

IV. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Bundesgericht im vorliegenden Fall den Ausstand des Einzelrichters H. im Zusammenhang mit einer Teilnehmerin an einer Klimademonstration bestätigt hat. Gemäss dem Bundesgericht hat Einzelrichter H. durch seine Äusserungen vor Publikum während der mündlichen Urteilsöffnung den Anschein der Befangenheit erweckt, da er sich mit der Freigesprochenen solidarisiert und dadurch Erwartungen geweckt habe, die seine freie Meinungsbildung in einem ähnlich gelagerten zukünftigen Fall beeinträchtigen könnten.

Gemäss der hier vertretenen Ansicht ist es richtig, dass die Äusserungen von Einzelrichter H. für künftige Verfahren gegen die Freigesprochene B. eine Voreingenommenheit begründen. Entgegen den Erwägungen des Bundesgerichts erwecken die Äusserungen jedoch keinen Anschein der Befangenheit im Verfahren von A., da keine Solidarität über die konkrete Freigesprochene B. hinaus ersichtlich ist. Im Ergebnis erscheint daher Einzelrichter H. für die Beurteilung des Falles von B. nicht befangen.

Das Bundesgericht lässt die Frage, ob die Bindung an eine eigene Rechtsprechung den Anschein der Voreingenommenheit begründet, offen. Gemäss der hier vertretenen Auffassung stellen die Aussagen bezüglich der Bindung an die eigene Rechtsprechung die richterliche Unabhängigkeit des Einzelrichters H. nicht infrage, weil sich Einzelrichter H. darauf berufen hatte, die dynamische Rechtsprechung des EGMR anzuwenden, was diesbezüglich die Offenheit des Verfahrens sicherstellte.

Letztlich zeigt dieser Fall, dass die mündliche Urteilsöffnung schnell zum explosiven Pulverfass werden kann, wenn flüchtige Äusserungen eines Richters, insbesondere in politisch und gesellschaftlich aufgeladenen Kontexten, zu Befangenheitsvorwürfen führen können.

1.19. Sozial- und Sozialversicherungsrecht/ Droit social et droit des assurances sociales

Psychiatrische Grundpflege durch Angehörige

Besprechung von BGer, 9C_385/2023, 8.5.2024 (zur Publikation vorgesehen)

Bundesgericht, III. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 9C_385/2023 vom 8. Mai 2024 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen EGK Grundversicherungen AG, Krankenversicherung.



KASPAR GEHRING*

Die Pflege durch bei Spitexorganisationen angestellte Angehörige nimmt im Pflegealltag einen immer gewichtigeren Stellenwert ein. Hierbei stellen sich immer wieder rechtliche Fragen von grosser Tragweite. Eine solche hat das Bundesgericht im Urteil vom 8. Mai 2024 entschieden, indem es die psychiatrische Grundpflege durch Angehörige als zulässig und durch die obligatorische Grundversicherung entschädigungspflichtig bezeichnet hat.

I. Sachverhalt

Der 2000 geborene Versicherte ist für die obligatorische Krankenpflegeversicherung der EGK Grundversicherungen AG angeschlossen. Er leidet an einem Fragilen-X-Syndrom mit Autismus-Spektrum-Störung und wird (auch) von seiner Mutter als Angestellte der C. GmbH betreut und gepflegt. Er bezieht resp. bezog von der Invalidenversicherung namentlich eine Entschädigung für schwere Hilflosigkeit, eine Invalidenrente und Assistenzbeiträge; die Ausgleichskasse Glarus richtet(e) Ergänzungsleistungen aus und die EGK gewährt(e) insbesondere allgemeine Grundpflege.

Im Mai 2022 ersuchte der Versicherte die EGK Grundversicherungen AG um Übernahme von «psychiatrischer Grundpflege» im Umfang von insgesamt 102'075 Minuten für den Zeitraum vom 1. April bis zum 30. September 2022 (d.h. täglich rund 9,3 Stunden). Die EGK Grundversicherungen AG wies das Gesuch mit Verfügung vom 6. Oktober 2022 resp. mit Einspracheentscheid vom

* KASPAR GEHRING, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht.

28. Dezember 2022 ab. Das Verwaltungsgericht des Kantons Glarus wies die dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil vom 4. Mai 2023 ab. Gleichzeitig verweigerte es dem Versicherten die unentgeltliche Verbeiständung für das kantonale Verfahren.

Der Versicherte lässt mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragen, unter Aufhebung des Urteils vom 4. Mai 2023 sei die EGK Grundversicherungen AG zu verpflichten, die geltend gemachten psychiatrischen Grundpflegeleistungen zu vergüten; eventuell sei die Angelegenheit an das kantonale Gericht zurückzuweisen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und weist die Angelegenheit an die EGK Grundversicherungen AG zurück.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Umstritten und vom Bundesgericht zu entscheiden war die zentrale Frage, ob die Anstellung von Angehörigen, welche selber nicht im Besitz eines Pflegefachdiploms sind bzw. nicht über hinreichende Erfahrungen im Bereich der Psychiatriepflege verfügen, von zugelassenen Spitex-Organisationen angestellt werden können und ob der von der zugelassenen Leistungserbringerin für den Zeitraum vom 1. April bis zum 30. September 2022 beantragte psychiatrische Grundpflegebedarf von rund 9,3 Stunden pro Tag ausgewiesen ist.

Ausgangspunkt für diesen Pilotprozess stellte BGer, 9C_839/2018, 28.6.2019 dar, in welchem das Bundesgericht festgestellt hat, dass die Bedarfsabklärung des bereits damals vom Versicherten geltend gemachten psychiatrischen Grundpflegebedarfes durch eine Pflegefachperson vorzunehmen ist, welche über eine mindestens zweijährige Berufserfahrung im Bereich der Psychiatriepflege verfügt.

Im seinerzeitigen Urteil erwogen die Bundesrichterinnen, dass Massnahmen nach Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 2 KLV psychiatrischer Natur seien und es unerheblich sei, ob die Art der zugrunde liegenden gesundheitlichen Beeinträchtigung körperlich, geistig oder psychisch sei.¹ Da die Spitex-Organisation, welche die Mutter des Versicherten angestellt hatte, die Bedarfsabklärung durch eine diplomierte Pflegefachperson durchführen liess, welche nicht über eine zweijährige Berufserfahrung im Bereich der Psychiatriepflege verfügte, verneinte das Bundesgericht 2019 eine Leistungspflicht des Krankenversicherungsträgers.

Im Unterschied zu damals wurde im vorliegenden Fall die psychiatrische Pflegebedarfsabklärung durch eine Pflegefachperson mit Berufserfahrung im Bereich der Psychiatriepflege vorgenommen, weshalb das Bundesgericht in der E. 4.3.3 explizit bestätigt, dass die fragliche Spitex-Organisation als Leistungserbringerin für psychiatrische Pflege zugelassen sei. Entsprechend befassen sich die Bundesrichter mit der zentralen und umstrittenen Frage, ob die Anstellung von Angehörigen (auch) für psychiatrische Grundpflege zulässig ist. In E. 4.3.4 stellt das Bundesgericht diesbezüglich zunächst fest, dass die Mutter (angestellte Angehörigenperson) selber nicht über die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt und das berufliche Anforderungsprofil einer Pflegefachperson nicht erfüllt.

Anders als der Krankenversicherungsträger und das kantonale Versicherungsgericht ist das Bundesgericht aber der Auffassung, dass nicht ersichtlich sei, weshalb die von ihm entwickelten Grundsätze für die Anstellung von Familienangehörigen in Bezug auf die allgemeine Grundpflege² nicht auch für die psychiatrische Grundpflege gelten sollten. Die Bundesrichterinnen erkennen zwar ein Missbrauchspotenzial an, sind aber der Auffassung, dass diesem mit den vorhandenen gesetzlichen Mitteln begegnet werden könne, indem die Kriterien der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Leistungen durch den Vertrauensarzt überprüft werden könnten (E. 4.3.5.3).

Folglich wendet sich das Bundesgericht anschliessend der Frage zu, ob die Mutter im konkreten Fall hinreichend instruiert sowie grundsätzlich fähig ist, die fraglichen Leistungen in genügender Qualität zu erbringen, welches letztlich die Voraussetzungen für die Anstellung von grundpflegenden Angehörigen gemäss dem vorerwähnten Leitentscheid BGE 145 V 161 sind. Die Bundesrichter sind diesbezüglich knapp und kurz und stellen in E. 4.3.6 fest, dass dies ausser Frage sei. Entsprechend hat die Vorinstanz eine Rechtsverletzung begangen, indem sie die umstrittene Leistungspflicht des Krankenversicherungsträgers mit dem Argument der ungenügenden fachlichen Qualifikation der Mutter verneint hat.

Der Krankenversicherungsträger vertrat eventualiter, sollte von der Zulässigkeit einer Anstellung von Angehörigen auch für psychiatrische Grundpflegeleistungen auszugehen sein, den Standpunkt, dass im vorliegenden Fall keine hinreichende bzw. genaue psychiatrische Diagnose vorliege. Das Bundesgericht stellt in tatsächlicher Hinsicht zunächst fest, dass der Versicherte mit dem Fragilen-

¹ BGer, 9C_839/2018, 28.6.2019, E. 6.2.2.

² BGE 145 V 161.

X-Syndrom an einer Autismus-Spektrum-Störung mit erheblichen kognitiven Defiziten leidet und es sich dabei um einen psychischen Gesundheitsschaden mit Krankheitswert handle (E. 4.4.3).

Unter Hinweis auf den früheren BGer, 9C_307/2020, 10.8.2020, weisen die Bundesrichterinnen darauf hin, dass sie im vorangegangenen Urteil weder eine besondere Anspruchsvoraussetzung in Form bestimmter Untersuchungen oder Testungen noch eine über den im Sozialversicherungsrecht geltenden Regelbeweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit hinausgehende Beweisvorschrift aufgestellt hätten (E. 4.4.3). Dementsprechend verneinte das Bundesgericht den vom Krankenversicherungsträger vertretenen Standpunkt, es liege keine gesicherte bzw. validierte psychiatrische Diagnose vor.

Schliesslich wenden sich die Bundesrichter der Frage zu, ob der für den fraglichen Zeitraum geltend gemachte psychiatrische Grundpflegebedarf von rund 9,3 Stunden ausgewiesen sei. Die Bundesrichterinnen stellen in E. 4.5.3 zunächst fest, dass sich weder die Vorinstanz noch die Verwaltung dazu geäussert und überprüft hätten, ob die geltend gemachten Pflegeleistungen den Anforderungen an Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit genügen. Zudem sei ebenfalls nicht überprüft worden, ob allfällige weitere Anspruchsvoraussetzungen (etwa Dokumentationspflicht der Leistungserbringer, Abrechnungsmodalitäten u.Ä.) bestünden und erfüllt seien.

Das Bundesgericht weist sodann in E. 4.5.3 zudem darauf hin, dass in der Bedarfsabklärung Leistungen, z.B. Hilfe bei der Körperpflege, erfasst seien, welche nicht zur psychiatrischen, sondern zur allgemeinen Grundpflege gehören würden. Eine abschliessende Beurteilung des umstrittenen Anspruchs sei deshalb nicht möglich, weshalb die Angelegenheit an den Krankenversicherungsträger zurückzuweisen sei, welcher allenfalls nach weiteren Abklärungen erneut über die Leistungspflicht zu befinden habe. Diesen Prozessausgang werteten die Bundesrichter trotz der Rückweisung als volles Obsiegen und sprachen dem Beschwerdeführer eine gerichtliche Parteientschädigung zu, weshalb die beantragte unentgeltliche Rechtsverteidigung abgewiesen wird.

III. Bemerkungen

Dem vorliegenden Leitentscheid ist vollumfänglich zuzustimmen. Die psychiatrischen Grundpflegeleistungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 2 KLV beinhalten Massnahmen zur Überwachung und Unterstützung psychisch kranker Personen in der grundlegenden Alltagsbewältigung.

Der Verordnungsgeber nennt dabei beispielhaft die Erarbeitung und Einübung einer angepassten Tagesstruktur, ein zielgerichtetes Training zur Gestaltung und Förderung sozialer Kontakte sowie die Unterstützung beim Einsatz von Orientierungshilfen und Sicherheitsmassnahmen als derartige Bereiche der grundlegenden Alltagsbewältigung.

Es ist mit dem Bundesgericht nicht ersichtlich, weshalb derartige Überwachungs- und Unterstützungsleistungen nicht auch von diplomierten Pflegefachpersonen hinreichend instruierten und überwachten Angehörigen ausgeführt werden können sollten. Die Verneinung der Zulässigkeit einer Anstellung von Laien – gemeint Personen ohne Pflegefachdiplom – hätte letztlich zur Folge, dass psychiatrische Pflegeleistungen nur von diplomierten Pflegefachpersonen erbracht werden könnten, was im Hinblick auf die diesbezügliche Personalknappheit einen weitestgehenden Versorgungsengpass zur Folge hätte, was wiederum mit dem Versicherungsobligatorium hinsichtlich der Pflegeleistungen (auch für Versicherte mit psychiatrischer Diagnose) nicht in Einklang gebracht werden könnte.

Die Präzisierung des Bundesgerichts, dass keine validierte bzw. genaue psychiatrische Diagnose gemäss ICD nachgewiesen sein müsse, ist ebenfalls zu begrüssen. Es genügt, dass aus den vorliegenden medizinischen Berichten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit hervorgeht, dass die versicherte Person krankheitsbedingt wegen eines geistigen oder psychischen Gesundheitsschadens auf die vorerwähnten Überwachungs- und Unterstützungsleistungen für grundlegende Alltagsaktivitäten angewiesen ist. Dass das Bundesgericht diese Voraussetzung im konkreten Fall beim Versicherten mit einer Autismus-Spektrum-Störung bejaht hat, ist nicht zu kritisieren.

Es bleibt (vorderhand) die Unklarheit, welche Dienstleistungen von Angehörigen bzw. Arbeitnehmern von zugelassenen Leistungserbringern ohne Pflegefachdiplom als psychiatrische Grundpflege zu qualifizieren sind. Einerseits muss zwischen der somatischen und der psychiatrischen Grundpflege unterschieden werden; andererseits können nur solche Dienstleistungen als psychiatrische Grundpflege qualifiziert werden, welche grundlegende Alltagsaktivitäten betreffen und nicht nur Betreuung beinhalten, welche gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV nicht versicherte Personenhilfe darstellt. Diese doppelte Grenzziehung wird auch im konkreten Fall durch den Krankenversicherungsträger vorzunehmen und erwartungsgemäss Anlass für eine bundesgerichtliche Klarstellung in einem der kommenden Leitentscheide sein.

Klarheit besteht jedoch darüber, dass die in der Tagespresse «herumgereichten» hohen möglichen Löhne von

pflegenden Angehörigen von deutlich über CHF 10'000 pro Monat³ in der Praxis nicht realistisch sind. Es bestehen verschiedene Rechtsinstitute, welche dies verhindern. Auch Befürchtungen massiver zusätzlicher finanzieller Belastungen der Krankenversicherer werden überzeichnet und berücksichtigen nicht, dass die Pflegekosten aufgrund der demographischen Verhältnisse ohnehin steigen werden. Immerhin kann mit einer fairen Vergütung der Pflege durch Angehörige der Mangel an Pflegepersonal etwas aufgefangen werden. Die zahlreichen Reaktionen in der Presse zeigen, dass die Thematik nicht nur juristisch, sondern auch gesellschaftlich höchst aktuell ist. Weitere Klärungen werden daher mit Spannung erwartet und sicher hitzige Diskussionen auslösen.

4. Internationales Privat- und Verfahrensrecht/Droit international privé et procédure civile internationale

4.3. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit/Jurisdiction arbitrale internationale

Do hard cases make good law?

Besprechung von BGer, 4A_603/2023, 25.3.2024 (zur Publikation vorgesehen)

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_603/2023 vom 25. März 2024 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen B. und C., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Erläuterung, rechtliches Gehör.



MARCO STACHER*



ANNA MENTZER**

Das Bundesgericht hob den Erläuterungsentscheid eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz (Art. 189a IPRG) aufgrund der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör auf; dies, da der Beschwerdeführer zum Erläuterungsgesuch nicht Stellung nehmen konnte. Das Bundesgericht hielt insbesondere fest, dass der Beschwerdeführer zwar grundsätzlich darlegen müsse, inwiefern das Verfahren anders ausgegangen wäre, wenn die Gehörsverletzung ausgeblieben wäre. Da der Beschwerdeführer im konkreten Fall gar nicht angehört wurde, musste er indes ausnahmsweise nicht dartun, was er zum Erläuterungsgesuch vorgebracht hätte, wenn er angehört worden wäre. Das Urteil des Bundesgerichts ist in diesem Punkt ohne weiteres nachvollziehbar, gibt aber bei anderen – im Urteil nicht angesprochenen Punkten – zu Bemerkungen Anlass.

³ SOPHIE REINHARDT, 15'000 Fr im Monat für Pflege des Sohnes, Blick online, Internet: <https://www.blick.ch/politik/neues-urteil-verspricht-geldsegen-fuer-angehoerige-15000-fr-im-monat-fuer-pflege-des-sohnes-id19850495.html> (Abruf 28.6.2024).

* MARCO STACHER, PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor an der Universität St. Gallen.

** ANNA MENTZER, MLaw, Rechtsanwältin, Zürich.