

# **BGer 9C 702/2010 vom 21. Dezember 2010**

Bundesgericht, 2010-12-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_702\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_702_2010)

FR: TF 9C 702/2010 du 21 décembre 2010

IT: TF 9C 702/2010 del 21 dicembre 2010

## **Regeste**

Krankenversicherung | Krankenversicherung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzung gemäss den Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), und kann deren Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ; vgl. auch Art. 97 Abs. 1 BGG ). Mit Blick auf diese Kognitionsregelung ist aufgrund der Vorbringen in der Beschwerde ans Bundesgericht zu prüfen, ob der angefochtene Gerichtsentscheid in der Anwendung der massgeblichen materiell- und beweisrechtlichen Grundlagen (u.a.) Bundesrecht verletzt ( Art. 95 lit. a BGG ), einschliesslich einer allfälligen rechtsfehlerhaften Tatsachenfeststellung ( Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG ). Das Bundesgericht darf nicht über die Begehren der Parteien hinausgehen ( Art. 107 Abs. 1 BGG ).

### **E. 2**

Streitgegenstand bildet der Anspruch auf Vergütung des Pflegeaufwandes durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung ab 9. Februar 2005 bis zum massgebenden Zeitpunkt des Einspracheentscheides vom 24. Oktober 2005. Somit sind die bis 31. Dezember 2005 geltenden Normen anzuwenden, die im Folgenden in der entsprechenden Fassung zitiert werden.

#### **E. 2.1**

Die obligatorische Krankenversicherung übernimmt die Kosten für die Leistungen gemäss Art. 25-31 KVG nach Massgabe der in den Art. 32-34 KVG festgelegten Voraussetzungen. Nach Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 3 KVG umfassen diese unter anderem die Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die ambulant bei Hausbesuchen, stationär, teilstationär oder in einem Pflegeheim durchgeführt werden durch Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen. Die von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung für Krankenpflege zu Hause, ambulant oder im Pflegeheim zu erbringenden Leistungen werden in Art. 7 KLV näher umschrieben. Nach Abs. 1 dieser Norm übernimmt die Versicherung nach lit. a die von Pflegefachfrauen und Pflegefachmännern ( Art. 49 KVV ) oder nach lit. b von Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause ( Art. 51 KVV ) aufgrund der Bedarfsabklärung auf ärztliche Anordnung hin oder im ärztlichen Auftrag erbrachten Leistungen. Gemäss Abs. 2 sind Leistungen im Sinne von Abs. 1 Massnahmen der Abklärungen und Beratung (lit. a), der

Untersuchung und Behandlung (lit. b) sowie der Grundpflege (lit. c). Die Untersuchungs- und Behandlungsmassnahmen nach lit. b sind in einem 12 Positionen umfassenden Leistungskatalog spezifiziert. Zu Massnahmen der Grundpflege gehört einerseits die allgemeine Grundpflege bei Patienten oder Patientinnen, welche die Tätigkeiten nicht selber ausführen können, wie Beine einbinden, Kompressionsstrümpfe anlegen; Betten, Lagern; Bewegungsübungen, Mobilisieren; Dekubitusprophylaxe, Massnahmen zur Verhütung oder Behebung von behandlungsbedingten Schädigungen der Haut; Hilfe bei der Mund- und Körperpflege, beim An- und Auskleiden, beim Essen und Trinken. Andererseits gehören dazu Massnahmen zur Überwachung und Unterstützung psychisch kranker Personen in der grundlegenden Alltagsbewältigung, wie: Erarbeitung und Einübung einer angepassten Tagesstruktur, zielgerichtetes Training zur Gestaltung und Förderung sozialer Kontakte, Unterstützung beim Einsatz von Orientierungshilfen und Sicherheitsmassnahmen ( Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV ).

### **E. 2.2**

Grundlage des Entschädigungsanspruches für Leistungen von Pflegefachfrauen und Pflegefachmännern oder der Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause bildet der ärztliche Auftrag oder die ärztliche Anordnung, welcher aufgrund der Bedarfsabklärung und der gemeinsamen Planung der notwendigen Massnahmen näher zu umschreiben ist ( Art. 8 Abs. 1 KLV ). Die Bedarfsabklärung umfasst die Beurteilung der Gesamtsituation des Patienten oder der Patientin sowie die Abklärung des Umfeldes und des individuellen Pflege- und Hilfebedarfs ( Art. 8 Abs. 2 KLV ). Sie erfolgt aufgrund einheitlicher Kriterien. Das Ergebnis wird auf einem von den Tarifpartnern geschaffenen Formular festgehalten, worin insbesondere der voraussichtliche Zeitbedarf anzugeben ist ( Art. 8 Abs. 3 KLV ). Der ärztliche Auftrag oder die ärztliche Anordnung sind zu befristen. Sie können bei Akutkranken für maximal drei Monate und bei Langzeitpatienten oder -patientinnen für maximal sechs Monate erteilt werden ( Art. 8 Abs. 6 KLV ). Der ärztliche Auftrag oder die ärztliche Anordnung können wiederholt werden ( Art. 8 Abs. 7 KLV ). Für die Leistungen der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner oder der Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause vereinbaren die Vertragspartner oder setzen die zuständigen Behörden Tarife fest, die nach Art und Schwierigkeit der notwendigen Leistungen abzustufen sind ( Art. 9 Abs. 3 KLV ).

### **E. 3**

Verbindlicher Ausgangspunkt für die Beurteilung der streitigen Frage bildet das Urteil K 141+145/2006 vom 10. Mai 2007. Darin hat das Bundesgericht festgestellt, dass eine Leistungszusprache bereits ab 9. Februar 2000, wie das der Beschwerdegegner ursprünglich beantragt hatte, unbegründet ist und für die Beurteilung des späteren Leistungsanspruchs nicht auf das Gutachten A.\_\_\_\_\_ abgestellt werden kann, da dieses im Hinblick auf den zivilrechtlichen Schaden eingeholt wurde und für den Bedarf gemäss Art. 7 Abs. 2 KLV und den entsprechenden tarifrechtlichen Vereinbarungen nicht massgebend ist. Weil sich die Vorinstanz nicht mit den Berichten der Pflegefachberaterin auseinandergesetzt hat, welche im Einklang mit Art. 7 Abs. 2 KLV stehen, hat das Bundesgericht schliesslich auf Rückweisung entschieden, um dies nachzuholen.

### **E. 4**

In der Folge hat die Vorinstanz das neue Gutachten Y.\_\_\_\_\_ vom 27. Oktober 2009 eingeholt. In Frage steht zunächst, ob das kantonale Gericht zur Beurteilung des

Pflegeaufwandes zu Recht auf dieses Gutachten abgestellt hat, was die Beschwerdeführerin bestreitet.

#### **E. 4.1**

Vorab ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung zu den Voraussetzungen für ein beweiskräftiges gerichtliches Gutachten ( BGE 134 V 231 E. 5.1 S. 232; 125 V 351 E. 3a S. 352) grundsätzlich massgebend ist und diese Voraussetzungen hier erfüllt sind. Ob das kantonale Gericht mit Recht die Unparteilichkeit der Pflegefachberaterin T.\_\_\_\_\_ in Frage gestellt hat, ist daher nicht erheblich. Jedenfalls ist es nicht willkürlich, wenn es dem Gutachten Y.\_\_\_\_\_ höheren Beweiswert zuerkannt hat als der Beurteilung Z.\_\_\_\_\_.

#### **E. 4.2**

Hinsichtlich der Rüge der Beschwerdeführerin, mit dem Gutachten Y.\_\_\_\_\_ sei der Abklärungsauftrag gemäss Urteil K 141+145/2006 vom 10. Mai 2007 nicht erfüllt, trifft es zwar zu, dass sich die Vorinstanz nicht im Einzelnen mit den Berichten der Pflegefachberaterin T.\_\_\_\_\_ auseinandergesetzt hat, sondern sich bloss auf das neue Gutachten stützt, das sich seinerseits S. 7 nur summarisch mit der Beurteilung Z.\_\_\_\_\_ auseinandersetzt. Im Ergebnis kann aber im vorinstanzlichen Vorgehen keine Missachtung des Urteils vom 10. Mai 2007 erblickt werden:

##### **E. 4.2.1**

In der Beurteilung Z.\_\_\_\_\_ wurden die dortigen Kürzungen gegenüber der Bedarfsabklärung K.\_\_\_\_\_ teilweise damit begründet, bestimmte Handlungen seien Assistenz- und nicht Pflegeleistungen und teilweise damit, sie seien im Zeitaufwand für die Grundpflege inbegriffen sowie auch damit, der dafür eingesetzte Zeitaufwand sei zu hoch. Das Gutachten Y.\_\_\_\_\_ gibt an, die darin berücksichtigten Tätigkeiten seien alle als Grundpflege zu betrachten.

##### **E. 4.2.2**

Massnahmen der Grundpflege sind in Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV aufgeführt. Im Unterschied zu den Tätigkeiten der Behandlungspflege gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziffern 1-14 KLV ist die Aufzählung der einzelnen Massnahmen in Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV dem Wortlaut nach ("wie", "tels que", "quali") nicht abschliessend ( BGE 136 V 172 E. 5.3.1 S. 180, 131 V 178 E. 2.2 S. 187). Im Unterschied zum früheren Recht (bis Ende 1997; dazu vgl. RKUV 1999 Nr. KV 64; PFIFFNER RAUBER, Das Recht auf Krankheitsbehandlung und Pflege, Diss. 2003, S. 246) und im Unterschied zum Pflegeaufwand in Heimen ( Art. 8 Abs. 4 und Art. 9a Abs. 2 KLV ) werden auch keine zeitlichen Grenzen festgelegt. Im Hinblick auf eine rechtsgleiche Praxis wäre es zu begrüssen, wenn der Verordnungsgeber die unter dem Titel der Grundpflege als Pflichtleistungen zu vergütenden Massnahmen näher umschreiben würde (vgl. BGE 131 V 178 E. 2.3). De lege lata besteht jedoch ein erheblicher Beurteilungsspielraum, der mit den Instrumenten nach Art. 8 (ärztlicher Auftrag, ärztliche Anordnung, Bedarfsabklärung) und Art. 8a (Kontroll- und Schlichtungsverfahren) KLV auszufüllen ist. Der anwendbare Tarifvertrag enthält ebenfalls keine präzisen Vorgaben. Ist ein Pflegebedarf durch eine Expertise ausgewiesen, gilt er grundsätzlich als Pflichtleistung der Krankenversicherung (PFIFFNER RAUBER, a.a.O. S. 267 ff.). Dabei besteht ein gewisser Ermessensspielraum, bei dessen Überprüfung das Bundesgericht auf Willkür und auf Überprüfung hinsichtlich der allgemeinen Grundsätze nach Art. 32 KVG , vor allem der Wirtschaftlichkeit (siehe hernach E. 5), beschränkt ist (E. 1).

### **E. 4.2.3**

Die Beschwerdeführerin macht nicht substantiiert geltend, einige der geltend gemachten Tätigkeiten seien nicht als Grundpflege zu betrachten. Im Wesentlichen geht es um die Frage, wie viel Zeit für welche Tätigkeiten aufzuwenden sei. Das Gutachten Y. \_\_\_\_\_ hält sich an das Bedarfsabklärungs-Instrumentarium der Spitex, RAI-HC (Resident Assessment Instrument - Homecare, einsehbar unter [www.qsys.ch](http://www.qsys.ch) oder [www.rai.ch](http://www.rai.ch)). Dabei handelt es sich um Empfehlungen im Bereich der Hauspflege einer Berufsgruppe ohne jeglichen normativen Charakter. Sie sind für den Richter nicht verbindlich. Er kann sie jedoch bei seiner Entscheidung mitberücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen (136 V 172 E. 4.3.3 S. 177; 124 V 351 E. 2e S. 354). Wenn die Vorinstanz auf ein Gutachten abgestützt hat, welches sich seinerseits auf RAI-HC abstützt, kann dies deshalb nicht als willkürlich betrachtet werden.

### **E. 5**

Im Weiteren rügt die Beschwerdeführerin die fehlende Wirtschaftlichkeit ( Art. 32 KVG ).

#### **E. 5.1**

Nach der Rechtsprechung (RKUV 2004 Nr. KV 275 S. 137, K 33/02; Urteil K 95/03 vom 11. Mai 2004, vgl. auch Gebhard Eugster, Bundesgesetz über die Krankenversicherung [KVG], 2010, N. 29 zu Art. 25 KVG ) ist bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung danach zu differenzieren, ob die Spitex-Pflege wirksamer und zweckmässiger ist als die Heimpflege. Bei Gleichwertigkeit von Spitex- und Heimpflege wurde der Anspruch auf Spitex-Leistungen bejaht bei Mehrkosten von 48 % (RKUV 2001 Nr. KV 169 S. 264 E. 2b, K 31/00) und verneint bei drei- bis viermal (RKUV 2001 Nr. KV 143 S. 19, K 61/00) sowie fünfmal höheren Kosten (RKUV 1999 Nr. KV 64 S. 64, K 34/98). In Fällen, in welchen sich die Spitex-Pflege als wirksamer und zweckmässiger erwies, wurde die Leistungspflicht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände bejaht bei 1,9-mal (RKUV 2001 Nr. KV 162 S. 179, K 175/00) bzw. 2,86-mal höheren Kosten (erwähntes Urteil RKUV 2004 Nr. KV 275 S. 137). War die Spitex-Pflege als erheblich wirksamer und zweckmässiger zu qualifizieren, was namentlich bei versicherten Personen zutraf, welche noch einer Erwerbstätigkeit nachgingen oder aktiv am gesellschaftlichen und sozialen Leben teilnahmen, wurde der Anspruch selbst in Fällen bejaht, wo die Spitex-Pflege bis zu 3,5-mal höhere Kosten verursachte ( BGE 126 V 334 E. 3b S. 342; RKUV 2001 Nr. KV 144 S. 23, K 66/00). In absoluten Zahlen betrachtet liegt der noch als wirtschaftlich betrachtete Hauspflege-Aufwand in der Grössenordnung von gegen Fr. 100'000.- pro Jahr ( BGE 126 V 334 E. 3b S. 342). Unverhältnismässig bzw. unwirtschaftlich sind Kosten, die vier- bis fünfmal höher sind als diejenigen im Pflegeheim und absolut über etwa Fr. 100'000.- pro Jahr betragen (Urteil K 95/03 vom 11. Mai 2004 E. 3.2).

#### **E. 5.2**

Bei der Wirtschaftlichkeitsbeurteilung werden nach der Rechtsprechung nur die Kosten für die Krankenkassen erfasst, nicht die Gesamtkosten des Pflegeheimaufenthaltes oder die gesamtheitlichen volkswirtschaftlichen Kosten ( BGE 126 V 334 E. 2c S. 339 f.). Daher sind nur diejenigen Kosten zu berücksichtigen, welche effektiv für die Beschwerdeführerin anfallen. Die 3.5 Stunden pro Tag, die vom Haftpflichtversicherer bezahlt werden, fallen deshalb entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ausser Betracht und es ist von 2.82 Stunden pro Tag auszugehen. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Spitex-Pflege

einer stationären oder teilstationären Pflege des Versicherten vorzuziehen und damit als wirksamer und zweckmässiger als eine Heimpflege zu betrachten ist, da der Beschwerdegegner dadurch seiner Erwerbstätigkeit als Anwalt - im eigenen, neben der Wohnung liegenden Büro - nachgehen kann. Selbst wenn von den Kostenberechnungsgrundlagen der Beschwerdeführerin ausgegangen wird (2.82 Stunden zum Durchschnittswert von Fr. 68.- pro Stunde für die Spitex-Pflege x 30.5 = Fr. 5'848.70 pro Monat, demgegenüber Pflege im Heim mit einem täglichen Pflegeheimbeitrag von Fr. 70.- gemäss BESA Stufe 4c = Fr. 2'135.-), sind die Kosten für die 2.82 Stunden pro Tag 2,73-mal höher als die Heimkosten und liegen damit nach dem Gesagten jedenfalls noch im Rahmen.

## **E. 6**

Im Weiteren rügt die Beschwerdeführerin eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz. Ein Mehraufwand gegenüber der Vereinbarung von 1999 sei nur geschuldet, wenn er auf eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Beschwerdegegners zurückzuführen sei; eine solche sei jedoch nicht dokumentiert und aktuell nicht ausgewiesen. Mit dem Beschwerdegegner ist indes darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz die "Mehrbedarfsklausel" in der Vereinbarung vom 15. April/26. Mai 1999 zutreffend ausgelegt hat in dem Sinne, dass der Beschwerdegegner nur insofern auf Leistungen der Krankenkasse verzichtet, als der Mehrbedarf für Grundpflege, Mobilisierung und Betreuung von 3.5 Stunden pro Tag nicht übertroffen wird. Sofern der Bedarf höher ist, ist er von der Krankenkasse unabhängig von einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes zu entschädigen. Mit dem Zusatz zur Verschlechterung sollte in der Vereinbarung nur festgehalten werden, dass auch bei einer Verschlechterung eine Leistungspflicht besteht.

## **E. 7**

Schliesslich wendet die Beschwerdeführerin ein, ein Teil der von K. \_\_\_\_\_ aufgelisteten Arbeiten sei nicht als Pflichtleistung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 KLV, sondern als Teil der ehelichen Beistandspflicht zu betrachten.

### **E. 7.1**

Eine Pfllegetätigkeit kann auch durch Familienangehörige ausgeübt werden. Immerhin ist mit Blick auf das hier durchaus bestehende Missbrauchspotenzial zu fordern, dass dann Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Leistungen nach Art. 32 Abs. 1 KVG (vgl. zu diesen Begriffen BGE 128 V 159 E. 5c/aa S. 165, 127 V 138 E. 5 S. 146 und RKUV 2000 Nr. KV 132 S. 281 f. E. 2b und d, K 151/99), allenfalls durch den Vertrauensarzt, genauer überprüft werden (vgl. Art. 57 Abs. 4 KVG). Ebenfalls ist zu beachten, dass der obligatorischen Krankenpflegeversicherung lediglich Kosten in Rechnung gestellt werden können, welche eine Pflege zu Hause durch aussenstehende Spitex-Angestellte verursachen würde. Nicht verrechenbar ist, was dem Familienangehörigen im Rahmen der Schadenminderungspflicht (BGE 130 V 97 E. 3.3.3 S. 101, AHI 2003 S. 218 E. 2.3.3 [in BGE 129 V 67 nicht publiziert], ZAK 1992 S. 89 E. 2c; Ulrich Meyer, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, 2. Auflage Zürich 2010, S. 270 f. mit Hinweisen) und dem Ehegatten im Besonderen aufgrund der ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB an Pflege zuzumuten ist. Dabei ist den Spitex-Verantwortlichen von der Natur der Sache her bei der Frage, was an Hilfestellung von den Familienangehörigen erwartet werden kann, ein vernünftiger und praktikabler

Beurteilungsspielraum zuzugestehen (RKUV 2006 Nr. KV 376 S. 303, K 156/04).

#### **E. 7.2**

Nicht ersichtlich ist, dass die Vorinstanz in rechtsfehlerhafter Weise den Umstand nicht berücksichtigt hätte, dass die Pflegende Ehefrau des Beschwerdegegners ist. Die Beschwerdeführerin macht auch nicht substantiiert geltend, wie hoch der als eheliche Beistandspflicht zu betrachtende Anteil sein sollte.

#### **E. 8**

Nach der Rechtsprechung hat die in eigener Sache prozessierende Partei nur in Ausnahmefällen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. BGE 110 V 132 ). Die Voraussetzungen, die gemäss BGE 110 V 134 f. E. 4d kumulativ gegeben sein müssen, damit eine solche Ausnahmesituation anzunehmen ist (komplexe Sache mit hohem Streitwert, hoher Arbeitsaufwand, vernünftiges Verhältnis zwischen dem betriebenen Aufwand und dem Ergebnis der Interessenwahrung, vgl. BGE 129 V 113 E. 4.1 S. 116 mit Hinweisen), sind - letztinstanzlich - im Falle des Beschwerdegegners nicht erfüllt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.