

**PFLEGEBEDÜRFTIGKEIT IM SPANNUNGSFELD ZWISCHEN GRUNDRECHTSSCHUTZ UND KOSTENEFFIZIENZ**

Von Dr. Hardy Landolt, LL.M., Rechtsanwalt und Urkundsperson, Glarus

---

**\*\* SZS 2002 Seite 98 \*\***

**Inhaltsverzeichnis**

- I. Einleitung
- II. Schutz der Gesundheit
  - A. Allgemeines
  - B. Finanziell tragbare Gesundheitsversorgung
- III. Pflegebedürftigkeit und Schadenminderungsgrundsatz
  - A. Allgemeines
  - B. Massnahmen, die eine grösstmögliche Selbständigkeit erhalten
  - C. Bedeutung der Grundrechte
- IV. Pflegebedürftigkeit und Wirtschaftlichkeitsgebot
  - A. Allgemeines
  - B. Spitalpflege versus Heimpflege
    - 1. Medizinische Spitalbedürftigkeit
    - 2. Soziale Spitalbedürftigkeit
    - 3. Angemessene Umplatzierungsfrist
  - C. Heimpflege versus Hauspflege
    - 1. Zweckmässigkeit der Spitex- und Heimpflege als Voraussetzung der Leistungspflicht
    - 2. Wirtschaftlichkeit als massgebendes Abgrenzungskriterium bei gleichzeitiger Spitex- und Heimpflegebedürftigkeit
      - a) Allgemeines
      - b) Pflegekosten als primärer Beurteilungsfaktor bei der Abgrenzung der Haus- und Heimpflege, nicht aber bei der Heim- und Spitalpflege
      - c) Massstab für die Wirtschaftlichkeitsbeurteilung: Gesamtkosten oder vom Versicherer zu tragende Kosten?
      - d) Bedeutung der Grundrechte
        - (1) Allgemeines
        - (2) Faktischer Heimzwang als Grundrechtsproblem
- IV. Pflegebedürftigkeit und Wahlfreiheit
  - A. Allgemeines
  - B. Ausschluss der Angehörigenpflege als Grundrechtsproblem
- V. Schlussbetrachtung

## I. Einleitung

Am 1.1.2000 ist die neue Bundesverfassung in Kraft getreten<sup>1</sup>. Die seit mehreren Jahren angestrebte Totalrevision bezweckte grundsätzlich lediglich eine Nachführung des geltenden Verfassungsrechts<sup>2</sup>, enthält allerdings auch einige materielle Änderungen<sup>3</sup>. Der Verfassungsgeber benützt mehrfach den Begriff der "Pflege"<sup>4</sup>. Die Bundesverfassung nimmt jedoch einzig in Art. 41 Abs. 1 lit. b explizit Bezug auf Pflegebedürftigkeit<sup>5</sup>. Nach dieser Bestimmung haben sich Bund und Kantone in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür einzusetzen, dass jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält. Bei dieser Bestimmung handelt es sich nach dem klaren Wortlaut und ihrer systematischen Stellung weder um eine Kompetenznorm<sup>6</sup> noch um ein soziales Grundrecht<sup>7</sup>.

2. Pflegebedürftigkeit wird darüber hinaus, namentlich im Abschnitt über die Grundrechte und das Kompetenzrecht, nicht als ein selbständiger Anknüpfungsbegriff verwendet<sup>8</sup>, weist aber mannigfaltige Gemeinsamkeiten

### **\*\* SZS 2002 Seite 99 \*\***

mit anderen von der Verfassung anerkannten Tatbeständen<sup>9</sup> auf. Da Pflegebedürftigkeit eine Folge von Alter, Invalidität, Krankheit oder Unfall ist, besteht eine besonders enge Verflechtung mit diesen sozialen Risiken. Diese Ausgangslage führt zwangsläufig zu Abgrenzungsschwierigkeiten. In kompetenzrechtlicher Hinsicht ist unklar, welches Gemeinwesen in welchem Umfang für die Pflegeversorgung zuständig ist. Insbesondere ist fraglich, ob der Bund gestützt auf seine Kompetenzen im Bereich des Sozialversicherungsrechts berechtigt ist, auf Gesetzesstufe eine Pflegeversicherung einzuführen.

3. In grundrechtlicher Hinsicht bestehen die Schwierigkeiten vor allem in der Abgrenzung des persönlichen und sachlichen Geltungsbereichs. Besonders die Anwendung von Art. 35 BV im Gesundheitswesen, das von Bund und Kantonen geregelt und zudem durch private Leistungserbringer mitbestimmt wird, ist unklar. Pflegebedürftigkeit stellt sodann eine Ausnahmesituation dar, weshalb sich Fragen im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsschutz<sup>10</sup> und der Ausübung der Grundrechte ergeben, namentlich in Bezug auf Urteilsfähigkeit und die Stellvertretung in Grundrechtsangelegenheiten<sup>11</sup>.

4. Der vorliegende Aufsatz behandelt die grundrechtliche Problematik aus spezifisch sozialversicherungsrechtlicher Sicht. Das Gebot einer finanziell tragbaren Gesundheitsversorgung (Ziff. II) wird im Sozialversicherungsrecht durch den Schadenminderungsgrundsatz (Ziff. III), das Wirtschaftlichkeitsgebot (Ziff. IV) und die (beschränkte) Wahlfreiheit (Ziff. V) konkretisiert und tritt vor allem bei Risiken wie dem der Pflegebedürftigkeit, die mit zum Teil sehr hohen Kosten verbunden sind, in ein Spannungsfeld mit dem Grundrechtsschutz. Dieses gegensätzliche

### **\*\* SZS 2002 Seite 100 \*\***

Verhältnis soll anhand einiger neuer Entwicklungen im Bereich der Pflegeversorgung ausgelotet werden. Die Ergebnisse und die sich daraus ergebenden rechtspolitischen Forderungen werden in der Schlussbetrachtung zusammengefasst (Ziff. VI).

## II. Schutz der Gesundheit

### A. Allgemeines

5. Der "Schutz der Gesundheit" stellt ein öffentliches Interesse dar<sup>12</sup>. Das Bundesgericht versteht unter der Gesundheit primär die "Volksgesundheit". Dieses Interesse zielt darauf ab, die physische und psychische Gesundheit unbestimmt vieler - im Idealfall aller - vor Fremd- und unter Umständen sogar vor Selbstschädigung zu bewahren und damit zur Verbesserung der Durchschnittsgesundheit der Bevölkerung beizutragen<sup>13</sup>.

6. Dazu dient zunächst die Gesundheitsprävention bzw. -polizei, wozu die Verhinderung des Auftretens und der Verbreitung von Krankheiten gehört<sup>14</sup>. Ein erhebliches öffentliches Interesse besteht dabei im Zusammenhang mit übertragbaren Krankheiten, namentlich Diphtherie und Tuberkulose<sup>15</sup>. Das

Gesundheitswesen ist aber nicht nur auf Gefahrenabwehr, sondern "im Rechtsstaat heutiger Prägung denn auch weitgehend - und jedenfalls weit über den Bereich des Schutzes vor Fremdgefährdung hinaus - als öffentliche Aufgabe (service public) konzipiert" <sup>16</sup>. Der Gesundheitsversorgung kommt daher sowohl für die Allgemeinheit

**\*\* SZS 2002 Seite 101 \*\***

als auch für den Einzelnen immer grössere Bedeutung zu <sup>17</sup>, insbesondere auch im Hinblick auf allfällige Grundrechtsbetätigungen, die die Gesundheitsversorgung gefährden <sup>18</sup>.

7. Zum öffentlichen Interesse zählt das Bundesgericht aber auch den Schutz von Kindern, Kranken und Hilfsbedürftigen:

"Ein Interesse an öffentlicher Gesundheitspflege besteht insbesondere dort, wo der Kranke von seinen Fähigkeiten und Möglichkeiten her limitiert ist, seine eigenen Interessen als wohlinformierter Patient selbst wahrzunehmen. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn teure und aufwendige Installationen notwendig werden, sondern auch, wenn der Kranke wegen mangelnder oder reduzierter Urteils- und Handlungsfähigkeit auf die Unterstützung anderer, namentlich für ihn Fürsorgepflichtiger, angewiesen ist. Bei solchen Konstellationen ist das Angebot öffentlicher Hilfeleistungen beziehungsweise die Gewährleistung der Interessen des Patienten von besonderer Wichtigkeit." <sup>19</sup>

8. Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid zudem ausgeführt, dass "hochbetagte gebrechliche Menschen von den Behörden eines Rechtsstaates besonders schonend, rücksichtsvoll und in einer Art und Weise zu behandeln (sind), die ihre Würde nicht antastet" <sup>20</sup>. Dieses Prinzip gilt mutatis mutandis für andere pflegebedürftige Personen <sup>21</sup>.

**\*\* SZS 2002 Seite 102 \*\***

## **B. Finanziell tragbare Gesundheitsversorgung**

9. Praxisgemäss besteht auch ein öffentliches Interesse an einer finanziell tragbaren Gesundheitsversorgung <sup>22</sup>. Dieser finanzielle Aspekt des öffentlichen Interesses am Schutz der Gesundheit steht in einem Spannungsverhältnis mit den Grundrechten des Einzelnen. Grundrechtsprobleme entstehen bei einer Pflegebedürftigkeit in besonderem Masse im Zusammenhang mit dem Schadenminderungsgrundsatz, dem Wirtschaftlichkeitsgebot und der Wahlfreiheit.

## **III. Pflegebedürftigkeit und Schadenminderungsgrundsatz**

### **A. Allgemeines**

10. Diverse Erlasse statuieren eine Schadenminderungspflicht <sup>23</sup>. Die Pflicht zur Schadenminderung gilt darüber hinaus ganz allgemein i.S. eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes <sup>24</sup>. Dieser Grundsatz konkretisiert gewissermassen das Gebot einer finanziell tragbaren Gesundheitsversorgung auf der individuellen Ebene und verlangt vom Geschädigten sowohl in privat- als auch sozialrechtlicher Hinsicht, den Schaden, so weit es ihm zumutbar und möglich ist, zu mindern, mithin unnötige Kosten zu vermeiden.

**\*\* SZS 2002 Seite 103 \*\***

11. Eine Verletzung dieser Pflicht führt primär zu einer (teilweisen) Leistungsverweigerung <sup>25</sup>, kann aber auch ausnahmsweise eine Ersatzpflicht für pflichtwidrig verursachte Mehrkosten zur Folge haben <sup>26</sup>. Betroffen von der Schadenminderungspflicht sind sämtliche Ansprüche, insbesondere Schadenersatz-, Renten- <sup>27</sup>, Eingliederungs- und allfällige weitere sozialversicherungsrechtliche Ansprüche <sup>28</sup>. Der Leistungsanspruch entsteht solchermassen erst, wenn eine Schadenminderung weder möglich noch zumutbar ist.

12. Die Zumutbarkeit der Schadenminderungspflicht bestimmt sich nach den objektiven und subjektiven Umständen des Einzelfalles <sup>29</sup>. Die privat- und sozialrechtliche Schadenminderungspflicht ist nach einheitlichen Grundsätzen zu konkretisieren, damit ungerechtfertigte Deckungslücken beim Geschädigten vermieden werden

können<sup>30</sup>.Allfällige aussergewöhnliche Anstrengungen über die Schadenminderungspflicht

**\*\* SZS 2002 Seite 104 \*\***

hinaus, die zu einer Schadenverringerung geführt haben oder führen werden, sind zu Gunsten des Versicherten zu berücksichtigen<sup>31</sup>.

**B. Massnahmen, die eine grösstmögliche Selbständigkeit erhalten**

13. Der Geschädigte hat bei Eintritt eines Gesundheitsschadens von sich aus alles ihm Zumutbare selber vorzukehren, um die Folgen des Gesundheitsschadens bestmöglich zu mildern (sog.Grundsatz der Selbsteingliederung). Neben der selbständigen Vornahme von schadenverhütenden und -vermindernden Massnahmen, z.B. Operationen oder Heilbehandlungen<sup>32</sup>, ist der Geschädigte auch zur weisungsgebundenen Teilnahme an Eingliederungsmassnahmen verpflichtet<sup>33</sup>.

14. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat der Geschädigte insbesondere geeignete und zumutbare Massnahmen zu treffen, um seine Selbständigkeit zu erhalten<sup>34</sup>. Für die Feststellung des Pflege- und Betreuungsaufwandes<sup>35</sup>ist entscheidend, welche Tätigkeiten bei zumutbarer Kleidung oder Vorhandensein zumutbarer Pflegeutensilien selbst vorgenommen werden könnten<sup>36</sup>.Verletzt der Versicherte diese Pflicht, so wird die dadurch verursachte direkte oder indirekte Dritthilfe nicht berücksichtigt.

15. Ein Geschädigter darf praxisgemäss aber dann nicht generell als einer Lebensverrichtung fähig gelten, wenn er sie nur auf unübliche Art ausführen kann. Dem Versicherten wird sodann auf unübliche Art und Weise erfolgende Dritthilfe leistungserhöhend angerechnet. Soweit die direkte oder indirekte Dritthilfe anspruchsbegründend wirkt, ist sie für

**\*\* SZS 2002 Seite 105 \*\***

Dritte als objektiv unzumutbar zu betrachten; die nicht anspruchsbegründende Dritthilfe ist demgegenüber zumutbar<sup>37</sup>.

16.Ein im Haushalt tätiger Geschädigter hat den Arbeitsablauf zweckmässig zu organisieren und geeignete Haushaltungseinrichtungen und -maschinen anzuschaffen, und zwar unabhängig davon, ob die IV oder ein anderer Sozialversicherer die Kosten dafür trägt.Die Rechtsprechung geht ferner davon aus, dass der im Haushalt tätige Versicherte "in üblichem Umfang die Mithilfe von Familienangehörigen in Anspruch" nehmen muss und dass die Familienangehörigen zu einer zeitlich ausgedehnteren Mithilfe im Haushalt als vor Eintritt des Versicherungsfalles verpflichtet sind<sup>38</sup>.

17.Bei der Abgabe von Hilfsmitteln an im Haushalt tätige Versicherte war die frühere Rechtsprechung zurückhaltend<sup>39</sup>. Die neuere Rechtsprechung hat den Anspruchsgehalt ausgedehnt und festgehalten, dass unter dem Begriff "Berufsausübung" nicht nur die Erwerbstätigkeit, sondern auch die Arbeitsverrichtung im Aufgabenbereich nach Art. 27 Abs. 2 IVV zu verstehen ist<sup>40</sup> und der Hilfsmittelanspruch nach Art. 21 Abs. 1 IVG i.V.m.Art. 2Abs. 2 HVI auch dann besteht, wenn der im Haushalt tätige Versicherte die anfallenden Arbeiten nicht selbständig besorgt, sondern seine Tätigkeit in diesem Aufgabenbereich bloss einen beachtlichen Umfang erreicht<sup>41</sup>. In Anlehnung an die zur Hilflosigkeitsentschädigung

**\*\* SZS 2002 Seite 106 \*\***

ergangene Rechtsprechung<sup>42</sup>ist der Hilfsmittelanspruch zu bejahen, wenn der Versicherte eine Teilfunktion zwar noch ausüben kann, von ihr aber keinen praktischen Nutzen mehr hat.

**C. Bedeutung der Grundrechte**

18. Die Schadenminderungspflicht kollidiert mit den Grundrechten. Schadenmindernde Massnahmen betreffen insbesondere folgende Grundrechte:körperliche Unversehrtheit<sup>43</sup>, Privat- und Familienleben<sup>44</sup>, Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit<sup>45</sup>und, soweit Behinderte und Betagte betroffen sind, neuerdings auch das Diskriminierungsverbot<sup>46</sup>. Das EVG hat bereits in seinen ersten publizierten Urteilen auf das Spannungsfeld zwischen den grundrechtlich abgesicherten Betätigungsmöglichkeiten und den sozialversicherungsrechtlichen

Verhaltenspflichten hingewiesen <sup>47</sup>.

19. Die Grundrechtssensibilität des EVG hat sich in den Anfängen jedoch primär nur auf das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit bezogen. Dies hängt damit zusammen, dass Massnahmen, die eine Gefahr für Leben und Gesundheit darstellen, von Gesetz und Verordnung ausdrücklich untersagt werden <sup>48</sup>. In einer reichhaltigen Praxis wurden Grundsätze für die Beurteilung von Massnahmen entwickelt, die die körperliche und geistige Integrität betreffen. Massnahmen zu Diagnose- <sup>49</sup> oder Therapie zwecken gelten praxismässig als zumutbar <sup>50</sup>, während bei

**\*\* SZS 2002 Seite 107 \*\***

anderen medizinischen Massnahmen, die wie Operationen mit eigentlichen Eingriffen in den Körper verbunden sind, in jedem Einzelfall die Zumutbarkeit geprüft werden muss.

20. Die Zumutbarkeit von Operationen und anderen Eingriffen in den Körper wird von Lehre und Rechtsprechung bejaht, wenn es sich um einen erfahrungsgemäss unbedenklichen, nicht mit Lebensgefahr verbundenen Eingriff handelt, der mit Sicherheit oder grosser Wahrscheinlichkeit völlige Heilung oder doch wesentliche Besserung des Leidens und damit verbunden eine wesentliche Erhöhung der Arbeits- oder Erwerbsfähigkeit erwarten lässt und nicht zu einer normalerweise sichtbaren Entstellung führt oder nicht übermässige Schmerzen verursacht <sup>51</sup>.

21. Die grundrechtskonforme Auslegung spielt in der Praxis des EVG auch für andere grundrechtsrelevante Lebensbereiche eine zunehmend wichtigere Rolle <sup>52</sup>. In BGE 113V 22 E.4d wurde in Bezug auf die Schadenminderung die folgende Grundregel aufgestellt:

**\*\* SZS 2002 Seite 108 \*\***

"Bei den Anforderungen, welche unter dem Titel der Schadenminderung an den Versicherten gestellt werden, darf sich daher die Verwaltung nicht einseitig vom öffentlichen Interesse an einer sparsamen und wirtschaftlichen Versicherungspraxis leiten lassen, sondern sie hat auch die grundrechtlich geschützten Betätigungsmöglichkeiten des Leistungsansprechers in seiner Lebensgestaltung angemessen zu berücksichtigen. Welchem Interesse der Vorrang zukommt, kann nicht generell entschieden werden. Als Richtschnur gilt, dass die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht zulässigerweise dort strenger sind, wo eine erhöhte Inanspruchnahme der Invalidenversicherung in Frage steht." <sup>53</sup>

22. Sowohl Gesetzgeber als auch Rechtsanwender haben bei der Statuierung von Verhaltensgeboten oder -verboten oder der Sachverhaltsermittlung stets darauf zu achten, dass die durch die Grundrechte geschützten faktischen Betätigungsmöglichkeiten gewahrt werden. Der Rechtsanwender ist insbesondere verpflichtet, den grundrechtsrelevanten Sachverhalt umfassend festzustellen <sup>54</sup> und offene Normierungen (unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensbegriffe) so auszulegen, dass faktische Grundrechtsverletzungen vermieden werden <sup>55</sup>.

**\*\* SZS 2002 Seite 109 \*\***

23. Hingegen ist es dem Rechtsanwender in Anbetracht von Art. 191 BV verwehrt, allein gestützt auf grundrechtliche Rechtspositionen nicht in einem Bundesgesetz vorbestehende Leistungsansprüche gegenüber dem Sozialversicherer zu begründen oder einzelne nicht erfüllte zwingende Anspruchsvoraussetzungen gestützt auf grundrechtliche Erwägungen zu kompensieren; hierzu bedarf es einer Gesetzesänderung <sup>56</sup>.

24. Das EVG hat jedoch in vereinzelt Fällen unter Bezugnahme auf gesetzliche, nicht grundrechtliche Vorgaben eine Leistungsumgestaltung auf Verordnungsstufe vorgenommen und sogar innerhalb einer gesetzlich erwähnten Leistungskategorie nicht vorgesehene Leistungen zugesprochen <sup>57</sup>. Eine Substituierung von einzelnen, an sich nicht erfüllten gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen wird ferner gestützt auf den Grundsatz

**\*\* SZS 2002 Seite 110 \*\***

der Austauschbefugnis <sup>58</sup> vorgenommen, was im Ergebnis ebenfalls auch einer Leistungsumgestaltung entspricht, weshalb die Grenzziehung in Bezug auf Art. 191 BV nicht immer klar ist.

## IV. Pflegebedürftigkeit und Wirtschaftlichkeitsgebot

### A. Allgemeines

25. Das Gebot einer finanziell tragbaren Gesundheitsversorgung bedeutet ferner, dass der Einzelne, wenn er seiner Schadenminderungspflicht nachgekommen ist und die übrigen Voraussetzungen erfüllt, nicht beliebig teure Massnahmen beanspruchen kann. Der Sozialleistungsträger hat nur wirtschaftliche<sup>59</sup> bzw. einfache und zweckmässige<sup>60</sup> Leistungen zu erbringen. Die in Art. 25- 31 KVG geregelten Leistungen dürfen beispielsweise nur dann gewährt werden, wenn sie im konkreten Einzelfall wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sind (sog. Effizienzgrundsatz<sup>61</sup>)<sup>62</sup>.

**\*\* SZS 2002 Seite 111 \*\***

26. Nach der zu aArt. 23 KUVG ergangenen Rechtsprechung stellt der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit eine Schutzvorschrift für die Versicherten und die Sozialversicherer (i.c. Krankenkassen) dar<sup>63</sup>. Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz richtet sich an alle Beteiligten (Versicherte, Versicherer, Leistungserbringer), insbesondere auch an die Instanzen, welche für Prüfung und Bezeichnung der den Krankenkassen empfohlenen Arzneimittel zuständig sind<sup>64</sup>.

27. Der krankenversicherungsrechtliche Grundsatz der Wirtschaftlichkeit wird nunmehr in Art. 56 KVG näher geregelt<sup>65</sup>. Der Leistungserbringer muss sich in seinen Leistungen auf das Mass beschränken, das im Interesse der Versicherten liegt und für den Behandlungszweck erforderlich ist<sup>66</sup>. Für Leistungen, die über dieses Mass hinausgehen, kann die Vergütung verweigert oder zurückgefordert werden<sup>67</sup>.

28. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bedeutet, dass dann, wenn der Behandlungszweck durch verschiedene geeignete Massnahmen erreicht werden kann, nur die Kosten der günstigeren Leistung übernommen werden müssen<sup>68</sup>. Die Krankenkassen haben aber kostspielige Massnahmen zu übernehmen, wenn entweder überhaupt keine andere oder jedenfalls keine kostengünstigere Methode zur Verfügung steht und die fragliche Behandlung sich unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit noch rechtfertigen lässt<sup>69</sup>.

**\*\* SZS 2002 Seite 112 \*\***

### B. Spitalpflege versus Heimpflege

#### 1. Medizinische Spitalbedürftigkeit

29. Die Leistungspflicht für eine Spitalpflege setzt voraus, dass die notwendige medizinische Behandlung des Versicherten einen stationären Spitalaufenthalt erforderlich macht<sup>70</sup>. Diese Voraussetzung ist zunächst dann gegeben, wenn die notwendigen diagnostischen und therapeutischen Massnahmen nur in einem Spital zweckmässig durchgeführt werden können. Eine medizinische Spitalbedürftigkeit besteht aber auch dann, wenn die Möglichkeiten ambulanter Behandlung erschöpft sind und nur noch im Rahmen eines Spitalaufenthaltes Aussicht auf einen Behandlungserfolg besteht<sup>71</sup>.

30. Für die Beurteilung der Spitalbedürftigkeit sind die gesundheitlichen Verhältnisse im Zeitpunkt vor Spitaleintritt massgeblich<sup>72</sup>. Eine Leistungspflicht der Krankenkasse setzt zwar eine ärztliche Anordnung voraus<sup>73</sup>; aus dem Vorliegen einer ärztlichen Spitaleinweisung kann jedoch nicht auf eine medizinische Spitalbedürftigkeit geschlossen werden<sup>74</sup>. Eine Leistungspflicht kann allerdings dann vorliegen, wenn die Krankenkasse die (fehlende) medizinische Spitalbedürftigkeit anerkennt, sei es ausdrücklich oder konkludent durch Gewähren von Teilleistungen<sup>75</sup>.

**\*\* SZS 2002 Seite 113 \*\***

31. Die Beurteilung, ob im Zeitpunkt des Spitaleintritts eine entsprechende medizinische Notwendigkeit bestanden hat, hängt letztlich von den individuellen Umständen des Versicherten ab. Eine medizinische

Spitalbedürftigkeit beurteilt sich regelmässig nach Massgabe der Schwere des Gesundheitsschadens, des konkreten Behandlungsbedarfs und der zeitlichen Dringlichkeit der Behandlung. Diese Kriterien stehen dabei in einem Spannungsverhältnis zueinander:

- Geringe Gesundheitsschäden können regelmässig ambulant behandelt werden <sup>76</sup>; besteht aber ein besonderes Gefahrenpotenzial, mithin ein Notfall <sup>77</sup>, oder ist eine ambulante Behandlung unmöglich, so liegt eine medizinische Spitalbedürftigkeit auch bei derartigen Gesundheitsschäden vor.
- Schwere Gesundheitsschäden sind grundsätzlich mit einer medizinischen Spitalbedürftigkeit verbunden; ausnahmsweise kann ein derartiger Gesundheitsschaden aber gleichwohl ambulant oder zwar stationär, aber nicht in einem Spital angemessen (nach)behandelt werden.

32. Besondere Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen bei einer Langzeitpflegebedürftigkeit infolge psychischer Erkrankung. Psychische Erkrankungen oder Altersdemenzen führen mitunter dazu, dass der Betroffene zu seinem oder dem Schutz Dritter dauernd überwacht oder betreut werden muss. Je nach Art und Schwere der Erkrankung steht dabei entweder die Behandlung der Krankheit oder die Überwachung und Sicherung des Betroffenen im Vordergrund. Erfolgt die Betreuung in einer psychiatrischen Klinik oder einem Spital, ist deshalb oft unklar, ob eine medizinische Spitalbedürftigkeit vorliegt <sup>78</sup>.

**\*\* SZS 2002 Seite 114 \*\***

33. Beim Zusammentreffen von Massnahmen, die zu den Pflichtleistungen zählen, und solchen, für die keine oder nur eine beschränkte Leistungspflicht besteht, kommt es praxisgemäss darauf an, ob die Massnahmen in einem engen Konnex zueinander stehen. Ist dies zu bejahen, so gehen sie in ihrer Gesamtheit dann nicht zu Lasten der Krankenkasse, wenn die nichtpflichtige Leistung überwiegt <sup>79</sup>. Dient die stationäre Unterbringung daher vorwiegend der Überwachung und Sicherung des Versicherten, ist eine medizinische Spitalbedürftigkeit zu verneinen <sup>80</sup>.

34. Ähnliche Probleme stellen sich bei einer krankheitsbedingten Überlagerung einer Langzeitpflegebedürftigkeit. Eine Pflegebedürftigkeit stellt grundsätzlich keine Krankheit dar; sie kann zwar krankheitsbedingt entstanden sein, ihr kommt aber als solcher kein Krankheitswert zu: Der Pflegebedürftige ist kein Kranker <sup>81</sup>. Gleichwohl ist die Unterscheidung zwischen Krankheit und Pflegebedürftigkeit relativ. Einerseits kann eine Pflegebedürftigkeit zu krankhaften Zuständen, z.B. Dekubitus, Lungenentzündung etc., führen; andererseits kann eine chronische Krankheit Ursache einer Pflegebedürftigkeit sein und nach deren Eintritt weiterbestehen.

35. Die Abgrenzung von Krankheitsfolgen, die behandelt werden müssen, und pflegebedingten Funktionsausfällen, die keiner Behandlung zugänglich sind, ist daher nicht immer einfach. Bei der Unterscheidung von Akutspitalbedürftigkeit und blosser Pflegebedürftigkeit ist dem behandelnden Arzt praxisgemäss ein gewisser Ermessensspielraum zuzugestehen <sup>82</sup>. Überwiegt jedoch die pflegerische Betreuung, so liegt keine medizinische Spitalbedürftigkeit vor. Dies trifft nach der Rechtsprechung des EVG insbesondere bei Betagten zu, die nicht (notfallmässig) behan-

**\*\* SZS 2002 Seite 115 \*\***

delt werden müssen <sup>83</sup> bzw. in einem Pflegeheim angemessen behandelt werden können <sup>84</sup>, und bei Aufhalten, die primär der Erholung und nicht der Nachbehandlung dienen <sup>85</sup>.

36. Die fehlende medizinische Spitalbedürftigkeit schliesst die Übernahme der Kosten von einzelnen während des stationären Aufenthalts durchgeführten Massnahmen der Diagnose und Therapie nicht aus. Solche Vorkehren sind als ambulante Behandlung zu übernehmen, wenn und soweit sie medizinisch indiziert und die Voraussetzungen der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Leistungen erfüllt waren <sup>86</sup>.

## **2. Soziale Spitalbedürftigkeit**

37. Das EVG bejaht eine Leistungspflicht für Spitalpflege ferner bei einer sozialen Spitalbedürftigkeit. Eine solche besteht dann, wenn der Krankheitszustand der versicherten Person einen Spitalaufenthalt nicht unbedingt erforderlich macht, die medizinische Behandlung jedoch wegen besonderer persönlicher Lebensumstände nicht anders als im Spital durchgeführt werden kann <sup>87</sup>.

**\*\* SZS 2002 Seite 116 \*\***

38. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn ein Versicherter wegen seines hohen Alters, seiner familiären Verhältnisse oder weil er allein stehend ist, keine Möglichkeit hat, die seinem Zustand entsprechende Pflege und Beaufsichtigung zu Hause zu erhalten, oder wenn Pflege und Betreuung der Familie des Versicherten nicht zugemutet werden können<sup>88</sup>.

39. Eine soziale Spitalbedürftigkeit besteht aber in all jenen Fällen nicht, in denen der Versicherte "trotz nicht mehr bestehender Spitalbedürftigkeit weiterhin in einer Heilanstalt untergebracht ist, weil z.B. kein Platz in einem geeigneten und für den Versicherten genügenden Pflegeheim (ohne Spitalcharakter) vorhanden ist und mithin der Spitalaufenthalt nur noch auf sozialen Überlegungen beruht"<sup>89</sup>.

**3. Angemessene Umplatzierungsfrist**

40. Fehlt sowohl die medizinische als auch die soziale Spitalbedürftigkeit, ist aber eine Heimpflegebedürftigkeit vorhanden, die eine Umplatzierung vom Spital in ein Heim erforderlich macht, ist eine Übergangszeit von einem Monat zu gewähren<sup>90</sup>. Diese beginnt mit der Zustellung der Mitteilung des Krankenversicherers, einen weiteren Spitalaufenthalt nicht mehr tragen zu wollen, an den Versicherten zu laufen<sup>91</sup>. Stellt der Richter nachträglich fest, dass die Spitalbedürftigkeit länger als vom Krankenversicherer angenommen bestanden hat, ist die Übergangsfrist ab diesem Zeitpunkt zu gewähren.

**C. Heimpflege versus Hauspflege**

41. Eine Kostenübernahme für Spitex-Leistungen besteht gemäss Art. 25 Abs. 2 lit.a KVG i.V.m.Art. 7Abs. 1 KLV, wenn diese auf ärztliche Anordnung hin oder im ärztlichen Auftrag entweder von Krankenschwestern/

**\*\* SZS 2002 Seite 117 \*\***

-pflegern<sup>92</sup>, von Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause<sup>93</sup> oder von Pflegeheimen<sup>94</sup> erbracht werden. Dem Versicherten steht dabei ein Wahlrecht in Bezug auf den anerkannten Leistungserbringer zu<sup>95</sup>.

**1. Zweckmässigkeit der Spitex- und Heimpflege als Voraussetzung der Leistungspflicht**

42. Das EVG hatte in jüngster Zeit mehrfach Gelegenheit, das Verhältnis zwischen der Spitex- und der Heimpflege zu bestimmen<sup>96</sup>. Eine Leistungspflicht setzt voraus, dass die Spitex- oder die Heimpflege für die

**\*\* SZS 2002 Seite 118 \*\***

Behandlung des Versicherten zweckmässig sind, mithin der Versicherte spitex- bzw. heimpflegebedürftig ist<sup>97</sup>. Erweist sich die Spitex- oder die Heimpflege als unzweckmässig, so kann der Versicherte diese Pflegeform von vornherein nicht wählen bzw. keinen Ersatz der Kosten verlangen, die entstehen würden, wenn statt der (billigeren) Heim- eine (teurere) Spitexpflege - und umgekehrt - in Anspruch genommen würde.

43. Für die Beurteilung der Zweckmässigkeit massgeblich sind nicht nur die medizinischen, sondern auch die individuellen Verhältnisse des Versicherten. Dazu zählen nach der Rechtsprechung insbesondere:

- grundrechtlich geschützte Interessen<sup>98</sup>,
- die Gefahr einer erheblichen Einbusse an Lebensqualität<sup>99</sup>,
- eine Beeinträchtigung der bisherigen bzw. künftigen Berufsausübung oder Ausbildung<sup>100</sup>,
- eine drohende Verschlechterung des körperlichen und psychischen Zustandes<sup>101</sup>,
- Familienverhältnisse<sup>102</sup>,
- der Verlust eines sprachlich-kulturell intakten Umfeldes<sup>103</sup>,

**\*\* SZS 2002 Seite 119 \*\***

- die Beeinträchtigung einer langfristigen Therapiekonstanz<sup>104</sup>,

- nicht der blosse Wunsch, weiterhin in der privaten Wohnung verbleiben zu können, wenn die Spitexkosten das Drei- bis Vierfache der Pflegeheimkosten betragen <sup>105</sup>.

## **2. Wirtschaftlichkeit als massgebendes Abgrenzungskriterium bei gleichzeitiger Spitex- und Heimpflegebedürftigkeit**

### **a) Allgemeines**

44. Das Gebot einer finanziell tragbaren Gesundheitsversorgung bedeutet ferner, dass der Einzelne, wenn er seiner Schadenminderungspflicht nachgekommen ist und die übrigen Voraussetzungen erfüllt, nicht beliebig teure Massnahmen beanspruchen kann. Der Sozialleistungsträger hat nur wirtschaftliche <sup>106</sup> bzw. einfache und zweckmässige <sup>107</sup> Leistungen zu erbringen (sog. Effizienzgrundsatz <sup>108</sup>).

45. Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz richtet sich an alle Beteiligten (Versicherte, Versicherer, Leistungserbringer), insbesondere auch an die Instanzen, welche für Prüfung und Bezeichnung der den Krankenkassen empfohlenen Arzneimittel zuständig sind <sup>109</sup>. Der Leistungserbringer muss sich in seinen Leistungen auf das Mass beschränken, das im Interesse der Versicherten liegt und für den Behandlungszweck erforderlich ist <sup>110</sup>. Für Leistungen, die über dieses Mass hinausgehen, kann die Vergütung verweigert oder zurückgefordert werden <sup>111</sup>.

46. Dies bedeutet, dass grundsätzlich nur die Kosten der günstigeren Leistung übernommen werden müssen, wenn der Behandlungszweck

#### **\*\* SZS 2002 Seite 120 \*\***

durch verschiedene geeignete Massnahmen erreicht werden kann <sup>112</sup>. Die Krankenkassen haben kostspieligere Massnahmen nur zu übernehmen, wenn entweder überhaupt keine andere oder jedenfalls keine kostengünstigere Methode zur Verfügung steht und die fragliche Behandlung sich unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit noch rechtfertigen lässt <sup>113</sup>.

### **b) Pflegekosten als primärer Beurteilungsfaktor bei der Abgrenzung der Haus- und Heimpflege, nicht aber bei der Heim- und Spitalpflege**

47. Eine Pflegebedürftigkeit kann mit hohen Kosten verbunden sein. Erfahrungsgemäss ist Hauspflege kostengünstiger als Heimpflege bzw. - innerhalb der Hauspflege - Angehörigenpflege billiger als Spitexpflege <sup>114</sup>, da bei der Heim- bzw. Spitexpflege betriebliche Fixkostenanteile anfallen <sup>115</sup>. Spitexpflege kann, muss aber nicht zwingend günstiger sein

#### **\*\* SZS 2002 Seite 121 \*\***

als eine Heimpflege. Es ist nämlich möglich, dass eine Langzeit- oder Intensivpflege im Rahmen einer Spitexbetreuung mit täglichen Gesamtkosten verbunden ist, die höher sind als die Pflorgetaxe eines Pflegeheims <sup>116</sup>.

### **c) Massstab für die Wirtschaftlichkeitsbeurteilung: Gesamtkosten oder vom Versicherer zu tragende Kosten?**

48. Das Wirtschaftlichkeitsgebot bezieht sich grundsätzlich auf eine Gesamtkostenbetrachtung <sup>117</sup>. Schwierigkeiten ergeben sich allerdings, wenn die dem Versicherer anfallenden Kosten nicht mit den Gesamtkosten identisch sind. Dies trifft insbesondere bei einer Subventionierung des Leistungserbringers zu <sup>118</sup>. Die Leistungen der Versicherer entsprechen in einem solchen Fall nicht den Gesamteinnahmen. Zahlungen der Leistungsempfänger, Spenden und Subventionen stellen weitere Einnahmen dar.

49. An sich wäre es im Interesse einer finanziell tragbaren Gesundheitsversorgung nahe liegend, die Wirtschaftlichkeit auch bei einer solchen Mischfinanzierung anhand eines Gesamtkostenvergleichs zu beurteilen und, wenn immer möglich, die volkswirtschaftlich kostengünstigste

**\*\* SZS 2002 Seite 122 \*\***

Behandlungsform zu bevorzugen. Das EVG hat diese Auffassung - entgegen einem Teil der Lehre<sup>119</sup> - mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung zur Spitalbedürftigkeit zurückgewiesen. Ferner wurde festgehalten, dass die Gesamtkosten auch Aufenthaltskosten (Unterkunft und Verpflegung) beinhalten würden, die der Versicherer nicht zu tragen habe, und zudem das Wirtschaftlichkeitsgebot Versicherer vor ungebührlicher Inanspruchnahme schütze<sup>120</sup>.

50. De lege ferenda ist zu hoffen, dass das EVG im Interesse einer volkswirtschaftlichen Gesamtbetrachtung und nicht zuletzt auch im Hinblick auf die demografisch bedingte Zunahme von Pflegebedürftigen seine Meinung ändert. Eine Praxisänderung rechtfertigt sich auch insoweit, als sich auch der Versicherte auf den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz berufen kann, weshalb nicht nur die dem Versicherer entstehenden Kosten, sondern auch allfällige finanzielle Nachteile des Versicherten oder seiner Angehörigen, die ihnen bei einer Leistungsverweigerung entstehen<sup>121</sup>, in die Beurteilung miteinzubeziehen sind.

51. Es wäre nämlich ohne grösseren Aufwand möglich, anhand einer Gegenüberstellung der wirtschaftlichen Kennzahlen der jeweiligen Pflegebetriebe, z.B. Spitex-Dienst und Pflegeheim, die effektiven Pflegegesamtkosten zu ermitteln<sup>122</sup> und mit den auf den Versicherer entfallenden Kosten und allfälligen beim Versicherten entstehenden Mehrkosten zu vergleichen.

Um die Dritteinnahmen und Gesamtpflegeausgaben, d.h. die effektiven Heimpflegekosten, zu ermitteln, wären - ausgabenseitig - die (bei Spitexpflege nicht anfallenden) Aufenthaltskosten und - einnahmenseitig - allfällige vom Versicherten zusätzlich zur Heimtaxe bezahlten Hilflosenentschädigungen<sup>123</sup> oder andere Leistungen und freiwillige Zuwendungen (Spenden, Legate etc.) ausser Acht zu lassen<sup>124</sup>. Die so bereinigte Betriebsrechnung bzw. die Gesamtpflegeaus-

**\*\* SZS 2002 Seite 123 \*\***

gaben liessen eine Aussage über die Wirtschaftlichkeit einer konkreten Behandlungsform zu. Zeigt ein Gesamtpflegekostenvergleich, dass die finanzielle Mehrbelastung des Versicherers im Vergleich mit den volkswirtschaftlichen Kosten gerechtfertigt ist, so müsste eine "ungebührliche" Inanspruchnahme des Versicherers verneint werden. Mit einem solchen Vergleich könnte ein sinnvoller und zudem vom Zweck des KVG geforderter Beitrag zur Begrenzung der steigenden Gesundheitskosten geleistet werden.

52. Die Heranziehung eines Gesamtkostenvergleiches bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit ist nicht zuletzt auch deshalb gerechtfertigt, als Leistungserbringer zur Führung einer Kostenstellenrechnung verpflichtet sind<sup>125</sup> und zusammen mit den Versicherern in den Tarifverträgen Massnahmen zur Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit der Leistungen vorzusehen haben<sup>126</sup>. Eine solche Massnahme stellt ein Gesamtkostenvergleich ohne weiteres dar. Die Leistungserbringer müssen zudem den Vertrauensärzten der Versicherer Angaben über Fragen der Vergütung und Tarifierung machen<sup>127</sup>, weshalb die wirtschaftlichen Kennziffern den Beteiligten bekannt und leicht verfügbar sein sollten, womit letztlich ein Gesamtkostenvergleich "justiziabel" ist.

**d) Bedeutung der Grundrechte****(1) Allgemeines**

53. Das Wirtschaftlichkeitsgebot ist - wie die Schadenminderungspflicht - eng mit grundrechtlichen Fragen verbunden. Im Vordergrund stehen dabei grundsätzlich zwei Fragen:

- Muss der Versicherte seinen Haushalt und gegebenenfalls eine Haus- und Pflegegemeinschaft mit Angehörigen aufgeben, wenn die Spitexkosten gegenüber den Pflegeheimkosten in einem groben Missverhältnis stehen?
- Hat der Versicherte einen Anspruch darauf, dass der Versicherer die gegenüber den Spitexkosten höheren Pflegeheimkosten bezahlt, wenn zwar beide Pflegeformen möglich und zweckmässig sind, der Versicherte aber aus persönlichen Gründen ins Heim möchte?

**\*\* SZS 2002 Seite 124 \*\***

Die erste Frage betrifft den "Heimzwang", die zweite Frage die "Wahlfreiheit".

54. Das EVG hat unlängst auf die grundrechtliche Problematik Bezug genommen und betont, dass gestützt auf die Grundrechte zwar keine (neuen) Leistungsansprüche abgeleitet werden können, diesen aber im Rahmen der von Art. 56 Abs. 1 KVG erwähnten "Interessen des Versicherten" verhältnismässig Rechnung zu tragen ist<sup>128</sup>. Da das EVG dem Antrag der Versicherten entsprach, setzte es sich jedoch mit den spezifisch grundrechtlichen Fragen nicht näher auseinander<sup>129</sup>.

## **(2) Faktischer Heimzwang als Grundrechtsproblem**

55. Der "Heimzwang" betrifft die Problematik der faktischen Grundrechtsverletzung<sup>130</sup>. Der Versicherte wird - etwa im Gegensatz zur fürsorgerischen Freiheitsentziehung - unmittelbar nicht zu einem Heimaufenthalt gezwungen. Die drohende Leistungsverweigerung übt jedoch mittelbaren Zwang aus: entweder Heim oder kein Geld.

56. Da Pflegebedürftige wohl regelmässig nicht (zu) begütert sind, entsteht so ein faktischer Heimzwang, der zu einer Beeinträchtigung des

### **\*\* SZS 2002 Seite 125 \*\***

Privat- und Familienlebens sowie gegebenenfalls weiterer Grundrechte (Wirtschaftsfreiheit<sup>131</sup>, Eigentums- und Ehefreiheit<sup>132</sup>) nicht nur der Versicherten, sondern auch der Angehörigen führt.

57. Das EVG hat die generelle Priorität der Hauspflege unter Hinweis auf die Materialien abgelehnt<sup>133</sup>. Der Versicherte kann daher nicht - unbekümmert um allfällige vom Versicherer zu bezahlende Kosten - Hauspflegemassnahmen beanspruchen, wenn diese genauso geeignet sind wie eine billigere Heimpflege. Diese Praxis ist - von einem volkswirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen - wenig sinnvoll, vor allem deshalb, weil die Heimpflege gesamthaft teurer als Spitexpflege ist.

58. Zudem hat der Versicherer nur die Pflege-, nicht aber die Pensionstaxe zu bezahlen, weshalb der Versicherte u.U. finanziell nachhaltig belastet wird, wenn er Pensionskosten zu tragen hat, die höher als seine Lebenshaltungskosten zuhause sind. Allfällige finanzielle Nachteile des Versicherten (ungeddeckte Pflegekosten, auf den Ehegatten oder Kinder entfallende erhöhte Lebenshaltungskosten, Verlust bei der Vermietung oder Veräusserung von Wohneigentum etc.) sind daher ebenfalls in die Wirtschaftlichkeitsprüfung miteinzubeziehen<sup>134</sup>.

59. Werden nur die dem Versicherer anfallenden Kosten bei Heimoder Hauspflege berücksichtigt und die Wirtschaftlichkeit bzw. die Wahlfreiheit vom Fehlen eines groben Missverhältnisses abhängig gemacht<sup>135</sup>,

### **\*\* SZS 2002 Seite 126 \*\***

besteht die Gefahr, dass die immateriellen Grundrechtsinteressen des Versicherten und seiner Angehörigen zu wenig berücksichtigt werden, umso mehr als diese nicht in Geld aufgewogen und in den Kostenvergleich miteinbezogen werden können.

## **IV. Pflegebedürftigkeit und Wahlfreiheit**

### **A. Allgemeines**

60. Grundsätzlich steht den Versicherten unter den zugelassenen Leistungserbringern, die für die Behandlung geeignet sind, ein freies Wahlrecht zu<sup>136</sup>. In persönlicher Hinsicht bezieht sich die Wahlfreiheit auf alle und nicht nur eine bestimmte Kategorie von anerkannten Leistungserbringern, z.B. Spitex-Organisationen<sup>137</sup>. In räumlicher Hinsicht besteht das Wahlrecht nicht nur am Wohnort des Versicherten<sup>138</sup>.

61. Erweisen sich sowohl Spitex- als auch Heimpflege als zweckmässig, lässt das EVG dem Versicherten nicht die Wahl der Pflegeform. Er kann nur die Kosten geltend machen, die bei der wirtschaftlichsten Pflegeform entstehen würden<sup>139</sup>. Am wirtschaftlichsten ist dabei nicht die billigste Pflegeform, sondern jene, bei der im Hinblick auf die Zweckmässigkeit nicht ein "grobes Missverhältnis" zwischen den Spitex- und den Heimpflegekosten besteht<sup>140</sup>.

62. Die Rechtsprechung hat es abgelehnt, eine prozentuale Obergrenze festzusetzen, bei der automatisch von



**\*\* SZS 2002 Seite 130 \*\***

69. In einem neueren Entscheid hat das EVG seine bisherige Praxis bestätigt und festgehalten, dass der Grundsatz der Austauschbefugnis zwar auch im Bereich der KV gelte, aber nicht zu einem Austausch von Pflicht- durch Nichtpflichtleistungen führen dürfe. Dies wäre bei der Zulassung der Angehörigen- anstelle der Spitexpflege jedoch der Fall, da es sich beim Erfordernis des anerkannten Leistungserbringers um eine nicht substituierfähige Leistungsvoraussetzung handle <sup>160</sup>.

70. Diese restriktive Praxis überzeugt aus mehreren Gründen nicht:

- Die Angehörigen- ist der Spitexpflege in qualitativer Hinsicht ebenbürtig. Spitex-Organisationen müssen zwar über ausreichendes Fachpersonal verfügen <sup>161</sup>, können Pflegeleistungen aber auch durch angeleitetes und beaufsichtigtes "Laienpersonal" ausführen lassen, die selbst nicht die Voraussetzungen anerkannter Leistungserbringer erfüllen <sup>162</sup>. Es besteht kein sachlicher Grund, Angehörige generell auszuschliessen, Laienpersonal bei Spitex-Organisationen aber zuzulassen, umso mehr, als Massnahmen der Abklärung und Beratung, insbesondere von Angehörigen, auch Pflichtleistungen sind <sup>163</sup>.
- Diejenigen Versicherten, deren Angehörige - per Zufall - die Voraussetzungen als anerkannter Leistungserbringer erfüllen oder als Angestellte einer Spitex-Organisation tätig sind, können einen Ersatzanspruch geltend machen <sup>164</sup>, alle anderen aber nicht, was sachlich nicht überzeugt und zudem rechtsungleich ist.
- Die Angehörigenpflege ist rund die Hälfte billiger als Spitexpflege <sup>165</sup>. Der Ausschluss der Angehörigenpflege führt daher - soweit sie durch Spitexpflege substituiert wird - zu unnötigen Mehrkosten. Der Ausschluss des Grundsatzes der Austauschbefugnis begünstigt zudem nicht nur eine "Flucht" in die (teurere) Spitex-, sondern auch in die (teurere) Heimpflege, was dem Ziel einer finanziell tragbaren Gesundheitsversorgung zuwiderläuft.

**\*\* SZS 2002 Seite 131 \*\***

- Der Gesetzgeber hat in allen anderen Bereichen die Angehörigenpflege als Anspruchstatbestand anerkannt, was darauf schliessen lässt, dass der Grundsatz der Austauschbefugnis im Bereich der Angehörigenpflege nicht a priori ausgeschlossen ist. Das EVG hat in anderen Fällen, insbesondere beim Hauspflegeanspruch im Bereich der IV, eine Substitution in Bezug auf das Erfordernis des anerkannten Leistungserbringers zugelassen <sup>166</sup>, weshalb die Nichtanwendung des Grundsatzes der Austauschbefugnis im Bereich der KV widersprüchlich ist.
- Nicht nachvollziehbar ist die Haltung des EVG aber besonders dann, wenn der Versicherte zwar berechtigt wäre, Spitexleistungen zu beanspruchen, diese aber aus nachvollziehbaren Gründen nicht beanspruchen will oder auf Grund eines ungenügenden Spitexangebots (fehlendes Personal oder fehlende zeitliche Verfügbarkeit) überhaupt nicht oder zumindest nicht dem persönlichen Bedarf entsprechend beanspruchen kann. Im letzteren Fall entsteht eine Leistungsverweigerung, die, wenn sie grundrechtlich geschützte Lebensbereiche betrifft, gleichzeitig eine faktische Grundrechtsverletzung <sup>167</sup> darstellt.

71. MEYER-BLASER <sup>168</sup> kritisiert zu Recht diese allzu restriktive Rechtsprechung im Bereich des Rechtsgrundsatzes der Austauschbefugnis. Wenn der Versicherte schon zur Vornahme schadenmindernder Massnahmen verpflichtet ist, sollte er an sich nicht dafür bestraft werden, wenn er freiwillig und zur Vermeidung von für u.U. unzumutbaren Folgekosten statt einer ihm zustehenden teureren Behandlungsart eine billigere wählt, deren Anspruchsvoraussetzungen jedoch nicht erfüllt sind. MEYER-BLASER <sup>169</sup> hält im Weiteren zutreffend fest, dass es bestimmte Behandlungsformen gibt, an die der (historische) Gesetzgeber entweder nicht gedacht hat oder die bei Gesetzeserlass noch nicht bekannt waren. In solchen Fällen liegt eine echte Lücke vor und ist die Leistungspflicht ohne weiteres zu bejahen.

**\*\* SZS 2002 Seite 132 \*\***

72. In den anderen Fällen, insbesondere im Verhältnis Haus-/Spitexpflege, ist entgegen der Auffassung des EVG auch im Bereich der KV eine Leistungspflicht anzunehmen, wenn die Voraussetzungen des Grundsatzes der Austauschbefugnis erfüllt sind <sup>170</sup>. Dies ist dann der Fall, wenn eine Beitragspflicht bejaht werden müsste, sofern die an sich leistungsberechtigte Pflege nicht von den Angehörigen, sondern von zugezogenen Dritten erbracht würde, und schützenswerte Gründe vorliegen, welche die Substitution fehlender

Anspruchsvoraussetzungen zu rechtfertigen vermögen <sup>171</sup>.

73. Die derzeitige Gesetzeslage ist schliesslich auch im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot <sup>172</sup> und Diskriminierungsverbot <sup>173</sup> zu kritisieren. Es entstehen verschiedene Ungleichheiten: Diejenigen, die von den Systemen der IV, UV und MV erfasst werden, können sich von Angehörigen pflegen und betreuen lassen bzw. verfügen über ein echte Wahlfreiheit, während die anderen nur Spitexleistungen beanspruchen können. Diese personelle Ungleichbehandlung wird durch eine unterschiedliche Leistungsgewährung noch verstärkt. Mit dem Gleichbehandlungsgebot sind solche Ungleichbehandlungen nur aus sachlichen, vertretbaren Gründen vereinbar <sup>174</sup>.

**\*\* SZS 2002 Seite 133 \*\***

74. Selbst wenn solche Gründe vorliegen würden, entbehren sie einer qualifizierten Rechtfertigung. Eine solche verlangt die Praxis, wenn die Ungleichbehandlung als Folge von Alter oder Behinderung erfolgt <sup>175</sup>. Sowohl die personelle als auch die sachliche Ungleichbehandlung basieren - im Vergleich zu nicht pflegebedürftigen Personen - auf dem Alter (bei Kindern oder Betagten) oder auf einer Behinderung. Beide Unterscheidungsmerkmale stellen seit dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung unzulässige Diskriminierungsgründe i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV dar, weshalb die geschilderte Ungleichbehandlung nur zulässig ist, wenn sie einerseits qualifiziert gerechtfertigt werden kann und zudem mit keiner erheblichen Schlechterstellung verbunden ist <sup>176</sup>.

75. Eine qualifizierte oder zwingende Rechtfertigung scheint unmöglich zu sein, da in den Bereichen der UV, IV und MV Angehörige als Leistungserbringer zugelassen sind, was sie nicht sein würden, wenn es zwingende Gründe gäbe. Eine erhebliche Schlechterstellung entsteht insoweit, als die Spitexpflege meistens nicht den gesamten Pflegeaufwand abdecken kann bzw. darf <sup>177</sup> und deshalb Angehörige bei Schwerstpflegefällen trotz Spitexpflege weiterhin einen beachtlichen Teil der notwendigen Pflege und Betreuung erbringen, ohne dafür -

**\*\* SZS 2002 Seite 134 \*\***

wie Angehörige von Versicherten anderer Systeme - entschädigt zu werden <sup>178</sup>.

76. Die durch ein solches System erzielten vermeintlichen Einsparungen sind schliesslich nur fiktiv. Die Arbeitskraft von Angehörigen ist kostengünstiger als diejenige einer Organisation der Krankenpflege, da letztere Kosten zu tragen hat, die bei Angehörigen nicht anfallen. Der einer Organisation der Krankenpflege zu entrichtende Stundenansatz beträgt in vielen Kantonen das Doppelte des Stundenansatzes für eine hypothetische Ersatzkraft <sup>179</sup>, weshalb das derzeitige Spitex-System - im Verhältnis zur Angehörigenpflege, nicht aber im Verhältnis zur Spital- und Heimpflege - unnötig Mehrkosten verursacht und dem Ziel des KVG, Kosten einzudämmen, zuwiderläuft. Die Angehörigenpflege sollte deshalb vom EVG auch im Bereich der KV gestützt auf den Grundsatz der Austauschbefugnis als leistungsberechtigt anerkannt werden <sup>180</sup>.

## V. Schlussbetrachtung

77. Das schweizerische Leistungssystem bei Pflege- und Betreuungsbedürftigkeit ist uneinheitlich geregelt und akut reformbedürftig. Um Deckungslücken und Regelungsdefizite möglichst gering zu halten, sind die verschiedenen derzeitigen Spital-, Heim- und Hauspflegeansprüche im eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Recht anhand eines zu entwickelnden Gesamtkonzeptes über die Leistungen bei Pflege und Betreuung zu Hause oder in einem Spital bzw. Heim zusammenzufügen und nach Massgabe der für die Leistungsgewährung anwendbaren Grundprinzipien in ein "schlankes", eigenständiges Leistungssystem auf Bundesebene zu überführen, wobei nur eine Verwaltungs- und Vollzugsbehörde, z.B. die IV-Stellen, nach einem standardisierten Pflegeaufwandmesssystem Art und Umfang der Pflegebedürftigkeit feststellen.

78. Ein derartiges Gesamtkonzept sollte dabei final und subjektorientiert gestaltet werden und die Hauspflege, insbesondere die Pflege und Be-

**\*\* SZS 2002 Seite 135 \*\***

treuung durch Angehörige fördern <sup>181</sup>. Es sind deshalb, wenn immer möglich, individuelle Leistungen vorzusehen, weil ein kollektives Leistungssystem mit Bau- und Betriebsbeiträgen unterschiedlichster Art die in der Regel teureren institutionalisierten Pflegeformen fördert und den einzelnen Pflege- und

Betreuungsbedürftigen "bevormundet". Die pflegebedürftigen Personen sind in einem überwiegend objektfinanzierten System nicht in der Lage, die notwendige Pflege und Betreuung aus ihnen zukommenden Mitteln am Pflegemarkt zu erwerben, sondern werden darauf verwiesen, ein vorgegebenes Angebot zu akzeptieren, das ihrem konkreten Pflegebedarf meistens nicht vollends entspricht, aber paradoxerweise nur deshalb und mit dem Ziel geschaffen und finanziert wurde, ihre individuellen Pflege- und Betreuungsbedürfnisse abzudecken.

79. Eine amtsinterne Arbeitsgruppe des BSV ist 1991 in ihrem Bericht "Spitex aus der Sicht der Sozialversicherungen" auf Grund der demografischen Prognosen zu folgenden Ergebnissen gelangt: Der Bevölkerungsanteil der bis 65-Jährigen wird sich leicht verringern, während sich derjenige der über 65-Jährigen bis zum Jahr 2040 von 1 Mio. auf 1,5 Mio. vergrössern wird. Der Anteil der über 80-Jährigen wird sich verdoppeln und derjenige der über 95-Jährigen verdreifachen. Bei den 65-Jährigen ist der Anteil der Pflegebedürftigen zwischen 1 und 2%, während er bei den über 90-Jährigen bei 30% liegt.

80. Die Entwicklung der letzten Jahre zeigt zudem eine eindeutige Tendenz zu Einpersonen- und Kleinfamilienhaushalten<sup>182</sup>. Die geänderte Sozialstruktur in der Bevölkerung beeinflusst schliesslich die innerfamiliäre Pflege und Betreuung. Frauen - als traditionell informell tätige Pflege- und Betreuungspersonen - sind ebenfalls zunehmend ins Erwerbsleben integriert, weshalb der Bedarf an institutioneller Pflege und Betreuung wächst<sup>183</sup>.

**\*\* SZS 2002 Seite 136 \*\***

81. Auf Grund der demografischen Entwicklung ist davon auszugehen, dass bis zum Jahr 2040 ein zusätzlicher Bedarf an 50 000 Pflegeplätzen besteht, was gemäss Schätzung der amtsinternen Arbeitsgruppe des BSV bei einer Heimunterbringung einem Investitionsvolumen von 12,5 Mia. (Kostenstand 1991) entspricht. Mit dieser Entwicklung wird sich das soziale Defizit der Pflegebedürftigkeit drastisch verschärfen. Politik und Gesetzgeber werden sich vermehrt mit der Frage auseinandersetzen müssen, wie die Generation der sehr alten Menschen nach dem "demografischen Überschallknall"<sup>184</sup> und alle anderen Pflegebedürftigen mit den nötigen Pflegedienstleistungen kostengünstig versorgt werden sollen<sup>185</sup>.

82. In Anbetracht der vorstehend geschilderten Probleme ist die Einführung einer Pflegeversicherung - nach dem Vorbild von Deutschland und Österreich<sup>186</sup> - eine Herausforderung, die das 21. Jahrhundert an die schweizerische Sozialpolitik stellt<sup>187</sup>. Bis ein einheitliches Pflegesiche-

**\*\* SZS 2002 Seite 137 \*\***

runssystem eingeführt ist, sehen sich Gerichte vor das Problem gestellt, wie Grundrechtsschutz und Kosteneffizienz in Einklang gebracht werden können. Im Interesse einer grundrechtskonformen, aber doch kostengünstigen Pflegeversorgung sollte das EVG die Akzente vermehrt zu Gunsten der Hauspflege setzen und innerhalb der Hauspflege die Angehörigenpflege gegenüber der Spitexpflege bevorzugen, insbesondere dann, wenn die Kosten der Angehörigenpflege tiefer sind als bei einer Spitex- oder Heimpflege.

**\*\* SZS 2002 Seite 138 \*\***

Literatur

BIGOVIC-BALZARDI, A. (2000) Von der Entschädigung Hilfloser zur Finanzierung der Assistenz behinderter Menschen: Einführung einer Assistenzentschädigung mit der 4. IV-Revision, in: CHSS 2000 48 ff.

BIRNBACHER, D. (1988) Verantwortung für zukünftige Generationen, Stuttgart

BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNG ( BSV ) (2000) Spitex-Statistik 1998, Bern

BUNDI, M.A. (1994) Die Invalidenversicherung und deren Leistungsausschluss so wie Rentenkürzung wegen Verschuldens des Behinderten, Diss.Freiburg i.U.

ETTLIN, R. (1998) Die Hilflosigkeit als versichertes Risiko in der Sozialversicherung. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Diss. Freiburg i.U.

FAENSEN, M. (1992) Wie sollen die Leistungen einer Pflegeversicherung aussehen? in: Alter und Pflege, Argumente für eine soziale Absicherung des Pflegerisikos, Schriftenreihe Gesundheitsökonomie, Bd.3, (Eds.KYTIR, J. und MÜNZ, R.), Berlin, 195 ff.

FLEINER, T. (2000) Die neue schweizerische Bundesverfassung. Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht

und Staatsstruktur, Basel

GÄCHTER, T./BERTSCHI, M.(2000) Neue Akzente in der "nachgeführten" Bundesverfassung, Zürich

GASSMANN, J. (2000) Assistenzentschädigung: psychisch Behinderte nicht mehr benachteiligen!, in: CHSS 2000 56 ff.

GEHRER, L. R. (1998) Von der Schadenminderungspflicht in: Collezione Assista Genf, 156 ff.

HALLER, W. (1997) Grundrechte und Epidemiegesetz in: Recht & Aids (Eds. ROOS, B. und KOLLER, H.), Bern, 57 ff.

HENKE, K.-D. (1991) Finanzielle Sicherung des Pflegerisikos.Finanzierung über Kapitaldeckungs- oder Umlageverfahren in: Die Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit (Ed. ( GVG), G. f.V. u.g.), Bergisch Gladbach, 1 ff.

KYTIR, J./MÜNZ, R. (1992) Hilfs- und Pflegebedürftigkeit im Alter - empirische Evidenzen in: Alter und Pflege, Argumente für eine soziale Absicherung des Pflegerisikos, Schriftenreihe Gesundheitsökonomie, Bd. 3 (Eds. KYTIR, J. und MÜNZ, R.), Berlin, 71 ff."

LANDOLT, H. (1994) Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht.Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Diss. Zürich

LATZEL, G./ANDERMATT, C., et al. (1997) Sicherung und Finanzierung von Pflege leistungen bei Pflegebedürftigkeit:Band 1.Beiträge zur sozialen Sicherheit.Forschungsbericht Nr. 97/6, Bern

**\*\* SZS 2002 Seite 139 \*\***

LOCHER, Y.T. (1992) Die Schadenminderungspflicht im Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung in:Festschrift 75 Jahre EVG Zürich, 407 ff.

MAGER, H.-C. (1999) Pflegebedürftigkeit: Charakterisierung eines multidimensionalen Phänomens in: Pflegebedürftigkeit und Pflegesicherung in ausgewählten Ländern (Eds. EISEN, R. und MAGER, H.-C.), Opladen, 29 ff.

MANSER, M. (1998) Eine eigenständige Pflegeversicherung prüfen in: Spitex im Trend - Trends für Spitex (Ed.Schweiz, S.V.), Bern, 246 ff.

MAURER, A. (1987) Genügt die soziale Sicherung bei Pflegebedürftigkeit?, in: Schweizerische Krankenkassenzeitung 1987 120 f.= ZöF 1987 106 ff.

MAURER, A. (1989) Schweizerisches Unfallversicherungsrecht.2.Aufl., Bern

MAURER, A. (1998) Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel/Frankfurt a.M.

MEYER-BLASER, U. (1985) Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht (am Beispiel der beruflichen Eingliederungsmassnahmen der IV), Diss. Bern

MÜLLER, M. (1992) Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung, Basel/Frankfurt a.M.

MURER, E. (1995) Grundrechtsverletzungen durch Nichtgewährung von Sozialversicherungsleistungen? Bemerkungen zu zwei Entscheiden des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, in: SZS 1995 184 ff.

OFTINGER, K./STARK, E.W. (1995) Schweizerisches Haftpflichtrecht.Bd.I:Allgemeiner Teil, 5.Aufl., Zürich

PESTALOZZI-SEGER, G. (1994) Behinderte hoffen auf Assistenzentschädigung. Zur Finanzierung von Pflege- und Betreuungskosten, in: ZöF 1994, 135 ff.

PESTALOZZI-SEGER, G. (1998) Behinderte und Spitex: Schwierigkeiten bei der Finanzierung ambulanter Pflege, Betreuung und Assistenz in: Spitex im Trend - Trends für Spitex (Ed. Schweiz, S.V.), Bern, 260 ff.

PESTALOZZI-SEGER, G. (2000) Assistenzentschädigung: selbständige Lebensführung ausserhalb von Heimen ermöglichen!, in: CHSS 2000 52 ff.

PIFFNER RAUBER, B. (2000) Pflegeheim oder Hauspflege? Zur Leistungspflicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in:AJP 2000 1403 ff.

RICHLI, P. (1998) Hoheitliche Leistungspflichten und Leistungsbeschränkungen im Gesundheitswesen als Grundrechtsproblem, in: SVZ 1998 243 ff.

RUMO-JUNGO, A. (1998) Haftpflicht und Sozialversicherung. Begriffe, Wertungen und Schadensausgleich, Freiburg i.U.

SALADIN, P./ZENGER, C. (1988) Rechte künftiger Generationen, Basel

SCHNYDER, B.(1990) Vormundschaftsrecht für Erwachsene und Menschenwürde in: Das Menschenbild im Recht Freiburg i.U., 429 ff.

**\*\* SZS 2002 Seite 140 \*\***

SCHÜRER, C. (1997) Grundrechtsbeschränkungen durch Nichtgewähren von Sozialversicherungsleistungen, in:AJP 19973 ff.

SZEMERÉDY, J. (2000) Verfassungsauslegung als methodologisches Grundproblem im Lichte der revidierten Bundesverfassung in: Neue Akzente in der "nachgeführten" Bundesverfassung (Eds. GÄCHTER, T. und BERTSCHI, M.), Zürich, 33 ff.

TROJAN, A. (1992) Gesundheit fördern oder kontrollieren? Ein kritischer Streifzug durch die Präventionslandschaft in: Gesundheit fördern statt kontrollieren. Eine Absage an den Mustermenschen (Eds. TROJAN, A. und STUMM, B.), Frankfurt a.M., 9 ff.

TSCHANNEN, P. (2000) Die Auslegung der neuen Bundesverfassung in: Die neue Bundesverfassung. (Ed. ZIMMERLI, U.), Bern, 223 ff.

TSCHUDI, H. P. (1996) Das Sozialrecht im Entwurf zu einer reformierten Bundesverfassung von 1995, in: SZS1996, 194 ff.

ZENGER, C.A. (1998) Privatisierung im Gesundheitswesen? in:Rechtliche Probleme der Privatisierung.Berner Tage für die juristische Praxis 1997 (Ed.WIEGAND, W.), Bern, 257 ff.

ZIMMERLI, U. (2000) Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft.Berner Tage für die juristische Praxis - BTJP 1999 Bern

ZWEIFEL, P./FELDER, S., et al. (1994) Pflegebedürftigkeit im Alter. Risiken, Kosten, Lösungsvorschläge, Zürich

**Fussnoten:**

<sup>1</sup> Weiterführende Beiträge und Hinweise auf die Materialien finden sich in den Sammelbänden FLEINER, T.(2000), Die neue schweizerische Bundesverfassung.Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur, Basel, GÄCHTER, T./BERTSCHI, M. (2000), Neue Akzente in der "nachgeführten" Bundesverfassung, Zürich, und ZIMMERLI, U. (2000), Die neue Bundesverfassung.Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft.Berner Tage für die juristische Praxis - BTJP 1999, Bern.

<sup>2</sup> Vgl. Botschaft vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, Separatdruck, Bern 1996 (zit. nachfolgend BOTSCHAFT BV), 19 ff.

<sup>3</sup> Z.B. Art. 8 Abs. 2 und 4 BV (Gleichstellung der Behinderten). Siehe dazu auch SZE-MERÉDY, J. (2000), Verfassungsauslegung als methodologisches Grundproblem im Lichte der revidierten Bundesverfassung in: Neue Akzente in der "nachgeführten" Bundesverfassung (Eds. GÄCHTER, T.und BERTSCHI, M.), Zürich, 33 ff., 36 ff., und TSCHANNEN, P.(2000), Die Auslegung der neuen Bundesverfassung in: Die neue Bundesverfassung. (Ed. ZIMMERLI, U.), Bern, 223 ff., 242 ff., zu den Auswirkungen des Nachführungskonzepts für die Auslegung.

<sup>4</sup> Siehe Art. 29 Abs. 2 (Rechtspflege), Art. 41 Abs. 1 lit.b (Pflege), Art. 80 Abs. 2 lit.a (Tierpflege), Art. 104 Abs. 1 lit.b (Pflege der Kulturlandschaft), Art. 166 Abs. 1 (Pflege der Beziehungen zum Ausland) und Art. 172 Abs. 1 (Pflege der Beziehungen zwischen Bund und Kantonen).

<sup>5</sup> Vgl. dazu auch die Kritik von TSCHUDI, H. P. (1996), Das Sozialrecht im Entwurf zu einer reformierten Bundesverfassung von 1995, in: SZS, 194 ff., 196 und 206.

<sup>6</sup> Vgl.Art. 41 Abs. 3 BV.Siehe auch BOTSCHAFT BV, 200 m. w.H.

<sup>7</sup> Vgl.Art. 41 Abs. 4 BV.

<sup>8</sup> Die Nichtverwendung des Begriffs lässt sich darauf zurückführen, dass der Verfassungsgeber die anerkannten Risiken im Bereich der sozialen Sicherheit ursachen- und nicht folgebezogen umschreibt (Alter, Invalidität, Unfall, Krankheit, Arbeitslosigkeit etc.) und zudem die alte Bundesverfassung Pflegebedürftigkeit nicht als eigenständiges soziales Risiko anerkannt hat.

<sup>9</sup> Z.B.Alter (Art. 8 Abs. 2, 41 Abs. 2 und 111 BV), Behinderung bzw.Behinderte/r (Art. 8 Abs. 2 und 108 Abs. 4 BV), Betagte/r (Art. 108 Abs. 4 und 112 Abs. 4 BV), Bedürftige (Art. 108 Abs. 4 und 115 BV), Invalidität bzw. Invalide/r (Art. 41 Abs. 2, 111 und 112 Abs. 6 BV), Krankheit bzw.Geisteskrankheit (Art. 41 Abs. 2, 117, 118 Abs. 2 lit.b, 119 Abs. 2 lit.c und Art. 136 Abs. 1 BV), Unfall (Art. 41 Abs. 2, und 117 BV) sowie Existenzbedarf (Art. 112 Abs. 2 lit. b BV und 10. Übergangsbestimmung BV).

<sup>10</sup> Vgl. dazu meinen in der ZIAS 2002/1 erscheinenden Artikel Pflegebedürftigkeit und Diskriminierungsverbot

(Art. 8 Abs. 2 BV).

<sup>11</sup> Vgl. LANDOLT, H. (2001), Pflegerecht. Band I: Grundlagen des Pflegerechts. Eine Darstellung der begrifflichen, statistischen und volkswirtschaftlichen Grundlagen und des internationalen Pflegerechts, Bern, N 452 ff. und 568 ff.

<sup>12</sup> Vgl. z.B. Art. 8 Abs. 2 EMRK, der den "Schutz der Gesundheit" ausdrücklich als öffentliches Interesse anerkennt.

<sup>13</sup> Vgl. BGE 118 Ia 427 E. 6b. Siehe dazu auch MÜLLER, M. (1992), Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung, Basel/Frankfurt a.M., 168 f.

<sup>14</sup> Ibid. Dazu siehe ferner HALLER, W. (1997), Grundrechte und Epidemiegesetz in: Recht & Aids (Eds. ROOS, B. und KOLLER, H.), Bern, 57 ff.

<sup>15</sup> Vgl. BGE 99 Ia 751 f. E. b. Siehe ferner MÜLLER, M. (1992), Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung, Basel/Frankfurt a.M., und HALLER, Kommentar BV, N 145 ff. zu persönliche Freiheit.

<sup>16</sup> BGE 118 Ia 427 E. 6b. Siehe dazu auch ZENGER, C. A. (1998), Privatisierung im Gesundheitswesen? in: Rechtliche Probleme der Privatisierung. Berner Tage für die juristische Praxis 1997 (Ed. WIEGAND, W.), Bern, 257 ff.

<sup>17</sup> In der Literatur wird bisweilen die Forderung erhoben, die Vorsorge über die blosse Gesundheitsprävention auf eine allgemeine Gesundheitsförderung auszudehnen und insbesondere auch Gesundheitsanliegen künftiger Generationen vermehrt zu berücksichtigen, vgl. z.B. TROJAN, A. (1992), Gesundheit fördern oder kontrollieren? Ein kritischer Streifzug durch die Präventionslandschaft in: Gesundheit fördern, statt kontrollieren. Eine Absage an den Mustermenschen (Eds. TROJAN, A. und STUMM, B.), Frankfurt a.M., 9 ff. Siehe ferner BIRNBACHER, D. (1988), Verantwortung für zukünftige Generationen, Stuttgart, und SALADIN, P./ZENGER, C. (1988), Rechte künftiger Generationen, Basel.

<sup>18</sup> Vgl. dazu auch SJ 1995 681 ff. = plädoyer 1995 61 ff.: Durch die Ausübung eines Streiks dürfen gemäss Bundesgericht nicht wichtige Bereiche des öffentlichen Dienstes lahmgelegt werden (zum Beispiel die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, Vermögensschutz, Feuerbekämpfung oder die Pflege von Kranken in den Spitälern).

<sup>19</sup> Vgl. BGE 118 Ia 427 E. 6c. Siehe ferner BGE 114 Ia 182 E. 3d (Schutz der Persönlichkeits- und Intimsphäre im Zusammenhang mit der Anordnung eines fürsorglichen Freiheitsentzuges als im öffentlichen Interesse geboten).

<sup>20</sup> BGE 124 I 40 E. 4b

<sup>21</sup> Insbesondere Behinderte (vgl. Art. 8 Abs. 2 BV). Vgl. auch SCHNYDER, B. (1990), Vormundschaftsrecht für Erwachsene und Menschenwürde in: Das Menschenbild im Recht, Freiburg i.U., 429 ff.

<sup>22</sup> So BGE 118 Ia 427 E. 6b. Siehe ferner BGE 123 V 25 E. 3c "sparsamer, gegenseitig abgestimmter und haushälterischer Umgang mit Steuergeldern im Verhältnis zu Versicherungsleistungen", 113 V 22 E. 4d "öffentliches Interesse an einer sparsamen und wirtschaftlichen Versicherungspraxis", 111 V 324 E. 2a "Pflicht der Krankenkassen zu sparsamer Haushaltführung"; 102 Ia 243 E. 5b "Gebot der sparsamen Verwendung staatlicher Mittel" und 98 V 158 "Grundsatz sparsamer Behandlungsweise".

<sup>23</sup> Siehe z.B. Art. 10 Abs. 2, Art. 28 Abs. 2 und Art. 31 Abs. 1 IVG, Art. 18 Abs. 2 und Art. 48 UVG sowie Art. 18 und 40 Abs. 4 MVG.

<sup>24</sup> Vgl. statt vieler GEHRER, L.R. (1998), Von der Schadenminderungspflicht in: Collezione Assista Genf, 156 ff., MEYER-BLASER, U. (1985), Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht (am Beispiel der beruflichen Eingliederungsmassnahmen der IV), Diss. Bern, 131, LOCHER, Y.T. (1992), Die Schadenminderungspflicht im Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung in: Festschrift 75 Jahre EVG Zürich, 407 ff., 408 f. und 415, OFTINGER, K./STARK, E.W. (1995), Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. I: Allgemeiner Teil, 5.A., Zürich, 261 ff., und RUMO-JUNGO, A. (1998), Haftpflicht und Sozialversicherung. Begriffe, Wertungen und Schadensausgleich, Freiburg i.U., N 832.

<sup>25</sup> Eine Verletzung der Schadenminderungspflicht hat zur Folge, dass der Sozialversicherungsträger nach erfolgter Mahnung seine Leistungspflicht einstellen oder verweigern kann (LANDOLT, H. (1994), Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Diss. Zürich, N 283 ff.). Der unter privatrechtlichen Grundsätzen Ersatz- oder Haftpflichtige demgegenüber ist im Umfang der durch eine Verletzung der Schadenminderungspflicht verursachten Mehrkosten nicht ersatzpflichtig, wobei den privatrechtlich Ersatz- oder Haftpflichtigen keine Mahnpflicht trifft. Vgl. auch Art. 6 VVG (Vertragsrücktritt).

<sup>26</sup> Vgl. z.B. Art. 6 Abs. 2 HVI. Insoweit ist die in der Lehre vertretene Ansicht (vgl. z.B. RUMO-JUNGO, A. (1998), Haftpflicht und Sozialversicherung. Begriffe, Wertungen und Schadensausgleich, Freiburg i.U., N 833), die Schadenminderungspflicht stelle ausnahmslos eine nicht durchsetzbare Obliegenheit dar, nicht ganz richtig.

<sup>27</sup> Kein Rentenanspruch besteht praxismässig, wenn der Versicherte selbst ohne Eingliederungsmassnahmen zumutbarerweise in der Lage wäre, ein rentenausschliessendes Erwerbseinkommen zu erzielen (vgl. z.B. ZAK 1969 457 f.). Entsprechend steht einem Versicherten nur eine halbe Rente zu, wenn er ohne

Eingliederungsmassnahmen zumutbarerweise ein Erwerbseinkommen erzielen könnte, das lediglich eine hälftige Invalidität begründen würde und wenn andererseits keine Eingliederungsmöglichkeiten bestehen, welche selbst die Zusprechung einer halben Rente ausschliessen ( BGE 107 V 20 E. 2c, 105 V 178 E. 2 und ZAK 1983 257 E. 1.).

<sup>28</sup> Vgl. BGE 113 V 28 E. 4a und MEYER-BLASER, U. (1985), Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht (am Beispiel der beruflichen Eingliederungsmassnahmen der IV), Diss. Bern, 134 ff. und 138 ff.

<sup>29</sup> Vgl. LANDOLT, H. (1994), Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Diss. Zürich, N 180 ff.

<sup>30</sup> So auch RUMO-JUNGO, A.(1998), Haftpflicht und Sozialversicherung.Begriffe, Wertungen und Schadensausgleich, Freiburg i.U., N 834.

<sup>31</sup> Vgl. BREHM, N 74 zu Art. 46 und N 56 zu Art. 42 OR.

<sup>32</sup> Vgl. z.B. den Anwendungsfall AHI-Praxis 1996 196 (therapeutische Massnahmen am rechten Bein).

<sup>33</sup> Vgl. BGE 113 V 28 E.4a, 107 V 20, 105 V 178 E.2, 99 V 48, EVGE 1967 33 und ZAK 1989 213 ff., 1985 325 je m.H.

<sup>34</sup> ZAK 1986 507.

<sup>35</sup> Die nachfolgenden Ausführungen zu den die Selbständigkeit erhaltenden oder verbessernden Massnahmen betreffen Hilflosenentschädigung und Hilfsmittelanspruch, gelten aber entsprechend für andere Pflegeleistungen, insbesondere Hauspflege- und Spitexleistungen, sofern der Pflege- und Betreuungsaufwand für die Leistungsfestsetzung massgeblich ist.

<sup>36</sup> ZAK 1989 228.

<sup>37</sup> Vgl. U EVG vom 3.2.1988 i.S. Sch. E. 2d (Darm von Hand ausräumen als unübliche Art und Weise der Notdurftverrichtung), U EVG vom 12.2.1987 i.S. Z. (Dienstleistungen der Ehefrau, die den Ehemann zur Toilette bringen, ihm die Flasche reichen und ihn für die Nacht mit dem Urinal ausrüsten muss), ZAK 1986 483 (leidensangepasste Kleidung und Schuhe, bestätigt in ZAK 1989 213 ff.) und ZAK 1985, 401 (Hilfeleistung eines Ehemannes, der seiner harninkontinenten Gattin nachts mehrmals den Topf reichen und diesen anschliessend reinigen muss, als erhebliche Drittleistung).

<sup>38</sup> Vgl.ZAK 1984 135 ff.und U EVG vom 11.5.1983 i.S.D.E.3b.Siehe auch U EVG vom 27.6.1991 i.S. G. E. 3 (13-jähriger Gehörloser ist in einem Alter, wo grundsätzlich eine dauernde Präsenz der Eltern weder dringend notwendig ist noch unter erzieherischem Gesichtspunkt angebracht erscheint).

<sup>39</sup> Vgl. BGE 98 V 98 = ZAK 1972 592 (Blindenhund) und ZAK 1972 735 (Tiefkühltruhe).

<sup>40</sup> Vgl. BGE 116 V 322 f. E. 2a.

<sup>41</sup> Vgl. BGE 117 V 273 f.(Abgabe eines Levo-Stehrollstuhles bei einer Vergrösserung der Arbeitsfähigkeit im Haushalt um 15% auf 25%). Siehe auch U EVG vom 21.9.1990 i.S. M. (Abgabe eines Treppenliftes an eine im Haushalt tätige Versicherte), BGE 116 V 322 f. (Abgabe eines Hörgerätes an im Haushalt tätige Versicherte) und U EVG vom 15.11.1972 i.S.P. (Abgabe eines orthopädischen Korsetts für behinderte Hausfrau).

<sup>42</sup> Vgl. ZAK, 1991 456 ff.

<sup>43</sup> Siehe Art. 10 Abs. 2 und 3 BV und Art. 3 EMRK.

<sup>44</sup> Siehe Art. 13 und 14 BV und Art. 8 EMRK.

<sup>45</sup> Siehe Art. 10 Abs. 2 und 24 BV und Art. 5 EMRK.

<sup>46</sup> Siehe Art. 8 Abs. 2 BV.

<sup>47</sup> Vgl. EVGE 1962 338 und 1963 61, U EVG vom 3.12.1963 i.S.H., ZAK 1964 42 sowie die weiteren Hinweise in BGE 113 V 28 E. 4b.

<sup>48</sup> Vgl.Art. 31 Abs. 2 IVG, Art. 18 Abs. 2 MVG und Art. 61 Abs. 3 UVV.

<sup>49</sup> Z.B. Röntgenaufnahmen, Elektrokardiogramme, Enzephalogramme, Lumbalpunktionen etc.

<sup>50</sup> Siehe U EVG vom 29.11.1983 i.S. B. (Zumutbarkeit einer ärztlichen Behandlung), U EVG vom 23.3.1983 i.S. B., U EVG vom 17.2.1976 i.S. St. E. 3 (Abklärungsaufenthalt in Appisberg) und U EVG vom 2.7.1975 i.S. B. (Zumutbarkeit einer psychiatrischen Betreuung), U EVG vom 12.4.1956 i.S. K. und vom 9.2.1961 i.S. C. (diagnostische Lumbalpunktion), EVGE 1945 78 (Zumutbarkeit therapeutischer Massnahmen; Rehabilitationstraining) und U EVG vom 22.5.1936 i.S.W. (Öffnung des Kniegelenks bei Meniskus zur Diagnose).

<sup>51</sup> Vgl.z.B.MAURER, A.(1989), Schweizerisches Unfallversicherungsrecht.2.Aufl., Bern, 303 f. und BGE 105 V 178 f. E. 3 (Unzumutbarkeit einer Operation mit einem Todesfallrisiko von 4% und einer Chance von 20-40% bzw.70-90%, die volle bzw.teilweise Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit zu bewirken), ZAK 1992 126:

Unzumutbarkeit einer ophthalmologischen Begutachtung des Auges, nachdem der Versicherte infolge mehrerer chirurgischer Eingriffe die Sehkraft verloren und sich die Ärzte bereits in einer früheren Expertise zur Frage der zumutbaren Arbeitsfähigkeit geäußert hatten), ZAK 1985 326 (Unzumutbarkeit einer Vestibularisneurektomie = Durchtrennung des Gleichgewichtsnerfs rechts bei Morbus Menière wegen begründeter Angst vor Eingriff und Alters des Versicherten), ZAK 1985 328 (Unzumutbarkeit einer Spondylodese = operative Versteifung von Teilen der Wirbelsäule), U EVG vom 15.6.1973 i.S. M. (Zumutbarkeit einer Double-Arthrodesse links = Gelenkversteifung), EVGE 1965 35 = ZAK 1965 504 (Unzumutbarkeit einer Leistenbruchoperation, wenn ein früherer gleicher Eingriff beim Patienten zwei lebensgefährliche Lungenembolien verursacht hat) und SUVA-Jahresbericht 1961 20 f.(Zumutbarkeit einer Teilamputation des Zeigefingers).

<sup>52</sup> Vgl. dazu BGE 126 V 70 = ZBJV 2000 513 ff., E. 4c/aa-cc (Kosten der invaliditätsbedingten Abänderung eines Fahrzeuges, Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV bejaht), BGE 121 V 8 E.6b = AJP 1995 1500 ff.(Stillbesuche, Verweigerung von Fahrkostenübernahme, keine Verletzung von Art. 8 EMRK, siehe dazu auch SUSANNE LEUZINGER-NAEF, in:AJP 1995 1502 f., 120 V 1 E.2 = Pra 1994 Nr.289, 953 (Rentnerehe, Art. 8 und 12 EMRK gewähren keinen Anspruch auf Sozialversicherungsleistungen), 118 V 206 E.5b und c = EuGRZ 1993 83 (Besuchskosten der Eltern, Verweigerung von Reisekostenübernahme, Verletzung von Art. 8 EMRK bejaht), 113 V 31 E. 4d (Autokosten, Verweigerung von Amortisations- und Reparaturkostenbeiträgen, Verletzung der Niederlassungs- sowie Handels- und Gewerbefreiheit bejaht, vgl.ferner BUNDI, M.A.(1994), Die Invalidenversicherung und deren Leistungsausschluss sowie Rentenkürzung wegen Verschuldens des Behinderten, Diss. Freiburg i.U., 248 ff. zur Entwicklung der Rechtsprechung in der IV vom eingeschränkten Umgebungswahl- zum eigentlichen Domizilwahlprinzip. Zur Niederlassungsfreiheit siehe sodann auch SVR 1994 IV Nr. 8, 16.) und 109 V 275 E. 2c (Kürzung von Leistungen der AIV, Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit bejaht). Siehe sodann MURER, E. (1995), Grundrechtsverletzungen durch Nichtgewährung von Sozialversicherungsleistungen? Bemerkungen zu zwei Entscheiden des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, in:SZS 1995 184 ff.und SCHÜRER, C.(1997), Grundrechtsbeschränkungen durch Nichtgewähren von Sozialversicherungsleistungen, in: AJP 1997 3 ff., sowie U EVG vom 11.3.1994 i.S. I E. 2a, SVR 1994 AHV Nr. 12, 27 ff., und AHV Nr.19, 49 ff.In U EVG vom 21.12.1989 i.S.Z.hat das Bundesgericht gestützt auf ebenfalls grundrechtliche Erwägungen (Art. 31 Abs. 1 BV, Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes) die Beschwerde gutgeheissen und den Fall zur Abklärung des grundrechtsrelevanten Sachverhaltes an die Vorinstanz zurückgewiesen, da gestützt auf die vorhandenen Unterlagen nicht entschieden werden konnte, ob dem Beschwerdeführer unter Berücksichtigung der gesamten objektiven und subjektiven Gegebenheiten des Einzelfalles und der Grundrechtssituation die Weiterarbeit am bisherigen Arbeitsort zumutbar war.

<sup>53</sup> Im fraglichen BGE hat das EVG den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit in Abkehr von der bisherigen strengen Praxis auf eine eigentliche Domizilwahlfreiheit ausgedehnt.Vgl. dazu auch SVR 1994 IV Nr. 8, 16.

<sup>54</sup> In U EVG vom 21.12.1989 i.S. Z. hat das EVG gestützt auf ebenfalls grundrechtliche Erwägungen (i.c.Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes) die Beschwerde gutgeheissen und den Fall zur Abklärung des grundrechtsrelevanten Sachverhaltes an die Vorinstanz zurückgewiesen.

<sup>55</sup> LOCHER, Y.T.(1992), Die Schadenminderungspflicht im Bundesgesetz vom 19.Juni 1959 über die Invalidenversicherung in: Festschrift 75 Jahre EVG Zürich, 407 ff., 426 ff., hält zutreffend fest, dass die Schadenminderungspflicht zu restriktiv gehandhabt wird. Einerseits bewirkt die Verletzung der Schadenminderungspflicht eine Leistungsverweigerung, weshalb sie in Anlehnung an die für Leistungsverweigerungen und -kürzungen massgeblichen Gesetzesbestimmungen (z.B.Art. 7 IVG, Art. 37 UVG) nur bei absichtlichem oder grobfahrlässigem Verhalten erfolgen sollte. Andererseits übergeht das EVG bisweilen eine grundrechtliche Überprüfung, vgl.dazu in Bezug auf Spitexleistungen auch PFIFFNER RAUBER, B.(2000), Pflegeheim oder Hauspflege? Zur Leistungspflicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in:AJP 2000 1403 ff., 1408 f.

<sup>56</sup> Vgl. z.B. BGE 113 V 31 f. E. 4d, RKUV 1994, 73 E. 6a m.H. sowie U EVG vom 4.11.1993 i.S. K., in welchem Entscheid sich im Zusammenhang mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 27 Abs. 3 BV) die Frage stellte, ob die IV auch in Bezug auf solche Lehrinhalte nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 IVG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 lit. a IVV leistungspflichtig ist, die zwar die Jüdische Schule in Zürich als staatliche anerkannte Privatschule, nicht aber die öffentliche Schule anbietet. Das EVG setzte sich eingehend mit der Argumentation des Beschwerdeführers auseinander und hielt fest, dass die Glaubens-, Gewissens- und Kulturfreiheit "bei der Auslegung von Art. 19 IVG nicht unbeachtlich bleiben" dürfe, verneinte jedoch eine Leistungspflicht mit dem Argument, das der Besuch der Schule für cerebrall gelähmte Kinder nicht alle Anspruchsvoraussetzungen von Art. 19 IVG erfülle und mithin eine Leistungspflicht aus nicht verfassungsrechtlich relevanten Gründen entfallen müsse.

<sup>57</sup> Siehe den Anwendungsfall BGE 117 V 177 E.4, in welchem festgehalten wurde, dass die Hilfsmittelliste gemäss HVA-Anhang der richterlichen Überprüfung auf Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit zugänglich ist und unter dem Gesichtspunkt der Willkürprüfung durch ein weiteres Hilfsmittel ergänzt werden kann (BGE a.a.O., E. 3). Die Nichtaufnahme des Hilfsmittels der Armprothese lasse sich im Hinblick auf die im Gesetz umschriebenen Eingliederungsziele nicht rechtfertigen; dieser Behelf sei für die Selbstsorge einer einarmigen Person im Rentenalter für die Haushaltungsführung unerlässlich.Das geltend gemachte Abgrenzungskriterium des häufigen Bedarfs allein genüge dem Rechtssetzungsauftrag gemäss Art. 43ter AHVG nicht, so dass die Auswahl der Hilfsmittel auf Grund einer rein quantitativen Betrachtungsweise willkürlich sei (BGE a.a.O., E. 4).

<sup>58</sup> Der Rechtsgrundsatz der Austauschbefugnis besagt, dass einzelne allenfalls nicht erfüllte Anspruchsvoraussetzungen, nicht aber eine fehlende Anspruchsgrundlage an sich, substituiert werden können, wenn schützenswerte Gründe vorliegen und Sinn und Zweck der fraglichen Norm eine Substituierung nicht

ausschliesst (vgl. dazu BGE 120 V 280 E.4 = SVR 1995 IV 44, 121 ff., BGE 111 V 215 und 213 E. 2b, ZAK 1986 527 E. 3a, U EVG vom 28.3.1994 = SVR 1995 IV 40, 109 ff., und U EVG vom 5.8.1993 i.S.K.-L. und vom 22.3.1989 i.S.S.). Als schützenswerte Gründe gelten nach der Rechtsprechung Wohnverhältnisse, welche die Verfügbarkeit von Pflegepersonal einschränken, das Fehlen von qualifiziertem Personal oder eine Unterstützung durch externe Hilfe, welche sich auf Grund bestimmter Erfahrungen als fragwürdig erwiesen hat (so BGE 120 V 286 E. 4b). Das EVG hat den Grundsatz der Austauschbefugnis bislang nicht nur im Zusammenhang mit der Substitution von an sich nicht anerkannten Leistungserbringern, sondern darüber hinaus auch bei anderen Anspruchsvoraussetzungen angewandt. Der Grundsatz der Austauschbefugnis wurde jedoch vom EVG bei den spezifischen Anspruchsvoraussetzungen von Art. 12 und 13 IVG nicht zugelassen (vgl. dazu U EVG vom 28.3.1994 i.S.X gegen Kantonale Ausgleichskasse Y und VersGer VS = SVR 1995 IV 40, 109 ff., E. 3a-d).

<sup>59</sup> Vgl. z.B. Art. 32 Abs. 1 und 56 ff. KVG, Art. 30 Abs. 1 lit. a, 34 und 35 KLV, Art. 65 Abs. 2 KVV sowie Art. 25 MVG.

<sup>60</sup> Vgl. z.B. Art. 21 Abs. 3 IVG, Art. 2 Abs. 1 und Art. 4bis IVV, Art. 11 Abs. 2 UVG, Art. 1 Abs. 2 HVUV sowie Art. 21 Abs. 2 MVG.

<sup>61</sup> Vgl. MAURER, A. (1998), Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel/Frankfurt a.M., 51 f.

<sup>62</sup> Vgl. Art. 32 Abs. 1 KVG.

<sup>63</sup> Vgl. BGE 110 V 199 E. 3c und 103 V 151 E. 3. Siehe ferner BGE 121 V 289 (Wirtschaftlichkeit der homologen künstlichen Insemination bejaht) und 118 V 107 (Wirtschaftlichkeit der methadonunterstützten Langzeitbehandlung Heroinabhängiger bejaht).

<sup>64</sup> Vgl. BGE 110 V 199 E. 3c und 103 V 151 E. 3.

<sup>65</sup> Vgl. Art. 33 Abs. 3, Art. 42 Abs. 3, Art. 46 Abs. 4 KVG und Art. 30 Abs. 1, Art. 32 Abs. 2, Art. 33 Abs. 3, Art. 65 Abs. 4 und 5 KVV.

<sup>66</sup> Vgl. Art. 56 Abs. 1 KVG.

<sup>67</sup> Vgl. Art. 56 Abs. 2 KVG.

<sup>68</sup> Siehe MAURER, A. (1998), Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel/Frankfurt a.M., 52, und das Anwendungsbeispiel BGE 121 V 216 E. 2.

<sup>69</sup> BGE 120 V 121 E. 4b, 114 V 160 E. 4h in fine, 168 E. 4 und 265 E. 4c/cc, je m. H.

<sup>70</sup> Siehe dazu MAURER, A., (1998), Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel/Frankfurt a.M., 70 f.

<sup>71</sup> Vgl. z.B. BGE 124 V 362 = RKUV 1999 31 E.1, 120 V 200 E. 6a, 115 V 38 E. 3b/aa, U EVG vom 30.5.2001 i.S. Intras c. Klinik X. ( K 91/00 Ge), E. 3b, U EVG vom 31.1.2001 i.S.P.c. Concordia ( K 34/00 Vr), E.2b, U EVG vom 27.12.2000 i.S.R.c. OeKK ( K 11/00 Vr), E. 2a, U EVG vom 27.9.2000 i.S. H. c. CSS ( K 86/00 Vr), E. 1a, und U EVG vom 26.9.2000 i.S.F.c. CSS ( K 51/00 Vr), E.2b

<sup>72</sup> Vgl. BGE 120 V 200 E. 6a und RKUV 1994 164. Ein allfälliger Heilungserfolg der Behandlung rechtfertigt grundsätzlich eine nachträgliche Bejahung von Spitalbedürftigkeit nicht (vgl. RKUV 1985 86). Unmassgeblich ist, ob die Versicherungsaufklärungspflicht (vgl. BGE 119 II 456 ) verletzt wurde.

<sup>73</sup> Vgl. zu den Anforderungen an die ärztliche Spitaleinweisung BGE 120 V 200 E.6d., 104 V 98, RKUV 1991 4, 1990 24, 1985 83, 1984 185. Siehe ferner RSKV 1982 96 (betreffend Hausarzt) und RKUV 1987 110 und 1978 110 (betreffend Kurarzt).

<sup>74</sup> Vgl. BGE 120 V 208 E. 6d/bb. Dies trifft selbst dann zu, wenn der Versicherte statutarisch zur Befolgung ärztlicher Weisungen verpflichtet ist (vgl. RKUV 1994 18 E. 4).

<sup>75</sup> Keine Anerkennung liegt jedoch dann vor, wenn die Krankenkasse zwar Spitalzusatzversicherungsleistungen zusichert, die Leistungspflicht im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung aber bestreitet (vgl. U EVG vom 30.5.2001 i.S. Intras c. Klinik X. ( K 91/00 Ge), E. 5).

<sup>76</sup> Psoriasis z.B. begründet nach der Rechtsprechung regelmässig keine Spitalbedürftigkeit; diese ist jedoch ausnahmsweise zu bejahen, wenn der Versicherte (kumulativ) an einer schweren Psoriasis leidet, wenn die bisherige ambulante Behandlung erfolglos verlief, sodass nur noch eine stationäre Behandlung Aussicht auf Erfolg verspricht und wenn die Hospitalisierung tatsächlich zu einem Zweck erfolgt, der eine Spitalbehandlung erfordert (U EVG vom 26.9.2000 i.S. F. c. CSS ( K 51/00 Vr), E. 3 und 4, RKUV 1985 85 f. und U EVG vom 9.10.1984 i.S. B. (K 54/83) und vom 17.7.1984 i.S. L. (K 11/84)).

<sup>77</sup> Vgl. z.B. BGE 124 V 362 E. 2 (notfallmässige Einweisung infolge ungenügender Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr von arteriosklerotisch beeinträchtigten Versicherten; Akutspitalbedürftigkeit bis zur Behebung des Defizits bejaht).

<sup>78</sup> Vgl. BGE 120 V 200 und U EVG vom 31.1.2001 i.S.P.c. Concordia ( K 34/00 Vr) (Frage offen gelassen, ob eine medizinische Spitalbedürftigkeit für die psychosomatische Behandlung bestand, da das Akteneinsichtsrecht verletzt wurde).

<sup>79</sup> Vgl. BGE 120 V 200 E. 7.

<sup>80</sup> Vgl.dazu EUGSTER, G., (1998), Krankenversicherung in:Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht.Band III:Soziale Sicherheit (Eds.KOLLER, H./MÜLLER, G./RHINOW, R.und ZIMMERLI, U.), Basel, 72 f., der die Auffassung vertritt, dass bei einem Daueraufenthalt in einer psychiatrischen Klinik immer Art. 50 KVG zur Anwendung kommt.

<sup>81</sup> Vgl. dazu LANDOLT, H. (2001), Pflegerecht. Band I: Grundlagen des Pflegerechts. Eine Darstellung der begrifflichen, statistischen und volkswirtschaftlichen Grundlagen und des internationalen Pflegerechts, Bern, N 77 ff.

<sup>82</sup> Vgl. BGE 124 V 362 E.2c und U EVG vom 27.12.2000 i.S.R.c.OeKK ( K 11/00 Vr), E. 2a.

<sup>83</sup> Vgl. BGE 124 V 362 E. 2, 115 V 38 E. 3 sowie U EVG vom 29.1.2001 i.S. S. c. Supra ( K 56/00 Mh) (dieser Fall betraf eine auf Grund einer Altersdemenz aggressive Betagte, die zuerst im Spital, dann in einem Pflegeheim untergebracht war, nachher aber - zu Unrecht, wie das EVG fand - wieder in Spitalpflege gegeben wurde), U EVG vom 27.12.2000 i.S. R. c. OeKK ( K 11/00 Vr), E.2 und 3, sowie U EVG vom 1.3.2000 i.S.X.c.Visana = RJJ 2000 68.

<sup>84</sup> Solange der Versicherte in einem Pflegeheim, in dem er sich befindet, eine seinen Bedürfnissen entsprechende Pflege erhält, besteht keine Spitalbedürftigkeit (vgl. BGE 125 V 177 = RKUV 1999 326 E.3; siehe dazu die Urteilsbesprechung von DUC in:AJP 1999 1002). Siehe ferner auch U EVG vom 27.12.2000 i.S. R. c. OeKK ( K 11/00 Vr), E. 2 (Tumorerkrankung).

<sup>85</sup> Vgl. BGE 126 V 323 E. 2c und d (Nachbehandlung Appendicitis perforata und Mammakarzinoms), 104 V 98 E.2a, U EVG vom 27.9.2000 i.S.H.c.CSS ( K 86/00 Vr), E.1 und 2 (Unterbringung einer Betagten in einer Höhenklinik zwecks Neubeurteilung der Medikation für das chronische Asthma und Durchführung einer Diät und Physiotherapie) und U EVG vom 30.5.2001 i.S. Intras c. Klinik X. ( K 91/00 Ge), E. 5 (invalidisierende Adipositas permagna, maligner arterieller Hypertonie, obstruktivem Schlafapnoe-Syndrom und metabolischem Syndrom).

<sup>86</sup> Vgl.Art. 41 Abs. 1 zweiter Satz KVG und U EVG vom 30.5.2001 i.S.Intras c.Klinik X. ( K 91/00 Ge), E.6, und U EVG vom 27.9.2000 i.S.H.c.CSS ( K 86/00 Vr), E.2, sowie RKUV 2000 6.

<sup>87</sup> Vgl. BGE 120 V 206 E.6a und U EVG vom 31.1.2001 i.S.P.c.Concordia ( K 34/00 Vr), E. 2b.

<sup>88</sup> Vgl. BGE 125 V 177 = RKUV 1999 326 E. 1b (siehe dazu die Urteilsbesprechung von DUC in:AJP 1999 1002) und 115 V 48 E. 2.

<sup>89</sup> Vgl. BGE 115 IV 49, RKUV 1986 201, und ferner RSKV 1981 254 und 1976 161 E. 2.

<sup>90</sup> Vgl. BGE 124 V 362 = RKUV 1999 31 E. 2c, 115 V 53 f., 101 V 75 f., RKUV 1991 5 und 1986 205.

<sup>91</sup> Vgl.U EVG vom 27.12.2000 i.S.R.c.OeKK ( K 11/00 Vr), E.3.

<sup>92</sup> Krankenschwestern/-pfleger haben nach Art. 49 Abs. 1 KVV entweder das Diplom einer Schule für Gesundheits- und Krankenpflege, welche von einer von den Kantonen gemeinsam bezeichneten Stelle, die für eine einheitliche Praxis und Qualität im ganzen Land sorgt, anerkannt worden ist, oder ein von dieser Stelle als gleichwertig anerkanntes Diplom vorzuweisen.Anerkannt wird auch eine zweijährige praktische Tätigkeit bei einer Krankenschwester oder einem Krankenpfleger, die gemäss KVV zugelassen sind, oder in einem Spital oder einer Organisation der Krankenpflege und Hilfe zu Hause unter der Leitung einer Krankenschwester oder eines Krankenpflegers, welche ebenfalls die Zulassungsvoraussetzungen der KVV erfüllen.An sich nach Art. 7 KLV versicherte Leistungen, die von Pflegepersonal erbracht werden, das diese Voraussetzungen nicht erfüllt, sind nicht entschädigungspflichtig (vgl.BGE 126 V 334 E.3c und U EVG vom 5.9.2000 i.S.G.c.Visana ( K 62/00 Vr), E.2 (ein 60-stündiger Pflegerinnenkurs des Schweizerischen Roten Kreuzes und eine Teilausbildung an der Städtischen Krankenpflegeschule X. genügen nicht)).

<sup>93</sup> Nach Art. 51 KVV werden Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause zugelassen, wenn sie nach der Gesetzgebung des Kantons, in dem sie tätig sind, zugelassen sind, einen Leistungsauftrag haben, über das erforderliche Fachpersonal verfügen, das eine dem Leistungsauftrag entsprechende Ausbildung hat, über Einrichtungen verfügen, die dem Leistungsauftrag entsprechen, und an Massnahmen zur Qualitätssicherung teilnehmen, die gewährleisten, dass der Leistungsauftrag erfüllt wird und eine qualitativ hoch stehende und zweckmässige Krankenpflege erbracht wird. Das Bundesrecht enthält lediglich gewisse Vorschriften darüber, welche Anforderungen Spitex-Organisationen erfüllen müssen, um als Leistungserbringer gemäss Art. 35 ff.KVG zugelassen zu werden.Die Voraussetzungen, unter denen die Spitex-Organisationen überhaupt tätig werden dürfen, sind im Bundesrecht nicht geregelt. Das kantonale Spitexrecht stellt daher nicht unselbständiges Ausführungsrecht zu Bundesrecht, sondern eigenständiges kantonales Bewilligungsrecht dar, weshalb nicht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, sondern die staatsrechtliche Beschwerde offen steht (vgl.U EVG vom 27.3.1998 i.S. Hauspflegeverein "Ein Herz für alle Fälle" E. 1a).

<sup>94</sup> Vgl.Art. 39 Abs. 3 KVG.

<sup>95</sup> Vgl.Art. 41 KVG und infra N 60 ff.

<sup>96</sup> Vgl. BGE 126 V 334 (siehe dazu die Urteilsbesprechungen von DUC in: AJP 2001 453, und PFIFFNER RAUBER, B.(2000), Pflegeheim oder Hauspflege? Zur Leistungspflicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in:AJP 2000 1403 ff.) U EVG vom 18.12.1998 i.S. K.D. c. Helsana (K34/98) =

RKUV 1999 64 = SVR 2000 KV Nr. 9 (siehe dazu die Urteilsbesprechung von DUC in: AJP 1999 996, und PESTALOZZI-SEGER in: Behinderung und Recht, Beilage SAEB-Mitteilungen, Nr. 1/1999) sowie ferner U EVG vom 5.9.2000 i.S. G. c. Visana ( K 62/00 Vr), U EVG vom 22.9.2000 i.S. Helsana c.D ( K 59/00 Vr), U EVG vom 22.9.2000 i.S. G. c. Helsana ( K 52/99 Vr), U EVG vom 5.10.2000 i.S. Helsana c.R. ( K 66/00 Vr), U EVG vom 5.10.2000 i.S. B. c. Helsana ( K 61/00 Vr/Gb) und U EVG vom 25.5.2001 i.S. S. c. Visana ( K 161/00 Gb).

<sup>97</sup> Besteht - auf Grund der Schwere der Pflegebedürftigkeit - eine Heimpflegebedürftigkeit, so stellt sich allenfalls die Frage nach einer Spitalbedürftigkeit. Sowohl bei der medizinischen als auch der sozialen Spitalbehandlungsbedürftigkeit spielen wirtschaftliche Faktoren eine untergeordnete Rolle. Massgeblich ist primär, ob der Versicherte auf eine Behandlung im Spitalumfeld (noch) angewiesen ist (vgl. supra N 29 ff.).

<sup>98</sup> Vgl. z.B. BGE 126 V 334 E.2d, U EVG vom 22.9.2000 i.S. Helsana c.D ( K 59/00 Vr), E.2d, und U EVG vom 22.9.2000 i.S. G. c. Helsana ( K 52/99 Vr), E.2d.

<sup>99</sup> Vgl. BGE 126 V 334 E.3a (bejaht bei Ausübung einer Teilerwerbstätigkeit, die von existenzieller Bedeutung ist, indem die Versicherte bei deren Ausübung die ihr verbleibenden Fähigkeiten einsetzen und am gesellschaftlichen Leben teilnehmen kann), U EVG vom 22.9.2000 i.S. Helsana c.D ( K 59/00 Vr) E.3a, und U EVG vom 5.10.2000 i.S. Helsana c.R. ( K 66/00 Vr), E.3b.

<sup>100</sup> Vgl. BGE 126 V 334 E.3a und U EVG vom 5.10.2000 i.S. Helsana c.R. ( K 66/00 Vr), E. 3b (Jus-Studium ist gemäss EVG nur bei einer Spitexpflege möglich).

<sup>101</sup> Vgl. BGE 126 V 334 E.3a, U EVG vom 22.9.2000 i.S. Helsana c.D ( K 59/00 Vr) E.3a, der eine "erhebliche" Verschlechterung verlangt, und U EVG vom 25.5.2001 i.S. S. c. Visana ( K 161/00 Gb) E. 4a und b.

<sup>102</sup> Vgl. U EVG vom 22.9.2000 i.S. G. c. Helsana ( K 52/99 Vr) E.3a (Mutter von drei Kindern).

<sup>103</sup> Vgl. U EVG vom 22.9.2000 i.S. G. c. Helsana ( K 52/99 Vr) E.3a.

<sup>104</sup> Vgl. U EVG vom 22.9.2000 i.S. G. c. Helsana ( K 52/99 Vr) E.3a

<sup>105</sup> Vgl. U EVG vom 5.10.2000 i.S. B. c. Helsana ( K 61/00 Vr/Gb)

<sup>106</sup> Vgl. z.B. Art. 32 Abs. 1 und 56 ff. KVG, Art. 30 Abs. 1 lit. a, 34 und 35 KLV, Art. 65 Abs. 2 KVV sowie Art. 25 MVG.

<sup>107</sup> Vgl. z.B. Art. 21 Abs. 3 IVG, Art. 2 Abs. 1 und Art. 4bis IVV, Art. 11 Abs. 2 UVG, Art. 1 Abs. 2 HVUV sowie Art. 21 Abs. 2 MVG.

<sup>108</sup> Vgl. MAURER, A., (1998), Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel/Frankfurt a.M., 51 f.

<sup>109</sup> Vgl. BGE 110 V 199 E. 3c und 103 V 151 E. 3. Siehe ferner BGE 121 V 289 (Wirtschaftlichkeit der homologen künstlichen Insemination bejaht) und 118 V 107 (Wirtschaftlichkeit der methadonunterstützten Langzeitbehandlung Heroinabhängiger bejaht).

<sup>110</sup> Vgl. Art. 56 Abs. 1 KVG.

<sup>111</sup> Vgl. Art. 56 Abs. 2 KVG und RKUV 1998 1 E. 3c.

<sup>112</sup> Siehe MAURER, A., (1998), Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel/Frankfurt a.M., 52, und das Anwendungsbeispiel BGE 121 V 216 E. 2.

<sup>113</sup> BGE 120 V 121 E. 4b, 114 V 160 E. 4h in fine, 168 E. 4 und 265 E. 4c/cc, je m. H.

<sup>114</sup> Der einer Organisation der Krankenpflege zu entrichtende Stundenansatz beträgt in vielen Kantonen das Doppelte des Stundenansatzes für eine hypothetische Ersatzkraft. Gemäss Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) (2000), Spitex-Statistik 1998, Bern, (Tabelle 11.7.1) betragen die Gesamtkosten für Spitexleistungen Fr. 72.- pro Stunde und die Personalkosten Fr. 61.- pro Stunde. Das Bundesgericht hält in Haushaltschadenfällen im Zusammenhang mit Leistungen von Angehörigen Fr. 30.- pro Stunde für gerechtfertigt (vgl. dazu U BGER vom 9.9.1998 (4C495/1997) = plädoyer 1999 65 ff.). Insgesamt wurden durch Spitex-Dienste gesamtschweizerisch in einem Jahr 10, 5 Mio. Stunden für Pflege und Betreuung aufgewendet. Der Einsatz von billig bezahlten Angehörigen wäre daher ohne weiteres mit einer Einsparung verbunden.

<sup>115</sup> Ein zufällig ausgewähltes Beispiel: Das "Fridlihuus" in Glarus ist ein Wohnhaus mit den notwendigen Dienstleistungen für körperbehinderte Erwachsene, die wegen ihrer Behinderung dauernd oder zeitweise auf Hilfeleistungen Dritter, nicht aber auf Spital- oder Psychiatriepflege angewiesen sind. Das Wohnhaus verfügt insgesamt über 16 Wohneinheiten unterschiedlicher Grösse und bietet für 16 behinderte Personen im Alter von 18 bis 60 Jahren Platz. Aus der Bilanz 1997 lässt sich entnehmen, dass für den Bau und die Einrichtung dieses Wohnhauses rund 2, 2 Mio. Franken (die Liegenschaft ist mit Fr. 2 084 087.20 und die Betriebseinrichtungen/-mobilien mit Fr. 113 547.40 vor Abschreibungen aktiviert) aufgewendet worden sind, was pro geschaffenen Wohnplatz Fr. 137 500.- ausmacht und einer Eigenkapitalbasis für den Erwerb einer Wohnung/Wohnhaus zu Fr. 687 500.- entspricht. (Es wird angenommen, das Eigenkapital belaufe sich auf 20% des Erwerbspreises). Gemäss Erfolgsrechnung 1997 ist ein Aufwand in Höhe von Fr. 1 640 110.90 entstanden, wobei Löhne (Fr. 1 103 868.40) und Sozialleistungen (Fr. 118 309.25) rund 75% ausmachen. Dieser Aufwand wurde durch Betriebsbeiträge des Bundes in Höhe von Fr. 710 000.- und des Kantons in Höhe von Fr. 60 000.- sowie durch Mieterträge in Höhe von Fr. 408 778.- (pro Bewohner Fr. 25 548.60 pro Jahr) mitfinanziert.

Umgerechnet pro Bewohner sind damit 1997 gesamthaft Fr. 102 506.95 bzw. für Löhne und Sozialabgaben Fr. 76 386.10 angefallen. Aus rein finanzieller Sicht formuliert: Jeder Bewohner hätte sich eine eigene Wohnung für Fr. 650 000.- bis 700 000.- kaufen können und könnte sich eigenes Pflegepersonal mit einer Bruttojahreslohnsumme von Fr. 100 000.- leisten, was bei einem Bruttostundenlohn (inkl. Sozialabgaben) von Fr. 40.- jährlich 2 500 oder täglich 6, 8 Pflege- und Betreuungsstunden entsprechen würde.

<sup>116</sup> Bei einem Pflege- und Betreuungsbedarf von maximal 24 Std./Tag und einem Stundenansatz von Fr. 75.- (vgl. supra Fn. 114) ergeben sich Kosten von Fr. 1800.- pro Tag oder von Fr. 657 000.- pro Jahr.

<sup>117</sup> Vgl.z.B. Art 49 Abs. 6 und 7 sowie Art. 30 Abs. 1 KVV (Bei Spitälern und anderen Einrichtungen beurteilt sich die Wirtschaftlichkeit u.a. nach Massgabe von Aufwand, Ertrag und finanziellem Betriebsergebnis) und Art. 65 Abs. 4 KVV ("Kosten für Forschung und Entwicklung sind bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Originalpräparates angemessen zu berücksichtigen. Zur Abgeltung dieser Kosten wird im Preis ein Innovationszuschlag berücksichtigt, wenn das Arzneimittel in der medizinischen Behandlung einen Fortschritt bedeutet."). Siehe ferner auch Art. 56 Abs. 2 KVG (Vollkostenvergütung im Umfang der Tarifverträge) und die Hinweise auf die Materialien bei Ibid., 1407.

<sup>118</sup> Heime und öffentliche Spitäler erhalten Bau- und Betriebsbeiträge, während ambulanten Pflegediensten Betriebsbeiträge ausgerichtet werden. Siehe dazu Art. 49 KVG betreffend Spitalfinanzierung bei öffentlichen Spitälern.

<sup>119</sup> DUC fordert eine solche Gesamtbeurteilung mit dem Hinweis, dass bei einem Aufenthalt in einem Pflegeheim Anspruch auf Spitalleistungen bestehe, sobald eine Hauspflege nicht mehr möglich sei (vgl. DUC in: AJP 1999 999).

<sup>120</sup> Vgl. BGE 126 V 334 E.2c (siehe dazu die Urteilsbesprechung von DUC in: AJP 2001 453) und RKUV 1999 71 E. 4c.

<sup>121</sup> Siehe dazu auch infra N 58 f.

<sup>122</sup> Vgl. dazu das Beispiel "Fridlihuus" (supra Fn. 115)

<sup>123</sup> Siehe dazu auch Art. 15b ELV.

<sup>124</sup> Allgemeine Infrastruktur- und Betriebskosten der Leistungserbringer dürfen gemäss Art. 7 Abs. 3 KLV bei der Ermittlung der Kosten der Leistungen nicht angerechnet werden.

<sup>125</sup> Vgl. Art. 49 Abs. 6 KVG. Die Pflicht zur Erstellung einer Kostenstellenrechnung gilt auch für Pflegeheime (vgl. Art. 50 KVG).

<sup>126</sup> Vgl. Art. 56 Abs. 5 KVG.

<sup>127</sup> Vgl. Art. 57 Abs. 6 KVG.

<sup>128</sup> Vgl. statt vieler BGE 126 V 334 E. 2d und die supra Fn. 96 erwähnten Urteile.

<sup>129</sup> BGE 126 V 334 betraf eine 49-jährige Frau, die an Myotonie congenita mit Tetraparese litt, aber noch zu 30 bis 50% als Maltherapeutin tätig war. Der Hausarzt attestierte, dass der Wechsel ins Pflegeheim mit einem Verlust der Berufstätigkeit verbunden wäre. Das EVG erachtete die Hauspflege u.a. auch deshalb als erheblich zweckmässiger und wirksamer. Der in RKUV 1999 64 beurteilte Fall, in dem die angebotenen Spitexleistungen verneint wurden, betraf eine 50-jährige Frau, die an Chorea Huntington litt. Sie wurde von der Spitex und ihrem Ehemann gepflegt; auf die Spitex entfielen rund fünf Stunden pro Tag. Da die Versicherte keine Grundrechte als verletzt rügte, war die Grundrechtsproblematik kein Thema für das EVG. In den nachfolgenden Spitex-Urteilen (vgl. dazu supra Fn. 96) verwies das EVG auf die E. 2d von BGE 126 V 334 und hatte in keinem der Fälle zu klären, ob eine allfällige faktische Grundrechtsverletzung vorlag. Entweder hiess es die Anträge der Versicherten gut oder wies die Sache an die Vorinstanz zurück. Einzig in U EVG vom 5.10.2000 i.S. B. c. Helsana (K 61/00 Vr/Gb) wies es den Antrag der betagten Versicherten um Übernahme der Spitexkosten ab, da diese unwirtschaftlich waren. Grundrechtliche Erwägungen, insbesondere zum Heimzwang, wurden keine angestellt; einzig wurde darauf hingewiesen, dass "auch unter Mitberücksichtigung des nachvollziehbaren Wunsches der Beschwerdeführerin, weiterhin in ihrer privaten Wohnung verbleiben zu können" von einem groben Missverhältnis ausgegangen werden müsse.

<sup>130</sup> Dazu bereits supra Fn. 52.

<sup>131</sup> Vgl. Art. 20 BV und N 1264. Die Wirtschaftsfreiheit umfasst sowohl die Berufswahlfreiheit (vgl. BGE 105 Ia 67 und ZAK 1972 738 E. 1 und 2 sowie 1967 228 E. 2) als auch das Recht der freien Wahl des Arbeitsortes (vgl. BGE 100 Ia 175).

<sup>132</sup> Es ist ohne weiteres möglich, dass der Versicherte oder seine Angehörigen bei einem Heimaufenthalt infolge - trotz Leistungen der Krankenkasse - ungedeckter Pflegeheimkosten Wohneigentum zu veräussern oder u.U. in eine Scheidung einzuwilligen hat.

<sup>133</sup> Vgl. U EVG vom 22.9.2000 i.S. N.F. und U EVG vom 22.9.2000 i.S. N.D., E. 2b. DUC in: AJP 1999 999 hatte die Priorität gefordert. PFIFFNER RAUBER, B. (2000), Pflegeheim oder Hauspflege? Zur Leistungspflicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in: AJP 2000 1403 ff., 1406, stimmt dem EVG - ebenfalls unter Hinweis der Materialien - zu. Internationale Empfehlungen gehen demgegenüber von der Priorität der

Hauspflege aus (siehe dazu LANDOLT, H. (2001), Pflegerecht. Band I: Grundlagen des Pflegerechts. Eine Darstellung der begrifflichen, statistischen und volkswirtschaftlichen Grundlagen und des internationalen Pflegerechts, Bern, N 637 f.).

<sup>134</sup> So bereits supra N 50.

<sup>135</sup> Siehe dazu infra N 61 f.

<sup>136</sup> Vgl. Art. 41 Abs. 1 KVG, Art. 26 Abs. 1 und Art. 26bis Abs. 1 IVG, Art. 10 Abs. 2 UVG, Art. 17 Abs. 1 MVG.

<sup>137</sup> Siehe Art. 35 Abs. 2 und 38 KVG i.V.m.Art. 51 KVV.

<sup>138</sup> Die räumliche Wahlfreiheit gilt jedoch räumlich uneingeschränkt (vgl.Art. 10 Abs. 2 und 3 UVG und Art. 15 UVV sowie Art. 41 Abs. 1 und 2 KVG).

<sup>139</sup> Vgl. statt vieler BGE 126 V 334 E. 2b und die supra Fn. 96 erwähnten Urteile.

<sup>140</sup> Vgl. statt vieler BGE 126 V 334 E. 3b.

<sup>141</sup> Vgl. U EVG vom 25.5.2001 i.S. S. c.Visana ( K 161/00 Gb) E. 4c, wo das EVG eine fixe Kostengrenze von 20% abgelehnt hat.

<sup>142</sup> Vgl. U EVG vom 25.5.2001 i.S. S. c.Visana ( K 161/00 Gb) E. 4c.

<sup>143</sup> Vgl.U EVG vom 22.9.2000 i.S.Helsana c.D ( K 59/00 Vr), E.3b.

<sup>144</sup> Vgl. BGE 126 V 334 E. 3b (der Kostenunterschied wurde als im oberen Rahmen des Vertretbaren liegend bezeichnet).

<sup>145</sup> 145 Vgl.U EVG vom 5.10.2000 i.S.Helsana c.R.( K 66/00 Vr), E.3d (allerdings Rückweisung zur genauen Abklärung des versicherten Pflegeaufwandes).

<sup>146</sup> Vgl. U EVG vom 18.12.1998 i.S. K.D. c. Helsana (K34/98) = RKUV 1999 64 = SVR 2000 KV Nr. 9, E. 4b.

<sup>147</sup> In U EVG vom 22.9.2000 i.S.G.c.Helsana ( K 52/99 Vr), E.3b, wurde zwar die Zweckmässigkeit der Spitexpflege bei einer Tetraplegie bejaht, der Fall aber betreffend Überprüfung der Wirtschaftlichkeit der geltend gemachten Erhöhung der Spitexpflege von 90 auf insgesamt 420 Stunden pro Quartal an die Vorinstanz zurückgewiesen.

<sup>148</sup> Vgl. BGE 126 V 334 E. 2a und RKUV 1999 70 E. 4b.

<sup>149</sup> Siehe dazu BGE 101 Ia 577 f., wonach sowohl die körperliche Integrität als auch die Willens- und Entscheidungsfreiheit verletzt sind, wenn ein kantonales Gesetz festsetzt, dass die um Abbruch der Schwangerschaft ersuchende Schwangere seit mindestens zwei Monaten im Kanton Wohnsitz haben müsse.Eine Schwangere, die der Auffassung ist, dass durch einen solchen medizinischen Eingriff eine grosse Gefahr dauernden Schadens an ihrer Gesundheit abgewendet werden könne, muss sich an den Arzt ihrer Wahl wenden können.Siehe ferner zur (beschränkten) grundrechtlichen Arztwahlfreiheit von Gefangenen BGE 102 Ia 302 E.2 und grundsätzlich zur grundrechtlichen Therapie- und Arztwahlfreiheit RICHLI, P., (1998), Hoheitliche Leistungspflichten und Leistungsbeschränkungen im Gesundheitswesen als Grundrechtsproblem, in: SVZ 1998 243 ff.

<sup>150</sup> DUC in: AJP 1999 999, und PFIFFNER RAUBER, B. (2000), Pflegeheim oder Hauspflege? Zur Leistungspflicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in:AJP 2000 1403 ff., 1408, fordern ebenfalls eine Ausweitung der bisherigen Praxis.

<sup>151</sup> Vgl.Art. 14 Abs. 1 lit.a und Abs. 3, Art. 4 IVV, Art. 10 Abs. 3 UVG und Art. 18 Abs. 2 UVV sowie Art. 8 lit. c und 20 MVG.

<sup>152</sup> Art. 7 Abs. 1 KLV.

<sup>153</sup> Einzelne Kantone sehen in ihrem Spitexrecht vor, dass pflegende Angehörige von anerkannten Spitex-Organisationen als Arbeitnehmer anzustellen sind bzw.von diesen Pflegebeiträge ausbezahlt erhalten (vgl.dazu z.B.§ 4 SpitexG BL und LANDOLT, H.(2001), Pflegerecht. Band I: Grundlagen des Pflegerechts. Eine Darstellung der begrifflichen, statistischen und volkswirtschaftlichen Grundlagen und des internationalen Pflegerechts, Bern, N 797 ff.). Mit diesen Bestimmungen wird der vom KVG offensichtlich angestrebte Ausschluss nicht anerkannter Leistungserbringer, insbesondere der Angehörigenpflege, umgangen, weshalb sich die Frage stellt, ob solche kantonalen Vorschriften bundesrechtswidrig sind. Art. 51 KVV lässt zwar Raum für die Beschäftigung von Laienpersonal durch Spitex-Organisationen.Das EVG hat in BGE 126 V 334 E. 3c aber festgehalten, dass eine fehlende Zulassung nicht durch den Umstand ersetzt wird, dass die Entlohnung über die Spitex-Organisation läuft, was bedeuten würde, dass die kantonalen Bestimmungen nicht zulässig wären. Unklar bleibt jedoch, welches die genaue Bedeutung von Art. 51 KVV ist.

<sup>154</sup> Vgl.Art. 13 Abs. 1 BV.

<sup>155</sup> Vgl.Art. 26 BV.

<sup>156</sup> Vgl. Art. 276 Abs. 2 ZGB und Art. 20 UNO-Kinderkonvention.

<sup>157</sup> Im bis zum 31.12.1995 gültig gewesenen KUVG war der Hauspflegekostenersatzanspruch in Art. 12 Abs. 2 lit. b aKUVG geregelt. Die Kassen waren verpflichtet, die Kosten der von einem Arzt schriftlich angeordneten, durch medizinische Hilfspersonen vorgenommenen wissenschaftlich anerkannten Heilanwendungen zu tragen. Als medizinische Hilfspersonen wurde von einem Arzt angestelltes und unter seiner direkten Kontrolle arbeitendes Hilfspersonal verstanden, was nicht nur Unselbständigkeit des Hilfspersonals, sondern auch voraussetzte, dass das Hilfspersonal in räumlicher Nähe zum Arzt tätig war (BGE 114 V 270 E. 2a, 110 V 191, 107 V 48 E.2 und 100 V 4 E.2a sowie RKUV 1993 105). Als medizinische Hilfspersonen galten ferner Masseure, Heilgymnasten, Physiotherapeuten, Krankenschwestern und -pfleger. Diese Hilfspersonen wurden jedoch krankenversicherungsrechtlich nur anerkannt, wenn sie ihren Beruf selbständig und auf eigene Rechnung ausübten (vgl. RKUV 1986 481 E.2b betreffend Familienangehörige, die diese Voraussetzungen erfüllen).

<sup>158</sup> Vgl. BGE 111 V 324.

<sup>159</sup> Vgl. BGE 111 V 324, 114 V 270 E. 2 und 118 V 174 E. 2e.

<sup>160</sup> Vgl. BGE 126 V 330 E. 1b.

<sup>161</sup> Vgl. dazu Art. 51 KVV.

<sup>162</sup> Vgl. dazu Art. 49 Abs. 1 KVV.

<sup>163</sup> Vgl. dazu Art. 7 Abs. 2 lit. a KLV.

<sup>164</sup> Unklar BGE 126 V 334 E.3c, der bei privatem, von der Versicherten beigezogenem Pflegepersonal festgehalten hat, dass eine fehlende Zulassung nach Art. 49 KVV nicht durch den Umstand ersetzt wird, dass die Entlohnung über die Spitex-Organisation erfolgt.

<sup>165</sup> Vgl. dazu supra Fn. 114.

<sup>166</sup> Vgl. BGE 120 V 280 E. 4.

<sup>167</sup> Vgl. dazu supra Fn.52.

<sup>168</sup> MEYER-BLASER, U.(1985), Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht (am Beispiel der beruflichen Eingliederungsmassnahmen der IV), Diss. Bern, 93 ff. kritisiert auch die analoge Rechtsprechung zu Art. 14 IVG (frühere Fassung) und hält fest, dass alternative Behandlungsformen im Rahmen der Austauschbefugnis zu berücksichtigen sind und es insbesondere unerheblich sei, ob die Eltern eines Kindes als medizinische Hilfspersonen gelten.

<sup>169</sup> Ibid., 94.

<sup>170</sup> Vgl. supra Fn. 58 und nachfolgende Fn.

<sup>171</sup> Vgl. BGE 120 V 280 E.4. Als schützenswerte Gründe gelten nach der Rechtsprechung Wohnverhältnisse, welche die Verfügbarkeit von Pflegepersonal einschränken, das Fehlen von qualifiziertem Personal oder eine Unterstützung durch externe Hilfe, welche sich auf Grund bestimmter Erfahrungen als fragwürdig erwiesen hat (BGE 120 V 286, E. 4b). Gemäss BGE 120 V 288 hat der Versicherte, der infolge Invalidität die Vergütung der Taxikosten für die Fahrten zwischen seinem Wohnort und der von ihm besuchten Mittelschule beanspruchen könnte, den Schulweg aber nicht im Taxi zurücklegt, sondern von seinen Eltern mit dem Auto zur Schule gebracht und von dort abgeholt wird, gestützt auf den Grundsatz der Austauschbefugnis Anspruch auf Übernahme der durch den Transport im elterlichen Fahrzeug tatsächlich anfallenden Mehrkosten durch die Invalidenversicherung. In zwei neueren Entscheidungen hat das EVG jedoch den Grundsatz der Austauschbefugnis im Zusammenhang nicht zugelassener Leistungserbringern ausgeschlossen (vgl. AHI-Praxis 2000 72 ff. (Volksschule als nicht zugelassener Sonderschulleistungserbringer) und AHI-Praxis 1999 172 ff. (kein Anspruch auf Hilfsmittel, wenn das Hörgerät von einem nicht zugelassenen Akustiker bezogen wird)). Das EVG hat sodann in BGE 126 V 330 E. 1b festgehalten, dass der Grundsatz der Austauschbefugnis bei Spitexleistungen nicht gilt. Ist der Ehegatte eines Versicherten zur Erbringung von Spitexleistungen nicht zugelassen, kann die Übernahme der Kosten durch die Krankenkasse nicht im Rahmen des Grundsatzes der Austauschbefugnis erfolgen. Denn hier geht es "nicht um den Austausch von Leistungsansprüchen, sondern um denjenigen von Leistungserbringern (zugelassenen und nicht zugelassenen)".

<sup>172</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 1 BV.

<sup>173</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 2 BV.

<sup>174</sup> Siehe dazu statt vieler GRISEL, E.(2000), Egalité. Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Bern, 49 ff., und G. MÜLLER, BV-K, N 30 ff. zu Art. 4 a BV.

<sup>175</sup> Vgl. BGE 126 II 377 E. 6a (in diesem Entscheid hielt das Bundesgericht fest, dass gestützt auf das in Art. 8 Abs. 2 BV verankerte Diskriminierungsverbot keine Anspruch auf Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung abgeleitet werden kann) und 126 V 70 E. 4c/bb (in diesem Entscheid wurde das Anspruchserfordernis der Volljährigkeit als Verstoß gegen Art. 8 Abs. 2 BV ("Altersdiskriminierung") bezeichnet). Siehe ferner U EVG vom 16.5.2001 i.S.P.( I 385/99 Vr), E.3b (betreffend Bedeutung von Art. 8 Abs. 2 BV im Hilfsmittelrecht; Art. 191 BV verbietet eine Abänderung des IVG gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BV;

vgl. dazu auch U EVG vom 19.5.2000 i.S. M. ( I 43/98 Ge), E. 4c (Magenbanding von PWS-Patienten) und U EVG vom 20.12.2000 i.S. G. ( C 360/99 Hm), E. 7b (Taggelder der AIV)).

<sup>176</sup> In BGE 126 V 70 E.4c hat das EVG eine Verletzung des Diskriminierungsverbots im Zusammenhang mit dem Ausschluss Minderjähriger von der Anspruchsberechtigung auf Beiträge gemäss IVG für die Abänderung von Motorfahrzeugen bejaht. Soweit ersichtlich hat das EVG das Diskriminierungsverbot bislang nur innersystemisch, d.h. innerhalb eines bestimmten Leistungssystems, und nicht intrasystemisch, d.h. zwischen verschiedenen Leistungssystemen, zur Anwendung gebracht. Es wird abzuwarten sein, ob die Praxis das Diskriminierungsverbot auch im Verhältnis verschiedener Leistungssysteme zur Anwendung bringt, wenn z.B. Minderjährige, Behinderte oder Betagte infolge ihrer persönlichen Eigenschaften Sondernachteile zu tragen haben. Siehe dazu weiterführend meinen in der ZIAS 2002/1 erscheinenden Artikel "Pflegebedürftigkeit und Diskriminierungsverbot" (Art. 8 Abs. 2 BV).

<sup>177</sup> Vgl. dazu den Leistungskatalog in Art. 7 Abs. 2 KLV.

<sup>178</sup> Die vom EVG beurteilten Fälle (vgl. supra Fn.96) zeigen, dass pro Monat Kosten in Höhe von mehreren hundert, ja gar tausend Franken entstehen können.

<sup>179</sup> Vgl. supra Fn. 165.

<sup>180</sup> Siehe dazu supra N 65 ff.

<sup>181</sup> Vgl. LANDOLT, H. (2001), Pflegerecht. Band I: Grundlagen des Pflegerechts. Eine Darstellung der begrifflichen, statistischen und volkswirtschaftlichen Grundlagen und des internationalen Pflegerechts, Bern, N 850 ff.

<sup>182</sup> Vgl. z.B. ZWEIFEL, P./FELDER, S., et al. (1994), Pflegebedürftigkeit im Alter. Risiken, Kosten, Lösungsvorschläge, Zürich 17 f.

<sup>183</sup> Die Zahl der Frauen zwischen 45 und 59 auf 1000 Menschen im Alter über 65 Jahren halbiert sich zwischen 1990 und 2030. 1925 entfielen 1400 Frauen im vorerwähnten Altersbereich auf 1000 Personen über 65, 2030 werden es noch knapp über 300 sein (vgl. HENKE, K.-D. (1991), Finanzielle Sicherung des Pflegerisikos. Finanzierung über Kapitaldeckungs- oder Umlageverfahren in: Die Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit (Ed. ( GVG), G. f.V. u.-g.), Bergisch Gladbach, 1 ff., 4). Vgl. dazu auch MAGER, H.-C. (1999), Pflegebedürftigkeit: Charakterisierung eines multidimensionalen Phänomens in: Pflegebedürftigkeit und Pflegesicherung in ausgewählten Ländern (Eds. EISEN, R. und MAGER, H.-C.), Opladen, 29 ff., 58 ff., insbes. 60 ff. zur sinkenden "weiblichen Pflegereserve".

<sup>184</sup> So ausdrücklich die amtsinterne Arbeitsgruppe des BSV.

<sup>185</sup> Vgl. dazu KYTIR, J./MÜNZ, R. (1992), Hilfs- und Pflegebedürftigkeit im Alter - empirische Evidenzen in: Alter und Pflege, Argumente für eine soziale Absicherung des Pflegerisikos, Schriftenreihe Gesundheitsökonomie, Bd.3 (Eds. KYTIR, J. und MÜNZ, R.), Berlin, 71 ff., und FAENSEN, M. (1992), Wie sollen die Leistungen einer Pflegeversicherung aussehen? in: Alter und Pflege, Argumente für eine soziale Absicherung des Pflegerisikos, Schriftenreihe Gesundheitsökonomie, Bd. 3, (Eds. KYTIR, J. und MÜNZ, R.), Berlin, 195 ff.

<sup>186</sup> Vgl. dazu LANDOLT, H. (2001), Pflegerecht. Band I: Grundlagen des Pflegerechts. Eine Darstellung der begrifflichen, statistischen und volkswirtschaftlichen Grundlagen und des internationalen Pflegerechts, Bern, N 861 ff. und 892 ff., und die rechtsvergleichenden Hinweise bei LANDOLT, H. (2001), Nationale Pflegesozialleistungen und europäische Sozialrechtskoordination. Unter besonderer Berücksichtigung der bilateralen Abkommen der Schweiz mit der EG, in: ZIAS 2001 110 ff., 111 ff.

<sup>187</sup> Das schweizerische Pflegesicherungssystem wird zunehmend kritisiert (vgl. bereits MAURER, A. (1987) Genügt die soziale Sicherung bei Pflegebedürftigkeit?, in: Schweizerische Krankenkassenzeitung 1987, 120 f. = ZöF 1987 106 ff.). Umstritten ist insbesondere, ob eine eigenständige Pflegeversicherung eingeführt oder das bestehende Mischsystem beibehalten, aber reformiert werden soll. LATZEL, G./ANDERMATT, C., et al. (1997), Sicherung und Finanzierung von Pflegeleistungen bei Pflegebedürftigkeit: Band 1. Beiträge zur sozialen Sicherheit. Forschungsbericht Nr.97/6, Bern, bezeichnen das bestehende System als unlogisch aufgebaut und daher intransparent und ineffizient, wobei sie die Auffassung vertreten, mit pragmatischen Änderungen keine grundsätzliche Verbesserung erreichen zu können, weshalb sie konsequenterweise die Schaffung einer speziellen Pflegeversicherung vorschlagen. ETTLIN, R. (1998), Die Hilflosigkeit als versichertes Risiko in der Sozialversicherung. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Diss. Freiburg i.U., 425 ff., spricht sich gegen die Schaffung einer Pflegeversicherung aus, während MANSER, M. (1998), Eine eigenständige Pflegeversicherung prüfen in: Spitex im Trend - Trends für Spitex (Ed. Schweiz, S.V.), Bern, 246 ff., ebenfalls die Prüfung einer eigenständigen Pflegeversicherung anregt. Der Bundesrat will das bestehende System "von innen heraus" reformieren. Er lehnt (vorläufig) eine eigenständige Pflegeversicherung ab (vgl. dazu Bericht über die Sicherung und Finanzierung von Pflege- und Betreuungsleistungen bei Pflegebedürftigkeit vom 13.1.1999). Im Rahmen des zweiten Teils der 4. IVG-Revision soll eine Assistenzentschädigung eingeführt werden, die die bestehende Hilfenentschädigung, der Pflegebeiträge für Versicherte unter 18 Jahren sowie der Entschädigung für Hauspflege ersetzen soll. Vgl. dazu BIGOVIC-BALZARDI, A. (2000), Von der Entschädigung Hilflöser zur Finanzierung der Assistenz behinderter Menschen: Einführung einer Assistenzentschädigung mit der 4. IV-Revision, in: CHSS 2000 48 ff., GASSMANN, J. (Ibid.), Assistenzentschädigung: psychisch Behinderte nicht mehr benachteiligen!, in: CHSS 2000 56 ff., PESTALOZZI-SEGER, G. (1994) Behinderte hoffen auf Assistenzentschädigung. Zur Finanzierung von Pflege- und Betreuungskosten, in: ZöF 1994 135 ff., PESTALOZZI-SEGER, G. (1998), Behinderte und Spitex:

Schwierigkeiten bei der Finanzierung ambulanter Pflege, Betreuung und Assistenz in: Spitex im Trend - Trends für Spitex (Ed.Schweiz, S.V.), Bern, 260 ff.und PESTALOZZI-SEGER, G. (2000), Assistenzentschädigung: selbständige Lebensführung ausserhalb von Heimen ermöglichen!, in: CHSS 2000 52 ff. Die Assistenzentschädigung wird die derzeitige Situation betragsmässig etwas verbessern, die bestehenden Strukturprobleme des schweizerischen Pflegesicherungssystems jedoch nicht ändern. Eine "Pflegerreform" ist deshalb auf längere Sicht unabwendbar.

---

**Diese Texte sind urheberrechtlich geschützt.**