

Memorandum

Klient Schweizer Physiotherapie Verband
Geschäftsstelle
Stadthof
Centralstrasse 8b
6210 Sursee

In Sachen Physio-Teletherapie

Betreff Zulässigkeit von Physiotherapie-Behandlungen zu Lasten der obligatorischen
Krankenpflegeversicherung unter Verwendung des Mittels der Videokonferenz

Datum 2021-06-30_CB/PV

Zulässigkeit von Physiotherapie-Behandlungen zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung unter Verwendung des Mittels der Videokonferenz

A.	Ausgangslage.....	2
1.	Telemedizin	2
2.	Gesetzliche Regelungen zur Leistungserbringung	3
3.	Teletherapie unter Corona	4
3.1	Das Faktenblatt des BAG	4
3.2	Kontakt Physioswiss/BAG zur physiotherapeutischen Behandlung per Videokonferenz.....	5
B.	Erörterungen.....	7
1.	Grundlagen.....	7
1.1	Abrechnung von Physiotherapieleistungen zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP).....	7
1.2	Umschreibung der Physiotherapie-Leistungen zu Lasten der OKP	7
2.	Prinzip der Wirksamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmässigkeit (WZW) als massgebende Richtlinie bei der Gestaltung von Behandlungen	8
2.1	Grundsatz.....	8
2.2	Abhängigkeit der Komponenten voneinander	9
2.3	Anpassung der Behandlungsmethoden und Therapieformen an die Umstände ..	9
3.	WZW und Tele-Therapie	10
4.	Zulässigkeit von Behandlungen per Videokonferenz	10
4.1	Gesetzgebung	10
4.2	Tarife	11
4.3	Veränderung der Verhältnisse	12
5.	Würdigung der rechtlichen Auffassung des BAG	12
6.	Fazit	15

A. Ausgangslage

1. Telemedizin

- 1.1 Herkömmlich finden Gesundheitsdienstleistungen, die von Ärztinnen und Ärzten und weiteren Gesundheitsfachpersonen erbracht werden, im persönlichen, unmittelbaren *physischen* Kontakt der Dienstleistenden und der Patientinnen und Patienten statt.
- 1.2 Seit einiger Zeit wird diese traditionelle Form der Erbringung von Gesundheitsleistungen ergänzt durch Behandlungen, die ohne physische Anwesenheit von Fachperson und Patientin bzw. Patient am selben Ort erfolgen. Man verwendet dafür etwa die Begriffe der «Leistungen auf räumliche Distanz» oder – meist spezifisch für ärztliche Leistungen auf Distanz – der «Telemedizin».

In einer Publikation aus dem Jahr 2013 etwa, die sich mit der Telemedizin aus rechtlicher Sicht auseinandersetzt, wird ausgeführt:

«Die Telemedizin erlaubt es seit mehr als zwanzig Jahren in zunehmendem Ausmass, aus der Distanz Anamnesen, Diagnosen und Behandlungen vorzunehmen.

Die Telemedizin hat sich in den letzten Jahren in der Fachwelt und im Verständnis der Bevölkerung etabliert. So beschäftigen sich sowohl Spitäler als auch Arztpraxen und Apotheken mit telemedizinischen Projekten. Ferner sind sie fester Teil verschiedener Managed Care-Programme. Es ist davon auszugehen, dass die Bedeutung der Telemedizin als Teil der Gesundheitsversorgung weiterhin erheblich steigen wird».

Thomas Poledna, Kerstin Noëlle Vokinger, Telemedizin und ärztliches Rezept, AJP 2013, S. 223 ff., S. 224.

Am selben Ort werden als Einsatzgebiete etwa genannt

«die Telediagnostik, die Teleradiologie, die Telechirurgie, und das elektronische Rezept»

und wird weiter ausgeführt:

«Allen Anwendungsformen ist gemeinsam, dass sich Patient und Arzt nicht in unmittelbarem physischen Kontakt miteinander befinden.»

Bereits in einer etwas älteren Veröffentlichung aus dem Jahr 2003, die das Bundesamt für Sozialversicherung verantwortete, wird im Vorwort festgehalten, zu den Möglichkeiten, welche neue Technologien bieten würden, gehöre

«die Sparte der telemedizinischen Leistungen, die ein grosses Potential von neuen Anwendungen eröffne und die medizinische Versorgung der Zukunft rasch verändern werde.»

Urs Schönenberger, Gilberto Bestetli, Pedro Koch; Telemedizinische Verfahren: Auf dem Weg zum Standard; Forschungsbericht 14/03, Vorwort, herausgegeben vom Bundesamt für Sozialversicherungen, 3003 Bern.

- 1.3 Die meisten Anbieter der obligatorischen Krankenpflegeversicherung verfügen in ihren Portefeuilles heutzutage auch über sogenannte Managed Care-Lösungen, welche ihre Versicherten unter anderem dazu verpflichten, sich bei Auftreten eines Gesundheitsproblems zunächst telefonisch oder in einem Chat-System nach Vorgaben der Kassen medizinisch beraten zu lassen.

Beispielhaft sei hier ein kurzer Auszug aus der Homepage der Visana Krankenkasse zu ihrem entsprechenden Angebot zitiert:

«Visana Teldoc

Telemedizin ist beliebt. Durch die telefonische Erstberatung oder durch eine Beratung per Chat können Sie unnötige Arztbesuche vermeiden. Damit sparen Sie Zeit und Kosten und profitieren zudem von Rabatten auf die Grundversicherung. TelDoc eignet sich für Menschen, die mobil sind und trotzdem medizinisch gut aufgehoben sein wollen.»

<https://www.visana.ch/de/privatkunden/leistungen/grundversicherung/teldoc> - im Detail

- 1.4 Es darf festgestellt werden, dass sich die Telemedizin in der Schweiz durchgesetzt hat und als etabliert gelten kann.
- 1.5 Das eben Ausgeführte, das sich konkret auf die ärztliche Behandlung auf Distanz bezieht, lässt sich ohne weiteres auch auf die Teletherapieleistungen in weiteren Gesundheitsberufen ausweiten.

Es kann generell gesagt werden, dass viele Gesundheitsdienstleistungen dank moderner Kommunikationsmittel auch ohne die physische Anwesenheit der Beteiligten bei gleich bleibender Qualität erbracht werden können.

In etlichen Situationen werden Gesundheitsdienstleistungen dank der Anwendung moderner Kommunikationstechniken sodann erst ermöglicht oder verbessert. In besonderen Fällen des Bedarfs sehr rascher Hilfe kann ein teletherapeutischer Eingriff gar lebensrettend wirken, etwa bei einer Herzmassage, die mangels vor Ort verfügbaren Fachpersonals auf Anleitung per Videokommunikation von einer Laiin vorgenommen wird.

2. Gesetzliche Regelungen zur Leistungserbringung
- 2.1 Verschiedene kantonale Gesundheitsgesetze sehen vor, dass die Medizinal- und Gesundheitsfachpersonen ihre Tätigkeit persönlich und (*grundsätzlich*) unmittelbar an der Patientin oder am Patienten auszuüben haben. Entsprechende Regeln finden sich etwa in den Gesundheitsgesetzen der Kantone Zürich (GesG ZH (GS 810.1) § 12 Abs. 3) und Basel-Landschaft (GesG BL (SGS 901) § 19 Abs. 1).

2.2 Ungeachtet des Erfordernisses der Leistungserbringung «unmittelbar» am Patienten und der Patientin gem. § 19 Abs. 1 regelt das Gesundheitsgesetz des Kantons Basel-Landschaft allerdings – in § 8 – auch die Tätigkeit von Gesundheitsfachpersonen mit Mitteln der Telekommunikation. Es wird eine Bewilligungspflicht angeordnet für im Kanton angesiedelte Anbieter, die sich an Patientinnen und Patienten ausserhalb des Kantons richten, sowie für Anbieter ausserhalb des Kantons, die ihre Leistungen im Kanton öffentlich zugänglich machen.

2.3 Andere Kantone, etwa Basel-Stadt und Bern, kennen das Erfordernis der *unmittelbar* an den Patientinnen und Patienten zu erbringenden Leistungen nicht.

Insbesondere aber fehlt eine entsprechende Anordnung im Medizinalberufegesetz sowie im Gesundheitsberufegesetz des Bundes, mit welchen unter anderem die Berufspflichten der Medizinal- und diverser Gesundheitsfachpersonen geregelt werden. Die einschlägigen Art. 40 (MedBG) und 16 (GesBG) verpflichten die Dienstleistenden zu sorgfältiger und gewissenhafter Berufsausübung, erwähnen die Leistungserbringung *unmittelbar* am Patienten bzw. der Patientin jedoch mit keinem Wort.

Das Gesundheitsberufegesetz findet auf verschiedene Gesundheitsberufsgruppen, darunter die der Physiotherapeutinnen und -therapeuten, Anwendung. Mit seiner Wirksamkeit per 1.2.2020 wurden die bis dahin anwendbaren kantonalen Gesetze in seinem Regelungsbereich verdrängt und ausser Kraft gesetzt.

3. Teletherapie unter Corona

3.1 Das Faktenblatt des BAG

3.1.1 Am 6. April 2020 gab das Bundesamt für Gesundheit, BAG, ein Faktenblatt mit dem Titel «Kostenübernahme für ambulante Leistungen auf räumliche Distanz während der COVID-19-Pandemie» heraus. Am 20. Mai 2020 erschien eine revidierte Fassung.

Das Faktenblatt enthielt

«eine Auflistung der für die betroffenen Leistungserbringer-Gruppen heute gültigen Möglichkeiten zur Abrechnung von telefonischen Konsultationen»

sowie Empfehlungen

«für temporäre Lösungen zur Abrechnung von Konsultationen auf räumliche Distanz anstelle von Konsultationen in der Praxis oder bei Patientinnen und Patienten zuhause.»

3.1.2 Einleitend wurde im Faktenblatt ausgeführt,

«[d]ie Tarife für ambulante Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) gehen grundsätzlich davon aus, dass eine Behandlung in physischer Anwesenheit der Patientinnen und Patienten und der Leistungserbringer am selben Ort erfolgt.

Für ambulant tätige Ärztinnen und Ärzte in der freien Praxis wie im Spital sind in der Tarifstruktur für ärztliche Leistungen (TARMED1) zusätzlich telefonische Konsultationen vorgesehen. Für die Fachärztinnen und Fachärzte für Psychiatrie und Psychotherapie sowie für die delegiert arbeitenden Psychologinnen und Psychologen ist die für eine telefonische Konsultation abrechenbare Zeit jedoch mit einer deutlich tieferen Limite versehen als die abrechenbare Zeit für eine Konsultation in der Praxis.

Für alle anderen ambulant tätigen Leistungserbringer sind in der Regel telefonische Konsultationen im jeweiligen Tarif nicht vorgesehen.»

3.1.3 Sodann wurde als ein allgemeiner Grundsatz nebst weiteren festgehalten, die Dienstleistungen müssten sich an den bekannten, in KVG Art. 56 im Grundsatz festgelegten Kriterien der Wirksamkeit, der Zweckmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit orientieren. Das bedeute, dass die Leistungen auf räumliche Distanz *dieselbe Behandlungsqualität* aufweisen müssten wie die Leistungen in direktem physischem Kontakt.

3.1.4 Mit Bezug auf die Physiotherapie *empfahl* das BAG sodann die Beschränkung der Leistungen auf Instruktions- und Beratungsmassnahmen nach einem (physischen) Erstkontakt. Weiter eingrenzend hielt es fest, die Massnahmen müssten beschränkt werden auf das,

«was der Patient oder die Patientin ohne nicht zur Verfügung stehende Hilfsmittel und ohne physischen Kontakt zum Therapeuten selbständig oder mit Unterstützung durch eine Bezugsperson durchführen kann.»

Zudem sollten die Leistungen nur per Videokonferenz erbracht werden können, nicht aber auch telefonisch.

Schliesslich legte das BAG ausdrücklich nahe, physiotherapeutische Videokonferenzen nur nach Tarifposition 7340, MTT, abzurechnen und auf der Abrechnung anzugeben, dass eine Behandlung mittels Videokonferenz erfolgt sei.

3.1.5 Das BAG befristete seine Empfehlungen auf die Geltungsdauer der Covid-19-Verordnung 2 bzw. auf die Dauer der vom Bundesrat ausgerufenen «ausserordentlichen Lage», die vom 17. März 2020 bis am 22. Juni 2020 galt.

3.2 Kontakt Physioswiss/BAG zur physiotherapeutischen Behandlung per Videokonferenz

3.2.1 Der Schweizer Physiotherapie Verband, Physioswiss, äusserte sich gegenüber dem BAG schriftlich zum eben erläuterten Faktenblatt vom 6. April 2020. Das BAG antwortete mit Schreiben vom 12. Mai 2020. Es wies darauf hin, dass die besonderen, im Zusammenhang mit der Pandemie erlassenen Vorschriften keine Basis bilden könnten für die Übernahme nicht KVG-pflichtiger Leistungen durch die OKP. Jene Leistungen seien nach wie vor in der Verordnung des EDI über Leistungen zu Lasten der OKP abschliessend geregelt (für Physiotherapeutinnen und -therapeuten in

KLV Art. 5). Auch seien im aktuell gültigen Physiotherapie-Tarif keine Leistungen auf räumliche Distanz vorgesehen. Das Faktenblatt schaffe erst die Möglichkeit, Leistungen auf räumliche Distanz in der Physiotherapie zu Lasten der Kassen abzurechnen.

Das BAG unterliess nicht anzufügen, dass es sich bei alledem um Empfehlungen handle, die gesetzesabweichenden Charakter hätten, weshalb sie mit den Kassen vorbesprochen worden seien.

Abschliessend begrüsst es das BAG zwar, wenn die Tarifpartner gemeinsam Vorschläge zur Abrechnung von Behandlungen auf räumliche Distanz unterbreiten würden, äusserte zugleich aber Bedenken, sollten sie neue Leistungsformen mittels des Tarifs einführen wollen. Deren Bestimmung könne nur mit einer Ergänzung der KLV erfolgen, weshalb dazu das EDI bzw. die ELGK zu begrüssen sei. Letzterer Kommission sei gegebenenfalls ein Antrag auf Ausweitung des Leistungsspektrums zu stellen.

- 3.2.2 Am 11. Dezember 2020 richtete Physioswiss ein weiteres Schreiben an das Bundesamt für Gesundheit, BAG. Der Verband räumte zwar ein, dass physiotherapeutische Leistungen auf räumliche Distanz im Tarif nicht abgebildet seien und dass die Empfehlungen des BAG erstmals die Möglichkeit schaffen würden, Physiotherapieleistungen per Videokonferenz auch mit den Krankenkassen abzurechnen. Er kritisierte aber und lehnte ab, dass die Leistungen auf räumliche Distanz nur nach Tarifposition 7340 (MTT) abgerechnet werden sollten.
- 3.2.3 Das BAG erneuerte seine Empfehlungen zum Umgang mit Gesundheitsleistungen auf räumliche Distanz am 19. November 2020 mit Blick auf die heranrollende «2. Welle» der Pandemie. Es sprach sich erneut dafür aus, die Behandlungen zu Lasten der Krankenversicherer zuzulassen. Allerdings schloss es diesmal die Physiotherapeutinnen und -therapeuten vom Kreis der Dienstleister, auf die es seine Empfehlungen bezog, aus.
- Im erwähnten Schreiben vom 11. Dezember kritisierte der Verband mit deutlichen Worten, dass seine Mitglieder nicht mehr berücksichtigt wurden. Er forderte eine rasche Ausweitung der Empfehlungen, konzidierte dafür aber, dass eine Abrechnung der geleisteten Sitzungen nur nach der MTT-Tarifposition 7340 erfolgen sollte.
- 3.2.4 Unter dem Eindruck des detailliert begründeten Gesuchs von Physioswiss erweiterte das BAG umgehend (per 24.12.2020) seine Empfehlungen nach Massgabe seines Faktenblattes vom 6. April/20. Mai 2020. Den Physiotherapeutinnen und -therapeuten wurde erneut die Möglichkeit eröffnet, ihre Leistungen über eine Videoschaltung zu erbringen und mit den Anbietern der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abzurechnen. Als Tarifposition wurde – wiederum – einzig Position 7340, MTT zugestanden.

B. Erörterungen

1. Grundlagen

1.1 Abrechnung von Physiotherapieleistungen zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP)

In KVG Art. 35 bezeichnet der Gesetzgeber die Erbringer von Gesundheitsdienstleistungen, die berechtigt sind, zu Lasten der OKP abzurechnen. Darunter fallen unter anderen

«Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen, und Organisationen, die solche Personen beschäftigen».

Nach KVG Art. 38 hat der Bundesrat die Kompetenz, diese Personen und Organisationen näher zu bestimmen, was er in der Verordnung zum Krankenversicherungsgesetz getan hat. In KVV Art. 46 und 47 sowie 52a bezeichnet er die Physiotherapeutinnen und -therapeuten bzw. die Organisationen der Physiotherapie als abrechnungsberechtigte Gesundheitsleistungserbringer.

1.2 Umschreibung der Physiotherapie-Leistungen zu Lasten der OKP

1.2.1 In KVV Art. 33 wird dem EDI die Kompetenz übertragen, diejenigen Gesundheitsleistungen, Mittel und Gegenstände zu bestimmen, deren Kosten von der OKP getragen werden müssen.

Darüber hinaus sehen aber weder KVV Art. 33 noch andere krankenversicherungsrechtliche Bestimmungen eine Beschränkung auf bestimmte Arten der Vermittlung der Leistungserbringung vor. Die Regelungen der KVV können demnach auch nicht Basis für Anordnungen des EDI bilden, die festlegen, in welchen Kommunikationsformen Gesundheitsleistungen überhaupt angeboten werden dürfen.

1.2.2 Gestützt auf KVV Art. 33 umschreibt das EDI sodann in KLV Art. 5 im Detail, welche Leistungen die Physiotherapeuten und -therapeutinnen zu Lasten der OKP erbringen dürfen. Der Katalog der Leistungen ist in drei Gruppen eingeteilt, in (1) Massnahmen der Untersuchung und Abklärung, (2) Massnahmen der Behandlung, Beratung und Instruktion sowie (3) physikalische Massnahmen. Die Gruppen (2) und (3) zerfallen in zehn bzw. sechs besondere Therapiearten. Zu den Massnahmen der Behandlung, Beratung und Instruktion zählt die Verordnung des EDI etwa die aktive und die passive Bewegungstherapie, die Atemphysiotherapie, die medizinische Trainingstherapie und die Herz-Kreislauf-Physiotherapie.

An keiner Stelle gibt die Verordnung einen Hinweis auf die Wahl der Kommunikationsmittel zur Vornahme der Massnahmen im Rahmen einer der aufgezählten Therapien.

1.2.3 Hervorgehoben sei, dass der Ordnungsgeber davon ausgeht, dass verschiedene Physiotherapie-Leistungen im Wege der Beratung und Instruktion erbracht werden könnten. Präzisierungen und insbesondere Einschränkungen betreffend die Mittel der Kommunikation zur Beratung und Instruktion kennt die Verordnung nicht.

Zur Erbringung von Beratungs- und Instruktionsleistungen bedarf es nun aber recht offensichtlich keiner - oder zumindest nicht in allen Fällen einer - physischen Interaktion zwischen Therapeut bzw. Therapeutin und Patient bzw. Patientin. Massnahmen der Beratung und der Instruktion können ohne weiteres auch allein im Weg der verbalen Kommunikation vorgenommen werden, allenfalls mit Blickkontakt zwischen Therapeut/Therapeutin und Patient/Patientin, um Bewegungen vorzuführen und deren Ausführung zu kontrollieren.

- 1.2.4 Aus der Umschreibung der Leistungserbringung der Physiotherapeutinnen und -therapeuten zu Lasten der OKP lässt sich demnach ableiten, dass gewisse Massnahmen auch allein durch verbale Beratung und Instruktion - allenfalls bei gleichzeitigem optischem Kontakt - durchgeführt werden können.

Zur Erbringung solcher Leistungen bedarf es aber offensichtlich keiner physischen Anwesenheit von Behandelnden und Behandelten am selben Ort. Bei geeigneter Kommunikationsinfrastruktur, insbesondere wenn Therapeut, Therapeutin und Patient, Patientin sich in einer Videokonferenz treffen können, sind alle Voraussetzungen für eine erfolgreiche Therapie gegeben.

Wiederholt sei, dass diese sachlich klare Ausgangslage vom Ordnungsgeber auch nicht mit einer Regelung konterkariert wird, wonach Leistungen nach KLV Art. 5 nur bei physischer Präsenz am selben Ort möglich seien. Die teils in den kantonalen Gesundheitsgesetzen enthaltenen Hinweise, dass Gesundheitsdienstleistungen grundsätzlich am Patienten und der Patientin zu erbringen seien, fehlen bezeichnender Weise in den KLV-Vorschriften. Es darf davon ausgegangen werden, dass die Formulierung der Regelung kein Zufall ist, sondern dass der Ordnungsgeber mit seinem qualifizierten Schweigen den Fachpersonen gerade ermöglichen wollte, für die Massnahme-Arten «Beratung» und «Instruktion» das den Umständen am besten angepasste Kommunikationsmittel zu wählen.

2. Prinzip der Wirksamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmässigkeit (WZW) als massgebende Richtlinie bei der Gestaltung von Behandlungen

2.1 Grundsatz

- 2.1.1 Das WZW-Prinzip bildet einen Grundsatz des Krankenversicherungsgesetzes. Es steckt insbesondere auch den Leistungserbringern das Feld für die Erbringung ihrer Gesundheitsdienstleistungen ab.

Der Gesetzgeber wird eher zurückhaltend sein, bei der Umschreibung von Therapieleistungen in allen Dimensionen zu sehr ins Detail zu gehen. Mit einer zu engen Umschreibung der Leistungen, welche die Fachpersonen über die Krankenversicherer abrechnen können, der Art der Leistungserbringung oder der dazu verwendeten Kommunikationsmittel würde er Gefahr laufen, den raschen und andauernden Fortschritt der Gesundheitsberufe zu hemmen. Bei einer zu hohen Regelungsdichte würde den Fachkräften verunmöglicht, neue Behandlungs- und Therapiemethoden und -formen einzusetzen. Sie müssten damit immerfort zuwarten, bis der Gesetzgeber sie genehmigt hätte. Bei allem Respekt vor der Leistungsfähigkeit der Gesundheitsverwaltung

würde dies doch die Gefahr bergen, dass die Therapeutinnen und Therapeuten immer wieder veraltete Behandlungsformen einsetzen müssten, da neue noch nicht zugelassen wären. Sie wären gesetzlich gezwungen, unzweckmässige, zu teure und schlecht wirksame Behandlung anzubieten, also gegen die WZW-Kriterien zu verstossen.

- 2.1.2 Insofern ist es ein kluger gesetzgeberischer Ansatz, den Gesundheitsdienstleistern mit Bestimmungen wie KLV Art. 5 einen weiten Rahmen für ihre Leistungen vorzugeben und sie darüber hinaus insbesondere darauf festzulegen, ihre Einsätze wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich zu gestalten.

So sind die Fachkräfte nicht nur frei, die nach neuesten Erkenntnissen richtigen Therapieformen einzusetzen, sondern auch dazu gezwungen, dem Fortschritt zu folgen und wirksamere und kostengünstigere Massnahmen zu ergreifen, sobald diese verfügbar sind.

Mit dem WZW-Prinzip hat der Gesetzgeber demnach eine ausgesprochen flexible Formel gefunden, die Umsetzung medizinischer Innovationen in therapeutischer *und* ökonomischer Hinsicht zur Pflicht der Gesundheitsdienstleister zu erheben.

2.2 Abhängigkeit der Komponenten voneinander

- 2.2.1 Die Kriterien Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit sind im Konzept des Gesetzgebers miteinander so verknüpft, dass bei der Wahl der geeigneten Behandlungsmethoden stets darauf zu achten ist, ein Optimum der drei Kriterien zu erlangen. So ist eine nur unwesentlich weniger wirksame, aber erheblich günstigere Behandlungsmethode einer etwas wirksameren aber deutlich teureren vorzuziehen, was etwa bei der Arzneimittelabgabe im Gebot des Einsatzes von Generika zum Ausdruck kommt.
- 2.2.2 Einzuräumen ist, dass unter den drei Kriterien angesichts der jeweils in Frage stehenden Rechtsgüter Gesundheit und Finanzen demjenigen der Wirksamkeit, welche die Gesundheit betrifft, das grösste Gewicht zuzumessen ist. Darauf ist hier aber nicht weiter einzugehen.

2.3 Anpassung der Behandlungsmethoden und Therapieformen an die Umstände

Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit von Behandlungsmethoden sind auch anhand der weiteren Umstände einer Behandlung zu beurteilen. So sind ärztliche Hausbesuche oder Domizilbehandlungen von Therapeutinnen und Therapeuten prinzipiell wohl weniger effizient als Praxisbehandlungen, da im letzteren Fall eine geeignetere Infrastruktur zur Verfügung steht und die zeitlichen Ressourcen des medizinischen Personals geschont werden. Ist allerdings ein Patient nur mit dem Krankenwagen transportfähig, ändert sich die Lage und der Hausbesuch bzw. die Domizilbehandlung erweisen sich als die insgesamt bessere, weil wirtschaftlichere Behandlungsmethode.

3. WZW und Tele-Therapie

- 3.1 Vor diesem Hintergrund ist auch der Einsatz der Tele-Therapie, also Behandlungen auf räumliche Distanz, die im Wege der Videokonferenz durchgeführt werden, zu beurteilen.

Kann eine Gesundheitsbehandlung mittels Video-Schaltung unter den WZW-Kriterien ebenso gut erbracht werden wie im physischen Kontakt, so gibt es keinerlei Gründe, eine entsprechende Therapie von der Verrechenbarkeit in der OKP auszuschliessen. Der Fachperson sollte – wenn die Videokonferenz in einem bestimmten Fall eine nach den WZW-Gesichtspunkten zulässige Behandlung ermöglicht – zumindest die Freiheit eingeräumt werden, auf dieses Kommunikationsmittel zurückzugreifen.

- 3.2 Ein Beispiel: Eine Patientin ist nach einer Operation zwar nach Hause entlassen, aber noch bettlägerig und schlecht transportfähig. Kann die Therapeutin sie mittels Videokonferenz instruieren, wie sie gewisse Kräftigungsübungen auszuführen hat und sie bei der Ausführung angemessen überwachen und nötigenfalls korrigieren, so sollte die Therapeutin nach eigenem Ermessen zumindest erwägen können, die Patientin per Videoschaltung zu therapieren.

4. Zulässigkeit von Behandlungen per Videokonferenz

4.1 Gesetzgebung

- 4.1.1 Wie angeführt, enthalten einige kantonale Gesundheitsgesetze Regeln, die eine Berufsausübung «unmittelbar am Patienten oder der Patientin» verlangen. Diese Bestimmungen sind wohl nur dann im Sinne einer Leistungserbringung im physischen Kontakt zu verstehen, wenn die Berufsausübung überhaupt Handanlegung verlangt.

So muss bspw. zwischen Sportmasseurin und Athletin in aller Regel ein physischer Kontakt bestehen, damit eine wirksame Behandlung erfolgen kann. Geht es aber um Instruktions- und Beratungsleistungen, so genügt zur Erfüllung des gesetzlichen Unmittelbarkeitserfordernisses offensichtlich auch die Möglichkeit der unmittelbaren Interaktion, wie sie etwa eine Videokonferenz klarer Weise bietet.

- 4.1.2 Nur so ist im Übrigen erklärlich, dass gewisse Gesundheitsgesetze, etwa dasjenige des Kantons Basel-Landschaft, einerseits die Leistungserbringung am Patienten oder der Patientin unter den Berufspflichten aufzählen (GesG BL, § 19) und andererseits eine Bewilligungspflicht für Gesundheitsdienstleister enthalten, die Leistungen mit Mitteln der Telekommunikation erbringen wollen (GesG BL § 8; s. dazu auch oben lit. A, Ziff. 2.1 f.)

- 4.1.3 Der Vollständigkeit halber sei noch einmal erwähnt, dass die Berufspflichten der Physiotherapeutinnen und -therapeuten seit dem 1. Februar 2020 bundesweit einheitlich und abschliessend im eidgenössischen Gesundheitsberufegesetz geregelt sind. Das GesBG verdrängt in Fragen der Art der Berufsausübung die kantonalen Gesundheitserlasse. Es formuliert aber *keine* Pflicht der «unmittelbaren Berufsausübung am Patienten oder der Patientin», weshalb sehr fraglich ist, ob gegebene kantonale Regelungen überhaupt noch beachtlich sein können.

4.2 Tarife

- 4.2.1 In den meisten Tarifen werden Behandlungsformen über Video und Telefonie nicht genannt. Das bedeutet, sie werden zwar nicht ausdrücklich für zulässig erklärt, ebenso wenig aber auch ausgeschlossen.

Zumindest im Physiotherapie-Tarif gibt es keinerlei Hinweise darauf, dass Leistungen unter Verwendung von Videokonferenzen unzulässig wären.

Einzig in Tarifposition 7352 – Zuschlagposition für die Benutzung des Geh oder Schwimmbades – ist in Abs. 4 vermerkt, dass die Therapeutin oder der Therapeut während der Therapie anwesend zu sein habe. Aus der ausdrücklichen Anordnung einer Anwesenheitspflicht unter einer bestimmten Tarifposition kann abgeleitet werden, dass die Anwesenheit der Therapeutinnen und Therapeuten generell gerade nicht zwingend erforderlich ist, sondern sich nach den Umständen der Behandlung zu richten hat.

- 4.2.2 Es ist zwar einzuräumen, dass die von den Gesundheitsdienstleistern und den Krankenkassen ausgehandelten Tarife wohl eher aus der Optik von «Präsenzbehandlungen» formuliert sind. Daraus zu schliessen, dass damit implizit andere Behandlungsformen ausgeschlossen werden sollten, drängt sich jedoch keinesfalls auf.

Der Grund dafür, dass Videokonferenzen etwa im Physiotherapie-Tarif nicht erwähnt werden, dürfte viel eher ein ganz praktischer sein. Bis in die jüngste Vergangenheit waren die technischen Voraussetzungen insbesondere bei den Patientinnen und Patienten gar nicht eingerichtet, um Live-Behandlungen durchzuführen.

Blickt man zudem auf die Zeit, als der Tarif massgeblich formuliert wurde, zur Mitte der 90er Jahre, so gilt erst recht, dass die nötigen technischen Voraussetzungen noch nicht gegeben waren, um Behandlungen mittels Videokonferenzen zu ermöglichen.

- 4.2.3 Wie auch das BAG in seinen beiden Faktenblättern zur Therapie auf räumliche Distanz erwähnt, findet sich einzig im Tarif TARMED der Ärztinnen und Ärzte eine Regelung zu einer medizinischen Dienstleistung per Telefon. Danach gelten für die ärztliche telefonische Beratungen besondere Entschädigungsansätze und sie sind zeitlich zu limitieren. Für verschiedene Patientengruppen gelten unterschiedliche Zeitlimiten.

Aus der besonderen TARMED-Regelung der telefonischen ärztlichen Beratung jedoch zu schliessen, die Verwendung des Telefons zur Erbringung medizinischer Dienstleistung sei grundsätzlich nicht gestattet und müsse besonders zugelassen werden, wie es das BAG offenbar tun will, ist wohl nicht schlüssig. Denn die TARMED-Bestimmung enthält nicht etwa eine Erlaubnis zur Telefon-Beratung, sondern lediglich eine Beschränkung deren Abrechenbarkeit zu Lasten der OKP. Daraus ergibt sich aber unbestreitbar, dass die telefonische Beratung im Grundsatz zugelassen sein muss. Ansonsten wäre eine Regel zu deren Vergütung durch die OKP nicht zu verstehen.

Die Tarifparteien des TARMED dürften mit der Regelung der begrenzten Abrechenbarkeit von telefonischen Beratungen lediglich angestrebt haben, die «Gefahr» des

überlangen Einsatzes des Telefons für Beratungsleistungen zu unterbinden. Sie entschieden sich deshalb dazu, den - im Grundsatz zweifelsfrei zulässigen Telefongebrauch - zeitlich nur eingeschränkt zur Verrechnung zuzulassen.

4.3 Veränderung der Verhältnisse

4.3.1 Waren bis vor kurzem nur wenige Haushalte mit leistungsfähigen Videokonferenz-Anlagen ausgestattet, so haben sich diese Verhältnisse inzwischen stark verändert. Den Umschwung brachten die diversen Home-Office-Empfehlungen und Schliessungen von Bürobetrieben im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie. Viele Unternehmen haben ihren Mitarbeitenden den Aufbau von Infrastrukturen ermöglicht, mit welchen sie auch von Zuhause aus problemlos arbeiten können. Ebenso viele Private haben sich die nötigen technischen Geräte und die erforderliche Software auch selbst angeschafft und installiert.

4.3.2 Diese Installationen werden längst bei weitem nicht mehr nur dazu verwendet, die Arbeitstätigkeit auch zu Hause aufrecht zu erhalten oder zu «chatten» und zu «gamen». Einen regelrechten Boom hat in Zeiten des pandemiebedingten Lock downs gewisser Einrichtungen etwa das Online-Fitnessangebot erlebt.

Fitnessstudios, Gymnastik-, Pilates- Yogagruppen und viele weitere Sportangebote zählen zu den Lebensbereichen, die von den Corona-bedingten Restriktionen am stärksten betroffen sind. In der Not haben sehr viele Organisationen – von grossen Studioketten bis zu privaten Yoga-Lehrerinnen – Online-Angebote entwickelt. Sie halten Ihre Gruppenunterrichte und Klassen, zu denen oft nicht mehr benötigt wird als eine Turnmatte, per Videokonferenz ab und verwenden dazu dieselbe Infrastruktur wie das «Business». Viele Kundinnen und Kunden sind «aufgesprungen» und nutzen die Angebote rege. Anstatt im Gym, im Turnsaal oder im Yoga-Raum, betreiben sie nun zu denselben Zeiten wie bisher und live per Videochat angeleitet von ihren Coaches zu Hause ihren Sport.

Das Online-Angebot hat gegenüber der herkömmlichen Videokassette oder – moderner – dem live-Streaming den Vorteil der Möglichkeit der Interaktion: Die Coaches können Ihre Klassen und die Teilnehmerinnen und Teilnehmer direkt anleiten, ihre Bewegungen korrigieren, ihre Fragen beantworten und sie motivieren.

4.3.3 Heute stehen demnach technisch die nötigen Anlagen zur Verfügung, um auch über den Sport hinaus gehende Gesundheitsdienstleistungsangebote zu vermitteln. Die Patientinnen und Patienten sind im Umgang mit den Kommunikationsmitteln geschult. Sie können die Gesundheitsberatungsleistungen über Videokonferenz daher auch problemlos entgegennehmen.

4.3.4 Demnach stehen auch keine praktischen Gründe dem Verständnis der rechtlichen Grundlagen entgegen, dass Videokonferenzen für Gesundheitsdienstleistungen eingesetzt werden können und die Leistungen zu Lasten der OKP abgerechnet werden dürfen, wenn sie sich über dieses Kommunikationsmittel wirksam erbringen lassen.

5. Würdigung der rechtlichen Auffassung des BAG

- 5.1 Das BAG steht offensichtlich auf dem Standpunkt, dass keine Behandlungen, die nicht im unmittelbaren persönlichen Kontakt zwischen Patientin und Patient und Therapeutin und Therapeut erfolgen, erlaubt sind, es sei denn der Einsatz von technischen Hilfsmitteln sei im Gesetz oder allenfalls in den Tarifen, die für die Leistungsabrechnung zur Anwendung gelangen, ausdrücklich erlaubt.

Wie oben in lit. A, Ziff. 3.2.1, dargestellt, scheint das BAG jedoch selbst daran zu zweifeln, dass technische Hilfen per Tarif zugelassen werden könnten. Eher scheint es anzunehmen, dazu sei eine Anpassung der KLV erforderlich.

- 5.2 Wie hiervor ausführlich dargelegt, können gegen die Sichtweise des BAG aber durchaus gewichtige Argumente ins Feld geführt werden.

So ist, wie ausgeführt, im Gegensatz dazu sowohl aus dem gesetzlichen Gesamtzusammenhang wie aus diversen einzelnen Bestimmungen in verschiedenen Gesetzen und Tarifen eher zu schliessen, dass Behandlungen auf räumliche Distanz immer dann möglich sind, wenn sich aus der Art der Behandlung selbst keine Notwendigkeit der physischen Interaktion zwischen Behandelten und Behandelnden ergibt.

- 5.3 Den übergreifenden Grundsatz in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung bildet die Regelung, dass Leistungen zu Lasten der OKP abgerechnet werden dürfen, wenn sie wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich, erbracht werden. Mit dieser krankenversicherungsrechtlichen Grundanforderung lässt sich die ablehnende Haltung des BAG gegenüber der Erbringung von Gesundheitsleistungen auf räumliche Distanz wohl nicht vollständig in Einklang bringen.

Denn die Zurückhaltung des BAG gegenüber Therapien auf räumliche Distanz, gerade im Wege der Videokonferenz, birgt aus unserer Sicht die Gefahr, Leistungen, welche die WZW-Kriterien gerade optimal erfüllen, zu verunmöglichen.

- 5.4 Mit den «Corona-Faktenblättern» hat das BAG versucht, in unsicheren Zeiten etwas Rechtssicherheit zu schaffen, was grundsätzlich zu begrüssen ist. Wir sehen aber die Gefahr, dass sich bei der Redaktion der Faktenblätter, die notgedrungen rasch vonstattengehen musste und bei der nicht alle Interessengruppen einbezogen werden konnten, gewisse Unstimmigkeiten eingeschlichen haben. Diese sollten nun korrigiert werden.

- 5.4.1 Zunächst fragt sich, ob das BAG mit den Faktenblättern die Grenzen seiner Kompetenzen zumindest in einem weiten Sinn interpretiert hat.

Das Bundesamt hat betreffend die Frage der Zulässigkeit von Gesundheitsdienstleistungen zur Verrechnung zu Lasten der OKP keine gesetzgeberischen Kompetenzen. Folgerichtig hat es in den Faktenblättern auch nur Empfehlungen formuliert. Deren Kommunikation erfolgt allerdings in einer Weise, als seien sie verbindlich.

Wir sehen nun die Gefahr, dass die Adressatinnen und Adressanten zur Annahme verleitet wurden, sie müssten den Empfehlungen Folge leisten - mit dem Ergebnis, dass sie nun Rechte, die ihnen nach unserem Verständnis zustehen, etwa die Beanspruchung von Entschädigungen für ihre Leistungen nach den ordentlichen Tarifpo-

sitionen, nicht verfolgen. So werden – aus unserer Sicht ungerechtfertigt – vollwertige Therapiesitzungen zum Vorteil der OKP nur nach Tarifposition 7340 (MTT) verrechnet, anstatt nach der ordentlichen Tarifposition 7301.

- 5.4.2 Die Faktenblätter des BAG enthalten sodann in rechtlicher Hinsicht einige Feststellungen, die sich nach unserer Ansicht gesetzlich nicht ausreichend abstützen lassen.

So formuliert das BAG in den Einleitungen zu den Ziffern des Faktenblatts vom 6. April/20. Mai 2020, welche die einzelnen Berufsgruppen betreffen, dass im für die jeweilige Berufsgruppe gültigen Tarif keine telefonische Konsultation vorgesehen sei. Es meint damit offensichtlich, dass diese – wie jede weitere Leistungserbringung auf Distanz - auch nicht erlaubt sei. Wie gezeigt, dürfte die Feststellung zumindest mit dieser Sinngebung eher nicht haltbar sein.

Mit dem WZW-Prinzip lässt sich nämlich kaum ein Verbot einer Form der Therapie vereinbaren, die eine wirksame und preisgünstige Leistungserbringung erlaubt. Noch weniger dürfte ein entsprechendes Verbot aufrecht zu erhalten sein, wenn die Leistungserbringung auf Distanz umständehalber praktisch die einzig mögliche Form der Behandlung einer Patientin oder eines Patienten ist.

Aus dem Umstand, dass sich der Hinweis im jüngsten Faktenblatt des BAG vom 24. Dezember 2020 nicht mehr findet, schliessen wir im Übrigen, dass das Bundesamt seine Haltung in diesem Punkt überdacht hat und daran auch nicht mehr festhalten dürfte.

- 5.4.3 Als widersprüchlich erachten wir zudem, dass das BAG - im Absatz «allgemeine Grundsätze» seiner Faktenblätter - hervorhebt, bei Leistungen auf räumliche Distanz müsse die *gleiche Behandlungsqualität* wie bei einem direkten physischen Kontakt sichergestellt werden, im Anschluss daran aber nur eine verminderte Entschädigung der Leistung empfiehlt. Für uns lässt sich nicht rechtfertigen, gleichwertige Behandlungen auf Distanz nur mit Tarifposition (MTT, Ziff. 7340) abzugelten, deren Wert bei der Hälfte der allgemeinen Position (Ziff. 7301) liegt.

Der Physiotherapie-Tarif ist ein einfach aufgebauter Tarif, nachdem bestimmte Leistungen mit Pauschalen abgegolten werden. Wird die Leistung erbracht, ist sie tarifkonform zu entschädigen. Eine Begründung, weshalb sachlich gleichwertige Leistungen nur in Abhängigkeit ihrer Vermittlungsform über substantiell unterschiedliche Tarifpositionen abgerechnet werden sollten, ist für uns nicht zu sehen und bleibt das BAG selbst entsprechend auch schuldig.

Insbesondere bietet der Physiotherapie-Tarif, anders etwa als TARMED für telefonische ärztliche Konsultationen, keine Grundlage für die Anwendung eines eingeschränkten Tarifs bei voller Leistung nur aufgrund eines bestimmten Kommunikationsmittels.

Wir gehen entsprechend davon aus, dass den Therapeutinnen und Therapeuten sowie Praxen, die ihre im Wege einer Videokonferenz erbrachten, ordentlichen Beratungs- und Instruktionsleistungen nach dem MTT-Tarif abgerechnet haben, Anspruch auf eine ergänzende Entschädigung im Umfang der tatsächlich anwendbaren Tarif-Position und des MTT-Tarifs zusteht.

- 5.5 Ganz im Sinne des BAG sei noch einmal betont, dass Gesundheitsdienstleistungen, die unter Zuhilfenahme von Videokonferenzen erbracht werden, die Vorgaben der Wirksamkeit und der Zweckmässigkeit sowie der Wirtschaftlichkeit zu erfüllen haben, um «abrechnungsfähig» zu sein. Die Behandlungsleistungen müssen dieselbe Qualität aufweisen wie im physischen Kontakt erbrachte Leistungen.

Dieser Hinweis hätte statt der Faktenblätter aus unserer Sicht wohl eigentlich bereits genügt, um die Zulässigkeit des Einsatzes von Videokonferenzen zur Erbringung von Physiotherapieleistungen zu Lasten der OKP abzugrenzen. Auch die Pflicht zur ordentlichen – tarifkonformen - Entschädigung wäre damit gleich klargestellt gewesen.

Viele weitere Feststellungen, die das BAG in seinen Faktenblättern trifft, stellen diese Grundsätze allerdings in Frage. Das BAG hat daher nach unserer Ansicht mit den Faktenblättern über das Ziel hinaus geschossen und entgegen den eigenen guten Absichten eine gewisse Rechtsunsicherheit geschaffen. Bei korrekter Anwendung der gültigen Rechtsgrundlagen wäre es dazu wohl nicht gekommen.

6. Fazit

- 6.1 Im Gesundheitswesen hängen die über die obligatorische Krankenpflegeversicherung abrechenbaren Leistungen gemäss gesetzlichen und tariflichen Vorgaben von der Art der Leistungen und der Qualifikation der Leistungserbringer ab. Die Modalitäten der Leistungserbringung spielen dafür hingegen keine Rolle.

Der Gesetzgeber schreibt den Gesundheitsfachpersonen die Details der Leistungserbringung bewusst nicht vor, da er sie damit in ihrer Berufsausübung eher behindern als fördern würde. Er beschränkt sich darauf, für die Leistungserbringung den Rahmen zu setzen, indem er fordert, dass diese wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich zu erbringen sei. Er überlässt es im Übrigen den Partnern im Gesundheitswesen, den Leistungserbringern, den Gesundheitsämtern und den Krankenkassen, im Einzelfall die richtige Behandlungsmethode und deren optimale Applikation auszuwählen (Dienstleister) und deren Wahl nach fachlichen (Gesundheitsämter) und wirtschaftlichen (Krankenkassen) Gesichtspunkten zu überwachen

- 6.2 In jüngster Vergangenheit hat die Corona-Pandemie zum Aufbau eines Video-Kommunikationsnetzes geführt, das Berufsfachleute wie Private einschliesst. Damit wurde eine Infrastruktur geschaffen, die auch für alle möglichen Dienstleistungen an Private genutzt werden kann, zu welchen sie sich eignet.

Erfahrungen mit Tele-Trainings unter dem Eindruck der Corona-Pandemie haben in praxi gezeigt, dass sich Bewegungsabläufe auch in Videokonferenzen bestens instruieren lassen und fehlerhafte Bewegungen rasch korrigiert werden können.

Daraus lässt sich ableiten, dass auch viele Physiotherapie-Behandlungen, bei welchen die Patientinnen und Patienten selbst Bewegungen ausführen müssen, welche die Therapeutinnen und Therapeuten anleiten und korrigieren, ohne weiteres auch mittels Videokonferenzen durchgeführt werden können. Lassen sich Behandlungen in dieser Weise durchführen, sollten Videokonferenzen für die Therapeutinnen und Therapeuten nach den Umständen ein Mittel der Wahl sein, um eine Behandlung zu applizieren.

- 6.3 Die Verwendung insbesondere des Mittels der Videokommunikation zur Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen wird gesetzlich ebenso wenig ausgeschlossen wie in den Tarifen der diversen Gesundheitsdienstleistungsverbände mit den Krankenversicherern.

Aus ihrer Nicht-Erwähnung im Krankenversicherungsrecht und in den Tarifen kann nicht geschlossen werden, dass Videokonferenzen nicht eingesetzt werden dürften. Denn in den erwähnten Rechtsgrundlagen finden auch keinerlei andere Kommunikationsformen für die Massnahmenapplikation Erwähnung.

Unter dem krankenversicherungsrechtlichen Gebot, Gesundheitsleistungen zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sowohl wirksam als auch zweckmässig und wirtschaftlich zu erbringen, sollte den Gesundheitsdienstleistern überlassen werden, die im Einzelfall am besten geeignete Form für ihre Leistungserbringung zu wählen.

- 6.4 Eine Entschädigung im Rahmen der OKP hat für gleichwertige Leistungen nach den gleichen Tarifpositionen zu erfolgen. Entsprechend sind Therapieleistungen, die eine ordentliche Sitzung umfassen, auch dann nach der Tarifposition 7301 abzurechnen, wenn sie im Wege der Videokonferenz durchgeführt werden.

Mutmasslich haben die Abrechnungsempfehlungen des BAG in seinen Faktenblättern, welche diesem Prinzip nicht gefolgt sind, zu Abrechnungen nach zu tief bewerteten Tarifposition geführt. Wir gehen davon aus, dass den Fachkräften in allen Fällen, in welchen sie Leistungen erbracht haben, die nach einer höher bewerteten Tarifposition hätten abgerechnet werden dürfen als nach der MTT-Position, ein Nachforderungsrecht gegen die Kassen zusteht.

Basel, 30. Juni 2021



Christine Boldi, LL.M., Rechtsanwältin und Notarin