ECONSTOR
Make Your Publications Visible.

A Service of

ZBW Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
Leibniz Information Centre for Economics

Rosenbrock, Rolf

Book Part — Digitized Version

Konkurrenz auf dem Pharma-Markt

Provided in Cooperation with:
WZB Berlin Social Science Center

Suggested Citation: Rosenbrock, Rolf (1976) : Konkurrenz auf dem Pharma-Markt, In: Heinz Harald Abholz, Christian Gaedt, Frigga Haug, Barbara Nemitz (Ed.): Lohnarbeit, Staat, Gesundheitswesen, ISBN 3-920037-60-X, Argument-Verlag, Berlin, pp. 88-110

This Version is available at:
https://hdl.handle.net/10419/111951

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

WWW.ECONSTOR.EU

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

WZB
Wissenschaftszentrum Berlin
für Sozialforschung

WZB-Open Access Digitalisate

WZB-Open Access digital copies

Das nachfolgende Dokument wurde zum Zweck der kostenfreien Onlinebereitstellung digitalisiert am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung gGmbH (WZB).
Das WZB verfügt über die entsprechenden Nutzungsrechte. Sollten Sie sich durch die Onlineveröffentlichung des Dokuments wider Erwarten dennoch in Ihren Rechten verletzt sehen, kontaktieren Sie bitte das WZB postalisch oder per E-Mail:
Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung gGmbH
Bibliothek und wissenschaftliche Information
Reichpietschufer 50
D-10785 Berlin
E-Mail: bibliothek@wzb.eu

The following document was digitized at the Berlin Social Science Center (WZB) in order to make it publicly available online.
The WZB has the corresponding rights of use. If, against all possibility, you consider your rights to be violated by the online publication of this document, please contact the WZB by sending a letter or an e-mail to:
Berlin Social Science Center (WZB)
Library and Scientific Information
Reichpietschufer 50
D-10785 Berlin
e-mail: bibliothek@wzb.eu

Digitalisierung und Bereitstellung dieser Publikation erfolgten im Rahmen des Retrodigitalisierungsprojektes **OA 1000+**. Weitere Informationen zum Projekt und eine Liste der ca. 1 500 digitalisierten Texte sind unter http://www.wzb.eu/de/bibliothek/serviceangebote/open-access/oa-1000 verfügbar.

This text was digitizing and published online as part of the digitizing-project **OA 1000+**.
More about the project as well as a list of all the digitized documents (ca. 1 500) can be found at http://www.wzb.eu/en/library/services/open-access/oa-1000.

Rolf D. Rosenbrock

Konkurrenz auf dem Pharma-Markt*

Wer die Marktwirtschaft kritisieren will, tut gut daran, sie an ihren eigenen Ansprüchen zu messen. Das heißt, er muß untersuchen, ob und wie die einzelnen Konkurrenzformen (Parameter) wirken. Dabei kann davon ausgegangen werden, daß funktionierende Konkurrenz kein Selbstzweck, kein Wert an sich ist. Die unternehmerische Freiheit, die sie impliziert, soll auch nicht lediglich die Freiheit der Kapitalbesitzer und -verfüger sein, nach eigenem Gutdünken zu entscheiden und zu wirtschaften. Vielmehr stellt funktionierende unternehmerische Konkurrenz ein Konzept dar, mit dessen Hilfe die ordnungspolitischen Grundvorstellungen

— leistungsgerechte Einkommen,
— Konsumentensouveränität,
— optimaler Einsatz der personellen und sachlichen Ressourcen,
— Anpassungsflexibilität hinsichtlich Produktion und Sortiment,
— technischer Fortschritt und
— Machtkontrolle

realisiert werden sollen.

In diesem Konzept werden die dezentralen, am Gewinnstreben orientierten Unternehmensentscheidungen über den Marktmechanismus zum Nutzen der gesamten Gesellschaft im Sinne der genannten ordnungspolitischen Grundvorstellungen koordiniert, kontrolliert und korrigiert.

Die weitgehende Abstinenz des Staates in der Sphäre der unternehmerischen Entscheidungen sowie die grundsätzliche Spaltung der Bevölkerung in lohnabhängig Beschäftigte einerseits und Kapitalbesitzer und -verfüger andererseits gelten solange als gerechtfertigt, wie Konkurrenz und Marktmechanismus Ergebnisse hervorbringen, die den genannten ordnungspolitischen Vorstellungen entsprechen und damit im Interesse der Allgemeinheit liegen sowie die aus der Verfügung über Produktionsmittel resultierende Macht kontrollieren und in Grenzen halten[1].

Es ist daher zu untersuchen, ob auf dem Markt für Arzneimittel Konkurrenzverhältnisse herrschen, unter denen die genannten ordnungspolitischen Grundvorstellungen Realität werden können. Ausgangspunkt dieser Überlegungen bilden dabei weder die statische und in allen ihren Prämissen unrealistische Vorstellung der „vollkommenen Konkurrenz"[2] noch sonstige von der Realität abgehobene Modelle der Wirtschaftstheorie. Es wird vielmehr gefragt, welche Wettbewerbsparameter in welcher Richtung und mit welcher Intensität wirken. Insoweit wird der Argumentation der Vertreter der pharmazeutischen Industrie gefolgt, die immer wieder darauf hinweisen, daß das Funktionieren von Konkurrenz nicht allein am Preiswettbewerb abgelesen werden könne[3].

Als relevante Wettbewerbsparameter kommen dabei in Frage:
— Forschung und die aus ihr folgende Produktinnovation
— Produktqualität
— Information und Werbung sowie
— der Preis.

Für Forschung und Entwicklung gab die pharmazeutische Industrie im Jahre 1973 ca. 750 Mio DM aus[4]. Man kann aber nicht davon ausgehen, daß diese Mittel für Innovationsforschung verwendet worden wären: Produktkonkurrenz auf dem Arzneimittelmarkt spielt sich vorwiegend in der Form der beständigen Neuausbietung von Arzneispezialitäten mit überwiegend geringem, zweifelhaftem, keinem oder negativem Neuwert ab. Ende 1970 waren beim Bundesgesundheitsamt ca. 50 000 (Alt- und Neu-) Spezialitäten registriert. Von den zwischen 1961 und 1970 neu registrierten Arzneispezialitäten enthielten 94,9 % keinen neuen Wirkstoff. Es handelte sich dabei vielmehr um stoffliche Imitationen, geringfügige Variationen am Molekül, Kombinationspräparate, Veränderungen der Stärke, der Darreichungs- und Packungsform sowie der Warenzeichen.

Auch auf diesem Gebiet ist die Konzentration beträchtlich: Die fünf größten deutschen Pharma-Unternehmen verfügen über 70 % der Forschungsressourcen und ⅔ des Forschungspotentials, die elf führenden westdeutschen Unternehmen brachten zwischen 1961 und 1972 nicht weniger als 49 der 59 neu entwickelten Stoffe heraus. Jedoch entsprechen die Prioritäten dieser Unternehmen nicht den aus der Morbiditätsstruktur herleitbaren Bedürfnissen, vielmehr scheinen Marktlücken den Ausschlag zu geben: ⅔ der Mittel entfallen auf Antiinfektiva, Psychopharmaka, Schmerz-, Rheuma- und Gichtmittel sowie Herz-Kreislaufpräparate. Für diese Indikationsgebiete existiert bereits eine Fülle von wirksamen Arzneimitteln. Insgesamt wirkt sich die Forschungs- und Innovationskonkurrenz also nicht zugunsten der Patienten aus[5].

Auch die Herstellungsqualität als Konkurrenzparameter wirkt nicht im erforderlichen Umfang: Untersuchungen in Hessen ergaben, daß regelmäßig über 30 % der untersuchten Arzneimittel hinsichtlich Stärke, Zusammensetzung und Stabilität Mängel aufwiesen. So erwiesen sich 66 % der wäßrigen Schlafmittelzubereitungen als unzureichend stabil, zwischen 25 und 38 % der Nitroglyzerinpräparate hatte nicht den angegebenen Wirkstoffgehalt, und 100 % der Augentropfenpräparate zeigten Mängel in der Stabilität.

Außerordentlich rege Konkurrenz herrscht dagegen auf dem Sektor der Werbung und Information. Nach eigenen Berechnungen gab die pharmazeutische Industrie im Jahre 1973 für Anzeigen in Fachzeitschriften (149 Mio DM), Aussendungen (ca. 160 Mio DM), Ärztemuster (ca. 200 Mio DM Herstellungskosten), Ärztebesucher (ca. 800 Mio DM) sowie für Werbegeschenke, Kongresse, werbebedingte Preisnachlässe im Krankenhausmarkt und letztlich für Publikumswerbung (ca. 190 Mio DM) mindestens 1,5 Mrd DM aus — doppelt soviel wie für die Forschung. Die Angaben des Bundesverbandes der Pharmazeutischen Industrie (BPhI) allerdings belaufen sich für Werbungsausgaben 1972 auf „lediglich" 725 Mio DM[6]. Werbung aber kann nicht als Wettbewerbsparameter angesehen werden, der im Interesse der Patienten wirkt: Die überaus teure Überflutung vor allem der nieder-

gelassenen Ärzte mit Druckschriften aller Art und ungebetenen Hausbesuchen hindert diese geradezu daran, sich ein einigermaßen realitätsbezogenes Bild über Wert und Unwert der angebotenen Präparate zu bilden.

Mit Ausnahme der Innovations-Forschung und der aus ihr folgenden Produktinnovation funktioniert demnach kein Konkurrenzparameter in dem in einer Marktwirtschaft gewünschten Sinne. Die Aufmerksamkeit muß sich daher dem letzten Parameter — der Preiskonkurrenz — zuwenden. Das Funktionieren von Konkurrenz wird angenommen, wenn die Nachfrager eines Produkts nach ihrer eigenen ökonomischen Vorteilhaftigkeit oder aufgrund individueller Präferenzen von einem Produkt zum anderen wechseln können (Austauschprozesse) und wenn die Anbieter die Möglichkeit haben, in bestehende Märkte mit eigenen Produkten einzudringen (Parallelprozesse). Wenn nach den Maßstäben dieses Konzepts geprüft werden soll, ob die Preiskonkurrenz auf dem Arzneimittelmarkt funktioniert oder funktionieren kann, so müssen zwei Fragen beantwortet werden: 1. Besteht bei den Personen, die über die individuelle Auswahl von Arzneimitteln zu entscheiden haben, hinreichend Motivation und Information, um aus Preisgründen von einem Arzneimittel zu einem anderen zu wechseln (Austauschprozeß)? 2. Besteht bei den Herstellern von Arzneimitteln hinreichend Motivation, bei Eindringen in neue Märkte den Preis als Konkurrenzparameter einzusetzen (Parallelprozeß)? Beide Fragen müssen wohl ziemlich eindeutig mit nein beantwortet werden.

Die Nachfrageseite

Da in der großen Mehrzahl der Fälle die Arzneimittel vom Arzt verschrieben werden, ist es kaum wahrscheinlich, daß preisliche Überlegungen zum Übergang von einem Arzneimittel auf ein anderes führen. Der Arzt selbst hat keinerlei direktes Interesse an Einsparungen. Ökonomische Überlegungen sollen sogar stets hinter solchen der Notwendigkeit der Therapie zurückstehen. Das Gebot zur wirtschaftlichen Verordnungsweise nach § 368 der Reichsversicherungsordnung (RVO) ändert nichts an diesem Sachverhalt: die auf dieser Grundlage durchgeführten Untersuchungen der Verordnungsgewohnheiten der Ärzte sind derart großzügig, die bei Feststellen von Fehlverordnungen eingeleiteten Maßnahmen derart vorsichtig, daß von hier aus ein wesentlicher Anstoß zu wirtschaftlich-therapeutischen Vergleichen durch den Arzt kaum zu erwarten ist[7]. Dies gilt auch für die Zeit seit dem Erscheinen der *Roten Liste* 1974[8], in der die Arzneimittel nach Indikations- bzw. Stoffgruppen geordnet aufgeführt werden, und die so dem Arzt einen Überblick über die Preise der verschiedenen Arzneimittel des gleichen Indikationsgebiets ermöglicht: solange der Informationsfluß über bewährte und neue Arzneimittel von der Werbung bestimmt ist, solange praktisch jede Information über Arzneimittel vom Hersteller selber kommt, der naturgemäß ein Interesse daran haben muß, sein Präparat als ein allen vergleichbaren Arzneimitteln überlegenes darzustellen, wird sich dieser Zustand nicht grundlegend ändern. Dabei wird man der großen Mehrheit der Ärzte durchaus guten Willen zur Sparsamkeit unterstellen dürfen: es ist die Kombination von weitestgehender Intransparenz des Marktes und Mangel an direktem ökonomischen Interesse des Arztes, die

ihn am preisbewußten Verhalten hindert. Damit aber entfällt für die Pharma-Hersteller die Motivation zum Einsatz des Konkurrenzparameters Preis. Kein Hersteller wird die Preise senken, wenn er sich davon keine Ausweitung des Mengenumsatzes versprechen darf.

Wenn aber schon der Arzt keinen Marktüberblick besitzt, der es ihm erlauben würde, sich preisbewußt zu verhalten, so entfällt für den medizinischen Laien diese Möglichkeit fast völlig. Preiskonkurrenz findet daher auch auf dem Markt für Selbst-Medikation nicht statt. Es ist sogar anzunehmen, daß gerade Laien in vielen Fällen das teurere Medikament für das bessere halten werden, wodurch die Hersteller geradezu herausgefordert werden, ihre Preise zu erhöhen statt sie zu senken. Diese „negative Preiselastizität" beschränkt sich nicht einmal auf die medizinischen Laien. Moebius stellte aufgrund einer Befragung praktizierender Ärzte fest, daß „die Funktion eines Gütesiegels ... die Arzneimittelpreise keineswegs nur bei den Verbrauchern, sondern auch bei einem Teil der Ärzte (haben)"[9].

Das im folgenden beschriebene Preisverhalten der Hersteller *Hoffmann LaRoche* und *E. Merck* erhärtet diese These.

Die Anbieterseite

Die Abwesenheit von Preiskonkurrenz wird auch von Vertretern der pharmazeutischen Industrie bestätigt und sogar als Beweis für das Funktionieren der Konkurrenz auf dem Pharmamarkt herangezogen: „Es ist bekannt, daß Nachahmer allein mit Hilfe des Aktionsparameters ‚Preis' nicht ohne weiteres erfolgreich in einen Markt hereinstoßen können."[10] Als Beweis wird die Situation auf dem Markt für kortikoidhaltige Antirheumatika nach Ablauf des Patentes für Phenylbutazon der Firma *Geigy* herangezogen, die bis 1967 diesen Markt patentgeschützt monopolisiert hatte. *Geigy* verringerte angesichts der nachstoßenden Konkurrenz keineswegs seine Preise, sondern erhöhte sie sogar mit der Folge, „daß die Nachahmer ... ihre Preise stärker nach oben angepaßt haben als *Geigy*"[11], das heißt die Preiserhöhungen von *Geigy* sogar überboten haben. Im Laufe der Jahre verlor *Geigy* auf diese Weise zwar den größten Teil seines Marktanteils. Allerdings konnte *Geigy* so Stück-Gewinne in Höhe der Monopolgewinne vor Patentablauf realisieren. Durch diese Operation wurde das gesamte Preisniveau dieser Präparategruppe zu Lasten der Verbraucher stark angehoben.

Im Regelfall ist demnach davon auszugehen, daß die genannten Faktoren — Mangel an Information und ökonomischem Interesse bei Ärzten und Verbrauchern, zuweilen sogar Interesse an hohen Preisen — es der pharmazeutischen Industrie leicht machen, auf eine aktive Preiskonkurrenz zu verzichten. Darüber hinaus spricht auch die Struktur der Angebotsseite gegen ein erhebliches Gewicht der Preiskonkurrenz: So gut wie alle Teilmärkte des Arzneimittel-Marktes werden von jeweils nur sehr wenigen Herstellern beherrscht. Da außerdem der gesamte Pharmamarkt in der Bundesrepublik von ca. zwölf Unternehmensgruppen beherrscht ist, besteht darüber hinaus immer die Möglichkeit gegenseitiger Marktabsprachen anstelle aggressiver Preispolitik.

Die Auswirkungen dieser Marktstruktur sollen hier anhand der Fälle *Hoffmann LaRoche* (Valium/Librium) und *E. Merck* (Vitamin B_{12}-Präparate) dargestellt werden. In beiden Fällen nahm die Preisentwicklung einen Verlauf, der bei Vorliegen einer Preiskonkurrenz undenkbar gewesen wäre. Deshalb, und weil es sich um relativ umsatzstarke Präparate handelt (Valium ist das am häufigsten verordnete Medikament in der BRD), versuchte das Bundeskartellamt, regulierend einzugreifen. Außer dem Nicht-Funktionieren der Preiskonkurrenz können an diesen Beispielen Möglichkeiten und Grenzen der Regulierung durch das Bundeskartellamt und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) aufgezeigt werden. Das GWB, mit dem die Bildung von Kartellen, Trusts etc. in der BRD grundsätzlich verhindert und der Mißbrauch wirtschaftlicher Macht energisch eingeschränkt werden sollte, trat am 1. 1. 1958 nach neun Jahren erbitterten Widerstands seitens der Industrieverbände und ihrer organisierten Lobby mit zahlreichen Verwässerungen und Abschwächungen in Kraft[12]. Für den hier behandelten Zusammenhang ist der § 22 GWB, mit dem der Mißbrauch überragender Marktstellungen verhindert werden soll, von zentraler Bedeutung. Marktbeherrschend ist nach diesem Paragraphen ein Unternehmen, wenn es „für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist" (§ 22 Abs. 1 GWB). Durch die zweite Novelle zum GWB vom 3. 8. 1973 ist eine Verschärfung insoweit eingetreten, als ein Unternehmen nunmehr auch dann für marktbeherrschend gehalten wird, wenn es „eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; hierbei sind außer seinem Marktanteil insbesondere seine Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen sowie rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen zu berücksichtigen" (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB). „Eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens wird angenommen, wenn es für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen einen Marktanteil von mindestens ⅓ hat; die Vermutung gilt nicht, wenn das Unternehmen im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr Umsatzerlöse von weniger als 250 Mio Deutscher Mark hatte" (§ 22 Abs. 3 Nr. 1 GWB).

Das Bundeskartellamt, das als eine den Weisungen des Bundeswirtschaftsministeriums unterstehende Behörde die Durchsetzung dieser Bestimmungen gewährleisten soll und gegen dessen Entscheidungen und Auflagen der Rechtsweg über die Verwaltungsgerichte offensteht, war jahrelang vom Funktionieren der Preiskonkurrenz auf dem Pharma-Markt ausgegangen[13]. Erst als gegen Ende der 60er Jahre die Diskussion über die Arzneimittelpreise durch parlamentarische Anfragen sowie Presseberichte eine breite Öffentlichkeit fand, wurde diesem Komplex auch von der Behörde größere Aufmerksamkeit geschenkt: „Das Bundeskartellamt hat mit der Untersuchung mehrerer Arzneimittelmärkte begonnen und dabei folgende Beobachtungen gemacht: Im Bereich der öffentlichen Apotheken wiesen die Preise für mehrere vergleichbare Arzneimittel der Unternehmen mit bekannten, gut eingeführten Marken einerseits und der kleineren, unter Gattungsnamen oder wenig bekannten Marken anbietenden Arzneimittelherstellern andererseits erhebliche Unterschiede auf. ... Ursächlich für dieses Bild scheinen die Besonderheiten des Arzneimittelmarktes im Bereich des

Vertriebes über öffentliche Apotheken zu sein. Diese Feststellungen lassen die Vermutung zu, daß die Funktionsfähigkeit des Preiswettbewerbs auf dem Markt der öffentlichen Apotheken gestört ist und deshalb die Preise beträchtlich über dem Wettbewerbsniveau liegen."[14] Seither ist die Diskussion um die Anwendung der Mißbrauchsaufsicht des Kartellamts auf die Pharmapreise nicht mehr abgerissen. Sie hat bisher zu den genannten zwei großen Verfahren wegen Marktbeherrschung und -mißbrauch geführt. In beiden Fällen wurde in den bislang durchlaufenen Instanzen auf Preissenkungen erkannt, die Entscheidungen sind noch nicht rechtskräftig; ihre ausführlichen Begründungen lassen aber die Mängel des Preisbildungsprozesses auf dem Pharma-Markt exemplarisch deutlich werden.

In der Folge sollen die in den Schriftsätzen des Kartellamtes und des Kammergerichts getroffenen Aussagen zu drei Kernfragen des Wettbewerbsrechts bzw. der Wettbewerbstheorie untersucht werden[15]: 1. Was ist eine „bestimmte Art von Waren oder Leistungen", mit anderen Worten, wie wird der „relevante Markt" abgegrenzt? Wer ist bei Arzneimitteln als „verständiger Verbraucher" anzusehen? 2. Auf welche Weise kann eine marktbeherrschende Stellung bzw. ein daraus resultierender Machtmißbrauch festgestellt werden? Hierbei geht es um die Anwendung des Marktstrukturtests, des Tests des Marktverhaltens sowie des Marktergebnistests[16]. 3. Nach welchen Kriterien soll das Funktionieren oder die Abwesenheit von Wettbewerb auf einem Markt festgestellt werden? Hierbei geht es um die Kontroverse zwischen der „Mosaiktheorie", für die Wettbewerb auch dann noch vorliegt, wenn nur noch auf wenigen Wettbewerbsfeldern, z. B. Forschung, Werbung, konkurriert wird, während Preiskonkurrenz schon nicht mehr feststellbar ist, und der „Saldierungstheorie", die alle Wettbewerbsparameter analysiert und aus der Abwesenheit des Wettbewerbs auf wichtigen Gebieten, so vor allem der Preiskonkurrenz, einen Mangel an Konkurrenz überhaupt ableitet[17]. Bevor auf diese drei Problemkomplexe und ihre Behandlung in den genannten beiden Fällen durch das Kartellamt und das Kammergericht eingegangen wird, sollen die Fälle selbst kurz dargestellt werden.

Tabelle 1: Umsätze von Benzodiazepin-Präparaten über öffentliche Apotheken in der BRD und Berlin (West)

Arzneispezialitäten	1969		1971		1973	
	Umsatz Mio. DM	Umsatzanteil in v. H.	Umsatz Mio. DM	Umsatzanteil in v. H.	Umsatz Mio. DM	Umsatzanteil in v. H.
Valium	38,4	61,6	47,0	52,4	47,7	43,6
Librium	8,1	13,1	9,3	10,4	10,7	9,7
Adumbran	13,9	22,3	23,7	26,4	30,5	27,9
Praxiten	1,8	2,8	4,9	5,5	8,1	7,4
Tranxilium	0,1	0,2	4,8	5,3	6,8	6,2
Tavor	—	—	—	—	5,7	5,2
Summe	62,2	100,0	89,7	100,0	109,4	100,0

Quelle: Beschluß des Bundeskartellamtes vom 16. 10. 1974. B-6-432190-T-37-73, S. 18.

Hoffmann LaRoche (Valium-Librium)

Valium und Librium sind seit ihrer Einführung 1960 bzw. 1963 die führenden Tranquilizer aus der Gruppe der Benzodiazepine. Die Patente laufen 1977 bzw. 1978 ab. Aus der gleichen Stoffgruppe gibt es eine Anzahl weiterer Präparate (Adumbran, Praxiten, Tranxilium, Tavor, Demetrin, Nobrium und Mogadan). Der Marktanteil von Valium und Librium lag 1973 bei 53,3 % am Absatz über öffentliche Apotheken und bei ca. 85 % im Krankenhausbereich[18] (Tabelle 1).

Die Preise für Valium und Librium wurden seit ihrer Markteinführung nur 1968 wegen Einführung der Mehrwertsteuer erhöht[19]. Die nachstoßenden Präparate waren anfangs billiger, jedoch wurden ihre Preise mehrfach erhöht und liegen heute durchweg auf dem Niveau der Preise für Valium und Librium und teilweise darüber. Bei funktionierendem Marktmechanismus hätte eine genau entgegengesetzte Entwicklung stattfinden müssen: Die Preise für Valium und Librium hätten auf das Niveau der Konkurrenzpräparate gesenkt werden müssen, um den Marktanteil zu halten. Da dieser aber trotz der beträchtlich niedrigeren Preise der gleichwertigen Tranquilizer nur geringfügig sank, konnten die Konkurrenten ihre Preise gefahrlos erhöhen. Für das Zustandekommen der Preise für Valium und Librium wurde dem Bundeskartellamt von *Hoffmann LaRoche* folgende Kalkulation für 50 Tabletten à 5 mg Valium vorgelegt:

Übersicht 1: Kalkulation der Hoffmann LaRoche AG für 50 Tabletten Valium 5

	DM	in v. H. des Herstellerabgabepreises
a) Valium-Wirkstoff (zu Verrechnungspreisen; in 50 Tabletten enthaltener Wirkstoff einschl. 2,8 v. H. Schwund: 0,2571 g)	2,414	39,64
b) Sonstige Roh- und Hilfsstoffe, Fertigungskosten, Packmaterial und Packkosten	0,152	2,50
a) + b) reine Herstellkosten	2,566	42,14
c) Abschreibungen, Lizenz, neutraler Aufwand, Verwaltungsgemeinkosten, allgemeiner Bereich, Vertrieb, Werbung und med. Information, Erlösschmälerung	2,278 abzüglich außerordentliche Erträge von 1,6 v. H. vom Herst.-Abg.Preis = 2,375	39,00
a) + b) + c) Selbstkosten	4,941	81,14
d) Gewinn vor Steuern	1,149	18,87
a) + b) + c) + d) Herstellerabgabepreis	6,09	100,01

Quelle: wie Tab. 1, S. 5.

Das Bundeskartellamt kritisierte in seiner Entscheidung nicht die Höhe des Gewinns (im Durchschnitt 24 % vom Umsatz vor Gewinnsteuern) und ging auch nicht auf die Höhe der Werbungskosten, Abschreibungen, Lizenz- und Vertriebskosten etc. ein. Einziger Eingriffspunkt war der Preis für die Wirksubstanz von Valium und Librium. Die Prüfung ergab, daß die deutsche Tochter der Hoffmann LaRoche in Grenzach pro Kilogramm Wirksubstanz für Valium 1973 9389,42 DM, für Librium 4127,05 DM je Kilogramm an die Schweizer Muttergesellschaft abführte. Außer den extremen Verrechnungspreisen für den Wirkstoff selber wurden noch 13 % vom Durchschnittserlös der Benzodiazepinpräparate an Lizenzgebühren an die Schweizer Muttergesellschaft bezahlt. Das entspricht 2951 Mark für 1 Kilogramm Valium-Wirksubstanz und 1134 Mark pro Kilogramm Librium-Wirksubstanz. Die von Hoffmann LaRoche, Basel, angegebenen Herstellkosten für die Wirkstoffe liegen bei 89,94 DM je Kilogramm Diazepam und 40,57 DM je Kilogramm Chlordiazepoxyd. Damit ergibt sich ein Transfer von Roche/Grenzach an Roche/Basel, der im Falle Valium das 128fache, im Falle Librium das 123fache der Herstellkosten ausmacht. Dies hatte z. B. 1972 zur Folge, daß vom Gesamtumsatz mit Valium und Librium in Höhe von 76,1 Mio. DM an die Schweizer Konzernmutter nicht

Übersicht 2: Kalkulation für 50 Tabletten Valium 5 auf der Grundlage der italienischen Wirkstoffpreise

	DM	v. H. vom geltenden Preis von 6,09 DM	v. H. vom ermittelten Preis von 3,518 ≈3,52 DM
	1	2	3
a) 1. Valium Wirkstoff (gemäß italienischem Marktpreis)	0,024	0,39	0,68
2. Zoll	0,008	0,13	0,23
b) Sonstige Roh- und Hilfsstoffe, Fertigungskosten, Packmaterial und Packkosten	0,152	2,50	4,32
a) + b) reine Herstellkosten	0,184	3,02	5,23
c) nicht direkt zurechenbare, über Deckungsbeiträge verrechnete Kosten; 41,81 v. H. vom Herstellerabgabepreis von 6,09 DM	2,546	41,81	72,37
a) + b) + c) Selbstkosten	2,730	44,83	77,60
d) Gewinn von 22,4 v. H.	0,788	12,94	22,40
a) + b) + c) + d) Herstellerabgabepreis	3,518 ≈3,52	57,77	100,00

Quelle: wie Tab. 1, S. 7.

weniger als 39,3 Mio. DM transferiert wurden[20]. In Italien, wo für Arzneimittel kein Patentschutz besteht, wurde 1973 pro Kilogramm Valium-Wirkstoff 93,70 DM, pro Kilogramm Librium-Wirkstoff 80,— DM bezahlt. „Die Verrechnungspreise, welche Roche/Grenzach an die Roche/Basel für die Wirkstoffe bezahlt, betragen mithin für das Diazepam das ca. 90fache und bei Chlordiazepoxyd das 48fache der italienischen Marktpreise."[21]

Das Kartellamt setzte in die von *Hoffmann LaRoche* vorgelegte Kalkulation die italienischen Wettbewerbspreise des Wirkstoffes ein und kam dabei zu folgendem Ergebnis (Übersicht 2).

Durch das Einsetzen des italienischen Wettbewerbspreises ging der Anteil der Wirkstoffkosten von ca. $^4/_{10}$ des Abgabepreises auf ca. $^4/_{1000}$ zurück. Da das Kartellamt alle anderen Kosten ungeprüft akzeptierte, kam es trotz dieser exorbitanten Reduzierung der Wirkstoffkosten nur zu einer Preisreduzierung um ca. 42 %. Infolgedessen forderte das Kartellamt von *Hoffmann LaRoche* eine Reduzierung der Abgabepreise für Librium um 35 %, für Valium um 40 %. Dies hätte für *Hoffmann LaRoche* jährliche Mindereinnahmen in Höhe von 30 Mio. DM ergeben. Für die Verbraucher wäre die Ersparnis letztlich doppelt so hoch gewesen, da die Großhandels- und Apothekenaufschläge entsprechend vermindert worden wären. *Hoffmann LaRoche* legte gegen diesen Beschluß Beschwerde vor dem Kartellsenat des Kammergerichts in Westberlin ein. Das Kammergericht befaßte sich nicht weiter mit der Kalkulation für Valium und Librium, sondern zog die unter ähnlichen Marktbedingungen zustande gekommenen Preise vergleichbarer Präparate auf dem holländischen Markt zum Vergleich heran. Es gelangte zu dem Schluß, daß die Preise für Valium und Librium um mindestens 28 % gesenkt werden müßten. Angesichts des steigenden Umsatzes würde auch dies eine jährliche Ersparnis von 60 Mio. DM für die Verbraucher erbringen. *Hoffmann LaRoche* hat auch gegen diesen Beschluß Rechtsbeschwerde eingelegt, so daß nunmehr der Bundesgerichtshof entscheiden muß. Bis dahin können die heute gültigen Preise gefordert werden, eine spätere Rückerstattung ist rechtlich und organisatorisch unmöglich.

Merck (Cytobion, Vitamin-B_{12})

Die Firma E. Merck oHG produziert und vertreibt seit 1950 hochkonzentrierte Vitamin-B_{12}-Präparate in verschiedenen Dosierungen, Darreichungsformen und Kombinationen. Vitamin-B_{12}-Präparate werden außer auf den gesicherten Indikationsgebieten (Substitution von Vitamin-B_{12}-Mangel, meist verursacht durch Atrophien der Magenschleimhaut sowie Magen- oder Dünndarmresektionen) auch sehr häufig als Placebo verschrieben, da schädliche Nebenwirkungen nicht bekannt sind.

Der Umsatz in hochdosierten Vitamin-B_{12}-Präparaten ist seit 1966 verhältnismäßig stabil: Er beträgt ca. 3,4 Mio. DM (1974). Im gleichen Zeitraum stieg der Mengenumsatz von 2,7 Mio Zähleinheiten auf 3,3 Mio Zähleinheiten[22]. Daraus folgt, daß der Preis im Verlaufe der acht Jahre kontinuierlich gesunken ist. Er fiel von 1,21 DM im Jahre 1966 auf 1,03 DM im Jahre 1974 um 16 %. Der Marktanteil der E. Merck oHG sank in diesem Zeitraum von 32,8 % auf 20,9 %, der des wesentlich billigeren Konkurrenten, der Firma Steigerwald, kletterte von 8,9 % auf 33,8 %. Da gleich-

zeitig der Durchschnittspreis gesunken war, schien der Marktmechanismus zu funktionieren. Dennoch schritt das Kartellamt ein. Ein Vergleich der Merck-Preise mit denen anderer Hersteller macht die Ursache hierfür deutlich (Tabelle 2).

Tabelle 2: Herstellerabgabepreise für Vitamin-B_{12}-Präparate verschiedener Hersteller

Unternehmen	Depot Vit B_{12} 500 gamma	1000 gamma Amp	1000 gamma Inj.Fl.	5000 gamma Inj.Fl.
1. Vertrieb über öffentl. Apotheken				
Ankermann	0,90	0,92	1,60	4,30
Steigerwald	—	0,73	—	—
Siegfried	0,83	1,95	—	6,88
Saarstickstoff	0,82	0,78	—	2,30
Ratiopharm, 1973 bis 31. 10. 1974	—	0,29	—	—
ab 1. 11. 1974	—	0,59	—	—
Merck, vor 1. 3. 1975	2,01	2,18	2,46	7,58
Merck, ab 1. 3. 1975	1,57	1,66	1,93	5,84
2. Verkauf an Krankenhäuser				
Merck	—	0,94	—	4,05
Ankermann	0,72	0,48	1,19	2,60

Quelle: Beschluß des Kammergerichts Kart 26/74 B 6-432190-T-56/73 S. 17.

Die hier angegebenen Preise beziehen sich auf 1974 bzw. auf 1975. Bei Merck sind sie seit 1960 konstant, sieht man von der unter dem Eindruck des bereits laufenden Kartellamts-Verfahrens als inoffizielles Kompromißangebot vorgenommenen Preissenkung vom März 1975 ab. Die Preise von Merck liegen in allen Dosierungen wesentlich höher als die seiner Konkurrenten. In einigen Fällen beträgt die Differenz mehrere hundert Prozent.

Das Kartellamt argumentierte, Merck habe sich aufgrund seiner besonderen Vertrauenswerbung und seines guten Namens trotz überhöhter Preise einen Marktanteil über lange Zeit hin sichern können, der ohne diesen „Vertrauensvorsprung" nicht zu halten gewesen wäre. Es sah darin ein Nichtfunktionieren der Preiskonkurrenz und verfügte für den Bereich des Absatzes in öffentlichen Apotheken Preisermäßigungen zwischen 60 und 70 %. Merck legte gegen diesen Beschluß Widerspruch ein. Das Kammergericht als Berufungsinstanz folgte weitgehend der Argumentation des Kartellamtes[23] und verfügte Preisreduzierungen zwischen 39 % und 57 % Zu den Entscheidungen des Bundeskartellamtes ist folgendes zu bemerken:

1. In beiden Fällen ging es nicht darum, überragende Marktstellungen im ursprünglichen Sinne des Gesetzes zu korrigieren, in denen „ein Unternehmen ... ohne Wettbewerber oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist". Sowohl für Valium/Librium als auch für Vitamin-B_{12} hätte also nach den Regeln der herrschenden Nationalökonomie im Verlaufe der Jahre eine Preissenkung erfolgen müssen. Daß dies nicht geschah, ist eine Folge der Marktstruktur selber und nicht einer besonders geschickten Poli-

tik der Unternehmen. Darin erweist sich zu einem guten Teil die Schwierigkeit des Vorgehens des Kartellamtes: Die Existenz von Konkurrenten gewährleistet noch keineswegs ein Funktionieren des Marktmechanismus, eine nicht-monopolistische Struktur der Angebotsseite gewährleistet keineswegs ein Funktionieren des Preismechanismus. Der Unterschied zwischen den beiden Fällen liegt darin, daß bei Valium/Librium die nachstoßenden Präparate nicht in Preiskonkurrenz zu treten brauchten, sondern ihren Marktanteil bei laufender Angleichung nach oben an die Preise von Valium/Librium kontinuierlich ausbauen konnten, während bei Vitamin-B_{12} die wesentlich billigeren Konkurrenzpräparate ihren Absatz zwar beständig steigern konnten, jedoch keineswegs in dem Ausmaß, wie dies bei funktionierendem Preiswettbewerb zu erwarten gewesen wäre. In beiden Fällen mußte also die „unsichtbare Hand des Wettbewerbs durch die sichtbare Hand der Staatsaufsicht substituiert"[24] werden.

2. Hinsichtlich der Chancen der Regulierung der Arzneimittelpreise durch das Vorgehen des Bundeskartellamtes sind folgende Faktoren zu berücksichtigen: a) Das Bundeskartellamt verfügt zwar formal-rechtlich über vollständige Einblicksmöglichkeiten in die Unterlagen der Pharma-Unternehmen und kann diese sogar auf richterlichen Beschluß beschlagnahmen[25]. Das Amt darf aber seine so gewonnenen Erkenntnisse nicht der öffentlichen Diskussion zugänglich machen, wo sie bei der Aufklärung der Öffentlichkeit über die Preispolitik der Pharma-Hersteller sehr nützlich sein könnten. Darüber hinaus dürfen sich seine Mißbrauchsverfügungen nur gegen Preise richten, die „mit Sicherheit machtbedingt und nicht mehr wettbewerbsanalog gebildet sind", wobei der damit „notwendig verbundene Schätzungsspielraum sich nicht zu Lasten des Unternehmens auswirken"[26] darf. Die Konsequenzen dieses Prinzips werden deutlich an den sehr großzügigen Spielräumen, die die Verfügungen des Bundeskartellamtes respektive des Kammergerichtes den Unternehmen lassen. b) „Hinsichtlich des Schutzzwecks der Mißbrauchsaufsicht" besteht in der einschlägigen Literatur Einigkeit darüber, „daß es dabei nicht um eine generelle Steuerung des Unternehmerverhaltens wie bei den ‚regulated industries' in den USA ... geht, sondern um die Untersagung mißbräuchlicher Verhaltensweisen im Einzelfall"[27]. Dieser Meinung ist auch die durch die letzte Novellierung des GWB geschaffene Monopolkommission, die sich gegen die „Gefahr, daß sich die Aufsicht über marktbeherrschende Unternehmen in eine allgemeine Aufsicht über Preise verwandelt", wendet[28]. c) Inwieweit von den Verfahren durch das Bundeskartellamt Signalwirkungen auf die anderen Pharmahersteller ausgehen (Schutzmann-Effekt), ist schwer zu beurteilen. Es gibt jedoch zu denken, daß das Bundeskartellamt bislang lediglich gegen Preise von Medikamenten vorgegangen ist, die seit weit über einem Jahrzehnt unangefochten ihren Herstellern Extraprofite eingebracht haben. Das Kartellamt geht offensichtlich davon aus, daß dem Hersteller einer Innovation ein zeitlich begrenzter Monopolprofit zusteht. Dieses Konzept wird dann besonders fragwürdig, wenn man sich vor Augen hält, daß das Kartellamt keineswegs materiell über den Innovationswert eines neuen Arzneimittels zu befinden hat. Außerdem wird damit ein Schutz des Monopolprofits über die im Patentgesetz niedergelegten Garantien hinaus gewährleistet.

Aus diesen Gründen kann gesagt werden, daß das Bundeskartellamt, das zudem noch direkt an die Weisungen des Bundeswirtschaftsministeriums gebunden und nicht — wie etwa die Bundesbank — formell von der Bundesregierung unabhängig ist, nicht die Institution sein kann, von der eine durchgreifende Beeinflussung der Pharma-Preise zu erwarten ist. Eingriffe von dieser Seite sind immer erst dann zu erwarten, wenn ein bestimmtes Medikament über lange Zeit hinweg zu Preisen verkauft worden ist, die die möglichen oder tatsächlichen Wettbewerbspreise bei weitem überschreiten. Die Mühseligkeit des Verfahrens und der lange Instanzenweg gewähren darüber hinaus den Herstellern die Gewißheit, mit tatsächlichen Konsequenzen nicht vor Ablauf einer Reihe von Jahren rechnen zu müssen. Wirksamkeit, Notwendigkeit und Qualität der Arzneimittel bleiben ebenso unberücksichtigt wie die Rationalität der Wettbewerbspreise (Sockelpreise).

Die theoretischen und rechtlichen Schwierigkeiten

Aufgrund dieser dem Kartellamt eng gesetzten Grenzen ist eine generelle Beeinflussung der Preisgestaltung von dort nicht zu erwarten. Wenn im folgenden dennoch auf einige wettbewerbstheoretische und kartellrechtliche Probleme eingegangen werden soll, so wird damit das Ziel verfolgt, diese Aussage weiter zu belegen und zum anderen anhand der typischen Argumentationsweisen der Vertreter der Pharma-Industrie aufzuzeigen, daß sie jedenfalls nicht den Eindruck erwecken, an einer verantwortungsvollen Preisgestaltung auf dem Pharmamarkt interessiert zu sein.

a) der „relevante" Markt

Um die Funktionsfähigkeit von Wettbewerb auf einem Markt zu prüfen, muß zunächst untersucht werden, welche Waren bzw. Unternehmen einen isolierbaren Markt bilden. Für den Markt von Arzneimitteln interessieren dabei ausschließlich die zeitliche und die sachliche Abgrenzung des Marktes[29]. Der zeitlich interessierende Aspekt, wann nämlich aus dem „prozessualen Monopolisten", der mit einer von ihm entwickelten Neuheit einen zeitlich begrenzten Innovations-Gewinn erzielt, ein „restriktiver Monopolist"[30], der dauerhaft überhöhte Preise durchsetzt, wird, wurde weiter oben bereits skizziert. Zu untersuchen bleibt demnach die sachliche Abgrenzung des „relevanten" Marktes, d. h. die Frage, welche Arzneimittel als gegeneinander substituierbar angesehen werden. Zu dieser Frage hat die Wirtschaftstheorie eine Fülle von Ansätzen entwickelt, die vom „Elementarmarkt"[31], auf dem lediglich vollkommen homogene Güter miteinander konkurrieren, bis zur Interproduktkonkurrenz, bei der alle Güter mit allen anderen um die verfügbare Einkommens- bzw. Ausgabensumme konkurrieren, reichen[32]. Diese Konzepte sind jedoch zur Abgrenzung von Märkten zwecks Feststellung von Marktmacht zu abstrakt. Die konkreteren Konzepte zur Marktabgrenzung zielen auf die Frage, welche Waren zur Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses miteinander in Konkurrenz stehen. Bevor die bei der Anwendung dieser Konzepte auf dem Pharma-Markt auftretenden Schwierigkeiten erörtert werden, müssen zwei mögliche Mißverständnisse ausgeräumt werden: 1. Hat der Arzt erst einmal ein Arzneimittel verschrieben, so ist der Hersteller dieses Mittels vollständiger Monopolist, da

sowohl Apotheker als auch Großhändler unter dem aut-aliud-Verbot stehen, ein gleiches Arzneimittel eines anderen Herstellers also nicht abgeben dürfen. Insoweit hatte das Bundeskartellamt Recht, als es in seinem Tätigkeitsbericht 1971 feststellte, jeder Hersteller sei für jede seiner Arzneimittelspezialitäten marktbeherrschend[33]. Das Konzept „jedes Arzneimittel bildet einen eigenen Markt" als Variante des Elementarmarkt-Konzeptes ist für die Analyse jedoch unfruchtbar. 2. Bei der Abgrenzung des „relevanten" Marktes kann es auch nicht darum gehen, verschiedene Therapieformen als in Konkurrenz zueinander befindlich zu betrachten. So notwendig dies für eine Analyse der „Branche Medizin" ist, für die Untersuchung der konkreten Praxis der Verordnung und des Konsums von Medikamenten spielt dieser Aspekt keine wesentliche Rolle[34].

Im Anschluß an Hoppmann soll daher hier als erstes „Abgrenzungskriterium ... das Ausmaß der Substituierbarkeit (Austauschbarkeit, Äquivalenz)"[35] gewählt werden. Mit dieser Abgrenzung ist allerdings noch nicht viel gewonnen. Versteht man nämlich unter Äquivalenz die „physikalisch-technisch-chemische Äquivalenz"[36], so bildet wieder jedes Arzneimittel einen Markt für sich, d. h. jeder Anbieter ist Monopolist. Damit würde aber letztlich wieder alle therapeutische Vernunft implizit zugegeben, daß jede geringfügig variierte neue Spezialität tatsächlich auch ein neues Arzneimittel ist. In der Literatur weitgehend anerkannt ist das Konzept der „funktionellen Äquivalenz (Austauschbarkeit)"[37]. Die Austauschbarkeit wird dabei vom Standpunkt des spezifischen Verwendungszwecks her beurteilt[38]. Projiziert man dieses Konzept auf den Pharma-Markt, so ergibt sich, daß einerseits ein Arzneimittel zu verschiedenen Märkten gezählt werden muß, wenn es aus tatsächlich therapeutischen Gründen, wegen des Mangels an pharmakologischen Kenntnissen des Arztes oder als Placebo für verschiedene Indikationen verwendet wird. Andererseits taucht die Schwierigkeit auf, daß für einen Verwendungszweck, also eine Indikation von verschiedenen Ärzten, sehr verschiedene Arzneimittel verordnet werden. Dieses Problem verschließt sich bis heute einer von allen Seiten unanfechtbaren Analyse, da eine abgesicherte Abgrenzung der Indikationsgebiete nicht existiert. Die einzig vorliegende vollständige Statistik, der Verbraucher-Index für Pharmaka (VIP-Statistik) wird vom Institut für medizinische Statistik GmbH (IMS), Frankfurt/Main, herausgebracht, dessen Informationsdienste gegen eine Abonnements-Gebühr von einigen hunderttausend DM ausschließlich an die Pharma-Industrie abgegeben werden. Diese Statistik — sie lag dem Kartellamt vor — ist aber „als Grundlage für eine Marktabgrenzung ungeeignet ..., insbesondere weil weder die Motive der Verordnung, noch Packungsgröße, noch Darreichungsform und Dosierung erkennbar (sind)"[39]. Die Ursachen dieses Problems sind in den Schwierigkeiten der Pharmakologie und der anderen medizinischen Wissenschaftszweige zu suchen, über Wirksamkeit und Wirkungsmechanismus von Arzneimitteln exakte Auskunft zu geben. Der wirtschaftliche Hauptnutznießer dieser generellen therapeutischen Unsicherheit ist jedoch die Pharmaindustrie: sei es bei der Marktabgrenzung bei Ermittlungsverfahren vor dem Bundeskartellamt, sei es bei der Rechtfertigung eines neuen Arzneimittels als echte Innovation, sei es bei der Begründung höherer Preise für Arzneimittel. Niemals liegt die Beweislast für die Notwendigkeit oder Abgrenzung

auf den Schultern der Pharma-Hersteller. Die Schwierigkeit der Erfassung unumstößlicher Daten schlägt sich stets zugunsten der Pharma-Industrie nieder. Ihr Geschäft ist insoweit das „Geschäft mit der Unsicherheit".

Aus diesem Dilemma flüchten sich die an der Diskussion Beteiligten in eine den Boden der Wissenschaft verlassende „subjektivierende Sicht der Gesellschaft"[40]. Das Instrument hierfür heißt „reaktive Äquivalenz", und seine Funktionsweise wird wie folgt beschrieben: „Zur Beurteilung des Marktverhaltens kommt es deshalb nicht auf die objektive Austauschbarkeit, sondern auf *die subjektive* (Hervorhebung im Original), d. h. auf die Stellung der Ware im Bewußtsein des Verbrauchers an."[41] Die Anwendung dieses Prinzips geht so weit, daß in einem Fall vor der amerikanischen Wettbewerbsbehörde[42] „physisch gleiche Arzneimittel, die lediglich durch das Etikett auseinanderzuhalten waren, als nicht reaktiv austauschbare angesehen wurden, weil sie von den Konsumenten subjektiv als verschiedene Arzneimittel angesehen wurden". Es ist erschreckend und bezeichnend zugleich, daß in einer Monographie über die Abgrenzung des „relevanten" Marktes bei Arzneimitteln[43] als Beispiel für die Schwierigkeit der Marktabgrenzung der vom Käufer subjektiv empfundene Unterschied zwischen Markenstrumpfhosen und markenlosen Strumpfhosen gewählt wird. Es wäre sicherlich ebenso zutreffend aber ehrlicher gewesen, wenn der Autor direkt gesagt hätte, daß Generics und Präparate bekannter Hersteller deshalb nicht in Konkurrenz zueinander treten, d. h. zum gleichen „relevanten" Markt gehören, weil es den großen Herstellern durch intensive Werbung gelungen ist, bei den Ärzten die häufig durch nichts zu begründende Vorstellung unterschiedlicher Qualität zu erzeugen.

Es ist leicht einzusehen, aus welchen Gründen sich die Vertreter der Pharma-Industrie und ihre Gutachter gegen jeden Versuch der Objektivierung der Marktabgrenzung sträuben: Müßte doch dann eine irgendwie neutrale Institution geschaffen werden, die objektive Urteile über Indikationen und Wirkungsweisen erarbeitete, mithin also implizit auch über den therapeutischen Wert der zahlreichen Neuzulassungen urteilen würde. Die Nicht-Existenz einer solchen Institution erklärt auch die engen Grenzen, die dem Kartellamt bei seiner Tätigkeit gesetzt sind. Solange es zum System der „freien Marktwirtschaft" gehört, daß — von minimalen Sicherheitsauflagen abgesehen — die Pharmahersteller allein und ohne öffentlichen Einfluß über die Gebrauchswerteigenschaften ihrer Produkte zu bestimmen haben, muß sich die Tätigkeit des Bundeskartellamtes auf „Mißbräuche" bei der Preisgestaltung (Tauschwert) beschränken. Im Falle des Pharma-Marktes führt sich diese strikte Arbeitsteilung freilich selbst ad absurdum: Durch das faktische Verbot, den Versuch zu unternehmen, die Gebrauchswerteigenschaften zu objektivieren, wird auch das Vorgehen gegen „Mißbräuche" bei der Preisgestaltung stark erschwert bzw. tendenziell unmöglich gemacht. Der vollständige Verzicht auf Objektivierung bei der Festlegung der Marktgrenzen bedeutet, daß „diejenigen Erzeugnisse als marktgleichwertig anzusehen sind, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, daß der *verständige Verbraucher* (Hervorhebung durch Verf.) sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht und als gegenseitig austauschbar ansieht"[44]. Hopp-

mann bemerkt dazu richtig: „Die Crux bei der Anwendung dieses Kriteriums ist die Konkretisierung dessen, was als ‚der verständige Verbraucher' bzw. als ‚üblicherweise' anzusehen ist."[45] Im Fall Merck entschied z. B. das Kammergericht: „Die Frage, ob eine solche Austauschbarkeit besteht, entscheidet bei hochdosierten Vitamin-B_{12}-Präparaten der niedergelassene Arzt als Verbrauchsdisponent. Dabei kommt es auf die realen, durchschnittlichen Kenntnisse und Vorstellungen der niedergelassenen Ärzte und ihre tatsächlichen Verschreibungsgewohnheiten an, nicht auf die wissenschaftlich begründeten Indikationen der Arzneispezialitäten, die unter Umständen davon völlig abweichen können"[46].

Ob dem Kartellsenat des Kammergerichts bewußt war, welches vernichtende Urteil er hier über den Zustand des westdeutschen Arzneimittelmarktes fällte? Immerhin sollte es zu denken geben, daß er sich hierbei in völliger Übereinstimmung mit dem Hersteller (Merck) befindet, der argumentiert: „Die Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte richteten sich nicht nach wissenschaftlichen Erkenntnissen über die berechtigte Anwendung von Vitamin-B_{12}."[47] In der Konsequenz läuft die argumentative Doppelstrategie, die Objektivierung von Gebrauchswerteigenschaften von Arzneimitteln als Eingriff in die Therapiefreiheit des Arztes zu unterbinden, damit den Arzt als „verständigen Verbrauchsdisponenten" zur letzten Instanz der Marktabgrenzung zu erheben, ihm aber gleichzeitig die wissenschaftliche Kompetenz zur rationalen und rationellen Auswahl von Arzneimitteln zu bestreiten, darauf hinaus, Marktabgrenzungen und damit Mißbrauchsaufsicht auf dem Pharmamarkt zu verhindern. Dieses Ergebnis ist wegen der häufig als skandalös empfundenen Profite auf dem Arzneimittelmarkt freilich nicht erwünscht. Aus diesem Grunde werden unterschiedliche, in sich widersprüchliche Hilfskonstruktionen herangezogen. So argumentiert das Kammergericht im Fall Merck, die ärztliche Verordnung von Vitamin-B_{12}-Präparaten folge zwar keineswegs immer wissenschaftlichen Erkenntnissen, im Bewußtsein der Ärzte habe sich jedoch Vitamin-B_{12} als ein nicht oder zumindest nicht ohne weiteres durch andere Arzneimittel zu ersetzender Stoff verankert, so daß von der Einbeziehung möglicher Substitutions-Präparate in die Marktanalyse abgesehen werden könne[48].

Im Falle Hoffmann LaRoche hatte das Kartellamt zunächst den Versuch einer Objektivierung unternommen: Durch mehrere pharmakologische Gutachten, darunter eines des Bundesgesundheitsamtes, hatte es den Nachweis zu erbringen versucht, daß die Benzodiazepine durch andere Stoffe nicht funktionell austauschbar seien. Hoffmann LaRoche dagegen hatte Valium und Librium mit 54 namentlich genannten sowie 354 weiteren, nicht namentlich genannten Arzneispezialitäten für austauschbar gehalten. „Die 54 namentlich genannten Spezialitäten reichen von ganz leichten Beruhigungsmitteln, wie Baldrian-Dispert, über Schmerzmittel wie Spasmocibalgin, bis zu schweren Psychopharmaka (Neuroleptika), wie z. B. Haloperidol, die u. a. bei Schizophrenie und manischen Psychosen indiziert sind und erheblich stärkere Nebenwirkungen als Valium und Librium aufweisen."[49] Sämtliche Gutachter bestritten die Austauschbarkeit. In der Berufungsverhandlung vor dem Kartellsenat des Kammergerichts am 25. 6. 1975 legte Hoffmann LaRoche erneut eine Liste von 154 Arzneimitteln vor, die nach Ansicht der Firma mit Valium/Librium austauschbar seien. Der

Kartellsenat ging auf die hier gegebene Möglichkeit einer Gebrauchswertobjektivierung durch Überprüfung der Hoffmann-LaRoche-Liste durch unabhängige Sachverständige nicht ein, sondern verzichtete auf die Marktabgrenzung überhaupt, indem er argumentierte, daß für die Feststellung des Mißbrauchs von Marktmacht bei Valium und Librium deren Marktanteil außer Betracht bleiben könne, da die Analyse der Vergleichsmärkte (Schweiz, Krankenhausmarkt BRD, später auch Holland) derart starke Preisunterschiede ergeben habe, daß die Vermutung des Mißbrauchs gemäß § 22 GWB gerechtfertigt sei[50].

b) Das Feststellen einer marktbeherrschenden Stellung

„Marktbeherrschung" oder „überragende Marktstellung" liegen nach § 22 GWB vor, wenn ein Unternehmen

— ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist,
— über besondere Finanzkraft verfügt,
— besonders privilegierten Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten hat,
— eine besondere Machtposition aus der Verflechtung mit anderen Unternehmen besitzt,
— andere Unternehmen durch rechtliche oder tatsächliche Schranken am Marktzutritt hindert oder
— einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat.

Ergibt sich aus der Gesamtanalyse dieser Faktoren, daß eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, so ist das Bundeskartellamt verpflichtet zu prüfen, ob diese Machtstellung mißbraucht wird. Bei der Anwendung dieser Kriterien auf den Pharma-Markt wird unmittelbar deutlich, welche analytischen und Beweis-Schwierigkeiten sich ergeben. Das Vorhandensein von Wettbewerbern oder wesentlichem Wettbewerb wird auch in den vom Bundeskartellamt inkriminierten Fällen von den Pharma-Herstellern behauptet: Nach ihrer Auffassung spielt sich Wettbewerb nicht nur auf Preisebene ab, sondern umfaßt auch die anderen Parameter, die Forschung, Innovation, Information und die Service-Leistung. Hinsichtlich der Kriterien der überlegenen Finanzkraft, des Zugangs zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten sowie der Verflechtung mit anderen Unternehmen kann wohl für alle westdeutschen großen Pharma-Hersteller davon ausgegangen werden, daß sie die Voraussetzungen für eine überragende Marktstellung erfüllen. Würde dieses Kriterium zugrunde gelegt, müßte das Bundeskartellamt eine Fülle von Ermittlungsverfahren einleiten. Denn es kann kein Zweifel daran bestehen, daß die überlegene Finanzkraft sowie die vielfältigen konzentrativen und kooperativen Verflechtungen den großen Unternehmen Spielräume geben, in denen durch Absprachen, massive Werbungspolitik, Aufkauf kleinerer Konkurrenten etc. Mißbrauch möglich ist. Dennoch findet sich das Kriterium der größeren Finanzkraft in den Urteilen bzw. Beschlüssen explizit nur in der Kammergerichtsentscheidung zum Fall Merck[51]. „Daß die Finanzkraft der Beschwerdeführerin (Merck) die ihrer Hauptkonkurrenten auf dem Markt für Vitamin-B_{12} erheblich überrage, ergäbe sich allein schon aus ihrer Größe sowie der viel stärker ausgebauten Ärzte-

information, Werbung und Forschung. ... Zwar sei der finanzielle Hintergrund der Konzerne BASF (Nordmark) und Hoechst (Albert Roussel) ungleich größer. Sie spielten aber als Wettbewerber für Vitamin-B_{12}-Spezialitäten in der Bundesrepublik Deutschland keine nennenswerte Rolle."

An dieser Stelle zeigt sich die Einengung des Ansatzes des Kartellamtes, da es sich offenbar keine Gedanken darüber gemacht hat, *warum* die finanziell noch viel stärkeren BASF und Hoechst, die ebenfalls Vitamin-B_{12}-Präparate anbieten, auf diesem Markt keine Rolle spielen. Angesichts der gewaltigen Profite auf diesem Markt hätte es doch immerhin nahe gelegen, der Frage nachzugehen, ob hier nicht eine Strategie der Marktaufteilung betrieben wird. Der Kartellsenat des Kammergerichts als Berufungsinstanz verzichtete in seinem Urteil sogar gänzlich auf die Analyse der einzelnen Machtkriterien und argumentierte: „Der Kartellsenat hat seine Überzeugung anhand einer Gesamtbewertung der Struktur des relevanten Wettbewerbsmarktes, der Entwicklungsphase dieses Marktes, der Position und des Verhaltens der Beschwerdeführerin (Merck) auf diesem Markt und der Marktergebnisse in den zurückliegenden Jahren gewonnen."[52] Die Tatsache, daß die mit Kartellverfahren befaßten Institutionen ihre Urteile nicht aus einer differenzierten Analyse der 6 Kriterien für Marktbeherrschung nach § 22 GWB gewinnen, zeigt, daß sie den ihnen im Gesetz gegebenen Spielraum bei weitem nicht ausnutzen. Würden die drei unterscheidbaren Markttests, der Marktstrukturtest, der Marktverhaltenstest und der Marktergebnistest, konsequent angewendet, so müßten wohl hunderte von Kartellverfahren eingeleitet und die personellen und technischen Möglichkeiten des Bundeskartellamtes beträchtlich erweitert werden. Die weitgehende Beschränkung auf die Analyse der Marktanteile bedeutet letztlich, daß nur ein Teil des Marktstrukturtests zur Anwendung kommt. Auf diese Weise kann, selbst wenn man die oben beschriebenen Schwierigkeiten der Abgrenzung des relevanten Marktes außer Betracht läßt, mit Sicherheit nur ein kleiner Teil des mißbräuchlichen Preisverhaltens auf dem Pharma-Markt bekämpft werden. Dagegen kann nicht eingewandt werden, daß „Maßnahmen, die direkt die Marktergebnisse beeinflussen, mit unserer Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung, da sie Ausdruck einer nicht systemkonformen dirigistischen Politik wären"[53], abgelehnt werden müssen. Da der Marktmechanismus hinsichtlich der Preise für Arzneimittel nicht funktioniert, stellt sich hier nicht das Problem der Befürwortung oder Ablehnung dirigistischer Maßnahmen. Die Frage lautet vielmehr, ob die Macht zu dirigistischen Maßnahmen bei den in ihrer Preis- und Produktgestaltung weitgehend unabhängigen Pharma-Herstellern oder einer zumindest theoretisch öffentlicher Kontrolle unterworfenen Institution wie dem Bundeskartellamt liegen soll.

c) Methoden und Elemente der Wettbewerbsanalyse

Wenn der „relevante Markt" für eine bestimmte Warengruppe eingegrenzt ist, so können mit Hilfe der Analyse der Marktstruktur, des Marktverhaltens oder der Marktergebnisse Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage gewonnen werden, ob die Konkurrenz eingeschränkt ist und ein oder mehrere marktbeherrschende Unternehmen existieren. Unabhängig

davon muß festgelegt werden, welche Kriterien für die Feststellung der Ab- bzw. Anwesenheit von Konkurrenz herangezogen werden. Die Wirtschaftstheorie unterscheidet zu diesem Zwecke die Wettbewerbsparameter Preis, Forschung, Qualität und Werbung. Je nach Interessenlage des Autors erfahren diese Parameter eine unterschiedliche Gewichtung. Uneinigkeit besteht vor allem darüber, ob aus der Abwesenheit von Preiskonkurrenz auf die Abwesenheit von Konkurrenz überhaupt geschlossen werden darf. Das Bundeskartellamt bejaht dies tendenziell, wenn es sagt: „Infolge dieser auf dem Arzneimittelmarkt bestehenden ungewöhnlich großen Marktunvollkommenheiten hat die teilweise sehr hohe Aktivität auf dem Forschungs-, Qualitäts- und insbesondere Werbungssektor im wesentlichen keine Rückwirkungen auf das Preisverhalten, so daß der Nicht-Preis-Wettbewerb auch mittelbar keinen die volkswirtschaftlichen Antriebs- und Lenkungsfunktionen insgesamt hinreichend erfüllenden Wettbewerbsdruck begründet. Maßnahmen auf dem Werbungs-, Forschungs- und Qualitätssektor können somit bei pharmazeutischen Spezialitäten die Funktion des Preiswettbewerbs, der infolge der geschilderten Marktunvollkommenheit unwirksam ist, nicht erfüllen oder ersetzen."[54]

Die Gegenposition formuliert der Bundesgerichtshof wie folgt: „Bei der Erörterung der Frage, ob der Wettbewerb ... in dem oben erörterten Sinn als erstarrt anzusehen ist, sind alle Wettbewerbsfaktoren in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen. Denn auch einzeln für sich betrachtet wenig wirksame Formen des Wettbewerbs können in ihrer Summierung einen noch wirksamen Wettbewerb ergeben."[55] Die damit vorgeschlagene Methode zur Ermittlung der Existenz von Konkurrenz wird als „Mosaik-Methode" bezeichnet[56]. Diese Methode geht davon aus, daß die Unternehmen gegeneinander mit allen vier Parametern gleichzeitig konkurrieren. Dabei kann es durchaus vorkommen, daß eine intensive Konkurrenz etwa auf dem Forschungssektor eine Preiskonkurrenz geradezu verbietet, um den Wettbewerb auf dem Forschungssektor mit seinen hohen Aufwendungen aufrechterhalten zu können. Außerdem hat, so die Verfechter der Mosaik-Methode, ein Unternehmen, welches für die Qualität seiner Erzeugnisse über Jahrzehnte hinweg bekannt ist, für diesen Ruf beträchtliche Investitionen in Qualitätskontrolle und Werbung zu stecken, die über den Preis an den Konsumenten weitergewälzt werden müssen. „Vertrauen ist deshalb ökonomisch wertvoll."[57] Durchdenkt man diese Argumentation, so wird ersichtlich, daß mit ihrer Hilfe jeder Mißbrauchsaufsicht über erhöhte Preise ein Riegel vorgeschoben werden kann. Jeder Preis kann dann unter Verweis auf die vergangenen und zukünftigen Aufwendungen für Forschung und Werbung begründet werden. Der blinde Markenglaube, Ergebnis nicht zuletzt der intensiven und damit preistreibenden Werbung, der beim verordnenden Arzt wirtschaftliche Überlegungen in den Hintergrund drängt, wird damit selbst zur Legitimation überhöhter Preise herangezogen.

Selbst wenn man Zohlnhöfer folgt, der die Konkurrenz nicht von vornherein auf Preiswettbewerb reduziert, sondern als „Vorbedingung für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ... die Existenz eines kontinuierlichen, von den Beteiligten nicht kontrollierbaren Leistungsdrucks"[58] definiert, so bleibt die Tatsache bestehen, daß die anderen Konkurrenzparameter von den Pharmaproduzenten sehr wohl kontrollierbar sind und Gegenstand von

schwer aufdeckbaren Marktabsprachen sein können. Hinsichtlich des Konkurrenzparameters Produktinnovation kann schon lange nicht mehr behauptet werden, daß er stets oder auch nur regelmäßig im Interesse der Konsumenten wirke. Wenn zum Beispiel Liefmann-Keil sagt: „Die Arzneimittelerzeuger konkurrieren ... um die Ärzte. Neue Produkte, neue Präparate, insbesondere Kombinationspräparate, die die Verordnung erleichtern und neue Firmenwerbung ermöglichen, sind Mittel des Wettbewerbs um die Ärzte"[59], so kommt damit deutlich zum Ausdruck, daß das Ziel dieser Konkurrenz nicht eine beständige Verbesserung der Therapie, sondern die Gunst der „Verbrauchsdisponenten" ist. Im Interesse der Konsumenten kann Forschung nur insoweit liegen, als sie auf echte Innovation abzielt. Es gibt allerdings keinerlei zuverlässige Unterlagen darüber, welcher Anteil der für Forschung verwendeten Mittel tatsächlich für derartige Pharmaforschung ausgegeben wird. An dieser Stelle genügt der Hinweis, daß die Pharmaproduzenten durch die absatzpolitischen Notwendigkeiten gezwungen sind, einen großen Teil der aufgewendeten Mittel für Doppel-, Defensiv- und Diversifikationsforschung zu verwenden. Damit aber wird weder den Interessen der Patienten noch der Ärzte gedient. Auf dem Sektor Information und Werbung herrscht ohne Zweifel eine sehr lebhafte und teure Konkurrenz. Es kann indes kaum davon ausgegangen werden, daß diese Konkurrenz einen wesentlichen Beitrag zum therapeutischen Fortschritt oder zur Verwissenschaftlichung ärztlicher Praxis leistet. Aus diesen Überlegungen folgt, daß eine funktionierende Konkurrenz bei den Nicht-Preis-Wettbewerbsparametern nicht unbedingt im Interesse der Konsumenten liegt. Sie kann damit nicht als Ausgleich für die nichtfunktionierende Preiskonkurrenz herangezogen werden, zumal sie selbst erheblich zur Verteuerung der Arzneimittel beiträgt.

Damit erweist sich die „Mosaik-Methode" als reine Apologetik der Pharmaindustrie. Hoppmann hat daher Unrecht, wenn er den Gegnern der „Mosaik-Methode" unterstellt, sie gingen davon aus, „daß bei den Unternehmen eine Art Schizophrenie existiert, nämlich daß sie sowohl eine sehr hohe Wettbewerbsintensität entfalten (etwa bei den Aktionsparametern A, B und C) als auch zugleich den Wettbewerb beschränken (etwa bei den Aktionsparametern D und E)"[60]. Denn eine derartige Politik des Verzichts auf Preiskonkurrenz bei gleichzeitig lebhaftem Wettbewerb auf den Gebieten der Werbung und Forschung ist für die Pharmahersteller keineswegs schizophren, sondern zutiefst rational. Insoweit stellt die Neuformulierung des Kriterienkataloges für „überragende Marktstellung" durch die Novellierung des GWB von 1973 einen Fortschritt dar: Seither muß nicht mehr, wie es die Vertreter der Pharmaindustrie wünschen, durch Analyse aller Wettbewerbsformen nachgewiesen werden, daß überhaupt keine Konkurrenz mehr besteht, es genügt, wenn einige der dort genannten Kriterien erfüllt sind. „Der durch den Begriff der überragenden Marktstellung positiv definierte Begriff der Marktbeherrschung ermöglicht es der Kartellbehörde, darauf zu verzichten, erst anhand einer Vielzahl von negativen Merkmalen („Mosaik-Methode") nachzuweisen, daß kein wesentlicher Wettbewerb bestehe."[61]

Die relative Vereinfachung bei der Feststellung von überragender Marktstellung, deren Spielraum seitens des Kartellamtes noch lange nicht ausge-

schöpft ist, wurde dabei keineswegs durch die Umkehrung der „Mosaik-Methode" in die „Saldierungs-Methode" erzielt. Bei der „Saldierungs-Methode" müßte die Existenz von Konkurrenz bei einigen Parametern mit der Abwesenheit von Konkurrenz bei anderen Parametern in Beziehung gesetzt, möglicherweise quantifiziert werden, um auf diese Weise zu einem Wert zu gelangen, der als Richtgröße für die An- oder Abwesenheit von Konkurrenz genommen werden könnte. So geht aber, wie gezeigt wurde, das Kartellamt auch gar nicht vor. In der Tat kann man nicht „die Tatsache, daß pharmazeutische Unternehmen, die *die geringe Wirksamkeit des Preiswettbewerbs erkennen und deshalb den Einsatz dieses Aktionsparameters nicht mit großer Aktivität betreiben* (Hervorhebung d. Verf.), als negative Größe von der Wettbewerbsaktivität bei anderen Aktionsparametern subtrahieren"[62]. Man kann aber mit dem Bundeskartellamt sehr wohl argumentieren, daß nicht „andere Wettbewerbsmittel rechtfertigend gegen den unzureichenden Preiswettbewerb in die Waagschale geworfen werden müssen", da sonst „jegliche Mißbrauchsfrist über die Preisbildung in der Pharmaindustrie unmöglich würde"[63]. Ein solches Ergebnis könnte aber nur akzeptiert werden, wenn Konkurrenz für einen Selbstzweck gehalten würde. Konkurrenz aber ist ein Mittel zur Erreichung der ordnungspolitisch erwünschten Ziele Machtkontrolle, leistungsgerechte Einkommensverteilung, Konsumentensouveränität, optimale Faktorallokation, Anpassungsflexibilität und technischer Fortschritt. Es kann kein Zweifel daran bestehen, daß die Erreichung dieser Ziele Vorrang vor den Interessen eines Industriezweiges haben muß.

Anmerkungen

1 Vgl. Lange, B.-P. u. J.-H. Mendner u. H. Berzau: Konzentrationspolitik in den USA, Tübingen 1972, S. VII.

2 Sind sämtliche Prämissen des Modells der „vollkommenen Konkurrenz": Punktmarkt (z. B. Börse), homogene Güter, vollkommene Markttransparenz, viele Anbieter und Nachfrager sowie fehlende subjektive Präferenzen erfüllt, so ergibt sich rein rechnerisch eine Übereinstimmung von Stückkosten und Preisen. Dies aber würde bedeuten, daß kein einziges Unternehmen Gewinne macht.

3 Vgl. z. B. May, M.: Pharmazeutische Industrie und Wettbewerb, in: pharma dialog Nr. 12, Frankfurt o. J. (1972) sowie Rahner, E.: Die Bedeutung des Preiswettbewerbs auf den Arzneimittelmarkt, in: Die pharmazeutische Industrie, *37* S. 1 ff. (1975).

4 Vgl. Hehn, A.: Arzneimittelforschung, in: Neunmal teurer als Gold, Reinbek, 1977.

5 Vgl. Friedrich, V.: Arzneimittelanwendung, in: V. Friedrich u. a.: Neunmal teurer als Gold, Reinbek 1977.

6 pharma jahresbericht 1974—75, herausgegeben vom BPhI, Frankfurt 1975, S. 47.

7 Beanstandet wird erst, wenn ein Arzt im Wert seiner Verordnungen um mehr als 40 % über dem Durchschnitt seiner Facharztgruppe liegt. Bevor es zu Regreß-Forderungen kommt, wird mehrfach angemahnt. In Hessen beliefen sich die Regreß-Forderungen 1970 z. B. auf weniger als 0,02 % der Honorarsumme. Von 4300 Ärzten waren 32 betroffen, die zusammen 31 200 DM zurückerstatten mußten.

Vgl. Simon, I.: Die Preispolitik der pharmazeutischen Industrie im Bereich der ambulanten Arzneimittelversorgung und ihre Auswirkungen auf die gesetzliche Krankenversicherung, in: Medizin und gesellschaftlicher Fortschritt, Köln 1973, S. 362.

8 Bereits die *Rote Liste* 1949 war nach Indikationsgebieten geordnet. Es ist daher unverständlich, wie der BPhI die Wiederaufnahme dieses Brauches als bedeutende Reform und „wesentlichen Beitrag zur Übersichtlichkeit des Arzneimittelmarktes" bezeichnen kann. Vgl. pharma jahresbericht 1974—75, a.a.O., S. 19.

9 Moebius, K.: Untersuchung der pharmazeutischen Industrie, unveröffentlichtes Manuskript, Kieler Inst. f. Weltwirtschaftsforschung Kiel 1975, S. 70.

10 Rahner, E.: Die Bedeutung des Preiswettbewerbs auf dem Arzneimittelmarkt, in: Die pharmazeutische Industrie, a.a.O., S. 5.

11 Rahner, E., a.a.O., S. 5.

12 Zum „Leidensweg" des Gesetzes vgl.: Huffschmid, J.: Die Politik des Kapitals, Frankfurt/Main, 1969, S. 143—152. Der Herausgeber des Kommentars zum GWB mußte dazu am Ende feststellen: „Die ursprünglich einigermaßen klare Konzeption des Gesetzentwurfs erfuhr dabei sowohl in materieller wie in verfahrensrechtlicher Hinsicht im ganzen eine starke Verwässerung." Vgl.: Rasch, H.: Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Kommentar zum GWB, Herne/Berlin, 1958², S. 10.

13 Bis zu diesem Zeitpunkt waren die Stellungnahmen des Bundeskartellamtes in seinen jährlichen Tätigkeitsberichten (TB) jeweils recht unkritisch: „Auch bei der Preisgestaltung und bei den Vertriebswegen ... ergaben sich keine nennenswerten Vorteile der Großen gegenüber den Kleinen. Die Vielfalt des Bedarfs läßt für die kleineren und mittleren Unternehmen ein genügendes Betätigungsfeld." Vgl.: TB des Bundeskartellamtes, Bundestags-Drucksache (BT-Drucksache) IV/2320 vom 5. 6. 1964, S. 20. Auch wurde nicht problematisiert, daß bei einer Gliederung nach über 100 verschiedenen Indikationsgruppen „von einzelnen Anbietern — auch kleinen — ... oft Marktanteile bis über 30 %, von einigen mittleren und großen solche über 50 % erreicht (werden)". Vgl.: Anlage zur BT-Drucksache IV/2320 S. 183.

14 TB des Bundeskartellamtes, BT-Drucksache V/4236 vom 23. 5. 1969, S. 57.

15 Auf den vierten Problemkomplex, mit dem sich das Bundeskartellamt regelmäßig zu beschäftigen hat, wird hier nicht eingegangen: Ist nämlich einmal eine marktbeherrschende Stellung und deren Ausnutzung durch ein Unternehmen festgestellt, so ergibt sich die Frage, nach welchen Anhaltspunkten das Kartellamt die neuen Höchstpreise festsetzen soll. Hierbei werden regelmäßig die Alternativen Selbstkostenpreise, Vergleichsmarkt und Als-ob-Wettbewerb diskutiert.

16 Vgl.: Schmidt, I.: US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973, S. 61 f.

17 Vgl.: Hoppmann, E.: Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen dargestellt am Beispiel der Praxis des Bundeskartellamtes bei Arzneimitteln, Baden-Baden, 1975, S. 44 und 113.

18 Beschluß des Bundeskartellamtes vom 16. 10. 1974, B-6-432190-T-37-73, hektographierte Fassung, S. 45.

19 Ebenda, S. 20.

20 Ebenda, S. 79.

21 Ebenda, S. 31 f.

22 Ebenda, S. 11. Eine Zähleinheit enspricht 1000 gamma Vitamin B_{12} bzw. 500 gamma Depotvitamin B_{12}.

23 Wie sehr das Kammergericht den Interessen der Pharma-Industrie entgegenkommt, zeigt sich an der Tatsache, daß es als neuen Maximalpreis den Preis des

Schweizer Vergleichsmarktes zuzüglich eines Aufschlages von 50 % für besondere Forschungsleistungen festlegte.

24 Schmidt, I.: Us-amerikanische . . . , S. 124.

25 Wie vehement sich einzelne Pharma-Hersteller gegen solche richterlich angeordneten Beschlagnahmungen wehren, illustriert die Tatsache, daß im Contergan-Fall die Firma Grünenthal dreimal, davon zweimal aufgrund anonymer Hinweise, durchsucht werden mußte, ehe alle relevanten Unterlagen gefunden waren. Vgl. Sjöström, H. u. R. Nilsson, Contergan oder die Macht der Arzneimittelkonzerne, Berlin 1975, S. 5.

26 Beschluß des Kammergerichts Kart. 26/74 B-6-432190-T-56/73, a.a.O., S. 55.

27 Schmidt, I.: US-amerikanische . . . , S. 120.

28 Monopolkommission, Sondergutachten 1, Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle, Gutachten vom Februar 1975, Baden-Baden 1975, S. 21.

29 Die räumliche Abgrenzung des Marktes bleibt hier ausgeklammert, da sie ausschließlich für die im Rahmen der Themenstellung dieser Untersuchung wenig bedeutsamen nur regional verbreiteten Arzneimittel eine Rolle spielt.

30 Vgl.: Arndt, H.: Mikroökonomische Theorie, 2. Band, Tübingen, 1966, sowie Hoppmann, E.: a.a.O., S. 34.

31 Stackelberg, H. v.: Marktform und Gleichgewicht, Wien/Berlin, 1934.

32 Schmidt, I.: US-amerikanische . . . , S. 48.

33 TB des Bundeskartellamtes für 1971, BT-Drucksache VI/3570, S. 68. Daß das BDI/BDA-eigene deutsche Industrieinstitut „dies rechtlich unverständlich" findet, kann nur als beabsichtigtes Mißverständnis gelten. Vgl.: Braun, W.: Der Arzneimittelmarkt in der BRD, Beiträge des deutschen Industrieinstituts, Köln, 1972, S. 49.

34 So geht zum Beispiel Riebel vor; Riebel, P.: Kosten und Preise bei verbundener Produktion, Substitutionskonkurrenz und verbundener Nachfrage, Opladen 1971, S. 41.

35 Hoppmann, E.: Die Abgrenzung . . . , S. 35.

36 Günther, E.: Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Karlsruhe, 1960, S. 7.

37 Hoppmann, E.: Die Abgrenzung . . . , S. 35 sowie die dort in Fußnote 37 angegebenen Quellen.

38 Hoppmann, E.: a.a.O., S. 35.

39 Entscheidung des Kammergerichts, Kart 26/74-B-6-432190-T-56/73, S. 29.

40 Hofmann, W.: Grundelemente der Wirtschaftsgesellschaft, Reinbek, 1969, S. 16.

41 Hoppmann, E.: a.a.O., S. 36.

42 Vgl. die Entscheidung der Federal Trade Commission 26 FTC 308—309, zitiert nach Hoppmann, E.: a.a.O., S. 30.

43 Hoppmann, E.: a.a.O., S. 28.

44 TB des Bundeskartellamtes für 1969, BT-Drucksache VI/950, S. 5.

45 Hoppmann, E.: a.a.O., S. 37.

46 Beschluß des Kammergerichts, a.a.O., S. 38.

47 Ebenda, S. 18 f.

48 Ebenda, S. 39.

49 Beschluß des Bundeskartellamtes, a.a.O., S. 13.

50 Information durch persönliche Teilnahme an der mündlichen Verhandlung am 25. 6. 1975.

51 Beschluß des Kammergerichts, a.a.O., S. 29.

52 Beschluß des Kammergerichts, a.a.O., S. 35.
53 Schmidt, I.: a.a.O., S. 62.
54 TB des Bundeskartellamtes für 1968, BT-Drucksache V/4236, S. 19.
55 Beschluß des Bundesgerichtshofes vom 5. 2. 1968, zitiert nach Wirtschaft und Wettbewerb (Entscheidungen), S. 912.
56 Hoppmann, E.: a.a.O., S. 44.
57 Ebenda, S. 120.
58 Zohlnhöfer: Wettbewerb, Marktmacht und Marktbeherrschung, in: Wirtschaftsdienst, Heft 8/1974, S. 420 ff., hier: S. 423.
59 Liefmann-Keil, E.: Der Arzneimittelmarkt im Rahmen der Weiterentwicklung der gesetzlichen Krankenversicherung, Frankfurt 1973, S. 36.
60 Hoppmann, E.: a.a.O., S. 113.
61 Entscheidung des Kammergerichts, a.a.O., S. 35.
62 Hoppmann, E.: a.a.O., S. 114.
63 Schriftsatz des Bundeskartellamtes B-6-432190-T-37/73 b vom 13. 11. 1974, S. 14.

* Dieser Aufsatz gibt Ergebnisse eines Forschungsprojekts wieder, das die Vereinigung deutscher Wissenschaftler e. V. in Hamburg durchgeführt hat. Aus diesem Projekt ist ein Buch hervorgegangen, das im Dezember 1976 unter dem Titel: Friedrich/Hehn/Rosenbrock: „Neunmal teurer als Gold — die Arzneimittelversorgung in der Bundesrepublik" erschienen ist (rororo-aktuell).