



# Inhaltsverzeichnis

8 Sozialversicherung

5

## **B**

Stichwortverzeichnis

73

## 8. Sozialversicherung

### 8.1 Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR

**Regeste:**

Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR – Die Unterstellung eines Betriebes unter den AVE GAV FAR bedeutet, dass grundsätzlich dessen ganzes Personal ebenfalls den Bestimmungen des AVE GAV FAR untersteht. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unterstehen auch Erdsondenbohrunternehmen dem AVE GAV FAR (Erw. 3.1). Aus diesem Grunde ist ein Erdsondenbohrunternehmen auch insbesondere für seine Mechaniker beitragspflichtig, zumal diese auch nicht als technisches Personal im Sinne von Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR zu qualifizieren sind (Erw. 4 ff.). Die Beiträge sind im vorliegenden Fall ab dem 1. Januar 2011 geschuldet, weil ein in Rechtskraft erwachsenes Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zug die Beklagte bis zum 31. Dezember 2010 von der Beitragspflicht befreite (Erw. 5).

**Aus dem Sachverhalt:**

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV), die Gewerkschaften GBI bzw. UNIA und SYNA schlossen am 12. November 2002 – im Bestreben, der körperlichen Belastung der Arbeitnehmer im Bauhauptgewerbe Rechnung zu tragen, die damit verbundenen Beschwerden im Alter zu lindern und dem Baustellenpersonal eine finanziell tragbare Frühpensionierung zu ermöglichen – den Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) ab. Mit Bundesratsbeschluss vom 5. Juni 2003 wurde dieser teilweise allgemeinverbindlich erklärt und trat am 1. Juli 2003 in Rechtskraft. Für die gemeinsame Durchführung des GAV FAR im Sinne des Art. 357b OR haben die Vertragsparteien die Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (nachfolgend: Stiftung FAR) gegründet. Diese ist für den gesamten Vollzug des GAV zuständig und ist insbesondere berechtigt, die notwendigen Kontrollen gegenüber den Vertragsunterworfenen durchzuführen und namens der Vertragsparteien Betreibungen und Klagen zu erheben.

Ab Mai 2005 begann ein Rechtsstreit zwischen der Stiftung FAR und der Y. AG betreffend Beitragspflicht. Während die Stiftung FAR der Ansicht war, dass die Y. AG dem AVE GAV FAR unterstehe, bestritt die Y. AG dies. Da sich die Parteien nicht einigen konnten, reichte die Stiftung FAR am 15. Februar 2007 beim Verwaltungsgericht des Kantons Nidwalden Klage gegen die damals noch im Kanton Nidwalden domizilierte Y. AG ein und beantragte, diese habe für jeden unter den persönlichen Geltungsbereich des AVE GAV FAR fallenden Mitarbeiter für den Zeitraum vom 19. April 2004 bis zum 31. Dezember 2010 Beiträge zu entrichten. Da die Y. AG in der Zwischenzeit ihren Sitz in den Kanton Zug verlegt hatte, überwies das Verwaltungsgericht des Kantons Nidwalden mit Urteil vom 2. April 2007 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug.

Mit Urteil vom 27. Oktober 2011 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zug die Klage der Stiftung FAR ab. Begründend führte es zusammengefasst aus, dass die Bohrungen für Erdwärmesonden dem Betrieb der Y. AG das Gepräge gegeben hätten. Bei Erdwärmesondenbohrungen handle es sich gemäss den zuständigen Zuger Zivilgerichten nicht um das Bauhauptgewerbe und somit auch nicht um Tiefbauarbeiten gemäss Art. 2 Abs. 4 lit. a BRB AVE GAV FAR, was zur Abweisung der Klage geführt habe. Der Entscheid des Verwaltungsgerichtes Zug erwuchs in der Folge – abgesehen vom Kostenpunkt – unangefochten in Rechtskraft.

Mit Urteil vom 15. April 2013 (9C\_975/2012, 9C\_976/2012) entschied das Bundesgericht, dass Tätigkeiten im Bereich der Erdwärmesondenbohrungen dem Bereich Tiefbau anzurechnen und somit vom betrieblichen Geltungsbereich des BRB AVE GAV FAR bzw. des GAV FAR erfasst seien.

Mit Schreiben vom 22. Juli 2013 forderte die Stiftung FAR von der Y. AG gestützt auf den genannten Bundesgerichtsentscheid vom 15. April 2013 die FAR-Beiträge ab dem 1. Januar 2011 ein und teilte gleichzeitig mit, dass die Inkassostelle FAR Lohnsummenformulare senden werde. Die Y. AG antwortete mit Schreiben vom 24. Juli 2013 und argumentierte, sie sei aufgrund des Urteils des Zuger Verwaltungsgerichtes vom 27. Oktober 2011 nicht dem GAV FAR unterstellt. An ihren Standpunkten hielten die Parteien auch in weiteren Schreiben fest.

Am 30. Oktober 2013 reichte die Stiftung FAR beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Klage gegen die Y. AG ein, mit folgenden Anträgen: 1.) Es sei festzustellen, dass die Beklagte vollumfänglich dem Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) untersteht. 2.) Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin folgende FAR-Beiträge zu bezahlen: 5.3% der AHV-pflichtigen Lohnsumme vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2011 jedes Mitarbeiters, der unter den persönlichen Geltungsbereich des BRB AVE GAV FAR fällt, nebst Zins zu 5% ab dem Folgejahr; 5% der AHV-pflichtigen Lohnsumme vom 1. Januar 2012 bis 31. Dezember 2013 jedes Mitarbeiters, der unter den persönlichen Geltungsbereich des BRB AVE GAV FAR fällt, nebst Zins zu 5% ab dem jeweiligen Folgejahr. 3.) Die Beklagte sei zu verpflichten, auch in Zukunft FAR-Beiträge abzurechnen. 4.) Es seien sämtliche AHV-Lohnsummenmeldungen seit dem 1. Januar 2011 zu edieren. 5.) Es sei die Klägerin zu berechtigen, ihre Forderung gestützt auf die beantragte Edition der AHV-Lohnsummenmeldungen zu präzisieren. 6.) Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

### **Aus den Erwägungen:**

(...)

3.

3.1 Mit – abgesehen vom Kostenpunkt – unangefochten in Rechtskraft erwachsenem Urteil vom 27. Oktober 2011 entschied das Verwaltungsgericht des Kantons Zug, dass die Y. AG

für die Zeit bis zum 31. Dezember 2010 keine FAR-Beiträge zu entrichten habe bzw. dem Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (AVE GAV FAR) nicht unterstellt sei, weil es sich – gemäss den Urteilen der Zivilgerichte des Kantons Zug – bei Erdsondenbohrertätigkeiten nicht um das Bauhauptgewerbe und damit auch nicht um Tiefbauarbeiten handle. In einem ähnlichen Fall entschied das Bundesgericht in der Folge jedoch mit Urteil vom 15. April 2013 (9C\_975/2012 Erw. 4.3.5), dass Erdsondenbohrertätigkeiten dem Bereich Tiefbau im Sinne von Art. 2 Abs. 4 lit. a AVE GAV FAR zuzurechnen und entsprechende Betriebe somit vom (betrieblichen) Geltungsbereich der allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR erfasst seien.

3.2 Die Beklagte ist unbestrittenermassen nicht Mitglied beim SBV und fällt daher vertraglich nicht in den Geltungsbereich des GAV FAR. Sie hat sich diesem auch nicht im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GAV FAR angeschlossen. Die Geltung des GAV FAR für die Beklagte kann sich daher nur aus dem AVE GAV FAR ergeben (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 30. April 2010, 9C\_1033/2009 Erw. 2.1).

(...)

4.

4.1 Die Unterstellung eines Betriebes unter den AVE GAV FAR bedeutet konkret, dass grundsätzlich alle ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – soweit sie nicht einem anderen, spezifischeren GAV unterstehen – ebenfalls den Bestimmungen des AVE GAV FAR unterliegen. Dies ist Ausfluss des Grundsatzes der Tarifeinheit (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 12. März 2001, 4C.350/2000 Erw. 3a). Ob das Personal eines unterstellten Betriebes ihre Arbeit in einer wohltemperierten Werkstatt oder auf einer Wind und Wetter ausgesetzten Baustelle verrichtet, ist für die Unterstellung daher irrelevant. Das Beachten solcher Gegebenheiten im Einzelfalle und die individuelle Abklärung einer jeden AVE GAV FAR Unterstellung wäre schlichtweg nicht umsetzbar, weswegen der Gesetzgeber eine pauschale Lösung gewählt hat. Weil diese pauschale Unterstellung aber zu weit gehen würde, sieht der AVE GAV FAR Ausnahmen vor, welche unter dem persönlichen Geltungsbereich aufgeführt werden. Nachfolgend ist daher zu prüfen, welche Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen der Beklagten unter den persönlichen Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR fallen und welche von der Unterstellung ausgenommen werden. Strittig ist vorliegend zum einen, ob die Mechaniker der Beklagten ebenfalls vom persönlichen Geltungsbereich umfasst sind, und zum andern, ob der Arbeitnehmer S., welcher zumindest teilweise auf den Baustellen tätig ist, vom persönlichen Geltungsbereich umfasst wird. Unstrittig sind hingegen die Unterstellung des reinen Baustellenpersonals sowie die Nicht-Unterstellung des leitenden und des Büropersonals.

4.2 Der persönliche Geltungsbereich ist in Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR wie folgt geregelt: «Die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen gelten für die Arbeitnehmerinnen und Arbeit-

nehmer (unabhängig ihrer Entlohnungsart), die in den Betrieben nach Absatz 4 tätig sind, insbesondere für:

- a. Poliere und Werkmeister;
- b. Vorarbeiter;
- c. Berufsleute, wie Maurer, Strassenbauer, Pflästerer usw.;
- d. Bauarbeiter (mit oder ohne Fachkenntnisse);
- e. Spezialisten wie Maschinisten, Chauffeure, Magaziner und Isoleure sowie die Hilfskräfte;
- f. weitere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, sofern sie Hilfstätigkeiten in einem dem Geltungsbereich unterstellten Betrieb ausführen.

Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstehen dem GAV FAR ab dem Zeitpunkt, ab dem sie AHV-pflichtig werden. Ausgenommen ist das leitende Personal, das technische und kaufmännische Personal sowie das Kantinen- und Reinigungspersonal eines unterstellten Betriebs.»

4.2.1 Abweichend von Art. 2 Abs. 5 lit. e AVE GAV FAR sieht Art. 3 Abs. 1 lit. e GAV FAR eine Geltung für Spezialisten wie Maschinisten, Chauffeure, Magaziner und Isoleure sowie die Hilfskräfte nur vor, «sofern sie auch dem Geltungsbereich des LMV unterstehen». Aufgrund dieser Diskrepanz legte das Bundesgericht in seinem Urteil vom 7. Dezember 2012 (9C\_374/2012 Erw. 2.7.2 ff.) Art. 2 Abs. 5 lit. e AVE GAV FAR aus und kam dabei zum Schluss, dass die Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV die Ausweitung seines Geltungsbereichs auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes (Art. 1 Abs. 1 AVEG) bezwecke. Nur in diesem Sinne könne die AVE über die Vorgaben des GAV hinausgehen; Verpflichtungen, die von den am GAV beteiligten Sozialpartnern nicht vorgesehen gewesen seien, seien der Allgemeinverbindlichkeit nicht zugänglich. Eine Erweiterung des im GAV FAR definierten persönlichen Geltungsbereichs falle ausserdem mit Blick auf Art. 2 Ziff. 1 AVEG ausser Betracht; dadurch würden denn auch keine Nachteile für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer vermieden werden können. Auch bei der Anwendung von Art. 2 Abs. 5 lit. e AVE GAV FAR sei daher entscheidend, ob die darin genannten Berufsleute dem Geltungsbereich des LMV unterstehen würden.

4.2.2 Der betriebliche Geltungsbereich erstreckt sich gemäss Art. 2 Abs. 3 AVE LMV unter anderem auch auf den Tiefbau bzw. gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. a LMV auf den Tiefbau einschliesslich des Spezialtiefbaus. Die Beklagte wird mithin vom betrieblichen Anwendungsbereich des LMV erfasst. In den persönlichen Geltungsbereich fallen nach Art. 2 Abs. 4 AVE LMV sämtliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, ausgenommen Poliere und Werkmeister, technisches und administratives Personal sowie Kantinen- und Reinigungspersonal. Artikel 3 Abs. 2 LMV nennt die gleichen Ausnahmen, während in Art. 3 Abs. 1 LMV die Geltung in persönlicher Hinsicht festgelegt wird für (a) Vorarbeiter, (b) Berufsleute wie Maurer, Zimmerleute, Strassenbauer, Pflästerer und (c) Spezialisten wie Maschinisten, Chauffeure, Magaziner, Isoleure und Hilfskräfte, unter Vorbehalt allfällig bestehender Gesamtarbeitsverträge mit anderen Arbeitnehmerorganisationen.

4.2.3 Sowohl bei Art. 3 Abs. 2 LMV als auch bei Art. 5 Abs. 2 lit. e AVE GAV FAR handelt es sich um nicht abschliessende Aufzählungen, in welchen die Mechaniker nicht explizit erwähnt werden. Das Bundesgericht hat diesbezüglich aber bereits festgehalten, dass mit dem Begriff «Spezialisten» absichtlich eine «pauschale Lösung» gewählt worden sei, um das kaum zu bewältigende Konfliktpotential im Zusammenhang mit individuellen Abgrenzungsfragen zu vermeiden (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2012, 9C\_374/2012 Erw. 2.7.2.2). Insofern handelt es sich auch bei den zum unterstellten Betrieb gehörenden Mechanikern um Spezialisten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 LMV und Art. 5 Abs. 2 lit. e AVE GAV FAR. Führt man sich vor Augen, dass selbst Chauffeure vom Geltungsbereich des LMV und des GAV FAR (explizit) umfasst werden, so liegt der Schluss nahe, dass eben auch andere Spezialisten wie vorliegend die Mechaniker von LMV und GAV FAR erfasst werden. Dem Gericht ist im Übrigen nicht bekannt, dass es einen spezifischen GAV für Mechaniker geben würde; dies wurde denn von der Beklagten auch gar nicht vorgebracht. Festzuhalten ist damit, dass auch die Mechaniker der Beklagten vom LMV und vom AVE GAV FAR erfasst werden.

4.3 Es verbleibt nun einzig zu prüfen, ob die als Spezialisten vom Geltungsbereich des AVE GAV FAR grundsätzlich erfassten Mechaniker in casu als «technisches Personal» zu qualifizieren und somit vom persönlichen Geltungsbereich ausgenommen sind oder nicht. Mangels einer näheren Beschreibung oder anderweitigen Grundlagen ist der Begriff «technisches Personal» (Art. 2 Abs. 5 dritter Satz AVE GAV FAR) auszulegen.

4.3.1 Für die Auslegung von Bestimmungen über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen gelten die allgemeinen Grundsätze der Gesetzesauslegung (BGE 127 III 318 Erw. 2a; Urteil des Bundesgerichts vom 8. Oktober 1997, 4C.93/1997 Erw. 3a, in: Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 1998 S. 282 ff.; je mit Hinweisen). Es besteht weder ein Grund für eine besonders restriktive noch für eine besonders weite Auslegung. Durch die Allgemeinverbindlicherklärung sollen die Arbeitsbedingungen der bei Aussen-seitern angestellten Arbeitnehmer gesichert, die Sozial- und Arbeitsbedingungen als Faktor des Konkurrenzkampfes ausgeschlossen und dem Gesamtarbeitsvertrag zu grösserer Durchsetzungskraft verholfen werden (Urteile 9C\_374/2012 vom 7. Dezember 2012 Erw. 2.3 und 4C.45/2002 vom 11. Juli 2002 Erw. 2.1.2). Die Auslegung des Gesetzes ist auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von ihm erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten. Ausgangspunkt der Auslegung einer Norm bildet ihr Wortlaut. Vom daraus abgeleiteten Sinne ist jedoch abzuweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass der Gesetzgeber diesen nicht gewollt haben kann (vgl. BGE 136 V 84 Erw. 4.3.2.1). Solche Gründe können sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (BGE 135 IV 113 Erw. 2.4.2; 135 V 382 Erw. 11.4.1; 127 III 318 Erw. 2b). Zu beachten ist dabei unter anderem das Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Wenn der Gesamtarbeitsvertrag seine Schutzfunktion erfüllen soll, muss es für die Parteien leicht erkennbar sein, ob sie ihm unterstehen oder nicht. Diesem Kriterium der leichten Erkennbarkeit einer GAV-Unterstellung kommt indes keine eigenständige Bedeutung zu; vielmehr ist sie im Zusammenhang mit den klassischen

Elementen der Gesetzesauslegung zu berücksichtigen (Urteil 9C\_975/2012 Erw. 4.3.4 vom 15. April 2013).

4.3.2 Über die Herkunft des Wortes «Technik» finden sich im Duden Angaben aus dem Neulateinischen und aus dem Griechischen. So steht zum Beispiel das griechische Wort «téchn» für Handwerk, Kunstwerk, Kunstfertigkeit und Wissenschaft. Weiter versteht man gemäss Duden unter Technik etwa die «Gesamtheit der Massnahmen, Einrichtungen und Verfahren, die dazu dienen, die Erkenntnisse der Naturwissenschaften für den Menschen praktisch nutzbar zu machen» oder eine «besondere, in bestimmter Weise festgelegte Art, Methode des Vorgehens, der Ausführung von etwas». Vorliegend ist dabei auf die erstere Umschreibung abzustellen, handelt es sich bei «Ausführung von etwas» doch um eine Beschreibung, die schlichtweg auf jeden Arbeitnehmer zutreffen würde. Die erstgenannte und in casu zu bevorzugende Umschreibung des Dudens hingegen setzt den Begriff Technik insbesondere in Zusammenhang mit Erkenntnissen aus den Naturwissenschaften. Im allgemeinen Sprachgebrauch bringt man Technik vor allem mit Technologie und Elektronik in Verbindung, was sich nicht vollständig mit der Umschreibung des Dudens deckt. Folglich kann – selbst mit der weniger weitgehenden Beschreibung – anhand des Wortlautes nicht klar definiert werden, welches Personal als «technisch» zu gelten hat und welches nicht. Der Begriff erweist sich mithin als zu weitgehend, als dass man anhand der grammatikalischen Auslegung zu einem klaren Ergebnis kommen könnte.

4.3.3 Um die fragliche Ausnahmeklausel teleologisch und historisch nachvollziehen zu können, ist die Präambel des GAV FAR heranzuziehen. Gemäss dieser ging es beim GAV FAR darum, «der körperlichen Belastung der Arbeitnehmer im Bauhauptgewerbe Rechnung zu tragen und die damit verbundenen Beschwerden im Alter zu lindern und dem Baustellenpersonal eine finanziell tragbare Frühpensionierung zu ermöglichen». Indem das Gesetz das technische Personal explizit nicht dem GAV FAR unterstellt, kann darauf geschlossen werden, dass das technische Personal einer (wesentlich) geringeren körperlichen Belastung ausgesetzt ist und es deswegen eine Frühpensionierung aus gesundheitlichen Gründen auch nicht nötig hat. Es muss sich somit um Tätigkeiten handeln, welche sich sowohl betreffend die körperliche Belastung als auch betreffend die allgemeinen Arbeitsbedingungen – man denke etwa an das Unfallrisiko – deutlich vom gewöhnlichen Baustellenpersonal unterscheiden. Das Bundesgericht hat andererseits aber auch schon festgehalten, dass das Ausmass der körperlichen Belastung einer bestimmten Arbeit alleine noch kein Kriterium für eine (Nicht-)Unterstellung sei (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2012, 9C\_374/2012 Erw. 2.7.2.2). Auch die Tatsache, dass mit dem Wort «Spezialisten» in Art. 3 Abs. 1 lit. e GAV FAR eine pauschale Lösung getroffen wurde, weist darauf hin, dass das Ausmass der körperlichen Belastung alleine kein Kriterium für eine (Nicht-)Unterstellung sein kann. Im Übrigen findet sich die Ausnahmeklausel für das technische Personal auch im LMV, wobei die Auslegung auch dort gleich ausfallen würde. Mangels Unterstellung unter den LMV ist davon auszugehen, dass das technische Personal weniger schutzbedürftig ist und deswegen nicht auf Gesamtarbeitsverträge etc. angewiesen ist.

4.3.4 In systematischer Hinsicht ist festzuhalten, dass das technische Personal im selben Satz wie das leitende Personal und das kaufmännische Personal genannt wird. Im LMV wird es zusammen mit dem administrativen Personal genannt. Sowohl leitendes, kaufmännisches als auch administratives Personal arbeitet nicht handwerklich. Das leitende Personal ist zwar teilweise auf Baustellen anzutreffen (z. B. ein Bauführer), doch ist es dort nicht handwerklich – sondern vielmehr leitend, planerisch oder organisatorisch – tätig. Insofern unterscheidet es sich betreffend körperliche Belastung und Unfallrisiko nicht wesentlich vom kaufmännischen und administrativen Personal, welches grundsätzlich im Büro tätig ist. Das technische Personal muss folglich eine gewisse Ähnlichkeit zur Arbeitsweise bzw. der Arbeitsbelastung des leitenden, kaufmännischen und administrativen Personals aufweisen, wird es vom Gesetz doch an gleicher Stelle genannt. Daraus kann abgeleitet werden, dass das vom Gesetz genannte «technische Personal» ebenfalls nicht handwerklich tätig ist.

Das Kantinen- und Reinigungspersonal ist zwar gewissermassen auch handwerklich tätig, doch handelt es sich dabei um Berufe, welche mit dem Bauhauptgewerbe grundsätzlich nichts zu tun haben. Zumindest das Reinigungspersonal untersteht zudem einem eigenen GAV, so dass dessen Nennung in LMV und GAV FAR rein deklaratorisch ist. Mithin liegt es in der Natur der Sache, dass sowohl das Kantinen- als auch das Reinigungspersonal nicht vom flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe umfasst werden. Daraus lässt sich für das vorliegende Verfahren indes nichts ableiten.

(...)

4.3.6 Im Übrigen kann die Beklagte aus ihrem Vorbringen, wonach eine GAV-Unterstellung leicht erkennbar sein müsse, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Diesbezüglich wurde bereits ausgeführt, dass dem Kriterium der leichten Erkennbarkeit keine eigene Bedeutung zukomme und sie im Zusammenhang mit den anderen Auslegungselementen zu berücksichtigen sei (vgl. oben Erw. 4.3.1; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 15. April 2013, 9C\_975/2012 Erw. 4.3.4). Jedenfalls kann aus dem blossen Umstand, dass über die einen Betrieb prägende Tätigkeit und über die Frage, ob eine bestimmte Berufskategorie in den Geltungsbereich gemäss Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR fällt, unterschiedliche Auffassungen vertreten werden können, nicht auf eine fehlende Unterstellung geschlossen werden. Dies gilt auch unter dem Aspekt der Rechtssicherheit: Einerseits liegen Abgrenzungsfragen in der Natur der Sache und andererseits hätte es ansonsten ein Beitragspflichtiger in der Hand, sich der Beitragspflicht allein mit deren entsprechend begründeten Bestreitung zu entziehen, was nicht Sinn und Zweck einer Allgemeinverbindlicherklärung gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen (vgl. etwa Art. 110 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; Art. 1 AVEG) sein kann. Im Übrigen war vorliegend zumindest die Möglichkeit einer AVE GAV FAR Unterstellung leicht erkennbar, sind doch grundsätzlich alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eines vom betrieblichen Geltungsbereich umfassten Betriebes FAR-beitragspflichtig (vgl. Erw. 4.1). Weiter argumentiert die Beklagte, dass die grammatikalische Auslegung gegen eine Unterstellung spreche, weil die ETH Zürich

die Mechaniker explizit zum technischen Personal zähle und auch online Stellenbörsen unter dem Suchbegriff «technisches Personal» Mechanikerstellen angeben würden. Auch dieser Argumentation kann indes nicht gefolgt werden, hat sich doch bereits erwiesen (Erw. 4.3.2), dass die grammatikalische Auslegung in casu keine stichhaltigen Rückschlüsse zulässt, weil der Wortlaut zu weitgehend ist. Es erstaunt daher nicht, dass andere Institute oder Stellenbörsen den Begriff anders definieren. Dies jedoch ändert nichts an der Tatsache, dass vorliegend auf den Wortlaut alleine nicht abgestellt werden kann; vielmehr sind die weiteren Auslegungselemente zur weiteren Präzisierung des Begriffes heranzuziehen.

4.3.7 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass es sich bei den Mechanikern der Beklagten nicht um «technisches Personal» im Sinne von Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR handelt. Mithin werden auch die Mechaniker vom persönlichen Geltungsbereich der AVE GAV FAR umfasst und sie unterstehen folglich auch der FAR-Beitragspflicht.

(...)

5. Strittig ist weiter, ab welchem Datum die FAR-Beiträge zu entrichten sind. Die Beklagte führte aus, dass das Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zug erst im Jahr 2012 rechtskräftig geworden sei, weswegen die Beiträge nicht schon für das Jahr 2011 geschuldet sein können. Diese Behauptung ist insoweit richtigzustellen, als dass das kantonale Urteil – mit Ausnahme der Frage der Parteientschädigung – bereits im Jahr 2011 rechtskräftig geworden ist. Im Übrigen ist es so, dass nur die Beitragspflicht bis zum 31. Dezember 2010 Gegenstand des Entscheides vom 27. Oktober 2011 (S 2007 51) war. Demgegenüber richtet sich der zeitliche Geltungsbereich der AVE GAV FAR nach deren Art. 5. Danach erstreckte er sich vom 1. Juli 2003 bis 30. Juni 2008. Mit Bundesratsbeschlüssen vom 26. Oktober 2006 (BBI 2006 8865), 1. November 2007 (BBI 2007 7881) und 6. Dezember 2012 (BBI 2012 3076) wurde die Geltungsdauer ohne Unterbruch bis zum 31. Dezember 2016 verlängert. Der GAV FAR ist somit auch für die vorliegend relevante Zeitperiode noch in Kraft und anwendbar. In Anbetracht der Tatsache, dass der GAV FAR allgemeinverbindlich erklärt wurde, ihm gemäss Bundesgericht auch Betriebe wie derjenige der Beklagten unterliegen und die Beklagte die Unterstellung grundsätzlich anerkennt, ist erstellt, dass die Beklagte grundsätzlich schon seit jeher beitragspflichtig gewesen wäre. Der einzige Grund, weswegen die Beklagte bislang keine Beiträge entrichten musste, war das – mit Ausnahme der Frage der Parteientschädigung – unangefochten in Rechtskraft erwachsene Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zug vom 27. Oktober 2011 (S 2007 51). Das Urteil hatte die Zeitperiode ab dem 1. Januar 2011 jedoch nicht zum Gegenstand, sodass ab diesem Tag kein Urteil mehr vorliegt, welches die Beklagte von der Beitragspflicht befreien würde. Insofern ist ein Beginn der FAR-Beitragspflicht für die Beklagte per 1. Januar 2011 naheliegend. Die Beklagte bestreitet diesen Zeitpunkt denn auch lediglich pauschal bzw. überhaupt nicht (vgl. Stellungnahme des Rechtsvertreters der Beklagten vom 27. März 2014) und bringt somit keine stichhaltigen Gründe vor, weshalb für den Beginn der Unterstellung ein anderer Zeitpunkt herangezogen werden müsste. Im Übrigen kann die Beklagte nichts für sich ableit-

en, wenn sie die rückwirkende Einforderung der Beitragszahlungen für unzulässig hält. Die Beitragserhebung ist gestützt auf die gesetzeskonforme Publikation des AVE GAV FAR zulässig, sobald die entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Es handelt sich vorliegend ausserdem auch nicht um eine unzulässige Rückwirkung, geht es doch einzig darum, einen bestehenden Anspruch nachträglich durchzusetzen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2012, 9C\_374/2012 Erw. 3.1.1). Festgehalten werden kann somit, dass die Beklagte während dem gesamten im vorliegenden Verfahren relevanten Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2012 dem AVE GAV FAR bzw. der FAR-Beitragspflicht unterstand und dies im Übrigen – unter Vorbehalt wesentlicher Veränderungen in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht – auch nach diesem Zeitpunkt tun wird.

6.

6.1 Nach dem Gesagten ist erstellt, dass die Beklagte ab dem 1. Januar 2011 FAR-beitragspflichtig ist. Vom persönlichen Geltungsbereich umfasst werden auch die Mechaniker der Beklagten, nicht jedoch S., welcher zum leitenden Personal zu zählen ist. Die Klägerin dringt somit mit ihren Anträgen, wonach die Beklagte für die Jahre 2011 und 2012 FAR-Beiträge für ihr Baustellenpersonal und die Mechaniker zu entrichten habe, grossmehrheitlich durch.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. August 2014 S 2013 153

## 8.2 Art. 4 ATSV; Art. 43 Abs. 1 ATSG

### Regeste:

Art. 4 ATSV; Art. 43 Abs. 1 ATSG – Geleistete und rechtlich geschuldete Unterhaltsbeiträge an im Ausland lebende, unterhaltsberechtigzte Ehepartner und Kinder sind bei der Beurteilung der « grossen Härte» als Voraussetzung des Erlasses einer Rückforderung zu berücksichtigen; Verletzung der Untersuchungs- und Abklärungspflicht durch die Verbandsausgleichskasse.

### Aus dem Sachverhalt:

A. ist mazedonischer Staatsangehöriger und arbeitet bei der Y. AG in H. Er ist verheiratet und Vater der vier Kinder B. (geb. ... 1988), C. (geb. ... 1989), D. (geb. ... 1992) und E. (geb. ... 1994). Gestützt auf das bis 31. Dezember 2008 in Kraft gewesene kantonale Kinderzulagengesetz (KZG) bezog A. Kinder- bzw. Ausbildungszulagen. In Anwendung der am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen neuen Regelungen nach dem Bundesgesetz über die Familienzulagen (FamZG, SR 836.2) teilte die Verbandsausgleichskasse X. A. jedoch mit Verfügung vom 19. Dezember 2011 mit, eine Überprüfung habe ergeben, dass ihm für die Zeitdauer vom 1. Januar 2009 bis 30. November 2011 Familienzulagen ohne eine Anspruchsgrundlage ausbezahlt worden seien. Die Kinder (...) befänden sich in Mazedonien und hätten gemäss

Wegleitung zum Familienzulagengesetz, Rz. 322, keinen Anspruch. Gestützt auf Art. 25 ATSG werde er deshalb aufgefordert, die zuviel bezogenen Leistungen im Umfang von Fr. 40'950.– zurückzuerstatten. Vorbehalten bleibe die Stellung eines Erlassgesuches innert 30 Tagen.

Am 10. Januar 2012 stellte A. bei der Verbandsausgleichskasse X. ein Erlassgesuch und führte aus, er sei finanziell nicht in der Lage, die über die letzten Jahre ausbezahlten Fr. 40'950.– zurückzuerstatten. Die von der Ausgleichskasse genannten rechtlichen Änderungen seien ihm leider keineswegs bekannt gewesen. Er sei weder schriftlich noch mündlich von der Ausgleichskasse, vom Arbeitgeber oder von Bekannten auf eine Änderung der gesetzlichen Grundlagen hingewiesen worden. Im Weiteren sei es so, dass eine Rückerstattung für ihn finanziell untragbar und daher unmöglich sei. Das Gegenteilige sei der Fall; er wäre weiterhin auf diese Unterstützung angewiesen. Neben dem Aufkommen für seinen Lebensunterhalt in der Schweiz sei er die alleinige finanzielle Quelle für seine vier sich noch in Ausbildung befindenden Kinder, wovon drei Kinder in auswärtigen Universitätsstädten wohnten und studierten sowie das jüngste Kind das Gymnasium besuche. Die Bestätigungen der Universitäten und Schulen habe er der Ausgleichskasse jährlich im Original mit Übersetzung zugesandt. Zudem komme er für seine Ehefrau und seine pflegebedürftigen Eltern in Mazedonien auf.

Mit «Erlassentscheid» vom 2. April 2012 erliess die Verbandsausgleichskasse X. dem Versicherten bei teilweise gegebener grosser Härte Fr. 6'111.25 der ursprünglichen Forderung, wies aber das Erlassgesuch für den Restbetrag von Fr. 34'838.75 ab. In der Rechtsmittelbelehrung wurde darauf hingewiesen, dass gegen diese Verfügung innert 30 Tagen seit der Zustellung schriftlich Beschwerde erhoben werden könne, welche beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich einzureichen sei.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 18. April 2012 wandte sich A. an das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und beantragte sinngemäss, der Entscheid vom 2. April 2012 sei aufzuheben und es sei ihm auch die Rückforderung von Fr. 34'838.75 zu erlassen. Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich trat auf die Beschwerde mit Beschluss vom 27. April 2012 mangels örtlicher Zuständigkeit nicht ein und überwies die Akten nach Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug. Dieses eröffnete unter der Dossiernummer S 2013 19 ein Verfahren und forderte die Verbandsausgleichskasse X. zur Vernehmlassung auf.

Mit Vernehmlassung vom 12. März 2013 beantragte die Verbandsausgleichskasse X. sinngemäss die Abweisung der Beschwerde und führte begründend aus, nach Inkrafttreten des FamZG per 1. Januar 2009 sei die Rechtsgrundlage für den Export der Zulagen für in Mazedonien lebende Kinder weggefallen. Die Kinder befänden sich nachweislich in Mazedonien. Nach ihrer Auffassung sei der vom Beschwerdeführer beteuerte gute Glaube gegeben, weshalb dem Erlassgesuch auch teilweise habe entsprochen werden können. Die Rückforderung sei von Fr. 40'950.– auf den Betrag von Fr. 34'838.75 reduziert worden. Die Unterstützungspflicht gegenüber Verwandten in Mazedonien oder die Erwerbsfähigkeit derer sei in diesem Ver-

fahren nicht zu prüfen. Die finanzielle Tragbarkeit bzw. Möglichkeit der effektiven Begleichung der Rückforderung sei ebenfalls nicht zu prüfen. Es sei lediglich auf die eingereichten Akten und die daraus resultierende Erlassberechnung abzustellen.

Mit Urteil S 2013 19 vom 19. März 2013 entschied der Einzelrichter der Sozialversicherungsrechtlichen Kammer des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug, auf die Beschwerde werde mangels eines Anfechtungsobjekts nicht eingetreten, und die Eingabe vom 18. April 2012 werde zur Behandlung als Einsprache an die Verbandsausgleichskasse X. überwiesen. Begründend hielt der Einzelrichter fest, die Rückforderungsverfügung der Verbandsausgleichskasse X. vom 19. Dezember 2011 sei seitens A. nicht angefochten worden, sodass diese in Rechtskraft erwachsen sei. Hingegen habe A. am 10. Januar 2012 ein Erlassgesuch gestellt, welches die Verbandsausgleichskasse X. mit Verfügung vom 2. April 2012 teilweise gutgeheissen habe. Die Rechtsmittelbelehrung in diesem Entscheid sei nicht nur in örtlicher, sondern auch in sachlicher Hinsicht falsch gewesen. Gemäss Art. 1 FamZG i.V.m. Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG, SR 830.1) müsse zwingend ein Einspracheverfahren durchlaufen werden. Erst der Einspracheentscheid der Ausgleichskasse, nicht aber deren Verfügung, bilde Anfechtungsobjekt des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens.

In der Folge erliess die Verbandsausgleichskasse X. am 19. April 2013 einen weiteren «Erlassentscheid», dessen Wortlaut – bis vermutlich auf die Rechtsmittelbelehrung (die Rückseite der Verfügung liegt nicht in den Akten) – mit jenem vom 2. April 2012 übereinstimmt. Eine dagegen am 8. Mai 2013 erhobene Einsprache wies die Verbandsausgleichskasse X. mit Einspracheentscheid vom 11. Juni 2013 ab. Begründend führte sie im Wesentlichen aus, die grosse Härte sei nur teilweise gegeben. Das diesbezügliche Ermittlungsblatt sei nach den Vorgaben von Art. 5 der Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 11. September 2002 (ATSV, SR 830.11) sowie des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 6. Oktober 2006 (ELG, SR 831.30) und der Ergänzungsleistungsverordnung vom 15. Januar 1971 (ELV, SR 831.301) erstellt worden. Dieses sei integrierter Bestandteil des Einspracheentseides. In der Rechtsmittelbelehrung nannte die Ausgleichskasse als zuständige Rechtsmittelinstanz fälschlicherweise wiederum das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich.

Dieser Rechtsmittelbelehrung folgend, richtete sich A. mit Eingabe vom 1. Juli 2013 an das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und beantragte den kompletten Erlass der Rückerstattungsforderung. (...). Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich trat mit Beschluss vom 9. August 2013 mangels örtlicher Zuständigkeit auf die Beschwerde nicht ein und überwies die Akten nach Eintritt der Rechtskraft an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug.

#### **Aus den Erwägungen:**

(...)

5.

5.1 Gemäss Art. 4 Abs. 1 ATSV wird die Rückerstattung unrechtmässig gewährter Leistungen, die in gutem Glauben empfangen wurden, bei Vorliegen einer grossen Härte ganz oder teilweise erlassen. Von einem gutgläubigen Bezug einer Sozialversicherungsleistung wird gesprochen, wenn das Bewusstsein über den unrechtmässigen Leistungsbezug fehlt, sofern dieses Fehlen nach objektiver Betrachtungsweise unter den gegebenen Umständen als entschuldbar erscheint. Rechtsunkenntnis stellt indes nicht à priori guten Glauben dar. Praxisgemäss ist mithin zu unterscheiden zwischen dem guten Glauben als fehlendem Unrechtsbewusstsein und der Frage, ob sich jemand unter den gegebenen Umständen auf den guten Glauben berufen kann oder ob er bei zumutbarer Aufmerksamkeit den bestehenden Rechtsmangel hätte erkennen sollen. Die Frage nach dem Unrechtsbewusstsein ist eine Tatfrage, während die Frage nach der gebotenen Aufmerksamkeit als frei überprüfbar Rechtsfrage gilt. Der gute Glaube ist zu vermuten und besteht folglich insbesondere dann, wenn sich die empfangende Person keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht hat. Ein nur leicht schuldhafter Verstoss gegen die Meldepflicht spricht nach der Praxis nicht gegen den guten Glauben (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich/ Basel/ Genf 2009, Art. 25 Rz. 33 ff.; BGE 8C\_375/ 2007 vom 28. September 2007 Erw. 1.2).

5.2 Die Beschwerdegegnerin stellt nicht in Frage, dass der Beschwerdeführer die seit dem 1. Januar 2009 zuviel ausbezahlten Leistungen in gutem Glauben empfangen hat. Die Darlegungen des Beschwerdeführers, wonach er nicht gewusst habe, dass die seit dem 1. Januar 2009 geltende gesetzliche Regelung keinen Leistungsexport nach Mazedonien mehr vorsehe, er weder von der Ausgleichskasse noch von seinem Arbeitgeber auf die Rechtsänderung aufmerksam gemacht worden sei, und er – im Gegenteil – jedes Jahr auf Aufforderung der Beschwerdegegnerin die entsprechenden Ausbildungs- bzw. Schulbestätigungen seiner Kinder in Mazedonien eingereicht habe, weshalb er davon ausgegangen sei, dass ihm die Zulagen für seine in Mazedonien lebenden Kinder zustehen, sind glaubwürdig. Es bestehen im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer wusste, die Leistungen für seine im Mazedonien lebenden Kinder zu Unrecht zu beziehen. Es kann somit ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass es sich um einen gutgläubigen Bezug von Leistungen handelt, zumal das Vorhandensein des guten Glaubens zu vermuten ist. Zu prüfen bleibt das Kriterium der «grossen Härte», welches die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Einspracheentscheid nur als teilweise gegeben betrachtete.

6.

6.1 Gemäss Art. 5 ATSV liegt eine grosse Härte im Sinne von Art. 25 Abs. 1 ATSG vor, wenn die vom Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 6. Oktober 2006 (ELG, SR 831.30) anerkannten Ausgaben und die zusätz-

zlichen Ausgaben nach Art. 5 Abs. 4 ATSV die nach ELG anerkannten Einnahmen übersteigen. Weitere Besonderheiten werden in Art. 5 Abs. 2 und 3 ATSV festgelegt. Massgebend sind die wirtschaftlichen Verhältnisse, wie sie im Zeitpunkt vorliegen, in welchem über die Rückforderung rechtskräftig entschieden ist (vgl. Art. 4 Abs. 2 ATSV). Dies ist im vorliegenden Fall das Jahr 2012.

Für die Beurteilung der grossen Härte werden pauschalisierte Ansätze herangezogen, wie sie für die Berechnung von Ergänzungsleistungen gelten. Dabei wird als Mietzins bei zu Hause lebenden Personen der jeweilige Höchstbetrag nach Art. 10 Abs. 1 lit. b ELG angerechnet (Art. 5 Abs. 2 lit. a ATSV). Für die obligatorische Krankenpflegeversicherung wird bei allen Personen als Pauschalbetrag die höchste Prämie für die jeweilige Personenkategorie nach der jeweils gültigen Verordnung des EDI über die kantonalen und regionalen Durchschnittsprämien der Krankenpflegeversicherung für die Berechnung der Ergänzungsleistungen angerechnet (Art. 5 Abs. 2 lit. c ATSV). Sodann wird bei Alleinstehenden als zusätzliche Ausgabe ein Betrag von Fr. 8'000.-, bei Ehepaaren ein solcher von Fr. 12'000.- angerechnet (Art. 5 Abs. 4 lit. a und b ATSV).

6.2 Der Beschwerdeführer ist zwar verheiratet und Vater von vier Kindern, lebt indes nach eigenen Angaben alleine in der Schweiz. Seine Ehefrau und die Kinder leben in Mazedonien. Die Beschwerdegegnerin ist aus diesem Grund gestützt auf Art. 10 der Ergänzungsleistungsverordnung vom 15. Januar 1971 (ELV, SR 831.301), wonach Ehegatten oder andere Familienmitglieder, die sich längere Zeit im Ausland aufhalten, bei der Bemessung der Ergänzungsleistung ausser Betracht fallen, zu Recht von einer alleinstehenden Person ausgegangen. Bei der Anspruchsberechtigung sind demnach nur die persönlichen Einnahmen und Ausgaben des Beschwerdeführers zu berücksichtigen. Allerdings verkennt die Beschwerdegegnerin, dass auch geleistete familienrechtliche Unterhaltsbeiträge zu den persönlichen Ausgaben gehören (Art. 10 Abs. 3 lit. e ELG). Dies gilt – unabhängig von Art. 10 ELV – auch dann, wenn der unterhaltsberechtigte Ehepartner oder die Kinder im Ausland leben (vgl. Entscheid EL 2003/36 des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. Februar 2004, in diesem Punkt vom Bundesgericht mit Urteil P 12/04 vom 14. September 2005 bestätigt). Präzisierend hielt das Bundesgericht im Urteil P 12/04 vom 14. September 2005 fest, dass bei alleinigem Abstellen auf den Wortlaut von Art. 3b Abs. 3 lit. e aELG (heute Art. 10 Abs. 3 lit. e ELG) – als Ausgaben anerkannt werden «geleistete familienrechtliche Unterhaltsbeiträge – beliebig hohe Unterhaltskosten abzugsfähig wären, sofern sie nur effektiv erbracht worden seien. Getreu dem Gedanken der Unbeachtlichkeit eines Einkommensverzichts bei der EL-Berechnung müsse der Abzug von Ausgaben ausgeschlossen sein, welche die versicherte Person ohne Rechtspflicht oder zwingenden Rechtsgrund vornehme, denn der Abzug übersetzter Ausgaben habe eine missbräuchliche Ausrichtung von Ergänzungsleistungen zur Folge. Dies bedeute, dass der Abzug auf jene Beiträge beschränkt sein müsse, die in Erfüllung einer familienrechtlichen Pflicht geleistet würden. Freiwillig über diese Pflicht hinaus erbrachte Unterhaltsleistungen seien nicht abzugsfähig (Erw. 4.1). In der Folge wies das Bundesgericht die Sache an die Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen zurück

und wies diese an, weitere Abklärungen bezüglich des der in Bosnien lebenden Ehefrau des Ergänzungsleistungsbezügers zumutbaren Beitrags an die eheliche Gemeinschaft sowie des Beitrags des Ergänzungsleistungsbezügers zur Finanzierung eines angemessenen Lebensstandards in Bosnien anzustellen. Die Sozialversicherungsanstalt werde den anrechenbaren Betrag selbst zu ermitteln und hierbei zu berücksichtigen haben, dass die Ehefrau in einem Land mit erheblich niedrigerem Niveau der Lebenskosten wohne und der Betrag maximal den tatsächlich geleisteten Zahlungen entsprechen dürfe (Erw. 4.2 und 4.3; vgl. auch Carigiet/ Koch, Ergänzungsleistungen zur AHV/ IV, 2. Auflage, Zürich/ Basel/ Genf 2008, S. 144 f.).

6.3 Damit eine familienrechtliche Unterhaltszahlung im ergänzungsleistungsrechtlichen Sinne als Ausgabe anerkannt werden kann, muss sie entweder richterlich, behördlich oder vertraglich festgesetzt und betraglich konkretisiert worden sein. Die Auseinandersetzung über den Bestand und die Höhe der konkreten familienrechtlichen Unterhaltspflicht der versicherten Person muss also abgeschlossen sein (Carigiet/ Koch, a.a.O., S. 144). Im vorliegenden Fall, in dem der Beschwerdeführer alleine in der Schweiz lebt und nach eigenen Angaben für seine Ehefrau und die im massgeblichen Jahr (2012) 18 bis 24 Jahre alten, sich teilweise im Studium befindlichen Kinder in Mazedonien aufkommt, liegt kein Unterhaltsvertrag in den Akten. Allerdings ist nicht ernsthaft zu bezweifeln, dass der vierfache Familienvater zumindest gegenüber seinen vier sich noch in Ausbildung befindlichen Kindern unterhaltspflichtig ist (Art. 276 ZGB). Die ebenfalls in Mazedonien lebende Ehefrau geht offenbar keiner Erwerbstätigkeit nach. Sofern ihr die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht zugemutet werden kann, ist der Beschwerdeführer grundsätzlich auch ihr gegenüber unterhaltspflichtig (Art. 163 ZGB). Es rechtfertigt sich im vorliegenden Fall, in dem es nicht um Dauerleistungen nach ELG, sondern um die Beurteilung des Vorliegens einer grossen Härte im Sinne von Art. 4 Abs. 1 ATSV als Voraussetzung zum Erlass einer Rückerstattungsforderung geht, nicht, allein mit der Begründung, es liege kein Unterhaltsvertrag vor, die vom Beschwerdeführer geleisteten familienrechtlichen Unterhaltsbeiträge bei den anrechenbaren Ausgaben ausser Acht zu lassen. Dies umso weniger, als der Wortlaut von Art. 10 Abs. 3 lit. e ELG als anerkannte Ausgaben «geleistete» familienrechtliche Unterhaltsbeiträge nennt, wobei – wie in Erw. 6.2 dargelegt – die «geleisteten» familienrechtlichen Unterhaltsbeiträge lediglich die Obergrenze bilden und gegebenenfalls auf das tatsächlich Geschuldete zu reduzieren sind. Die Beschwerdegegnerin begründete die Nichtberücksichtigung der durch den Beschwerdeführer geleisteten familienrechtlichen Unterhaltsbeiträge denn auch nicht mit dem fehlenden Unterhaltsvertrag, sondern stellte sich auf den Standpunkt, die Ausgaben seien gestützt auf Art. 10 ELV nicht zu berücksichtigen, was nach dem in Erw. 6.2 Gesagten klarerweise nicht zutrifft.

6.4 Nachdem der Beschwerdeführer im Erlassgesuch ausdrücklich auf die von ihm geleisteten Unterhaltsbeiträge hingewiesen hatte, die Beschwerdegegnerin diese aber unter Verweis auf Art. 10 ELV ausser Acht liess und weder abklärte, ob ein Unterhaltsvertrag vorhanden ist, noch wie viel der Beschwerdeführer tatsächlich monatlich für seine Frau und die Kinder bezahlt, und wie hoch seine Unterhaltspflicht (Art. 163 und 276 ZGB) ist bzw. ob er allenfalls über seine Pflicht hinausgehende Leistungen erbracht hat, hat sie die ihr obliegende Unter-

suchungs- und Abklärungspflicht (Art. 43 ATSG) verletzt. Die Sache ist aus diesem Grund zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und zum Neuentscheid an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Diese wird demnach abzuklären haben,

- ob ein Unterhaltsvertrag vorhanden ist,
- wie hoch die Zahlungen des Beschwerdeführers im Jahr 2012 tatsächlich waren,
- und ob der Beschwerdeführer allenfalls über seine Pflicht hinausgehende Leistungen erbracht hat, was (auch) von der Kaufkraft in Mazedonien sowie davon abhängt, ob die Ehefrau zumutbarerweise einen Beitrag an die eheliche Gemeinschaft leisten könnte.

(...)

7. Zusammenfassend erweist sich die vorliegende Beschwerde insoweit als begründet, als die Beschwerdegegnerin ihrer Abklärungspflicht nicht genügend nachgekommen ist. Die Beschwerde ist in dem Sinne gutzuheissen, dass der Einspracheentscheid vom 11. Juni 2013 aufzuheben ist und die Sache zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und zum Neuentscheid an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Februar 2014 S 2013 161

### 8.3 Art. 6 MVG

#### **Regeste:**

Art. 6 MVG – Der adäquate Kausalzusammenhang zwischen einem Knalltrauma und einem subjektiven Tinnitus (Rückfall/Spätfolge) beurteilt sich – sofern kein Schleudertrauma, eine äquivalente Verletzung der HWS oder ein Schädelhirntrauma vorliegt – nach der vom Bundesgericht mit BGE 115 V 133 entwickelten Methode (sogenannte Psycho-Praxis); Verneinung der Adäquanz im konkreten Fall.

#### **Aus dem Sachverhalt:**

Beim Versicherten A., geboren (...) 1960, wurde nach einem Gefechtschiessen am 30. Juli 1980 in der RS durch Dr. med. B., Spezialarzt FMH für Ohren-, Nasen- und Halskrankheiten, ein Tinnitus rechts diagnostiziert. Nachdem der Tinnitus trotz Schiess-Dispens während der restlichen RS und Behandlung mit Trental 400 persistierte, meldete Dr. B. A. am 6. Januar 1981 bei der Militärversicherung an. Die Militärversicherung anerkannte am 23. Januar 1981 ihre Leistungspflicht und wies A. an, sein Gehör künftig bei Schiessübungen mit einem Schalenschutzgerät zu schützen. Am 11. Oktober 2010 meldete sich A. erneut bei der Militärversicherung und teilte mit, die Beschwerden (verstärkte Ohrgeräusche und Schlafstörungen) hätten in den letzten zwei Jahren zugenommen, weshalb er sich untersuchen lassen wolle. Am 21. November 2011 erfolgte die formelle Anmeldung als Rückfall/Spätfolge. Gestützt auf eine Stellungnahme von Kreisarzt Dr. med. C., Facharzt für Orthopädische Chirurgie

und Traumatologie des Bewegungsapparates FMH, teilte die Militärversicherung A. mit Schreiben vom 29. Februar 2012 mit, es handle sich beim heutigen Tinnitus rechts mit überwiegender Wahrscheinlichkeit um eine Spätfolge des während des Dienstjahres 1980 erlittenen Knalltraumas. Demgegenüber handle es sich beim von der behandelnden Ärztin ebenfalls diagnostizierten Zähneknirschen (Bruxismus) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht um eine Spätfolge des Knalltraumas. Daraufhin reichte A. am 5. Juni 2012 Rechnungen für im Zeitraum von Januar bis März 2012 erfolgte osteopathische Behandlungen ein, welche ihm von der behandelnden HNO-Ärztin verschrieben worden waren. Die Militärversicherung lehnte die Kostenübernahme für die Osteopathiebehandlungen mit Schreiben vom 11. Juni 2012 sowie Verfügung vom 30. Juli 2012 ab mit der Begründung, Osteopathiebehandlungen würden die vom Bundesamt für Gesundheit (BAG) geforderten Voraussetzungen der Wirtschaftlich-, Zweckmässig- und Wirksamkeit (WZW-Formel), welche auch für die Militärversicherung anwendbar sei, nicht erfüllen. Es handle sich nicht um eine Grundversicherungsleistung gemäss Krankenversicherungsgesetz. Aus diesem Grund könne die Militärversicherung die Kosten nicht übernehmen. Eine gegen die Verfügung vom 30. Juli 2012 erhobene Einsprache wies die SUVA, Abteilung Militärversicherung, mit Einspracheentscheid vom 2. Oktober 2013 ab (Dispositiv-Ziffer 1) und verfügte, die Haftung der Militärversicherung für den 2011 angemeldeten Tinnitus werde abgelehnt (Dispositiv-Ziffer 2) und die Kosten für die Osteopathiebehandlung würden nicht durch die Militärversicherung übernommen (Dispositiv-Ziffer 3). Begründend wird im Einspracheentscheid ausgeführt, Facharzt Prof. D. sei nach langjähriger Praxis und Gutachten zur Erkenntnis gelangt, dass die Evolution einer knalltraumatischen Gehörschädigung nicht wahrscheinlich sei. Ein solcher Gehörschaden nehme nach den Untersuchungen von Prof. D. in der Folgezeit nicht mehr zu. Eine spätere Verschlechterung des Gehörs werde daher nicht durch das Knalltrauma bewirkt, sondern beruhe ausschliesslich auf anderen Ursachen. Der nachträgliche Hörverlust sei somit keine Spätfolge des initialen Knalltraumas. Dies treffe auch vorliegend zu. (...) Selbst wenn aber eine Haftung vorläge, handle es sich bei der Osteopathiebehandlung, welche weder von einem Arzt noch von einem Chiropraktor vorgenommen worden sei, nicht um eine vom Gesetzgeber auf der vorgegebenen Liste der kostenpflichtigen Leistungen aufgeführte Leistung. Deshalb könne die Militärversicherung, welche sich wie die Krankenversicherer an dieser Liste zu orientieren habe, die Osteopathiebehandlung von A. nicht übernehmen.

Gegen diesen Einspracheentscheid erhob A. am 3. November 2013 (Datum der Postaufgabe) Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragte, die am 29. Februar 2012 von der Militärversicherung anerkannte Haftung für die Folgen des Schiessunfalls von 1980 sei zu bestätigen und die 2010/ 2011 gemeldeten Beschwerden seien als Folgen des Schiessunfalls von 1980 anzuerkennen.

### **Aus den Erwägungen:**

(...)

## 2.

2.1 Gemäss Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Militärversicherung vom 19. Juni 1992 (MVG, SR 833.1) erstreckt sich die Militärversicherung auf jede Gesundheitsschädigung, die während des Dienstes in Erscheinung tritt und gemeldet oder sonstwie festgestellt wird. Nach Art. 5 Abs. 2 MVG haftet die Militärversicherung nicht, wenn sie den Beweis erbringt, dass die Gesundheitsschädigung sicher vordienstlich ist oder sicher nicht während des Dienstes verursacht werden konnte (lit. a.), und dass diese Gesundheitsschädigung sicher während des Dienstes weder verschlimmert noch in ihrem Ablauf beschleunigt worden ist (lit. b). Erbringt die Militärversicherung nur den nach Absatz 2 Buchstabe a geforderten Beweis, dagegen nicht denjenigen nach Absatz 2 Buchstabe b, so haftet sie für die Verschlimmerung der Gesundheitsschädigung (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 MVG). Der nach Absatz 2 Buchstabe b geforderte Beweis gilt auch für die Bemessung des versicherten Schadens (Art. 5 Abs. 3 letzter Satz MVG). Dies bedeutet, dass die Haftung der Militärversicherung erst dann erlischt, wenn auch die Verschlimmerung sicher behoben ist (BGE 105 V 225 Erw. 2).

2.2 Wird die Gesundheitsschädigung erst nach Schluss des Dienstes durch einen Arzt, Zahnarzt oder Chiropraktor festgestellt und bei der Militärversicherung angemeldet oder werden Spätfolgen oder Rückfälle geltend gemacht, so haftet die Militärversicherung nur, wenn die Gesundheitsschädigung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit während des Dienstes verursacht oder verschlimmert worden ist oder wenn es sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit um Spätfolgen oder Rückfälle einer versicherten Gesundheitsschädigung handelt (Art. 6 MVG). Bei einem Rückfall handelt es sich um das Wiederaufflackern einer vermeintlich geheilten Krankheit, so dass es zu ärztlicher Behandlung, möglicherweise sogar zu (weiterer) Arbeitsunfähigkeit kommt; von Spätfolgen spricht man, wenn ein scheinbar geheiltes Leiden im Verlaufe längerer Zeit organische oder psychische Veränderungen bewirkt, die zu einem andersgearteten Krankheitsbild führen können. Auch Rückfälle und Spätfolgen schliessen somit begrifflich an ein bestehendes «Unfallereignis» an (BGE 123 V 137 Erw. 3a = Pra 1998 Nr. 30 S. 190 ff. = SVR 1998 MV Nr. 1; BGE 118 V 293 Erw. 2c; BGE 105 V 31 Erw. 1c).

2.3 Der Unterschied zwischen der Haftung gemäss Art. 5 MVG und Art. 6 MVG besteht darin, dass im ersten Fall der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Einwirken während des Dienstes und der Gesundheitsschädigung vermutet wird und nur durch den gegenteiligen Sicherheitsbeweis ausgeschlossen werden kann, während im zweiten Fall das Vorliegen adäquat kausaler Folgen von Einwirkungen während des Dienstes mit dem im Sozialversicherungsrecht allgemein erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein muss (sog. Wahrscheinlichkeitsbeweis; BGE 111 V 370 Erw. 1b; BGE 105 V 225 Erw. 2).

## 2.4

2.4.1 Die Leistungspflicht des Militärversicherers für einen während des Dienstes erlittenen Unfall setzt einen natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und dem eingetretenen Schaden voraus (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_1040/ 2012 vom

15. März 2013 Erw. 2 mit Hinweisen). Ursachen im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhangs sind alle Umstände, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten oder nicht als in der gleichen Weise beziehungsweise nicht zur gleichen Zeit eingetreten gedacht werden kann. Entsprechend dieser Umschreibung ist für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs nicht erforderlich, dass ein Unfall die alleinige oder unmittelbare Ursache gesundheitlicher Störungen ist; es genügt, dass das schädigende Ereignis zusammen mit anderen Bedingungen die körperliche oder geistige Integrität der versicherten Person beeinträchtigt hat, der Unfall mit andern Worten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch die eingetretene gesundheitliche Störung entfiel (BGE 129 V 177 Erw. 3.1, 402 Erw. 4.3.1, 123 V 45 Erw. 2b, 119 V 335 Erw. 1, 118 V 286 Erw. 1b, je mit Hinweisen). Ob zwischen einem schädigenden Ereignis und einer gesundheitlichen Störung ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht, ist eine Tatfrage, wobei die Verwaltung beziehungsweise im Beschwerdefall das Gericht im Rahmen der ihm obliegenden Beweiswürdigung nach dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu befinden hat. Die bloße Möglichkeit eines Zusammenhangs genügt für die Begründung eines Leistungsanspruches nicht (BGE 129 V 177 Erw. 3.1, 119 V 335 Erw. 1, 118 V 286 Erw. 1b, je mit Hinweisen). Als adäquate Ursache eines Erfolges hat ein Ereignis nach der Rechtsprechung dann zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (BGE 125 V 456 Erw. 5a, 123 V 98 Erw. 3d, 139 Erw. 3c, 122 V 415 Erw. 2a, 121 V 45 Erw. 3a mit Hinweisen; RKUV 1997 Nr. U 272 S. 172 Erw. 3a).

2.4.2 Um zu entscheiden, ob zwischen dem Unfall und einer psychischen Störung ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, sind in der Militärversicherung dieselben Grundsätze anzuwenden, die von der Rechtsprechung im Unfallversicherungsbereich entwickelt worden sind. Im Sozialversicherungsrecht spielt die Adäquanz als rechtliche Eingrenzung der sich aus dem natürlichen Kausalzusammenhang ergebenden Haftung des Militärversicherers im Bereich klar ausgewiesener organischer Unfallfolgen praktisch keine Rolle, da sich hier die adäquate weitgehend mit der natürlichen Kausalität deckt. Anders verhält es sich bei natürlich unfallkausalen, aber organisch nicht objektiv ausgewiesenen Beschwerden. Hier ist bei der Beurteilung der Adäquanz vom augenfälligen Geschehensablauf auszugehen, und es sind je nachdem weitere unfallbezogene Kriterien einzubeziehen. Nach der für psychische Fehlentwicklungen nach Unfall erarbeiteten sogenannten Psycho-Praxis werden diese Adäquanzkriterien unter Ausschluss psychischer Aspekte geprüft, während nach der bei Schleudertraumen und äquivalenten Verletzungen der HWS sowie Schädel-Hirntraumen anwendbaren sogenannten Schleudertrauma-Praxis auf eine Differenzierung zwischen physischen und psychischen Komponenten verzichtet wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_1040/2012 vom 15. März 2013 Erw. 2 mit Hinweisen).

2.4.3 Das Bundesgericht bereinigte die bisher zur Unfallkausalität des Tinnitus ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung in BGE 138 V 248. Es führte in Erw. 5.7.2 unter Hinweis

auf die medizinische Lehre aus, dass zwischen sog. objektivem und subjektivem Tinnitus zu unterscheiden sei. Der objektive Tinnitus bezeichne ein Ohrgeräusch, welches aufgrund pathologisch-anatomischer Veränderungen entstehe und grundsätzlich auch für Aussenstehende – allenfalls mit technischen Hilfsmitteln – hörbar werde. Meist handle es sich um gefässreiche Missbildungen, Tumore oder um muskulär bedingte Schallgeräusche. Der subjektive Tinnitus werde einzig durch den Betroffenen gehört und stelle die weitaus häufigste Form dar. Unter Berücksichtigung der medizinischen Lehrmeinungen könne an der Annahme, subjektiver Tinnitus sei ein körperliches Leiden oder zumindest (zwingend) auf eine körperliche Ursache zurückzuführen, nicht festgehalten werden. Auch lasse sich nicht vom Schweregrad eines Tinnitus auf eine organische Unfallfolge als Ursache schliessen. Das schliesse zwar nicht aus, dass ein Tinnitus in einer organischen Unfallfolge begründet sein könne. Es bestehe aber keine Rechtfertigung, bei einem Tinnitus, welcher im Einzelfall nicht ausgewiesenermassen auf eine solche Unfallfolge zurückzuführen sei, auf das Erfordernis einer besonderen Adäquanzprüfung zu verzichten. Anders zu verfahren, würde kausalrechtlich einer sachlich und rechtlich nicht begründbaren Bevorteilung des Tinnitus gegenüber anderen organisch nicht objektiv ausgewiesenen Beschwerdebildern entsprechen (Erw. 5.10).

2.4.4 Demzufolge ist zur Beurteilung der Unfallkausalität eines Tinnitus – sofern nicht ein Schleudertrauma, eine äquivalente Verletzung der HWS oder ein Schädel-Hirntrauma vorliegt – die mit BGE 115 V 133 entwickelte Methode (sog. Psycho-Praxis) heranzuziehen (vgl. auch BGE 8C\_498/2011 vom 3. Mai 2012 Erw. 6; BGE 8C\_1040/2012 vom 15. März 2013 Erw. 4.2.1). Demnach ist zunächst zu ermitteln, ob der Unfall als leicht oder als schwer zu betrachten ist oder ob er dem mittleren Bereich angehört. Der adäquate Kausalzusammenhang zwischen Unfall und gesundheitlicher Beeinträchtigung ist bei leichten Unfällen in der Regel ohne weiteres zu verneinen und bei schweren Unfällen ohne weiteres zu bejahen, wogegen sich die Frage, ob zwischen Unfall und Folgen ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, bei Unfällen des mittleren Bereichs nicht aufgrund des Unfalles allein schlüssig beantworten lässt. Es sind daher weitere, objektiv erfassbare Umstände, welche unmittelbar mit dem Unfall im Zusammenhang stehen oder als direkte beziehungsweise indirekte Folgen davon erscheinen in eine Gesamtwürdigung einzubeziehen. Als wichtigste Kriterien sind zu nennen:

- besonders dramatische Begleitumstände oder besondere Eindrücklichkeit des Unfalls
- die Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzungen, insbesondere ihre erfahrungsgemässe Eignung, psychische Fehlentwicklungen auszulösen
- ungewöhnlich lange Dauer der ärztlichen Behandlung
- körperliche Dauerschmerzen
- ärztliche Fehlbehandlung, welche die Unfallfolgen erheblich verschlimmert

- schwieriger Heilungsverlauf und erhebliche Komplikationen
- Grad und Dauer der physisch bedingten Arbeitsunfähigkeit (BGE 115 V 133 Erw. 6c/aa):

Diese Kriterien werden unter Ausschluss psychischer Aspekte geprüft bzw. einzig die physischen Komponenten sind zu berücksichtigen (vgl. U 394/06 vom 19. Februar 2008 Erw. 2.1 und 6.1). Der Einbezug sämtlicher objektiver Kriterien in die Gesamtwürdigung ist nicht in jedem Fall erforderlich. Je nach den konkreten Umständen kann für die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs ein einziges Kriterium genügen. Dies trifft einerseits dann zu, wenn es sich um einen Unfall handelt, welcher zu den schwereren Fällen im mittleren Bereich zu zählen oder sogar als Grenzfall zu einem schweren Unfall zu qualifizieren ist (vgl. RKUV 1999 Nr. U 346 S. 428; 1999 Nr. U 335 S. 207 ff.; 1999 Nr. U 330 S. 122 ff.; SVR 1996 UV Nr. 58). Andererseits kann im gesamten mittleren Bereich ein einziges Kriterium genügen, wenn es in besonders ausgeprägter Weise erfüllt ist, wie z. B. eine auffallend lange Dauer der physisch bedingten Arbeitsunfähigkeit infolge schwierigen Heilungsverlaufes. Kommt keinem Einzelkriterium besonderes beziehungsweise ausschlaggebendes Gewicht zu, so müssen mehrere unfallbezogene Kriterien herangezogen werden. Dies gilt umso mehr, je leichter der Unfall ist. Handelt es sich beispielsweise um einen Unfall im mittleren Bereich, der aber dem Grenzbereich zu den leichten Unfällen zuzuordnen ist, müssen die weiteren zu berücksichtigenden Kriterien in gehäufte oder auffallender Weise erfüllt sein, damit die Adäquanz bejaht werden kann. Diese Würdigung des Unfalles zusammen mit den objektiven Kriterien führt zur Bejahung oder Verneinung der Adäquanz. Damit entfällt die Notwendigkeit, nach andern Ursachen zu forschen, die möglicherweise die psychisch bedingte Erwerbsunfähigkeit mitbegünstigt haben könnten (BGE 115 V 133 Erw. 6c/bb, vgl. auch BGE 120 V 352 Erw. 5b/aa; RKUV 2001 Nr. U 442 S. 544 ff.; Nr. U 449 S. 53 ff.; 1998 Nr. U 307 S. 448 ff.; 1996 Nr. U 256 S. 215 ff.; SVR 1999 UV Nr. 10 Erw. 2).

(...)

4. Die vorliegende Streitsache dreht sich demnach um die Frage, ob der im Jahr 2011 als Rückfall/Spätfolge angemeldete Tinnitus auf das im Jahr 1980 erlittene Knalltrauma zurückzuführen ist oder nicht. Nachdem vorliegend unzweifelhaft ein jahrelanges behandlungsfreies Intervall gegeben ist und die Militärversicherung seit spätestens 1981 (letztes in den Akten liegendes Dokument zum Knalltrauma vom 30. Juli 1980 datiert vom 23. Januar 1981) keine Leistungen erbracht hat, richtet sich die Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin nach den Grundsätzen von Art. 6 MVG.

(...)

5. Fest steht in casu, dass es sich beim erstmals nach dem Knalltrauma im Jahr 1980 durch den Beschwerdeführer festgestellten Tinnitus um einen sog. subjektiven Tinnitus handelt; mithin kein organisches Korrelat vorliegt. Die Akten geben auch keinerlei Hinweise dafür, dass

der Beschwerdeführer eine die Anwendung der sog. Schleudertrauma-Praxis rechtfertigende Verletzung – ein Schleudertrauma, eine äquivalente Verletzung der HWS oder ein Schädel-Hirntrauma – erlitten hat; der hier diagnostizierte Tinnitus allein vermag die Anwendung der Schleudertrauma-Praxis nicht zu rechtfertigen (BGE 8C\_498/ 2011 vom 3. Mai 2012 Erw. 6.1). Der adäquate Kausalzusammenhang des Tinnitus zum im Jahr 1980 erlittenen Knalltrauma ist demzufolge nach der sog. Psycho-Praxis zu prüfen. Ergibt diese Prüfung, dass die Adäquanz zu verneinen ist, kann die Frage, ob ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht, offen bleiben.

5.1 Ausgangspunkt der Adäquanzbeurteilung bildet das (objektiv erfassbare) Unfallereignis. Massgebend für die Beurteilung der Unfallschwere ist der augenfällige Geschehensablauf mit den sich dabei entwickelnden Kräften (SVR 2010 UV Nr. 3 Erw. 9.1 und 2008 UV Nr. 8 Erw. 5.3.1), nicht aber – wie vom Beschwerdeführer irrtümlicherweise angenommen – die für den Versicherten aufgrund des Unfalls vorhandenen (vorliegend akustischen) Beeinträchtigungen. Die Beschwerdegegnerin ging beim vom Beschwerdeführer im Jahr 1980 erlittenen Knalltrauma von einem mittelschweren Ereignis aus. Ob diese Einstufung zutreffend ist, oder ob es sich lediglich um ein banales bzw. leichtes oder um ein mittelschweres, im Grenzbereich zu den leichten Unfällen stehendes Ereignis handelte, spielt für den Ausgang des vorliegenden Prozesses keine Rolle und kann deshalb offen gelassen werden: Wie noch aufzuzeigen bleibt, kam die Beschwerdegegnerin nämlich zu Recht zum Schluss, dass weder ein einzelnes Adäquanzkriterium in besonders ausgeprägter Weise gegeben ist noch die massgebenden Kriterien in gehäufte oder besonders auffallender Weise erfüllt sind.

5.2 Bei der Prüfung der Adäquanzkriterien nach der Psycho-Praxis sind nach dem Gesagten lediglich die physischen, nicht aber die objektiv nicht nachweisbaren Komponenten – wozu auch der subjektive Tinnitus gehört – zu berücksichtigen. Das Kriterium der besonders dramatischen Begleitumstände oder der besonderen Eindrücklichkeit des Unfalls ist vorliegend nicht gegeben. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist auch bei diesem Punkt vom Ereignis selber auszugehen, und nicht etwa von den nach dem Unfall eingetretenen Beeinträchtigungen akustischer Natur. Die Kriterien der Schwere und besonderen Art der erlittenen Verletzungen sowie der ungewöhnlich langen Dauer der ärztlichen Behandlung können ohne weiteres verneint werden, da beim Beschwerdeführer keine somatisch begründbaren Beschwerden vorlagen. Körperliche Dauerschmerzen, eine ärztliche Fehlbehandlung oder ein schwieriger Heilungsverlauf/ erhebliche Komplikationen lagen nicht vor. Nachdem keine physische Beeinträchtigung vorlag, kann auch das Kriterium des Grades und der Dauer der physisch bedingten Arbeitsunfähigkeit ohne weiteres verneint werden. Zusammenfassend ist im vorliegenden Fall keines der Adäquanzkriterien gegeben. Die Beschwerdegegnerin hat den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem im Jahr 1980 erlittenen Knalltrauma und dem heute geltend gemachten Tinnitus zu Recht verneint. Bei diesem Ergebnis kann dahingestellt bleiben, ob es im vorliegenden Fall – entgegen der medizinischen Beurteilung von Dr. D. – tatsächlich auch am natürlichen Kausalzusammenhang fehlt, wie dies von der Beschwerdegegnerin im angefochtenen Einspracheentscheid behauptet wird. Da die Beschwerdegegnerin

für die Osteopathiebehandlung bereits mangels adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen dem Einwirken während des Dienstes (Knalltrauma) und dem Tinnitus nicht aufzukommen hat, ist auf die Frage nach der Wirksamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmässigkeit dieser Behandlungsmethode bei Tinnitus nicht weiter einzugehen.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem im Jahr 1980 erlittenen Knalltrauma und dem am 21. November 2011 angemeldeten Tinnitus zu Recht verneint hat. Die Militärversicherung ist im Zusammenhang mit dem Tinnitus nicht leistungspflichtig. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31. Januar 2014 S 2013 154

### **8.4 Art. 8 Abs. 1 lit. c und f AVIG; Art. 21 Abs. 1 AVIV; Art. 27 ATSG**

#### **Regeste:**

Art. 8 Abs. 1 lit. c und f AVIG; Art. 21 Abs. 1 AVIV; Art. 27 ATSG – Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt unter anderem auch voraus, dass die/der Versicherte in der Schweiz wohnt. Der Begriff des «Wohnens in der Schweiz» gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG ist im Sinne von sich «gewöhnlich aufhalten» zu verstehen. Für den «gewöhnlichen Aufenthalt» ist der tatsächliche Aufenthalt in der Schweiz und der Wille, diesen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, massgebend; zusätzlich dazu muss sich der Schwerpunkt aller Beziehungen in der Schweiz befinden (Erw. 2.1.1 f.). Die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung erfüllen auch Personen, deren Erwerbstätigkeit und/oder Arbeitsbemühungen teilweise im Ausland und teilweise in der Schweiz erfolgen. Die Vermittlungsfähigkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG bedingt unter anderem, dass eine Anspruchsberechtigte oder ein Anspruchsberechtigter innert Tagesfrist von der zuständigen Amtsstelle erreicht werden kann (Erw. 4.2.2.3). Versicherte Personen haben zudem Anspruch auf Aufklärung und Beratung durch die zuständige Amtsstelle (Erw. 4.3).

#### **Aus dem Sachverhalt:**

Der Versicherte, Z., Jahrgang 1956, Informatiker bzw. Betriebsökonom HWV, meldete sich per 1. November 2011 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung im Rahmen von 100% an. Aufgrund einer Abgangsentschädigung wurde der Anspruch für die Zeit vom 1. November 2011 bis 26. Januar 2012 abgelehnt. In der Folge kamen im Januar/Februar 2012 bei der Arbeitslosenkasse Zweifel betreffend Wohnsitz, Lebensmittelpunkt und Verfügbarkeit des Versicherten auf, weil dieser Termine im RAV Zug aufgrund eines Aufenthalts in den USA nicht wahrnehmen konnte und immer wieder verschob. Das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

sah es aufgrund des Verhaltens des Versicherten sowie aufgrund von Informationen aus dem Internet mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als erstellt, dass Z. spätestens seit April 2012 in den USA arbeitete, dort stets seinen Lebensmittelpunkt hatte und zu keinem Zeitpunkt bereit war, seinen Lebensmittelpunkt in die Schweiz zu verschieben oder in der Schweiz ernsthaft eine Stelle anzutreten. Aus diesen Gründen entschied das AWA mit Verfügung vom 6. Dezember 2012, dass Z. ab 1. November 2011 (Anmeldedatum) nicht vermittlungsfähig ist bzw. war. Die dagegen erhobene Einsprache wies das AWA mit Einspracheentscheid vom 4. Dezember 2013 ab, stellte aber gleichzeitig fest, dass die Vermittlungsfähigkeit ab 1. Januar 2013 wieder besteht. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Auslandsabwesenheiten des Versicherten im Jahr 2012 seien zwar mit Bewerbungsgesprächen, Assessments und Projektstätigkeiten bzw. als Wahrnehmung der ihm obliegenden Schadenminderungspflicht begründet worden, doch ergebe sich zusammen mit der im April 2012 in F. (USA) eingetragenen Unternehmung «X. LLC», über welche er ab August 2012 Projektstätigkeiten abgerechnet habe, welche mit Sitzungen in den USA und London verbunden gewesen seien, ein anderes Bild. Diese persönliche auslandbezogene Ausrichtung habe zum einen gerade zur Folge gehabt, dass über mehrere Monate keine Beratungsgespräche beim RAV stattgefunden hätten und die Kontrollvorschriften nicht erfüllt worden seien. Die konkreten Umstände zeigten aber auch, dass die ursprünglich vereinbarte Erreichbarkeit wie auch die Rückkehr in die Schweiz innerhalb von 24 Stunden gerade nicht gegeben gewesen sei, wie beispielsweise der Termin vom 6. September 2012 zeige. Insofern bleibe auch nach Würdigung der Vorbringen in der Einsprache erstellt, dass der Versicherte sich im vorliegend zu prüfenden Zeitraum mehrheitlich nicht in der Schweiz aufgehalten habe und lediglich vorübergehend und zur Wahrnehmung von bestimmten Terminen in die Schweiz eingereist sei. Die Schlussfolgerung in der Verfügung vom 6. Dezember 2012, wonach der Versicherte nach dem Grundsatz der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht bereit und in der Lage gewesen sei, eine Stelle anzutreten, erweise sich daher als rechtmässig.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 17. Januar 2014 beantragte Z. sinngemäss, der Einspracheentscheid vom 4. Dezember 2013 sei aufzuheben, es sei eine Neuurteilung der Sache unter Einbezug der eingereichten Stellungnahmen, Einsprachen und vom AWA verlangten Aktendokumente vorzunehmen, es sei die Ablehnung des erzielten und ausgewiesenen Zwischenverdienstes für den Zeitraum August–November 2012 unter Angabe der entsprechenden Gesetzesgrundlagen zu begründen, es seien die Taggeldleistungen für das Jahr 2013 auszuzahlen und es seien nach Vorliegen des Urteils die Taggeldleistungen für das Jahr 2012 auszuzahlen.

### **Aus den Erwägungen:**

(...)

2.

2.1 Nach Art. 8 Abs. 1 AVIG hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wer a) ganz oder

teilweise arbeitslos ist; b) einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat; c) in der Schweiz wohnt; d) die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht noch eine Altersrente der AHV bezieht; e) die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist; f) vermittlungsfähig ist und; g) die Kontrollpflichten erfüllt.

2.1.1 Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG setzt der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung somit unter anderem voraus, dass der Versicherte in der Schweiz wohnt. Der Begriff des Wohnens in der Schweiz ist nicht im Sinne des zivilrechtlichen Wohnsitzes (Art. 23 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]) zu verstehen, sondern setzt den gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz voraus; verlangt werden der tatsächliche Aufenthalt in der Schweiz und die Absicht, diesen Aufenthalt während einer gewissen Zeit aufrechtzuerhalten und hier in dieser Zeit auch den Schwerpunkt der Lebensbeziehungen zu haben (BGE 125 V 465 Erw. 2a, 115 V 448 Erw. 1b). Daran hat das auf den 1. Januar 2003 in Kraft getretene ATSG nichts geändert, weil der in Art. 13 Abs. 1 ATSG umschriebene Wohnsitzbegriff auf die Arbeitslosenversicherung nicht Anwendung findet. Eine ausdrückliche Abweichung von Art. 13 ATSG sieht Art. 12 AVIG zwar lediglich für die in der Schweiz wohnenden Ausländer vor. Mangels eines gegenteiligen gesetzgeberischen Willens hat die bisherige Praxis jedoch auch im Rahmen der Anspruchsvoraussetzung von Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG weiterhin Geltung (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel 2007, S. 2233 Rz 181; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz 17 zu Art. 13; vgl. zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2007, 8C\_270/2007 Erw. 2.1).

2.1.2 Nach der Rechtsprechung setzt das Wohnen in der Schweiz im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG nicht einen ununterbrochenen tatsächlichen Aufenthalt im Inland voraus. Es genügt der gewöhnliche Aufenthalt in der Schweiz. Das Fortdauern des gewöhnlichen Aufenthalts in der Schweiz setzt aber unter anderem voraus, dass trotz Unterbrüchen des tatsächlichen Aufenthalts weiterhin eine enge Verbindung mit der hiesigen Arbeitswelt besteht (Urteile C 153/03 vom 22. September 2003 und C 183/99 vom 30. November 1999, wobei letzteres nicht veröffentlicht wurde). Im Urteil C 290/03 vom 6. März 2006 (SVR 2006 ALV Nr. 24 S. 82) stellte das Eidgenössische Versicherungsgericht (heute Bundesgericht) fest, dass die Anspruchsvoraussetzung des Wohnens in der Schweiz auch während eines durch die Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Ausland bedingten Auslandsaufenthaltes erfüllt sein kann. Im konkreten Fall ging es um eine Versicherte, welche im Rahmen eines zunächst auf zwei Monate befristeten und später um wenige Wochen verlängerten Arbeitsverhältnisses als Schauspielerin für eine Film- und Fernsehproduktionsgesellschaft in Deutschland gearbeitet hatte. Im Hinblick darauf, dass die Versicherte während des vorübergehenden Auslandsaufenthaltes weiterhin auch in der Schweiz nach einer Stelle gesucht hatte und in Ermangelung von Anhaltspunkten dafür, dass der Aufenthalt in Deutschland anderen Zwecken als der Erlangung eines Zwischenverdienstes gedient hatte, ist das Gericht zum Schluss gelangt, dass die Versicherte den Schwerpunkt der Lebensbeziehungen während des fraglichen Zeitraums in der

Schweiz hatte, zumal sie an den Wochenenden jeweils an ihren schweizerischen Wohnort zurückgekehrt war. Das Gericht erachtete die in Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG vorgesehene Voraussetzung des Wohnens in der Schweiz daher als erfüllt.

2.1.3 Artikel 15 AVIG regelt speziell die Vermittlungsfähigkeit. Als vermittlungsfähig gilt demgemäss, wer bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG). Zur Vermittlungsfähigkeit gehört mithin nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinne, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit auch einzusetzen. Dabei ist die Vermittlungsfähigkeit prospektiv, d.h. unter Würdigung der Verhältnisse, die bei Verfügungserlass galten, zu beurteilen. Die Vermittlungsfähigkeit schliesst graduelle Abstufungen aus. Hingegen sind deren Teilelemente (Bereitschaft, Möglichkeit und Berechtigung) aufgrund der persönlichen Umstände der versicherten Person zu bestimmen (Murer/Stauffer/Kupfer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzschiädigung, vierte überarbeitete und aktualisierte Auflage, Zürich 2013, S. 9 f.).

2.1.4 Wesentliches Element der Vermittlungsbereitschaft ist nach dem Gesagten die Bereitschaft zur Annahme einer Arbeitnehmendentätigkeit. Die bloss verbal geäusserte Vermittlungsbereitschaft genügt nicht. Vielmehr muss sich die versicherte Person der öffentlichen Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellen, jede zumutbare Arbeit annehmen, sich selbst intensiv um eine zumutbare Arbeit bemühen und an Eingliederungsmassnahmen teilnehmen. Die Vermittlungsbereitschaft muss auf die Suche und Annahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit im Rahmen des gewünschten Beschäftigungsgrades gerichtet sein. Die versicherte Person muss im Rahmen ihrer Schadenminderungspflicht auch bereit sein, zumutbare befristete Beschäftigungen oder auch Zwischenverdienste anzunehmen (vgl. AVIG-Praxis ALE B219 ff.).

2.1.5 Zur Vermittlungsfähigkeit zählt unter anderem auch die Arbeitsfähigkeit (in der Lage sein), worunter insbesondere die körperliche und geistige Leistungsfähigkeit sowie die örtliche und zeitliche Verfügbarkeit zu verstehen ist. Die versicherte Person muss in der Lage sein, ihre Arbeitskraft auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt zu verwerten (vgl. AVIG-Praxis ALE B222).

(...)

2.1.7 Der Versicherte, der Versicherungsleistungen beanspruchen will, muss gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. g AVIG die Kontrollvorschriften erfüllen. Das heisst, dass der Versicherte mit Unterstützung des zuständigen Arbeitsamtes alles Zumutbare unternehmen muss, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen. Insbesondere ist er verpflichtet, Arbeit zu suchen, nötigenfalls auch ausserhalb seines bisherigen Berufes. Seine Bemühungen muss er nachweisen können (vgl. Art. 17 Abs. 1 AVIG). Der Versicherte muss weiter sicherstellen, dass er in der Regel innert Tagesfrist von der zuständigen Amtsstelle erreicht werden kann, wobei die

zuständige Amtsstelle zusammen mit dem Versicherten festlegt, wie dieser in der Regel innert Tagesfrist erreicht werden kann (vgl. Art. 21 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 4 AVIV). Die zuständige Amtsstelle führt mit jeder versicherten Person in angemessenen Zeitabständen, jedoch mindestens alle zwei Monate, Beratungs- und Kontrollgespräche durch. Dabei werden die Vermittlungsfähigkeit und die Vermittlungsbereitschaft überprüft (vgl. Art. 22 Abs. 2 AVIV). Der Versicherte hat im Übrigen monatlich ein Formular «Angaben der versicherten Person» einzureichen (vgl. Art. 23 Abs. 1 AVIV).

2.2 Gemäss Art. 27 ATSG sind die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären (Abs. 1). Jede Person hat Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind (Abs. 2). Gemäss der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG; heute Bundesgericht) stipuliert Art. 27 Abs. 1 ATSG eine allgemeine und permanente Aufklärungspflicht der Versicherungsträger und Durchführungsorgane, die nicht erst auf persönliches Verlangen der interessierten Personen zu erfolgen hat, und hauptsächlich durch die Abgabe von Informationsbroschüren, Merkblättern und Wegleitungen erfüllt wird. Artikel 27 Abs. 2 ATSG beschlägt sodann ein individuelles Recht auf Beratung durch den zuständigen Versicherungsträger. Jede versicherte Person kann vom Versicherungsträger im konkreten Einzelfall eine unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten verlangen (BGE 131 V 472 Erw. 4.1 mit Hinweisen). Im erwähnten Entscheid BGE 131 V 472 hat das EVG weiter entschieden, dass es einer versicherten Person nicht zum Nachteil gereichen darf, wenn eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war unterbleibt. Eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht gemäss Art. 27 Abs. 2 ATSG kommt einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleich, welcher in Nachachtung des Vertrauensprinzips dafür einzustehen hat (BGE 131 V 472 Erw. 5 mit Hinweisen).

(...)

4.2.1 Vom 13. bis 22. März 2012 besuchte der Beschwerdeführer den Kurs «Arbeitsmarktstrategien für Führungskräfte K 131» in Zug. Danach befand sich der Beschwerdeführer gemäss den Akten zu folgenden Zeitpunkten im Ausland: vom 3. bis 11. April 2012 in den USA, vom 1. bis 5. Juni 2012 in den USA, vom 4. bis 17. Juli 2012 in den USA, vom 13. bis 24. August 2012 in den USA, vom 22. bis 29. September 2012 in den USA, vom 9. bis 12. Oktober 2012 in England und vom 22. November 2012 bis 3. Dezember 2012 wiederum in den USA. Festzuhalten ist diesbezüglich jedoch, dass nun – im Gegensatz zu den vorherigen Reiseaktivitäten des Beschwerdeführers – sämtliche Flüge ab Zürich erfolgten und auch wieder in die Schweiz zurückführten. Dies deutet darauf hin, dass der Beschwerdeführer seinen Wohnsitz und Lebensmittelpunkt zu diesem Zeitpunkt tatsächlich in die Schweiz verlegt hat. Bestätigt wird diese Vermutung dadurch, dass er im Jahr 2012 – ab dem Monat

März – während zirka 250 Tagen und somit mehrheitlich in der Schweiz war. Zudem verbrachte der Beschwerdeführer gemäss eigener Angabe von April bis und mit Dezember 2012 nur 43 Werktage im Ausland. Wie der Beschwerdegegner richtigerweise vorbringt, hat der Beschwerdeführer zwar keinerlei Beweise eingereicht, welche seinen ständigen Aufenthalt in der Schweiz belegen würden. Anhand der vom Beschwerdegegner vorgebrachten Internetquellen kann jedoch auch nicht darauf geschlossen werden, der Beschwerdeführer habe seinen Lebensmittelpunkt in den USA, zumal letzterer dies in seinen Stellungnahmen jeweils auch glaubhaft widerlegte. Zudem reichte der Beschwerdeführer Dokumente ein, welche die Vermietung seiner Liegenschaften in den USA bestätigten. Ebenfalls glaubhaft ist, dass der Beschwerdeführer die «X. LLC» mit Sitz in seiner Ferienwohnung in F. (USA) nur gründete, um sie als Referenz vorweisen zu können. Die Gründung erfolgte denn auch nur etwa einen Monat nach dem besuchten Seminar für Führungskräfte, weswegen glaubhaft ist, dass diese Gründung tatsächlich aufgrund eines Hinweises im genannten Kurs erfolgte. In der E-Mail vom 30. Mai 2012 führte der Beschwerdeführer auch aus, dass es seine Priorität sei, eine permanente Stelle in der Schweiz zu finden, womit auch die subjektive Komponente des Wohnens in der Schweiz erfüllt ist. Weiter ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer auch in den Monaten, in welchen er einen Zwischenverdienst erzielte, in der Schweiz nach Stellen gesucht hatte. Dies ergibt sich z. B. aus den persönlichen Arbeitsbemühungen für den Monat Oktober 2012 und auch aus den Aussagen des Beschwerdeführers, wonach er seine normalen Arbeitsbemühungen auch während dem Zwischenverdienst weiterführen werde. Die Formulare «Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen» für die Monate Juni, Juli, August und September 2012 fehlen jedoch in den Akten, da irrtümlicherweise diejenigen Formulare des Jahres 2013 eingereicht wurden. Weil die entsprechenden Arbeitsbemühungen seitens des Beschwerdegegners aber grundsätzlich nicht bemängelt wurden, kann davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer auch in diesen Monaten in der Schweiz nach Stellen gesucht hatte. In Würdigung der gesamten Umstände ist mithin festzustellen, dass der Beschwerdeführer zumindest ab dem 9. März 2012 die Anspruchsvoraussetzung des Wohnens in der Schweiz gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG erfüllt hat.

4.2.2 Als weitere Anspruchsvoraussetzung muss im relevanten Zeitraum vom 9. März bis zum 31. Dezember 2012 auch die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG) bejaht werden können. Der Beschwerdegegner verneinte die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers, weil dieser einerseits seinen Lebensmittelpunkt in der Schweiz nicht glaubhaft gemacht habe und weil er sich regelmässig im Ausland aufgehalten habe und deshalb die Gesprächstermine beim RAV ständig habe verschieben müssen. Insbesondere habe er den Termin vom 6. September 2012 verschoben, ohne dass er – gemäss seinen eigenen Angaben – im Ausland gewesen sei. Auch dem kurzfristigen Aufgebot für den 27. September 2012 habe der Beschwerdeführer keine Folge geleistet. Seine Auslandsaufenthalte habe er zudem in den Formularen «Angaben der versicherten Person» jeweils nicht deklariert. Der Beschwerdeführer hingegen bringt vor, er habe nur den Termin vom 30. Januar 2012 verpasst, wobei seine Entschuldigung in der Folge akzeptiert worden sei. Für die RAV-Aufgebote per 5. Juni 2012, 13. Juli 2012, 6. September 2012 und 3. Dezember 2012 habe er Verschiebungsgesuche

gestellt, welche allesamt akzeptiert worden seien. Zudem hätte er jeweils keine kurzfristigen Ersatztermine erhalten, welche er z. B. in der jeweiligen Folgeweche hätte wahrnehmen können. Das per Brief versandte kurzfristige RAV Aufgebot für den Termin vom 27. September 2012 habe er nicht rechtzeitig erhalten, da er im Zwischenverdienst in den USA gewesen sei. Er habe jedoch im März [recte: Februar] 2012 mit dem RAV schriftlich vereinbart, dass er bei dringenden Angelegenheiten seitens des RAV/AWA per E-Mail oder Telefon kontaktiert werde. Ansonsten habe er B. stets über seine Bewerbungsaktivitäten, Zwischenverdienste etc. informiert.

4.2.2.1 Der Beschwerdegegner macht mit den vorgebrachten Argumenten im Wesentlichen eine Verletzung der Kontrollvorschriften geltend und schliesst daraus auf eine Vermittlungsunfähigkeit. Diesbezüglich ist jedoch festzuhalten, dass der Beschwerdeführer tatsächlich nur dem Termin vom 30. Januar 2012 unentschuldigt ferngeblieben ist, was jedoch zu keinerlei Konsequenzen geführt hat, da das RAV die Entschuldigung bzw. die Erklärung des Beschwerdeführers akzeptiert hatte. Die Verschiebungsgesuche für die Termine vom 5. Juni 2012, 13. Juli 2012 und 3. Dezember 2012 erfolgten, weil der Beschwerdeführer aufgrund eines Zwischenverdienstes im Ausland weilte, was er B. vom RAV jeweils mitgeteilt hatte. B. akzeptierte die Verschiebungsgesuche jeweils, weswegen dem Beschwerdeführer nichts vorgeworfen werden kann. Im Akzept seitens des RAV liegt vielmehr eine Bewilligung des Gesuchs im Sinne von Art. 25 lit. d AVIV. Ferner weilte der Beschwerdeführer am 6. September 2012 zwar nicht im Ausland, doch ist den Akten immerhin zu entnehmen, dass er an diesem Tag im Rahmen des Zwischenverdienstes vier verrechenbare Arbeitsstunden leistete. Das Verschiebungsgesuch ist deswegen nachvollziehbar und es ist auch festzuhalten, dass der Beschwerdeführer nicht geschrieben hat, dass er sich am 6. September 2012 im Ausland befinden würde. Was das kurzfristige Aufgebot für den Gesprächstermin vom 27. September 2012 anbelangt, so ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer mit E-Mail vom 6. Februar 2012 darauf aufmerksam gemacht hat, dass er in dringenden Fällen per E-Mail oder Telefon erreichbar sei und so innert 24 Stunden einen Flug in die Schweiz buchen könne. B. vom RAV bestätigte den Erhalt dieses E-Mails und leitete es an den Rechtsdienst weiter. Mit dem genannten E-Mail-Verkehr zwischen dem Beschwerdeführer und B. vom RAV wurde somit im Sinne von Art. 22 Abs. 4 AVIV festgelegt, dass der Beschwerdeführer per E-Mail und per Telefon – nicht jedoch per Briefpost – innert Tagesfrist erreicht werden kann. Indem das RAV ein Aufgebot per Post versandt hat, hat es gegen diese Abmachung verstossen, weswegen dem Beschwerdeführer das Verpassen dieses Gespräches nicht vorgeworfen werden kann.

(...)

4.2.2.3 Im Übrigen wurde nicht vorgebracht und ist auch nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführer nicht im Sinne von Art. 15 Abs. 1 AVIG bereit gewesen wäre, eine zumutbare Stelle anzunehmen. Fraglich ist hingegen, ob er dazu auch in der Lage gewesen wäre (vgl. ebenfalls Art. 15 Abs. 1 AVIG). Der Beschwerdeführer wäre aufgrund seiner Auslandsaufen-

thalte, über welche das RAV jeweils orientiert wurde, zwar wohl nicht in der Lage gewesen, innerhalb von 24 Stunden zu einem Termin beim RAV zu erscheinen, doch hätte er sicher problemlos im Sinne von Art. 21 AVIV innert Tagesfrist von der zuständigen Amtsstelle per E-Mail oder Telefon erreicht werden können. Das Gesetz sieht im Übrigen nicht vor, dass ein Versicherter innert Tagesfrist zu einem Gesprächstermin erscheinen können müsste. Es ist daher davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer auch in der Lage war, eine zumutbare Stelle anzunehmen, weswegen er insgesamt die Voraussetzungen von Art. 15 Abs. 1 AVIG erfüllt hat und somit als vermittlungsfähig zu gelten hat.

4.2.3 Festzuhalten ist weiter, dass die Vermittlungsfähigkeit auch bei der Ausübung einer unselbstständigen oder selbstständigen Zwischenverdiensttätigkeit grundsätzlich gegeben sein muss. Der Beschwerdeführer, der als Freelancer tätig war, hätte seinen Zwischenverdienst innert Kürze beenden und eine vom RAV vermittelte Arbeit aufnehmen können. Der Beschwerdeführer hat den Zwischenverdienst zwar über seine Firma X. LLC abgerechnet, doch hat er hierfür keinerlei Investitionen tätigen müssen und z. B. auch keinen Mietvertrag eingehen müssen. Zudem führte der Beschwerdeführer jeweils aus, dass er seinen persönlichen Arbeitsbemühungen auch während des Zwischenverdienstes weiter nachgehen werde und dass er hoffe, dass der Zwischenverdienst allenfalls zu einer Festanstellung führen könnte. Es steht daher ausser Frage, dass der Zwischenverdienst des Beschwerdeführers lediglich der Schadenminderung diene und der Beschwerdeführer damit auch Anspruch auf Anrechnung des erzielten Zwischenverdienstes hat (vgl. zum Ganzen: AVIG-Praxis ALE B234 ff.).

4.3 Zusammenfassend ist betreffend die Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 8 AVIG somit festzuhalten, dass der Beschwerdeführer vom 9. März 2012 bis zum 31. Dezember 2012 sowohl in der Schweiz wohnte (Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG) als auch vermittlungsfähig war (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG). Weiter erfolgten die Vorwürfe an den Beschwerdeführer mehrheitlich zu Unrecht, zumal dieser den Weisungen der zuständigen Amtsstellen Folge leistete bzw. letztere sämtliche Terminverschiebungen gestattete, ohne den Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass diese Terminverschiebungen für ihn negative Konsequenzen haben können. Da der Beschwerdeführer im Übrigen seine Arbeitsbemühungen vorschriftsgemäss dokumentierte und sich im Rahmen von Zwischenverdiensten um Schadensminderung bemühte, ist ihm grundsätzlich kein Vorwurf zu machen. In Anbetracht der Tatsache, dass weder Gesetz noch Rechtsprechung noch Literatur für die in casu vorliegende Problematik betreffend globale Stellensuche konkrete Lösungen vorsehen, ist zwar nachzuvollziehen, dass die Beratung durch die Amtsstellen Schwierigkeiten bereitete. Dies darf dem Beschwerdeführer indes nicht zum Nachteil gereichen, hat er gemäss Art. 27 ATSG doch Anspruch auf Aufklärung und Beratung (vgl. auch Erw. 2.2). Trotz der teilweise ungeklärten Rechtslage hätten die Amtsstellen den Beschwerdeführer besser informieren und ihn bei Verfehlungen explizit abmahnen müssen. Ein vager Hinweis ist zwar durch B. in der E-Mail vom 3. Februar 2012 erfolgt («[...] ist es nicht ganz unproblematisch, dass Sie sich die Hälfte ihrer Zeit in den USA aufhalten [...]»), doch reicht dies natürlich nicht aus, um der Aufklärungspflicht nach Art. 27 ATSG Genüge zu tun. Vielmehr hätten in der Folge klare Vorgaben oder Hinweise erfolgen müssen, um den

Beschwerdeführer zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen. Ohne solche Aufforderungen durfte dieser weiterhin von seiner Anspruchsberechtigung und auch der Vermittlungsfähigkeit ausgehen. Eine entsprechende Anweisung ist schliesslich am 29. Januar 2013 erfolgt, als B. dem Beschwerdeführer per E-Mail mitteilte, dass er darauf zu achten habe, mindestens 50 % seiner Bewerbungen in der Schweiz vorzunehmen. Solche konkreten Anweisungen betreffend die Auslandsaufenthalte, Zwischenverdienste und Bewerbungen fehlten jedoch in den Jahren 2011 und 2012 gänzlich, sodass dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden kann, er sei seinen elementaren Pflichten nicht nachgekommen bzw. er habe die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt.

5.

5.1 Damit steht fest, dass der Beschwerdeführer zumindest bis zum 8. März 2012 nicht in der Schweiz wohnte und damit bis zu diesem Zeitpunkt die Anspruchsvoraussetzung gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG nicht erfüllte. In der Folge jedoch ist in Würdigung der gesamten Akten davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer seinen Wohnsitz und seinen Lebensmittelpunkt ab dem 9. März 2012 in die Schweiz verlegt hat, weshalb er fortan Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG erfüllte. Weiter erfüllte er im Wesentlichen auch seine Kontrollpflichten und war er vermittlungsfähig, womit auch die weiteren Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 8 Abs. 1 AVIG für den Zeitraum vom 13. März 2012 bis zum 31. Dezember 2012 erfüllt waren. In Anbetracht der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen ist im Übrigen auch nicht ersichtlich, weswegen dem Beschwerdeführer sein im August–November 2012 erzielter Zwischenverdienst nicht anzurechnen sein sollte. Die Verletzung der Kontrollpflichten betreffend das Formular «Angaben der versicherten Person» ist allenfalls mit Einstelltagen zu sanktionieren. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass der Beschwerdeführer nicht vermittlungsfähig gewesen wäre, so dürfte ihm dies aber nicht zum Nachteil gereichen, weil er durch die zuständigen Stellen nicht in ausreichendem Masse aufgeklärt und beraten worden ist. Die vorliegende Beschwerde ist damit in gewissen Punkten begründet, weswegen sie teilweise gutzuheissen ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. September 2014 S 2014 7

## 8.5 Art. 8 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1 IVG

### Regeste:

Art. 8 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1 IVG – Kein Anspruch auf Umschulung zur Naturheilpraktikerin tibetische Heilkunde; das Erfordernis der Gleichwertigkeit verlangt insbesondere, dass bei Berufen mit tiefen Löhnen, neben den aktuellen Verdienstmöglichkeiten im Rahmen einer Prognose weitere Faktoren wie etwa die Lohnentwicklung mitberücksichtigt wird. Erweist sich ein dauerhaftes und mittelfristig leistungsrelevant ansteigendes Einkommen aus der Tätigkeit als Naturheilpraktikerin tibetische Heilkunde als nicht überwiegend wahrscheinlich, so fehlt es dem angestrebten Beruf an der wirtschaftlichen Verwertbarkeit und es ist ihm auch die Gleichwertigkeit im Vergleich zur bzw. zu den erlernten Tätigkeiten abzusprechen.

### Aus dem Sachverhalt:

Die Versicherte W., Jahrgang 1984, diplomierte Pflegefachfrau im Bereich der Psychiatrie, meldete sich im September 2011 bei der IV-Stelle des Kantons Zug zur Früherfassung, im Oktober 2011 zum Leistungsbezug (berufliche Integration / Rente) an. Zur Begründung wurde auf eine Depression als Folge völliger Überlastung am Arbeitsplatz, verbunden mit schwerer Affektlabilität und starker Selbstwerteinbusse, verwiesen. In Erwerblicher Hinsicht den Akten zu entnehmen sind unter anderem ein «Certificat de Spécialisation en Maquillage Beauté», ausgestellt am 31. Juli 2000 in Paris, ein in Zürich und nach erfolgreichem Besuch des Instituts Minerva ausgefertigtes Bürofachdiplom VSH Vollzeitausbildung (Verband Schweizerischer Handelsschulen) vom 28. September 2001, ein «First Certificate in English», Grade B der University of Cambridge, ausgestellt im März 2001 in Zürich sowie das Diplom als «diplomierte Pflegefachfrau HF», ausgestellt am 22. Februar 2008 in der Berufsschule für Gesundheits- und Krankenpflege Südhalde, Zürich. Weiter enthalten die Akten Belege dafür, dass die Versicherte mehrere Weiterbildungen im Zusammenhang mit der Betreuung von Patienten der Psychiatrie absolvierte, dass ihre letzte ordentliche Arbeitsstelle im Wohnheim E. in S. war und dass sie ab Dezember 2010 zu 100% krankgeschrieben war. Gleichwohl konnte sie von Oktober 2011 bis April 2012 im Sinne eines Arbeitsversuchs ein befristetes Arbeitsverhältnis im Pensum von ca. 30 bzw. 40% im Sekretariat der reformierten Kirchgemeinde X bewältigen. Die IV-Stelle eröffnete ihr mit Mitteilung vom 27. Februar 2012, sie habe Anspruch auf Berufsberatung sowie Abklärung der beruflichen Eingliederungsmöglichkeiten. Infolge eines durch die IV-Stelle in Auftrag gegebenen psychiatrischen Gutachtens von Dr. I. vom 3. Juli 2012 und der Diagnose «Borderline-Störung» ergab sich, dass eine Rückkehr in den Beruf der Pflegefachfrau im Bereich Psychiatrie nicht mehr in Frage kommt. Mit Mitteilung vom 26. November 2012 wurde der Versicherten Kostengutsprache für ein Aufbau-training, gleichzeitig die Kostenübernahme für eine berufliche Abklärung, alles in der IG-Arbeit, Berufsförderungskurs, gewährt und die Ausrichtung eines Taggeldes verfügt. Nach weiteren Abklärungen durch die IV-Berufsberatung sowie nach einem psychiatrischen Konsilium durch RAD-Psychiater M. teilte die IV-Stelle der Versicherten mit Vorbescheid vom 12. Juni

bzw. mit Verfügung vom 12. September 2013 mit, das Leistungsbegehren für eine Umschulung zur diplomierten Naturheilpraktikerin tibetische Heilkunde werde abgelehnt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, da die Tätigkeit als Pflegerin im Bereich der Psychiatrie aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr als möglich erscheine, könnte der Anspruch auf Umschulung – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – grundsätzlich bejaht werden und aus medizinischer Sicht stehe dem neuen Berufswunsch auch nichts entgegen. Nicht zutreffend sei, dass der Versicherten aus medizinischer Sicht jede andere Tätigkeit im Pflegeberuf nicht mehr zuzumuten sei. Seitens der IV vertrete man die Meinung, dass die Versicherte als Pflegefachfrau DN II ausserhalb der Psychiatrie, aber auch in der Administration zu 100% arbeitsfähig wäre. Die IV könnte Kurse finanzieren, damit sich die Versicherte fachspezifisch qualifizieren könne. Man erachte nämlich auch die Möglichkeit, mit der Umschulung zur Naturheilpraktikerin tibetische Heilkunde ein den Anforderungen genügendes gleichwertiges Einkommen zu erzielen, als nicht gegeben. Es fehle folglich an der Wirtschaftlichkeit, aber auch an der Verhältnismässigkeit.

### **Aus den Erwägungen:**

(...)

3.

3.1 Nach Art. 8 Abs. 1 IVG haben Invalide oder von einer Invalidität bedrohte Versicherte Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen, soweit diese notwendig und geeignet sind, die Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, wieder herzustellen, zu erhalten oder zu verbessern und die Voraussetzungen für den Anspruch auf die einzelnen Massnahmen erfüllt sind. Der Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen besteht unabhängig von der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vor Eintritt der Invalidität. Bei der Festlegung der Massnahmen ist die gesamte noch zu erwartende Dauer des Erwerbslebens zu berücksichtigen (Art. 8 Abs. 1 bis IVG). Als Invalidität gilt die durch einen körperlichen oder geistigen Gesundheitsschaden als Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall verursachte, voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG).

3.2

3.2.1 Gemäss Art. 17 Abs. 1 IVG hat der Versicherte Anspruch auf Umschulung auf eine neue Erwerbstätigkeit, wenn die Umschulung infolge Invalidität notwendig ist und dadurch die Erwerbsfähigkeit voraussichtlich erhalten oder verbessert werden kann. Dabei handelt es sich um eine Naturalleistung – nur Ausnahmsweise um reine Geldleistungen –, die in der Regel nicht durch die Organe der IV erbracht wird. Die Leistungen sollen im Rahmen eines Eingliederungsplanes erfolgen, der prognostisch Gewähr bietet, dass die Wiedereingliederung erreicht wird. Erste Anspruchsvoraussetzung ist eine spezifische Invalidität, eine bleibende und für längere Zeit andauernde Erwerbseinbusse von ca. 20%. Diese Richtgrösse von 20% sah das Bundesgericht allerdings auch schon bei einem Invaliditätsgrad von 18.52% als er-

füllt, wobei allfällige Soziallöhne bei der Feststellung der Erwerbseinbusse auszuklammern sind. Ein zwingender Zusammenhang zwischen Sonderschulung und Umschulung besteht nach dem geltenden Recht nicht. Sodann sind auch ungelernte grundsätzlich umschulungsberechtigt. Auch das Verschwinden eines Berufs kann – die übrigen Anspruchsvoraussetzungen vorausgesetzt – zur Umschulung führen. Zum Begriff der Umschulung hält die Praxis fest, Umschulung sei grundsätzlich die Summe der Ein-gliederungsmassnahmen berufsbildender Art, die notwendig und geeignet seien, um dem vor Eintritt der Invalidität bereits erwerbstätig gewesenen Versicherten eine seiner früheren Erwerbsmöglichkeit annähernd gleichwertige Tätigkeit zu vermitteln. Dabei bezieht sich der Begriff der «annähernden Gleichwertigkeit» nicht in erster Linie auf das Ausbildungsniveau als solches, sondern auf die nach erfolgter Eingliederung zu erwartenden Verdienstmöglichkeiten. Das Erfordernis der Gleichwertigkeit begrenzt den Umschulungsanspruch «nach oben», steht dem Anstreben eines bescheidenen beruflichen Ziels hingegen nicht entgegen. Jedenfalls ist es nicht Aufgabe der IV, einen behinderten Versicherten in eine bessere beruflich-erwerbliche Stellung zu führen, als er sie vorher innehatte. Die Ausnahme von dieser Regel ist dann gegeben, wenn Art und Schwere des Gesundheitsschadens bzw. deren beruflichen Auswirkungen so schwer wiegen, dass nur eine im Vergleich zur bisherigen Tätigkeit anspruchsvollere Ausbildung zu einer optimalen Verwertung der Arbeitsfähigkeit führt, allerdings auf einer höheren Berufsstufe. Primär entscheidend sind sodann die Verhältnisse im Zeitpunkt des Invaliditätseintritts. Gleichwohl ist der künftigen Einkommensentwicklung Beachtung zu schenken. Nebst dem Aspekt der Verdienstmöglichkeit ist auch der qualitative Stellenwert der beiden zu vergleichenden Berufe zu beachten. Denn die annähernde Gleichwertigkeit der Erwerbsmöglichkeiten in der alten und der neuen Tätigkeit auf weitere Sicht dürfte nur dann zu verwirklichen sein, wenn auch die beiden Ausbildungen einen einigermaßen vergleichbaren Wert aufweisen resp. wenn eine in etwa gleichwertige berufliche Weiterentwicklung gewährt wird. So kann beispielsweise die unqualifizierte Hilfsarbeit im Vergleich zum erlernten Beruf als Automonteur nicht als annähernd gleichwertig bezeichnet werden, obschon sich aus dem Einkommensvergleich eine Verdiensteinbusse ergibt, die klar unter der Erheblichkeitsschwelle von ca. 20% liegt. Entsprechend dürfen die grösseren konjunkturellen Risiken bei Hilfsarbeiten sowie die besseren erwerblichen Aussichten im angestammten Beruf namentlich bei jüngeren Versicherten mit einer beträchtlichen verbleibenden Arbeitsdauer nicht ausser Acht gelassen werden. Wie eingangs angesprochen, besteht in der Regel nur ein Anspruch auf die dem jeweiligen Eingliederungszweck angemessenen, notwendigen Massnahmen, nicht aber auf die nach den gegebenen Umständen bestmöglichen Vorkehren, ist doch Eingliederung nach dem Willen des Gesetzgebers nur so weit sicherzustellen, als dies im Einzelfall notwendig, aber auch genügend ist (vgl. Ulrich Meyer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, 2. Auflage, Zürich 2010, S. 190 ff., mit weiteren Hinweisen).

3.2.2 Bejaht wurde der Umschulungsanspruch vom Radio- und Fernsehelektriker zum Damen-coiffeur; vom Maurer zum Maltherapeuten; vom kaufmännischen Ange-stellten zum Sozialarbeiter; vom gelernten, selbständigen Steinhauer zum bildenden Künstler im Rahmen der Schule für Gestaltung; vom Servicemonteur (Klima-, Lüftungs- und Kältetechnik) zum tech-

nischen Kaufmann; vom Flachmaler zum Kameramann; vom Landschaftsgärtner zum Orthopäden; vom Polier zum Naturheilpraktiker; vom Bäcker/ Konditor zum Konserven- und Tiefkühltechnologien und schliesslich vom Landwirt zum Agrotechniker. Demgegenüber verneinte das Bundesgericht den Anspruch auf Umschulung für einen Maurer, der Berufspilot werden wollte; für einen Maurer, der ein internationales Managementdiplom anstrebte; für eine in einer Tagesschule tätige, gelernte Nurse, die Matura und Studium absolvieren wollte; für einen als Magaziner tätigen, gelernten Maler mit einem Minderverdienst von 17%, der technischer Kaufmann werden wollte; für den Wechsel vom Primar- zum Sekundarlehrer; für den Maler, der mit 58 noch in einen kaufmännischen Beruf wechseln wollte; zu guter Letzt mangels aktueller oder unmittelbar drohender Invalidität für einen Landwirt, der lieber Heizungsmonteur sein wollte (vgl. Ulrich Meyer, a.a.O., S. 198 f.).

3.2.3 Im Entscheid BGE 122 V 77 Erw. 3 hielt das Bundesgericht im Falle einer an Depressionen leidenden Psychiatrieschwester, die sich zur Damenschneiderin umschulen lassen wollte, fest, verlangt werde, dass die Umschulung eine dem bisherigen Beruf annähernd gleichwertige Ausbildung gewähre. Entscheidend für die Gleichwertigkeit sei in erster Linie die zu erwartende Verdienstmöglichkeit. Führe die Umschulung den Versicherten zu einem (lohnmassig) bescheideneren Ziel, werde erwartet, dass der zu erwartende Teilerfolg (der Eingliederung) noch als genügend eingliederungswirksam bezeichnet werden könne. Die beabsichtigte Umschulung in einen minderbezahlten Beruf müsse folglich zu einer dauerhaften und wesentlichen Verbesserung der Erwerbsmöglichkeit führen. Was dies ziffernmässig bedeute, habe die Rechtsprechung noch nie entschieden. Während die Literatur verlange, dass die versicherte Person mindestens einen beachtlichen Teil der Unterhaltskosten aus dem erzielten Verdienst bestreiten können müsse, habe das Gericht im Entscheid 119 V 225 Erw. 5b ausgeführt, wenn das Einkommen den AHV-Mindestbeitrag für Nichterwerbstätige erreiche oder übersteige, sei rechtlich die Erheblichkeit erreicht. In casu könne die Frage offengelassen werden. Da die Versicherte im erlernten Beruf voll arbeitsunfähig sei, nach der Umschulung aber ein Einkommen von Fr. 37'000.- (im Vergleich zum früheren Verdienst von Fr. 62'800.-) erreichen und dieses den Rentenanspruch relevant verändern könne, sei die wesentliche Verbesserung vorliegend zu bejahen. In dem von der Beschwerdeführerin erwähnten Entscheid I 693/00 vom 7. Januar 2002 hielt das Bundesgericht im Falle einer psychisch angeschlagenen, zeitweilig suizidalen gelernten Hochbauzeichnerin, die die Matura nachholen und ein Medizinstudium beginnen wollte, in Bejahung des Umschulungsanspruchs unter anderem fest, die Belastungsfähigkeit wachse vorliegend, je mehr eine Arbeit der hohen Begabung der Versicherten entspreche und eine Lebensperspektive biete. Im Lichte dieser überzeugenden Einschätzung des Psychotherapeuten erscheine es als glaubhaft, dass die gesundheitlich bedingte Inkonzanz im bisherigen Erwerbsleben auf eine berufliche Unter- und nicht Überforderung zurückzuführen sei und durch eine Beschäftigung in einem anspruchsvolleren Umfeld gemindert werden könnte. Dies gelte selbst dann, wenn die Versicherte nach Abschluss der Ausbildung nicht uneingeschränkt erwerbstätig sein könnte (I 693/00 Erw. 4a).

3.3.1 Gestützt auf Art. 64a Abs. 1 lit. b IVG in der aktuellen Fassung kann das BSV den mit der Durchführung der Versicherung betrauten Stellen Weisungen für den einheitlichen Vollzug im Allgemeinen und im Einzelfall erteilen. Verwaltungsweisungen richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung jedoch berücksichtigen, soweit sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Mithin weicht das Gericht nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen.

3.3.2 Das Kreisschreiben über die Eingliederungsmassnahmen beruflicher Art (KSBE), gültig ab 1. Januar 2013, handelt im 4. Teil die Umschulung ab, gibt in Rz. 4001 und 4002 den Begriff wieder und hält zum Aspekt der Gleichwertigkeit in Beachtung der Verdienstmöglichkeiten fest, damit hinreichend gewährleistet sei, dass sich das Erwerbseinkommen im neuen Beruf auf weitere Sicht ungefähr im gleichen Rahmen bewege wie im ursprünglichen, müssten im Allgemeinen auch die beiden Ausbildungen einen einigermaßen vergleichbaren Wert aufweisen (KSBE Rz. 4002). An anderer Stelle wird ausgeführt, die Angewöhnungs- und Einführungszeit in Beschäftigungsstätten, die voraussichtlich zu keiner wirtschaftlich ausreichend verwertbaren Arbeitsleistung führe, falle nicht unter die Umschulung nach Art. 17 IVG (KSBE Rz. 4008). Selbiges gilt für Massnahmen der sozialberuflichen Rehabilitation wie Gewöhnung an den Arbeitsprozess, Aufbau der Arbeitsmotivation, Stabilisierung der Persönlichkeit, Einüben der sozialen Grundelemente mit dem primären Ziel, die Eingliederungsfähigkeit wieder herzustellen (KSBE Rz. 4009). Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 17 IVG sind die drohende oder bereits eingetretene Invalidität, die die bisherige Tätigkeit verunmöglicht; das Bestehen einer Eingliederungsfähigkeit im Sinne der objektiven und subjektiven Möglichkeit, berufsbildende Massnahmen zu bestehen; und die Gleichwertigkeit der neuen Tätigkeit, die der Behinderung und den Fähigkeiten des Versicherten angepasst sein muss. Schliesslich muss die Ausbildung einfach und zweckmässig sein (KSBE Rz. 4010). Randziffer 4011 umschreibt den spezifischen Invaliditätsgrad von ca. 20%. Gewährt eine Umschulung für die erste Zeit nach Abschluss einen geringeren Verdienst, ist aber ein erhebliches Lohnwachstum zu erwarten, widerspricht dies dem Gebot der Gleichwertigkeit nicht (KSBE Rz. 4012). Sodann wird an anderer Stelle festgehalten, wenn eine versicherte Person bereits in zureichender und zumutbarer Weise eingegliedert sei bzw. die Möglichkeit bestehe, dass sie ohne zusätzliche Ausbildung vermittelt werden könne, bestehe kein Anspruch auf Umschulung (KSBE Rz. 4013). Im Zusammenhang mit dem Verhältnismässigkeitsgebot ist auch die noch zu erwartende Arbeitsdauer entsprechend zu berücksichtigen (KSBE Rz. 4014). Ein Anspruch auf Umschulung gewährt grundsätzlich nur die zur Eingliederung im Erwerbsleben unmittelbar erforderlichen, nicht die bestmöglichen Vorkehrungen (KSBE Rz. 4015). Die Umschulung muss geeignet sein, die Erwerbsfähigkeit – oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen – zu beeinflussen, so dass eine drohende Invalidität abgewendet bzw. eine bereits bestehende verbessert werden kann (KSBE Rz. 4016). Eine nur vorübergehende Berufsumstellung gibt keinen Anspruch auf Um-

schulung (KSBE Rz. 4017). Ist eine versicherte Person auf eine Tätigkeit umgeschult worden, die ihr längerfristig kein angemessenes Einkommen ermöglicht, wobei zusätzliche Massnahmen ein solches möglich machten, so besteht Anspruch auf diese zusätzlichen Massnahmen (KSBE Rz. 4018). Hat eine versicherte Person eine Umschulung auf eine Tätigkeit erhalten, die es auf dem Arbeitsmarkt praktisch nicht mehr gibt, kann sich der Anspruch auf eine weitere Umschulung ergeben (KSBE Rz. 4019). Wählt eine versicherte Person eine ausgefallene berufliche Ausbildung, die auf dem Stellenmarkt nur schwerlich zu einer Eingliederung führt, so hat sie das Risiko selber zu tragen und der Anspruch ist zu verneinen (KSBE Rz. 4020). Zu den Arten der Umschulung gehören: eine Ausbildung mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis, mit eidgenössischem Berufsattest oder eine Anlehre nach kantonalem Recht, der Besuch einer Maturitäts-, Fach- oder Hochschule, von Berufs- oder Fachkursen, die Vorbereitung auf eine eigentliche berufliche Massnahme, die Wiedereinschulung in den früheren Beruf, die Eingliederung oder Wiedereingliederung im Aufgabenbereich, oder die Vorbereitung auf eine Hilfsarbeit im ersten Arbeitsmarkt oder auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstatt (KSBE Rz. 4021). Sodann erwähnt das Kreisschreiben die Ausbildungsdauer (KSBE Rz. 4022 f.), den Umfang der Leistungen, wobei grundsätzlich alle Kosten übernommen werden, die in direktem Zusammenhang mit der Umschulungsmassnahme stehen und den Kriterien der Einfachheit, Zweckmässigkeit und Gleichwertigkeit entsprechen (KSBE Rz. 4024 ff.) sowie die Kostentragung (KSBE Rz. 4028 ff.).

(...)

5. Diese Akten und Fakten sind nun nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu würdigen.

### 5.1

5.1.1 Zunächst ist die Frage zu beantworten, ob die Ausbildung zur Naturheilpraktikerin tibetische Medizin für die Beschwerdeführerin als geeignet erscheint resp. ob sie mit den bisherigen Ausbildungen nicht bereits als ausreichend eingegliedert gelten dürfte. Diesbezüglich ist vorab zu prüfen, ob eine Tätigkeit im Pflegeberuf der Beschwerdeführerin überhaupt noch zuzumuten ist, auch wenn es sich dabei nicht um Psychiatriepflege handelt. Wie bereits mehrfach angesprochen, kommt eine Tätigkeit als Psychiatriepfleglerin für die Beschwerdeführerin nicht mehr in Frage. Die involvierten Ärzte sehen das Problem in der Persönlichkeitsstruktur der Beschwerdeführerin, welche an den letzten Stellen am Problem der Abgrenzung gegenüber den Patienten und dem Team gescheitert sei. Während Dr. I. das Abgrenzungsproblem nicht nur auf den Pflegeberuf reduziert sieht und deshalb zu einem gut strukturierten Arbeitsplatz ohne engen Kontakt zu Mitarbeitenden und Klienten rät, differenziert der behandelnde Psychiater, S., zwischen der wenig geeigneten Tätigkeit im Pflegeberuf generell und der ungeeigneten Tätigkeit im Beruf einer Psychiatriepfleglerin. Er erwähnt diesbezüglich, eine Pflegerin müsse doch immer wieder zwischen den Patienten, dem Team, den Ärzten und den Angehörigen vermitteln, was die Abgrenzungsfähigkeit der Beschwerdeführerin überfordere. Hingegen erachtet er – auch aufgrund der Abneigung der Beschwerdeführerin gegen die Schulmedizin

– ihr Anforderungsprofil als für eine Tätigkeit in der Komplementärmedizin viel günstiger, da die Gefahr, sich in komplexen gruppendynamischen Prozessen zu verlieren, viel kleiner sei. Während RAD-Psychiater M. von der Tätigkeit als Psychiatriepflegerin ebenfalls abrät, für eine Tätigkeit im Bereich der Komplementärmedizin aber kaum Probleme sieht, allerdings darauf hinweist, dass die Beschwerdeführerin auch im Bürobereich einsetzbar sei, hält Allgemeinpraktiker E. vom RAD-Zentralschweiz auch die Tätigkeit einer Naturheilpraktikerin als nicht ideal, da die Beschwerdeführerin auch hier mit Patienten bzw. Kunden umzugehen habe und sich folglich auch hier Abgrenzungsprobleme stellen.

5.1.2 Dass eine Tätigkeit im Bereich der Psychiatriepflege für die Beschwerdeführerin nicht mehr in Frage komme, darin stimmen sämtliche Ärzte überein. Gegen die Tätigkeit als Pflegefachfrau ausserhalb der Psychiatrie spricht alsdann aber nicht mehr als gegen jede andere Tätigkeit in einem Team und verbunden mit der Möglichkeit, sich mit Vorgesetzten, Mitarbeitern und/ oder Klienten auseinandersetzen, sich gegen diese abgrenzen zu müssen. Entsprechende Probleme könnten sich in-des auch ausserhalb des Pflegebereichs, ausserhalb medizinischer Berufe ergeben, selbst im Bürobereich. Demzufolge birgt – jedenfalls ausserhalb der Psychiatrie – nicht der Beruf an sich, sondern das berufliche Umfeld, die Ausgestaltung des Arbeitsplatzes die Probleme, die die Beschwerdeführerin überfordern könnten. Allerdings wollte sich offensichtlich keiner der involvierten Ärzte insofern festlegen, als er erklärt hätte, für die Beschwerdeführerin komme nur eine selbständige Tätigkeit, alleine und ohne Mitarbeiter, in Frage. Dies bedacht, verlangen die gesundheitlichen Probleme, vorausgesetzt der Bereich der Psychiatrie bleibt tabu, keine gänzliche Abkehr vom Pflegeberuf oder von einer Tätigkeit in der Administration – letzteres wurde bis dato auch nicht geltend gemacht –, sondern vielmehr eine sehr sorgfältige Auswahl des richtigen Arbeitsumfeldes. Entsprechend bieten die bereits absolvierten Ausbildungen zur diplomierten Pflegefachfrau Niveau II bzw. zur diplomierten Bürofachfrau an sich eine ausreichende Grundlage für eine Reintegration in den Arbeitsprozess, auch ohne Umschulung. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin auch als Naturheilpraktikerin tibetische Heilkunde mit Klienten resp. Patienten Umgang pflegen muss, aus wirtschaftlichen Gründen überdies allenfalls nebenher einer Tätigkeit in einem Büro, in einem Gesundheitszentrum, einem Wellnesszentrum oder einer Gemeinschaftspraxis nachgehen müsste, dort aber auch in ein Team integriert werden müsste, lässt sodann annehmen, dass auch der ins Auge gefasste Beruf bzw. die in diesem Zusammenhang auszuübenden Tätigkeiten durchaus Konfliktpotential haben dürften, dass folglich wiederum Abgrenzungsprobleme auftreten könnten. Damit erweist sich auch die angestrebte Tätigkeit aus medizinischer Sicht, wie jedenfalls RAD-Arzt E. zu bedenken gab, als nicht völlig unproblematisch. Dass die Beschwerdeführerin für die neue Tätigkeit viel Motivation mitbringt, hingegen starke Vorbehalte gegen die Schulmedizin hegt, führt nicht zu einer anderen Sacheinschätzung.

## 5.2

5.2.1 Wie in Erwägung 3 ff. ausgeführt, ist Voraussetzung für den Anspruch auf Umschulung im Sinne von Art. 17 IVG eine drohende oder bereits eingetretene Invaldität, die die bisherige

Tätigkeit verunmöglicht, das Bestehen einer Eingliederungsfähigkeit im Sinne der objektiven und subjektiven Möglichkeit, berufsbildende Massnahmen zu bestehen, sowie die Gleichwertigkeit der neuen Tätigkeit, die der Behinderung und den Fähigkeiten der versicherten Person angepasst sein sollte. Zum Aspekt der Gleichwertigkeit besagt die Verwaltungspraxis – die unter anderem im Kreisschreiben über die Eingliederungsmassnahmen (KSBE) zum Ausdruck kommt –, eine Gleichwertigkeit der angestrebten Tätigkeit dürfe auch dann bejaht werden, wenn die Umschulung für die erste Zeit nach Abschluss der Ausbildung zwar einen geringeren Verdienst gewähre, indes ein erhebliches Lohnwachstum zu erwarten sei. Wähle eine versicherte Person allerdings eine ausgefallene berufliche Ausbildung, die auf dem Stellenmarkt nur schwerlich zu einer Eingliederung führe, so habe sie dieses Risiko selber zu tragen, was zur Ablehnung der Umschulungsanspruchs führe. Im Falle der an Depressionen leidenden Psychiatrieschwester, die sich zur Damenschneiderin umschulen lassen wollte, bejahte das Bundesgericht eine noch genügende Eingliederungswirksamkeit. Zwar liege das als Schneiderin zu erwartende Anfangsgehalt mit Fr. 37'000.– deutlich unter dem früheren Gehalt von Fr. 62'800.–. Indes dürfe erwartet werden, dass sich das Gehalt in renten- bzw. leistungsrelevanter Weise verändern werde, weshalb, wie von Lehre und Praxis gefordert, vorliegend von einer dauerhaften und wesentlichen Verbesserung der Erwerbsmöglichkeit ausgegangen werden dürfe (BGE 122 V 77 Erw. 3).

5.2.2 Zwar könnte in Würdigung der Ausführungen unter Erwägung 5.1 die Frage aufgeworfen werden, ob vorliegend wirklich von einer drohenden oder bereits eingetretenen Invalidität gesprochen werden kann, zumal die erworbenen Berufsdiplome als Pflegefachfrau und für den Bürobereich nicht einfach nicht mehr verwertet werden können. Darauf ist angesichts dessen, dass die Beschwerdegegnerin einen grundsätzlichen Umschulungsanspruch vorbehaltlich der Anspruchsvoraussetzungen anerkennt, aber auch unter Verweis auf das obig Gesagte hier allerdings nicht näher einzutreten. Fakt ist indes, dass der Beschwerdeführerin die Eingliederungsfähigkeit nicht abgesprochen werden kann. Nicht abzusprechen ist ihr auch, dass der angestrebte Beruf ihren Interessen wie ihren Fähigkeiten durchaus entspricht. Ob er als ihrer Behinderung angepasst beurteilt werden kann, darf unter Verweis auf die abschliessenden Bemerkungen in Erwägung 5.1.2 ebenfalls offen gelassen werden. Zur Gleichwertigkeit ist nun aber insbesondere zu bedenken, dass der angestrebte Beruf aufgrund seiner Ausgefallenheit jedenfalls derzeit auf dem Arbeitsmarkt nicht nachgefragt ist, was die Beschwerdeführerin wohl zwingen wird, ihn als selbständig Erwerbende auszuüben, daneben aber, wie sie selbst der IV-Stelle gegenüber einräumte, einer zweiten Tätigkeit nachzugehen, um den Lebensunterhalt fristen zu können. Dass für den Beruf einer Naturheilpraktikerin für tibetische Heilkunde nach einem anfänglich sehr geringen Verdienst überwiegend wahrscheinlich ein erhebliches Einkommenswachstum zu erwarten ist, so dass schliesslich im Sinne von Lehre und Praxis von einer dauerhaften und wesentlichen Verbesserung der Erwerbsmöglichkeit gesprochen werden kann, lässt sich sicherlich nicht sagen und die Belege von Naturheilpraktikerin R. bieten hierfür auch keinen verwertbaren Beweis, zumal Frau R. in einer etwas anderen beruflichen Stellung steht, da sie neben der therapeutischen Tätigkeit auch noch in diesem Fach unterrichtet. Erweist sich ein dauerhaftes und mittelfristig leis-

tungsrelevant ansteigendes Einkommen aus der Tätigkeit als Naturheilpraktikerin tibetische Heilkunde aber als nicht überwiegend wahrscheinlich, so fehlt es dem angestrebten Beruf an der wirtschaftlichen Verwertbarkeit und es ist ihm auch die Gleichwertigkeit im Vergleich zur bzw. zu den erlernten Tätigkeiten abzuspochen. Damit erweist sich die beantragte Umschulungsmassnahme als nicht wirtschaftlich. Zum Aspekt der Verhältnismässigkeit ist nach Ansicht des Gerichts überdies zu bedenken, dass nebst den Ausbildungskosten in der ungefähren Höhe von Fr. 36'000.– auch die Taggeldleistungen ins Gewicht fallen dürften und beim Vergleich mit den zu erwartenden erwerblichen Folgen entsprechend einzubeziehen sind, was auch gegen die Verhältnismässigkeit der beantragten Umschulung spricht.

6. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Umschulung zur Naturheilpraktikerin tibetische Heilkunde zu Recht ablehnte. Abgesehen davon, dass die gesundheitliche Situation in casu weniger eine Umschulung, als vielmehr eine sorgfältige Auswahl eines angemessenen, günstigen beruflichen Umfelds verlangt hätte, die Beschwerdegegnerin in diesem Zusammenhang überdies Unterstützung beispielsweise mit Kursen etc. in Aussicht gestellt hatte, erweist sich auch das Kriterium der Wirtschaftlichkeit der Umschulungsmassnahme vorliegend als nicht gegeben. Jedenfalls muss die wirtschaftliche Verwertbarkeit des angestrebten Berufs als eher prekär qualifiziert werden und der neuen Tätigkeit ist entsprechend auch die von Lehre und Praxis geforderte Gleichwertigkeit klar abzuspochen. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und sie ist vollumfänglich abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Februar 2014 S 2013 140

### **8.6 Art. 13 Abs. 1 AVIG; Art. 29 GAV Personalverleih**

#### **Regeste:**

Art. 13 Abs. 1 AVIG; Art. 29 GAV Personalverleih – Kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn die versicherte Person während der Rahmenfrist für die Beitragszeit nicht eine mindestens zwölfmonatige beitragspflichtige Beschäftigung nachweisen kann. Die durch eine Kollektivkrankentaggeldversicherung versicherte Lohnfortzahlung führt nicht zu einer Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bei Erkrankung nach Kündigung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber, was dazu führt, dass der versicherten Person lediglich die Beschäftigungszeit während der Dauer des Arbeitsverhältnisses anzurechnen ist, obgleich die Lohnfortzahlungspflicht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses andauert.

#### **Aus dem Sachverhalt:**

Der 1956 geborene L. ist gelernter Bauleiter, Maurerpolier und Bauführer. Während der Jahre

2012 und 2013 arbeitete L. temporär für verschiedene Firmen in seiner Berufsbranche, jeweils vermittelt von verschiedenen Stellenvermittlungsfirmen, so von der E. AG, A. AG, P. AG, J. AG, A. GmbH und zuletzt von der B. AG. Am 15. November 2013 wurde ihm von der B. AG per 22. November 2013 gekündigt, worauf er sich am 18. Februar 2014 beim regionalen Arbeitsvermittlungszentrum des Kantons Zug (RAV Zug) anmeldete. Am 25. Februar 2014 stellte L. bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zug (ALK Zug) einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung. Mit Verfügung vom 28. März 2014 lehnte die ALK Zug die Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung ab 18. Februar 2014 aufgrund Nichterfüllung der Beitragszeit gestützt auf Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG und Art. 13 Abs. 1 AVIG ab. Begründend wurde dargelegt, ihm könnten während der zweijährigen Rahmenfrist vom 18. Februar 2012 bis 17. Februar 2014 lediglich 11 Monate und 12,4 Tage als beitragspflichtige Beschäftigung angerechnet werden. Die dagegen erhobene Einsprache von L. wies die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug mit Einspracheentscheid vom 29. April 2014 ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen auf die Verfügung vom 28. März 2014 verwiesen und ergänzend ausgeführt, im Rahmen des temporären Anstellungsverhältnisses bei der A. AG sei L. noch während der Probezeit am 12. Oktober 2012 per 19. Oktober 2012 gekündigt worden. In dieser Konstellation sei Art. 336c Abs. 2 OR anzuwenden, wonach während der Probezeit kein Kündigungsschutz bestehe. Infolge dessen habe die Krankmeldung von L. ab dem 16. Oktober 2012 keine Verlängerung der Kündigungsfrist auslösen können, womit die nachfolgende Lohnfortzahlung bis zum 24. November 2012 ausserhalb des Arbeitsverhältnisses erfolgt sei. Damit seien L. lediglich 23,8 Tage, d.h. die Beitragstage vom 20. September bis zum 12. Oktober 2012 anzurechnen (7 Arbeitstage im September 2012 und 10 Tage im Oktober 2012 =  $17 \times 1,4 = 23,8$ ). Im Übrigen seien von den ab 18. Oktober 2012 geleisteten Lohnfortzahlungen keine Sozialversicherungsabzüge (= nichtpflichtige Lohnsumme) abgezogen worden.

Mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug vom 11. Mai 2014 beantragte L. sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 29. April 2014 und er machte geltend, die Mindestbeitragszeit sei als erfüllt anzusehen.

### **Aus den Erwägungen:**

(...)

4.2.3 Der Beschwerdeführer machte schon in seiner Einsprache wie auch im vorliegenden Verfahren geltend, das Arbeitsverhältnis habe sich aufgrund seiner Krankheit während der Kündigungsfrist bis zum 24. November 2012 verlängert, was u.a. mit der Arbeitgeberbescheinigung der A. AG vom 13. Dezember 2012 respektive dem darin aufgeführten AHV-pflichtigen Gesamtverdienst in der Höhe von Fr. 12'588.40 bestätigt werde, so dass er unter Anrechnung dieser Tage die notwendige Beitragszeit von mindestens 12 Monaten nachweisen könne und Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe.

5. Im Folgenden gilt es somit zu prüfen, ob das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers

mit der A. AG per 19. Oktober 2012 geendet oder ob es sich, wie vom Beschwerdeführer behauptet, aufgrund seiner Krankheit während der Kündigungsfrist bzw. wegen der Lohnfortzahlung verlängert hat.

5.1 Dem Einsatzvertrag zwischen der A. AG und dem Beschwerdeführer vom 19. September 2012 kann entnommen werden, dass dieser zusammen mit dem Rahmenarbeitsvertrag, von welchem der temporäre Mitarbeiter ein Exemplar erhalten, gelesen und verstanden habe, den Arbeitsvertrag bilde. Die Einsatzfirma sei die V. AG und er werde als Polier-Tiefbau mit Beginn am 20. September 2012 eingesetzt. Poliere und Werkmeister seien nur «FAR»-unterstellt und es gebe für diese keine AVE (Allgemeinverbindlicherklärung). Die vorgesehene Einsatzdauer betrage maximal drei Monate. Der Vertrag sei innert sieben Tagen, jeweils von Freitag auf Freitag kündbar. Ab dem siebten Monat des ununterbrochenen Einsatzes betrage die Kündigungsfrist dann einen Monat (vgl. ALK-act. 6).

5.2 Mit Schreiben vom 19. September 2013 bestätigte die tempservice GAV Personalverleih, dass die A. AG dem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) Personalverleih seit dessen Inkrafttreten am 1. Januar 2012 unterstellt sei (vgl. Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den Personalverleih vom 13. Dezember 2011). Die A. AG ist zudem Verbandsmitglied, womit sämtliche Artikel des GAV Personalverleih zur Geltung kommen (vgl. VwGer-act. 8).

5.3 Gemäss Art. 335b Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR; SR 220) kann das Arbeitsverhältnis während der Probezeit jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden; als Probezeit gilt der erste Monat eines Arbeitsverhältnisses. Absatz 2 dieser Bestimmung hält fest, dass durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag abweichende Vereinbarungen getroffen werden können; die Probezeit darf jedoch auf höchstens drei Monate verlängert werden. Gemäss Art. 10 Abs. 2 GAV Personalverleih gelten für Arbeitnehmende mit einem auf bestimmte Zeit lautenden Vertrag – wie hier im vorliegenden Fall – die ersten zwei Drittel als Probezeit, maximal aber drei Monate.

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses (mit Beginn am 20. September 2012) vom Freitag, 12. Oktober 2012 per Freitag, 19. Oktober 2012 ist damit korrekt bzw. nicht zur Unzeit erfolgt und blieb zu Recht vom Beschwerdeführer unbestritten. Damit endete das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers mit der A. AG am 19. Oktober 2012. Dass der Beschwerdeführer vom 16. bis 19. Oktober 2012 aufgrund einer Krankheit an der Arbeit verhindert war und ihm über den 19. Oktober 2012 hinaus bis am 24. November 2012 Lohn bezahlt wurde, ändert – wie in den folgenden Ausführungen gezeigt wird – nichts an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 19. Oktober 2012. Gemäss bundesgerichtliche Rechtsprechung wird nämlich bei Abschluss einer Kollektivtaggeldversicherung durch den Arbeitgeber davon ausgegangen, dass eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die darüber hinausgehende Lohnfortzahlungspflicht nicht hinausgeschoben wird. Anders verhält es sich, wenn keine Ver-

sicherung, sondern lediglich eine blosser Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin vereinbart ist. Weil es sich diesfalls um Lohn handelt, muss im Zweifelsfall angenommen werden, dass die Lohnfortzahlungspflicht den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses voraussetzt (vgl. Urteil 4C.315/2006 vom 10. Januar 2007, Erw. 3.1).

Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der Lohnfortzahlung der A. AG ab dem 18. Oktober bis 24. November 2012 um eine durch eine Kollektivkrankentaggeldversicherung versicherte Lohnfortzahlung, und zwar ungeachtet dessen, dass in der Lohnabrechnung November 2012 für die Zeit vom 18. Oktober bis 14. November 2012 von «Lohnfortzahlung Krankheit» und erst ab dem 15. bis 24. November 2012 von «Krankentaggeld» die Rede ist (vgl. BF-act. 4 und 5). Gemäss Art. 29 Abs. 1 GAV Personalverleih war die A. AG nämlich verpflichtet, die dem GAV Personalverleih unterstellten Arbeitnehmenden kollektiv für ein Taggeld von 80% des wegen Krankheit ausfallenden, der normalen vertraglichen Arbeitszeit entsprechenden zuletzt bezahlten Lohnes zu versichern. Es darf gestützt auf die oben genannten Lohnabrechnungsblätter davon ausgegangen werden, dass die A. AG beim Abschluss der Kollektivtaggeldversicherung von dem in Art. 29 Abs. 2 lit. b GAV Personalverleih genannten möglichen Leistungsaufschub (aufgeschobenes Krankentaggeld) unter Einhaltung von zwei Karenztagen (Art. 29 Abs. 3 lit. b GAV Personalverleih) Gebrauch gemacht hat. Demnach muss nämlich der Betrieb während der Aufschubszeit (i.c. vermutlich einen Monat) 80% des wegen Krankheit ausfallenden Lohnes selbst entrichten (im Gegenzug dafür fällt die Versicherungsprämie für den Betrieb wohl günstiger aus). Auch wenn also die A. AG diese Lohnfortzahlung selbst entrichtet hat, handelt es sich nicht um eine mit dem Beschwerdeführer vereinbarte blosser Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin, sondern ganz klar um eine im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (siehe oben) durch die Krankentaggeldversicherung versicherte Lohnzahlung. Damit vermochte die vorliegend über den 19. Oktober 2012 hinausgehende Lohnfortzahlung der A. AG die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht hinauszuschieben. Daran vermag letztlich auch die vom Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren eingereichte Arbeitgeberbestätigung der A. AG vom 13. Dezember 2012, in welcher in Ziffer 12 und 15 von Hand bzw. maschinengeschrieben das ursprüngliche Datum vom 19. Oktober 2012 auf den 24. November 2012 abgeändert wurde, nichts zu ändern, zumal nicht klar ist, ob diese Änderung vom Beschwerdeführer selber oder von der A. AG vorgenommen wurde.

Stand der Beschwerdeführer demnach ab dem 20. Oktober 2012 nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis, kann ihm für die Zeit vom 20. Oktober bis 24. November 2012 auch keine Beitragszeit angerechnet werden.

(...)

5.4 Aufgrund des Gesagten ist festzuhalten, dass dem Beschwerdeführer aus dem Arbeitsverhältnis mit der A. AG lediglich die Beschäftigungszeit vom 20. September 2012 bis zum 19. Oktober 2012 – wie von der Beschwerdegegnerin mit ihrer Eingabe vom 25. August 2014 zu Recht korrigiert wurde (vgl. Erw. 3.2 und 4.2.2) – als Beitragszeit anzurechnen ist. Damit

erweist sich auch die von der Beschwerdegegnerin berechnete Beitragszeit von insgesamt elf Monaten und 19,4 Tagen als rechters.

5.5 Zusammenfassend liegt damit die vom Beschwerdeführer in der massgebenden Rahmenfrist insgesamt generierte Beitragszeit unter 12 Monaten, womit die Mindestbeitragszeit nicht erfüllt ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 23. Oktober 2014 S 2014 62

### **8.7 Art. 25 Abs. 1 KVG, Art. 26 KVG und Art. 32 Abs. 2 KVG; Art. 13d KLV**

#### **Regeste:**

Art. 25 Abs. 1 KVG, Art. 26 KVG und Art. 32 Abs. 2 KVG; Art. 13d KLV – Liegt im Zeitpunkt der prospektiven Risikenbeurteilung nach der Durchführung einer konventionellen Chromosomenanalyse keine auffällige Karotypisierung (Abweichung vom normalen Chromosomensatz) vor, ist eine Leistungspflicht für eine zusätzliche Reihen-Hybridisierung unter dem Aspekt der Kriterien «Wirksamkeit, Zweckmässigkeit, Wirtschaftlichkeit» zu verneinen.

#### **Aus dem Sachverhalt:**

Die bei der X. Krankenkassen AG (in der Folge X. genannt) obligatorisch krankenkpflegeversicherte A., Jahrgang 1979, war in der 10.+4-Woche schwanger als bei ihr im August 2012 eine Chorionzottenbiopsie durchgeführt wurde. Die Proben aus der Chorionzottenbiopsie wurden anschliessend u.a. einer molekulargenetischen Analyse – einer sogenannten Reihen-Hybridisierung – unterzogen. Mit Verfügung vom 25. April 2013 lehnte die X. die entsprechende Kostenübernahme dieser Reihen-Hybridisierung ab. Ihre Entscheid begründete sie damit, gemäss Art. 12d KLV (Massnahmen zur frühzeitigen Erkennung von Krankheiten bei bestimmten Risikogruppen) sei eine genetische Untersuchung nur unter bestimmten Voraussetzungen eine Pflichtleistung der Krankenversicherer. Die verbreiterte Nackentransparenz falle nicht unter diese Bestimmungen. Ebenfalls sei diese genetische Untersuchung nicht bei den besonderen Leistungen bei Mutterschaft Art. 13 KLV aufgeführt.

Die dagegen erhobene Einsprache wies die X. mit Entscheid vom 8. November 2013 ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen dargelegt, die bei der Versicherten durchgeführte Reihen-Hybridisierung sei im Zeitpunkt der Vornahme (Befunddatum 16. August 2012) in der Analyseliste (AL) vom 1. Januar 2012 enthalten gewesen (vgl. Anhang 3 KLV Ziff. 2.2.1.3 Molekulare Zytogenetik, Position 2018.05): Reihen-Hybridisierung in situ oder genomisch, konstitutioneller Karyotyp oder maligne Hämopathien, pauschal für 8 oder mehr Sonden. In der Analyseliste seien die kassenpflichtigen Analysen abschliessend aufgezählt (K55/05).

Nur die in Art. 12 KLV aufgeführten genetischen Tests zur Krankheitsfrüherkennung seien kassenpflichtig (K 92/04 = RKUV 2005 KV 316 31, 33 Erw. 3.1; Gebhard Eugster, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2010, Art. 25 Rz 43). Im Folgenden wurde auf verschiedene gesetzliche Bestimmungen wie Art. 25 Abs. 1, Art. 56 Abs. 1 und Art. 26 KVG i.V.m. Art. 12-12e KLV etc. hingewiesen und die Rechtslage wie folgt zusammengefasst: Die durchgeführten Analysen könnten aus zwei Gründen als Pflichtleistung gelten, nämlich einerseits als pränatal durchgeführte Analyse aus Proben einer Amniozentese oder Chorionbiopsie bei einer Schwangeren unter 35 Jahren mit einem Risiko von 1:380 oder höher, dass beim Kind eine ausschliesslich genetisch bedingte Erkrankung bestehe, wobei der Analyse erst ein umfassendes und dokumentiertes Aufklärungs- und Beratungsgespräch vorangehen müsse und andererseits bei einer Risikoschwangerschaft, wenn die Untersuchung nach klinischem Ermessen und Art. 32 Abs. 1 KVG gerechtfertigt sei. Hingegen seien (in beiden Fällen) Analysen von der Kostenübernahme ausgeschlossen, bei denen schon zum Zeitpunkt der Anordnung feststehe, dass das Resultat keine medizinisch-therapeutische Konsequenzen habe. Die Versicherte mache das Vorliegen einer Risikoschwangerschaft (Schwangerschaftswoche 10+4, auffällige Nackentransparenz von 3,2 mm, auffälliges Ersttrimester Screening, Alter von 33 Jahren) geltend. Dazu sei festzuhalten, dass die Qualifikation der Schwangerschaft bei der Versicherten als Risikoschwangerschaft nicht fachärztlich bescheinigt sei. Dazu liege auch keine ärztliche Stellungnahme vor, die ein klinisches Ermessen begründe. Aus diesem Grund könne keine Leistungspflicht abgeleitet werden. Betreffend dem zweiten möglichen Grund, einem Risiko von 1:380 oder höher, dass beim Kind eine ausschliesslich genetisch bedingte Erkrankung bestehe, seien Angaben gemacht worden. Auf Anfrage des Vertrauensarztes der X. habe Dr. B. mit Schreiben vom 7. Januar 2013 ausgeführt, dass bei der 33-jährigen Schwangeren in der 10+4 Schwangerschaftswoche (SSW) eine verbreiterte Nackentransparenz von 3,2 mm diagnostiziert worden sei. Die konventionelle Karyotypisierung habe einen numerisch und grobstrukturell unauffälligen Karyotyp ergeben. Bei diesen Feten, so Dr. B., bestehe ein erhöhtes Risiko für genetische Syndrome, welche mit der konventionellen Karyotypisierung nicht diagnostiziert werden könnten. Das am häufigsten vorkommende Syndrom sei das Noonan-Syndrom, welches bei bis zu 40% aller Feten mit einer verbreiterten Nackentransparenz und unauffälligem konventionellem Karyotyp diagnostiziert werde. Weiter habe Dr. B. mitgeteilt, dass kein vollständiger Ersttrimestertest durchgeführt worden sei. Dieser gebe bei einer Nackentransparenz von 3,2 mm kaum zusätzliche Informationen. Aufgrund des Alters und der Nackenfalte habe im Zeitpunkt des Ultraschalls das Risiko für eine Trisomie 21 1:5 bestanden. Für die durchgeführten notwendigen Untersuchungen sei aber die Höhe der Nackenfalte entscheidend gewesen. Trotz Nachfrage habe Dr. B. keine weitere Stellungnahme abgegeben. Gemäss ihrem Vertrauensarzt Dr. K. werde empfohlen, dass neben dem Ausmass der Nackenfalte auch zusätzliche Ultraschallmarker vorhanden sein müssten. Ebenso habe Prof. P. vom Institut für medizinische Genetik der Universität Zürich erklärt, dass nur Fälle mit persistierender Nackentransparenz (NT), in denen eine Verlaufskontrolle notwendig sei, abgeklärt werden sollten. Ohne Verlaufskontrolle unter Ausschluss der anderen Differentialdiagnosen resp. bei isolierter NT, die nicht massiv sei (die Chance für einen harmlosen Zufallsbefund sei hoch), sei die Ablehnung gerechtfertigt. Solche Untersuchun-

gen würden zudem oft im Rahmen einer Studie durchgeführt. Diese Verlaufskontrolle, welche eine persistierende NT nachgewiesen und die geforderten Zusatzbefunde dokumentiert hätte, liege hier nicht vor. Auch sei die NT mit 3,2 mm nicht so hoch, dass man von einer deutlich erhöhten NT sprechen könnte. Bevor also eine teure Genanalyse durchgeführt werde, sei als Ausfluss aus dem Wirtschaftlichkeitsprinzip eine Verlaufskontrolle mittels Ultraschall vorzunehmen, um den Verdacht zu erhärten. Diese Verlaufskontrolle müsse dokumentiert werden (Art. 13 lit. d KLV) und liege hier nicht vor. Sie stehe solchen Tests nicht per se ablehnend gegenüber, habe hier aber trotz wiederholter Anfrage keine Angaben des behandelnden Arztes dazu erhalten, womit die Notwendigkeit des Tests nicht durch klinische Daten habe erhärtet werden können.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 4. Dezember 2013 beantragte A. sinngemäss, es sei der Einspracheentscheid vom 8. November 2013 aufzuheben und es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die Kosten für die Reihen-Hybridisierung von Fr. 2'800.- sowie die gemäss Art. 45 ATSG entstandenen Abklärungskosten zu übernehmen.

#### **Aus den Erwägungen:**

(...)

4.

4.1 Im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung haben die anerkannten Krankenkassen die Kosten für die Leistungen gemäss Art. 25–31 KVG nach Massgabe der in Art. 32–34 KVG festgelegten Voraussetzungen zu übernehmen (Art. 24 KVG). Die Leistungen gemäss Art. 25–31 KVG umfassen einerseits solche, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen (Art. 25 Abs. 1 KVG), wozu nach dem Leistungskatalog des Art. 25 Abs. 2 KVG auch die ärztlich verordneten Analysen gehören (Art. 25 Abs. 2 lit. b KVG). Andererseits übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung u.a. die Kosten für bestimmte Untersuchungen zur frühzeitigen Erkennung von Krankheiten sowie für vorsorgliche Massnahmen zugunsten von Versicherten, die in erhöhtem Masse gefährdet sind (Art. 26 Abs. 1 KVG). Dabei handelt es sich – dem Titel zu Art. 26 KVG entsprechend – um Massnahmen der medizinischen Prävention. Sie werden von einem Arzt oder einer Ärztin durchgeführt.

Die diagnostischen Massnahmen gemäss Art. 25 Abs. 1 KVG unterscheiden sich von den Untersuchungen zur Früherkennung von Krankheiten im Sinne von Art. 26 KVG dadurch, dass Erstere stets im Zusammenhang mit der Untersuchung oder Behandlung einer manifesten Erkrankung oder eines konkreten Krankheitsverdachts stehen. Für diagnostische Massnahmen besteht daher im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung eine Leistungspflicht nur dann, wenn das versicherte Risiko (Gesundheitsstörung) entweder bereits eingetreten ist oder mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit einzutreten droht. Demgegenüber haben präventive Massnahmen zur Früherkennung von Krankheiten zum Ziel, ein gesundheitliches Risiko aufzudecken, bevor es eintritt oder einzutreten droht. Sie sind deshalb von

der obligatorischen Krankenpflegeversicherung unabhängig vom Vorliegen einer Krankheit oder eines Krankheitsverdachts zu übernehmen (Urteil des Bundesgerichts K 55/05 vom 24. Oktober 2005 Erw. 1.1).

4.2 Die Leistungen nach Art. 25–31 KVG müssen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein. Die Wirksamkeit muss nach wissenschaftlichen Methoden nachgewiesen sein (Art. 32 Abs. 1 KVG). Die Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Leistungen werden periodisch überprüft (Art. 32 Abs. 2 KVG). Rechtstechnisch sieht das KVG zur Verwirklichung der für das Leistungsrecht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung fundamentalen Prinzipien der wissenschaftlich nachgewiesenen Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit ein Listensystem mit Positiv- und Negativlisten vor.

4.3 Gemäss Art. 52 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 KVG erlässt das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) nach Anhören der zuständigen Kommission und unter Berücksichtigung der Grundsätze der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit (Art. 32 Abs. 1 KVG) sowie des allgemein gültigen Ziels einer qualitativ hochstehenden und zweckmässigen gesundheitlichen Versorgung zu möglichst günstigen Kosten (Art. 43 Abs. 6 KVG) eine Liste der im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu übernehmenden Analysen mit Tarif. Diese Liste gehört unter dem Titel Analysenliste als Anhang 3 zur Verordnung über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (KLV [SR 832.112.31]; Art. 28 Abs. 1 KLV) und wird in der Regel jährlich herausgegeben (Art. 60 der Verordnung über die Krankenversicherung, KVV [SR 832.102], in Verbindung mit Art. 28 Abs. 2 KLV). Bei der Analysenliste handelt es sich um eine Positivliste (Urteil des Bundesgerichts K 55/05 vom 24. Oktober 2005, Erw. 1.2.2). Gemeinsames Merkmal der im krankenversicherungsrechtlichen Listensystem vorgesehenen Positivlisten ist, dass ihnen verbindlicher und abschliessender Charakter zukommt, weil die Krankenversicherer gemäss Art. 34 Abs. 1 KVG keine anderen Kosten als diejenigen für Leistungen nach den Art. 25–33 KVG übernehmen dürfen. Diese gesetzliche Ordnung schliesst die Übernahme der Kosten von nicht auf einer Positivliste aufgeführten Leistungen grundsätzlich aus (Urteil des Bundesgerichts K 55/05 vom 24. Oktober 2005 Erw. 1.3 mit Hinweisen).

Die bei der Beschwerdeführerin durchgeführte Reihen-Hybridisierung war im Zeitpunkt der Vornahme (August 2012) in der AL enthalten (vgl. Anhang 3 KLV Ziff. 2.2.1.3 Molekulare Zytogenetik, Position 2018.05).

4.4 Die Leistungspflicht für diagnostische Massnahmen endet dort, wo die Therapie feststeht oder keine mehr möglich ist (Gebhard Eugster, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Krankenversicherung [KVG], Zürich 2010, Art. 25 Rz 1). Diagnostische Massnahmen, die prognostisch beurteilt ohne therapeutische Konsequenzen für den Patienten sind, stellen grundsätzlich keine Pflichtleistungen dar, weil sie dadurch unwirtschaftlich sind (Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bd. XIV: Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel 2007,

Rz 320). Dies wird ausdrücklich in den einleitenden Bemerkungen der hier anwendbaren Analysenliste vom 1. Januar 2012 festgehalten. Im Rahmen der Änderung per 1. Januar 2013 sind gestützt auf einen entsprechenden Vorschlag des Bundesamtes für Gesundheit vom 10. Juli 2012 in den einleitenden Bemerkungen zur Analysenliste nun positiv formulierte Bedingungen umschrieben worden, unter denen Analysen übernommen werden. Danach gilt Folgendes: «Die Diagnostik hat mit einer akzeptablen Wahrscheinlichkeit die Konsequenz, dass sie einen Entscheid über Notwendigkeit und Art einer medizinischen Behandlung oder eine richtungsgebende Änderung der bisher angewendeten medizinischen Behandlung oder eine richtungsgebende Änderung der notwendigen Untersuchungen (z. B. zur rechtzeitigen Verhütung, Erkennung oder Behandlung von typischerweise zu erwartenden Komplikationen) oder einen Verzicht auf weitere Untersuchungen von typischerweise zu erwartenden Krankheitssymptomen, Folgeerkrankungen oder Beschwerden zur Folge hat. Analysen, bei denen schon zum Zeitpunkt der Anordnung feststeht, dass das Resultat keine der oben erwähnten Konsequenzen hat, sind von der Kostenübernahme ausgeschlossen». Es spricht nichts dagegen, diese Umschreibung der Voraussetzungen für eine Vergütung von Analysen auch im vorliegenden Fall zur Beurteilung hinzuzuziehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_1011/2012 vom 18. April 2013 Erw. 2.3.2).

(...)

### 8.3 (...)

Die Beschwerdegegnerin vertritt vorliegend den Standpunkt, dass sie die Kosten für diese Reihen-Hybridisierung in der Höhe von Fr. 2'800.- nicht zu übernehmen habe, habe dafür keine medizinische Indikation bestanden. Die Notwendigkeit des Tests habe durch klinische Daten nicht erhärtet werden können. Bevor eine teure Genanalyse durchgeführt werde, sei als Ausfluss des Wirtschaftlichkeitsprinzips eine Verlaufskontrolle mittels Ultraschall vorzunehmen, um den Verdacht zu erhärten. Die Beschwerdeführerin ist gestützt auf die Ausführungen von Prof. Dr. R. indessen der Ansicht, dass nicht nur die Chorionbiopsie sondern auch die Reihen-Hybridisierung unter Art. 13d KLV bzw. unter Leistungen in der Analysenliste auf welche der genannte Artikel verweise, falle. In beiden Fällen sei die Risikoschwangerschaft ausschlaggebend. In ihrem Fall habe gemäss Prof. Dr. R. nicht ausreichend Material für die Analyse zur Verfügung gestanden, weshalb die Reihen-Hybridisierung notwendig geworden sei.

8.4 Der Ansicht der Beschwerdeführerin, auch die Reihen-Hybridisierung falle unter Art. 13d KLV, kann grundsätzlich nicht gefolgt werden, hat doch die Versicherung gemäss Art. 13d KLV lediglich die dort aufgeführten beiden Kontrolluntersuchungen, namentlich die Amniozentese und die Chorionbiopsie, zu übernehmen. Soweit in Art. 13d KLV auf Laboranalysen gemäss Analysenliste (AL) (als Voraussetzung) verwiesen wird, ist dies dahingehend zu verstehen, dass vor Durchführung einer dieser Massnahmen u.a. eine Laboranalyse, wie sie eben im synlab Zürich, Kilchberg am 27. Juli 2012 gemacht wurde (vgl. Erw. 6.2 hiervor; Bluttest für pränatale Risiko-Berechnung), vorliegt.

9. Wie den Akten und den Ausführungen in Erw. 8 oben zu entnehmen ist, können die bei der Biopsie entnommenen Chorionzotten im Labor verschiedenen Analysen unterzogen werden. Zwar figurieren die vom Institut für Medizinische Genetik durchgeführten Analysen allesamt auf der Analysenliste (Anhang 3 zur KLV) (vgl. Erw. 6.1 und 6.3 oben). Dass die Beschwerdegegnerin die erste Analyse vom 3. August 2012, d.h. die Kosten für die Chromosomenanalyse mit FISH-Analysen bezüglich Trisomie 21, 18, 13 und Monosomie X in der Höhe von Fr. 742.– übernommen hat, ist wie bereits ausgeführt (vgl. Erw. 6.2 oben: wäre eine Chorionbiopsie ohne weitere Untersuchung schliesslich sinnlos) nachvollziehbar, zumal sich eine solche Analyse kostenmässig im Rahmen hält. Ob die zweite Analyse, d.h. die hier strittige Reihen-Hybridisierung, denn auch von der Beschwerdegegnerin zu übernehmen ist, ist unter dem Aspekt der WZW-Kriterien zu prüfen. Bei dieser für die spezielle Anwendung der Analysenliste spezifischen Umsetzung der WZW-Kriterien ist von einer prospektiven Betrachtungsweise, einer Beurteilung ex ante auszugehen.

9.1 Dass eine Reihen-Hybridisierung im Falle einer Risikoschwangerschaft wirksam ist, wird von niemandem bestritten. Falsch ist sodann die Behauptung der Beschwerdegegnerin, dass die Beschwerdeführerin aus den Erkenntnissen der Genanalyse resp. einer Diagnose im vorliegenden Fall keine Konsequenz aufzeigen könne und dass die Analyse nicht auf einen bestimmten Zweck hin durchgeführt worden sei. Der Zweck einer Reihen-Hybridisierung ist natürlich der, mit grösstmöglicher Sicherheit zu erkennen, ob beim Ungeborenen eine chromosomale Aberration vorliegt oder nicht. Im Falle eines positiven Untersuchungsbefundes kann sich die Schwangere als Alternative zur Annahme des Kindes mit seiner Besonderheit für eine nachgeburtliche Freigabe des Kindes zur Adoption bzw. die nachgeburtliche Abgabe des Kindes in eine Pflegefamilie/ ein Heim oder für einen Schwangerschaftsabbruch entscheiden. Gestützt auf das Schreiben von Dr. I. vom 30. Juli 2012 muss davon ausgegangen werden, dass sich die Beschwerdeführerin bereits mit dem Gedanken eines allfälligen Schwangerschaftsabbruches auseinandergesetzt hatte, bat doch der Gynäkologe seine Kollegen an der Universitätsfrauenklinik Zürich bei einer bestätigten chromosomalen Aberration und aufgrund seiner Ferienabwesenheit um eine allfällig sogleich durchzuführende «Interruptio graviditatis».

9.2 Es stellt sich jedoch unweigerlich die Frage, ob denn mit dem Vorliegen des Ergebnisses aus der ersten Analysen vom 3. August 2012 (Chromosomenanalyse mit FISH-Analysen) der oben beschriebene Zweck nicht bereits erreicht und damit die Reihen-Hybridisierung gar nicht notwendig bzw. medizinisch nicht indiziert war.

9.2.1 Dem Bericht des Instituts für Medizinische Genetik vom 3. August 2012 (vgl. Erw. 6.3) ist zu entnehmen, dass aus der Chorionzottenbiopsie zu wenig Material vorgelegen habe, und der grösste Teil davon zudem mütterlich gewesen sei. Die trotzdem durchgeführte Kurzzeitkultur mit nur 10 Metaphasen habe einen männlichen Chromosomensatz ergeben, der auf dem angegebenen Bandniveau keine numerischen und grobstrukturellen Veränderungen angezeigt habe. Wegen der geringen Anzahl Metaphasen hätten sie auch eine FISH-Analyse durchgeführt und es habe sich dabei kein Hinweis auf eine Mosaik-Trisomie 21, 18, 13 und eine

Mosaik-Monosomie X ergeben. Eine genauere Analyse bezüglich struktureller Aberrationen erfolge nach Langzeitkultur, worüber ein gesonderter Bericht erstellt werde. Wie dem zweiten Bericht vom 16. August 2012 indes zu entnehmen ist, wurde offensichtlich sogleich eine Reihen-Hybridisierung vorgenommen. Diese habe eine weitaus höhere Aussagekraft als eine konventionelle Chromosomenanalyse nach Langzeitkultur und erfasse unter anderem auch klassische Mikrodeletionssysteme.

9.2.2 Die Behauptung der Beschwerdeführerin, der Grund für die Reihen-Hybridisierung sei gewesen, dass zu wenig kindliches Material aus der Chorionbiopsie vorgelegen habe, kann nicht gehört werden. Aus den Berichten geht klar hervor, dass es lediglich um eine noch genauere Analyse ging. Hätte das Institut für Medizinische Genetik mit dem bei der Chorionbiopsie entnommenen Material keine aussagekräftigen Analysen durchführen können, was aus dem Bericht indes nicht hervorgeht, so hätte in vorgängiger Risikoabwägung und Besprechung mit der Schwangeren allenfalls eine erneute Chorionbiopsie mit mehr Materialentnahme stattfinden müssen. Allein aufgrund der Berichte des Instituts für Medizinische Genetik wird jedoch klar, dass der Zweck mittels der ersten konventionellen Chromosomenanalyse, d.h. die Feststellung, ob aufgrund der vorliegenden Risikoschwangerschaft (berechnetes Risiko aufgrund aller Daten > 1:50 für Trisomie 21) eine auffällige Karotypisierung (Abweichung vom normalen Chromosomensatz) vorliegt oder nicht, erreicht war. Ohne bei der Beschwerdeführerin bzw. deren behandelndem Arzt rückzufragen, hat das Institut für Medizinische Genetik eine Reihen-Hybridisierung, welche als aufwändigere und somit teurere Analyse noch ein genaueres Resultat zu ermitteln vermag, vorgenommen. Grund dafür gab es indes offensichtlich keinen, waren doch die Ergebnisse aus der konventionellen Chromosomenanalyse, die von der Krankenversicherung im Zusammenhang mit der in Art. 13d KLV als Kontrolluntersuchung genannten Chorionbiopsie bei Vorliegen einer Risikoschwangerschaft übernommen wird, negativ. Fraglich ist auch, weshalb nicht zuerst die noch im Bericht vom 3. August 2012 angekündigte, konventionelle Chromosomenanalyse nach Langzeitkultur vorgenommen wurde.

Anders wäre allenfalls zu entscheiden, wenn die erste Analyse, d.h. die konventionelle Chromosomenanalyse, positiv ausgefallen wäre, mit anderen Worten die FISH-Analysen bezüglich Trisomie 18, 21 und 13 auffällig gewesen wären. Dass in diesem Falle weitere Abklärungen hätten vorgenommen werden wollen, ist aus Sicht des behandelnden Arztes und vor allem einer Schwangeren nachvollziehbar. Aber auch in diesem Falle wäre eine Reihen-Hybridisierung unter Umständen nicht gerechtfertigt gewesen, hätte doch – wie von der Beschwerdegegnerin geltend gemacht – bis zum nächsten Ultraschall zugewartet und je nach Nackentransparenzmessung dannzumal weitere Schritte vorgenommen werden können. Dieser Frage ist jedoch nicht abschliessend zu klären, lag in casu – wie gesagt – ein negatives Resultat vor, so dass die Beschwerdeführerin bereits mit dem Resultat aus der konventionellen Chromosomenanalyse mit grosser Wahrscheinlichkeit davon ausgehen durfte, dass ihr Kind gesund sein würde. Die Beschwerdeführerin hätte sich allein schon mit diesem Abklärungsergebnis für die Fortführung der Schwangerschaft entscheiden können. Aus Sicht der Beschwerde-

führerin ist es in casu indes durchaus nach-vollziehbar, dass ihr die noch genauere Analyse der Reihen-Hybridisierung eine noch höhere Sicherheit – in ihrem Fall ein gesundes Kind zu bekommen – gab. Dass die Kosten für diese noch genauere Analyse im vorliegenden Fall von der Krankenversicherung zu tragen wäre, geht jedoch nicht an, war die Reihen-Hybridisierung nach Vorliegen der negativen Ergebnisse aus der konventionellen Chromosomenanalyse klar nicht indiziert, mithin in keiner Weise wirtschaftlich.

9.2.3 Soweit Prof. Dr. med. R. am 21. November 2013 die durchgeführte Reihen-Hybridisierung damit rechtfertigt, dass nach Vorliegen eines unauffälligen Resultats bei der konventionellen Chromosomenanalyse weiterhin ein erhöhtes Risiko für submikroskopische Chromosomenstörungen, welche nur mittels Reihen-Hybridisierung detektiert werden könnten, bestanden habe, ist dies aus Sicht einer medizinischen Genetikerin, die Analysen mit bestmöglicher Aussagekraft (und dies letztlich auch aus Sicht der Forschung) will, zwar durchaus verständlich, aus sozialversicherungsrechtlichen Überlegungen, wo es um rein zweckmässige und nicht optimale Ergebnisse geht, indes nicht opportun. Die vorliegend durchgeführte Reihen-Hybridisierung geht klar nicht auf Kosten der Krankenversicherung. Im vorliegenden Fall geht es Prof. Dr. med. R. offensichtlich auch darum, die von ihr – ohne mit der Beschwerdeführerin bzw. dem behandelnden Arzt Rücksprache genommen zu haben – durchgeführte, teure Reihen-Hybridisierung aus persönlichen Gründen zu rechtfertigen, was allenfalls auch die gegenteilige Meinung ihrer Kollegin Prof. Dr. med. P. erklärt. Und schliesslich bleibt festzustellen, dass ein Restrisiko, dass das Ungeborene trotz Kontrolluntersuchungen weitere Krankheiten haben könnte oder dass in den weiteren Schwangerschaftswochen etwas schief laufen könnte, bei jeder Schwangerschaft vorliegt und letztlich jede Schwangere selber zu tragen hat.

9.3 Nach dem Gesagten hat zusammenfassend mit der Beschwerdegegnerin als erstellt zu gelten, dass die Reihen-Hybridisierung im konkreten Einzelfall im Zeitpunkt der Durchführung aus prospektiver und objektiver Sicht nicht notwendig, d.h. medizinisch indiziert, und somit auch nicht wirtschaftlich im Sinne des Gesetzes war. Damit ist die erfolgte Leistungsverweigerung der Beschwerdegegnerin gesetzeskonform. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Mai 2014 S 2013 179

## 8.8 Art. 32 Abs. 1 KVG

### Regeste:

Art. 32 Abs. 1 KVG – Sind im Zeitpunkt der prospektiven Risikenbeurteilung hinsichtlich einer Kostengutsprache für eine Kniearthroskopie im ambulanten oder aber im stationären Rahmen keine besonderen gesundheitlichen Risiken bekannt, ist eine Spitalbedürftigkeit unter dem Aspekt der Kriterien «Wirksamkeit, Zweckmässigkeit, Wirtschaftlichkeit» zu verneinen.

### Aus dem Sachverhalt:

I., Jahrgang 1946, litt unter einer Meniskusläsion rechts und sollte sich am 29. November 2012 und unter stationären Bedingungen in der Klinik Y. in N. einer Kniearthroskopie unterziehen. Im Rahmen der Klärung der Kostengutsprache durch die Krankenkasse X. (in der Folge X. genannt) wurde seitens der Versicherten und zur Begründung für den Akut-Spitalaufenthalt darauf hingewiesen, dass es sich bei ihr um eine Risikopatientin handle, dass sie unter Hypertonie leide, einen erhöhten BMI aufweise und auch bereits in fortgeschrittenem Alter sei. Der Vertrauensarzt der X. erachtete den stationären Aufenthalt für die Durchführung der Arthroskopie gleichwohl als nicht erforderlich und am 19. Dezember 2012 lehnte die X. die Übernahme der Kosten für den Spitalaufenthalt ab. Die am 8. Januar 2013 erfolgte und mit Schreiben des behandelnden Arztes, Dr. B., gleichentags begründete Einsprache, mit welcher darauf hingewiesen wurde, dass bereits 2009 eine Arthroskopie unter stationären Bedingungen habe erfolgen müssen, wurde mit Entscheid 25. Juli 2013 abgewiesen. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Indikation für eine Kniearthroskopie werde nicht in Abrede gestellt. Allerdings würden die medizinischen Unterlagen die Notwendigkeit eines stationären Aufenthalts bzw. eine Spitalbedürftigkeit nicht belegen. Auch die vorbestehenden Pathologien sprächen nicht für eine Spitalbedürftigkeit. Da die Arthroskopie auch ambulant hätte durchgeführt werden können, würden die Kosten für den stationären Aufenthalt im Betrage von Fr. 9'888.45 nicht übernommen.

### Aus den Erwägungen:

(...)

3.

3.1 Die obligatorische Krankenversicherung übernimmt nach Art. 24 KVG die Kosten für die Leistungen gemäss den Artikeln 25 bis 31 KVG, und zwar nach Massgabe der Bestimmungen von Art. 32 bis 34 KVG. Nach Art. 25 Abs. 1 KVG werden die Kosten für diejenigen Leistungen übernommen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit resp. ihrer Folgen dienen. Artikel 25 Abs. 2 lit. a KVG nennt als entsprechende Leistungen die Untersuchungen und Behandlungen, die ambulant, stationär oder in einem Pflegeheim durchgeführt werden sowie die Pflegeleistungen in einem Spital. Artikel 25 Abs. 2 lit. d KVG erwähnt Rehabilitationsmass-

nahmen und lit. e desselben Artikels hält fest, dass für den Aufenthalt im Spital der Standard der allgemeinen Abteilung ausschlaggebend sei. Artikel 32 Abs. 1 KVG besagt schliesslich, die Leistungen nach Art. 25 bis 31 KVG müssten wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein, wobei die Wirksamkeit nach wissenschaftlichen Methoden nachgewiesen sein müsse. Sodann müssten die Wirksamkeit, die Zweckmässigkeit und die Wirtschaftlichkeit der Leistungen periodisch überprüft werden.

3.2 Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit gehören zu den grundlegenden, kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen einer jeden Leistung. Sie stellen die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen dar. Zweck von Art. 32 KVG ist die Sicherstellung einer effizienten, qualitativ hochstehenden und zweckmässigen Gesundheitsversorgung zu möglichst günstigen Kosten. Die Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit muss nach dem Wissensstand zum Zeitpunkt der Therapie beurteilt werden, wobei den Ärzten ein gewisser Ermessensspielraum zusteht (Gebhard Eugster, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Zürich 2010, S. 198). Eine Leistung gilt als wirksam, wenn sie objektiv geeignet ist, auf den angestrebten medizinischen Nutzen hinzuwirken bzw. wenn sie den Verlauf einer Krankheit günstig beeinflusst. Der Begriff Wirksamkeit löst denjenigen der wissenschaftlichen Anerkennung ab, die nach schulmedizinischen Kriterien beurteilt wurde, und soll Raum auch für die Komplementärmedizin schaffen. Zum Nachweis der Wirksamkeit bzw. der Wirkung einer Behandlungsmethode reicht es nicht aus, diese retrospektiv und aufgrund der jeweiligen konkreten Behandlungsergebnisse zu beurteilen. Dies gilt auch für die nicht schulmedizinischen Behandlungsmethoden. Hingegen kann ein Wirksamkeitsnachweis auch mittels Statistik erbracht werden. Der Wirksamkeitsnachweis gilt in der klassischen universitären Medizin als erbracht, wenn die Behandlungsmethode für das in Frage stehende Behandlungsziel wissenschaftlich anerkannt ist, d.h. von Forschern und Praktikern auf breiter Basis akzeptiert wird. Dabei muss die Methode auf soliden, ausreichenden experimentellen Unterlagen beruhen. Die Wirkung der Therapie muss nach naturwissenschaftlichen Kriterien objektiv feststellbar, der Erfolg reproduzierbar und der Kausalzusammenhang zwischen dem therapeutischen Agens und seiner Wirkung ausgewiesen sein. Auch die Erfolgsdauer kann ein wesentlicher Wirksamkeitsfaktor sein. Für die Komplementärmedizin reicht der Nachweis der Wirksamkeit im Sinne der «effectiveness» aus. Sie muss indes in einer so hohen Anzahl von Behandlungsfällen feststellbar sein, dass sich die Ergebnisse nicht mehr durch die natürlichen Selbstheilungskräfte oder die Suggestivität der Behandlung (Placebo-Effekt) allein erklären lassen (Gebhard Eugster, a.a.O., S. 199 f.). Die Zweckmässigkeit setzt die Wirksamkeit voraus und versteht sich als die angemessene Eignung im Einzelfall. Sie ist das Auswahlkriterium bei mehreren wirksamen Behandlungsalternativen. Zweckmässig ist jene Anwendung, welche gemessen am angestrebten Erfolg und unter Berücksichtigung der Risiken den besten diagnostischen oder therapeutischen Erfolg aufweist. Die Beurteilung der Zweckmässigkeit richtet sich grundsätzlich nach objektiven medizinischen Kriterien. Ist eine Indikation medizinisch ausgewiesen, ist sie auch zweckmässig. Fehlt die Indikation für eine Massnahme, kann nur der Verzicht darauf zweckmässig sein. Der Behandlungserfolg muss, prognostisch gesehen, mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein. Die Erfol-

gsaussichten müssen somit real, dürfen nicht ganz gering sein. Die Zweckmässigkeit und die Notwendigkeit einer Behandlung beurteilen sich prospektiv nach der begründeten Erwartung eines bestimmten Erfolges. Können sie ex ante bejaht werden, ist unbeachtlich, wenn sich die Behandlung ex post als unnötig, unzweckmässig oder erfolglos erwies. Andererseits vermag der Erfolg einer Behandlung eine Nichtpflichtleistung nicht in eine Pflichtleistung umzuwandeln (Gebhard Eugster, a.a.O., S. 200 f.). Die Wirtschaftlichkeit schliesslich setzt die Wirksamkeit und Zweckmässigkeit voraus. Sie ist das massgebliche Kriterium zur Auswahl unter den zweckmässigen Behandlungsalternativen. Wirtschaftlich ist bei vergleichbarem medizinischem Nutzen die kostengünstigere Alternative. Unnötige Massnahmen und solche, die durch weniger kostspielige ersetzt werden können, sind daher nicht kassenpflichtig. Eine vergleichsweise grössere medizinische Zweckmässigkeit kann aber auch die Übernahme einer teureren Applikation rechtfertigen. Das Wirtschaftlichkeitsgebot bezieht sich alsdann nicht nur auf Art und Umfang der durchzuführenden diagnostischen und therapeutischen Massnahmen, sondern auch auf die Behandlungsform, insbesondere die Frage, ob eine bestimmte Massnahme ambulant oder stationär durchzuführen sei und in welche Anstalt bzw. welche Abteilung eine versicherte Person vom medizinischen Standpunkt her gehört. Beim Kostenvergleich sind die Tarife massgebend bzw. es geht einzig um die Höhe der für die obligatorische Krankenpflegeversicherung anfallenden Kosten. Sodann muss der Kostenunterschied zwischen möglichen Alternativen deutlich sein. Wo es keine Alternativen gibt, ist das Verhältnis von Kosten und Nutzen zu ermitteln, wobei nur ein grobes Missverhältnis eine Leistungsverweigerung rechtfertigen kann (Gebhard Eugster, a.a.O., S. 201 ff.).

3.3 Zur Spitalbedürftigkeit hält die Lehre fest, der Anspruch auf stationäre Leistungen erfordere einen behandlungsbedürftigen Gesundheitsschaden, einen Aufenthalt in einem Spital und eine Spitalbedürftigkeit. Diese liege vor, wenn eine Behandlung wegen der apparativen oder personellen Anforderungen notwendigerweise in einem Spital zu erfolgen habe. Sie kann auch gegeben sein, wenn nach erfolgter ambulanter Behandlung nur noch eine Hospitalisation Erfolg verspricht, weil die ambulanten Therapiemöglichkeiten erschöpft sind. Spitalbedürftigkeit kann sodann vorliegen, wenn diagnostische Abklärungen Spitalbedingungen erfordern oder wenn die Behandlung wegen besonderer persönlicher Lebensumstände im Spital durchzuführen ist. Die unter dem alten KUVG noch übliche Formulierung, Spitalbedürftigkeit könne bejaht werden, wenn der Krankheitszustand des Versicherten nicht unbedingt eine ärztliche Behandlung, sondern nur den Aufenthalt im Spitalmilieu erfordere, trifft aktuell nicht mehr zu, da Pflegeheime heute rechtlich nicht mehr zu den Spitälern zählen. Spitäler nach Art. 39 Abs. 1 KVG sind Akutspitäler oder Rehabilitationskliniken für die medizinische Rehabilitation nach einer Akuterkrankung. Ob das Heilen oder das Pflegen im Vordergrund steht, ist neurechtlich mithin sehr wohl von Belang. Schliesslich ist die Dauer eines Spitalaufenthalts auf das erforderliche Mass zu beschränken, darf aber nicht zum Voraus fix begrenzt werden, sondern soll während des Aufenthalts laufend prospektiv kontrolliert werden. Dass eine stationäre Behandlung auf ärztlicher Einweisung beruht, reicht zur Bejahung der Spitalbedürftigkeit nicht aus. Schliesslich rechtfertigt der Heilungserfolg die nachträgliche Bejahung der nicht gegebenen Spitalbedürftigkeit nicht (Gebhard Eugster, a.a.O., S. 146 ff.).

3.4 Die Aufgaben der Vertrauensärztinnen und Vertrauensärzte sind in Art. 57 KVG umschrieben. In erster Linie geht es darum, dass sie den Krankenversicherern ihre Sachkunde, namentlich zur Kontrolle der Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Behandlung, zur Verfügung stellen. Dabei soll das therapeutische Ermessen des behandelnden Arztes respektiert werden. Indes soll der Vertrauensarzt die divergierenden Interessen der Versicherten, der Versicherer und der Leistungserbringer in vernünftiger Weise ausgleichen. Er selbst ist indes nicht berechtigt, verbindliche Kostengutsprachen zu gewähren, den behandelnden Ärzten Weisungen zu erteilen oder die Patienten selbst zu behandeln. Die vertrauensärztlichen Stellungnahmen haben Gutachterfunktion, sind für Richter und Versicherer aber nur unverbindliche Meinungsäusserungen bzw. Empfehlungen. In Schriftform abgegeben haben die Berichte den gleichen Beweiswert wie verwaltungsinterne Arztberichte und Gutachten eines öffentlichen UVG-Versicherers. Den Aktengutachten der Vertrauensärzte kommt voller Beweiswert zu, wenn der Gutachter aufgrund der Unterlagen mit ausreichenden, auf persönlichen Untersuchungen beruhenden ärztlichen Beurteilungen ein gesamthaft lückenloses Bild erhält. Die vertrauensärztliche Zustimmung zu einer Behandlung ist für den Versicherer nicht *conditio sine qua non*, sie stellt auch keine formelle Anspruchsvoraussetzung dar. Im Weiteren ist die Weisungsunabhängigkeit der Vertrauensärzte zu betonen. Vertrauensärzte sind weder Interessevertreter der Versicherer, der Versicherten noch der Leistungserbringer. Zum Schutze der Persönlichkeitsrechte des Versicherten soll ein Vertrauensarzt dem Versicherer, bzw. der Verwaltung schliesslich nur soviel an Informationen zukommen lassen, als für die Beurteilung des Leistungsanspruchs nötig ist (Gebhard Eugster, a.a.O., S. 400 bis 406, mit vielen weiteren Hinweisen).

(...)

5. In medizinischer Hinsicht ergibt sich aus den dem Gericht vorliegenden Akten das Folgende:

5.1 Das Ersuchen Dr. B., FMH für orthopädische Chirurgie, an die X. um Kostengutsprache erfolgte am 14. November 2012 auf einem A-6 Zettel und enthielt den Namen und die Versicherten-Nummer der Patientin, den Hinweis auf eine Meniskusläsion rechts, auf eine Kniearthroskopie rechts sowie die Bitte, Kostengutsprache für die OP vom 29. November 2012 zu erteilen (vgl. X.-Beil. Nr. 1). Diesem Zettel beigelegt war wahrscheinlich der Bericht der Uniklinik B. vom 12. November 2012, für diese Dr. med. P., Oberarzt, über die MRI-Untersuchung des rechten Knies. Beurteilend wird darin von einem kleinen radiären Riss in der Pars intermedia des medialen Meniskus, einem ausgedünnten Gelenksknorpel im medialen Kompartiment, von oberflächlichen Knorpeldefekten medialseitig caudal an der Trochlea femoris, von einem mittelschweren Knorpeldefekt am Patelladom, einem leicht degenerierten vorderen Kreuzband sowie einer leichten Reizung des medialen Kollateralbandes gesprochen (vgl. X.-Beil. Nr. 10 S. 03/03). Am 16. November 2012 deponierte die Klinik Y. in N. ein Kostengutsprache-Gesuch für einen stationären Aufenthalt, Eintrittsdatum 29. November 2012, für eine Kniearthroskopie rechts und wies darauf hin, dass die Patientin halbprivat versichert sei (vgl.

X.-Beil. Nr. 3). Am 19. November 2012 gewährt die X. Kostengutsprache für eine ambulante Kniearthroskopie (vgl. X.-Beil. Nr. 5). Der von Dr. B. ausgefüllte «Fragebogen-Spitalaufenthalt» enthält die Diagnosen einer medialen Meniskusläsion bei Hinweis auf eine MRI-Kopie sowie multipler Nebendiagnosen bei Hinweis auf den Hausarztbericht, sodann als Begründung für den Akut-Spitalaufenthalt die Stichworte: Risikopatientin, Hypertonie, BMI erhöht, Alter (vgl. X.-Beil. Nr. 5 S. 03/07). Dem Hausarztbericht von Dr. E. vom 22. November 2012 sind die Diagnosen einer medialen Meniskusläsion rechts zur Operation, einer Hypertonie, einer rezidivierenden Refluxkrankheit, eines Hallux valgus rechts ausgeprägter als links, eines rezidivierenden Lumbovertebralsyndroms und einer Adipositas (BMI 30,5) zu entnehmen. Nach Wiedergabe der Befunde bzw. des Allgemeinzustand (vgl. Erw. 4.3.1 am Anfang) wird beurteilend bemerkt, die Patientin sei für den bevorstehenden Eingriff in Regionalanästhesie wie in Narkose uneingeschränkt operabel (vgl. X.-Beil. Nr. 5 S. 04 und 05/07). Am 27. November 2012 mailte Vertrauensarzt Dr. S. an die X., die vorliegenden Berichte mit Erwähnung der Komorbiditäten rechtfertigten einen stationären Aufenthalt nicht. Stunden später ergänzte er, die Operationsindikation als solche werde nicht in Abrede gestellt. Dass ein BMI von 30 und eine arterielle Hypertonie ein erhöhtes intra- oder postoperatives Risiko darstellen könnten, sei klar. Dieses Risiko werde durch einen stationären Aufenthalt nicht kleiner. Fest stehe, dass präoperativ bzw. primär ein stationärer Aufenthalt als nicht gerechtfertigt erscheine. Je nach Operationsverlauf könne sich ein solcher indes manifestieren (vgl. X.-Beil. Nr. 24). Mit Mail vom 29. November 2012 ergänzte Dr. S., Voraussetzung sei in casu, dass die Operation am Morgen erfolgen könne. Die Hospitalisationsindikation werde sich erst aufgrund des intra- oder postoperativen Verlaufs definitiv zeigen (vgl. X.-Beil. Nr. 25). Am 8. Januar 2013 führte Dr. B. unter anderem aus, er habe dem Vertrauensarzt zwar zu erklären versucht, worum es gehe, da dieser aber kein orthopädischer Chirurg sei, begreife er offenbar nicht, was bei einer Kniearthroskopie gemacht werde. Dann verwies er im Wesentlichen darauf, dass er bei derselben Patientin am 13. Februar 2009 in der Klinik Y. in N. eine stationäre Kniearthroskopie durchgeführt habe. Damals habe nicht nur ein Meniskus saniert, sondern auch ein Knorpelschaden mit Microfracturing behandelt und eine Redon-Drainage appliziert werden müssen, da es bei diesem Vorgehen zu Nachblutungen kommen müsse. Das aktuelle MRI zeige einen radiären Riss am medialen Meniskus, der stark schmerzhaft sei, sowie ein ausgedünnter Gelenkknorpel im medialen Kompartiment mit oberflächlichen Knorpeldefekten. Entsprechend seien überwiegend wahrscheinlich ein Microfracturing und anschliessend eine Redon-Drainage notwendig. Es sei für die 67-jährige (recte: 66-jährige) Patientin unzumutbar, die Klinik mit der Drainage zu verlassen. Das Risiko bestehe darin, dass man irgendwo hängenbleibe und das Redon entfernt werde. Dies könne zu weiteren Nachblutungen im Gelenk und zu einem erhöhten Infektrisiko, letzteres wiederum eventuell nachts zu einem Notfall führen. Vor diesem Hintergrund sei der Entscheid, die stationäre Behandlung abzulehnen, nicht sinnvoll. Zum Schluss äusserte Dr. B. noch einmal, der Vertrauensarzt sei offensichtlich kein orthopädischer Chirurg bzw. ihm fehle überwiegend wahrscheinlich der geforderte Sachverstand (vgl. X.-Beil. Nr. 10). Am 11. Februar 2013 wiederholte die Klinik Y. in N. ihr Kostengutsprache-Gesuch für eine stationär durchgeführte Kniearthroskopie rechts (vgl. X.-Beil. Nr. 12). Doktor S. teilte der Versicherung am 13. Februar 2013 per Mail mit, die

Rücksprache bei einem Chefarzt einer grossen orthopädischen Klinik eines Kantonsspitals habe ergeben, dass die vorbestehenden Pathologien keinen stationären Aufenthalt rechtfertigten (vgl. X.-Beil. Nr. 27). Die Beschwerdegegnerin eröffnete Dr. B. am 18. Februar 2013, der Vertrauensarzt habe die Unterlagen noch einmal geprüft und komme nach Rücksprache mit einem Chefarzt einer grossen orthopädischen Klinik zum Schluss, die Kniearthroskopie unter stationären Bedingungen sei abzulehnen, da die vorbestehenden Pathologien einen stationären Aufenthalt nicht rechtfertigten. Entsprechend werde sie einen Einspracheentscheid erlassen (vgl. X.-Beil. Nr. 13). Am 20. Februar 2013 fragte Dr. B., was dem Chefarzt mitgeteilt worden sei, wer dieser Chefarzt sei und wie dieser argumentiere bzw. begründe (vgl. X.-Beil. Nr. 15). Der Operationsbericht vom 22. Februar 2013 hält fest, der geschädigte Meniskusanteil im Hinterhornbereich sei mit diversen Stanzen sukzessive abgetragen und der Randsaum mit dem Shaver geglättet worden. Auch die herabhängenden Knorpelfragmente seien geschabt worden. Anschliessend seien mit dem Micro-Fracturing-Instrumentarium in üblicher Art und Weise kleine Löcher am Condylus angebracht worden. Schliesslich seien das Gelenk gespült, die Inzisionen mit Einzelknopfnähten verschlossen und eine Redondrainage gesetzt worden. Für das Procedere wurde unter anderem auf eine Teilbelastung bis zu 20 kg resp. auf Gehstöcke für sechs Wochen verwiesen und ergänzend erklärt, die verzögerte Behandlungsmöglichkeit habe überwiegend wahrscheinlich zu einer Ausweitung des Meniskusrisse und zu vermehrter Knorpelschädigung geführt (vgl. X.-Beil. Nr. 15 S. 02 und 03/03). Mit Mail vom 5. März 2013 teilte Vertrauensarzt Dr. S. dem Operateur Dr. B. unter anderem mit, er habe im internen Forum der Vertrauensärzte die Frage gestellt, ob hier ein stationäres Setting zwingend indiziert sei. Er habe auf das Alter, den BMI und die gut eingestellte arterielle Hypertonie, auf die erstellten Diagnosen gemäss MRI und darauf, dass eventuell ein Microfracturing mit anschliessender Redondrainage geplant sei, hingewiesen. Der Tenor der Antworten habe seine ablehnende Haltung gestützt. Doktor B. könne gerne mit Dr. D. in Winterthur Kontakt aufnehmen (vgl. X.-Beil. 16). Mit Schreiben vom 16. April 2013 wies die X. die Versicherte unter anderem darauf hin, die dem Vertrauensarzt vorgelegten Akten hätten keine medizinische Indikation für einen stationären Aufenthalt ergeben. Der orthopädische Chirurg, Dr. D. habe den Vertrauensarzt in dieser Auffassung bestätigt. Sodann wurde ergänzt, mittlerweile seien viele Eingriffe, die früher stationär erfolgt seien, dem medizinischen Fortschritt zufolge, ambulant durchführbar. Dazu gehöre auch die Kniearthroskopie (vgl. X.-Beil. Nr. 18). Mit Schreiben vom 6. Mai 2013 äusserte Dr. B., Dr. S. habe einen Fehlentscheid getroffen. Auch könne man nicht auf Dr. D. abstellen. Dieser sei in der Orthopädengesellschaft ein Aussenseiter, der sich mit unwissenschaftlich fundierten Behauptungen einen Ruf geschaffen habe und zufolge fachlicher Inkompetenz aus der Expertengruppe «Knie und Kniechirurgie» der Orthopäden-Gesellschaft ausgeschieden sei. Dass ein solcher Pseudoexperte eine Krankenkasse fachtechnisch unterstütze, sei für alle orthopädischen Chirurgen nicht nachvollziehbar. Er empfehle der X. dringend, einen besseren Experten zu suchen (vgl. X.-Beil. Nr. 29).

5.2 Vertrauensarzt Dr. S. startete am 12. Februar 2013 im Internet, konkret im Forum der Schweizerischen Gesellschaft der Vertrauensärzte eine Anfrage (vgl. Erw. 5.1) und erhielt

etliche Antworten. 14 Antworten sind in den Akten, anonym, wiedergegeben. Von den elf Wortmeldungen, die direkt oder indirekt zur konkreten Indikation einer stationären Behandlung Stellung nehmen, sprechen sich neun mehr oder weniger deutlich gegen die stationäre Behandlung in casu aus. Zur Begründung wird einmal gesagt, wenn alle möglichen Komplikationen bereits als gegeben angerechnet werden müssten, müsste sogar jede Gastroskopie stationär durchgeführt werden. Zudem sei auch ein Redon ohne weiteres ambulant handelbar. Sodann äussert jemand, Meniskektomien, Teilsynovektomien, Gelenkskörperentfernungen, Microfracturing etc. würden in der Regel ambulant, Kreuzbänderoperationen stationär durchgeführt. Nur bei sehr alten Patienten könnten ausnahmsweise wegen der Nachbetreuung stationär bleiben. Andernorts wird erklärt, bei unter 75-jährigen Patienten komme eine stationäre Behandlung nicht in Frage und Redons sollten nicht länger als sechs Stunden getragen werden, könnten folglich gleichentags entfernt werden. Eine weitere Stimme sieht keine Indikation für eine Redoneinlage, verweist auf das Journal of Bone and Joint-Surgery, nach welchem in den USA 99% aller Kniearthroskopien ambulant erfolgen würden und zitiert das Sozialversicherungsgericht Zürich, demgemäss Kniearthroskopien ambulant und stationär als wirksam und zweckmässig gelten würden, so dass das Kriterium der Wirtschaftlichkeit für die kostengünstigere Variante spreche. Wiederum andernorts wird erläutert, bei einer 67-jährigen (recte: 66-jährigen) Patientin mit BMI 30 sei ein Microfracturing einem einfachen Knorpeldebridement nicht überlegen. Das Microfracturing sei vorliegend nicht indiziert, vielmehr kontraindiziert. Er, der Antwortende, habe in 27 Jahren über 10'000 ambulante arthroskopische Eingriffe gemacht und nie ein Redon gelegt. Das sei selbst bei Patienten unter Aspirin cardio oder unter Thromboseprophylaxe nicht notwendig. Mehrere Personen weisen auf die finanziellen Anreize einer stationären Behandlung hin und sprechen von einem Trauerspiel, spätestens seit der Einführung der Fallpauschalen. Zwei Stimmen sehen eine ambulante Behandlung bei intraartikulärem Redon als zu riskant. Zwar könne auch ein Hausarzt ein Redon entfernen. Es gebe aber multifaktorielle Risiken, wie zum Beispiel die Fehlmanipulation durch den Patienten (vgl. X.-Beweismittelverzeichnis Beilage 1). Mit Schreiben vom 2. Oktober 2013 äusserte Vertrauensarzt Dr. D., FMH für orthopädische Chirurgie, seine Äusserungen basierten auf seiner 28-jährigen Erfahrung mit eigenem Praxisoperationssaal. Seit Ende 1985 habe er jährlich 350 bis 400 ambulante arthroskopische Eingriffe im Kniegelenk durchgeführt. Mittlerweise seien es über 10'000. Anfänglich habe es einige wenige stationär durchgeführte Eingriffe gegeben, seit 10 Jahren aber keine mehr. Er habe auch viele mit dem vorliegenden Fall vergleichbare Fälle erlebt. Er habe nie ein Redon gelegt, zumal neuere Studien dessen Nutzen widerlegt hätten. Dass die Indikation zur Redoneinlage vor allem gestellt werde, um eine stationäre Behandlung zu begründen, sei bekannt. Doktor D. verwies sodann auf das obig bereits angesprochene amerikanische Chirurgen-Journal sowie auf einen nicht näher umschriebenen Gerichtsentscheid. Zum konkreten Fall führte Dr. D. aus, das Microfracturing sei keine anerkannte Indikation für die operative Behandlung einer Arthrose. Diese Methode sei ursprünglich bei jüngeren Patienten mit engumschriebenen, tiefen Knorpelschädigungen nach Unfällen als indiziert anerkannt worden. Allerdings liege nach der Literatur auch für diese Patienten kein Nutznachweis vor. Diese Methode nun auf eine 66-jährige Patientin mit BMI 30 und offensichtlich unvollständiger chondraler Abnützung zu übertragen, sei nicht nachvol-

ziehbar. Dass das gleiche Vorgehen bei der gleichen Patientin drei Jahre zuvor bereits einmal praktiziert worden sei, spreche nicht dafür, dass es sich um eine notwendige medizinische Begleitmassnahme handle. Nach seiner Erfahrung würde ein Knorpeldebridement alleine ausreichen. Zum Schluss äusserte sich Dr. D. zu den Finanzierungsanreizen und fasste seine Auffassung noch einmal zusammen (vgl. X.-Beweismittelverzeichnis Beilage 2). Am 17. Oktober 2013 mailte Dr. Z. an Dr. S., die Expertengruppe Knie sei neu strukturiert worden. Bedingung für die Mitgliedschaft sei neu, dass man mindestens 70 % der Tätigkeit mit Kniechirurgie verbringe. Aus diesem Grunde seien etliche Mitglieder ausgeschieden. Allerdings sei niemand zufolge Inkompetenz ausgeschlossen worden (vgl. X.-Beweismittelverzeichnis Beilage 3).

5.3 Die Akten der Beschwerdeführerin enthalten ein Schreiben vom 2. Oktober 2013 von Dr. B. an den RA der I. Dessen Inhalt fand fast wörtlich Eingang in die Rechtsschriften des Anwalts, so dass es nicht separat wiedergegeben werden muss.

6. Diese Akten und Fakten sind nun nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu würdigen.

6.1 Die Beschwerdeführerin zweifelt an der Beweiskraft der Feststellungen des Vertrauensarztes der Beschwerdegegnerin und lässt zwei Bundesgerichtsentscheide aus dem Unfallversicherungsbereich zitieren, in welchen es unter anderem darum ging, ob für die Zusprache bzw. die Verweigerung von Leistungen auf verwaltungsinterne Arztberichte abgestellt werden könne (BGE 122 V 157 und 135 V 465). Das Bundesgericht hielt in beiden Entscheidungen fest, dass es keinen Anspruch auf externe Begutachtung gebe, dass eine solche indes anzuordnen sei, wenn auch nur geringe Zweifel an der Zuverlässigkeit und Schlüssigkeit der versicherungsinternen ärztlichen Feststellungen bestünden. Die Frage stellt sich nun, ob diese Praxis vorliegend von Belang ist, auch wenn feststeht, dass schriftliche vertrauensärztliche Berichte grundsätzlich den verwaltungsinternen Arztberichten in anderen Sozialversicherungsbereichen gleichgestellt sind (vgl. Erw. 3.4). Zu beachten ist, dass es bei den ärztlichen Beurteilungen im IV- und UV-Bereich um Befunderhebung, um das Stellen von Diagnosen sowie um die Einschätzung der trotz Beeinträchtigung noch verbleibenden Leistungsfähigkeit geht, was in der Regel mit einer persönlichen Untersuchung verbunden ist. Demgegenüber hat der Vertrauensarzt einer Krankenkasse im Normalfall keine Befunde zu erheben und keine eigenen Diagnosen zu stellen. Vielmehr hat er lediglich aufgrund der vorliegenden Berichte zu prüfen, ob die Kriterien der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit nach Art. 32 Abs. 1 KVG im Einzelfall und hinsichtlich der beantragten Leistung zu bejahen sind. Da vorliegend Wirksamkeit und Zweckmässigkeit einer Kniearthroskopie – sei es ambulant oder stationär – nicht in Frage stehen, geht es nur noch um das Kriterium der Wirtschaftlichkeit bzw. konkret der Spitalbedürftigkeit im Zusammenhang mit der fraglichen Kniearthroskopie. Der Vertrauensarzt musste mithin zuhänden der Beschwerdegegnerin einzig entscheiden, ob die zur Begründung des stationären Aufenthalts angeführten Gründe ausreichen, um einen solchen bewilligen zu können. Konkret musste er beurteilen, ob die angesprochenen Komplikationsrisiken ex ante beurteilt dergestalt wahrscheinlich seien,

dass eine Hospitalisation zum voraus als notwendig beurteilt werden müsse. Unter Bezug eines entsprechenden Facharztes nahm der Vertrauensarzt der Beschwerdegegnerin diese Beurteilung vor, was nicht zu beanstanden ist. Dass er sich im Übrigen im Forum der Vertrauensärzte rückversichern wollte, ob diese Meinung geteilt werde, ist ebenfalls nicht zu beanstanden, kann den fraglichen Forumsantworten auch keine eigenständige Bedeutung zuerkannt werden. Immerhin bringen diese Antworten zum Ausdruck, dass auch andere Ansichten als jene des Operators in casu vertreten werden, vertreten werden können und letzteres ist denn auch unbestritten. Dass die vom Vertrauensarzt geäußerte, von der Beschwerdegegnerin vertretene Auffassung nicht mit jener des Operators Dr. B. korrespondiert, lässt nach Ansicht des Gerichts noch keine Zweifel an deren Zuverlässigkeit und Schlüssigkeit aufkommen. Andernfalls müssten solche Zweifel ja bei jeder Meinungsdivergenz zwischen einem Vertrauensarzt und einem behandelnden Arzt bzw. bei jeder Leistungsablehnung – insbesondere ohne Untersuchung der versicherten Person – bejaht werden mit der Folge, dass in all diesen Fällen externe Begutachtungen in Auftrag zu geben wären. Diese Haltung findet in Lehre und Rechtsprechung keine Stütze.

6.2 Für das Gericht entbehrt der Vorwurf Dr. B.s an die Adresse von Dr. D., dieser sei völlig inkompetent, jeglicher Grundlage, zumal eine andere Meinung nicht immer auf Unkenntnis oder Unfähigkeit schliessen lässt. Nachdem der Vorwurf Dr. B.s, der von der Versicherung beigezogene Dr. D. sei zufolge Inkompetenz aus der Expertengruppe Knie und Kniechirurgie ausgeschlossen worden, durch die Einwände der Beschwerdegegnerin und durch das Zeugnis von Dr. Z. offensichtlich entkräftet werden konnte, hat das Gericht keine Veranlassung, dem weiter nachzugehen. Sodann sieht sich das Gericht auch nicht gehalten, der Motivation Dr. B. und der Klinik Y. in N., für ein Kostengutsprache-Gesuch für einen stationären Aufenthalt weiter nachzuforschen oder sich über die Folgen der Einführung des KVG im Jahre 1994 bzw. der Kostenpauschalen vor Jahresfrist auszulassen. Soweit beide Parteien die Anrufung des Strafrichters ansprachen, ist dies bedauerlich. Das Gericht sah eine Rückweisung der Rechtsschriften zur Verbesserung infolge von Ungehörigkeiten jedenfalls als nicht angezeigt.

### 6.3

6.3.1 Würdigend ist alsdann in Erinnerung zu rufen, dass die Krankenpflegeversicherung die Kostengutsprachen stets ex ante, d.h. aus prospektiver Sicht zu beurteilen hat. Ob die beabsichtigte Massnahme den WZW-Kriterien (Wirksamkeit / Zweckmässigkeit / Wirtschaftlichkeit) gemäss Art. 32 Abs. 1 KVG entspricht, ist somit aufgrund der im Beurteilungszeitpunkt bekannten, medizinisch erstellten Situation zu entscheiden. Konkret gelten die Wirksamkeit und die Zweckmässigkeit der geplanten Kniearthroskopie als erstellt. Streitig ist die Wirtschaftlichkeit im Zusammenhang mit dem Antrag auf stationäre Behandlung. Mithin ist, wie in unter anderem Erwägung 3.3 ausgeführt, die Spitalbedürftigkeit zu beurteilen und es ist zu entscheiden, ob aufgrund der persönlichen Situation der Versicherten Risiken bekannt sind, die nach einer Behandlung im stationären Rahmen verlangen bzw. die gegen eine Behandlung in der Tagesklinik sprechen. Nach Ansicht des Gerichts bedeutet die Tatsache, dass die WZW-Kriterien aufgrund der medizinisch erstellten Situation im Beurteilungszeitpunkt zu entscheiden

sind, dass nicht jede irgendwie mögliche intra- oder postoperative Komplikation als bereits gegeben anzunehmen ist, wenn sich aus den Akten hierfür keine konkreten Hinweise auf ein effektiv erhöhtes Risiko ergeben. Sodann darf nicht vergessen werden, dass überraschend auftretende intra- oder postoperative Komplikationen selbstverständlich zu beachten sind und im Rahmen einer sekundären (ex-post) Beurteilung durchaus zur Gewährung einer nachträglichen Kostengutsprache für einen stationären Aufenthalt führen können.

6.3.2 Vorab ist alsdann festzustellen, dass die Behauptung, die Beschwerdeführerin sei eine Risikopatientin, für sich alleine nichts besagt und auch keinerlei Massnahmen irgendwelcher Art indiziert. Soweit die Beschwerdeführerin unter einer arteriellen Hypertonie leidet, ist unter Verweis auf Hausarzt Dr. E. festzuhalten, dass diese als medikamentös gut eingestellt gilt, was schliesslich auch von keiner Seite bestritten wurde. Wie dem Allgemeinstatus des Hausarztes weiter entnommen werden kann, gibt es bei der Beschwerdeführerin überdies keinerlei Hinweise auf eine irgendwie geartete Herzerkrankung, auf eine Durchblutungsstörung oder auf irgendwelche Insuffizienzen des Herzkreislaufsystems. Die entsprechenden Abklärungen – zum Beispiel das EKG des Hausarztes – fielen jedenfalls unauffällig aus. Dieser erachtete denn auch jede Art von Kniearthroskopie – unter Narkose oder Regionalanästhesie – als problemlos bewältigbar. Zu beachten ist überdies, dass Operateur Dr. B. in seinen späteren Eingaben nicht mehr näher auf die Hypertonie als besonderes Risiko einging. Mit Urteil vom 22. Dezember 2011 (S 2011 71) hatte das Verwaltungsgericht im Falle eines 81-jährigen Patienten mit medikamentös gut eingestellter arterieller Hypertonie die Spitalbedürftigkeit ebenfalls abgelehnt. Nach dem Gesagten und im Lichte der Praxis indiziert die medikamentös gut eingestellte Hypertonie folglich auch vorliegend keine Spitalbedürftigkeit. Auch ein erhöhter BMI führt für sich allein nicht zu einem erhöhten Komplikationsrisiko und der Operateur erklärte denn auch in keiner Weise, worin das durch den erhöhten BMI begründete spezielle Risiko bestehen könnte. Unter Verweis auf die im Forum geäusserten Ansichten sowie unter nochmaligen Hinweis auf das Urteil S 2011 71 des Zuger Verwaltungsgerichts ist zu guter Letzt festzuhalten, dass auch das Alter von 66 Jahren kein speziell erhöhtes Risiko für eine Kniearthroskopie darstellt.

Zu der im Einspracheverfahren nachgelieferten Begründung, der stationäre Aufenthalt werde erforderlich, weil aus medizinischer Sicht ein Microfracturing und anschliessend eine Redondrainage angezeigt seien und dies bedinge den Verbleib in der Klinik über Nacht, ist das Folgende zu bedenken. Ob das Microfracturing und die anschliessende Redondrainage überhaupt als medizinisch indiziert gelten, kann nach Ansicht des Gerichts offen bleiben. Immerhin ergibt sich aus den eingeholten Meinungen, dass man eine Knochenstrukturschädigung im Microbereich durch Anbohren jedenfalls bei einer über 60-jährigen Patientin mit Übergewicht, mithin im Falle einer Person mit stärker belasteten, älteren Knochen nicht nur als nicht indiziert, sondern auch als kontraindiziert betrachten könnte und dass mindestens für diese Gruppe von Patientinnen – im Lichte der WZW-Kriterien (vgl. Erw. 3.2) – auch ein Knorpeldebridement als ausreichend bezeichnet werden könnte. Sodann gibt es offenbar fachkundige Ärzte, die das Microfracturing als kleinen Eingriff ansehen, welcher stets ambu-

lant durchgeführt werden könne. Auch erachten nicht alle Fachärzte das Setzen eines Redons als notwendige Konsequenz eines Microfracturing. Weiter gilt als unbestritten, dass auch Hausärzte ein Redon entfernen können und dass ein solches einer Entlassung nicht entgegensteht. Entscheidend ist nach Ansicht des Gerichts aber insbesondere, dass Redondrainagen nicht zulange belassen werden sollten, eine Feststellung der Beschwerdegegnerin, die von Seiten der Beschwerdeführerschaft nicht in Abrede gestellt wurde. Findet der Termin für die fragliche Kniearthroskopie am früheren Vormittag statt – OP-Termine sind grundsätzlich verhandelbar –, kann eine Redondrainage jedenfalls am gleichen Tag wieder entfernt werden und die behauptete Indikation für den Verbleib über Nacht entfällt. Zu diesem Vorhalt äusserte sich die Beschwerdeführerin ebenfalls zu keiner Zeit. Mithin blieb unbestritten dass eine Redondrainage bei Operationstermin am frühen Morgen einer «Entlassung» gleichentags im Regelfalle nicht entgegenstehe. Vor diesem Hintergrund ist die vom Vertrauensarzt der Beschwerdegegnerin ex ante vorgenommene, prospektive Beurteilung des Komplikationsrisikos für die Beschwerdeführerin, implizit die Ablehnung der Akut-Spitalbedürftigkeit nicht zu beanstanden. Dass der Operateur Dr. B. 2009 – beim linken Knie der Beschwerdeführerin – bereits einmal so verfuhr und dass die Kosten damals von der Krankenkasse übernommen wurden, führt nicht zu einer anderen Beurteilung, zumal auch vorbestehende resp. früher bestandene Pathologien die Spitalbedürftigkeit nicht zu begründen vermögen. Für die vorliegende Entscheidung ohne Relevanz ist sodann auch, dass die Beschwerdeführerin und ihr Mann seit Jahrzehnten bei der X. versichert sind. Zu den Vorwürfen an den Vertrauensarzt ist schliesslich noch einmal auf Erw. 6.1 zu verweisen. Zu guter Letzt ist festzustellen, dass auch die multiplen Bestreitungen – dass der Vertrauens-arzt die in den Akten erwähnten Unterlagen wirklich gesehen, im Forum die richtigen Fragen gestellt, die Antworten richtig wiedergegeben habe bzw. dass in den USA 99 % der Kniearthroskopien ambulant durchgeführt würden – in keiner Weise zielführend sind, folglich hier nicht eingehender zu erörtern sind.

6.4 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin vorliegend aufgrund der prospektiven Betrachtungsweise zum Beurteilungszeitpunkt, d.h. im Zeitpunkt der Kostengutsprache nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu Recht eine Spitalbedürftigkeit ablehnte, mithin die Wirtschaftlichkeit der beantragten Kniearthroskopie im stationären Rahmen verneinte. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und sie ist abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Februar 2014 S 2013 117

## 8.9 Art. 43<sup>quater</sup> Abs. 3 AHVG, Art. 66<sup>ter</sup> AHVV, HVA Ziff. 5.56

### Regeste:

Art. 43<sup>quater</sup> Abs. 3 AHVG, Art. 66<sup>ter</sup> AHVV, HVA Ziff. 5.56 – Wenn Hinweise auf eine krankheits- resp. genetisch bedingte Alopezie vorliegen, kann nicht entgegengehalten werden, die Haartracht lichte sich altersbedingt, weshalb der Anspruch auf Kostengutsprache für eine Perücke zu bejahen ist, sofern das äussere Erscheinungsbild der versicherten Person durch den Haarverlust beeinträchtigt ist.

### Aus dem Sachverhalt:

Die Versicherte, E., Jahrgang 1931, meldete sich am 13. März 2013 bei der Ausgleichskasse des Kantons Zug zum Bezug eines Hilfsmittels der AHV an. Konkret beantragte sie eine Perücke. Zur Begründung verwies sie auf ihren behandelnden Arzt, Dr. M., sowie darauf, dass ihre äussere Erscheinung durch das fehlende Haar beeinträchtigt werde. Die Akten enthalten sodann eine Rechnung von «X» bzw. von F., eidg. dipl. Coiffure, für eine Damenperücke «Queens Luxury» aus synthetischem Haar zum Preis von Fr. 1'780.-. Ersichtlich ist sodann, dass Dr. M. zu einer Beurteilung eingeladen resp. dass das Aktendossier schliesslich dem regionalen ärztlichen Dienst (RAD) Zentralschweiz, für diesen Dr. S., Facharzt FMH für Innere Medizin, vorgelegt wurde. Mit Verfügung vom 1. Mai 2013 wurde das Leistungsbegehren abgewiesen. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, der Haarausfall der Versicherten sei nicht gesundheits-, sondern vielmehr altersbedingt.

Die dagegen am 15. Mai 2013 erhobene Einsprache wurde mit Entscheid vom 30. Juli 2013 abgewiesen.

### Aus den Erwägungen:

(...)

2.

2.1 Der Bundesrat bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Bezügerinnen und Bezüger von Altersrenten oder Ergänzungsleistungen mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz, die für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontakts oder für die Selbstsorge kostspieliger Geräte bedürfen, Anspruch auf Hilfsmittel haben (Art. 43<sup>quater</sup> Abs. 1 AHVG). Sodann bestimmt er den Anspruch auf Hilfsmittel für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder der Tätigkeit im Aufgabenbereich (Art. 43<sup>quater</sup> Abs. 2 AHVG) und bezeichnet schliesslich die Hilfsmittel, welche die Versicherung abgibt oder an welche sie einen Kostenbeitrag gewährt. Auch regelt er das Verfahren und bestimmt, welche Vorschriften des IVG anwendbar sind (Art. 43<sup>quater</sup> Abs. 3 AHVG). In Art. 66<sup>ter</sup> der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (AHVV, SR 831.101) wird die entsprechende Rechtsetzungskompetenz dem Departement des Innern übertragen und fest-

gestellt, dass Art. 14bis und 14ter der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 831.201; Beschaffung und Vergütung der Hilfsmittel resp. Einschränkung der Austauschbefugnis) sinngemäss gelten. Für die Geltendmachung des Anspruchs verweist Art. 67 Abs. 1ter AHVV auf Art. 66 IVV. Der Anspruch wird in der Verordnung über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Altersversicherung vom 28. August 1978 (HVA, SR 831.135.1) weiter präzisiert. So hält Art. 2 Abs. 1 HVA fest, dass Rentenbezüger, die für die Tätigkeit im Aufgabenbereich, für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontakts mit der Umwelt oder für die Selbstsorge auf Hilfsmittel angewiesen seien, auf die in der Liste im Anhang aufgeführten Leistungen Anspruch hätten, wobei die Liste Art und Umfang der Leistungen abschliessend regle. Artikel 4 HVA hält sodann sinngemäss fest, wer bei Entstehen des Anspruchs auf eine Altersrente Hilfsmittel oder Ersatzleistungen nach den Artikeln 21 und 21bis des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG, SR 831.20) erhalten habe, dem bleibe der Anspruch auf diese Leistungen in Art und Umfang bestehen, solange die massgebenden Voraussetzungen erfüllt seien und soweit die vorliegende Verordnung nichts anderes bestimme. Weiter wird in Art. 6 HVA festgehalten, dass sich das Verfahren nach Art. 65 bis 79bis IVV richte und dass die IV-Stelle auch den Anspruch prüfe und die Mitteilung im formlosen Verfahren nach Art. 51 ATSG verfertige, während die Ausgleichskasse am Sitz der IV-Stelle für den Erlass einer allfälligen Verfügung zuständig sei. Im Anhang zur HVA findet sich die Hilfsmittelliste nach AHVG, welche unter Ziff. 5, konkret in Ziff. 5.56 Perücken thematisiert. Diesbezüglich wird im Sinne einer Anspruchsvoraussetzung ergänzend ausgeführt, eine Leistungspflicht bestehe, falls die äussere Erscheinung der Versicherten durch den fehlenden Haarschmuck beeinträchtigt sei. Die Kostenbeteiligung betrage pro Kalenderjahr indes höchstens Fr. 1'000.-. Demgegenüber hält der Anhang zur Verordnung über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung vom 29. November 1976 (HVI, SR 831.232.51) unter Ziff. 5.06 fest, der jährliche Höchstbetrag liege bei Fr. 1'500.-.

## 2.2

2.2.1 Dem Kreisschreiben über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Altersversicherung (KSHA), gültig ab Januar 2013, ist unter Randziffer 2007 zu entnehmen, anspruchsberechtigt seien jene Versicherte, deren äusseres Erscheinungsbild beeinträchtigt sei. Versicherte, deren Haartracht sich altersbedingt lichte, seien von diesem Anspruch ausgeschlossen. Randziffer 2008 bestimmt überdies, der Betrag der Versicherung dürfe pro Kalenderjahr Fr. 1'000.- nicht übersteigen. Im Jahre der erstmaligen Anschaffung könne der Betrag ebenfalls voll ausgeschöpft werden. Es erfolge keine Einschränkung pro-rata.

2.2.2 Dem Kreisschreiben über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (KHMI), Stand 1. Januar 2014, ist unter Randziffer 2035 zu entnehmen, Versicherte hätten Anspruch auf Perücken, wenn die Haare als Folge eines akuten Gesundheitsschadens oder dessen Behandlung, z. B. durch Bestrahlung oder Chemotherapie, ausgefallen seien. Randziffer 2036 besagt, der Höchstbetrag für die Anschaffung (einschliesslich Anpassung, Färben, Frisieren, Reinigen und allfälliger Reparaturkosten) betrage pro Kalenderjahr Fr. 1'500.-. Im

Jahr der ersten Abgabe könne der Höchstbetrag voll abgegeben werden (keine pro-rata-Einschränkung).

2.3. Sodann ist festzustellen, dass es zum Thema Perücken-Versorgung nach der HVA, d.h. für Betroffene im AHV-Alter, keine wirklich aussagekräftige Judikatur gibt, während sich zur Problematik der Perücken-Versorgung über die Invalidenversicherung jedenfalls ein Paar Entscheide des Bundesgerichts finden lassen.

3. Fest steht vorliegend, dass die Versicherte an einer Alopecia leidet, dass sie Anspruch auf eine Perücke zu Lasten der Altersversicherung geltend macht und dass letztere diesen Anspruch verneint. Streitig ist, ob die Alopecia gesundheits- oder altersbedingt ist. Aus den Akten ergibt sich dazu, was folgt:

3.1 Im Nachgang an die Anmeldung zum Leistungsbezug zog die Ausgleichskasse bzw. die IV-Stelle einen Arztbericht von Dr. M., FMH für Allgemeinmedizin, vom 12. April 2013 bei. Demgemäss leidet die Versicherte an einer hormonell bedingten starken Alopezie, progredient (9/12), einer Hypothyreose sowie an einer hypertroph-obstruktiven Kardiopathie bei Status nach Aortenklappenersatz. Der progrediente Haarausfall sei durch lokale Massnahmen und Medikamente nicht wirksam zu stoppen. Die Alopezie sei diffus progredient mit deutlichen Kahlstellen im Kopfhaut. Prognostisch wird in Bezug auf die Alopezie sowie insbesondere die Hypothyreose festgehalten, diese würde(n) bereits seit längerem behandelt (S. 7 f. der AK-Akten).

3.2 RAD-Arzt Dr. med. S., Facharzt FMH für Innere Medizin, hält am 18. April 2013 fest, Dr. M. berichte über eine therapieresistente, hormonell bedingte, diffus progrediente Alopezie mit deutlichen Kahlstellen. Nebenbefundlich werde eine Hypothyreose erwähnt, die aber behandelbar sei. Der Schilderung des Arztes könne wohl eine Beeinträchtigung des äusseren Erscheinungsbildes entnommen werden, hingegen fehlten Hinweise für eine in diesem Zusammenhang stehende, akute Erkrankung, sodass anzunehmen sei, dass es sich um eine altersbedingte Lichtung der Haartracht handle. Nach Widergabe von KSHA Rz. 2007 wird geschlussfolgert, die Voraussetzungen für die Vergütung der Perücke durch die IV seien nicht gegeben (S. 9 der AK-Akten).

3.3 Doktor med. I., Dermatologie und Venerologie FMH, berichtet am 19. August 2013 zuhänden der AHV/ IV und hält die Diagnose einer androgenetischen Alopezie mix pattern typ Ludwig II und Hamilton-Norwood IV fest. Sodann wird ausgeführt, die Patientin leide seit Jahren unter einem progredienten frontoparietalen Haarverlust, der im Alltag nicht mehr durch die bleibenden Haare versteckt werden könne. In der Familienanamnese sei eine androgenetische Alopezie bei der Mutter und der Schwester der Patientin wie bei den beiden Söhnen bekannt. Zum Untersuchungszeitpunkt habe eine frontoparietal betonte Alopezie ohne Vernarbung mit dermatoskopisch Anisotrichose (Miniaturisierung der Haare) imponiert. Für einen Hirutismus (männliches Verteilmuster der Terminal- oder Langhaare) gebe es keine

Anhaltspunkte. Aufgrund der Anamnese und Klinik handle es sich vorliegend um eine androgenetische Alopezie mit pattern typ Stadium II nach Ludwig und Stadium IV nach Hamilton-Norwood, d.h. ein durch Androgene realisiertes Hervortreten des genetisch determinierten charakteristischen Ausprägungsmusters des Haarkleids bei der Frau. Die androgenetische Alopezie sei bei Frauen von den gleichen Faktoren abhängig wie bei Männern; genetische Veranlagung und Androgene. In den Wechseljahren finde dann eine Hormonumstellung statt, die die androgenetische Alopezie weiter akzentuiere. Die Östrogenspiegel würden sinken, die Androgene dagegen relativ rasch ansteigen. Bei vielen Frauen mache diese Hormonumstellung schliesslich die Neigung zu androgenetischer Alopezie sichtbar. Die Versicherte fühle sich durch ihre stark sichtbare Alopezie kosmetisch sehr beeinträchtigt. Sie, Dr. I., bitte deshalb um Übernahme der Kosten für die Perücke (S. 17 der AK-Akten).

(...)

4. Diese Akten und Fakten sind nun nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu würdigen.

4.1 Beurteilend ist zunächst daran zu erinnern, dass es vorliegend um eine erstmalige Hilfsmittelabgabe nach den Bestimmungen des AHVG bzw. der HVA, nicht aber um die Hilfsmittelabgabe nach den Regeln des IVG bzw. der HVI geht. Entsprechend ist der Wortlaut der jeweiligen Regelungen einer genaueren Betrachtung zu unterziehen. Während im Anhang zur HVI in Ziff. 5.06 einzig auf den jährlichen Höchstbetrag für die Entschädigung (Fr. 1'500.- pro Kalenderjahr) hingewiesen wird; erwähnt Ziff. 5.56 im Anhang zur HVA überdies, Anspruchsvoraussetzung sei, dass die äussere Erscheinung durch den fehlenden Haarschmuck beeinträchtigt sei. Sodann wird aber auch in der Bestimmung im Anhang der HVA auf den dort geltenden Höchstbetrag pro Kalenderjahr (Fr. 1'000.-) verwiesen. Trotz dieser Unterschiede ist allerdings festzustellen, dass der genaue Wortlaut der jeweiligen Hilfsmittelverordnungen für die Rechtsanwendung nicht sonderlich hilfreich erscheint. Etwas aussagekräftiger erweisen sich dagegen die jeweiligen Kreisschreiben. Führt das KHMI zum Anspruch auf eine Perücke nach den Bestimmungen der Invalidenversicherung aus, Voraussetzung sei, dass die Haare als Folge eines akuten Gesundheitsschadens oder dessen Behandlung, z. B. durch Bestrahlung oder Chemotherapie, ausgefallen seien, hält die KSHA zum Perückenanspruch nur aber immerhin fest, Voraussetzung sei, dass das äussere Erscheinungsbild der versicherten Person durch den Haarverlust beeinträchtigt sei und die Haartracht sich nicht altersbedingt lichte.

4.2 Soweit RAD-Arzt Dr. S. die Leistungspflicht der AHV in erster Linie in Abrede stellte, weil vorliegend ein Zusammenhang mit einer akuten Erkrankung durch nichts belegt werden könne, fällt auf, dass er argumentierte, als ob es in casu um eine Leistungspflicht nach den Bestimmungen des IVG und in Übereinstimmung mit dem Kreisschreiben KHMI ginge. Soweit er in seinem Fazit schliesslich ausführte, die Voraussetzungen für eine Vergütung der Perücke durch die IV seien nicht gegeben, indiziert dies noch einmal, dass er die medizinischen Unterlagen auf die Erfüllung der Voraussetzungen nach Rz. 5.06 des Anhangs zur HVI überprüfte,

nicht aber der Kriterien nach Rz. 5.56 des Anhangs zur HVA. Wie die obigen Ausführungen verdeutlichen, verlangt der Ordnungsgeber den Kausalzusammenhang zu einer akuten Krankheit oder deren Behandlung zwar im Zusammenhang mit der Perückenversorgung nach HVI, nicht aber im Zusammenhang mit der Perückenversorgung nach HVA. Der Umstand allein, dass ein lediglich altersbedingter Haarausfall nicht zu einer Perücke zulasten der Altersversicherung berechtigt, lässt sodann nicht eo ipso auf das Erfordernis des Kausalzusammenhangs mit einer akuten Erkrankung und/ oder deren Behandlung schliessen. Auch die Tatsache, dass der Gesetzgeber wie der Ordnungsgeber im Zusammenhang mit der Hilfsmittelversorgung für AHV-Rentenberechtigte immer wieder Querverweise auf das IVG statuierten und für das Verfahren auf die entsprechenden IV-rechtlichen Bestimmungen verwiesen, schliesslich die IV-Stellen mit der entsprechenden Abklärungspflicht beauftragten, impliziert nicht, dass es bezüglich der Anspruchsvoraussetzungen keine Unterschiede geben kann bzw. dass die IV-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen zusätzlich zu denen im AHV-Recht stets miterfüllt sein müssen. Vielmehr kann nach Ansicht des Gerichts auch eine genetische Ursache eines Haarverlusts einen Anspruch auf eine Perücke begründen, wenn nicht anzunehmen ist, dass das Alter alleinige oder zumindest überwiegende Ursache des Problems ist; dies jedenfalls dann, wenn der Haarverlust das äussere Erscheinungsbild der versicherten Person beeinträchtigt. Über die Erheblichkeit der Beeinträchtigung des Erscheinungsbildes schweigt sich der Ordnungsgeber aus, so dass hier nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen sind. Es ist denn auch nicht Sache des kantonalen Versicherungsgerichts, neue Kriterien für die Anspruchsvoraussetzung einzuführen. Damit ergibt sich aber vorerst, dass vorliegend jedenfalls nicht auf die Beurteilung von RAD-Arzt Dr. S. abgestellt werden kann. Es bleibt zu prüfen, ob die Berichte von Dr. M. und insbesondere von Dr. I. darauf schliessen lassen, dass nicht das Alter, sondern eine andere Ursache den vorliegend zu beurteilenden Haarausfall hauptsächlich verursachte.

### 4.3

4.3.1 Soweit Dr. M. im Zusammenhang mit der diagnostizierten androgenetischen Alopezie insbesondere hormonelle Probleme ansprach und überdies erklärte, das Problem sei im September 2012 manifest geworden, könnte allenfalls geschlussfolgert werden, die Alopezie sei vorliegend erst im Alter aufgetreten, folglich altersbedingt. Allerdings ergibt sich aus Dr. M. Bericht nicht, wie lange die Beschwerdeführerin bereits bei ihm in Behandlung ist resp. ob die «späte Entdeckung» des Problems nicht daher rühren könnte, dass die Beschwerdeführerin ihn diesbezüglich vorgängig nie speziell konsultiert hatte. Zu bedenken ist überdies, dass Dr. M. an anderer Stelle in etwas kryptischer Weise von «progredienter Alopezie hormonell bedingt und Hypothyreose => bereits länger behandelt!» sprach, sich mithin zur Dauer der «Erkrankung» nicht wirklich schlüssig äusserte. Auf eine längere Krankheitsdauer hin deutet schliesslich die Behauptung der Beschwerdeführerin, sie habe schon im Alter von 65 Jahren übermässigen Haarausfall festgestellt und über längere Zeit Medikamente, Biotin Forte, eingenommen. Zum Kriterium Erkrankung als Ursache für die Alopezie – obschon jedenfalls nicht explizit ein Kriterium nach HVA – ist sodann zu bedenken, dass diversen medizinischen Online-Lexika entnommen werden kann, dass eine Hypothyreose, eine krankhafte Schilddrüse-

nunterfunktion, sehr wohl Ursache für eine Alopezie sein könne. Dass die Hypothyreose gut behandelbar ist, impliziert nicht, dass mit dieser Behandlung auch die Alopezie behandelt bzw. kuriert werden kann. Als Zwischenergebnis ist entsprechend festzustellen, dass es sich vorliegend verbietet, aus den dürftigen Angaben Dr. M., die aber immerhin den Hinweis auf eine Erkrankung enthalten, die nach medizinischer Kenntnis zu Alopezie führen kann, auf eine ausschliesslich oder überwiegend altersbedingte Alopezie zu schliessen.

4.3.2 Frau Dr. I. – deren im Einspracheverfahren eingereichten Bericht die Ausgleichskasse völlig ignorierte – diagnostizierte eine androgenetische Alopezie mix pattern vom Typ II nach Ludwig bzw. Typ IV nach Hamilton-Norwood und führte auf-grund der Anamnese aus, die Versicherte leide seit Jahren unter einem progredienten, frontoparietalen Haarverlust. Sodann sei familienanamnestisch eine androgenetische Alopezie bei der Mutter, bei der Schwester wie auch bei den Söhnen der Versicherten erstellt. Für die androgenetische Alopezie seien, so Dr. I. weiter, die genetische Veranlagung resp. die Androgene verantwortlich. Schliesslich verdeutlichte sie, dass die Hormonumstellung in den Wechseljahren nicht die Ursache der Erkrankung sei, sondern diese weiter akzentuieren könne. Die Ausführungen von Dr. I. lassen erkennen, dass das Alter für die Entwicklung der nun beklagten Alopezie der Beschwerdeführerin wohl nicht völlig bedeutungslos war, dass die Ursache der «Erkrankung» aber anderweitig bedingt, die Ätiologie andernorts zu suchen ist.

4.3.3 Würdigend ist sodann festzustellen, dass die Beschwerdeführerin an einer behandelbaren Stoffwechselerkrankung leidet, welche bekanntlich zu verschiedenen Symptomen, unter anderem zu Haarausfall führen kann, und dass sie hinsichtlich Alopezie genetisch vorbelastet ist, ergab die Familienanamnese doch, dass nicht nur ihre Söhne, sondern bereits ihre Schwester und noch früher ihre Mutter unter demselben Problem leiden bzw. litten. Soweit die Beschwerdeführerin überdies ausführte, sie habe schon im Alter von 65 Jahren einen übermässigen Haarverlust zu beklagen gehabt, ist dies nicht in Zweifel zu ziehen, wenn gleich ein eigentlicher Beweis hierfür – wie für alle anamnestischen Angaben – fehlt, es ist für die nunmalige Beurteilung indes auch nicht von primärer Bedeutung. Fakt ist nämlich, dass nach dem Gesagten und insbesondere gestützt auf die Beurteilungen der Dres. M. und I. vorliegend nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit primär von einer krankheits- resp. genetisch bedingten Alopezie auszugehen ist. Sodann erlauben die bei den Akten liegenden Fotografien den Schluss, dass der Haarverlust das äussere Erscheinungsbild der Beschwerdeführerin – einer ansonsten gepflegte ältere Frau – tatsächlich beeinträchtigt, und dies in erheblicher Weise. Dass die Kopfbehaarung bei der Mehrheit der Menschen im höheren Alter etwas lichter wird, dass Haare mit zunehmendem Alter entsprechend dünner werden, dass das Alter die Ausprägung der Kopfbehaarung bzw. allenfalls einer Glatze mithin mitbestimmen kann, kann nach Ansicht des Gericht allerdings nicht dazu führen, in casu und unbesehen der medizinisch erstellten Fakten das Alter als die alleinige oder mindestens überwiegende Ursache für die diagnostizierte Alopezie zu qualifizieren. So zu entscheiden hiesse, Personen im Rentenalter jeglichen Anspruch auf eine Perücke nach den Bestimmungen des AHVG bzw. der HVA generell abzusprechen, was sicherlich nicht Sinn und Zweck von HVA

Anhang Ziff. 5.56 ist resp. sein kann. Jedenfalls würde die separate Regelung des Perückenanspruchs in der HVA dadurch weitgehend zum toten Buchstaben.

4.4 Zusammenfassend ist festzustellen, dass vorliegend nicht überwiegend wahrscheinlich von einer ausschliesslichen oder überwiegenden altersbedingten, sondern vielmehr von einer überwiegenden genetisch- bzw. krankheitsbedingten Verursachung der diagnostizierten androgenetischen Alopezie auszugehen ist. Auch steht ausser Frage, dass das Erscheinungsbild der Beschwerdeführerin durch den Haarverlust beeinträchtigt wird. Entsprechend sind die Anspruchsvoraussetzungen für eine ordnungsgemässe Kostenbeteiligung an der Perücke erfüllt. Demzufolge ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der Beschwerdeführerin die ordnungsmässigen Leistungen für eine Perücke gestützt auf HVA Anhang Ziff. 5.56 zu gewähren. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet und sie ist entsprechend gutzuheissen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 12. Juni 2014 S 2014 53

# B

Stichwortverzeichnis

Alters- und Hinterlassenenversicherung, 66

Anspruchsvoraussetzungen, 26

Arbeitslosenversicherung: Die Anspruchsvoraussetzungen fuuml;r den Bezug von Arbeitslosenentschauml;digung erfuuml;llen auch Personen, deren Erwerbstauml;tigkeit und/oder Arbeitsbemauml;hungen teilweise im Ausland und teilweise in der Schweiz erfolgen., 26

Arbeitslosenversicherung: Kein Anspruch auf Arbeitslosenentschauml;digung, wenn die versicherte Person wauml;hrend der Rahmenfrist fuuml;r die Beitragszeit nicht eine mindestens zwouml;lfmonatige beitragspflichtige Beschauml;ftung nachweisen kann., 43

Beitragspflicht, Beginn der, 5

Berufliche Vorsorge, 5

Erlass einer Ruuml;ckforderung, 13

Hauml;rte, grosse, 13

Hilfsmittel, 66

Invalidenversicherung, 35

Kinderzulagen, 13

Klinikaufenthalt, stationauml;rer, 55

Krankenversicherung, Leistungspflicht: Verneinung des Anspruches auf stationauml;ren Aufenthalt nach Kniearthroskopie; Voraussetzungen und Kriterien zur Beurteilung der Leistungspflicht WZW Kriterien: Wirksamkeit, Zweckmauml;ssigkeit und Wirtschaftlichkeit., 55

Krankenversicherung, Pflichtleistung, 47

Militauml;rsversicherung; adauml;quater Kausalzusammenhang: Beurteilung der Unfallkausalitauml;t eines subjektiven Tinnitus hat nach der sogenannten Psycho-Praxis zu erfolgen., 19

Psychopraxis, 19

Rahmenfrist fuuml;r die Beitragszeit, 43

Umschulung, 35

Unfallkausalitauml;t, adauml;quater Kausalzusammenhang, 19

Unterstellung unter Gesamtarbeitsvertrag, 5

Untersuchung, genetische, 47