (Art. 4 Abs. 1 Bst. b HMG);
- b. Informationen zu Verbandmaterial, Medizinal-, Praxis- und Laborbedarf, Heilnahrung, Kurmittel/Nahrungsergänzungsmittel, Trink- und Sondennahrung, Körperpflege etc.

B.1.3 Arzneimittelpublikationssystem (AIPS)

28. Bevor in der Schweiz ein Arzneimittel durch die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer verschrieben oder abgegeben werden kann, muss dieses durch Swissmedic zugelassen werden. Die Zulassungsinhaberinnen haben im Zuge des Zulassungsverfahrens Swissmedic FI und PI²¹ betreffend die zuzulassenden Arzneimittel einzureichen, welche im Anschluss von Swissmedic überprüft und freigegeben werden. Gestützt auf Art. 13 und Art. 14 AMZV i.V. mit Art. 16a VAM²² müssen die FI und PI „auf geeignete Weise zur Verfügung“ gestellt werden, wobei aus den Anhängen 4 und 5 AMZV hervorgeht, dass es sich dabei um eine Veröffentlichung handeln muss. Bei homöopathischen und anthroposophischen Arzneimitteln (mit Indikation) kann auf eine FI verzichtet werden, jedoch sind PI solcher Arzneimittel in gleicher Weise zu publizieren wie die PI herkömmlicher Arzneimittel (Art. 18 Abs. 1 KPAV²³). Bei homöopathischen und anthroposophischen Arzneimitteln ohne Indikation muss auch keine PI erstellt werden (Art. 18 Abs. 2 KPAV).

29. Die Publikation der Arzneimittelinformationen hatte zur Zeit des Entscheids der WEKO i.S. von *Publikation von Arzneimittelinformationen*²⁴ 2008 in gedruckter und elektronischer Form in einem vollständigen Gesamtwerk zu erfolgen.²⁵ Zum damaligen Zeitpunkt der Verfügung der WEKO und noch bis 2012 bot einzig Documed ein solches gedrucktes Gesamtwerk, das Compendium, an. Ab April 2008 konnte infolge eines Bundesgerichtsentscheides, welcher einen Urheberrechtsschutz für das Compendium verneinte, zumindest die elektronische Publikation theoretisch auch durch die ywesee GmbH (nachfolgend: ywesee) erfolgen.²⁶

30. Aus den Anordnungen Swissmedics resultierte ein faktischer Zwang zum Abschluss eines kostenpflichtigen Publikationsvertrages mit Documed oder ywesee. Das Bundesverwaltungsgericht befand am 17. Juni 2011, dass diese Verpflichtung der Zulassungsinhaberinnen als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV²⁷) einer formell-gesetzlichen Grundlage bedürfe, die nicht vorhanden sei. Das Gericht befand weiter, dass eine Publikation durch Swissmedic selbst zulässig bzw. naheliegend sei.²⁸

²¹ Diese enthalten Informationen über die Wirkstoffe, Dosierung, Anwendung, Nebenwirkungen etc.: vgl. Anhang 4 und 5 der AMZV.

²² Verordnung vom 17.10.2001 über die Arzneimittel (Arzneimittelverordnung, VAM; SR 812.212.21).

²³ Verordnung vom 22.6.2006 des Schweizerischen Heilmittelinstituts über die vereinfachte Zulassung von Komplementär- und Phytoarzneimitteln (Komplementär- und Phytoarzneimittelverordnung, KPAV; SR 812.212.24).

²⁴ RPW 2008/3, 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

²⁵ Swissmedic-Journal 1/2004, S. 23 f.; Swissmedic-Journal 2/2004, S. 148.

²⁶ BGE 134 III 166; für die entsprechende Weisung/Empfehlung seitens Swissmedic vgl. Swissmedic-Journal 3/2008, S. 164.

²⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

²⁸ Urteil des BVGer C-6885/2008 vom 17.6.2011, E. 4.5 und E. 6.3.

31. In der Folge verzichtete Swissmedic einstweilen darauf, die Zulassungsinhaberinnen zur Publikation in einem Gesamtwerk zu verpflichten, empfahl jedoch die Publikation im Arzneimittelkompendium von Documed oder bei ywesee vorübergehend beizubehalten.²⁹ Ziel war es, weiterhin eine möglichst umfassende Datenbank zu haben.

32. Swissmedic entschied im Herbst 2011, eine eigene umfassende elektronische Datenbank aller Arzneimittelinformationen zu betreiben, und schrieb den entsprechenden Auftrag öffentlich aus. Auf eine gedruckte Version wurde ab 2011 verzichtet. Nachgefragt wurde das gegenwärtig existierende AIPS. Finanziert wird AIPS indirekt über die Zulassungsgebühren.

33. Dabei fragte Swissmedic u.a. die initiale Erarbeitung einer Datenabbildungsstruktur für die Bereitstellung der Arzneimittelinformationen in maschinenlesbarer Form, die initiale Migration der bereits publizierten Arzneimittelinformationen zugelassener Arzneimittel auf die neue Plattform, die Entgegennahme der genehmigten neuen oder geänderten Arzneimittelinformationen der Zulassungsinhaberinnen sowie die Publikation der Arzneimittelinformationen in maschinenlesbarem, verbreitetem technischem Format (XML³⁰) nach.³¹ M.a.W. soll AIPS den interessierten Kreisen eine vollständige Sammlung an Arzneimittelinformationen aus Gründen der Patientensicherheit bieten. Über AIPS sind auch alle Informationen im XML-Format für Datenveredler verfügbar.

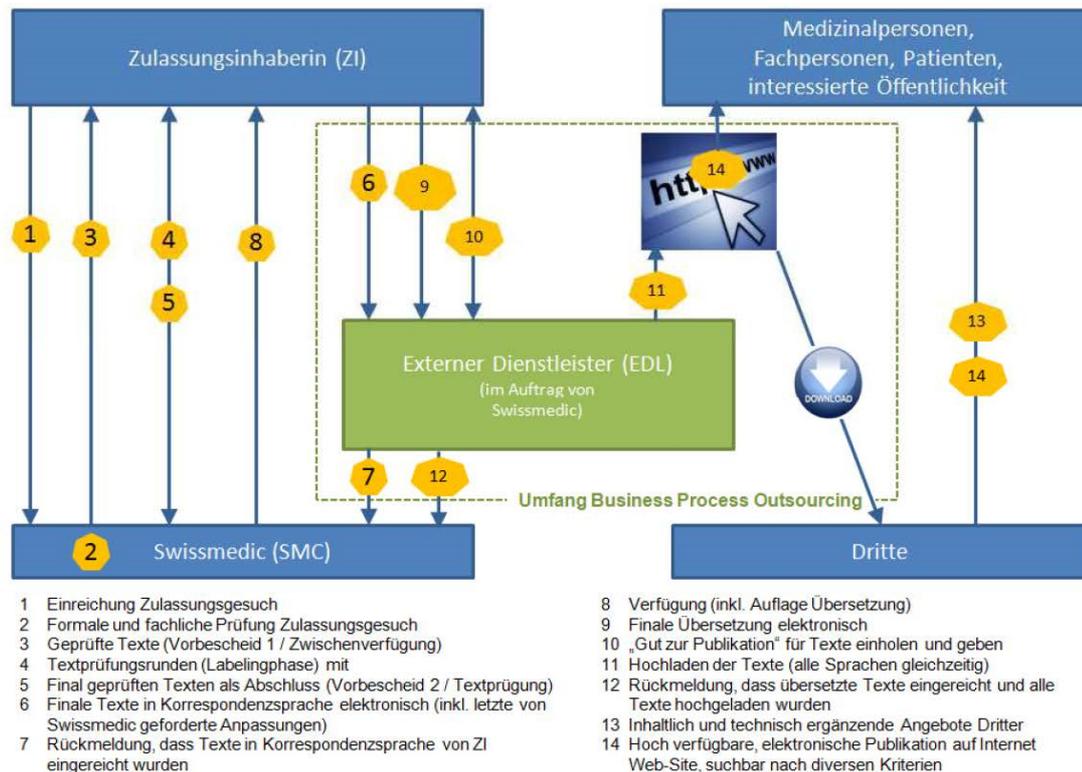
34. Wie aus unten stehender Abbildung ersichtlich ist, stellen nach Konzeption die Arzneimittelinformationen auf AIPS die Grundlage für eine Veredelung durch Dritte dar (Punkt 13/14 ganz rechts). Daneben ist über diese Homepage (<www.swissmedicinfo.ch>) die direkte Abfrage möglich (Punkt 14 links). Swissmedic stellte das ausgeschriebene Outsourcing im Pflichtenheft wie folgt dar:

²⁹ Mitteilung von Swissmedic vom 27.6.2011, abrufbar unter: <<https://www.swissmedic.ch/aktuell/00673/00688/01524/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 14.11.2014).

³⁰ Extensible Markup Language (XML) ist eine Auszeichnungssprache zur Darstellung hierarchisch strukturierter Daten in Form von Textdateien. XML wird u.a. für den plattform- und implementationsunabhängigen Austausch von Daten zwischen Computersystemen eingesetzt.

³¹ Gemäss Pflichtenheft der öffentlichen Ausschreibung.

Abbildung 5: Beteiligte und Umfang Geschäftsprozess Outsourcing



Quelle: Swissmedic

35. HCI erhielt den Zuschlag für den Aufbau und den Betrieb der neuen Publikationsplattform AIPS.³² Seit dem 1. Januar 2013 erfolgt die Publikation der Arzneimittelinformationen „auf geeignete Weise“ nur noch auf AIPS. Durch die Publikation auf AIPS erfüllen die Zulassungsinhaberinnen ihre gesetzliche Pflicht zur Publikation.³³ Zur Publikation auf anderen Kanälen sind die Zulassungsinhaberinnen nicht verpflichtet.

36. AIPS erfüllt gemäss den Angaben von Swissmedic die folgenden Aufgaben (Angaben in eckigen Klammern hinzugefügt):³⁴

- „Eine kostenfreie Plattform³⁵ der behördlich genehmigten Fach- und Patienteninformationen für alle Nutzer;
- Eine kostenfreie Plattform für die Zulassungsinhaberinnen, um die von Swissmedic genehmigte FI und PI den Nutzern durch Hochladen der Texte [Punkt 11 gemäss Abbildung] verfügbar zu machen und damit ihre gesetzliche Pflicht zu erfüllen; [...]
- Die AIPS Plattform ist die erste umfassende Plattform, auf der künftig alle FI und PI-Texte publiziert werden;
- Eine Plattform, von der jeder „Datenveredler“ [bspw. e-mediart] den kompletten Stamm der FI und PI im XML Format downloaden kann. Die Informationen des XMLs sind auf die gesetzlichen Anforderungen der AMZV (Anhang 4, Artikel 13 für die FI und Anhang 5, Artikel 14 für die PI) beschränkt“.

³² Mitteilungen von Swissmedic vom 29.11.2011, 5.4.2012 und 23.7.2012, abrufbar unter: <<https://www.swissmedic.ch/aktuell/00673/01430/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 14.11.2014).

³³ Swissmedic-Journal 12/2012, S. 1203 f. S.a. oben, Rz 28.

³⁴ AIPS Funktionsübersicht, S. 3, abrufbar unter: <<https://www.swissmedic.ch/aktuell/00673/01430/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 19.9.2015).

³⁵ Die Kosten für den Betrieb von AIPS sind über die Zulassungsgebühren gedeckt.

37. Mit der Einführung von AIPS hat Swissmedic die Veröffentlichungsfunktion und damit die entsprechenden Angebote von Documed und ywesee ersetzt (vgl. Rz 29). AIPS stellt die neue Plattform für Arzneimittelinformationen dar. Gestützt auf die obigen Äusserungen von Swissmedic ist ausserdem davon auszugehen, dass die Verfügbarkeit eines vollständigen Datensatzes für die Behörde ein wichtiges Anliegen ist, was durch die Publikation durch die privaten Verleger nicht garantiert werden konnte.³⁶

B.2 Nachfragerinnen und Nachfrager der Medikamenteninformationen

38. In einem nächsten Schritt werden nun die Nachfragerinnen und Nachfrager von Medikamenteninformationen und insbesondere von Arzneimittelinformationen betrachtet.

39. Genutzt und damit nachgefragt werden die (elektronischen) Medikamenteninformationen durch nahezu alle Akteure im schweizerischen Gesundheitswesen. Dabei handelt es sich namentlich um Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer (a), Vertriebsunternehmen (b) und Kostenträger (c) (vgl. auch nachstehend Abbildung 6).

- a. Ärztinnen und Ärzte sowie Spitäler stellen die ambulante und stationäre Gesundheitsversorgung sicher. (Spital-)Apotheken gewähren die Versorgung mit pharmazeutischen Gütern und informieren und beraten zudem die Kundinnen und Kunden insbesondere im Bereich der Anwendung von Arzneimitteln ohne Beratung durch eine Spezialistin oder einen Spezialisten (Selbstmedikation). Daneben sind in gewissen Regionen Ärztinnen und Ärzte gemäss kantonalem Recht zur Selbstdispensation (= direkte Abgabe) von Medikamenten ermächtigt. Ärztinnen und Ärzte, Spitäler und Apotheken führen zunehmend ein elektronisches Patientendossier, das mit den Medikamenteninformationen verknüpft sein kann. Sie können zudem ihr Lager elektronisch bewirtschaften.

Arzneimittel der Kategorien D und E (nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel) dürfen auch von eidgenössisch diplomierten Drogistinnen und Drogisten abgegeben werden.³⁷ Insofern kommen auch ihnen gewisse Informations- und Beratungsaufgaben zu. Weiter führen diese eine breitere Produktpalette aus den Bereichen Nahrungsergänzung und Kosmetik als Apotheken. Diesbezügliche Informationen fallen jedoch, wie erwähnt, nicht unter die Medikamenteninformationen.

Heime erfüllen die Aufgabe der Pflege von pflegebedürftigen Personen und haben dazu – ähnlich wie Ärztinnen und Ärzte, Spitäler oder Apotheken – ein Patientendossier zu führen. Daneben haben sie weitere Aufgaben wie die Zurverfügungstellung von Wohnraum und Bewirtschaftung und erledigen auch für diese verwandten Aufgaben die administrative Organisation über eine Software.

- b. Abgesehen von den Spitälern beziehen die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer die Arzneimittel und unter Umständen weitere Produkte grundsätzlich von den Grossisten. Letztere übernehmen die Feinverteilung und haben individuelle Sortimente, Preise, Codes etc., welche in Zusammenhang mit dem Bestellwesen von Bedeutung sind. Bestellungen können elektronisch, per Fax oder Telefon eintreffen. Daneben wird zunehmend mit automatisierten Bestellvorgängen gearbeitet (Scannerstifte, Abrechnungssysteme etc.), welche im System des Grossisten aufgenommen und verarbeitet werden.

Prewholesaler sind Logistikunternehmen für pharmazeutische Produkte. Gewisse Hersteller von Arzneimitteln konzentrieren sich auf ihr Kerngeschäft, die Forschung und Entwicklung, und lagern andere Tätigkeiten aus. Das Hauptangebot der Prewholesaler besteht in den Dienstleistungen der Lagerung und der Vertriebslogistik. Nicht alle

³⁶ Documed und e-mediat geben an, dass das Arzneimittelkompendium nie ganz vollständig war. Dies entspricht und trifft faktisch wohl auch auf AIPS zu, welches im August 2013 das Ziel der Vollständigkeit mit 98 % erreicht hatte (vgl. <<https://www.swissmedic.ch/aktuell/00673/01430/index.html?lang=de>> [zuletzt besucht am 10.3.2017]).

³⁷ Art. 25 Abs. 1 Bst. b HMG i.V.m. Art. 23, 24, 25, 26 und 27 VAM. Eine erweiterte Kompetenz zur Abgabe nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel mit vorheriger Fachberatung (Kategorie C) besteht im Falle von Art. 25b VAM.

Prewholesaler verfügen dabei über eigene Transportmöglichkeiten. Oftmals wird der Transport der Pharmaprodukte seinerseits an spezialisierte Transportunternehmen ausgelagert.³⁸ Daneben können Prewholesaler den Herstellern verschiedene weitere Dienstleistungen anbieten, wie z.B. die Abwicklung des Bestellwesens, Rechnungstellung, Inkasso oder die Übernahme des Delkredererisikos (auch Debitorenrisiko).³⁹

- c. Bei denjenigen Arzneimitteln, welche von den Krankenversicherern im Rahmen der Grund- oder Zusatzversicherung übernommen werden, hat sodann der Abrechnungsprozess mit den Krankenversicherern zu erfolgen. Die Übermittlung der dafür notwendigen Informationen erfolgt im System des Tiers garant von der oder dem Versicherten an seinen Krankenversicherer. Die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer werden direkt von der Kundin oder dem Kunden abgegolten. Im System des Tiers payant erfolgt die Geltendmachung des Rückerstattungsanspruches gegenüber den Krankenversicherern in der Regel direkt durch die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, d.h. von der jeweiligen Abgabestelle gegenüber dem Krankenversicherer der Kundin oder des Kunden (vgl. Art. 42 KVG). Die Kundin oder der Kunde erhält lediglich eine Kopie der Rechnung.

Unfallversicherungen übernehmen u.a. die Kosten für die Heilbehandlung nach einem Unfall (Art. 10 UVG⁴⁰) und benötigen für die Abrechnung der Arzneimittel ebenfalls entsprechende Informationen.

Die Invalidenversicherung übernimmt die Kosten in Folge Invalidität (Art. 4 IVG⁴¹) und benötigt für die Abrechnung der Arzneimittel ebenfalls entsprechende Informationen.

40. Viele der Tätigkeiten der genannten Akteure und die Interaktion zwischen denselben – wie bspw. bei der Führung von Patientendossiers oder das Bestellwesen – erfolgen weitgehend EDV-unterstützt und laufen vornehmlich und zunehmend elektronisch ab. Daneben sind verschiedene textorientierte Abfrageinstrumente nicht nur der Fachwelt, sondern der Allgemeinheit zugänglich. Auch das Interesse der Öffentlichkeit wird zunehmend in elektronischer Form bedient. Dies geschieht auf elektronischem Weg über Homepages⁴² oder auch über Applikationen für Smartphones oder Tablets.⁴³

41. Alle genannten Akteure sind in Zusammenhang mit ihren Tätigkeiten in unterschiedlichem Ausmass auf elektronische Medikamenteninformationen angewiesen. Sie dienen ihnen zur Erfüllung ihrer Aufgaben in Zusammenhang mit der Beratung, Verschreibung und Abgabe von Arzneimitteln und anderen Produkten an die Konsumentin oder den Konsumenten, der dazugehörigen Lagerbewirtschaftung und dem Bestellwesen sowie der Abrechnung mit den Kostenträgern (vgl. dazu auch Rz 55 ff.).

B.3 Fluss elektronischer Medikamenteninformationen

42. Die nachfolgende Grafik illustriert den Datenfluss von der Veröffentlichung durch die Zulassungsinhaberinnen respektive der Bereitstellung über Plattformen der Behörden über die weitere Verarbeitung durch Datenveredler und Softwarehäuser bis hin zur Verwendung in Form von Datensammlungen durch die Abnehmer. Auf die einzelnen Schritte wird nachfolgend eingegangen. Wie vorne erwähnt stellen sich im Rahmen vorliegender Untersuchung v.a. Fragen in Zusammenhang mit der Publikation und der Kommerzialisierung von elektronischen

³⁸ RPW 2005/4, 641 Rz 33, *Galenica SA/Alliance Uni*.

³⁹ RPW 2009/2, 178 Rz 36, *Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica*; RPW 2015/3, 365 Rz 23, *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*.

⁴⁰ Bundesgesetz vom 20.3.1981 über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20).

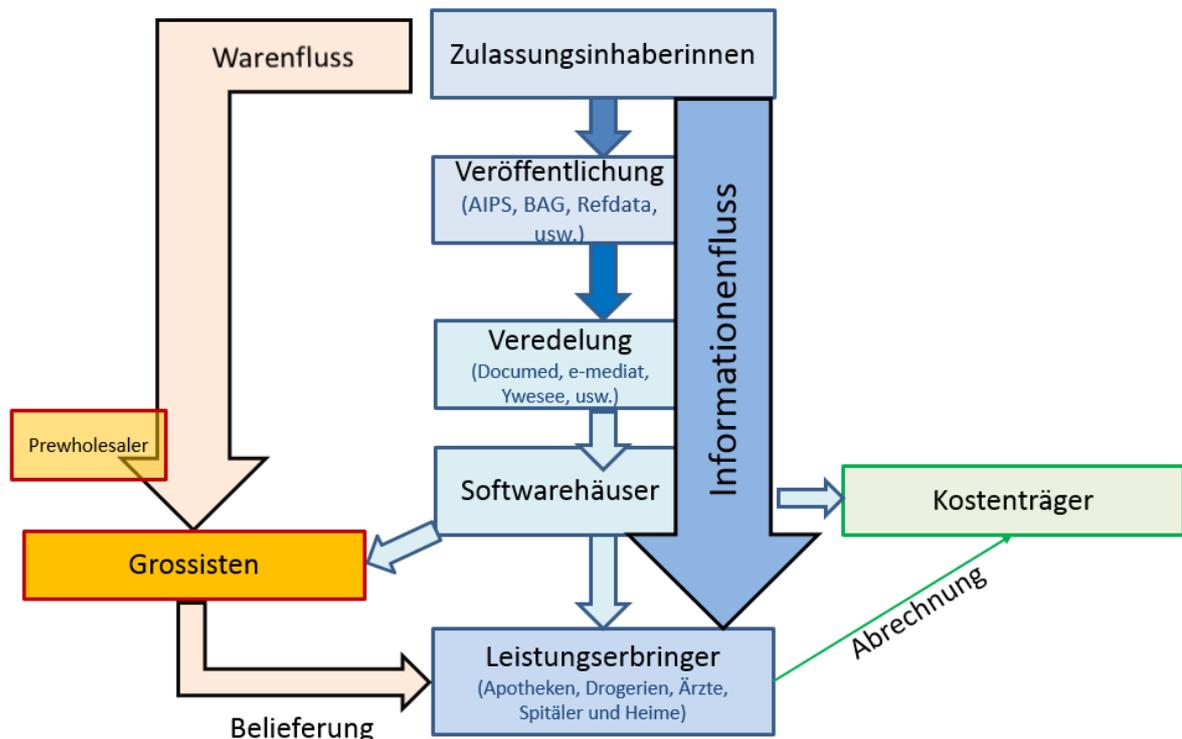
⁴¹ Bundesgesetz vom 19.6.1959 über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20).

⁴² Wie bereits erwähnt bieten verschiedene Akteure der Allgemeinheit online Zugang zu den Datenbanken: Swissmedic über AIPS, ywesee, just-medical, aber auch das Compendium von Documed.

⁴³ Compendium-App, med-drugs mobile App.

Medikamenteninformationen. Eine klare Unterscheidung dieser beiden Stufen der Wertschöpfungskette ist folglich elementar.

Abbildung 6: Fluss elektronischer Medikamenteninformationen



Quelle: Aufstellung des Sekretariats

B.3.1 Veröffentlichung

43. Wie bereits in Rz 28 ff. erläutert, besteht eine regulatorische Pflicht, die Arzneimittelinformationen auf AIPS zu veröffentlichen. Andere Medikamenteninformationen, die für den Vertrieb, die Abgabe und Abrechnung von Medikamenten notwendig sind, werden teilweise ebenfalls öffentlich zur Verfügung gestellt (z.B. Spezialitätenliste, Refdata-Datenbank, MiGeL). Darüber hinaus werden Informationen von den Herstellern freiwillig bereitgestellt – entweder über die vorne genannten Datenbanken von Behörden und Privaten (Primärquellen) oder aber direkt an die Datenveredler oder Endnutzerinnen und Endnutzer dieser Informationen.

B.3.2 Kommerzialisierung

B.3.2.1 Im Allgemeinen

44. Die auf AIPS publizierte Arzneimittelinformationen sowie weitere, oben genannte für den Vertrieb von Arzneimitteln relevante Informationen werden auf Stufe der sogenannten „Kommerzialisierung“ von Unternehmen veredelt, um diese veredelten Daten anschliessend für die Nutzung durch Abnehmer von strukturierten Datensätzen zu kommerzialisieren.

45. Nach der Aufnahme der Arzneimittelinformationen in die Systeme der Datenveredler werden diese verarbeitet. Die Veredelung der Daten umfasst dabei mehrere Arbeitsschritte. Dazu zählen die Aggregation, die Strukturierung und die Codierung:

- a. Aggregation: Bei der Aggregation werden die Daten aus verschiedenen Primärquellen aggregiert und in einer Datenbank vereint (z.B. die Daten aus AIPS und der Spezialitätenliste). Zudem können auch Daten ergänzt werden, die selbst generiert werden können (bspw. Produktabbildungen).
- b. Strukturierung: Die Medikamenteninformationen müssen in eine bestimmte Struktur gebracht werden, damit auf Basis der Daten weitere Funktionen wie z.B. die Interaktionsprüfung programmiert werden können. Diese Struktur entspricht z.B. den Feldern einer Tabelle. Gleichzeitig müssen sie auf einem einheitlichen Muster basieren und auf bestimmte Identifizier (eine Basis) bezogen werden. Welche Struktur ein Datensatz hat, ist für jede Datenbank unterschiedlich. Die Anzahl der Datenfelder, die strukturiert werden, hängt davon ab, wie viele Daten vorhanden sind und wie diese aufgeteilt werden. Die Struktur auf AIPS ergibt sich beispielsweise aus den Anhängen 4 und 5 der AMZV. e-mediat verwendet dagegen Daten aus verschiedenen Quellen und unterteilt die Informationen weitergehend als auf AIPS. Bereits in einem frühen Stadium des Verfahrens teilte e-mediat mit, dass ihre Datenbank aus 18 verschiedenen Schemata (Themenbereiche) bestehen, in die verschiedene Datensätze einfließen, und so bspw. beim hospINDEX (vgl. unten Rz 49) [...] Datenfelder vorhanden sind.⁴⁴
- c. Codierung: Die bei der Strukturierung verwendeten Datenfelder werden in einen maschinenlesbaren Code „übersetzt“. Beispielsweise wird bei einem Arzneimittel der Code 1 an der entsprechenden Stelle hinterlegt, falls das Produkt gekühlt gelagert werden muss oder der Code 0, falls keine Kühlung erforderlich ist. Anhand dieser Codierung sind auch Interaktionsprüfungen zwischen verschiedenen Produkten möglich. Die Softwarehäuser, die Funktionen basierend auf den Arzneimittelinformationen anbieten, müssen die Codierung kennen.

46. Veredelte Daten können anschliessend kommerzialisiert werden, indem die Datenveredler die veredelten Daten in das jeweilige Informatiksystem der Anwender der Datensammlungen einfließen lassen. Dort werden, je nach Softwareprodukt, unterschiedliche Informationen extrahiert und in die Softwarelösung integriert (vgl. dazu Rz 51).

47. Die veredelten Daten ermöglichen somit zum einen den elektronischen Abruf von Arzneimittelinformationen über die jeweiligen Softwareprogramme und zum anderen den Austausch von spezifischen Artikelstammdaten für den Betrieb von beispielsweise Drogerie- und Apothekensystemen am Verkaufspunkt (d.h. für Kundenbetreuung, Qualitätssicherung, Lagerbewirtschaftung, Materialwirtschaft, Verkaufsprozess). Sie dienen ausserdem der Parametrisierung und Informatisierung der Bestellprozesse zwischen Gross- und Detailhandel („Supply Chain“).⁴⁵ Den Kostenträgern dienen die Daten in Zusammenhang mit deren Rechnungsprüfung und den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern u.a. in Zusammenhang mit der Verschreibung von Arzneimitteln, der Beratung, Ausübung ihrer Sorgfaltspflichten sowie Kontroll- und Abrechnungsprozessen.

B.3.2.2 Kommerzialisierung durch HCI/e-mediat

48. Vorliegende Untersuchung fokussiert sich auf die führende Anbieterin solcher veredelten Daten: e-mediat bzw. seit 1. Januar 2016 HCI. e-mediat bietet seit 2012 sieben unterschiedliche INDEX-Produkte an, die elektronische Artikel- und Partner-Daten aus den e-mediat-Datenbanken im XML-Format enthalten und auf die Bedürfnisse der Anwender ausgerichtet sind. Die referenzierten Artikel sind mit kommerziellen und wissenschaftlichen Daten verknüpft.⁴⁶

- **careINDEX** richtet sich an die Heime und umfasst rund 100'000 Artikel (Medikamente, Verbandstoffe und andere).

⁴⁴ Im Oktober 2015 wurden 20 verschiedene Schemata verwendet; vgl. auch: <<https://index.ws.e-mediat.net/DataDoc/>> (zuletzt besucht am 19.10.2015).

⁴⁵ Vgl. die entsprechenden Feststellungen betreffend Galdat (Vorgängerprodukt der INDEX-Produkte von e-mediat) in RPW 2010/4, 654 Rz 42 ff., *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*.

⁴⁶ <<http://www.e-mediat.ch/de/produkte/index/index.php>> (zuletzt besucht am 17.9.2015).

- **drogINDEX** richtet sich an die Drogerien und umfasst rund 180'000 Artikel (Medikamente, Verbandstoffe und andere).
- **hospINDEX** richtet sich an die Spitäler. Die Selektion der Daten ist auf die Bedürfnisse der Spitäler ausgerichtet.
- **medINDEX** richtet sich an die Ärztinnen und Ärzte und umfasst rund 100'000 Artikel (Medikamente, Verbandstoffe und andere).⁴⁷
- **pharmINDEX** richtet sich an die Apotheken und umfasst rund 180'000 Artikel (Medikamente, Verbandstoffe und andere).
- **insureINDEX** richtet sich an Kostenträger (Kranken- und Unfallversicherer) sowie Dienstleistungsunternehmen in diesem Bereich und enthält neben den im ambulanten Bereich verwendeten Produkten (Galdat) auch die ausschliesslich im stationären Bereich eingesetzten Produkte (Medikamente und andere).
- **logINDEX** richtet sich an die Grossisten und umfasst rund 180'000 Artikel (Medikamente, Verbandstoffe und andere).

49. Die INDEX-Produkte lösten 2012 das Vorgängerprodukt Galdat ab, welches seit 1993 die gesamtschweizerische Artikelstammdatenbank war, entwickelt für Apotheken und Pharmagrossisten. Im Laufe der Zeit wurde Galdat auch von anderen Anwendern von Datensammlungen (wie Spitäler, Heime und Krankenkassen) verwendet.⁴⁸ Die Ablösung von Galdat erfolgte gemäss e-mediat hauptsächlich deshalb, da dieses keine Individualisierungen nach den Bedürfnissen der Zielgruppen zulies, was durch die Indices möglich ist. Ärztinnen und Ärzte arbeiteten dagegen verbreitet mit Arzneimittelinformationen im Papierformat und damit dem gedruckten Compendium von Documed. Viele verfügten wenn dann über relativ einfache Praxisadministrationssoftware, welche häufig via Datenlieferungen seitens der Grossisten aktualisiert wurden (IGM Format). Ihnen stand somit mit dem IGM eine elektronische Alternative⁴⁹ zu Galdat zur Verfügung. Galdat wurde in Bezug auf Ärztinnen und Ärzte durch medINDEX abgelöst. Damit nimmt HCI die zunehmende Digitalisierung von Arztpraxen mit komplexeren elektronischen Prozessen vorweg (Stichwort elektronische Patientenakte). V.a. Apotheken benötigten bislang die Verbindung von Warenwirtschaft, Kassensystem und pharmazeutischen Informationen.

50. Die Unterschiede zwischen den verschiedenen Indices können sich auf den Umfang oder den Detaillierungsgrad beziehen. Beispielsweise enthält der medINDEX keine Kosmetikprodukte, der drogINDEX dagegen schon.

B.3.3 Übermittlung an die Abnehmer

51. Die sogenannten Softwarehäuser (Systemanbieter) programmieren und unterhalten Informatikprogramme, welche auf die Bedürfnisse der verschiedenen Akteure im schweizerischen Gesundheitswesen ausgerichtet sind und in deren Systeme/Softwareumgebungen installiert werden. Über diese Produkte werden die Datensammlungen den Abnehmern zur Verfügung gestellt.

⁴⁷ <<http://www.e-mediat.ch/de/produkte/index/index.php>> (zuletzt besucht am 17.9.2015): medINDEX Basic ist das kleinste verfügbare Datenpaket; Leistungsumfang medINDEX Basic: Pharma-Produkte (Swissmedic zugelassene Arzneimittel, Impfstoffe, Sera), Non-Pharma-Produkte (Verbandmaterial, Medizinal-, Praxis- und Laborbedarf, Heilnahrung, Kurmittel/Nahrungsergänzungsmittel, Trink- und Sondennahrung, Körperpflege), Limitationen, Arzneimittel-Fachinformation und Patienteninformation, Kurztexpte, Kalkulatorische Felder, Adressen (Hersteller, Vertreter, Lieferant, Kostenträger, Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer).

⁴⁸ Zu Galdat allgemein: RPW 2010/4, 654 Rz 42 ff., *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*.

⁴⁹ IGM ist das Format, in dem e-mediat früher Medikamenteninformationen an die Ärztinnen und Ärzte vertrieb. Dieses basiert auf einer einfachen Textdatei und erlaubt keine zeitgemässe Datenverarbeitung.

52. Aktuell sind in der Schweiz über 150 Softwarehäuser tätig.⁵⁰ Diese Unternehmen spezialisieren sich ihrerseits auf bestimmte Abnehmergruppen respektive Tools. So bieten die einen beispielsweise Praxisadministrationssysteme für Ärztinnen und Ärzte, die etwa eine Debitorenbewirtschaftung oder elektronische Patientendossiers enthalten können, andere Pflegemanager für Heime oder Rezeptverkauf und Lagerbewirtschaftung für Apotheken an. Spitäler arbeiten mit Software, die die Materialwirtschaft, die Apothekenverwaltung und die Patientenadministration umfasst. Auch die Galenica-Gruppe bietet durch die Gesellschaft HCI Software für Ärztinnen und Ärzte (Triamed) sowie für Apotheken und Drogerien (Triapharm) an.⁵¹

53. Die Bereitstellung (Vertrieb) der Daten kann auf verschiedenen Wegen erfolgen:

- Der Datenveredler verkauft die Daten den Softwarehäusern. Diese verkaufen anschließend die Software und bilden einen Gesamtpreis für Software und Daten. In diesem Fall sind die Daten das Ausgangsprodukt für die Software. Auch kann der Datenveredler selbst zusätzlich Software anbieten und die Daten zusammen mit der Software vertreiben (Geschäftsmodell beispielsweise von ywesee).
- Daneben können die Daten den Endabnehmern separat zu der Software angeboten werden. Ihnen werden die Daten entweder direkt vom Datenveredler verkauft oder aber über die Softwarehäuser als Vermittler.⁵²

54. e-mediat verfolgt beim Vertrieb der Datenprodukte beide beschriebenen Modelle. Wie der Vertrieb in Zusammenhang mit den konzernerneigenen Softwareprogrammen, welche seitens einer Schwestergesellschaft von e-mediat angeboten werden, gestaltet ist, kann offen bleiben, da er für die vorliegende Beurteilung nicht von Relevanz ist.

B.3.4 Verwendung der Daten und Nutzung durch die Abnehmer

55. Die veredelten maschinenlesbaren Daten dienen den Nachfragerinnen und Nachfragern der Daten (Rz 38 ff.) zur Erfüllung ihrer Aufgaben in Zusammenhang mit der Beratung, Verschreibung und Abgabe von Arzneimitteln und anderen Produkten an die Konsumentinnen oder Konsumenten, der dazugehörigen Lagerbewirtschaftung und dem Bestellwesen sowie der Abrechnung mit den Krankenversicherern.

56. Beispielsweise kann eine Apotheke mit der Software des Softwarehauses CSE Computer für Pharmazie und Medizin AG (diese basiert auf den INDEX-Daten) über ein und dieselbe Software ein elektronisches Patientendossier führen und alle nötigen Informationen über Medikamente zur Beratung der Kundin oder des Kunden abrufen. Daneben dient die gleiche Software auch als Kassensystem, zur Warenbewirtschaftung und allenfalls Abrechnung gegenüber Versicherern. Zudem sind Module für die Buchhaltung, das Marketing und Statistiken vorhanden. Andere Funktionen wurden bereits in Rz 52 angesprochen, wobei nicht auf jede Anwendungsmöglichkeit eingegangen werden soll. Es ist offensichtlich, dass die Verwendung einer entsprechenden Software die Arbeit der verschiedenen Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger des Gesundheitswesens gegenüber der manuellen Betreuung bzw. ohne spezialisierte Software erheblich vereinfacht.

57. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Medikamenteninformationen in Form der INDEX-Daten unabhängig von den individuellen abnehmerspezifischen Bedürfnissen in Bezug auf die Softwarelösungen, sowohl bei der Führung von Patientendossiers, der Beratung der Konsumentinnen oder Konsumenten, der Verschreibung von Arzneimitteln, beim Verkauf von Arzneimitteln, der Lagerbewirtschaftung und der Abrechnung gegenüber Kostenträgern verwendet werden und für diese zentral sind.

⁵⁰ <<http://www.e-mediat.ch/de/produkte/index/index.php>> (zuletzt besucht am 8.10.2015).

⁵¹ <<http://www.triapharm.ch/de/>>; <<http://www.mytriamed.ch/triamed/DE/Home.aspx>> (beide Seiten zuletzt besucht am 8.10.2015).

⁵² Separate Rechnungsstellung durch Datenveredler oder Softwarehaus als Vermittler.

B.3.5 Fluss elektronischer Medikamenteninformationen in Deutschland

58. Im Rahmen der Parteieinvernahme mit [...], damals [...] von e-mediat und Documed, wurde vorgebracht, dass das von der Galenica-Gruppe verwendete Finanzierungsmodell – Finanzierung je zur Hälfte durch die Zulassungsinhaberinnen und Leistungserbringer und Leistungserbringerinnen – in Deutschland ebenfalls verbreitet sei. In der Folge wurden auch Ermittlungshandlungen betreffend ausländische Vergleichsmärkte, insbesondere Deutschland, betrieben. Dabei stellte sich heraus, dass die Marktsituation in Deutschland mit derjenigen in der Schweiz vergleichbar ist (vgl. dazu nachstehend, Rz 59 ff.). Auch in Deutschland sind die Sammlung und die Zurverfügungstellung von Arzneimittel- aber auch Vertriebsinformationen staatlich reguliert und andere Dienstleistungen werden im Wettbewerb erbracht. Das in der Parteieinvernahme vorgebrachte Argument, dass das Finanzierungsmodell in Deutschland mit demjenigen von Documed/e-mediat vergleichbar sei, hat sich hingegen nicht bestätigt.

59. In Deutschland haben die Pharmahersteller (nach Schweizer Terminologie: Zulassungsinhaberinnen) in Bezug auf die Arzneimittelinformationen die Pflicht, ihren Arzneimitteln Packungsbeilagen („Gebrauchsanweisungen“) beizulegen (§ 11 AMG⁵³). Zudem haben sie die Pflicht, den Fachkreisen auf Anfrage entsprechende Gebrauchsinformationen zur Verfügung zu stellen (§ 11a AMG). In Anpassung an die Änderung der Pharmakovigilanz-Richtlinie der EU⁵⁴ wurde § 34 Abs. 1a Nr. 1 AMG dahingehend geändert, dass die Bundesbehörden die Öffentlichkeit über die aktuelle Fassung der Packungsbeilage und der Fachinformationen zu informieren haben. Diese Information geschieht über ein Internetportal.⁵⁵ Die Aufnahme der anzuliefernden Arzneimittelinformationen in dieses Internetportal erfolgt kostenlos. Diese Aufgabe des Portals ist mit der des schweizerischen AIPS vergleichbar. Vor der Einführung des Portals des Staates haben die Pharmahersteller die Information der Fachkreise über die „Rote Liste“⁵⁶ wahrgenommen. Diese besteht auch im Zeitpunkt des Entscheides noch, jedoch arbeiten nicht mehr alle Pharmahersteller mit dieser zusammen, da die Aufnahme dort kostenpflichtig ist und die Information der Fachkreise durch das Portal des Staates gewährleistet ist. Somit ist die Rote Liste nicht mehr komplett. Die Funktionen, welche die Rote Liste früher wahrnahm, erinnern an die des Schweizer Pendant, des Compendiums.

60. Neben der Veröffentlichung der Arzneimittelinformationen besteht die Pflicht der Pharmahersteller, den Krankenkassen und den Apotheken die massgeblichen Preis- und Produktangaben (Vertriebsinformationen) mitzuteilen und ein einheitliches Kennzeichen zu verwenden (§ 131 Abs. 4 und Abs. 5 SGB V⁵⁷). Gestützt auf diese Bestimmung hat der Spitzenverband Bund der Krankenkassen einen Rahmenvertrag mit den Spitzenorganisationen der Pharmahersteller abgeschlossen.⁵⁸ Aus diesem Rahmenvertrag ergibt sich, dass die Pflicht der Pharmahersteller betreffend Vertriebsinformationen nur durch die Aufnahme in die Datenbank der IFA GmbH (IFA-Datenbank) erfüllt werden kann.⁵⁹ Die IFA-Datenbank umfasst somit die Vertriebsinformationen aller in Deutschland zugelassener Arzneimittel und ist als solche ihrerseits vergleichbar mit reldatabase respektive den INDEX-Datenbanken auf nachgelagerter Stufe. Die IFA vergibt auch das einheitliche Kennzeichen (Pharmazentralnummer;

⁵³ Gesetz vom 24.8.1976 über den Verkehr mit Arzneimitteln (AMG).

⁵⁴ Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel hinsichtlich der Pharmakovigilanz; geändert durch Richtlinie 2010/84/EU, ABl. L 348/74 vom 31.12.2010.

⁵⁵ <<http://www.pharmnet-bund.de/static/de/index.html>> (zuletzt besucht am 15.10.2015).

⁵⁶ Rote Liste Service GmbH, <<http://www.rote-liste.de/>> (zuletzt besucht am 15.10.2015).

⁵⁷ Sozialgesetzbuch vom 20.12.1988 (SGB) Fünftes Buch (V) – Gesetzliche Krankenversicherung.

⁵⁸ Rahmenvertrag nach § 131 SGB V über das bundeseinheitliche Arzneimittelkennzeichen sowie Preis- und Produktinformationen pharmazeutischer Unternehmer vom 14.5.2012, abrufbar unter: <https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/krankenversicherung_1/arzneimittel/rahmenvertraege/pharmazeutische_unternehmer/AZ_Rahmenvertrag_131_bundeseinheitliche_Arzneimittelkennzeichen_2012-06-20.pdf> (zuletzt besucht am 15.10.2015).

⁵⁹ Anders als in der Schweiz sind die Vorgaben in Bezug auf die Codierung der Vertriebsdaten öffentlich und können von Seiten der Pharmaindustrie selbst oder durch Dritte vorgenommen werden (vgl. IFA-Infodienste Produktbeschreibung – 10189/20189 abrufbar unter: <<http://www.ifaffm.de/de/home.html>>).

PZN). Die PZN ist als einheitliches Kennzeichen vergleichbar mit dem GTIN/EAN in der Schweiz, wohingegen dieser hierzulande (noch) keine zentrale Referenzierungsfunktion wahrnimmt. Diese Rolle kommt gegenwärtig noch einem privaten Kennzeichen, dem Pharmacode, herausgegeben und kontrolliert von e-mediati, zu. Die Aufnahme in die IFA-Datenbank ist für die Pharmahersteller kostenpflichtig, jedoch sind die Kosten relativ gering.⁶⁰ Die IFA veredelt somit die Vertriebsinformationen ein erstes Mal. In der Schweiz bestehen im Unterschied dazu keine staatlichen Vorschriften betreffend Vertriebsinformationen respektive der Verwendung eines einheitlichen Kennzeichens. Über die umfassendste Sammlung an Vertriebsinformationen – herausgegeben seitens der Hersteller sowie eigen generierte – verfügt in der Schweiz e-mediati.

61. Im deutschen System übernehmen verschiedenste Softwarehäuser direkt die weitere Veredelung der vorhandenen Daten. Es gibt keinen Datenveredler, der die vorhandenen Daten zusammenführt und anschliessend Verträge über den weiteren Vertrieb mit Softwarehäusern unterhält. Die Softwarehäuser sind in Deutschland gleichzeitig Datenveredler. Sie beziehen kostenpflichtig die Daten von der IFA und ergänzen diese mit den Arzneimittelinformationen, die über das Internetportal des Staates zur Verfügung stehen. Die Höhe des Entgelts bestimmt sich nach Art und Umfang der Datennutzung durch die Softwarehäuser, bzw. indirekt durch die Endnutzerinnen und Endnutzer der Software – die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger. Direkte Vertragsbeziehungen zu den Pharmaherstellern sind von den Softwarehäusern, wenn überhaupt, nur in Bezug auf das Listing vorhanden. Unter Listing kann die spezielle Abbildung des Produktes über das Softwareprodukt verstanden werden. Daneben sind auch Werbemassnahmen i.e.S. vorhanden, wie die besondere Positionierung des Produktes bei der Suche.⁶¹ Für die Aufnahme als solche mit einem Basiseintrag sind jedoch keine Zahlungen geschuldet. Zudem gibt es auch Softwarehäuser, die ganz auf Zahlungen von den Pharmaherstellern verzichten und sich ausschliesslich durch die Lizenzierung der Software und die Verwendung der dahinterstehenden Datenbank an die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer und andere Abnehmer finanzieren. Die Softwarehäuser aggregieren die Vertriebsinformationen und die Arzneimittelinformationen und betreiben somit eine weitere Veredelung der Daten.

62. Das System in Deutschland zeigt, dass die Aufnahme der *Arzneimittelinformationen* in die veredelte Datenbank der Softwarehäuser ohne Vertragsschluss zwischen den Veredlern (Softwarehäusern) und den Pharmaherstellern und entsprechend ohne Entgelt erfolgt. Die Über- und Aufnahme der *Vertriebsdaten* der IFA GmbH durch Softwarehäuser erfolgt ebenfalls ohne Vertragsschluss und Entgelt zwischen den Softwarehäusern und den Pharmaherstellern. Vorhanden sind ausschliesslich Verträge betreffend Sonderleistungen wie das Listing, Werbemassnahmen in der Software etc.

B.4 Vertragsgestaltung und Praxis von Documed/e-mediati über die Jahre

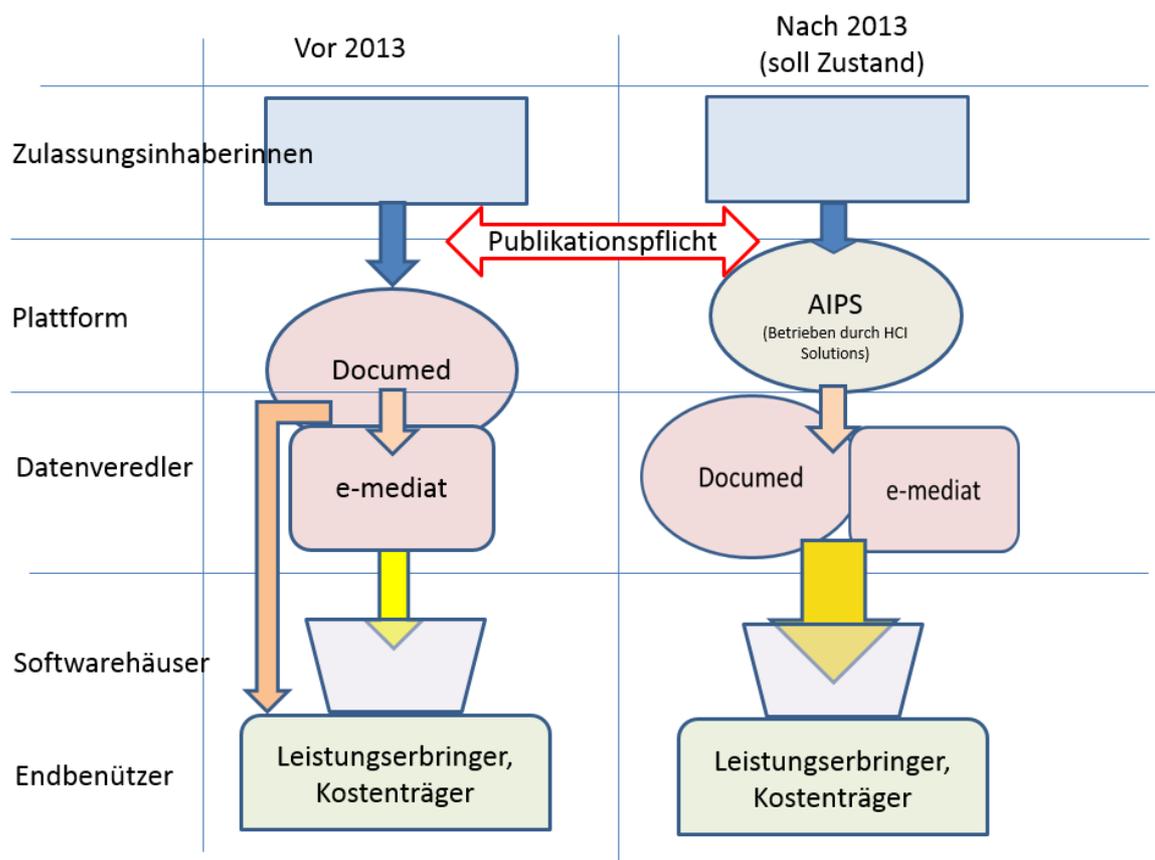
63. Nachfolgend soll aufgezeigt werden, zu welchem Zeitpunkt die Zulassungsinhaberinnen mit welcher Galenica-Gruppengesellschaft (Documed und/oder e-mediati) einen Vertrag über welchen Gegenstand (die Publikation im Kompendium, die Aufnahme in die Galdat-/INDEX-Datenbanken, Referenzierung seitens Refdata mit EAN/GTIN Code, Vergabe eines Pharmacodes) abschlossen haben. In diesem Teil wird konkret das Verhalten von Documed/e-mediati in den oben festgehaltenen Rahmenbedingungen (Kapitel B.1, B.2 und B.3) beschrieben.

64. Überblickartig können die Änderungen in der Wertschöpfungskette durch den Wegfall der Publikationspflicht der Arzneimittelinformationen bei Documed (bzw. ywesee) wie folgt dargestellt werden:

⁶⁰ Jahresgrundgebühr: EUR 50.–; Zuteilung PZN: EUR 3.–; Neuaufnahme der Artikeldaten: EUR 6.–; Änderungen EUR 3.–; komplette Preisliste abrufbar unter: <<http://www.ifaffm.de/de/ifa-fuer-anbieter/ifa-preisliste.html>> (zuletzt besucht am 15.10.2015).

⁶¹ So werden beispielsweise Zahlungen entrichtet für die Position des Ergebnisses im Rahmen einer Suchanfrage ähnlich der Suche über Online-Suchmaschinen oder bei Hotelbuchungsplattformen. Z.B.: Bei einer Suche nach einem entsprechenden Wirkstoff kann das Medikament der zahlungsbereiten Zulassungsinhaberin als erstes angezeigt werden.

Abbildung 7: Wertschöpfungskette vor und nach 2013



Quelle: Aufstellung des Sekretariats

B.4.1 Frühere Vertragsgestaltung

B.4.1.1 Verträge von Documed

65. Seit 1989 bzw. 2002⁶² besteht die bereits erwähnte Pflicht der Zulassungsinhaberinnen, die jeweils aktuellen, durch Swissmedic genehmigten Arzneimittelinformationen den zur Verschreibung, Abgabe oder Anwendung dieser Arzneimittel berechtigten Personen in geeigneter Weise zur Verfügung zu stellen (vgl. auch die Ausführungen dazu in Rz 28 und 194). Dies erfolgte seit jeher über Documed.

66. Mit Verfügung der WEKO vom 7. Juli 2008 wurde festgestellt, dass Documed auf dem Markt für die Publikation von FI gedruckt und online in einem vollständigen Werk und auf dem Markt für die Publikation von PI online in einem vollständigen Werk eine marktbeherrschende Stellung hat und dass Documed durch Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. b KG ihre Stellung missbrauchte.⁶³ Die Zulassungsinhaberinnen hatten die Kosten für die Publikation zu tragen, wobei der grösste Aufwand beim Erfassen und bei den mit dem Druck zusammenhängenden Arbeiten anfiel.⁶⁴ Zum entsprechenden Standardprozess *im Hinblick auf die Publikation* gehörten das Erfassen des Textes in die Kompendiumsdatenbank, die Kontrolle auf Vollständigkeit, die Klärung der Unklarheiten mit den Zulassungsinhaberinnen oder Swissmedic, das Einfügen des Textes ins korrekte Wirkstoffregister und therapeutische Register sowie das definitive Erfassen des Textes nach

⁶² Hintergründe erläutert in RPW 2008/3, 386 Rz 5 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

⁶³ RPW 2008/3, 410 Dispositivziffern 1 und 2, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

⁶⁴ RPW 2008/3, 404 Rz 199, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

dem „Gut zum Druck“ durch die Zulassungsinhaberinnen.⁶⁵ Diese *in Zusammenhang mit der Publikation stehenden Kosten* durfte Documed den Zulassungsinhaberinnen in Rechnung stellen, was sie via einen kostenbasierten Basispreis (Dossierführungskosten) sowie einen Volumenpreis (abhängig von Länge der Texte/Anzahl Zeichen) tat. Darüber hinaus lagen für den damals ebenfalls im Raum stehenden Vorwurf der Querfinanzierung weiterer Produkte keine Indizien vor. Es schien, dass die entsprechenden Kosten, insbesondere für die Dienstleistungen und Produkte gegenüber anderen, wie beispielsweise gegenüber den Leistungserbringern und Leistungserbringern [Galdat, respektive INDEX-Datenbank], nicht zulasten der Zulassungsinhaberinnen gingen.⁶⁶

67. Aus damaliger Sicht nicht stichhaltig erschien das von Documed vorgebrachte Argument, dass 40 % aller bereits publizierten Texte im Laufe eines Vertragsjahres massgeblich fachredaktionell mutiert werden müssten, obschon gemäss Angaben von Swissmedic 90 % der Arzneimittelinformationen unverändert blieben.⁶⁷ Die identischen Preise zwischen Neuaufnahmen oder Mutationen von Arzneimittelinformationen ins Kompendium und solchen, die unverändert aus der Vorgängerversion übernommen werden konnten, erfüllten das Tatbestandsmerkmal der Diskriminierung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. b KG.⁶⁸

68. Auch nach Abschluss der Untersuchung gegen Documed 2008 schlossen die Zulassungsinhaberinnen Verträge *ausschliesslich mit Documed und ausschliesslich betreffend die Publikation* ihrer FI und PI im Kompendium ab. Documed hatte gemäss der einvernehmlichen Regelung (auch EVR) ausgewiesene *kostengerechte* Basispreise sowie differenzierte Volumen-/Produktionspreise für gegenüber dem Vorjahr veränderte und unveränderte Arzneimittelinformationen zu verlangen.⁶⁹ Documed schloss damit Verträge über die – und nur die – *Publikation im Kompendium* ab, wobei der Druck im Vordergrund stand.⁷⁰ Dementsprechend wurden die kostengerechten Preise mit einem Millimetertarif berechnet. Mit dem ein- bis dreijährigen „*Auftrag für Anmeldung, Aufnahme und Publikation im Arzneimittelkompendium der Schweiz*“ meldeten die Zulassungsinhaberinnen ihre Produkte für das Kompendium inklusive elektronischer Version und für die Supplementa (Aktualisierungen) an. Sie akzeptierten darin die „Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB)“ sowie die „Nutzungsbedingungen für das compendiumPortal“⁷¹ für online Publikationsaufträge. Gemäss den AVB wurden die Basisinformationen (FI/PI) in Anwendung der AMZV publiziert und mit ergänzenden, nicht publikationspflichtigen Informationen über Heilmittel (sog. Pseudo-FI, Gebrauchsinformationen für Medizinprodukte) ergänzt. Von Galdat respektive den INDEX-Produkten und auch einer Weitergabe der Daten an e-mediat war nicht die Rede. Diesbezüglich bestanden keine entsprechenden Verträge mit Documed oder e-mediat.

69. [...] ist, dass schon vor der Übernahme Documed im Jahr 2004 seitens von Galenica zwischen Documed und e-mediat ein Vertrag bestand und dass die beiden Unternehmen sich gegenseitig mit Daten und Codes beliefert haben. Der Austausch der Informationen war kostenpflichtig. Documed hat e-mediat die strukturierten Arzneimittelinformationen zu einem Pauschalpreis von CHF [...] geliefert und die e-mediat der Documed die packungsorientierten Daten und Codes aus dem Galdat-Datenstamm zu einem Pauschalpreis von CHF [...]. Mit der Bezahlung von CHF [...] für die Lieferung der strukturierten Daten wurde gemäss den Parteien aber nicht der Gesamtaufwand für die Aufbereitung abgegolten. Dieser wurde und werde vielmehr zum ganz überwiegenden Teil durch die Zulassungsinhaberinnen finanziert.

⁶⁵ RPW 2008/3, 394 Rz 199, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

⁶⁶ RPW 2008/3, 406 Rz 212 f., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

⁶⁷ RPW 2008/3, 401 Rz 162 f., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

⁶⁸ RPW 2008/3, 401 Rz 165 und Dispositivziffer 2, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

⁶⁹ RPW 2008/3, 401 Rz 158 f., EVR Vereinbarung B II., Dispositivziffer 2, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

⁷⁰ Vgl. „*Auftrag für die Anmeldung, Aufnahme und Publikation im Arzneimittelkompendium der Schweiz*“ inkl. den AVB.

⁷¹ Webbasiertes Auftrags- und Textverwaltungsportal, welches 2008 eingeführt wurde.

70. Gemäss der Parteien würden die veredelten Fachinformationen erst seit 2008 in die INDEX-Datenbanken überführt, so dass von Seiten Documed die Strukturierungsarbeiten für die Aufbereitung des Kompendiums zu grossen Teilen in die INDEX-Datenbank mittels Codierung hätten übernommen werden können.

B.4.1.2 Verträge von e-mediat

71. Neben Documed hatte auch e-mediat Verträge mit den Zulassungsinhaberinnen abgeschlossen. e-mediat schloss diese Verträge indes als Betreiberin der Datenbank refdatabase, welche Informationen zu Akteuren des Gesundheitswesens und damit *Vertriebsinformationen* umfasst (vgl. Rz 22), im Auftrag von Refdata. Die Verträge waren so aufgebaut, dass ein „*Rahmenvertrag über die Verbreitung von Informationen über Gesundheitsprodukte auf dem Schweizer Markt*“ abgeschlossen wurde mit einem Anhang A betreffend die „*Referenzdatenbank für die Verwaltung von EAN-Identifikationsnummern im Bereich der Refdata-Stiftung*“. Die Referenzierung der Artikel erfolgte dabei als für die Zulassungsinhaberinnen (Informationslieferanten) kostenpflichtige Dienstleistung. Gleichzeitig wurde aber auch Folgendes vereinbart (Angabe in eckigen Klammern hinzugefügt):

[Ziffer 5 – 7 des Vertrages: Berechtigung, nicht aber Verpflichtung, die im Zuge der Referenzierung (Vergabe EAN-Referenzierung sowie Aufnahme in die Referenzdatenbank) für Refdata in deren Auftrag erhobenen Produktdaten auch in eigene Datenbanken einzupflegen, zu ergänzen und zu verbreiten ohne den Zulassungsinhaberinnen dafür ein Entgelt zu schulden.]

72. Die in Zusammenhang mit der Referenzierung über Refdata erhobenen Daten wurden durch e-mediat also auch anderweitig für von ihr vermarktete Produkte verwendet. Konkret waren diese Bestimmungen die Grundlage zur Verwendung der erhobenen Daten in GalDat. Dies wurde auch durch e-mediat im Begleitschreiben zu diesem Vertrag klargestellt:

„Wir garantieren mit der Vertragsunterzeichnung, die Daten Ihrer Produkte nicht nur in der RefData Referenzdatenbank MedRef (gratis abrufbar unter www.medwin.ch) zu pflegen, sondern diese auch in unsere eigenen Artikelstammdatenbanken einzulesen, sie mit den Stammdaten zu verknüpfen und an die Professionals im Schweizer Gesundheitswesen zu verteilen. So ist der sinnvolle Einsatz am Verkaufspunkt und bei der Abrechnung garantiert.“

73. In Ziffer 5 des Vertrages wurde geregelt, dass die Verwendung der Daten seitens e-mediat für andere Produkte, d.h. zum damaligen Zeitpunkt konkret GalDat, für e-mediat kostenlos ist. Zum damaligen Zeitpunkt ging e-mediat also davon aus, dass eher e-mediat eine Vergütung für die anderweitige Verwendung der Daten zu bezahlen hätte und nicht umgekehrt. Die Zulassungsinhaberinnen ihrerseits zahlten für die Vergabe des EAN-Codes, nicht aber die Aufnahme der entsprechenden Daten in die Datenbanken von e-mediat.

B.4.1.3 Zwischenfazit

74. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Zulassungsinhaberinnen vor 2013 gemäss Vertrag ausschliesslich für die Aufnahme und Publikation der Fach- und Patienteninformationen in das Compendium bezahlt haben und die Aufnahme der Arzneimittelinformationen in die Datenbank von e-mediat kostenlos erfolgte. Auch die Parteien selbst führen an, dass die Aufnahme der Arzneimittelinformationen in die Datenbank von e-mediat für die Zulassungsinhaberinnen ohne vertragliche Regelung und ohne ein spezifisches Entgelt erfolgte.

75. Die Parteien geben selbst zu, dass die vertragliche Abbildung der sich im Laufe der Zeit entwickelten Dienstleistungen zwar spärlich gewesen sein möge, aber aus dieser rein formalen Betrachtung dürfe nicht auf eine missbräuchliche Verhaltensweise geschlossen werden.

B.4.2 Neue Vertragsgestaltung per 2013 und Übergangslösung

B.4.2.1 Übergangslösung 2012

76. Die Verträge von Documed wurden im Jahr 2012 angepasst. Anfangs 2012 versandte Documed ein Schreiben „*Unser Angebot für Ihre Präsenz im Arzneimittel-Kompendium der*

Schweiz / Publikation von FI und PI im Übergangsjahr 2012“ an die Zulassungsinhaberinnen. In diesem Schreiben wurde auf Folgendes hingewiesen:

- a. die regulatorische Publikationspflicht bei Documed wurde aufgehoben, doch die Publikation auf „geeignete Weise“ ist nach wie vor durch die Zulassungsinhaberinnen zu erledigen; die behördliche Datenbank wird frühestens ab Ende 2012 zur Verfügung stehen;
- b. mit ihren INDEX-Datenbanken verfügt Documed über mehr als 90 % Abdeckung bei den Softwaresystemen der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern;
- c. bis Ende März 2012 werden die Informationen in den elektronischen Medien und INDEX-Produkten belassen; ab 1. April 2012 werden allerdings nur diejenigen Produkte aktuell und umfassend dokumentiert, für die ein Auftrag vorliegt.

77. Im Punkt c wurde zwar angekündigt, dass ab dem 1. April 2012 nur noch die Informationen von Vertragspartnern in der Datenbank vertreten seien. Dies wurde nicht umgesetzt und alle Produkte waren auch ohne entsprechenden Vertrag im Jahr 2012 weiterhin mit dem Basiseintrag vertreten. Die Verträge schloss nach wie vor Documed ab, von einer Weitergabe der Daten an e-mediati war weiterhin nicht die Rede.

78. Aufgrund der Intransparenz des von Galenica gestalteten Systems kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die Zulassungsinhaberinnen 2012 gemäss diesen Informationen mit der legitimen „Hoffnung“ gelebt haben, dass die Einführung von AIPS (vergleiche dessen Zwecke, Rz 36) zum Ende der vertraglichen und kostspieligen Beziehungen mit Documed führen würde.

79. Selbst die Parteien geben im Rahmen der Anhörungen zu, dass sie gegenüber der Pharmaindustrie nicht genügend kommuniziert hätten. Sie hätten nicht explizit aufgeführt, welche Zusatzleistung sie im Prozess der Printaufbereitung und der Strukturierung gemacht hätten. Sie bestreiten unter Verweis auf zahlreiche Einzelgespräche, dass ihre Vertragsunterlagen unklar gewesen seien.

B.4.2.2 Neue Vertragsgestaltung ab 2013

80. Per 2013 wurde das neue Konzept – kostenpflichtige Verträge für die Aufbereitung und Aufnahme der Arzneimittelinformationen in die INDEX-Datenbanken – von Documed/e-mediati definitiv eingeführt. Wie in Rz 49 ausgeführt, begründeten Documed/e-mediati die Anpassung vor allem damit, dass das neue Produkt, die Indices, Individualisierungen je nach Abnehmer zulassen. Doch auch Documed/e-mediati gestehen ein, dass ein neues Angebot aufgrund der Einführung der AIPS-Plattform entwickelt werden musste. Documed/e-mediati informierten die Zulassungsinhaberinnen am 20. September 2012 über ihr neues Angebot per 2013.⁷² Einer Vielzahl von Zulassungsinhaberinnen liessen sie in der Folge eine Offerte (inkl. Leistungskatalog und Preisliste) für die Jahre 2013 und folgende zukommen, welche bis Ende November 2012 zu unterzeichnen war.⁷³ Formal betrachtet blieb weiterhin Documed Vertragspartner, doch auf der Preisliste und dem Leistungskatalog erschienen die Namen beider Gesellschaften. Auch in der weitergehenden Information an die Zulassungsinhaberinnen war die Rede vom Angebot von *Documed und e-mediati*. Gemäss „*Auftragsformular zum Vertrag*“ ist Documed für das Modul D1 verantwortlich und e-mediati für das Modul E1. Vertraglich ist denn auch festgehalten, dass „*gewisse Leistungen in Zusammenarbeit mit der e-mediati AG erbracht [werden]*.“ Es kann folglich davon ausgegangen werden, dass Documed und e-mediati in diesen Vertragsverhandlungen *gemeinsam* auftraten, auch wenn formell nur Documed Vertragspartner war.

81. In dem der Offerte beiliegenden Schreiben an die Zulassungsinhaberinnen hiess es u.a.: „*Documed garantiert Ihnen in allen Kundengruppen und Sprachregionen der Schweiz eine optimale Präsenz in den Systemen von 115 Softwarehäusern – für Bestellung, Verordnung und Abrechnung. [...] Mit der Unterzeichnung garantieren wir Ihnen auch ab dem 1.1.2013 die*

⁷² <http://www.e-mediati.ch/wAssetsEmediati/bin/de/veranstaltung_2092012/7_NEU_Peter_neues-Angebot.pdf> (zuletzt besucht am 3.5.2015).

⁷³ Vgl. Fragebögen Zulassungsinhaberinnen, Frage 11.

lückenlose Publikation Ihrer Produktinformationen zu allen Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern im Gesundheitsmarkt.“

82. Der nachfolgende Leistungskatalog von Documed/e-mediart listet die entgeltlichen Dienstleistungen auf. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Basisdienstleistung, welche die Module D1 und E1 beinhaltet, nicht identisch ist mit den Dienstleistungen der einzelnen Module von D1 und D2. Daraus lässt sich schliessen, dass der Fokus von Documed/e-mediart bei der Neugestaltung des Leistungskatalogs nicht auf den einzelnen Dienstleistungen bzw. Modulen lag, sondern der entgeltlichen Aufnahme der Medikamenteninformationen in ihre Datenbank:

Leistungskatalog | 2013

Documed

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

DOCUMED UND E-MEDIAT, UNTERNEHMEN DER GALENICA GRUPPE

e-mediat

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

Stand: 19. 9. 2012
Beilage 1

Basisdienstleistung | Module D1 + E1

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

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

D1 Basismodul | Documed

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

E1 Basis Modul | e-mediat

- ▶ Aufnahme der Artikel-, Produkt- und Fachinformationen in die INDEX-Produkte
- ▶ Verteilung der INDEX-Daten in Zusammenarbeit mit über 115 Systemanbietern im Schweizer Gesundheitsmarkt
- ▶ Integration der Produkte in pharmavista inkl. Kurzmonographie ergänzt mit Produktfotografien (sofern vorhanden)
- ▶ Identifizierung
 - ▷ Sachgerechte Fotografie und Vermessung von:
 - ▷ 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 Kurzinformativen («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 Arzneimittel

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

83. Die „Basisdienstleistung“ enthält die Module D1+E1, wobei erst aus der Preisliste (vgl. Anhang 1) klar wird, dass diese auch einzeln buchbar sind. Die im Basisangebot genannten Leistungen decken sich jedenfalls nicht mit den unter D1 und E1 einzeln genannten, respektive lassen sich diesen Modulen nicht ohne Weiteres zuordnen. So wird zumindest gemäss Leistungskatalog bei *einzelnem* Abschluss der Module beispielsweise keine „redaktionelle Qualitätssicherung“ respektive „redaktionelle und technische Aufbereitung der Fachinformationen“ bezogen, wird diese doch weder in D1 noch E1 aufgezählt. Redaktionelle Tätigkeiten

werden explizit nur im Modul D3 erwähnt. Auch das Auftragsmanagement via compendiumPORTAL2 wird nur im Basisangebot explizit genannt, obschon dies das Auftrags-, Verwaltungs- und Erfassungssystem für alle Vertragspartner (auch für solche, die ausschliesslich das Modul D1 buchen) ist. Das optionale Modul D3 enthält wie erwähnt u.a. „redaktionelle Textbearbeitungen“ und damit explizit Tätigkeiten, welche bis 2012 Gegenstand der Verträge mit Documed für die Publikation waren. Die WEKO hat 2008 entschieden, dass die Korrekturarbeiten *im Hinblick auf die Publikation* keine unzulässige Koppelung mit der Publikationsdienstleistung darstellen und die Korrekturarbeiten vernachlässigbar tiefe Kosten verursachen.⁷⁴ Daneben gibt es auch Funktionen im Leistungskatalog, die keinen Bezug zu einer Leistung an die Zulassungsinhaberinnen haben, sondern von den Nachfragerinnen und Nachfragern veredelter Datenbanken nachgefragt werden, wie die „Suche über Wirkstoff, Indikation und therapeutische Gruppe“. Ebendies gilt für den „Clinical Decision Support (CDS)“, ein spezifisch auf Spitäler ausgerichtetes neues Tool.

84. Der dem Schreiben an die Zulassungsinhaberinnen beiliegende Vertrag („*Vereinbarung zur Publikation von Informationen im Arzneimittel-Kompendium der Schweiz und in den Index-Produkten*“) hatte die Geschäftsbeziehung zwischen Documed und den Zulassungsinhaberinnen für die Aufträge zur „Publikation“ von Informationen im Kompendium und „weiteren Diensten“ zum Gegenstand. Unter dem Titel Datennutzung wird Documed ermächtigt, Daten zu nutzen und, erstmals explizit, diese an *e-mediat weiterzugeben*. Beide werden sodann ermächtigt, diese Daten zu bearbeiten (insb. zu vervielfältigen, speichern und in gängigen Informationstechnologien für Formate des Arzneimittel-Kompendiums und der übrigen Dienste zu verbreiten). Documed und e-mediat sind durch den Vertrag berechtigt, fehlende notwendige Daten zu erheben und zu verbreiten. Das „Gut zum Druck“ müssen die Zulassungsinhaberinnen gemäss den compendiumPORTAL2 Bedingungen erteilen. Daneben wird die Haftung von Documed und e-mediat sowie deren Organen, Angestellten und beigezogenen Dritten weitgehend ausgeschlossen.

85. Der Upload auf AIPS ist nicht in den Modulen enthalten. Documed/e-mediat verpflichten sich jedoch, den Upload auf AIPS bei entsprechender Beauftragung vorzunehmen, ohne eine zusätzliche Entschädigung zu verlangen.⁷⁵ Dazu musste die Kundin lediglich ein separates Auftragsblatt ausfüllen, welches der Offerte 2012 beilag.

86. Documed liess den Zulassungsinhaberinnen, die die Offerte nicht unterzeichneten, am 11. Dezember 2012 ein Schreiben zukommen. Das Schreiben enthielt u.a. folgende Aussagen:

„Ab 1. Januar 2013 wird Swissmedic die Plattform „Arzneimittel-Informations-Publikationssystem“ (AIPS) aufschalten. AIPS dient ab diesem Zeitpunkt als rechtlich verbindliche Basis für die Publikation der Fach-Informationstexte, deckt allerdings nur einen Bruchteil der von Documed und e-mediat aufgearbeiteten Stammdatensätze und Datenfelder ab. Die Leistungserbringer – 16'000 Ärzte, 1700 Apotheken, 200 Spitäler, 430 Drogerien, 63 Krankenkassen – sind aber auf umfassende, aktuelle, allgemeingültige und verbindliche Arzneimittelinformationen aus einer Hand angewiesen. Denn ein breit abgestütztes Referenzwerk des schweizerischen Gesundheitswesens erhöht die Patientensicherheit.“

87. Gegen Ende des Schreibens stellte Documed die vom Sekretariat der WEKO aufgeworfenen Frage⁷⁶, ob die Zulassungsinhaberinnen die Möglichkeit haben sollen, a) Leistungen nur für Teile ihrer Produkte in Anspruch zu nehmen oder b) nur in einem Teil der Datensammlungen (z.B. nur hospINDEX) zu publizieren. Der von Documed verfasste, obenstehende Auszug aus dem Schreiben stellt, bevor die Frage aufgeworfen wird, klar, dass weder Documed, noch aus ihrer Sicht die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer an einer solchen Lösung

⁷⁴ RPW 2008/3, 405 Rz 203 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

⁷⁵ Nicht aufgeführt auf der Preisliste, keine zusätzliche Entschädigung für den Upload in der Beauftragung.

⁷⁶ Vgl. Schreiben betreffend Untersuchungseröffnung.

interessiert wären⁷⁷. Weiter strich Documed – unter Bezugnahme auf die Arzneimittelinformationen – in genanntem Schreiben die hälftige Finanzierung und den Nutzen für die Zulassungsinhaberinnen hervor:

„Im Auftrag der Pharmaunternehmen und je zur Hälfte finanziert durch die Industrie und die Leistungserbringer aktualisiert Documed die Arzneimittel-Informationen laufend. 60 qualifizierte Mitarbeitende bringen die gelieferten Daten in die gewünschte Form und komplettieren diese. Dabei sorgen sie dank ihren vielfältigen Dienstleistungen wie Formatkontrolle, Produkteverknüpfung, redaktionelle Bearbeitung, Codierung etc. für eine hohe Qualität und damit für den grösstmöglichen Nutzen in der täglichen Praxis. Dies kommt auch Ihrem Unternehmen zugute.“

88. Die Offertstellung im Oktober 2012 liess zumindest implizit (da ansonsten kein Vertrag abgeschlossen werden müsste) den Schluss zu, dass ohne den Abschluss des E-Moduls die Medikamenteninformationen nicht in den INDEX-Daten vertreten sein werden. Documed/e-mediat bestätigten auch auf Anfrage der Zulassungsinhaberinnen, dass dem so sei.

89. Zum Verhältnis zwischen dem „Rahmenvertrag über die Verbreitung von Informationen über Gesundheitsprodukte auf dem Schweizer Markt“ betreffend Referenzierung in Refdata, mit welcher bislang auch die Präsenz in den Indices garantiert wurde (oben Rz 71 ff.), und dem Modul E1 (teilweise überschneidende Leistungen) hielt e-mediat auf entsprechende Anfrage einer Zulassungsinhaberin hin Folgendes fest:

„Eine Koppelung mit dem RefData Auftrag ist so nicht möglich [...]. Die e-mediat AG hat von RefData den Auftrag erhalten, diese Datenbank zu führen, dies ist jedoch ein Auftragsverhältnis und darf nicht mit dem eigentlichen Angebot der Firma vermischt werden.

Eine automatische Integration der Daten in die Datenbanken der e-mediat ist hierbei nicht vorgesehen. Die Datenbanken der e-mediat AG enthalten sehr viel mehr Informationen als dies von der RefData-Stiftung vorgesehen ist.“

90. Im Widerspruch zu diesen Ausführungen wurde in den Ziffern 5–7 des Rahmenvertrages (Rz 71) geregelt, dass die Daten, die die Zulassungsinhaberinnen zwecks Zuteilung eines Referenzcodes an Refdata liefern, in andere Produkte von e-mediat übernommen werden dürfen. Eine Pflicht dazu wurde zwar nicht statuiert, doch die vertragliche Möglichkeit dazu war vorgesehen.

B.4.2.3 Preisentwicklung

91. Auf die Preisentwicklung in den Verträgen muss nicht im Detail eingegangen werden, da die Preise nicht für konkrete, den Zulassungsinhaberinnen zurechenbare Dienstleistungen gestaltet wurden, sondern insgesamt die Strategie verfolgt wurde, das Gesamtsystem je ca. zu 50 % durch die Zulassungsinhaberinnen und zu 50 % durch die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger zu finanzieren, wie dies u.a. auch in den Parteieinvernahmen bestätigt wurde (s.a. Rz 87, 107 und 112). Demgegenüber hat sich aber das Angebot stark verändert und insbesondere die Publikationsdienstleistung – und damit das komplette frühere Geschäftsfeld von Documed – fiel durch AIPS weg. Die Preise sind somit an die hälftige Finanzierung des Gesamtsystems gebunden und unabhängig des kostenbasierten Aufwands.

92. Die Parteien erwidern, dass es nicht zutreffe, dass die Kostenaufteilung im Verhältnis 50 % Leistungserbringer und 50 % Zulassungsinhaberinnen als strikte Vorgabe verfolgt worden sei. Die diesbezügliche Aussage entstamme einer Momentaufnahme, welche in dieser Form richtig gewesen sei. Heute betrage der Beitrag der Pharmaindustrie nur gerade 40 %. Die Codierung und Strukturierung der Daten stehe im Interesse sowohl der Leistungserbringer, aber auch in jenem der Zulassungsinhaberinnen.

93. Die Parteien erachten eine 100-prozentige Anwendung des Verursacherprinzips bei der Festlegung der Tarife als unmöglich und unwirtschaftlich. Die heutige Preisstruktur orientiere

⁷⁷ Dieses Angebot steht diametral entgegen eigenen Aussagen, dass für Documed/e-mediat das Angebot von Einzeldienstleistungen nicht praktikabel sowie für die Endnutzer Vollständigkeit notwendig sei.

sich an der Kostenstruktur pro Produktkategorie und am Aufwand. Auch wenn den Parteien bekannt sei, wie viele Apotheken, Ärzte bei den medizinisch relevanten Daten arbeiten würden, wie viele Assistentinnen und Assistenten bei den kommerziellen Daten arbeiten würden, würden sie es als sehr schwierig betrachten, die Prozesse genau auseinander zu nehmen.

B.4.3 Vorbringen von e-mediat/Documed in Bezug auf die frühere Vertragsgestaltung sowie effektive Tätigkeit

94. Die Parteien bestreiten die auf dem Wortlaut der vor 2013 abgeschlossenen Verträge sowie der EVR basierenden Schlussfolgerungen, dass die Aufnahme der Arzneimittel- als auch der kommerziellen Informationen in die INDEX-Produkte bisher für und auf Kosten der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer erfolgte. Die vertragliche Abbildung der sich im Laufe der Zeit entwickelten Dienstleistungen möge zwar spärlich gewesen sein, aber aus dieser rein formalen Betrachtung dürfe nicht auf eine missbräuchliche Verhaltensweise geschlossen werden. Sie hätten gegenüber der Pharmaindustrie nicht genügend kommuniziert und nicht explizit aufgeführt, welche Zusatzleistung sie im Prozess der Printaufbereitung und der Strukturierung gemacht hätten. Die Realität hätte gemäss diesen und weiteren Vorbringen der Parteien i.R. der Stellungnahmen und Anhörungen folglich anders ausgesehen:

95. Auch e-mediat/Documed gehen zunächst mit den Behörden einig, dass den Zulassungsinhaberinnen lediglich eine gesetzlich definierte Pflicht zur Publikation in geeigneter Weise obliegt und der darüber hinausgehende Prozess der Veredelung bislang nicht geregelt ist. Folglich bestehe keine explizite Verpflichtung, die Arzneimittelinformationen in codierter und strukturierter Form bereitzustellen. Indes sei in Anbetracht der technischen Weiterentwicklungen und dementsprechender Nachfrage der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer⁷⁸ unter der offenen Formulierung in geeigneter Weise auch die Publikation in den INDEX-Produkten, d.h. die immer wichtiger werdende prozessintegrierte Weitergabe der Daten zu verstehen. Das bisherige Geschäftsfeld von Documed sei durch AIPS nicht komplett weggefallen. Die Dienstleistung von Documed hätte in der Überprüfung⁷⁹, Überarbeitung und Publikation der Arzneimittelinformationen in „geeigneter Form“ bestanden. Das Geschäftsfeld hätte unter anderem auch die Publikation der Fachinformationen in strukturierter Form über die INDEX-Datenbanken enthalten. Das Kompendium enthalte immer Informationen, welche über den Umfang von AIPS hinausgingen. Die Fachinformationen würden seit 2008 in die INDEX-Datenbanken überführt, so dass von Seiten Documed die Strukturierungsarbeiten für die Aufbereitung des Kompendiums zu grossen Teilen in die INDEX-Datenbank mittels Codierung hätten übernommen werden können. Schon vor 2004, dem Zeitpunkt der Übernahme der Documed durch Galenica, habe zwischen Documed und e-mediat ein Vertrag bestanden und hätten sich die beiden Unternehmen gegenseitig mit Daten und Codes beliefert. Der Austausch der Informationen sei kostenpflichtig gewesen. Documed habe e-mediat die strukturierten Arzneimittelinformationen zu einem Pauschalpreis von CHF [...] geliefert und e-mediat Documed die packungsorientierten Daten und Codes aus dem Galdat-Datenstamm zu einem Pauschalpreis von CHF [...]. Mit der Bezahlung von CHF [...] für die Lieferung der strukturierten Daten sei gemäss den Parteien aber nicht der Gesamtaufwand für die Aufbereitung abgegolten worden. Dieser würde und werde vielmehr zum ganz überwiegenden Teil durch die Zulassungsinhaberinnen finanziert.

96. Weiter werde vom Sekretariat nicht anerkannt, dass zwischen den Informationen im Kompendium und den heutigen INDEX-Datenbanken eine enorme Wertschöpfung läge.

⁷⁸ Diese Formulierung macht deutlich, dass sich die Entwicklung der INDEX-Datenbank und damit der Ausbau des Angebotes an den Bedürfnissen der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer orientiert.

⁷⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die nachfolgenden Ausführungen zur Qualitätssicherung, Rz 102.

97. Der Index sei seit 2008 – entsprechend der Nachfrage der Ärzte, Spitäler, Apotheken, Drogerien⁸⁰ etc. – stetig und drastisch ausgebaut und für eine differenzierte Nutzbarkeit massiv optimiert worden.⁸¹ Die Komplexität des Datensatzes hätte sich stark erhöht: Während 2008 ein Eintrag in den INDEX-Datenbanken aus rund 370 Informationselementen pro Arzneimittel bestanden habe, habe sich die Zahl bis 2013 auf knapp 700 fast verdoppelt⁸². Die zusätzlichen Datenfelder beträfen insbesondere die Arzneimittelinformationen (Anstieg von 227 auf 451 Datenfelder) und nicht die Stammdaten, welche historisch gesehen, von den Leistungserbringern finanziert worden seien. Weiter führt HCI an, dass der Anteil der von HCI direkt oder indirekt redaktionell zu verantwortenden Felder laufend zugenommen habe und heute beinahe drei Viertel der Datenstrukturen (72 %) betrage. Der Anteil an öffentlichen Daten sei von ca. 35 % auf 28 % zurückgegangen. Entsprechend seien die Kosten für die Datenveredlung bereits im Vorfeld der Systemänderung im Jahre 2013 infolge stetiger Zunahme des benötigten Bearbeitungsaufwands laufend und bedeutend angestiegen.

98. Die Aufbereitung der Daten für die INDEX-Produkte und die Überführung in ein maschinenlesbares Format sei ein intellektuell anspruchsvoller, arbeitsintensiver und in Bezug auf die Patientensicherheit sensitiver Prozess. Gemäss Schätzungen der HCI betrage der durchschnittliche Aufwand für die Aufbereitung eines neuen Präparates (inklusive Anreicherung mit zusätzlichen Informationen sowie Vereinheitlichungen, damit Dosierungen abgestimmt werden) in das maschinenlesbare Datenformat zirka 27 Stunden. Die Arbeiten würden von einer Fachredaktion, bestehend aus 50 Fachpersonen (Ärzte, Apotheker und Drogisten sowie speziell geschulte Medizin-Informatiker), vorgenommen.

99. Die direkt an die e-mediat gelieferten oder über AIPS erhältlichen Arzneimittelinformationen müssten in eine stark verästelte Datenbankstruktur überführt werden. Ein Grossteil der Datensätze liesse sich nicht aus AIPS entnehmen, sondern müsse von der Fachredaktion der e-mediat erarbeitet oder aus verschiedensten öffentlichen und kommerziell erworbenen, neutralen wissenschaftlichen Quellen erschlossen werden. Dabei stellten sich oft schwierige Fragen, welche mitunter aufwändige Abklärungen durch die bei der e-mediat tätigen Apothekerinnen und Apotheker erforderten.

100. Die Überprüfung und Anreicherung der Angaben der Zulassungsinhaberinnen, welche für die Aufbereitung der INDEX-Daten erforderlich sei, überschneide sich mit Arbeitsschritten für die Aufbereitung der Kompendiumsdaten. Die Fachredaktion der beiden früheren Rechtseinheiten sei eine einheitliche gewesen.

101. Die Daten enthielten wichtige Informationen in maschinenlesbarer Form, welche für die Medikation nutzbar und in den von der Swissmedic geprüften Fachinformationen nicht, nicht vollständig und/oder nur in variabler Prosaform enthalten seien. Als Beispiele könnten hier Angaben zu Hilfsstoffen, Maximaldosierungen, Angaben zur Anwendung bei Nieren- oder Leberinsuffizienz, Angaben zur Anwendung bei Schwangerschaft/Stillzeit, Kinderdosierungen⁸³,

⁸⁰ Insbesondere die Bedürfnisse der Spitäler hinsichtlich Fachinformationen in elektronischer Form hätten sich in den letzten Jahren, mit zunehmender Einführung von klinischen Informationssystemen und elektronischer Verschreibungsprogrammen, grundlegend verändert, sie hätten an Komplexität gewonnen.

⁸¹ Die Umstellung vom veralteten, nicht modular erweiterbaren ASCII-Format (Galdat) auf Datensätze in XML-Format (INDEX) bedeute eine beträchtliche Effizienz- und Qualitätssteigerung: Diese Daten-Produkte seien anwenderorientiert, modular aufgebaut und viel umfangreicher als Galdat und die IGM-Daten.

⁸² Früher enthielten die Daten im Wesentlichen die logistischen und ökonomischen Mindestinhalte, heute würden sie in Kombination mit den Informatiksystemen der Leistungserbringer bei der Verschreibung und Anwendung zentrale Funktionen, welche für einen effizienten und sicheren Einsatz von Medikamenten nicht mehr wegzudenken seien, erfüllen.

⁸³ Beispielhaft für Verknüpfungen von Arzneimitteln mit in der Fachinformation nicht oder nur am Rande enthaltenen wissenschaftlich evaluierten und codierten Angaben von Institutionen, die unabhängig Risiken bewerten. Weitere wären Anwendungsempfehlungen bei Nieren- und Leberinsuffizienz und Regelwerken zum Umgang mit Interaktionen bei multimorbiden Patienten.

Angaben zu Kontraindikationen und Allergien genannt werden. Weiter enthielten die Datenbanken wirtschaftliche und vertriebsbezogene Informationen, welche für die Abrechnung mit Krankenkassen, die Logistik (bspw. die Frage, ob ein Produkt gekühlt werden muss) und administrative Belange relevant seien.

102. Die Ergänzung um solche in den Fachinformationen nicht enthaltene, von Documed/e-mediat selbst generierte Informationen ist nicht mit einer sprachlichen und redaktionellen Qualitätssicherung, wie sie bereits für die Publikation der FI und PI erforderlich ist (vgl. Rz 66), gleichzusetzen. Entsprechend dienen die von Documed/e-mediat als „qualitätsgesicherte Daten“ vermarkteten Indexe auch vielmehr einer gewissen Medikationssicherheit als der von Documed/e-mediat stets vorgebrachten, aber mit der Zulassung von Swissmedic verbundenen Patientensicherheit (vgl. auch Rz 328 und 353 f.). Solche Daten würden zu erhöhter Patientensicherheit führen, da damit EDV-unterstützt gefährliche Interaktionen erkannt und Fehler bei der Medikation (bspw. Maximaldosierungen) verhindert werden könnten.

103. HCI sei bei den Informationen, welche in ihren Datenbanken vertreten sind, nicht bereit, auf eine Qualitätskontrolle zu verzichten.⁸⁴ Diese müsse zwingend erfolgen, sofern HCI weiterhin dieselbe Datenqualität sicherstellen wolle. Die Fachinformationen anlässlich der Aufnahme in die Internetplattform compendium.ch und die INDEX-Datenbanken einer redaktionellen und technischen Qualitätskontrolle zu unterziehen, sei angesichts ihrer Bedeutung für die Patientensicherheit in jedem Fall unerlässlich – mithin auch im Falle eines «Imports» aus AIPS. Die Qualität der auf AIPS hochgeladenen Informationen könne nicht mit jener des Compendiums verglichen werden, welches einerseits überprüfte Informationen enthalte und andererseits mit zusätzlichen Daten angereichert werde

104. Die verschiedenen Innovationen von HCI in der Verteilung der Arzneimittelinformationen seien von den Pharmaherstellern gefordert und mitgetragen worden, selbst wenn bislang nicht explizit ein spezifisch ausgewiesenes Entgelt dafür verlangt worden sei.

105. Dass es auch Sache der Hersteller sei, für die Strukturierung und Codierung der Arzneimittelinformationen aufzukommen, zeige der Umstand, dass sich die Industrie im Rahmen der HMG-Revision freiwillig bereit erklärt habe, einen Vorschlag mit Kostentragung durch die Zulassungsinhaberinnen in den parlamentarischen Prozess einzubringen. Von den 689 Datenfeldern im gesamten INDEX-Datenbestand (Stand 2016) werde künftig ein substantieller Teil ausschliesslich auf Kosten der Industrie aufbereitet.

B.4.4 Praxis von Documed/e-mediat ab 2013

B.4.4.1 Einzelvereinbarungen

106. Obwohl im Nachgang zum Informationsanlass von Documed/e-mediat im September 2012 und der anschliessenden Offertstellung die begründete Befürchtung bestand, dass Zulassungsinhaberinnen ohne Vertrag bzw. ohne Modul E1 aus den Indices gelöscht werden (vgl. dazu Rz 88 und 325 ff.), wurde dies nicht getan. Stattdessen war ab Januar 2013 bis zum Ende dieser Praxis im September 2013 die Mutation und Neuaufnahme von Arzneimittelinformationen von Zulassungsinhaberinnen ohne Rahmenvertrag E1 auf Basis von Einzelvereinbarungen möglich. e-mediat verpflichtete sich dabei, die Neuaufnahme bzw. Mutation aufgrund der Einzelvereinbarung kostenlos in die INDEX-Datenbanken aufzunehmen bzw. zu ändern. Gemäss Ziffer 3 der Einzelvereinbarung stellte e-mediat aber in Aussicht, dass die Aufnahme bzw. Mutation der Daten länger dauern könnte als bei Vertragspartnern. Dies führte dazu, dass die Produkteinführung wesentlich verzögert werden konnte oder auch [...].⁸⁵ Documed/e-mediat stellten aber auch klar, dass bei einem späteren Vertragsabschluss die Leistung nachträglich verrechnet werde.

⁸⁴ Sich selber davon überzeugen zu können, dass neu aufgenommene Daten erstens vollständig seien und zweitens keine unzutreffenden Informationen enthielten, bilde für HCI einen grundlegenden Bestandteil einer sorgfältigen und verantwortungsbewussten Leistungserbringung.

⁸⁵ Diverse Zulassungsinhaberinnen gaben an, dass die Folgen des Nichtabschlusses eines Vertrages u.a. zeitliche Verzögerungen bei der Aufschaltung von neuen Arzneimittelinformationen bzw. Mutation von Bestehenden waren (Fragebögen Zulassungsinhaberinnen, Antworten auf Frage 12b).

107. Die Zulassungsinhaberinnen, die keinen Vertrag bzw. einen Vertrag ohne Modul E1 abgeschlossen hatten, wurden am 19. März 2013 u.a. wie folgt informiert:

„Die Leistungen der e-mediast sind nicht nur für die Leistungserbringer, sondern auch für die Hersteller bzw. Zulassungsinhaberinnen relevant, da die Aufbereitung der kommerziellen Daten (Preise, Kassenzulässigkeit) und der Fachinformationen durch die e-mediast AG eine entscheidende Voraussetzung für einen effizienten und sicheren Vertrieb von Arzneimitteln bilden. Aus diesem Grunde verrechnet die e-mediast die hierfür erforderlichen Leistungen wie bisher (bis 2012 via Documed) je hälftig den Zulassungsinhaberinnen und den Leistungserbringern.

Seit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom Sommer 2011, mit dem in Folge durch Swissmedic für Zulassungsinhaberinnen die Publikationspflicht gegen Entgelt bei Dritten aufgehoben wurde, ist die Branche in einem Change-Prozess. Bis 2012 konnte die Datenaufbereitung für die INDEX-Datenbanken durch entsprechende redaktionelle Leistungen der Documed-Redaktion vereinfacht und mitfinanziert werden. Eine derartige Unterstützung kann Documed unter den neuen Rahmenbedingungen nicht mehr leisten, e-mediast ist auf sich gestellt und muss gleichzeitig mit knappen Ressourcen haushalten.

Da aber kein Rahmenvertrag „E1“ abgeschlossen wurde, braucht es für die Datenverarbeitung durch e-mediast eine vertragliche Grundlage. Für die Neuaufnahme und Eingliederung Ihres Produktes in die Systematik unserer INDEX-Datenbanken benötigen wir eine explizite Beauftragung und Bestätigung Ihrerseits, für die Zulassungsinhaberinnen einen oder mehrere Pharmacode(s) zuzuteilen und mit vollständigen Informationen gemäss unserem Regelwerk angereichert in unsere Publikationsplattformen einzuspeisen und aktuell zu halten. Aus diesem Grund haben wir das Formular um die Rubrik „Mutationen“ vervollständigt.“

B.4.4.2 Einführung Label „QAP“

108. Im März und April 2013 informierte e-mediast die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer (die Softwarehäuser wurden bereits im Januar 2013 informiert) über die Einführung des „QAP Labels“ (QAP= „Quality Assurance Partnership“; „Quality Approved“). Arzneimittelinformationen von Zulassungsinhaberinnen, die mit Documed/e-mediast zusammenarbeiten, werden als qualitätsgeprüft ausgezeichnet. Dabei wurde dieses Label jedoch nicht den Arzneimittelinformationen von Vertragspartnern von Documed/e-mediast beigelegt, sondern Arzneimittel von Zulassungsinhaberinnen ohne Vertrag, welche geänderte FI und/oder PI auf AIPS aufgeschaltet haben, wurden mit diesem Label gekennzeichnet, bis die Anpassung in der Datenbank erfolgt. Dabei wurde QAP mit einem „?“ verbunden, was signalisieren sollte, dass die entsprechende Qualitätssicherung fraglich ist. In genannten Schreiben stellte e-mediast klar, dass AIPS keine Bearbeitungsplattform sei und keine Übersetzungsprüfung enthalte. Sodann wurde über die wichtigsten Änderungen betreffend Qualität und Aktualität der verfügbaren Informationen, welche die Umstellung auf AIPS mit sich bringe, informiert. Im Brief vom 6. März 2013 an die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer hielt e-mediast u.a. Folgendes fest:

„1. [...] Documed und e-mediast haben weiterhin den Anspruch, Sie als Leistungserbringer mit qualitätsgesicherten und praxisnahen Arzneimittelinformationen zu versorgen. Die Mehrzahl der Pharmafirmen hat sich bereit erklärt, diese Aufgabe im Sinne der Patientensicherheit zu unterstützen. Diese Firmen nutzen die von Documed bereitgestellten Software-Werkzeuge und arbeiten direkt mit unserer wissenschaftlichen Redaktion zusammen. [...]

4. Die Prüfung der Arzneimittelinformationen der Firmen, die nicht mit unseren Fachredaktionen zusammenarbeiten, muss in einem separaten Prozess erfolgen. Documed und e-mediast prüfen derzeit, welche klinischen Informationen sie von Nicht-Vertragspartnern aufnehmen dürfen. Rechtliche Fragen wie die der Haftung bei Firmen, die über das AIPS potentiell ungesicherte Informationen publizieren, werden geprüft. Die Verhandlungen zur Klärung der Rechte und Pflichten kann bei einzelnen – grossen wie kleinen – Firmen leider noch weitere Monate dauern.

5. Aus Gründen der Patientensicherheit sind Documed und e-mediat verpflichtet, die Daten zu Arzneimitteln von Vertragspartnern und Nicht-Vertragspartnern unterschiedlich zu kennzeichnen. Somit können die Leistungserbringer sofort erkennen, ob die Informationen von Documed und e-mediat qualitätsgesichert sind oder die Basisinformationen von der Zulassungsinhaberin direkt hochgeladen wurden. Im zweiten Fall liegt die Verantwortung für Richtigkeit und Vollständigkeit für die Angaben ganz allein bei der verantwortlichen Firma. [...]

Documed setzt alles daran, die Arzneimittelsicherheit mit qualitativen und umfassenden Dienstleistungen zu unterstützen. Wir sind dabei aber letztendlich auf den Willen der Zusammenarbeit aller Partner angewiesen.“

109. Im Schreiben vom 25. April 2013 wurde u.a. betreffend die Einführung der Kennzeichnung geänderter Arzneimittelinformationen durch das Label [QAP?] wie folgt informiert:

„Die Kennzeichnung soll es den Leistungserbringern ermöglichen, sofort zu erkennen, ob die Informationen durch Documed und e-mediat qualitätsgesichert geprüft wurden oder ob die Basisinformationen von der Zulassungsinhaberin direkt in die Referenzdatenbank AIPS der Swissmedic hochgeladen wurden. Verzichten die Zulassungsinhaberinnen auf die Qualitätssicherung durch Documed und e-mediat, so liegt die Verantwortung für Richtigkeit und Vollständigkeit für die Angaben allein bei der jeweiligen Firma.

Sie erkennen einen dahingehend geänderten Status der Informationsqualität an der im Produktnamen enthaltenen Bezeichnung [QAP?]. Der Hinweis bedeutet, dass zu diesem Produkt im AIPS eine geänderte Information vorliegt, diese aber noch nicht für die Integration in die INDEX-Produkte sowie www.pharmavista.net und www.compendium.ch berücksichtigt werden konnte. [...]

Erfreulicherweise ist die Zahl der Zulassungsinhaberinnen, die sich mit uns zusammen für die Qualitätssicherung einsetzen, weiter gestiegen. Damit sinkt die Zahl der Produkte weiter, die entsprechend temporär gekennzeichnet werden müssen.“

110. Das [QAP?]-Label erschien ab dem 1. Mai 2013 in den Datenbanken. Verlinkt waren gleichzeitig auch „ähnliche Produkte“. Bei „ähnlichen Produkten“ handelt es sich um Produkte mit der gleichen Indikation, die jedoch von Vertragspartnern von Documed/e-mediat herausgegeben werden. Gemäss Documed/e-mediat seien grundsätzlich alle Produkte über therapeutische Codesysteme (z.B. ATC) mit anderen Produkten verbunden. Entsprechend bestehe der Verweis auf andere Produkte unabhängig vom Vertragsstatus (Nichtvertragspartner oder Vertragspartner).

111. Das Label war zudem auch in der refdatabase ersichtlich. Die Referenzierung über Refdata ist jedoch unabhängig vom Abschluss eines Vertrages betreffend die Aufnahme in die INDEX-Produkte (E-Modul). Refdata stehen alle nötigen Daten für die Referenzierung zur Verfügung. Auch beim Einkauf von Arzneimitteln von Nicht-Vertragspartnern im Einzelhandel erschien die Kennzeichnung auf dem Kaufbeleg und auf Rezepten.

112. Infolge Intervention von Swissmedic änderte sich das Label [QAP?] ab dem 15. August 2013 in die Kennzeichnung „[!]“.⁸⁶ Unveränderte Daten werden ohne Vermerk im System beibehalten. Bei Änderungen in AIPS erscheinen die Produkte von Nichtvertragspartnern mit Verweis [!] im System, was den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern signalisieren soll, dass die automatisierte Interaktionsprüfung nicht funktioniere respektive u.U. falsche Ergebnisse liefere. e-mediat informierte die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer über diese neuerlichen Änderungen u.a. wie folgt (Hervorhebungen hinzugefügt):

„Swissmedic prüft und genehmigt die Fach- und Patienteninformation lediglich in einer Sprache. Seit der Einführung dieser neuen Plattform können Pharmafirmen alle Texte direkt auf der Swissmedic-Plattform publizieren, auch ohne externe Qualitätskontrolle. Documed kann die Texte von Nicht-Vertragspartnern erst nach der Veröffentlichung auf AIPS prüfen.

⁸⁶ <<http://www.e-mediat.ch/de/qap/index.php>> (zuletzt besucht am 12.10.2015).

Die Prüfung, Systematisierung und Codierung von Änderungen der FI und PI in die INDEX-Datenbanken sind sensitive und aufwändige Tätigkeiten und mit einem beträchtlichen personellen Aufwand verbunden. Bislang wurden die dadurch verursachten Kosten zu 50 % von den Zulassungsinhaberinnen und zu 50 % von den Leistungserbringern getragen. Der Umstand, dass sich gewisse Zulassungsinhaberinnen nicht mehr an diesen Kosten beteiligen wollen, hat zur Folge, dass die Ressourcen angepasst werden mussten und es somit zu zeitlichen Verzögerungen kommen kann. Dabei werden die Daten der Vertragspartner prioritär behandelt.“

B.4.4.3 Aufnahme nach Bedarf

113. Ab 1. Oktober 2013 wurde die Praxis mit Einzelvereinbarungen eingestellt und Neuaufnahmen und Änderungen betreffend Medikamente von Nicht-Vertragspartnern wurden nur in die Indices übernommen, falls ein „entsprechendes Bedürfnis“ seitens der Leistungserbringerrinnen und Leistungserbringer besteht. e-mediat informierte über diesen Schritt wie folgt:

„Für die Verteilung neuer oder mutierter Produkte von Nichtvertragspartnern in den INDEX-Datenbanken behält sich e-mediat das Recht vor, die Angaben entsprechend den Bedürfnissen der Leistungserbringer aufzunehmen.“

114. Nach diesem „Bedarfsprinzip“ nehmen Documed/e-mediat bzw. durch die Umstrukturierung HCI auch noch zum Zeitpunkt des Entscheides neue Arzneimittelinformationen in die Indices auf bzw. ändern die Daten. Diese Aufnahme erfolgt gemäss Angaben von Zulassungsinhaberinnen/yweseje je nach Entscheidung von Documed/e-mediat relativ zügig oder aber verzögert bzw. gar nicht.

115. Diese Aufnahme in die Indices verlief und verläuft nicht ohne weitere Komplikationen. So gab es Vorfälle bei Medikamenteninformationen von Nicht-Vertragspartnern, dass gewisse Informationen nicht aufgenommen wurden, wie z.B. die Kategorisierung, ob ein Produkt in der Spezialitätenliste des BAG ist oder nicht, also von der Grundversicherung übernommen wird oder nicht. Und auch die Verknüpfung mit dem Pharmacode verlief nicht immer problemlos, was zu Rückgängen in den Bestellungen führen konnte.

116. Entscheidend jedoch ist, dass Documed/e-mediat entscheiden, ob die Aufnahme in die INDEX-Produkte stattfindet oder nicht. Kommen sie zum Schluss, dass keine Nachfrage bestehe, werden die Daten auch nicht aufgenommen. Insbesondere bei der Neulancierung eines Produktes verschlechtert dies die Erfolgchancen erheblich. Ohne Präsenz bei den Leistungserbringerrinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern ist der kommerzielle Erfolg eines Medikamentes erheblich in Frage gestellt⁸⁷. Aus diesem Grund haben auch gewisse Zulassungsinhaberinnen einen Vertrag abgeschlossen.

B.4.4.4 Regelung und Finanzierung der Aufnahme von Arzneimittelinformationen betreffend homöopathische Produkte und Daten von Non-Pharma Produkten in die Indices

117. Die Verträge über die Aufnahme von Informationen, die nie einem Obligatorium unterstanden (bspw. Daten von Non-Pharma Produkten), wurden hingegen ganz anders gestaltet.

118. Eine Zulassungsinhaberin ([...]) hat z.B. im Rahmen der Befragung Folgendes bemerkt:

„Wir vertreiben viele Nicht-Arzneimittel (vorwiegend Medizinprodukte). Diese sind ja auch in den besagten INDEX-Produkten und da wurde noch nie etwas verrechnet. Weshalb dieser Unterschied durch e-mediat besteht, ist uns nicht klar, die Leistung ist unseres Erachtens die gleiche.“

⁸⁷ Die Parteien weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Produkte auch ohne Präsenz der kommerziellen Daten im INDEX bestellt, verkauft und abgerechnet werden könnten. Gleichzeitig betonen sie indes wiederholt, dass eine Präsenz in der INDEX-Datenbank [Aufbereitung der kommerziellen Daten und der Fachinformationen durch HCI] Grundlage eines sicheren und effizienten Vertriebes sei, womit sich der Nutzen seitens der Pharma-Industrie und damit deren Beitragspflicht rechtfertige.

119. Demgegenüber hat [...] einen „Vertrag über die Verbreitung von Artikelinformationen über Gesundheitsprodukte auf dem Schweizer Markt“ mit e-mediati betreffend „Zurverfügungstellung von Artikel-Daten von Nicht Swissmedic registrierten Produkten des Schweizer Gesundheitsmarktes“. Bearbeitung und Aufnahme der via Meldeformular zur Verfügung zu stellenden Informationen erfolgen gegen eine Listing Fee pro Produkt. Die Kosten sind überschaubar: Ersterfassung des Dossiers CHF 5.–; Pflege CHF 3.–/Jahr.

120. Auf der Homepage von e-mediati werden die Kosten für Parapharmazeutika und Produkte ohne behördlich genehmigte Fachinformationen (Informationen zu sonstigen Pharmaprodukten) ebenfalls deklariert. Für Parapharmazeutika kostet die Dossiereröffnung CHF 5.– pro Artikel und CHF 3.– pro Artikel und Jahr für die Pflege. Produkte ohne behördliche genehmigte Fachinformationen kosten pro Artikel und Jahr CHF 50.–.⁸⁸

121. Auch betreffend homöopathische Arzneimittel, für die erleichterte Bestimmungen in Bezug auf die Arzneimittelinformationen gelten (vgl. Rz 28), verfolgte e-mediati eine andere Strategie bei der Umstellung auf die Indices 2013. Eine Zulassungsinhaberin ([...]), die früher für das Kompendium, dann 2012 für die flat-fee und auch für die Referenzierung in der refdata-base einen Vertrag hat, gab dazu an:

„Wir sollten einen Vertragsentwurf erhalten. Wir haben diesen Entwurf nicht erhalten. Auf unsere telefonische Anfrage hin bekamen wir die Auskunft, dass wir uns nicht sorgen müssten. Auch ohne Vertrag seinen unsere Mittel weiterhin im online Kompendium. Für homöopathische Mittel müsste erst noch ein Vertrag entworfen werden.“

B.4.4.5 Leistungsangebot 2016

122. Das Angebot von Documed/e-mediati hat sich seit der Offertstellung 2013 leicht verändert. Der Vertragsgegenstand an sich bleibt jedoch derselbe: Die Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Datenbank und der anschliessende Vertrieb dieser Daten. Der Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS ist nun hingegen fester Bestandteil des D-Moduls.⁸⁹ Für die vorliegende Beurteilung wird jedoch das Leistungsangebot 2013 herbeigezogen, da sich zu diesem Zeitpunkt die zu beurteilende Verhaltensweise in besonderem Masse zeigt.

B.4.4.6 Leistungsangebot 2017

123. Im April 2016 wurde das Sekretariat durch die Untersuchungsadressaten über das neue Preismodell für das Jahr 2017 informiert. Aufgrund der laufenden Untersuchung und der gescheiterten Verhandlungen betreffend eine einvernehmliche Regelung (vgl. Rz 158 f.) habe sich HCI entschieden, das Preismodell ab 2017 stärker aufwandorientiert zu gestalten. Entsprechend würden ab 2017 für die Zulassungsinhaberinnen höhere Kosten im Zeitpunkt der Markteinführung eines Produktes anfallen, die Kosten für die Pflege und Verteilung der Daten unveränderter Produkte würden hingegen reduziert.

C Prozessgeschichte

C.1 Vorabklärung

124. Im Jahr 2010 hat das Sekretariat in Sachen Medikamentenvertrieb in der Schweiz eine Vorabklärung eröffnet. Dies aufgrund von Mitteilungen und Anzeigen von Zulassungsinhaberinnen und Unternehmen aus der Vertriebskette betreffend eine allfällige marktbeherrschende Position, Missbrauch derselben sowie Absprachen in diesem Wirtschaftsbereich. In diesem Verfahren gab es auch Hinweise auf mögliche Verstösse gegen das Kartellgesetz im Bereich der Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen.

⁸⁸ <http://www.e-mediati.ch/wAssetsEmediati/bin/de/Artikelstammdaten/2014_12_16_aktuell_einlageblatt_preise_v0111_internerdruck.pdf> (zuletzt besucht am 22.10.2015).

⁸⁹ <http://www.hcisolutions.ch/wAssetsHCI/bin/de/offers/industry/hci_dienstl_de_2015_v0402_ia.pdf> (zuletzt besucht am 22.9.2015).

125. Am 30. Dezember 2011 schickte das Sekretariat einen Fragebogen an e-mediart, welcher sich insbesondere auf den Vertrieb von Medikamenteninformationen bezog. Mit Eingabe vom 5. März 2012 beantwortete e-mediart den Fragebogen. Am 8. Juni 2012 nahm Documed auf einen zweiten Fragebogen Stellung, in welchem die aktuelle Entwicklung der regulatorischen Rahmenbedingungen und die Preisentwicklung seitens Documed Thema waren.

126. Zwischen dem 18. Januar 2012 und dem 7. Dezember 2012 haben verschiedene Unternehmen ([...]) ergänzende Informationen geliefert. Diese bezogen sich einerseits auf das Verhalten von e-mediart, welche ihre mutmasslich marktbeherrschende Stellung durch Erzwingung unangemessener Preise oder Drohung, die Zulassungsinhaberinnen aus ihren Produkten zu löschen, missbraucht haben soll, und andererseits auf die allgemeine Struktur und Funktionsweise des Marktes, insbesondere auch in Bezug auf den Vertrieb elektronischer Medikamenteninformationen durch die Softwarehäuser. Zusätzlich wurde das Sekretariat auf die Funktionsweise von AIPS und auf eine mögliche Kampfpfeisunterbietung in Verdrängungsabsicht durch HCI während der Ausschreibung von AIPS aufmerksam gemacht.

127. Am 11. Oktober 2012 ging beim Sekretariat eine Anzeige gegen Documed und e-mediart ein. Anzeigerin war ywesee, eine Gesellschaft, die Softwaredienstleistungen und Datenbanken auf dem Gesundheitsmarkt anbietet.⁹⁰ Es wurden die Eröffnung eines formellen Verfahrens und zugleich der Erlass von vorsorglichen Massnahmen gegen Documed und e-mediart beantragt. Die Anzeige und der Antrag wurden sinngemäss damit begründet, dass Documed und e-mediart die Zulassungsinhaberinnen zwingen würden, mit e-mediart neue Verträge über die Aufnahme von Arzneimittelinformationen zum Zwecke der Publikation der Informationen im Kompendium und über die Aufnahme in die Produkte von Documed/e-mediart (INDEX-Produkte) zu schliessen, obwohl diese Arzneimittelinformationen ab dem 1. Januar 2013 im Internet über AIPS für jedermann unentgeltlich verfügbar seien. Documed und e-mediart würden ausserdem ihre mutmasslich marktbeherrschende Stellung dadurch missbrauchen, dass sie die Aufnahme in das Kompendium sowie in die INDEX-Produkte nur gekoppelt und für all ihre Arzneimittel anbieten würden („Bundling“) und der Abschluss eines Mehrjahresvertrages durch hohe Rabatte sehr attraktiv sei, was den Eintritt von Konkurrenten stark erschwere. Weiter drohe e-mediart, die Daten derjenigen Zulassungsinhaberinnen aus den INDEX-Produkten zu entfernen, welche nicht bereit seien, neue Verträge zu schliessen. Dies sei für das Schweizer Gesundheitswesen verheerend, weil dann ein Auffinden diverser Arzneimittel bei den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern nicht mehr gewährleistet sei, was die Patientensicherheit gefährde und zu Verzerrungen des Absatzes auf Stufe der Zulassungsinhaberinnen führe, da die Arzneimittel, die nicht in den Indices erscheinen, durch andere, in den Indices ersichtliche Arzneimittel, substituiert würden.

128. Der Eingang des Antrages wurde den Parteien mitgeteilt; diese nahmen per 29. Oktober 2012 dazu Stellung. Darin stellten die Parteien verschiedene Verfahrens- sowie Sachanträge, unter anderem, dass auf das Gesuch nicht einzutreten bzw. das Gesuch abzuweisen sei.

129. Mangels Vorliegen der spezifischen Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen, konkret aufgrund fehlender Dringlichkeit, hat das Sekretariat bei der WEKO keinen entsprechenden Antrag gestellt. Mit Schreiben vom 14. Dezember 2012 informierte das Sekretariat die Gesuchstellerin, dass ihrem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht stattgegeben werden konnte und dementsprechend das Sekretariat keinen Antrag an die WEKO stellen werde.

130. Documed und e-mediart haben sich im Rahmen der Vorabklärung auch ausserhalb der Fragebögen und der Stellungnahme zum Antrag vom 11. Oktober 2012 wiederholt zum Sachverhalt der Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen geäussert. Insbesondere am 11. September 2012 und am 16. Oktober 2012 lieferten die Parteien Informationen zur künftigen Vertragsgestaltung mit den Zulassungsinhaberinnen nach Inkrafttreten von AIPS.

⁹⁰ Insbesondere über die Softwarelösung oddb2xml, die die Gesellschaft direkt über <www.oddb.org> vertreibt, aber auch als Datenlieferant für andere Plattformen (<www.just-medical.com>/<www.med-drugs.ch>, alle Seiten zuletzt besucht am 16.9.2015).

C.2 Untersuchung

131. Aufgrund der zahlreichen Vorwürfe im Bereich der Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen, der Aktualität der Problematik infolge der Einführung von AIPS per 1. Januar 2013 sowie der diesbezüglich weiter fortgeschrittenen Ermittlungen im Vergleich zu anderen im Rahmen der Vorabklärung „Medikamentenvertrieb in der Schweiz“ untersuchten Elementen, entschied das Sekretariat, diesen Bereich aus der Vorabklärung zu lösen. Das Sekretariat eröffnete im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums am 6. Dezember 2012 die vorliegende Untersuchung 32-0249 Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen gegen Galenica, HCI, Documed und e-mediat. Die Eröffnung der Untersuchung gab das Sekretariat am 7. Dezember 2012 den Untersuchungsadressaten bekannt. Am 28. Dezember 2012 gab das Sekretariat die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG bekannt.⁹¹

132. Die Untersuchung sollte aufzeigen, ob Galenica bzw. HCI, Documed sowie e-mediat im Bereich Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen über eine marktbeherrschende Stellung verfügen und ob sie diese Stellung gegebenenfalls gegenüber Pharmaherstellern und Konkurrenten missbrauchen.

133. Es bestanden zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung Anhaltspunkte für entsprechende, möglicherweise unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen seitens der genannten Unternehmen im Bereich der Verarbeitung und des Vertriebs von elektronischen Medikamenteninformationen. e-mediat und Documed schienen aufgrund ihrer Marktstellung in der Lage zu sein, die Zulassungsinhaberinnen zu einer Neuaufnahme und Unterhaltung von Geschäftsbeziehungen betreffend die Aufnahme deren elektronischen Medikamenteninformationen in die Datensammlungen von e-mediat zu bewegen. Die Untersuchung sollte auch Aufschluss über die Kartellrechtskonformität einzelner Vertragsbedingungen geben. Zu diesen zählen u.a. die Verpflichtung derjenigen Zulassungsinhaberinnen, welche einen Vertrag betreffend Aufnahme elektronischer Medikamenteninformationen in die Datensammlungen von e-mediat schliessen, einen solchen für die Medikamenteninformationen all ihrer Produkte abzuschliessen zu müssen. Ausserdem wurde der fehlende Einfluss der Zulassungsinhaberinnen auf die Weiterverwendung ihrer Daten untersucht. Die Untersuchung sollte klären, inwiefern u.a. die genannten Verhaltensweisen zu einer Behinderung von Wettbewerbern auf den verschiedenen Stufen führen. In diesem Zusammenhang wurde auch das Verhalten von HCI im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens von Swissmedic betreffend Betrieb und Verwaltung von AIPS untersucht. Weiter waren die vertikalen Beziehungen zwischen Documed/e-mediat und den Softwarehäusern von Relevanz.

C.2.1 Beteiligung vips und ywesee an der Untersuchung als beteiligte Dritte i.S.v. Art. 43 KG sowie Antrag einer Zulassungsinhaberin auf Beteiligung

134. Mit Schreiben vom 6. Februar 2013 teilte vips, Vereinigung Pharmafirmen in der Schweiz, dem Sekretariat mit, sich am Verfahren als Partei beteiligen zu wollen. Das Sekretariat erkannte vips mit Schreiben vom 18. April 2013 die Stellung als beteiligte Dritte ohne Parteistellung gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG zu.

135. Mit Eingabe vom 21. Juni 2013 nahm vips in ihrer Rolle als beteiligte Dritte zu verschiedenen Aspekten des Verfahrens Stellung (Untersuchung, Patientensicherheit, jetziger Modus, einvernehmliche Regelung, Essential facility). Das Ziel war es, die Wichtigkeit einer funktionierenden Arzneimittelplattform für alle betroffenen Stakeholder zu verdeutlichen.

136. Am 31. Oktober 2014 stellte ywesee einen Antrag auf Parteistellung. Das Sekretariat stellte den Antrag auf Parteistellung den Parteien am 12. November 2014 zu und diese nahmen dazu innert erstreckter Frist am 11. Dezember 2014 Stellung. In der Folge forderte das Sekretariat zusätzliche Informationen von ywesee bezüglich deren Geschäftstätigkeit und inwiefern die untersuchte Verhaltensweise ywesee in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs behindert. ywesee nahm dazu am 9. Januar 2015 Stellung. Mit Schreiben vom

⁹¹ SHAB-Nr. 252–130. Jahrgang vom 28.12.2012, Meldungsnummern 6995846, 6995848 und 6995850; BBI 2012 9833, 9833 f.

9. März 2015 wurde das Gesuch abgelehnt und den Parteien der Entscheid zur Kenntnis gebracht. ywesee wurde jedoch die Beteiligung am Verfahren als beteiligte Dritte ohne Parteistellung i.S.v. Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG zugestanden.

137. Das Sekretariat erhielt am 3. Dezember 2015 einen Antrag einer ZulassungsinhaberIn auf Parteistellung gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG. Derselbe Antrag wurde bereits zu einem früheren Zeitpunkt – nämlich am 30. März 2015 – eingereicht, jedoch aufgrund möglicher Nachteile seitens Documed/e-mediat von der Antragstellerin wieder zurückgezogen. Am 18. Dezember 2015 lehnte das Sekretariat den Antrag auf Parteistellung der ZulassungsinhaberIn ab, da die 30-tägige Frist zur Meldung (vgl. Art. 28 Abs. 2 KG) bereits verstrichen war. Die fristauslösende amtliche Publikation für allfällige Meldungen erfolgte am 28. Dezember 2012.

C.2.2 Ermittlungshandlungen bei diversen Dritten

C.2.2.1 Swissmedic

138. Am 14. März 2013 schickte das Sekretariat einen Fragebogen an Swissmedic zum Thema Entstehung, Ausschreibung und Funktionsweise von AIPS. Swissmedic reichte am 12. April 2013 die Stellungnahme zum Auskunftsbegehren ein. Bis am 10. Dezember 2013 fand die Amtsgeheimnisbereinigung statt. Am 13. November 2013 und am 10. Dezember 2013 reichte Swissmedic noch ausstehende Beilagen ein.

139. Am 27. Mai 2013 fand ein Gespräch zwischen dem Sekretariat und Swissmedic zum Thema AIPS statt. Die Zusammenfassung des Gesprächs wurde zu den Akten genommen und Swissmedic zur Bereinigung und Vervollständigung verschickt. Mit Schreiben vom 19. Juli 2013 beantragte Swissmedic die Beteiligung am Verfahren, insbesondere die Möglichkeit, vor der Kommission Stellung zu nehmen. Nach Prüfung des Antrages teilte das Sekretariat Swissmedic am 1. Oktober 2013 mit, dass deren Antrag nicht stattgegeben werden kann. Swissmedic akzeptierte diesen Entscheid mit Schreiben vom 24. Oktober 2013.

C.2.2.2 Zulassungsinhaberinnen

140. Zwischen dem 28. März 2013 und dem 4. April 2013 verschickte das Sekretariat Fragebogen an alle (ca. 300) Zulassungsinhaberinnen der Schweiz (gemäss Liste Swissmedic). Die Stellungnahmen zum Auskunftsbegehren trafen ab dem 1. April 2013 ein. Zwischen dem 30. Mai 2013 und dem 6. Juni 2013 mahnte das Sekretariat die Zulassungsinhaberinnen, welche den Fragebogen noch nicht beantwortet hatten. Einige Unternehmen wurden nochmals am 20. August 2013 gemahnt. Ab dem 6. Mai 2013 stellte das Sekretariat diversen Zulassungsinhaberinnen Präzisierungs- und teilweise Ergänzungsfragen, welche ab dem 6. Mai 2013 beantwortet wurden.

141. Am 14. Oktober 2013 und am 15. Oktober 2013 nahm das Sekretariat mit verschiedenen Zulassungsinhaberinnen im Hinblick auf die Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse Kontakt auf. Mehrheitlich konnte diese bis Februar 2014, mit den letzten Unternehmen per Mai 2014 abgeschlossen werden.

C.2.2.3 Refdata

142. Mit Schreiben vom 13. Juni 2013 wurde die Stiftung Refdata (vgl. Rz 22e) zu einem Gespräch am 4. Juli 2013 eingeladen. Die Zusammenfassung des Gesprächs wurde zu den Akten genommen und Refdata zur Bereinigung und Vervollständigung verschickt.

C.2.2.4 Softwarehäuser

143. Am 1. Juli 2013 und am 23. August 2013 verschickte das Sekretariat einen Fragebogen an ausgewählte Softwarehäuser aller Vertriebskanäle. Ab dem 10. Juli 2013 bekam das Sekretariat die Antworten. Mit Schreiben vom 19. August 2013 mahnte das Sekretariat diejenigen Unternehmen, deren Antworten noch ausstehend waren. Einzelnen Softwarehäusern stellte das Sekretariat ab dem 21. August 2014 Präzisierungsfragen zum Auskunftsbegehren vom 1. Juli 2013, um ausstehende Fragen zu klären, Informationen zu aktuellen Entwicklungen aus Sicht der Softwarehäuser zu erhalten sowie Verträge nachzufordern. Die Antworten dazu trafen ab dem 10. September 2014 ein.

144. Am 2. Juli 2014 fand ein Treffen zwischen dem Sekretariat und einem Softwarehaus ([...]) statt. Die Zusammenfassung des Gesprächs wurde zu den Akten genommen und dem Softwarehaus zur Bereinigung und Vervollständigung verschickt.

C.2.2.5 Teilnehmende an der Ausschreibung von AIPS

145. Am 18. Juli 2013 schickte das Sekretariat einen Fragebogen an drei Unternehmen, welche nebst HCI an der AIPS-Ausschreibung teilgenommen hatten. Die drei Unternehmen antworteten zwischen dem 1. August 2013 und dem 4. November 2013.

C.2.2.6 Vertrieb von Medikamenteninformationen in Deutschland

146. Am 20. September 2013 befragte das Sekretariat zwei Gesellschaften, die in Deutschland in den Vertrieb von Medikamenteninformationen involviert sind ([...]) über die Markt- und Vertriebsstrukturen von elektronischen Medikamenteninformationen in Deutschland. Die Antworten trafen am 21. und am 22. Oktober 2013 ein. Offene Fragen wurden telefonisch geklärt und eine Zusammenfassung des Inhalts des Gesprächs zu den Akten genommen.

C.2.2.7 Zeugeneinvernahme

147. Am 20. Februar 2014 wurde [...], ehemaliger Mitarbeiter von HCI, zuständig für die Offerte im Rahmen der Ausschreibung AIPS sowie die Entwicklung der Datenbanken von HCI, als Zeuge betreffend die Teilnahme von HCI an der Ausschreibung von AIPS in Anwesenheit der Parteien einvernommen. Das Protokoll der Einvernahme wurde zu den Akten genommen.

C.2.2.8 Ermittlungshandlungen in Zusammenhang mit der HMG Revision

148. Im Frühjahr 2015 holte das Sekretariat bei den verschiedenen zuständigen Stellen (Swissmedic, Sekretariat der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit und Bundesamt für Gesundheit) Informationen über die Entwicklungen im Rahmen der laufenden HMG-Revision im Parlament ein. ywesee äusserte sich ebenfalls zur HMG-Revision, jedoch ohne entsprechende Aufforderung des Sekretariats.

C.2.3 Freiwillige Beteiligung Dritter am Verfahren

149. Am 3. Oktober 2013 hat das Sekretariat die Ankündigung einer Petition des Vereins für die unabhängige Apotheke, IFAK, zur Aufrechterhaltung des pharmINDEX erhalten. Das Sekretariat nahm dazu am 24. Oktober 2013 Stellung. In der Folge erhielt das Sekretariat verschiedentlich Informationen zur Vorgehensweise von IFAK bei der Unterschriftensammlung.

150. Am 14. Oktober 2014 stellte ywesee einen Antrag auf Hausdurchsuchung, den das Sekretariat am 17. Oktober 2014 ablehnte, worauf ywesee erneut dazu Stellung nahm.

151. Neben den hier gesondert aufgeführten Ermittlungshandlungen und freiwilligen Informationen Dritter erhielt das Sekretariat von verschiedenen Seiten laufend Informationen zur Funktionsweise des Marktes, zu AIPS und zu Verhaltensweisen von e-mediat, Documed sowie HCI.

C.2.4 Ermittlungshandlungen bei den Parteien und Beteiligung derselben am Verfahren

C.2.4.1 Parteieinvernahmen und Auskunftsbegehren

152. Am 15. Februar 2013 lud das Sekretariat [...] und [...] zu auf den 20. Februar 2013 festgelegten und durchgeführten Parteieinvernahmen vor. Mit Schreiben vom 13. März 2013 nahmen die Parteien Stellung zu den ausgestellten Protokollen. Am 4. April 2013 verschickte das Sekretariat die überarbeitete Version des Protokolls der Parteieinvernahme mit [...], welches die Parteien am 22. April 2013 unterschrieben retournierten.

153. Mit Schreiben vom 26. Juni 2013 stellte das Sekretariat den Parteien ein Auskunftsbegehren betreffend Tarif- und Rabattgestaltung der Vertragsmodule D1, E1 sowie das Basismodul D1/E1 sowie betreffend Anzahl und Umsatz der Verträge je Modul zu. Mit Eingabe vom 2. Juli 2013 beantworteten die Parteien den Fragebogen, worauf das Sekretariat seinen Fragebogen weiter präziserte. Die Parteien antworteten darauf am 5. August 2013.

154. Mit Eingabe vom 10. Februar 2014 beantragten die Parteien eine Befragung der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer (insb. Apotheken, Ärztinnen und Ärzte und Spitäler). Aufgrund der sich anbahnenden Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung (vgl. nachstehend Rz 159) wurde der Antrag mit Einverständnis der Parteien einstweilen zurückgestellt⁹² und wird nun im Rahmen der vorliegenden Verfügung (vgl. Rz 161 ff.) behandelt.

155. Am 27. März 2014 stellte das Sekretariat HCI, Documed und e-mediat ein Auskunftsbegehren betreffend sämtliche Bilanzen und Erfolgsrechnungen der Gesellschaften HCI, Documed und e-mediat für die Jahre 2009–2013 zu, welches von den Parteien am 25. April 2014 beantwortet wurde. Am 10. November 2015 forderte das Sekretariat die Bilanzen und Erfolgsrechnungen genannter Gesellschaften für das Jahr 2014 ein, welche am 18. November 2015 eingereicht wurden.

C.2.4.2 Akteneinsicht

156. Während der Vorabklärung wurde den Parteien gemäss Art. 26 Abs. 3 KG trotz entsprechender Anfrage keine Akteneinsicht gewährt. Die Parteien stellten am 29. Januar 2013 und am 18. Februar 2013 im Stadium der Untersuchung erneut ein Gesuch um Akteneinsicht. Am 7. Februar 2013 wurden die Parteien informiert, dass die Geschäftsgeheimnisbereinigung der Akten für die Akteneinsicht noch nicht abgeschlossen sei. In der Folge wurde den Parteien am 4. April 2013 ein aktuelles Aktenverzeichnis zugestellt. Am 15. Mai 2013 gewährte das Sekretariat elektronische Akteneinsicht in die bis Ende März 2013 aufgelaufenen Akten. Auf entsprechende Nachfrage stellte das Sekretariat den Parteien am 4. Juni 2013 ein aktuelles Aktenverzeichnis und noch ausstehende Akten zu. Mit Eingabe vom 12. September 2013 nahmen die Parteien Stellung zu den offengelegten Akten und stellten die Anträge, in neue Aktenstücke so rasch als möglich Einsicht zu erhalten sowie bezüglich einem Dokument mit Schwärzungen, dass die Namen der Unternehmen entweder offenzulegen oder das Aktenstück aus den Akten zu weisen sei. Am 13. November 2013 stellte das Sekretariat den Parteien ein aktuelles Aktenverzeichnis zu und bezog zu den am 12. September 2013 gestellten Anträgen Stellung. Am 17. Februar 2014 gewährte das Sekretariat elektronische Akteneinsicht in die bis zum 15. Oktober 2013 aufgelaufenen Akten. Mit Schreiben vom 30. April 2014 gewährte das Sekretariat elektronische Akteneinsicht in die bis 10. April 2014 aufgelaufenen Akten. Sodann wurde mit Schreiben vom 16. Juli 2014 elektronische Akteneinsicht in die bis 5. Juni 2014 aufgelaufenen Akten gewährt. Die Parteien nahmen am 11. August 2014 zu den offengelegten Akten Stellung. Mit E-Mail vom 22. Januar 2015 gewährte das Sekretariat elektronische Akteneinsicht in die bis 31. Dezember 2014 aufgelaufenen Akten. Gleichzeitig mit der Zustellung des Antrags des Sekretariats nach Art. 30 Abs. 2 KG wird ein weiteres Mal Akteneinsicht gewährt. Sodann wurde den Parteien am 1. Dezember 2016 Akteneinsicht gewährt.

C.2.4.3 Freiwillige Beteiligung der Parteien an der Untersuchung

157. Während des gesamten Untersuchungsverfahrens reichten die Parteien verschiedentlich unaufgefordert Informationen zur Sachverhaltsermittlung ein. Am 22. Februar 2012 reichten die Parteien die Studie „Grundlagenanalyse Stammdaten“ und einen Entwurf eines Informationsschreiben von e-mediat an die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer betreffend „*Qualitätsgesicherte Arzneimittelinformationen im Umbruch (Quality Assurance Partnership (QAP))*“ ein. Am 13. März 2013, am 22. April 2013, am 19. Juni 2013, am 2. Juni 2013, am 17. September 2013 und am 16. Oktober 2013 informierten die Parteien das Sekretariat über Entwicklungen auf dem Markt, insbesondere über die Anpassung der Verträge von Documed/e-mediat mit den Zulassungsinhaberinnen. Am 3. Dezember 2013 teilten die Parteien dem Sekretariat die Sichtweise gewisser Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer (GSASA, Schweizerischer Verein der Amts- und Spitalapotheker) zum Markt für elektronische Medikamenteninformationen mit und regten eine Befragung aller Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer an. Das Sekretariat antwortete darauf am 17. Dezember 2013 und hielt fest, dass eine Befragung der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer

⁹² Informelles Gespräch über eine mögliche Aufnahme von Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung mit den Parteien vom 15.5.2014.

nicht angezeigt sei, da ein möglicher Missbrauch Documed/e-mediats gegenüber den Zulassungsinhaberinnen untersucht werde und eine Befragung der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer diese Fragen nicht klären könne. Im Anschluss darauf reichten die Parteien am 10. Februar 2014 den oben erwähnten Antrag zur Befragung der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer ein (Rz 154).

C.2.4.4 Gespräche mit den Parteien und Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung

158. Am 20. Dezember 2012 waren die Parteien zu einem Gespräch zu der Funktionsweise von AIPS und der INDEX-Datenbank sowie den Verhaltensweisen der Parteien gegenüber den Zulassungsinhaberinnen, welche keinen Vertrag mit e-mediat und Documed abgeschlossen haben, eingeladen. Am 13. November 2013 fand ein Gespräch mit den Parteien über die nächsten Verfahrensschritte sowie über den Zugang zu den Akten statt.

159. Ab Frühling 2014 wurde zwischen den Parteien und dem Sekretariat die Möglichkeit einer einvernehmlichen Regelung diskutiert. Infolge dieser sich anbahnenden Gespräche nahmen die Parteien am 1. Mai 2014 Stellung betreffend die derzeit laufende HMG-Revision und die aktuellen Entwicklungen und Diskussionen auf dem Markt zwischen Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern und Zulassungsinhaberinnen. Am 15. Mai 2014 fand ein erstes Gespräch zwischen den Parteien und dem Sekretariat über die Möglichkeit einer einvernehmlichen Regelung statt. Am 14. August 2014 folgte ein neues Gespräch zum Thema einvernehmliche Regelung. Am 27. Oktober 2014 haben die Parteien und das Sekretariat die Rahmenbedingungen für Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung unterschrieben. Die EVR-Gespräche wurden am 10. Juli 2015 ohne Erfolg abgebrochen und das Verfahren wurde im ordentlichen Verfahren fortgesetzt.

C.2.4.5 Ausstandsgesuch

160. Am 10. August 2015 stellten HCI, e-mediat und Documed ein Gesuch um Ausstand gegen mehrere am Verfahren beteiligte Mitarbeitende des Sekretariats. Das Gesuch wurde sinn gemäss damit begründet, dass diese im Rahmen der EVR-Verhandlungen Aussagen gemacht hätten, die den Anschein der Befangenheit erweckten und der Verfahrensausgang daher vorherbestimmt sei. Der stellvertretende Direktor nahm am 21. August 2015 zu dem Gesuch Stellung und verneinte das Vorliegen von Ausstandsgründen, worauf HCI, e-mediat und Documed an ihrem Gesuch festhielten und der Ausstand streitig wurde. Der Präsident der WEKO verfügte in der Folge am 21. September 2015 in seiner Funktion als Aufsichtsbehörde über das Sekretariat, dass keine Ausstandsgründe vorliegen. Am 22. Oktober 2015 reichten HCI, e-mediat und Documed eine Beschwerde gegen die Verfügung des Präsidenten der WEKO beim Bundesverwaltungsgericht ein. Diese wurde jedoch mit Urteil vom 12. Februar 2016 abgewiesen.⁹³ Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts gelten für nicht-richterliche Behörden geringere Anforderungen an die Unabhängigkeit als für Gerichtspersonen.⁹⁴ Ferner ergebe sich aus Art. 29 KG, dass das Sekretariat seine Ansichten betreffend das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung kundtun muss.⁹⁵

C.2.5 Verfahrens Antrag betreffend Befragung der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer

161. Am 10. Februar 2014 reichten die Untersuchungsadressaten einen Verfahrens Antrag auf Befragung der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer (insbesondere Apotheken, Ärztinnen und Ärzte, Spitäler) mit einem Fragekatalog zu verschiedenen Themen ein. Eventualiter sei eine repräsentative Auswahl an Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern zu befragen. Im Anschluss an den Verfahrens Antrag wurden die Bestrebungen für Verhandlungen

⁹³ Urteil des BVGer B-6830/2015 vom 12.2.2016, *HCI Solutions AG et al./WEKO*.

⁹⁴ Urteil des BVGer B-6830/2015 vom 12.2.2016, E. 4.3, *HCI Solutions AG et al./WEKO*.

⁹⁵ Urteil des BVGer B-6830/2015 vom 12.2.2016, E. 5.2, *HCI Solutions AG et al./WEKO*.

gen über eine einvernehmliche Regelung vorangetrieben und in der Folge auch solche Gespräche geführt. Aus diesem Grund wurde die Behandlung des Verfahrensanspruchs einstweilen aufgeschoben (vgl. Rz 154).

162. Gemäss Art. 39 KG i.V. mit Art. 33 Abs. 1 VwVG⁹⁶ hat das Sekretariat alle ihm angebotenen Beweise abzunehmen, wenn diese zur Abklärung des Sachverhaltes tauglich erscheinen. Gemäss Lehre und Rechtsprechung kennt Art. 33 Abs. 1 VwVG zwei Voraussetzungen: Das angebotene Beweismittel muss eine Tatsache beweisen können, die rechtserheblich für den Sachverhalt ist, und das anerbotene Beweismittel muss tauglich sein, diesen Beweis zu erbringen. Damit ist von der Behörde jeder Beweis abzunehmen, der geeignet ist, eine Tatsache zu erstellen, von deren Vorliegen abhängt, ob über den betroffenen Sachverhalt in der einen oder anderen Weise zu entscheiden ist.⁹⁷

163. In der Folge sind die einzelnen anerbotenen Beweismittel respektive die Fragen an die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer zu den verschiedenen Themenbereichen auf deren Rechtserheblichkeit und Tauglichkeit zu prüfen.

- a. „Qualität der INDEX-Daten allgemein und im Vergleich zu Konkurrenzdienstleistungen (Datenvielfalt, -qualität und Tauglichkeit für die Praxis)“:

Im Rahmen der Sachverhaltsermittlung wurde festgestellt, dass die INDEX-Daten von sehr hoher Qualität sind und keine vergleichbare Konkurrenzdienstleistung besteht (vgl. Rz 55 ff. und nachfolgend 256). Eine Befragung betreffend Vergleich zu Konkurrenzdienstleistungen ist nicht mehr nötig, da die Bedeutung der INDEX-Daten im Markt und damit die mögliche Marktbeherrschung bereits aufgrund der vorhandenen Beweismittel rechtsgenüchlich erstellt ist. Zudem ist für den konkret zu prüfenden möglichen Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung die Qualität des in Frage stehenden Gutes oder der Dienstleistung irrelevant. Aufgrund dieser Ausführungen ist die Qualität der INDEX-Daten rechtserheblich für die Beurteilung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, und soweit ein Beweis erbracht werden muss, kann dieser durch die erhobenen Beweismittel erbracht werden.

- b. „Bedeutung der INDEX-Daten im Vertrieb der Arzneimittel, in Bezug auf die Effizienz des Vertriebes und in Bezug auf die Sicherheit des Arzneimittelvertriebes“:

Die Bedeutung für den physischen Vertrieb wurde festgestellt (vgl. Rz 55 ff.). Die Wichtigkeit der INDEX-Daten für den physischen Vertrieb geht bereits aus den Akten hervor. Es besteht daher kein Anlass, bereits Feststehendes erneut zu beweisen.

- c. „Folgen für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, wenn INDEX-Daten oder vergleichbare Daten nicht mehr angeboten würden“:

Wie bereits oben beschrieben (Rz 51 ff.), nehmen die INDEX-Daten eine zentrale Funktion durch die Präsenz in den Softwaresystemen der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer ein. Dies gilt wie ausgeführt sowohl für den Vertrieb, die Beratung, die Verschreibung, die Abgabe als auch die Abrechnung von Medikamenten. Untersucht wurde jedoch das Verhältnis zu den Zulassungsinhaberinnen und den Softwarehäusern. Die Bedeutung der INDEX-Daten und die Folgen, falls diese nicht mehr zur Verfügung stünden, sind für den Sachverhalt nicht rechtserheblich, da unabhängig der Antwort ein missbräuchliches Verhalten vorliegt.

- d. „Wer soll für die Aufbereitung der INDEX-Daten bezahlen? Die Pharmahersteller oder die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer? Bitte begründen Sie Ihre Antwort“:

Welcher Teilnehmer am Wirtschaftsprozess eine Dienstleistung zu finanzieren hat, bestimmt sich nach objektiven ökonomischen Kriterien und nicht nach dem subjektiven Empfinden eines Wirtschaftsteilnehmers. Zudem ist die Antwort der Leistungserbringer

⁹⁶ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁹⁷ ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2013 Rz 536 f.; BGE 135 I 187, 190 E. 2.2; BGE 124 I 241, 242 E. 2.

rinnen und Leistungserbringer auch vorhersehbar. Es ist offensichtlich, dass Unternehmen versuchen, ihre Kosten möglichst gering zu halten. Bei einer solchen Fragestellung ist es folglich klar, dass die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer die Zulassungsinhaberinnen als diejenigen bezeichneten, die die Kosten zu übernehmen hätten. Aus denselben Überlegungen wurde diese Frage auch nicht den Zulassungsinhaberinnen gestellt. Um die Frage der Kostenübernahme beurteilen zu können, sind nur die Informationen zur Funktionsweise des Marktes nötig, die bereits erhoben wurden und der vorliegenden Beurteilung zugrunde liegen. Diese ökonomische Frage kann aufgrund der eigenen Sachkunde des Sekretariats ausreichend gewürdigt werden,⁹⁸ weshalb dazu kein Beweismittel erhoben werden muss. Die notwendigen Beweismittel im Hinblick auf die Funktionsweise des Marktes wurden bereits erhoben, wobei das hier anerbotene Beweismittel diese Frage nicht klären könnte und somit untauglich ist.

- e. „Rolle der INDEX-Datenbanken auf die Wahrung der Sorgfaltspflichten der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer und Hersteller von Arzneimittel (Stichwort: Patientensicherheit)“:

Die Sorgfaltspflichten der Zulassungsinhaberinnen im Umgang mit Arzneimittelinformationen sind gesetzlich geregelt (vgl. nachfolgend Rz 193 f.). Es muss daher diesbezüglich kein Beweis abgenommen werden. Die Beurteilung der gesetzlichen Lage können die Wettbewerbsbehörden aufgrund eigener Sachkunde vornehmen. Zudem ist auch im Handel mit sensiblen und wichtigen Daten ein missbräuchliches Verhalten möglich.

- f. „Nutzen der INDEX-Daten für die Pharmahersteller aus Sicht der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer“:

Die Funktionsweise des Marktes wurde bereits untersucht (z.B. Befragung der Zulassungsinhaberinnen und der Softwarehäuser, diverse Eingaben der Untersuchungsadressaten und Dritter, Einvernahmen etc.). Ausserdem ist fraglich, inwiefern die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer über den Nutzen der INDEX-Daten für die Zulassungsinhaberinnen Auskunft geben können, da sie sich in einer anderen Situation befinden als die Zulassungsinhaberinnen und deren Nutzen nicht aufgrund eigener Erfahrungswerte kennen. Die Beurteilung wäre eine Fremdanalyse. Die anerbotene subjektive Meinung der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer vermag die Beweislage betreffend Marktsituation nicht erheblich zu beeinflussen. Dieser Sachverhaltsaspekt wurde zudem bereits untersucht. Es liegt somit im Ermessen der Behörde den anerbotenen Beweis nicht erneut abzunehmen bzw. die subjektive Meinung der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer erscheint nicht tauglich, diesen Punkt zu beweisen.

- g. „Könnte aus der Sicht der befragten Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer eine Datenbank, die lediglich auf öffentlich zugänglichen Quellen (open source) basiert, einen effizienten und sicheren Vertrieb von Arzneimitteln gewährleisten“:

Wie bereits in a.–c. und e. ausgeführt, ist die Qualität der Daten und möglicher Konkurrenzprodukte für den möglichen Missbrauch einer möglichen marktbeherrschenden Stellung nicht rechtserheblich.

164. Die anerbotenen Beweismittel vermögen somit insgesamt den Voraussetzungen von Art. 33 Abs. 1 VwVG nicht zu genügen und werden nicht erhoben. Der Verfahrens Antrag wird abgelehnt.

C.2.6 Anträge der Untersuchungsadressaten auf Einstellung der Untersuchung

165. Am 28. Januar 2016 und am 9. Mai 2016 reichten die Untersuchungsadressaten einen Antrag auf Einstellung der vorliegenden Untersuchung ein. In beiden Anträgen stützen die Untersuchungsadressaten ihre Einstellungsanträge auf die laufende Revision des HMG (vgl. Rz 199 ff.). Gemäss neuer Regelung seien die Zulassungsinhaberinnen für die Lieferung der gesetzlich vorgeschriebenen Inhalte der Arzneimittelinformation verantwortlich und müssten zudem die Kosten für die Strukturierung übernehmen. Dieses Argument ist bereits insofern

⁹⁸ Vgl. dazu Urteil des BGer U 410/04 vom 3.11.2006, E. 3; BGE 122 V 157, 162 E. 1d.

nicht stichhaltig, als die Zulassungsinhaberinnen bereits heute für die Publikation und damit die Aufnahme ihrer Daten auf AIPS aufkommen müssen.

166. Den Einstellungsanträgen wird nicht stattgegeben. Eine Einstellung der Untersuchung ist nicht sachgerecht, da ein sanktionierbarer Kartellrechtsverstoss vorliegt, wie in den nachfolgenden Erwägungen dargelegt wird.

C.2.7 Versand des Antrags und Stellungnahmen der Parteien sowie der beteiligten Dritten/Entscheidprozess der Wettbewerbskommission

167. Am 12. Mai 2016 versandte das Sekretariat den Antrag an die Verfügungsadressatinnen bzw. an deren Rechtsvertreter und gewährte Akteneinsicht.

168. Das Sekretariat erhielt am 6. Juni 2016 ein Fristerstreckungsgesuch der Galenica/HCI. Dieses wurde am 8. Juni 2016 teilweise bewilligt und die Frist für die Stellungnahme bis zum 13. Juli 2016, diejenige für die Bezeichnung der Geschäftsgeheimnisse und Einreichung der Umsatzzahlen für das Geschäftsjahr 2015 nur bis zum 20. Juni 2016 erstreckt.

169. Am 20. Juni 2016 reichten Galenica/HCI fristgerecht die Umsatzzahlen und eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version des Antrags ein. Ein 2. Fristerstreckungsgesuch ging beim Sekretariat am 7. Juli 2016 ein. Darin wurde eine kurze Fristerstreckung bis zum 31. Juli 2106 beantragt aufgrund der Komplexität des Falles und der Einholung eines noch ausstehenden ökonomischen Gutachtens. Am 8. Juli 2016 lehnte das Sekretariat das 2. Fristerstreckungsgesuch ab, da keine qualifizierten Gründe für eine Fristverlängerung vorlagen.

170. Die Stellungnahme der Parteien wurde am 13. Juli 2016 eingereicht. Die Verfügungsadressatinnen beantragten in ihrer Stellungnahme, dass (1) das Untersuchungsverfahren einzustellen sei und (2) es festzustellen sei, dass HCI auf dem Markt für die Publikation von PI online in einem vollständigen Werk und auf dem Markt für die Publikation von FI gedruckt und online in einem vollständigen Werk über keine marktbeherrschende Stellung verfüge. Eventualiter (3) beantragten sie, die Sache sei zur Durchführung weiterer Sachverhaltserhebungen, insbesondere zur Durchführung einer Befragung der Leistungserbringer, an das Sekretariat zurückzuweisen. Subeventualiter (4) wurde der Antrag gestellt, dass davon abzusehen sei, der Galenica und/oder HCI eine Sanktion aufzuerlegen, bzw. die Sanktion massiv zu reduzieren sei.

171. Mit Schreiben vom 20. Juni 2016 wurde Seitens Galenica/HCI der Verfahrensantrag gestellt, auf eine Zustellung des Antrags an die ywesee (als beteiligte Dritte) zu verzichten oder aber die ywesee unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB⁹⁹ im Widerhandlungsfall zu verpflichten, den Antrag bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens geheim zu halten. Der erwähnte Antrag wurde am 23. Juni auf Nachfrage des Sekretariates um vips – ebenfalls beteiligte Dritte – ergänzt. Nach Rücksprache mit den Parteien und beteiligten Dritten einigte sich das Sekretariat mit Galenica/HCI auf eine Zustellung zur Stellungnahme nach Abgabe einer Verpflichtungserklärung durch die beteiligten Dritten, den Antrag nicht publik zu machen. Das schriftliche Einverständnis der Parteien zu diesem Vorgehen erfolgte am 8. Juli 2016.

172. Am 27. Juni 2016 lud das Sekretariat Swissmedic zur Stellungnahme ein. Diese traf am 7. Juli 2016 ein und enthielt Anmerkungen lediglich zur gesetzlichen Grundlage von AIPS, jedoch darüber hinaus keine inhaltlichen Anmerkungen zum Antrag.

173. ywesee wurde, nach Eingang der unterzeichneten Verpflichtungserklärung vom 1. Juli 2016, der Antrag zur Stellungnahme noch am selben Tag zugestellt. Am 13. Juli 2016 traf die Stellungnahme ein. Sie enthielt Ergänzungen betreffend GTIN und MiGel.

174. Nachdem das Sekretariat vips zur Abgabe einer Verpflichtungserklärung eingeladen hatte, verzichtete diese am 4. Juli 2016 auf eine Zustellung des Antrags des Sekretariates und demzufolge auch auf eine allfällige Stellungnahme.

175. Am 6. September 2016 reichten die Parteien ein ökonomisches Gutachten ein. Ein zweites wurde am 2. Dezember 2016 eingereicht.

176. Am 10. Oktober 2016 fand eine Anhörung von HCI durch die WEKO statt.

⁹⁹ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (StGB; SR 311.0).

177. Am 7. November 2016 fand die Anhörung von dr-ouwerkerk ag statt, am 21. November 2016 diejenige von ywesee. Am 5. Dezember 2016 wurde Herr Dr. med. Christoph Bangerter, ehemaliger Direktor der Documed und der e-mediat, angehört.

178. Am 21. November 2016 hat die WEKO die Einreichung sämtlicher Verträge und Bestimmungen mit den Softwarehäusern von HCI verlangt, die Ende 2012 in Kraft waren (unabhängig vom Unterzeichnungsdatum). HCI reichte die verlangten Dokumente am 29. November 2016 ein.

D Erwägungen

D.1 Geltungsbereich

D.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

179. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfragerinnen und Nachfrager oder Anbieterinnen und Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das KG geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.¹⁰⁰

180. Die vorliegende Untersuchung richtet sich gegen e-mediat, Documed sowie HCI. Sie sind bzw. waren alle 100-prozentige Tochtergesellschaften von Galenica, gegen die sich das Verfahren ebenfalls richtet (vgl. Gruppenstruktur in Abbildung 3).

181. Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind.¹⁰¹ Die einzelnen Tochtergesellschaften eines Konzerns gelten in der Regel nicht als Unternehmen, sofern die Muttergesellschaft erstens ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und zweitens diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt,¹⁰² so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten. In diesen Fällen wird der Konzern gemäss der bisherigen Rechtsprechung als eine einzige wirtschaftliche Unternehmenseinheit betrachtet.¹⁰³

182. Fest steht, dass sowohl Galenica und HCI (sowie auch Documed und e-mediat bis 2016) rechtlich selbstständige, im Wirtschaftsprozess als Nachfragerinnen und Nachfrager oder Anbieterinnen und Anbieter von Gütern und/oder Dienstleistungen auftretende Gesellschaften sind bzw. waren. Documed und e-mediat traten insbesondere bei den Offerten für neue Verträge ab dem Jahr 2013 auch offiziell gemeinsam auf (gemeinsame Vertragsverhandlung, Kombinationspakete ihrer Produkte, Erbringung gegenseitiger Dienstleistungen etc.). Folglich könnte das fragliche Verhalten entweder ihnen gemeinsam respektive HCI als Managementgesellschaft dieser beiden Gesellschaften oder Documed einer- und e-mediat andererseits

¹⁰⁰ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 3, *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

¹⁰¹ RPW 2011/1, 109 Rz 95, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.2, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

¹⁰² Sogenanntes „Leitungsprinzip“ im Gegensatz zum „Kontrollprinzip“, bei welchem bereits bei Bestehen einer Beherrschungsmöglichkeit vom Vorliegen eines Konzerns ausgegangen wird, auch – und dies im Unterschied zum Leitungsprinzip – wenn diese Möglichkeit effektiv gar nicht ausgeübt wird.

¹⁰³ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 579, E. 27, *Swisscom ADSL II*; Urteil des BVGer vom 13.11.2015, E. 2.1.2, *Bayerische Motoren Werke AG*.

zugeordnet werden. Durch die Umstrukturierung auf den 1. Januar 2016 hat HCI den Geschäftsbetrieb von Documed und e-mediat übernommen. HCI ist zudem Betreiberin von AIPS, hat diese Aufgabe jedoch früher an e-mediat ausgelagert. Von ihnen ging und geht das fragliche, vorliegend zur Beurteilung stehende Verhalten nach aussen aus. Denkbar ist auch, dass sie in die Gesamtstrategie des Galenica-Konzerns eingebettet sind und unter Leitung der Konzernmutter stehen. Insbesondere die in jüngster Zeit vorgenommenen verschiedenen Umstrukturierungen im Konzern lassen darauf schliessen, dass Galenica als Muttergesellschaft nicht nur die Möglichkeit der Einflussnahme hat, sondern diese zumindest teilweise auch wahrnimmt. Als kartellrechtliches Unternehmenssubjekt wird die Gesamtheit aller zusammengefassten Gesellschaften und somit der Konzern als Ganzes erfasst.¹⁰⁴

183. Damit ist erstellt, dass bei der Galenica-Gruppe ein Konzern vorliegt, welche als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllt. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Unterstellung unter den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG die Frage nicht beantwortet, wer Verfügungsadressat ist (siehe dazu nachfolgend D.2).¹⁰⁵

D.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

184. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

185. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar.¹⁰⁶ Ob es sich bei der Galenica-Gruppe um ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG handelt und ob eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Wird die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

D.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

186. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes kann vorliegend verzichtet werden, da die Voraussetzungen offensichtlich erfüllt sind und die Verfügungsadressaten den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich auch nicht bestreiten.

D.2 Verfügungsadressatinnen

187. Insbesondere wenn ein Konzern als Unternehmen i.S. des Kartellgesetzes zu qualifizieren ist, stellt sich die Frage, welche Gesellschaft respektive Gesellschaften innerhalb dieses Konzerns Verfügungsadressatin ist respektive sind. Denn ein Konzern als solcher ist im schweizerischen Recht kein Rechtssubjekt, hat mithin keine Rechtspersönlichkeit. Verfügungsadressat kann jedoch aus rechtlichen Gründen nur sein, wer über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, infolgedessen ein Konzern als solcher nicht Verfügungsadressat sein kann. Verfügungsadressaten können nur, aber immerhin, einzelne Gesellschaften des Konzerns sein, weshalb nachfolgend zu bestimmen ist, welche dies sind.

188. Im Urteil *Swisscom ADSL II* hielt das Bundesverwaltungsgericht in diesem Sinne fest, dass der Konzern als solcher nicht Partei des Verfahrens sein kann, da er keine Rechtsfähigkeit besitzt. Eine Erfassung aller Konzerngesellschaften wäre zwar formell korrekt, sei aber

¹⁰⁴ Urteil des BVGer vom 14.9.2015, E. 29, *Swisscom ADSL II*.

¹⁰⁵ RPW 2004/2, 419 Rz 56, *Swisscom ADSL*.

¹⁰⁶ Vgl. RPW 2001/2, 268 Rz 79, *Watt/Migros - EEF*; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23.11.1994, BBl 1995 I 468 (nachfolgend: Botschaft KG 1995), 547 f.; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 2 Rz. 14.

ebenfalls nicht angebracht, sondern der Verwaltungsbehörde komme bei der personellen Reduktion der Beschränkung der Verfügungsadressaten ein gewisses Ermessen zu. Dabei dürfte es in der Regel sachgerecht sein, neben den konkret handelnden Konzerngesellschaften auch die Obergesellschaft zu erfassen, da diese aufgrund der ihr zukommenden Leitungsmacht das kartellrechtswidrige Verhalten veranlasst oder zumindest geduldet habe. Zudem sind auch Sanktionen und Massnahmen gegen die Obergesellschaft auszusprechen, da diese die Wirtschaftskraft des Konzerns verkörpert.¹⁰⁷ Dieselben Ausführungen finden sich auch im aktuellen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts i.S. *Bayrische Motoren Werke AG*.¹⁰⁸

189. Gemäss den jüngeren bundesverwaltungsgerichtlichen Entscheiden kann also die Muttergesellschaft als Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert werden, sobald von einem Konzernverhältnis im Sinne des Leitungsprinzips auszugehen ist.¹⁰⁹

190. Im vorliegenden Fall erscheint es sachgerecht, neben den direkt involvierten Tochtergesellschaften – Documed, e-mediat und HCI – aufgrund der konzernmässigen Verbundenheit der Gesellschaften (vgl. Rz 182) auch die Konzernmutter, die Galenica, als Verfügungsadressatin zu behandeln. Zu beachten ist indes, dass auf den 1. Januar 2016 Documed und e-mediat in HCI fusioniert wurden (Absorptionsfusion) und rechtlich nur noch HCI besteht.

191. Adressatinnen der vorliegenden Verfügung sind somit sowohl die Konzerntochtergesellschaft HCI als auch die Galenica als Konzernmuttergesellschaft.

D.3 Vorbehaltene Vorschriften

192. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die 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 (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls 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 diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

D.3.1 Vorschriften in Bezug auf die Arzneimittelinformation

193. Mit der Frage allfälliger vorbehaltener Vorschriften in Bezug auf die Arzneimittelinformation hat sich die WEKO bereits 2008 im Rahmen der Verfügung i.S. Publikation von Arzneimittelinformationen¹¹⁰ auseinandergesetzt. Sie kam dabei u.a. zum Schluss, dass auf Gesetzes- und Verordnungsstufe die folgenden Vorgaben für *Zulassungsinhaberinnen* statuiert sind, die jedoch für den konkreten Fall keinen Vorbehalt i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG begründen:

- Sorgfaltspflicht im Umgang mit Heilmitteln (Art. 3 HMG);
- Pflicht zur Einreichung von Arzneimittelinformationen im Rahmen des Zulassungsverfahrens (Art. 11 Abs. 1 Bst. f HMG);
- Zuständigkeit Swissmedics für das Zulassungsverfahren und den Zulassungsentscheid (Art. 16 HMG) sowie für die nähere Umschreibung der im Rahmen des Zulassungsge-suches einzureichenden Unterlagen (Art. 11 Abs. 3 HMG);
- Pflicht des Gesuchstellers, die jeweils aktuelle, durch das Institut [Swissmedic] genehmigte Fachinformation den zur Verschreibung, Abgabe oder Anwendung dieser Arzneimittel berechtigten Personen auf geeignete Weise zur Verfügung zu stellen, wobei die Fachinformationen den Anforderungen gemäss Anhang 4 der Arzneimittel-Zulassungsverordnung entsprechen müssen (Art. 14 AMZV);

¹⁰⁷ Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 585 E. 68 ff., *Swisscom ADSL II*.

¹⁰⁸ Urteil des BVGer vom 13.11.2015, E. 2.1.2, *Bayerische Motoren Werke AG*.

¹⁰⁹ Zustimmend und m.w.H. JOST (Fn 100), Rz 725.

¹¹⁰ Vgl. RPW 2008/3, 390 Rz 47 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

- Pflicht, die Patienteninformationen den zur Verschreibung, Abgabe oder Anwendung von Humanarzneimitteln berechtigten Personen zur Verfügung zu stellen (Art. 15 AMZV; Anforderungen gemäss den Anhängen 5 ff. der AMZV);
- Was „in geeigneter Weise zur Verfügung zu stellen“ bedeutet, ist in der Arzneimittel-Zulassungsverordnung nicht näher definiert. Aus den Anhängen 4 und 5 der Arzneimittel-Zulassungsverordnung geht indes hervor, dass es sich dabei um eine Veröffentlichung handeln muss.

194. Diese gesetzlichen Grundlagen haben sich seit der damaligen Beurteilung nicht grundlegend geändert. Die Weisungen Swissmedics sodann, mit welchen die Voraussetzungen für die Publikation näher konkretisiert wurden und werden, haben Änderungen erfahren (vgl. die Ausführungen in Rz 28 ff.), begründen jedoch keinen Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG. Die Zulassungsinhaberinnen haben aufgrund der Weisungen von Swissmedic die Arzneimittelinformationen heute auf AIPS zu publizieren. Durch diese Publikation auf AIPS ist die gesetzliche Pflicht der Zulassungsinhaberinnen vollumfänglich erfüllt.¹¹¹ Die Publikation ist durch die Weisungen der Swissmedic umfassend geregelt. Da vorliegend die Kommerzialisierung von Medikamenteninformationen betrachtet wird und nicht die Publikation auf AIPS als solche, kann darüber hinaus die Frage offen bleiben, ob HCI für den Betrieb von AIPS mit besonderen Rechten nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG ausgestattet wurde.

195. Die weitere Kommerzialisierung der Arzneimittelinformationen wird durch das Swissmedic-Journal oder andere gesetzliche Bestimmungen nicht geregelt. Festgehalten wird jedoch, dass die Informationen auf AIPS die Basisdaten zur weiteren Veredelung darstellen und diese den Datenveredlern gratis zur Verfügung stehen.¹¹²

D.3.2 Vorschriften in Bezug auf die Prüf-/Sorgfaltspflichten auf Stufe der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer

196. Auf der Stufe der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer bestehen Prüf- und Sorgfaltspflichten im Umgang mit Arzneimitteln (Art. 3 und Art. 26 HMG). Diese Sorgfaltspflichten verweisen auf die anerkannten Regeln der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaften. Das Bundesgericht hält dazu in Bezug auf Ärztinnen und Ärzte (wobei sich dies auch auf andere Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer übertragen liesse) fest: *„Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts richten sich die Sorgfaltspflichten des Arztes im Allgemeinen nach den Umständen des Einzelfalles, namentlich nach der Art des Eingriffs oder der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, dem Beurteilungs- und Bewertungsspielraum, der dem Arzt zusteht, sowie den Mitteln und der Dringlichkeit der medizinischen Massnahme.“*¹¹³ Um diesen Pflichten nachzukommen, benötigen die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer u.a. die entsprechenden Arzneimittelinformationen, weshalb diese nach Ansicht des Gesetzgebers und Swissmedics auch öffentlich frei verfügbar sein sollen. Diese Prüf- und Sorgfaltspflichten betreffen jedoch nicht die Publikation der Arzneimittelinformationen als solche oder eine nachgelagerte Kommerzialisierung dieser Daten.

197. Alle vorgenannten Vorschriften begründen betreffend die Kommerzialisierung von Medikamenteninformationen keinen Vorbehalt i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG, der der Anwendung des Kartellgesetzes entgegenstehen würde.

198. Mit dem Urheberrechtsschutz von FI und PI haben sich das Bundesgericht¹¹⁴ und die WEKO¹¹⁵ bereits auseinandergesetzt, weshalb darauf verwiesen und festgehalten werden kann, dass keine vorbehaltenen Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 2 KG vorhanden sind.

¹¹¹ Swissmedic-Journal 12/2012, S. 1203 f.

¹¹² Swissmedic-Journal 12/2012, S. 1203.

¹¹³ BGE 134 IV 175, 177 E. 3.2.

¹¹⁴ BGE 134 III 166, 169 E. 2.

¹¹⁵ RPW 2008/3, 386 Rz 75 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

D.3.3 Exkurs: laufende HMG Revision

199. Am 7. November 2012 hat der Bundesrat den Entwurf für eine Revision des HMGs verabschiedet und eine Botschaft verfasst.¹¹⁶ Der Nationalrat behandelte die Revision in einer Sondersession im Mai 2014 (Session 2014 Ia) als Erstrat. Der Ständerat beschäftigte sich in der Wintersession 2014 (Session 2014 IV) als Zweitrat mit der Vorlage. Da der Beschluss des Ständerates abweichend von demjenigen des Nationalrates war, kam die Vorlage in der Sondersession im Mai 2015 (Session 2015 Ia) erneut in den Nationalrat zur Differenzbereinigung. Der Ständerat befasste sich dann in der Herbstsession 2015 (Session 2015 III) erneut mit der Vorlage. Weiterhin konnte keine Einigung zwischen den Räten gefunden werden. In der Wintersession 2015 (Session 2015 IV) entschied der Nationalrat erneut abweichend vom Resultat der Abstimmung im Ständerat.

200. Der vom Nationalrat überarbeitete Artikel 67 E-HMG, der die Information der Öffentlichkeit und damit auch den Umfang und die Struktur der Publikation betrifft, wurde jedoch in der Herbstsession 2015 vom Ständerat als Zweitrat angenommen, wodurch diesbezüglich ein Konsens erzielt werden konnte. Das Gesetzgebungsverfahren ist abgeschlossen. Die Bundesversammlung hat das Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG), Änderung vom 18. März 2016, verabschiedet. Die Referendumsfrist läuft am 7. Juli 2016 ab. Nach der Verabschiedung durch das Parlament werden voraussichtlich im Frühjahr 2017 die notwendigen Ausführungsbestimmungen erarbeitet werden.

201. Gemäss der angenommenen Fassung wird inskünftig anstelle von Swissmedic eine Stiftung für das Zugänglichmachen der Arzneimittelinformationen zuständig sein und Umfang und Struktur der zu publizierenden Arzneimittelinformationen festlegen können (Art. 67 Abs. 3, 4 und 5 HMG). Infolge der Revision könnte folglich Umfang und Struktur der durch die ZI zu liefernden Informationen ändern. Nach wie vor werden indes nur Arzneimittelinformationen (respektive patientensicherheitsrelevante Informationen) von der Bestimmung erfasst sein. Die der Publikation über die Stiftung nachgelagerte Veredelung der Daten wird gesetzlich weiterhin nicht geregelt sein, ebenso wenig die Verwendung weiterer Daten (kommerzieller Natur, Non-Pharma etc.) respektive die Verwendung eines staatlichen Kennzeichens.

202. Die noch nicht in Kraft getretenen Pflichten für die Zulassungsinhaberinnen spielen für diese Untersuchung keine Rolle, da die Pflichten des geltenden Heilmittelgesetzes zentral sind. Das geltende Heilmittelgesetz legt fest, in welchem Umfang und in welcher Struktur die Zulassungsinhaberinnen die Arzneimittelinformation aktuell zugänglich zu machen haben und dass sich dadurch deren Pflicht erschöpft.

D.3.4 Fazit

203. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

D.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

204. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich 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 (Art. 7 Abs. 1 KG). In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung beziehungsweise Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.¹¹⁷

¹¹⁶ Botschaft zur Änderung des Heilmittelgesetzes, BBl 2013 1 ff.; Entwurf Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG), BBl 2013 131 ff.

¹¹⁷ BGE 139 I 72, 103 f. E. 10.1.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

D.4.1 Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen (insb. zu Beweiswürdigung und -mass)

D.4.1.1 Beweiswürdigung

205. Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V. mit Art. 19 VwVG sowie sinngemäss Art. 40 BZP¹¹⁸). Ob die Wettbewerbsbehörden eine Tatsache für bewiesen halten, entscheiden sie frei von Beweisregeln und nur nach ihrer persönlichen Ansicht aufgrund gewissenhafter Prüfung der Beweismittel. Bei der Würdigung der Beweise haben sie deren Überzeugungskraft von Fall zu Fall anhand der konkreten Umstände zu prüfen und zu bewerten, ohne dabei an gesetzliche Regeln gebunden zu sein oder sich von schematischen Betrachtungsweisen leiten zu lassen.¹¹⁹ Die Wettbewerbsbehörden würdigen dementsprechend die Beweise nach freier Überzeugung und ziehen ebenso die Schlüsse daraus, ohne dabei an starre Beweisregeln gebunden zu sein.¹²⁰ Dies schliesst – selbstverständlich – die Möglichkeit der Beweiserbringung mittels Indizien ein,¹²¹ wobei hervorzuheben ist, dass eine Beweisführung mittels Indizien nicht eine Beweisführung „minderen Grades“ ist, sondern das erforderliche Beweismass ebenso gut erfüllen kann.

D.4.1.2 Beweismass

206. Hinsichtlich des Beweismasses, welches im ordentlichen¹²² Kartellverwaltungsverfahren erfüllt sein muss, kann Folgendes gesagt werden:

207. Grundsätzlich ist in Verwaltungsverfahren ein Beweis erbracht, wenn die Behörde von der Verwirklichung des rechtserheblichen Umstands überzeugt ist,¹²³ wobei hierfür eine absolute Gewissheit nicht erforderlich ist,¹²⁴ was weitestgehend mit dem sog. Regelbeweismass im Zivilrecht und dem im Strafrecht zur Anwendung gelangenden Beweismass¹²⁵ übereinstimmen dürfte.

208. In Teilbereichen des Verwaltungsrechts resp. hinsichtlich bestimmter Tatsachen ist dieses Beweismass allerdings in Abweichung vom vorgenannten Grundsatz herabgesetzt und es genügt zum Beweis, wenn ein Sachumstand nur, aber immerhin, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit besteht.¹²⁶ Richtigerweise kann auch bei sanktionsbedrohten Kartellrechtstatbeständen für diejenigen Sachumstände, deren Erstellung mittels strikten Beweises aufgrund der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, kein strikter Beweis verlangt werden. Dies ist namentlich bei ökonomischen Erkenntnissen und hypothetischen Entwicklungen und Situationen regelmässig der Fall.¹²⁷ Welche Anforderungen die Beweislage in sanktionsbedrohten Kartellverwaltungsverfahren in grundsätzlicher Hinsicht mindestens erfüllen muss,

¹¹⁸ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

¹¹⁹ So, wenn auch bezogen auf die freie Beweiswürdigung im Strafrecht, etwa BGE 133 I 33, 36 f. E. 2.1.

¹²⁰ Statt anderer BSK KG-BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN (Fn 100), Art. 30 KG N 99; BSK KG-STEFAN BILGER (Fn 100), Art. 39 KG N 62.

¹²¹ Siehe etwa MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, „Si unus cum una...“: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 116.

¹²² Anderes gilt für Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen.

¹²³ Siehe etwa Urteil des BGer 2A.407/2002 vom 29.11.2002, E. 3 betreffend Gleichstellung.

¹²⁴ Vgl. etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5 betreffend Steuerrecht; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung Schweizerische Landesbibliothek (SLB)*. Siehe zum Ganzen auch AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 121), 118 m.w.H.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 12 VwVG N 214 m.w.H.

¹²⁵ Dass selbst im Strafrecht keine überzogenen, nämlich geradezu naturwissenschaftlichen Anforderungen an das erforderliche Beweismass gestellt werden, führt das Urteil des BGer 6B_748/2011 vom 31.5.2012 mit aller Deutlichkeit vor Augen.

¹²⁶ Statt anderer KRAUSKOPF/EMMENEGGER (Fn 124), in: Kommentar VwVG, Art. 12 VwVG N 216.

¹²⁷ An dieser Stelle sei beispielhaft auf die ständige zivilrechtliche Praxis hingewiesen, wonach trotz dem im Zivilrecht grundsätzlich geltenden Regelbeweismass die natürliche sowie die hypothetische

ohne in Konflikt mit diversen, unter anderem aus der EMRK fließenden Verfahrensgarantien zu geraten, wurde höchstrichterlich geklärt, weshalb an dieser Stelle weitere Ausführungen obsolet sind und auf das Urteil des Bundesgericht sowie auf jüngere Urteile des Bundesverwaltungsgericht i.S. *Swisscom ADSL II* und i.S. *BMW* verwiesen werden kann.¹²⁸

D.4.2 Marktbeherrschende Stellung

209. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieterinnen und Anbieter oder Nachfragerinnen und Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerberinnen und Mitbewerbern, Anbieterinnen und Anbietern oder Nachfragerinnen und Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

210. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen.¹²⁹

D.4.2.1 Marktbeherrschung

211. Documed/e-mediast bzw. HCI werden sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn sie sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenübersehen. Um dies zu prüfen, ist vorab der relevante Markt zu definieren. Dieser beurteilt sich analog Art. 11 Abs. 3 VKU¹³⁰ nach einer sachlichen und räumlichen Komponente. Für die Marktabgrenzung ist die Sichtweise der Marktgegenseite massgebend.

D.4.2.1.1 Die relevanten Märkte

D.4.2.1.1.1 Marktgegenseiten

212. Wie schon erwähnt (vgl. Rz 48), sind Documed/e-mediast bzw. HCI 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. Die auf AIPS publizierten Arzneimittelinformationen sowie weitere für den Vertrieb von Arzneimitteln relevante Informationen werden auf Stufe der sogenannten „Datenveredelung“ aufgenommen, strukturiert, codiert (vgl. Rz 44 ff. für die einzelnen Schritte der Veredelung) und für die Nutzung durch Abnehmer von veredelten Datensätzen in bestimmten Formaten bereitgestellt.

D.4.2.1.1.1.1 Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger

213. Die in casu interessierende Marktgegenseite sind die Nachfragerinnen und Nachfrager von Datenprodukten für den Vertrieb, die Verschreibung, die Abgabe und Abrechnung von Arzneimitteln.

214. Die Datenprodukte dienen der Parametrisierung und Informatisierung der Bestellprozesse zwischen Gross- und Detailhandel („Supply Chain“; Rz 47) und den Kostenträgern in Zusammenhang mit deren Rechnungsprüfung. Den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern dienen die Datenprodukte u.a. in Zusammenhang mit der eigentlichen Verschreibung

Kausalität bloss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden müssen (exemplarisch BGE 132 III 715, 720 ff. E. 3.2 m.w.H.).

¹²⁸ BGE 139 I 72, 91 f. E. 8.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, vgl. auch E. 9.2.3.4 dieses Urteils, wonach dies spezifisch auch für die Marktabgrenzung gilt; Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 602 E 4.3.c). 160 ff., *Swisscom ADSL II*; bestätigt in Urteil des BVGer vom 13.11.2015, E. 3.11.3, *Bayerische Motoren Werke AG*.

¹²⁹ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022 (nachfolgend: Botschaft zum KG 2003), 2045.

¹³⁰ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

von Arzneimitteln, der Beratung, der Ausübung ihrer Sorgfaltspflichten sowie Kontroll- und Abrechnungsprozessen. Diese Anwender der Datensammlungen sind die Marktgegenseite der Datenveredler, d.h. die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen sowie Kostenträger (vgl. auch die Ausführungen in Rz 38 ff. und 55 ff.).

D.4.2.1.1.2 Softwarehäuser

215. Weiter stehen die Datenveredler den Softwarehäusern gegenüber, welche denselben Abnehmergruppen (Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger) Arztpraxisadministrationssysteme, Waren- und Wirtschaftssysteme etc. anbieten (Rz 51 ff.). Im hier relevanten – weil in der Schweiz vorherrschenden – Vertrieb veredelter Daten an die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger sind die Datensammlungen nicht direkt einsehbar, sondern fliessen in das jeweilige Informatiksystem ein. Dort werden, je nach Softwareprodukt, unterschiedliche Informationen extrahiert und in die Softwarelösung integriert (vgl. auch Rz 44 ff. und 51 ff. sowie die Ausführungen zu den Softwarehäusern in B.3.3). Den Endabnehmerinnen und Endabnehmern der Daten bieten die Softwarehäuser unterschiedliche Funktionen an. Die Softwarehäuser stehen ihrerseits in vertraglichen Beziehungen zu den Datenveredlern betreffend Nutzung der Daten und den entsprechenden Schnittstellen. Auch Datenveredler und Softwarehäuser sind folglich Marktgegenseiten in Bezug auf die Integration der Datenbanken in die Softwarelösungen. Die Nutzung der Datenbank seitens der Softwarehäuser unterscheidet sich indes von derjenigen durch die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger, da erstere die Daten nicht selbst nutzen, sondern diese als Grundlage für ihr eigenes Produkt benötigen.

D.4.2.1.1.3 Zulassungsinhaberinnen

216. Bis Ende 2012 haben die Zulassungsinhaberinnen ausschliesslich die Publikation ihrer Arzneimittelinformationen und damit formal rein die Aufnahme ins Compendium nachgefragt und gezahlt. Documed bot damals diese Dienstleistung zur Erfüllung der rechtlichen Publikationspflicht der Zulassungsinhaberinnen an (Rz 65). Seit 2013 können die Zulassungsinhaberinnen ihre Publikationspflicht nur noch auf AIPS erfüllen und das diesbezügliche Angebot von Documed ist nicht mehr notwendig. Wie bis zur Umstellung 2013 hätte ihrerseits in Bezug auf die Arzneimittelinformationen auch weiterhin keine Nachfrage für die Aufnahme in die Indices von Documed/e-mediast bestanden, wären diese wie bis anhin kostenlos (Rz 7, 68 f. und 74) von Documed/e-mediast (statt aus dem Compendium) neu aus AIPS übernommen und gemäss den Bedürfnissen der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger in die Datensätze von Documed/e-mediast integriert und veredelt worden.

217. Mit der Schaffung von AIPS hatte Swissmedic nicht die Absicht, die Stellung von e-mediast, also der Geschäftseinheit, die sich formell mit der Datenveredelung beschäftigt, zu beeinträchtigen. Im Gegenteil, sie ging davon aus, dass AIPS die Produkte von e-mediast und allgemein aller möglichen Datenveredler noch verbessern könnte, da AIPS e-mediast sämtliche Arzneimittelinformationen kostenlos zur Verfügung stellen würde, was Documed mit dem Compendium nicht erreichen konnte¹³¹.

218. Ab 2013 wurden die Zulassungsinhaberinnen trotzdem mit einem neuen Angebot konfrontiert. Documed/e-mediast weigerten sich, die AIPS-Daten zu übernehmen, und boten den Zulassungsinhaberinnen die Aufnahme derselben Arzneimittelinformationen in ihre Datensätze gegen Entgelt an. Die Zulassungsinhaberinnen werden, wenn auch nicht alle freiwillig, nun Nachfragerinnen und gleichzeitig Marktgegenseite für die Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Indices von Documed/e-mediast.

219. Die Untersuchungsadressaten haben im Rahmen des Verfahrens mehrmals geltend gemacht, dass auch die Zulassungsinhaberinnen ein Interesse daran hätten, in den Indices vertreten zu sein, und diese deshalb einen Teil der Kosten zu übernehmen hätten. Weiter vertreten die Untersuchungsadressaten die Meinung, dass Documed/e-mediast mit den Indices eine Plattformfunktion zwischen den Zulassungsinhaberinnen und den Leistungserbringerinnen

¹³¹ Vgl. Fn 36.

und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern zukomme. Ob eine Plattformfunktion gegeben ist, wird im Rahmen der Marktdefinition untersucht (vgl. D.4.2.1.8).

220. Nachfolgend soll in einem ersten Schritt der Markt gegenüber den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern abgegrenzt und die Stellung von Documed/e-mediart auf diesem Markt beurteilt werden. Anschliessend wird der Markt gegenüber den Zulassungsinhaberinnen abgegrenzt und die Marktstellung von Documed/e-mediart auf diesem Markt beurteilt, bevor analysiert wird, ob es sich bei diesen Märkten um „gewöhnliche“ Märkte handelt (ein Anbieter und eine Nachfragerin oder ein Nachfrager) oder ob ein sogenannter zweiseitiger Markt vorliegt (ein Anbieter und zwei Nachfragergruppen).

D.4.2.1.2 Der relevante Markt betreffend die Marktgegenseiten der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger sowie der Softwarehäuser

D.4.2.1.2.1 Sachlich relevanter Markt

221. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU, der hier analog anzuwenden ist). Massgebend ist, ob aus der Optik der Marktgegenseite Waren und Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob sie von Nachfragerinnen und Nachfragern 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. Daneben bestehen weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht. Dabei ist stets vom Untersuchungsgegenstand auszugehen.¹³²

222. Im vorliegenden Fall ist es sinnvoll, das Angebot von e-mediart an die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger, beschrieben in Rz 44 ff., als Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung heranzuziehen. Gestützt auf diese Ausführungen werden *Medikamenteninformationen für den Vertrieb, die Verschreibung, die Abgabe und Abrechnung von Medikamenten* nachgefragt, worin folglich die breitest mögliche Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes gesehen werden kann.

223. Die entsprechenden Informationen kann die Marktgegenseite nun grundsätzlich in verschiedenen Formen und über verschiedene Kanäle beziehen: gedruckt in entsprechenden Printmedien, online aus verschiedenen Quellen (Nachschlageseiten, Primärquellen) oder aggregiert als veredelte, maschinenlesbare Datensammlungen, welche die anwenderspezifische EDV-basierte Vornahme gewisser Tätigkeiten ermöglichen.

224. Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen stellt sich somit die Frage, ob aus Sicht der Marktgegenseite gedruckte Datensammlungen respektive über öffentlich zugängliche Datenbanken zur Verfügung gestellte elektronische (Teil-)Datensammlungen Alternativen zu den über eine Softwarelösung, welche die EDV-basierte Vornahme diverser Tätigkeiten ermöglicht, einsehbare Datenbanken darstellen.

D.4.2.1.2.1.1 Bezug der Medikamenteninformationen aus den Printmedien

225. Betreffend die Arbeit mit Printmedien stand insbesondere im Bereich der Ärzteschaft lange Zeit das Kompendium im Vordergrund, da dieses, entsprechend den damaligen Weisungen von Swissmedic, unentgeltlich an 34'000 Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer abgegeben wurde. Das Kompendium wurde letztmals 2013 publiziert und wird folglich zunehmend an Aktualität und Relevanz für die tägliche Arbeit (insbesondere der Ärztinnen und Ärzte) verlieren. Swissmedic entschied sich bei der Umstellung auf AIPS explizit dazu, auf das Erfordernis einer gedruckten Publikation zu verzichten. Insbesondere die Arzneimittelinformationen, die in besonderem Masse die Patientensicherheit gewährleisten, sind somit nicht mehr

¹³² Zum Ganzen: BGE 139 I 72, 93 f. E. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

aktuell in Printmedien vorhanden. Zwar können gewisse (Teil-)Datensätze auch in gedruckter Form bestellt werden (z.B. Spezialitätenliste, MiGeL), diese Datensätze enthalten jedoch nur einen Teil der von den Abnehmern benötigten Informationen. Die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer können mit dem ausschliesslichen Bezug solcher gedruckter Publikationen ihrer Sorgfaltspflicht nicht umfassend bzw. nur mit erheblichem Mehraufwand nachkommen und die Funktionen, die ein veredelter Datensatz erfüllt, gehen über die in den Printmedien vorhandenen (Teil-)Datensätze hinaus.

226. Daraus kann gefolgert werden, dass Nutzer von Printmedien zunehmend ergänzend elektronische Nachschlageseiten konsultieren respektive zukünftig gänzlich auf solche ausweichen werden und Printmedien kein Substitut für veredelte, maschinenlesbare Datensätze darstellen.

D.4.2.1.2.1.2 Bezug der Medikamenteninformationen aus unveredelten Datensätzen (Primärquellen)

227. Haben die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger Zugang zum Internet, haben sie Zugriff auf die nötigen Medikamenteninformationen. Die Bestellung und der Vertrieb von Arzneimitteln sind grundsätzlich durch Bestelllisten denkbar. Anders als bei der Arbeit mit einer Softwarelösung, in welche aggregierte Datensammlungen einfließen und über welche die EDV-basierte Vornahme diverser Tätigkeiten ermöglicht wird, müssen beim Bezug der Informationen aus alle Informationen aus verschiedensten Quellen manuell zusammentragen werden (Spezialitätenliste, Refdata, AIPS etc.). Gewisse kommerzielle Informationen wie die MwSt.-Nr. müssen direkt von den Zulassungsinhaberinnen nachgefragt und zusammengetragen werden.

228. Bezieht man weiter die einzelnen Funktionen, welche durch eine entsprechende Software, in welche die Medikamenteninformationen eingespeist werden, ermöglicht werden, in die Beurteilung mit ein, so werden die Unterschiede noch deutlicher. Die Verwendung der Daten sowie der daraus resultierende Nutzen für die Abnehmer wurde bereits vorstehend ausgeführt (vgl. Rz 55). Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass durch eine auf Basis von veredelten, maschinenlesbaren Daten funktionierende Software ein bzw. mehrere konkrete, individualisierte Features für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, das Vertriebsunternehmen bzw. den Kostenträger (wie z.B. ein elektronisches Patientendossier) vorhanden und diese mit den Medikamenteninformationen verknüpft sind und auch mit der Lagerbewirtschaftung und dem Verkauf zusammenhängen. Diese Prozesse benötigen veredelte, maschinenlesbare Daten.

229. Es ist davon auszugehen, dass diejenigen Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger, welche mit EDV-Systemen arbeiten, ihre bestehenden Systeme weiter nutzen wollen, da diesbezüglich bereits Investitionen getätigt wurden und die Effizienzvorteile der Softwareprodukte bekannt und die Arbeitsabläufe darauf ausgelegt sind.¹³³ Diese Anwender sind nicht bereit, ausschliesslich mit online oder via Printmedien konsultierbaren, nicht aber automatisiert weiterverwendbaren Daten zu arbeiten. Sie werden an ihren (schon länger) elektronisch unterstützten Prozessen festhalten und grundsätzlich so viele elektronische Arbeitsschritte wie bisher erledigen wollen und entsprechende Datensammlungen nachfragen. Zentrale Prozesse müssen weiterhin elektronisch und gestützt auf veredelte Daten ablaufen.¹³⁴

¹³³ Vgl. dazu auch das Ergebnis der Grundlagenanalyse Stammdaten (Rz 157), die in Bezug auf die Frage, ob Konkurrenten von e-mediat eine Alternative zu den INDEX-Produkten anbieten, zum Schluss kommt, dass es aus Spitalsicht bedauerlich wäre, wenn der „state of the art“ sinken würde und der Status-Quo wenn möglich mindestens beibehalten werden sollte. Zudem kommt die Grundlagenanalyse zum Schluss, dass für die Spitäler keine alternativen Datenbanken vorhanden seien. Eine Abkehr von veredelten zu unveredelten Daten würde a minori ad maius einen noch grösseren Qualitätsverlust bedeuten und kein Substitut darstellen.

¹³⁴ Zur Art des Vertriebs der Daten und der Rolle, welche den Softwarehäusern im in der Schweiz vorherrschenden System in Bezug auf die Wahlfreiheit des Abnehmers in Bezug auf die Daten zukommt, vgl. B.3.3.

230. Vorstehende Ausführungen lassen den Schluss zu, dass ein Umstieg von der manuellen Recherche aus verschiedenen Quellen auf eine Softwarelösung als Alternative betrachtet werden kann, 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 Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger, welche bereits mit elektronischen Systemen arbeiten, sind unveredelte, nicht maschinenlesbare Daten keine Substitute. Ebenso für diesen Schluss sprechen die allgemein zunehmende Verbreitung von elektronischen Hilfsmitteln sowie die Tendenzen und Bemühungen von Bund und Kantonen im Bereich e-Health.¹³⁵ Auch der IFAK Verein bezeichnet in seiner Petition die Nachforschungen, die getätigt werden müssen, wenn die Daten nicht in veredelter, maschinenlesbarer Form verfügbar sind, als „mühsam“. Des Weiteren würde damit ein „erneuter administrativer Aufwand“ einhergehen.

D.4.2.1.2.1.3 Fazit

231. Es ist somit davon auszugehen, dass die Marktgegenseite, also die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger, in Zusammenhang mit EDV-basierten Tätigkeiten veredelte, maschinenlesbare Daten nachfragen, weshalb von einem entsprechenden *sachlichen Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen* ausgegangen werden kann.

232. Die Softwarehäuser benötigen für ihre Dienstleistung veredelte Daten in maschinenlesbarer Form, auf welche ihre Software je nach gewünschter Funktion zugreifen kann. Ihre Software und ihre Schnittstellen sind auf derartige Datenbanken angepasst und eine Verwendung der Software ohne Daten ist nicht möglich. Die Softwarehäuser müssen den Endabnehmern veredelte, maschinenlesbare Daten liefern, weshalb sie auch selbst als Ausgangsprodukt ebendiese nachfragen, solange sie nicht selbst als Datenveredler auf dem Markt auftreten wollen¹³⁶. Somit ist auch betreffend die Marktgegenseite Softwarehäuser von einem *Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen* auszugehen.

D.4.2.1.2.2 Räumlich relevanter Markt

233. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).

234. Die Rahmenbedingungen des Gesundheitswesens sind durch die nationale Gesetzgebung geprägt. Daraus ergeben sich verschiedene nationale Besonderheiten im Hinblick auf die Arzneimittelinformationen, deren Publikation und deren Sprache (s.a. D.3). Zudem werden Arzneimittel spezifisch für die Schweiz zugelassen, wodurch Datensätze mit Medikamenteninformationen den nationalen Begebenheiten Rechnung tragen müssen und vergleichbare Datensätze aus dem Ausland nicht substituierbar sind. Denkbar wäre auch eine engere, sprachregionale Abgrenzung, da die Nachfragerinnen und Nachfrager der Daten diese überwiegend in nur einer Sprache nachfragen. Die Zulassungsinhaberinnen sind demgegenüber verpflichtet, die Arzneimittelinformationen in Deutsch, Französisch und Italienisch auf AIPS zu publizieren. Auch die Struktur der Medikamenteninformationen ist sprachunabhängig vorgegeben und wird in veredelten Datenbanken für die verschiedenen Sprachen identisch sein. Es ist somit davon auszugehen, dass die Kosten, mehrere Sprachen statt einer umfassende veredelte, maschinenlesbare Daten anzubieten, relativ gering sind. Die INDEX-Produkte werden dementsprechend auch schweizweit vertrieben.

235. Es ist somit von einem *nationalen Markt* für veredelte, maschinenlesbare Daten auszugehen.

¹³⁵ Gemäss Anhörungen habe gerade die Vorbereitung auf e-Health zu einem starken Ausbau der strukturierten Daten und damit einem Entwicklungsschub in Bezug auf Indexe geführt, weiter sodann die Einführung von klinischen Systemen.

¹³⁶ Vgl. zu den verschiedenen Vertriebsarten Rz 53.

D.4.2.1.3 Beurteilung der Marktstellung

236. Ob sich e-mediast/Documed bzw. HCI im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig von Mitbewerberinnen und Mitbewerbern, Anbieterinnen und Anbietern oder Nachfragerinnen und Nachfragern verhalten können, muss im Einzelfall geprüft werden. Sie können sich dann nicht unabhängig verhalten, wenn sie sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sehen. Es ist jedoch auch die Stellung auf den vor-, nachgelagerten oder benachbarten Märkten zu berücksichtigen.¹³⁷

237. Bis 2008 konnten die Arzneimittelinformationen ausschliesslich über das Kompendium von Documed publiziert werden. Da aus den Weisungen von Swissmedic eine entsprechende Pflicht hervorging, konnte sich Documed als unumgänglicher Partner im Gesundheitswesen positionieren. Die diesbezügliche Marktbeherrschung wurde durch die WEKO bereits festgestellt (vgl. Fn 63). Der Markteintritt von ywesee änderte an der Stellung Documed auch in den Folgejahren wenig¹³⁸, da ausschliesslich Zulassungsinhaberinnen, welche keine Fachinformation zu publizieren hatten und damit rein elektronisch publizieren durften, überhaupt hätten ausweichen können.

238. e-mediast hatte als Schwestergesellschaft als einziges Unternehmen Zugriff auf die von Documed erhobenen Daten (Arzneimittelinformationen), welche sie für CHF [...] jährlich von dieser übernahm. Daneben erhob sie selbst als Betreiberin der refdatabase Daten.¹³⁹ Diese und weitere Daten aggregierte e-mediast und bot Galdat (Rz 49) an. Mit diesem Produkt wurde e-mediast zur führenden und einzigen Anbieterin von umfassenden Medikamenteninformationssammlungen für den Vertrieb und die Abgabe von Arzneimitteln. Das weitgehend auf aggregierten und veredelten elektronischen Daten basierende Vertriebs- und Abgabesystem für Arzneimittel in der Schweiz baut auf diesen Datensammlungen von e-mediast auf. Grundlage der Struktur derselben ist der sogenannte Pharmacode, welcher von e-mediast vergeben wird und mittlerweile der Identifier in den Systemen geworden ist (vgl. Rz 21c). Inwiefern der GTIN den Pharmacode ersetzen wird, kann erst die künftige Marktentwicklung zeigen. Der Pharmacode wird jedenfalls von e-mediast bis auf weiteres weiter gepflegt.

239. Wie vorstehend ausgeführt, besteht auf Stufe der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger sowie der Softwarehäuser Nachfrage nach aggregierten und veredelten, maschinenlesbaren Daten. Aufgrund der historischen Entwicklung war lange Zeit lediglich e-mediast auf diesem Markt tätig. Die Softwarehäuser haben entsprechend ihre Systeme und Schnittstellen auf die Strukturierung und Codierung von e-mediast sowie auf den Pharmacode ausgerichtet.

D.4.2.1.3.1 Aktueller Wettbewerb

240. Bis 2012 war e-mediast mit Galdat die einzige Anbieterin einer umfassenden, veredelten und maschinenlesbaren Datenbank für Medikamenteninformationen. Betrachtet man die Datenangebote anderer Anbieter, waren und sind gestützt auf diese indes nach wie vor keine vergleichbaren Funktionalitäten möglich, da deren Daten nicht in der gleichen Qualität/Form, Menge und Tiefe veredelt werden wie Galdat bzw. die INDEX-Produkte. Diese Einschätzung der Marktsituation wird von den Untersuchungsadressaten weiterhin vertreten.¹⁴⁰

241. Da von der Einführung von AIPS indes auch eine neue Dynamik im Markt erwartet wurde (vgl. B.1.3), wird nachfolgend die Entwicklung infolge Einführung von AIPS noch genauer betrachtet: Ungefähr gleichzeitig mit dem Start von AIPS wurde von der dr-ouwerkerk ag mit just-medical!/med-drugs, mitfinanziert durch einzelne Zulassungsinhaberinnen, eine Plattform aufgebaut, die gegenwärtig möglicherweise eine Konkurrenz zu den INDEX-Produkten darstellt. Die Medikamenteninformationen werden von ywesee geliefert. Die Datenbank enthält eine

¹³⁷ RPW 2004/2, 436 Rz 130 ff., *Swisscom ADSL*.

¹³⁸ Ergebnisse aus den Fragebögen Zulassungsinhaberinnen, Frage 3.

¹³⁹ Vgl. Rz 71 ff. sowie Rz 22 für die auf refdatabase enthaltenen Daten.

¹⁴⁰ „Insbesondere ist die ywesee GmbH nicht im Bereich der Codierung und Strukturierung der öffentlich zugänglichen Arzneimittelinformationen zu einer maschinenlesbaren Datenbank tätig, wie dies die e-mediast AG mit ihren INDEX-Produkten tut.“. S.a. Rz 266.

Schnittstelle, die z.B. die Integration in eine Website ermöglicht.¹⁴¹ Diese Anbieter aggregieren öffentlich verfügbare Daten in eine Datenbank und bieten diese veredelten Daten in maschinenlesbarer Form den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern (insbesondere Ärztinnen und Ärzten) an. Somit sind nur Medikamenteninformationen (und die MiGel¹⁴²) verfügbar, nicht aber bspw. Daten von Non-Pharma Produkten. Selbst wenn man annähme, dass die Daten von just-medical!/med-drugs bzw. ywese über die gängigen Programme der etablierten Softwarehäuser nutzbar wären, wäre jedoch die aktuelle Konkurrenz nicht genügend gross, um einen disziplinierenden Einfluss auf Documed/e-mediati zu haben. Die dr-ouwerkerk ag hat 2014 ihre Tätigkeiten im Bereich der Datenaufbereitung eingestellt.

242. Im Zeitpunkt der Offertstellung im Hinblick auf die Übergangsverträge für das Jahr 2012 ging Documed davon aus, mit den INDEX-Produkten über eine Marktabdeckung von mehr als 90 % zu verfügen. Es ist davon auszugehen, dass die restlichen < 10 % damals noch nicht auf Softwarelösungen umgestiegen sind und dieser Anteil im Entscheidzeitpunkt der WEKO kleiner ist. Die Unverzichtbarkeit ihrer INDEX-Produkte streichen auch Documed/e-mediati hervor, indem sie betonen, dass die INDEX-Produkte einem Bedürfnis der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer entsprechen, welches nur durch die INDEX-Daten befriedigt werden kann.¹⁴³ Sie führen denn auch wiederholt aus, dass der Markt sehr wohl bestreitbar wäre, sofern ihr Produkt nachgebildet würde.

243. Weiter sprechen folgende Faktoren gegen aktuellen Wettbewerb unter Datenveredlern:

- a. Die Galenica-Gruppe hat die Wertschöpfungskette des Arzneimittelvertriebs und des Vertriebs der entsprechenden Medikamenteninformationen vertikal integriert (vgl. Rz 10). Auf allen Marktstufen sind Gesellschaften der Galenica-Gruppe aktiv, die teilweise eine starke Marktstellung haben.¹⁴⁴ Diese Gesellschaften werden weiterhin die INDEX-Produkte beziehen.
- b. Insbesondere der physische Vertrieb von Arzneimitteln ist von Galenica-Gruppengesellschaften abhängig,¹⁴⁵ weshalb für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer die Zusammenarbeit in Bezug auf Medikamenteninformationen mit einem Galenica-Partner vorteilhaft scheinen könnte.
- c. HCI verfügt mit ihren Einnahmen seitens der Zulassungsinhaberinnen über ein Vielfaches an finanziellen Mitteln als andere Wettbewerber.¹⁴⁶
- d. Die Marktstellung von Documed und e-mediati ist seit langem gewachsen. Documed/e-mediati bzw. HCI sind daher seit langer Zeit ein unverzichtbarer Partner im Gesundheitswesen (vgl. Rz 28 ff. und 65 ff.). Neben ihren Geschäftsbeziehungen zu den Zulassungsinhaberinnen, Softwarehäusern und den Abnehmern der INDEX-Datenbanken sowie des Compendiums werden auch nahezu alle outgesourcten Primärdatenbanken von e-mediati betrieben.
- e. Der Umfang der Datenbank von Documed/e-mediati bzw. HCI ist nicht leicht reproduzierbar.

¹⁴¹ <http://typo3.ouwerkerk.interway.ch/fileadmin/user_upload/PDF/80822_factsheet_meddrugs_de.pdf> (zuletzt besucht am 21.9.2015).

¹⁴² Indes sei gemäss Grundlagenanalyse Stammdaten (vgl. Rz 157) die MiGel Datenliste nicht mit Produkten verknüpft.

¹⁴³ Vgl. n.a. vorstehende Information seitens Documed/e-mediati an die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer und Zulassungsinhaberinnen Rz 80 ff. und Rz 106 ff. Siehe in diesem Zusammenhang auch die Petition der IFAK, Rz 149.

¹⁴⁴ Vgl. jüngst: RPW 2015/3, 370 Rz 79, *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*.

¹⁴⁵ Der grösste Prewholesaler, Alloga AG, und der grösste Grossist, Galexis AG, gehören beide der Galenica-Gruppe an (vgl. Abbildung 3 und die Ausführungen in RPW 2015/3, 366 und 368 Rz 32 und 46, *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*). Vgl. auch Beschlussbegründung Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft in Bezug auf den physischen Arzneimittelvertrieb, demnächst in RPW publiziert.

¹⁴⁶ ywese verfügt nicht über eine ähnliche Finanzkraft wie die Galenica-Gruppe.

- f. Der Vertrieb an und über Softwarehäuser ist für andere Anbieter erschwert, da alle bestehenden Anbieter von Softwarelösungen im Bereich von Medikamenteninformationen (ausser ywesee selbst) mit Documed/e-mediart bzw. HCI zusammenarbeiten (Kontrolle der Schnittstelle). Aktuell sind keine anderen Schnittstellen vorhanden¹⁴⁷, die Wechselkosten sind hoch (betreffend die Kosten für die Umstellung von Galdat auf die INDEX-Produkte vgl. Fn 148) und die Verwendung der Datenbankstruktur für andere Datenbanken ist den Softwarehäusern teilweise vertraglich untersagt (vgl. Rz 360 ff.).
- g. Die Softwarehäuser hatten bei der Umstellung von Galdat auf die INDEX-Produkte hohe Investitionskosten zu tätigen.¹⁴⁸ Diese Kosten müssen erst amortisiert werden, bevor ein allfälliger Wechsel des Datenlieferanten in Frage kommt.

244. Die Zahlen der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger, die mit Documed/e-mediart zusammenarbeiten, bestätigen den Schluss, dass diese auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen marktbeherrschend sind:

Tabelle 1: Aufstellung der Anzahl INDEX-Verträge und geschätzter Marktanteil

	Anzahl Verträge ¹⁴⁹	Geschätzter Marktanteil
Apotheken	1'790	100.0 % ¹⁵⁰
Spitäler	373	100.0 % ¹⁵¹
Praxisärztinnen und Praxisärzte	16'000	89.9 % ¹⁵⁰
Drogerien	324	57.8 % ¹⁵²
Heime	84	100.0 % ¹⁵⁰
Grossisten	22	100.0 % ¹⁵³
Krankenkassen	69	100.0 % ¹⁵¹
Softwarehäuser	156	nicht verfügbar

Quelle: Aufstellung des Sekretariats; Zahlen gemäss Quellenangaben.

245. Damit ist erstellt, dass auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen wenn, dann nur sehr eingeschränkter aktueller Wettbewerb vorhanden ist.

D.4.2.1.3.2 Potenzieller Wettbewerb

246. Damit potenzielle Konkurrenten eine disziplinierende Wirkung auf die im Markt tätigen Unternehmen haben können, muss es einerseits mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Markteintritten kommen, welche darüber hinaus genügend rasch müssen erfolgen können.

¹⁴⁷ Nach Angaben von [...] arbeiten heute und seit der Umstellung auf die INDEX-Datenbank nahezu alle Softwarehäuser ausschliesslich mit einer auf den Pharmacode und die INDEX-Daten ausgegerichteten Schnittstelle. Einige wenige Softwarehäuser bieten noch die Möglichkeit, die Daten via IGM zu aktualisieren.

¹⁴⁸ Fragebögen Softwarehäuser, Frage 9.

¹⁴⁹ <http://www.documed.ch/wAssetsDocumed/bin/de/2014_12_16_Doc_Folder_Dienstl_de_2015_Apo_v0307_interaktiv.pdf> (zuletzt besucht am 19.10.2015).

¹⁵⁰ Bundesamt für Statistik, Gesundheit, 2014 (Anzahl Apotheken: 1'764; Anzahl Ärztinnen und Ärzte in freier Praxis: 17'804; Anzahl Alters- und Pflegeheime: 1'580, wobei gemäss Angaben von Interpharma – vgl. Fn 152 – nur etwa 50 Heime eine eigene Apotheke haben).

¹⁵¹ Bundesamt für Gesundheit, Fakten und Zahlen, 2014 (Anzahl Spitäler: 293; Anzahl Krankenkassen: 60).

¹⁵² Interpharma, Gesundheitswesen Schweiz, Ausgabe 2015, S. 39 (Anzahl Drogerien: 561).

¹⁵³ Die fünf stärksten Pharma-Grossisten (Galaxis AG, Amedis, Voigt, Unione Farmaceutica und PharmaFocus) decken 95 % des Marktes ab.

Andererseits sollte das eintretende Unternehmen eine ausreichende Unternehmensgrösse vorweisen, um für einen funktionierenden Wettbewerb zu sorgen.¹⁵⁴

247. ywesee versucht schon seit längerem, die Galenica-Gruppe im Bereich der Medikamenteninformationen zu konkurrenzieren (vgl. Rz 29). Nachdem die Publikation der Arzneimittelinformationen theoretisch auch bei ywesee möglich war¹⁵⁵, versuchte sich diese auch gegenüber den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern zu etablieren. Dies gelang ihr als Nischenanbieterin im Bereich Ärztinnen und Ärzte (vgl. Rz 266).

248. Es ist, da die in Rz 243 erwähnten Hindernisse für den aktuellen Wettbewerb weiterhin bestehen, auch in absehbarer Zeit nicht mit einer Änderung der Wettbewerbsverhältnisse zu rechnen. Dies auch, da allgemein folgende weitere Faktoren gegen einen Markteintritt bzw. gegen eine Entwicklung des bisherigen Angebots sprechen: Durch die nationale Gesetzgebung im Gesundheitswesen und insbesondere in Bezug auf die Arzneimittelinformationen scheinen Markteintritte durch internationale Unternehmen als unwahrscheinlich. Die von den Räten in der Detailberatung angenommene neue gesetzliche Regelung (Art. 67 E-HMG; vgl. Rz 199 ff.) wird zudem eine wesentliche Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen bedeuten. Entscheidende Aufgaben werden einer Stiftung übertragen, diverse Fragen in Bezug auf die Umsetzung durch dieselbe sind noch offen¹⁵⁶. Bis zur Klärung der gesetzlichen Rahmenbedingungen und der konkreten Ausgestaltung scheinen Investitionen unwahrscheinlich.

249. Potenzielle Konkurrenz, welche einen disziplinierenden Einfluss auf die Galenica-Gruppe hätte, besteht damit keine.

D.4.2.1.3.3 Stellungnahme Galenica AG und HCI zu den Wettbewerbsverhältnissen im Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen

250. Allgemein machen die Parteien geltend, dass die relevanten Märkte durch Innovationswettbewerb, Netzwerkeffekte und Wettbewerb „um“ den Markt gekennzeichnet seien, der sich tendenziell in einem „winner takes all“ Ergebnis niederschlagen dürfte. HCI verfüge über eine marktführende Stellung, sei aber kaum in wettbewerbsrechtlich relevanter Weise durch Switching costs und Lock-ins geschützt und könne sich keinesfalls in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten. [...] ihre Marktposition [sei] in Zusammenhang mit Regulierungsänderungen verletzlich. Dass die aktuellen Konkurrenten zurzeit eher eine unbedeutende Rolle spielten, hätte weder mit Marktzutrittsschranken noch mit anderen kartellgesetzrelevanten asymmetrischen Vorteilen von HCI zu tun. Der Grund für den Erfolg sei Leistungswettbewerb („competition on the merits“) und nicht wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (bspw. durch die vom Sekretariat genannten Vertragsklauseln). Nicht umsonst hätten die Softwarehäuser die Qualität der Daten von anderen Datenanbietern in Frage gestellt. Sofern ein Konkurrenzunternehmen bereit sei, im selben Masse in eine Fachredaktion, eine Verkaufsorganisation und ein professionelles Management zu investieren, dürfte ein Markteintritt problemlos möglich sein. Da es sich um einen Nischenmarkt mit begrenzten Profitaussichten handle und HCI ihre Dienstleistungen in hochwertiger Qualität und zu moderaten Preisen anbiete, sei offenbar in der Vergangenheit niemand bereit gewesen, die notwendigen Investitionen zu tätigen.

¹⁵⁴ RPW 2011/4, 632 Rz 729, ASCOPA.

¹⁵⁵ Infolge des Druckerfordernisses – eine entsprechende Möglichkeit bot mit dem Kompendium ausschliesslich Documed an – war bis 2012 für Produkte mit Fachinformationen ein Vertragsabschluss mit Documed unausweichlich, welche sodann Arzneimittelinformationen gedruckt und online in einem vollständigen Werk veröffentlichte (vgl. auch RPW 2008/3, S. Rz 11 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*).

¹⁵⁶ Infolge mangelnder Transparenz betreffend das heute vorherrschende Modell von HCI, an welches bereits mit AIPS erfolglos eine Annäherung versucht wurde, bleibt darüber hinaus fraglich, inwiefern Problemen wie den vorliegend untersuchten inskünftig durch eine an sich erneut klare gesetzliche Regelung vorgebeugt und begegnet werden kann.

251. Der Umstand, dass die Konkurrenz auf diesem Markt nicht tobe, hätte nichts mit Markteintrittsschwellen oder einer nicht angreifbaren Position von HCI zu tun, sondern sei damit begründbar, dass es sich um einen volkswirtschaftlich unbedeutenden Nischenmarkt mit gedeckelten Gewinnaussichten handle.

252. Aufgrund der Recherche von WILLI¹⁵⁷ läge auf der Hand, dass HCI in Bezug auf benutzergruppenspezifische Datenangebote eine marktführende Stellung innehat. Die Stellung einer Marktführerin sei indessen nicht mit einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu verwechseln, da sich ein marktbeherrschendes Unternehmen in wesentlichem Umfang von den anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten können müsste, wogegen eine Marktführerin in ihrem Handlungsspielraum eingeschränkt ist. Die Erarbeitung von strukturierten Daten sei ein bestreitbares natürliches Monopol.

253. Die Argumente der Parteien sind undifferenziert in Bezug auf die Märkte und mögen nicht zu überzeugen. Die WEKO teilt die Meinung der Parteien, dass Wettbewerb auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen wenn, dann in Form von Innovationswettbewerb spielen müsste, wie üblicherweise im elektronischen Bereich der Fall. Die WEKO bestreitet aber, dass es um Wettbewerb um den Markt geht. Schon das Vorhandensein von verschiedenen Nachfragern (Ärzte, Apotheken, Spitäler usw.) mit verschiedenen Ansprüchen spricht für verschiedene mögliche spezifische Lösungen seitens mehrerer Anbieter, die nebeneinander in Wettbewerb bestehen können. Dies ist beispielweise in Deutschland der Fall. Anders als auf den vorgelagerten Märkten (für die Publikation von FI und PI jeweils online in einem vollständigen Werk, heute zu gewährleisten über AIPS) besteht im vorliegend betrachteten Markt kein bestreitbares natürliches Monopol.

254. Dass selbst HCI anerkennt, dass sie eine marktführende Rolle innehaben und dass die allfälligen Konkurrenten eine unbedeutende Rolle spielen, bedeutet von diesem Hintergrund und in Zusammenhang mit den obigen Ausführungen nichts anderes, als dass HCI marktbeherrschend i.S. des Kartellgesetzes ist. Es mag sein, dass das Angebot anderer allfälliger potentieller Konkurrenten ungenügend ist. Die Gründe dafür, warum kein Konkurrent vorhanden ist, sind indes für die Feststellung einer marktbeherrschenden Position sekundär. Fakt ist, dass seit Jahren einzig HCI auf diesen Markt aktiv ist.

255. *Ad abundantiam* kann noch erwähnt werden, dass sich Galenica mehrmals unabhängig verhalten hat, sei es in Bezug auf die Einführung der INDEX-Produkte, die Gestaltung der vertraglichen Beziehungen mit den Softwarehäusern oder die Abschaffung des IGM-Formates bei der Überführung von Galdat zu INDEX usw., ohne dass ihr Handlungsspielraum beschränkt wurde.¹⁵⁸

D.4.2.1.4 Zwischenergebnis

256. Die WEKO stellt fest, dass die Galenica-Gruppe mittels ihrer Tochtergesellschaften Documed, e-mediati und HCI eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen hat.

D.4.2.1.5 Der relevante Markt betreffend die Marktgegenseite der Zulassungsinhaberinnen

D.4.2.1.5.1 Sachlich relevanter Markt

257. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU, der hier analog anzuwenden ist).

258. Documed/e-mediati bieten den Zulassungsinhaberinnen den Abschluss eines Vertrages für die Aufnahme deren Medikamenteninformationen in ihre Datensätze (Indices) an. Gleichzeitig bieten Documed/e-mediati im Rahmen ihres Leistungskataloges auch eine Reihe von

¹⁵⁷ Grundlagenanalyse Stammdaten (vgl. Rz 157).

¹⁵⁸ Vgl. Rz 48, 49, 360.

anderen Dienstleistungen an, die inhaltlich nicht mit der „Aufnahme in die Datenbank“ zusammenhängen, aber nicht unabhängig davon gebucht werden können. Prima vista betrifft der wesentliche sachlich relevante Markt den Zugang zu elektronischen Datensätzen, welche die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer konsultieren bzw. benützen. Documed/e-mediati bieten den Zulassungsinhaberinnen eine Möglichkeit an, ihre Medikamenteninformationen den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern zur Verfügung zu stellen. Der relevante Markt ist deshalb der *Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger*.

259. Die elektronische Zustellung von Medikamenteninformationen seitens der Zulassungsinhaberinnen ausserhalb dieses elektronischen Kanals ist kein echtes Substitut, da die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger an einem umfassenden elektronischen Werk interessiert sind, welches mit ihrer angewandten Software funktioniert bzw. kompatibel und nicht nur auf einzelne separate Medikamenteninformationen ausgerichtet ist. Nur Documed/e-mediati bieten die Möglichkeit, sämtliche Medikamenteninformationen den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern in der von ihnen verlangten und benötigten Form, nämlich via Indices, zur Verfügung zu stellen (vgl. Rz 256). Für die Zulassungsinhaberinnen ist es deshalb zentral, in den Datensätzen von Documed/e-mediati zu sein. Auch wenn die Zulassungsinhaberinnen rechtlich zum Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS verpflichtet sind, genügt dies nicht für eine Vertretung in den Indices von e-mediati. AIPS wird von Documed/e-mediati nicht als Primärquelle für die Arzneimittelinformationen benutzt (vgl. auch Abbildung 4), da diese sich weigern, die AIPS-Daten aufzunehmen. Zudem enthält AIPS – im Gegensatz zur Datenbank von Documed/e-mediati – keine veredelten Daten. M.a.W. wurden die Daten auf AIPS weder mit weiteren Informationen aus anderen Primärquellen (z.B. der Spezialitätenliste) vereint, noch strukturiert und codiert (vgl. Rz 44 ff.). Somit kann der sachlich relevante Markt als *Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen* definiert werden.

260. Die Parteien bringen vor, der sachlich relevante Markt sei weiter zu fassen und beinhalte die Aufbereitung und Kontrolle der Daten sowie die Aufnahme und den Erhalt/den Unterhalt in den elektronischen Datensätzen und gleichzeitig die Nutzung einer aufgebauten Infrastruktur.

261. Entgegen den Aussagen der Parteien in Zusammenhang mit der Breite des sachlich relevanten Marktes gegenüber den Zulassungsinhaberinnen ist die WEKO der Meinung, dass die vorgebrachten Elemente des Zugangs sowie die Art der Verteilung der von den Abnehmern benötigten Daten und damit der Vertrieb über bzw. die Zusammenarbeit mit nahezu allen Softwarehäusern keine Kriterien der Marktdefinition sind, sondern Charakteristika des spezifischen Angebotes von e-mediati und damit Teil der Marktstellungsproblematik.¹⁵⁹

D.4.2.1.5.2 Räumlich relevanter Markt

262. Da es sich um Medikamenteninformationen von in der Schweiz zugelassenen Arzneimitteln handelt, ist der räumlich relevante Markt *national* zu definieren. Für die Begründung kann auf Rz 233 ff. verwiesen werden.

D.4.2.1.6 Beurteilung der Marktstellung

D.4.2.1.6.1 Aktueller Wettbewerb

263. Die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger fragen in Zusammenhang mit den von Ihnen verwendeten Programmen den Zugang zu den Medikamenteninformationen in der von Documed/e-mediati zur Verfügung gestellten

¹⁵⁹ So gestaltet sich die Marktsituation in Deutschland diesbezüglich beispielsweise anders. Es existieren verschiedene Angebote mehrerer Veredler, welche gleichzeitig als Datenveredler tätig sind, nebeneinander (vgl. Rz 61).

Form – den Indices – nach¹⁶⁰. Einzig Documed/e-mediati bieten aktuell diese Form an. Die Schnittstelle zu den Softwarehäusern ist zudem von Documed/e-mediati kontrolliert (proprietäre Schnittstelle; vgl. auch vorne, Rz 243, Bst. f), sodass auch kein anderer Datenveredler über dieselben Softwarehäuser seine Datenbank vertreiben könnte. Um in dieser von den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern nachgefragten Datenbank, den Indices, vertreten zu sein, fragen die Zulassungsinhaberinnen den Zugang zu dieser Datenbank nach. Nur Documed/e-mediati können diesen Zugang gewährleisten, weshalb Documed/e-mediati für Zulassungsinhaberinnen, die den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern Zugriff auf ihre veredelten, maschinenlesbare Daten gewährleisten wollen, einen Marktanteil von 100 % haben (vgl. Rz 242). Die Marktbeherrschung ist folglich gegeben.

D.4.2.1.6.2 Potentieller Wettbewerb

264. Solange Documed/e-mediati auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen eine marktbeherrschende Stellung haben und die Schnittstelle zu den Softwarehäusern nicht offengelegt wird, ist kein potentieller Wettbewerb vorhanden, da die Marktzutrittsschranken zu hoch sind (vgl. Rz 246 ff.).

D.4.2.1.6.3 Stellungnahme Galenica AG und HCI zu den Wettbewerbsverhältnissen im Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen

265. Zusätzlich zu den Erläuterungen unter D.4.2.1.3.3 betreffend ihre angreifbare Marktstellung machen die Parteien geltend, dass das Sekretariat ausblende, dass HCI auch den disziplinierenden Wirkungen der Marktgegenseiten unterliege [...]. HCI könne ihre Geschäftstätigkeit nur fortführen, wenn ihre Datenbanken vollständig, von guter Qualität und aktuell seien, ihre Daten maschinenlesbar und ihre Produkte stets innovativ seien. Die Zulassungsinhaberinnen wüssten um den auf HCI lastenden Sachzwang der Vollständigkeit und verfügten deshalb über eine beachtliche Marktstärke. Diese sei umso beachtlicher, je grösser die entsprechende Pharmafirma sei. HCI sei bereits aus diesem Grunde nicht in der Lage, sich von den anderen Marktteilnehmern unabhängig zu verhalten.

266. Trotz des Vollständigkeitserfordernisses haben es sich Documed/e-mediati erlauben können, den Zulassungsinhaberinnen die Streichung aus den Datensätzen in Aussicht zu stellen. Zudem sagen sie gleichzeitig selbst, dass ohne ihre Produkte ein sicherer und effizienter Vertrieb nicht möglich sei, worin sie den grossen Nutzen einer Präsenz in den INDEX-Daten für die Zulassungsinhaberinnen sehen. Unter Beachtung des Umstandes, dass aktuell und kurzfristig keine Konkurrenzangebote a) verfügbar und b) vertrieben werden können, geht die WEKO von einer marktbeherrschenden Stellung von e-mediati/Documed aus¹⁶¹. Was ywesee aber auch die anderen angeblichen Konkurrenzangebote betrifft zählt HCI selbst die Mängel deren Angebotes im Vergleich zu ihrem auf¹⁶². Dass ywesee sich bei Ärzten einer gewissen Nachfrage erfreut, lässt aus Sicht der WEKO noch nicht den Schluss zu, dass Documed/e-mediati disziplinierenden Wirkungen ausgesetzt sind (vgl. vorne Rz 249). So führen auch die

¹⁶⁰ Auch HCI geht in ihrer Stellungnahme davon aus, dass aktueller Wettbewerb infolge der Möglichkeit, ihr bestehendes Produkt zu reproduzieren, besteht (s.u.a. Rz 132).

¹⁶¹ Selbst bei Wegfallen der entsprechenden wettbewerbsbeschränkenden Klauseln haben Softwarehäuser bestehende Verträge und erst kürzlich getätigte Umstellungskosten, die sie zunächst amortisieren wollen, sofern die Nachfrage nach anderen Produkten keine kritische Grösse annimmt.

¹⁶² ywesee sei ein Kleinunternehmen, welches sich darauf spezialisiert habe, öffentlich zugängliche Daten zusammenzutragen. Im Unterschied zu HCI verfüge ywesee aber nicht über eine eigene Fachredaktion. In Rz 132 wird in Bezug auf das Angebot von dr-ouwerkerk ag ausgeführt, dass dieser mehr hätte investieren, eine eigene Fachredaktion aufbauen und sein Angebot demjenigen von HCI angleichen müssen, um deren Position gefährden zu können. Würden Konkurrenten eine eigene Fachredaktion aufbauen, könnten sie HCI auf dem untersuchten Nischenmarkt problemlos konkurrenzieren (Rz 145).

Parteien aus, dass wer den Inventions- und Innovationswettbewerb gewinnt – bzw. ein überzeugendes neues Angebot z.B. für mittlere Spitäler oder für Apothekenketten vorlegen kann – , oft in kurzer Zeit fast den gesamten relevanten Markt „übernimmt“.

D.4.2.1.7 Zwischenergebnis

267. Die Galenica-Gruppe hat mittels ihrer Tochtergesellschaften Documed, e-mediat und HCI eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen.

D.4.2.1.8 Zweiseitiger Markt

268. Es stellt sich jetzt die Frage, ob die zuvor definierten Märkte als jeweils „normale“ Märkte (ein Anbieter und eine Nachfragergruppe) zu definieren sind oder ob ein sogenannter zweiseitiger Markt vorliegt (ein Anbieter und zwei Nachfragergruppen). In der zweiten Situation würden Documed/e-mediat eine Plattformfunktion ausüben.

269. Die WEKO hat sich schon verschiedentlich mit Fragestellungen in Zusammenhang mit zweiseitigen Märkten auseinandergesetzt.¹⁶³

270. Allgemein werden Märkte als zweiseitig definiert, wenn einerseits mehrere Nachfragergruppen zusammengebracht werden und andererseits zwischen diesen Nachfragergruppen indirekte Netzwerkeffekte bestehen. Die zwischen den beiden Gruppen von Nachfragerinnen und Nachfragern bestehenden Externalitäten werden durch das Unternehmen, welches die Plattform anbietet, internalisiert.¹⁶⁴ Somit liegt der Mehrwert einer solchen Plattform insbesondere darin, dass sie die Nachfrage einer grossen Anzahl von Kundinnen und Kunden beider Nachfragergruppen koordiniert, was positive Netzwerk-Externalitäten zu Gunsten beider Nachfragergruppen generiert.

271. Eine weitere typische Eigenschaft von zweiseitigen Märkten ist die Möglichkeit des Plattformanbieters, nicht nur über die Gesamthöhe des Preises seiner Dienstleistungen (d.h. die Summe der Preise, welche die Nachfragergruppen insgesamt bezahlen) zu bestimmen, sondern auch über die Preisstruktur (d.h. die Plattform kann typischerweise bestimmen, welche der Nachfragergruppen wie viel bezahlt). So kann die Dienstleistung für eine Nachfragergruppe beispielsweise kostenlos sein, während eine andere Nachfragergruppe für die Dienstleistung bezahlen muss.¹⁶⁵

272. Auch wird die Wettbewerbsstruktur von zweiseitigen Märkten insbesondere dadurch bestimmt, ob die Nachfragergruppen mehrere Plattformen nebeneinander (sogenanntes „Multihoming“) oder nur eine Plattform nutzen können (sogenanntes „Singlehoming“).¹⁶⁶ Ebenso kann danach unterschieden werden, ob zwischen den Nachfragergruppen eine nachweisbare Transaktion stattfindet (wie bei der Zahlung mit einer Kreditkarte) oder nicht (beispielsweise bei Werbung in einer Gratiszeitung).¹⁶⁷

¹⁶³ RPW 2007/2, 283 ff. Rz 272 ff., *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2005/2, 314 ff. Rz 36 ff., *Tamedia AG/Edipresse SA/Homegate AG*; RPW 2006/1, 85 ff. Rz 162 ff., *Kreditkarten-Interchange Fee*; RPW 2011/1, 116 ff. Rz 139 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2015/2, 174 Rz 89, *Kreditkarten Domestische Interchange Fees II (KKDMIF II)*; RPW 2016/1, 67 ff. Rz 183, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

¹⁶⁴ Siehe hierzu DAVID S. EVANS, in: *Yale Journal on Regulation*, 20(2), *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*, 2003, 325–381; MARC RYSMAN, in: *Journal of Economic Perspectives*, 23(3), *The Economics of Two-Sided Markets*, 2009, 125–43; JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, in: *Journal of the European Economic Association*, 1(4), *Platform Competition in Two-Sided Markets*, 2003, 990–1029.

¹⁶⁵ Siehe ROCHET/TIROLE (Fn 164). Unter Umständen kann eine indirekte Weitergabe des an die Plattform bezahlten Preises, ein sogenannter „pass-through“ an die andere (subventionierte) Nachfragergruppe stattfinden, beispielsweise über den Preis des über die Plattform vermittelten Produkts.

¹⁶⁶ Vgl. MARK ARMSTRONG, in: *The RAND Journal of Economics*, 37, *Competition in two-sided markets*, 2006, 668–691.

¹⁶⁷ LAPO FILISTRUCCHI/DAMIEN GERADIN/ERIC VAN DAMME/PAULINE AFFELDT, *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*, TILEC Discussion Paper No. 2013-009, 2013.

273. Nachfolgend werden diese Eigenschaften in Bezug auf die vorliegende Situation kurz erläutert.

D.4.2.1.8.1 Indirekte Netzwerkeffekte

274. Bei Plattformen bestehen für beide Nachfragergruppen starke indirekte Netzwerkeffekte. So haben z.B. die Online-Buchungsplattformen eine Vermittlungsfunktion zwischen einer grossen Anzahl von Endkundinnen und Endkunden und einer grossen Anzahl von Hotels. Aus Sicht der Endkundinnen und Endkunden ist eine spezifische Online-Buchungsplattform insbesondere dann attraktiv, wenn diese (bei der gewünschten Destination) eine grosse Auswahl an verschiedenen Hotels anbieten kann. Umgekehrt ist es naheliegend, dass aus Sicht der Hotels eine Online-Buchungsplattform umso attraktiver ist, je mehr Kundinnen und Kunden diese benutzen.¹⁶⁸

275. Im vorliegenden Fall wären die Zulassungsinhaberinnen einerseits und die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger andererseits die zwei Nachfragergruppen. Für die Zulassungsinhaberinnen wäre die Plattform von Documed/e-mediatic attraktiver, je mehr Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger deren Datensätze konsultieren. Umgekehrt gilt indes für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger, dass diese ihrer Tätigkeit entsprechend an einem vollständigen Datensatz interessiert sind.

276. Theoretisch wäre somit auf den definierten Märkten eine Plattform denkbar, welche die Medikamenteninformationen der Zulassungsinhaberinnen sammelt und den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern anbietet. Der Mehrwert für diese ist, dass sie die Medikamenteninformationen für die Beratung, die Verschreibung, den Verkauf, den Vertrieb und die Abrechnung von Arzneimitteln nicht aus vielen separaten Quellen erfragen müssen. Für die Zulassungsinhaberinnen besteht der Mehrwert darin, dass ihre Medikamenteninformationen den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern zugänglich sind. Die Arzneimittel als solche werden hingegen auf separaten Märkten angeboten und nachgefragt. Die Anzahl der Konsultationen der Plattform seitens der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger wäre von der Anzahl der Medikamenteninformationen, die auf der Plattform stehen, abhängig.

277. Dieser Zusatznutzen ist dann in Frage gestellt, wenn der Staat oder die Zulassungsinhaberinnen wie vorliegend selbst die Sammlung der Medikamenteninformationen für die Datenveredlung direkt oder indirekt übernehmen. Eine solche staatliche Tätigkeit bzw. eine solche Tätigkeit durch die Zulassungsinhaberinnen selbst müsste das Funktionieren der Plattformen erleichtern, da alle Informationen zur Verfügung stehen, bei gleichzeitiger Reduktion der Zahlungsbereitschaft dieser Nachfragergruppe. Zudem stellt sich die Frage, welchen Mehrwert in Form von Internalisierung von Netzwerkeffekten Documed/e-mediatic den Zulassungsinhaberinnen noch anbieten, wenn die notwendigen Medikamenteninformationen bereits gesammelt zur Verfügung stehen.

278. Der wohlfahrtssteigernde Effekt von Plattformen ist, dass diese durch ihre Dienstleistung den zuvor fragmentierten Aufwand, d.h. das Zusammentragen von Informationen aus verschiedenen Quellen, jedes einzelnen Benützers der Plattform bündeln und zusammenbringen. Ein solcher Effekt kann vorliegend nicht beobachtet werden. Vielmehr beinhaltet die Datenbank von Documed/e-mediatic umfassende Informationen zu den Produkten der Zulassungsinhaberinnen aufgrund einer staatlichen Regulierung (AIPS, BAG) sowie aufgrund der Koordination seitens der Zulassungsinhaberinnen (refdatabase). Gegenüber den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern verfügen Documed/e-mediatic über eine marktbeherrschende Stellung, welche einerseits aus historischen Gründen und andererseits aufgrund von hohen Marktzutrittsschranken entstanden ist. Es ist somit zu verneinen, dass e-mediatic aufgrund ihrer Tätigkeit gegenüber beiden Marktgegensätzen zur Maximierung von Netzwerkeffekten beiträgt.

¹⁶⁸ RPW 2016/1, 67 ff. Rz 188, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

D.4.2.1.8.2 Nachfragergruppen

279. Aufgrund der indirekten Netzwerkeffekte ist es für eine Plattform unerlässlich, zumindest bei einer der Nachfragergruppen über eine kritische Grösse zu verfügen. So ist beispielsweise davon auszugehen, dass ein Händler nur eine Kreditkarte akzeptieren will, welche durch eine genügende Anzahl zahlender Endkundinnen und Endkunden verwendet wird. Umgekehrt ist für Endkundinnen und Endkunden nur eine Kreditkarte interessant, welche von genügend Händlern akzeptiert wird.

280. Für eine Plattform ist es entsprechend wichtig, beide Nachfragergruppen anzusprechen („getting both sides aboard“),¹⁶⁹ wobei für den Erfolg einer Plattform zuerst eine kritische Grösse erreicht werden muss.¹⁷⁰

281. Historisch waren die Zulassungsinhaberinnen und die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger auf separaten Märkten tätig: Die Zulassungsinhaberinnen fragten die Publikation der Arzneimittelinformationen nach (von Documed¹⁷¹) und die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger waren Nachfragerinnen und Nachfrager für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen (von e-mediat). e-mediat veredelte also die ihr zur Verfügung stehenden Daten. Dank der engen Beziehung von Documed und e-mediat war es Letzterer von Anfang an möglich, einen nahezu umfassenden Datensatz Arzneimittelinformationen in der von ihr benötigten Struktur zu erhalten (kritische Grösse erreicht) und in der Folge fast 100 % der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger als Kundinnen und Kunden ihrer Datenbank zu gewinnen. e-mediat und Documed erreichten somit praktisch sämtliche Nachfragerinnen und Nachfrager beider Seiten. Auch zum Zeitpunkt des Entscheides erreichen Documed/e-mediat zwei Nachfragergruppen.

282. Die einzige Möglichkeit für einen potentiellen Datenveredler (Entrant), Documed/e-mediat zu konkurrenzieren, besteht darin, den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern eine vollständige innovative und preisgünstige Datenbank anzubieten. Hierbei wird der potentielle Konkurrent die Arzneimittelinformationen aus AIPS kostenlos übernehmen müssen, da er keine Möglichkeit hat, die Zulassungsinhaberinnen als Nachfragergruppe zu gewinnen, da diese bereits an Documed/e-mediat gebunden sind bzw. wären nicht bereit, zwei Mal zu bezahlen.

D.4.2.1.8.3 Preisstruktur

283. Eine weitere Eigenschaft von zweiseitigen Märkten liegt darin, dass die Plattform nicht nur über den Preis ihrer Dienstleistung insgesamt bestimmt, sondern auch die Möglichkeit hat, den Preis gegenüber der einen Nachfragergruppe zu reduzieren und gleichzeitig im selben Ausmass gegenüber der anderen Nachfragergruppe zu erhöhen. Dies kann sich auf das Volumen der Transaktionen auswirken und somit einen wesentlichen Einfluss auf den Erfolg der Plattform gegenüber beiden Nachfragergruppen haben.¹⁷² Vielfach zeichnen sich die von der Plattform verbundenen Nachfragergruppen durch unterschiedliche Zahlungsbereitschaften für den Zugang zur Plattform aus, so dass es für eine Plattform sinnvoll sein kann, ausschliesslich eine Marktgegenseite für den Zugang bezahlen zu lassen.¹⁷³ Es existieren in zweiseitigen Märkten auch eine Reihe von Beispielen, in welchen eine Plattform ein solches Vorgehen wählt und letztlich eine Nachfragergruppe eine andere subventioniert: So wird beispielsweise

¹⁶⁹ Siehe RYSMAN (Fn 164).

¹⁷⁰ Was auch als „Huhn-oder-Ei-Problem“ bezeichnet wird: Siehe GEOFFREY PARKER/MARSHALL W. VAN ALSTYNE, Two-Sided Network Effects: A Theory of Information Product Design, *Management Science*, 51(10), 2005, 1494–1504; ROCHET/TIROLE (Fn 164); sowie BERNARD CAILLAUD/BRUNO JULLIEN, in: *RAND Journal of Economics*, 34(2), Chicken & egg: competition among intermediation service providers, 2003, 309–328.

¹⁷¹ RPW 2008/3, 393 ff. Rz 84 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

¹⁷² JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, in: *RAND Journal of Economics*, 35(3), Two-Sided Markets: A Progress Report, 2006, 645–667.

¹⁷³ Siehe CAILLAUD/JULLIEN (Fn 170).

die Software zum Lesen von PDF-Dateien kostenlos an Endnutzer abgegeben, während die Unternehmen, welche typischerweise solche Dateien erstellen, für die entsprechende Software bezahlen müssen. Ähnliches kann bei Kreditkarten beobachtet werden, wo Händler ausnahmslos für Transaktionen bezahlen müssen, während den Endkundinnen und Endkunden die Kreditkarten teilweise kostenlos zur Verfügung gestellt werden.¹⁷⁴

284. Bei einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von zweiseitigen Märkten sind durch die Preisstruktur bedingte Wechselwirkungen zu berücksichtigen, zumal bei einer isolierten Betrachtung der Preissetzung gegenüber einer Nachfragergruppe fälschlicherweise auf eine Verhaltensweise wie beispielsweise „predatory pricing“ geschlossen werden könnte.¹⁷⁵

285. Es wäre rein spekulativ, in Zusammenhang mit vorliegendem Markt zu analysieren, wie sich die Preisstruktur theoretisch entwickelt hätte, d.h. wie die Plattform oder die Plattformen die Preise festgesetzt hätten. Ein solcher Versuch wäre umso schwieriger angesichts dessen, dass der Staat und die Zulassungsinhaberinnen selbst aus gesundheitspolitischen Gründen bzw. um den Vertrieb zu erleichtern, den Datenveredlern alle Arzneimittelinformationen und arzneimittelbezogenen Vertriebsinformationen kostenlos zur Verfügung stellen (vgl. B.1.1).

286. Vorliegend schien Documed/e-mediat in einer ersten Phase, d.h. bis Ende 2012, entschieden zu haben, die Preisstruktur so zu gestalten, dass die Zulassungsinhaberinnen keinen vertraglichen festgelegten Preis bzw. Zugangstarif für die Plattform bezahlt und die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger die Gesamtkosten der Plattform in Form von Lizenzen (da es ein Nicht-Transaktions-Markt ist, vgl. so gleich Rz 288 ff.) übernommen haben. Damit konnte sich e-mediat als Monopolistin verhalten, da nur sie auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten tätig war.

287. Nach 2013 haben die Untersuchungsadressaten einen spezifischen Tarif zulasten der Zulassungsinhaberinnen für die Aufnahme der einzelnen Medikamenteninformationen in den INDEX-Produkten eingeführt, gleichzeitig aber die Tarife für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger nicht gesenkt. Damit handelt es sich vorliegend prima Vista nicht um eine Veränderung der Preisstruktur, sondern um eine Erhöhung des aggregierten Preisniveaus. Diese Preiserhöhung kann nicht mit der Logik zweiseitiger Märkte (Nicht-Neutralität der Preisstruktur) begründet werden, da sich die Preisveränderung nicht auf die Anzahl Nachfragerinnen und Nachfrager und das Volumen der Interaktionen auswirkt. Die Funktionsweise der Plattform war bereits unter dem ursprünglichen Preismodell sichergestellt, wurden doch weder die Tarife zulasten der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer noch die im Rahmen der EVR festgelegten Tarife von 2008 zulasten der Zulassungsinhaberinnen signifikant angepasst. Auch mit Einführung des neuen Leistungsangebotes an die Zulassungsinhaberinnen 2013 wurden Letzteren Rabatte im Vergleich zu den von ihnen bislang für die Publikation bezahlten Tarifen in Aussicht gestellt. Im Ergebnis führt HCI aus, dass das Preisniveau heute tiefer läge als vor 2013. Insofern erscheint das Argument von HCI, dass vor dem Systemwechsel die von Nutzern getragenen Kosten nicht mehr ausreichend waren, um den immer weiter zunehmenden Bearbeitungsaufwand zu decken, nicht stichhaltig. Entsprechend ist mit dem Gesagten davon auszugehen, dass es sich bei der vorliegenden Erhöhung des aggregierten Preisniveaus um eine Abschöpfung der Zahlungsbereitschaft seitens eines marktbeherrschenden Plattformanbieters handeln könnte.

D.4.2.1.8.4 Transaktions- versus Nicht-Transaktions-Märkte

288. Im Allgemeinen kann bei zweiseitigen Märkten zwischen Transaktions-Märkten und Nicht-Transaktions-Märkten unterschieden werden. Zweiseitige Nicht-Transaktions-Märkte zeichnen sich dadurch aus, dass keine Transaktion zwischen den beiden Nachfragergruppen stattfindet und dass, selbst wenn eine Interaktion stattfindet, diese nicht beobachtbar ist, so dass keine Transaktions-Gebühr, Interaktions-Gebühr oder ein zweistufiger Tarif erhoben werden kann. Solche Nicht-Transaktions-Märkte bestehen vorwiegend im Medien-Bereich. So

¹⁷⁴ Diese sowie weitere Beispiele finden sich in EISENMANN/PARKER/VAN ALSTYNE; aus der Praxis der WEKO z.B.: RPW 2016/1, 67 ff. Rz 9, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

¹⁷⁵ Vgl. JULIAN WRIGHT, in: Review of Network Economics, 3(1), One-Sided Logic in Two-Sided Markets, 2004, 44–64.

kann beispielsweise eine Zeitung typischerweise gegenüber Werbekunden keine Transaktions-Gebühr erheben, wenn ein Leser eine Werbe-Botschaft liest. Bei solchen Nicht-Transaktions-Märkten kann es sinnvoll sein, für jede Marktgegenseite separate sachlich relevante Märkte zu betrachten. So wurde in der bisherigen Praxis der WEKO im Bereich Printmedien von jeweils separaten Lesermärkten sowie Werbemärkten ausgegangen.¹⁷⁶

289. Bei zweiseitigen Transaktions-Märkten wie beispielsweise bei Debit- oder Kreditkarten bestehen hingegen beobachtbare Transaktionen zwischen den beiden Nachfragergruppen. Somit kann eine Plattform nicht nur allenfalls eine Mitglieder-Gebühr erheben, sondern sie kann auch Gebühren für die effektive Nutzung der Plattform erheben, d.h. sie kann einen zweiseitigen Tarif verlangen.¹⁷⁷

290. Vorliegend findet durch die Vermittlung der Datensätze betreffend Medikamenteninformationen keine messbare Transaktion zwischen Zulassungsinhaberinnen und Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern statt, so dass auf einen Nicht-Transaktions-Markt geschlossen werden kann.

D.4.2.1.8.5 Singlehoming versus Multihoming

291. Falls mehrere Plattformen im selben Markt tätig sind, können sich Angehörige der durch diese Plattformen verbundenen Nachfragergruppen entscheiden, ob sie nur eine einzige dieser Plattformen („Singlehoming“) oder mehrere Plattformen („Multihoming“) verwenden. Die Möglichkeit des Multihomings hat wiederum Rückwirkungen auf die Wettbewerbsstruktur, beispielsweise bezüglich der Preisstruktur, in zweiseitigen Märkten.¹⁷⁸

292. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen mehrere Plattformen tätig sein könnten und je nach Stärke der Nachfragergruppen Single- oder Multihoming angewendet werden könnte. Vorliegend stellt sich die Frage des Multihomings jedoch nicht, da es keine aktuellen und potentiellen Wettbewerber gibt.

D.4.2.1.9 Zusammenfassung

293. Zusammengefasst weist die Tätigkeit von Documed/e-mediat folgende spezifische Charakteristika auf, welche prinzipiell für eine Betrachtung als zweiseitigen Markt sprechen:

- **Indirekte Netzwerkeffekte:** Eine Plattform ist für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger umso attraktiver, je mehr Zulassungsinhaberinnen auf dieser vertreten sind. Umgekehrt wollen die Zulassungsinhaberinnen mit einer Plattform eine möglichst hohe Anzahl potentieller Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger ansprechen. Vorliegend waren die indirekten Netzwerkeffekte jedoch bereits vor der Preiserhöhung 2013 maximiert, da der Plattform infolge Publikationserfordernisses eine maximale Teilnahme beider Nachfragergruppen sicher war.
- **Nachfragergruppen:** Documed/e-mediat vermitteln zwischen zwei Nachfragergruppen, nämlich zwischen den Zulassungsinhaberinnen einerseits und den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern andererseits.
- **Preisstruktur:** Die für die Plattform nach 2013 gewählte Preisstruktur sieht neu einen Tarif zulasten der Zulassungsinhaberinnen für die Aufnahme der Arzneimittelinformationen bzw. für den Zugang zu den INDEX-Datenbanken vor, ohne die Tarife für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger zu senken. Dieses Vorgehen könnte nicht mit der Logik zweiseitiger Märkte (Nicht-Neutralität der Preisstruktur) begründet werden, da sich die Preisveränderung nicht auf die Anzahl Nachfragerinnen und Nachfrager und das Volumen der Interaktionen auswirkt.

¹⁷⁶ Vgl. beispielsweise RPW 2009/3, 245 ff., *Tamedia/PPSR*.

¹⁷⁷ FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT (Fn 167).

¹⁷⁸ EVANS (Fn 164).

- **Transaktion:** Als Resultat der Vermittlung durch Documed/e-mediart kommt keine direkte Transaktion zwischen den Nachfragergruppen zustande.
- **Multihoming:** Multihoming ist zum Zeitpunkt des Entscheides wegen des fehlenden aktuellen und potentiellen Wettbewerbs und mangels Schnittstellen auf Stufe der Softwarehäuser grundsätzlich unmöglich.

D.4.2.1.10 Folgen für die Beurteilung der möglicherweise unzulässigen Verhaltensweisen

294. Nichtsdestotrotz führen eine Reihe von Elementen dazu, dass vorliegend die mögliche Zweiseitigkeit der Aktivitäten von Documed/e-mediart für die weitere Analyse von untergeordneter Bedeutung ist:

- **Keine Internalisierung von indirekten Netzwerkeffekten:** Dazu kann auf die Ausführungen in Rz 278 verwiesen werden. Zudem ist die Tatsache, dass beide Marktgegensenden die Produkte und Dienstleistungen von Documed/e-mediart nutzen, nicht kausal auf die Gestaltung der Preisstruktur zurückzuführen, was typisch für zweiseitige Märkte wäre. Der zweiseitige Charakter des Marktes ist somit von untergeordneter Bedeutung.
- **Zwei separate Märkte:** Die Produkte und Dienstleistungen, welche Documed/e-mediart gegenüber den beiden Marktgegensenden erbringen, unterscheiden sich in sachlicher Hinsicht grundlegend. Ebenso findet keine messbare, durch Documed/e-mediart vermittelte Transaktion zwischen den beiden Marktgegensenden statt. Aus diesen Gründen ist eine Betrachtung von zwei separaten sachlich relevanten Märkten angezeigt.

295. Zusammenfassend kann zwar bejaht werden, dass bei der vorliegend betrachteten Situation grundsätzlich ein zweiseitiger Markt vorliegt. Die Analyse kann sich im Einzelfall dennoch nur auf eine Marktseite beschränken, *sofern die Verhältnisse auf der anderen Marktseite konstant bleiben*. Dies ist vorliegend gegeben. Im ursprünglichen Zustand haben die Zulassungsinhaberinnen keinen Preis für die Plattformdienstleistungen bezahlt und die Endnutzerinnen und Endnutzer haben die Gesamtkosten der Plattform in Form von Lizenzen übernommen. Neu müssen auch die Zulassungsinhaberinnen für die Aufnahme ihrer Medikamenteninformationen einen Tarif bezahlen, die Tarife für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger wurden aber nicht gesenkt, deren Situation gleichgeblieben ist. Deshalb ist eine ceteris paribus Analyse bzw. die Fokussierung auf eine Marktseite möglich.

D.4.2.1.11 Stellungnahme Galenica AG und HCI zu den Folgen für die Beurteilung der möglicherweise unzulässigen Verhaltensweisen

296. Die Untersuchungsadressaten bringen vor, das Sekretariat der WEKO würde festhalten, dass sich die wettbewerbsrechtliche Analyse auf den Markt betreffend die Zulassungsinhaberinnen beschränken dürfe, da die Verhältnisse auf dem Markt betreffend die Leistungserbringer konstant geblieben seien. Die Endnutzerinnen hätten die Gesamtkosten für die Plattformdienstleistungen bezahlt. Beide Aussagen seien unzutreffend: Das Angebot sei in den letzten Jahren drastisch ausgebaut und verändert worden. Der Ausbau betraf insbesondere die Arzneimittelinformationen und nicht die für den Vertrieb erforderlichen Stammdaten. Eine ceteris paribus Analyse sei bereits aus diesem Grund nicht möglich. Weiter hätten die Zulassungsinhaberinnen auch bisher über die Publikationsverträge mit Documed einen Beitrag an die Kosten geleistet. Die Arbeitsschritte für die Erstellung der Kompendiumsdaten und für die Bearbeitung der INDEX-Datenbanken seien von Überschneidungen und Synergien gekennzeichnet.

D.4.3 Feststellung der Marktbeherrschung im Hinblick auf die umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben (Art. 9 Abs. 4 KG)

297. Das Bundesverwaltungsgericht hat kürzlich die isolierte Feststellung der Marktbeherrschung nach Art. 4 Abs. 2 KG abgelehnt.¹⁷⁹ Einerseits habe sich das Dispositiv auf die Rechtsfolge zu beschränken, d.h. die Anordnung einer Sanktion oder der Verzicht auf eine solche. Andererseits fehle es an einer entsprechenden rechtlichen Grundlage im Kartellverfahren. Denn im Rahmen von Art. 30 KG könne nur über die zu treffenden Massnahmen entschieden werden, während reine Feststellungen im Anschluss an die kartellrechtliche Untersuchung nicht auf Art. 30 KG gestützt werden können. Zwar finde Art. 25 VwVG, wonach eine in der Sache zuständige Behörde von Amtes wegen oder auf Gesuch hin eine Feststellungsverfügung erlassen kann, grundsätzlich Anwendung, setze aber ein entsprechendes schutzwürdiges Feststellungsinteresse voraus, welches konkrete Rechte oder Pflichten zum Gegenstand hat. Da es im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht zu einer Verurteilung aufgrund des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung kam, könne mangels eines schutzwürdigen Interesses an der isolierten Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eine entsprechende Feststellung auch nicht auf Art. 25 VwVG gestützt werden. Denn laut Bundesverwaltungsgericht kann die Feststellung der Marktbeherrschung für eine bestimmte Periode grundsätzlich keine verbindliche Wirkung für einen späteren Zeitraum aufweisen. Es sei deshalb ausgeschlossen, für spätere Zeiträume ohne weitere Prüfung der Umstände eine Marktbeherrschung anzunehmen. Vielmehr müsse das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung für jedes Verfahren neu abgeklärt werden. Aus denselben Gründen bedürfe „es auch im Hinblick auf Art. 9 Abs. 4 KG nicht einer vorgängigen Feststellung einer Marktbeherrschung“.

298. Das Bundesverwaltungsgericht stützte sich bei dieser Entscheidung hauptsächlich auf das Urteil des Bundesgerichts im Fall *Mobilfunkterminierung* ab.¹⁸⁰ Das Bundesgericht vertrat indes keine derart strikte Haltung, wie nachfolgend aufgezeigt wird. Gemäss Bundesgericht ist zur Anwendung von Art. 25 VwVG jedoch erforderlich, dass einerseits ein schutzwürdiges (öffentliches) Feststellungsinteresse vorliegt und andererseits dieses Interesse nicht ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden kann.¹⁸¹ Im konkreten Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass dies nicht der Fall sei, da das strittige Sanktionsverfahren ausdrücklich auf einen festen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum begrenzt war, sich die Marktverhältnisse verändert hatten und für die kartellrechtliche Überprüfung der späteren Sachverhalte neue Untersuchungen mit Ermittlung der Marktstellung hätten durchgeführt werden müssen.¹⁸²

299. Das Bundesgericht stellte jedoch mit Verweis auf eine Entscheidung der damaligen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) explizit fest, dass im zu beurteilenden Fall insbesondere keine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG in Frage stand.¹⁸³ Im verwiesenen Entscheid kam die REKO/WEF zum Schluss, „dass unter dem Gesichtspunkt eines legitimen Feststellungsinteresses (vgl. Art. 25 Abs. 2 VwVG) ein die kartellrechtliche Rechtslage lediglich feststellendes Dispositiv etwa dann als zulässig [erscheint], wenn die Vorinstanz eine Untersuchung einzustellen beabsichtigt, weil sich ein marktbeherrschendes Unternehmen zwar zulässig verhält, aber der fusionsrechtlichen Meldepflicht nach Artikel 9 Absatz 4 KG unterstellt werden soll“.¹⁸⁴ Raum für ein öffentliches Feststellungsinteresse mit Rechtswirkungen folgend aus Art. 9 Abs. 4 KG sieht auch das Bundesgericht (6.5.2.).

300. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht eine umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der

¹⁷⁹ Urteil des BVGer B-7633-2009 vom 14.9.2015, E. 8 S. 186 ff.

¹⁸⁰ Siehe Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 242, *Swisscom AG/WEKO*.

¹⁸¹ BGE 137 II 199, 218 f. E. 6.5 f. (= RPW 2011/3, 449 E. 6.5 f.), *Mobilfunkterminierung*.

¹⁸² BGE 137 II 199, 219 E. 6.5.1. (= RPW 2011/3, 449 E. 6.5.1.), *Mobilfunkterminierung*.

¹⁸³ BGE 137 II 199, 219 E. 6.5.2. (= RPW 2011/3, 449 E. 6.5.2.), *Mobilfunkterminierung*.

¹⁸⁴ Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 ff. 556 E. 6.2.6, m.w.H.

Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. Wie sich aus dem Gesetzestext ergibt, setzt die in dieser Bestimmung statuierte umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlüsse voraus, dass die Wettbewerbsbehörden die marktbeherrschende Stellung in einem kartellrechtlichen Verfahren rechtskräftig festgestellt haben. Gemäss Botschaft KG 1995 soll es die umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlüsse im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG ermöglichen, der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse auf regionalen Märkten bzw. auf hochkonzentrierten Märkten mit kleinem Volumen entgegenzutreten sowie gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorzugehen, die unter Ausnutzung der Bagatellklausel von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG versuchen, wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen.¹⁸⁵

301. Es entspricht damit dem Willen des Gesetzgebers und es besteht ein öffentliches schutzwürdiges Interesse an der eigenständigen bzw. separaten Feststellung der Marktbeherrschung eines Unternehmens, wenn dieses Unternehmen der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG unterstellt werden soll und die Marktbeherrschung über den Zeitpunkt der Verfügung hinweg andauert.

302. Zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung kann es zudem keine Rolle spielen, 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 (vgl. Rz 299). Die Unterstellung eines marktbeherrschenden Unternehmens unter die fusionsrechtliche Meldepflicht ist nicht nur angezeigt, wenn die weitere Prüfung ergibt, dass sich das marktbeherrschende Unternehmen unzulässig nach Massgabe von Art. 7 KG verhalten hat, sondern auch, falls die Untersuchung im Ergebnis mangels Vorliegens sämtlicher Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 KG eingestellt wird.¹⁸⁶ Zudem kann die separate Feststellung aber gerade auch im Hinblick auf Beschwerdeverfahren notwendig sein. Denn es ist denkbar, dass das Bundesverwaltungsgericht anders als die WEKO eine missbräuchliche Verhaltensweise zwar verneint, jedoch die Marktbeherrschung eines Unternehmens stützt, welche andauert und daher für zukünftige Zusammenschlusskontrollverfahren in Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 4 KG relevant ist. Da das Bundesverwaltungsgericht in der Regel die Verfügung lediglich aufhebt, würde dies dazu führen, dass die WEKO ihre vom Gesetzgeber vorgesehenen und bei Marktbeherrschung sinnvollen Prüfungsbefugnisse in der Zusammenschlusskontrolle in diesen Fällen nicht ausüben könnte. Dies obwohl die marktbeherrschende Stellung in einem Verfahren umfassend abgeklärt und bewiesen worden war. Wie erwähnt kann es nicht Sinn und Zweck des Gesetzes sein, aus wettbewerblicher Sicht relevante Zusammenschlüsse nur dann zu prüfen, wenn zusätzlich zur Marktbeherrschung auch ein missbräuchliches Verhalten vorlag und die WEKO eine Sanktion ausgesprochen oder Massnahmen verhängt hat.

303. Für die in Frage stehenden Märkte (Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen und Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen) besteht vorliegend ein derartiges öffentliches Interesse an der Feststellung der Marktbeherrschung. Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Galenica mittels ihres Tochterunternehmens HCI (bzw. früher Documed/e-mediast) aktuell über eine marktbeherrschende Stellung in den soeben erwähnten Märkten verfügt. Ebenso wurde dargestellt, dass der Wettbewerb in diesen Märkten gering ist. Es besteht daher zumindest die Gefahr, dass Galenica (potentielle) Wettbewerber übernehmen könnte, welche einen Umsatz unter CHF 100 Mio. aufweisen, um damit ihre Marktstellung zu zementieren, zumal Galenica auch in benachbarten Märkten stark positioniert ist¹⁸⁷.

304. Mit Blick auf Sinn und Zweck der umsatzunabhängigen Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG ist ein schutzwürdiges öffentliches Interesse

¹⁸⁵ BBI 1995 I 468, 581.

¹⁸⁶ Vgl. Urteil der REKO/WEF, RPW 2005/3, S. 530 ff., E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*.

¹⁸⁷ Vgl. jüngste Übernahme der Pharmapool Aktiengesellschaft durch Galenica/Galexis AG und die Ausführungen in der entsprechenden Beschlussbegründung demnächst in RPW publiziert.

an der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der Galenica auf dem Markt für veredelte, maschinenlesebare Daten betreffend Medikamenteninformationen und dem Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen in der Schweiz gegeben. Gestützt auf Art. 25 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 9 Abs. 4 KG ist daher in der vorliegenden Verfügung die marktbeherrschende Stellung von Galenica separat im Dispositiv festzustellen.

305. Die Parteien bringen vor, eine separate Feststellung widerspreche klar der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, weshalb sich weitere Bemerkungen erübrigen würden. In diesem Zusammenhang kann auf die vorstehenden Ausführungen insbesondere unter Rz 299 verwiesen werden. Auch vor der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht ein Spielraum für eine separate Feststellung, welcher entsprechend den vorstehenden Ausführungen genutzt werden muss, soll die gesetzliche Regelung gemäss Art. 9 Abs. 4 KG ihren Zweck erfüllen.

D.4.4 Unzulässige Verhaltensweisen

D.4.4.1 Einleitung

306. Gemäss der Generalklausel von 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. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.¹⁸⁸

307. Ein *Behinderungsmissbrauch* liegt vor, wenn andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt stattfindet. Der Behinderungsmissbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.¹⁸⁹

308. Demgegenüber wird bei einem *Benachteiligungs-* bzw. *Ausbeutungsmissbrauch* die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung von unangemessenen Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Charakteristisch für den Ausbeutungsmissbrauch ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung.¹⁹⁰

309. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.¹⁹¹ Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.¹⁹²

¹⁸⁸ RPW 2014/4, 683 Rz 96, *Preispolitik SDA*; RPW 2010/1, 166 Rz 322, *Preispolitik Swisscom ADSL*; vgl. auch BGE 139 I 72, 100 ff. E. 10.1.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁸⁹ BGE 139 I 72, 100 ff. E. 10.1.1., *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H; vgl. auch Botschaft KG 1995 (Fn 106), 569.

¹⁹⁰ BGE 139 I 72, 100 ff. E. 10.1.1., *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

¹⁹¹ Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 71, *Erdgas Zentralschweiz AG*; Botschaft KG 1995 (Fn 106), 570.

¹⁹² Vgl. Botschaft KG 1995 (Fn 106), 570; RPW 2004/2, 368 Rz 57 *Produktebündel „Talk & Surf“*.

310. Wie es das Bundesgericht im Fall *Publigroupe* festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. *legitimate business reasons*) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt. Die Lehre anerkennt daneben weitere Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.¹⁹³

D.4.4.2 Erzwingung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG)

D.4.4.2.1 Rechtliche Grundlagen

311. Im Beispielkatalog von Art. 7 Abs. 2 KG wird unter Bst. c die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen als Beispiel für einen Ausbeutungsmissbrauch gemäss Art. 7 Abs. 1 KG aufgeführt. Marktbeherrschende Unternehmen versuchen hierdurch in der Regel ihren Profit zu maximieren, indem sie den fehlenden Wettbewerb ausnutzen, um Kundinnen und Kunden in den vor- oder nachgelagerten Märkten auszubeuten.¹⁹⁴

312. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG sieht folgende Tatbestandselemente vor: (1) Die Erzwingung von (2) Preisen oder sonstige Geschäftsbedingungen, welche (3) unangemessen sein müssen (Unangemessenheit). Der Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unterscheidet zwischen dem Preis und sonstigen Geschäftsbedingungen, wobei die Trennlinie zwischen Preis und sonstigen Geschäftsbedingungen allerdings nicht scharf gezogen werden kann.¹⁹⁵

313. Im Hinblick auf den Einzeltatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, der die *Erzwingung* unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen zum Gegenstand hat, bildet das Verhaltenselement des Aufzwingens das qualifizierende Element, welches zur Marktbeherrschung und zu den unangemessenen Preisen hinzutritt. Folglich kommt gemäss Bundesgericht dem Element der Erzwingung in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG eine eigenständige Bedeutung zu.¹⁹⁶ Daher muss für das Vorliegen eines Marktmissbrauchs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. c KG zumindest auf die Marktgegenseite Druck ausgeübt werden, der sich auf die Marktbeherrschung stützt und welchem die Marktgegenseite nichts entgegensetzen hat bzw. welchem sie nicht ausweichen kann.¹⁹⁷

314. Als weiteres Tatbestandselement sieht Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG die *Unangemessenheit* des Preises oder der sonstigen Geschäftsbedingungen vor. Die Unangemessenheit von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ist ein nicht näher umschriebener Begriff. Die Lehre geht daher davon aus, dass bei der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG äusserste Zurückhaltung geboten ist.¹⁹⁸ Der Gesetzgeber spricht in Zusammenhang mit Geschäftsbedingungen dann von Unangemessenheit, wenn sie aufgrund der konkreten Umstände offensichtlich unbillig sind.¹⁹⁹ Hierbei geht der Gesetzgeber von einem vernünftigen Verhältnis zwischen dem Wert der von einem marktbeherrschenden Unternehmen angebotenen Leistung und dem hierfür verlangten Preis aus.

¹⁹³ BGE 139 I 72, *Publigroupe SA et al./WEKO*; RPW 2014/4, 683 Rz 100, *Preispolitik SDA*.

¹⁹⁴ WEKO, Entscheid vom 21.9.2015, *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 393.

¹⁹⁵ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 N 293.

¹⁹⁶ Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.4.2011 (BGE 137 II 199), E. 4.3.4.

¹⁹⁷ Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.4.2011 (BGE 137 II 199), E. 4.3.5.

¹⁹⁸ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 N 312.

¹⁹⁹ BBI 1995 I 468, 572 f. (Fn 297), Ziff. 2.3.2.

315. Gemäss Praxis der WEKO ist ein von einem marktbeherrschenden Unternehmen festgelegter Preis unangemessen, wenn er in keinem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung steht und nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer monopolnahen Dominanz auf dem relevanten Markt ist.²⁰⁰ Für eine solche Überprüfung wendet die WEKO das „Vergleichsmarktkonzept“ („relative Methode“ oder „Benchmark-Methode“), die „Kostenmethode“ („absolute Methode“) oder die „Als-ob“ Methode an. Bei der letztgenannten werden die Preise so simuliert, als wäre der Markt einem unverfälschten Wettbewerb ausgesetzt.²⁰¹

316. Zusammengefasst müssen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG drei Tatbestandselemente erfüllt sein, auf die in der Folge genauer eingegangen wird: Das Verhalten betrifft den Preis oder Geschäftsbedingungen, die erzwungen werden und unangemessen sind. Schliesslich dürfen diese Preise oder Geschäftsbedingungen nicht durch sachliche Rechtfertigungsgründe („legitimate business reasons“) gerechtfertigt sein. Das Vorliegen sachlicher Gründe ist allerdings bei der Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen eng mit der Unangemessenheit der entsprechenden Vertragsbedingungen verbunden.²⁰²

317. Wie bereits in Rz 310 erwähnt, hat die Prüfung der einzelnen Tatbestandsvarianten des Art. 7 Abs. 2 KG jeweils in Verbindung mit der Generalklausel gemäss Art. 7 Abs. 1 KG zu erfolgen. Sämtliche Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG sind in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 KG anzuwenden, welcher die allgemeinen Kriterien in einheitlicher Weise für alle Tatbestandsvarianten festlegt. Es wäre weder sachgerecht, bei einer einzigen Tatbestandsvariante von Art. 7 Abs. 2 KG die Hürden für den Nachweis des Missbrauchs höher zu setzen als bei den anderen Varianten bzw. der Generalklausel, noch wäre es opportun, bei einer einzigen Tatbestandsvariante die Hürden tiefer zu setzen und damit ein Eingreifen der Behörden und die Sanktionierung zu ermöglichen. Dass ein unterschiedlicher Unzulässigkeitsmassstab für die einzelnen Tatbestandsvarianten systemwidrig wäre, ist auch daraus ersichtlich, dass ein bestimmtes Verhalten gleichzeitig mehrere Tatbestandsvarianten erfüllen kann.²⁰³

318. Gemäss Praxis der WEKO liegt eine missbräuchliche Verhaltensweise nicht erst dann vor, wenn andere Unternehmen von der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs ausgeschlossen werden. Es genügt eine Behinderung bzw. das Vorliegen eines Verdrängungseffekts, welcher den wirksamen Wettbewerb einschränkt.²⁰⁴

319. Im Folgenden wird zunächst das in Zusammenhang mit diesem Tatbestand relevante Verhalten von Documed/e-mediart zusammenfassend dargestellt bzw. auf bereits ausgeführte Elemente verwiesen und dieses sodann auf seine Tatbestandsmässigkeit geprüft.

D.4.4.2.2 Preise oder Geschäftsbedingungen

320. Im Sachverhalt wurde dargelegt, dass Documed/e-mediart ab dem 1. Januar 2013 von den Zulassungsinhaberinnen für die Aufnahme in ihre Datenbank neu eine konkrete Entschädigung für die zuvor unentgeltlich erbrachte Dienstleistung verlangt haben (vgl. Rz 80 ff.). Konkret gehen die Preise für die Dienstleistungen aus dem Leistungskatalog 2013 (Rz 81) und der Preisliste 2013 (vgl. Anhang 1) hervor.

321. Damit ist das erste Tatbestandselement gegeben. Es stellt sich nachfolgend die Frage, ob die Preise für die Aufnahme in die Datenbank von Documed/e-mediart erzwungen wurden und unangemessen waren.

D.4.4.2.3 Erzwingung

322. Es gilt hier zu prüfen, inwiefern Documed/e-mediart im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i.V. mit Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG auf die Marktgegenseite Druck ausgeübt haben, der sich auf die

²⁰⁰ RPW 2008/4, 579 Rz 176, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

²⁰¹ RPW 2008/4 579 Rz 176, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; RPW 2006/3, 433 Rz 55, *Medikamentenpreis Thalidomid*.

²⁰² BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 N 318.

²⁰³ RPW 2011/1, 144 Rz 351, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

²⁰⁴ RPW 2011/1, 151, Rz 345 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

Marktbeherrschung stützt und welchem die Marktgegenseite nichts entgegenzusetzen hat bzw. welchem sie nicht ausweichen kann. Dabei steht in diesem Zusammenhang die Marktgegenseite der Zulassungsinhaberinnen im Vordergrund, da es um die Preise für die Aufnahme ihrer Produkte in die Datenbank geht.

323. Ausschlaggebend für die marktbeherrschende Position gegenüber den Zulassungsinhaberinnen ist die Stellung von Documed/e-mediast auf der anderen Marktseite, d.h. ihre Stellung auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen. Auf diesem Markt sind Documed/e-mediast bzw. HCI der marktbeherrschende Anbieter einer umfassenden Datenbank. Wie in Rz 240 ff. ausgeführt, bietet zwar auch ywesee eine solche Datenbank an, diese ist jedoch kaum verbreitet. Dies bedeutet, dass nur die Aufnahme eines Arzneimittels in die Datenbank von Documed/e-mediast gewährleisten kann, dass dieses in den Systemen der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger präsent ist. Diese Präsenz ermöglicht erst den Verkauf eines Arzneimittels über die gängigen Systeme und ist damit unerlässlich für dessen ökonomischen Erfolg. Die Bedeutung der Aufnahme in die INDEX-Datenbanken wird etwa durch die folgende Aussage eines Vertriebsunternehmens gegenüber einer Zulassungsinhaberin, deren Medikament nicht in der Datenbank erfasst war, belegt: „[...] die Kassensysteme unserer Kunden [Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer] beziehen ihre Stammdaten fast ausschliesslich bei e-mediast. Solange [Ihre Artikel nicht bei e-mediast referenziert sind, können wir sie zwar bei Ihnen bestellen, werden aber keine Abverkäufe an den Fachhandel realisieren. Bitte informieren Sie uns doch, wenn die Produkte bei e-[m]ediast vollständig erfasst sind.“

324. Ist ein Arzneimittel nicht in den Indices vertreten, sind der Vertrieb, die Verschreibung und der Verkauf dieses Produktes derart erschwert, dass dessen ökonomischer Erfolg faktisch verunmöglicht wird. Das bedeutet, dass die Wettbewerbsfähigkeit des Produktes nicht nur von seinen Eigenschaften, sondern auch von seiner Präsenz in der INDEX-Datenbank abhängt. Die Bedeutung der Aufnahme der Medikamenteninformationen in die INDEX-Datenbank erlaubt es Documed/e-mediast, die Bezahlung der von ihr geforderten Preise für die Präsenz in ihrer Datenbank zu erzwingen.

325. Eine Zulassungsinhaberin hat die Drucksituation, der sie seitens e-mediast ausgesetzt ist, wie folgt umschrieben: „Unsere Korrespondenz mit e-mediast müssen wir somit stets unter Berücksichtigung des Umstands führen, dass e-mediast die Macht hat, plötzlich sämtliche unserer Produktdaten nicht mehr zu publizieren/zu verteilen. Dies würde zu einem kompletten Umsatzeinbruch führen und unsere Firma innerhalb weniger Wochen existenziell bedrohen.“
Sowie: „[...] da uns die latente Gefahr droht, dass e-mediast sämtliche unserer Medikamente aus ihrem Datenstamm entfernt und somit unsere wirtschaftliche Existenz akut gefährdet! Sobald unsere Produkteinformationen nicht mehr verfügbar wären für unsere Kunden, würden unsere Umsätze zusammenbrechen.“

326. Aus den Befragungen der Zulassungsinhaberinnen geht hervor, dass Documed/e-mediast ihre Stellung bewusst zur Erzeugung ökonomischen Drucks eingesetzt haben, m.a.W. die Bezahlung der von Ihnen festgesetzten Preise erzwungen haben. Als Druckmittel wurde die Drohung der Streichung aus den INDEX-Produkten sowie die Nichtaufnahme neuer Produkte oder die Nichtdurchführung von Mutationen eingesetzt (vgl. ausführlich vorne Rz 86 ff.). Die Zulassungsinhaberinnen sind davon ausgegangen, ohne Vertragsschluss und Bezahlung der festgesetzten Entschädigung nicht in den Indices vertreten zu sein (vgl. Leistungskatalog in Rz 81) und dadurch mit einer Beeinträchtigung des Verkaufes und Vertriebes der Medikamente rechnen zu müssen.²⁰⁵ Mittlerweile haben sich die meisten Zulassungsinhaberinnen zu einem Vertragsschluss und zur Bezahlung der verlangten Preise veranlasst gesehen, doch es gibt immer noch einzelne, welche versuchen, sich dem Druck zu widersetzen. Diese Zulassungsinhaberinnen werden weiterhin bei der Aufnahme von Medikamenten (vgl. Rz 39 ff.) benachteiligt, um die Annahme der Preise von Documed/e-mediast zu erzwingen.

327. Die Drohung mit der Streichung aus der Datenbank stellte nicht das einzige Druckmittel dar, welches von Documed/e-mediast eingesetzt wurde. Durch die Einführung und Verwendung

²⁰⁵ Vgl. Fragebögen Zulassungsinhaberinnen, Antworten Frage 11b und Frage 12.

des „Qualitätslabels“ [QAP?]/[!] (Rz 108 ff.) konnten Documed/e-mediati noch mehr Druck auf die Zulassungsinhaberinnen ausüben.²⁰⁶ Durch die Bezeichnung mit dem Label [QAP?]/[!] haben Documed/e-mediati die Zulassungsinhaberinnen sanktioniert, welche nicht bereit waren, den Vertrag mit den vorgesehenen Preisen abzuschliessen. Dabei sei nochmals daran erinnert, dass die mit diesem Label vermittelte Information der „fraglichen Qualitätssicherung“ im Widerspruch zum Umstand stand, dass die Medikamenteninformation durch Swissmedic genehmigt worden waren. Durch das Label wurde hingegen Unsicherheit bei den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern geschaffen, ob die Informationen bezüglich des stigmatisierten Produktes verlässlich sind. Insbesondere die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer können dazu veranlasst werden, auf den Verkauf oder die Verschreibung von Alternativprodukten auszuweichen, die nicht mit diesem Label gekennzeichnet sind. Auch diese Massnahme von Documed/e-mediati stellt eine Druckausübung auf die Zulassungsinhaberinnen dar und verstärkt das Element der Erzwingung der durch Documed/e-mediati festgesetzten Preise.

328. Die Untersuchungsadressaten bringen vor, das Label diene der Patientensicherheit. Es ist jedoch festzuhalten, dass die Patientensicherheit bereits aufgrund der auf AIPS publizierten Arzneimittelinformationen gewährleistet wird. Die Publikation der Fach- und Patienteninformationen und damit die dieser vorausgehende Prüfung und Genehmigung seitens Swissmedic muss und soll die Patientensicherheit gewährleisten. Ein darüber hinausgehendes Label ist nicht erforderlich und sogar missverständlich. Die Patientensicherheit wird nachfolgend unter dem Aspekt der sachlichen Rechtfertigungsgründe noch genauer untersucht und beurteilt (vgl. Rz 354 f.).

329. Die Untersuchungsadressaten argumentieren weiter in ihrer Stellungnahme, dass ihre Drohungen bezüglich der Streichung aus den Indices durch bestimmte Zulassungsinhaberinnen „provoziert“ worden seien, um als Beweismittel im vorliegenden Verfahren zu dienen. Die eigentlichen Drohungen durch Vertreter/Mitarbeiter e-mediatis wurden hingegen seitens der Untersuchungsadressaten nicht bestritten. Sie können zudem durch Aussagen von Zulassungsinhaberinnen belegt werden.

330. Schliesslich bringen die Untersuchungsadressaten vor, dass die Feststellung, dass „*Produkte, welche im INDEX nicht enthalten sind, von Apotheken nicht bestellt und nicht verkauft bzw. abgerechnet werden können*“, unzutreffend sei. Als Begründung wird vorgebracht, „*die kommerziellen Daten eines Produktes lassen sich ohne grossen Aufwand durch die Apotheker, Drogisten etc. in die Softwaresysteme eintippen.*“ Durch diesen Vorgang könnten innerhalb von 2 Minuten die kommerziellen Daten neuer oder mutierter Produkte im System der entsprechenden Apotheke eingetragen werden.

331. Das manuelle Eingeben der Medikamenteninformationen in die Datenbank kann jedoch bereits insofern nicht als Substitut zur Veredelung durch einen Datenveredler angesehen werden, als die Nachfragerinnen und Nachfrager eben für diese Dienstleistung ein Entgelt zahlen (vgl. auch Rz 227 ff.). Ferner ist eine Eintragung durch die Nachfragerinnen und Nachfrager in der Praxis impraktikabel, da gemäss den Untersuchungsadressaten die INDEX-Daten hochkomplex seien, über [...] verschiedene Datenfelder ausgefüllt werden müssten und dazu viel Arbeit von Fachpersonal erforderlich sei. Zudem wurde anlässlich der Parteieinvernahme von [...] die Befürchtungen der Zulassungsinhaberinnen bestätigt, dass es bei Arzneimitteln, die nicht in den Indices vorhanden sind, zu Komplikationen beim Vertrieb und der Abrechnung mit den Kostenträgern kommen kann.

D.4.4.2.4 Stellungnahme Galenica AG und HCI Solutions AG zur Erzwingung

332. Die Parteien machen noch geltend, dass HCI im Geschäftsbereich Medikamenteninformationen einen Umsatz von ca. CHF [...] Mio. im Jahr 2015 erzielte. Damit sei HCI ein kleines Unternehmen im Vergleich zu multinationalen Pharmakonzernen mit tausenden von Mitarbeitern und Milliardenumsätzen, z.B. Astra-Zeneca mit einem weltweiten Umsatz von 24,7 Milliarden USD in 2015. Alleine aus dieser Sicht erscheine es nicht plausibel anzunehmen, dass

²⁰⁶ Antworten einzelner Zulassungsinhaberinnen auf Frage 11.

HCI Zulassungsinhaberinnen unangemessene Geschäftsbedingungen oder Preise aufzwingen könne. Die Zulassungsinhaberinnen wüssten, dass HCI gegenüber den Leistungserbringern die Vollständigkeit der Datenbanken gewährleisten müsse. Entsprechend bestehe die vom Sekretariat beschriebene Machtposition der HCI gegenüber den Zulassungsinhaberinnen nicht. Das Gegenteil treffe zu: Gerade die grossen Pharmahersteller hätten ein enormes Drohpotential gegenüber HCI, da es sich HCI niemals leisten könnte, die Produkte von Firmen wie Roche oder Novartis aus den Datenbanken zu streichen. Nicht zutreffend sei sodann die Behauptung, dass Produkte, welche nicht in den Datenstämmen der HCI aufgeführt sind, nicht hätten verkauft werden können. Die Produkte seien verschreib- und bestellbar gewesen.

Zwischenfazit

333. Diese Argumente überzeugen nicht. Erstens haben Unternehmen grundsätzlich kein Interesse daran, Verluste/Mindereinnahmen wegen eines nicht mehr reibungslos funktionierenden Vertriebes einzufahren. HCI führt selbst wiederholt aus, ihre Datenbanken seien Grundlage für einen sicheren und effizienten Vertrieb. Weiter hat gerade [...] versucht, dem Druck von HCI auszuweichen und eine Alternative aufzubauen (vgl. Rz 241) – erfolglos. Dass zwischenzeitlich auch [...] einen Vertrag mit HCI abgeschlossen hat zeigt vielmehr, dass sie effektiv auf eine Präsenz in den Datenbanken von e-mediat angewiesen sind. Darüber hinaus greift der Vergleich bereits insofern zu kurz, als erstens die weltweiten Umsätze nicht zu den spezifisch Kosten für die Bearbeitung der Medikamenteninformationen für den Schweizer Markt in Relation gesetzt werden können, zweitens nicht alle Zulassungsinhaberinnen über entsprechende Mittel verfügen sowie drittens dem Vorwurf der Erzwingung ganz allgemein nicht damit begegnet werden kann, dass die auf solche Art erzielten Einnahmen lediglich gering seien.

334. Zusammenfassend erachtet die WEKO in casu das Tatbestandselement der Erzwingung durch das untersuchte Verhalten von Documend/e-mediat als gegeben.

D.4.4.2.5 Unangemessenheit

335. Gemäss bisheriger Praxis der WEKO kann die Unangemessenheit von Preisen, wie bereits oben aufgeführt, namentlich anhand des „Vergleichsmarktkonzepts“, der „Kostenmethode“ sowie der „Als-ob“ Methode bestimmt werden (vgl. Rz 315).

336. Beim sogenannten „Vergleichsmarktkonzept“ wird die Unangemessenheit eines Preises aus dem Vergleich mit Preisen auf ähnlich gelagerten Vergleichsmärkten hergeleitet.²⁰⁷ Dabei kann die Vergleichsmarktmethode nur dann verwertbare Indizien für die Unangemessenheit von Preisen liefern, wenn die Vergleichsmärkte rechtlich und tatsächlich vergleichbar sind. Damit ein Vergleich mit anderen Unternehmen, welche untereinander konkurrieren, offen steht, muss grundsätzlich ein Vergleichsmarkt ersichtlich sein. Obschon mit Deutschland ein Vergleichsmarkt ersichtlich wäre, wird in casu die „Vergleichsmarktkonzeptmethode“ in einer abgeänderten Form angewendet. Es bietet sich an, denselben Markt in zwei unterschiedlichen Zeitphasen zu vergleichen, konkret die Marktsituation vor und nach der Einführung von AIPS. M.a.W. wird die Situation, als die Untersuchungsadressaten von den Zulassungsinhaberinnen keine Entschädigung für die Aufnahme in die INDEX-Datenbanken verlangt haben, der heutigen Situation gegenübergestellt. Für diese Beurteilung müssen insbesondere die einvernehmliche Regelung aus dem Jahre 2008 (vgl. Rz 67 ff.), die Situation vor der Einführung von AIPS und der Umstand des möglichen Vorliegens eines zweiseitigen Markt (vgl. Rz 263 ff.) berücksichtigt werden.

337. Aufgrund der geschlossenen einvernehmlichen Regelung müsste es sich bei den bis 2012 von den Zulassungsinhaberinnen erhobenen Preisen für die Publikation um kostenbasierte Preise handeln. Gemäss den damaligen Erwägungen wurden die entsprechenden Einnahmen ausschliesslich für die Publikation der Arzneimittelinformationen verwendet und nicht für die Aufnahme der Daten in die Datenbanken der e-mediat. Mit der Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen (vgl. Rz 28) und der Einführung von AIPS fiel die Dienstleistung

²⁰⁷ RPW 2008/4, 579 Rz 177, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

der Publikation von Arzneimittelinformationen durch Documed/e-mediati weg. Die Zulassungsinhaberinnen können seither ihre Publikationspflicht durch das Hochladen der Medikamenteninformationen auf AIPS erfüllen.

338. Die von den Zulassungsinhaberinnen mit Documed geschlossenen, ausschliesslich die Publikation betreffenden Verträge mit entsprechenden Tarifen haben diese bis zur Neugestaltung des Angebots im Jahr 2012 im Glauben gewogen, dass die Datenbank einseitig (und vollständig) durch die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger finanziert wurde, dass diese Finanzierung eine funktionierende Plattform gewährleisten konnte und dass nach Wegfall der Publikationspflicht im Kompendium die Verträge angepasst und neu die Aufnahme in die Indices für die Zulassungsinhaberinnen kostenpflichtig wurden (Rz 80 ff.).

339. Ausgehend von dieser Situation, dass die Aufnahme in die INDEX-Datenbanken kostenlos war, stellt sich die Frage, ob (1) nicht jeder dafür verlangte Preis unangemessen ist, oder ob (2) die Unangemessenheit erst ab einer bestimmten Höhe eintritt.

340. Die Parteien führen in Zusammenhang mit der Frage, ob das Verlangen eines Preises unangemessen ist, aus, dass die Geschäftstätigkeiten der Documed und der e-mediati bereits vor der Fusion mit der HCI nicht klar getrennt gewesen seien. Die Arbeiten der beiden Unternehmen für die Aufbereitung der INDEX-Daten seien zwar dem Grundsatz nach aufgeteilt gewesen (Documed war für die Aufbereitung der medizinischen Daten zuständig, während sich e-mediati um die Aufbereitung der logistischen und kommerziellen Daten gekümmert habe), zugleich aber auch stets eng verzahnt. Mithin seien die Leistungen beider Unternehmen in die INDEX-Datenbanken eingeflossen. Von Seiten Documed hätten die Strukturierungsarbeiten für die Aufbereitung des Kompendiums zu grossen Teilen in die INDEX-Datenbank mittels Codierung übernommen werden können.

341. Die Parteien bringen weiter vor, HCI habe aus Sicht der Publikationsinhaber vor der Einführung von AIPS zwei komplementäre Produkte angeboten: durch die Publikation in Documed konnten sie die Publikationspflicht erfüllen und gleichzeitig hätten sie damit für die Aufnahme in die Datenbanken gesorgt. Die Herauslösung einer der beiden komplementären Dienstleistungen verändere aber die Preisstruktur, so dass HCI darauf mit einer stärkeren Bepreisung der Zulassungsinhaber reagiert habe.

342. Folgt man den Ausführungen der Parteien, hätten die Zulassungsinhaberinnen – anders als die Vertragssituation vermuten lässt und damit entgegen der Ausgangslage in Rz 337 ff. – bereits bis anhin für die Aufnahme ihrer Medikamenteninformationen in die Indices und damit den Zugang zu den Datenbanken von e-mediati bezahlt. Die für die Publikation der FI und PI im Kompendium erbrachten Strukturierungsarbeiten würden nach wie vor (allerdings trotz und ohne Berücksichtigung von AIPS)²⁰⁸ für die anschliessende Codierung und Aufnahme derselben Informationen in die INDEX-Daten von Documed/e-mediati vorzunehmen, weshalb das Verlangen eines Preises seitens der Zulassungsinhaberinnen auch nach 2013 für die Vornahme einer schon früher erbrachten – wenn auch nicht offen angebotenen und indirekt finanzierten – Leistung in sich nicht grundsätzlich unzulässig (nicht per se Erhöhung des Preisniveaus) wäre.

343. Was die Höhe einer allfälligen Entschädigung betrifft, äussern sich die Parteien in Bezug auf die in der Erfolgsrechnung ausgewiesenen Zahlen und die Frage, wieso die nach dem Systemwechsel im Jahr 2013 von den Zulassungsinhaberinnen verlangten Vergütungen nicht zu Mehreinnahmen bei der e-mediati geführt haben, wie folgt: Die Vergütungen deckten in erster Linie den bei der Documed angefallenen Aufwand bei der Datenaufbereitung, welcher in den letzten Jahren aufgrund des stetig gewachsenen Informationsgehalts der INDEX-Datenbanken angestiegen sei (von gut 200 Datenfeldern im Jahr 2007 auf rund 700 Datenfelder im Jahr 2013). Dass die Vergütungen für die D- und E-Module trotz Leistungsausbau auch bei der Documed nicht zu einem entsprechenden Anstieg der Einnahmen führten, sondern

²⁰⁸ Offen und infolge der intransparenten Verhältnisse schwierig zu beurteilen bliebe, inwieweit gewisse Arbeiten bereits im Hinblick auf die durch die ZI zu gewährleistende Publikation auf AIPS – eine Kopie des Kompendiums – durch diese vorgenommen werden respektive vorgenommen werden können sowie ob der fortwährende Ausbau des Angebotes von allen Stakeholdern getragen wird.

gesenkt wurden, läge daran, dass Documed die Kosteneinsparungen durch Effizienzsteigerungen und den Wegfall des Buchdruckes an die Zulassungsinhaberinnen bzw. die Pharmaindustrie weitergegeben habe. Weiter sei die Reduktion der Einnahmen bei der Documed im Jahr 2013 darauf zurückzuführen, dass gewisse Pharmafirmen am Anfang nicht bereit waren, einen Vertrag mit der Documed abzuschliessen.

344. Nicht zuletzt habe neben der Eröffnung der Untersuchung die Einführung der neuen Tarifstruktur mit der Ablösung des Millimeterbasierten Systems infolge des Bundesgerichtsentscheides bei der Mehrzahl der Firmen ab 2013 zu deutlichen bis massiven Preisreduktionen geführt (bis zu 40 % im Vergleich zum bereits reduzierten Tarif im Jahr 2012). Zudem seien zusätzliche vorteilhafte Konditionen allen Pharmaunternehmen rückwirkend per 1.1.2013 zugestanden worden.

345. Documed/e-mediat argumentieren, dass die hälftige Kostenteilung des gesamten Systems bestehend aus Publikation der Arzneimittelinformationen seitens der ZI und Übernahme und Verkauf von Datenprodukten an die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer seitens e-mediat bereits früher bestand. Die Dienstleistung von HCI hätte auch vor 2012 beinhaltet, dass HCI die Arzneimittelinformationen in „geeigneter Form“ publizierte und dass die Zulassungsinhaberinnen mit ihren Produkten in den Datenbanken enthalten waren. Auch vor dem 31. Dezember 2012 waren die Zulassungsinhaberinnen Nachfragerinnen für die Aufnahme Ihrer Produkte in die INDEX-Produkte von HCI, selbst wenn bislang nicht explizit ein spezifisch ausgewiesenes Entgelt dafür verlangt worden ist.

346. Die WEKO geht gestützt auf die Ausführungen der Parteien von intransparenten effektiven Verhältnissen in Bezug auf die Tätigkeiten und das Zusammenspiel von Documed/e-mediat sowie die Finanzierung deren Tätigkeiten aus. Sie hegt Zweifel daran, welches Unternehmen welche Tätigkeiten mit welchem Aufwand erbracht hat. Dies gilt auch für die kostenseitigen Auswirkungen des Ausbaus der Datenbanken.

347. Vor diesem Hintergrund erbringt aus Sicht der WEKO das angepasste Vergleichsmarktkonzept weder für die Frage, ob das Verlangen eines Preises unangemessen ist, noch ob diese erst ab einer bestimmten Höhe eintritt, den Nachweis der Unangemessenheit.

348. Die genannten Zweifel bestehen vielmehr fort, als vorliegend die Unangemessenheit nicht anhand der üblichen Methoden dargelegt wurde. Die Vergleichsmarkt-Methode i.S. des Art. 13 Abs. 1 Bst. a PÜG²⁰⁹ und Lehre sowie die Kostenmethode wurden nicht angewandt. Die Anwendbarkeit der letzteren erscheint der WEKO aufgrund der Komplexität der Verhältnisse indes auch fraglich. Folglich muss die Frage, ob und falls ja ab welcher Höhe der verlangte Preis unangemessen ist, vorliegend offen bleiben.

349. Im vorliegenden Fall kann die Unangemessenheit der Bepreisung für die Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Datenbank von Documed/e-mediat anders als vom Sekretariat beantragt auch nicht durch die „Als-ob“ Methode belegt werden. Hierbei werden die Preise so simuliert, als wäre der Markt einem unverfälschten Wettbewerb ausgesetzt (Rz 315).

350. In einer Wettbewerbssituation wäre die Mitfinanzierung durch die Zulassungsinhaberinnen für die Aufnahme öffentlicher Daten (in casu AIPS) nicht denkbar. Beständen auf dem Markt für den Zugang zu veredelten, maschinenlesbaren Daten betreffend Medikamenteninformationen vergleichbare Konkurrenzangebote, könnte keiner der involvierten Wettbewerber ein Entgelt für die Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Datenbank verlangen, da die Zulassungsinhaberinnen nicht auf diese Aufnahme angewiesen wären. Im Wettbewerb würde sich ein Konkurrent dadurch bloss selbst schaden, da der damit die Datenbasis, die er den Abnehmer solcher veredelter, maschinenlesbarer Daten anbietet, verkleinert. Demnach wäre das Verlangen eines Entgelts von den Zulassungsinhaberinnen für die Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Datenbank von Documed/e-mediat unangemessen.

351. Die WEKO geht indes davon aus, dass der Nachweis anhand der „Als-ob“-Methode dem erforderlichen Beweismass in casu nicht genügt.

²⁰⁹ RPW 2007/2, 273 Rz 203 und 296 Rz 386, *Mobilfunkterminierung*.

352. Folglich ist das Tatbestandselement der Unangemessenheit nicht erfüllt und es erübrigt sich nachfolgend zu prüfen, ob eine Wettbewerbsbehinderung gemäss Art. 7 Abs. 1 KG und mögliche sachliche Rechtfertigungsgründe vorliegen.

353. Einzig zum Vorbringen der Patientensicherheit folgen aufgrund der zentralen Bedeutung, welche die Parteien diesem Aspekt in Zusammenhang mit ihrem Verhalten zumessen, nachfolgend einige Ausführungen. Die Untersuchungsadressaten bringen beispielsweise vor, dass die Patientensicherheit bei Daten, die alleine aus den öffentlichen Datenbanken bezogen werden, nicht gewährleistet werden könne. Insbesondere erlaube die manuelle Arbeit von Documed/e-mediast softwarebasierte Interaktionschecks.

354. Hierzu ist anzumerken, dass es der Zweck des Heilmittelgesetzes ist, die Patientensicherheit zu gewährleisten (Art. 1 Abs. 1 HMG). Durch das HMG werden allen Akteuren im Umgang mit Heilmitteln Sorgfaltspflichten auferlegt (vgl. Rz 193 und 196). Der Umfang dieser Sorgfaltspflichten wird teilweise durch Verordnungen festgelegt. Die Sorgfaltspflichten der Zulassungsinhaberinnen in Zusammenhang mit patientensicherheitsrelevanten Informationen sind in der AMZV und in den Anhängen 4 und 5 geregelt. U.a. sind Indikationen und Kontraindikationen in den Fachinformationen enthalten. Die aktuelle Version der Fachinformationen ist auf AIPS vorhanden. Wie bereits ausgeführt (Rz 35), ist durch die Publikation der Arzneimittelinformationen auf AIPS die (Sorgfalts-)Pflicht der Zulassungsinhaberinnen im Umgang mit patientensicherheitsrelevanten Informationen erfüllt. Der Verweis der Untersuchungsadressaten auf die Patientensicherheit erfolgt zwar wiederholt, jedoch insgesamt in pauschaler Weise und begründet nicht, weshalb die Zulassungsinhaberinnen eine erweiterte Sorgfaltspflicht im Umgang mit Arzneimitteln treffen soll als die explizit in Gesetz und Verordnung getroffene Regelung. Vielmehr beschlagen die Ausführungen der Untersuchungsadressaten zur Patientensicherheit die Sorgfaltspflichten der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer bei der Verschreibung und der Abgabe der Arzneimittel.²¹⁰

D.4.4.2.6 Zwischenergebnis

355. Das Vorhandensein einer unzulässigen Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG ist vorliegend nicht genügend erstellt, sodass, in Anwendung der Maxime „*in dubio pro reo*“, keine Verletzung des Kartellgesetzes festgestellt und den Parteien keine Sanktion auferlegt werden kann. Eine Rückweisung des Falles an das Sekretariat ist unter Berücksichtigung der Komplexität einer Kostenanalyse sowie des Umstands, dass ein grosser Teil der Problematik, welche die Verhaltensweisen der Parteien aufwerfen, von anderen im Rahmen des Entscheides abgehandelten Tatbeständen erfasst wird.

D.4.4.3 Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG)

356. Die Grenzen zwischen den einzelnen Verhaltensweisen nach Art. 7 Abs. 2 KG sind in der Praxis oftmals fließend und eine Verhaltensweise kann mehrere Tatbestände erfüllen.

D.4.4.3.1 Rechtliche Grundlagen

357. Der Tatbestand der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist erfüllt, wenn folgende Merkmale kumulativ vorliegen:

²¹⁰ „Daten ohne diese Zusatzinformationen sind für die Apotheken, Drogerien, Ärzte, Spitäler oder Krankenkassen unbrauchbar.“; „Bezieht beispielsweise ein Patient ein Medikament bei einem Arzt und wird dieser Patient sodann ins Spital verwiesen, wo zusätzliche Präparate verabreicht werden, so muss das Spital in der Lage sein, den entsprechenden Interaktionscheck für die im Spital abgegebenen Medikamente mit sämtlichen anderen vom Patienten eingenommenen Präparaten durchzuführen.“; „Andernfalls ist mit Fehlmedikation zu rechnen.“; vgl. auch die von den Untersuchungsadressaten eingereichten Ansichten von dem IFAK Verein: „[...] sind wir [Apotheken] auf umfassendes, komplettes und zuverlässiges Informationsmaterial angewiesen.“ Und „Die Daten müssen in einer Weise aufbereitet sein, dass sie von den Systemanbietern in die Software der Apotheken integriert werden können. Nur so sind effiziente und qualitätsbasierte Arbeitsabläufe zur Wahrung der Patientensicherheit möglich.“

- a. Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung führt (nachfolgend Rz 360 ff.);
- b. durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt (nachfolgend Rz 371 ff.);
- c. die durch die Verhaltensweise bewirkte Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist nicht durch objektive Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt (legitimate business reasons; nachfolgend Rz 379 ff.).

358. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfasst insbesondere Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, welche darauf abzielen, den Marktzugang der Konkurrenten zu beschränken.²¹¹ Erfasst ist sowohl die Beschränkung des eigenen Absatzes als auch die Einwirkung auf den Absatz von Konkurrenten.²¹²

359. Die Einschränkung des Absatzes kann sowohl durch *unilaterale* als auch durch *bilaterale Handlungen* verwirklicht werden. Unilaterale Handlungen entspringen im marktbeherrschenden Unternehmen selbst, beispielsweise durch die Weigerung, gewisse Käufer zu beliefern. Als bilaterale Handlungen fallen insbesondere Verträge in Betracht, die den Absatz von Konkurrenten durch Ausschliesslichkeitsbindungen in Form von Alleinbezugsbindungen oder Rabatten einschränken.²¹³

D.4.4.3.2 Einschränkung des Absatzes

360. Vorliegend hat e-mediat folgende Klausel²¹⁴ in einzelne Verträge mit Softwarehäusern aufgenommen:

„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 HOSPINDEX- und CIS-Daten) zu ermöglichen, ist sie verpflichtet, dieselben bei e-mediat zu beschaffen. Soweit e-mediat zu deren Bereitstellung nicht bereit oder dazu nicht innert einer der Problemstellung angemessenen nützlichen Frist in der Lage ist, ist [...] berechtigt, diese Komponenten anderweitig zu beziehen.“

361. Eine weitgehend identische Klausel ist auch im Vertrag mit der [...] vorhanden, wobei in diesem Vertrag die „nützliche Frist“ mit sechs Monaten spezifiziert wird.

362. Den entsprechenden Softwarehäusern war es somit untersagt, zusätzliche Partner- und Produkte-Stamm-Daten auf dem Markt zu beschaffen, sie mussten exklusiv e-mediat ein Vorrecht gewähren, diese Nachfrage zu befriedigen. Nur falls e-mediat diese Daten nicht anbieten möchte oder nicht anbieten kann, ist es den Softwarehäusern gestattet, bei anderen Datenveredlern diese Daten zu beschaffen bzw. diese Daten selbst aus Primärquellen zu beziehen und zu veredeln. Damit liegt eine Alleinbezugspflicht für neu nachgefragte Daten zugunsten von e-mediat vor.

363. In den Verträgen mit den Softwarehäusern ist weiter folgende Klausel zu finden:

„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 die Daten von e-mediat strukturiert sind.“

²¹¹ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 KG N 418 und N 441; EVELYNE CLERC/ PRANVERA KÉLLEZI, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 7 II LCart Rz 235.

²¹² ZÄCH (Fn 221), Rz 688; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (Fn 211), Art. 7 II LCart Rz 239.

²¹³ RPW 2014/4, 688 Rz 131, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 KG N 442 f; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (Fn 211), Art. 7 II LCart Rz 247.

²¹⁴ In den Tabellen als Klausel A bezeichnet.

364. Durch diese Klausel wird es den Softwarehäusern untersagt, die vorhandenen Strukturen für Produkte von anderen Datenveredlern bzw. für eigene Datenbanken zu verwenden, wenn die Softwarehäuser selbst die Daten veredeln wollten. Dadurch wird sichergestellt, dass e-mediast weiterhin die Daten in komplettem Umfang liefern kann. Es ist m.a.W. den Softwarehäusern nicht möglich, z.B. die Medikamenteninformationen von einem Konkurrenten zu beziehen oder die Arzneimittelinformationen direkt aus AIPS zu laden und selbst zu veredeln, während e-mediast die Non-Pharma Daten liefert.

365. HCI hat am 29. November 2016 auf Verlangen der WEKO 176 Verträge eingereicht. Die Verträge decken die Periode 2007 – 2016. Auf Auftrag der WEKO hat das Sekretariat sämtliche Verträge in Bezug auf die Verwendung der im Antrag erwähnten Klauseln ausgewertet.

366. Der nachstehenden Tabelle ist zunächst zu entnehmen, wie viele der zwischen 2007 und 2011, sodann den in der Übergangsphase 2012 bis 2014 sowie den von 2015 bis 2016 abgeschlossenen Verträgen die bereits in Rz 363 wiedergegebene Klausel enthielten:

Tabelle 2: Anzahl Verträge mit entsprechender Klausel in Bezug auf die verschiedenen Perioden:

Periode	Klausel A		Klausel B		Klausel B	
	Ja	Nein	Ja	Nein	Ja	Nein
2007 – 2011	1		4	35	10.3 %	89.7 %
2012 – 2014			75	27	73.5 %	26.5 %
2015 – 2016			3	23	11.6 %	88.4 %
Total 2007 – 2016	1		83	86	49.1 %	50.9 %

Quelle: Verträge der Parteien, Aufstellung des Sekretariates

367. Diese erste Tabelle zeigt, dass HCI die Klausel B während der kritischen Periode (2012–2014) systematisch bei der Erneuerung von Verträgen oder mittels Abschluss von Zusätzen zu bestehenden Verträgen eingebaut hat. Da HCI von den meisten dieser Verträge keine neue Version eingereicht hat, kann man davon ausgehen, dass diese Klauseln in den zwischen 2012 und 2014 abgeschlossenen Verträgen noch gültig sind.

368. Erst ab 2015 hat sich HCI für eine neue Formulierung²¹⁵ entschieden. 21 der 23 Verträge, die seit 2015 abgeschlossen wurden, enthalten diese neue Formulierung und sind als Verträge ohne Klausel betrachtet worden. Die Mehrheit der entsprechenden Unternehmen hat indes erstmals einen Vertrag mit HCI abgeschlossen. Dies wird aus dem Umstand gefolgert, dass keine Vorgängerversionen der Verträge mit den entsprechenden Zulassungsinhaberinnen vorgelegt wurden.

Tabelle 3: Anwendung der Klausel B je nach INDEX-Produkt und Periode

Klausel B	2007 – 2011		2012 – 2014		2015 – 2016		2007 – 2016 Total	
	Ja	Nein	Ja	Nein	Ja	Nein	Ja	Nein
careINDEX	0	2	8	3	1	7	9	12
hospINDEX	2	13	29	6	3	5	34	24
medINDEX	0	12	17	5	1	8	18	25
pharmINDEX	2	1	12	10	0	2	14	13
Andere (log-, in-sure-, drogINDEX)	0	3	2	2	0	2	2	7
Mehrere INDEXE	0	2	4	0	0	0	4	2

Quelle: Verträge der Parteien, Aufstellung des Sekretariates

369. Die Verteilung der Anwendung der Klausel auf die unterschiedlichen INDEX-Produkte und je nach Periode zeigt noch einmal die Strategie von HCI in der Untersuchungsperiode.

370. Durch beide beschriebenen Klauseln wird der Absatz aktueller und potentieller Konkurrenten durch Alleinbezugsbindungen eingeschränkt.

D.4.4.3.3 Wettbewerbsbehinderung

371. Im Fokus von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG stehen Behinderungs- resp. Verdrängungspraktiken des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Konkurrenten. Erfasst werden Ver-

²¹⁵ 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.

haltensweisen, die den Marktzugang von aktuellen oder potentiellen Konkurrenten beschränken, ohne dass dies Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des normalen Leistungswettbewerbs ist. Ausschliesslichkeitsbindungen oder Rabatte stellen klassische Mittel dar, um Kundinnen und Kunden an sich zu binden, wodurch sowohl aktuelle als auch potentielle Konkurrenten im Wettbewerb behindert werden.²¹⁶

372. Durch das Vorrecht von e-mediast, die neu nachgefragten Daten zu liefern, ist es aktuellen oder potentiellen Konkurrenten unmöglich, die Softwarehäuser mit diesen Daten zu beliefern. Sie werden somit vom Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen gedrängt respektive Marktzutrittsschranken werden aufgebaut. Sollten die Softwarehäuser ein neues Bedürfnis adressieren, käme der Vertragsschluss betreffend Lieferung dieser neuen Daten zwischen dem Softwarehaus und e-mediast jedoch nicht dadurch zustande, dass e-mediast bessere Vertragskonditionen betreffend diesen neuen Daten anböte, sondern alleine aufgrund der Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser. Die Klausel ist in die Zukunft gerichtet und bewirkt, dass die marktbeherrschende Stellung zukünftig zementiert wird. Auch bei einer Marktentwicklung und einer geänderten Nachfrage der Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger, wird ein Markteintritt auf der Stufe der Datenveredelung erheblich erschwert. Für einen Markteintritt müssen aufgrund dieser Klausel potentielle Konkurrenten einen vollständigen Datensatz anbieten. M.a.W. ist die Spezialisierung auf neue Nachfragen sowie das Angebot und der Vertrieb von Teildatensätzen via bestehende Softwarehäuser nicht möglich.

373. Um die Durchsetzung des Vertrages zu sichern (und somit auch der Alleinbezugspflicht), wurde eine Konventionalstrafe vereinbart, die bei einem Verstoss fällig wäre.

374. Das Verbot der Verwendung der Strukturen für andere Programme verschliesst den Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen für potentielle Konkurrenzangebote. Insbesondere die Implementierung von Teildatensätzen von anderen Datenveredlern wird untersagt. Durch diese Klausel werden die Marktzutrittsschranken für potentielle Konkurrenten (dies könnten auch die Softwarehäuser selbst sein) erhöht, da die Softwarehäuser eine komplett neue Software aufbauen müssten, um ein allfälliges Konkurrenzprodukt zu implementieren. Potentielle Konkurrenten müssten zudem einen umfassenden Datensatz (d.h. Medikamenteninformationen und Non-Pharma Daten) anbieten, da ansonsten ein Wechsel des Softwarehauses für dieses unattraktiv ist.²¹⁷

375. Die Parteien machen gelten, dass die beiden interessierenden Vertragsklauseln tatsächlich zu keiner Behinderung aktueller oder potentieller Konkurrenten in der Aufnahme oder Ausübung von Wettbewerb geführt hätten. Es hätte seitens der Softwareunternehmen keine entsprechenden Anfragen gegeben. Bei einer zweijährigen Kündigungsfrist könne zudem nicht von einer Marktabstottung gesprochen werden.

376. Die Art der Anwendung dieser Klauseln (systematisch ab 2012) zeigt indes aus Sicht der WEKO klar, dass die Strategie Documed/e-mediast gegen allfällige Konkurrenten gerichtet war. Dies gerade in der Periode (2012 – 2014), als verschiedene Ereignisse (Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, Einführung AIPS) anderen Anbietern die Möglichkeit hätten eröffnen können, auf dem Markt Fuss zu fassen und die Position von Documed/e-mediast zu gefährden.

377. Bei den Anhörungen haben ywesee und dr-ouwerkerk ag mitgeteilt, dass ihr Versuch mit ähnlichen Produkten wie den INDEX-Produkten auf den Markt zu kommen, ein Misserfolg gewesen sei. Dies habe dazu geführt, dass dr-ouwerkerk ag endgültig entschieden habe, ab 2014 nicht mehr in diesem Bereich aktiv zu sein. ywesee seinerseits ist sich sicher, dass ihr diese Klauseln massiv geschadet hätten.

378. Beide Klauseln verschliessen den Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen für aktuelle und potentielle Konkurrenten und zeitigen somit wettbewerbswidrige Effekte.

²¹⁶ RPW 2014/4, 688 Rz 134, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

²¹⁷ In Bezug auf die Wirkungen ähnlich Entscheidung der Kommission der EU vom 22. Juni 2005 in einem Verfahren nach Artikel 82 EGV und Artikel 54 EWRA in der Sache COMP/A.39.116/B2 – Coca-Cola.

D.4.4.3.4 Sachliche Rechtfertigungsgründe

379. Einschränkungen des Absatzes können ein objektiv notwendiges Verhalten darstellen und durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein.²¹⁸

380. In ihrer Stellungnahme machen die Parteien geltend, dass HCI mit den Leistungserbringern Lizenzverträge abgeschlossen habe. HCI verpflichtete sich darin, den Leistungserbringern diese Daten via Softwarehäuser zu liefern. In dieser vertragsrechtlichen Pflicht gegenüber den Leistungserbringern sei ein Rechtfertigungsgrund dafür zu sehen, dass HCI in den Verträgen mit den Softwarehäusern sicherstelle, dass die Daten auch tatsächlich bei den Kunden von HCI ankommen.

381. Würden die Softwarehäuser ihre Daten aus unterschiedlichen Quellen beziehen, ergäbe sich daraus für HCI ein Reputationsrisiko. Da für die Endabnehmer der Daten (also für die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, die Vertriebsunternehmen und die Kostenträger) kaum mehr zu eruieren sein dürfte, welche Daten aus welcher Quelle stammen, bestünde die Gefahr, dass diese mitunter auch Fehler in den Daten anderer Anbieter HCI zurechnen, was den Ruf der HCI auf Dauer nachhaltig schädigen könnte.

382. Als sachlicher Rechtfertigungsgrund stellt sich vorliegend dann die Frage, ob die Softwarehäuser für das Funktionieren der Software auf Daten aus einer einheitlichen Quelle, d.h. von einem Datenveredler angewiesen sind, da ansonsten die Funktionen der Software eingeschränkt sind (technische Voraussetzung). Diese Frage wurde den Softwarehäusern im Rahmen ihrer Befragung gestellt.²¹⁹ Dabei stellten viele Softwarehäuser den Umfang und die Qualität der Daten von alternativen Anbietern in Frage.²²⁰ Die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, Vertriebsunternehmen und Kostenträger seien an qualitativ hochstehenden Daten interessiert, was mit den INDEX-Daten gewährleistet sei. Andere Anbieter könnten den geforderten Umfang und die geforderte Qualität nicht liefern.

383. Die Befragung ergab jedoch, dass technisch gesehen ein Einbezug anderer Daten oder auch ein Einbezug unterschiedlicher Datenstämme für Medikamenteninformationen und Daten von Non-Pharma Produkten in die Software möglich wären. Die Erhebung hat aber gezeigt, dass die Antworten betreffend Aufwand für eine Bezugsänderung der Daten aus verschiedenen Quellen sehr unterschiedlich ausfielen. Wie einzelne Softwarehäuser anmerkten, sei diese Frage ohne Kenntnis des Umfangs und der konkreten Struktur der alternativen Datenquelle abstrakt nicht zu beantworten.

384. In der Folge wurde die Frage der technischen Möglichkeit der Integration der Daten von verschiedenen Datenveredlern in ein Softwareprodukt mit einem grösseren Softwarehaus ([...]) in einem Gespräch vertieft besprochen. Dabei wurde konkret bestätigt, dass technisch gesehen eine Integration von Daten aus verschiedenen Quellen möglich ist. Am einfachsten wäre es, wenn diese verschiedenen Datensätze die gleiche Referenz haben und am besten auch das gleiche Format. Andernfalls müsste man die Software so programmieren, dass sie mehrere Formate lesen kann und das Programm je nach Funktion auf diese Daten zugreift. Auch dies wurde jedoch nicht als technisch unmöglich bezeichnet. Im Gegenteil: Das Softwarehaus hob hervor, dass ihre Software sowohl auf Basis des medINDEX als auch auf Basis des IGM angeboten werde, da sie besonders bei Ärztinnen und Ärzten stark vertreten seien. Da beim IGM einige Daten nicht vorhanden sind (z.B. aktualisierte Preise), greifen bestimmte Applikationen, die auf diese Daten angewiesen sind, nicht. Alle anderen Applikationen, die aber nicht auf diese Daten angewiesen sind, funktionieren ohne Weiteres.

385. Insgesamt zeigt sich somit, dass es für die Softwarehäuser technisch möglich wäre, Daten aus unterschiedlichen Quellen zu beziehen.

386. Die von den Softwarehäusern aufgeworfene Frage nach dem Umfang und der Qualität der Daten ist unabhängig von der Frage der technischen Voraussetzungen an die Daten. Qualität und Umfang bilden gewöhnliche Wettbewerbsvariablen. Im Wettbewerb sind durchaus

²¹⁸ RPW 1999/2, 214 Rz 37, *Teleclub AG vs. Cablecom Holding AG*.

²¹⁹ Fragebögen Softwarehäuser, Frage 16–20.

²²⁰ Fragebögen Softwarehäuser, Frage 19.

qualitativ oder umfangmässig verschiedene Angebote denkbar, zumal auch der Preis unterschiedlich sein kann. Abschliessend ist dazu festzuhalten, dass die Qualität der Arzneimittelinformationen und damit die patientensicherheitsrelevanten Informationen durch Swissmedic kontrolliert und reguliert werden.

387. Dass die Klausel andere wie die vorstehend genannten Gründe verfolgt hat und nicht notwendig war, zeigt auch der Umstand, dass HCI kurzfristig zu einer Anpassung im Hinblick auf neu abgeschlossene Verträge in der Lage war (Rz 368).

388. Andere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich, weshalb die Einschränkung des Absatzes nicht gerechtfertigt werden kann.

D.4.4.3.5 Zwischenergebnis

389. Durch die Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser für zusätzliche Partner- und Produktstamm-Daten sowie die Untersagung der anderweitigen Verwendung der Strukturen der Software wird der Absatz der Konkurrenten in missbräuchlicher Art und Weise i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. e KG eingeschränkt.

D.4.4.4 An den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingungen, dass Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG)

D.4.4.4.1 Rechtliche Grundlagen

390. Koppelungsgeschäfte beeinträchtigen die Freiheit des Vertragspartners, Geschäfte nach seinem Willen abzuschliessen, und können – ohne dass dies leistungsmässig begründet wäre – die Wettbewerbssituation auf dem Markt des gekoppelten Guts zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmens verändern.²²¹ Koppelungsgeschäfte können aber auch dazu verwendet werden, Wettbewerber zu verdrängen: Dies einerseits durch die Errichtung von Marktzutrittsschranken²²² und andererseits durch die Übertragung von Marktmacht auf einen vor- oder nachgelagerten Markt (Leverage-Theorie).²²³ Neben wettbewerbsbeschränkenden Folgen können Koppelungen auch Effizienzgewinne (insb. durch Grössen- und Verbundsvorteile) zeitigen und durch ökonomische Gründe gerechtfertigt sein.²²⁴

391. Eine missbräuchliche Koppelung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. f KG liegt vor, wenn folgende vier Merkmale gegeben sind: (1) Das koppelnde und das gekoppelte Gut sind getrennte Güter, (2) der Anbieter nimmt eine Koppelung vor, (3) die Koppelung hat einen wettbewerbsbeschränkenden Effekt und (4) die Koppelung lässt sich nicht objektiv rechtfertigen.

392. Betrachtet werden vorliegend mehrere mögliche Koppelungstatbestände:

- a. Softwarehäuser, welche die INDEX-Daten als Datenstamm benützen, bzw. Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, deren Softwarelösung auf den INDEX-Daten beruht, müssen sowohl die Medikamenteninformationen als auch Daten von Non-Pharma Produkten von e-mediat beziehen (nachfolgend „**Datenbundling**“: Rz 393 ff.).
- b. Die Aufnahme der Arzneimittelinformationen in die INDEX-Datenbanken wird nur vorgenommen, wenn die Zulassungsinhaberinnen gleichzeitig die Dienstleistungen der redaktionellen Qualitätskontrolle, der technischen Aufarbeitung der FI und der Optimierung von Tabellen und Grafiken bei Documed/e-mediat beziehen. Zudem wird der Upload der Medikamenteninformationen auf AIPS gratis dazu angeboten (nachfolgend „**Modulbundling**“: Rz 413 ff.).

²²¹ ZÄCH, ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, Rz 702.

²²² RPW 2014/4, 697 Rz 203, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

²²³ RPW 2011/1, 182 Rz 506 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

²²⁴ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 N 508 ff.

D.4.4.4.2 Datenbundling

393. Softwarehäuser und Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, welche die INDEX-Produkte bei e-mediat beziehen, erwerben den Zugriff auf den gesamten Datensatz, der sowohl Medikamenteninformationen als auch Non-Pharma Daten umfasst.²²⁵ Die INDEX-Produkte werden, wie bereits ausgeführt (Rz 53), auf zwei verschiedene Arten vertrieben. Dementsprechend wird die vorliegende Bündelung entweder gegenüber den Softwarehäusern oder den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern vorgenommen. Für die Beurteilung der Bündelung ist das gewählte Vertriebsmodell jedoch nicht von Relevanz. Es ist den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern gegenwärtig nicht möglich, im Rahmen einer Software-Lösung Daten (Teildatensätze) von verschiedenen Anbietern zu beziehen, unabhängig davon ob diese via Softwarehaus oder direkt von e-mediat bezogen werden.

D.4.4.4.2.1 Trennung der Dienstleistungen

394. Für eine Koppelung müssen zwei oder mehrere unterschiedliche respektive getrennte Produkte oder Dienstleistungen vorliegen, welche durch die Koppelung verbunden werden. Von getrennten Gütern oder Dienstleistungen kann insbesondere dann ausgegangen werden, wenn die Verbraucher, sofern sie die Wahl haben, die gekoppelten Produkte oder Dienstleistungen von unterschiedlichen Anbietern beziehen würden. Ein weiteres Indiz ist, wenn sich Unternehmen auf das Angebot des gekoppelten Guts (ohne das koppelnde Gut) spezialisiert haben. Bei Waren oder Dienstleistungen, die nach einer vertieften Marktanalyse verschiedenen Märkten zugeordnet werden, kann davon ausgegangen werden, dass es sich um getrennte Güter handelt.²²⁶

395. Um die Trennung der Dienstleistungen (Zugriff auf die Daten) zu beurteilen, sind zuerst die den Daten zugrundeliegenden Produkte zu betrachten. Die Daten können nicht isoliert von den Produkten angeschaut werden, schliesslich hängen der Umfang und die Art der Daten entscheidend von den zugrundeliegenden Produkten ab.

396. Arzneimittel sind gesetzlich definiert (Art. 4 Abs. 1 Bst. a HMG). Non-Pharma Produkte wurden für die vorliegende Beurteilung bereits definiert (Rz 27), trotzdem lohnt es sich, diese erneut genauer zu betrachten, da eine weit heterogenere Gruppe umfasst wird als bei Arzneimitteln. Betreffend Non-Pharma Produkte bestehen weit weniger gesetzliche Vorgaben. Medizinprodukte sind in Art. 45 ff. HMG geregelt, die diesbezüglichen Vorgaben sind aber weit weniger detailliert und die Hersteller müssen weniger Vorschriften beachten als betreffend Arzneimittel. Andere Non-Pharma Produkte unterstehen zwar (teilweise) auch gesetzlichen Vorgaben, diese verfolgen aber einen anderen Zweck als dies bei Arzneimitteln oder Medizinprodukten der Fall ist. Kosmetika unterstehen z.B. dem Lebensmittelgesetz²²⁷ und dessen Ausführungsverordnungen. Mit Ausnahme bestimmter Medizinprodukte²²⁸ können Non-Pharma Produkte (z.B. Verbandsmaterial) ohne Weiteres in einem nicht auf pharmazeutische Produkte spezialisierten Geschäft verkauft werden. Zu denken ist dabei z.B. an die bereits erwähnten Verbandsmaterialien oder an Kosmetika.

397. Folglich unterscheiden sich die Daten von Non-Pharma Produkten von den Medikamenteninformationen. Dabei können nicht alle Non-Pharma Produkte über einen Kamm geschoren werden. Medizinprodukte müssen z.B. eine Produktinformation haben (Art. 7 MepV i.V. mit den entsprechenden Richtlinien der EU). Doch solche Informationen sind auch bei anderen

²²⁵ Vgl. Angebot e-mediat: <<http://www.e-mediat.ch/de/produkte/index/index.php>> (zuletzt besucht am 2.6.2015).

²²⁶ RPW 2011/1, 183 Rz 514 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2014/4, 697 Rz 198, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 202), Art. 7 II LCart Rz 275.

²²⁷ Bundesgesetz vom 9.10.1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, LMG; SR 817.0).

²²⁸ Gemäss Art. 47 f. HMG kann der Bundesrat betreffend Inverkehrbringen, Abgabe und Anwendung weitere Bestimmungen vorsehen, was er u.a. in der Medizinprodukteverordnung vom 17.10.2001 (MepV; SR 812.213) tat.

Non-Pharma Produkten vorhanden (z.B. Trink- und Sondennahrung). Bei Non-Pharma Produkten besteht aber im Unterschied zu den Arzneimitteln eine wesentlich geringere Gefahr der Gefährdung der Gesundheit des Menschen, weshalb sie auch weniger restriktiven Informationspflichten unterstehen. Insbesondere werden diese Produktinformationen nicht behördlich genehmigt, wie dies bei Arzneimittelinformationen der Fall ist. Dementsprechend gibt es auch keine öffentlichen Datenbanken, in denen alle Produktinformationen aggregiert wären, denn regulatorisch wird davon ausgegangen, dass sich der Markt diesbezüglich selbst organisieren kann und keine patientensicherheitstechnischen Bedenken vorhanden sind, wenn nicht alle Informationen öffentlich verfügbar sind. Daten zu Non-Pharma Produkten umfassen somit im Wesentlichen wichtige Informationen für den Vertrieb und die Abrechnung. Insgesamt unterscheiden sich Non-Pharma Produkte und deren Daten nicht grundlegend von gewöhnlich im Einzelhandel befindlichen Produkten.

398. Konkurrenten auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen bieten dagegen ausschliesslich Medikamenteninformationen und keine Daten von Non-Pharma Produkten an (vgl. Rz 241 und 243e).

399. Der Zugriff auf Datensätze von Medikamenteninformationen und auf Datensätze von Non-Pharma Produkten ist aufgrund der oben stehenden Erwägungen als unterschiedliche Dienstleistungen zu qualifizieren, da die Datensätze und die zugrundeliegenden Produkte unterschiedlich sind.

D.4.4.4.2 Koppelung der Dienstleistungen durch den Anbieter

400. Die Koppelung von Gütern oder Dienstleistungen kann auf einer entsprechenden Vertragsklausel beruhen (vertragliche Koppelung), auf einer technischen Entscheidung bzw. in der physischen Ausgestaltung der betreffenden Güter gründen (technologische bzw. physische Koppelung) oder durch ökonomische Anreize durchgesetzt werden.²²⁹

401. Die Literatur und die Praxis unterscheiden folgende Koppelungstechniken:²³⁰ Beim sog. „tying“ (Koppelung) bietet ein Verkäufer das Gut A (koppelndes Gut, „tying good“) nur unter der Bedingung an, dass auch das Gut B (gekoppeltes Gut, „tied good“) bezogen wird. Das gekoppelte Gut B ist dabei auch ohne den gleichzeitigen Erwerb von Gut A beziehbar. Beim sog. „pure bundling“ (reine Bündelung) sind die Güter A und B nur im Bündel, d.h. nur gemeinsam, erhältlich. Beim sog. „mixed bundling“ (gemischte Bündelung), oft auch als Bündel- oder Paketrabatt bezeichnet, werden die Güter A und B einzeln sowie in einem Bündel angeboten. Dabei ist die Summe der Preise im Einzelverkauf höher als der Preis des Bündels, wodurch ökonomische Anreize für den Bezug von beiden Gütern beim marktbeherrschenden Unternehmen geschaffen werden. Der marktbeherrschende Anbieter erreicht damit, dass der Abnehmer nicht nur Güter auf dem beherrschten Markt bezieht, sondern auch Güter, die der Konkurrenz anderer Märkte unterworfen sind.

402. Im vorliegenden Fall wird ausschliesslich der Zugang zu den INDEX-Produkten gewährt, ohne dass ein Teilbezug ausschliesslich der Medikamenteninformationen oder ausschliesslich der Daten von Non-Pharma Produkten möglich wäre.²³¹ Dies ist eine reine Bündelung, da die Dienstleistungen nicht getrennt erhältlich sind.

²²⁹ RPW 2014/4, 697 Rz 200, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (Fn 202), Art. 7 II LCart Rz 274; BSK KG-AMSTUTZ/(Fn 100), Art. 7 KG N 533.

²³⁰ RPW 2014/4, 697 Rz 201, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (Fn 202), Art. 7 II LCart Rz 262 und 274; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 KG N 494 ff.

²³¹ Vgl. Angebot e-mediat (<<http://www.e-mediat.ch/de/produkte/index/index.php>> [zuletzt besucht am 2.6.2015]).

D.4.4.4.2.3 Wettbewerbsbehinderung

403. Koppelungen und Bündelungen können Wettbewerber verdrängen und die Marktzutrittschranken erhöhen.²³² Insbesondere kann durch die Koppelung die marktbeherrschende Stellung auf dem Markt des koppelnden Guts auf den Markt eines benachbarten, vor- oder nachgelagerten Marktes übertragen werden (sog. „Leverage Theorie“). Die WEKO hat sich bereits umfassend mit den wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkungen der Leverage Theorie und der Kritik daran auseinandergesetzt. Aus dieser Praxis ergibt sich, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen Koppelungen unter Umständen dazu einsetzen kann, aus profitmaximierenden Gründen seine Marktmacht auf einen benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt auszuweiten.²³³ Zudem kann eine Koppelung auch dazu eingesetzt werden, die Marktgegenseite zu benachteiligen, da diese dazu gezwungen wird ein Gut oder eine Dienstleistung zu beziehen, das sie nicht, oder nicht zu diesen Bedingungen, wünscht.²³⁴

404. Beim Datenbundling stehen Verdrängungseffekte im Vordergrund. Die Medikamenteninformationen stehen allesamt öffentlich zur Verfügung. Eine Aggregation der Medikamenteninformationen ist auch für Dritte ohne Weiteres möglich. Die Daten von Non-Pharma Produkten sind dagegen nicht öffentlich verfügbar und aus unterschiedlichen Quellen zu beziehen (z.B. direkt bei den Anbietern oder bei anderen Datensammlern). Dadurch werden für alternative Anbieter, die lediglich Medikamenteninformationen anbieten, Marktzutrittschranken auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen aufgebaut, denn um die INDEX-Produkte effektiv zu konkurrenzieren, müssen potentielle Wettbewerber zumindest einen ähnlichen Umfang an Daten und damit neben Medikamenteninformationen auch Non-Pharma Daten anbieten. Wären diese zwei unterschiedlichen Dienstleistungen entbündelt, wären Markteintritte und eine Konkurrenzierung lediglich in einem der beiden Bereiche möglich, wobei der Bereich der Medikamenteninformationen im Vordergrund steht, da diese Informationen öffentlich verfügbar sind. Documed/e-mediart bzw. HCI verschliessen aber den Markt gegenüber einer solchen potentiellen Konkurrenz, indem sie die Medikamenteninformationen nur gebündelt mit Daten von Non-Pharma Produkten anbieten, obwohl es sich dabei um unterschiedliche Dienstleistungen handelt. Durch diese Bündelung baut das marktbeherrschende Unternehmen somit Marktzutrittschranken auf.

405. Documed/e-mediart geben selbst an, dass einer der Gründe, weshalb sich konkurrierende Unternehmen (konkret ywesee, dies trifft aber auch auf weitere potentielle Konkurrenten zu) nicht auf dem Markt durchsetzen können, sei, dass diese nicht den gesamten Umfang der Daten von Documed/e-mediart anbieten können: „[...] *da eine Apotheke nicht nur von der Swissmedic zugelassene Medikamente, sondern auch andere Artikel wie Zahnbürsten, Toilettenpapier, Drogerieartikel etc. verkauft. Solange die Daten der ywesee GmbH bloss einen Bruchteil des Artikelstamms einer Apotheke abdecken, wird er sich auf diesem Markt niemals durchsetzen können.*“ Genau diese Erhöhung der Marktzutrittschranken stellt die hier behandelte Wettbewerbsbeschränkung dar und verschliesst den Markt gegenüber Konkurrenzangeboten für Medikamenteninformationen.

406. Die Parteien machen geltend, dass dieser Vorwurf theoretischer Natur sei und sich nicht anhand der Marktgegebenheiten erhärten liesse. HCI biete – wie jedes andere Unternehmen, welches sich am Wirtschaftsprozess beteiligt – nur Angebote an, für welche eine Nachfrage bestehe. Auch die Konkurrenz habe keine derartigen Produkte angeboten.

407. Gegenüber HCI sei seitens der Softwarehäuser oder der Leistungserbringer nie das Interesse angemeldet worden, bloss die Non-Pharma-Daten oder einen anders definierten Teildatensatz zu beziehen. Wären entsprechende Anfragen gekommen, hätte HCI die vom Sekretariat aufgeworfene Fragestellung geprüft. Die Verträge sähen kurze Laufzeiten vor. Die

²³² RPW 2014/4, 697 Rz 203, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 KG N 537 f; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (Fn 202), Art. 7 II LCart Rz 278.

²³³ RPW 2011/1, 182 f. Rz 506 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

²³⁴ RPW 2014/4, 697 Rz 203, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 KG N 543.

Softwareunternehmen kämen kurzfristig aus ihren Verträgen hinaus. Der Markteintritt von Drittanbietern werde durch die Verträge nicht beschränkt. Die Pharma- und Non-Pharma-Daten bildeten vielmehr ein ganzheitliches Datenpaket, das von den Vertragspartnern in dieser Form erwünscht sei und von den Nutzern in dieser Form verwendet werde.

408. Da keine Nachfrage nach nicht angebotenen Teildatensätzen bestanden hätte, könne der HCl auch nicht vorgeworfen werden, dass sie solche nicht angeboten hätte. Bei dieser Ausgangslage fehle bereits das erste Tatbestandsmerkmal für eine missbräuchliche Koppelung: Pharma- und Non-Pharma-Daten seien gar keine getrennten Güter. Auch aufgrund von im Rahmen der Anhörungen (Aussagen ywesee und dr-ouwerkerk ag) gewonnenen Informationen sieht die WEKO Indizien dafür, dass der Zugang zu Non-Pharma-Daten im vorliegenden Fall von allfälligen Konkurrenten nicht als Hürde für das Angebot eines Produktes wie die INDEX-Produkte angesehen worden ist.

409. Das Vorliegen von Verdrängungseffekten ist dementsprechend nicht bewiesen worden und das Vorgehen von HCl kann demzufolge nicht als unzulässig betrachtet werden.

D.4.4.4.2.4 Sachliche Rechtfertigungsgründe

410. Als Rechtfertigungsgründe für die Koppelung verschiedener Leistungen sind zwingende technische oder wirtschaftliche Gründe sowie gewisse Erfordernisse der Qualitätssicherung, wie insbesondere Sicherheitsaspekte, denkbar.²³⁵ Zudem kann auch die Rechtfertigung durch Effizienzgewinne, wie Grössen- und Verbundvorteile oder Senkung der Suchkosten in Betracht gezogen werden.²³⁶

411. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage betreffend die sachlichen Rechtfertigungsgründe aufgrund fehlender Verdrängungseffekte nicht mehr.

D.4.4.4.2.5 Zwischenergebnis

412. Das vorliegend von Documed/e-mediart bzw. HCl vorgenommene Datenbundling erfüllt den Tatbestand der an den Abschluss von Verträgen gekoppelten Bedingung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. f KG nicht.

D.4.4.4.3 Modulbundling

413. In der Basisdienstleistung (Module D1 + E1) werden neben der beschriebenen Publikation im Kompendium und der Aufnahme der Daten in die Indices auch die Dienstleistungen „Redaktionelle Qualitätssicherung (Sprachenvergleich, Plausibilitätskontrollen)“, „Redaktionelle und technische Aufbereitung der Fachinformationen“ und „Optimierung von Tabellen und Grafiken“ angeboten. Diese Dienstleistungen lassen sich für die vorliegende Beurteilung als „redaktionelle und technische Qualitätssicherung“ zusammenfassen. Einzelne wurden diese Leistungen nicht angeboten und sie müssen bezogen werden, wenn die anderen Dienstleistungen des Basismoduls bezogen werden. Mit anderen Worten besteht die Wahl nur zwischen allen Dienstleistungen im Modul zusammen oder gar keinen.

414. Der Upload auf AIPS war nicht in den Modulen enthalten, jedoch verpflichteten sich Documed/e-mediart, den Upload auf AIPS bei entsprechender Beauftragung vorzunehmen, ohne eine zusätzliche Entschädigung zu verlangen (vgl. Rz 85).²³⁷

415. Mit der Koppelung von Korrekturarbeiten und der Publikation von Arzneimittelinformationen hat sich die WEKO bereits 2008 befasst.²³⁸ Dabei wurde festgestellt, dass die Korrekturarbeiten und die Publikation zwar unterschiedliche Dienstleistungen sind, die gekoppelt wurden, dies aber durch Effizienzgründe gerechtfertigt war, da die Kosten der Korrekturen im

²³⁵ Botschaft KG 1995 (Fn 106), 576; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 211), Art. 7 II LCart Rz 284.

²³⁶ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 KG N 508 ff.

²³⁷ Nicht aufgeführt auf der Preisliste, keine zusätzliche Entschädigung für den Upload in der Beauftragung.

²³⁸ RPW 2008/3, 405 Rz 203 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

Vergleich zu den Kosten der Publikation vernachlässigbar seien. Eine Differenzierung zwischen Publikation und Korrekturen würde insgesamt zu höheren Kosten führen.²³⁹

416. Dieser Sachverhalt betraf jedoch die Koppelung zwischen Korrektur und Publikation (im Entscheid-Zeitpunkt: AIPS) und unterscheidet sich somit von der vorliegend fraglichen Koppelung zwischen der redaktionellen und technischen Qualitätssicherung und der Aufnahme in das Kompendium und die Indices, denn es handelt sich nicht um die regulatorisch vorgesehene Publikation, sondern der dieser nachgelagerten weiteren Veredelung.

417. In Zusammenhang mit den allgemeinen Ausführungen zu den einzelnen Tatbestandselementen, auf welche nachfolgend eingegangen wird, wird auf die Ausführungen im Abschnitt D.4.4.4.2 verwiesen.

D.4.4.4.3.1 Trennung der Dienstleistungen

418. Zur Beurteilung der Trennung der Dienstleistungen muss zwischen der Publikation und dem aktuellen Angebot zur Aufnahme der Arzneimittelinformationen in das Kompendium unterschieden werden. Früher mussten die Zulassungsinhaberinnen ihre Arzneimittelinformationen im Kompendium publizieren, um einer gesetzlichen Pflicht zu entsprechen; diese gesetzliche Pflicht besteht noch heute ausschliesslich für die Publikation auf AIPS, nicht aber für die Aufnahme in das Kompendium.

419. Im Hinblick auf die obligatorische Publikation auf AIPS (Funktionsweise von AIPS in Rz 28 ff.) erfolgt eine redaktionelle und technische Qualitätssicherung im Rahmen des Zulassungsgesuchs durch die Swissmedic (vgl. Abbildung 5 in Rz 34). Hierbei führen die Zulassungsinhaberinnen vorgängig eine Qualitätssicherung der Arzneimittelinformationen durch, welche im Zulassungsverfahren durch die Swissmedic genehmigt werden. Durch dieses Verfahren wird die Qualität der Arzneimittelinformationen gewährleistet und damit die den Zulassungsinhaberinnen obliegende Sorgfaltspflicht erfüllt (vgl. Rz 193 ff.). Eine der Publikation der Arzneimittelinformationen nachgelagerte erneute redaktionelle Qualitätssicherung ist nicht notwendig.

420. Die vorgängige Qualitätssicherung kann durch die Zulassungsinhaberinnen selbst oder durch Externe durchgeführt werden. Auch für den Prozess des Uploads auf AIPS sind die Zulassungsinhaberinnen gemäss der Rechtsprechung explizit nicht verpflichtet, einen privaten Anbieter zu engagieren. Swissmedic entspricht diesen Vorgaben, indem den Zulassungsinhaberinnen Formulare zur Verfügung stehen, um den Upload auf AIPS eigenständig vorzunehmen. Es ist somit den Zulassungsinhaberinnen möglich, die Qualitätskontrolle und den Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS eigenständig vorzunehmen.

421. Daneben ist auch das Outsourcing dieser Prozesse möglich. Diese Qualitätskontrolle und der Upload kann durch spezialisierte Unternehmen erfolgen. Zwar bestreiten die Parteien – anders noch als 2008 – das Vorliegen eines entsprechenden Marktes, doch haben gemäss Antworten der Zulassungsinhaberinnen auf den Fragebogen des Sekretariates im Jahr 2013 zumindest acht Unternehmen diese Dienstleistungen angeboten.²⁴⁰ Auch Documed/e-mediat könnten separat eine Qualitätskontrolle für die Publikation auf AIPS und den Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS anbieten. Darüber hinaus können die Zulassungsinhaberinnen die Qualitätskontrolle und den Upload eigenständig vornehmen.²⁴¹

422. Vorliegend wird die Aufnahme in die Datenbank als Teil der Veredelung mit der Dienstleistung der Qualitätssicherung und des Uploads auf AIPS gebündelt bzw. gekoppelt. Dabei ist zu beachten, dass gewisse Arbeiten, die in Zusammenhang mit der Aufnahme der Daten in die Datenbank eines Datenveredlers erbracht werden, so eng mit derselben verknüpft sind, dass eine Trennung der Dienstleistungen nicht möglich ist. Dabei handelt es sich beispielsweise um Prozesse wie die Strukturierung und Codierung der Daten (vgl. Rz 45). Die redakti-

²³⁹ RPW 2008/3, 405 Rz 204, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

²⁴⁰ Clinipace AG, pharma services Oehler GmbH, Fast Lane Pharma Services GmbH, Drac AG, Five Office Ltd, Soweco GmbH, Parcopharm AG und Regulix GmbH.

²⁴¹ Fragebögen Zulassungsinhaberinnen, Frage 7; teilweise auch Frage 8.

onelle und technische Qualitätskontrolle muss hingegen als zusätzlicher Arbeitsschritt vorgenommen werden. Durch die Strukturierung und Codierung kann nicht mit dem gleichen Aufwand oder mit unwesentlichem Mehraufwand gleichzeitig eine Qualitätssicherung vorgenommen werden. Zudem bringt diese Dienstleistung von Documed/e-mediat nur einen Mehrwert, wenn sie vor der Publikation auf AIPS erfolgt. Durch die Gestaltung der Module ist sie aber mit der Aufnahme ins Kompendium bzw. die Indices verknüpft.

423. Der Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS muss ebenfalls als zusätzlicher Arbeitsschritt, der unabhängig ist von der Strukturierung und Codierung bzw. der Aufnahme der Daten in die INDEX-Produkte, vollzogen werden.

424. Es ist den Zulassungsinhaberinnen somit möglich, die Qualitätskontrolle für die Publikation auf AIPS und den Upload auf AIPS (Publikation als solche) selbst vorzunehmen oder an verschiedene darauf spezialisierte Unternehmen auszulagern, was das Vorliegen getrennter Dienstleistungen beweist.

425. Die Parteien erwidern dieses Argument des Sekretariates und behaupten, dass sich bereits die Grundannahme des Sekretariats, dass die Aufnahme von Fach- und Patienteninformationen in das Kompendium und die INDEX-Datenbanken ohne weiteres von der redaktionellen und technischen Qualitätssicherung trennbar sein soll, als unhaltbar erweise. Das Sekretariat verkenne in seiner diesbezüglichen Argumentation, dass die redaktionelle und technische Qualitätssicherung zum einen zwingender Bestandteil des Prozesses für die Aufnahme der fraglichen Informationen in das Kompendium und die INDEX-Datenbanken bilde und sich zum anderen auch, was die Abläufe anbelangt, kaum von den übrigen Arbeitsschritten, wie beispielsweise der Codierung und Strukturierung, trennen liesse (parallele Ausführung).

426. Der Leistungskatalog widerspricht aber diesen Aussagen. Das Modul D3 (Optional/Sonstige Dienstleistungen) sieht nämlich vor, dass die Zulassungsinhaberinnen die redaktionelle Textbearbeitung und Übersetzungen separat zu beziehen haben, weshalb die Trennung dieser Dienstleistungen vom Prozess für die Aufnahme der Fach- und Patienteninformationen in das Kompendium und die INDEX-Datenbanken möglich sein muss.

427. Dass HCI darüber hinaus an sich selbst den Anspruch hat, unabhängig vom Vorprozess ihrerseits die Arzneimittelinformationen nochmals auf Richtigkeit zu überprüfen (vgl. Rz 102), ist ein legitimer geschäftspolitischer Entscheid, der indes keinen Rechtfertigungsgrund begründet.

D.4.4.4.3.2 Koppelung der Dienstleistungen durch den Anbieter

428. Im vorliegenden Fall koppeln Documed/e-mediat vertraglich den Bezug der Dienstleistung der redaktionellen und technischen Qualitätssicherung mit der Aufnahme in das Kompendium und die INDEX-Daten im Basismodul D1 + E1.²⁴² Dies ist eine reine Bündelung, da die Dienstleistungen nicht getrennt erhältlich sind.

429. Der Upload der Daten auf AIPS muss im Unterschied dazu nicht zwangsläufig bezogen werden. Zulassungsinhaberinnen, die sich für den Upload auf AIPS durch Documed/e-mediat entscheiden, profitieren jedoch davon, dass dieser gratis dazu angeboten wird, falls sie das Basismodul D1 + E1 beziehen.²⁴³ Einzeln angeboten wird der Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS nicht. Es handelt sich somit um eine vertragliche Koppelung. Durch die aktuelle Vertragsgestaltung wird – im Gegensatz zum betrachteten Leistungskatalog 2013 – der Upload auf AIPS als fester Bestandteil des D-Moduls angeboten (vgl. Rz 122). Dadurch liegt aktuell ebenfalls eine reine Bündelung vor.

D.4.4.4.3.3 Wettbewerbsbehinderung

430. In Zusammenhang mit den Verdrängungseffekten von Koppelungsgeschäften ist die Lehre einig, dass die Gefahr einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung grösser ist, wenn

²⁴² Gemäss Leistungskatalog der Parteien, vgl. auch vorne Rz 82.

²⁴³ Nicht aufgeführt auf der Preisliste, keine zusätzliche Entschädigung für den Upload in der Beauftragung.

das marktbeherrschende Unternehmen dauerhaft eine Kopplungs- bzw. Bündelungsstrategie verfolgt,²⁴⁴ was in casu der Fall ist. Durch diese zusätzliche Bündelung mit der redaktionellen und technischen Qualitätssicherung ist es Documed/e-mediast Konkurrenten, die lediglich die Qualitätssicherung anbieten, zu verdrängen bzw. deren Wettbewerbsstellung zu verschlechtern. Zudem sind auch die Zulassungsinhaberinnen in der Situation, dass sie die redaktionelle und technische Qualitätssicherung bei Documed/e-mediast beziehen müssen, auch wenn sie dies vielleicht gar nicht wünschen. Dadurch, dass die Vertretung in den Indices essentiell für die Prozesse bei den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern sowie den Softwarehäusern und somit für den ökonomischen Erfolg eines Arzneimittels ist, haben die Zulassungsinhaberinnen durch die reine Bündelung auch die redaktionelle und technische Qualitätssicherung bei Documed/e-mediast zu beziehen.

431. Der Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS musste zwar nicht zwangsläufig auch bei Documed/e-mediast bezogen werden, jedoch wurde dieser kostenlos dazu angeboten, weshalb für die Zulassungsinhaberinnen ein hoher ökonomischer Anreiz bestand, den Upload ebenfalls über Documed/e-mediast abzuwickeln, um Kosten zu sparen. Ansonsten würde für eine Leistung gesondert mehr bezahlt, als die Zulassungsinhaberinnen bezahlen müssten, wenn der Upload über Documed/e-mediast bezogen würde. Die Koppelung verdrängt somit Konkurrenten, die den Upload auf AIPS anbieten. Der Upload wird ebenfalls gebündelt angeboten, was die gleichen Verdrängungswirkungen zeitigt.

432. Gleichzeitig werden durch die Bündelung bzw. Koppelung auch Marktzutrittsschranken aufgebaut, da ein potentieller Wettbewerber, der lediglich die Qualitätskontrolle und/oder den Upload auf AIPS anbietet, gleichzeitig in den nachgelagerten Markt der veredelten maschinenlesbaren Daten einsteigen müsste, um Documed/e-mediast wirksam konkurrenzieren zu können. Wird hingegen nur die Qualitätskontrolle und/oder der Upload auf AIPS angeboten, haben die Zulassungsinhaberinnen keine (bzw. nur eine geringe) Nachfrage danach, da sie diese Dienstleistungen bereits von Documed/e-mediast beziehen (müssen).

433. Die Bündelung behindert aber nicht nur Dritte, sondern auch die Zulassungsinhaberinnen werden benachteiligt. Nehmen sie die Qualitätskontrolle selbst vor oder beauftragen einen Dritten, wirkt sich dies ausschliesslich kostentreibend aus, da sie anschliessend Documed/e-mediast erneut für die gleiche Dienstleistung bezahlen müssen, falls sie in den INDEX-Daten vertreten sein wollen.

434. Das Modulbundling zeitigt Verdrängungs- und Ausbeutungs- und somit wettbewerbschädigende Effekte.

D.4.4.4.3.4 Sachliche Rechtfertigungsgründe

435. Schliesslich erwähnen die Parteien, dass selbst bei Annahme, dass die Aufnahme von Fach- und Patienteninformationen in das Kompendium und die INDEX-Datenbanken einerseits und die redaktionelle und technische Qualitätssicherung andererseits grundsätzlich trennbare Dienstleistungen seien, die Koppelung dieser Dienstleistungen zumindest als objektiv gerechtfertigt qualifiziert werden müsste. Die Tatsache, dass das Kompendium und die INDEX-Datenbanken äusserst sensitive Daten (Patientensicherheit) enthielten, für deren Korrektheit HCI ihren Vertragspartnern gegenüber Gewähr leiste, mache es unabdingbar, dass sich HCI bei jeder Aufnahme von Fach- und Patienteninformationen in das Kompendium und in die INDEX-Datenbanken 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 von HCI zu erklären.

²⁴⁴ Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABI C 45/02, vom 24.2.2009, Rz 53 S. 15; CHRISTIAN AHLBORN/DAVID S. EVANS/A. JORGE PADILLA in: The Antitrust Bulletin/Spring-Summer 2004, The antitrust economics of tying: a farewell to per se illegality, 332.

436. In der Untersuchung *Publikation von Arzneimittelinformationen* wurde argumentiert, dass die Korrekturarbeiten im Vergleich zu den Standardprozesskosten vernachlässigbar tief seien und eine Trennung der Dienstleistungen wahrscheinlich insgesamt zu höheren Kosten führte.²⁴⁵ Diese Argumentation ist auch in vorliegendem Fall denkbar. Doch wie bereits beschrieben, unterscheidet sich der Sachverhalt insofern, als es sich vorliegend bei der gebündelten Dienstleistung nicht um die gesetzlich vorgesehene Publikation handelt, sondern um die Aufnahme der Daten in *eine* Datenbank *eines* Datenveredlers. Zum Abschluss eines solchen Vertrages sind die Zulassungsinhaberinnen nicht durch gesetzliche oder regulatorische Vorgaben verpflichtet. Insofern ist es irrelevant, ob die redaktionelle und technische Qualitätssicherung bloss einen vernachlässigbaren Teil der Kosten ausmacht, zumal *nach erfolgter Publikation* keine Nachfrage nach einer *erneuten* Kontrolle der Arzneimittelinformationen besteht. Folglich verfängt dieses Argument nicht. In einer Wettbewerbssituation könnten verschiedene Datenveredler keine der Publikation nachgelagerte Qualitätssicherung anbieten, da somit dieselbe Leistung mehrfach bezahlt würde.

437. Für die Aufnahme in die INDEX-Datenbank sind gewisse Arbeiten wie die Strukturierung und die Codierung der Arzneimittelinformationen unerlässlich, damit die Funktionen der Datenbank nicht beeinträchtigt sind. Es stellt sich daher die Frage, ob die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle zu Effizienzgewinnen führt oder die Verdrängungseffekte überwiegen. Während aber die Strukturierung und die Codierung in einem logischen, engen Zusammenhang mit der Aufnahme der Daten in die Datenbank verbunden sind, ist die redaktionelle und technische Qualitätssicherung nicht zwingend vorzunehmen. Es könnten ohne weitere Kontrolle die Arzneimittelinformationen aus AIPS in die Datenbank von Documed/e-mediast aufgenommen, in die entsprechende Struktur gebracht und codiert werden. Für die redaktionelle und technische Qualitätssicherung ist ein zusätzlicher Arbeitsschritt, der unabhängig von der Aufnahme in die Datenbank besteht, zu erbringen. Eine weitere Qualitätskontrolle ist jedenfalls nicht im Interesse der Zulassungsinhaberinnen, da diese potentiell bereits eine solche Dienstleistung eingekauft oder selbst entsprechende Aufwände haben (vgl. Rz 419 ff.).

438. Es ist denkbar, dass der Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS mit geringen Kosten verbunden ist. Trotzdem überwiegen im vorliegenden Fall die Verdrängungswirkungen. Es wird der ökonomische Druck für die Aufnahme in die INDEX-Daten verwendet, um konkurrierende Anbieter der Dienstleistung des Uploads der Arzneimittelinformationen auf AIPS zu verdrängen.

439. Auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen und auf dem Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen bestehen hohe Marktzutrittsschranken. Andere Unternehmen, die die Qualitätssicherung und/oder den Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS anbieten, können nicht ohne Weiteres eine solche Datenbank anbieten, weshalb eine wirksame Konkurrenz für das gesamte gekoppelte Angebot nicht möglich ist. Die Koppelung führt somit dazu, dass die Konkurrenz weitgehend ausgeschaltet wird, was nicht durch die möglichen Effizienzgewinne zu rechtfertigen ist.

D.4.4.4.3.5 Zwischenergebnis

440. Das vorliegend von Documed/e-mediast bzw. HCI vorgenommene Modulbundling erfüllt den Tatbestand der an den Abschluss von Verträgen gekoppelten Bedingung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. f KG.

²⁴⁵ RPW 2008/3, 405 Rz 204, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

D.4.4.5 Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)

441. Die Preise für die Zulassungsinhaberinnen der Module im Leistungskatalog von Documed/e-mediast sind identisch, unabhängig davon, ob die Arzneimittelinformationen Änderungen erfahren haben oder nicht. Aufgrund dessen wird im Folgenden die Diskriminierung der Zulassungsinhaberinnen bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen geprüft.

D.4.4.5.1 Rechtliche Grundlagen

442. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG untersagt es marktbeherrschenden Unternehmen, Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen zu diskriminieren. Sie sind also an ein Gleichbehandlungsgebot gebunden. Eine Diskriminierung kann sowohl bei der Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte (direkte Diskriminierung) als auch bei der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte vorliegen (indirekte Diskriminierung).²⁴⁶ Keine Diskriminierung liegt vor, wenn die Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens auf sachlichen Gründen basiert (legitimate business reasons).²⁴⁷

D.4.4.5.2 Gleichbehandlung

443. Im vorliegenden Fall fällt eine indirekte Diskriminierung in Betracht, da die Zulassungsinhaberinnen einen identischen Preis zu bezahlen haben, unabhängig davon, ob bei Documed/e-mediast aufgrund von Änderungen der Arzneimittelinformationen bzw. einer Neuaufnahme ein Arbeitsaufwand entstand oder nicht. Die Neuaufnahme ist zwar insofern preisrelevant, als sich die Anzahl der Medikamente und dadurch der Preis erhöht. Es besteht jedoch kein preislicher Unterschied zwischen der gesamthaften Neuerfassung der Medikamenteninformationen eines Arzneimittels in die Datenbank, der Änderung einzelner Punkte oder der kompletten Beibehaltung aller Informationen. Es stellt sich die Frage, wie bereits im Fall *Publikation von Arzneimittelinformationen*, ob die identische Kostenfolge für veränderte und unveränderte Medikamenteninformationen eine Diskriminierung darstellt.

444. Betreffend die Aufnahme ins Kompendium ist festzuhalten, dass die WEKO 2008 eine einvernehmliche Regelung mit Documed genehmigt hat, in der sich diese verpflichtete „für gegenüber dem Vorjahr unveränderte Texte von Fach- und Patienteninformationen tiefere Volumen- bzw. Produktionspreise als für veränderte Texte beizubehalten“. Die damalige Entscheidung erging in Bezug auf den Markt der Publikation von Fachinformationen gedruckt und online in einem vollständigen Werk sowie auf den Markt für die Publikation von Patienteninformationen online in einem vollständigen Werk. Durch die Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen ist dieser Markt weggefallen. Das online-Compendium als solches ist zwar nicht mehr Publikationsmedium, blieb jedoch grundsätzlich bestehen. Es mutet deshalb seltsam an, dass das gleiche Unternehmen bei Wegfall des Marktes, auf dem es sich unzulässig verhielt, die identische Verhaltensweise auf einem damit verwandten Markt anwendet. Documed/e-mediast agieren bei der vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweise auf dem Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen. Formal betrachtet stellt ein solches Verhalten keinen Verstoss gegen die einvernehmliche Regelung dar (Art. 50 KG), da der Verhaltensweise nicht derselbe Markt zugrunde liegt. Nichtsdestotrotz kann für mögliche Rechtfertigungsgründe vollumfänglich auf die Ausführungen im Fall *Publikation von Arzneimittelinformationen* verwiesen werden, da die Verhältnisse, insbesondere das Verhältnis zwischen unveränderten und veränderten Arzneimittelinformationen, nicht wesentlich geändert hat.²⁴⁸

²⁴⁶ RPW 2008/3, 399 Rz 140, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; RPW 2008/4, 590 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherungen Kanton Luzern*; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 211), Art. 7 II LCart Rz 90 ff.

²⁴⁷ Vgl. RPW 2011/1, 178 Rz 484 f., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* m.w.Hinw.; RPW 2008/4, 590 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

²⁴⁸ RPW 2008/3, 401 Rz 162 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

445. Im vorliegenden Fall kann argumentiert werden, dass die Interaktionsprüfung für den weiteren Vertrieb der Datenbank auch zusätzlichen Aufwand bei Arzneimitteln, deren Arzneimittelinformationen unverändert blieben, auslösen. M.a.W. kann sich eine Änderung bei verschiedenen Arzneimitteln ergeben, wenn z.B. Arzneimittel A (mit geänderten Arzneimittelinformationen) neu nicht mehr mit Arzneimittel B (mit identischen Arzneimittelinformationen) verträglich ist.

446. Dazu ist festzuhalten, dass dies, falls man eine Entschädigungspflicht bejahte, ebenfalls durch die im Vergleich erhöhte Gebühr der Zulassungsinhaberinnen der sich ändernden Arzneimittelinformationen abgegolten werden müsste. Zudem sind die Zulassungsinhaberinnen bei Bekanntwerden einer neuen Indikation oder Kontraindikation verpflichtet, die Arzneimittelinformationen entsprechend anzupassen.

447. Auch HCl, e-mediat und Documed geben in der Begründung ihrer Beschwerde gegen die Verfügung des Präsidenten der WEKO i.S. Ausstandsgesuch an, dass der Aufwand bei e-mediat vor allem dann anfällt, wenn die Arzneimittelinformationen neu oder in geänderter Form erfasst werden müssen. Umso weniger verständlich ist, weshalb preislich nicht zwischen diesen verschiedenen Sachverhalten unterschieden wird.

448. Durch diese Verhaltensweise werden Zulassungsinhaberinnen von unveränderten Arzneimittelinformationen [...] gegenüber denjenigen mit veränderten Arzneimittelinformationen benachteiligt, da ihnen die Kosten unabhängig vom verursachten Aufwand auferlegt werden.

449. Die Parteien machen geltend, dass die Zulassungsinhaberinnen nicht die Dienstleistungen von HCl für einzelne Produkte, sondern für das gesamte Sortiment mit unterschiedlichem Mutationsumfang nachfragen. Es entspreche der Erfahrung von HCl, dass sich die kritisierten Effekte bereits innerhalb einer Vertragsperiode von einem Jahr ausgleichen würden. Die Zulassungsinhaberinnen würden zudem im Voraus bestimmbare Kosten bevorzugen, da diese in den jährlich zu erstellenden Budgets sicher eingeplant werden könnten. Wären die Kosten von den Mutationen abhängig, könne im Voraus nicht festgelegt werden, welche Gebühren anfallen werden.

450. Weiter beziehe HCl für die Anreicherung der INDEX-Daten Informationen von Drittanbietern, bspw. ein Teil der Daten zum Clinical Decision Support. Diese Kosten fielen ebenfalls unabhängig von Mutationen der einzelnen Arzneimittelinformationen an. Selbst wenn sich die Fachinformationen eines Produkts in AIPS nicht veränderten, seien aufgrund anderer Quellen Anpassungen in den INDEX-Daten notwendig.

D.4.4.5.3 Wettbewerbsbehinderung

451. Die Erhebung derselben Preise für unterschiedlich aufwändige Bearbeitungen der Medikamenteninformationen, wie etwa die Neuaufnahme, die Mutation oder gar die unveränderte Belassung einer Information in der Datenbank, führt zu einem Wettbewerbsnachteil derjenigen Zulassungsinhaberinnen, welche weniger Aufwand verursachen. [...]. Auf dieses Argument erwidert die Partei, dass das undifferenzierte Preismodell nur für Zulassungsinhaberinnen eine spürbare Benachteiligung zur Folge hätte, die praktisch ausschliesslich mit unveränderten Arzneimittelinformationen in den Datenbanken vertreten sind. Ein solcher Fall sei HCl indessen nicht bekannt.

452. Aus der neuen Preisliste für das Jahr 2017 ergibt sich, dass HCl das Angebot in dieser Hinsicht angepasst hat. Hintergrund für die Anpassung des Angebots bilde aber nicht unbedingt der Gleichbehandlungsgedanke, sondern die Erkenntnis, dass die Zulassungsinhaberinnen die Dienstleistungen der HCl lieber im Zeitpunkt der Produktelancierung über das Projektentwicklungsbudget und nicht über die laufenden Betriebskosten finanzieren würden. Die entsprechenden Rechnungen der HCl würden in Relation zu den entsprechenden Budgets im absolut vernachlässigbaren Bereich liegen. Der Gegenwert der Leistungen der HCl sei für die Zulassungsinhaberinnen demgegenüber sehr hoch. Die geplante Anpassung des Angebots komme den Zulassungsinhaberinnen entgegen.

453. Auch wenn mehrere Zulassungsinhaberinnen (z.B. 3M, Hoffmann La Roche, Doetsch Grether, Vifor International AG, IVF Hartmann, Beiersdorf, Armeeapotheke, Sérolab)²⁴⁹ nur Medikamente, die seit Jahren zugelassen sind, vermarkten, vermisst die WEKO eine konkrete Beweisführung betreffend diesen Umstand während der Untersuchung. Die WEKO kommt deshalb trotz jüngstem Wechsel der Tarifierung seitens HCI zum Schluss, dass in casu eine Wettbewerbsbehinderung und konkrete Diskriminierungsfälle nicht genügend bewiesen sind. Die bis anhin undifferenzierte Festlegung der Preise für die Aufnahme der Arzneimittelinformationen in die INDEX-Datenbank seitens HCI liess sich nicht als kartellrechtlich problematisch erhärten.

D.4.4.5.4 Sachliche Rechtfertigungsgründe

454. Aufgrund der oben erwähnten Schlussfolgerungen erübrigt es sich, allfällige sachliche Rechtfertigungsgründe zu analysieren.

D.4.4.5.5 Zwischenergebnis

455. Die identische Kostenfolge für die Zulassungsinhaberinnen ungeachtet des tatsächlichen Aufwandes für die Belassung unveränderter Arzneimittelinformationen, die Mutationen von Arzneimittelinformationen und die Neuaufnahme von Arzneimittelinformationen führt zu keiner Diskriminierung den Handelspartner i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. b KG.

D.4.4.6 Gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG)

456. Das vorliegende Untersuchungsverfahren klärte auch die Frage, ob sich HCI in Zusammenhang mit der Ausschreibung von AIPS unzulässig verhielt, indem sie die Mitbewerber für die Ausschreibung betreffend den Preis missbräuchlich i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. d KG unterbot.

D.4.4.6.1 Rechtliche Grundlagen

457. Gemäss der Botschaft ist der Tatbestand der Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen („predatory pricing“) erfüllt, wenn das marktbeherrschende Unternehmen ohne Aussicht auf eine kurzfristige Gewinnmaximierung einen ausgewählten, schwächeren Konkurrenten vom Markt verdrängen will und anschliessend, nachdem der Konkurrent aus dem Markt ausgeschieden ist, die Preise über das Marktniveau heben kann. Die Bestimmung, ob eine Tiefpreisstrategie Ausdruck von Leistungswettbewerb ist oder ausschliesslich aufgrund von Verdrängungszielen verfolgt wird, muss anhand der Gesamtumstände beurteilt werden. Die angewandten Preise müssen dabei nicht zwangsläufig unter den Selbstkosten liegen.²⁵⁰

458. Grundsätzlich ist es dem Marktbeherrscher nicht untersagt, tiefe Preise zu offerieren. Diese sind im Gegenteil Ausdruck davon, dass der Wettbewerb trotz der Marktbeherrschung funktioniert und auch das marktbeherrschende Unternehmen durch ein effizientes Verhalten versuchen muss, Marktanteile zu halten oder zu vergrössern. Das Kartellgesetz soll nicht ineffiziente Konkurrenten vor dem Wettbewerb mit dem Marktbeherrscher schützen.²⁵¹ Die missbräuchliche Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen unterscheidet sich aber vom erwünschten Kampf um Marktanteile durch die Verdrängungsabsicht. Das marktbeherrschende Unternehmen verzichtet auf eine kurzfristige Gewinnmaximierung, um nach dem Ausscheiden der Konkurrenten aus dem Markt die Preise über das Wettbewerbsniveau erhöhen zu können. Es ist aber auch denkbar, dass das marktbeherrschende Unterneh-

²⁴⁹ <https://www.swissmedic.ch/anzneimittel/00156/00221/00222/00230/index.html?lang=de>, Excel-Version erweiterte Präparatliste (Erstzulassungsdatum Präparat)

²⁵⁰ Botschaft KG 1995 (Fn 106), 572 f.

²⁵¹ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 KG N 324; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (Fn 211), Art. 7 II LCart Rz 193.

men in einem verwandten Markt aufgrund der Verdrängung eine Gewinnmaximierung anstreben kann. Die Wirksamkeit des predatory pricing gegen potentielle Wettbewerber dürfte höher eingeschätzt werden als gegenüber aktuellen Konkurrenten.²⁵²

459. Die WEKO und das Sekretariat haben diesen Tatbestand in der Praxis bereits geprüft.²⁵³ Dabei wurde insbesondere untersucht, ob eine systematische Vorgehensweise vorliegt, gegen wen die Strategie gerichtet ist, ob die Möglichkeit der kurzfristigen Gewinnmaximierung vorhanden ist und ob die Möglichkeit besteht, die Preise wieder anzuheben, sobald die Konkurrenten aus dem Markt verdrängt wurden.²⁵⁴ Ein besonderes Augenmerk lag jeweils bei der Preisgestaltung während der Tiefpreisstrategie. Dabei wurde in den bisherigen Fällen geprüft, ob die Preise unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen.²⁵⁵ Zudem wurde geprüft, ob eine allfällige Tiefpreisstrategie branchenüblich ist.²⁵⁶

460. Auch die europäische Praxis verbietet eine Preisunterbietung mit Verdrängungsabsicht. In der Praxis der europäischen Gerichte wird ebenfalls betrachtet, wie die Preise in Relation zu den Kosten stehen. Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, wurden dabei stets als unzulässig betrachtet, da kein anderes Ziel als die Verdrängung der Konkurrenten denkbar ist. Bei Preisen über den durchschnittlichen variablen Kosten, jedoch unter den durchschnittlichen Gesamtkosten – also Fixkosten plus variable Kosten –, muss zudem eine Verdrängungsabsicht nachgewiesen werden.²⁵⁷ In einem Fall hat der EuGH sogar Preise, die über den durchschnittlichen Gesamtkosten lagen, aber stets unter den Preisen des Konkurrenten festgelegt wurden, als missbräuchlich betrachtet.²⁵⁸ Diese Praxis wurde in der Lehre stark kritisiert, da Preise über den Gesamtkosten stets als zulässig zu betrachten seien, weil sie gewünschten Leistungswettbewerb darstellten.²⁵⁹

461. Untersucht wird vorliegend die Preisgestaltung und die Strategie der Offerte bei der Ausschreibung von AIPS (vgl. Rz 31 ff.) seitens HCI.

D.4.4.6.2 Unterbietung von Preisen

462. HCI offerierte für die Implementierung von AIPS einen Preis von CHF [...] und für den jährlichen Betrieb einen Preis von CHF [...]. Damit lag das Angebot deutlich unter denjenigen der anderen Offerenten. Diese offerierten Preise für die Implementierung in der Höhe von CHF [...] bis CHF [...] und für den jährlichen Betrieb in der Höhe von CHF [...] bis CHF [...], wobei die jährlichen Preise für den Betrieb von einzelnen Offerenten nicht jedes Jahr gleich hoch offeriert wurden (alle Preise exkl. MwSt.). Besonders betreffend Implementierung sticht der Unterschied zwischen den Offerten ins Auge. Die Steigerung zum zweitgünstigsten Angebot (abgegeben von [...]) beträgt [...] %. Die weiteren Angebote weisen untereinander hingegen einen viel kleineren Unterscheid auf. Die nachfolgende Tabelle zeigt die prozentuale Erhöhung der offerierten Preise je Stufe.

Tabelle 4: Offerierte Preise für die Implementierung

²⁵² BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 KG N 372.

²⁵³ RPW 1997/3, 310 f. Rz 25 ff., *Telecom PTT/Flexnet*; RPW 1997/4, 502 f. Rz 78 ff., *Recymet AG*; RPW 2002/3, 432 ff. Rz 6, *Radio- und TV-Markt St. Gallen*; RPW 2003/1, 64 ff. Rz 12 ff., *Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung*; RPW 2004/4, 1012 f. Rz 48 ff., *Cornèr Banca SA/Telekurs AG*.

²⁵⁴ RPW 2002/3, 432 ff. Rz 6, *Radio- und TV-Markt St. Gallen*.

²⁵⁵ RPW 2004/4, 1012 Rz 50 f., *Cornèr Banca SA/Telekurs AG*.

²⁵⁶ RPW 2003/1, 66 ff. Rz 19 ff., *Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung*.

²⁵⁷ Urteil des EuGH vom 3.7.1991 C-62/86 *AKZO Chemie BV/Kommission*, Slg. 1991 I-3453 ff. Rz 63 ff.; Urteil des EuGH vom 14.11.1996 C-333/94 P *Tetra Pak International/Kommission*, Slg. 1996 I-6011 ff. Rz 39 ff.; Urteil EuG vom 30.1.2007 T-340/03 *France Telecom/Kommission*, Slg. 2007 II-167 ff. Rz 170 ff.; bestätigt durch Urteil EuGH vom 2.2.2009 C-202/07 P *France Telecom/Kommission*, Slg. 2009 I-2369 ff. Rz 95 ff.

²⁵⁸ Urteil EuGH 16.3.2000 C-395/96 P und C-396/96 P *Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S/Kommission*, Slg. 2000 I-1365 ff. Rz 111 ff.

²⁵⁹ Statt vieler: MASSIMO MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, 2004, 442.

Implementierung	Offerte	Steigerung in %
[HCI]	CHF [...]	
[...]	CHF [...]	+ [...]
[...]	CHF [...]	+ [...]
[...]	CHF [...]	+ [...]

Quelle: Aufstellung des Sekretariats

463. Der Unterschied betreffend den Betrieb ist viel geringer, aber auch diesbezüglich stellte HCI das günstigste Angebot, wie die nachfolgende Tabelle aufzeigt. Die prozentuale Erhöhung bezieht sich jeweils auf den Gesamtbetrag der Vorstufe:

Tabelle 5: Offerierte Preise für den Betrieb

In CHF	1. Jahr	2. Jahr	3. Jahr	4. Jahr (optional)	5. Jahr (optional)	Gesamt	Steigerung in %
[HCI]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	+ [...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	+ [...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	+ [...]

Quelle: Aufstellung des Sekretariats

464. Der anfallende Arbeitsaufwand für die Implementierung bei HCI wurde anlässlich der Zeugeneinvernahme des verantwortlichen Entwicklungs- und Projektleiters für AIPS, [...], eruiert. [...] führte aus, dass AIPS eine „Miniausgabe“ von einem System sei, das HCI/Documed/e-mediat bereits entwickelt hätten (Compendium). AIPS sei im Vergleich zu diesem System relativ „primitiv“. Folglich seien ca. 90 % der Software bereits vorhanden gewesen. Dass HCI die Implementierung mit Abstand am günstigsten offerieren konnte, überraschte den Zeugen nicht und er führte dies auf die bereits ausgeführten Umstände zurück, nämlich dass das Know-how und Teile der Software bereits vorhanden gewesen seien.

465. Im Vergleich zwischen dem im Konzern bereits vorhandenen Compendium und dem nachgefragten AIPS²⁶⁰ fällt tatsächlich auf, dass die Funktionen bereits zum grössten Teil im Compendium vorhanden waren bzw. die Funktionen für AIPS eher redimensioniert werden mussten. Es erscheint somit plausibel, dass HCI einen erheblich tieferen Aufwand für die Programmierung hatte als Konkurrenten, die keine solche Software bereits im Einsatz hatten. Auch die unterlegenen AIPS-Offerten gaben bei deren Befragung an, dass der von HCI offerierte Preis nachvollziehbar ist, falls eine entsprechende Software bereits grösstenteils vorhanden gewesen sei und nicht neu entwickelt werden musste. Dies würde den Unterschied zu den von ihnen offerierten, deutlich höheren Preisen erklären.

466. Auch wenn das System bereits vorhanden war, könnten die Kosten für dessen Entwicklung den Nachfragerinnen und Nachfrager in Rechnung gestellt werden. Dies wäre normalerweise auch angezeigt, denn dadurch, dass der Staat mit AIPS die Publikation übernimmt, verliert Documed das gesamte Geschäftsfeld der Publikation der Arzneimittelinformationen. Auf diesem Markt kann danach kein Umsatz mehr erzielt werden, da die Publikation nur noch auf AIPS möglich ist. In der Konkurrenzsituation versuchte ein Unternehmen zwar günstiger zu offerieren als die Konkurrenten, jedoch trotzdem so, dass ein Gewinn erzielt werden kann. Immerhin wurde ein gesamtes, über Jahre hinweg entwickeltes System an Swissmedic verkauft. Auch im Sinne der Kostenwahrheit wäre somit die Verrechnung an Swissmedic angezeigt.

467. Documed/e-mediat/HCI verfolgen hingegen die Strategie, die Gesamtwertschöpfungskette zu kontrollieren und die Kosten des Gesamtsystems den Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern sowie den Zulassungsinhaberinnen je hälftig zu verrechnen, wie vorstehend bereits ausführlich dargelegt wurde (vgl. B.4). Im Sinne dieses Gesamtplans ist es für sie erstrebenswert, auch die regulierte Publikation auf

²⁶⁰ Swissmedic, Beilage Pflichtenheft, Anforderungen an die Plattform.

AIPS anzubieten. So kann verhindert werden, dass ein Konkurrent Know-how aufbaut und in einer späteren Phase Documed/e-mediast auch auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen und damit auch auf dem Markt für den Zugang zu veredelten, maschinenlesbaren Medikamenteninformationen konkurrieren kann.

468. Der offerierte Preis spricht dafür, dass sich HCI/Documed/e-mediast zu einer solchen Tiefpreisstrategie entschieden, um potentielle Konkurrenten vom Markteintritt fernzuhalten und Mehreinnahmen auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen sowie auf dem Markt für den Zugang zu veredelten, maschinenlesbaren Daten betreffend Medikamenteninformationen zu erzielen sowie gegenüber den Zulassungsinhaberinnen Verträge über die Aufnahme der Medikamenteninformationen mit den damit verbundenen Einnahmen zu erzwingen. Obwohl die Kosten der Entwicklung der bereits vorhandenen Software in die Preiskalkulation hätten einbezogen werden können, wurde dies unterlassen. Um einen angemessenen Gewinn für das jahrelang entwickelte und nun wegfalende System zu erzielen, wäre der Einbezug dieser Kosten sogar nötig gewesen. Es liegt nahe, dass zum offerierten Preis kein Konkurrent offerieren konnte, da dieser eine entsprechende Software erst entwickeln musste, was zwangsläufig höhere Kosten verursacht. Durch die bewusst nicht einkalkulierten Preisfaktoren verhinderten HCI/Documed/e-mediast eine kurzfristige Gewinnmaximierung, die aus der Implementierung und dem Betrieb von AIPS hätte erzielt werden können. Ein solches Verhalten erscheint wirtschaftlich nur dann sinnvoll, wenn Gewinne entweder später oder in verwandten Märkten erzielt werden können.

469. In einem nächsten Schritt wären nun die Kosten zu analysieren, denn alleine aus dem Vergleich zwischen den Konkurrenten und dem Vorliegen einer Verdrängungsstrategie kann nicht auf eine missbräuchliche Unterbietung von Preisen geschlossen werden, da sich die Missbräuchlichkeit eines Preises an den Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens zu orientieren hat.²⁶¹ Dabei stellen die Selbstkosten keine absolute Grenze dar, sondern es ist auch möglich, ein Verhalten als missbräuchlich zu bezeichnen, wenn die Preise über den Selbstkosten liegen und eine Verdrängungsstrategie vorliegt.²⁶²

470. Vorliegend ist zu beachten, dass Documed für die Publikation der Arzneimittelinformationen im gedruckten Werk und im online-Compendium zwischen 2009 und 2011 einen Aufwand von ca. CHF [...] Mio. hatte. Documed verpflichtete sich die Preise kostenbasiert zu gestalten und nur die Publikation war Vertragsgegenstand. Für den Betrieb von AIPS wurde dagegen ein Preis von CHF [...] pro Jahr offeriert.

471. Auf eine umfangreiche Kostenanalyse wird vorliegend jedoch verzichtet, da der Preismissbrauch gegenüber den Zulassungsinhaberinnen im Zentrum steht, weitere missbräuchliche Verhaltensweisen nachgewiesen wurden und der Aufwand einer Kostenanalyse in keinem Verhältnis zu dem möglichen Ergebnis eines *weiteren* Verstosses gegen Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 KG steht. Folglich wären solch umfangreiche, weitere Sachverhaltsermittlungen nicht verhältnismässig, um anschliessend möglicherweise feststellen zu können, dass auch ein weiterer Tatbestand erfüllt ist.

D.4.4.6.3 Zwischenergebnis

472. Zusammenfassend wird die Frage offen gelassen, ob der Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. d KG erfüllt ist, da eine umfangreiche Kostenanalyse nicht verhältnismässig wäre.

D.4.5 Ergebnis

473. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die Untersuchungsadressaten unzulässig i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. b, c, e und f [recte: e und f] KG verhalten.

²⁶¹ Siehe dazu auch die europäische Praxis: Urteil des EuGH vom 17.2.2011 C-52/09 *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011 I-00527, Rz 41.

²⁶² Vgl. Fn 250, 257.

D.5 Massnahmen

474. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 475 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 486 ff.).

D.5.1 Anordnung von Massnahmen

475. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmen Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.²⁶³

476. Vorneweg ist festzuhalten, dass sich Massnahmen nur solange rechtfertigen, wie ein entsprechendes tatbestandsmässiges Verhalten droht. Bei Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG kommt dabei insbesondere der Marktbeherrschung entscheidende Bedeutung zu. Eine grundsätzlich unter Art. 7 KG fallende Verhaltensweise ist nur dann tatbestandsmässig, wenn (auch) das Tatbestandselement der Marktbeherrschung vorliegt. Entsprechend droht auch höchstens so lange eine tatbestandsmässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG durch ein Unternehmen, wie dieses marktbeherrschend ist.

477. Sollte die Galenica-Gruppe in Zukunft über keine marktbeherrschende Stellung auf den beiden Märkten mehr verfügen, steht ihr daher die Möglichkeit offen, eine Änderung oder einen Widerruf der Massnahmen zu beantragen (Art. 30 Abs. 3 KG).

478. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegend anzuordnenden Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit bzw. Strafbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selbst, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktions- bzw. Strafdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.

D.5.1.1 Massnahmen betreffend die Einschränkung des Absatzes

479. Bezüglich der Einschränkung des Absatzes (Abschnitt D.4.4.3.1) kommt nur ein Verbot der Verhaltensweise in Frage. Es ist keine mildere Massnahme ersichtlich, welche die festgestellte Wettbewerbsbehinderung beseitigen könnte. Ein Verbot der Verwendung der Exklusivitätsklauseln erweist sich deshalb grundsätzlich als verhältnismässig und geeignet, die festgestellte Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen.

480. Die Einschränkung des Absatzes erfolgt im vorliegenden Fall dadurch, dass in den Verträgen zwischen e-mediat und den Softwarehäusern Klauseln verwendet werden, die eine Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser für zusätzliche Partner- und Produkte-Stamm-Daten bei e-mediat sowie eine Untersagung der anderweitigen Verwendung der Strukturen der auf den INDEX-Daten beruhenden Software für die Softwarehäuser statuieren. Durch ein Verbot der Verwendung und Durchsetzung der entsprechenden Vertragsklauseln kann die Wettbewerbsbeschränkung beseitigt werden.

481. Der Galenica-Gruppe ist daher im Rahmen einer Massnahme die Verwendung und Durchsetzung von Vertragsklauseln in den Verträgen mit den Softwarehäusern zu untersagen, die eine Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser für zusätzliche Partner und Produkt-Stamm-Daten bei e-mediat bzw. HCI vorsehen, oder solche, die eine anderweitige Verwendung der Strukturen der auf der Datenbank der Galenica-Gruppe beruhenden Software für die Softwarehäuser verbieten.

²⁶³ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 100), Art. 30 KG N 58 f.

D.5.1.2 Massnahmen betreffend das Modulbundling

482. Bezüglich des Modulbundlings (Abschnitt D.4.4.4.2) kommt nur ein Verbot der Verhaltensweise in Frage. Es ist keine mildere Massnahme ersichtlich, welche die festgestellte Wettbewerbsbehinderung beseitigen könnte. Ein Verbot des Modulbundlings erweist sich deshalb grundsätzlich als verhältnismässig und geeignet, die festgestellte Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen.

483. Die festgestellte Wettbewerbsbeschränkung betrifft das gebündelte Angebot verschiedener Dienstleistungen (insbesondere der redaktionellen und technischen Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen) mit der Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Indices von Documed/e-mediat (vgl. Rz 413). Durch eine Entbündelung kann die Wettbewerbsbeschränkung beseitigt werden.

484. Die Galenica-Gruppe ist daher im Rahmen einer Massnahme zu verpflichten, den Zulassungsinhaberinnen die Dienstleistung der Aufnahme der Medikamenteninformationen in die Indices und andere Dienstleistungen entbündelt anzubieten.

485. Zudem ist die Galenica-Gruppe im Rahmen einer Massnahme zu verpflichten, die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen sowie den Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS zu kostenbasierten Preisen anzubieten.

D.5.2 Sanktionierung

D.5.2.1 Allgemeines

486. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG beteiligt ist oder 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. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

487. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.²⁶⁴ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.²⁶⁵

D.5.2.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

488. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben.

D.5.2.2.1 Unternehmen

489. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem „Unternehmen“ begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.²⁶⁶ Zur Qualifizierung der Parteien als Unternehmen sei hier auf die Ausführungen unter Rz 179 ff. verwiesen.

D.5.2.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

490. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer

²⁶⁴ Botschaft KG 2003 (Fn 129) 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

²⁶⁵ Botschaft KG 2003 (Fn 129) 2034.

²⁶⁶ Statt vieler: JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 49a KG N 6.

Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden zweiten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante setzt voraus, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhält i.S.v. Art. 7 KG.

491. Zur Vermeidung von Redundanzen kann hier auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden, insbesondere auf das Fazit in Rz 473. Zusammenfassend sei hier festgehalten, dass diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind.

D.5.2.3 Vorwerfbarkeit

492. Nach der Praxis der WEKO und der Gerichte muss dem Unternehmen nebst der Tatbestandsmässigkeit und der Rechtswidrigkeit des Verhaltens zumindest ein «fahrlässiges» Handeln, mithin eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit angelastet werden können. Ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt, obwohl es sich bewusst ist, dass es möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.²⁶⁷ Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens.²⁶⁸

493. Auch in der Entscheidung *Swisscom ADSL II* bestätigte das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der WEKO, dass ein Organisationsverschulden ausreichend sei für die Bejahung der Vorwerfbarkeit und ein Organisationsverschulden nicht zu einer verschuldensunabhängigen Bestrafung führe.²⁶⁹

494. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch die objektive Sorgfaltspflichtverletzung gegeben. Nur in seltenen Fällen wird kein Verschulden des Unternehmens vorliegen; so möglicherweise wenn die durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangenen Kartellrechtsverstösse innerhalb des Unternehmens nicht bekannt waren und dies auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.²⁷⁰

495. Eine kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit ist demnach gegeben, wenn dem Unternehmen ein Verstoss gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zumindest als objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Eine kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit liegt demnach zunächst vor, wenn die natürlichen Personen die relevanten Handlungen, welche sie für das an der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligte Unternehmen vornahmen,²⁷¹ vorsätzlich oder fahrlässig begingen. Zudem ist einem Unternehmen eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung insbesondere auch dann vorzuwerfen, wenn für das Unternehmen agierende natürliche Personen pflichtwidrig das Einschreiten gegen solche Handlungen unterliessen oder das Unternehmen allgemein ein Organisationsverschulden trifft. Dieses besteht darin, dass das Unternehmen nicht alle möglichen und zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um die Begehung eines Kartellrechtsverstosses innerhalb des Unternehmens zu verhindern.

496. Der Galenica-Gruppe ist vorliegend mehr als ein blosser Organisationsmangel vorzuwerfen, es ist von einem zumindest eventualvorsätzlichen Kartellrechtsverstoss auszugehen.

²⁶⁷ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

²⁶⁸ Vgl. BGE 139 I 72, nicht publ. E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135 E. 12.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.Hinw.

²⁶⁹ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 676 f., *Swisscom ADSL II*.

²⁷⁰ RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

²⁷¹ In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass nicht nur Organe (so schon nur aufgrund von Art. 55 des Zivilgesetzbuches vom 10.12.1907 [ZGB; SR 210]) die Unternehmen in kartellverwaltungsrechtlich relevantem Sinne zu verpflichten vermögen, sondern vielmehr zumindest alle Mitarbeitenden mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen in ihrem Tätigkeitsbereich (in diesem Sinne Art. 29 Bst. c StGB. Ob noch weitere Personen eine derartige Verpflichtung des Unternehmens herbeiführen, braucht hier mangels Relevanz für vorliegende Untersuchung nicht beantwortet zu werden.

497. Bei Unternehmen darf grundsätzlich vorausgesetzt werden, dass Kenntnisse über das Kartellgesetz bestehen.²⁷² Bei der Galenica-Gruppe sind auch tatsächliche Kenntnisse des Kartellgesetzes vorhanden, da sie bereits wiederholt in kartellrechtliche Verfahren involviert war.²⁷³ Zur Zeit der Festlegung der Strategie zur Umsetzung der Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen lief zudem bereits die Vorabklärung i.S. Medikamentenvertrieb in der Schweiz beim Sekretariat der WEKO (vgl. Rz 124). Bereits vor der Einführung des Leistungskatalogs 2013 und der Umgestaltung des Angebots wurde e-mediat noch im Dezember 2011 im Rahmen dieser Vorabklärung ein Auskunftsbegehren zugestellt, das die INDEX-Produkte zum Inhalt hatte. Ausserdem wurde zu einem früheren Zeitpunkt betreffend den Vertrieb der Datenbank eine Ausstiegsklausel für Softwarehäuser eingebaut, falls die WEKO eingreifen sollte.

498. Auch der marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen und auch auf dem Markt für den Zugang zu veredelten, maschinenlesbaren Medikamenteninformationen musste sich die Galenica-Gruppe bewusst sein. Die durch die Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen wegfallenden Märkte für die Publikation von Patienteninformation online in einem vollständigen Werk und für die Publikation von Fachinformationen gedruckt und online in einem vollständigen Werk sind dem hier zu beurteilenden Markt benachbart. Auch war den Untersuchungsadressaten bewusst, dass Galdat lange Zeit das einzige Produkt auf dem entsprechenden Markt war. Zudem gingen sie selbst bei der Offertstellung im Jahr 2012 von einer Marktabdeckung von mehr als 90 % aus, was im Unternehmen zumindest eine Sensibilisierung für den Anwendungsbereich von Art. 7 KG hätte bewirken müssen. Damit war ihnen auch bewusst, dass sie auch gegenüber den Zulassungsinhaberinnen auf dem Markt für den Zugang zu veredelten, maschinenlesbaren Medikamenteninformationen marktbeherrschend waren.

499. Die Galenica-Gruppe musste sich während der Festlegung der Strategie somit möglichen kartellrechtlich unzulässigen Verhaltensweisen bewusst sein, sah jedoch nicht von deren Umsetzung ab und nahm die Verletzung der kartellrechtlichen Bestimmungen zumindest billigend in Kauf. Auch nach der Eröffnung der Untersuchung stellte die Galenica-Gruppe ihr Verhalten nicht ein. Durch die Untersuchungseröffnung wurde den Verantwortlichen eine mögliche kartellrechtliche Problematik erneut ins Gedächtnis gerufen, trotzdem unterliessen sie es aber, entsprechende Anpassungen zu tätigen bzw. oben beschriebene Verhaltensweisen zu unterlassen.

500. Insgesamt musste sich das Unternehmen während der gesamten Zeit der möglichen Kartellrechtswidrigkeit der verschiedenen Verhaltensweisen bewusst sein und nahm diese zumindest billigend in Kauf.

D.5.2.4 Bemessung

501. Rechtsfolge eines Verstosses i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

502. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der KG-Sanktionsverordnung²⁷⁴ näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden

²⁷² RPW 2011/1, 190 Rz 560, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

²⁷³ RPW 2008/3, 385 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*; RPW 2010/4, 649, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*. Jüngst: RPW 2015/3, 363, *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*.

²⁷⁴ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit²⁷⁵ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.²⁷⁶ Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.²⁷⁷

D.5.2.4.1 Maximalsanktion

503. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum KG 2003 ergibt,²⁷⁸ sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.²⁷⁹ Der Unternehmensumsatz i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und Art. 5 VKU finden analoge Anwendung. Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar (vgl. dazu sogleich); vielmehr wird am Schluss der anhand der anderen im KG und der KG-Sanktionsverordnung genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen.

504. Bei Konzerngesellschaften sind sämtliche Umsätze der kontrollierten Gesellschaften (Tochter-, Mutter-, Schwester-, und Gemeinschaftsunternehmen) in die Umsatzberechnung einzubeziehen (Art. 5 Abs. 1 Bst. a–d VKU). Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a Abs. 1 KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze bei der Berechnung des Gesamtumsatzes nicht zu berücksichtigen sind.

505. Während des missbräuchlichen Verhaltens gehörten Documed, e-mediast und HCI zur Galenica-Gruppe. Im vorliegenden Fall ist auf die Geschäftsjahre 2013–2015 abzustellen. Der Gesamtumsatz der Galenica-Gruppe in der Schweiz betrug im Jahr 2013 CHF [...], im Jahr 2014 CHF [...] und im Jahr 2015 CHF [...].²⁸⁰ Der kumulierte Gesamtumsatz der letzten drei Jahre beträgt somit CHF [...]. Die Maximalsanktion beträgt damit CHF [...].

D.5.2.4.2 Konkrete Sanktionsberechnung

506. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die KG-Sanktionsverordnung geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst

²⁷⁵ Art. 2 Abs. 2 SVKG.

²⁷⁶ Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

²⁷⁷ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

²⁷⁸ Botschaft KG 2003 (Fn 129) 2037.

²⁷⁹ Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2016/2, 428 Rz 326, *Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA)*.

²⁸⁰ Dabei wurde jeweils der Nettoumsatz, aufgeschlüsselt nach geographischen Regionen aus den öffentlichen Geschäftsabschlüssen herbeigezogen und davon der „übrigen Betriebsertrag“ abgezogen (Art. 4 VKU). Durch die Aufschlüsselung im Geschäftsabschluss ist damit zwar nicht ausgeschlossen, dass gewisse Beträge doppelt, d.h. unter dem Titel „Ertrag mit anderen Segmenten“ und unter dem Titel „Übriger Betriebsertrag“ abgezogen wurden. Rechtfertigen liessen sich auch weitere Ermittlungshandlungen oder ein lediglich proportionaler Abzug des „übrigen Betriebsertrags“. Insgesamt führt die gewählte Vorgehensweise jedenfalls sicherlich nicht zu einer Benachteiligung der Parteien und da der Maximalbetrag der Sanktion offensichtlich unproblematisch ist erübrigen sich diesbezüglich auch genauere Abklärungen. Vgl. dazu auch die Ausführungen im Urteil des BVGer vom 13.11.2015, E. 11.2.4, *Bayerische Motoren Werke AG*, dass die genaue Bestimmung der Maximalsanktion nicht notwendig ist, wenn deren Beachtung in der konkreten Sanktion offensichtlich unproblematisch ist.

von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

D.5.2.4.2.1 Basisbetrag

507. Der Basisbetrag beträgt gemäss KG-Sanktionsverordnung je nach Art und Schwere 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). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.²⁸¹ Je nach Sachzusammenhang kann es aber angemessen sein, das Jahr der Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens als letztes Geschäftsjahr heranzuziehen, falls dieses einen engeren Bezug zum Verhalten hat.²⁸² Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das KG dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

D.5.2.4.2.2 Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

508. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

509. Das Verhalten von Documed/e-mediart dauert weiterhin an, weshalb auf den Umsatz in den Jahren 2013–2015 abgestellt werden kann. Documed und e-mediart erzielten ihren Umsatz auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen und auf dem Markt für den Zugang zu veredelten, maschinenlesbaren Medikamenteninformationen, weshalb auf die kumulierten Umsätze von Documed und e-mediart abgestellt werden kann. Dieser entspricht CHF [...] im Jahr 2013, CHF [...] im Jahr 2014 und CHF [...] im Jahr 2015. Der für die Berechnung des Basisbetrages massgebende Umsatz beträgt damit [...]. Die Obergrenze des Basisbetrags beläuft sich somit auf CHF [...].

510. Die Parteien beantragen eine massive Reduktion der Sanktion und bestreiten die Korrektheit der von der WEKO der Berechnung des Basisbetrags zugrunde gelegten Zahlen. Sie machen geltend, dass diverse Umsätze von den gesamten berücksichtigten Erträgen abgezogen werden müssten.

511. Diese Vorbringen verfangen nicht. Die WEKO legt der Berechnung des Basisbetrags wie erwähnt diejenigen Umsätze zugrunde, welche den angebotenen Dienstleistungen an Zulassungsinhaberinnen sowie Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern, Vertriebsunternehmen und Kostenträgern auf den relevanten Märkten entsprechen.

D.5.2.4.2.3 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

512. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoß zu qualifizieren ist.

513. Gemäss den Erläuterungen zur Sanktionsverordnung wird sich bei Missbräuchen nach Art. 7 KG der Basisbetrag regelmässig im oberen Drittel des Rahmens von 0–10 % bewegen. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Ausführungen kritisiert, da mit der Verordnungsbestimmung der Behörde ein Ermessenspielraum zur Anwendung eines Basisbetrags zwischen 0–10 % gegeben werden sollte, soll dieser nicht schematisch reduziert werden.²⁸³ In der Folge

²⁸¹ In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (zuletzt besucht am 12.10.2015).

²⁸² Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 729, *Swisscom ADSL II*.

²⁸³ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 8.3.4 m.w.H., *Publigroupe SA und Mitbeteiligte / WEKO*.

wird deshalb die Art und Schwere der Verhaltensweise betrachtet, um den Basisbetrag innerhalb des gesamten gesetzten Ermessensspielraums festzusetzen.

514. Im vorliegenden Fall ist in Betracht zu ziehen, dass hinter der Verhaltensweise des Unternehmens eine gesamte Strategie stand, mit der die Kontrolle über die Gesamtwertschöpfungskette gesichert bleiben soll. Es wurden sowohl im Hinblick auf die Ausschreibung von AIPS, das Verhältnis zu den Zulassungsinhaberinnen, als auch auf das Verhältnis zu den Softwarehäusern und Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern Massnahmen ergriffen, die die Einkünfte weiterhin sicherstellten, obwohl sich die regulatorischen Rahmenbedingungen änderten und andererseits potentielle Konkurrenten von den Märkten fernhielten, da hohe Marktzutrittsschranken und Querfinanzierungsmöglichkeiten erhalten blieben.

515. Zu der Gesamtstrategie kommt erschwerend hinzu, dass die Verdrängungswirkungen insbesondere in der Zeit, in der sich die Bedingungen änderten, ihre Wirkung zeitigten. Diese Zeit wäre für potentielle Konkurrenten besonders geeignet gewesen auf die Märkte vorzudringen. Zudem schreckte das Unternehmen trotz Eröffnung der Untersuchung durch die WEKO nicht davor zurück, die Verhaltensweise fortzuführen und weitere Elemente hinzuzufügen.

516. Durch die Verhaltensweise von Documed/e-mediat wurden gleichzeitig mehrere Varianten von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt, was an sich noch nicht besonders schwer wiegt, sondern es ist auf die konkreten Umstände abzustellen.²⁸⁴ In vorliegendem Fall wurden verschiedene Verhaltensweisen an den Tag gelegt, die Teil einer Gesamtstrategie waren und diese Verhaltensweisen zeitigten sowohl Verdrängungs- als auch Ausbeutungseffekte. Dies ist als schwerwiegend zu beurteilen. Wie bereits ausgeführt (Rz 496 ff.) ist den Untersuchungsadressaten nicht bloss ein fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen, sondern sie waren sich der möglichen Unzulässigkeit der Verhaltensweise bewusst, sahen nicht von deren Umsetzung ab und nahmen den Kartellrechtsverstoss somit zumindest billigend in Kauf.

517. Abschliessend ist festzuhalten, dass (auch) aufgrund der Verhaltensweise kein Konkurrent wirklich in den Märkten Fuss fassen konnte und die Zulassungsinhaberinnen weiterhin zur Sicherung der Einnahmen herangezogen wurden, ohne dass dies wettbewerbsmässig begründet wäre. Die Verhaltensweise hat folglich ihr Ziel erreicht. Insgesamt wiegt das Verhalten der Galenica-Gruppe schwer.

518. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Fall *Swisscom ADSL II* den Basisbetrag auf 8 % festgelegt und damit eine Reduktion des Basisbetrags, wie ihn die WEKO festgesetzt hat, vorgenommen.²⁸⁵ In diesem Fall ging das Bundesverwaltungsgericht von einem grob fahrlässigen Verhalten seitens der Swisscom AG aus. Es scheint auch vor diesem Hintergrund angemessen, im vorliegenden Fall einen höheren Basisbetrag anzuwenden, denn es liegt zumindest ein eventualvorsätzliches Verhalten vor, mehrere Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG werden erfüllt, durch die sowohl Ausbeutungs- als auch Verdrängungseffekte erzielt werden. Zudem liegt eine Gesamtstrategie mit verschiedenen ergriffenen Massnahmen vor, das Unternehmen musste sich der Problematik besonders bewusst sein und die Verhaltensweise hat ihr Ziel erreicht. Insbesondere wenn durch strategische Entscheide eine marktbeherrschende Position missbraucht wird, hat die WEKO bereits in der Vergangenheit den Basisbetrag auf das Maximum von 10 % gesetzt.²⁸⁶

519. Zusammenfassend wird aufgrund der Art und Schwere des Verstosses, der Auswirkungen auf den Wettbewerb sowie der Vorwerfbarkeit auf einen Basisbetrag von 5 % geschlossen. Dies entspricht einem Basisbetrag von CHF [...].

D.5.2.4.2.4 Dauer des Verstosses

520. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3). In der bisherigen Praxis hat die WEKO einen Prozentsatz von 10 % pro berücksichtigten Jahr für eine

²⁸⁴ BSK KG-CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK (Fn 100), Art. 49a KG N 52.

²⁸⁵ Urteil des BVer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 747 f., *Swisscom ADSL II*.

²⁸⁶ Vgl. jüngst *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 596 (zur Publikation vorgesehen).

Dauer zwischen einem und fünf Jahren angewandt.²⁸⁷ Das Bundesgericht hat diese Praxis bestätigt und eine Erhöhung des Basisbetrages um jeweils 10 % pro angefangenes Jahr für die Dauer von einem bis fünf Jahren als bundesrechtskonform beurteilt.²⁸⁸ Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem jüngeren Entscheid festgehalten, dass auch eine flexiblere Verknüpfung einer ersten Teildauer von fünf Jahren mit dem Teilkoeffizienten von 50 % vorgenommen werden kann: „Zum Beispiel kann für ein wettbewerbswidriges Verhalten mit einer kürzeren Laufzeit als fünf Jahren dennoch eine Erhöhung um 50 % vorgesehen werden, wenn der dadurch intendierte Zweck in Form der Verdrängung eines Konkurrenten in dieser Zeit vollständig erreicht wurde.“²⁸⁹ Im konkreten Fall bestätigte das Bundesverwaltungsgericht aufgrund des Dauercharakters des Wettbewerbsverstosses dennoch einen linearen Ansatz. In demselben Urteil hat das Bundesverwaltungsgericht eine stufenweise Erhöhung um 0,8333 % je angefangenem Monat vorgenommen, ohne dabei das Verhältnis zu oben erwähntem Bundesgerichtsentscheid zu klären.

521. Im vorliegenden Fall begannen die Verhaltensweisen und die wettbewerbsschädigenden Effekte mit der Offertstellung an die Zulassungsinhaberinnen im September 2012. Der Vertrag wurde zwar erst ab dem Jahr 2013 offeriert, weshalb die Benachteiligungseffekte grundsätzlich erst ab dann Wirkung zeigten, doch bereits ab der Offertstellung (Ende September 2012) wurden die Märkte für potentielle Konkurrenten verschlossen. Bereits mit der Offertstellung wurde für potentielle Konkurrenten offensichtlich, dass Documed/e-mediast weiterhin über die Möglichkeit der Querfinanzierung und damit einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil verfügen werden. Da das Verhalten während der gesamten Zeit einerseits die Zulassungsinhaberinnen benachteiligt und andererseits die potentiellen Konkurrenten von den Märkten fernhält, ist von einer Dauerwirkung auszugehen und ein linearer Massstab anzuwenden, auch wenn die Verdrängungswirkungen besonders bei der Einführung von AIPS erfolgreich waren. Vor allem zum Zeitpunkt der Systemumstellung hätte mit Markteintritten gerechnet werden können. Die Verhaltensweise der Untersuchungsadressaten hält bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt an, weshalb bis Mitte Mai 2016 von einer Dauer von 44 Monaten ausgegangen werden kann. Die Wettbewerbsbehörden haben nun die Möglichkeit, nach der vom Bundesgericht als bundesrechtskonform bezeichneten Praxis den Sanktionsbetrag um 40 % zu erhöhen, da das vierte Jahr des Verstosses angebrochen ist oder aber nach der vom Bundesverwaltungsgericht angewandten Erhöhung um 0,8333 % je angefangenem Monat den Sanktionsbetrag um 33.3333 % zu erhöhen. In vorliegenden Fall wird die für das betroffene Unternehmen günstigere Erhöhung um 33.3333 % angewandt, was einem Betrag von CHF [...] entspricht.

D.5.2.4.2.5 Erschwerende und mildernde Umstände

522. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen.

D.5.2.4.2.5.1 Erschwerende Umstände

523. Bei den erschwerenden Umständen wird der Betrag nach den Art. 3 und 4 SVKG erhöht, insbesondere wenn das Unternehmen: a. wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat; b. mit einem Verstoss einen Gewinn erzielt hat, der nach objektiver Ermittlung besonders hoch ausgefallen ist; c. die Zusammenarbeit mit den Behörden verweigert oder versucht hat, die Untersuchungen sonst wie zu behindern (Art. 5 Abs. 1 SVKG).

D.5.2.4.2.5.1.1 Wiederholter Verstoss

524. Ein wiederholter Verstoss im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG liegt zunächst dann vor, wenn ein Unternehmen zu beurteilen ist, für welches die Wettbewerbsbehörden bereits in einem früheren Verfahren einen Kartellrechtsverstoss rechtskräftig festgestellt haben, mithin quasi ein «Rückfall» vorliegt. Ein wiederholter Verstoss liegt aber auch dann vor, wenn in ei-

²⁸⁷ RPW 2014/4, 702 Rz 238, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

²⁸⁸ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.3.4 (nicht publiziert in BGE 139 I 72).

²⁸⁹ Urteil des BVer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 755, *Swisscom ADSL II*.

nem einzigen Verfahren zugleich mehrere Verhaltensweisen – mit anderen Worten eine Handlungsmehrheit – zu beurteilen sind.²⁹⁰ Diese zwei Fälle führen aufgrund unterschiedlicher Begründungen zu einer Sanktionserhöhung.

525. Die WEKO hatte sich in der Praxis bereits mehrfach mit dem wiederholten Verstoss durch mehrere Verhaltensweisen *innerhalb* eines Verfahrens auseinanderzusetzen. Den wiederholten Verstoss aufgrund eines bereits rechtskräftig festgestellten Verstosses wurde noch nie beurteilt. Die Lehre ist sich jedoch darüber einig, dass ein solcher unter die Bestimmung von Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG fällt,²⁹¹ schweigt sich jedoch darüber aus, wie stark eine Sanktion unter diesem Titel zu erhöhen ist.

526. Bei der Bemessung der Sanktion muss die WEKO sicherstellen, dass der Sanktion eine abschreckende Wirkung zukommt.²⁹² Der Wiederholungsfall ist ein Umstand, der eine erhebliche Erhöhung des Grundbetrags der Sanktion rechtfertigt, denn der Wiederholungsfall ist ein Beweis dafür, dass die zuvor verhängte Sanktion nicht abschreckend genug war. Die Wiederholung eines Kartellrechtsverstosses nach der rechtskräftigen Feststellung ist folglich auch schwerer zu gewichten als der wiederholte Verstoss *innerhalb* einer Untersuchung, da das Unternehmen trotz rechtskräftiger Feststellung des Kartellrechtsverstosses sich erneut in unzulässiger Weise verhielt. Die zuvor ausgesprochene Sanktion – bzw. die Feststellung der Unzulässigkeit – zeitigte beim Unternehmen keine Wirkung, sondern im Gegenteil manifestiert dieses, dass es nicht gewillt ist, die Lehren aus dem vergangenen Verhalten zu ziehen. Auch das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass bei einem wiederholten Verstoss das Verschulden tendenziell schwerer wiegt als beim erstmaligen Verstoss.²⁹³

527. Da die schweizerische Regelung keine genauen Angaben enthält, wie stark die Sanktion im Wiederholungsfall zu erhöhen ist, kommt der WEKO diesbezüglich ein Ermessensspielraum zu. Dieses Ermessen hat die WEKO pflichtgemäss, gestützt auf sachliche Kriterien und dadurch nachvollziehbar, auszuüben. In der Folge ist nun zu beurteilen, welche Kriterien zu berücksichtigen sind und wie stark die Sanktion zu erhöhen ist.

528. Bei wiederholten Verstössen *innerhalb* eines Verfahrens hat die WEKO in Fällen von horizontalen Abreden einen Zuschlag von 20 % für einen zweimaligen Verstoss²⁹⁴ und in anderen Fällen einen Zuschlag von 50 % (3–10 Beteiligungen), 100 % (11–20 Beteiligungen) sowie 200 % (mehr als 20 Beteiligungen²⁹⁵) erhoben.

529. In der EU hält die Bussenleitlinie²⁹⁶ in Ziffer 28 fest, dass *„der Grundbetrag der Geldbuße erhöht werden [kann], wenn die Kommission erschwerende Umstände wie beispielsweise die nachstehend aufgeführten feststellt: 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*

²⁹⁰ RPW 2010/4, 763 Rz 412, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*; RPW 2013/4, 625 f. Rz 975 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2009/3, 211, 215 f. Rz 104, 129, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 100), Art. 49a KG N 67.

²⁹¹ CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, S. 252 f.; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 100), Art. 49a KG N 67; ANDREA DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, ZStP 2009 (DOSS, Vertikalabreden, ZStP 2009), 156–193, Rz 295; ROLF H. WEBER, SALIM RIZVI, Wettbewerbsrecht II Kommentar, Matthias Oesch, Rolf H. Weber, Roger Zäch (Hrsg.), Nr. 2 Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG) / Art. 5, 2011, Rz 6.

²⁹² Botschaft KG 2003 (Fn 129) 2036 f.

²⁹³ BVGer B-420/2008 vom 1.6.2010, RPW 2010/2, 377 E. 2.4.4, *Strassenbeläge Tessin*.

²⁹⁴ RPW 2010/4, 763 Rz 413 f., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

²⁹⁵ RPW 2013/4, 626 Rz 978, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; der gleiche Massstab wurde auch in RPW 2012/2, 412 Rz 1126 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* angewandt.

²⁹⁶ 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).

Verstoß um bis zu 100 % erhöht.“ Die Regelung in der EU ist damit enger gefasst als diejenige in Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG, denn in der EU muss die Zuwiderhandlung gleichartig oder ähnlich sein, während die Schweizer Regelung keine solche Einschränkung kennt und allgemein den wiederholten Verstoß als sanktionserhöhenden Tatbestand betrachtet.²⁹⁷ Auf der anderen Seite enthält die Bestimmung der EU auch eine Angabe, wie stark die Sanktion erhöht wird. Bei der konkret angewendeten Erhöhung kommt der Kommission ein Ermessensspielraum zu. Dabei sind insbesondere folgende Umstände zu würdigen, ob das Unternehmen die Neigung hat, sich über die Regeln des Wettbewerbsrechts hinwegzusetzen.²⁹⁸

- a. Gleichartigkeit der Zuwiderhandlung;
- b. Zeit zwischen den Zuwiderhandlungen.

530. Die Festlegung der Obergrenze von *bis zu 100 %* in der EU wurde durch die Revision der Bussenleitlinie explizit eingeführt. Zuvor wurde ein wiederholter Verstoß ebenfalls bereits beachtet und in der Praxis oftmals mit 50 % berücksichtigt.²⁹⁹

531. Eine Anlehnung an die Praxis der EU-Kommission und die dort aufgestellten Kriterien scheint sachgerecht:

532. Verstösst ein Unternehmen in gleicher Art und Weise gegen das Kartellgesetz, so ist dies als schwerwiegend einzustufen. Je mehr sich die Verstöße ähneln, desto erschwerender ist dieser Umstand zu gewichten.

533. Erfolgen wiederholte Verstöße gegen das Kartellgesetz in kurzer Zeitabfolge, ist dies schwerwiegender zu gewichten, als wenn zwischen den Verstößen eine lange Zeitdauer verstrichen ist. Anzumerken ist jedoch, dass in der EU auch die lange Dauer zwischen den Verstößen nicht gegen eine Bussenerhöhung spricht.³⁰⁰ Wie es sich diesbezüglich in der Schweiz verhält, kann vorliegend offen bleiben.

534. In der Bussenleitlinie der EU ist festgehalten, dass die Busse für jeden festgestellten Verstoß um 100 % erhöht werden kann. Die Regelung in der KG-Sanktionsverordnung hält dagegen allgemein fest, dass eine Sanktionserhöhung im Falle des wiederholten Verstoßes vorgenommen wird. Es scheint daher sachgerecht, dass die Anzahl der Verstöße auch bei einem wiederholten Verstoß nach der rechtskräftigen Feststellung berücksichtigt wird. M.a.W. kann in die Bemessung der konkreten Sanktionserhöhung davon abhängen, wie viel Mal bereits festgestellt wurde, dass das Unternehmen gegen das Kartellgesetz verstossen hat.

D.5.2.4.2.5.1.2 Anwendung auf den vorliegenden Fall

535. Im vorliegenden Fall steht im Vordergrund, dass 2008 betreffend Documed eine unzulässige Verhaltensweise i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. b KG rechtskräftig festgestellt

²⁹⁷ TAGMANN (Fn 291), S. 253; Doss, Vertikalabreden, ZStP 2009 (Fn 291), Rz 295.

²⁹⁸ Urteil des EuG vom 13.7.2011, T-38/07, *Shell Petroleum NV, Shell Nederland BV, Shell Nederland Chemie BV / Europäische Kommission*, Slg. 2011 II-04383, Rz 81 ff.; Urteil des EuG vom 27.9.2012, T-343/06, *Shell Petroleum NV, The Shell Transport and Trading Company Ltd, Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV / Europäische Kommission*, Rz 244 ff.; Urteil des EuG vom 30.9.2003, T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin / Kommission der Europäischen Gemeinschaften, unterstützt durch Bandag Inc.*, Slg. 2003 II-04071, Rz 281 ff.; ferner: Urteil des EuGH vom 7.1.2004, verbundene Rechtssache C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S, Irish Cement Ltd, Ciments français SA, Italcementi – Fabbriche Riunite Cemento SpA, Buzzi Unicem SpA, vormals Unicem SpA, Cementir – Cementerie del Tirreno SpA / Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Slg. 2004 I-00123, Rz 91.

²⁹⁹ Urteil des EuG vom 27.9.2012, T-343/06, *Shell Petroleum NV, The Shell Transport and Trading Company Ltd, Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV / Europäische Kommission*, Rz 244; Urteil des EuG vom 13.7.2011, T-38/07, *Shell Petroleum NV, Shell Nederland BV, Shell Nederland Chemie BV / Europäische Kommission*, Slg. 2011 II-04383, Rz 81; vgl. auch TAGMANN (Fn 291), S. 253.

³⁰⁰ Urteil des EuG vom 30.9.2003, T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin / Kommission der Europäischen Gemeinschaften, unterstützt durch Bandag Inc.*, Slg. 2003 II-04071, Rz 290 (in diesem Fall liegen 20 Jahre zwischen der ersten und der zweiten Entscheidung).

wurde. Documed war bereits damals Teil der Galenica-Gruppe und war auch in der vorliegenden Untersuchung Untersuchungsadressat, bis Documed durch die Umstrukturierung in HCI aufging. Das Unternehmen hat also bereits gegen das Kartellgesetz verstossen und dieser Verstoss wurde auch rechtskräftig festgestellt.³⁰¹ Das Unternehmen verstösst mit dem vorliegenden Verhalten zum zweiten Mal und somit wiederholt gegen das Kartellgesetz i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG.

536. Wie bereits im damaligen Entscheid wurde auch in vorliegendem Verfahren die unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens i.S.v. Art. 7 KG festgestellt.

537. Die rechtskräftige Verfügung betreffend die unzulässige Verhaltensweise im Verfahren *Publikation von Arzneimittelinformationen* ist noch nicht vor allzu langer Zeit ergangen. Zum Zeitpunkt der hier in Frage stehenden Verhaltensweise, der Einführung des neuen Angebots ab Januar 2013 inkl. Offertstellung im Herbst 2012, sind weniger als fünf Jahre seit dem Abschluss des Verfahrens i.S. *Publikation von Arzneimittelinformationen* vergangen. Dies ist als eine eher schnelle Abfolge der Verstösse zu werten, zumal die Verfahren in Kartellrechtsangelegenheiten zur Sachverhaltsermittlung, aber auch Rechtsmittelverfahren eine gewisse Zeit dauern. So können auch Verhaltensweisen, die bereits eine gewisse Zeit zurückliegen, noch nicht rechtskräftig beurteilt sein (vgl. anschliessend Rz 540 ff.). Umso mehr ist bei Verstreichen von lediglich fünf Jahren auf eine kurze Abfolge zu schliessen.

538. Die Neigung des Unternehmens, sich allgemein über die Regeln des Kartellgesetzes hinwegzusetzen, kann sich zudem durch einzelfallspezifische Umstände zeigen, die über das bereits Ausgeführte hinausgehen. Solche Elemente können zu der rechtskräftigen Feststellung hinzutreten. Nicht zur Beurteilung unter diesem Punkt geeignet sind die Art und Schwere des Verstosses, da dies bereits bei der Bemessung des Basisbetrages Berücksichtigung findet.

539. Das Sekretariat hat andere Verfahren gegen die Galenica-Gruppe geführt, wie die Vorabklärung i.S. *Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*³⁰², die nicht zu einer Feststellung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens geführt haben. In diesem Schlussbericht zur Vorabklärung wurde festgehalten, dass Hinweise auf eine missbräuchliche Verhaltensweise seitens Alloga bestanden und das Sekretariat diesbezügliche Anregungen zur Beseitigung gemacht hat, deren Umsetzung von Alloga zugesichert wurde. [...] Das Vorliegen solcher Indizien kann jedoch, auch wenn das Unternehmen sinngemäss als unterlegen gilt, nicht zu einer zusätzlichen Sanktionsschärfung herangezogen werden, da die Vorabklärung ohne Folgen eingestellt und keine Untersuchung eröffnet wurde.

540. In der Untersuchung *Hors-Liste* wurde eine Abrede zwischen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG und den selbstdispensierenden Ärztinnen und Ärzten und Apotheken festgestellt. Betreffend die Gesellschaften *Galexis AG* (*Galexis AG* ist Teil der *Galenica-Gruppe*; vgl. Abbildung 3) und *e-mediat* wurde festgestellt, dass diese Gehilfenhandlungen zu vorgenannten Wettbewerbsverstössen tätigten und diese Gehilfenhandlungen ebenfalls gegen das Kartellgesetz verstossen haben.³⁰³

541. Gegen die Verfügung der WEKO wurde ein Rechtsmittel ergriffen und das Bundesverwaltungsgericht hiess am 3. Dezember 2013 die Beschwerden bestimmter Verfügungsadressaten, u.a. derjenigen der *Galenica-Gruppe*, gut.³⁰⁴ Die dagegen vom Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) erhobene Beschwerde hiess das Bundesgericht gut.³⁰⁵ Zurzeit ist der Fall wieder beim Bundesverwaltungsgericht hängig. Da dieser Fall noch nicht rechtskräftig ist, kann daraus nicht auf einen wiederholten Verstoss im Sinne eines „Rückfalls“ geschlossen werden.

³⁰¹ RPW 2008/3, 410 Dispositivziffer 2, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

³⁰² RPW 2015/3, 363, *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*.

³⁰³ RPW 2010/4, 701 Dispositivziffer 3, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*.

³⁰⁴ Urteil des BVGer B-323/2010 vom 3.12.2013.

³⁰⁵ BGE 141 II 66; Entscheidung gegen die *Galenica-Gruppe* im Besonderen: Urteil des BGer, 2C_77/2014 vom 28.1.2015.

542. Insgesamt sind die kurze Dauer seit dem letzten Verstoss sowie die Gleichartigkeit des Verstosses erschwerend zu berücksichtigen, weshalb die Sanktion unter dem Punkt des wiederholten Verstosses i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG um 20 % erhöht wird, was insbesondere auch mit dem im Vergleich dazu weniger gravierenden mehrfachen Verstoss *innerhalb* eines Verfahrens und der dazu ergangenen Praxis angemessen erscheint. Dies entspricht einem Betrag von CHF [...].

D.5.2.4.2.5.2 Mildernde Umstände

543. Bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26 bis 30 KG beendet, wird der Sanktionsbetrag vermindert (Art. 6 Abs. 1 SVKG).

544. Es liegen in casu keine mildernden Umstände vor. Weder haben die Untersuchungsadressatinnen die Verhaltensweisen eingestellt, noch liegt eine überdurchschnittliche Kooperation vor.

D.5.2.5 Ergebnis

545. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden Faktoren erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF 4'546'123.– als dem Verstoss der Galenica-Gruppe gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen.

546. Die Sanktionsberechnung lässt sich wie folgt zusammenfassen:

In CHF	2013	2014	2015	2013 – 2015
Maximalsanktion				
Gesamtumsatz in der Schweiz	[...]	[...]	[...]	[...]
Maximalsanktion: 10 %				[...]
Konkrete Sanktionsberechnung				
Umsatz auf den relevanten Märkten	[...]	[...]	[...]	[...]
Obergrenze Basisbetrag: 5 %				[...]
Konkreter Basisbetrag: 5 %				[...]
Zuschlag für die Dauer: + 33.33 %				[...]
Betrag nach Art. 3 und 4 SVKG				[...]
Erschwerende Umstände				--
Zuschlag für wiederholten Verstoss: 20 %				[...]
Mildernde Umstände				--
Konkrete Sanktion				4'546'123

E Kosten

547. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG³⁰⁶ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

548. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als

³⁰⁶ Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

gegenstandslos eingestellt wird.³⁰⁷ Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht hinsichtlich jener Punkte, die sich nicht haben erhärten lassen und bezüglich welcher das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.³⁰⁸

549. Vorliegend ist eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen, da eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt (vgl. das Ergebnis in Rz 473). Damit rechtfertigt es sich, den damit in Zusammenhang stehenden Grossteil des Untersuchungsaufwandes und damit der Kosten den Parteien zu überwälzen. Nichtsdestotrotz wird in Anbetracht des vom Antrag des Sekretariates abweichenden Entscheides der WEKO ein pauschaler Abzug in Höhe eines Drittels der Kosten für diejenigen Tatbestände, welche sich nicht erhärten haben, gewährt und ausgeschieden zulasten der Staatskasse.

550. 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).

551. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis CHF 290.–. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 3'132 Stunden. Demnach belaufen sich die Kosten auf CHF [...]. Den Parteien wird eine Gebühr in Höhe von CHF [...] auferlegt.

552. Die Gebühren werden den Verfügungsadressaten, das heisst HCI und Galenica, unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V. mit Art. 2 Abs. 2 AllgGebV).

F Ergebnis

553. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

554. Die Galenica-Gruppe verfügt mittels ihrer Tochtergesellschaft HCI (bzw. früher mittels der Tochtergesellschaften Documed und e-mediat, die in HCI integriert wurden) auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG (vgl. Rz 256).

555. Die Galenica-Gruppe verfügt mittels ihrer Tochtergesellschaft HCI (bzw. früher mittels der Tochtergesellschaften Documed und e-mediat, die in HCI integriert wurden) auf dem Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG (vgl. Rz 267).

556. Des Weiteren missbrauchte die Galenica-Gruppe ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformationen, indem sie in den Verträgen mit den Softwarehäusern eine Alleinbezugspflicht für zusätzliche Partner- und Produkte-Stamm-Daten sowie eine Untersagung der anderweitigen Verwendung der Strukturen der Software vorsah (vgl. Rz 389).

557. Zudem missbrauchte die Galenica-Gruppe ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformationen, indem sie die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen und den Upload auf AIPS an die Aufnahme der Daten in die INDEX-Datenbank gebündelt hat (vgl. Rz 440).

558. Die Galenica-Gruppe hat sich deshalb nach Art. 7 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Bst. e und f KG unzulässig verhalten (vgl. Rz 473).

³⁰⁷ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

³⁰⁸ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 e contrario (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, Rz 806 f. E. 16.1.3, *Gaba/WEKO*; RPW 2016/1, Rz 462, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

559. Die Galenica-Gruppe ist dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 486 ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung der Galenica-Gruppe mit einem Betrag von CHF 4'546'123.– angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 545 ff.).

560. Der Galenica-Gruppe wird unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) untersagt, Vertragsklauseln in den Verträgen mit den Softwarehäusern zu verwenden und durchzusetzen, die eine Alleinbezugspflicht der Softwarehäuser für zusätzliche Partner und Produkt-Stamm-Daten bei e-mediat bzw. HCI oder eine Untersagung der anderweitigen Verwendung der Strukturen der auf der Datenbank der Galenica-Gruppe beruhenden Software für die Softwarehäuser statuieren, (vgl. Rz 479 ff.).

561. Die Galenica-Gruppe wird unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) verpflichtet, die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen sowie den Upload der Arzneimittelinformationen auf AIPS zu kostenbasierten Preisen anzubieten (vgl. Rz 482).

562. Dementsprechend erübrigen sich die von den Parteien im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 13. Juli 2017 Anträge in Zusammenhang mit der Einstellung des Verfahrens, der Durchführung weiterer Sachverhaltserhebungen sowie in Zusammenhang mit der Sanktion. Der Abkennungsantrag betreffend den vorgelagerten Markt der Publikation von FI und PI online jeweils in einem vollständigen Werk wird, sofern daran festgehalten wird, in einem separaten Verfahren behandelt werden (vgl. Rz 170).

563. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten in Höhe von CHF [...] der Galenica-Gruppe aufzuerlegen (vgl. Rz 551).

G Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

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. Die Verfügung wird eröffnet an:
 - Galenica AG, 3027 Bern
 - HCI Solutions AG, 3027 Bern
9. Eine Kopie der Verfügung wird zugestellt an:
 - ywesee GmbH, 8006 Zürich
 - vips Vereinigung Pharmafirmen in der Schweiz, 6304 Zug

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Vincent Martenet
Präsident

Dr. Rafael Corazza
Direktor

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.

Anhang 1

Preisliste Kalenderjahr | 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

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

DOCUMED UND E-MEDIAT, UNTERNEHMEN DER GALENICA GRUPPE

Stand: 19. 9. 2012
Beilage 2

Mehrjahresverträge: 2 Jahre: 10% | 4 Jahre: 20%

Gültig für die Bearbeitung und Publikation von Fach- und Patienteninformationen der Swissmedic Abgabekategorien A-D.
Die Module D+E sind unabhängig von einander buchbar.
Kompensationsrabatt: Bei einem Mehrjahresvertrag (D1+E1) von 4 Jahren wird eine Kostenreduktion von 5% bei gleichem Sortiment gegenüber dem Übergangsjahr 2012 garantiert. Sollte der Tarifswechsel bei Vertragsabschluss zu einer Verschlechterung führen, wird für die Vertragsdauer jeweils auf den errechneten Preis ein prozentualer Kompensationsrabatt in der Höhe der Reduktion auf das Ersparnisziel bei Vertragsabschluss gewährt.
Bei Neuanmeldungen bis zum 30. 06. des jeweiligen Jahres wird das ganze Jahr verrechnet. Bei Neuanmeldungen resp. Abmeldungen ab 01. 07. des jeweiligen Jahres, wird das halbe Jahr verrechnet.
Alle Rabatte (Mehrjahresvertrag, Staffelpabatt, Kompensationsrabatt) gelten nur bei Vertragsschluss bis 30. 11. 2012.

MODUL D1: pro Fachinformation, inkl. Patienteninformation:
(nur das gesamte Sortiment buchbar)

Preise	
KATEGORIEN	CHF/PRO FACHINFORMATION
Rx-P	600.00
Rx-G	400.00
OTC	200.00

MODUL D2: ▶ USP-Kommunikation zu Arztpraxen, Spitäler
▶ Anforderung von Besuchsterminen
▶ Weiterleitung auf eigene Webseiten
▶ Anforderung von Musterpackungen
pro Fachinformation:
(selektiv buchbar)

Preise	
CHF/PRO FACHINFORMATION	
	12 000.00

MODUL E1: pro Artikel/Pharmacode:
(nur das gesamte Sortiment buchbar)

Preise	
KATEGORIEN	CHF/PRO ARTIKEL/PHARMACODE
Rx-P	3 800.00
Rx-G	1 100.00
OTC	600.00
Reduzierter Tarif: Bei einem Ex-factory Umsatz von < CHF 10 000/ Artikel/Kalenderjahr:	
Rx-P	1 900.00
Rx-G	550.00
OTC	300.00

(auf der Basis des von IMS erfassten Umsatz des Vorjahres)
auf Antrag und nach Selbstdeklaration des Kunden

Staffelpabatt	
RABATT	AB ANZAHL ARTIKEL/PHARMACODE
2%	50
5%	150
10%	300
15%	600

Legende: Rx-P: verschreibungspflichtig | patentgeschützt
Rx-G: verschreibungspflichtig | patentfreie- und im Generika-Wettbewerb
OTC: nicht verschreibungspflichtig

Die Preise beinhalten die deutsche und französische Ausgabe, exkl. 8% MwSt.
Bearbeitete jedoch von der Publikation abgemeldete Fach- und Patienteninformationen werden zu 50% belastet.