

Ueli Kieser (Hrsg.)

Sozialversicherungs- rechtstagung 2016

Mit Beiträgen von

Simon Graf

Marc Hürzeler

Ueli Kieser

Hardy Landolt

Michael E. Meier

Andreas Traub

Erich Züblin

Referate der Tagungen

vom 7. Juni und 23. August 2016



Mittel und Gegenstände in der Krankenversicherung

HARDY LANDOLT

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	66
II.	Grundsätze der Vergütungspflicht für Mittel und Gegenstände	67
	A. Gesetzliche Grundlagen	67
	B. Mittel- und Gegenstände-Liste (MiGel)	68
III.	Besonderheiten und offene Fragen	70
	A. Anspruchsvoraussetzungen	70
	B. Begriff «Mittel und Gegenstände»	71
	1. Gesundheitspolizeiliche Gesundheitsproduktkategorien	71
	2. Mittel und Gegenstände als Medizinprodukte?	73
	C. Listenprinzip	76
	1. Allgemeines	76
	2. MiGeL als Positivliste	76
	3. Spezifische Ausnahmen vom Listenprinzip	77
	4. Überprüfung einer unvollständigen Liste im Einzelfall	78
	5. Austauschbefugnis	78
	D. Verordnung, Abgabe und Verwendung	80
	1. Allgemeines	80
	2. Verordnungsbefugnis	81
	3. Abgabestelle	81
	a) Allgemeines	81
	b) Abgabe durch den Leistungserbringer	82
	4. Verwendungszweck	84
	a) Untersuchungs- oder Behandlungszweck	84
	b) Pflegeverbrauchsmaterialien	85
	E. Höchstbetragsregel	86
	F. Wirtschaftlichkeit und Schadenminderungspflicht	86
	1. Wirtschaftlichkeit	86
	2. Schadenminderungspflicht	88

I. Einleitung

Die obligatorischen Heilungskostenversicherungen gemäss UVG, IVG, MVG und KVG vergüten einerseits Dienstleistungen und andererseits Produkte, welche im Zusammenhang mit der Behandlung der Unfall- oder Krankheitsfolgen notwendig sind. So besteht etwa eine sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht für Arzneimittel¹, Hilfsmittel², Analysen³, Spezialnahrungsmittel⁴ sowie Mittel und Gegenstände⁵. Die versicherten Gesundheitsprodukte können unterschiedliche Funktionen aufweisen:

- *Heilungsfunktion*: Das versicherte Gesundheitsprodukt wird für die Untersuchung oder Behandlung einer Krankheit oder von Unfallfolgen benötigt. Eine Heilungsfunktion haben insbesondere Arzneimittel und Analysen sowie Mittel und Gegenstände.
- *Substitutionsfunktion*: Das versicherte Gesundheitsprodukt ersetzt eine menschliche Funktion, welche als Folge der gesundheitlichen Beeinträchtigungen weggefallen oder eingeschränkt worden ist. Hilfsmittel, insbesondere Prothesen, substituieren regelmässig menschliche Funktionen, die als Folge der Krankheit bzw. des Unfalles weggefallen oder beeinträchtigt worden sind⁶.

¹ Vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. b UVG, Art. 14 Abs. 1 lit. b IVG und Art. 25 Abs. 2 lit. b KVG.

² Siehe Art. 11 Abs. 1 UVG, Art. 21 IVG, Art. 43quater AHVG und Art. 14 Abs. 1 lit. f ELG sowie HVI, HVUV und HVA.

³ Vgl. Art. 25 Abs. 2 lit. b KVG.

⁴ Im Rahmen der Geburtsgebrechensversicherung werden bei angeborenen Aminosäuren-Stoffwechselerkrankungen, speziell Phenylketonurie, vergütet: Aproten (Mehl, Griess, Teigwaren), Daminmehl eiweissarm (Firma Maizena), Dosenbrot, Waffelbrot, Teigwaren, Mehl, Biscuits (Firma Hammermühle), Finax (eiweissarme Mehlmischung), Loprofinprodukte der Firma SHS sowie Zwieback, Biscuits (Firma Plasmon Dietetici) (vgl. KSME Anhang 2 Beilage 2). Siehe ferner Anhang 1 KLV und die dort erwähnten Richtlinien der Gesellschaft für klinische Ernährung der Schweiz (GESKES) über Home Care, künstliche Ernährung zu Hause vom Januar 2013. Das Dokument ist einsehbar unter: www.bag.admin.ch > Themen > Krankenversicherung > Rechts- und Vollzugsgrundlagen > Geltendes Recht > Referenzdokumente zur KLV und deren Anhänge.

⁵ Vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. e UVG und Art. 25 Abs. 2 lit. b KVG.

⁶ Der Invalidenversicherungsrechtliche Hilfsmittelanspruch besteht zwecks Substitution von Funktionsdefiziten im Zusammenhang mit der Fortbewegung, der Herstellung des Kontaktes mit der Umwelt oder der Selbstsorge (vgl. Art. 2 Abs. 1 HVI).

- *Schadenersatzfunktion*: Das versicherte Gesundheitsprodukt kompensiert einen als Folge der gesundheitlichen Beeinträchtigung eingetretenen Mehraufwand⁷. Den Hilfsmitteln kommt nicht nur eine Substitutions-, sondern auch eine Schadenersatzfunktion zu, wobei sozialversicherungsrechtlich lediglich eine einfache und zweckmässige Hilfsmittelausstattung versichert ist⁸.

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Vergütungspflicht für Mittel und Gegenstände. In einem ersten Teil werden die Grundsätze der Vergütungspflicht thematisiert, während sich der zweite Teil den Besonderheiten und offenen Fragen im Zusammenhang mit der Vergütungspflicht für Mittel und Gegenstände widmet.

II. Grundsätze der Vergütungspflicht für Mittel und Gegenstände

A. Gesetzliche Grundlagen

Sowohl das UVG als auch das KVG statuieren eine Leistungspflicht für Mittel und Gegenstände, welche der Untersuchung oder der Behandlung dienen⁹. Die krankensversicherungsrechtliche Leistungspflicht setzt voraus, dass das versicherte Mittel bzw. der versicherte Gegenstand von einem Arzt oder einem Chiropraktor verordnet¹⁰ und von einem anerkannten Leistungserbringer abgegeben worden ist. Als Leistungserbringer anerkannt sind die Abgabestellen, welche nach kantonalem Recht zugelassen sind und mit einem Krankenversicherer einen Vertrag über die Abgabe von der Untersuchung

⁷ Der Sozialversicherer regressiert mit Bezug auf sachlich kongruente Versicherungsleistungen in den Haftungsanspruch der versicherten Person. Die sachliche Konkurrenz der Versicherungsleistungen mit dem Haftungsanspruch bzw. den haftpflichtrechtlich zu entschädigenden Schadensposten ist in Art. 74 Abs. 2 ATSG geregelt. Die besagte Bestimmung erwähnt die sozialversicherungsrechtlich versicherten Gesundheitsprodukte nicht, weshalb je nach der Funktion, welche das versicherte Gesundheitsprodukt erfüllt, eine Zuordnung zu den erwähnten Versicherungsleistungen zu erfolgen hat.

⁸ Vgl. Art. 2 Abs. 4 HVI.

⁹ Vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. e UVG und Art. 25 Abs. 2 lit. b KVG.

¹⁰ Vgl. Art. 25 Abs. 2 lit. b KVG.

oder Behandlung dienenden Mitteln und Gegenständen abgeschlossen haben¹¹.

Der obligatorische Krankenpflegeversicherer hat für die versicherten Mittel und Gegenstände die gesetzlich vorgeschriebene Vergütung zu leisten, wobei der Tarifschutz unter Vorbehalt der besonderen Bestimmungen gilt¹², was bedeutet, dass die versicherte Person, sofern die vorgeschriebene Vergütung die tatsächlichen Kosten nicht deckt, eine Zuzahlung leisten muss. Der Gesetzgeber sieht sodann vor, dass das EDI Bestimmungen über die Leistungspflicht und den Umfang der Vergütung erlässt¹³, wobei das zuständige Bundesamt von der Analysen-, Mittel- und Gegenständekommission (EAMGK) beraten wird¹⁴.

Die Ausführungsbestimmungen gemäss Art. 20 bis 24 KLV regeln folgende Bereiche:

- Grundsatz der Leistungspflicht
- Liste der Mittel und Gegenstände
- Anmeldung
- Limitierungen
- Anforderungen
- Vergütung

B. Mittel- und Gegenstände-Liste (MiGel)

Aktuell gültig ist die kommentierte Mittel- und Gegenstände-Liste (MiGel) vom 1. Januar 2016, welche die vom EDI beschlossenen Änderungen vom 27. November 2015 berücksichtigt. Die MiGel wird in der AS und der SR nicht veröffentlicht¹⁵, ist aber online verfügbar¹⁶. Die kommentierte MiGel gliedert sich wie folgt:

¹¹ Vgl. Art. 55 KVV.

¹² Vgl. Art. 52 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 KVG.

¹³ Vgl. Art. 52 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 KVG und Art. 33 lit. e KVV.

¹⁴ Vgl. Art. 37a lit. b und Art. 37f KVV.

¹⁵ Vgl. Art. 20a KLV.

¹⁶ Siehe BAG > Themen > Krankenversicherung > Tarife und Preise.

1. Allgemeine Vorbemerkungen
2. Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen von KVG, KVV und KLV
3. Aufnahmeverfahren MiGeL
4. Struktur der MiGeL
 - Produktgruppen
 - Positionsnummern
 - Zuordnung Miete/ Kauf, Kumulation von Positionen
 - Limitationen
 - Reparaturen
5. Definitionen und Erläuterungen zu den einzelnen Produktgruppen (gemäss Aufbau MiGeL)
6. Abkürzungen
7. Mittel- und Gegenständeliste (MiGeL)

Rechtsverbindlich ist lediglich die letztgenannte Mittel- und Gegenständeliste (Ziffer 7), nicht aber die Vorbemerkungen und die Erläuterungen (Ziffern 2 bis 6), welche das Bundesamt für Gesundheit explizit als nicht rechtsverbindlich, sondern als blosser Dienstleistung bezeichnet¹⁷.

Die in der MiGeL ab Seite 18 bis Seite 98 aufgeführten Produktgruppen sind folgende:

- Absauggeräte
- Applikationshilfen
- Bandagen
- Bestrahlungsgeräte
- Elektrostimulationsgeräte
- Gehhilfen
- Hörhilfen
- Inhalations- und Atemtherapiegeräte
- Inkontinenzhilfen
- Kälte- und/oder Wärmetherapie-Mittel

¹⁷ Vgl. Kommentierte MiGeL, S. 5.

- Kompressionstherapie-Mittel
- Messgeräte für Körperzustände/-funktionen
- Orthesen
- Prothesen
- Sehhilfen
- Stomaartikel
- Therapeutische Bewegungsgeräte
- Tracheostoma-Hilfsmittel
- Verbandmaterial
- Verschiedenes

III. Besonderheiten und offene Fragen

A. Anspruchsvoraussetzungen

Gemäss dem MiGeL-Kommentar werden von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung die in der MiGeL aufgeführten Mittel und Gegenstände bis zu dem in der MiGeL aufgeführten Höchstvergütungsbetrag (HVB) vergütet, sofern diese:

- der Produktbeschreibung einer MiGeL-Position entsprechen,
- auf dem Schweizer Markt zugelassen sind,
- den erforderlichen therapeutischen Zweck oder den Zweck der Überwachung der Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen erfüllen,
- durch einen Arzt oder im Rahmen von Artikel 4 Buchstabe c KLV durch einen Chiropraktor verordnet sind, und
- von einer nach Artikel 55 KVV zugelassenen Abgabestelle direkt an die versicherte Person abgegeben werden.

B. Begriff «Mittel und Gegenstände»

1. Gesundheitspolizeiliche Gesundheitsproduktkategorien

Die einschlägigen Sozialversicherungserlasse verwenden für die Bezeichnung der versicherten Gesundheitsprodukte nicht dieselben Begriffe, wie sie die gesundheitspolizeilichen Vorschriften kennen. Die Bundesverfassung unterscheidet Lebensmittel, Heilmittel, Betäubungsmittel, Organismen, Chemikalien und Gegenstände, welche die Gesundheit gefährden können, und weist dem Bund die diesbezügliche Regelungskompetenz zu¹⁸. Der Bundesgesetzgeber hat in Anwendung dieser verfassungsmässigen Kompetenz zahlreiche Bundesgesetze mit entsprechenden Ausführungsbestimmungen erlassen und unterscheidet folgende Gesundheitsprodukte:

- *Arzneimittel*¹⁹: Arzneimittel sind Produkte chemischen oder biologischen Ursprungs, die zur medizinischen Einwirkung auf den menschlichen oder tierischen Organismus bestimmt sind oder angepriesen werden, insbesondere zur Erkennung, Verhütung oder Behandlung von Krankheiten, Verletzungen und Behinderungen; zu den Arzneimitteln gehören auch Blut und Blutprodukte²⁰;
- *Medizinprodukte*²¹: Medizinprodukte sind Produkte, einschliesslich Instrumente, Apparate, In-vitro-Diagnostika, Software und andere Gegenstände oder Stoffe, die für die medizinische Verwendung bestimmt sind oder angepriesen werden und deren Hauptwirkung nicht durch ein Arzneimittel erreicht wird²²;
- *Betäubungsmittel*: Betäubungsmittel sind abhängigkeiterzeugende Stoffe und Präparate der Wirkungstypen Morphin, Kokain oder Cannabis, sowie Stoffe und Präparate, die auf deren Grundlage hergestellt werden oder eine ähnliche Wirkung wie diese haben²³;

¹⁸ Vgl. Art. 118 Abs. 2 lit. a BV.

¹⁹ Vgl. Art. 5 ff. HMG und die Ausführungsverordnungen AMBV, VAM, AMZV, VAZV, TAMV und AWW.

²⁰ Vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. a HMG.

²¹ Vgl. Art. 45 ff. HMG und die Ausführungsverordnungen MepV und VLvM.

²² Vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. b HMG.

²³ Vgl. Art. 2 lit. a BetmG.

- *Chemikalien*²⁴: Chemikalien sind Stoffe²⁵ und Zubereitungen, welche die Gesundheit der Menschen schädigen könnten, wobei der Umgang mit Mikroorganismen, soweit sie in Biozidprodukten oder Pflanzenschutzmitteln Verwendung finden, den Stoffen und Zubereitungen gleichgestellt sind²⁶;
- *Lebensmittel*: Lebensmittel umfassen Nahrungs- und Genussmittel. Nahrungsmittel sind Erzeugnisse, die dem Aufbau oder dem Unterhalt des menschlichen Körpers dienen und nicht als Heilmittel angepriesen werden. Genussmittel sind alkoholische Getränke sowie Tabak und andere Raucherwaren²⁷. Speziallebensmittel sind Lebensmittel, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind und auf Grund ihrer Zusammensetzung oder des besonderen Verfahrens ihrer Herstellung den besonderen Ernährungsbedürfnissen von Menschen entsprechen, welche aus gesundheitlichen Gründen eine andersartige Kost benötigen, oder dazu beitragen, bestimmte ernährungsphysiologische oder physiologische Wirkungen zu erzielen²⁸;
- *Gebrauchsgegenstände*: Gebrauchsgegenstände sind Gegenstände, die nicht als Heilmittel angepriesen werden und unter eine der in Art. 5 LMG genannten Produktkategorie fallen. Gebrauchsgegenstände sind insbesondere Körperpflegemittel und Kosmetika sowie Gegenstände, die nach ihrer Bestimmung mit den Schleimhäuten des Mundes in Berührung kommen²⁹.

²⁴ Siehe dazu ChemG.

²⁵ Als Stoff gilt ein chemisches Element und seine Verbindungen in natürlicher Form oder gewonnen durch ein Herstellungsverfahren, einschliesslich der zur Wahrung seiner Stabilität notwendigen Zusatzstoffe und der durch das angewandte Verfahren bedingten Verunreinigungen, aber mit Ausnahme von Lösungsmitteln, die von dem Stoff ohne Beeinträchtigung seiner Stabilität und ohne Änderung seiner Zusammensetzung abgetrennt werden können (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a ChemV).

²⁶ Vgl. Art. 1 und Art. 2 Abs. 2 ChemG.

²⁷ Vgl. Art. 3 Abs. 1–3 LMG.

²⁸ Vgl. Art. 2 Abs. 1 Verordnung des EDI über Speziallebensmittel vom 23. November 2005.

²⁹ Vgl. Art. 5 lit. b LMG. Siehe ferner VO des EDI vom 23. November 2005 über kosmetische Mittel (VKos) und VO des EDI vom 23. November 2005 über Gegenstände für den Schleimhaut-, Haut- und Haarkontakt sowie über Kerzen, Streichhölzer, Feuerzeuge und Scherzartikel (VO über Gegenstände für den Humankontakt).

In Bezug auf Herstellung, Handel, Abgabe und Bewerbung dieser Gesundheitsprodukte bestehen unterschiedliche gesundheitspolizeiliche Vorschriften. Insbesondere die Herstellung von und der Handel mit Arzneimitteln ist bewilligungspflichtig³⁰. Es bestehen sodann mannigfaltige Werbeverbote, insbesondere ein allgemein anwendbares lebensmittelrechtliches Heilanzeigenverbot³¹.

2. Mittel und Gegenstände als Medizinprodukte?

Der Gesetzgeber hat den Begriff «Mittel und Gegenstände» nicht definiert. Art. 25 KVG erwähnt lediglich, dass die versicherte Person Anspruch auf die ärztlicherseits verordneten Analysen, Arzneimittel sowie Mittel und Gegenstände habe, konkretisiert aber nicht näher, was unter diesen drei versicherten Produktkategorien genau zu verstehen ist. Dasselbe trifft für die Verordnungsbestimmungen in der KVV bzw. KLV zu; diese erwähnen die Anspruchsvoraussetzungen, äussern sich aber nicht dazu, was unter einem Mittel bzw. einem Gegenstand zu verstehen ist.

Das Bundesamt für Gesundheit konkretisiert in seinem Kommentar den Begriff «Mittel und Gegenstände» einschränkend dahingehend, dass lediglich Gesundheitsprodukte abgegeben werden können, welche bezüglich Zulassung auf dem Schweizer Markt die Anforderungen der Medizinprodukteverordnung vom 17. Oktober 2001 (MepV; SR 812.213) erfüllen. Die fragliche Kommentarstelle weist dabei auf Art. 23 KLV hin. Der besagten Verordnungsbestimmung lässt sich aber die vorgenannte Einschränkung auf eigentliche Medizinprodukte nicht entnehmen.

Gegenteils wird dort unter dem Titel Anforderungen festgehalten, dass von den in der Liste aufgeführten Arten von Mitteln und Gegenständen sämtliche «Produkte abgegeben werden [dürfen], welche nach der Gesetzgebung des Bundes oder der Kantone in Verkehr gebracht werden dürfen. Massgebend ist die Gesetzgebung des Kantons, in welchem sich die Abgabestelle befindet.» Vor diesem Hintergrund ist nicht einzusehen, weshalb lediglich Medizinprodukte im Sinne der MepV Mittel und Gegenstände sein können. Im Hinblick auf die gesetzliche Leistungsnorm von Art. 25 Abs. 2 lit. b KVG ist davon

³⁰ Vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a und Art. 18 Abs. 1 HMG.

³¹ Vgl. BGE 127 II 91 E. 2 und 3.

auszugehen, dass sämtliche Gesundheitsprodukte, die zur Untersuchung oder zur Behandlung einer Krankheit geeignet sind, als Mittel und Gegenstände in Frage kommen, sofern es sich dabei nicht um Arzneimittel oder um eine Analyse handelt.

Die Rechtsprechung vermisst diesbezüglich an Klarheit. Das Bundesgericht wurde bis anhin noch nicht mit der Problematik konfrontiert, ob ein Gesundheitsprodukt, das nicht die Voraussetzungen der MepV erfüllt, als versichertes Mittel bzw. versicherter Gegenstand qualifiziert werden kann. Offen gelassen wurde immerhin, ob es gesetzesmässig ist, leistungsausweitend in der MiGeL Gesundheitsprodukte, die nicht der Behandlung dienen, insbesondere Hörgeräte, aufzuführen³². Die anderen vom Bundesgericht beurteilten Fälle betrafen die Frage, ob es sich beim zu beurteilenden Gesundheitsprodukt um ein Arzneimittel oder um ein Medizinprodukt handelt:

- Das Mittel Fermavisc (Augentropfen) ist nicht ein Arzneimittel, sondern ein Medizinprodukt, dieses kann aber nicht einer gelisteten Produktgruppe zugeordnet werden³³.
- Die sogenannte Michiganschne (eine durchsichtige, etwa 2 mm dicke Form aus durchsichtigem Kunststoff, die meistens auf die Zähne des Oberkiefers aufgesetzt wird) ist ebenfalls ein Medizinprodukt³⁴.

Die Frage, ob lediglich Medizinprodukte im Sinne der MepV als Mittel oder Gegenstand qualifiziert werden können, ist entscheidungserheblich, wenn geltend gemacht wird, die MiGeL sei lückenhaft³⁵, oder über die Leistungspflicht des obligatorischen Krankenpflegeversicherers betreffend Spezialnahrungsmittel, welche im Rahmen der Geburtsgebrechensversicherung bis zum Erreichen der Altersgrenze versichert gewesen sind³⁶, entschieden werden muss. Sind Spezialnahrungsmittel krankensicherungsrechtlich als Mittel oder Gegenstand zu qualifizieren und werden sie in der MiGeL nicht aufgeführt, stellt sich im Hinblick auf die Besitzstandsgarantie³⁷ die Anschlussfrage,

³² Vgl. Urteil BGer 9C_710/2009 vom 10. Mai 2010 E. 2.1.

³³ Vgl. Urteil BGer 9C_539/2013 vom 8. April 2014 E. 3.3 f.

³⁴ Vgl. BGE 136 V 84 E. 4.2.2 und Urteil BGer 9C_827/2009 vom 25. Februar 2010 E. 4.2

³⁵ Siehe dazu infra Ziffer III/C/4.

³⁶ Dazu supra Fussnote 4.

³⁷ Gemäss Art. 52 Abs. 2 KVG sind die bei Geburtsgebrechen zum Leistungskatalog der Invalidenversicherung gehörenden therapeutischen Massnahmen in die vom

ob das krankenversicherungsrechtliche Listenprinzip oder die kollisionsrechtliche Besitzstandsgarantie vorgehen.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern hat in einem Entscheid aus dem Jahr 2002 erwogen, dass sich aus Art. 52 KVG kein unmittelbarer Leistungsanspruch auf die bisher von der Geburtsgebrechensversicherung gewährten Leistungen ergibt bzw. aufgrund des im Krankenversicherungsrecht geltenden Listenprinzips bei fehlender Listenaufnahme eines Medikaments kein Anspruch auf eine Kostenübernahme durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung besteht³⁸. Wurde das Arzneimittel, das die IV bis zum Erreichen der Altersgrenze übernommen hat, nicht in die GGML übernommen, kann sich in allfälliger Leistungsanspruch allenfalls indirekt daraus ergeben, dass zwischen der vom obligatorischen Krankenversicherer übernommenen Behandlung und dem Arzneimittel ein enger Konnex besteht. Dies trifft für die Medikamente Cymevene, Fungizone, Azactam, Netromycin und Rhinomer Nasenspray im Fall einer versicherten Person zu, die an einer cystischen Fibrose mit Lungenbefall leidet³⁹.

In einem Entscheid aus dem Jahr 2012 hat das Bundesgericht eine Übernahme der Kosten für Spezialnahrungsmittel im Zusammenhang mit dem Geburtsgebrechen Zöliakie mit der Begründung abgelehnt, dass es sich bei den geltend gemachten Spezialnahrungsmitteln nicht um diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke im Sinne von Art. 20a der Verordnung über Speziallebensmittel vom 23. November 2005⁴⁰ handle, weshalb die Besitzstandsgarantie gemäss Art. 52 KVG nicht angerufen werden könne⁴¹. Bei Spezialnahrungsmitteln, welche als diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke qualifiziert werden können, gilt die Besitzstandsgaran-

KVG vorgesehenen Erlasse und Listen aufzunehmen. Art. 35 KVV ergänzt die gesetzliche Besitzstandsgarantie und bestimmt, dass die bis zum Erreichen der gesetzlich vorgeschriebenen Altersgrenze von der Invalidenversicherung für Geburtsgebrechen erbrachten therapeutischen Massnahmen anschliessend von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu übernehmen sind.

³⁸ Vgl. Urteil VGer LU S 01 84 vom 23.10.2002 = LGVE 2002 II Nr. 36 E. 2 und 4.

³⁹ Vgl. Urteil VGer LU S 01 84 vom 23.10.2002 = LGVE 2002 II Nr. 36 E. 5.

⁴⁰ SR 817.022.104.

⁴¹ Vgl. Urteil BGer 9C_312/012 vom 20.12.2012 E. 5.2.

tie gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch dann, wenn das fragliche Spezialnahrungsmittel nicht auf der MiGel aufgeführt ist⁴².

C. Listenprinzip

1. Allgemeines

Der Umfang der krankensicherungsrechtlich versicherten Leistungen wird regelmässig durch sogenannte Listen bestimmt⁴³. Bei den fraglichen Listen handelt es sich entweder um Positivlisten (abschliessende Aufzählung der versicherten Leistungen⁴⁴ bzw. der anerkannten Leistungserbringer⁴⁵), um eine Negativliste (abschliessende oder beispielhafte Aufzählung der nichtversicherten Leistungen)⁴⁶ oder um eine offene Liste, in welcher die versicherten Leistungen beispielhaft aufgeführt sind⁴⁷.

2. MiGeL als Positivliste

Art. 52 Abs. 1 KVG ermächtigt das Departement dazu, eine Analysen- und eine Arzneimittelliste zu erlassen. Hinsichtlich der Mittel und Gegenstände wird das Departement gemäss dem Wortlaut ermächtigt, «Bestimmungen» über die Leistungspflicht und den Umfang der Vergütung zu erlassen; ein Hinweis darauf, dass eine Liste erstellt werden dürfe, fehlt. Die Rechtsprechung misst dieser grammatikalisch unterschiedlichen Formulierung keine Bedeutung zu⁴⁸ und anerkennt, dass auch mit Bezug auf Mittel und Gegenstände das Listenprinzip gilt. Als Folge des Listenprinzips besteht grundsätz-

⁴² BGE 142 V 425 E. 8.

⁴³ Vgl. Art. 41 Abs. 1bis, Art. 52 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 und 2 und Art. 52 Abs. 1 lit. b KVG.

⁴⁴ Vgl. Urteil BGer K 55/05 vom 24. Oktober 2005 E. 1.3.

⁴⁵ Statt vieler BGE 139 V 375 E. 4.2 und Urteil BGer K 111/00 vom 23 Januar 2001 E. 3.

⁴⁶ Vgl. Urteil BGer 9C_539/2013 vom 8. April 2014 E. 3.1.1.

⁴⁷ Siehe dazu z.B. Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV.

⁴⁸ Die Ermächtigung des Gesetzgebers, Bestimmungen statt einer Liste zu erlassen, bringt zum Ausdruck, dass «dass nicht einzelne Produkte mit Preisen, sondern nur Kategorien von Produkten mit Höchstgrenzen aufgezählt werden sollten, wodurch den Leistungserbringern und Versicherten die freie Wahl zwischen den auf dem Markt befindlichen Fabrikaten überlassen und die Auswahl der wirtschaftlichsten unter ihnen begünstigt werden sollten» (Urteil BGer K 157/00 vom 5. November 2001 E. 3b/cc).

lich eine Leistungspflicht des obligatorischen Krankenpflegeversicherers nur dann, wenn das fragliche Gesundheitsprodukt, sofern es ein Mittel oder einen Gegenstand darstellt, in der Liste aufgeführt ist. Die MiGeL ist folglich wie die Analysen- und Arzneimittelliste eine abschliessende Positivliste⁴⁹.

3. Spezifische Ausnahmen vom Listenprinzip

Mit Bezug auf die Mittel und Gegenstände sieht der Verordnungsgeber in Art. 20a Abs. 2 KVV zwei spezifische Ausnahmen vom Listenprinzip vor. Mittel und Gegenstände, die in den Körper implantiert werden⁵⁰ oder von Leistungserbringern im Rahmen ihrer Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung verwendet werden, sind in der Liste nicht aufgeführt. Die Vergütung für die implantierten bzw. vom Leistungserbringer verwendeten Mittel und Gegenstände wird mit der entsprechenden Untersuchung oder Behandlung in den Tarifverträgen geregelt.

Ein Mittel oder ein Gegenstand, welcher ab einem bestimmten Behandlungszeitpunkt durch die versicherte Person selber (allenfalls mit Hilfe einer nicht-beruflich mitwirkenden Person⁵¹) angewendet und genutzt wird, fällt definitionsgemäss aus dem Geltungsbereich der Ausnahmebestimmung von Art. 20a KVV heraus. Es bestehen keinerlei triftige Gründe zur Annahme, dass diese grammatikalische Auslegung nicht den wahren Sinngehalt der Vorschrift wiedergibt, was ein Abweichen vom Normtext rechtfertigen könnte⁵².

Folglich gilt die MiGeL immer dann, wenn die versicherte Person das fragliche Gesundheitsprodukt selber anwendet bzw. nutzt. Im Einzelfall, insbesondere im Zusammenhang mit Pflegeverbrauchsmaterialien, können sich heikle Abgrenzungsfragen stellen, ob und ab welchem Behandlungszeitpunkt von einer Nutzung durch die versicherte Person auszugehen ist⁵³. Ob das fragliche

⁴⁹ Vgl. Urteil BGer 9C_539/2013 vom 8. April 2014 E. 3.1.3.

⁵⁰ Der Implantationsbegriff ist weit zu fassen und setzt keine chirurgische Intervention voraus. Auch bei der sogenannten Michiganschiene handelt es sich um ein Mittel bzw. Gegenstand, der implantiert wird (vgl. Urteil BGer 9C_827/2009 vom 25. Februar 2010 E. 2.3.1).

⁵¹ Vgl. dazu Art. 20 KLV.

⁵² Vgl. Urteil BGer 9C_827/2009 vom 25. Februar 2010 E. 4.3.2.1.

⁵³ Siehe dazu auch infra Ziffer III/D/4/b.

Gesundheitsprodukt vom Leistungserbringer selber hergestellt worden ist, ist unerheblich⁵⁴.

4. Überprüfung einer unvollständigen Liste im Einzelfall

Ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Nichtaufnahme eines Gegenstands oder Mittels in die MiGeL vor Gesetz und Verfassung standhält, hat sich das Bundesgericht praxisgemäss grösste Zurückhaltung zu auferlegen⁵⁵. Diese Zurückhaltung entspricht letztlich einer einzelfallweisen Willkürüberprüfung⁵⁶. Soweit ersichtlich hat die Rechtsprechung bis anhin noch nie die Nichtaufnahme eines Mittels bzw. eines Gegenstandes als willkürlich qualifiziert. Insbesondere die Nichtaufnahme der Sauerstofftherapie mit Flüssigsauerstoff ist nicht zu beanstanden⁵⁷.

5. Austauschbefugnis

Die Austauschbefugnis gilt – als Konkretisierung des verfassungsmässigen Verhältnismässigkeitsgrundsatzes – nicht nur hinsichtlich der Hilfsmittel, sondern auch in Bezug auf medizinische Eingliederungsmassnahmen⁵⁸ und die Transportkostenvergütung⁵⁹ sowie ausserhalb der Invalidenversicherung, sofern und soweit die gesetzliche Regelung nach Sinn und Zweck nicht abschliessend gilt⁶⁰. Der Grundsatz der Austauschbefugnis bedeutet, dass ausnahmsweise ein Anspruch auf Ersatz der Kosten nicht versicherter Leistungen besteht, wenn diese mit einer versicherten Leistung funktionell gleichwertig sind.

Der Grundsatz der Austauschbefugnis ist hinsichtlich der Arzneimittel in Art. 71a und 71b KVV geregelt. Sofern die einschlägigen Voraussetzungen

⁵⁴ Vgl. BGE 136 V 84 ff. (vom Zahnarzt hergestellte Michiganschiene).

⁵⁵ Vgl. Urteil BGer 9C_216/2012 vom 18. Dezember 2012 E. 2.2.

⁵⁶ Vgl. Urteil BGer K 157/00 vom 5. November 2001 E. 3c/aa.

⁵⁷ Ibid. E. 3.

⁵⁸ Vgl. BGE 120 V 280 ff.

⁵⁹ Vgl. BGE 120 V 288 ff.

⁶⁰ Siehe dazu Hardy LANDOLT, Der Grundsatz der Austauschbefugnis im Sozialversicherungsrecht, in: AJP 2010/9, S. 1127 ff., und derselbe, Sozialversicherungsrechtliche Austauschbefugnis, in: Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit. Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern, S. 391 ff.

erfüllt sind, hat der obligatorische Krankenpflegeversicherer auch für die Behandlungs- bzw. Arzneimittelkosten aufzukommen, wenn das fragliche Arzneimittel nicht gelistet ist oder ausserhalb der genehmigten Fachinformation oder Limitierung verwendet wird. Der Verordnungsgeber macht die Austauschbefugnis davon abhängig, dass das fragliche Arzneimittel eine unerlässliche Voraussetzung für die Durchführung einer von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommenen Leistung bildet oder einen grossen therapeutischen Nutzen aufweist, wobei die zu übernehmenden Kosten in einem angemessenen Verhältnis zum therapeutischen Nutzen stehen müssen.

Hinsichtlich der anderen gemäss KVG versicherten Gesundheitsprodukte fehlen Bestimmungen, welche die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Austauschbefugnis konkretisieren. Es spricht nichts dagegen, die zuerst von der Rechtsprechung entwickelten und nunmehr in Art. 71a f. KVV festgeschriebenen Voraussetzungen für die Geltendmachung der Austauschbefugnis in entsprechender Weise auf die versicherten und nicht versicherten Leistungen anzuwenden. Die Rechtsprechung anerkennt denn auch, dass die versicherte Person die Austauschbefugnis auch mit Bezug auf Mittel und Gegenstände anrufen kann, welche sich nicht auf der MiGeL befinden, sofern diese vergleichbar mit einer gelisteten Produktegruppe sind. Die Voraussetzung der Vergleichbarkeit ist hinsichtlich i-Limb-Handprothesen⁶¹, nicht aber Fermavisc-Augentropfen⁶² erfüllt.

Die Austauschbefugnis betreffend Mittel und Gegenstände reicht aber weniger weit als die arzneimittelrechtliche Austauschbefugnis. Nach den zunächst von der Rechtsprechung entwickelten und nunmehr kodifizierten Grundsätzen⁶³ ist ein nicht gelistetes Arzneimittel ausnahmsweise – wie erwähnt – auch dann zu vergüten, wenn es eine unerlässliche Voraussetzung für die Durchführung einer von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommenen Leistung bildet oder einen grossen therapeutischen Nutzen aufweist. Wären diese Grundsätze ebenfalls für Mittel und Gegenstände anwendbar, bestünde eine Leistungspflicht des obligatorischen Krankenpfle-

⁶¹ Vgl. Urteil BGer 9C_216/2012 vom 18. Dezember 2012 E. 4.

⁶² Vgl. Urteil BGer 9C_539/2013 vom 8. April 2014 E. 3.3 f.

⁶³ Vgl. Art. 71a f. KVV.

geversicherers auch dann, wenn ein nicht gelistetes Mittel bzw. nicht gelisteter Gegenstand nicht mit einer gelisteten Produktgruppe vergleichbar ist, den beabsichtigten Untersuchungs- bzw. Behandlungserfolg aber auf andere Weise erzielen würde. Die arzneimittelrechtliche Austauschbefugnis ist nach dem Willen des Bundesgerichts mit Bezug auf Mittel und Gegenstände auch nicht analog anwendbar⁶⁴.

Im Sinne einer einheitlichen Rechtsprechung wäre es wünschenswert, wenn mit Bezug auf sämtliche Gesundheitsprodukte dieselben Grundsätze im Zusammenhang mit der Austauschbefugnis gelten würden. Dies betrifft nicht nur die sachliche, sondern auch die räumliche Austauschbefugnis. Im Hilfsmittelrecht beispielsweise besteht die Austauschbefugnis auch in Bezug auf im Ausland erworbene Hilfsmittel⁶⁵. Im Ausland erworbene Mittel bzw. Gegenstände sind nach der Meinung des Verordnungsgebers nicht vergütungspflichtig, da nur Gesundheitsprodukte, die gemäss der «Gesetzgebung des Kantons, in welchem sich die Abgabestelle befindet», versichert sind⁶⁶.

D. Verordnung, Abgabe und Verwendung

1. Allgemeines

Der obligatorische Krankenpflegeversicherer leistet eine Vergütung an Mittel und Gegenstände, die der Behandlung oder der Untersuchung im Sinne einer Überwachung der Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen, die auf ärztliche Anordnung von einer Abgabestelle nach abgegeben werden und von der versicherten Person selbst oder mit Hilfe einer nichtberuflich an der Untersuchung oder der Behandlung mitwirkenden Person angewendet werden⁶⁷.

⁶⁴ Vgl. BGE 139 V 509 = Pra 2014 Nr. 33 E. 5.1.

⁶⁵ Vgl. Art. 8 Abs. 1 HVI.

⁶⁶ Vgl. Art. 23 KLV.

⁶⁷ Vgl. Art. 20 KLV.

2. Verordnungsbefugnis

Die Leistungspflicht des obligatorischen Krankenpflegeversicherers setzt zunächst voraus, dass das gelistete Mittel bzw. der gelistete Gegenstand von einem Arzt oder einem Chiropraktor verordnet worden ist. Dem Arzt steht ein umfassendes Verordnungsrecht zu, während der Chiropraktor nur folgende Mittel bzw. Gegenstände verordnen darf⁶⁸:

- Bandagen,
- Transkutane elektrische Nervenstimulationsgeräte (TENS),
- Kälte- und/oder Wärmetherapie-Mittel,
- Orthesen,
- Verbandmaterial

3. Abgabestelle

a) Allgemeines

Gemäss Art. 55 KVV wird als Abgabestelle anerkannt, wer nach kantonalem Recht zugelassen ist und mit einem Krankenversicherer einen Vertrag über die Abgabe von der Untersuchung oder Behandlung dienenden Mitteln und Gegenständen abgeschlossen hat. Während das Zulassungserfordernis absolut gilt, erachtet das Bundesgericht das Vorliegen eines Tarifvertrages nicht als zwingend erforderlich:

«Üblicherweise ist die Zulassung als Leistungserbringer zur Tätigkeit zu Lasten der sozialen Krankenversicherung davon abhängig, dass eine bestimmte qualifizierte, eidgenössisch oder kantonal anerkannte Ausbildung vorliegt, was für eine einheitliche Praxis und Qualität im ganzen Land sorgt. Bei den Abgabestellen für Mittel und Gegenstände sind derartige einheitliche Zulassungsvoraussetzungen in Anbetracht der Tatsache, dass die der Untersuchung und Behandlung dienenden Mittel und Gegenstände in ihrem Anwendungsbereich und -ziel sehr unterschiedlich sind sowie an die Verabreichung verschieden hohe Anforderungen stellen, nicht möglich. Es kann sich bei den Abgabestellen denn auch um Institutionen von sehr unterschiedlichem Profil handeln. Je nach Art der abgegebenen Mittel und Gegenstände können

⁶⁸ Vgl. Art. 4 lit. c KLV.

Abgabestellen Apotheken und Drogerien, Fachgeschäfte, Betriebe oder aber gar Warenhäuser sein.»⁶⁹

Verfügt der Anbieter eines versicherten Mittels bzw. Gegenstandes über keinen Tarifvertrag mit dem an sich leistungspflichtigen Krankenversicherer, ist dieser beim Vorliegen gerechtfertigter Interessen gleichwohl vergütungspflichtig. Eine Leistungspflicht des obligatorischen Krankenpflegeversicherers ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der versicherte Gegenstand – im fraglichen Fall handelte es sich um eine Insulinpumpe – schweizweit nur von zwei Unternehmen angeboten wird und beide keinen Tarifvertrag mit den Krankenversicherern abgeschlossen haben⁷⁰.

b) Abgabe durch den Leistungserbringer

In der Regel unterscheiden sich Abgabestelle und Leistungserbringer. Der Leistungserbringer erwirbt die notwendigen Mittel und Gegenstände bei einem Produkthanbieter, der seinerseits nach kantonalem Recht als Abgabestelle anerkannt ist. Der anerkannte Leistungserbringer gilt nur dann (auch) als Abgabestelle, wenn er vom kantonalen Recht nicht nur als Leistungserbringer, sondern auch als Abgabestelle zugelassen ist. Insoweit muss sich der anerkannte Leistungserbringer zusätzlich um eine Zulassung als anerkannte Abgabestelle bemühen. Gewisse Kantone erteilen zusammen mit der Berufsausübungs- bzw. Betriebsbewilligung gleichzeitig die Befugnis, Mittel und Gegenstände abzugeben, sofern geeignetes Personal vorhanden ist⁷¹.

Als Grundsatzregelung schliesst Art. 20 KLV jedoch nicht aus, dass ein ärztlich angeordnetes Mittel oder ein ärztlich angeordneter Gegenstand ausnahmsweise, sofern notwendig, direkt vom zugelassenen, behandelnden Arzt oder Zahnarzt abgegeben wird, wie dies für massgefertigte zahntechnische Produkte regelmässig zutreffen dürfte⁷². Mit dem Verweis in Art. 20 KLV auf die Abgabestellen nach Art. 55 KVV wird gesetzgeberisch lediglich klargestellt und soll gewährleistet sein, dass die Versicherung nur die von gesetzlich zu-

⁶⁹ Urteil BGer K 79/98 vom 4. Juli 2001 E. 4a.

⁷⁰ Ibid. E. 4b.

⁷¹ Vgl. z.B. § 40 Verordnung des Kantons Aargau über die Berufe, Organisationen und Betriebe im Gesundheitswesen (VBOB) vom 11. November 2009.

⁷² Vgl. Urteil BGer 9C_827/2009 vom 25. Februar 2010 E. 4.2.3.

gelassenen Leistungserbringern abgegebenen Mittel und Gegenstände vergütet⁷³. Ob in Analogie zu dieser Rechtsprechung ausnahmsweise auch eine fehlende Zulassung als Abgabestelle bei anderen Leistungserbringern «geheilt» werden kann, wurde durch die Rechtsprechung noch nicht entschieden.

Die Vergütungspflicht des Krankenversicherers für versicherte Mittel und Gegenstände richtet sich bei einer Abgabe durch den anerkannten Leistungserbringer nicht nach der MiGeL, sondern nach Massgabe der abgeschlossenen Tarifverträge. Die MiGeL gilt demgegenüber, wenn das versicherte Mittel oder der versicherte Gegenstand von der versicherten Person selbst oder mit Hilfe einer nichtberuflich an der Untersuchung oder der Behandlung mitwirkenden Person angewendet wird⁷⁴.

Die von den Leistungserbringern abgeschlossenen Tarifverträge unterscheiden sich hinsichtlich der Vergütung für Mittel und Gegenstände nicht unerheblich. Die Tarifverträge, die der Schweizerische Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner abgeschlossen haben, sehen je nach Krankenversicherer eine Übernahme des MiGeL-Tarifs mit und ohne eines Abzuges von 15% vor⁷⁵. Derselbe «Rabatt» ist im Administrativvertrag zwischen dem Spitex Verband Schweiz und der Association Spitex Privée Suisse (ASPS) vereinbart⁷⁶, während in der Pflegeheimbranche ein tarifloser Zustand herrscht⁷⁷.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Vgl. Art. 20 KLV.

⁷⁵ Die Tarifverträge sind online unter <https://www.sbk.ch/dienstleistungen/freiberufliche-pflege/formulare-und-dokumente.html> verfügbar (zuletzt besucht am 28. April 2017).

⁷⁶ Der Tarifvertrag ist online unter <http://www.spitex.ch/Politik/Vertraege/Administrativvertraege/Pg0kl/> verfügbar (zuletzt besucht am 28. April 2017).

⁷⁷ Vgl. Urteil BVGer C-1190/2012 vom 2. Juli 2015 E. 6.8.5 und 7.2 sowie Tarifsuisse-Rundschreiben Nr. 05/2016 vom 28.01.2016.

4. Verwendungszweck

a) Untersuchungs- oder Behandlungszweck

Die obligatorische Krankenpflegeversicherung deckt die der Untersuchung oder Behandlung einer Krankheit dienenden Mittel und Gegenstände⁷⁸. Art. 20 KLV schränkt diesen gesetzgeberischen Verwendungszweck insoweit ein, als eine Vergütungspflicht nur dann vorgesehen wird, wenn das fragliche Mittel bzw. der fragliche Gegenstand «im Sinne einer Überwachung der Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen» dient. Soweit ersichtlich hat die Rechtsprechung dieser textlichen Einschränkung keine Bedeutung beigegeben. Den vorausgesetzten Untersuchungs- bzw. Behandlungszweck erfüllt etwa eine Michiganschiene⁷⁹. Die Abtragung oberflächlicher Nekrosen im Sinne einer Wundtoilette ist als eine neue Wundbehandlung zu qualifizieren und bezweckt ebenfalls eine Behandlung⁸⁰.

Von praktischer Relevanz sind allfällige Limitierungen. Die Aufnahme in die Liste kann mit einer Limitierung verbunden werden; diese kann sich insbesondere auf die Menge, die Dauer der Verwendung, die medizinischen Indikationen oder das Alter der Versicherten beziehen⁸¹. Das Alter der versicherten Person stellt eine diskriminierungsrelevante Eigenschaft⁸² dar, weshalb zwingende Gründe vorliegen müssen, wenn die Leistungspflicht für bestimmte Alterskategorien eingeschränkt werden soll. Nicht zu beanstanden ist die Limitierung mit Bezug auf Inkontinenzartikel, welche nur Erwachsenen, nicht aber Kindern, insbesondere solchen, welche an einem Down-Syndrom leiden, abgegeben werden⁸³. Die Limitierungen sind in der MiGeL mit einem «L» bezeichnet. Wie bereits erwähnt kann der Grundsatz der Austauschbefugnis mit Bezug auf allfällige Limitierungen nicht angerufen werden.

⁷⁸ Vgl. Art. 25 Abs. 2 lit. b KVG.

⁷⁹ Vgl. Urteil BGer 9C_827/2009 vom 25. Februar 2010 E. 4.2.3.

⁸⁰ Vgl. Urteil BGer K 55/04 vom 10. Januar 2006 E. 5.4.

⁸¹ Vgl. Art. 22 KLV.

⁸² Vgl. Art. 8 Abs. 2 BV.

⁸³ Vgl. Urteil BGer 9C_567/2011 vom 27. Januar 2012 E. 4.3.1.

b) Pflegeverbrauchsmaterialien

Art. 25 Abs. 2 lit. a KVG erwähnt neben den Untersuchungs- und Behandlungsmassnahmen auch Pflegemassnahmen, deren Vergütung davon abhängt, ob sich die versicherte Person im Spital aufhält oder durch einen anerkannten Leistungserbringer gepflegt wird. Der Pflegebereich wird demgegenüber in Art. 25 Abs. 2 lit. b KVG und Art. 20 KLV nicht erwähnt, weshalb sich die Frage stellt, ob für Pflegeverbrauchsmaterialien überhaupt eine Vergütungspflicht besteht. Pflegeverbrauchsmaterialien sind teilweise gelistet bzw. mit Limitationen versehen in der MiGeL aufgeführt.

In der Praxis bestehen aktuell aber zahlreiche Unklarheiten, ob und inwieweit eine Leistungspflicht für Pflegeverbrauchsmaterialien besteht. Der Bundesrat hat in einer Stellungnahme vom 13.03.2015 betreffend Motion Nr. 14.4292 von Nationalrätin Ruth Humbel vom 12.12.2014 festgehalten:

«Bezüglich der Verrechnung von Pflegematerial ist zu unterscheiden, ob es sich um Material handelt, welches für die Erbringung der Pflegeleistungen notwendig ist, oder ob es sich um Material handelt, welches in den Geltungsbereich der Liste der Mittel und Gegenstände (MiGeL) fällt. ... Die Frage der Abrechnung von Material bei der Pflege wurde von verschiedener Seite bereits eingebracht. Das Bundesamt für Gesundheit führt daher derzeit mit den betroffenen Verbänden Diskussionen, in denen die Praxis bezüglich der Vergütung des Pflegematerials in der Krankenpflege ambulant und im Pflegeheim analysiert wird.»⁸⁴

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem neueren Entscheid die Leistungspflicht für Pflegeverbrauchsmaterial, das von Pflegeheimen verwendet wird, grundsätzlich bejaht und ferner erwogen, dass diese tariflich zu regeln ist, wobei kantonale Einzelleistungstarife unzulässig sind⁸⁵. Im ambulanten Pflegebereich bestehen unterschiedliche Tarifvereinbarungen⁸⁶.

⁸⁴ Siehe <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20144292> (zuletzt besucht am 28. April 2017).

⁸⁵ Vgl. Urteil BVGer C-1190/2012 vom 2. Juli 2015 E. 6.8.5 und 7.2.

⁸⁶ Dazu supra Ziffer III/D/3/b.

E. Höchstbetragsregel

Im Geltungsbereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gilt grundsätzlich der Tarifschutz. Dieser wird mit Bezug auf die Mittel und Gegenstände durchbrochen. Die Mittel und Gegenstände werden höchstens zu dem Betrag vergütet, der in der Liste für die entsprechende Art von Mitteln und Gegenständen angegeben ist⁸⁷. Liegt für ein Produkt der von der Abgabestelle in Rechnung gestellte Betrag über dem in der Liste angegebenen Betrag, so geht die Differenz zu Lasten der versicherten Person⁸⁸. Soweit sich die Vergütung aus einem Tarifvertrag ergibt, ist nach der Auffassung des Bundesgerichts nicht zu beanstanden, wenn die tariflich vereinbarten Höchstbeträge auch nach der Kündigung des Tarifvertrages herangezogen werden⁸⁹. Offen gelassen hat die Rechtsprechung sodann, ob einzelfallweise Ausnahmen von der Höchstbetragsregel zulässig sind⁹⁰.

F. Wirtschaftlichkeit und Schadenminderungspflicht

1. Wirtschaftlichkeit

Die Leistungspflicht bezieht sich grundsätzlich nur auf wirksame, zweckmässige und wirtschaftliche Leistungen. Die Leistungspflicht für Mittel und Gegenstände kann durch Limitierungen eingeschränkt werden. Es ist unklar, ob zusätzlich zu allfälligen Limitierungen oder bei Fehlen von solchen die Leistungspflicht unter Hinweis auf das Wirtschaftlichkeitsgebot (weiter) eingeschränkt werden darf. Das Bundesgericht betont, dass die Limitierungen

⁸⁷ Vgl. Art. 24 Abs. 1 KLV.

⁸⁸ Vgl. Art. 24 Abs. 2 KLV.

⁸⁹ Vgl. Urteil BGer 9C_216/2012 vom 18. Dezember 2012 E. 4.

⁹⁰ Vgl. Urteil BGer K 35/01 vom 25. März 2003 E. 3.2: «Es fragt sich, ob die Versicherer im Sinne der erwähnten Praxis im Hilfsmittelbereich der Invalidenversicherung in Ausnahmefällen auch bei Mitteln und Gegenständen aus der MiGeL zur Leistung einer höheren als der in der MiGeL vorgesehenen maximalen Vergütung verpflichtet werden können. Dies muss allerdings vorliegend nicht beantwortet werden, weil die MiGeL für die Übernahme der Kontaktlinsenkosten eine nach der Art der Erkrankung differenzierte Abstufung der Vergütungsansätze vorsieht und namentlich für den Keratokonus eine dem Einzelfall gerecht werdende Spezialregelung trifft.»

Instrumente der Wirtschaftlichkeitskontrolle darstellen und nicht Formen der Leistungsrationierung sind⁹¹.

Insoweit wäre es widersprüchlich, wenn in Ergänzung von allfälligen Limitierungen oder bei Fehlen von solchen unter Rückgriff auf den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz die an sich gemäss MiGeL bestehende Leistungspflicht eingeschränkt würde. Rechtsprechungsgemäss kann das Wirtschaftlichkeitsgebot herangezogen werden, um den Umfang des Anspruchs auf ein gelistetes Mittel bzw. einen gelisteten Gegenstand im konkreten Einzelfall zu bestimmen.

Hat der Ordnungsgeber keine mengenmässige Limitierung der auf der MiGeL aufgeführten Messstreifen vorgenommen, bestimmt sich beispielsweise die maximale Anzahl der jährlich durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung zu vergütenden Messungen nach den Kriterien der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit gemäss Art. 32 Abs. 1 KVG⁹². Wo keine oder zumindest keine kostengünstigere Alternative besteht, beurteilt sich die Wirtschaftlichkeit nach der Höhe der Heilungskosten und dem zu erwartenden Heilungserfolg unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismässigkeitsprinzips⁹³.

Soweit eine kostengünstigere Alternative besteht, schliesst das Wirtschaftlichkeitsgebot eine Leistungspflicht für die teurere Alternative nicht zwingend aus. Es muss vielmehr einzelfallweise abgewogen werden, ob ein allfälliger höherer Preis durch Vorteile, insbesondere eine längere Lebensdauer, gerechtfertigt wird⁹⁴. Kommen Mittel und Gegenstände auf den Markt, die günstiger sind als bisher in die Liste aufgenommene, geht es nicht an, einfach auf die höheren Preise der bisherigen Produkte abzustellen, weil damit das Gebot der Wirtschaftlichkeit verletzt würde. Sind andererseits neue Mittel und Gegenstände teurer, so wären die Preise der bisherigen zu niedrig, um als Grundlage für die Festsetzung des Höchstpreises zu dienen. Deshalb müssen neue

⁹¹ Vgl. Urteil BGer K 108/99 vom 21. Februar 2000 E. 2b.

⁹² Vgl. Urteil BGer K 8/04 vom 14. Juni 2004 E. 2.2.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Siehe den Anwendungsfall betreffend zweier Insulinpumpen Urteil BGer K 79/98 vom 4. Juli 2001 E. 5b.

Mittel und Gegenstände, um Pflichtleistungen darzustellen, in die Liste aufgenommen sein⁹⁵.

2. Schadenminderungspflicht

Der Schadenminderungsgrundsatz gilt für Mittel und Gegenstände ebenfalls. Die versicherte Person hat sich im Zusammenhang mit dem Verbrauch von gelisteten Mitteln und Gegenständen auf das zumutbare Mass zu beschränken⁹⁶.

⁹⁵ Vgl. Urteil BGer K 156/00 vom 9. November 2001 E. 3b.

⁹⁶ Vgl. Urteil BGer K 8/04 vom 14. Juni 2004 E. 2.5.