

- Neue Juristische Wochenschrift
- 1977
- Heft 15
- Rechtsprechung
- Ordentliche Gerichte
- Zivilrecht
- BGH
- BGH: †* Mißbräuchliche Preisgestaltung auf Arzneimittelmarkt - Valium

Titel

Fundstelle

BGH: †* Mißbräuchliche Preisgestaltung auf Arzneimittelmarkt - Valium NJW 1977, 675

†* Mißbräuchliche Preisgestaltung auf Arzneimittelmarkt - Valium

GWB § 22 I Nr. 2, IV

1. Zur Frage des relevanten Markts bei Arzneimitteln.
2. Ein Unternehmen kann eine überragende Marktstellung i.S. des § 22 I Nr. 2 GWB auch dann innehaben, wenn es wesentlichem Wettbewerb i.S. des Absatzes 1 Nr. 1 ausgesetzt ist, sofern es noch einen überragenden Spielraum in seinem Wettbewerbsverhalten besitzt.
3. Wird einem solchen Unternehmen eine mißbräuchliche Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung durch seine Preisgestaltung vorgeworfen, so ist für die Feststellung, daß es sich bei diesen Preisen nicht um im Wettbewerb gebildete Preise handle, unerheblich, ob das Unternehmen im übrigen wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist, sofern nur ein Preiswettbewerb ausgeklammert ist.
4. Die Frage nach der Mißbrauchsgrenze für eine solche Preisgestaltung stellt sich erst nach Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises; bei Feststellung der Mißbrauchsgrenze ist dem betroffenen Unternehmen eine von den Gesamtumständen abhängige Bandbreite zuzubilligen.

BGH, Beschluß vom 16. 12. 1976 - KVR 2/76 (KG)

Zum Sachverhalt:

Die Betroffene ist ein abhängiges Konzernunternehmen der weltweiten tätigen *R*-Organisation, die vorwiegend die Entwicklung, die Herstellung und den Verkauf von Arzneimitteln betreibt, wobei die Präparate Valium und Librium für sie von herausragender Bedeutung sind. Die Betroffene erzeugt und vertreibt diese in der Bundesrepublik Deutschland einschließlich West-Berlin. Nach Auffassung des *BKartA* ist die Betroffene für ihre Arzneimittel Valium und Librium keinem wesentlichen Wettbewerb, insbesondere keinem Preiswettbewerb, ausgesetzt und damit marktbeherrschend i.S. des § 22 I GWB. Es hat der Betroffenen u.a. aufgegeben, ihre Herstellerabgabepreise für Valium um 40% und für Librium um 35% zu senken. Auf die Beschwerde der Betroffenen hat das *KG* (NJW 1976, 856) - unter Zurückweisung der Beschwerde im übrigen - den Beschluß des *BKartA* teilweise aufgehoben und der Betroffenen untersagt, für die Präparate Valium und Librium höhere

Herstellerabgabepreise als 72% der jetzigen Preise zu fordern. Gegen diese Entscheidung haben sowohl die Betroffene als auch das *BKartA* selbständig die vom *KG* zugelassene Rechtsbeschwerde eingelegt.

Beide Rechtsbeschwerden waren sachlich begründet. Sie führten zur Aufhebung und Zurückverweisung an den *Kartellsenat* des *KG*.

Aus den Gründen:

... III. 1. Das *KG* hat den - ungeachtet der Bestimmung des § 22 V GWB - als Gebot gefaßten Beschluß des *BKartA* vom 16. 10. 1974 als sinngleich mit einem entsprechenden Verbot angesehen und dahin ausgelegt, daß der Betroffenen damit der Sache nach verboten worden sei, Herstellerabgabepreise zu fordern, die über einer bestimmten Mindestgrenze liegen. Darin liegt kein Rechtsfehler, wie der erkennende *Senat* in seinem Vitamin-B 12-Beschluß (NJW 1976, 2259 = BB 1976, 1238) für einen ähnlichen Fall im einzelnen ausgeführt hat.

Rechtliche Bedenken lassen sich - wie der erkennende *Senat* (NJW 1976, 2259 = BB 1976, 1238) ebenfalls bereits dargelegt hat - auch nicht daraus herleiten, daß die Verfügung des *BKartA* - in ihrer ursprünglichen Fassung wie auch in der durch den angefochtenen Beschluß des *KG* geänderten Fassung - nicht nur die konkret als mißbräuchlich beanstandeten Preise untersagt hat, sondern sich darüber hinaus auf den gesamten Preisbereich oberhalb der Mißbrauchsgrenze erstreckt. Die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des betroffenen Unternehmens wird dadurch nicht unzumutbar eingeengt, da - wie zunächst zu unterstellen ist - jede Preisforderung innerhalb des Mißbrauchsbereichs bei im übrigen unveränderter Sachlage unzulässig ist.

2. Zu Unrecht meint die Betroffene, der angefochtene Beschluß des *KG* sei schon deshalb aufzuheben, weil das *KG* unter Überschreitung seiner Entscheidungskompetenz den Beschluß des *BKartA* abgeändert und damit in unzulässiger Weise eine eigene Verfügung anstelle der des *BKartA* gesetzt habe. Das *KG* hat zwar die Mißbrauchsgrenze - abweichend vom *BKartG* - bei höheren Preisen festgelegt und dementsprechend den Beschluß des *BKartA*, der nach seiner Auslegung durch das *KG* die konkreten Preise der Betroffenen, einschließlich der bis zur (vom *BKartA* niedriger angesetzten) Mißbrauchsgrenze reichenden Preise untersagt hat, insoweit aufgehoben, als es seinerseits die Mißbrauchsgrenze höher angesetzt hat. Damit hat das *KG* jedoch keine neue eigene Untersagungsverfügung getroffen, sondern sich darauf beschränkt, den von ihm als unbegründet angesehenen Teil des kartellamtlichen Beschlusses aufzuheben. Eine solche - nach verwaltungsgerichtlichen

676



BGH: †* Mißbräuchliche Preisgestaltung auf Arzneimittelmarkt - Valium(NJW 1977, 675)

Grundsätzen zulässige - Teilaufhebung ist dem BeschwGer. in kartellrechtlichen Verwaltungssachen nicht verwehrt, wie der erkennende *Senat* ebenfalls im angeführten Vitamin-B 12-Beschluß dargelegt hat.

3. Entgegen der Meinung der Betroffenen liegt auch darin, daß das *KG* der Begründung der kartellamtlichen Verfügung nicht in vollem Umfang gefolgt ist, keine unzulässige

Auswechslung der Grundlage des vom *BKartA* erlassenen Verwaltungsakts. Das *BKartA* hat ein mißbräuchliches Verhalten der Betroffenen darin gesehen, daß diese ihre marktbeherrschende Stellung dazu mißbrauche, für ihre Arzneimittel Valium und Librium höhere Preise zu verlangen, als sie sich bei wesentlichem Wettbewerb bilden würden. Diese mißbräuchliche Ausnutzung ihrer marktbeherrschenden Stellung durch die konkrete Preisgestaltung der Betroffenen hat das *BKartA* zur Grundlage seiner Untersagungsverfügung nach § 22 V GWB (i.V. mit Abs. 4) gemacht. Von dieser Grundlage ist das *KG* nicht abgewichen, wenn es auch die maßgebenden Mißbrauchsgrenzen aufgrund einer teilweise abweichenden Bewertung höher angesetzt hat. Allein der Umstand, daß das *KG* in der Bewertung der hierfür maßgebenden Tatsachen teilweise zu einer abweichenden Beurteilung gekommen ist, enthält noch keine Auswechslung der Grundlage der Untersagungsverfügung. Die Betroffene verkennt insoweit, daß das BeschwGer. im Hinblick auf den in Frage stehenden, zur Grundlage der Verfügung gemachten Lebensvorgang grundsätzlich alle tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen und eigenverantwortlich zu würdigen hat (vgl. BGHZ 41, 42 [55] = NJW 1964, 925 - Fensterglas I).

IV. Nach Auffassung des *KG* ist die Betroffene marktbeherrschend i.S. des § 22 I Nr. 1 GWB, da sie keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sei; jedenfalls verfüge sie im Verhältnis zu ihren Mitbewerbern über eine überragende Marktstellung i.S. des § 22 I Nr. 2 GWB.

1. Den für diese Beurteilung relevanten Markt hat das *KG* ohne Rechtsverstoß auf die Arzneimittel Valium, Librium, Adumbran, Demetrim, Praxiten, Tranxilium, Tavor und Nobrium beschränkt.

a) Das *KG* ist dabei zutreffend davon ausgegangen, daß es für die Austauschbarkeit der Produkte nicht auf ihre physikalisch-technische oder chemische Identität, sondern auf ihre funktionelle Austauschbarkeit und zwar aus der Sicht der Verbrauchsdiskonten, also hier aus der Sicht der Verschreibungsgewohnheiten der niedergelassenen Ärzte ankommt (*BGH*, NJW 1976, 2259 - Vitamin B 12). Soweit das *KG* in diesem Zusammenhang für maßgebend erachtet hat, ob dem niedergelassenen Arzt „ohne weiteres“, d.h. „ohne eingehende ärztliche Erwägungen“ ein anderes Präparat als austauschbar erscheine, hat es - wie sich auch seinen weiteren Ausführungen ergibt - dies nicht im Sinn einer (bei einer ärztlichen Verschreibung sicher nicht in Frage kommenden) mehr oder weniger oberflächlichen und nur flüchtigen Verbraucherauffassung gemeint, sondern - wie bereits im vorangegangenen Vitamin-B 12-Verfahren (vgl. *BGH*, NJW 1976, 2259) lediglich zum Ausdruck bringen wollen, daß es weniger auf die chemisch-pharmakologische Beschaffenheit der Präparate als vielmehr auf die tatsächlich bestehenden Verschreibungsgewohnheiten der niedergelassenen Ärzte ankommt. Hiervon konnte aber das *KG* ohne Rechtsverstoß ausgehen, wie der erkennende *Senat* in seinem angeführten Beschluß vom 3. 7. 1976 (NJW 1976, 2259) ausgeführt hat.

Wenn das *KG* die in Frage stehenden Arzneimittel gleichwohl zunächst nach objektiv pharmakologischen Gesichtspunkten geprüft und aufgrund der sich daraus ergebenden Unterschiede bereits Gruppen von Arzneimitteln als nicht austauschbar mit den als Tranquillizern verwendeten Benzodiazepinen ausgeschieden hat, so kann das aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Nach den rechtsirrtumsfrei getroffenen Feststellungen des *KG* werden die Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte regelmäßig durch die (ihnen zugänglichen) objektiven wissenschaftlichen Erkenntnisse über Wirkqualitäten und Ähnlichkeiten der Arzneimittel beeinflußt. Eine von den gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnissen abweichende Handhabung bei der Verschreibung von Benzodiazepinen hat das *KG* nicht festgestellt. Die Betroffene beruft sich daher zu Unrecht auf den angeführten Beschluß vom 3. 7. 1976 (NJW 1976, 2259), in dem es um die Besonderheit ging, daß die

dort in Rede stehenden Vitamin-B 12-Präparate nicht nur bei entsprechenden Mangelkrankheiten, sondern in hohem Maße auch bei weiteren Indikationen angewandt wurden, obwohl insoweit die Anwendung als wissenschaftlich nicht begründet angesehen worden ist. Es unterliegt daher keinem Rechtsfehler, daß das *KG* im vorliegenden Fall zunächst aus pharmakologisch-wissenschaftlicher Sicht die einander gegenüberstehenden Arzneimittelgruppen geprüft und nur, soweit nicht bereits die sich daraus ergebenden objektiven Gesichtspunkte zu einer Klärung geführt haben, auf die subjektiven Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte zurückgegriffen hat.

... d) Ohne Erfolg rügt schließlich die Rechtsbeschwerde der Betroffenen, daß das *KG* ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen entschieden hat. Das *KG* hatte nach eigenem richterlichen Ermessen darüber zu befinden, ob es für die Beurteilung der hier erörterten Fragen hinreichend sachkundig war oder ob die Hinzuziehung eines Sachverständigen geboten war (BGHZ 50, 357 [363] = NJW 1968, 2376 - Zementverkaufsstelle Niedersachsen). Zwar kann ein Verfahrensverstöß darin liegen, wenn die Begründung der angefochtenen Entscheidung auf mangelnde Sachkunde schließen läßt (BGHZ 50, 357 = NJW 1968, 2376). Das ist aber hier nicht der Fall. Soweit die Betroffenen insoweit die mangelnde Sachkunde des *KG* und seine unzureichende Sachaufklärung rügt, greift sie im Ergebnis nicht diese, sondern in verfahrensrechtlich unzulässiger Weise die trichterliche Würdigung an.

2. Im Ergebnis zu Recht hat das *KG* das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der Betroffenen bejaht. Es mag zwar zweifelhaft sein, ob das *KG* diese marktbeherrschende Stellung schon ohne weiteres auf die Vermutung des § 22 III Nr. 2 lit. a GWB i.V. mit § 22 II sowie Absatz 1 Nr. 1 GWB stützen konnte, nachdem es einen „beachtlichen“ - wenn auch hauptsächlich auf Innovation und Werbung beschränkten - Wettbewerb festgestellt hatte. Doch braucht dem nicht weiter nachgegangen zu werden. Das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung ergibt sich jedenfalls aus der vom *KG* festgestellten überragenden Marktstellung der Betroffenen im Verhältnis zu ihren Mitbewerbern (§ 22 I Nr. 2 GWB). Dabei kann zugunsten der Betroffenen davon ausgegangen werden, daß sie auf dem hier relevanten Markt der angeführten 8 Arzneimittel wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist. Das Bestehen wesentlichen Wettbewerbs hat noch nicht ohne weiteres zur Folge, daß eine Anwendung des § 22 GWB ausscheidet. Zwar entfällt eine Anwendung des § 22 I Nr. 1 GWB. Doch kann gleichwohl - und das ist nach den Feststellungen des *KG* hier der Fall - die Betroffene eine - im Verhältnis zu ihren Mitbewerbern - überragende Marktstellung besitzen, so daß aufgrund dessen vom Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen ist (§ 22 I Nr. 2 GWB). Wie der erkennende *Senat* in seinem Beschluß vom 3. 7. 1976 (NJW 1976, 2259) ausgeführt hat, stehen die Tatbestände der Nrn. 1 und 2 alternativ nebeneinander; für die Bestimmung des Normadressaten nach Nr. 2 kommt es auf das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs nicht an. Zwar erfordert die Prüfung der Frage, ob die Betroffene im Verhältnis zu ihren Mitbewerbern eine überragende Marktstellung besitzt, eine Gesamtbetrachtung aller maßgebenden Umstände, insbesondere auch eine Berücksichtigung der auf dem relevanten Markt herrschenden Wettbewerbsverhältnisse (BGH, NJW 1976, 2259). Doch schließt das Vorliegen von Wettbewerb, und zwar auch von wesentlichem Wettbewerb (i.S. des § 22 I Nr. 1 GWB) das Bestehen einer überragenden Marktstellung der Betroffenen nicht aus, sofern sie noch einen überragenden Spielraum in ihrem Wettbewerbsverhalten besitzt. Das ist aber auch bei wesentlichem Wettbewerb noch möglich. Hiervon ist ersichtlich die gesetzliche Regelung ausgegangen; andernfalls hätte sich die Alternative der Nr. 2 überhaupt erübrigt.

Das *KG* hat - wenn auch nur hilfsweise unter dem Blickwinkel eines auf 154 Arzneimittel erweiterten relevanten Marktes - die überragende Marktstellung der Betroffenen bejaht. Es hat sich hierzu auf ihren Marktanteil, auf ihre Position als Marktführerin, auf ihre finanziellen und

technischen Ressourcen sowie auf die Bedeutung ihres Präparates Valium als das in der Bundesrepublik Deutschland am häufigsten verordnete Arzneimittel gestützt. Dem ist - für den hier relevanten, erheblich engeren Markt - im Ergebnis beizutreten. Dabei kann offen bleiben, ob den Ausführungen des *KG* allenthalben gefolgt werden kann (vgl. *Senat*, NJW 1976, 2259). Die grundsätzlich notwendige Gesamtbetrachtung aller maßgebenden Umstände setzt nicht voraus, daß alle den Wettbewerb und damit die Wettbewerbsstellung der Betroffenen möglicherweise beeinflussenden Gesichtspunkte in ihren Einzelheiten ermittelt werden. Es ist eine Frage des Einzelfalls, welche Gesichtspunkte entscheidend im Vordergrund stehen. Im vorliegenden Fall wird die Annahme einer - im Verhältnis zu den Mitbewerbern - überragenden Marktstellung der Betroffenen bereits durch die Feststellungen des *KG* getragen, daß die Betroffene auf dem hier relevanten Markt der angeführten 8 Arzneimittel - trotz des angeführten

677



BGH: †* Mißbräuchliche Preisgestaltung auf Arzneimittelmarkt - Valium(NJW 1977, 675)

Rückgangs - (immer noch) einen so hohen Marktanteil besitzt, daß dieser mit 44,65% nahezu die Vermutungsgrenze des § 22 III Nr. 2 lit. a GWB erreicht und erheblich den der nächststarken Mitbewerber (mit 28,08% und 13,94%) übersteigt, ferner ihr Präparat Valium das in der Bundesrepublik Deutschland am häufigsten verordnete Arzneimittel ist und bereits allein einen Marktanteil von 34,89% erreicht.

V. 1. Wie der erkennende *Senat* in seinem Vitamin-B 12-Beschluß (NJW 1976, 2259) ausgeführt hat, kann sich die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auch in der Preisgestaltung des marktbeherrschenden Unternehmens zeigen. Nach Meinung des *KG* mißbraucht die Betroffene ihre marktbeherrschende Stellung, soweit sie für ihre Arzneimittel Valium und Librium Preise verlangt, die höher als 72% ihrer geltenden Preise sind. Diese Beurteilung wird jedoch nicht von hinreichenden Tatsachenfeststellungen getragen.

2. Das *KG* ist der Auffassung, daß die von der Betroffenen verlangten Preise erheblich von den Preisen abwichen, die bei wirksamer Konkurrenz bestehen würden; eine wirtschaftliche Rechtfertigung für diese Preisunterschiede sei nicht vorhanden. Um den für diese Beurteilung maßgebenden wettbewerbsanalogen Preis, wie er sich bei funktionsfähigem Wettbewerb ergebe, zu ermitteln, hat das *KG* auf die - seiner Meinung nach in intensivem Wettbewerb gebildeten - Preise der niederländischen Arzneimittelherstellerin Firma *C* zurückgegriffen. Aufgrund der Unterschiede der für die Preisgestaltung maßgebenden Verhältnisse zwischen der Firma *C* und der Betroffenen hat das *KG* zu den *C*-Preisen prozentuale Zuschläge ausgeworfen, und zwar von 25% auf die Selbstkosten wegen der unterschiedlichen Kostenstruktur in den Niederlanden und in der Bundesrepublik Deutschland, ferner einen Forschungskostenzuschlag von 25% von dem auf die deutschen Marktverhältnisse (Kostenstrukturen) bezogenen Wettbewerbspreis und schließlich einen weiteren Zuschlag von 10% für allgemeine Nebenleistungen sowie den leistungsbedingten besonderen Ruf des *R*-Konzerns. Den so gewonnenen Vergleichspreis hat das *KG* den Preisen der Betroffenen gegenübergestellt und daraus den Schluß gezogen, daß ihre Preise im Schnitt in Höhe von 28,25% mißbräuchlich überhöht seien; dementsprechend hat es die Mißbrauchsgrenze auf 72% der geltenden Preise der Betroffenen festgesetzt. Zur Kontrolle hat das *KG* das so gefundene Ergebnis mit den Preisen der Firma *B* in Großbritannien, die nach seinen

Feststellungen unter den Preisen der Firma C liegen, verglichen. Es hat ferner zur Überprüfung seines weitgehend auf Schätzungen beruhenden Ergebnisses die Auswirkungen auf den Gewinn, die Rentabilität und die Konkurrenzfähigkeit der Betroffenen berücksichtigt. Auch daraus haben sich nach Auffassung des KG keine Bedenken gegen die verlangte Preisherabsetzung ergeben.

3. Diese Beurteilung des KG geht von seiner Feststellung aus, daß auf dem hier relevanten Markt der als Tranquillizer verwendeten Benzodiazepine (oben IV 1) ein Preiswettbewerb ausgeklammert sei und sich aus diesem Grund auf dem Inlandsmarkt kein Wettbewerbspreis gebildet habe. Dieser Ausgangspunkt ist rechtlich bedenkenfrei. Da der Betroffenen eine mißbräuchliche Ausnutzung ihrer marktbeherrschenden Stellung allein durch ihre Preisgestaltung vorgeworfen wird, ist es für die Feststellung, ihre Preise seien nicht im Wettbewerb gebildet, unerheblich, ob sie - wie das KG festgestellt hat - im Hinblick auf Innovation und Werbung einem „beachtlichen“ (gegebenenfalls sogar i.S. des § 22 GWB wesentlichen) Wettbewerb unterliegt, sofern nur der Preis Wettbewerb ausgeklammert ist. Das hat aber das KG ohne Rechtsverstoß festgestellt.

Es hat hierzu ausgeführt, der Wettbewerb finde hauptsächlich nur im Rahmen von Innovation und Werbung statt; auf dem Sektor des Preises werde keiner der in Frage kommenden Wettbewerber aktiv; die Preisgestaltung bei der Konkurrenz (Preisanhebungen bei Adumbran, Praxiten und Tranxilium; ferner Tavor und Demetrin rund 30% teurer als Valium) zeige vielmehr, daß ein Preiswettbewerb ausgeklammert werde. Auch die Betroffene habe den Preis nicht als Wettbewerbsmittel eingesetzt, sondern es, trotz hoher Umsatzrendite, vorgezogen, bei stagnierendem Umsatz und sinkenden Marktanteilen die Gewinne zu halten. Im übrigen, so hat das KG weiter dargelegt, sei es wegen der Preisunelastizität des Arzneimittelmarkts ohnehin fraglich, ob Preissenkungen der Betroffenen überhaupt eine beachtliche Umsatzausweitung erbringen und zu wirtschaftlichen Vorteilen führen könnten. Die langjährige Beibehaltung der Preise durch die Betroffene möge zwar wettbewerbsmäßig motiviert sein; sie sei aber bei der großen Umsatzausweitung seit der Markteinführung der fraglichen Arzneimittel in ihrer Auswirkung nur gering und nicht geeignet, einem echten Preis Wettbewerb gleichzukommen.

4. Das KG konnte danach ohne Rechtsverstoß davon ausgehen, daß die beanstandeten Preise der Betroffenen keine im Wettbewerb gebildeten Preise sind. Es hat es daher zutreffend für die Frage, ob die Betroffene ihre marktbeherrschende Stellung für ihre Preisgestaltung mißbräuchlich ausnutzt, entscheidend darauf abgestellt, ob die von ihr verlangten Preise erheblich über den Preisen liegen, die sich bei funktionsfähigem Wettbewerb bilden würden, und weiterhin, ob eine wirtschaftliche Rechtfertigung für die Preisgestaltung vorhanden ist. Dementsprechend hat es das KG mit Recht auf eine Gegenüberstellung der beanstandeten Preise mit den bei wirksamen Wettbewerb zu erzielenden Preisen abgestellt.

Nachdem das KG die Preisdifferenzierungen innerhalb des weltweit tätigen Konzerns, dem die Betroffene zugehört, als nicht hinreichend aussagekräftig für die Feststellung einer mißbräuchlichen Preisgestaltung erachtet hat, hat es sich im Ergebnis auf einen Vergleich der beanstandeten Preise der Betroffenen mit den seiner Meinung nach in intensivem Wettbewerb gebildeten Preisen der niederländischen Arzneimittelherstellerin C, die mit ihren Preisen in den Niederlanden unter denen der niederländischen Firma S liegt, beschränkt. Lediglich zur Kontrolle des aus diesem Vergleich bereits gewonnenen Ergebnisses einer mißbräuchlichen Preisüberhöhung von 28% bei Valium hat sich das KG noch mit den Preisen der Firma B in Großbritannien, die unter denen der Firma C liegen, befaßt und ebenfalls nur zur Überprüfung

seines Ergebnisses die Auswirkungen einer Preisreduzierung auf Gewinn, Rentabilität und Konkurrenzfähigkeit der Betroffenen berücksichtigt.

Dieser Ausgangspunkt unterliegt keinen rechtlichen Bedenken. Das vom *KG* zugrundegelegte Vergleichsmarktkonzept beruht auf der Überlegung, den Preis, der sich auf dem relevanten Markt bei funktionsfähigem Wettbewerb bilden würde, dadurch zu ermitteln, daß die auf einem vergleichbaren Markt im Wettbewerb gebildeten Preise als Beurteilungsgrundlage herangezogen werden, wobei den Preis beeinflussende Faktoren, insbesondere Unterschiede in der Marktstruktur mitberücksichtigt und durch entsprechende Zu- oder Abschläge ausgeglichen werden (vgl. BGHZ 59, 42 [46] = NJW 1972, 1369 - Stromtarif). Je geringer solche Unterschiede in der Marktstruktur sind, je näher also der Vergleichsmarkt dem relevanten Markt kommt, um so geringer sind naturgemäß die Unsicherheitsfaktoren für die mit jedem Vergleichsmarktkonzept notwendig verbundenen Schätzungen. Das gilt auch im Hinblick auf die Breite des zur Verfügung stehenden Vergleichsmaterials. Das schließt jedoch die Heranziehung eines Vergleichsmarkts mit verhältnismäßig beschränktem Vergleichsmaterial nicht grundsätzlich aus; doch muß aufgrund der sich dadurch ergebenden Unsicherheitsfaktoren nach der Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises für den relevanten Markt dem Betroffenen eine entsprechend erweiterte Bandbreite in seiner Preisgestaltung zugestanden werden; nur bei einer erheblichen Überschreitung des Wettbewerbspreises lassen sich mit hinreichender Sicherheit Rückschlüsse auf ein etwaiges mißbräuchliches Verhalten ziehen. Es unterliegt daher keinen rechtlichen Bedenken, daß sich das *KG* bei seinem Vergleichsmarktkonzept letztlich allein auf die Preise der niederländischen Arzneimittelfirma *C* beschränkt hat. Eine andere - im übrigen weitgehend trichterliche - Frage ist die, welche Bandbreite in einem solchen Fall angesetzt werden muß (s.u. V 5 c).

Ebensowenig kann aus Rechtsgründen beanstandet werden, daß das *KG* - nachdem es aufgrund seines Vergleichsmarktkonzepts den Preis ermittelt hat, der sich bei funktionsfähigem Wettbewerb auf dem relevanten Markt ergeben hätte - sein Ergebnis anhand der Auswirkungen einer Preisreduzierung auf Gewinn, Rentabilität und Konkurrenzfähigkeit der Betroffenen überprüft hat. Darin liegt keine unzulässige Verbindung der der Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises dienenden Kriterien mit denen, die der Ermittlung eines fiktiven Wettbewerbspreises dienen. Auf einen fiktiven Wettbewerbspreis hat es das *KG* nicht abgestellt. Daher kann sich die vom *BKartA* aufgeworfene Frage nicht stellen, ob unverhältnismäßig hohe Gewinne ein Indiz für eine auf mißbräuchlicher Ausnutzung der Marktstellung beruhende Preisgestaltung sind. Diese Frage läßt sich im übrigen nicht allgemeingültig beantworten, insbesondere dann nicht, wenn es - wie hier - um die Verwertung eines unter Patentschutz stehenden Erzeugnisses geht, bei dem also die Gewährung des gesetzlichen Ausschließlichkeitsrechts den Lohn des erfinderischen Fortschritts sicherstellen soll. Hierfür wird es, wie die Betroffene mit Recht geltend gemacht hat, weitgehend darauf ankommen, ob das Unternehmen mit hohen Anfangspreisen versucht, den Erfinderlohn

678



BGH: †* Mißbräuchliche Preisgestaltung auf Arzneimittelmarkt - Valium(NJW 1977, 675)

(Innovationsgewinn) möglichst schnell abzuschöpfen, oder ob es durch eine vorsichtige Preispolitik den Erfinderlohn erst im Verlauf einer längeren Verwertungszeit zu realisieren

sucht. Feststellungen in diese Richtung hat das *KG* - im Hinblick auf das von ihm zugrundegelegte Vergleichsmarktkonzept - nicht getroffen.

5. Dagegen unterliegt die Ermittlung des (mutmaßlichen) Wettbewerbspreises (auf der Grundlage des herangezogenen Vergleichsmarkts) in mehrfacher Hinsicht Bedenken:

a) Das *KG* hat - wovon für die Rechtsbeschwerdeinstanz auszugehen ist - unterstellt, daß die Firma *C* mit der Herstellung des von ihr vertriebenen, hier in Vergleich gesetzten Arzneimittels nach niederländischem Recht in ein Verfahrenspatent der Betroffenen eingegriffen habe. Diesen Umstand hat das *KG* für unerheblich angesehen, da es die Firma *C* als Patentverletzerin bewertet und einen Ausgleich dergestalt vorgenommen habe, daß es im Rahmen des Forschungskostenzuschlags auch die besonderen aus dem Patentschutz erwachsenden Interessen berücksichtigt habe. Auf dieser rechtlich an sich nicht zu beanstandenden Grundlage läßt der angefochtene Beschluß jedoch nicht erkennen, in welcher Form und Höhe dem Umstand Rechnung getragen ist, daß die zum Vergleich herangezogenen Preise solche eines Patentverletzers sind. Die Höhe des Forschungskostenzuschlags von 25% ergibt sich nach den Ausführungen des *KG* daraus, daß es den Höchstsatz der bei anderen Unternehmen festgestellten Forschungskostenanteile, nämlich 16,6% zugrundegelegt und diesen - mit Rücksicht auf den besonderen Erfolg des Arzneimittels Valium und die dadurch ermöglichte erhöhte Belastbarkeit dieses Präparats mit Forschungskosten - um 50% erhöht hat. Über die Auswirkungen des Umstands, daß die Firma *C* als Patentverletzerin behandelt werde, läßt sich aus dieser Berechnung nichts entnehmen. Sollte das *KG* gemeint haben, diesem Umstand sei bereits hinreichend durch den zugrundegelegten Forschungskostensatz Rechnung getragen worden, so könnte dem nicht beigetreten werden. Damit wird zwar berücksichtigt, daß die Firma *C* nicht nur allgemein, sondern auch auf dem hier in Frage stehenden Gebiet keine Forschung betreibt, während die Betroffene den aktiv forschenden Unternehmen zuzurechnen ist, die typischerweise höhere Kosten als bloß nachahmende Unternehmen haben; berücksichtigt ist damit ebenfalls, daß eine solche Forschung auch zu patentfähigen Erfindungen und damit - wie etwa im Fall des Arzneimittels Valium - zu einem entsprechenden Patentschutz führen kann; insoweit ist die Patentsituation, wie das *KG* mit Recht ausgeführt hat, bei den Wettbewerben nicht wesentlich anders als bei der Betroffenen. Darum geht es hier jedoch nicht, sondern um den bei der Berechnung des Forschungskostenzuschlags trotz des richtigen Ausgangspunkts dann letztlich doch nicht berücksichtigten Umstand, daß die Firma *C* als Patentverletzerin anzusehen ist und ihr - hier zum Vergleich zugrundegelegter - Wettbewerbspreis nach der Lebenserfahrung ein anderer ist als der eines ebenfalls nur nachahmenden Wettbewerbers, der sich aber von Eingriffen in fremde Schutzrechte freihält.

b) Bedenken unterliegt auch die Begründung, mit der das *KG* einen weiteren Zuschlag von 10% für allgemeine Nebenleistungen sowie für den leistungsbedingten besonderen Ruf der Betroffenen zugebilligt hat. Das *KG* ist zwar insoweit mit Recht davon ausgegangen, daß auch im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht ein alt renommiertes Unternehmen nicht auf das Preisniveau eines Billiganbieters herabgedrückt werden dürfe. Ein Zuschlag zu dem zugrundegelegten, in intensivem Wettbewerb gebildeten Preis auf einem Vergleichsmarkt kann aber aus diesem Grund nur dann gerechtfertigt sein, wenn der zugrundegelegte Wettbewerbspreis ein solcher zwischen Billiganbieter ist; dem Wettbewerb und dem Wettbewerbspreis muß sich auch das alt renommierte Unternehmen stellen. Daß es sich bei den hier zugrundegelegten Preisen der Firma *C* um Wettbewerbspreise eines Billiganbieters handelt, hat aber das *KG* nicht festgestellt.

Ebensowenig hat das *KG* festgestellt, daß diese Nebenleistungen und der damit zusammenhängende Werbeaufwand der Betroffenen auf allgemeinen strukturellen Unterschieden beruhen. Nach den Feststellungen des *KG* geht es insoweit vielmehr um individuelle Eigenschaften und Besonderheiten der Betroffenen; diese lassen aber eine Anpassung bei der Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises für den Inlandsmarkt nicht zu (vgl. BGHZ 59, 42 [47 f.] = NJW 1972, 1369 - Stromtarif). Eine andere, erst nach Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises zu prüfende Frage ist es, ob der Betroffenen - wenn sie diese individuellen Kosten bei ihrer Preiskalkulation in Rechnung stellt - der Vorwurf einer mißbräuchlichen Ausnutzung ihrer marktbeherrschenden Stellung gemacht werden kann. Die Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises begründet für sich allein noch nicht den Vorwurf der mißbräuchlichen Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung.

c) Das *KG* hat nicht verkannt, daß die Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises für sich allein noch nicht den Vorwurf der mißbräuchlichen Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung begründet. Es bedarf einer erheblichen Überschreitung des festgestellten wettbewerbsanalogen Preises, um daraus mit hinreichender Sicherheit entnehmen zu können, daß der verlangte Preis ungerechtfertigt und nur aufgrund der marktbeherrschenden Stellung durchsetzbar ist. Erst dann steht - sofern eine wirtschaftliche Rechtfertigung für diese Preisgestaltung nicht vorhanden ist - fest, daß die marktbeherrschende Stellung mißbräuchlich ausgenutzt worden ist.

Der angefochtene Beschluß läßt insoweit jedoch nicht eindeutig erkennen, ob das *KG* diesen Grundsätzen schon bei Ermittlung des für den relevanten Markt maßgebenden wettbewerbsanalogen Preises, also bei Ermittlung der erforderlichen Zuschläge zur Angleichung des Vergleichsmarktpreises an die strukturellen Erfordernisse des relevanten Markts, oder erst nach Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises hat Rechnung tragen wollen. Falls das *KG* gemeint haben sollte, aus den angeführten Gründen seien bereits die einzelnen Zuschläge jeweils entsprechend großzügig zu bemessen oder zu erhöhen, so könnte dem nicht beigetreten werden. Die jeweiligen Zuschläge, die sich zum Ausgleich struktureller Besonderheiten als notwendig erweisen, sind allein nach deren Maßgabe, wenn auch mit aller gebotenen Vorsicht und Sorgfalt, zu ermitteln. Erst wenn auf dieser Grundlage der für den relevanten Markt maßgebende wettbewerbsanaloge Preis ermittelt worden ist, stellt sich die Frage nach der Mißbrauchsgrenze, die notwendig erheblich über dem wettbewerbsanalogen Preis liegt. Dabei ist die den betroffenen Unternehmen zuzubilligende Bandbreite zwischen dem wettbewerbsanalogen Preis und der Mißbrauchsgrenze von den Gesamtumständen abhängig, und zwar nicht nur im Blick auf die individuelle Besonderheiten des betroffenen Unternehmens, die eine Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises rechtfertigen können (vgl. o. IV 5 b zu den Nebenleistungen), sondern auch mit Rücksicht auf Art und Umfang des zur Verfügung stehenden Vergleichsmaterials mit seinem sich daraus ergebenden Wert für die Beweisführung (vgl. o. IV 4).

Kr.

Anmerkung:

I. In seinem mit Spannung erwarteten Valium-Beschluß hatte der *BGH* zum zweiten Male Gelegenheit, sich mit der umstrittenen Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen einer *kartellrechtlichen Preiskontrolle* gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen auseinanderzusetzen. An der Entscheidung verdient folgendes hervorgehoben zu werden:

II. Anders als in der Entscheidung Vitamin B 12 (NJW 1976, 2259 m. Anm. *Reich*) hat der *BGH* im vorliegenden Fall die Stellung der Bf. als marktbeherrschendes Unternehmen bejaht.

1. Der *BGH* grenzt in der vorstehenden Entscheidung mit dem *KG* den *sachlich relevanten Markt* für Tranquillizer als einer speziellen Art von Psychopharmazeutika sehr eng ab und kommt damit unschwer zu der Feststellung, daß die Bf. mit ihren Produkten Valium und Librium aufgrund des hohen, umsatzmäßig zwar stagnierenden und mengenmäßig leicht zurückgehenden Marktanteiles eine beherrschende Stellung innehat. Dabei vollzieht der *BGH* eine gewisse Modifikation zu der von ihm in der Entscheidung Vitamin B 12 vorgenommenen sachlichen Marktabgrenzung, Maßgeblich sind für den *BGH* hier die *objektiven Indikationen* einschließlich Verträglichkeit, Toxizität und Nebenwirkungen, nicht die subjektiven Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte als „Verbrauchsdisponenten“. Im Rahmen des von der Rechtsprechung generell anerkannten *Bedarfsmarktkonzepts* wird es also weiter, besonders bei pharmazeutischen Produkten, im Einzelfall sehr Streitig sein, ob die Marktabgrenzung primär nach pharmazeutischen Gesichtspunkten oder nach subjektiven Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte vorgenommen werden soll. Der Vitamin-B 12-Beschluß weist in die zweite Richtung, die Entscheidung in Sachen Valium-Librium in die erste. Eine Lösung scheint nur möglich zu sein, wenn weder auf das eine noch auf das andere

679



BGH: †* Mißbräuchliche Preisgestaltung auf Arzneimittelmarkt - Valium(NJW 1977, 675)

allein abgestellt wird, sondern zuvörderst auf die *Interessen der Patienten als eigentlicher Verbraucher*. Die objektiven Indikationen können dafür ebenso ein ausreichendes Indiz sein wie die Verschreibungsgewohnheiten oder sonstige Umstände. Nicht zulässig sollte es sein, das eine Merkmal gegen das andere „auszuspielen“. Insoweit weist der Valium-Beschluß den richtigen Weg zur Fortentwicklung des Bedarfsmarktkonzepts (vgl. auch § 3 a I HeilmittelwerbeG i.d.F. durch das Arzneimittelgesetz v. 24. 8. 1976).

2. Der *BGH* bejaht eine marktbeherrschende Stellung der Betroffenen nach dem neu gefaßten § 22 I 2 GWB. Damit ist zum ersten Mal höchststrichterlich die Anwendung der Erweiterung des Marktbeherrschungskriteriums durch die Kartellnovelle von 1973 bestätigt worden. Im Vitamin-B 12-Beschluß hat ja der *BGH* die überragende Marktstellung gerade deswegen abgelehnt, weil das Sinken des Mengenanteiles auf einen Wettbewerb schließen lasse und die Wettbewerbsverhältnisse bei Ermittlung der überragenden Marktstellung nicht außer Betracht gelassen werden dürften (NJW 1976, 2259 [2261] m. krit. Anm. *Reich*; krit. auch *Hintze*, WuW 1977, 18; *Emmerich*, JuS 1977, 123; *Rebe*, JA 1977, 18; *Schöppe*, Betr 1977, 385).

3. *Nicht* befriedigen können die - zwar nicht entscheidungserheblichen, für die Fortbildung des Kartellrechts aber wichtigen - Äußerungen des *BGH* zur Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung nach der ersten Alternative in § 22 I GWB. Das *KG* hatte - wie das *BKartA* (WuW/E *BKartA* 1527) - seine Entscheidung hierauf gestützt und gerade in dem *Fehlen des Preiswettbewerbes* angesichts der Besonderheiten des Arzneimittelmarktes geschlossen, daß die Bf. keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sei und daher als marktbeherrschend angesehen werden müsse (NJW 1976, 856 [857]; *Reich-Tonner-Wegener*, Verbraucher und Recht, 1976, S. 47 ff.).

Der *BGH* spricht zwar im Zusammenhang mit dem Preismißbrauch davon (unter V 3), daß ein Preiswettbewerb auf dem fraglichen Markt nicht stattgefunden hat. Er meint jedoch, daß der sonst beachtliche, wenn auch hauptsächlich auf Innovation (welche?) und Werbung beschränkte Wettbewerb wohl ausreiche, um wesentlichen Wettbewerb i.S. von § 22 I 1 GWB bestehen zu lassen (anders ausdrücklich *BKartA*, WuW *BKartA* 1527 [1533 ff.]). Ob darin eine Rückkehr zur sogenannten „Mosaiktheorie“ liegt (wesentlicher Wettbewerb ist solange gegeben, wie noch ein Mosaikteilchen eines, wenn auch sonst beschränkten Wettbewerbs vorliegt, zum Beispiel Werbungs- und Produktdifferenzierungswettbewerb - dazu *Möschel*, Der Oligopolmißbrauch, 1974, S. 167), kann aus der Entscheidung nicht genau ermittelt werden. Nicht berücksichtigt hat der *BGH* dabei, welcher Schutzzweck in § 22 GWB verfolgt wird: Wenn es um den Schutz der Abnehmer und Verbraucher vor überhöhten Preisen geht, kann die Marktbeherrschung bereits darin liegen, daß der Preisparameter im Oligopol stillgelegt wird, denn dem Verbraucher kommt dann die wettbewerbliche Kontrolle des Preisverhaltens der Betroffenen nicht mehr zugute.

III. Die entscheidende Streitfrage des vorliegenden Falles war die der Festlegung einer *Mißbrauchsgrenze*, um der Betroffenen in einer kartellamtlichen Verfügung die Forderung bestimmter, als mißbräuchlich überhöht angesehener Preise zu untersagen. Wichtig erscheint zunächst die Klarstellung des *BGH*, daß fehlender Preiswettbewerb nicht durch andere Wettbewerbsformen „kompensiert“ werden kann; die Preiskontrolle scheitert also nicht am Bestehen sonstiger Wettbewerbselemente auf dem fraglichen Markt, zum Beispiel Werbe- und Produktwettbewerb. Dabei hat der *BGH* im wesentlichen das vom *KG* verwendete *Vergleichsmarktkonzept* akzeptiert, äußert jedoch Bedenken hinsichtlich der Berechnung des wettbewerbsanalogen Preises und geht davon aus, daß die Überschreitung des so ermittelten wettbewerbsanalogen Preises nicht allein mißbräuchlich ist.

1. Das Vergleichsmarktkonzept formuliert der *BGH* dahingehend, daß der Preis, der sich auf dem relevanten Markt bei funktionsfähigem Wettbewerb bilden würde, dadurch ermittelt wird, daß die auf einem vergleichbaren Markt im Wettbewerb gebildeten Preise als Beurteilungsgrundlage herangezogen werden, wobei den Preis beeinflussende Faktoren, insbesondere Unterschiede in der Marktstruktur mitberücksichtigt und durch entsprechende Zu- oder Abschläge ausgeglichen werden. Der *BGH* akzeptiert auch, daß für die Ermittlung dieses wettbewerbsanalogen Preises ausländische Konkurrenten, die erheblich unter den Preisen der Betroffenen liegen, herangezogen werden, auch wenn es sich dabei lediglich um ein Unternehmen handelt (Bedenken insoweit bei *Benisch*, WuW 1974, 801 ff.).

Bedenken hat der *BGH* allerdings hinsichtlich der Ermittlung der Zuschläge durch das *KG* erhoben, wobei er die in der Stromtarif-Entscheidung angeführte Unterscheidung zwischen strukturbedingten und unternehmensindividuell bedingten Kostenfaktoren (*BGHZ* 59, 42 = *NJW* 1972, 1369 [1371]; ähnlich *BGH*, *NJW* 1976, 713) wieder aufnimmt; die Zuschläge bzw. Abschläge dürfen sich dabei nur auf die strukturbedingten Faktoren beziehen, nicht auf die unternehmensbedingten. Im Energiebereich ist durch diese Notwendigkeit einer - in der Praxis kaum durchführbaren - Trennung die kartellamtliche Mitbrauchsaufsicht nach § 104 GWB weitgehend zum Erliegen gekommen (Hauptgutachten I der *Monopolkommission*: Mehr Wettbewerb ist möglich, 1976, Nr. 761). Ähnliches droht jetzt nach der Valium-Entscheidung des *BGH* für die Preiskontrolle nach § 22 GWB, ohne daß eine praktikable Alternative in Sicht ist; denn implizit verwirft der *BGH* auch das vom *BKartA* (WuW/E *BKartA* 1527 [1538 f.]) und *Knöpfe* (*BB* 1974, 862) erwogene Konzept einer Gewinnbegrenzung.

2. Anders als für das *KG*, und hierin liegt die eigentliche Bedeutung der Entscheidung, ist jedoch für den *BGH* nicht bereits jede Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises eine mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung i.S. von § 22 IV, V *GWB*. Der *BGH* läßt es auch nicht ausreichen, daß bei der Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises die Zuschläge „großzügig“ bemessen sind. Vielmehr muß das Kartellamt bzw. das *KG* im Beschwerdeverfahren eine *erhebliche* Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises feststellen (vgl. ähnl. *Benisch*, *WuW* 1974, 807; *Knöpfle*, Zulässigkeit und Einigung des Maßstabes des Als-ob-Wettbewerbs, 1975, S. 16 ff.; *Möschel*, *JZ* 1975, 396; *BB* 1976, 49; a.M. *Reich*, *NJW* 1974, 1357), wobei sich die Bandbreite sowohl aus den individuellen Besonderheiten als auch aus dem vorliegenden Vergleichsmaterial ergebe.

Von der Theorie des Vergleichsmarktkonzepts ist aber eine solche Unterscheidung zwischen dem wettbewerbsanalogen Preis und der Mißbrauchsgrenze nicht verständlich (richtig *KG*, *NJW* 1976, 858). Denn der Vorwurf gegen das marktbeherrschende Unternehmen liegt ja gerade darin, daß es sich in seinem Preisverhalten nicht durch den Wettbewerb habe kontrollieren lassen und daß es deshalb Preise fordere, die bei wirksamem Wettbewerb nicht durchsetzbar wären. Dieser wirksame Wettbewerb ergibt sich aber durch Herbeiziehung des Vergleichsmarktes. Fehlender Wettbewerb und mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung sind für die Theorie des Vergleichsmarktkonzeptes identisch. Hier nun noch einmal dem Marktbeherrscher eine zusätzliche Bandbreite zuzuerkennen, entbehrt der wettbewerbstheoretischen Logik. Die Preiskontrolle wird nämlich sonst durch lauter „Zuschläge“, „Bandbreiten“ und andere Verrechnungsposten letztlich auf das Niveau der Hochpreispolitik des Marktbeherrschers gedrückt. Der Mißbrauchsbegriff selbst verliert dadurch jeden wettbewerblichen Bezug und fällt dann mit dem der zivilrechtlichen „Sittenwidrigkeit“ zusammen (vgl. krit. *Reich*, *NJW* 1974, 1353; s. auch *BGH*, *BB* 1971, 1177).

IV. Insgesamt kann also die Entscheidung nicht befriedigen. Meine optimistische Einschätzung in *NJW* 1976, 2263, der Vitamin-B 12-Beschluß stelle den Anfangspunkt einer Fortentwicklung des Kartellrechts in Richtung Verbraucherschutz dar, ist durch den Valium-Beschluß dementiert worden. Anläßlich der angekündigten Beratungen einer Kartellnovelle ist der Gesetzgeber aufgerufen, den durch den Valium-Beschluß geschaffenen Rechtszustand ähnlich zu korrigieren, wie er es anläßlich des Teerfarben-Beschlusses (*BGH*, *NJW* 1971, 521) mit Einführung des § 25 I *GWB* getan hat. Dabei stehen ihm mehrere - umstrittene - Alternativen zur Verfügung: Einführung einer Meldepflicht von Preiserhöhungen marktbeherrschender Unternehmen (*Kriele*, *ZRP* 1974, 40; *Marken*, *BB* 1974, 583; *Reich-Tonner-Wegener*, S. 81 f.; Kritik im Sondergutachten der Monopolkommission, 1975, Nrn. 50 ff.); Verbesserung der Preistransparenz (Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel; 1976, S. 752 f.; Orientierungsrahmen '85 der SPD, Nr. 4.1.3); gesetzliche Definition der Mißbrauchsgrenze für Preisgestaltungen.

Professor Dr. Norbert Reich, Hamburg

