

Sozialversicherungsrecht

Nr. 102

Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. September 2017 (C-3322/2015) und vom 7. November 2017 (C-1970/2015)

Keine Leistungspflicht für Pflegenebenleistungen, die von anerkannten Leistungserbringern erbracht werden (sog. Mittel und Gegenstände der Fachapplikation)

Der obligatorische Krankenpflegeversicherer ist nicht verpflichtet, die Kosten von Pflegenebenleistungen, insbesondere von Mitteln und Gegenständen, die vom anerkannten Leistungserbringer angewandt oder genutzt werden, zu vergüten. Mit dem Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung am 1. Januar 2011 ist zudem die Kompetenz der Kantonsregierung weggefallen, eine Leistungspflicht für Pflegenebenleistungen zu regeln.

Sachverhalt

Am 3. Oktober 2012 schlossen die durch die tarifsuisse ag vertretenen Krankenversicherer mit den anerkannten Leistungserbringern im Kanton B. einen unbefristeten Vertrag betreffend Pflegeleistungen in Pflegeheimen sowie in Tagespflegeheimen (Tages- oder Nachtstrukturen) gemäss dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) ab. Anhang 4 dieses Vertrages («Nebenleistungen Mittel- und Gegenstände») regelt die Abrechnung von vom Arzt verordneten Mitteln und Gegenständen gemäss Mittel- und Gegenstände-Liste (Anhang 2 KLV). Anhang 5 trägt den Titel «Nebenleistungen Arzt, Medikamente und Therapien/nicht bezahlte Leistungen».

Mit Schreiben vom 7. November 2012 nahm das Bundesamt für Gesundheit (BAG) gegenüber tarifsuisse auf dessen Anfrage vom 11. Oktober 2012 betreffend Abrechnung für das Material im Rahmen der ambulanten Pflege Stellung. Das BAG führte aus, dass betreffend die Verrechnung von Pflegematerial zu unterscheiden sei, ob es sich um Material handle, das in den Bereich der Mittel- und Gegenstände-Liste (MiGeL) falle (Anwendung durch den Patienten oder die Patientin selbst – nach ärztlicher Anordnung) oder ob es sich um Material handle, das für die Erbringung von Pflegeleistungen notwendig sei. Gemäss Kenntnisstand des BAG werde dieser Unterscheidung in der Praxis zu wenig Rechnung getragen. Handle es sich hingegen um Material, das für die Erbringung von Pflegeleistungen nach Art. 7 Abs. 2 KLV notwendig sei, so stelle dieses Material – unabhängig davon, ob es auf der MiGeL gelistet sei oder nicht – einen Bestandteil der Pflegeleistungen dar.

Als Folge dieser Stellungnahme des BAG kündigten die Krankenversicherer den vorerwähnten Vertrag. Nachdem die Vertragsverhandlungen zwischen den Krankenversicherern und den Leistungserbringern scheiterten, beantragten die anerkannten Leistungserbringer des Kantons B. beim Regierungsrat, einen Tarif hinsichtlich der Pflegenebenleistungen zu erlassen bzw. den eingangs erwähnten Vertrag zu verlängern. Mit Regierungsratsbeschluss vom April 2015 verfügte der Regierungsrat des Kantons B. Folgendes:

1. Der Regierungsrat verlängert den Vertrag zwischen A. sowie den durch tarifsuisse ag vertretenen Versicherer betreffend Pflegeleistungen in Pflegeheimen sowie Tagespflegeheimen (Tages- oder Nachtstrukturen) gemäss dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 3. Oktober 2012 bis zum 31. Dezember 2015.
2. Dem Lauf der Beschwerdefrist und einer allfälligen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gegen Ziff. 1 hievon wird gestützt auf Art. 55 Abs. 2 VwVG die aufschiebende Wirkung entzogen.

Am 22. Mai 2015 führten 45 der am Pflegeleistungsvertrag beteiligten, durch tarifsuisse vertretenen Krankenversicherer gegen diesen Regierungsratsbeschluss Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Das Bundesverwaltungsgericht heisst mit Urteil vom 1. September 2017 die Beschwerde gut und hebt den angefochtenen Regierungsratsbeschluss auf, soweit damit die in Art. 8 des Pflegeheimvertrages in Verbindung mit Anhang 4 vereinbarten zusätzlichen Vergütungen für Mittel und Gegenstände verlängert wurden. Ein analoges Urteil fällte das Bundesverwaltungsgericht am 7. November 2017.

Pflegerecht 2018 - S. 57

Erwägungen

Vor dem Bundesverwaltungsgericht umstritten waren einerseits die Kompetenz der Kantonsregierung, den Pflegevertrag zu verlängern, und andererseits die Leistungspflicht des obligatorischen Krankenpflegeversicherers für Pflegenebenleistungen. Hinsichtlich der Kompetenz der Kantonsregierung, den Pflegevertrag zu verlängern, verweist das Bundesverwaltungsgericht auf seine frühere Rechtsprechung. Das Bundesverwaltungsgericht ist in BVGE 2015/52 zum Schluss gekommen, dass im Rahmen der neu geordneten Pflegefinanzierung – auf der kantonalen Pflegeheimliste gemäss KVG als Leistungserbringer zugelassene – Pflegeheime nicht nur Pflegepflichtleistungen, sondern auch andere OKP-Leistungen (sogenannte Pflegenebenleistungen) selbst erbringen und zulasten der Krankenversicherer abrechnen dürfen.

Im Gegenzug sind die Versicherer dazu verpflichtet, diese Leistungen den Pflegeheimen zu vergüten. Zu diesen Pflegenebenleistungen, die grundsätzlich auch Pflegeheime zulasten der OKP erbringen können, zählte das Bundesverwaltungsgericht insbesondere auch Mittel und Gegenstände, die im Sinne von Art. 20 KLV von einer Abgabestelle nach Art. 55 KVV abgegeben werden und von der versicherten Person selbst oder mithilfe einer nicht beruflich an der Untersuchung oder der Behandlung mitwirkenden Person angewendet werden, falls die betroffenen Pflegeheime alle

(zusätzlichen bzw. spezifischen) Voraussetzungen erfüllen, um die genannten Leistungen zulasten der OKP zu erbringen (vgl. Erwägung 9.2.2).

Das Bundesverwaltungsgericht hat sodann in BVGE 2015/52 eine auf Art. 47 Abs. 3 KVG gestützte Regelung zur individuellen Vergütung der Abgabe von Mitteln und Gegenständen als unzulässig beurteilt – dazu fehle der Kantonsregierung die Kompetenz. Soweit in Anhang 4 des vom Regierungsrat verlängerten Pflegeleistungsvertrages für gewisse MiGeL-Produktgruppen vorgesehen ist, dass sie zum MiGeL-Höchstvergütungsbetrag abzüglich 10% separat in Rechnung gestellt werden können, liegt es nahe, darin – analog zu der in BVGE 2015/52 strittigen Regelung (MiGeL-Höchstvergütungspreis abzüglich 15%) – die Vereinbarung eines Einzelvergütungstarifes zu erkennen, der ausserhalb der Kompetenz der Kantonsregierung liegt und daher vorliegend nicht durch die Vorinstanz gestützt auf Art. 47 Abs. 3 KVG hätte verlängert werden dürfen (vgl. Erwägung 9.2.4).

Mit Bezug auf die ebenfalls umstrittene Leistungspflicht des obligatorischen Krankenpflegeversicherers für Pflegenebenleistungen hält das Bundesverwaltungsgericht in Erwägung 9.3.1 fest, dass auf der MiGeL geführte Mittel und Gegenstände auch im Rahmen eigentlicher Pflegeleistungen im Pflegeheim durch eine bzw. mithilfe einer Fachperson verwendet bzw. angewendet werden, und dass diese applizierten Materialien sowohl vor Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung am 1. Januar 2011 als auch danach in den Geltungsbereich des KVG gefallen und in dessen Rahmen finanziert worden sind.

Voraussetzung für eine separate/zusätzliche Vergütung wäre vor dem Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung am 1. Januar 2011, so das Bundesverwaltungsgericht in der ausführlichen Erwägung 9.5, gewesen, dass die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen eine separate OKP-Pflichtleistungskategorie dargestellt hätten, zu deren Abrechnung zulasten der Krankenversicherer die Pflegeheime als OKP-Leistungserbringer hätten berechtigt sein müssen. Weder das KVG noch die dazugehörigen Verordnungen sahen eine solche Separierung der Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen als OKP-Leistung vor. Die von den Leistungserbringern und den Krankenversicherern abgeschlossenen Tarifverträge waren insoweit, als sie für Pflegenebenleistungen, die vom Leistungserbringer erbracht wurde, eine Vergütungspflicht vorsahen, rechtswidrig.

Mit dem Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung hat sich an diesem Rechtszustand nichts geändert. Im Gegenteil wurden mit der neuen Regelung, wonach das EDI mittels Verordnung einheitliche Beiträge der OKP an die Pflegeleistungen festsetzt, die bisherigen für diese Pflegeleistungen und die OKP-Kostenbeteiligung anhin geltenden Tarifbildungsbestimmungen (insbesondere Abschluss von Tarifverträgen durch Tarifpartner, Genehmigung dieser Verträge durch die Kantonsregierung und subsidiäre hoheitliche Festsetzungskompetenz der Kantonsregierung) ausser Kraft gesetzt (vgl. Erwägung 9.3.4; siehe ferner BVGE 2011/61 E. 5, 6.1 und BVGE 2015/52 E. 5.1.7.1).

Die historische Entwicklung, der enge Konnex zwischen den Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen und den OKP-Pflegeleistungen, für die sie verwendet werden, und die Systematik der Neuordnung der Pflegefinanzierung führen nach der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts somit zum Schluss, dass die Kosten für die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen in der im Rahmen der neuen Pflegefinanzierung erfolgenden Vergütung der OKP-Pflegeleistungen eingeschlossen sind. Entsprechend ist davon auszugehen, dass die Materialien zur Applikation durch

Pflegefachpersonen im Rahmen der neu geordneten Pflegefinanzierung über die in [Art. 7a Abs. 3 KLV](#) genannten Pauschalbeiträge abgegolten werden. Damit hat der Regierungsrat, soweit er den Pflegeleistungsvertrag in Bezug auf die Vergütung der Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen verlängert hat, seine Kompetenzen überschritten.

Pflegerecht 2018 - S. 58

Von den Pflegenebenleistungen, die vom Leistungserbringer erbracht werden (Mittel und Gegenstände der Fachapplikation), zu unterscheiden sind die Mittel und Gegenstände zur Selbstanwendung, die unter [Art. 20](#) und [Art. 20a Abs. 1 KLV](#) und damit unter die Positivlistenpflicht gemäss MiGeL fallen. Für die Abgrenzung zwischen den Mitteln und Gegenständen der Fachapplikation bzw. zur Selbstanwendung ist entscheidend, wer das betreffende Produkt als Endverbraucher anwendet oder verwendet. Ist die versicherte Person gleichzeitig Endverbraucher des Produkts und kann diese das Produkt schliesslich allein oder mithilfe einer nicht beruflich mitwirkenden Person anwenden, handelt es sich um der Positivlistenpflicht gemäss MiGeL unterliegende Mittel und Gegenstände (vgl. Erwägung 9.9.4).

Wird ein Produkt, das anfänglich durch den Leistungserbringer angewandt oder verwendet wurde (und damit unter [Art. 20a Abs. 2 KLV](#) fiel), ab einem bestimmten Behandlungszeitpunkt durch die versicherte Person selber (allenfalls mithilfe einer nicht beruflich mitwirkenden Person) angewendet und genutzt, fällt es definitionsgemäss aus dem Geltungsbereich von [Art. 20a Abs. 2 KLV](#) heraus und damit in den Anwendungsbereich von [Art. 20](#) und [20a Abs. 1 KLV](#) (siehe auch [BGE 136 V 84 E. 4.2.3](#) und [4.3.2.1](#)). Massgebend für die Bejahung oder Verneinung der Leistungspflicht ist somit die konkrete Anwendung bzw. Verwendung des Produkts im jeweiligen Einzelfall und nicht – wie im Gutachten Kieser vertreten – ob (abstrahiert vom Einzelfall) eine Anwendung bzw. Verwendung der versicherten Person – allenfalls mithilfe einer nicht beruflich mitwirkenden Person – nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist (vgl. Erwägung 9.9.4).

Bemerkungen

Die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts sind nachvollziehbar begründet. Es leuchtet insbesondere ein, dass spätestens mit Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung, mit der die bisherige (theoretische) Vollkostendeckung durch eine Beitragspflicht des Krankenversicherers abgelöst worden ist, keine Leistungspflicht des obligatorischen Krankenpflegeversicherers für Pflegenebenleistungen mehr bestehen kann. Wenn der obligatorische Krankenpflegeversicherer die Kosten von Pflegedienstleistungen nicht mehr vollumfänglich zu vergüten hat, muss dies auch für die Kosten von Pflegesachleistungen, die in Abhängigkeit zu den Pflegedienstleistungen oder unabhängig davon notwendig sind, gelten.

Die Schwierigkeit besteht darin, die Pflegenebenleistungen des Leistungserbringers von den Mitteln und Gegenständen abzugrenzen, die die versicherte Person oder eine nicht beruflich mitwirkende Person anwendet und nutzt. Mittel und Gegenstände zur Selbstanwendung sind vom obligatorischen Krankenpflegeversicherer zu vergüten, sofern sie auf der MiGeL aufgeführt sind. Nicht nur bei

versicherten Personen, die zuhause gepflegt werden, sondern auch bei Pflegeheimbewohnern stellt sich in diesem Zusammenhang die Grundsatzfrage, wann die versicherte Person ein Produkt als Endverbraucher nutzt. Werden beispielsweise gelistete Inkontinenzeinlagen einmal von Angehörigen, das andere Mal von Hilfspersonen des anerkannten Leistungserbringers gewechselt, ist letztlich nicht klar, ob die versicherte Person einzelfallweise pro Windel, je nachdem wer sie gewechselt hat, oder generell (nicht) als Endverbraucher zu betrachten ist. Eine Klärung dieser Abgrenzungsproblematik dürfte einem anderen Entscheid vorbehalten sein.

Hardy Landolt