

WEKO Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen vom 19. Dezember 2016

WEKO, 2016-12-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_Kommerzialisierung_von_elektronischen_Medikamenteninformationen

FR: WEKO Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen du 19 décembre 2016

IT: WEKO Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen del 19 dicembre 2016

Erwägungen

E. 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.

E. 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.).

E. 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.

11 Abbildung 4: Überblick über die Medikamenteninformationen und andere Informationen

Quelle: Aufstellung des Sekretariats

E. 19

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

E. 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. Pa-

tienteninformationen sind die an die Patientinnen und Patienten gerichteten Informationen, die in den Packungsbeilagen eines Arzneimittels enthalten sind. Die entsprechenden Angaben stammen von den Herstellern. Deren Vorliegen ist Voraussetzung für die Zulassung des Arzneimittels.¹²

E. 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).

¹² 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

kennzeich- nen lässt.¹⁷ d. Leistungsorientierte Abgeltung (LOA): Die leistungsorientierte Abgeltung ist ein Tarif- vertrag zwischen dem schweizerischen Apothekerverband (pharmaSuisse) und santésuisse – Die Schweizer Krankenversicherer und regelt die Vergütung der Apothe- kerleistungen durch die Versicherer im Bereich des KVG.¹⁸

E. 22

Darüber hinaus werden für die Abwicklung der genannten Prozesse (Vertrieb, Verschrei- bung, 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, Abrechnungsnum- mern etc.) sind über die Datenbank refdatabase (frühere Bezeichnung swissindex), wel- che durch die Stiftung Refdata bereitgestellt wird, erhältlich. Die täglich aktualisierte Da- tenbank 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 Er- zeugnisse). Die Referenzierung der einzelnen Datensätze erfolgt gemäss dem interna- tionalen GS1-Standard: GLN (Global Location Number) für Partner und GTIN (Global Trade Item Number) für Artikel. „Das heutige GS1 System stellt weltweit eindeutige Num- mern 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 be- sucht 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).

13 eingelesen 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 Datenübertra- gung (EDI - Electronic Data Interchange) verwendet.“¹⁹ Der GTIN hat den EAN-Code ablöst und wird durch die Stiftung Refdata in Zusammenarbeit mit GS1 Schweiz verge- ben. 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

E. 23

Diese Medikamenteninformationen können grundsätzlich in gedruckter oder aber elekt- ronischer 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, wel- che 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-mediart. 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-mediart. Auf die unterschiedlichen Stufen der Datenbereitstellung, Verarbeitung sowie deren Vertrieb und Verkauf wird nachfolgend unter B.3 eingegangen.

E. 24

Im Leistungskatalog von Documed/e-mediart (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

E. 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

E. 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 Positionsnummern für Gegenstände enthalten, wie beispielsweise 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/](http://www.gs1.ch/docs/default-source/gsl-system-document/genspecs/genspec-alle-kapitel.pdf?sfvrsn=18)

[gsl-system-document/genspecs/genspec-alle-kapitel.pdf?sfvrsn=18](http://www.gs1.ch/docs/default-source/gsl-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).

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

B.1.2.2 Daten von Non-Pharma Produkten

E. 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)

E. 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).

E. 29

Die Publikation der Arzneimittelinformationen hatte zur Zeit des Entscheids der WEKO i.S. von Publikation von Arzneimittelinformationen²⁴ 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

E. 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.

15 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.

E. 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.

E. 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.

E. 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.swissmedicin.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.

16 Abbildung 5: Beteiligte und Umfang Geschäftsprozess Outsourcing

Quelle: Swissmedic

E. 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 Zulassungs- inhaberinnen ihre gesetzliche Pflicht zur Publikation.³³ Zur Publikation auf anderen Kanälen sind die Zulassungsinhaberinnen nicht verpflichtet.

E. 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 Patienteninformati- onen für alle Nutzer; ■ Eine kostenfreie Plattform für die Zulassungsinhaberinnen, um die von Swissmedic ge- nehmigte FI und PI den Nutzern durch Hochladen der Texte [Punkt 11 gemäss Abbil- dung] 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-mediat] 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.

17 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 Da- tensatzes für die Behörde ein wichtiges Anliegen ist, was durch die Publikation durch die pri- vaten Verleger nicht garantiert werden konnte.³⁶

B.2 Nachfragerinnen und Nachfrager der Medikamenteninformationen

E. 38

In einem nächsten Schritt werden nun die Nachfragerinnen und Nachfrager von Medika- menteninformationen und insbesondere von Arzneimittelinformationen betrachtet.

E. 39

Genutzt und damit nachgefragt werden die (elektronischen) Medikamenteninformatio- nen 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 Gesundheits- versorgung 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 Me- dikamenten 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.

18 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 ent-

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

E. 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

E. 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

E. 42

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

E. 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

E. 44

Die auf AIPS publizierten 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.

E. 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:

20 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.

E. 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).

E. 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

E. 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).

21 ■ 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).

E. 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 zuließ, was durch die Indices möglich ist. Ärztinnen und Ärzte arbeiteten dagegen verbreitet mit Arzneimittelinformationen im Papierformat und damit dem gedruckten Kompendium 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 Alternative 49 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.

E. 50

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.; JÜRGEN BORER, Kommentar zum

schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 2 Rz. 14.

51 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. Bayerische 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.

52 ■ 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.

53 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

Einzel- fall 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.

54 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

55 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 Datenerveredelung, 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, wo-

nach 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 (nachfol-

gend: Botschaft zum KG 2003), 2045. 130 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU;

SR 251.4).

56 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.4.2.1.1.1.2 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.

57 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-mediast auf diesem Markt beurteilt werden. Anschliessend wird der Markt gegenüber den Zulassungsinhaberinnen abgegrenzt und die Marktstellung von Documed/e-mediast 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-mediat 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 breiteste 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 Wünschen 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.

58 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 allen Informationen aus verschiedenen 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 zu- kommt, vgl. B.3.3.

59 230. 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 Besonderheiten 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 so- dann die Einführung von klinischen Systemen. 136 Vgl. zu den verschiedenen Vertriebsarten Rz 53.

60 D.4.2.1.3 Beurteilung der Marktstellung 236. Ob sich e-mediati/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-mediati 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-mediati und bot Galdat (Rz 49) an. Mit diesem Produkt wurde e-mediati 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-mediati auf. Grundlage der Struktur derselben ist der sogenannte Pharmacode, welcher von e-mediati 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-mediati 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-mediati auf diesem Markt tätig. Die Softwarehäuser haben entsprechend ihre Systeme und Schnittstellen auf die Strukturierung und Codierung von e-mediati sowie auf den Pharmacode ausgerichtet.

D.4.2.1.3.1 Aktueller Wettbewerb 240. Bis 2012 war e-mediati 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 öffent-

lich zugänglichen Arzneimittelinformationen zu einer maschinenlesbaren Datenbank tätig, wie dies die e-mediat AG mit ihren INDEX-Produkten tut.“. S.a. Rz 266.

61 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. ywesee über die gängigen Programme der etablierten Softwarehäuser nutzbar wären, wäre jedoch die aktuelle Konkurrenz nicht genügend gross, um einen disziplinierenden Einfluss auf Documed/e-mediat 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-mediat 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-mediat ist seit langem gewachsen. Documed/e-mediat 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

outgesourceten Primärdatenbanken von e- mediati betrieben. e. Der Umfang der Datenbank von Documed/e-mediati bzw. HCI ist nicht leicht reproduzier- bar.

141 <http://typo3.ouwerkerk.interway.ch/fileadmin/user_upload/PDF/80822_factsheet_me ddrugs_de. pdf> (zuletzt besucht am 21.9.2015). 142 Indes sei gemäss Grundlagenanalyse Stammdaten (vgl. Rz 157) die MiGel Datenliste nicht mit Pro-

dukten 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 Zusam- menhang auch die Petition der IFAK, Rz 149. 144 Vgl. jüngst: RPW 2015/3, 370 Rz 79, Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegen-

stand 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 – Liefer- stopp durch Alloga AG). Vgl. auch Beschlussbegründung Galexis AG/Pharmapool Aktiengesell- schaft in Bezug auf den physischen Arzneimittelvertrieb, demnächst in RPW publiziert. 146 ywese verfügt nicht über eine ähnliche Finanzkraft wie die Galenica-Gruppe.

62 f. Der Vertrieb an und über Softwarehäuser ist für andere Anbieter erschwert, da alle be- stehenden Anbieter von Softwarelösungen im Bereich von Medikamenteninformationen (ausser ywese selbst) mit Documed/e-mediati bzw. HCI zusammenarbeiten (Kontrolle der Schnittstelle). Aktuell sind keine anderen Schnittstellen vorhanden¹⁴⁷, die Wechsel- kosten sind hoch (betreffend die Kosten für die Umstellung von Galdat auf die INDEX- Produkte vgl. Fn 148) und die Verwendung der Datenbankstruktur für andere Datenban- ken 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-mediati zusammenarbeiten, bestätigen den Schluss, dass diese auf dem Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenten- informationen 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 16'000	89.9 % ¹⁵⁰
Praxisärzte 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 vor- handen 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 ausgerichteten 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 Krankenkas-

sen: 60). 152 Interpharma, Gesundheitswesen Schweiz, Ausgabe 2015, S. 39 (Anzahl Drogerien: 561).

153 Die fünf stärksten Pharma-Grossisten (Galexis AG, Amedis, Voigt, Unione Farmaceutica und Phar-

maFocus) decken 95 % des Marktes ab.

63 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 wesentlichen 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 HCl zu tun. Der Grund für den Erfolg sie 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 HCl 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 HCl, 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.

64 251. Der Umstand, dass die Konkurrenz auf diesem Markt nicht tobe, hätte nichts mit Markteintrittsschwellen oder einer nicht angreifbaren Position von HCl 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 HCl in Bezug auf benutzergruppenspezifische Datenangebote eine marktführende Stellung innehave. 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 beispielsweise 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-mediat 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-mediat bieten den Zulassungsinhaberinnen den Abschluss eines Vertrages für die Aufnahme deren Medikamenteninformationen in ihre Datensätze (Indices) an. Gleichzeitig bieten Documed/e-mediat im Rahmen ihres Leistungskataloges auch eine Reihe von 157 Grundlagenanalyse Stammdaten (vgl. Rz 157). 158 Vgl. Rz 48, 49, 360.

65 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-mediat 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-mediat 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).

66 Form – den Indices – nach 160. 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, maschinenlesbaren 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-mediart 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-mediart/Documed aus 161. Was ywesee aber auch die anderen angeblichen Konkurrenzangebote betrifft zählt HCI selbst die Mängel deren Angebotes im Vergleich zu ihrem auf 162. Dass ywesee sich bei Ärzten einer gewissen Nachfrage erfreut, lässt aus Sicht der WEKO noch nicht den Schluss zu, dass Documed/e-mediart 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 Software-

häuser 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 Kleinstunternehmen, 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).

67 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 Platt-

form 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.

68 273. 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-mediat 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-mediat 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-mediart 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-mediart über eine markbeherrschende Stellung, welche einerseits aus historischen Gründen und andererseits aufgrund von hohen Marktzutrittsschranken entstanden ist. Es ist somit zu verneinen, dass e-mediart aufgrund ihrer Tätigkeit gegenüber beiden Marktgegenseiten zur Maximierung von Netzwerkeffekten beiträgt.

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

69 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-mediart). e-mediart veredelte also die ihr zur Verfügung stehenden Daten. Dank der engen Beziehung von Documed und e-mediart 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-mediart und Documed erreichten somit praktisch sämtliche Nachfragerinnen und Nachfrager beider Seiten. Auch zum Zeitpunkt des Entscheides erreichen Documed/e-mediart zwei Nachfragergruppen. 282. Die einzige Möglichkeit für einen potentiellen Datenveredler (Entrant), Documed/e-mediart 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-mediart 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).

70 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 W RIGHT, in: Review of Network Economics, 3(1), One-Sided Logic in Two-Sided Markets, 2004, 44–64.

71 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 zweistufigen 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-mediast 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 Nachfragegruppen sicher war. ■ Nachfragergruppen: Documed/e-mediast 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).

⁷² ■ Transaktion: Als Resultat der Vermittlung durch Documed/e-mediast 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-mediast 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-mediast 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-mediast gegenüber den beiden Marktgegensetzen erbringen, unterscheiden sich in sachlicher Hinsicht grundlegend. Ebenso findet keine messbare, durch Documed/e-mediast vermittelte Transaktion zwischen den beiden Marktgegensetzen statt.

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