

M E M O R A N D U M

VON:	Prof. Dr. Urs Saxer	AN:	Vips
------	---------------------	-----	------

IN SACHEN:	Galenica AG / HCI Solutions AG, Medikamenteninformationen		
------------	---	--	--

BETREFFEND:	Entscheid der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2016: Zusammenfassung und Beurteilung		
-------------	---	--	--

DATUM:	Zürich, 3. Juli 2017 <small>Dokument1 US/sp</small>		
--------	--	--	--

I. Allgemeine Bemerkungen

Das Sekretariat der Weko eröffnete im Jahr 2013 eine Untersuchung gegen die Galenica im Zusammenhang mit der Kommerzialisierung von elektronischen Patienteninformationen. Es handelte sich nicht um die erste kartellrechtliche Untersuchung: Schon im Jahre 2008 stellte die Weko fest, dass Galenica bzw. Documed auf dem Markt für die Publikation von Patienteninformationen online in einem vollständigen Werk als auch auf dem Markt für die Publikationen von Fachinformationen gedruckt und online in einem vollständigen Werk eine marktbeherrschende Stellung verfügt (vgl. RPW 2008/3 410). In der Folge kam es zu einer gütlichen Einigung zwischen der Galenica-Gruppe und der Weko, in deren Rahmen die Galenica bestimmte Verpflichtungen übernahm.

Verschiedene Anzeigen insbesondere auch von Konkurrenten waren 2013 Anlass für das Sekretariat der Weko, nochmals eingehendere Abklärungen vorzunehmen. Die vips beteiligte sich am Verfahren als sog. Dritte gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. b) Kartellgesetz (KG). Gestützt darauf konnte die vips eine Stellungnahme zum Verfahren abgeben, was mit Schreiben vom 21. Juni 2013 geschah. Im Zentrum stand hierbei die Bedeutung einer funktionierenden Arzneimittelinformationsplattform für alle betroffenen Stakeholder. An weiteren Untersuchungshandlungen hat sich vips nicht beteiligt.

Die Untersuchung, welche sich über mehrere Jahre hinweg erstreckte, führte zu einem Entscheid im Umfang von mehr als 120 Seiten. Dabei wurden die Galenica Töchter Galenica AG und HC Isolutions AG wegen eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verurteilt. Ihnen wurden bestimmte Verhaltensweisen verboten. Ferner sprach die Wettbewerbskommission eine Busse im Umfang von CHF 4.5 Mio. aus. Der Entscheid ist nicht rechtskräftig, sondern wurde weitergezogen. Trotzdem lassen sich ihm wichtige

Hinweise entnehmen. Es ist nicht anzunehmen, dass das Bundesverwaltungsgericht in den die Pharmaunternehmen interessierten Bereichen völlig anders entscheiden wird.

Im Zentrum der Untersuchung stand die Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen. Gegenstand der Untersuchung war die Frage, ob HCI, e-mediart und Documed eine marktbeherrschende Stellung missbrauchen, dies als Sammler elektronischer Medikamenteninformationen und Anbieter einer nahezu vollständigen Datenbank über in der Schweiz zugelassene Arzneimittel. Ein solcher Missbrauch ergab in der Folge gemäss der Entscheidung sich nicht in allen von der Weko geprüften Märkten, aber in einem Teil davon.

II. Ausgangslage

Der Entscheid schildert die gesetzliche Ausgangslage und geht von der bekannten Verpflichtung der Zulassungsinhaber aus, Arzneimittelinformationen zu publizieren. Früher geschah dies über das Arzneimittelkompendium. Dieses wurde von Documed betrieben. In der gedruckten Fassung gab es nur das Produkt von Documed, in einer elektronischen Fassung auch von Ywesee. Es bestand damit aufgrund der gesetzlichen Vorgaben damals praktisch einen Zwang, einen Vertrag mit diesen Anbietern abzuschliessen. Dann entschied das Bundesverwaltungsgericht, dass es keine genügende gesetzliche Grundlage für eine Publikationspflicht bei Dritten gebe. Als Folge dieses Entscheides etablierte Swissmedic eine neue Plattform, AIPS. Der Betrieb dieser Plattform wurde durch Swissmedic ausgeschrieben. Der Zuschlag erhielt HCI. AIPS ersetzte das Kompendium und war kostenfrei. Der Umfang der Information ist allerdings vergleichsweise bescheiden. AIPS ist kostenfrei downzuladen, auch durch die Datenveredler. In dieser Situation lancierte Galenica ein neues Angebot, die sog. INDEX-Datenbank, und forderte die Zulassungsinhaber auf der einen Seite und die Leistungserbringer, Versicherer etc. auf der anderen Seite auf, mit ihr neue Verträge abzuschliessen.

Der Entscheid behandelt in der Folge ausführlich die Rechtslage betreffend Medikamenteninformationen sowie weitere Informationen im Arzneimittel- und Gesundheitswesen (insbesondere die Refdatabse) sowie die Daten von Non-Pharma-Produkten. Der Entscheid zeigt zu Recht die grosse Bedeutung von Medikamenteninformationen für verschiedene Akteure im Gesundheitswesen auf, insbesondere auch in sog. veredelter Form. Kein Akteur kommt an diesen Daten vorbei. Daher werden diese Daten kommerzialisiert. Diese Kommerzialisierung erfolgt als Aggregation, Strukturierung und Codierung. Diese drei Vorgänge stellen eine Veredelung der Daten dar. Ziel ist es, dass die veredelten Daten abnehmerkreisgerecht von diesen über Softwareprogramme abgerufen werden können. Aus diesem Grunde kommt den Softwarehäusern eine wichtige Rolle zu.

Die Kommerzialisierung erfolgte durch HCI/e-mediart über sieben sogenannte INDEX-Produkte mit unterschiedlichen Informationen über verschiedene Produkte für unterschiedliche Kundenkreise (Spitäler, Drogerien, Ärzte, Apotheken etc.). Funktional ersetzt INDEX hierbei das frühere, ebenfalls von der Galenica-Gruppe betriebene System

Galdat. Die Daten werden entweder den Softwarehäusern verkauft, welche diese dann als Gesamtpaket den jeweiligen Kundenkreisen verkaufen. Oder es erfolgt einen Direktverkauf an die Endabnehmer, allerdings häufig mit den Softwarehäusern als Vermittler (getrennte Rechnungsstellung). Diese Daten werden dann von den Abnehmern für unterschiedliche Zwecke genutzt, z. B. für die Führung von Patientendossiers, die Beratung von Konsumenten, die für den Verkauf oder die Verschreibung von Arzneimitteln etc.

Im Vordergrund der Untersuchung stand die Frage unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmungen im Sinne von Art. 7 KG. Solche Verhaltensweisen können sich unter anderem in der Ausgestaltung von Verträgen sowie in der Preispolitik reflektieren. Die Weko untersuchte daher die Vertragsgestaltung sowie die Vertragspraxis von Documed bzw. e-mediat über die Jahre hinweg. Schon im Jahre 2008 hatte die Weko festgestellt, dass Documed eine marktbeherrschende Stellung hatte und durch die Diskriminierung von Handelspartner ihre Stellung missbrauchte. Entscheidend war hierbei, dass Documed sich angebliche Veränderungen im publizierten Text nach erstmaliger Publikation bezahlen liess, obschon gemäss den Angaben von Swissmedic 90% der Arzneimittelinformation unverändert blieben.

Erneuter Stein des Anstosses war die neue Vertragsgestaltung per 2013 und die Übergangslösung mit der Einführung von AIPS. Die Zulassungsinhaberinnen konnten die Hoffnung haben, dass mit der Einführung von AIPS die vertraglichen, kostspieligen Beziehungen mit Documed beendet werden könnten. Sie erhielten indessen Schreiben von Documed aufgrund derer sie den Eindruck haben mussten, sie müssten weiterhin hin eine vertragliche Beziehung mit Documed stehen. In der Folge führte Documed das neue Konzept, die INDEX-Datenbanken per 2013 ein, d. h. die kostenpflichtige Aufbereitung und Aufnahme von Arzneimittelinformationen im Rahmen neuer Verträge. Die vorgelegten Verträge waren komplex. Entscheidend war vor allem, dass die Zulassungsinhaberinnen nicht zwischen verschiedenen Paketen wählen konnten, sondern ein Vollpaket wählen mussten, ansonsten sie den Eindruck haben mussten, sie würden in massgebenden Informationsdatenbanken nicht vertreten sein. Sowohl die Zulassungsinhaberinnen als auch die Nachfrager von Informationen, d.h. die Leistungserbringer, Versicherer etc. mussten gewisse Vertragsbestimmungen akzeptieren, deren Kartellrechtskonformität zweifelhaft war. Daher wurden diese Bestimmungen von der Weko genauer geprüft.

III. Rechtliche Beurteilung

Bei der Prüfung der rechtlichen Aspekte stellt die Wettbewerbskommission eingangs fest, dass die Verpflichtung zur Publikation von Arzneimittelinformationen im AIPS nicht mit der Frage der Kommerzialisierung von Medikamenteninformationen zu tun hat. Diese Kommerzialisierung wird heilmittelrechtlich nicht geregelt. Es gibt daher in diesem Bereich keine Vorschriften, die den Wettbewerb nicht zulassen. In der Folge geht die Wettbewerbskommission auf die Frage unzulässiger Verhaltensweisen durch eine marktbeherrschende Unternehmung ein.

A. Marktdefinition und Marktbeherrschung

a) Marktdefinition

Wie immer in kartellrechtlichen Verfahren sind vorerst die Märkte zu definieren. Zu umschreiben ist der sachlich und der räumlich relevante Markt. Der sachliche relevante Markt umfasst alle Waren und Dienstleistungen, welche von der Marktgegenseite als substituierbar angesehen werden. Massgebend ist, ob aus der Optik der Marktgegenseite Waren und Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Die Marktgegenseite sind hier vor allem die Leistungserbringer, Vertriebsunternehmer und Kostenträger. Diese wollen Medikamenteninformationen für den Vertrieb, die Verschreibung, die Abgabe und Abrechnung von Arzneimitteln. Erforderlich sind hierbei veredelte, maschinenlesbare Daten. Der Bezug der Medikamenteninformation aus unveredelten Datensätze ist demgegenüber viel zu aufwändig. Daher ist einem sachlichen Markt für veredelte, maschinenlesbare Daten betreffend Medikamenteninformation auszugehen. Der räumlich relevante Markt ist die ganze Schweiz.

b) Zur Frage der Marktbeherrschung

In der Folge prüfte die Wettbewerbskommission, ob e-mediast/Documed bzw. HCI eine marktbeherrschende Stellung haben. Eine Marktbeherrschung liegt vor, wenn sich eine Unternehmung weitgehend unabhängig von Mitbewerberinnen und Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfrager verhalten kann. Im Markt für Arzneimittelinformationen war die Lage bis 2008 klar: Arzneimittelinformationen konnten ausschliesslich über das Kompendium von Documed publiziert werden. Damit hatte Documed eine marktbeherrschende Stellung. Der Markteintritt von Ywesee änderte daran nichts, da diese Unternehmung nur elektronisch publizieren konnte, was nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprach. Wegen dieser dominierenden Stellung haben auch die Softwarehäuser ihre Systeme und Schnittstellen auf e-mediast ausgerichtet. Kommt hinzu, dass e-mediast mit Galdat bis 2012 die einzige Anbieterin einer umfassenden, veredelten und maschinenlesbaren Datenbank für Medikamenteninformation war.

Wie nun die Untersuchung der Wettbewerbskommission zeigt, gibt es praktisch keinen aktuellen Wettbewerb unter Datenveredlern. Die strukturellen Hindernisse sind angesichts der jahrelangen Dominanz der Galenica Gruppe zu gross. Die Galenica verfügt auch über ganz andere finanzielle Mittel, und für die Softwarehäuser lohnt es sich schlichtweg nicht, ihre Software auch noch auf einen weiteren Anbieter anzupassen. Aus diesem Grunde ist Documed/e-mediast auf dem fraglichen Markt marktbeherrschend, was auch Anzahl der INDEX-Verträge und der geschätzte Marktanteil zeigt. Dieser beträgt bei den meisten Abnehmergruppen 100%. Ein potentieller Wettbewerb ist ebenfalls aus den genannten Gründen nicht absehbar. Ywesee hat sich nicht gegenüber den Leistungserbringern als Konkurrenz etablieren können. Entsprechend ist auch aus diesem Grund klar, dass die Galenica-Gruppe eine marktbeherrschende Stellung hat.

c) Relevanter Markt

In der Folge prüfte die Wettbewerbskommission den relevanten Markt gegenüber den Zulassungsinhaberinnen und Zulassungsinhaber. Für diese ist vor allem relevant, dass Leistungserbringer, Vertriebsunternehmer und Kostenträger Zugang zu Medikamenteninformationen haben. Entsprechend definiert die Wettbewerbskommission den sachlich relevanten Markt als Markt für den Zugang zu elektronischen Datensätzen betreffend Medikamenteninformation für die Leistungserbringer, Vertriebsunternehmer und Kostenträger. Wie die Wettbewerbskommission aufzeigt, ist es für die Zulassungsinhaber entscheidend, in den Datensätzen von Documed/e-mediart präsent zu sein. AIPs enthält demgegenüber keine veredelten Daten.

Wiederum ist der räumlich relevante Markt national zu definieren. Bei der Beurteilung der Marktstellung gegenüber den Zulassungsinhabern stellt die Wettbewerbskommission fest, dass der Marktanteil von Documed/e-mediart 100% beträgt, weil nur diese Unternehmung den von den Zulassungsinhaberinnen gewünschten Zugang zur Medikamenteninformation gewährleisten können. Entsprechend ist auch diesbezüglich die Galenica-Gruppe marktbeherrschend. Für potentiellen Wettbewerb sind die Marktzutrittsschranken zu hoch.

d) Formelle Feststellung einer Marktbeherrschung

Gestützt auf all diese Feststellungen stellt die Wettbewerbskommission formell eine Marktbeherrschung fest. Diese formelle Feststellung ist von Bedeutung mit Blick auf allfällige Zusammenschlussvorhaben/Fusionen. Das bedeutet, dass unabhängig von den Umsätzen eine Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben in den Märkten mit Marktbeherrschung besteht, in welche die Galenica-Gruppe involviert sein wird

B. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

a) Unzulässige Verhaltensweisen im Allgemeinen

In der Folge prüft die Wettbewerbskommission mögliche unzulässige Verhaltensweisen. Auszugehen ist hierbei von Art. 7 KG. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es gibt hierbei also den sog. Behinderungsmisbrauch und den Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmisbrauch. Abs. 2 von Art. 7 enthält dann einen Katalog von Beispielen unzulässiger Verhaltensweisen.

b) Keine unangemessene Preise

Die Wettbewerbskommission prüft vorerst die Frage der Erzwingung unangemessener Preise gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c) KG. Sie untersucht insbesondere, ob die Preise für die Aufnahme in die Datenbank von Documed/e-mediart erzwungen wurden und unangemessen waren.

Vorerst ist abzuklären, ob Druck ausgeübt worden ist, der sich Marktbeherrschung stützt und dem die Marktgegenseite nichts entgegenzusetzen hat. Mit anderen Worten wird geprüft, inwieweit auf die Zulassungsinhaber mit Bezug auf die Preise oder Geschäftsbedingungen Druck ausgeübt worden ist. Dabei ist vor allem auch zu berücksichtigen, dass für die Zulassungsinhaber die Aufnahme in die INDEX-Datenbanken von sehr grosser Bedeutung ist. Würden die Daten aus der INDEX-Datenbank genommen, so wäre dies für die wirtschaftliche Existenz unter Umständen verehrend.

Einen Druck sah die Wettbewerbskommission vor allem auch im Umstand, dass Documed/e-mediast ohne zwingenden Grund ein Qualitätslabel verwendete, das bei denjenigen Produkten- und Zulassungsinhaberinnen nicht zur Anwendung gelangte, welche keine Verträge abgeschlossen hatten. Dies führte zu einer Stigmatisierung von Produkten ohne das fragliche Label. Die Patientensicherheit liess die Wettbewerbskommission in diesem Zusammenhang nicht als Argument gelten. Von daher war für die Weko klar, dass in der Tat ein Druck im Sinne einer Erzwingung vorgelegen hat. Damit war die Frage der Unangemessenheit zu prüfen.

Offensichtlich ging das Sekretariat aufgrund der von ihr gewählten Methodik von einer solchen Unangemessenheit aus. Das Problem war indessen, dass die Preise sich nicht simulieren liessen in einer Art und Weise, wie wenn unverfälschter Wettbewerb bestehen würde. Angesichts dessen war für die Wettbewerbskommission nicht erstellt, dass unangemessene Preise verlangt werden. Entsprechend lag diesbezüglich keine Verletzung des Kartellgesetzes vor.

c) Unzulässige Vertragsklauseln gegenüber den Softwarehäusern

In der Folge prüft die Wettbewerbskommission, ob eine unzulässige Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e) KG vorlag. Hier ging es vor allem auch um das Verhältnis zu den Softwarehäusern. Diesen war es aufgrund von Vertragsklauseln untersagt, zusätzliche Partner- und Produktstammdaten auf dem Markt zu beschaffen. Vielmehr mussten sie exklusiv e-mediast ein Vorrecht gewähren. Ferner war es den Softwarehäusern untersagt, Daten Dritter in die XML-Strukturen von e-mediast zu implementieren. Durch diese Klausel wurde es den Softwarehäusern untersagt, die vorhandenen Strukturen für Produkte von anderen Datenveredlern bzw. für eigene Datenbanken zu verwenden, wenn Softwarehäuser selber die Daten veredeln wollten. Auf diese Art und Weise wurde sichergestellt, dass e-mediast weiterhin die Daten im kompletten Umfang liefern konnte. Daher wäre es z. B. nicht möglich gewesen, dass ein Softwarehaus die Medikamenteninformationen von einem Konkurrenten bezieht oder direkt aus dem AIPS lädt und dann selber veredelt, während e-mediast die Non-Pharma-Daten liefert. Praktisch ist dies eine Alleinbezugsbindung, wonach der Absatz aktueller und potentieller Konkurrenten eingeschränkt wird. Die Frage stellt sich nun, ob dies eine Wettbewerbsbehinderung darstellt.

Die Weko stellte hierzu fest, dass durch dieses Vorrecht von e-mediast es aktuellen oder

potentiellen Konkurrenten unmöglich gemacht werde, die Softwarehäuser mit diesen Daten zu beliefern; diese werden vom Markt verdrängt. Zugleich werden Marktzutrittschancen aufgebaut. Die potentiellen Konkurrenten müssen einen vollständigen Datensatz anbieten, sich könnten sich nicht auf neue Nachfragen spezialisieren. Dies stellen sehr hohe Hürden dar. Zugleich sind die entsprechenden vertraglichen Verpflichtungen mit Konventionalstrafe abgesichert. Die Softwarehäuser müssten bei potentiellen Konkurrenten völlig neue Software aufbauen. Dies macht ein Wechsel für Softwarehäuser völlig unattraktiv.

Daraus ergeben sich eindeutig wettbewerbswidrige Aspekte. Rechtfertigungsgründe für diese Klauseln sind keine ersichtlich. Daher gelangt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass auf diese Art und Weise der Absatz der Konkurrenten in missbräuchlicher Art und Weise eingeschränkt wurde.

d) Teilweise unzulässige Koppelungsgeschäfte

Als nächstes untersuchte die Weko die Frage des Vorliegens unzulässiger Kopplungsgeschäfte im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f) KG. Kopplungsgeschäfte liegen dann vor, wenn eine Verpflichtung besteht, beim Kauf eines Gutes ein anderes Gut mitzukaufen und das nachfragende Unternehmen wegen der Marktbeherrschung des Anbieters gar keine echten Wahlmöglichkeiten hat. Im zu untersuchenden Fall wurden zwei Koppelungen überprüft. So mussten Softwarehäuser, welche die Indexdaten als Datenstamm benützen bzw. Leistungserbringer, deren Softwarelösung auf den Indexdaten beruhen, sowohl die Medikamenteninformation als auch Daten von Non-Pharma-Produkten von e-mediat beziehen (sog. Datenbundling). Ferner wurde die Aufnahme von Arzneimittelinformationen in den Indexdatenbanken nur vorgenommen, wenn die Zulassungsinhaberinnen gleichzeitig die Dienstleistungen der redaktionellen Qualitätskontrolle, der technischen Aufarbeitung der Information und der Optimierung von Tabellen und Grafiken beziehen. Dies wird als sog. Modulebundling bezeichnet.

Das Datenbundling verunmöglicht es Leistungserbringern und anderen Abnehmern, im Rahmen einer Softwarelösung Teildatensätze von verschiedenen Anbietern zu beziehen, obschon Medikamenteninformationen und Datensätze von Non-Pharma-Produkten unterschiedliche Dienstleistungen sind. Dies ist Folge der Koppelung der Dienstleistungen durch die Galenica Gruppe. Trotzdem verneinte die Weko aufgrund einer eher kurzen und wenig überzeugenden Begründung das Vorliegen einer unzulässigen Koppelung. Der Hauptgrund war, dass eine Wettbewerbshinderung nicht vorlag, weil angeblich keine Nachfrage nach Teildatensätze bestanden habe. Damit fehlt es an einem Verdrängungseffekt. Das Datenbundling war und ist daher kartellrechtlich unbedenklich.

Demgegenüber gelangte die Weko beim Modulebundling zum Schluss, dass dieses eine Wettbewerbsbehinderung darstellte und dafür keine Rechtfertigungsgründe vorliegen. Massgebend dafür war, dass es sich um getrennte Dienstleistungen handelte, und die Zulassungsinhaberinnen selber oder durch Dritte eine redaktionelle Qualitätssicherung vornehmen konnten. Die Trennung ergebe sich auch aufgrund des Leistungskataloges. Die Bündelung führe zu einer Wettbewerbsbehinderung, denn auf diese Weise ist es

Documed/e-mediat möglich, Konkurrenten, die lediglich die Qualitätssicherung anbieten, zu verdrängen. Zudem müssen die Zulassungsinhaber Dienstleistungen beziehen, die sie vielleicht gar nicht wünschen. Eine Rechtfertigungsmöglichkeit sah die Weko nicht.

e) Keine Diskriminierung von Handelspartnern

Als nächstes prüfte die Weko die Frage der Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b) KG). Es stellte sich vor allem eine Frage der indirekten Diskriminierung, da Zulassungsinhaberinnen einen identischen Preis zu bezahlen haben unabhängig davon, ob aufgrund von Änderungen der Arzneimittelinformationen bzw. einer Neuaufnahme ein Arbeitsaufwand entstand oder nicht. 2008 hatte Documed bei der Frage der Aufnahme ins Kompendium einer einvernehmlichen Regelung zugestimmt, wonach für die gegenüber dem Vorjahr unveränderten Texte von Fach- und Patienteninformationen tiefere Preise verlangt werden mussten als für veränderte Texte.

Leider sind die Überlegungen der Weko wegen diverserer Abdeckungen (Geschäftsgeheimnisse) nicht vollständig nachvollziehbar. Ganz offensichtlich ist es aber dem Sekretariat nicht gelungen, diesbezüglich einen hinreichenden Nachweis zu führen. Daher liegt nach Ansicht der Weko keine Diskriminierung von Handelspartnern vor.

f) Keine unzulässige Preisunterbietung in Zusammenhang mit der AIPS-Ausschreibung

Schliesslich prüfte die Weko noch die Frage, ob sich HCI im Zusammenhang mit der Ausschreibung von AIPS unzulässig verhielt, indem sie die Mitbewerber für die Ausschreibung betreffend dem Preis unterbot. Dabei ist von der Feststellung auszugehen, dass es auch dem Marktbeherrscher nicht untersagt ist, tiefe Preise zu offerieren. Missbräuchlich ist aber die Preisunterbindung in Verdrängungsabsicht. Auch hier besteht das Problem darin, dass die massgebenden Erwägungen der Weko als Geschäftsgeheimnisse abgedeckt sind. Dies verunmöglicht eine Prüfung der Überlegungen der Weko weitgehend. Entscheidend war auf jeden Fall, dass es auch um die Kalkulation der Softwareentwicklung ging. Konkurrenten hätten die entsprechende Software erst neu entwickeln müssen. Documed/e-mediat konnten sich demgegenüber auf die bestehende Software stützen. Deren Entwicklungskosten wurden in der Preiskalkulation nicht mitberücksichtigt, was dazu führte, dass das Angebot günstiger war. Die Weko liess die Frage offen, ob diesbezüglich ein kartellrechtswidriges Verhalten vorliegt.

C. Massnahmen

Die Weko stellte also zumindest teilweise ein Verhalten von Documed/e-mediat fest, welches das Kartellgesetz verletzt. Damit stellt sich die Frage möglicher Massnahmen. Derartige Massnahmen können u. a. in Geboten, Verböten und finanziellen Sanktionen (Bussen) bestehen.

Mit Bezug auf die Alleinbezugsverpflichtung der Softwarehäuser gegenüber der Galenica-Gruppe und der weitgehenden Unmöglichkeit, zusätzliche Partner- und Produktstammdaten zu verwenden sowie die Untersagung der anderweitigen Verwendung der Struktur der Software sprach die Weko ein Verbot der entsprechenden Vertragsklauseln aus. Mit anderen Worten: Der Galenica-Gruppe sind derartige Alleinbezugsverpflichtungen der Softwarehäuser verboten. Dasselbe gilt mit Bezug auf das Modulebundling. Dies ist vor allem für die Pharmaindustrie von Bedeutung. Die Galenica wird verpflichtet, die Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Aufnahme der Medikamenteninformation in die Indices sowie andere Dienstleistungen entbündelt anzubieten. Zudem wird die Galenica-Gruppe verpflichtet, die redaktionelle und technische Qualitätskontrolle der Arzneimittelinformationen sowie den Upload der Arzneimittelinformation auf AIPS zu kostenbasierten Preisen anzubieten.

Ferner sprach die Wettbewerbskommission eine Busse von CHF 4.5 Mio. aus. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ist der Höchstbetrag 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dies ist aber der Maximalrahmen, der Basisbetrag. Die obere Grenze des Basisbetrages beträgt 10% des Umsatzes in den relevanten Märkten in der Schweiz, nicht der Gesamtumsatz.

Für die Wettbewerbskommission kam erschwerend hinzu, dass Galenica ein wettbewerbsrechtswidrige Strategie verfolgte mit dem Ziel, die Kontrolle über die Gesamtwertschöpfungskette zu sichern. Dies gelang ihr gerade in einer Zeit, in der es als Folge der Veränderung der Verhältnisse es Mitbewerber durchaus gelungen wäre, auf die fraglichen Märkte vorzudringen. Die Strategie ist hierbei aufgegangen. Ferner handelt es sich um einen wiederholten Verstoss. Mildernde Umstände lagen keine vor. Daher der relativ hohe Bussenbetrag.

IV. Würdigung

Um die Entscheidung der Weko umfassend würdigen zu können, wäre eigentlich auch eine Einblicknahme in die Untersuchungsakten erforderlich. Der Entscheid geht von bestimmten Tatsachen aus, welche von Galenica bestritten worden sind. Sofern allerdings diese Tatsachen stimmen, ist die Verurteilung der Galenica Gruppe keine Überraschung. Der Unterzeichnende war schon in den Jahren 2012/2013 befremdet über das Vorgehen der Galenica-Gruppe. Es scheint im Übrigen, dass das Sekretariat der Weko eine härtere Linie verfolgt hat als die Weko selber. Letztere hat im Zweifelsfall davon abgesehen, eine Verletzung des Kartellgesetzes anzunehmen. Damit stehen wohl auch die Chancen besser, dass der Entscheid vom Bundesverwaltungsgericht als nächsthöhere Instanz geschützt wird.

Dass die Weko vom Tatbestand der Marktbeherrschung ausgeht, ist keine Überraschung. Dies wird auch das Bundesverwaltungsgericht nicht anders sehen. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung wurde eigentlich nur in zwei Bereichen gesehen, bei den Konditionen gegenüber den Softwarehäusern (Bezugsverpflichtung) und mit Bezug auf das Modulebundling. Für die Pharmaindustrie ist vor allem zweiteres von Bedeutung. Die Galenica-Gruppe wird verpflichtet, die Leistungspakte zu differenzieren. Dies gibt

Pharmaunternehmen die Möglichkeit, auf einzelne Leistungen zu verzichten. Es bleibt abzuwarten, wie sich dies konkret auswirken wird.

Unter dem Gesichtswinkel der Patientensicherheit sehe ich keine Probleme der Entscheidung. Die Patientensicherheit ist nach wie vor gewährleistet. Ebenso bleibt gewährleistet, dass es mit Bezug Arzneimittelinformationen einen massgebenden Anbieter von derartigen Informationen gibt. Die konkreten Auswirkungen der Entscheidung dürften damit nicht allzu gross sein. Tendenziell profitiert die Pharmaindustrie von dieser Entscheidung.

Prof. Dr. Urs Saxer LL.M.