

**Pra 97 (2008) Nr. 20**

**Bundesgericht, II. sozialrechtliche Abteilung**

**Entscheid vom 28.03.2007 i.S. A. c. SWICA Krankenversicherung AG sowie Mutuel Assurances (K 124/06; K 125/06)**

Übersetzt von Christa Braaker

(Originaltext französisch. Publikation in der Amtlichen Sammlung erfolgt.)

**BGE 133 V 218 = SVR 2007 KV Nr. 12**

**Übernahme der Kosten von durch eine Pflegefachkraft erbrachten Leistungen; Voraussetzungen (Art. 25 Abs. 1 und 2 lit. a Ziff. 3, 38 KVG; Art. 46, 49 KVV).** *Ein Anspruch auf Übernahme der Kosten von durch eine Pflegefachkraft erbrachten Leistungen besteht nur, wenn jene selbständig und auf eigene Rechnung oder im Angestelltenverhältnis mit einem Leistungserbringer praktiziert, der zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen ist ( E. 6 ).*

### **Sachverhalt:**

A. war vom 1. Januar 1996 bis zum 31. Dezember 2003 bei der SWICA Krankenversicherung AG (heute SWICA Gesundheitsorganisation) obligatorisch krankenpflegeversichert. Wegen physischen und psychischen Störungen in Folge einer erlittenen Herpes-Encephalitis, fand A. am 30. Januar 2001 Aufnahme im Pflegezentrum X. und wurde kurz darauf in das Pflegeheim Z. verlegt. Diese Anstalten sind beide im Kanton Genf gelegen. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist nur das Personal dieser beiden Institutionen fähig und speziell dafür ausgebildet, um den speziellen Bedürfnissen der hirngeschädigten Patientin Rechnung zu tragen sowie deren Pflege und notwendige Überwachung bestmöglich zu gewährleisten.

Mit Verfügung vom 29. April 2002 hat sich die SWICA geweigert, die von diesen beiden Institutionen erbrachten Leistungen zu vergüten, weil diese Einrichtungen keine Leistungserbringer seien, die zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen sind, sei es als Spital oder als sozialmedizinische Institution. Die Übernahme von Leistungen eines anerkannten Leistungserbringers bleibe dagegen vorbehalten.

Am 14. August 2002 hat die SWICA die Einsprache der Versicherten teilweise gutgeheissen. Sie verneinte den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kostenübernahme unter dem Titel Pflegeleistungen in einem Spital, in einem sozialmedizinischen Zentrum oder einer Organisation für Krankenpflege und Haushalthilfe. Hingegen entschied sie, die Instruktion hinsichtlich der Frage zu ergänzen, ob der Versicherten in den erwähnten Pflegeanstalten auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen von Pflegefachfrauen oder Pflegefachmännern erbracht worden seien (Hilfe zu Hause).

Nachdem die SWICA die Natur und die Modalitäten der Pflegeleistungen, welche der Versicherten gegenüber erbracht worden waren, abgeklärt hatte, hat sie mit Verfügung vom 21. März 2003, die sie auf Einsprache hin am 31. Juli 2003 bestätigte, daran festgehalten, dass sie die Leistungen im Zentrum X. und im Pflegeheim Z. nicht als Hilfe zu Hause vergüte.

Mit Urteil vom 7. September 2004 hat das Verwaltungsgericht des Kantons Genf die Beschwerde der Versicherten gegen die Verfügung vom 14. August 2002 abgewiesen und diejenige gegen die Verfügung vom 31. Juli 2003 zuständigkeitshalber an das Sozialversicherungsgericht des Kantons Genf überwiesen.

Mit Urteil vom 21. März 2006 wies das Eidgenössische Versicherungsgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Versicherten gegen diesen Entscheid des kantonalen Verwaltungsgerichts ab (EVG, K 137/04 vom 21. März 2006).

A. ist seit dem 1. Januar 2004 bei der Mutuel Assurances (früher Mutuelle Valaisanne Caisse Maladie) obligatorisch krankenkpflegeversichert.

Mit Verfügung vom 18. März 2005, die auf Einsprache hin am 28. Juli 2005 bestätigt worden ist, hat sich die Mutuel Assurances ebenfalls und mit der gleichen Begründung wie die SWICA, geweigert, die Pflegekosten im Heim Z. zu übernehmen. Die Versicherte hat beim kantonalen Sozialversicherungsgericht Beschwerde erhoben.

In zwei getrennten Urteilen hat das Sozialversicherungsgericht am 8. September 2006 sowohl die Beschwerde der Versicherten gegen den Beschwerdeentscheid der SWICA vom 31. Juli 2003 als auch die Beschwerde gegen den Beschwerdeentscheid der Mutuel Assurances vom 28. Juli 2005 hauptsächlich mit der Begründung abgewiesen, die Pflegeleistungen des Personals des Pflegeheims Z. seien ohne ärztlichen Auftrag erfolgt.

A. erhebt gegen beide Urteile Verwaltungsgerichtsbeschwerde und schliesst, unter Kostenfolge, in der Hauptsache auf Zusprechung der gesetzlichen Pflegeleistungen (Hilfe zu Hause), die ihr gegenüber von den Mitarbeitern des Heims, in dem sie gewohnt habe oder wohne, erbracht worden seien, und subsidiär auf Rückweisung der Sache an das kantonale Gericht zur Ergänzung der Untersuchung.

Die SWICA schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Sowohl die Mutuel Assurances, wie auch das Bundesamt für Gesundheit, verzichten auf eine Stellungnahme.

### **Aus den Erwägungen:**

1.– 2. [. . .]

3.

In seinem Entscheid K 137/04 vom 21. März 2006 = SVR 2006 KV Nr. 30, S. 107 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht erwogen, die Beschwerdeführerin habe keinen Anspruch auf die Übernahme der Kosten für die Pflegeleistungen, die das Zentrum X. und das Heim Z. ihr gegenüber erbracht haben, insofern als diese Einrichtungen keine Leistungserbringer seien, die zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenkpflegeversicherung zugelassen sind, sei es als Spital, als sozialmedizinische Institution oder als Organisation für Krankenpflege und Haushalthilfe. Es bleibt deshalb nur noch die Frage streitig, ob die beklagten Versicherer die Kosten der Pflegeleistungen übernehmen müssen, welche durch das Personal der Institution Z. auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin erbracht worden sind.

4.

4.1 Nach Art. 24 KVG übernimmt die obligatorische Pflegeversicherung die Kosten für die Leistungen gemäss den Art. 25 – 31 KVG nach Massgabe der in den Artikeln Art. 32 – 34 KVG festgelegten Voraussetzungen. Diese Leistungen umfassen insbesondere Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die ambulant, bei Hausbesuchen, stationär, teilstationär oder in einem Pflegeheim durchgeführt werden von Ärzten und Ärztinnen, Chiropraktoren und Chiropraktorinnen sowie von Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen (Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 3 KVG).

4.2 Gemäss Art. 35 KVG sind die Leistungserbringer, welche die Voraussetzungen nach Art. 36 – 40 erfüllen, zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen. Darunter fallen auch die Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen.

Der Bundesrat hat aufgrund der Delegationsnorm in Art. 38 KVG die Kompetenz erhalten, die Zulassung der Leistungserbringer nach Art. 35 Abs. 2 lit. c–g und m KVG zu regeln. Dazu hat er die Art. 44 ff. KVV erlassen. Gemäss Art. 46 KVV sind insbesondere zugelassen auf ärztliche Anordnung hin Leistungen zu erbringen: Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner, welche ihren Beruf selbständig und auf eigene Rechnung ausüben (Abs. 1 lit. c) und die nach dem kantonalen | Recht zugelassen sind (Abs. 2). Gemäss Art. 49 KVV haben die Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner nachzuweisen: ein Diplom einer Schule für Gesundheits- und Krankenpflege, die von einer durch die Kantone gemeinsam bezeichneten Stelle anerkannt ist oder ein als gleichwertig anerkanntes Diplom, oder ein nach dem Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung anerkanntes Diplom (lit. a) sowie eine zweijährige praktische Tätigkeit bei einer Pflegefachfrau oder einem Pflegefachmann, die oder der nach dieser Verordnung zugelassen ist oder in einem Spital oder einer Organisation der Krankenpflege und Hilfe zu Hause unter der Leitung einer Pflegefachfrau oder eines Pflegefachmanns, die oder der die Zulassungsvoraussetzungen dieser Verordnung erfüllt (lit. b).

Die von den Pflegefachfrauen und Pflegefachmännern zu erbringenden Leistungen, welche von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommen werden, sind in Art. 7 Abs. 2 KLV genauer umschrieben.

4.3 Ein Recht, die gesetzlichen Leistungen durch andere, weniger kostspielige und nicht im Leistungskatalog der obligatorischen Pflegeversicherung enthaltenen Leistungen zu ersetzen, gibt es nicht. Es existiert in der Tat kein Substitutionsrecht, es ist demnach nicht möglich, dass eine obligatorisch von der Krankenkasse zu übernehmende Leistung durch eine nicht obligatorische Leistung ersetzt werden kann. Deshalb verliert ein Versicherter, welcher, aus welchen Gründen auch immer, eine Pflege oder Behandlung wählt, die nicht im Leistungskatalog der obligatorischen Versicherung enthalten ist, oder der sich von einem Leistungserbringer, welcher nicht zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen ist, behandeln lässt, seinen Anspruch auf Erstattung der anfallenden Kosten (BGE 126 V 330 E. 1 b S. 332; 111 V 324 E. 2 a S. 327 = Pra 75 Nr. 177).

5. Die Beschwerdeführerin, welche Hilflosenentschädigung wegen schwerer Hilflosigkeit i.S.v. Art. 8 Abs. 6bis KLV bezieht, ist der Meinung, dass das erstinstanzliche Gericht nicht hätte verneinen dürfen, dass die ihr gegenüber in der Institution Z. erbrachten Pflegeleistungen auf ärztliche Anordnung erfolgten. Zudem stehe der Status des Personals, welches die gesetzlichen Anforderungen an die Ausbildung erfülle und das im Pflegeheim, in dem sie wohne, angestellt sei, dem nicht entgegen, dass Letzteres Leistungen zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erbringe. Indem die Übernahme der Kosten der vom Personal der Institution Z. erbrachten Leistungen mit der Begründung verweigert werde, dass diese ihren Beruf nicht selbständig ausübten, würden tatsächlich zusätzliche Kosten für die obligatorische Krankenversicherung entstehen, da sich das betroffene Heim gezwungen sähe, auf die Dienste von externen Leistungserbringern zurückzugreifen, was grundsätzlich mit höheren Kosten verbunden sei. Dies sei mit dem gesetzlichen Ziel der Eindämmung der Gesundheitskosten unvereinbar.

## 6.

6.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet zunächst, dass keine ärztliche Anordnung im Sinne des Gesetzes bestehe. Sie beruft sich dabei auf Art. 8 Abs. 6bis KLV, gemäss welchem bei Personen, die eine Hilflosenentschädigung der Alters- und Hinterlassenenversicherung, der Invalidenversicherung oder der Unfallversicherung wegen mittlerer oder schwerer Hilflosigkeit erhalten, der ärztliche Auftrag oder die ärztliche Anordnung unbefristet gilt, bezogen auf die infolge der Hilflosigkeit notwendig gewordenen Pflegeleistungen.

Aus den Akten scheint hervorzugehen, dass die Beschwerdeführerin – die sich vor Bundesgericht zum ersten Mal auf diesen Umstand beruft – in der Tat eine Hilflosenentschädigung wegen schwerer Hilflosigkeit bezieht; sie hielt es jedoch nicht als erforderlich, ein ärztliches Zeugnis vorzulegen, welches diese Entschädigung begründet hat. Selbst wenn es sich so verhält, kann die Frage, ob die von der Institution Z. erbrachten Leistungen auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin erfolgten, offen gelassen werden, weil der Anspruch auf Leistungen aus den nachfolgenden Gründen in jedem Fall verneint werden muss.

6.2 In den verschiedenen Antworten auf die Fragen der SWICA und der Beschwerdeführerin (Briefe vom 21. Oktober 2002, vom 12. Dezember 2002 sowie vom 16. April 2003) hat der Direktor der Institution Z. angegeben, dass die vom Personal erbrachten Pflegeleistungen nicht auf ärztliche Anordnung erfolgen und dass sie den in Art. 7 Abs. 2 lit. a und c KLV aufgezählten Leistungen entsprechen würden. Die Pflege sei in der Tagespauschale inbegriffen, entsprechend der in der Stiftung Y. gültigen Regelung, die in allen Heimen, welche behinderte Personen aufnehmen, üblich sei. Die Kosten für Pflegeleistungen, soweit sie nötig seien, könnten nicht separat ausgewiesen und verrechnet werden, da sie in den Gesamtkosten inbegriffen seien. Die von der Institution Z. angestellten Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner hätten keine Konkordatsnummern und stellten für die Pflegeleistungen, wie immer sie auch beschaffen seien, nicht selber Rechnung.

Unabhängig davon, ob sie nach dem kantonalen Recht eine entsprechende Bewilligung zum Praktizieren haben und ob sie die Bedingungen des Art. 49 KVV erfüllen (d.h. Besitz eines anerkannten Diploms und zwei Jahre Praxiserfahrung) oder nicht, übt das Pflegepersonal in der Institution Z. demnach seine Pflegetätigkeit nicht selbständig und auf eigene Rechnung aus. Sie erfüllen folglich eine der von der Krankenpflegeverordnung (KVV) verlangten Bedingungen für eine Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nicht.

6.3 Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die von Art. 46 KVV aufgestellte Bedingung der Unabhängigkeit sei gesetzeswidrig. Dieser Sichtweise, die auch von einem Teil der Lehre (Jean-Louis Duc, LAMal: soins à domicile, soins en | EMS, Institut de recherche sur le droit de la responsabilité civile et des assurances [IRAL], Nr. 31, Bern 2005, S. 229 f.; Guy Longchamp, Conditions et étendue du droit aux prestations des assurance-maladie sociale, Diss. Bern 2004, S. 497 ff.). vertreten wird, kann nicht gefolgt werden.

6.3.1 Gemäss der Rechtsprechung gewährt Art. 38 KVG dem Bundesrat einen weiten Ermessensspielraum. Mit dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber seine Absicht deutlich ausgedrückt, dem Bundesrat die ausschliessliche Kompetenz zu verleihen zur Regelung der Zulassungsbedingungen für Pflegepersonen, die ihre Tätigkeit im Auftrag eines Arz-

tes oder einer Organisation, bei welcher sie angestellt sind, ausüben (BGE 125 V 284 E. 4 e S. 291). Die Tatsache, dass nur Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner, welche die Vorschriften der Art. 46 und 49 KVV erfüllen sowie Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause unter den Bedingungen von Art. 51 KVV zugelassen sind, zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung unter dem Titel der «Hilfe zu Hause» zu praktizieren, verstösst somit nicht gegen das Gesetz (BGE 126 V 330 E. 1 c, S. 333; siehe auch EVG, K 62/00 vom 5. September 2000 E. 1; zur Situation unter der Herrschaft des KUVG vgl. BGE 111 V 324 E. 2 a S. 327 = Pra 75 Nr. 177).

6.3.2 Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin, hat sich der Bundesrat nicht in Widerspruch zur Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 (BBl 1992 I 93) gesetzt. Bezüglich der Zulassung der Leistungserbringer ist ihr Folgendes zu entnehmen:

«(. . .) wir [sind] auch den hier und dort in den Vernehmlassungen geäusserten Wünschen nicht gefolgt, die darauf abzielten, die Psychotherapeuten, die Physiotherapeuten, die diplomierten Krankenschwestern und Krankenpfleger, das Spitexpersonal, die anerkannten Heilpraktiker, die Logopäden, die Diätberaterinnen, die Diabetesberaterinnen, die Psychomotoriktherapeuten usw. als dem Arzt gleichgestellte Leistungserbringer in die Vorlage aufzunehmen. Wir sind überdies der Ansicht, dass es wenig sinnvoll wäre, die «paramedizinischen» Leistungserbringer im Gesetz abschliessend zu nennen. Damit wäre letztlich niemandem gedient. Zu stark ist in diesen Leistungsbereichen die Entwicklung im Fluss. Ihr kann sich die Verordnung schneller anpassen. Die hierfür grundlegende Formulierung im Gesetz steckt denn auch ganz bewusst einen ausreichenden Rahmen ab. Indem sie von «Personen, die auf ärztliche Anordnung hin Leistungen erbringen», sowie von «Organisationen, die Personen beschäftigen» spricht, lässt sie für die in der heutigen Ordnung vorherrschende selbständige Tätigkeit auf eigene Rechnung (V VI vom 11. März 1966 über die Krankenversicherung; SR 832.156.19) ebenso Raum, wie für die Tätigkeit als Angestellte(r) z.B. eines Spitex-Dienstes, einer Diabetesberatungsstelle, einer Enterostomieberatungsstelle, eines Ambulatoriums, einer Gemeinde, einer Vereinigung für Hauskrankenpflege usw. Damit soll dem heute in diesen Bereichen bestehenden Potential an Strukturen, Kräften und Erfahrungen sowie einer möglichen Weiterentwicklung Rechnung getragen und sein Einsatz im Rahmen der sozialen Krankenversicherung in koordinierter Form und in vernünftigem Ausmass sichergestellt werden» (BBl 1992 I 163 f.).

Welches auch immer die Argumente der Beschwerdeführerin sind – es ist festzustellen, dass die Bestimmungen der KVV getreu dem Willen des Bundesrates wiedergegeben sind, wie er der Botschaft zu entnehmen ist. Daraus geht klar hervor, und der Grundsatz hat im Übrigen in der parlamentarischen Beratung zu keinen Diskussionen Anlass gegeben, dass der Bundesrat nur zwei genau umschriebene Formen von paramedizinischer Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Pflegeversicherung zulassen wollte: einerseits die Berufsausübung als selbständig erwerbende Fachperson («Personen, die auf ärztliche Anordnung hin Leistungen erbringen») und andererseits die Berufsausübung im Anstellungsverhältnis bei einer Institution, die ihrerseits unter den vom Bundesrat festgesetzten Bedingungen zugelassen ist, zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung tätig zu sein («Organisationen, die Personen beschäftigen»).

6.4 Gemäss den obigen Erwägungen ist festzuhalten, dass Leistungen, welche von einer Pflegefachfrau oder einem Pflegefachmann erbracht werden, die weder selbständig und auf eigene Rechnung tätig sind noch im Dienste einer als Leistungserbringer zugelasse-

nen Organisation stehen, von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nicht übernommen werden können.

7.

7.1 Es beruht auf einer bewussten Wahl des Leistungserbringers, ob er zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung tätig sein will. Das Gesetz legt in dieser Hinsicht zwingend die Bedingungen fest, unter denen er zugelassen werden kann. Ein nicht zugelassener Leistungserbringer – sei es, dass er die Zulassungsbedingungen nicht erfüllt, sei es, dass er ganz einfach nicht am System der obligatorischen Krankenpflegeversicherung teilnehmen will – kann die Leistungen, die er erbringt, nicht durch die obligatorischen Krankenpflegeversicherung erstatten lassen. Weder die politischen Behörden noch der Richter können ein Heim, eine Organisation oder eine in einem Gesundheitsberuf tätige Person zu einer Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zwingen (EVG, K 137/04 vom 21. März 2006 E. 4.3; siehe auch Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel 2007, S. 630 Rz. 707; Guy Longchamp, a.a.O., S. 277 f.)

7.2 Im Lichte der ausdrücklichen Erklärungen, die der Direktor der Institution Z. während des Verfahrens abgegeben hat (E. 6.2), hatte diese Institution nie gewünscht, in welcher Form auch immer Leistungen zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu erbringen (EVG, K 137/04 vom 21. März 2006 E. 4.3). Das Bundesgericht kann sich deshalb nicht gegen den von der Institution Z. klar geäußerten Willen wenden, nicht am System der obligatorischen Krankenpflegeversicherung teilnehmen zu wollen.

8. [. . .]