

Positionspapier zur Coronavirus-Schutzmasken-VO Hier: Einstweilige Verfügung des LG Düsseldorf (Verbot eines Verzichts auf die Eigenbeteiligung)

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

Zur Begründung der einstweiligen Verfügung vom 15.01.2021 führt das Landgericht Düsseldorf aus:

„Insbesondere ist § 6 SchutzmVO eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG.

Dem Interesse der Mitbewerber im Sinne von § 3 a UWG dient eine Norm dann, wenn sie die Freiheit ihrer wettbewerblichen Entfaltung schützt. Es genügt nicht, dass sie ein wichtiges Gemeinschaftsgut oder die Interessen Dritter schützt, sofern damit nicht gleichzeitig auch die Interessen von Marktteilnehmern geschützt werden sollen (BGH, 01.12.2016, IZR 143/15, Rdn. 20). Vorschriften zur Finanzierung von Leistungen der öffentlichen Hand, etwa durch Steuern und Abgaben, sind regelmäßig keine Regelungen des Marktverhaltens im Sinne von § 3 a UWG, weil sich ihr Zweck darauf beschränkt, im Verhältnis zwischen Hoheitsträger und Steuerpflichtigen die Finanzierung des Gemeinwesens zu ermöglichen (BGH, a. a. O., Rdn. 26). Nichts anderes gilt für Regelungen des Sozialrechtes, die lediglich die finanzielle Leistungsfähigkeit des Systems erhalten sollen (BGH, a. a. O., Rdn. 27).

§ 6 SchutzmVO dient nicht zur Erhaltung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Systems, der öffentlichen Hand oder der Krankenkassen. § 6 SchutzmVO und die Zahlung von 2,00 € durch die Berechtigten dient der gleichmäßigen und sinnvollen Verteilung der FFP2-Masken. Die Masken sollen sinnvoll genutzt und nicht im Überfluss verschwendet werden. Die Versicherten sollen zu erhöhter Eigenverantwortung angehalten werden, und zwar nicht, so der BGH bei Verneinung einer Marktverhaltensregelung (BGH, a. a. O., Rdn. 28), um die Gesundheitsvorsorge finanziell abzusichern, sondern um das zurzeit rare Gut der FFP2-Masken denen zukommen zu lassen, die sie wirklich brauchen, und deshalb bereit sind, dafür 2,00 € zu zahlen. Damit ist Ziel von § 6 SchutzmVO, im öffentlichen Interesse die ordnungsgemäße Versorgung der besonders zu schützenden Bevölkerung mit FFP2-Masken zu erreichen. Das Marktverhalten der Verbraucher und damit auch der Wettbewerber wird geregelt.“

Worauf das LG seine Vermutungen im letzten Satz stützt, ist in der Beschluss-Begründung nicht ausgewiesen. Es finden sich dort auch keinerlei Hinweise auf die publizierten Grundlagen der VO. Dort heißt es im Referenten-Entwurf unter A. direkt:

„In der Rechtsverordnung kann eine Zuzahlung des anspruchsberechtigten Personenkreises vorgesehen werden.“

Wäre die Eigenbeteiligung ein Steuerungsinstrument für das Marktverhalten, hätte es dort aber gar nicht als Option stehen dürfen. Jedenfalls hat der Referenten-Entwurf im ersten Teil keine Zielverknüpfung mit den 2,00 €.

Dasselbe gilt für die Erläuterung des maßgeblichen § 6 im Anhang des Referenten-Entwurfes. Dort heißt es:

„Die Eigenbeteiligung soll zur verantwortungsvollen Inanspruchnahme der Berechtigung zum Bezug von Schutzmasken beitragen. ... Die Eigenbeteiligung ist von den Anspruchsberechtigten in der Apotheke zu leisten und verbleibt in der Apotheke. Auf den Erstattungsbetrag ist die von den Apotheken einzuziehende Eigenbeteiligung anzurechnen. Der Abrechnungsbetrag der Apotheken mindert sich entsprechend.“

Das deckt sich nicht mit der Begründung der Einstweiligen Verfügung. Im Referenten-Entwurf steht nämlich nichts davon, dass die FFP2-Masken als „zurzeit rares Gut“ eingestuft würden, was sie aktuell auch nicht sind. Schon gar nicht ist im Referenten-Entwurf auch nur ansatzweise die Begründung, dass die Eigenbeteiligung „der gleichmäßigen und sinnvollen Verteilung der FFP2-Masken“ dienen solle.

Übersehen wurde nach unserer Einschätzung auch, wie der monatlich an die RZ zu richtende **Sammelbeleg** gestaltet ist:

In dem Sammelbeleg zur Abrechnung der Apotheken über das Rechenzentrum steht bei der Eigenbeteiligung gerade nicht, dass sie *vereinnahmt* wurde. Sie ist vielmehr nur kommentarloser Abzugsposten. Es ist nämlich genauso wie bei dem Verzicht auf die Zuzahlung bei Hilfsmitteln: Es steht praktisch im Belieben des Apothekers, ob er die Zuzahlung bei den Hilfsmitteln nimmt, anrechnen muss er sich den Betrag aber auf jeden Fall gegenüber demjenigen, der (Kostenträger) an ihn Erstattungen zahlt. Das ist exakt dieselbe Logik wie bei der Eigenbeteiligung der Schutzmasken, wo der Apotheker sich die 2,00 € anrechnen lassen muss, unabhängig davon, ob er sie vereinnahmt hat (synchron beim BGH unter Rdnr. 22). Die Zuzahlung sah der BGH als Mittel zur erhöhten Eigenverantwortung des Versicherten an (Rdnr. 24), die gerade keinen wettbewerbsrechtlichen Schutz für konkurrierende Apotheker auslösen sollte, weil es sich damit nicht um eine marktverhaltensregelnde Vorschrift handele. So heißt es beim BGH unter Rdnr. 28 (später unter Rdnr. 48 sinngleich) wörtlich:

„Die Versicherten sollen zu erhöhter Eigenverantwortung angehalten werden..., um das Ausgabe- und Preisbewusstsein der Versicherten zu stärken und dadurch einen überhöhten Verbrauch von Arzneimitteln zu verhindern... Diese Verhaltenssteuerung bezweckt aber nicht die Schaffung gleichwertiger Wettbewerbsbedingungen, um im Interesse der übrigen Marktteilnehmer den Wettbewerb zu regeln.“

Zu diesen Ausführungen des BGH passt die Begründung des LG überhaupt nicht, weil es ein sinngleicher Fall ist mit gegenteiliger Rechtsfolge zum LG.

Weiter erklärte der BGH in Rdnr. 47:

„Die Gesetzgebungsgeschichte spricht nicht dagegen, die Zuzahlungsforderung bei Hilfsmitteln der Dispositionsbefugnis des Leistungserbringers zuzuordnen.“

Auch bei der Eigenbeteiligung spricht wegen der synchronen Folgen (Anrechnung ohne Vereinnahmung) alles dafür, das Ergebnis des BGH zu übernehmen.

Das alles legt mehr als nahe, dass es synchron zur Zuzahlung um einen Deckungsbeitrag des Bürgers für den zahlenden Staat geht. Der Staat kalkuliert laut Referentenentwurf (D. a) nämlich mit 27,3 Mio. Berechtigten, also mit einem Aufwand vor Eigenbeteiligung von $27,3 \text{ Mio.} \times 2 \text{ (Sets)} \times 36 \text{ €} = \mathbf{1.965,6 \text{ Mio. €}}$. Eine Eigenbeteiligung von $27,3 \text{ Mio.} \times 2 \text{ (Sets)} \times 2,00 \text{ € (Eigenbeteiligung)} = \mathbf{\text{namhafte } 109,20 \text{ Mio. €}}$. Das legt nahe, dass die Eigenbeteiligung sehr wohl zur „*Finanzierung von Leistungen der öffentlichen Hand*“ gedacht war, was das LG ohne Begründung verneinte, die einstweilige Verfügung aber nach dem vom LG zitierten Urteil des BGH gerade blockiert hätte.

Unabhängig davon: Um in den Schutzbereich des § 3a UWG hineinzukommen, hätte das LG unterstellen müssen, dass die Eigenbeteiligungsregelung dem **Interesse der konkurrierenden Apotheken diene**. Von denen ist aber im gesamten Referentenentwurf genauso wenig die Rede wie in der VO selbst.

So gibt es für die Behauptung in der einstweiligen Verfügung „*Das Marktverhalten der Verbraucher und damit auch der Wettbewerber wird geregelt*“ zwar eine Erläuterung zu den Verbrauchern, aber gerade nicht zu den Wettbewerbern (Apothekern). Wieso also „*damit*“? Wo da der Automatismus liegen soll, wird vom LG nicht erwähnt. Der vom LG zitierte BGH sieht einen solchen Automatismus in Rdnr. 20 ausdrücklich gerade nicht.

Gleichwohl lautet unsere Empfehlung:

Vorläufig scheint uns sinnvoll, die Pressemitteilung, die Ihnen vorliegt, ins Schaufenster zu hängen und dem Kunden zu sagen, dass das Landgericht Düsseldorf den Erlass der € 2,00 Eigenbeteiligung untersagt habe, was Ihnen als kundenorientierte Apotheke leidtue, aber momentan nicht zu ändern sei. Dann nehmen Sie einfach die € 2,00. Natürlich sieht das blöd aus, wenn man mit der kostenfreien Abgabe der Schutzmasken vorher geworben hat. Wenn aber ein Gericht das nachträglich untersagt, kann man das Ihnen auch nicht übelnehmen.

Wir gehen aber davon aus, dass die einstweilige Verfügung des LG keinen Bestand haben dürfte.

Düsseldorf, 22.01.2021 B/ks

Dr. Bernhard Bellinger und Jasmin Theuringer