Wettbewerbskommission
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

Schlussbericht vom 1. Juni 2005

in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend

32-0178: Daten und Software im schweizerischen Gesundheitsmarkt

wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG.

A SACHVERHALT

1. Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) wurde mit Eingabe vom 11. November 2003 mitgeteilt, dass es potentiellen Konkurrenten der Documed AG unmöglich sei, ein Konkurrenzprodukt zum Arzneimittelkompendium der Documed AG zu publizieren, da ausser dieser niemand Zugriff auf die Fach- und Patienteninformationen (Fachinformationen: Information für die Medizinalpersonen und den Arzneimittelfachhandel; Patienteninformation: Packungsbeilage; beide zusammen können als Arzneimittelinformationen bezeichnet werden) hätte.

2. Die **Documed AG** ist ein medizinisch-pharmazeutischer Fachverlag mit Sitz in Basel. Per 1. Januar 2003 hielt die Santémedia Holding Sàrl 20 % der Beteiligungen an der Documed AG. 12 % der Beteiligungen hielt die EMH Editores Medicorum Helveticorum AG FMH/Schwabe (Schweizerische Ärzteverlag) und 68 % der Beteiligungen hielt die Galenica AG inne. Mit Wirkung per 1. Januar 2005 hat die Galenica AG von der Santémedia Holding Sàrl 10 % der Beteiligungen erworben. Die Galenica AG hält somit 78 % der Beteiligungen der Documed AG, der Santémedia Holding Sàrl verbleiben 10 % der Beteiligungen. Die Beteiligungen der EMH Editores Medicorum Helveticorum AG FMH/Schwabe bleiben unverändert.

3. Das Hauptprodukt der Documed AG ist das Arzneimittelkompendium der Schweiz, das die Fachinformationen in gedruckter Form enthält. Im Arzneimittelkompendium sind lediglich die von Swissmedic (Schweizerisches Heilmittelinstitut) gemäss Art. 16 HMG approbierten Arzneimittel enthalten. Zudem bietet die Documed AG die Fach- und Patienteninformationen sowohl online als auch auf CD-ROM an. Zusätzlich zum Arzneimittelkompendium werden jährlich 4 Supplementa mit neuen Spezialitäten oder Textrevisionen versandt.

4. Nebst dem Arzneimittelkompendium bietet die Documed AG noch die Publikumsausgabe zum Arzneimittelkompendium an. Dabei handelt es sich um eine Sammlung von Patienteninformationen in einem Nachschlagewerk.

5. Seit 1979 wird das Arzneimittelkompendium durch die Documed AG herausgegeben. Zu dieser Zeit bestand für die Pharmaunternehmen keine gesetzliche Publikationspflicht. 1998 hat die interkantonale Kontrollstelle (IKS) gestützt auf Art. 17 des Regulativs vom 25. Mai 1972 über die Ausführung der Interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel die Richtlinie über die Arzneimittelinformation vom 25. November 1988 (RLA) verfügt, dass es sich beim Arzneimittelkompendium der Documed AG um einen Informationsträger im Sinne des RLA handelt. Mit dieser Verfügung wurde das Kompendium der Documed AG formell anerkannt. Durch diese Verfügung war die Documed AG aber auch zur Publikation ordnungsgemäss angebotener Texte verpflichtet. Gemäss Verfügung wurde die Documed AG aufgefordert, zu marktgerechten Preisen zu publizieren. Eine weitere Auflage der IKS war die kostenlose Abgabe des Kompendiums an Fachpersonen. Erstmals wurde 1998 auch eine Onlineversion des Kompendiums publiziert. Mit Inkrafttreten des Heilmittelgesetztes am 1.

Januar 2002 ist die Rechtsgrundlage für eine formelle Anerkennung des Kompendiums durch Swissmedic (früher IKS) weggefallen.

6. Damit die Arzneimittel publiziert werden dürfen, bedarf es vorerst einer Zulassungsverfügung von Swissmedic. Nach erfolgter Zulassung wenden sich die Pharmafirmen an die Documed AG, damit diese die Arzneimittelinformationen gegen Entgelt an ihrer Stelle publiziert (vgl. Rz. 75 und 76 für die Publikationspreise).

7. Die Documed AG hat angegeben, dass sieben wissenschaftliche Mitarbeiter die Arzneimittelinformationen in wissenschaftlicher, sprachlicher und formaler Hinsicht redaktionell bearbeiten und danach in die Datenbank einordnen. Vier IT- Fachleute sind für das ständige Aktualisieren der Online-Verision und die CD-Version zuständig. Fünf Produktionsspezialisten sind für die Publikation der Druck- und der elektronischen Version verantwortlich. Für das Marketing sind vier Mitarbeiter zuständig. Schliesslich sind fünf Personen aus der Geschäftsleitung und der Finanzadministration zu ca. 70 % mit dem Administrativaufwand im Zusammenhang mit dem Arzneimittelkompendium beschäftigt. Der Verwaltungsratspräsident der Documed AG hat im Gespräch vom 15. Juni 2004 angegeben, dass [...] der Kosten beim Bearbeiten der Daten entstehen würden und das [...] durch die Publikation entstehen [Geschäftsgeheimnis].

8. Gemäss eigenen Angaben konsultiert die Documed AG für das Verlagssortiment und für die Tarifstruktur die Kompendiumskommission. Diese setzt sich aus grossen Industrieverbänden zusammen. In der Kommission vertreten sind die schweizerische Gesellschaft für die chemische Industrie, die Vereinigung der Importeure Pharmazeutischer Spezialitäten, l'Association Suisse des Fabriquants de Médicaments Non Soumis à la Prescription, Interpharma, Intergenerika und ein KMU-Vertreter. Gemäss Angaben der Documed AG behält sich die Documed AG vor, von deren Empfehlungen abzuweichen.

9. Nachfolgend wird auf Konkurrenten oder potentielle Konkurrenten der Documed AG eingegangen: Von 1985 bis 2001 hat die **Dr. Becker & Partner AG** (Verlag für GanzheitsMedizin) ein gedrucktes Nachschlagewerk für komplementärmedizinische Heilmittel der Schweiz publiziert. Die Entrichtung eines finanziellen Beitrages an die Kosten der Veröffentlichung stand den Firmen frei. Die IKS hat dieses Nachschlagewerk nicht als Informationsträger im Sinne des RLA anerkannt.

10. Die **dr-ouwerkerk ag** mit Sitz in Baar verfügt über ein Publikationsorgan, welches über Mutationen im Medikamentenbereich informiert (med-drugs update). Die dr-ouwerkerk ag erstellt zudem einen Content Management Tool. Durch diesen Tool haben die Pharmafirmen die Möglichkeit Ihre Fach- und Patienteninformationen selbständig zu erfassen und zu publizieren (med-drugs CMT).

11. Die **ywesee GmbH** mit Sitz in Zürich ist als Softwareherstellerin im Bereich Gestaltung, Programmierung sowie Beratung und Dienstleistung tätig. Die ywesee GmbH bietet auf der Homepage oddb.org bzw. *www.generika.cc* die

Publikation der Fach- und Patienteninformationen in elektronischer Form an. Da ein Arzneimittelkompendium für die Hersteller der Medikamente indirekt eine „Werbemöglichkeit" darstellt, sind diese an der Vollständigkeit eines solchen Werkes interessiert. Gleichzeitig ist auch Swissmedic an der Vollständigkeit eines solchen Kompendiums interessiert, da dadurch eine grössere Arzneimittelsicherheit gewährleistet werde. Deshalb benötigt die ywesee GmbH die von Swissmedic approbierten Rohdaten (d.h. lediglich sprachliche Inhalte ohne darstellerische Komponente) der Arzneimittelinformationen, die im Besitz der Documed AG sind.

12.

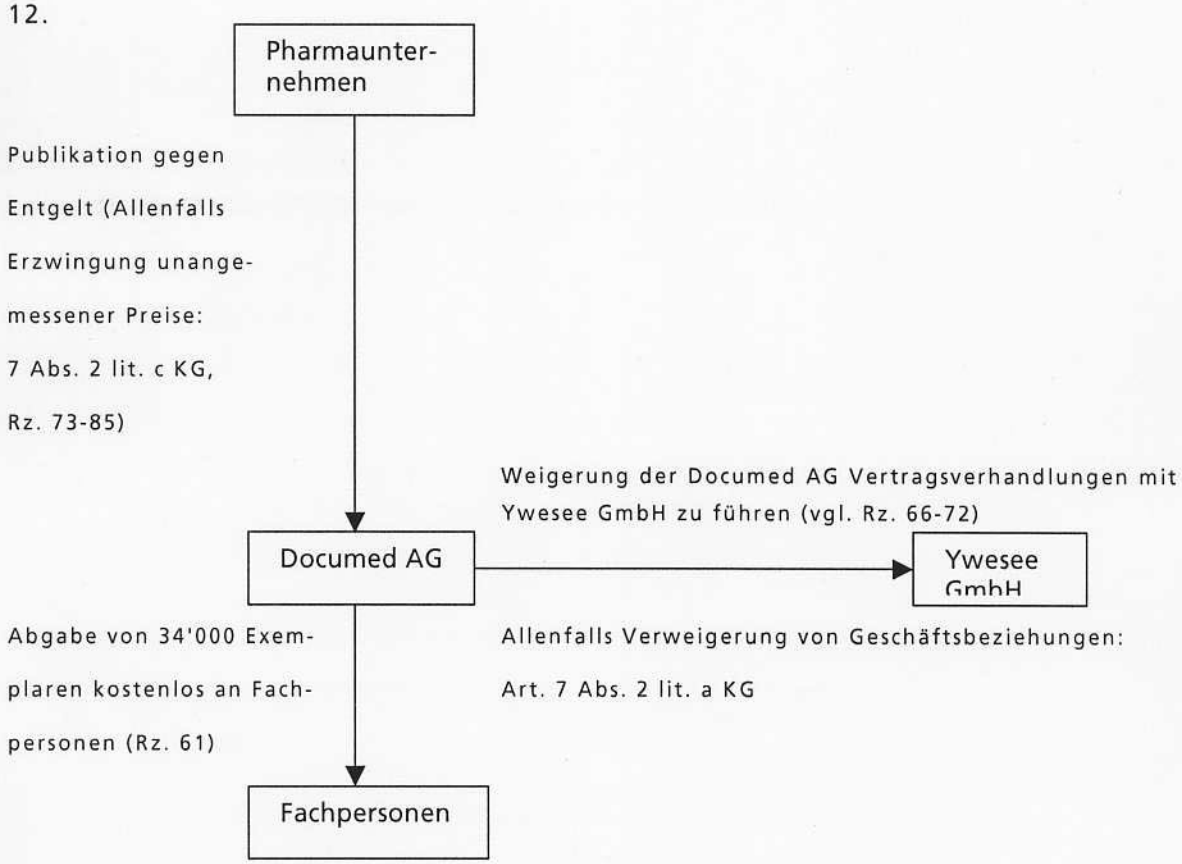

Abbildung 1

13. Die Documed AG hat mit Eingabe vom 17. Dezember 2003 beim Zivilgerichtspräsidium Basel-Stadt um den Erlass einer superprovisorischen Verfügung ersucht, wonach der ywesee GmbH zu untersagen sei, in Verletzung von Art. 10 URG und Art. 5 lit. c UWG die Daten und die Anordnung der Daten des Arzneimittelkompendiums ohne Zustimmung der Documed AG zu übertragen, in irgendwelcher Form festzulegen und öffentlich zu verbreiten, anzubieten oder sonst wie zu nutzen. Die vorsorgliche Massnahme sei mit Strafandrohung im Widerhandlungsfall gemäss Art. 292 StGB zu verbinden. Mit Einsprache vom 23.

Dezember 2003 hat die ywesee GmbH um die Aufhebung der superprovisorischen Verfügung ersucht. Mit Entscheid vom 20. Januar 2004 hat das Zivilgerichtspräsidium Basel-Stadt die vorsorgliche Verfügung vom 17. Dezember 2003 aufgehoben. Das Verhalten der ywesee GmbH sei nicht unlauter gewesen. Zudem sei auch keine Verletzung von Urheberrechten gegeben, da der Documed AG weder Urheberrechte an den Fach- und Patienteninformationen noch am Kompendium selbst zustünden. Die Documed AG hat den Entscheid vom 17. Dezember 2003 angefochten.

14. Das vor dem Zivilgerichtspräsidium Basel-Stadt hängige Verfahren betrifft keine Wettbewerbsbeschränkungen. Wäre dies der Fall gewesen, hätte das Sekretariat keine Vorabklärung eröffnet (vgl. RPW 1997/4, S. 596 – Beziehung zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission) oder hätte ein hängiges Verfahren sistiert.

15. Aufgrund der Anzeige und der sich stellenden kartellrechtlichen Probleme hat das Sekretariat am 13. September 2004 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 Kartellgesetz (KG, SR 251) eröffnet. In der Folge wurden am 13. bzw. 15. September 2004 35 Fragebogen an diverse Pharmaunternehmen verschickt. Zur Klärung weiterer Fragen wurden am 1. bzw. 9. Dezember 2004 Fragebogen an Dr. Becker & Partner AG, die dr-ouwerkerk ag und an die Redaktion Tierarzneimittelkompendium verschickt.

16. Am 14. November 2004 wurde das Institut für geistiges Eigentum (IGE) im Rahmen der Amtshilfe gebeten, dem Sekretariat seine rechtlichen Erläuterungen über allfällige urheberrechtlichen Probleme, die sich in Bezug auf das Arzneimittelkompendium stellen, zu unterbreiten.

17. Auf Wunsch der Documed AG hat am 11. März 2005 ein Treffen mit Herrn Bangerter (Leiter der Documed AG), mit Herrn Jenny (Mitglied der Generaldirektion der Galenica) sowie Herr Gränicher von Wenger Plattner stattgefunden. Die Documed AG wollte nochmals ihren Standpunkt klarstellen. Des weiteren wollte sie in Erfahrung bringen, wie das Sekretariat einer allfälligen öffentlichen Ausschreibung der Publikationsdienstleistung durch Swissmedic gegenüberstehen würde.

18. Mit Schreiben vom 13. Mai 2005 hat Swissmedic mitgeteilt, dass sie auf die Vergabe der Publikationsdienstleistung zur Zeit verzichtet.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

19. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

20. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder

Organisationsform (Art. 2 Abs. 1 bis KG). Die Documed AG ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

21. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Art. 7 KG (Rz. 48 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar (Vgl. RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 80 f.; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2 Rz. 14). Wird nachstehend somit 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.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

22. Dem KG 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 (Art. 3 Abs. 2 KG).

B.2.1 Staatliche Markt- oder Preisordnung

23. Vorerst ist zu prüfen, ob die Documed AG als privates Unternehmen Teilnehmerin an einer staatlichen Markt- oder Preisordnung ist und damit dem KG nicht unterstehen würde (Art. 3 Abs. 1 lit. a KG).

24. Gemäss Art. 16a Verordnung über die Arzneimittel (VAM, SR 812.212.21) i.V.m. Art. 13 Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts über die Anforderung an die Zulassung von Arzneimitteln (AMZV, SR 812.212.22) sind die Zulassungsinhaber (Pharmaunternehmen) verpflichtet, das durch Swissmedic zugelassene Arzneimittel den zur Abgabe berechtigten Personen (z.B. Ärzten) als Fachinformation in geeigneter Weise zur Verfügung zu stellen. Den Packungen eines Humanarzneimittels muss eine Packungsbeilage als Patienteninformation beigefügt werden (Art. 16a VAM i.V.m Art. Art. 14 AMZV).

25. In Art. 13 Abs. 2 AMZV wird nicht näher definiert, was „auf geeignete Weise zur Verfügung stellen" bedeutet. Aus den Anhängen 4 und 5 AMZV wird klar, dass es sich um eine Veröffentlichung handeln muss. Swissmedic hat im Swissmedic-Journal 1/2004 S. 23 f die Voraussetzungen veröffentlicht, welche die Publikation von Arzneimitteln ihrer Ansicht nach erfüllen muss: Verlangt wird ein jährlicher kostenloser Versand der Fachinformationen bzw. einen zweijährlichen Versand der Patienteninformationen an die Fachpersonen (ein Exemplar pro Arzt einer Arztpraxis, ein Exemplar pro leitende/n Arzt/Ärztin eines Spitals, sowie ein Exemplar pro Spitalapotheke und ein Exemplar pro Offizin), sowie eine vierteljährliche Publikation der Supplementa in den Sprachen Deutsch und Fränzösisch. Der Text soll auf Internet publiziert sein und mindestens mo-

natlich aktualisiert werden. Weiter wird die Übereinstimmung mit den von Swissmedic approbierten Daten verlangt. Bei Bestellung soll ein kostenloses Kompendium auch an Zahnärzte, Apotheker und Drogisten verschickt werden.

26. In der Zulassungsverfügung wird künftig sowohl auf das Kompendium der Documed AG als auch auf die Möglichkeit alternativer Publikation aufmerksam gemacht. Bis zu dieser „Praxisänderung" hat Swissmedic lediglich auf die Documed AG hingewiesen. Sie hat sich dabei vorbehalten, andere Konkurrenten namentlich zu erwähnen, sobald diese die von ihr im Swissmedic-Journal statuierten Voraussetzungen erfüllen. Seit Februar 2005 weist Swissmedic in der Zulassungsverfügung bezüglich der Patienteninformationen auch auf die ywesee GmbH hin.

27. Den Pharmaherstellern ist freigestellt, die Fach- und Patienteninformationen selbst in „geeigneter Weise" den Adressaten und Adressatinnen zur Verfügung zu stellen. Da die Publikation jedoch hinsichtlich Inhalt und Form den gesetzlichen Anforderungen von Anhang 4 und 5 AMZV genügen muss, bedienten sich die Pharmaunternehmen spezialisierter Anbieter solcher Publikationen. Die Documed AG war die erste Anbieterin, die diese Dienstleistung in gedruckter Version und online gegen Entgelt anbot. Deshalb war sie als einziges Unternehmen im Besitz der von Swissmedic approbierten Daten der erwähnten Arzneimittelinformationen. Es muss aber festgehalten werden, dass auch diese Sammlung der Daten nicht vollständig ist, da nicht alle Pharmaunternehmen der Publikationspflicht nachgehen.

28. Infolge der gemachten Ausführungen kann nicht auf eine staatliche Markt- oder Preisordnung geschlossen werden und das Kartellgesetz ist daher anwendbar.

B.2.2 Hoheitliche Tätigkeit

29. Es stellt sich die Frage, ob die Documed AG bei der Veröffentlichung von Arzneimittelinformationen eine öffentliche Aufgabe von Swissmedic übernimmt und daher mit hoheitlichen Rechten ausgestattet ist. Diesfalls käme der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 lit. b KG zum Tragen.

30. Die Pharmaunternehmen sind wie bereits erwähnt verpflichtet das Arzneimittelkompendium den Ärzten und Spitälern unentgeltlich auf geeignete Weise zur Verfügung zu stellen (Art. 16a Abs. 1 VAM). Die Erfüllung dieser Pflicht müssen sie Swissmedic belegen (Art. 16a Abs. 2 VAM). In Art. 16a Abs. 3 VAM wird statuiert, dass Swissmedic auf Kosten der Zulassungsinhaber selber veröffentlichen oder veröffentlichen lassen kann. Die primäre Pflicht liegt also bei den Pharmaunternehmen. Sollte ein Pharmaunternehmen nun seiner Publikationspflicht nicht nachkommen, könnte Swissmedic ein auf die Publikation von Arzneimittelinformationen spezialisiertes Unternehmen mit der Publikation der Arzneimittelinformationen betrauen. Dies war bisher jedoch nie der Fall.

31. Bisher hat die Documed AG die Arzneimittelinformationen jedoch stets aufgrund eines Vertrages mit den Pharmaunternehmen veröffentlicht und nicht

aufgrund öffentlicher Ausschreibung durch Swissmedic. Ob die Documed AG mit den Pharmaunternehmen bisher einen zivilrechtlichen oder eher einen öffentlichrechtlichen Vertrag geschlossen hat, kann vorliegend offen gelassen werden. Schliesslich kann auch offen bleiben, ob die Documed AG im Falle der Nichtpublikation der Pharmaunternehmen die Verpflichtung von Swissmedic übernehmen würde, da Swissmedic bisher nie die Publikationspflicht gemäss Art. 16a Abs. 3 VAM der Unternehmen übernommen hat. Dies obwohl lange nicht alle Pharmaunternehmen die Informationen publizieren.

32. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Documed AG von Swissmedic nicht mit hoheitlichen Aufgaben betraut wurde, da die Documed AG sich jeweils gegenüber den Pharmaherstellern vertraglich zur Publikation von Arzneimittelinformationen verpflichtet. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 lit. b KG kommt daher nicht zum tragen.

33. B.2.3 Urheberrechte

34. Weiter ist zu prüfen, ob es sich um Wettbewerbswirkungen handelt, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG). Eine solche ausschliessliche Verletzung liegt dann vor, wenn sich der Inhaber eines Immaterialgüterrechtes gegen eine Verletzung zur Wehr setzt. Verletzt ein Dritter in direkter Weise das immaterialrechtliche Schutzrecht, vermag er sich nicht auf eine kartellrechtliche Rechtfertigung zu berufen (WEBER, SIWR V/2, S. 51). Konkret stellt sich die Frage, ob die Documed AG mit dem Bearbeiten der Arzneimittelinformationen Werke zweiter Hand schafft (Art. 3 Urheberrechtsgesetz; URG; SR 231.1) und ob es sich beim Arzneimittelkompendium um ein Sammelwerk handelt (Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 URG). Wäre dies der Fall, würde der obgenannte Sachverhalt nicht in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fallen.

35. Gemäss Art. 6 URG ist die natürliche Personen, die das Werk geschaffen hat als Urheber zu bezeichnen. Folglich kann die Documed AG als juristische Person nicht originär Urheberrechte erworben haben. Jedoch sind Urheberrechte gemäss Art. 16 Abs. 1 URG übertragbar. Die Übertragung ist dabei an keinerlei Form gebunden. Gemäss Zweckübertragungstheorie kann davon ausgegangen werden, dass beim Fehlen einer genauen Regelung Rechte als abgetreten gelten, wenn es der Vertragszweck notwendigerweise gebietet (BARRELET/EGLOFF, Das neue Urheberrecht, N 20 und 22 zu Art. 16; TROLLER, Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2001, S. 281). Sollten im vorliegenden Fall Urheberrechte entstanden sein, kann davon ausgegangen werden, dass diese von den Arbeitnehmern auf die Documed AG übertragen wurden, auch wenn dies nicht schriftlich festgelegt sein sollte, denn der Zweck dieses Vertrages gebietet faktisch die Übertragung der allenfalls entstandenen Urheberrechte.

36. Die Fach- und Patienteninformationen werden von den Pharmaunternehmen verfasst. Daher ist klar, dass die Documed AG nicht Urheberin der Arzneimittelinformationen sein kann.

37. Es stellt sich aber die Frage, ob es sich bei den von der Documed AG bearbeiteten Arzneimittelinformationen allenfalls um Werke zweiter Hand handelt. Gemäss Art. 3 URG sind Werke zweiter Hand geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter, die unter Verwendung bestehender Werke so geschaffen werden, dass die verwendeten Werke in ihrem individuellen Charakter erkennbar bleiben. Es wird schon aus dem Wortlaut von Art. 3 URG klar, dass die geistige Schöpfung ihrerseits auf einer schutzfähigen Vorlage aufbauen muss. Zu prüfen ist daher, ob es sich bei den Fach- und Patienteninformationen um Werke im Sinne des Urheberrechts handelt.

38. Art. 2 Abs. 1 URG definiert das Werk folgendermassen: „Werke sind, unabhängig von ihrem Wert oder Zweck, geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben." Das Bundesgericht definiert das Werk als „Ergebnis geistigen Schaffens". Darunter versteht es konkrete Darstellungen, die nicht bloss Gemeingut enthalten, sondern insgesamt als Ergebnis geistigen Schaffens von individuellem Gepräge oder als Ausdruck einer neuen originellen Idee zu werten sind (BGE 113 II 307). Es wird ein gestalterisches Tätigwerden, welches den menschlichen Geist zum Ausdruck bringt, verlangt (BEG 116 II 353). Eine geistige Schöpfung fehlt, wenn das Werk bekannten Formen so nahe steht, dass jeder Dritte die gleiche Form schaffen könnte (BGE 110 IV 105).

39. Als zweites Wesensmerkmal des geschützten Werkes gilt der individuelle Charakter (BGE 113 II 307). Die Individualität des Werkes ergibt sich aus dem Vergleich mit älteren gleichartigen Werken. Die Originalität der alten Schöpfung wird mit der Originalität der neuen Schöpfung gegeneinander abgewogen. Es wird keine absolute oder auffallende Originalität, sondern eher die Unterscheidbarkeit aufgrund des individuellen Zuges des Werkes verlangt. Individualität setzt Originalität im eigentlichen Sinn voraus (TROLLER, a.a.O., S. 125 f). Das Wesensmerkmal der Individualität wird zudem noch an die statistische Einmaligkeit geknüpft. Diese sagt aus, dass nur der Urheber eines bestimmten Werkes dieses so schaffen konnte. Zu deren Ermittlung muss das Werk bekannten Werken gegenübergestellt werden. Wenn sich kein anderes Werk mit den gleichen charakteristischen Zügen finden lässt, so ist das Werk statistisch einmalig (TROLLER, a.a.O., S. 126).

40. Die Arzneimittelinformationen dienen der Information von Fachpersonal bzw. von Patienten. Für die Fachinformationen werden im Anhang 4 AMZV (Anforderung an die Information für Medizinalpersonen und den Arzneimittel-Fachhandel „Fachinformationen") unter den Anforderungen die Titel sowie deren Reihenfolge („1. Name des Präparates, 2. Zusammensetzung: a. Wirkstoff, b. Hilfstoff usw.) klar definiert. Unter den allgemeinen Hinweisen wird sogar der Zeilenabstand vorgegeben. Im Anhang 5.1 AMZV (Anforderungen an die Arzneimittelinformationen für Patientinnen und Patienten „Patienteninformationen") wird nebst dem Zeilenabstand sogar die Schriftgrösse vorgegeben. Zudem sind die Titel sowie gewisse Fixtexte definiert („Wann darf ... nicht angewendet werden?, Wann ist bei der Einnahme/Anwendung von ... Vorsicht geboten?, Informieren sie Ihren Arzt oder Apotheker, wenn Sie an anderen Krankheiten leiden, Allergien haben usw.). Ein Ausdruck einer originellen Idee ist bei den Arzneimittelinformation nicht erkennbar, da die gesetzlichen Voraussetzungen kei-

ne originellen Ideen zulassen. Es ist auch kein gestalterisches Tätigwerden erkennbar, das den menschlichen Geist zum Ausdruck bringt, da die von Swissmedic approbierten Arzneimittelinformationen von der Documed AG in der gesetzlich geforderten Form veröffentlicht werden. Daher können die Arzneimittelinformationen kaum als Ergebnis geistigen Schaffens im Sinne des URG bezeichnet werden.

41. Zudem muss festgestellt werden, dass auch der individuelle Charakter der Arzneimittelinformationen verneint werden muss, obwohl keine absolute oder auffallende Originalität verlangt wird und bereits die Unterscheidbarkeit aufgrund des individuellen Zuges ausreichen würde. Arzneimittelinformationen sind medizinische Texte, die durch die gesetzlichen Vorschriften schematisch aufgebaut werden müssen. Dadurch sind Arzneimittelinformationen immer gleich aufgebaut. Eine Unterscheidbarkeit aufgrund des individuellen Zuges ist daher zwischen den einzelnen Arzneimittelinformationen nicht ersichtlich. Damit ist auch schon gesagt, dass es an der statistischen Einmaligkeit fehlt. Da jede Arzneimittelinformation durch gesetzliche Vorschriften gleich aufgebaut ist, haben alle dieselben charakteristischen Züge.

42. Aufgrund der gemachten Erläuterungen wird klar, dass es sich bei den Fach- und Patienteninformationen nicht um Werke im Sinne des URG handelt. Daher können auch an den von der Documed AG bearbeiteten Arzneimittelinformationen keine Werke zweiter Hand entstehen.

43. Weiter ist zu prüfen, ob es sich beim Arzneimittelkompendium allenfalls um ein Sammelwerk handelt. Diese gehören zu den vom URG ausdrücklich geschützten Werken, sofern es sich bezüglich der Auswahl und Anordnung um geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter handelt (vgl. Art. 4 URG). Der individuelle Charakter zeigt sich dabei bei der Auswahl und Darstellung. Die Themen und Inhalte von Sammelwerken müssen über Terminologien, d.h. juristische, technische, künstlerische, wissenschaftliche oder andere Fachausdrücke, individuell ausgewählt werden (TROLLER, a.a.O, S. 129).

44. Die Documed AG veröffentlicht Arzneimittelinformationen der Zulassungsinhaber gegen Entgelt. Sobald der Vertrag zwischen ihr und einem Zulassungsinhaber zu Stande kommt, besteht für die Documed AG kein Spielraum mehr, da sie vertraglich zur Publikation der Arzneimittelinformation verpflichtet ist. Die Documed AG hat bezüglich der Auswahl der Arzneimittelinformationen daher keine freie Auswahl. Die Arzneimittelinformationen sind aus praktischen Gründen in alphabetischer Reihenfolge angeordnet, weshalb es auch bezüglich der Anordnung nicht um geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter handelt. Daher kann festgestellt werden, dass es sich beim Arzneimittelkompendium nicht um ein Sammelwerk im Sinne des URG handelt. Die Wettbewerbskommission hat sich bezüglich regulierter Verzeichnisdaten bereits in diesem Sinne geäussert (RPW 2005/1, S. 90 ff.).

45. Zusammenfassend wird festgestellt, dass sich die Documed AG weder bei den bearbeiteten Arzneimittelinformationen noch beim Arzneimittelkompendium auf Urheberrechtsschutz berufen kann. Diese Meinung wird durch das noch

nicht rechtskräftige Urteil vom 20. Januar 2004 des Zivilgerichtspräsidiums Basel-Stadt gestützt. Das Gericht führte in der Aufhebung der vorsorglichen Verfügung des Zivilgerichtspräsidiums vom 17. Dezember 2003 aus, eine Urheberrechtsverletzung seitens der ywesee GmbH läge nicht vor, weil sich die Documed AG nicht auf Urheberrechtsverletzung berufen könne. In diesem Sinne hat sich auch das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE) am 12. November 2004 im Rahmen der erbetenen Amtshilfe gemäss Art. 41 KG geäussert.

46. Aufgrund der gemachten Überlegungen liegen keine vorbehaltenen Vorschriften vor, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen Wettbewerb nicht zulassen. Das Kartellgesetz ist somit anwendbar.

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

47. 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).

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

48. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerber, Anbieter oder Nachfrager) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

49. Um festzustellen, ob sich die Documed AG tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.3.1.1 Relevanter Markt

B.3.1.1a Sachlich relevanter Markt

50. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaft und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4], der hier analog anwendbar ist).

51. Die Marktgegenseite zur Documed AG bilden sowohl die Pharmaunternehmen, die die Arzneimittelinformationen publizieren wollen, als auch die Fachpersonen, die schliesslich die Zielpersonen des Kompendiums sind. 34'000 Fachpersonen erhalten das Kompendium aufgrund der Weisung von Swissmedic jedoch kostenlos und unaufgefordert von der Documed AG, weshalb der sachlich relevante Markt so zu definieren ist, dass er die Publikation der Fach- und Patienteninformationen für sämtliche in der Schweiz zugelassenen Arzneimittel der gedruckter Version und der Onlineversion umfasst.

B.3.1.1b Räumlich relevanter Markt

52. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 3 Abs. 3 lit. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).

53. Bisher haben die Pharmaunternehmen diese Leistung nur in der Schweiz nachgefragt, weshalb von der Schweiz als räumlich relevantem Markt auszugehen ist.

B.3.1.2 Marktstellung

B.3.1.2a Aktuelle Konkurrenz

B.3.1.2a.a Gedruckte Version

54. Da die Documed AG als erste die Publikation in gedruckter Form angeboten hat, ist sie im Besitz sämtlicher Arzneimittelinformationen. Damit ein anderer Verleger diese Dienstleistung anbieten kann, bedarf er vorerst die alten Daten von der Documed AG. Der Leiter der Documed AG hat am Treffen vom 11. März 2005 angegeben, dass die Documed AG für diese Datenbank mindestens CHF 100'000.- verlangt (vgl. auch Rz. 66-72). Aufgrund dieser Tatsache hat es sich ergeben, dass die Documed AG bezüglich der gedruckten Version der Fachinformationen ein Monopol inne hat.

B.3.1.2a.b Onlineversion

55. Für die Onlinepublikation der Fach- oder Patienteninformationen erfüllt die ywesee GmbH die im Swissmedic-Journals aufgeführten Voraussetzungen. Die Evaluation der Fragebogen hat jedoch ergeben, dass bei 23 % der Pharmaunternehmen Verwirrung darüber herrscht, wer die geforderten Voraussetzungen nun erfüllt und wer nicht. Hinzu kommt, dass diese Unternehmen der Ansicht sind, Swissmedic müsse ein Publikationsorgan formell anerkennen, wie es dies gemäss RLA getan hat. Mit Inkrafttreten des HMG ist die Rechtsgrundlage für eine formelle Anerkennung weggefallen (vgl. Rz. 5), was gewissen Unternehmen jedoch nicht bekannt ist.

56. Aufgrund der in den Fragebogen gemachten Aussagen publizieren alle Pharmaunternehmen, ausser der Dr. Grossmann AG, die Onlineversion der Arzneimittelinformationen bei der Documed AG. Obwohl die ywesee GmbH bezüglich der Onlineversion aktuelle Konkurrenz darstellt, übt diese keine disziplinierende Wirkung aus.

57. Zwar hat die ywesee GmbH die Daten des Arzneimittelkompendiums der Documed AG kopiert, um die Daten selbst online zur Verfügung zu stellen. Dies hatte für die ywesee GmbH ein gerichtliches Verfahren zur Folge (vgl. Rz. 13). In der Zwischenzeit hat die ywesee GmbH einen Vertrag mit der e-mediat AG abgeschlossen. Diese Daten darf die ywesee GmbH jedoch lediglich in ihr eigenes Softwareprodukt integrieren. Die Gewährung des Online-Zugriffs für Dritte oder

der Vertrieb an Dritte sind untersagt (vgl. Rz. 68). Hinzu kommt noch, dass die Pharmaunternehmen ihre Arzneimittelinformationen noch nicht direkt bei der ywesee GmbH gegen Entgelt publizieren. Solange die ywesee GmbH keinen direkten Zugang zu den Rohdaten hat, ist sie nicht als ernstzunehmende Konkurrenz der Documed AG zu betrachten.

58. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass weder bei der gedruckten Version noch bei der Onlinepublikation der Arzneimittelinformationen aufgrund eines Vertrages mit den Pharmaunternehmen Konkurrenz zur Documed AG besteht. Bei der Onlinepublikation von selbst gesammelten Fach- und Patienteninformationen besteht nur wenig Konkurrenz.

B.3.1.2b potentielle Konkurrenz

B.3.1.2b.a gedruckte Version

59. Nachdem festgestellt worden ist, dass ein verschwindend kleiner aktueller Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht, stellt sich die Frage, ob in der nächsten Zeit mit Markteintritten zu rechnen ist.

60. Die Dr. Becker & Partner AG hat angegeben, dass sie von 1985 bis 2001 bereits ein gedrucktes Nachschlagewerk für komplementärmedizinisches Heilmittel der Schweiz publiziert hat. Aufgrund der faktischen Monopolstellung der Documed AG sind die Umsätze jedoch derart zurückgegangen, dass sie die Produktion einstellen musste. Sie hat jedoch angegeben, dass sie in Zukunft die Publikation wieder aufnimmt, sobald sich die Voraussetzungen auf dem Markt ändern. Welche Voraussetzungen für einen Markteintritt ihrerseits erfüllt sein müssten, hat sie nicht erwähnt.

61. Die Herausgabe der gedruckte Version eines Kompendiums sind gemäss Dr. Becker & Partner AG derart kostspielig, dass die Markteintrittsschranken zu hoch sind, als dass in nächster Zeit mit Markteintritten zu rechnen ist. Hinzu kommt, dass die Documed AG 34'000 Exemplare ihres Kompendiums gratis an Fachpersonen verschickt, was einen Markteintritt für potentielle Konkurrenten für die gedruckte Publikation nicht erleichtert, da die Gewinnaussichten geschmälert sind. Des weiteren zieht Swissmedic die öffentliche Ausschreibung der Publikation in Erwägung. Da Swissmedic in der Vergangenheit im Swissmedic-Journal festgehalten hat, dass ein Zulassungsinhaber, welcher die Arzneimittelinformationen bei der Documed AG veröffentlicht, die gesetzliche Publikationspflicht erfüllt (Swissmedic-Journal 2/2003, S. 90), könnten potentielle Konkurrenten der Ansicht sein, dass die Documed AG bei einer öffetnlichen Ausschreibung der Publikationsdienstleistung einen „Vorteil" haben könnte. Dies könnte mitunter auch ein Grund sein, der potentielle Konkurrent von einem Markteintritt abhalten würde. Aufgrund der gemachten Ausführungen ist daher im Bereich der gedruckten Version in nächster Zeit nicht mit potentieller Konkurrenz zu rechnen.

B.3.1.2b.b Onlineversion

62. Die dr-ouwerkerk ag hat CMT entwickelt, mit welchem die Pharmaunternehmen ihre Fach- und Patienteninformationen selbständig erfassen und publizieren können (vgl. Rz. 10). Mit dem Zugang zu diesem kostenpflichtigen Tool würden die Pharmaunternehmen im Bereich der Onlinepublikation selbst zu Konkurrenten der Documed AG werden. Bisher hat jedoch noch kein Unternehmen von CMT Gebrauch gemacht hat.

63. Es muss damit gerechnet werden, dass in nächster Zukunft kein Pharmaunternehmen von CMT Gebrauch macht, solange gewisse Unternehmen von der falschen Annahme ausgehen, dass ein Publikationsorgan einer formellen Anerkennung bedarf (vgl. Rz. 55).

B.3.1.2b.c Zwischenergebnis

64. Zusammenfassend muss festgestellt werden, dass online nur wenig aktuelle Konkurrenz besteht, die nicht genügend ist, damit sie sich disziplinierend auf das Verhalten der Documed AG auswirken würde. Zudem ist in nächster Zukunft nicht mit Markteintritten, sei es für eine online oder eine gedruckte Version, zu rechnen. Demzufolge gibt es Indizien dafür, dass es sich bei der Documed AG auf dem Markt für die Veröffentlichung von Arzneimittelinformationen um ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG handeln könnte.

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

65. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Nachfolgend wird geprüft, ob einige Voraussetzungen des nicht abschliessenden Beispielkatalogs von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt sind und ob die in Art. 7 Abs. 1 KG generellen Missbrauchskriterien erfüllt sind. Des Weiteren ist zu prüfen, ob sich ein Verhalten durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt (sog. „legitimate business reasons"). Soweit notwendig, wird dies im Anschluss an das jeweilige Kapitel getan.

B.3.2.a Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

66. Gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a fallen insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen in Betracht. Die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung kann eine missbräuchliche Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG darstellen (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Stämpfli Verlag AG Bern, 2005, Rz. 667).

67. Mit Schreiben vom 8. August 2001 hat die ywesee GmbH der Documed AG eine Offerte für IT-Dienstleistungen zum Data Mining des Documed-Kompendiums in zwei Varianten zu CHF 43'000.- bzw. CHF 53'000.- unterbreitet (Für jede einzelne Dienstleistung wurde ein bestimmter Betrag offeriert. Für die

Datenbank hat die ywesee GmbH CHF 5'000.- geboten.), welche die Documed AG mit E-Mail vom 21. August 2001 abgelehnt hat ohne eine Gegenofferte zu unterbreiten.

68. Am 6. Januar 2002 wurde zwischen der ywesee GmbH und der e-mediat AG ein „Vertrag zur Nutzung der GALDAT-DATEN (Der komplette Artikelstamm für alle Informatik Systeme im Gesundheitsmarkt) für Softwarehäuser" geschlossen. Die ywesee GmbH wird infolge dieses Vertrages berechtigt, die Daten in einem selbst entwickelten und/oder vertriebenen Softwareprodukt zu integrieren. Die Bereitstellung dieser Daten erfolgte kostenlos. Infolge dieses Vertrages ist die ywesee GmbH jedoch auch nicht berechtigt, Dritten den Online-Zugriff zu gewähren oder die GALDAT-DATEN an Dritte zu vertreiben. Um die Berechtigung zum Vertrieb an Dritte zu erhalten, müsste die ywesee GmbH eine zusätzliche Vereinbarung mit der Documed AG abschliessen.

69. Die ywesee GmbH hat ihre am 8. August 2001 unterbreitet Offerte (vgl. Rz. 67) mit E-Mail vom 4. April 2003 nochmals wiederholt, worauf die Documed AG die Offerte weder akzeptiert hat noch eine Gegenofferte unterbreitet hat. Mit E-Mail-Verkehr vom 7. September 2004 bis 29. September 2004 wurden zwischen den Parteien erneut Vertragsverhandlungen geführt. Die ywesee GmbH hat der Documed AG für die Fach- und Patienteninformationen (die von Swissmedic approbierten Rohdaten ohne die documedspezifischen Zusatzinformationen) CHF 5'000.- angeboten. Die Documed AG hat nun ihrerseits eine Offerte unterbreitet, wonach sie für die Weitergabe der von ihr bearbeiteten Daten eine Lizenzgebühr verlangt. Zu diesem Zeitpunkt muss das Sekretariat davon ausgehen, das im Oktober 2004 ein Treffen zwischen den Parteien stattgefunden hat, dass jedoch keine Einigung gebracht hat. Es stellt sich nun die Frage, ob das Verhalten der Documed AG eine missbräuchliche Verweigerung von Geschäftsbeziehungen darstellt.

70. Grundsätzlich besteht für marktbeherrschende Unternehmen kein Kontrahierungszwang. Daraus resultiert, dass für die Documed AG keine Verpflichtung bestehen würde, die Geschäftsbeziehung mit der ywesee GmbH aufzunehmen. Sollte die Documed AG jedoch über eine wesentliche Einrichtung verfügen, die für potentielle Konkurrenten für die Publikation der Arzneimittelinformationen unentbehrlich wäre, so würde eine Verweigerung der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen einen Missbrauch darstellen. In einem solchen Fall würde sich ein Kontrahierungszwang ergeben.

71. Die Pharmaunternehmen haben beinahe geschlossen angegeben, dass sie an einem möglichst vollständigen Kompendium interessiert sind, da dadurch die Übersicht für alle Ärzte über alle registrierten Medikamente gewährt ist. Zudem gehen wir davon aus, dass auch die Ärzte an einem, zumindest was die Arzneimittel in ihrem Spezialisierungsbereich anbelangt, vollständigen Arzneimittelkompendium interessiert sind. So ist die Arzneimittelsicherheit gegeben und die Pharmaunternehmen erzielen indirekt einen gewollten Marketingeffekt. Daher sind aktuelle und potentielle Konkurrenten auf die Datenbank (lediglich die von Swissmedic approbierten Rohdaten) angewiesen, um als Alternativanbieter zur Documed AG für die Publikation von Arzneimittelinformationen

zu gelten. Die Datenbank ist daher als eine wesentliche Einrichtung zu betrachten.

72. Da sich die Documed AG weigert die Vertragsverhandlungen über die Rohdaten zu führen und sich dadurch auch weigert den Zugang zu den Rohdaten zu gewährleisten, könnte es sein, dass sie aktuelle und potentielle Konkurrenten durch ihre marktbeherrschende Stellung in der Aufnahme des Wettbewerbs behindert. Sollte sich diese Annahme bestätigen, wäre der Tatbestand von Art. 7 KG erfüllt. Zudem sind mit dem jetzigen Informationsstand keine sachlichen Rechtfertigungsgründe ersichtlich.

B.3.2.b Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Bedingungen

73. Das Kartellgesetz hat nicht zum Zweck für angemessene Preise zu sorgen. Es hat vielmehr den funktionsfähigen Wettbewerb zu fördern, in dessen Rahmen sich aus dem Spiel von Angebot und Nachfrage Wettbewerbspreise einstellen sollen. Daher greift das Kartellgesetz dort ein, wo der Missbrauch von Marktbeherrschung das freie Spiel von Angebot und Nachfrage und damit die Preisbildung durch den Wettbewerb beeinträchtigt (ZÄCH, a.a.O., Rz. 693).

74. Ein Preis gilt als unangemessen, wenn er in keinem Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung steht. Die Ermittlungen des Sekretariates haben ergeben, dass 49 % der befragten Pharmaunternehmen der Ansicht sind, dass die Preise der Documed AG für die Publikation der Arzneimittelinformationen zu hoch sind.

75. Die Kosten für die Publikation von Fachinformationen für das erste Produkt betragen gemäss den allgemeinen Vertragsbedingungen der Documed AG CHF 900.-, je CHF 765.- vom 2. bis zum 10. Produkt, je CHF 738.- vom 2. bis zum 30. Produkt, je CHF 711.- vom 2. bis zum 60. Produkt, je CHF 684.- vom 2. bis zum 90. Produkt. Vom 2. bis über 90 Produkte wird der Preis nach Absprache vereinbart. Für die Publikation der Patienteninformationen beträgt das erste Produkt CHF 280.-, vom 2. bis zum 10. Produkt je CHF 231.-, je CHF 210.- vom 2. bis zum 30. Produkt, je CHF 189.- vom 2. bis zum 90. Produkt. Vom 2. bis über 90 Produkte wird der Preis wiederum nach Absprache vereinbart.

76. Mit Mengenrabatten kann höchstens CHF 216.- bzw. CHF 91.- pro veröffentlichte Arzneimittelinformation eingespart werden, sofern nicht über 90 Produkte veröffentlicht werden. Bereits 1990 wurde in den Erwägungen der Verfügung vom 12. Juli 1990 der IKS festgehalten, die Industriedelegation habe die Documed AG aufgefordert, Mittel und Wege zu prüfen, wie Kosten eingespart werden können.

77. Ausserdem werden 34'000 Exemplare kostenlos an Fachpersonen verschickt. Alle von den Fachpersonen zusätzlich angeforderten Exemplare werden zum Vorzugspreis von CHF 150.- abgegeben. Der Preis im Buchhandel beträgt CHF 295.-. Es ist fraglich, ob diese Einnahmen die Kosten für die Arzneimittelpublikationen zu decken vermögen.

78. Gemäss Jahresrechnung per 31. Dezember 2003 erzielte die Documed AG einen Betriebsertrag von CHF [...] und einen Jahresgewinn von CHF [...]. Im Jahr 2004 erzielte sie einen Betriebsertrag von CHF [...] sowie einen Jahresgewinn von CHF [...].

79. Das Sekretariat hat das Institut für Veterinärpharmakologie und -toxikologie als Vergleich herangezogen. Dieses Institut bearbeitet Daten für das Tierarzneimittelkompendium (TAK). Es handelt sich also um ein vergleichbares Produkt. Fraglich ist lediglich, ob der Aufwand für das Humanarzneimittelkompendium nicht erheblich höher einzustufen ist und dadurch eine Vielzahl an angestellten Personen notwendig ist.

80. Diese Tierarzneimittelkompendium umfasst für das Jahre 2005 1'100 Tierarzneimittel. Im Gegensatz zur Documed AG, die die Arzneimittelinformationen von den Zulassungsinhabern erhält, werden die Tierarzneimittelinformationen von Swissmedic an das Institut für Veterinärpharmakologier und - toxikologie weitergeleitet. Das Humanarzneimittelkompendium zählt gemäss Angaben der Documded AG ca. 3'500 Fachinformationen. Dabei muss angeführt werden, dass die Documed AG ca. 1'000 Einträge von den Zulassungsinhabern in elektronischer Form erhält. Daher kann davon ausgegangen werden, dass die Documed mehr als doppelt so viele Einträge manuell eintragen muss als das Institut für Veterinärpharmakologie und -toxikologie. Des Weiteren müssen die Texte der Tierarzneimittelinformationen der Verkaufskategorie A und B in deutscher und in französischer Sprache eingetragen werden. Diejenigen Arzneimittel der Verkaufskategorie C, D und E sind zusätzlich noch in italienischer Sprache abzufassen (*www.swissmedic.ch*: Erläuterungen von Swissmedic zu den Anforderungen an die Arzneimittelinformation für Tierarzneimittel). Für die korrekte Übersetzung trägt die Firma, also der Zulassungsinhaber die Verantwortung. Gemäss Angaben der Documed AG wurden in den Jahren 2003 und 2004 je ca. 300 Übersetzungen in die französische Sprache vorgenommen. Wo sie den Text in beiden Sprachen erhalten hätten, seien sie für Prüfung und Korrektur zuständig gewesen. Das Institut für Veterinärpharmakologie und - toxikologie macht keine Übersetzungen, die Prüfung und allfällige Korrekturen muss das Institut für Veterinärpharmakologie und - toxikologie (nachfolgend Institut) jedoch für zwei bzw. für drei Amtssprachen vornehmen. Schliesslich haben die Recherchen des Sekretariates ergeben, dass zur gedruckten Version des Tierarzneimittelkompendiums keine Supplementa herausgegeben werden und auch keine CD-ROM erscheint. Infolge dieser Ausführungen ist der Aufwand für das Humanarzneimittelkompendium höher.

81. Der Direktor des Institut für Veterinärpharmakologie und -toxikologie hat zudem noch Schätzungen der Kosten die für Herausgabe des TAK notwendig sind, angegeben. Gemäss seiner Aussage kosten die Publikation einer Arzneimittelinformation CHF [...] (Kostenindex 1997). Da das TAK ca. 1300 Arzneimittelinformationen publiziert, betragen die Einnahmen für diese Dienstleistung ca. CHF [...]. Der Preis von CHF [...] sei jedoch sehr tief bemessen, so dass zur Zeit Vertragsverhandlungen mit Swissmedic bezüglich Unterstützungsbeiträgen geführt werden. Sollte sich Swissmedic weigern diese Beiträge zu zahlen, so müss-

ten diese Preise angehoben werden. Dabei geht er von einem Betrag von mindestens CHF [...] aus.

82. Auch bezüglich des Drucks und des Vertriebs hat der Direktor des Instituts Kostenschätzungen vorgenommen, obwohl der Vertrieb durch die Gesellschaft Schweizer Tierärzte vorgenommen wird und nicht durch sein Institut. Die Selbstkosten für die Druckversion des TAK schätzt er auf CHF [...] für 3000 Exemplare. Den Vertrieb dieser 3000 Exemplare schätzt er auf CHF [...]. Zu diesen Kosten müsse jedoch noch der Systemaufbau, der von Informatikstudenten durchgeführt wurde, hinzugerechnet werden. Diesen schätzt er auf CHF [...] pro Jahr auf fünf Jahre hochgerechnet, weshalb die Kosten für den Druck und den Vertrieb des TAK jährlich insgesamt CHF [...] betragen.

83. Für das Bearbeiten der Tierarzneimitteldaten sind drei Personen zuständig. Dabei ist eine Person für die Datenerfassung, eine Person für das Lektorat zuständig und eine Person befasst sich mit der EDV und Quality Control. Die Documed AG ihrerseits beschäftigt für die gleiche Arbeit 22 Personen mehr (vgl. Rz 7).

84. Aufgrund des grösseren Aufwandes erscheint es gerechtfertigt, für das Humanarzneimittelkompendium einige Personen mehr zu beschäftigen als für Tierarzneimittelkompendium. Ob dafür tatsächlich 22 Personen mehr benötigt werden, darf zumindest bezweifelt werden. Ausserdem benötigt jede Arzneimittelinformation, die von der Documed AG veröffentlicht wird eines Zulassungsentscheides gemäss Art. 15 HMG durch Swissmedic. Sollte aus wissenschaftlicher Hinsicht etwas problematisch sein, wird keine Zulassungsverfügung für das Medikament erteilt. Eine vertiefte Kontrolle durch zusätzliche Experten erscheint daher fraglich, nachdem ein Zulassungsentscheid ergangen ist.

85. Aufgrund dieser Überlegungen liegen Indizien vor, dass die Preise der Documed AG für die Publikation der Arzneimittelinformationen unangemessen sein könnten.

B.3.3 Ergebnis

Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Documed AG ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem sie sich weigert, die von Swissmedic approbierten Daten an die ywesee GmbH zu verkaufen. Zudem könnte sie unangemessene Preise erzwingen.

C SCHLUSSFOLGERUNGEN

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;

2. beschliesst die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Artikel 27 KG und holt hierzu das Einverständnis eines Mitglieds des Präsidiums ein.

WETTBEWERBSKOMMISSION SEKRETARIAT

Dr. Olivier Schaller
Vizedirektor

Jelena Majstorović, Fürsprecherin
Wissenschaftliche Mitarbeiterin

Kopie an: Kammerpräsidenten, Prof. Zäch.