

**Probeklausur****11. Juni 2018, HZ 11 von 14:00-17:00 Uhr****Teil 1**

Die „Deutsche Parkinson Vereinigung“ (DPV) ist eine Selbsthilfeorganisation, deren Ziel es ist, die Lebensumstände von Parkinson-Patienten und deren Familien zu verbessern. Mit einem Schreiben, das eine Kooperation zwischen dem DPV und der niederländischen Versandapotheke DocMorris bewirbt, stellte der DPV im Juli 2009 seinen Mitgliedern ein Bonussystem vor, das verschiedene Boni für verschreibungspflichtige, nur über Apotheken erhältliche Parkinson-Medikamente bei deren Bezug durch die Mitglieder des DPV von DocMorris vorsieht.

Nach Ansicht der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. (ZBUW) verstößt das Bonussystem gegen §78 AMG, der vorsieht, dass ein einheitlicher Apothekenabgabepreis für verschreibungspflichtige Arzneimittel festgesetzt wird.

Der ZBUW sowie die deutsche Regierung machen geltend, dass das Preisbindungssystem, das für die Abgabe solcher Arzneimittel gilt, zur Gewährleistung einer sicheren und qualitativ hochwertigen Arzneimittelversorgung der deutschen Bevölkerung gerechtfertigt sei.

Insbesondere soll dieses System sicherstellen, dass sich die Versandapotheken keinen ruinösen Preiswettbewerb liefern, der zu einem Verschwinden der traditionellen Apotheken insbesondere in ländlichen oder dünn besiedelten Gebieten führe, bei denen es sich um die für sie weniger attraktiven Standorte handele. Nur traditionelle Apotheken könnten eine sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung insbesondere in Notfällen, eine individuelle Beratung und eine wirksame Kontrolle der abgegebenen Arzneimittel gewährleisten.

Überdies führt der ZBUW aus, dass sich der Patient, der sich in einem gesundheitlich geschwächten Zustand befinde, nicht veranlasst sehen dürfe, erst eine Marktanalyse durchzuführen, um die Apotheke zu ermitteln, die das gesuchte Arzneimittel zum günstigsten Preis anbiete.

Das LG Düsseldorf hat der Unterlassungsklage des ZBUW stattgegeben und dem DPV untersagt, das Bonussystem zu empfehlen, wenn dies wie mit dem im Juli 2009 versandten Anschreiben geschieht.

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LG ausgeführt, das Unterlassungsbegehren des ZBUW sei begründet, da der DPV mit dem Anschreiben gegen § 8 Abs.3 Nr. 2, § 3, § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 78 AMG und §§ 1, 3 Arzneimittelpreisverordnung verstoßen habe.

Das Schreiben stelle eine geschäftliche Handlung des DPV dar, die unlauter sei, da das beworbene Bonussystem wettbewerbsrechtlich unzulässig sei.

Die Arzneimittelpreisverordnung sieht – soweit hier interessierend – vor, dass der Hersteller für sein Medikament einen Preis festzusetzen hat (§1), auf den dann noch Großhandelszuschläge (§ 2) und Apothekenzuschläge (§ 3) aufgeschlagen werden. Für nicht verschreibungspflichtige Medikamente gilt diese Verordnung nicht.

Gegen das Urteil des LG Düsseldorf legte der DPV Berufung beim OLG Düsseldorf ein.

Der DPV meint, § 78 I AMG verstoße gegen das Unionsrecht.

Da Versandapotheken mit ihrem eingeschränkten Leistungsangebot eine Versorgung mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln durch traditionelle Apotheken nicht angemessen ersetzen können, sei davon auszugehen, dass der Preiswettbewerb für sie ein wichtigerer Wettbewerbsfaktor sein kann als für traditionelle Apotheken. Eine ausländische Versandapotheke, die Patienten nicht vor Ort individuell beraten könne, müsse über den Preis konkurrieren, worin sie durch die Preisbindung eingeschränkt sei.

Der DPV bezweifelt überdies, dass durch die Festlegung einheitlicher Preise für verschreibungspflichtige Arzneimittel eine bessere geografische Verteilung der traditionellen Apotheken in Deutschland sichergestellt werden könne. Ganz im Gegenteil legen einige Unterlagen nahe, dass mehr Preiswettbewerb unter den Apotheken die gleichmäßige Versorgung mit Arzneimitteln dadurch fördern würde, dass Anreize zur Niederlassung in Gegenden gesetzt würden, in denen wegen der geringeren Zahl an Apotheken höhere Preise verlangt werden könnten.

Das OLG Düsseldorf führt aus, das Bonussystem verstoße nicht nur dann gegen die anwendbaren nationalen Bestimmungen, wenn ein Apotheker ein preisgebundenes Arzneimittel zu einem anderen als dem nach der Arzneimittelpreisverordnung zu berechnenden Preis abgebe, sondern auch dann, wenn dem Kunden gekoppelt mit dem Erwerb des preisgebundenen Arzneimittels Vorteile gewährt würden, die den Erwerb für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen ließen. Das Gericht stellt sich die Frage, ob § 78 I AMG in einer Situation wie der vorliegenden mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

Es werde für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits aller Wahrscheinlichkeit nach erheblich sein, ob nur die Preisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln eine gleichmäßige und flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln sichere. Bislang habe der ZBUW hierzu weder konkret vorgetragen noch solchen Vortrag untermauernde Unterlagen vorgelegt. Auch die Gesetzesbegründung des § 78 I AMG begnüge sich mit dem bloßen Hinweis auf die Gefahren, denen mit der Preisbindung begegnet werden solle. Hinzu komme auch insoweit die Frage, ob etwaige Gefahren für traditionelle Apotheken, insbesondere im ländlichen Raum, im Hinblick auf die Möglichkeit einer Versandlieferung möglicherweise hinzunehmen seien.

Da das OLG Düsseldorf Zweifel daran hat, ob eine Festlegung eines einheitlichen Apothekenabgabepreises mit dem Unionsrecht vereinbar ist, beschließt es, das Verfahren auszusetzen und dem Europäischen Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

*Ist eine nationale Regelung, die vorsieht, dass einheitliche Apothekenabgabepreise für verschreibungspflichtige Humanarzneimittel festgesetzt werden, mit dem Unionsrecht vereinbar?*

**Wird der europäische Gerichtshof auf diese Frage antworten und falls ja, wie wird seine Antwort aussehen?**

**Bearbeitervermerk:** Nehmen Sie zu den aufgeworfenen Rechtsfragen, gegebenenfalls hilfsgutachterlich, in einem umfassenden Gutachten Stellung.

## § 78 AMG Preise

(1) <sup>1</sup>Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium und, soweit es sich um Arzneimittel handelt, die zur Anwendung bei Tieren bestimmt sind, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates

- 1.Preisspannen für Arzneimittel, die im Großhandel, in Apotheken oder von Tierärzten im Wiederverkauf abgegeben werden,
- 2.Preise für Arzneimittel, die in Apotheken oder von Tierärzten hergestellt und abgegeben werden, sowie für Abgabegefäße,
- 3.Preise für besondere Leistungen der Apotheken bei der Abgabe von Arzneimitteln

festzusetzen.

[...]

(2) <sup>1</sup>Die Preise und Preisspannen müssen den berechtigten Interessen der Arzneimittelverbraucher, der Tierärzte, der Apotheken und des Großhandels Rechnung tragen; zu den berechtigten Interessen der Arzneimittelverbraucher gehört auch die Sicherstellung der Versorgung. <sup>2</sup>Ein einheitlicher Apothekenabgabepreis für Arzneimittel, die vom Verkehr außerhalb der Apotheken ausgeschlossen sind, ist zu gewährleisten.

### Teil 2:

Zum 2. Juli 1990 wurde durch das französische Gesetz Nr.90-568 die (ehemalige) Generaldirektion für Post und Telekommunikation in Frankreich, die bis dahin dem Ministerium für Post und Telekommunikation unterstellt war, in zwei eigenständige juristische Personen des öffentlichen Rechts umgewandelt, nämlich die „La Poste“ und „France Telekom“.

La Poste wurde per Gesetz die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Postzustellung zugewiesen. Der Cour de Cassation (Zweite Zivilkammer) hat mit Urteil vom 18. Januar 2001 festgestellt, dass die La Poste grundsätzlich einem öffentlichen Industrie- und Handelsunternehmen (EPIC) gleichgestellt ist und dessen Rechtsposition innehat. Die EPIC sind im französischen Verwaltungsrecht juristische Personen des öffentlichen Rechts, die über eine – vom Staat getrennte – eigene Rechtspersönlichkeit, Finanzautonomie sowie besondere Zuständigkeiten kraft Gesetz verfügen, zu denen die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben gehört.

Aus der Eigenschaft als EPIC resultieren rechtliche Unterschiede im Vergleich zu juristischen Personen des Privatrechts. Für die EPIC sind die Regelungen für privatrechtliche juristische Personen im Fall einer Insolvenz und des dazugehörigen Zahlungsunfähigkeits- bzw. Konkursverfahren, mithin das Gesetz Nr. 85-98, nicht anwendbar. Vielmehr gilt das Gesetz Nr. 80-539, wonach im Falle einer Insolvenz eines EPIC ein Verfahren zur Forderungsbeitreibung eingeführt wird, bei dem die Forderungen der Gläubiger nicht

ausfallen, sondern vielmehr ihre Begleichung aufgeschoben wird oder seitens der zuständigen Aufsichtsbehörde weitere Finanzmittel nachgeschossen werden. Schreitet der Staat im Falle einer Insolvenz eines EPIC pflichtwidrig nicht ein, können die Gläubiger ihre Forderungen noch im Wege der Staatshaftung geltend machen. Zugleich ist die Einzelzwangsvollstreckung für Steuerschulden und von gegen die EPIC verhängten Zwangsgeldern ausgeschlossen.

Am 21. Februar 2006 unterrichtete die Kommission die französischen Behörden über ihre vorläufige Auffassung, dass sie den rechtlichen Status der La Poste als EPIC als eine implizite Bürgschaft des französischen Staates zugunsten des Unternehmens werte und somit eine unionsrechtswidrige Beihilfe iSd Art. 107 AEUV vorliege. Gläubiger von rein privaten Unternehmen liefen im Gegensatz zu Gläubigern von La Poste, Gefahr, dass ihre Forderungen infolge der Einleitung eines Insolvenzverfahrens ausfallen und gerade keine Nachschussmöglichkeit seitens des Staats bestehe. Weiterhin spreche für das Vorliegen einer Begünstigung, dass die Ratingagenturen La Poste auf dem Finanzmarkt – was zutrifft – aufgrund der fehlenden Ausfallmöglichkeiten der Forderungen gegen diese als Kreditnehmer immer als „sehr gut“ bewerten und diese dadurch bessere Chancen auf dem Finanzmarkt hat.

Die französischen Behörden legten jedoch dar, dass die mangelnde Anwendbarkeit der Regelungen des Gesetz Nr. 85-98 zum Insolvenzverfahren für juristische Personen des Privatrechts auf La Poste nicht bedeute, dass La Poste nicht in Insolvenz gehen oder die Zahlungen an ihre Gläubiger einstellen könne. Sie führen weiterhin aus, dass – was zutrifft – keine gesetzliche Regelung existiere, die ausdrücklich festlege, dass die Französische Republik eine Bürgschaft für La Poste übernommen habe. Gute Bewertung durch die Ratingagenturen sprächen alleine noch nicht dafür, dass ein Vorteil im Sinne einer Begünstigung gegeben sei, die Ratingagenturen hätten neben der Kreditwürdigkeit auch weitere Parameter (wie Umsatz, Liquidität, Sicherheiten) in ihre Bewertung einzubeziehen.

Die Kommission kam gleichwohl zu dem Ergebnis, dass eine unzulässige Beihilfe zugunsten von La Poste besteht. Nach Durchführung des Hauptprüfverfahrens erließ die hierfür **zuständige Kommission in formell einwandfreier Weise** am 26. Januar 2010 den Beschluss 2010/605/EU über die staatliche Beihilfe C-56/07 Frankreichs zugunsten von La Poste, der Frankreich verpflichtet, die implizite Bürgschaft zugunsten von La Poste aufzuheben.

**Aufgabenstellung:** *Wäre eine etwaige Klage vor dem Europäischen Gericht begründet?*

*Die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage ist in dieser Fallfrage **nicht** zu prüfen.*

*Bearbeitungszeit: 180 Minuten*

*Erlaubte Hilfsmittel: Unkommentierte Gesetzessammlungen*

*Die Rückgabe und die Besprechung der Klausur erfolgt in der letzten Sitzung der Tutorien.*

*Viel Erfolg!*