

Dr. jur. Robert Schwelzer  
Rechtsanwalt in München

## Empirische Kartellrechtsforschung<sup>1)</sup>

### 1. Ziel und Aufbau des Referats

Das Referat soll einen Überblick über die Empirische Kartellrechtsforschung vermitteln. Ich stelle Ihnen dazu dar

- Begriff und Standort der Empirischen Kartellrechtsforschung
- Kernprobleme der Empirischen Kartellrechtsforschung und
- Beispiele für Untersuchungsansätze zu aktuellen Kartellrechtsverfahren und Fehlerquellen.

### 2. Abschnitt I: Begriff und Standort der Empirischen Kartellrechtsforschung

21 Die Empirische Kartellrechtsforschung ermittelt kartellrechtsrelevante Tatbestände mit den Methoden und Techniken der Empirischen Forschung<sup>2)</sup>.

22 Die Empirische Kartellrechtsforschung bildet einen Zweig der Empirischen Rechtsforschung. Die Empirische Rechtsforschung ermittelt rechtsrelevante Tatbestände mit den Methoden und Techniken der Empirischen Forschung.

23 Beide Begriffe werden in Rechtsprechung und Literatur noch nicht gebraucht. Begriffe, die im Zusammenhang mit Empirischer Rechtsforschung verwendet werden, sollen nur mehr oder weniger große Teilbereiche der Empirischen Forschung bezeichnen. Außerdem sind — jedenfalls nach nicht repräsentativen Probebefragungen zur Verkehrsauffassung — selbst solche weiten Begriffe wie Empirische Rechtssoziologie nach ihrem Wortsinn bspw. nicht geeignet, die empirische Ermittlung von Tatbeständen zur Entscheidung einzelner Rechtsstreitigkeiten zu erfassen. Für die Empirische Kartellrechtsforschung bestand noch kein Anlaß, einen Begriff zu prägen, weil sich Rechtsprechung und Lehre mit einer systematischen Empirischen Tatbestandsforschung für das gesamte Kartellrecht noch nicht beschäftigt haben.

### 24 Die gebräuchlichen Begriffe

24.1 Empirische Rechtssoziologie, Justizforschung, Richter-soziologie, soziologische Jurisprudenz

„Empirische Rechtssoziologie“ bezeichnet im wesentlichen die Untersuchung der sozialen Vorgänge des Rechtslebens, der daraus entstehenden Strukturen und des Beitrags, den dieses Ordnungsgefüge für die Gesellschaft als Ganzes leistet, und zwar mit den in der soziologischen Forschung üblichen Untersuchungsmethoden und -techniken. Anders ausgedrückt: Die Empirische Rechtssoziologie untersucht mit den Methoden und Techniken der Empirischen Sozialforschung die wechselseitige Abhängigkeit von gesellschaftlichem Leben und Recht<sup>3)</sup>.

Die Empirische Rechtssoziologie hat sich bis jetzt im wesentlichen beschäftigt

— mit Grundlagenforschung, wie: der Erforschung der Mechanismen der Rechtsforschung, der Beobachtung von Verhaltensregelmäßigkeiten, Abweichungen und Sanktionen<sup>4)</sup>

— mit der Effektivität des Rechts, und zwar in zwei Hauptformen: der *Justizforschung*<sup>5)</sup> und der Erforschung von Funktion und Auswirkungen von Gesetzen<sup>6)</sup> und

— mit der *soziologischen Jurisprudenz*, der „Lehre von der soziologisch orientierten Aufstellung, Anwendung und Durchsetzung der Rechtsnormen durch den Rechtsstab“<sup>7)</sup>.

### 24.2 Rechtstatsachenforschung

24.21 Der Begriff Rechtstatsachenforschung ist schillernd (geworden). Raiser u. a. setzen ihn gleich mit Empirischer Rechtssoziologie<sup>8)</sup>. Andere unterscheiden zwischen Rechtstatsachenforschung im engeren und im weiteren Sinne. Die Rechtstatsachenforschung im engeren Sinne soll die Analyse des Ist-Zustandes und die Aufstellung von Hypothesen für den Sollzustand bezeichnen. Die Rechtstatsachenforschung im weiteren Sinne soll die Simulierung des Sollzustandes und die experimentelle Kontrolle seiner Wirkungsweise mit erfassen<sup>9)</sup>. Röhl definiert die Rechtstatsachenforschung als „angewandte empirische Rechtssoziologie auf dem Gebiete des gesamten Zivilrechts einschließlich des dazugehörigen Verfahrens“<sup>10)</sup>.

Nußbaum, der als Vater der Rechtstatsachenforschung gilt<sup>11)</sup>, gibt der Rechtstatsachenforschung den weitesten Sinn-

1) Gekürzte und — insbesondere durch Fußnoten und Berücksichtigung der am 8. 6. 75 herausgegebenen vollständigen Gründe des Merk-Beschlusses vom 19. 3. 75 (Kart 26/74) — erweiterte Wiedergabe eines Referates, das der Verfasser am 7. 3. 1975 in München vor der Studienvereinigung Kartellrecht e. V. gehalten hat.

2) Zu den Methoden und Techniken der Empirischen Forschung gehören die Methoden und Techniken der Naturwissenschaften (möglicherweise ist jetzt die Zeit zur schrittweisen Einführung einer — in dem hier verstandenen umfassenden Sinne — Empirischen Rechtsforschung reif; der — soweit ich sehe — noch nicht verwendete Begriff Empirische Rechtsforschung sollte jedenfalls für diesen Sinn freigehalten werden) sowie insbesondere die Methoden und Techniken der Empirischen Sozialforschung, wie: das Interview, die Beobachtung, die Gruppendiskussion und die Soziometrie. Grundlegend: René König, Grundlegende Methoden und Techniken der Empirischen Sozialforschung, Stuttgart 1973 (Taschenbuchausgabe der 3., umgearbeiteten und erweiterten Auflage des „Handbuch der empirischen Sozialforschung“, Band I).

3) Vgl. z. B. Jutta Limbach, Empirische Rechtssoziologie, JA (Juristische Arbeitsblätter) 1973, Seiten 143 ff., 295 ff.

4) Zu den bekanntesten Untersuchungen gehört, bei Limbach a.a.O., S. 145 f., kurz zusammengefaßt, Gerd Spittler, Norm und Sanktion. Untersuchungen zum Sanktionsmechanismus, 1967.

5) Insbesondere: Richtersozioologie, Organisation der Justiz, Faktoren der richterlichen Entscheidungstätigkeit. Zur Veranschaulichung, ohne Wertung, einige Studien: Ralf Dahrendorf, Bemerkungen zur sozialen Herkunft und Stellung der Richter an Oberlandesgerichten, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 5. Jahr 1960, S. 260. Wolfgang Kaupen, Die Hüter von Recht und Ordnung, Berlin, Neuwied 1960. Theo Rasehorn, Von der Klassenjustiz zum Ende der Justiz, Kritische Justiz, 1969, S. 273 — 289. Walther Richter, Zur Bedeutung der Herkunft des Richters für die Entscheidungsbildung, Berlin 1973. Aus dem von Rolf Bender herausgegebenen Band: Tatsachenforschung in der Justiz, Tübingen

1972: Dieter Hendel, Einzelrichter oder Kollegialsystem; Rainer Zwieselz/Rolf Bender, Betriebswirtschaftliche Methoden und Vorschläge zur Verbesserung der Justizorganisation. Aus dem von Erhard Blankenburg herausgegebenen Buch, Empirische Rechtssoziologie, München 1975: Rüdiger Lautmann, Richterliche Strategien zum Abschluß eines Verfahrens; Raymond Werle, Die Unabhängigkeit der Richter aus der Sicht der Richter. Zahlreiche weitere Literaturhinweise bspw. bei: Manfred Rehbinder, Internationale Bibliographie der rechtssoziologischen Literatur, Berlin 1972; Limbach a.a.O.; Klaus Röhl, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, Tübingen 1974. Theo Rasehorn, Justizforschung abseits der Justiz, ZRP (Zeitschrift für Rechtspolitik), 1974, S. 90 ff.

6) Vgl. z. B. Limbach a.a.O., S. 150 mit einer kurzen Zusammenfassung von Aubert, Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung (in: Ernst Hirsch/Manfred Rehbinder, Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, KZSS (Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Opladen) Sonderheft 11/1967, S. 284 ff.) und Winter, Sozialer Wandel durch Rechtsnormen, erörtert an der sozialen Stellung unehelicher Kinder, Berlin 1969.

7) Rehbinder, Einführung in die Rechtssoziologie, Frankfurt a. M. 1971, S. 5. Vgl. auch Limbach a.a.O., S. 150 f. Auch der Begriff „Soziologische Jurisprudenz“ wird nicht einheitlich gebraucht, vgl. Röhl a.a.O., S. 9, Anm. 26.

8) Thomas Raiser, Einführung in die Rechtssoziologie, JA (Juristische Arbeitsblätter) Sonderheft 9, Berlin 1972.

9) Bender, Grundsatzfragen zur Justizreform a.a.O. (Anm. 5) S. 8.

10) A.a.O. (Anm. 5) S. 10. Röhl erklärt, daß sich die Rechtstatsachenforschung auf das Privatrecht zurückgezogen habe und erhebt Bedenken, Rechtstatsachenforschung zur Tatbestandsermittlung für den einzelnen Rechtsstreit zu betreiben, vgl. insbesondere AcP 172 (1972), 555 — 560 (559 f.); dazu unten Anm. 30.

11) Eugen Ehrlich (insbesondere: Grundlegung der Soziologie des Rechts, Berlin 1913) könnte gleichberechtigt mitgenannt werden.

gehalt<sup>12</sup>). Nußbaum will bspw. auch Geschäftsgebräuche durch Rechtstatsachenforschung ermitteln<sup>13</sup>).

24.22 Auf Nußbaum<sup>14</sup>) kann auch die Rechtsprechung zurückgeführt werden, die zur Ermittlung des Tatbestandes für einzelne Gerichtsverfahren repräsentative Umfragen berücksichtigt hat, insbesondere in Rechtsstreitigkeiten zu<sup>15</sup>) § 157 BGB (Verkehrssitte), § 346 HGB (Handelsbrauch), § 1 UWG (Alleinstellung einer berühmten Marke), § 3 UWG (Täuschungsgefahr), § 16 UWG (Verkehrsgeltung eines Firmenzeichens), § 4 WZG (Verkehrsgeltung), § 5 WZG (Verwechslungsgefahr), § 15 WZG (zeichenmäßiger Gebrauch), § 25 WZG (Verkehrsgeltung), § 31 WZG (Verwechslungsgefahr und incidenter Verkehrsgeltung).

Die Empirische Kartellrechtsforschung will nun u. a., wie diese von der Rechtsprechung berücksichtigten Umfragen<sup>16</sup>) in den aktuellen Kartellrechtsstreitigkeiten dazu beitragen, mit den Methoden und Techniken der Empirischen Forschung, insbesondere der Empirischen Sozialforschung, den kartellrechtsrelevanten Tatbestand aufzuklären.

### 3. Abschnitt II: Kernprobleme der Empirischen Kartellrechtsforschung

31 Das Bundeskartellamt hat diese — auch nach Erlaß des Merck-Beschlusses bestehenden — Kernprobleme der Empirischen Kartellrechtsforschung herausgestellt:<sup>17</sup>)

- das Verhältnis von Rechtsauslegung zu Empirischer Kartellrechtsforschung
- die Konkurrenz zwischen Berichten über repräsentative Befragungen und Gutachten nicht-demoskopischer Sachverständiger
- die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des kartellrechtsrelevanten Tatbestandes durch repräsentative Befragung
- die Objektivität der erhebenden Institute.

Im einzelnen:

32 Das Verhältnis von Rechtsauslegung zu Empirischer Kartellrechtsforschung.

Das Bundeskartellamt warnt, mit der Empirischen Kartellrechtsforschung unzulässig in die Rechtsauslegung einzugreifen: „Bei dem Begriff des relevanten Marktes handelt es sich um eine Rechtsfrage. . . Die Untersuchungen dürften kaum geeignet sein, zur Klärung des ‚Begriffs‘ des relevanten Marktes beizutragen, könnten jedoch möglicherweise Tatsachen ergeben, welche für seine Bestimmung im Einzelfall Bedeutung haben. . . Entscheidend für die empirische Fragestellung ist die rechtliche Problematik, deren Klärung sie dient. Diese Proble-

matik ist durch die Rechtsprechung noch nicht hinreichend geklärt. . .“<sup>18</sup>).

Die Empirische Rechtsforschung zur Tatbestandsermittlung für einzelne Rechtsstreitigkeiten darf sich in der Tat grundsätzlich nur mit der Ermittlung der zur Subsumtion unter einen Rechtsbegriff benötigten Daten befassen. Welche Daten benötigt werden, bestimmt die (rechtsmethodische) Auslegung der vom Gesetz verwendeten Begriffe. Die Datenermittlung setzt die Rechtsauslegung voraus, baut auf ihr auf und wirkt nur ausnahmsweise auf sie zurück. Fehlt — wie zu den Tatbestandsmerkmalen relevanter Markt, Wettbewerb und mißbräuchliches Verhalten — noch eine durch Rechtsprechung und Lehre auch in den Einzelheiten gefestigte Rechtsauslegung, muß die Empirische Rechtsforschung je nach Aufgabenstellung im Einzelfall von mehreren denkbaren Rechtsauslegungen ausgehen. Die Rückwirkung der Empirischen Rechtsforschung auf die Rechtsauslegung wird sich im wesentlichen darauf beschränken, daß sie Daten ermittelt, die im Wege eines argumentum e contrario, eines argumentum a maiore ad minus und anderer Rechtsauslegungsgrundsätze dazu führen, daß bestimmte denkbare Rechtsauslegungen abgelehnt werden. Und die Empirische Rechtsforschung wird insofern auf die Rechtsauslegung rückwirken, als die durch Empirische Rechtsforschung ermittelten Daten dazu zwingen, die Rechtsauslegung zu vertiefen<sup>19</sup>). Der Merck-Beschluß erklärt bereits (a. a. O., Anm. 1, S. 47) zu dieser notwendigen Rechtsfortbildung richtungweisend: „Gelegentliche Überschneidungen in Randbereichen sind nicht geeignet, die Marktposition eines Anbieters bestimmter Waren zu beeinträchtigen und sein wettbewerbliches Verhalten zu kontrollieren. Da der Sinn und Zweck einer Gesetzesbestimmung bei der Auslegung und Ausfüllung jedes einzelnen Tatbestandsmerkmals zu beachten ist, muß die Abgrenzung der austauschbaren Waren auch nach diesen Gesichtspunkten vorgenommen werden.“

33 Die Konkurrenz zwischen repräsentativen Befragungen und Gutachten medizinischer und anderer nicht-demoskopischer Sachverständiger.

„Das Bundeskartellamt trägt in den Mißbrauchsverfahren gegen pharmazeutische Unternehmen bekanntlich vor:

Therapeutische Überlegungen haben wegen des überragenden Wertes der menschlichen Gesundheit den unbedingten Vorrang vor allen anderen Überlegungen. Deshalb ist entscheidend, daß Arzneimittel im wesentlichen gleiche Wirkungsqualitäten und gleiche Nebenwirkungen aufweisen. In dem Gutachten kommt Professor . . . zu dem Ergebnis . . .“<sup>20</sup>).

Das Bundeskartellamt ermittelt also den Tatbestand zur Bestimmung des relevanten Marktes mit dem Gutachten eines medizinischen Sachverständigen. Eine repräsentative Erhebung

12) Vgl. die Zitate bei Limbach und Röhl a.a.O.

13) Vgl. z. B. Arthur Nußbaum, Die Rechtstatsachenforschung, AcP 154 (1955), 453 ff. (462).

14) Die Arbeiten Nußbaums erlauben darüber hinaus, ihn als Verfechter einer Empirischen Rechtsforschung in dem hier verstandenen Sinne zu begreifen.

15) Vgl. die Hinweise bei Gunther Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt 1971, S. 11 f.; Wolfgang Birke, Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, Köln 1968; Heinrich Tetzner, Demoskopische Gutachten als Beweismittel, JZ 1965, 125 ff.; Elisabeth Noelle-Neumann/Carl Schramm, Umfrageforschung in der Rechtspraxis, Weinheim 1961; Dietrich Gorny, Marktforschung als Unterlage für Rechtsgutachten, in Werner Ott (Hrsg.) Handbuch der praktischen Marktforschung, München 1972, S. 811 ff. Werner Sauberschwartz, Gutachten von Markt- und Meinungsforschungsinstituten als Beweismittel im Wettbewerbs- und Warenzeichenprozeß, Tübingen 1968. In der Praxis werden Umfragen stärker berücksichtigt als meist angenommen wird. So wurde bspw. (unveröffentlicht) für ein Strafverfahren zu § 4 Nr. 3 a. F., § 17 I Nr. 5 n. F. des Lebensmittelgesetzes ermittelt, ob der Verbraucher bei bestimmten Pils-Bieren einen bestimmten Stammwürzegehalt erwartet.

16) Blankenburg a.a.O. (Anm. 5) S. 99 spricht von „forensischer Soziologie“.

17) Schreiben vom 7. 10. 1974, Verfasser Fritz Lanzenberger. Das Bundeskartellamt nimmt in diesem Schreiben Stellung zu der Infratest-Projektbeschreibung, Das marktbeherrschende Unternehmen — Die empirische Ermittlung des kartellrechtlichen Tatbestandes, München 1974, Verfasser Maria-Rita Girardi, Dieter Baron von der Redte, Robert Schweizer. Diese Projektbeschreibung unterbreitet im

wesentlichen ein Angebot zur Ermittlung des relevanten Marktes („eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen“) durch repräsentative Befragung, also ein Instrument der Empirischen Sozialforschung, den „Königsweg der praktischen Sozialforschung“, René König, Beobachtung und Experiment, 8. Aufl., Köln 1972, S. 27. Zu dem Schreiben des Bundeskartellamts habe ich am 31. 10. 74 dem Bundeskartellamt gegenüber im Sinne der Ausführungen unten 32 ff. Stellung genommen.

18) Schreiben vom 7. 10. 1974, vgl. Anm. 17.

19) Dazu noch unten Nr. 41.

20) Merck-Beschluß vom 21. 3. 74, WuW 74, 561 ff.; Presseinformation des Bundeskartellamts vom 22. 8. 74; „Öffentliche mündliche Verhandlung gegen Hoffmann-La Roche. Einleitende Bemerkungen des Vorsitzenden der 6. Beschußabteilung, Fritz Lanzenberger (Zusammenfassung);“ öffentliche mündliche Verhandlung vom 22. 8. 74: „Der Berechnung der Marktanteile hat die Beschußabteilung die Marktabgrenzung zugrundegelegt, wie sie sich aus dem von Professor . . . erstellten Gutachten ergibt.“ Die entsprechenden gutachtlichen Äußerungen: „Arzneimittel, die ein anderes Wirkungsspektrum als das aufgeführte (vier Hauptwirkqualitäten: Anxiolyse (Unterdrückung der Folgeerscheinung von Angst, Spannungs- und Erregungszuständen); Sedierung und Schlafförderung; Muskelrelaxation; Krampfhemmung) besitzen, sei es durch Hinzutreten weiterer Wirkqualitäten oder Nichtvorhandensein von Wirkqualitäten des Librium und Valium, können im strengen Sinne daher nicht als gleichwertig angesehen werden. . . Arzneimittel, die weitere Nebenwirkungen, eine höhere Toxizität oder eine geringere therapeutische Breite besitzen oder ihre Anwendung in anderer Weise risikoreicher ist als Valium und Librium, können daher im strengen Sinne nicht als gleichwertig angesehen werden.“

der Ansicht des Bedarfsträgers begrüßt es an anderer Stelle, hält sie aber zur Beweisführung für entbehrlich:

„Obgleich die Beschlußabteilung in den beiden Verfahren auch ohne Untersuchungen der von Ihnen vorgeschlagenen Art die Frage des Bestehens marktbeherrschender Stellungen nach ihrer Überzeugung eindeutig hat beantworten können, ist es grundsätzlich zu begrüßen, daß Sie empirisch die Ansichten der Bedarfsträger über andere Möglichkeiten der Bedarfsdeckung für bestimmte Arzneimittel erforschen wollen“<sup>21)</sup>.

Gegen die damit incidenter vertretene Ansicht des Bundeskartellamts, der relevante Markt könne für Arzneimittel mit dem Gutachten eines medizinischen Sachverständigen und ohne repräsentative Erhebung ermittelt werden, bestehen Bedenken: Bekanntlich entscheidet die Ansicht des Bedarfsträgers über die zumutbare, gleichwertige Bedarfsdeckung, welche Waren zum Markt eines Produkts gehören<sup>22)</sup>. Der Merck-Beschluß geht darauf (a. a. O., S. 41 ff.) ausführlich ein und erklärt ausdrücklich:

„Die Marktabgrenzung ist nicht nach der physikalisch-technischen, chemischen Identität, sondern nach der funktionellen Austauschbarkeit des Produkts aus der Sicht der Verbrauchsdiskonten vorzunehmen... 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 Arzneimittelspezialitäten, die unter Umständen davon abweichen können.“

Gleich, wer nun als Bedarfsträger der pharmazeutischen Produkte anzusehen ist, der Patient, der Arzt, der Apotheker, Heilpraktiker oder andere Personen<sup>23)</sup>, der einzelne medizinische, physikalische oder chemische Sachverständige kann nur zu physikalisch-technischen, chemischen oder ähnlichen Sachfragen, auf die es, wie der Merck-Beschluß zutreffend ausführt, zur Marktabgrenzung nicht ankommt, sachverständig Stellung nehmen. Diese Sachverständigen können jedoch die

Meinung des Bedarfsträgers nicht zuverlässig repräsentativ wiedergeben. Es ist heute unbestritten, daß Einzelne ohne repräsentative Erhebung die repräsentative Ansicht einer relevanten Gruppe oder der Gesamtbevölkerung nicht zuverlässig wiedergeben können<sup>24)</sup>.

Vgl. zum Beispiel: <sup>25)</sup>.

Benda, Kreuzer: <sup>26)</sup>

„Soziale Normen und Wertvorstellungen, auf die das Recht verweist, vermag die Empirische Sozialforschung mit jedenfalls ungleich größerer Verbindlichkeit festzustellen, als die zwangsläufig beschränkte Erfahrung des Richters (oder — sinngemäß für die jetzt erst offenkundig gewordene Problematik ergänzt — eines medizinischen oder technischen Sachverständigen). Die Heranziehung demoskopischer Gutachten durch die Gerichte wird voraussichtlich in nicht allzu ferner Zeit ebenso selbstverständlich sein wie die Verwendung von Gutachten technischer oder medizinischer Sachverständiger.“

Röhl <sup>27)</sup> unter Hinweis auf Steindorff: <sup>28)</sup>

„In einer industriellen Welt, die immer rascher und immer wirksamer Regelungsprozesse entwickelt und in der gerichtsbekannt Tatsachen immer häufiger mit allem, nur nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen, ist insbesondere das Entscheidungsmaterial der Obergerichte keine ausreichende Informationsquelle über die tatsächlichen Verhältnisse mehr. Erst die gewiß mühsame und vom Einzelnen nicht zu bewältigende Empirische Tatsachenermittlung<sup>29)</sup> ermöglicht rechtswissenschaftliche Lösungen.“

Am Anfang steht dagegen die Diskussion zu der Frage, inwieweit auf Empirische Rechtsforschung durch repräsentative Befragung — insbesondere wegen des mit ihr verbundenen Aufwandes — verzichtet werden soll oder ob und inwieweit ohne rechtsrelevante repräsentative Befragung entschieden werden darf. Soweit ersichtlich, wird jedoch bereits heute im Prinzip anerkannt, daß die Gerichte für sämtliche Rechtsgebiete repräsentative Befragungen berücksichtigen dürfen<sup>30)</sup>;

21) Schreiben vom 7. 10. 1974, vgl. Anm. 17.

22) Vgl. z. B. KG v. 16. 10. 1964 (Bockhorner Klinker): „Hinsichtlich der zum Vergleich heranzuziehenden anderen Waren kommt es darauf an, ob sie nach ihrer Art in jeder Hinsicht den gleichen Verwendungszweck erfüllen und die Käufer deshalb, ohne Beeinträchtigung ihrer Interessen, auf solche fremden Angebote ausweichen können.“ (WaWi/OLG 712). Oder Bartholomeyczik im Gemeinschaftskomm. RdNr. 22 zu § 22 mit weiteren Hinweisen: „Daher können nur solche Waren- und Leistungsgruppen zu einem Markt zusammengefaßt werden, die der Bedarfsträger vor allem der Verbraucher, trotz ihrer Verschiedenheit im einzelnen wegen ihrer im wesentlichen gleichen Eigenschaften und Verwendungszwecke als eine ihm zumutbare, gleichwertige Bedarfsdeckung ansieht, so daß er auf sie, obwohl substituierbare Waren vorhanden sind, ausweichen, sich auf die Eindeckung mit ihnen verweisen lassen kann.“ Oder Langen (Kommentar zum KartG, 4. Aufl., RdNr. 11 zu § 22): „Gleichartigkeit im Sinne unseres Gesetzes wird in der Regel anzunehmen sein, wenn der Durchschnittsverbraucher die eine Ware anstatt der anderen nimmt.“

23) Dazu unten 41.21.

24) Und auch für Arzneimittel (durch unveröffentlichte Studien) nachgewiesen.

25) U. a. auch die in Anm. 15 erwähnte Literatur; anschaulich bspw. Noelle-Neumann/Schramm a. a. O. (Anm. 15), S. 11 ff; beachtenswert z. B. auch Hermann Oertjens, Kritischer Rationalismus und Rechtssoziologie, in Wolfgang Naucke und Paul Trappe (Hrsg.) Rechtssoziologie und Rechtspraxis, Berlin 1970.

26) Demoskopie und Recht, JZ 1972, 497—501 (498 r. Sp., 499 l. Sp.).

27) A. a. O. (Anm. 5), S. 17.

28) Gehilfenversagen und Industrielle Qualitätsregelungen, AcP 170 (1970), 93 ff. (127).

29) Im Gesamtzusammenhang, soweit hier von Bedeutung, zu verstehen als repräsentative Tatsachenermittlung mit den Methoden und Techniken der Empirischen Sozialforschung im Gegensatz zur Meinung eines einzelnen Richters oder eines medizinischen, chemischen oder ähnlichen Sachverständigen.

30) Selbst Röhl, der den Einwand „Aufwand“ besonders stark bewertet und deshalb der Umfrageforschung in der Rechtsforschung besonders zurückhaltend gegenübersteht (vgl. Anm. 10), führt a. a. O. (Anm. 5) S. 306 f. aus:

„Wenn man RTF (Rechtstatsachenforschung) in foro ablehnt, weil der damit verbundene Aufwand den Parteien nicht zugemutet werden kann und die Funktion der Rechtspflege in Gefahr zu bringen droht, so könnte man doch die Gerichte auf einen von der Wissenschaft erarbeiteten und allgemein anerkannten Bestand an Rechtstatsachenwissen verweisen, ähnlich wie man den Revisionsgerichten die Verwertung von Erfahrungssätzen zubilligt. Luhmann sieht auch diesen

Ausweg versperrt. Er meint, die Juristen wären in großer Gefahr, pseudowissenschaftlichen Meinungen aufzusitzen, wenn sie soziologische Schriftsteller bei ihrer Tagesarbeit zu Rate zögen. Ich vermag diese Ansicht nicht zu teilen. Im Umgang mit Sachverständigenutachten aller Art sind die Richter daran gewöhnt und darin geschult, von dem Wissen anderer Disziplinen selektiv Gebrauch zu machen. Es ist deshalb nicht zu befürchten, daß ihnen gerade auf dem ihnen vergleichsweise vertrauten Gebiet der Rechtssoziologie das nötige Unterscheidungsvermögen fehlen sollte. Letztlich kommt es aber darauf gar nicht an. Ausschlaggebend ist nämlich, daß man den Richtern gar nicht untersagen könnte, sich soziologischer Argumente zu bedienen. Wenn aber derart argumentiert werden darf, dann ist es wohl besser, wenn der Richter seine Lebens- und Berufserfahrung durch anerkanntes Fachwissen zu ergänzen versucht.“

Inwieweit die Gerichte vorgelegte zuverlässige, repräsentative Untersuchungen anderer, weniger verbindlichen Tatbestandsermittlungen vorziehen müssen, kann in diesem Rahmen nicht erörtert werden. Für die Praxis wird das Apothekerurteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 7, 377 ff., 412, auf das auch Röhl a. a. O. S. 309 hinweist) Bedeutung gewinnen. In diesem Urteil erklärt das Bundesverfassungsgericht, „daß das Gericht — notfalls mit Hilfe von Sachverständigen — sich einen möglichst umfassenden Einblick in die durch Gesetz zu ordnenden Lebensverhältnisse“ verschaffen müsse. Die Frage, ob und inwieweit ohne (nicht vorliegende) rechtsrelevante, repräsentative Befragung entschieden werden darf, wird nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsentwicklung im wesentlichen allgemein, auf alle Rechtsgebiete bezogen, so beantwortet werden: solange mit anderen Beweismitteln und der Lebenserfahrung des Urteilenden ein solcher Grad von Gewißheit in der Tatbestandswürdigung erreicht werden kann, daß unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Rechtsfrieden, Rechtsicherheit und andere verfassungsrechtliche Prinzipien nicht gefährdet werden, darf auf einen Nachweis durch repräsentative Befragungen verzichtet werden. Wenn man diese Grundsätze akzeptiert, kann dem Merck-Beschluß nicht vorgeworfen werden, er habe über (repräsentative) Einstellungen und Verhaltensweisen geurteilt, ohne doch beurteilen zu können, wie der relevante Kreis (repräsentativ) eingestellt sei und sich verhalte. Das gilt insbesondere auch für die Tatsachenwürdigungen auf S. 46, 50 f. der vollständigen Gründe, bspw. für diese Tatbestandswürdigung: „Bei Vitamin-Kombinationspräparaten... erwartet der Arzt eine andere Einwirkung auf den erkrankten Körper und dadurch einen Heilerfolg.“ Dem Merck-Beschluß muß im Gegenteil bestätigt werden, daß er — noch ohne auf diese Problematik der Empirischen Kartellrechtsforschung hingewiesen worden zu sein — bereits sachgerecht abgewogen und darauf hingewiesen hat, daß es erforderlich werden kann, „vielfach genaue und umfassende Industrie-, Markt- und Unternehmensstrukturanalysen“ zu erstellen.

bspw. auch Studien, die, noch vor Beginn der Rechtsauseinandersetzung, zur Marketingforschung durchgeführt worden sind. Das Kammergericht und der Bundesgerichtshof dürfen also jedenfalls vom Bundeskartellamt und von den Unternehmen vorgelegte verbindlichere Tatbestandsermittlungen verwenden, vor allem für solche weiträumige Entscheidungen, wie sie in den anhängigen Mißbrauchsverfahren gegen die pharmazeutischen Unternehmen getroffen werden.

34 Die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des komplexen rechtsrelevanten Tatbestandes durch repräsentative Befragung.

Das Bundeskartellamt bezweifelt an dem in Anm. 17 a. O., ob durch repräsentative Befragungen der zur Bestimmung des Marktes relevante Sachverhalt so ermittelt werden kann, daß es der Rechtspraxis nützt:

„Ich verhehle allerdings nicht meine starken Zweifel, daß Sie den komplexen Entscheidungsprozeß, welcher die Motive der Verschreibung bestimmt und bei welchem nach Ihrer Meinung die entscheidungserheblichen Faktoren dem Arzt nur zum Teil bewußt sind, durch Repräsentativstatistiken in einer, die Rechtsanwendung fördernden Weise, wesentlich aufhellen können. Eine besondere Schwierigkeit für die Feststellung, ob aus der Sicht des Arztes und unter welchen Umständen pharmakologisch unterschiedliche Präparate für die Verordnung als gleichwertig und damit voll austauschbar angesehen werden, liegt darin, daß der in Statistiken verwendete Begriff der Diagnose durchweg unterschiedliche Krankheitsbilder zusammenfaßt, die eine unterschiedliche medikamentöse Behandlung begründen können...“

Bender und Wax bedauern, daß „die Soziologie ihren ersten Angriff auf die Justiz... mit der theoretisch-kritischen Soziologie begonnen hat“ und nicht dort, „wo die Soziologie heute schon unbestreitbar stark ist (ohne daß die Juristen bislang davon Kenntnis genommen hätten, freilich), auf dem Gebiet der Empirischen Soziologie und ihrer Methodenlehre.“<sup>31)</sup> Für das Gebiet der Empirischen Soziologie und ihrer Methodenlehre wiederum ist die Befragung als das wichtigste Instrument<sup>32)</sup>, als der „Königsweg der praktischen Sozialforschung“<sup>33)</sup>, anerkannt und wird besonders zur Ermittlung von Meinungen empfohlen<sup>34)</sup>. Wissenschaft und Praxis haben sich bereits eingehend mit der Lehre von der Frage, vom Fragebogen, vom Interviewen und der Lehre vom Befragten beschäftigt. Die Markt- und Sozialforschungsinstitute der Bundesrepublik führen jährlich Studien im Wert von über 150 Millionen Mark durch. Eine ganze Reihe von ihnen forscht bereits seit Jahrzehnten. Die Institute können durch sorgfältig gewählte Frageformulierungen, durch einen möglichst weitgehend erprobten Fragenaufbau und Fragenablauf, durch Fragenbatterien und Kontrollfragen eine gültige, zuverlässige, repräsentative Erhebung sicherstellen, „jedenfalls (wie schon oben Nr. 33 ausgeführt) mit ungleich größerer Verbindlichkeit als die zwangsläufig beschränkte Erfahrung des Richters“ oder des medizinischen oder eines anderen, nicht-demoskopischen Sachverständigen<sup>35)</sup>. Mit anderen Worten: ein medizinischer, chemischer oder physikalischer Sachverständiger, das Gericht, das Bundeskartellamt oder die Unternehmen können nur vermuten, welche (repräsentative) Ansicht der Bedarfsträger vertritt. Diese Vermutung muß sicher erst noch bestätigen. Dazu gibt es relativ gut entwickelte Methoden und Techniken. Besonders gut entwickelt ist die (repräsentative) Befragung. Institute, die zur Durchführung dieser Studien geeignet sind, bestehen.

Deshalb wird man nicht grundsätzlich auf eine Bestätigung, eine Verifizierung verzichten können, obwohl die Verifizierung neue, oft große Probleme aufwirft. Selbst wenn diese neuen Probleme nicht immer sicher gelöst werden können: die Befragung ermöglicht, nicht bei der Vermutung des Einzelnen stehen zu bleiben. Ein Verzicht, nach einem verbindlicheren Nachweis zu suchen, ist um so weniger vertretbar, als das Kartellamt — Sandrock weist darauf hin —<sup>36)</sup> selbst beklagt, daß der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung häufig unüberwindliche Schwierigkeiten bereite, im Schrifttum von einem „Meer von Ungewißheit im Wettbewerbsbeschränkungsrecht“ und von einem „allgemeinen Begriffsnebel“ gesprochen wird, Albers im Bundestag als Berichterstatter des Rechtsausschusses darauf aufmerksam machte, wie „schwierig es ist, betriebs- und volkswirtschaftliche Kriterien, die vielfach nur Theorie sind, rechtlich hieb- und stichfest zu definieren“<sup>37)</sup> und dem Bundesgerichtshof vorgeworfen wird — weil eben Vermutung gegen Vermutung steht — er „schneidere den Markt zurecht, um die Marktbeherrschung eines Unternehmens leichter nachweisen zu können.“<sup>38)</sup>

35 Besorgnis der Befangenheit der erhebenden Institute.

Das Kartellamt zeigt sich besorgt, ob die erhebenden Institute nicht befangen sind:

„... Mit Ihnen bin ich der Meinung, daß die Tatsache, daß Sie Gutachten im Auftrag betroffener Unternehmen erstellen, deren Verwendbarkeit vor Gericht nicht zwingend ausschließt. Indessen wird man nicht in Abrede stellen können, daß Sie aufgrund Ihrer seit vielen Jahren betriebenen Marktforschungstätigkeit für viele maßgeblichen Firmen der pharmazeutischen Industrie bestrebt sein werden, Ihren Klienten auch bei kartellrechtlichen Auseinandersetzungen zu helfen. Das ist durchaus legitim, dürfte jedoch eine nur der Wahrheitsfindung dienende Neutralität nicht gewährleisten. Das Bundeskartellamt und die Gerichte werden daher besonders sorgfältig prüfen müssen, ob Methode, Fragestellung und Zielrichtung Ihrer Untersuchungen sachgerecht sind, und ob jeder auf bestimmte Ergebnisse gerichtete Einfluß von Ihnen oder Ihren Auftraggebern auf die Befragten ausgeschlossen ist...“

Diese Bedenken wird man zerstreuen können:

Seit Jahren verwerten, wie erwähnt<sup>39)</sup>, Gerichte Daten, die von sog. gewerblichen Instituten erhoben worden sind. Dennoch ist bis heute kein Fall bekanntgeworden, in dem sich eine Besorgnis der Befangenheit bestätigt hätte.

Die Institute werden auch im eigenen materiellen Interesse keine Gefälligkeitsforschung betreiben. Ein Gericht, das einem Institut Inobjektivität vorwerfen würde, könnte dem Institut auf lange Sicht ungleich mehr schaden, als ein einzelner Auftraggeber dem Institut nützen.

Außerdem tritt dem Gericht nicht mehr oder weniger anonym ein Institut, sondern eine „natürliche“ Person als Sachverständiger gegenüber. Dem Gericht stehen — wie sonst auch bei der Vernehmung von Sachverständigen — Hilfsmittel zur Verfügung, um sicherzustellen, daß der einzelne Sachverständige objektiv aussagt. Schließlich generell: Warum soll ein bei einer staatlichen Einrichtung beschäftigter „medizinischer“, „physikalischer“ oder „chemischer“ Sachverständiger glaubwürdiger sein, als ein bei einem Markt- und Sozialforschungsinstitut beschäftigter Forscher?

31) Rolf Bender, Peter Wax, Einführung in die Methoden der Tatsachenforschung, in Rolf Bender (Hrsg.), Tatsachenforschung in der Justiz, Tübingen 1972, S. 17.

32) Erwin Scheuch, Das Interview in der Sozialforschung, in René König, Handbuch der Empirischen Sozialforschung, Bd. 2, Grundlegende Methoden und Techniken der Empirischen Sozialforschung a. a. O. (Anm. 2) Bd. 2, S. 66.

33) König an dem in Anm. 17 a. O.

34) Blankenburg, Das Interview, in Blankenburg (Hrsg.) Empirische Rechtssoziologie, vgl. Anm. 5, München 1975, S. 97.

35) Vgl. Benda/Kreuzer a. a. O. (Anm. 25).

36) Otto Sandrock, Die zweite Kartellnovelle, BB 73, 101—107 (107 I. Sp.) mit Hinweis auf Kartellbericht 1970, Bundestags-Drucksache

VI 2380 S. 11.

37) Wernhard Mischel, Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, NJW 1975, 753—758 (754 r. Sp.), Eugen Langen, Kommentar zum Kartellgesetz, RdNr. 2 zu § 22. Auszug aus der Rede des Abgeordneten Albers (Berichterstatter des Rechtsausschusses) im Bundestag am 14. 6. 1973, in: WuW 1973, Heft 8, S. 599.

38) Hanns Bernhard Wirz, Der Marktbeherrschungsbegriff nach § 22 GWB, in: Auslegungsfragen zur Zweiten GWB-Novelle, FJW-Schriftenreihe Heft 66, Köln 1974, Seiten 41—60 (42); Jürgen Baur, Rechtliche Fragen der Marktbeherrschung nach der zweiten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1973, 915—920 (920 I. Sp.).

39) Vgl. oben 24.22.

#### 4. Untersuchungsansätze und charakteristische Fehlerquellen in der Praxis aktueller Kartellrechtsverfahren

##### 41 Untersuchungsansätze

##### 41.1 Untersuchungsansätze zur Ermittlung von Daten zur Bestimmung des relevanten Marktes

##### 41.11 Überblick

Der Merck-Beschluß stellt (a. a. O., S. 41) klar, daß „ohne eine Marktangrenzung nicht ermittelt werden kann, ob ein Unternehmen für eine bestimmte Art von Waren im Verhältnis zu seinen Mitbewerbern eine überragende Marktstellung hat.“ Unabhängig davon, wie das Tatbestandsmerkmal „eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen“ im einzelnen ausgelegt wird, die Rechtsauslegungen stimmen jedenfalls insoweit überein:<sup>40)</sup> zur Subsumtion müßten vorliegen

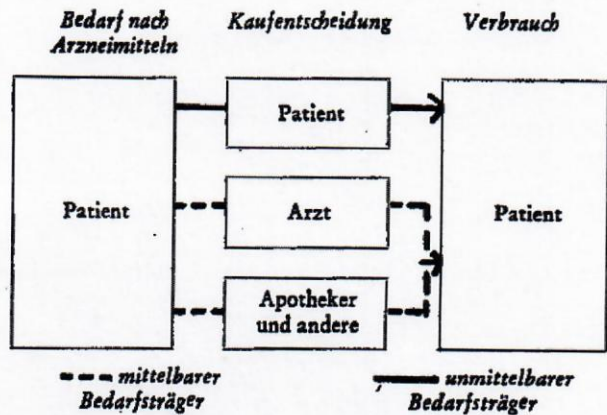
- Daten zur Bestimmung des Bedarfsträgers
- Daten zur Ermittlung der Ansicht des Bedarfsträgers zu anderen Möglichkeiten der Bedarfsdeckung.

##### 41.12 Daten zur Bestimmung des Bedarfsträgers

41.12.1 Maßgeblicher Bedarfsträger muß nicht immer der Verbraucher sein. Nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes<sup>41)</sup> muß der Entscheidungsprozeß zwischen Bedarfsentstehung und -deckung berücksichtigt werden. Das bedeutet für den Arzneimittelmarkt:<sup>42)</sup>

Verbraucher von Arzneimitteln ist der Patient, der an Beschwerden und Krankheiten leidet oder ihnen vorbeugen möchte. Die vom Patienten empfundenen oder befürchteten Beschwerden und Krankheiten sind auch Ausgangsimpuls für den Bedarf an Arzneimitteln. Die Entscheidung trifft jedoch materiell nicht immer und nicht ausschließlich der Patient. Bei rezeptfreien Arzneimitteln kann der Patient über den Kauf grundsätzlich frei entscheiden. Wie empirische Untersuchungen zeigen, holt der Patient jedoch, zumindest von Fall zu Fall, den Rat des Arztes, des Apothekers oder anderer Personen, den mittelbaren Bedarfsträger, ein. Bei rezeptpflichtigen Arzneimitteln entscheidet in der Regel der Arzt allein über die Auswahl des Präparates. Der Arzt ist — wie es der Merck-Beschluß ausdrückt, z. B. a. a. O., S. 44 — „Verbrauchsdisponent“. Für Krankenhausärzte muß wiederum untersucht werden, inwieweit ihr persönlicher Entscheidungsspielraum durch Institutionen (z. B. krankenhauseigene Arzneimittelkommission) eingeschränkt ist.

41.12.2 Dementsprechend dürfen empirische Studien nicht immer<sup>43)</sup> unterstellen, der Arzt oder der Patient sei Bedarfsträger. Eine empirische Untersuchung darf also z. B. nicht ohne empirische Klärung davon ausgehen, (nur) die Ansicht des niedergelassenen Arztes zu anderen Möglichkeiten der Bedarfsdeckung sei dafür maßgeblich, welche Waren zum relevanten Markt zusammenzufassen seien. Es muß vielmehr zunächst für die Präparate, die evtl. zum relevanten Markt gehören<sup>44)</sup>, u. a. ermittelt werden:



- ob und inwieweit der Patient eine eigene Ansicht zu einer anderweitigen Bedarfsdeckung entwickelt hat
- ob und inwieweit sich eine eigene Ansicht des Patienten auf die Entscheidungen des mittelbaren Bedarfsträgers auswirkt.

##### 41.13 Daten zur Ermittlung der Ansicht des Bedarfsträgers

##### 41.13.1 Methodische Grundlagen

Es könnte naheliegen, den maßgeblichen Bedarfsträger direkt nach anderen Möglichkeiten der Bedarfsdeckung zu befragen. Eine solche direkte Befragung wäre methodisch unzulässig:<sup>45)</sup> Jeder Entscheidung geht ein komplexer Entscheidungsprozeß voraus. Die entscheidungsrelevanten Faktoren sind dem Bedarfsträger nur zum Teil bewußt. Er wäre durch eine unmittelbare Frage nach anderen Möglichkeiten der Bedarfsdeckung überfordert. Die Ermittlung der Daten muß daher durch mittelbare Fragen zur Einstellung und Fragen zum tatsächlichen Verhalten erfolgen, und zwar — dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechend — insbesondere durch Fragen zu Verwendungszwecken und Eigenschaften<sup>46)</sup>.

##### 41.13.2 Das bedeutet bspw. für Arzneimittel:<sup>47)</sup>

Verwendungszweck eines Arzneimittels ist, Symptome, Beschwerden und Krankheiten zu behandeln und ihnen vorzubeugen. Das gleiche Ziel, die Vorbeugung, Eindämmung oder Heilung kann jedoch auf verschiedenen Wegen erreicht werden. Arzneimittel mit unterschiedlichem Angriffspunkt und Wirkmechanismus können nach Ansicht des Bedarfsträgers hinsichtlich des Verwendungszweckes vergleichbar sein.

Andererseits ist es möglich, daß gleiche Symptome und Beschwerden auf verschiedenen Krankheitsursachen beruhen. Gleiche Symptome können aufgrund der diagnostischen Zuordnung zu verschiedenen Krankheitsbildern verschieden behandelt werden. Da bei der Bestimmung von Therapiemaßnahmen häufig vom Einzelsymptom ausgegangen wird, können Präparate mit gleichen Eigenschaften verschiedenen Verwendungszwecken dienen.

40) Vgl. oben Anm. 22 und vor allem auch Erich Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Baden-Baden 1974; Peter Beckmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v. d. H. 1968.

41) Sinn und Zweck der Mißbrauchsaufsicht ist bekanntlich, „eine Ausnutzung der vom Wettbewerb nicht kontrollierten Handlungsspielräume zu Lasten Dritter zu unterbinden“ (vgl. Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle, Gutachten der Monopolkommission gem. § 24 Abs. 5 Satz 3 GWB, Februar 1975, S. 21). Vgl. auch unten Anm. 57.

42) Dargestellt in der in Anm. 17 erwähnten Projektbeschreibung, Das marktbeherrschende Unternehmen — Die empirische Klärung des kartellrechtlichen Tatbestandes. Auch das Schaubild ist dieser Projektbeschreibung entnommen.

43) Je komplizierter und weniger erforscht der Entscheidungsprozeß, desto eher müssen die Daten zur Bestimmung des Bedarfsträgers zunächst vorweg ermittelt werden. (Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Gerichte repräsentative Untersuchungen durchführen

müssen, wenn keine repräsentativ erhobenen Daten vorliegen. Vgl. dazu oben Anm. 30. Dementsprechend dürfte der Merck-Beschluß a. a. O. S. 44 zu Recht erklären: „Die Frage, ob eine solche Austauschbarkeit besteht, entscheidet bei hochdosierten Vitamin-B-12-Präparaten der niedergelassene Arzt als Verbrauchsdisponent, da diese Präparate im allgemeinen nur auf Verschreibung der niedergelassenen Ärzte verkauft werden.“

44) Besonders zu beachten ist dabei, daß evtl. sowohl rezeptpflichtige als auch rezeptfreie Präparate den relevanten Markt bilden können (nämlich dann, wenn der — empirisch ermittelte, juristisch relevante — Bedarfsträger solche Ansichten zu anderweitigen Möglichkeiten der Bedarfsdeckung vertritt, daß die Voraussetzungen erfüllt sind, die nach der Rechtsauslegung vorliegen müssen, damit die Präparate zu einem Markt zusammengefaßt werden dürfen).

45) Vgl. dazu auch unten 42.1 und 42.21.

46) Vgl. z. B. Bartholomeyczik a. a. O. (Anm. 22).

47) Vgl. auch die in Anm. 18 genannte Projektbeschreibung. Ebenso wenig wie in dieser Projektbeschreibung kann hier die Problematik erschöpfend beschrieben werden. Sinn und Zweck dieser Ausführungen ist nur, einen Eindruck zur Problematik zu vermitteln.

Darüber hinaus ist in der Befragung die Erfahrung<sup>48)</sup> zu berücksichtigen, daß verschiedene Begriffe für nur geringfügig unterschiedliche Erscheinungsbilder verwendet werden. Es muß daher vorab geklärt werden, welche Begriffe tatsächlich verschiedene Krankheitsbilder beschreiben.

Dementsprechend sind diese Fragenkomplexe einzubeziehen:<sup>49)</sup>

— Welche tatsächlich verschiedenen Krankheiten werden mit dem zu untersuchenden Arzneimittel behandelt? Dabei ist auch zu prüfen, wie eindeutig die Zuordnung von Einzelbeschwerden und Symptomen zu bestimmten Krankheitsbildern ist, und welche Auswirkungen diagnostische Unklarheiten auf die Wahl der therapeutischen Maßnahmen haben.

— Welche anderen Arzneimittel werden bei den gefundenen Beschwerden und Krankheiten von den Bedarfsträgern eingesetzt?

41.13.3 Das Bundeskartellamt tritt in den rechtshängigen Verfahren gegen pharmazeutische Unternehmen den Beweis zur Ansicht des Bedarfsträgers dagegen bekanntlich so an:<sup>50)</sup>

Für den Arzneimittelmarkt haben... therapeutische Überlegungen absoluten Vorrang. Als funktionell austauschbar sind (deshalb) alle Arzneimittel zu betrachten, die aus der Sicht des Arztes (sic) zur Erzielung desselben therapeutischen Erfolges geeignet sind. In dem... Gutachten kommt Professor... zu dem Ergebnis...

Es könnte sich in einer empirischen Studie herausstellen, daß von den Kriterien, die nach Ansicht des medizinischen Sachverständigen über die therapeutische Gleichwertigkeit entscheiden<sup>51)</sup>, vom Bedarfsträger einige nicht als relevant angesehen werden. Damit wäre<sup>52)</sup> der vom Bundeskartellamt getroffenen Markt-abgrenzung die Grundlage entzogen<sup>53)</sup>. Ganz abgesehen davon, daß empirische Studien schon die Prämisse: therapeutische Überlegungen haben absoluten Vorrang, widerlegen könnten. Das Bundeskartellamt müßte dann mit Rücksicht auf seine Beweislast neue Marktgrenzen begründen, oder es müßte argumentieren: auch wenn der Markt extrem weit gesehen wird, ist das Unternehmen marktbeherrschend, weil es auch bei extrem weit gezogenen Marktgrenzen keinem wesentlichen Wettbewerb im Sinne des § 22 Abs. 1 Nr. 1 ausgesetzt ist oder eine übertragende Marktstellung im Sinne des § 22 Abs. 1 Nr. 2 innehat.

41.13.4 Die Problematik kann am Automobilmarkt verdeutlicht werden:

Welches ist der relevante Markt für einen Opel Kadett 1200 S, einen Ford Taunus GT 1600, einen VW 1600 T, einen BMW 3,0 S?

Man kann daran denken zu ermitteln, wozu die Kraftfahrzeuge benutzt werden. Für Dienstreise, Ferienreise, Fahrt zur und von der Arbeitsstätte usw. Wenn ermittelt worden ist, welche Fahrzeuge zum gleichen oder selben Zweck benutzt werden, steht aber noch nicht ausreichend die Ansicht des Bedarfsträgers zu anderen Möglichkeiten der Bedarfsdeckung fest. Nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes müssen auch Daten dazu ermittelt werden, ob und inwiefern nach Ansicht des Bedarfsträgers bspw. ein Opel Kadett eine andere Möglichkeit zur Deckung des Bedarfs Dienstreise an Stelle eines BMW 3,0 S darstellt. Außerdem muß bspw. noch ermittelt werden, welches Gewicht nach Ansicht des Bedarfsträgers die einzelnen Verwendungszwecke haben. Diese Fragen nach der Einstellung des Bedarfsträgers klärt die Empirische Forschung. Die Frage

dagegen, wo — bei Vorliegen welcher Daten — die Grenze gezogen werden muß, entscheidet die Rechtsauslegung.

Diese Beispiele zeigen übrigens, wie die Empirische Rechtsforschung in der Weise auf die Rechtsauslegung rückwirkt, daß an die Rechtsauslegung neue Anforderungen gestellt, die Rechtsauslegung unter Umständen vertieft werden muß. Die Rechtsauslegung wird andererseits wieder an die Empirische Forschung rückfragen, bspw. ob die Bedarfsträger, die als Verwendungszweck Dienstreise angegeben haben, denn unter Dienstreise dasselbe verstehen. Oder ob und inwieweit bei Befragten eine Dienstreise gleichzeitig eine Familienausfahrt bedeutet, bei der ganz andere Anforderungen an das Kraftfahrzeug gestellt werden. Oder ob der eine schon von einer Dienstreise spricht, wenn er zu einem 20 Kilometer entfernten Ort fährt, während für andere diese Fahrt eine Dienstfahrt darstellt.

41.13.5 Für den Tamponmarkt können nach den oben 41.13.1 beschriebenen methodischen Grundlagen diese Untersuchungsansätze Daten zur Ansicht des Bedarfsträgers ermitteln:

Studien zur Einstellung und zum Verhalten der Kombinierten. Wird aus Gründen kombiniert, die auf eine Ansicht des Bedarfsträgers, es bestehe gleichwertige Bedarfsdeckung, schließen lassen? Oder wird kombiniert, weil die Produkte nach Ansicht der Bedarfsträger keine gleichwertige Bedarfsdeckung darstellen?

Es können sich auch Experimente anbieten, z. B.:

— Belegung „traditioneller“ Tampon-Standorte in Verkaufsstellen durch Produkte, für die die Ansicht des Bedarfsträgers zu anderen Möglichkeiten der Bedarfsdeckung geprüft werden soll

oder

— Vertrieb dieser Produkte an Verkaufsständen in unmittelbarer Nähe von Tampon-Verkaufsstellen.

Besondere Bedeutung gewinnt für die Empirische Rechtsforschung in diesem Zusammenhang die Rechtsauslegung zu der Frage: verlangen Sinn und Zweck, daß der Bedarfsträger seine Ansicht über andere Möglichkeiten der Bedarfsdeckung auch in die Tat umsetzt, also evtl. zwischen den Waren wechselt?<sup>54)</sup>

Schließlich in Stichworten letzte Beispiele für im Einzelfall evtl. geeignete Untersuchungsansätze:<sup>54)</sup>

Aufnahme der Werbung beim Bedarfsträger; Abhängigkeit der Einstellung und des Verhaltens von der psychologischen Selbsteinstufung (wie religiöser Glaube, Pflichtbewußtsein); die Verwendung der Produkte nach Altersgruppen; die Abhängigkeit der Verwendung von der Einstufung der eigenen Leiden; die Ermittlung, auf wen letztlich die Verwendung des Produkts zurückgeht; die Erfahrungen aus der Entwicklung auf Auslandsmärkten.

Diese Studien können teilweise zu Ergebnissen führen, die von der Rechtsauslegung die Beantwortung dieser Fragen verlangen: Muß das Tatbestandsmerkmal „eine bestimmte Art von Waren“ so ausgelegt werden, daß der relevante Markt situationsbezogen gebildet wird? Würde es Sinn und Zweck des Gesetzes widersprechen, wenn bspw. ein Produkt oder eine eng abgegrenzte Produktgruppe schon deshalb den relevanten Markt allein bildete, weil sie in einer bestimmten Situation oder Einstellung (z. B. Altersgruppe, religiöse Einstellung) bevorzugt wird?

48) Infratest-Studie, Untersuchung zum emotionalen und kognitiven Begriffsverständnis von Ärzten, München 1974.

49) Wie immer, vgl. oben Nr. 32: inwieweit der so ermittelte Tatbestand rechtsrelevant ist, bestimmt die Rechtsauslegung, nicht die Empirische Rechtsforschung.

50) Vgl. oben Nr. 33 bei Anm. 20.

51) Vgl. oben Anm. 20.

52) Es sei denn, die Rechtsauslegung würde nicht mehr auf die Ansicht des Bedarfsträgers abstellen.

52a) Bereits zustimmend Oliver Axster, Thomas Reimann, Relevanter

Markt und Markt-abgrenzung, WRP 75, 193—197 (195 r. Sp.).

53) Zur Rechtsauslegung: Der tatsächliche Gebrauch eines Produkts betrifft seine Wettbewerbs- und Marktstellung. Wenn diese Tatbestandsmerkmale aber vom Gesetz neben das Tatbestandsmerkmal „eine bestimmte Art von Waren“ gestellt werden, kann der tatsächliche Gebrauch nicht bereits bei der Bestimmung des relevanten Marktes ausschlaggebend sein.

54) Zum Teil entnommen aus unveröffentlichten Studien der Gesellschaft für angewandte Sozialpsychologie (GETAS).

## 41.2 Untersuchungsansätze zu weiteren Tatbestandsmerkmalen

Schon aus den Überlegungen zur Rechtsauslegung des Tatbestandsmerkmals „eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen“ kann sich ergeben, daß auch für die meisten übrigen Tatbestandsmerkmale des Kartellrechts Empirische Rechtsforschung mit den Methoden und Techniken der Empirischen Sozialforschung zur Klärung des kartellrechtsrelevanten Tatbestandes benötigt wird; bspw.<sup>55)</sup> für das Tatbestandsmerkmal „keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt“.

41.21 Bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „eine bestimmte Art von Waren“ stellen Rechtsprechung und Schrifttum — wie erwähnt —<sup>56)</sup> einmütig darauf ab, wie der Bedarfsträger die Marktverhältnisse beurteilt. Entscheidend ist, welche Waren der Bedarfsträger als gleichwertig ansieht. Der Grund für diese Auslegung: das Gesetz will — Individualschutz — die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit aller einzelnen und damit mittelbar den Wettbewerb als Institution schützen. Sinn und Zweck des Gesetzes ist also, die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Wirtschaftsteilnehmer als Flankenschutz für den Wettbewerb zu sichern, also insbesondere den Zugang zum Markt für andere Unternehmen offenzuhalten<sup>57)</sup>.

Das Tatbestandsmerkmal „keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt“ dient demselben Gesetzeszweck wie das Tatbestandsmerkmal „eine bestimmte Art von Waren“. Die Rechtsauslegung dieser beiden Tatbestandsmerkmale erfolgt, wie rechtsmethodisch üblich, nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes<sup>58)</sup>. Deshalb muß evtl. in die Auslegung des einen wie des anderen Tatbestandsmerkmals die Meinung der Wirtschaftsteilnehmer aufgenommen werden. In diesem Sinne wäre es richtig, wenn „Marktanalysen zur Rivalität“<sup>59)</sup> durchgeführt würden und berücksichtigt würde, ob und inwiefern „nach der Verkehrsauffassung Wettbewerb anzunehmen ist“<sup>60)</sup>.

Mit anderen Worten: Die Rechtsauslegung bestimmt, was im Sinne des Gesetzes zu verstehen ist unter

— eine bestimmte Art von Waren

— keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt

Sie erklärt, von Einzelheiten abgesehen, für das Tatbestandsmerkmal

— „eine bestimmte Art von Waren“: solche Waren sind zusammenzufassen, die wegen ihrer Eigenschaften und Verwendungszwecke eine gleichwertige Bedarfsdeckung darstellen;

— „keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt“: Wettbewerb ist das Bestreben, den eigenen Kundenkreis auf Kosten des Kundenkreises anderer zu halten und möglichst zu erweitern<sup>61)</sup>.

Entsprechend dem Sinn und Zweck des Gesetzes muß die Rechtsauslegung für beide Tatbestandsmerkmale ergänzen:

abzustellen ist jeweils auf die Sicht des Bedarfsträgers.

Folglich muß bspw. in einzelnen Mißbrauchsverfahren gegen die pharmazeutische Industrie empirisch festgestellt werden, welche Bedeutung der Bedarfsträger beim Tatbestandsmerkmal

— „eine bestimmte Art von Waren“ den Wirkungen angstlösend, krampflösend, beruhigend, muskelentspannend<sup>62)</sup>

— „keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt“ den Wettbewerbsarten Preis-, Informations-, Werbungs-, Produkt-, Forschungs- und Entwicklungs-, Servicewettbewerb<sup>63)</sup>.

Dementsprechend muß u. a. ermittelt werden: inwieweit besteht nach Ansicht des Bedarfsträgers Preiswettbewerb und inwieweit wird (entsprechend dem Sinn und Zweck des Gesetzes: nach Ansicht der Wirtschaftsteilnehmer) durch einen evtl. fehlenden oder eingeschränkten Preiswettbewerb im Pharmamarkt beeinträchtigt „das Bestreben, den eigenen Kundenkreis auf Kosten des Kundenkreises anderer zu halten und möglichst zu erweitern“<sup>64)</sup>? Es muß also festgestellt werden, welches Gewicht der Bedarfsträger den einzelnen Einfluß-

55) Für das Tatbestandsmerkmal „mißbräuchliches Verhalten“ ist nach der vom Gemeinschaftskommentar vertretenen objektiven und der vom Frankfurter Kommentar vertretenen subjektiven Theorie auf die Wertvorstellungen der Allgemeinheit abzustellen, die „mit ungleich größerer Verbindlichkeit“ (Benda) durch empirische Studien festgestellt werden können, vgl. oben Nr. 33, 34 und insbesondere Röhl an dem in Anm. 5 a.O., S. 186—213 mit weitgehen Hinweisen und die in Anm. 15 erwähnte Literatur. Aber auch die anderen Mißbrauchstheorien, vor allem die (im Merck-Beschluß a.a.O., S. 60 ff. dargestellte) Theorie des Als-ob-Wettbewerb, dürfen die Wertvorstellungen der Allgemeinheit nicht negieren; mit Rücksicht auf den Grundsatz der Gewaltenteilung jedenfalls solange nicht, als nicht feststeht, daß sich das Gesetz über die Wertvorstellungen der Allgemeinheit hinwegsetzen will. Das gilt erst recht, wenn man bedenkt, daß, vgl. Anm. 68, gegen die Als-ob-Theorie bereits denkgesetzliche Bedenken bestehen. Ausführlich dazu Lorenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1975, S. 192 ff., 410 ff., 417 ff.; bspw. S. 203; „Die Notwendigkeit eines ‚wertorientierten‘ Denkens tritt am stärksten dort hervor, wo sich das Gesetz zur Umschreibung des Tatbestandes oder auch der Rechtsfolge eines ausfüllungsbedürftigen Wertungsmaßstabes bedient. Solche Maßstäbe sind etwa ‚Treu und Glauben‘, ein ‚wichtiger Grund‘, ein ‚angemessenes Verhältnis‘ (von Leistung und Gegenleistung), eine ‚angemessene Frist‘ oder ‚billiges Ermessen‘. Derartige Maßstäbe sind nicht etwa schlechthin inhaltslos; sie sind keine ‚pseudonormativen Leerformeln‘, die ‚mit allen oder fast allen konkreten Verhaltensformen und Verhaltensregeln vereinbar‘ wären. Vielmehr enthalten sie ‚eweils einen spezifischen Rechtsgedanken, der sich zwar jeder begrifflichen Definition entzieht, aber durch allgemein akzeptierte Beispiele verdeutlicht werden kann. Sie erhalten ihre inhaltliche Ausfüllung durch das allgemeine Rechtsbewußtsein der zur Rechtsgemeinschaft Verbundenen, das sowohl durch Tradition geprägt, wie in ständiger Neubildung begriffen ist.“

Eingehend auch Röhl a.a.O., S. 206 ff. Konstruiertes Beispiel für eine notwendige Korrektur; angenommen: ein Präparat würde zu Preisen verkauft, die nach dem Maßstab der Als-ob-Theorie überhöht wären, aber kaum ins Gewicht fielen. Das Unternehmen würde diese Gewinne allein zur Krebsforschung verwenden. Nach der bisherigen Forschungsarbeit des Unternehmens könnte davon ausgegangen werden, daß diese Forschung die gleichen Erfolgsaussichten habe, wie andere hochqualifizierte Forschungen. Eine empirische Untersuchung ergäbe, daß der Verkehr das Verhalten des Unternehmens nicht für mißbräuchlich hält. Dann müßte der Maßstab des Als-ob-Wettbewerb korrigiert werden; auch wenn man ihn grundsätzlich befürwortet und dieses Beispiel nicht als *argumentum e contrario*

argumentum ad absurdum vgl. unten Anm. 66) wertet und zum Anlaß nimmt, bei dem sich Anm. 68 ohnehin erforderlichen Überprüfung des Mißbrauchsbegriffs nach anderen Kriterien zu suchen. (Lanzenberger hat allerdings gegenüber dem Verfasser in einem Telefongespräch erklärt, er wolle die Theorie des Als-ob-Wettbewerb auch (unkorrigiert) als Maßstab benutzen, wenn die Allgemeinheit das Verhalten nicht als mißbräuchlich qualifiziert. Er befürwortet, daß sich — in dem konstruierten Beispiel — das Unternehmen subventionieren lassen muß.)

56) Anm. 22.

57) Vgl. bspw. Kartellbericht der Bundesregierung, Bundestagsdrucksache IV/617, S. 59, 66, 70; 1962; Gutachten der Monopolkommission a.a.O. (Anm. 41), S. 11. Baur a.a.O. (Anm. 62), Hoppmann in Wettbewerb als Aufgabe — Nach 10 Jahren GWB, 1968, S. 61 ff., Volker Emmerich, Wettbewerbsrecht, München 1975, S. 11 und 111. Umfassend zum Begriff Wettbewerb u. a.: Robert Knöpfle, Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“ und die Realität des Wirtschaftslebens, Köln u. a. 1966.

57a) Ernst-Joachim Mestmicker, Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1959, S. 10 ff.; Möschel, Oligopolmißbrauch nach § 22 GWB, DB 1973, 461—465 und 509—511 (461 r. Sp.); a. A. Otto Sandrock, Grundbegriffe des GWB, München 1968, 362 ff.

58) Ingo Schmidt, Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV, WuW 65, 454 ff. (463).

59) Müller-Gries-Griessler, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, RdNr. 10, 20 f. zu § 22. Vgl. z. B. auch Gerhard Rauschenbach, Die Hauptprobleme der Kartellnovelle für die Unternehmen und ihre Berater, NJW 1973, 1857—1864 (1859 r. Sp.).

60) Fensterglas II — WuWE 907/912. Emmerich formuliert (a.a.O., Anm. 57, mit weiteren Hinweisen): „Wenn sich auf einem bestimmten Markt mehrere voneinander unabhängige Anbieter um dieselben Nachfrager (oder umgekehrt) bemühen, indem sie ihnen günstigere Preise und Konditionen als ihre Wettbewerber anbieten.“

61) Vgl. oben bei Anm. 51.

62) Dementsprechend kann Fritz Baur, Rechtliche Fragen der Marktbeherrschung nach der Zweiten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1973, 915—920 (920 l. Sp.) erklären: „Von daher, von der Situation der Betroffenen, der durch die Mißbrauchsaufsicht geschützten Marktteilnehmer, liegt es nahe...“. Zu den Einflußfaktoren bei der Präparate-Selektion, vgl. Erwin Rahner, Die Bedeutung des Preiswettbewerbs auf dem Arzneimittelmarkt, in: Die Pharmazeutische Industrie, 1975, S. 1—5.

63) Vgl. oben Anm. 60.

faktoren bei der Präparate-Selektion beimit und inwieweit, auf diese Gewichtung bezogen, nach der Verkehrsauffassung die Unternehmen bestrebt sind, den eigenen Kundenkreis auf Kosten des Kundenkreises anderer zu halten und möglichst zu erweitern<sup>64</sup>).

41.22 Das Bundeskartellamt vertritt allerdings eine andere Rechtsauslegung (nach der diese empirischen Untersuchungen nicht erforderlich sind). Das Kartellamt erklärt: Auf dem Arzneimittelmarkt herrsche, jedenfalls für die rezeptpflichtigen Präparate, kein Preiswettbewerb; wenn aber kein Preiswettbewerb herrsche, seien die Unternehmen keinem wesentlichen Wettbewerb im Sinne des § 22 I Nr. 2 ausgesetzt; diese Rechtsauslegung gelte zumindest für Mißbrauchsverfahren und wenn der sonstige Wettbewerb eine Ausbeutung der Marktgegenseite infolge fehlender wettbewerblicher Kontrolle nicht verhindern könne, und es sich bei dem beanstandeten Verhalten um das Preisverhalten handle<sup>65</sup>). Diese Rechtsauslegung wird aber durch ein *argumentum e contrario*, jedenfalls durch ein *argumentum ad absurdum*<sup>66</sup>) widerlegt. Sie führt zu Ergebnissen, die nicht dem Willen des Gesetzes entsprechen können.

Ein fiktives Beispiel: auf einem relevanten Markt A werden bereits zehn Präparate vertrieben. Ein kleines pharmazeutisches Unternehmen möchte mit einem Präparat X in diesen Markt eindringen. Dieses kleine Unternehmen stellt überhaupt nur wenige Präparate her, kein Präparat ist nennenswert erfolgreich, das Unternehmen wirtschaftlich gefährdet. Das Präparat X kann sich so gut wie nicht durchsetzen, es hält sich mehr schlecht als recht (und zwar unabhängig davon, ob es im Preis unter, im oder über dem Niveau der anderen Präparate liegt, und ob Preiswettbewerb herrscht). Der Wettbewerb, wenn auch nicht der Preiswettbewerb, ist zu stark.

Das Unternehmen kann wegen der neben dem Preis bestehenden Einflußfaktoren bei der Präparate-Selektion nicht in den Markt eindringen.

Dennoch wäre dieses Unternehmen (wenn allein auf den fehlenden oder eingeschränkten Preiswettbewerb abgestellt werden müßte) „marktbeherrschend“ im Sinne des § 22 GWB<sup>67</sup>).

Solche Überlegungen können dazu geführt haben, daß das Kammergericht im Merck-Beschluß (in den vollständigen Gründen auf S. 39) „dahinstellt, ob auch der Tatbestand des § 22 Abs. 1 Nr. 1 GWB erfüllt ist“; vor allem wenn man berücksichtigt, daß es zum Tatbestandsmerkmal mißbräuchliches Verhalten (a. a. O., S. 74) ausführt: „Wettbewerb ist nicht nur Preiswettbewerb. Das gilt auch für die Pharmaindustrie, bei der die Entwicklung neuer Arzneimittel angesichts der steigenden Anforderungen an die arzneiliche Wirksamkeit und erforderliche Sicherheit immer langwieriger und kostspieliger wird. Ein Pharmaunternehmen, das Markterfolg primär nicht durch Wettbewerb mit niedrigen Preisen, sondern mit innovativer Forschung und möglichst fortschrittlichen und sicheren Produkten anstrebt, handelt wettbewerbsorientiert und nicht marktbeherrschend.“<sup>68</sup>)

#### 42 Befragungstechnik

42.1 Grundsätzlich gelten für die Empirische Kartellrechtsforschung (und die anderen Teilgebiete der Empirischen Rechtsforschung) die in der Empirischen Sozialforschung entwickelten Befragungstechnischen Grundsätze<sup>69</sup>). Insbesondere muß jeder Fragebogen gegenstands-adequat und befragten-adequat formuliert sein. Das bedeutet u. a.:

— grundsätzlich möglichst starke Aufgliederung der Rechtsproblematik in Teilprobleme

64) Die Rechtsauslegung muß im einzelnen dem Sinn und Zweck des Gesetzes nach festlegen, auf welche Verkehrskreise abzustellen ist. — Zur Würdigung der bei der Durchführung empirischer Studien entstehenden Schwierigkeiten, vgl. oben Nr. 34. Als Untersuchungsansatz wäre denkbar, eine Wettbewerbsfunktionsanalyse aufzustellen. In dieser Analyse könnte versucht werden, für einzelne Märkte und die Gesamtwirtschaft repräsentativ die Wettbewerbsfunktionen zu messen und zu gewichten.

65) Vgl. z. B. die in Anm. 20 erwähnte Pressenotiz S. 3. Das BKartA geht im übrigen nicht davon aus, daß generell im Arzneimittelmarkt kein Preiswettbewerb herrsche. Es formuliert grundsätzlich auf Produkte bezogen a. a. O. bspw.: „Der mangelnde Preiswettbewerb bei den betrachteten Arzneimitteln ... Das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs für die Preisbildung für Valium und Librium ergibt sich ...“. Und in der Stellungnahme zur Beschwerdebeurteilung der Firma Hoffmann-La Roche führt das BKartA aus „Eine empirische Untersuchung beweist, daß auch bei neuartigen Arzneimitteln, welche eine starke, expandierende Nachfrage auf sich ziehen, nachfolgender Wettbewerb zu hohen Preisenkungen führen kann.“

66) Larenz a. a. O. (Anm. 55), S. 376 f., 323; Ulrich Klug, Juristische Logik, Berlin u. a. 1966, S. 137 f; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Halbbd. 1959, § 56 III.

67) Dieses Beispiel legt als — empirisch zu verifizierende oder zu falsifizierende — Gegenhypothese nahe: Die Pharmaunternehmen haben sich besonders wirksam auf die wettbewerbsrelevanten Faktoren eingestellt. Es herrscht grundsätzlich im Sinne des Gesetzes erheblicher Wettbewerb, evtl. sogar weit stärkerer Wettbewerb als — auf die gesamte Wirtschaft bezogen — in einem Durchschnittsmarkt. Die vom Bundeskartellamt angesprochenen Maßnahmen sind entweder nur über § 22 Abs. 1 Nr. 2 (überragende Marktstellung) erreichbar oder über, meist noch zu sanktionierende, wettbewerbs-, gesundheits-, sozial- und preispolitische, in der Regel kartellrechtsfremde Maßnahmen. Vgl. dazu z. B. die von Paul-Albert Ruhr zu einem von Walter Hamm geleiteten Seminar der Pharmazeutischen Industrie „Wettbewerbspolitische Fragen der Pharmazeutischen Industrie“ v. 6. — 8. 6. 1975 vorgelegte Zusammenstellung: 1. Wettbewerbspolitische Maßnahmen, die auf der Angebotsseite ansetzen: a) „Ministerkartell“ nach § 8 GWB. b) Ausschöpfung der wettbewerbspolitischen Möglichkeiten zur Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen entsprechend § 22 GWB. c) Aufhebung and/oder Harmonisierung nationaler Regelungen, die den internationalen Warenverkehr mit Arzneimitteln beschränken. d) Aufhebung des Warenzeichens bei Aufrechterhaltung des Patentschutzes. e) Aufhebung des Patentschutzes bei Aufrechterhaltung der Warenzeichen. f) Aufhebung der Warenzeichen und des Patentschutzes. g) Einführung von Zwangslizenzen. h) Generelle Preis- und/oder Kostenkontrolle. 2. Wettbewerbspolitische Maßnahmen, die auf der Nachfrageseite ansetzen: a) Pharmakologisch-therapeutische Übersichten. b) Preisübersichten. c) Verhandlungen zwischen Krankenkassen und Herstellern. d) Verschärfung der Regreßbestimmungen. 3. Gesundheitspolitische Maßnah-

men. a) Nachweis der Wirksamkeit und Unbedenklichkeit. b) Bedürfnisprüfung. c) Positiv- und/oder Negativlisten. 4. Sozialpolitische Maßnahmen: a) Erhöhung der Selbstbeteiligung. b) Herausnahme bestimmter Präparate aus der Erstattungspflicht. — Aufschlußreich bspw. auch die im Handelsblatt (7. und 18./19. 7. 75) getragene Kontroverse Günther/Teichner zur Mißbrauchsaufsicht des Bundeskartellamts.

68) Der Merck-Beschluß offenbart allerdings: die Theorie des Als-ob-Wettbewerb kann seit Einführung des § 22 Abs. 1 Nr. 2 schon denkgesetzlich nicht mehr gerechtfertigt werden. § 22 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 stehen selbständig nebeneinander. Davon geht auch der Merck-Beschluß aus, wenn er a. a. O. S. 39 dahinstellt, ob § 22 I Nr. 1 erfüllt ist. Ein Unternehmen kann also marktbeherrschend sein, obwohl es wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist. Dann kann aber als „Maßstab für die Mißbrauchsaufsicht“ nicht herangezogen werden, „daß die Preise oder Geschäftsbedingungen erheblich von dem Stand abweichen, der bei wirksamer Konkurrenz (im Sinne von: Wettbewerb) bestehen würde“ (Merck-Beschluß a. a. O., S. 60 mit Hinweis auf die Amtliche Begründung); zumal das Kammergericht (a. a. O. S. 70) Hoppmann, Preiskontrolle und Als-ob-Konzept, 1974, S. 14 folgt und erklärt: „Vor allem ist darauf zu achten, daß nur der Wettbewerb als Maßstab genommen wird, der unter den spezifischen Bedingungen des jeweiligen Marktes bzw. des Industriezweiges überhaupt möglich wäre.“ Anders ausgedrückt: ein Unternehmen, das Wettbewerb ausgesetzt ist, kann nicht von dem Stand abweichen, der bei Wettbewerb bestehen würde. Für ein Unternehmen, das Wettbewerb ausgesetzt ist, kann nicht die Frage auftreten, wie es sich verhielte, wenn es Wettbewerb ausgesetzt wäre. Rechtsmethodisch handelt es sich um einen sog. Wandel der Normsituation; vgl. Larenz a. a. O. (Anm. 55), S. 338 ff. Es muß demnach untersucht werden, 1. ob der Maßstab: Als-ob-Wettbewerb fortentwickelt werden kann in einen Maßstab: Als-ob-Marktbeherrschung, oder 2. ob — auch mit Rücksicht auf die Ausführungen oben Anm. 55 — neue Maßstäbe dem Begriff eher sachgerecht werden. Diese denkgesetzlichen Bedenken und Konsequenzen bestehen nur dann nicht, wenn — mit welcher Begründung? — unter Wettbewerb im Sinne des § 22 Abs. 1 Nr. 1 etwas anderes verstanden wird als im Sinne der Theorie des Als-ob-Wettbewerb; oder wenn Nr. 2 die Nr. 1 des § 22 I nur verdeutlicht, vgl. dazu z. B. Hans-Rudolf Ebel, NJW 1973, 1577—1583 (1580 f.); Fritz Rittner, Thesen zur Kartellnovelle, DB 1973, 318—322 (318 r. Sp.); allerdings müßte dann (wenn Nr. 2 die Nr. 1 nur verdeutlicht) mit Rücksicht auf das *argumentum e contrario* bzw. *ad absurdum* oben 41.22 und darauf, daß der Merck-Beschluß dahinstellt, ob § 22 I Nr. 1 erfüllt ist, die Diskussion für den Pharmamarkt wieder ganz von vorn beginnen.

69) Vgl. (zur Befragungstechnik) bspw. mit zahlreichen Literaturhinweisen: König a. a. O. (Anm. 17); Scheuch a. a. O. (Anm. 32), S. 66—190 (77 ff., 90 ff., 115 ff.); Jürgen Friedrichs, Methoden der Empirischen Sozialforschung, Hamburg 1973; Günther Reiner, Bericht über den 27. Kongreß der Deutschen Gesellschaft für Psychologie, mit den Referaten zu Symposium I (Konstruktion von Fragebogen), Göttingen 1973, S. 41—67.



sachgetreue Übersetzung der Rechtsproblematik in die Denk-, Erlebens- und Verhaltensgewohnheiten der Befragten.

42.2 Dabei können vor allem entstehen:<sup>70)</sup>

Inhaltliche Fehler, Fehler in der Form der Frage und Fehler in der Fragenfolge.

42.21 Der nächstliegende inhaltliche Fehler: Der Befragte soll das Rechtsproblem, etwa an Stelle des Gerichts, entscheiden.

Ein Beispiel:

„Sind Sie der Ansicht, daß Valium eine marktbeherrschende Stellung einnimmt?“

Oder ein anderes Beispiel:

„Sind Sie der Ansicht, daß die Unternehmen der pharmazeutischen Industrie einem starken, mittelstarken oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind?“

Ein anderer inhaltlicher Fehler, die Nichtberücksichtigung eines Auseinanderfallens von Sein und Sollen:

Wenn Wirklichkeit und Norm auseinanderfallen, muß sichergestellt sein, daß der Befragte nicht statt des einen das andere wiedergibt. Es muß insbesondere damit gerechnet werden, daß der Befragte möglicherweise eher so antwortet, wie es sein sollte, und nicht wie es ist. Beispielsweise ist denkbar, daß eine direkte Frage nach der Rolle des Preises bei der Auswahl eines Arzneimittels beim Arzt die Erinnerung an seine Verpflichtung zur wirtschaftlichen Verordnung und damit erst ein Preisbewußtsein weckt, und der Arzt deshalb stärker preisbewußt antwortet, als er in Wirklichkeit ist. Zur tatsächlichen Rolle des Preises müssen deshalb indirekte Fragen gestellt werden. Für diese indirekten Fragen muß inhaltlich u. a. beachtet werden, daß der Befragte kein Vorurteil übernimmt, das mit seinem tatsächlichen Verhalten oder seiner tatsächlichen Einstellung nicht übereinstimmt. Beispielsweise könnte ein Arzt aufgrund immer wiederkehrender Äußerungen zum fehlenden oder geringen Preisbewußtsein der Ärzte angeben, er beachte den Preis nicht, obwohl er nicht unwesentlich den Preis berücksichtigt. Andererseits können Angriffe auf mangelndes Preisbewußtsein der Ärzte den Arzt auch veranlassen, sich preisbewußter zu geben, als er ist. Und um die Problematik zum Inhalt der indirekten Fragen noch stärker zu komplizieren, die öffentliche Diskussion um das Preisbewußtsein der Ärzte kann den Arzt preisbewußter gemacht haben<sup>71)</sup>.

Außerdem muß sichergestellt werden, daß das Befragungsergebnis nicht dadurch verfälscht wird, daß die Befragten die Antworten unterschiedlich formulieren. Wichtigster Fall: die unterschiedliche Formulierung aufgrund individuell unterschiedlicher Neigung zu starker oder schwacher Ausdrucksweise. So meint möglicherweise der eine mit „achte stark“ auf den Preis“ das gleiche wie ein anderer mit „achte etwas auf den Preis“.

42.22 Gewichtige Fehler in der Form der Frage: Verletzung der Neutralität und unverständliche Formulierung.

42.22.1 Die Neutralität wird durch suggestive Formulierungen verletzt. Ein Beispiel:

„Verordnen Sie auch bei Schlafstörungen Beruhigungspräparate?“

Mit dieser Frage wird — durch „auch“ in Verbindung mit dem unpräzisen „Beruhigungspräparate“ — als Antwort: ja suggeriert. Noch krasser wäre: „Sie verordnen doch auch bei Schlafstörungen Beruhigungspräparate?“ Verstärkt würde der Suggestiv-Effekt des Wortes „auch“ durch stereotypes Wiederholen der Frage für verschiedene Erkrankungen, bei denen Beruhigungspräparate eingesetzt werden können; z. B.: „Verordnen Sie auch bei Unruhe Beruhigungspräparate?“, „Verordnen Sie auch bei Nervosität Beruhigungspräparate?“ So,

mit diesen sich wiederholenden Fragen, würde die Antwort: ja „eingeübt“.

42.22.2 Die gebotene Neutralität kann auch dadurch mißachtet werden, daß eine Frage unausgewogene Antwortmöglichkeiten vorgibt. So müssen die Chancen für Zustimmung und Ablehnung grundsätzlich gleich verteilt sein. Falsch wäre z. B. die Vorgabe folgender Antwortmöglichkeiten bei mehreren Fragen: „Stimme sehr zu, stimme etwas zu, stimme gar nicht zu“. Durch die Einfügung „Stimme weniger zu“ wird die Gleichverteilung erreicht.

42.22.3 Die unverständlichen Frageformulierungen treten vor allem auf in Form von:

- kompliziertem Satzbau, langatmigen Sätzen
- doppelten Negationen
- Begriffen und Formulierungen, die das Verständnis der Befragten überfordern
- Mehrdeutigkeit, Sinnlosigkeit; Ungewißheit, mangelhafter Präzisierung.

Drei Beispiele:

„Stimmen Sie der folgenden Behauptung zu oder nicht zu: Man kann nicht der Ansicht sein, daß die gängigen Schlafmittel keine Nebenwirkungen haben?“ (doppelte Negation, mangelnde Präzisierung durch „gängig“.)

„Welche Rolle spielt die Indikation bei der Einhaltung der Therapieempfehlungen des Arztes?“

Diese Frage ist dadurch unverständlich: Der Begriff Indikation ist nicht allen Befragten geläufig. Dann ist ungewiß, welche Therapieempfehlungen gemeint sind. Schließlich geht aus der Frage nicht präzise genug hervor, welche Art von Antwort erwartet wird: Soll der Befragte antworten: sehr große Rolle, geringe Rolle? Oder soll er verschiedene Indikationen nennen? Oder soll er erläuternd antworten?

„Welche Rolle spielt die beruhigende Wirkung bei Schlafstörungen?“

Bei dieser Frage ist offengelassen, in welchem Zusammenhang der Befragte die „Rolle“ sehen soll. Ist die Entscheidung über die Auswahl des Präparates gemeint? Ist die beruhigende Präparatwirkung im Vergleich zu anderen Wirkungen gemeint? Oder wird nach der spezifischen Wirkungserwartung bei Schlafstörungen gefragt?

42.23 Fehler in der Fragenfolge. Ein Fragebogen ist mehr als eine Anzahl unabhängiger Einzelfragen. Er bildet eine Struktur, die Antworten des Befragten unbeabsichtigt beeinflussen kann. Zwei Hauptfälle:

die „Akquieszenz“. Die Fragenfolge kann in den Befragten die Zustimmungsbereitschaft fördern. Diese Gefahr ist besonders stark, wenn der Befragte zu einer Reihe von Behauptungen Stellung nehmen soll. Es kann eine generelle „Ja-sage-Tendenz“ entstehen, wenn die meisten Vorgaben eine zustimmende Antwort nahelegen. Vgl. dazu auch schon oben 42.22.1.

Werden zu einem Thema mehrere Fragen gestellt, muß grundsätzlich verhindert werden, daß zu Beginn der Befragung Vorgaben gemacht werden, die der Befragte bei späteren Fragen als spontane Antwort wiedergeben kann. Falsch wäre es z. B., zu Beginn des Interviews auf die Bedeutung des Preises einzugehen und später nach allgemeinen Entscheidungskriterien für die Auswahl von Präparaten zu fragen. So würde die Antwort möglicherweise zugunsten des Preises verzerrt werden, da der Befragte bereits zu Beginn des Interviews auf den Preis als Entscheidungskriterium aufmerksam gemacht wurde.

70) Mit Schwierigkeiten in der Abgrenzung, wie sie auch auf anderen Gebieten, z. B. im Internationalen Privatrecht, bestehen.

71) Selbstverständlich muß zur richtigen Frageformulierung vorgegeben werden, für welchen Zeitpunkt Einstellung und Verhalten ermittelt werden sollen.