

Positionspapier zur Coronavirus-Schutzmasken-VO

Hier: Änderung des Erstattungsbetrages ab dem 10.02.2021

Autor: RA/StB/vBP/FAStR Dr. Bernhard Bellinger

Das nachfolgende Positionspapier bildet die Position unserer Kanzlei zum Referentenentwurf vom 29.01.2021 hinsichtlich der Änderung des Erstattungspreises ab, insbesondere zur Frage, ob es verfassungsrechtlich zulässig ist, den in § 5 Abs. 2 der Corona-Schutzmasken-Verordnung (nachfolgend VO) vom 14.12.2020 geregelten Erstattungspreis nachträglich zu kürzen.

Sachverhalt

Der Gesetzgeber hat durch die VO bestimmt, dass ein bestimmter Personenkreis einen Anspruch auf FFP2-zertifizierte Schutzmasken hat.

Ab dem 01.01.21 bis zum 28.02.21 sowie ab dem 16.02.21 bis zum 15.04.21 haben die Berechtigten jeweils einen einmaligen Anspruch auf 6 weitere Schutzmasken. Diese werden gem. § 5 Abs. 2 der VO mit 6 Euro einschließlich Umsatzsteuer (5,04 € netto) vergütet.

Nun strebt der Gesundheitsminister eine Änderung der Schutzverordnung in der Gestalt an, dass auch Bezieher von Arbeitslosengeld II insgesamt 10 Masken erhalten sollen, wenn sie nicht ohnehin unter die Regelungen der Verordnung fallen. Hierbei handelt es sich um ca. 5 Millionen Neuberechtigte. Dafür soll folgender Absatz nach § 2 Abs.2 SchutzmV hinzugefügt werden:

„(2a) Die anspruchsberechtigten Personen nach § 1 Absatz 1 Nummer 3 und Absatz 2 Satz 2 haben bis zum Ablauf des ... [Datum wird noch festgelegt] einen Anspruch auf einmalig zehn Schutzmasken, soweit sie nicht einen Anspruch nach § 1 Absatz 1 Nummer 1, Nummer 2 oder Absatz 2 Satz 1 haben.“

Laut dem Referentenentwurf vom 29.01.21 entstehen dem Bund so Mehrkosten in Höhe von 200 Millionen Euro (Seite 2 des Entwurfs unter D. a)). Um diese Kosten einzudämmen, soll nach § 5 Abs. 2 folgender Absatz 3 eingefügt werden:

„(3) Abweichend von Absatz 2 erhält die Apotheke ab dem 10. Februar 2021 für nach § 4 Absatz 2 Satz 1 und Absatz 2a abgegebene und abgerechnete

Schutzmasken einen Erstattungspreis in Höhe von 3,30 Euro je Schutzmaske zuzüglich Umsatzsteuer.“

Damit würden die Erstattungskosten von 5,04 € netto auf etwa 3,30 € netto pro Maske sinken.

Damit sollen Kosten in Höhe von ungefähr 465 Millionen (Seite 2 des Entwurfs unter D. a) eingespart werden.

Rechtliche Beurteilung

Fraglich ist nun, ob eine solche nachträgliche Änderung der Verordnung vom 14.12.2020 mit dem Ziel, den Erstattungspreis zulasten der Apotheker zu kürzen, um Einsparungen zu erzielen, mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Rechtssicherheit, des Vertrauensschutzes und des Rückwirkungsverbotes vereinbar ist.

Diese Grundsätze besagen, dass sich der Bürger bei seinen Dispositionen auf die bestehende Rechtslage verlassen darf und bei Gesetzesänderungen keine für den Bürger nachteiligen Rückwirkungen in Kraft treten dürfen.¹

Hier unterscheidet man zwischen der sog. **echten Rückwirkung** und der **unechten Rückwirkung**.²

Die **echte** Rückwirkung liegt vor, wenn der Gesetzgeber rückwirkend in einen bereits *abgeschlossenen* Sachverhalt eingreift, die Rechtsfolgen des Gesetzes also für einen vor der Verkündung beendeten Tatbestand gelten sollen.

Die **unechte** Rückwirkung beschreibt eine Norm, die in gegenwärtige, *noch nicht abgeschlossene* Sachverhalte rückwirkend eingreift und damit die frühere Rechtsposition nachträglich entwertet.

Die echte Rückwirkung ist grundsätzlich unwirksam.
Die unechte Rückwirkung ist grundsätzlich zulässig.

Hier liegt eine **unechte Rückwirkung** vor, auch wenn die Senkung erst am 10.02.21 in Kraft treten soll, weil der Tatbestand schon begonnen hat, aber noch nicht abgeschlossen ist, da der Zeitraum der Maskenabgabe bereits und noch läuft:

Der erste Abgabezeitraum (Berechtigungsschein 1) endet erst am 28.02.21 und wäre somit ebenfalls von der Senkung betroffen.

¹ BVerwG, Urteil vom 15.09.2010, Az.: 8 C 34.09, Rn. 23 ff..

² BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013, Az.: 1 BvL 5/08, Rn. 40f.

Der zweite Abgabezeitraum (Berechtigungsschein 2) beginnt erst am 16.02.21. Für den zweiten Zeitraum läge auf den ersten Blick keine Rückwirkung vor, allerdings könnte hier ein Verstoß gegen den Vertrauensschutz vorliegen, da die Apotheker bereits im Vertrauen auf die zugesagte Erstattung zur Bevorratung eingekauft haben, konkret: einkaufen mussten.

Eine solche unechte Rückwirkung wäre grundsätzlich zulässig, es sei denn, es läge ausnahmsweise Unzulässigkeit vor.

Unzulässig ist eine unechte Rückwirkung, wenn das Gesetz einen Eingriff vornimmt, mit dem der Betroffene nicht rechnen musste und demzufolge auch in seinem Verhalten nicht einplanen musste.

Zusätzlich muss das Vertrauen des Bürgers schutzwürdiger sein als das mit dem Gesetz verfolgte Anliegen. Hier müssen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit beachtet werden. Auf der einen Seite steht der Vorteil, den sich der Staat durch das Gesetz verschafft, auf der anderen Seite die Entwertung der Rechtsposition des Bürgers.

Die Änderung der VO vom 14.12.2020 und die damit verbundene Minderung der Erstattungskosten von 6,00 Euro brutto auf 3,30 Euro netto stellt eine Veränderung dar, mit der die Betroffenen nicht rechnen mussten. Zwar kamen Ende Januar 2021 öffentliche Diskussionen auf, die das Vertrauen in den Bestand der Regelungen eventuell hätten erschüttern können. Die Apotheker haben aber im Hinblick auf die Verfügbarkeit der Masken ab dem **01.01.2021** und ihren gesetzlichen Auftrag bereits deutlich vorher Masken gekauft. Dementsprechend konnten sie nicht mehr auf die nun angestrebten Veränderungen reagieren, auch wenn die Minderung erst am 10.02.21 in Kraft treten soll.

Bei der Frage, auf welches Risiko der Apotheker sich in der Bevorratung einlässt, spielt der Erstattungsbetrag *die* zentrale Rolle. Es ist ja gerade nicht so, dass der Apotheker kalkulieren könnte, für jede von ihm eingekaufte Maske zu einem Erstattungsbetrag zu kommen. Die Formel lautet gerade nicht: Erstattungsbetrag abzüglich Einkaufspreis = Gewinn. Sie lautet vielmehr: **Summe** der Erstattungsbeträge abzüglich **Summe** der Einkaufspreise **abzüglich Handlingskosten der Abgabe** = Ertrag vor weiteren Betriebskosten. Diese Formel kann auch in einen negativen Saldo münden. Nur an Personalkosten entstanden in einer Apotheke schon 2012 je Kundenbedienung durchschnittlich 3,82 € (Herzog, Kennzahlen in der Apotheke, 2012, Seite 47). Der Rohertrag aus der Abgabe der Schutzmaske deckt bei einem Erstattungsbetrag von 3,30 € und einem Wareneinsatz von durchschnittlich 1,20 € nicht entfernt die beim Apotheker anfallenden Kosten. Wurden während der Hochphase der Schutzmaskenabgabe in der Apotheke Überstunden gefahren, sind auch die dafür anfallenden Kosten vom Ertrag abzuziehen.

Die Apotheker haben die Masken eindeutig im Vertrauen auf die zugesagte Erstattung in Höhe von 6,00 Euro eingekauft. Dementsprechend wurden möglicherweise Masken teurer eingekauft als das der Fall gewesen wäre, wenn von Anfang an festgestanden hätte, dass die Erstattung lediglich 3,30 Euro zzgl. Umsatzsteuer beträgt. Nun, da der

Maskeneinkauf bei fast allen Apotheken längst abgeschlossen ist, kann nicht mehr entsprechend reagiert werden. Eine Retoure der Masken ist zudem ausgeschlossen.

Die Apotheker durften auch darauf vertrauen, dass der Bund eine *endgültige* Regelung für den in der Verordnung angegebenen Zeitraum treffen wollte. Dass der Zeitraum der Abgabe und Erstattungsfähigkeit zunächst beschränkt ist, ändert nichts daran, dass ein Vertrauenstatbestand jedenfalls für den in der VO genannten Zeitraum begründet wurde.³ Zwar ist es bei der Corona-Pandemie auch notwendig, kurzfristig zu handeln, da der Verlauf nicht voraussehbar ist. Allerdings ist hier kein Grund ersichtlich, wieso das für die Vergütung der Masken gelten sollte.

Der Bund möchte mit der Änderung der Verordnung zum einen größeren Schutz der Bevölkerung sicherstellen, indem nun auch explizit Arbeitslosengeld-II-Empfänger Anspruch auf FFP2-Masken haben sollen. Zeitgleich möchte der Bund Kosten in Höhe von 465 Millionen Euro einsparen. Da fällt schon auf, dass der Einsparungsbetrag von 465 Mio. € deutlich höher ist als die 200 Mio. €, die der Bund an zusätzlichen Kosten für die Abgabe von Masken an ALG-II-Empfänger einkalkuliert. Es geht also in Wirklichkeit gar nicht darum, die neuen Vergünstigungen zu refinanzieren, sondern darum, einen im Nachhinein als zu hoch eingestuften Erstattungsbetrag rückwirkend auf dem Buckel der Apotheker zu kürzen. Die Erweiterung des Kreises der Begünstigten kann die Kürzung des Erstattungsbetrages folgerichtig gar nicht rechtfertigen.

Im Rahmen einer Abwägung ist es eindeutig nicht vertretbar, den Bund nachträglich durch unabsehbare Opfer der Apotheken zu entlasten. Die Höhe der Belastung aus der Abgabe der Schutzmasken nach der VO vom 14.12.2020 war dem Bund ja bekannt. Der Betrag war ja im Referentenentwurf zur VO vom 14.12.2020 *expressis verbis* genannt. Da gibt es keinen Wegfall der Geschäftsgrundlage, weil nachträglich unabsehbare Kosten gekommen wären.

Durch die Zusage, dass die Masken mit 6,00 Euro brutto erstattet werden, und vor dem Hintergrund des absehbaren Preisverlaufes der FFP2-Masken hätten viele Apotheken wegen drohender Verluste sicherlich keine Masken eingekauft, da sie dann wirtschaftliche Verluste gemacht hätten. Hier muss das schutzwürdige Vertrauen auf den bisherigen Rechtszustand überwiegen. Es darf nicht zu Lasten der Apotheker gehen, dass sich der Gesundheitsminister nun dem öffentlichen Druck beugt.

Für den zweiten Zeitraum vom 16.02.21 bis zum 15.04.21 gilt das Gleiche: Hier liegt ein Verstoß gegen den Vertrauensschutz vor. Demnach sollen Bürger und Unternehmen darauf vertrauen dürfen, dass auf Grund einer bestimmten Rechtslage eine einmal getroffene Disposition grundsätzlich nicht durch nachträgliche Rechtsänderungen entwertet werden. Vor dem Hintergrund, dass die Apotheken sich mit den Masken eindecken *mussten*, beeinträchtigt die angestrebte Änderung der Verordnung den in der Vergangenheit begonnenen Lebenssachverhalt insofern, als dass den Apothekern nun Verluste drohen, mit denen sie nicht rechnen mussten.

³ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.03.1971, Az.: 2 BvL 17/69, juris.

Schließlich kauften sie die Masken im Vertrauen darauf, dass die Verordnung, die sie dazu faktisch verpflichtete, auch Bestand hat.

Somit verstößt die geplante Verordnung zur Änderung der Coronavirus-Schutzmasken-Verordnung gegen das Rückwirkungsverbot, welches aus dem Vertrauensschutz abgeleitet wird, was wiederum aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 GG abgeleitet wird.

Fazit

Es liegt nahe zu fragen, warum die Krankenkassen nicht statt des Berechtigungsscheins die Masken geschickt haben, die sie vom Bund hätten gestellt bekommen können. Der Grund kann nur sein, dass sie sich wegen des Aufwandes geweigert haben. Sie wurden stattdessen gemäß § 8 der VO fürstlich entlohnt mit einer Pauschale von 0,60 € je versendetem Brief, die in Zeiten eines Versandes mit Serienbrieffunktion und niedrigen Postgebühren bei Serienbriefen (fraglos sogar mit Sonderkonditionen der Post) eine hervorragende Kosten-Nutzen-Relation auslösen musste. Und die Krankenkassen können da auf nichts sitzenbleiben, nur die Apotheken.

Und die Apotheken? Da laufen in allen Medien die Appelle der Bundesregierung rauf und runter, Kontakte auf ein Minimum zu reduzieren, am besten auf Kontakte nur mit maximal zwei Personen aus einem Haushalt. Und gleichzeitig flutet die Bundesregierung die Apotheken mit den Personen, die sie für Corona-Erkrankungen als Risikogruppe definiert.

Par ordre du mufti wird vom Bund angeordnet, dass der Anspruch des Bürgers auf die Schutzmasken in den Apotheken erfüllt wird. Das perfekte Distributionsnetz der Apotheker wird vom Bund einfach genutzt, als wäre es seins, denn der Anspruch besteht gegen den Bund und die Bundesregierung grüßt als Wohltäter auf dem Berechtigungsschein.

Erwartungsgemäß klaglos erfüllten und erfüllen die Apotheken den Versorgungsauftrag, ohne zu hinterfragen, ob das mit der Versorgung der Risikopatienten exponential steigende Ansteckungsrisiko in der Apotheke überhaupt zumutbar ist.

Klaglos nahmen die Apotheker hin, dass der Bund ohne jede Garantie eine Bevorratung mit Masken erwartete, bei der der Apotheker vorfinanziert ohne Vorschuss durch den Bund. Das finanzielle Risiko, sich bei der Bevorratung nach oben zu verschätzen, trägt allein der Apotheker, der bei Masken keine Retourenregelung vereinbaren kann. Und der Apotheker konnte bei seiner Bestellung nur raten, was die richtige Menge wäre.

Die Verordnung vom 14.12.2020 gab dem Apotheker einen Fixpunkt an die Hand mit dem Erstattungsbetrag. Diesen zu ändern, nachdem der Apotheker sich auf dieser Basis bevorratet hat, ist nicht nur unanständig, es ist verfassungswidrig.

Und es spricht Bände, dass sich der Bund nicht im gleichen Atemzug freiwillig verpflichtete, die vom Apotheker bevorrateten, aber nicht abgegebenen Schutzmasken zum Einstandspreis des Apothekers zu übernehmen.

Düsseldorf, den 04.02.2021

Dr. Bernhard Bellinger

Rechtsanwalt / Steuerberater vereidigter
Buchprüfer Fachanwalt für Steuerrecht
Königsallee 1
40212 Düsseldorf
Tel: 0211-866 86 10
Fax: 0211-866 86 19
Homepage: www.bellinger.de
E-Mail: bellinger@bellinger.de

