



Kommentar zu: Urteil: [9C\\_264/2018](#) vom 8. Mai 2019, zur Publikation vorgesehen  
Sachgebiet: Krankenversicherung  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: II. sozialrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Gesundheitsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

## Anwendungsbereich des Territorialitätsprinzips im Krankenpflegeversicherungsrecht

### Obligatorische Kostenübernahme für im Ausland erbrachte Leistungen zugunsten von in der Schweiz wohnhaften Versicherten

#### Autor / Autorin

Daniel Donauer, Rizzi Natascha

**walderwyss**

#### Redaktor / Redaktorin

Michael Waldner

**VISCHER**

Olivier Guilloid

**IDS**  
**unine**

*Mit dem vorliegenden – zur Publikation vorgesehenen – Entscheid hatte das Bundesgericht unter anderen die Frage zu behandeln, ob ein hierzulande erfolgreicher Penoidaufbau wegen zu geringer Operationsfrequenzen (und somit aufgrund mangelnder praktischer Erfahrungen) an den einheimischen Kliniken für den in casu betroffenen Patienten im Vergleich zur auswärtigen Behandlungsalternative ein unzumutbares Risiko darstellt. Das Bundesgericht hielt fest, dass, solange es für diesen Leistungsbereich an evidenzbasierten Studien mangle, sich eine Annahme basierend auf einer abstrakt festgelegten Mindestfallzahl als Massstab verbiete.*

#### Sachverhalt

[1] Der 1988 geborene A. litt unter Gender-Dysphorie im Sinne einer Frau-zu-Mann-Transsexualität. Nach zweijähriger psychotherapeutischer Behandlung begann er 2015 mit einer Hormontherapie und unterzog sich in der Folge einer Hyster- und Adnexektomie (Entfernung der Gebärmutter, der Eileiter und der Eierstöcke) sowie einer beidseitigen Mastektomie (Brustamputation). Für die Kosten dieser medizinischen Behandlungen kam die SWICA Krankenversicherung AG (im Folgenden: SWICA) auf, bei welcher A. obligatorisch krankenpflegeversichert ist. Hingegen lehnte die SWICA eine Kostenübernahme für die Operationen zum Penisaufbau (Phalloplastik) ab, weil diese nicht in der Schweiz, sondern in der Klinik X. in Deutschland durchgeführt wurden (Verfügung vom 21. März 2017 und Einspracheentscheid vom 4. Juli 2017).

[2] Das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz hiess die gegen den Einspracheentscheid erhobene Beschwerde gut und verpflichtete die SWICA zur Kostenübernahme für die im Ausland durchgeführte Phalloplastik ([Entscheid vom 20. Februar 2018](#)).

[3] Die SWICA führt Beschwerde ans Bundesgericht mit dem Antrag auf Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und Bestätigung ihrer Leistungsablehnung. A. schliesst auf Nichteintreten; eventuell sei die

Beschwerde abzuweisen. Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) verzichtet auf eine Vernehmlassung.

## Erwägungen

*Das Bundesgericht zog unter anderem Folgendes in Erwägung:*

[4] Die Medizin bietet Menschen, die an Gender-Dysphorie leiden, verschiedene Möglichkeiten, den bei Geburt «zugewiesenen» und als «falsch» empfundenen Körper ihrer eigenen, individuell erlebten Geschlechtsidentität anzugleichen. Der vom Beschwerdegegner eingeschlagene Weg der Phalloplastik mittels Hautlappen bildet ein aufwändiges und komplexes medizinisches Verfahren, welches in mehreren Einzelschritten zu bewältigen ist (E. 3.1).

[5] In einer ersten Phase erfolgen die verschiedenen Eingriffe zur Mast-, Hyster- und Adnexektomie (denen sich der Versicherte im Jahr 2015 in der Schweiz unterzogen hat). Anschliessend werden die Kolpektomie (Entfernung der Scheidenhaut und Verschluss der Scheide) sowie die Metaidoioplastik (Bildung eines Klitorispenoids) durchgeführt. Für manche Patienten stellt die Bildung des Klitorispenoids (sog. kleiner Aufbau) den Abschluss der chirurgischen Behandlung dar. Die anderen, die sich dem grossen Aufbau unterziehen (Phalloplastik, Bildung eines Penoids), haben erst eine Zwischenetappe erreicht. Vgl. auch die Klinikberichte vom 16. Juli 2016, 13. April und 1. August 2017 sowie – als Novum nachgereicht – vom 28. März 2018 über die beim Beschwerdegegner in Deutschland durchgeführten Operationen) (E. 3.2).

[6] Von den geschlechtsangleichenden Eingriffen liess der Beschwerdegegner diejenigen von der Kolpektomie bis zur Implantation der hydraulischen Penisprothese im Ausland durchführen. In Übereinstimmung mit der beschwerdeführenden SWICA und dem kantonalen Gericht werden die entsprechenden Einzelschritte hier in ihrer Gesamtheit (auch) mit dem Begriff «Phalloplastik» umschrieben, obwohl dieser genau genommen nur die Bildung des Penoids (grosser Aufbau) bezeichnet. Unter den Verfahrensbeteiligten ist zu Recht unbestritten, dass die in Deutschland erfolgten Operationen von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommen würden, wenn sie in der Schweiz durchgeführt worden wären ([BGE 120 V 463](#); SVR 2006 KV Nr. 27 S. 93, K 46/05 E. 5.2). Ebenfalls nicht streitig ist, dass das dargelegte chirurgische Vorgehen auch in der Schweiz praktiziert wird. Der Streit dreht sich jedoch um die Frage, ob ein hierzulande erfolgreicher Penoidaufbau wegen zu geringer Operationsfrequenzen an den einheimischen Kliniken für den betroffenen Patienten im Vergleich zur auswärtigen Behandlungsalternative ein unzumutbares Risiko darstellt. Während die beschwerdeführende SWICA die Frage verneint, wird sie von kantonalem Gericht und Beschwerdegegner bejaht (E. 4).

[7] Im Zusammenhang mit den Bemühungen der zuständigen Behörden, die Leistungen im Bereich der Spitzenmedizin bzw. der hochspezialisierten Medizin landesweit besser zu koordinieren und allenfalls auf ausgewählte Leistungserbringer zu konzentrieren, erhob das Bundesamt für Statistik (BFS) im Jahr 2007 anhand der Medizinischen Statistik der Krankenhäuser verschiedene Daten (Hochspezialisierte Medizin in der Schweiz: Behandlungsfälle, Leistungserbringer und Behandlungsaufwand 2005, [StatSanté 4/2007](#)). Der Publikation ist (auf S. 12 unten) die jeweilige Anzahl der in der gesamten Schweiz pro Jahr erfolgten Eingriffe zur «Geschlechtsumwandlung» zu entnehmen. Sie belief sich auf 7 (2002), 11 (2003), 26 (2004) und 19 Behandlungsfälle (2005). Dem einen ist die Anzahl der in der Schweiz durchgeführten Eingriffe zur «Geschlechtsumwandlung einer Frau zum Mann» zu entnehmen, nämlich 4 (2011), 10 (2012), 20 (2013), 34 (2014), 29 (2015) und 47 (2016). Der andere Auszug listet diesbezüglich die als «Konstruktion eines Penis» klassifizierten Operationen auf: 5 (2009), 3 (2010), 3 (2011), 9 (2012), 8 (2013), 6 (2014), 2 (2015) und 8 (2016) (6.1).

[8] Fallzahlen kommen im Gesundheitswesen ganz allgemein wachsende Bedeutung zu. Art. 39 Abs. 2 bis erster Satz [KVG](#) verpflichtet die Kantone für den Bereich der hochspezialisierten Medizin zur gemeinsamen gesamtschweizerischen Planung. Wie bereits angeführt (E. 5.2), sind die Kantone für die Umsetzung dieses Gesetzesauftrags der IVHSM beigetreten und haben sich damit im Interesse einer bedarfsgerechten, qualitativ hochstehenden und wirtschaftlich erbrachten medizinischen Versorgung zur gemeinsamen Planung («Koordination der Konzentration») und zur Zuteilung von hochspezialisierten Leistungen auf eine begrenzte Anzahl Zentren verpflichtet (Art. 1 Abs. 1 und 2). Die hochspezialisierte Medizin umfasst diejenigen medizinischen Bereiche und Leistungen, die durch ihre Seltenheit, durch ihr hohes Innovationspotenzial, durch einen hohen

personellen oder technischen Aufwand oder durch komplexe Behandlungsverfahren gekennzeichnet sind; für die Zuordnung müssen mindestens drei der genannten Kriterien erfüllt sein, wobei immer aber das der Seltenheit vorliegen muss; Art. 1 Abs. 1 zweiter und dritter Satz IVHSM). Hauptzweck der Koordinations- bzw. Konzentrationsbestrebungen bildet die Erhöhung der Qualität und des Nutzens für die Patientinnen und Patienten bei gleichzeitig optimalem Mitteleinsatz in der Gesundheitsversorgung (Schweizerische Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren [GDK], Erläuternder Bericht zur IVHSM vom 14. März 2008, S. 19). Dabei setzt die Gewährleistung eines bestimmten Qualitätsniveaus der hochspezialisierten medizinischen Leistung in manchen Fällen eine Mindestfallzahl pro klinischem Zentrum voraus (in Verbindung mit Mindestanforderungen an Kompetenzen und Infrastruktur; a.a.O. S. 6 und 19). So hat das Beschlussorgan der IVHSM etwa die Leistungsvergabe für die Leber-, die Pankreas- und die Oesophagusresektion u.a. mit der jeweiligen Auflage verbunden, dass am Standort des zugelassenen Zentrums mindestens zwölf Eingriffe pro Jahr durchgeführt werden ([BBl 2019 1489](#), [1493](#) und [1497](#)) (E. 6.3).

[9] Auch abgesehen von der dargelegten hochspezialisierten Medizin werden in der Schweiz zunehmend Mindestfallzahlen für Spitalbehandlungen gefordert (vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [C-5603/2017](#) vom 14. September 2018 E. 6–12 [zur Publikation vorgesehen] betreffend Mindestfallzahlen pro Operateur oder Operateurin). Verschiedene wissenschaftliche Studien belegen nämlich grundsätzlich einen Zusammenhang zwischen Fallzahlen und Qualität: Je mehr Fälle, desto höher die Qualität. Allerdings lässt sich bei den meisten Behandlungen kein exakter Schwellenwert ableiten, d.h. es können keine Aussagen darüber gemacht werden, ab welcher Fallzahl die Qualität deutlich steigt bzw. unterhalb welcher Fallzahl die Qualität eines bestimmten Eingriffs mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr genügt. Ebenso wenig liegen hinreichende Kenntnisse über Ursache und Kausalität vor. Dies spiegelt sich auch in der Praxis der Gesundheitsbehörden wider: Ein Ländervergleich der Mindestfallzahlen zeigt, dass deren Höhe bei gleichen Leistungen teilweise beträchtlich variiert (Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich, Gesundheitsversorgung 2015 [Akutsomatik, Rehabilitation, Psychiatrie], S. 17; CHRISTIAN PFISTER, Zusammenhang von Fallzahlen und Behandlungsqualität in Schweizer Akutspitälern, Masterarbeit an der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften, 2017, S. 1 und 72; [Bericht des Bundesrates vom 25. Mai 2016 zur Planung der hochspezialisierten Medizin: Umsetzung durch die Kantone und subsidiäre Kompetenz des Bundesrates](#), S. 20 f.; PETER JÜNI et al., IVHSM: Seltenheit als Kriterium für die Konzentration der hochspezialisierten Medizin, Executive Summary, 2014, S. 4 f.). Die Einführung von Mindestfallzahlen im Kanton Zürich auf den 1. Januar 2012 hat zu einer Konzentration der betreffenden Leistungen auf weniger Spitäler geführt, ohne dass für die Bevölkerung eine Versorgungslücke entstanden wäre (in den weitaus meisten Bereichen liegt die Mindestfallzahl pro Spital bei 10). So dürfen beispielsweise nur noch vier statt neun Anbieter im Kanton Lungentumore (Maligne Neoplasien des Atmungssystems) behandeln. Entsprechend haben sich bis 2014 die Fallzahlen bei den noch verbleibenden Spitälern merklich erhöht: Während noch 2010 Patienten in Spitälern behandelt wurden, welche lediglich zwei oder drei Lungentumore im Jahr operierten, verzeichnete 2014 das Spital mit den wenigsten Fällen 40 derartige Eingriffe (Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich, a.a.O., S. 17 f.) (E. 6.4).

[10] Der beschwerdeführenden SWICA ist insofern beizupflichten, als nach der Rechtsprechung der blosse Umstand, dass eine spezialisierte Klinik im Ausland über grössere Erfahrung auf dem betreffenden Fachgebiet verfügt, oder mit andern Worten höhere Fallzahlen ausweist, noch keinen medizinischen Grund im Sinne von Art. 34 Abs. 2 KVG abgibt (E. 2.3 und 2.4 hievor). Trotz angemessenem inländischen Therapieangebot den obligatorisch Versicherten die Wahlfreiheit einzuräumen, sich im Ausland von den medizinischen Koryphäen im jeweiligen Spezialgebiet behandeln zu lassen, würde das System der tarifvertraglich geprägten Spitalfinanzierung (Art. 49 KVG) gefährden. Dies wiederum könnte die Qualität der medizinischen Versorgung in der Schweiz beeinträchtigen ([BGE 134 V 330](#) E. 2.4 S. 333; [131 V 271](#) E. 3.2 S. 275 f.). Gleichartige Überlegungen hat denn auch der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) angestellt, als er sich mit der Frage nach der Rechtfertigung von Einschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs im Bereich der Spitalpflege und beim Einsatz medizinischer Grossgeräte auseinanderzusetzen hatte (Urteile vom 5. Oktober 2010 [C-512/08 Kommission gegen Frankreich](#), Slg. 2010 I-8833 Randnr. 29 ff.; vom 13. Mai 2003 [C-385/99 Müller-Fauré und van Riet](#), Slg. 2003 I-4509 Randnr. 72 ff., und vom 12. Juli 2001 [C-157/99 Smits und Peerbooms](#), Slg. 2001 I-5473 Randnr. 72 ff.) (E. 7.1).

[11] Ein bedarfsgerechtes medizinisches Leistungsangebot im eigenen Land ist ein hohes Gut. An der

Gerichtspraxis, Ausnahmen vom Territorialitätsprinzip nur mit grosser Zurückhaltung zuzulassen (vgl. die Darstellung der Präjudizien bei EUGSTER, Rechtsprechung, a.a.O., N. 7 zu Art. 34 KVG), ist deshalb auch bei sehr seltenen Therapien festzuhalten. Wird die Schwelle für die Kostenübernahme einer Auslandsbehandlung zu tief angesetzt, nimmt die Abwanderung von Patienten ins Ausland zu. Dem Beschwerdegegner ist insofern beizupflichten, als angesichts der geringen Anzahl von in der Schweiz durchgeführten Phalloplastiken nicht von einem nennenswerten «Medizinaltourismus» zulasten der obligatorischen Krankenversicherung gesprochen werden könnte. Von einer Gefährdung des Spitalfinanzierungssystems als solchem könnte ebenso wenig die Rede sein. Allerdings würden zunehmend ausserhalb der Landesgrenze erfolgende Eingriffe zwangsläufig Hand in Hand gehen mit einem rasanten Aderlass an inländischer Sach- und Fachkompetenz beim Penoidaufbau. Gerade bei seltenen Therapien lässt sich die im Vergleich zum Ausland einmal erlittene Einbusse an chirurgischer Exzellenz und Behandlungskapazität an Schweizer Kliniken nur mehr schwer rückgängig machen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners sind derartige, die öffentliche Gesundheit als Ganzes ins Blickfeld rückende Überlegungen zur Versorgungssicherheit in der Schweiz auch im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung (**BGE 134 V 330** E. 2.4 S. 334; **131 V 271** E. 3.2 S. 276) (E. 7.2).

[12] Die Vermeidung inländischer Versorgungslücken darf jedoch nicht zum Selbstzweck verkommen. Die Operationsfrequenz an Schweizer Kliniken kann sich bei einem bestimmten komplexen Eingriff tatsächlich auf einem so tiefen Niveau bewegen, dass sich die Frage aufdrängt, ob der jeweilige Operateur oder (vielmehr) das Operationsteam die erforderliche Erfahrung und Routine erlangen und aufrecht erhalten könne. Ist dies nicht der Fall, verkehrt sich die (vermeintliche) Versorgungssicherheit in ihr Gegenteil: Wenn das inländische Behandlungsangebot die Versicherten mangels spezifischer Praxis der beteiligten Chirurgen einem unzumutbaren Risiko aussetzt, liegt letztlich ebenso eine Versorgungslücke vor, wie wenn in der Schweiz überhaupt keine entsprechende Behandlungsmöglichkeit bestünde (E. 7.3).

[13] Die erwähnte Fallzahl von durchschnittlich 5,5 Phalloplastiken pro Jahr (sämtliche Schweizer Kliniken zusammengenommen) ist äusserst tief. Unabhängig davon steht die Komplexität der Phalloplastik (vgl. E. 3.2 und 5.3), die Wichtigkeit des Operationsresultats für die Betroffenen (E. 5.2) und das an sich schon nicht unerhebliche Komplikationsrisiko (E. 5.4) ausser Frage. Überdies verteilt sich das jährlich bloss etwa halbe Dutzend Eingriffe allenfalls noch auf mehrere Zentren (vorstehende E. 4 und 6.2). Unter diesen Umständen drängt sich die Frage, ob sich die betreffenden Operationsteams das unabdingbare Mindestmass an Routine überhaupt aneignen können, geradezu gebieterisch auf (E. 7.4).

[14] Weil bisher viel von Fallzahlen und Mindestfallzahlen die Rede war, gilt es Folgendes klarzustellen. Im vorliegenden Zusammenhang geht es weder um die gesamtschweizerische Planung noch um die (weitere) Konzentration der Phalloplastik auf einzelne oder ein einzelnes Zentrum (vgl. dazu E. 6.3). Ebenso wenig stellt sich unmittelbar die Frage nach einer weitgehend abstrakt festgesetzten Mindestfallzahl (wie in E. 6.4 dargelegt). Richtschnur für die hier zu beantwortende Rechtsfrage, ob die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten für die im Ausland durchgeführte Phalloplastik zu übernehmen habe, bildet allein die in E. 2.2 angeführte bisherige Rechtsprechung (**BGE 134 V 330** E. 2.2 S. 332; **131 V 271** E. 3.2 S. 275; RKUV 2003 Nr. KV 253 S. 229, K 102/02 E. 2; vgl. auch Urteil [9C\\_630/2010](#) vom 14. Oktober 2010 E. 3.2). Die Frage lautet somit: Birgt das entsprechende innerstaatliche Therapieangebot im Vergleich zur selben auswärtigen Behandlung wegen der hierzulande tiefen Operationsfrequenz derart höhere Komplikationsrisiken, dass mit Blick auf den angestrebten Heilungserfolg in der Schweiz nicht mehr von einer medizinisch verantwortbaren und zumutbaren, d.h. zweckmässigen Behandlung (Art. 32 Abs. 1 KVG) ausgegangen werden kann? Dabei beurteilt sich das Risiko eines Eingriffs nicht nach subjektiven Kriterien wie etwa der Angst vor einer Operation, sondern nach objektiven Gesichtspunkten (RKUV 2003 Nr. KV 253 S. 229, K 102/02 E. 3.2). Die Beantwortung der Rechtsfrage hat zudem konkret zu erfolgen. Es geht um die tatsächliche hiesige Situation im Gebiet der Phalloplastiken. Solange es für diesen Leistungsbereich an evidenzbasierten Studien mangelt, verbietet es sich jedenfalls, eine abstrakt festgelegte Mindestfallzahl zum Massstab zu nehmen. Denn wie bereits erwähnt (E. 6.4 hievore), können ohne spezifische Untersuchungen bei den meisten Behandlungen keine Aussagen darüber gemacht werden, unterhalb welcher Fallzahl die Operationsqualität mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr genügt (E. 7.5).

[15] Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, sind seitens der beschwerdeführenden SWICA nicht die geringsten Abklärungsmassnahmen zur Beantwortung der streitigen Rechtsfrage ersichtlich. In ihrer ablehnenden Verfügung



vom 21. März 2017 gab sie an, die Sache dem zuständigen Fachbereich der Generaldirektion zur Prüfung unterbreitet zu haben. Trotz wiederholter vorinstanzlicher Aufforderung, sämtliche relevanten Unterlagen einzureichen, fand auch diesbezüglich kein Aktenstück Eingang ins Dossier. Das kantonale Gericht seinerseits holte beim BFS die statistischen Daten über die Operationen zur Geschlechtsangleichung Frau-zu-Mann ein (E. 6.1 hievor in fine). Im Übrigen stellte es auf die Erwägungen im Entscheid des Kantonsgerichts Waadt (Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal) vom 9. Dezember 2015 und auf die von diesem eingeholte Expertise eines «Prof. W.» zu den operativen Eingriffen für die Angleichung eines Mannes zur Frau (Vagino- und Klitorisplastik) in der Schweiz und in Thailand ab (der genannte Entscheid [AM 67/09 – 4/2016](#) ist abrufbar unter <https://www.findinfo-tc.vd.ch/justice>) (E. 8.1).

[16] Indem die Vorinstanz ihre Feststellung, wonach in der Schweiz wegen der geringen Operationsfrequenz an den in Frage kommenden Institutionen nicht mehr von einer verantwortbaren und in zumutbarer Weise durchführbaren Behandlung gesprochen werden könne, einzig auf die in der Expertise von Prof. W. geforderten Mindestfallzahlen (zwei bzw. ein Fall pro Monat) stützt, verletzt sie Bundesrecht. Denn sowohl der angeführte Entscheid des Kantonsgerichts Waadt wie auch das bei Prof. W. eingeholte Gerichtsgutachten drehte sich offenkundig allein um die Frage einer Geschlechtsangleichung vom Mann zur Frau. Entscheidwesentliche Erkenntnisse für die entgegengesetzte Genitalangleichung lassen sich schon aus diesem Grunde weder anhand des Entscheids noch der Expertise gewinnen. Daran ändert nichts, dass sich Prof. W. an jener Stelle im Gutachten, wo von der postgradualen Weiterbildung unter Supervision eines einschlägig erfahrenen Chirurgen die Rede ist, nicht nur zur Vagino- und Klitorisplastik äusserte, sondern auch zu bestimmten Techniken der Angleichung Frau-zu-Mann und dort zum Teil sogar strengere Anforderungen stellte. Überdies vermag das unbesehene Abstellen auf die von Prof. W. ermittelten Mindestfallzahlen dem Erfordernis der *konkreten* Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse in der Schweiz (E. 7.5 hievor) ohnehin nicht zu genügen. Die vom Gutachter befragten Fachkollegen waren gemäss seinen Angaben gar nicht darüber orientiert, auf welches Land und auf welche Chirurgen sich die Expertise beziehen würde. Der – soweit ersichtlich – wenig methodischen Befragung von (nicht namentlich genannten) Fachspezialisten könnte hier jedenfalls selbst dann nicht entscheidende Bedeutung beigemessen werden, wenn sie in ihrer rein abstrakten Art und Weise auch Geschlechtsangleichungen von der Frau zum Mann im Blick gehabt hätte (E. 8.2).

[17] Aussagekräftiges ist dem vorliegenden Dossier auch sonst nicht zu entnehmen. Dies gilt etwa für die Angabe von Dr. B., er habe bei einem Patienten, bei dem nach Penoidaufbau-Operationen in der Schweiz schwere Komplikationen aufgetreten seien und hinsichtlich Form und Funktion kein akzeptables Ergebnis vorgelegen habe, ein neues Penoid bilden müssen (Stellungnahme zuhanden des Rechtsvertreters vom 31. August 2017). Andererseits lässt sich aus der Schlussbemerkung von BAUQUIS/PRALONG/STIEFEL für die hier zu beantwortende Frage ebenfalls nichts Zuverlässiges ableiten. Die Autoren vom CHUV schreiben, angesichts der zunehmenden Zahl von Patienten, die nach geschlechtsangleichenden Operationen im Ausland mit Komplikationen heimkehrten, sei es sehr wichtig, dass die Schweiz nach wie vor über kompetente Teams verfüge, die solche Behandlungen in einer Universitätsklinik anbieten könnten (a.a.O., S. 64 in fine). Weil die vorliegenden Akten eine abschliessende Beurteilung nicht zulassen, kommt die beschwerdeführende SWICA nicht darum herum, die bisher unterbliebenen Abklärungen nachzuholen. Ihre neue Verfügung über den Anspruch des Beschwerdegegners auf Kostenübernahme für die im Ausland durchgeführte Phalloplastik wird sich an den hierzulande erzielten Operationsresultaten zu orientieren haben. Allenfalls wird die Beschwerdeführerin den Fall dem BAG unterbreiten (vgl. dessen [Informationsschreiben vom 8. April 2008 an die KVG-Versicherer und ihre Rückversicherer über die medizinischen Behandlungen im Ausland](#), S. 2 in fine [abrufbar unter: [www.bag.admin.ch](http://www.bag.admin.ch)]). Es ist denn auch unverständlich, dass sich das Bundesamt im vorliegenden Verfahren mit keinem Wort vernehmen liess (E. 8.3).

## Kommentar

[18] Das im Krankenversicherungsgesetz (Art. 34 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung, KVG) verankerte *Territorialitätsprinzip* stellt – nach wie vor – einen äusserst wichtigen Grundsatz in der schweizerischen Krankenpflegeversicherung dar (vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung, [BBI 2016 8](#)). Diesem zufolge sind Leistungen grundsätzlich nur dann kassenpflichtig, wenn sie *in der Schweiz* erbracht werden (BGE [128 V 75](#), E. 3b). Indessen vermögen nur schwerwiegende Lücken im inländischen Behandlungsangebot (sog. Versorgungslücken) ein Abweichen vom Territorialitätsprinzip zu

rechtfertigen. So wird das Territorialitätsprinzip einerseits durch die bundesrätliche Ausnahmeregelung in Art. 36 der Verordnung über die Krankenversicherung ([KVV](#), SR 832.102) durchbrochen, die gestützt auf die Kompetenzdelegation in Art. 34 Abs. 2 KVG erlassen wurde, durch die Notwendigkeit einer Behandlung aufgrund eines Unfalls und andererseits durch die Leistungshilfe im Ausland im Rahmen des FZA und des EFTA-Übereinkommens.

[19] Das Eidgenössische Departement des Innern bezeichnet gemäss Art. 36 Abs. 1 KVV nach Anhören der zuständigen Kommission die Leistungen nach Art. 25 Abs. 2 KVG (Allgemeine Leistungen bei Krankheit) und 29 KVG (Mutterschaft), deren Kosten von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Ausland übernommen werden, wenn sie in der Schweiz nicht erbracht werden können. Ein Verzeichnis der Leistungen wurde bislang noch nicht erstellt (vgl. BGE [134 V 330](#), E. 2.1; BGE [131 V 271](#), E. 3.1). Im Informationsschreiben des BAG vom 8. April 2008 über die medizinische Behandlung im Ausland wurde dargelegt, dass es aufgrund des ständigen Fortschritts in der Medizin nicht möglich sei, eine Liste mit Leistungen, die in der Schweiz nicht erbracht werden können, zu erstellen.

[20] Eine Behandlung im Ausland kann nach Art. 34 Abs. 2 KVG konkret dann angebracht sein, wenn medizinische Gründe vorliegen, wobei der Begriff der medizinischen Gründe eng auszulegen ist (BGE [131 V 271](#), E. 3.2; BGE [134 V 330](#), E. 2.4). Medizinische Gründe sind i.d.R. gegeben, wenn Behandlungen eine hohe technische Spezialisierung erfordern, in der Schweiz nur selten Krankheitsbehandlungen vorgenommen werden (BGE [131 V 271](#), E. 3.2) oder mit unzumutbar langen Wartezeiten in der Schweiz zu rechnen ist. Kein medizinischer Grund liegt hingegen vor, wenn in der Schweiz eine allgemein anerkannte Behandlungsmethode existiert. Ebenfalls verneint wird ein medizinischer Grund i.S.v. Art. 34 Abs. 2 KVG, wenn die Vorteile der Behandlung im Ausland lediglich geringfügig und schwer abschätzbar oder sogar umstritten sind (BGE [134 V 330](#) E. 2.3; BGE [131 V 271](#) E. 3.2; K 44/06 E. 4.3).

[21] Um das Vorliegen eines medizinischen Grundes geltend zu machen, wird der Nachweis vorausgesetzt, dass entweder in der Schweiz überhaupt keine Behandlungsmöglichkeit besteht oder aber, dass im Einzelfall eine innerstaatlich praktizierte diagnostische oder therapeutische Massnahme im Vergleich zur Behandlungsalternative im Ausland für die betroffene Person erheblich höhere, wesentliche Risiken mit sich bringt und damit eine zumutbare, mithin zweckmässige Behandlung mit Blick auf den angestrebten Heilungserfolg in der Schweiz nicht gewährleistet ist. Eine Versorgungslücke ist gemäss der Rechtsprechung auch dann zu bejahen, wenn wesentliche Behandlungsrisiken mit dem Eingriff verbunden sind, die in der Schweiz deutlich höher sind als im Ausland (BGE [134 V 330](#), E. 2.2; BGE [131 V 271](#), E. 3.2). Das Risiko einer Behandlung beurteilt sich dabei nach objektiven Gesichtspunkten.

[22] Vorliegend nicht bestritten und entsprechend auch nicht Streitgegenstand des Verfahrens war, dass die Phalloplastik, wäre sie in der Schweiz vorgenommen worden, von der obligatorischen Krankenversicherung übernommen worden wäre. Nicht nur die Entfernung von Geschlechtsorganen gehört zu den Pflichtleistungen der Krankenkassen (BGE [114 V 153](#) und [114 V 162](#)), sondern auch die Konstruktion neuer Geschlechtsorgane (BGE [120 V 463](#), E. 5). In der Tat wird die Phalloplastik auch in der Schweiz (im Universitätsspital Basel und an einzelnen Lausanner Privatkliniken) durchgeführt (vgl. E. 4). Strittig ist hingegen, ob ein in der Schweiz erfolgter Penoidaufbau aufgrund zu geringer Operationsfrequenzen in den Schweizer Kliniken für den betroffenen Patienten im Vergleich zur auswärtigen Behandlungsalternative ein unzumutbares Risiko darstellt. Im Durchschnitt werden in der Schweiz nämlich lediglich 5,5 Phalloplastiken pro Jahr vorgenommen.

[23] Im folgenden Urteil ist nebst juristischer Expertise auch medizinische Fachkenntnis für die Beurteilung des Risikos von Belang. Die Phalloplastik ist ein äusserst komplexer Eingriff und nebst allgemeinen Risiken, die mit jeder Operation verbunden sind, können zahlreiche weitere medizinische Probleme auftreten. Konkrete Daten zur Häufigkeit der in E. 5.4 erwähnten Komplikationen gibt es aber nicht. Auch fehlen für die Schweiz konkrete Fallzahlen zur Prävalenz (Häufigkeit des Krankheitsbildes) der Gender-Dysphorie im Sinne einer Frau-zu-Mann-Transsexualität; auch für die umliegenden Länder sind die Angaben uneinheitlich (wie in E. 5.1 dargestellt).

[24] Im Bereich der hochspezialisierten Medizin zur gesamtschweizerischen Planung werden im Gesundheitswesen vermehrt Mindestfallzahlen für Spitalbehandlungen gefordert, die der Sicherstellung und Erhöhung der Behandlungsqualität und Patientensicherheit dienen. Mindestfallzahlen seien als Qualitätskriterium

international anerkannt ([Bericht des Bundesrates vom 25. Mai 2016, Planung der hochspezialisierten Medizin: Umsetzung durch die Kantone und subsidiäre Kompetenz](#), Ziff. 2.5.4). Gerade für eine kompetente Behandlung sehr seltener Erkrankungen bedarf es einer ausreichend hohen Fallzahl um ein Mindestmass an Routine zu gewährleisten, wobei aber kein exakter Schwellenwert bestimmt werden kann. Es fehlt insgesamt an spezifischen Untersuchungen, welche eine Aussage erlauben würden, unterhalb welcher Fallzahl die Operationsqualität mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr genügt.

[25] Grundsätzlich sind *Ausnahmen des Territorialitätsprinzips* nur mit grosser Zurückhaltung zuzulassen (BGE [134 V 330](#), E. 2.4; RBS-EUGSTER, Art. 34 Abs. 2 KVG N 5). Man fürchtet, dass bei einer zu tief angesetzten Schwelle die Abwanderung ins Ausland zunimmt oder die Qualität der medizinischen Behandlung in der Schweiz und die Spitalplanung negativ beeinträchtigt werden könnte (BGE [134 V 330](#), E. 2.4 m.H.). Mit dem Territorialitätsprinzip sind demnach Überlegungen zur Versorgungssicherheit in der Schweiz verbunden (BGE [134 V 330](#), E. 2.4 und BGE [131 V 271](#), E. 3.2), die sich auch in diesem Entscheid niedergeschlagen haben (vgl. E. 7.2 des vorliegenden Entscheids). Gleichzeitig relativiert das Bundesgericht, dass diese Überlegungen zur Versorgungssicherheit nicht zum Selbstzweck verkommen dürfen. Wenn nämlich die Fallzahlen derart gering sind, dass die spezifische Praxis fehlt und sich der Patient dadurch einem unzumutbaren Risiko aussetzt, bestehe gleichermassen eine Versorgungslücke, wie wenn überhaupt keine Behandlungsmöglichkeit in der Schweiz bestünde.

[26] Dieser Zwiespalt schlägt sich auch in der Beurteilung des Bundesgerichts nieder. Einerseits sei der erwähnte Durchschnittswert von knapp sechs Eingriffen pro Jahr als äusserst tief einzustufen, zumal sich diese geringe Anzahl Fälle auch noch auf mehrere Spitäler und Kliniken verteile. Das Bundesgericht weist im Entscheid auf wissenschaftliche Studien hin, die einen grundsätzlichen Zusammenhang zwischen Fallzahlen und Behandlungsergebnissen belegen – je mehr Fälle, desto höher die Qualität (E. 6.4). Gleichzeitig fehlt es aber für die Risikobeurteilung an evidenzbasierten Studien, die erlauben eine abstrakt festgelegte Mindestfallzahl zum Massstab nehmen zu können. Höhere Fallzahlen im Ausland vermögen für sich alleine noch keinen medizinischen Grund i.S.v. Art. 34 Abs. 2 KVG darzustellen, wie das Bundesgericht der Beschwerdeführerin SWICA hier beipflichtete (E. 7.1 des vorliegenden Entscheids).

[27] Zwar wird die Beschwerde teilweise gutgeheissen – die Frage, ob die Kosten der im Ausland vorgenommenen Phalloplastik von der Krankenversicherung zu übernehmen sind, bleibt letztlich jedoch unbeantwortet. Im Hinblick auf die politische Brisanz des Falles hat sich das Bundesgericht mit diesem Entscheid keineswegs dadurch exponiert, dass es eine spezifische Mindestfallzahl an Phalloplastiken als ausreichend beurteilt hätte. Die Richter stellen auch klar, dass es vorliegend nicht um die gesamtschweizerische Spitalplanung geht und auch nicht darum, die Phalloplastik-Operationen auf einzelne Kliniken zu konzentrieren (E. 7.5). Eine abschliessende Beurteilung sei mit den vorliegenden Akten nicht möglich, da die tatsächliche inländische Situation auf dem Gebiet der Phalloplastiken zu wenig berücksichtigt wurde.

[28] In ihrem Urteil kritisieren die Bundesrichter das Schwyzer Verwaltungsgericht, da es sich für die Beurteilung der Fallzahlen und des Risikos des Eingriffs einzig auf die Expertise eines Professors (Prof. W.) aus einem früheren Verfahren im Kanton Waadt gestützt hat, in welchem es damals um den umgekehrten Fall einer Geschlechtsangleichung (Mann-zu-Frau) gegangen sei, weshalb daraus keine wesentlichen Erkenntnisse gewonnen werden können und insbesondere nicht dem Erfordernis der konkreten Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse in der Schweiz zu genügen vermag. Die Vorinstanz verletzt damit Bundesrecht. Ebenso wird die SWICA Krankenversicherung kritisiert, da diese nicht die geringsten Abklärungsmassnahmen zur Beantwortung der strittigen Rechtsfrage vorgenommen hat. Gemäss Bundesgericht muss die SWICA Krankenversicherung bisher unterbliebene Abklärungen nachholen und hat sich für ihre neu zu erlassende Verfügung über den Anspruch des Beschwerdegegners auf Kostenübernahme für die im Ausland durchgeführte Phalloplastik an den in der Schweiz erzielten Operationsresultaten zu orientieren. Unter anderem sei das Bundesamt für Gesundheit (BAG) miteinzubeziehen, welches ebenfalls nicht von der Kritik des BGE verschont blieb, zumal es sich im vorliegenden Verfahren (unverständlicherweise) mit keinem Wort vernehmen liess.

University of Washington in den USA.

NATASCHA RIZZI, MLE, ist Anwältin bei Walder Wyss am Standort Zürich.

**Zitiervorschlag:** Daniel Donauer / Rizzi Natascha, Anwendungsbereich des Territorialitätsprinzips im Krankenpflegeversicherungsrecht, in: dRSK, publiziert am 5. August 2019

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

**EDITIONS WEBLAW**



**Weblaw AG** | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern

T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

**www.weblaw.ch**