

CURAVIVA Schweiz  
Verband Heime und Institutionen  
Herr Dr. Markus Leser  
Postfach 1003  
3000 Bern 14

## Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3322/2015: Verlängerung der MiGeL-Vertragsregelung im Kanton BS

Im September 2017 erliess das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) ein Urteil betreffend die Entschädigung von Mitteln und Gegenständen (MiGeL) durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP) in Pflegeheimen. Es handelt sich dabei um eine Beurteilung, welche ganz direkt den Kanton BS und die in ihm tätigen Pflegeheime betrifft, welche aber auch allgemeine Ausführungen enthält, die für alle Kantone gelten und nachfolgend genauer betrachtet werden.

### A. Ausgangslage/Fallschilderung

Die 2014 in tarifsuisse zusammengeschlossenen Versicherer kündigten auf den 31.12.2014 die bestehenden kantonalen Tarifverträge mit Pflegeheimen, welche Regelungen zur Entschädigung von MiGeL durch die OKP enthielten. Während mit den Versicherern der HSK-Gruppe (Helsana, Sanitas, KPT und Zugewandte) eine neue nationale Lösung („Anschlussvertrag“) für 2015 gefunden wurde, blieben die Vertragsverhandlungen mit tarifsuisse (und in der Folge auch der ausgetretenen CSS-Versicherungsgruppe) ergebnislos.

Dies hatte zur Folge, dass mit diesen Versicherern bloss noch ein nationaler Administrativvertrag gültig abgeschlossen wurde, aber kein Vertrag über die Abgeltung von Nebenleistungen mehr (namentlich für Medikamente, Arztkosten und MiGeL). Somit wäre ohne Intervention der Kantonalbehörden ab 01.01.2015 ein „vertragsloser Zustand“ eingetreten. Die Versicherer hätten in der Folge nur noch ihren gesetzlich festgelegten Beitrag (aktuell CHF 9.-- pro Pflegestufe) an die Pflegeheime geschuldet, aber insbesondere keine Vergütung von MiGeL mehr.

In der Folge entschied der Regierungsrat des Kantons BS gestützt auf Art. 47 KVG sein (auf ein Jahr beschränktes) Recht auf Vertragsverlängerungen zu nutzen. Damit für Pflegeheime die bisherige Entschädigung der MiGeL durch die OKP (rund 1,9 Mio. Franken pro Jahr) nicht wegfallen, sei diese Verlängerung des bis Ende 2014 gültigen „Tarifvertrags“ der Basler Heime um das Jahr 2015 nötig.

Die in der tarifsuisse zusammengeschlossenen Versicherer gingen in der Folge gerichtlich gegen diesen Entscheid des Regierungsrats vor. Sie machten geltend, dass die Regierung keine Kompetenz hatte, den vorherigen Vertrag zu verlängern; jedenfalls nicht bezüglich der MiGeL-Entschädigung.

Die Gerichte hatten in der Folge zu klären, ob diese Vertragsverlängerung durch den Kanton BS rechtmässig war oder nicht. Dabei wurde einzig die Periode vom 01.01.-31.12.2015 beurteilt (gesetzlich mögliche Dauer der Vertragsverlängerung).

## B. Gesetzliche Grundlage

Gemäss Art. 47 Abs. 3 KVG verfügen die Kantone bei Erfüllung gewisser Voraussetzungen über das Recht, aufgekündigte Tarifverträge um ein Jahr zu verlängern. Auf dieser Grundlage beruht der Regierungsratsentscheid, den vorherigen „Tarifvertrag“ auf das Jahr 2015 auszudehnen.

Seit Inkraftsetzung der „Neuordnung der Pflegefinanzierung“ per 2011 regelt Art. 25a KVG die Entschädigung von Pflegeleistungen in Pflegeheimen. Die mit pauschalen Beiträgen der OKP-Versicherer und Patienten zu erbringenden Leistungen sind in Art. 33 lit. b KVV und Art. 7 KLV geregelt. Hierfür wurde der Beitrag der OKP auf aktuell täglich CHF 9.-- pro Pflegestufe fixiert (Art. 7a Abs. 3 KLV). Die Patienten und Versicherer leisten also explizit nur noch einen Beitrag an die Leistungen der Pflegeheime, während die Kantone für die gesamten restlichen Pflegekosten aufkommen müssen (Art. 25a Abs. 5 KVG sowie BGE 138 V 377 und 140 V 58).

Ausserhalb der in Art. 7 KLV aufgeführten Pflegeleistungen, welche durch die Pflegeheime mit dieser Finanzierung zu erbringen sind, sind Patienten zur Abrechnung weiterer Leistungen mit ihrer OKP-Versicherung berechtigt, wenn diese nicht in den definierten Leistungsbereich der Pflegeheime gehören (etwa Arztkosten, Medikamente, Spitalaufenthalte, etc.).

Zu diesen möglichen zusätzlichen Leistungen gehört womöglich auch die Abgabe von Mitteln und Gegenständen (Art. 25 Abs. 2 Bst. b KVG). Solche müssen auf der Mittel- und Gegenständeliste (MiGeL) im Anhang 2 der KLV enthalten sein. Dabei setzt Art 20 KLV voraus, dass die Produkte selbständig oder mit Hilfe einer nichtberuflich mitwirkenden Person angewendet werden.

## C. Begründung der Klage

Die Versicherer machen geltend, dass es bei MiGeL-Produkten folgende zwei Fallkonstellationen gebe, welche alle beide kein Recht zu einer Tarifvertragsverlängerung durch Kantone erlauben:

a) **Die Abgabe zur selbständigen Anwendung durch die Patienten:**

Die typischerweise in der MiGeL aufgeführten Produkte sind zur Selbstanwendung durch die Patienten vorgesehen (Art. 20 KLV). So sind etwa Krücken, Hörhilfen, Verbände und Inkontinenzhilfen gelistet. Nur wer als Abgabestelle für solche Produkte einen Vertrag gemäss Art. 55 KVV mit den Versicherern abgeschlossen habe, sei zur Verrechnung der Kosten an die OKP berechtigt.

b) **Die Anwendung im Pflegeprozess (Applikation durch Pflegefachpersonen):**

Wenn MiGeL-Produkte im Rahmen des normalen Pflegeprozesses verwendet oder durch professionelles Personal angewendet werden, seien sie nicht zusätzlich verrechenbar, sondern Teil der gesamten Pflegekosten. Art. 7a KLV sehe für Pflegeheime vor, dass der Versicherer mit dem fixen Beitrag von heute CHF 9.-- pro Pflegestufe seine Leistungspflicht vollständig erfüllt habe.

In diesen beiden Fällen der MiGeL-Anwendungsmöglichkeiten könne kein Tarifvertrag bestehen: Während für den Fall b) zusätzlich zum geltenden Bundesrecht gar nichts geregelt werden dürfe, sei für den Fall a) ein „Abgabevertrag“ nötig und nicht ein „Tarifvertrag“.

Deshalb könne der Kanton keine Verlängerung eines Tarifvertrags nach Art 47 KVG machen.

## D. Beurteilung des Gerichts

Vorab hält das Gericht fest, dass gestützt auf die Aussagen des BAG diese Argumentation der klagenden Versicherer korrekt sei. Nach längeren allgemeinen Ausführungen und ausführlicher Auseinandersetzung mit den Parteieingaben folgt die Prüfung der Berechtigung des Kantons betreffend die zwei genannten Fallkonstellationen.

**a) Die Abgabe zur Selbstanwendung durch Patienten (E 9.2):**

Wenn ein Produkt in der MiGeL aufgeführt ist und vom Leistungserbringer den Patienten zur Selbstanwendung bloss abgegeben wird (Art. 20 KLV), kann hierfür eine Vergütung der OKP vertraglich vereinbart werden. Allerdings handle es sich bei dieser Vertragsart um einen *Abgabevertrag* für solche Produkte (nach Art. 55 KVV) und nicht um einen *Tarifvertrag* (im Sinne von Art. 46-49 KVG). Deshalb sei von vornherein keine *Tarifvertragsverlängerung* nach Art. 47 Abs. 3 KVG möglich, wie sie der Kanton BS im vorliegenden Fall vorgenommen hatte.

Immerhin bestätigt das Bundesamt (BAG) in seiner Eingabe, dass diese Fallkonstellation der „Abgabe zur Selbstanwendung“ bei der Berechnung der OKP-Beiträge von CHF 9.-- pro Pflegestufe nicht berücksichtigt worden sei (E. 9.2.1). Somit sei es zulässig und bundesrechtskonform, wenn Abgabeverträge zwischen Abgabestellen und Versicherern abgeschlossen würden. Dies könne aber nicht durch Beschlüsse der Kantone geschehen (E. 9.2.3).

Das BVGer bestätigt denn mit Verweis auf sein Urteil BVGE 52/2015 auch, dass die auf der Pflegeheimliste geführten Pflegeheime als Abgabestelle gelten (E. 9.2.2). Sie hätten somit das Recht, die MiGeL abzugeben und bei Vorliegen eines Abgabevertrages zu verrechnen – aber nie in der Form von Einzelverrechnung (E. 9.2.4).

**b) Die Applikation durch Pflegefachpersonen (E 9.3-9.10):**

Die in der MiGeL gelisteten Produkte müssen aber nicht zwingend zur Selbstanwendung gedacht sein. Vielmehr sei die Verwendung solcher Produkte auch im Rahmen des normalen Pflegeprozesses üblich und nötig. Diesfalls sei die Auflistung in der MiGeL unbedeutend: Sie ändere nichts daran, dass die Produktkosten gleich zu behandeln seien wie sämtliche andere im Pflegeprozess anfallenden Kosten. Bei dieser zweiten Fallkonstellation seien MiGeL also nicht zusätzlich verrechenbar, sondern Teil der gesamten Pflegekosten im Pflegeheim, zu welchen die Versicherer nur ihren fixierten Beitrag schulden (E. 9.3.1).

Für diese Kosten der Pflege dürfe die Leistungspflicht der OKP nicht ausgedehnt werden, also keine zusätzliche Vergütung vereinbart sein (E. 9.3.2). Weder dürfte die Parteien hierfür Tarifverträge abschliessen, noch könnten die Kantone solche verlängern (E. 9.3.3).

Zwar hätten die Pflegeheime durchaus einen Anspruch auf Vergütung dieser im Pflegeprozess verwendeten Produkte, aber nicht mittels zusätzlichen Vertrags mit den Versicherern, sondern über die gesamte Pflegefinanzierung. Bei dieser seien drei Zahler vorgesehen (Patient, OKP und Kanton), wobei der Beitrag von zwei dieser drei Zahler begrenzt sei (E. 9.5.4.3).

**Urteil:**

Weil es sich bei der Fallkonstellation a) nur um einen *Abgabevertrag* und nicht einen *Tarifvertrag* handeln könne, sei der Kanton nicht zum Mittel der *Tarifvertrags*-Verlängerung berechtigt.

Weil für die Fallkonstellation b) die Regelung in der Bundesgesetzgebung abschliessend ist und der Beitrag der Versicherer darin explizit auf einen Fixbetrag begrenzt wurde, habe der Kanton auch für die im Pflegeprozess verwendeten Produkte keine Kompetenz zur Festlegung von zusätzlichen Entschädigungen der Versicherer an die Pflegeheime.

**Die Versicherer obsiegten somit mit ihrer Klage vollständig: Die Verlängerung der MiGeL-Regelung durch den Regierungsrat des Kantons BS um das Jahr 2015 war widerrechtlich und ist deshalb aufgehoben.**

Explizit **nicht beurteilt** wurde, ob die Berechnungen der festgesetzten Pflegebeiträge der OKP von aktuell CHF 9.-- pro Pflegestufe korrekt erfolgt sei (E. 11).

Auch **nicht beurteilt** wurde, ob die übrigen Voraussetzungen zu einer Tarifvertragsverlängerung erfüllt gewesen wären (wie etwa erfolglose Vertragsverhandlungen).

Ebenfalls **nicht beurteilt** wurde der Zeitraum nach dem Jahr 2015, für welchen die Pflegeheime auch nur mit der HSK-Versicherungsgruppe über eine Vertragsregelung zu MiGeL verfügen.

## E. Empfehlungen für Pflegeheime, Heimverbände und Kantone

Das einzige direkte Ergebnis des Urteils ist die aufgehobene Vertragsverlängerung: Demnach haben die Krankenversicherer den Pflegeheimen des Kantons BS für das Jahr 2015 zu Unrecht MiGeL-Beiträge bezahlt und hätten deshalb das Recht auf Rückforderung.

Gleichzeitig macht das Urteil klar, dass die Pflegeheime einen Anspruch auf Vergütung der im Pflegeprozess verwendeten Produkte (Fallkonstellation b) haben. Weil hierbei aber der Betrag von Patienten und OKP begrenzt sei, muss der Kanton als Restfinanzierer diese Kosten regeln, also durch Zahlung über Kanton oder Gemeinden übernehmen (E. 9.5.4.3).

Bei Betrachtung der Anwendung von MiGeL in Pflegeheimen ist festzustellen, dass die Produkte in der Regel durch professionelles Personal angewendet werden – selbst wenn die Bewohner dies noch selbst könnten. Entsprechend handelt es sich bei dieser Kostenart nahezu immer um die Fallkonstellation b), weil a) bei beruflich mitwirkenden Personen ausgeschlossen ist. Die Kosten gehörten mithin zur Gesamtsumme der Pflegekosten von Pflegeheimen. Solange kein Abgabevertrag mit den Versicherern besteht, müssen also die Kantone dafür bezahlen.

Daraus folgt, dass die einfachste Form der „Rückabwicklung“ (falls nötig) darin bestünde, dass die Versicherer ihren zuviel bezahlten Betrag nicht von jedem Pflegeheim für jeden einzelnen Patienten zurückfordern, sondern dies direkt dem Kanton (oder je nach Regelung der Gemeinde) in Rechnung stellen, welcher als Restfinanzierer zu deren Zahlung verpflichtet ist.

Der letzte Abschnitt in E. 9.5.4.3 enthält noch einen „Gratis-Tipp“ an die Leistungserbringer: „Immerhin steht es den Pflegeheimen frei, Streitigkeiten betreffend Pflegeleistungen dem kantonalen Schiedsgericht gemäss Art. 89 Abs. 1 KVG zu unterbreiten (vgl. BGE 142 V 203 E. 9.3.2). Dabei können sie z.B. vorfrageweise auch *eine allfällige Gesetzeswidrigkeit der Höhe der vom EDI festgesetzten Pflegebeiträge geltend machen*. Eine (direkte) Anfechtung der Pflegebeiträge vor Bundesverwaltungsgericht ist hingegen ausgeschlossen.“

Die Pflegeheime könnten sich also ans kantonale Schiedsgericht wenden und dort die Frage stellen, ob die Höhe der OKP-Beiträge von CHF 9.-- pro Pflegestufe gesetzeswidrig sei.

Das Urteil bestätigt mit Verweis auf BVGE 52/2015, dass die auf der Pflegeheimliste geführten Pflegeheime als Abgabestelle gelten. Sie hätten somit das Recht, MiGeL bei Selbstanwendung ohne professionelles Personal abzugeben und zu verrechnen (wenn ein Abgabevertrag besteht). Dies darf allerdings gemäss BVGE 52/2015 nicht als Einzelverrechnung geschehen.

### **Konkrete Empfehlungen:**

- **Betreffend Rückabwicklung:** Diese sollte (zur Vermeidung von extrem hohem Aufwand) am besten überhaupt nicht und schon gar nicht für jeden Patienten über die Pflegeheime erfolgen, sondern – falls eine Rückabwicklung je nach Ausgangslage von Kanton und Versicherer sich als zwingend herausstellen sollte – als direkte **Verrechnung der zu viel bezahlten Beiträge durch Versicherer an die Kantone/Gemeinden.**
- **Betreffend Restfinanzierung:** Wenn man davon ausgeht, dass die MiGeL-Produkte nahezu immer durch beruflich mitwirkendes Personal angewendet werden, dürfte gegenüber allen Versicherern ohne Abgabevertrag keine MiGeL-Entschädigung verrechnet werden, weil diese Pflegekosten vom Restfinanzierer (Kanton/Gemeinde) zu tragen sind. Es müsste also eine vollständige Übernahme dieser Kosten durch die Restfinanzierungsbeträge erfolgen.
- **Betreffend Vertragsverhandlungen:** Die Heimverbände sollten diskutieren, ob man mit den Versicherern Verhandlungen über Abgabeverträge aufnehmen möchte. Dabei dürfte die Vergütung nur die „Selbstanwendung“ decken und müsste mit Pauschalen erfolgen, weil gemäss Urteil keine Einzelverrechnung zulässig ist und somit auch nicht der „in der MiGeL festgehaltene Höchstvergütungsbeitrag minus einen Rabatt“.