

Der Grundsatz der Austauschbefugnis im Sozialversicherungsrecht



HARDY LANDOLT
PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Urkundsperson,
Glarus

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rechtsnatur der Austauschbefugnis
- III. Voraussetzungen der Austauschbefugnis
 1. Gesetzlicher Leistungsanspruch
 2. Substituierbare Leistung
 3. Funktionelle Gleichwertigkeit
 - a. Allgemeines
 - b. Hilfsmittel
 4. Schützenswerte Gründe
- IV. Inhalt der Austauschbefugnis
 1. Ersatz der effektiven Substitutionskosten
 2. Kein Ersatz von Ohnehinkosten
 3. Kein Ersatz von eingesparten Kosten
- V. Sachliche Austauschbefugnis
 1. Austauschbefugnis in der IV
 - a. Hilfsmittel
 - b. Eingliederungsmassnahmen
 - i. Medizinische Eingliederungsmassnahmen
 - ii. Berufliche Eingliederungsmassnahmen
 - c. Taggeld und Rente
 - d. Hilflosenentschädigung
 2. Austauschbefugnis in der AHV
 3. Austauschbefugnis in der EL
 4. Austauschbefugnis in der KV
 - a. Ambulante Leistungen
 - b. Stationäre Leistungen
 - c. Arzneimittel sowie Mittel und Gegenstände
- VI. Persönliche Austauschbefugnis
 1. Wahlfreiheit
 2. Selbstapplikation versicherter Leistungen
 3. Nicht anerkannte Leistungserbringer
 - a. Allgemeines
 - b. Persönliche Austauschbefugnis in der KV
 - i. Allgemeines
 - ii. Pflegende Angehörige

- VII. Zeitliche Austauschbefugnis
 1. Nachzahlung
 2. Besitzstandsgarantie
 3. Rückwirkung
- VIII. Räumliche Austauschbefugnis
 1. Interkantonale Wahlfreiheit
 2. Internationale Austauschbefugnis
 - a. Territorialitätsprinzip
 - b. Export von Versicherungsleistungen ins Ausland
 - c. Ersatzpflicht für im Ausland bezogene versicherte Leistungen
 - i. Nationale Ersatzpflicht
 - ii. Staatsvertragliche Ersatzpflicht
- IX. Schlussbetrachtung

I. Einleitung

Der Grundsatz der Legalität¹, der im Bereich sowohl der Eingriffs- als auch – mit gewissen Einschränkungen – der Leistungsverwaltung², insbesondere auch im Sozialversicherungsrecht, anwendbar ist, besagt, dass sich jedes staatliche Handeln auf eine genügende gesetzliche Grundlage abstützen muss. Bei regelmässig wiederkehrenden staatlichen Leistungen, insbesondere bei Sozialleistungen und Subventionen, bedarf es für den sachgerechten und rechtsstaatlich befriedigenden Einsatz der Mittel einer spezialgesetzlichen Normierung, die Voraussetzungen und Zweck dieser Leistungen detailliert umschreibt³.

Im Sozialversicherungsrecht kommt dem *Grundsatz der Legalität* eine zweifache Bedeutung zu. Einerseits dürfen keine Leistungen erbracht werden, die im Gesetz selbst nicht detailliert umschrieben sind. Andererseits dürfen vom Versicherten nur solche zumutbaren Verhaltensweisen verlangt oder Nachteile auferlegt werden, die im Gesetz selbst geregelt sind oder aus allgemein anwendbaren Rechtsgrundsätzen folgen. Besteht keine gesetzliche Grundlage für eine geltend gemachte Versicherungsleistung, stellt sich die Frage, ob und inwieweit sich dieser Mangel korrigieren lässt.

Der Autor ist Lehrbeauftragter an den Universitäten St. Gallen und Zürich für Haftpflicht-, Privat- und Sozialversicherungs- sowie Gesundheitsrecht, wissenschaftlicher Konsulent des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, sowie Rechtsanwalt und Notar, Glarus.

Der vorliegende Aufsatz stellt eine überarbeitete und erweiterte Fassung des Beitrages für die Festschrift von Erwin Murer dar.

¹ Vgl. Art. 5 Abs. 1 BV.

² Vgl. BGE 118 Ia 46 E. 5b.

³ *Ibid.*

Die sozialversicherungsrechtliche Reparaturwerkstatt hält ein paar Werkzeuge bereit, die eine fehlende gesetzliche Grundlage zu kompensieren vermögen. Der Richter kann zunächst feststellen, dass eine fehlende gesetzliche Grundlage Folge einer echten Lücke ist, und diese im Rahmen der *Lückenfüllung* korrigieren⁴. Eine verfassungs- beziehungsweise grundrechtswidrige Anspruchsgrundlage lässt sich sodann durch eine *verfassungs- beziehungsweise grundrechtskonforme Auslegung*⁵ beziehungsweise eine *vorfrageweise Überprüfung*⁶ korrigieren⁷. Besteht keine Anspruchsgrundlage, kann allenfalls gestützt auf den *Grundsatz von Treu und Glauben*⁸ eine Leistungspflicht eintreten oder bei gutem Glauben und grosser Härte ein *Rückerstattungsverbot*⁹ anwendbar sein.

Verfängt keiner dieser Rettungsanker, fragt es sich schliesslich, ob der Versicherte an Stelle einer gesetzlichen eine andere, nicht gesetzlich vorgesehene, aber gleichwertige Leistung beanspruchen kann¹⁰. Ob und inwieweit ein *Recht auf Austauschbefugnis* («droit à la substitution de la prestation» – «diritto alla sostituzione della prestazione») besteht, bildet Gegenstand des vorliegenden Aufsatzes. Die Austauschbefugnis betrifft in der Regel nur den Austausch gleichwertiger Leistungen beziehungsweise die Abgabeform (*sachliche Austauschbefugnis*)¹¹. Je nach Fall erweitert sich die Austauschproblematik um eine persönliche, zeitliche und räumliche Komponente, wenn der Leistungsaustausch einen nicht zugelassenen Leistungserbringer (*persönliche Austauschbefugnis*), eine weggefallene beziehungsweise neu hinzutretende Anspruchsgrundlage (*zeitliche Austauschbefugnis*) oder einen Bezug zum Ausland (*räumliche Austauschbefugnis*) aufweist.

⁴ Vgl. z.B. BGE 125 V 8 E. 3.

⁵ Siehe etwa zur grundrechtskonformen Auslegung BGE 126 V 70 E. 4c/aa–cc, 121 V 8 E. 6b, 119 V 255 E. 2, 118 V 206 E. 5b/c und 113 V 22 E. 4d.

⁶ Vgl. z.B. BGE 116 V 198 E. II/2/a.

⁷ Vgl. ERWIN MURER, Die verfassungskonforme Auslegung sozialversicherungsrechtlicher Leistungsnormen und das «Giesskannenprinzip»: ein ungelöster Konflikt, in: Martin Metzler/Stephan Fuhrer (Hrsg.), Festschrift des Nationalen Versicherungsbüros Schweiz und des Nationalen Garantiefonds Schweiz, Basel 2000, und DERSELBE, Grundrechtsverletzungen durch Nichtgewährung von Sozialversicherungsleistungen? Bemerkungen zu zwei Entscheidungen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, SZS 1995, 184 ff.

⁸ Grundlegend BGE 116 V 298 ff.

⁹ Vgl. Art. 25 ATSG.

¹⁰ Das Prinzip der Alternativermächtigung ist im Vertragsrecht anerkannt (vgl. Art. 71 Abs. 1 und Art. 72 OR sowie BGE 120 II 259 E. 4).

¹¹ Kann ein Hilfsmittel nur leihweise abgegeben werden, besteht gestützt auf den Grundsatz der Austauschbefugnis kein Anspruch auf Ersatz der Anschaffungskosten des selbst gekauften Hilfsmittels (vgl. Urteil EVG vom 2.5.2005 [H 294/03] E. 2.4).

II. Rechtsnatur der Austauschbefugnis

Das EVG ist der Auffassung, dass der Grundsatz der Austauschbefugnis einen *Teilaspekt des verfassungsmässigen Verhältnismässigkeitsgrundsatzes*¹² beziehungsweise einen *sozialversicherungsrechtlichen Rechtsgrundsatz*¹³ darstellt. Dahinter steht die Überlegung, dass es unverhältnismässig wäre, dem Versicherten Leistungen vorzuenthalten, auf die er zwar Anspruch hat, aber diese nicht geltend macht, sei es, weil entweder die Leistungsordnung den konkreten Verhältnissen zu wenig Rechnung trägt oder der Versicherte aus anderen Gründen den gesetzlichen Leistungen andere Leistungen vorzieht, die mit ersteren gleichwertig sind. Auf den Grundsatz der Austauschbefugnis kann sich der Versicherte sowohl bei der *erstmaligen Leistungszusprechung* als auch im *Revisions-*¹⁴ beziehungsweise *Wiedererwägungsverfahren* berufen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Verwaltung beim erstmaligen Entscheid über einen gewissen Spielraum verfügt. Dieser ist bei der Beurteilung der zweifellosen Unrichtigkeit zu berücksichtigen, weshalb der Grundsatz der Austauschbefugnis nur eingeschränkt gilt¹⁵.

Vereinzelte wurde höchstrichterlich festgehalten, dass der *Grundsatz der Austauschbefugnis* im Sozialversicherungsrecht *nicht allgemein anwendbar* ist¹⁶. Die widersprüchliche Haltung überzeugt in theoretischer Hinsicht nicht. Wenn der Grundsatz der Austauschbefugnis eine Konkretisierung eines Verfassungsgrundsatzes ist, dann gilt er in allen und nicht nur in bestimmten Sozialversicherungsbereichen, und ist ihm im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung immer Rechnung zu tragen. Nur dann, wenn die gesetzliche Leistungsordnung eine Substitution einer gesetzlichen Leistung ausdrücklich ausschliesst, besteht auf Grund des *Verbots der vorfrageweisen Überprüfung von Bundesgesetzen*¹⁷ keine Austauschbefugnis.

Der Grundsatz der Austauschbefugnis unterscheidet sich in funktioneller Hinsicht von der Auslegung und Lückenfüllung, der inzidenten Normenkontrolle und vom Grundsatz von Treu und Glauben. Der der Substitution zu Grunde liegende «Defekt» besteht nämlich nicht – wie bei der korrigierenden Auslegung und Lückenfüllung beziehungsweise inzidenten Normenkontrolle – in einer (ursprünglich) fehlerhaften Leistungsnorm beziehungsweise – wie beim

¹² Vgl. z.B. BGE 127 V 121 E. 2a, 126 V 330 = RKUV 2000, 288 E. 1a und 120 V 280 = SVR 1995 IV Nr. 44 E. 4a, sowie Urteile EVG vom 23.9.2004 (I 431/01) E. 3.1, vom 14.6.2004 (I 177/01) E. 4.1, vom 30.4.2004 (I 378/01) E. 3.1 und vom 10.7.1995 (H 283/94) E. 4c.

¹³ Vgl. Urteil EVG vom 15.12.2000 (I 389/99) E. 1a.

¹⁴ Vgl. Urteil BGer vom 20.2.2008 (9F_3/2007) E. 3.2 und 5.1.

¹⁵ Vgl. Urteil EVG vom 5.12.2006 (I 912/05) E. 3.3.

¹⁶ Vgl. z.B. BGE 127 V 121 E. 2a sowie Urteile EVG vom 21.3.2006 (I 736/04) E. 2.1 und vom 10.7.1995 (H 283/9) E. 4d.

¹⁷ Vgl. Art. 190 BV.

Vertrauensschutz – in einer fehlerhaften Anwendung einer rechtmässigen Leistungsnorm, sondern in einer Diskrepanz zwischen einer an sich rechtmässigen, aber im Hinblick auf die konkreten Verhältnisse zu undifferenzierten Leistungsnorm.

Die Korrektur dieser «unbefriedigenden» Leistungsnorm stellt einen atypischen Fall einer Füllung einer unechten Lücke dar¹⁸. Der Unterschied zwischen der unzulässigen unechten Lückenfüllung und der Anwendung der Austauschbefugnis liegt darin, dass die anzuwendende Norm nicht *per se*, sondern nur in bestimmten Einzelfällen zu unbefriedigenden Resultaten führt. Sofern in einem solchen Fall die *ratio legis* beachtet wird¹⁹, liegt die Austauschbefugnis noch innerhalb einer teleologischen und verfassungskonformen Auslegung.

III. Voraussetzungen der Austauschbefugnis

1. Gesetzlicher Leistungsanspruch

Ein «Austausch» von Leistungen setzt voraus, dass der Versicherte gestützt auf den im Beurteilungszeitpunkt bestehenden konkreten Sachverhalt entweder einen oder mehrere gesetzliche Leistungsansprüche geltend machen kann²⁰. Besteht kein gesetzlicher Anspruch, entfällt eine Austauschbefugnis von vornherein²¹. Der Versicherte, der sich auf den Grundsatz der Austauschbefugnis beruft, hat deshalb darzulegen, welche gesetzlichen Leistungen er zur Disposition stellt und dass die jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen, z.B. die Eingliederungswirksamkeit, erfüllt sind²².

Besteht überhaupt keine Anspruchsgrundlage oder ist eine bestimmte Anspruchsvoraussetzung nicht erfüllt, ist der Grundsatz der Austauschbefugnis nur anwendbar, wenn – in einem ersten Schritt – die fehlende Anspruchsgrundlage durch eine richterliche Lückenfüllung oder im Rahmen einer inzidenten Normenkontrolle, insbesondere durch einen

Rückgriff auf die Grundrechtsordnung²³, oder eine gesetzliche Austauschbefugnis korrigiert und hernach – in einem zweiten Schritt – mit einer nichtgesetzlichen Leistung ausgetauscht wird.

Ein *Austausch von verschiedenen Leistungskategorien* ist nicht zulässig. Im Rahmen der Austauschbefugnis können insbesondere der Hilfsmittelanspruch von Art. 21 Abs. 1 IVG (Hilfsmittel für die Ausübung der Erwerbstätigkeit oder der Tätigkeit im Aufgabenbereich) und derjenige von Art. 21 Abs. 2 IVG (Hilfsmittel für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontaktes mit der Umwelt oder für die Selbstsorge) nicht miteinander kombiniert beziehungsweise ausgetauscht werden. Hat der Versicherte mangels Erwerbstätigkeit oder einer Tätigkeit im Aufgabenbereich keinen Anspruch auf Hilfsmittel i.S.v. Art. 21 Abs. 1 IVG, entfällt diesbezüglich eine Austauschbefugnis²⁴.

2. Substituierbare Leistung

Der Grundsatz der Austauschbefugnis gestattet dem Versicherten, eine gesetzliche Leistung, die er auf Grund der konkreten Umstände beanspruchen könnte, durch eine andere, im Gesetz nicht vorgesehene Leistung zu substituieren. Der Versicherte kann daher nur eine oder mehrere gesetzliche Leistungen, auf die er auf Grund der konkreten Umstände einen Anspruch hätte, mit einer oder mehreren nichtgesetzlichen Leistungen substituieren. Keine substituierbare Leistung ist demgegenüber eine andere gesetzliche Leistung, deren Voraussetzungen der Versicherte nicht erfüllt. Die Substitutionsbefugnis kann von der Verwaltung für *Folgekosten*, z.B. Reparaturkosten, ausgeschlossen werden²⁵.

3. Funktionelle Gleichwertigkeit

a. Allgemeines

Die dem Versicherten an sich zustehende, von ihm aber nicht geltend gemachte gesetzliche Leistung und die von ihm beanspruchte, im Gesetz aber nicht vorgesehene, Leistung müssen gleichwertig sein. Die Gleichwertigkeit kann sich einerseits auf die Leistungsart (Geld- oder Sachleistung)²⁶

¹⁸ Siehe BGE 111 V 324 E. 2, wo die Austauschproblematik in Bezug auf nicht anerkannte Leistungserbringer noch unter dem Gesichtspunkt der unechten Lücke betrachtet worden ist.

¹⁹ Siehe *infra* Ziffer IV/3 zum Erfordernis der funktionellen Gleichwertigkeit.

²⁰ Statt vieler BGE 127 V 121 E. 2b.

²¹ Vgl. z.B. Urteil BGer vom 13.4.2007 (I 246/06) E. 4.

²² Vgl. z.B. BGE 127 V 121 E. 2b (Wegen des abschliessenden Charakters der Hilfsmittel können keine Beiträge an die allgemeinen Mehrkosten aus der Erstellung eines rollstuhlgängigen Hauses, sondern nur für gesetzliche Hilfsmittel, die nicht beansprucht werden, gewährt werden.), 120 V 277 E. 4 (kein Anspruch auf Leistungen gemäss Art. 13 IVG über das 20. Altersjahr hinaus) und Urteil EVG vom 23.10.1984 i.S. B. R. (I 40/84) E. 2b («Patterning»-Therapie stellt keine pädagogisch-therapeutische Massnahme im Vorschulalter i.S.v. Art. 19 Abs. 2 lit. c IVG dar.).

²³ Ein selbstständigerwerbender blinder Rechtsanwalt kann weder gestützt auf den Grundsatz «Eingliederung vor Rente» noch die verfassungsmässig geschützte Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit gegenüber der Invalidenversicherung einen Anspruch auf Abgabe von Gesetzestexten in Brailleschrift erheben (vgl. Urteil BGer vom 18.9.2009 [9C_493/2009] E. 5.2.1).

²⁴ Vgl. BGE 127 V 121 E. 2b.

²⁵ Vgl. Urteil BGer vom 25.2.2009 (9C_828/2008) E. 4.2.3 (Ziffer 14.05 HVI-Anhang, wonach die Vergütung von Reparaturkosten beim Einbau eines Treppenliftes an Stelle eines Treppenfahrstuhles ausgeschlossen ist, ist weder willkürlich noch verfassungs- oder gesetzeswidrig).

²⁶ Vgl. Art. 14 ff. ATSG.

oder den Zweck der jeweiligen Leistung (Erwerbs- oder Kostenersatz) beziehen. Die Rechtsprechung hat die Gleichwertigkeit eng definiert und verlangt eine *funktionelle Gleichwertigkeit*. Mit dem Grundsatz der Austauschbefugnis soll der «gleiche gesetzliche Zweck auf einem andern Weg oder mit andern Mitteln»²⁷ verfolgt werden. Von der *spezifisch austauschrechtlich relevanten Gleichwertigkeit* ist die Gleichwertigkeit als Anspruchsvoraussetzung einer gesetzlichen Leistung zu unterscheiden.

Für die Beurteilung der *umschulungsrelevanten Gleichwertigkeit von Validen- und Invalidenberuf* beispielsweise ist in erster Linie auf die miteinander zu vergleichenden Erwerbsmöglichkeiten im ursprünglichen und im neuen Beruf oder in einer dem Versicherten zumutbaren Tätigkeit abzustellen. Die Gleichwertigkeit ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu beurteilen. Mit zu berücksichtigen ist nicht nur der Gesichtspunkt der Verdienstmöglichkeit, sondern auch der für die künftige Einkommensentwicklung ebenfalls bedeutsame qualitative Stellenwert der beiden zu vergleichenden Berufe. Die annähernde Gleichwertigkeit der Erwerbsmöglichkeit in der alten und neuen Tätigkeit dürfte auf weite Sicht nur dann zu verwirklichen sein, wenn auch die beiden Ausbildungen einen einigermaßen vergleichbaren Wert aufweisen²⁸.

b. Hilfsmittel

Die Notwendigkeit der Hilfsmittelabgabe beurteilt sich im Hinblick auf den individuellen Funktionsausfall und den Zweck des fraglichen Hilfsmittels. Die in den jeweiligen Hilfsmittellisten vorgesehenen Hilfsmittelkategorien betreffen sowohl den privaten²⁹ und gewerblichen³⁰ als auch den medizinischen³¹ und nichtmedizinischen³² Bereich und dienen bestimmten Zwecken³³. Das EVG unterscheidet dabei den generellen Zweck einer Hilfsmittelkategorie vom spezifischen Zweck des einzelnen Hilfsmittels einer bestimmten Kategorie³⁴.

Die funktionelle Gleichwertigkeit beurteilt sich im Hinblick auf den *spezifischen Zweck des gesetzlichen Hilfsmittels*,

das vom Versicherten nicht beansprucht wird³⁵. Massgeblich ist dabei, dass das vom Versicherten beanspruchte oder bereits angeschaffte Hilfsmittel nicht nur unter den Voraussetzungen der unmittelbaren Gegenwart, sondern auch unter den Voraussetzungen, mit denen auf weitere Sicht gerechnet werden muss, die Funktion des dem Versicherten zustehenden und zur Substitution gestellten Hilfsmittels erfüllt³⁶.

Die *Voraussetzung der dauerhaften Substitution* wurde z.B. für einen Treppenlift³⁷, nicht aber für eine Rampe³⁸ im Zusammenhang mit der Überwindung des Weges zur Sonderschule als erfüllt erachtet. Dauerhaft ist auch ein Elektrobett-Einsatz im Vergleich zu einem Elektrobett³⁹. Verneint wurde die funktionelle Gleichwertigkeit in Bezug auf einen Elektrorollstuhl und einen Beitrag an Umbaukosten, da die von der Versicherten gewählte Variante des Hauszuganges nicht geeignet war, den Gebrauch eines Elektrorollstuhles auf längere Zeit zu verhindern⁴⁰.

Eine *funktionelle Zweckidentität* zwischen dem beanspruchten und dem gesetzlichen Hilfsmittel wird nicht verlangt⁴¹. Praxisgemäss genügt es, wenn das beanspruchte Hilfsmittel geeignet ist, den spezifischen Zweck des gesetzlichen Hilfsmittels zu erreichen. Ob es auch weiteren beziehungsweise anderen Zwecken dient, ist unerheblich. Ersetzt das vom Versicherten beanspruchte oder bereits angeschaffte Hilfsmittel aber Funktionen von Gegenständen, die auch ohne die Gesundheitsschädigung angeschafft worden wären, so kann dem Versicherten eine Kostenbeteiligung auferlegt werden⁴².

Die funktionelle Gleichwertigkeit bei der Substitution von mehreren Hilfsmitteln beurteilt sich dahingehend, «inwieweit die Ersatzlösung, gesamthaft betrachtet, notwendige Hilfsmittel in einfacher und zweckmässiger Ausführung ersetzt»⁴³. Die Eignung der Ersatzlösung beurteilt sich dabei im Hinblick auf die einzelnen Zwecke der zu substituierenden Hilfsmittel. Dient die Gesamtlösung anderen als invaliditätsbedingten Zwecken, geht sie im Standard über eine einfache und zweckmässige Ausstattung hinaus oder bewirkt sie zusätzliche Folgekosten, welche bei der Abgabe des Hilfsmittels oder bei entsprechenden Kostenbeiträgen nicht ent-

²⁷ BGE 126 V 330 = RKUV 2000, 288 E. 1a.

²⁸ Statt vieler BGE 124 V 108 E. 3b.

²⁹ Vgl. z.B. Ziff. 14.01 und 15.01 ff. Anhang HVI.

³⁰ Vgl. z.B. Ziff. 13.01 ff. Anhang HVI.

³¹ Vgl. z.B. Ziff. 1.01 ff. Anhang HVI.

³² Vgl. z.B. Ziff. 15.01 ff. Anhang HVI.

³³ Der Verordnungsgeber erwähnt den Benutzungszweck mitunter bei der jeweiligen Hilfsmittelkategorie, z.B. Selbstvorsorge oder Überwindung des Arbeitsweges, bzw. dem jeweiligen Hilfsmittel, z.B. notwendige Ergänzung einer medizinischen Eingliederungsmassnahme (vgl. z.B. Ziff. 4.05 Anhang HVI) oder wesentlich bessere Verständigung mit der Umwelt (vgl. Ziff. 5.07 Anhang HVI), ausdrücklich.

³⁴ Vgl. z.B. ZAK 1992, 362.

³⁵ Vgl. BGE 107 V 89 E. 2b. In diesem Fall wurde die funktionelle Gleichwertigkeit eines strassenverkehrstauglichen Elektrorollstuhls, auf den der Versicherte keinen gesetzlichen Anspruch hatte, und einem Rollstuhl für den Wohnbereich verneint.

³⁶ Vgl. BGE 111 V 215 E. 2d und 111 V 209 E. 2c.

³⁷ Vgl. BGE 111 V 209 E. 2c.

³⁸ Vgl. BGE 111 V 215 E. 2d.

³⁹ Vgl. Urteil EVG vom 23.9.2004 (I 431/01) E. 3.2.

⁴⁰ Vgl. BGE 127 V 121 E. 3c.

⁴¹ Vgl. z.B. BGE 107 V 89 E. 2b «... auch [Hervorhebung durch den Verfasser] die Funktion eines dem Versicherten an sich zustehenden Hilfsmittels».

⁴² Vgl. Art. 2 Abs. 2 HVA, Art. 6 Abs. 2 HVI, Art. 2 HVUV und Art. 21 Abs. 2 MVG.

⁴³ Vgl. BGE 127 V 121 E. 2b.

standen wären, so besteht kein Leistungsanspruch gestützt auf den Grundsatz der Austauschbefugnis⁴⁴. Gestützt auf den Grundsatz der Austauschbefugnis kann insbesondere nur ein Anspruch auf Ersatz der Kosten eines vertikalen Personenaufzugs zwischen Erd- und Obergeschoss, nicht aber zwischen Unter- und Dachgeschoss geltend gemacht werden⁴⁵.

4. Schützenswerte Gründe

Die Gründe, warum der Versicherte die gesetzliche Leistung nicht in Anspruch nimmt, können vielfältig sein. Im Regelfall wird er mit dem Leistungsangebot des Versicherers nicht einverstanden sein und bewusst auf die gesetzliche Leistung verzichten. Denkbar ist aber auch, dass andere, vom Willen des Versicherten unabhängige Gründe ihn dazu veranlassen, die gesetzliche Leistung nicht zu beanspruchen. In beiden Fällen fragt es sich, ob die Austauschbefugnis nur dann besteht, wenn der «Leistungsverzicht» aus schützenswerten Gründen erfolgt.

Im *Hilfsmittelrecht* wird das Vorliegen schützenswerter Gründe nicht geprüft. Es genügt, dass der Versicherte ein funktionell gleichwertiges Hilfsmittel beansprucht beziehungsweise bereits auf seine Kosten angeschafft hat. In den anderen Leistungsbereichen, z.B. im *Eingliederungsrecht*, macht die Rechtsprechung demgegenüber die Anwendung des Grundsatzes der Austauschbefugnis vom Vorliegen schützenswerter Gründe abhängig⁴⁶. Als schützenswerte Gründe fallen für den Hauspflegebereich etwa in Betracht: Wohnverhältnisse, welche die Verfügbarkeit von Pflegepersonal einschränken, das Fehlen von qualifiziertem Personal oder eine Unterstützung durch externe Hilfe, welche sich auf Grund bestimmter Erfahrungen als fragwürdig erwiesen hat⁴⁷, oder die Pflege eines todkranken Kindes durch die Eltern zuhause⁴⁸.

Im Interesse einer *einheitlichen Praxis* wäre es wünschenswert, wenn das Bundesgericht klarstellen würde, ob neben der funktionellen Gleichwertigkeit als zusätzliche und die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Austauschbefugnis einschränkende Voraussetzung schützenswerte Gründe vorliegen müssen. Der Sinn der Austauschbefugnis besteht darin, eine Leistungspflicht immer dann zu bejahen, wenn der gesetzliche Zweck mit anderen, vom Gesetz nicht vorgesehenen Mitteln erreicht werden kann. Besteht eine funktionel-

le Gleichwertigkeit zwischen der gesetzlichen Leistung und der Substitutionsleistung, ist der Beweggrund des Versicherten, weshalb er die gesetzliche Leistung nicht beansprucht hat, an sich irrelevant. Die Anwendung des Grundsatzes der Austauschbefugnis sollte deshalb nicht davon abhängig gemacht werden, ob für den Verzicht auf die gesetzliche Leistung besondere Gründe bestanden. Schützenswerte Gründe sind nur dann zu prüfen, wenn der Versicherte ausnahmsweise Anspruch auf Ersatz von im Vergleich zu den Kosten einer gesetzlichen Leistung höheren Substitutionskosten hat.

IV. Inhalt der Austauschbefugnis

1. Ersatz der effektiven Substitutionskosten

Die Austauschbefugnis vermittelt dem Versicherten einen *Anspruch auf Ersatz der Substitutionskosten*. Basis der zu ersetzenden Substitutionskosten sind die *gesetzlich versicherten Kosten*⁴⁹, insbesondere die Anschaffungskosten des Hilfsmittels, auf das der Versicherte an sich Anspruch hat⁵⁰. Liegen die Substitutionskosten unterhalb der gesetzlich versicherten Kosten, kann der Versicherte auf Grund des Bereicherungsverbots nur *Ersatz für die tieferen effektiven Substitutionskosten* beanspruchen. *Geringfügige Substitutionskosten*, z.B. die Kosten für die Anschaffung von Kopftüchern, sind nur dann nicht zu ersetzen, wenn der Versicherte diese Kosten ohnehin hätte tragen müssen⁵¹.

Stellt der Versicherte ein *erneutes Leistungsgesuch*, ist zu prüfen, ob die neu beantragte Leistung, sei es eine andere gesetzliche Leistung, sei es eine erneute Substitutionsleistung, bereits durch die früher gewährten Substitutionskosten abgegolten worden sind. Die Kosten für einen Hebelift zum Beispiel können nicht mehr übernommen werden, wenn dem Versicherten bereits früher die Kosten eines Patientenhebers im Badezimmer und an die Umbaukosten des EFH das Kostenäquivalent eines Deckenliftes vom Schlaf- ins Badezimmer gewährt worden sind⁵².

2. Kein Ersatz von Ohnehinkosten

Nach der Rechtsprechung sind die *Ohnehinkosten* bei den Substitutionskosten vollumfänglich in Abzug zu bringen⁵³.

⁴⁴ Vgl. BGE 127 V 121 E. 2b (betreffend bauliche Änderungen in der Wohnung).

⁴⁵ Vgl. Urteil BGer vom 3.6.2009 (8C_315/2008) E. 3.4.3.

⁴⁶ Vgl. BGE 126 V 330 = RKUV 2000, 288 E. 1a und 120 V 280 = SVR 1995 IV Nr. 44 E. 4b: «Damit bleibt nur mehr die letzte Voraussetzung für eine Zulassung der Austauschbefugnis im vorliegenden Fall zu prüfen, nämlich ob schützenswerte Gründe vorliegen, welche die Substitution des Leistungsansprechers zu rechtfertigen vermögen».

⁴⁷ Vgl. BGE 120 V 286 E. 4b.

⁴⁸ Vgl. Urteil EVG vom 5.8.1993 i.S. K.-L. E. 2c.

⁴⁹ Nur ausnahmsweise besteht ein Anspruch auf Ersatz von im Vergleich zu den Kosten einer gesetzlichen Leistung höheren Substitutionskosten (siehe dazu *infra* Ziffer VI/4/b).

⁵⁰ Statt vieler Urteile BGer vom 11.3.2008 (8C_127/2007) E. 2.3 und vom 13.4.2007 (I 246/06) E. 3.4 sowie EVG vom 14.6.2004 (I 223/02) E. 1.2.3.

⁵¹ Vgl. Urteil EVG vom 22.6.2004 (I 170/04) E. 4.

⁵² Vgl. Urteil EVG vom 16.12.2003 (I 514/02) E. 3.2.

⁵³ Vgl. Urteile EVG vom 29.11.2005 (I 521/05) E. 2.2 und vom 22.6.2004 (I 170/04) E. 4.

Eine Rohrmelkanlage zum Beispiel gehört für einen Landwirtschaftsbetrieb zum üblichen Einrichtungsstandard, was einerseits die Annahme eines Hilfsmittels und andererseits Substitutionskosten ausschliesst⁵⁴. Bei Neubauten können ferner keine Kosten für invaliditätsbedingte bauliche Änderungen gewährt werden, die von vornherein eingeplant und im Rahmen des ordentlichen Bauaufwandes ohne zusätzliche Kosten hätten verwirklicht werden können⁵⁵.

Ersetzt ein Hilfsmittel Gegenstände, die auch ohne Invalidität angeschafft werden müssen, so kann dem Versicherten eine Kostenbeteiligung auferlegt werden⁵⁶. Bei Bürostühlen beträgt der Selbstbehalt 600 Franken⁵⁷. Beansprucht der Versicherte eine gesetzliche Leistung, erhält er die *Anschaffungskosten minus Selbstbehalt* ersetzt. Im Hinblick auf die *gesetzliche Kostenbeteiligung* sollte auch bei den Substitutionskosten der Selbstbehalt nicht die gesamten Ohnehinkosten, sondern nur einen Teil der Ohnehinkosten umfassen, nicht zuletzt deshalb, weil eine Hilfsmittelinvalidität bereits dann vorliegt, wenn das Hilfsmittel Teile einer Funktion des menschlichen Körpers invaliditätsbedingt ersetzt⁵⁸.

3. Kein Ersatz von eingesparten Kosten

Bei Versicherten, die eine gesetzliche Leistung kostengünstiger erwerben oder denen Dritte diese unentgeltlich zur Verfügung stellen, sowie bei Versicherten, die eine gesetzliche Leistung, z.B. die Vornahme einer Operation, freiwillig verzichten, stellt sich die Frage, ob Ersatz für die eingesparten Kosten verlangt werden kann. Die eingesparten Kosten werden als *fiktive Kosten* bezeichnet, wenn weder beim Versicherten noch bei einem Dritten ein invaliditätsbedingter Mehraufwand entstanden ist. *Normative Kosten* sind demgegenüber *eingesparte Kosten trotz angefallenem Mehraufwand* beim Geschädigten oder einem Dritten. Unter haftpflichtrechtlichen Gesichtspunkten ist nur der normative Personenschaden⁵⁹, nicht aber der fiktive Personenschaden zu entschädigen⁶⁰.

⁵⁴ Vgl. Urteil EVG vom 29.11.2005 (I 521/05) E. 2.2.

⁵⁵ Vgl. Urteil BGer vom 19.7.2006 (I 54/06) E. 2.4 und BGE 104 V 88.

⁵⁶ Vgl. Art. 21 Abs. 3 IVG.

⁵⁷ Vgl. Urteile BGer vom 11.3.2008 (8C_127/2007) E. 5.4.2 und EVG vom 23.8.2000 (I 528/99) E. 4 und 5.

⁵⁸ Vgl. BGE 112 V 15 E. 1b.

⁵⁹ Siehe Urteile BGer vom 19.12.2005 (4C.337/2005) E. 3.3.2 und vom 26.3.2002 (4C.276/2001) E. 6b.

⁶⁰ Vgl. z.B. BGE 127 III 73 = AJP/PJA 2001, 723 (Bemerkungen von VITO ROBERTO) = ZBJV 2003, 43 (Bemerkungen von HEINZ HAUSHEER und MANUEL JAUN) E. 4 und 5 (Nichtersatzfähigkeit fiktiver Sachwiederherstellungskosten) und Urteile HGer ZH vom 06.11.1998 = ZR 2001 Nr. 31 (Nichtersatzfähigkeit fiktiver Marktwertwahrungskosten) und OGer LU vom 20.11.1985 i. S. *Bissig c. Alpina Versicherungs-Aktiengesellschaft* = CaseTex Nr. 15 = JdT 1986 I 459 Nr. 41 = SG Nr. 384 E. 4 (Eigenreparatur zu Selbstkosten eines ohnehin nicht in

Eine Ersatzpflicht für fiktive Kosten würde dem Zweck der Austauschbefugnis (Substitution einer gesetzlichen Leistung durch eine andere Leistung) zuwider laufen. Zudem besteht zwischen nicht beanspruchten gesetzlichen Leistungen und dem Ersatz eingesparter Kosten keine funktionelle Gleichwertigkeit. Entsprechend ist von der *Nichtersatzfähigkeit fiktiver Kosten* auszugehen. Bei den normativen Kosten, insbesondere den eingesparten Kosten bei einer Angehörigenpflege⁶¹, kann demgegenüber nicht von der generellen Nichtersatzfähigkeit ausgegangen werden. Einerseits besteht mitunter eine gesetzliche Leistungspflicht oder bejaht andererseits die Rechtsprechung eine Austauschbefugnis. Bei der Angehörigenpflege sehen z.B. die IV⁶², UV⁶³ und MV⁶⁴, nicht aber die KV⁶⁵ eine gesetzliche Leistungspflicht vor. Insofern stellt sich einzig bei der KV die Frage, ob eine persönliche Austauschbefugnis besteht⁶⁶.

V. Sachliche Austauschbefugnis

1. Austauschbefugnis in der IV

a. Hilfsmittel

Die sachliche Austauschproblematik stellte sich zunächst bei den Hilfsmitteln⁶⁷. Die einschlägigen gesetzlichen Regelungen verwenden das sogenannte *Listensystem*, wonach sich der Anspruch nur auf die im Gesetz selbst aufgeführten Hilfsmittel bezieht⁶⁸. Die Liste der von der Invalidenversicherung abzugebenden Hilfsmittel ist insofern abschliessend, als sie die in Frage kommenden Hilfsmittelkategorien aufzählt, wogegen bei jeder Hilfsmittelkategorie zu prüfen ist, ob die Aufzählung der einzelnen Hilfsmittel (innerhalb der Kategorie) ebenfalls abschliessend oder bloss beispielhaft ist⁶⁹.

Betrieb gewesenen Cars) sowie VPB 1999 Nr. 21 E. 3 (Nichtersatzfähigkeit fiktiver Reisekosten); ferner Urteil BGH vom 14.1.1986 (VI ZR 48/85) = MDR 1986 486 = NJW 1986 1538 E. I/1b (fiktive Operationskosten).

⁶¹ Vgl. Urteil BGer vom 26.3.2002 (4C.276/2001) E. 6b.

⁶² Vgl. BGE 120 V 280 E. 4a und b sowie Urteile EVG vom 11.10.1994 i.S. X = SVR 1995 IV 34 89 E. 2c und vom 5.8.1993 i.S. K.-L. E. 2c.

⁶³ Vgl. Art. 18 Abs. 2 UVV und Urteil EVG vom 14.7.2000 (U 297/99) E. 3c.

⁶⁴ Vgl. Art. 20 Abs. 1 MVG und Art. 12 MVV.

⁶⁵ Vgl. BGE 126 V 330 = RKUV 2000, 288 E. 1b. siehe ferner Urteil SozVersGer ZH 15.1.2008 (KV.2006.00067) E. 4.4 (nicht zugelassene Rehabilitationsklinik).

⁶⁶ Dazu *infra* Ziffer VI/3.

⁶⁷ Siehe Art. 21 IVG und HVI. Unter einem Hilfsmittel ist ein Gegenstand zu verstehen, dessen Gebrauch den Ausfall gewisser Teile oder Funktionen des menschlichen Körpers zu ersetzen vermag (BGE 112 V 15 E. 1b).

⁶⁸ Vgl. Art. 2 Abs. 1 HVI und Art. 1 Abs. 1 HVUV.

⁶⁹ Statt vieler BGE 117 V 177 E. 3b.

Das EVG hat im Hilfsmittelrecht der IV seit den 70er Jahren des vorigen Jahrhunderts den Grundsatz der Austauschbefugnis entwickelt⁷⁰. Unter Hinweis auf den Grundsatz der Austauschbefugnis entschied das EVG, dass der Versicherte, der auf ein gesetzlich vorgesehenes Hilfsmittel verzichtet und stattdessen ein anderes, mit ersterem gleichwertiges Hilfsmittel beansprucht beziehungsweise anschafft, Anspruch auf Kostenersatz hat⁷¹. Diese Gerichtspraxis hat 1989 zur *Kodifikation des Grundsatzes der Austauschbefugnis* geführt⁷².

Die Austauschbefugnis ist auch in Bezug auf *mehrere Hilfsmittel* anwendbar. Es ist dem Versicherten freigestellt, an Stelle der Anschaffung mehrerer Hilfsmittel eine Gesamtlösung zu treffen, welche als Ganzes einen Behelf im Sinne der Austauschbefugnis darstellt. Wählt er eine seinen *individuellen Bedürfnissen angepasste Gesamtlösung*, so beurteilt sich sein Anspruch danach, inwieweit die Ersatzlösung, gesamthaft betrachtet, notwendige Hilfsmittel in einfacher

und zweckmässiger Ausführung ersetzt⁷³. Bei baulichen Änderungen in der Wohnung oder im Eigenheim oder bei Neubauten ist überdies zu beachten, dass nur die eindeutig und einzeln umschriebenen baulichen Anpassungen einer Leistungszusprechung zugänglich sind. Wegen des abschliessenden Charakters dieser Kategorie der Hilfsmittel können aber keine Beiträge an die allgemeinen Mehrkosten aus der Erstellung eines rollstuhlgängigen Hauses gewährt werden⁷⁴.

b. Eingliederungsmassnahmen

i. Medizinische Eingliederungsmassnahmen

Der Grundsatz der Austauschbefugnis gilt sowohl für die berufliche als auch die medizinische Eingliederung. Die Praxis ist im Einzelnen unübersichtlich und widersprüchlich. So gilt die Austauschbefugnis – eingeschränkt – im Bereich von Art. 12 IVG⁷⁵, insbesondere im Anwendungsbereich von aArt. 4 IVV⁷⁶, nicht aber im Bereich von Art. 13 IVG⁷⁷ und in Bezug auf das Erfordernis des anerkannten Leistungserbringers i.S.v. Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG⁷⁸. Das EVG verneinte die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Austauschbefugnis ferner in Bezug auf medizinische Sonderschulmassnahmen⁷⁹.

⁷⁰ In den Urteilen *Gschwend* vom 24.7.1979 (ZAK 1979, 564) und *Furginé* vom 29.11.1979 (I 255/79) E. 2, hat das EVG festgehalten, dass der Versicherte, der auf eigene Kosten einen strassenverkehrstauglichen Elektrofahrrad gekauft hatte, Anspruch auf einen für den Strassenverkehr nicht zugelassenen Elektrofahrrad hat. Der Grundsatz der Austauschbefugnis wurde in der Folge im Urteil *Elsener* vom 27.3.1981 (BGE 107 V 89 E. 2b) konkretisiert und verallgemeinert. Die seitherige Rechtsprechung hat die Austauschbefugnis in zahlreichen Entscheiden angewendet, siehe z.B. BGE 130 V 360 E. 3 (Ringleitungsverstärker mit Tischmikrofon an Stelle FM-Anlagen), BGE 127 V 121 E. 3 (Hausanbau an Stelle Treppenlift und Elektrorollstuhl), 111 V 209 E. 2 (Treppenlift an Stelle Treppenfahrrad) und 111 V 215 E. 2d (Rampe an Stelle Treppenfahrrad) sowie ferner Urteile BGer vom 20.2.2008 (9F_3/2007) E. 3.2 und 5.1 (Vertikallift an Stelle Hebebühne/Treppenlift) vom 15.3.2007 (I 133/06) E. 6.2 (Übernahme eines elektrischen Türöffnungsantriebes für die Hauseingangstüre statt Ersetzen bzw. Verbreitern der Haustüre, abgelehnt) bzw. EVG vom 21.3.2006 (I 736/04) E. 2.5 (Hausanbau an Stelle Treppenlift), vom 23.9.2004 (I 431/01) E. 3.2 (Elektrobett-Einsatz an Stelle Elektrobett), vom 22.6.2004 (I 170/04) E. 3.2 (Kopftuch an Stelle Perücke), vom 15.12.2000 (I 389/99) E. 2 (Aussen-Vertikallift an Stelle Treppenlift), vom 21.12.1995 (I 171/95) E. 4 (keine Austauschbefugnis in Bezug auf den Neubau eines EFH an Stelle eines Treppenlifts), vom 26.11.1993 (I 290/92) E. 2b (Baby-Funk an Stelle einer fest eingebauten Lichtsignalanlage), vom 1.9.1992 (I 185/92) E. 2b (Elektroantrieb für den gewöhnlichen Fahrrad an Stelle Elektrofahrrad), vom 25.2.1987 (I 87/86) E. 2 (Kabinenlift an Stelle Treppenlift), vom 23.12.1986 (I 226/86) E. 2 (speziell angefertigte Badewanne an Stelle Badelift), vom 5.4.1982 (I 238/81) E. 2b (Kabinenlift an Stelle Treppenlift) und vom 21.4.1982 (I 799/81) E. 2c (Kabinenlift an Stelle Treppenlift), sowie ZAK 1986, 525 (Zahnbrücke an Stelle Zahnprothese) und ZAK 1988, 180 (batteriebetriebenes Schubgerät für einen gewöhnlichen Rollstuhl an Stelle eines Elektrorollstuhls).

⁷¹ Siehe BGE 107 V 89 E. 2b.

⁷² Vgl. Art. 21^{bis} Abs. 1 IVG sowie Art. 2 Abs. 5 und Art. 8 Abs. 1 HVI.

⁷³ Vgl. BGE 127 V 121 E. 2b sowie Urteile BGer vom 8.9.2008 (9C_832/2007 und 9C_872/2007) E. 4 und EVG vom 21.3.2006 (I 736/04) E. 2.2.

⁷⁴ Vgl. BGE 127 V 121 E. 2b und Urteil BGer vom 8.9.2008 (9C_832/2007 und 9C_872/2007) E. 4 (Kosten des Architekten).

⁷⁵ Vgl. Urteil EVG vom 22.3.1989 (I 170/87) E. 3c (Anspruch auf Leistungen auf der Kostenbasis ambulanter Physiotherapie bejaht bei einer Versicherten mit Restlähmungen nach Kinderlähmung, welche im Lähmungsinstitut in Leukerbad eine Badekur absolviert hatte, wiewohl die Voraussetzungen für stationäre Physiotherapie nicht erfüllt waren).

⁷⁶ Vgl. BGE 120 V 280 E. 4 sowie Urteile EVG vom 14.6.2004 (I 177/01) E. 4.1 (Aufenthalt in Spielgruppe an Stelle von Hauspflege), vom 30.4.2004 (I 378/01) E. 3.1 (Aufenthalt in Spielgruppe an Stelle von Hauspflege) vom 11.10.1994 i.S. X = SVR 1995 IV 34 (89) E. 2c und vom 5.8.1993 i.S. K.-L. E. 2c sowie Urteil SozVersGer ZH vom 24.5.2005 (IV.2004.00428) E. 5 (Pflegermutter an Stelle Kinderspitex).

⁷⁷ Vgl. BGE 120 V 277 E. 4 (mit Bezug auf Leistungsverlängerung über das 20. Altersjahr hinaus); siehe aber Urteil VerwGer OW vom 30.11.2005 i. S. A. = OWVVG XVII Nr. 47 E. 7 (Skolioseoperation).

⁷⁸ Vgl. BGE 121 V 8 E. 5a (Die Mutter der Versicherten kann nicht als medizinische Hilfsperson anerkannt werden, und zwar auch dann nicht, wenn sie während des Krankenhausaufenthaltes ihres Kindes auf Geheiss des behandelnden Arztes und unter dessen Anleitung das Kind stillt.) sowie Urteile BGer vom 7.7.2010 (8C_81/2010) E. 7 und EVG vom 14.9.1993 (I 304/92) E. 4 (keine Austauschbefugnis bei einer medizinischen Eingliederungsmassnahme i.S.v. Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG, wenn Ehefrau Leistungen erbringt).

⁷⁹ Vgl. Urteil EVG vom 23.10.1984 (I 40/84a) E. 2c (Eltern, die eine sog. «Patterning-Therapie» durchführen).

Im Bereich der IV hat der Versicherte Anspruch auf Unterkunft und Verpflegung in der allgemeinen Abteilung, wenn die ärztliche Behandlung in einer Kranken- oder Kuranstalt erfolgt. Begibt sich der Versicherte in eine andere Abteilung, obwohl die Massnahme in der allgemeinen Abteilung durchgeführt werden könnte, so hat er Anspruch auf Ersatz der Kosten, die der IV bei einer *Behandlung in der allgemeinen Abteilung* entstanden wären⁸⁰.

ii. Berufliche Eingliederungsmassnahmen

Das EVG bejaht die Austauschbefugnis in den Fällen, in denen der Versicherte zwar nicht die gesetzlichen Leistungen beansprucht, aber *gleichwertige Eingliederungsbemühungen* unternimmt⁸¹. Der Grundsatz der Austauschbefugnis ist etwa dann anwendbar, wenn der Versicherte ohne invaliditätsbedingte Notwendigkeit eine Ausbildung wählt, die nicht gleichwertig i.S.v. Art. 17 IVG ist. In einem solchen Fall können im Umfang der eingesparten Kosten für eine gleichwertige Umschulungsmassnahme Beiträge geleistet werden⁸². Für die mutmassliche Umschulungsdauer sind zudem Taggelder zu bezahlen⁸³.

Der Versicherte, der infolge Invalidität die Vergütung der Taxikosten für die Fahrten zwischen seinem Wohnort und der von ihm besuchten Mittelschule beanspruchen könnte, den Schulweg aber nicht im Taxi zurücklegt, sondern von seinen Eltern mit dem Auto zur Schule gebracht und von dort abgeholt wird, hat Anspruch auf Übernahme der durch den Transport im elterlichen Fahrzeug tatsächlich anfallenden Mehrkosten durch die Invalidenversicherung⁸⁴.

c. Taggeld und Rente

Im Taggeld- und Rentenrecht spielt die Austauschbefugnis keine Rolle⁸⁵. Eine mit der Austauschproblematik vergleichbare Situation tritt dann ein, wenn der Versicherte über die Schadenminderungspflicht hinaus Massnahmen ergreift. In einem solchen Fall fragt es sich, ob der Versicherte berechtigt ist, seine Mehrleistung mit den eingesparten Versicherungsleistungen einzutauschen⁸⁶ und die – gesetzlichen – Leistun-

gen zu beanspruchen, die er beanspruchen könnte, wenn er (nur) seinen (minimalen) Pflichten nachgekommen wäre⁸⁷.

d. Hilflosenentschädigung

Bei der Hilflosenentschädigung spielt die Austauschbefugnis ebenfalls keine Rolle. Der Versicherte erhält eine pauschalierte Geldzahlung je nach der Höhe der Unfähigkeit, alltägliche Lebensverrichtungen ausführen zu können. Eine mit der Austauschproblematik vergleichbare Situation tritt – wie bei den Taggeld- und Rentenleistungen – dann ein, wenn der Versicherte über die Schadenminderungspflicht hinaus den invaliditätsbedingten Mehraufwand durch Eigenleistung kompensiert⁸⁸.

2. Austauschbefugnis in der AHV

Das EVG lehnte den Grundsatz der Austauschbefugnis im Bereich der Hilfsmittelversorgung der AHV seit je ab⁸⁹. In einem Entscheid von 1992 setzte sich das EVG erstmals mit der Austauschproblematik auseinander und befand, dass die Verwaltungspraxis, wonach Altersrentner den Fahrstuhl bei den ermächtigten Mietstellen zu beziehen hätten, keine gesetzeswidrige Einschränkung bewirke⁹⁰.

Drei Jahre später hielt das EVG unter Hinweis auf diesen Entscheid fest, dass «der Vorinstanz darin, dass es sich bei der Austauschbefugnis um einen im gesamten Sozialversicherungsrecht verankerten Grundsatz handle, nicht beige-pflichtet werden» könne⁹¹. Das EVG begründete seine ablehnende Haltung u.a. mit einem Hinweis auf die in Art. 4 HVA verankerte Besitzstandsgarantie und fand, dass diese Bestimmung «wohl einen gewichtigen Teil (ihrer) Berechtigung verlor, wenn auch für die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Altersversicherung die Austauschbefugnis gälte»⁹².

In jüngerer Zeit wurde die Austauschbefugnis im Hilfsmittelrecht der AHV trotz Fehlens von entsprechenden Bestimmungen in der HVA, wie sie die HVI vorsieht, bejaht⁹³. Begründet wird diese Praxisänderung damit, dass die rechtliche Ausgangslage in Bezug auf die Hilfsmittellisten in der Invaliden- und der Altersversicherung im Wesentlichen

⁸⁰ Vgl. Art. 14 Abs. 2 IVG und ferner Art. 15 Abs. 2 UVV.

⁸¹ Vgl. Urteile EVG vom 23.10.2000 (I 716/99) E. 2b und vom 3.8.1998 (I 348/97) E. 2. Ein Wechsel der beruflichen Tätigkeit im Rahmen der beruflichen Wiedereingliederung beurteilt sich nicht nach den Regeln des Grundsatzes der Austauschbefugnis (vgl. Urteil EVG vom 2.5.2000 i.S. K. S. [I 287/99] E. 4).

⁸² Vgl. Urteile EVG vom 23.10.2000 (I 716/99) E. 2b und VersGer SO vom 28.4.2003 (VSBES.2001.142) = SOG 2003 Nr. 38 E. 7e.

⁸³ Vgl. Urteil VerwGer LU vom 6.11.2007 (S 06 612, S 07 8 und S 07 560) E. 5c/aa.

⁸⁴ Vgl. BGE 120 V 288 E. 3c.

⁸⁵ Vgl. Urteil VerwGer LU vom 6.11.2007 (S 06 612, S 07 8 und S 07 560) E. 5c.

⁸⁶ Siehe dazu *infra* Ziffer V/3.

⁸⁷ In BGE 109 V 25 = ZAK 1983, 500 E. 3c wurde eine leistungserhöhende Aussergewöhnlichkeit bei einer Fusstickerin verneint.

⁸⁸ Siehe dazu *infra* Ziffer VI/2.

⁸⁹ Vgl. Urteile EVG vom 23.2.2005 (H 57/02) E. 2.2 f., vom 24.2.2000 (H 435/99) E. 2c, vom 10.7.1995 (H 283/94) E. 4c und vom 24.11.1992 (H 38/92) E. 5 (alle betreffend Hilfsmittelanspruch).

⁹⁰ Vgl. Urteil EVG vom 24.11.1992 (H 38/92) E. 5.

⁹¹ Urteil EVG vom 10.7.1995 (H 283/94) E. 4c.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Vgl. BGE 131 V 107 E. 3.4 (Elektorollstuhl) und Urteil EVG vom 4.5.2005 (H 199/01) E. 2.3.1 und 2.3.3 (orthopädische Einlagen und Schuhe).

die gleiche ist. Weder im einen noch im anderen Fall ist innerhalb einer Hilfsmittelkategorie die Wahl der konkret zu beanspruchenden Vorkehrung zwingend vorgeschrieben. Es bestehen deshalb keine normativen Anhaltspunkte, die für die Altersversicherung darauf schliessen liessen, dass die Austauschbefugnis grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangen könnte⁹⁴.

3. Austauschbefugnis in der EL

Das EVG hat in einem Entscheid aus dem Jahr 2000 – in einem *obiter dictum* – die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Austauschbefugnis für die Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten bejaht⁹⁵. Nach der Auffassung des Bundesgerichts gilt der Grundsatz der Austauschbefugnis im Anwendungsbereich der Ergänzungsleistungen analog demjenigen im Krankenversicherungsrecht⁹⁶.

Mit der Einführung des Neuen Finanzausgleichs wurde die Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten kantonalisiert. Die Kantone haben von Bundesrechts wegen Kosten für zahnärztliche Behandlung, Kosten für Hilfe, Pflege und Betreuung zuhause sowie in Tagesstrukturen, Kosten für ärztlich angeordnete Bade- und Erholungskuren, Diätkosten, Kosten für Transporte zur nächstgelegenen Behandlungsstelle, Hilfsmittel und die Kostenbeteiligung nach Artikel 64 KVG zu vergüten⁹⁷.

Diese Aufzählung war in der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Regelung abschliessend und ist es auch *de lege lata*⁹⁸. Die Kantone sind aber berechtigt, Art und Umfang der ersatzfähigen Kosten innerhalb der vorerwähnten Kostenkategorien zu bestimmen⁹⁹, müssen aber den bundesrechtlichen Grundsatz der Austauschbefugnis beachten. Zudem können sie freiwillig andere Kostenkategorien im kantonalen Recht vorsehen.

4. Austauschbefugnis in der KV

a. Ambulante Leistungen

Die Rechtsprechung verneint eine Austauschbefugnis im ambulanten Bereich¹⁰⁰. Begründet wird der Ausschluss damit, dass die beliebige Wahl zwischen Privat- und Kassentarif nicht nur den Zielen des Tarifschutzes zuwiderlaufen, sondern auch die freie Wahl der Leistungserbringer beein-

trächtigen würde¹⁰¹. Beim Erbringen von ambulanten Pflichtleistungen nach KVG sind insbesondere *Zusatzhonorare* als Folge des Tarifschutzes verboten¹⁰² beziehungsweise nur für *echte Mehrleistungen* zulässig, die über den Leistungsumfang der obligatorischen Krankenpflegeversicherung hinausgehen¹⁰³.

Der Ausschluss der Austauschbefugnis gilt insbesondere für *ambulante Pflegeleistungen*¹⁰⁴. Diese umfassen die Spitex- und Heimpflege sowie die Pflege durch freiberuflich tätige zugelassene Pflegefachpersonen¹⁰⁵. Wählt der Versicherte, aus welchen Gründen auch immer, eine nicht zu den gesetzlichen Pflichtleistungen gehörende Pflege und Behandlung, entfällt der Anspruch¹⁰⁶. Dem Pflegebedürftigen steht insbesondere kein Anspruch auf die für den Fall eines Spitalaufenthaltes vorgesehenen Leistungen zu, solange die im Pflegeheim gewährte Pflege den tatsächlichen Bedürfnissen entspricht¹⁰⁷.

Diese höchstrichterliche Zurückhaltung wurde mittlerweile gelockert. Einen ersten Schritt in Richtung Anerkennung des Grundsatzes der Austauschbefugnis im ambulanten Bereich der KV machte das EVG durch die Möglichkeit einer Austauschbefugnis gestützt auf eine *reglementarische Grundlage*¹⁰⁸. Später wurde eine *Austauschbefugnis im Verhältnis zwischen der Spitex- und der Heimpflege* anerkannt¹⁰⁹. Diesbezüglich besteht eine Austauschbefugnis zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Massnahmen insoweit, als der Versicherte bei der Wahl der nichtwirtschaftlichen Massnahme Anspruch auf Vergütung derjenigen Kosten hat, auf die er bei der Wahl der wirtschaftlichen Massnahme Anspruch hätte¹¹⁰. Ist die ambulante Pflege unzumutbar oder unwirtschaftlich, können keine Teilleistungen in der Höhe der hypothetischen stationären Pflegekosten verlangt werden¹¹¹.

Bei *Gleichwertigkeit von Spitex- und Heimpflege*, d.h. gleicher Wirksamkeit und Zweckmässigkeit, besteht keine absolute Wirtschaftlichkeitsgrenze in dem Sinne, dass

⁹⁴ Vgl. BGE 131 V 107 E. 3.4.3.

⁹⁵ Vgl. Urteil EVG vom 6.7.2001 (P 10/00) E. 2c. Siehe ferner Urteil EVG vom 19.1.2001 (P 26/00) E. 2b.

⁹⁶ Vgl. Urteil EVG vom 20.7.2005 (P 18/05) E. 3.4.

⁹⁷ Vgl. Art. 14 Abs. 1 ELG.

⁹⁸ Vgl. Urteil BGer vom 10.8.2009 (9C_84/2009) E. 4.4.

⁹⁹ Vgl. Art. 14 Abs. 2 ELG.

¹⁰⁰ Vgl. BGE 126 III 345 E. 3c und 111 V 324 E. 2a sowie Urteile EVG vom 12.10.2004 (K 140/02) E. 6.1 und BGer vom 8.6.2000 (5C.197/1999) E. 3c.

¹⁰¹ Vgl. z.B. BGE 126 III 345 E. 3c.

¹⁰² Vgl. Urteil EVG vom 15.4.2004 (K 5/03) E. 4.2.

¹⁰³ Vgl. BGE 130 I 306 E. 2.3, 126 III 345 E. 3b und 126 V 330 = RKUV 2000 288 E. 1b sowie Urteile EVG vom 20.10.1992 (K 166/91) E. 3b (keine Austauschbefugnis in Bezug auf Iscadorbehandlung als Nichtpflichtleistung) und vom 16.12.1991 (K 57/91) E. 2c sowie RKUV 1994, 68 E. 6a (Austauschbefugnis gilt nicht für Attend-Slips).

¹⁰⁴ Vgl. BGE 111 V 326 E. 2a und Urteil EVG vom 20.10.1992 (K 166/91) E. 3b.

¹⁰⁵ Vgl. Art. 25 Abs. 2 lit. a KVG, Art. 25a KVG und Art. 50 KVG sowie Art. 7 ff. KLV.

¹⁰⁶ Vgl. BGE 126 V 330 = RKUV 2000, 288, E. 1b.

¹⁰⁷ Vgl. BGE 126 V 344 E. 3a.

¹⁰⁸ Vgl. RKUV 1986, 154 und RKUV 1987, 10, sowie Urteil EVG vom 16.12.1991 (K 57/91) E. 2c.

¹⁰⁹ Vgl. BGE 126 V 334 E. 2.

¹¹⁰ Siehe BGE 126 V 334 E. 2 und 3 sowie Urteil EVG vom 11.5.2004 (K 95/03) E. 4.

¹¹¹ Vgl. Urteil EVG vom 11.5.2004 (K 95/03) E. 4.

ab einer bestimmten Kostendifferenz, beispielsweise 50%, generell ein grobes Missverhältnis zwischen Spitex- und Heimpflege anzunehmen ist¹¹². Bei Gleichwertigkeit von Spitex- und Heimpflege wurde der Anspruch auf Spitexleistungen bejaht bei Mehrkosten von 48%¹¹³ und verneint bei drei- bis viermal¹¹⁴ sowie fünfmal höheren Kosten¹¹⁵. In Fällen, in welchen sich die Spitexpflege als wirksamer und zweckmässiger erwies, wurde die Leistungspflicht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände bejaht bei 1,9-mal¹¹⁶ beziehungsweise 2,86-mal höheren Kosten¹¹⁷. War die Spitexpflege als erheblich wirksamer und zweckmässiger zu qualifizieren, was namentlich bei Versicherten zutrifft, die noch einer Erwerbstätigkeit nachgingen oder aktiv am gesellschaftlichen und sozialen Leben teilnehmen, wurde der Anspruch selbst in Fällen bejaht, wo die Spitexpflege bis zu 3,5-mal höhere Kosten verursachte¹¹⁸.

b. Stationäre Leistungen

Mit Bezug auf stationäre Leistungen bejaht das EVG demgegenüber eine Austauschbefugnis¹¹⁹. Dem Versicherten sind in Anwendung der Austauschbefugnis die Kosten zu entschädigen, welche der Versicherer hätte erbringen müssen, wenn sich der Versicherte als Kassenpatient hätte behandeln lassen¹²⁰. Die Austauschbefugnis gilt auch im *teilstationären Bereich*, insbesondere in der Tageschirurgie, da sich diesbezüglich die Verhältnisse bei Unterkunft, Verpflegung und Erholung nur durch die kürzere Dauer von der stationären Behandlung unterscheiden. Allerdings ist die Austauschbefugnis im teilstationären Bereich nur dann gegeben, wenn *gesonderte Sozialversicherungstarife* und -pauschalen für teilstationäre Behandlungen vereinbart oder behördlich erlassen worden sind¹²¹.

Voraussetzung für die Anwendung der Austauschbefugnis ist, dass das fragliche Spital sowohl die gesetzliche Leistung als auch die Substitutionsleistung erbringen konnte. Keine Austauschbefugnis besteht deshalb für die Kosten einer Sitzwache an Stelle der Kosten für Intensivkrankenpflege in einer nicht für Intensivkrankenpflege eingerichteten Klinik¹²². Als *Substitutionsleistungen* kommen zudem nur *Behandlungen nach bewährter Erkenntnis der medizini-*

schen Wissenschaft in Frage. Bei der Skolioseoperation nach Campbell handelt es sich (noch) nicht um eine anerkannte Behandlungsart, weshalb nur die Kosten einer Operation nach herkömmlicher Methode übernommen werden können¹²³.

Der Grundsatz der Austauschbefugnis gilt *nur bei einem Spitalaufenthalt*, nicht aber bei der *Unterbringung in einem Pflegeheim*¹²⁴. Fehlt sowohl die medizinische als auch die soziale Spitalbedürftigkeit¹²⁵, ist aber eine Heimpflegebedürftigkeit¹²⁶ vorhanden, die eine Umplatzierung vom Spital in ein Heim erforderlich macht, gewährte das EVG eine Übergangszeit von einem Monat¹²⁷. Mit In-Kraft-Treten der Neuen Pflegefinanzierung am 1.7.2010 besteht lediglich noch ein *Anspruch auf eine zweiwöchige Übergangspflege*¹²⁸. Diese beginnt mit der Zustellung der Mitteilung des Krankenversicherers an den Versicherten, einen weiteren Spitalaufenthalt nicht mehr tragen zu wollen, zu laufen¹²⁹.

c. Arzneimittel sowie Mittel und Gegenstände

Die Rechtsprechung verneint zwar grundsätzlich die Austauschbefugnis mit Bezug auf Arzneimittel, die weder in der Spezialitäten- noch der Arzneimittelliste aufgeführt sind, mit dem Hinweis, dass diese Listen abschliessend sind¹³⁰. Es bejaht aber dann eine Austauschbefugnis, wenn der Einsatz des nicht aufgeführten Arzneimittels eine *unumgängliche Vorbereitungsmassnahme* für die Durchführung einer Leistung

¹¹² Vgl. Urteil EVG vom 11.5.2004 (K 95/03) E. 2.2.

¹¹³ Vgl. RKUV 2001, 264 E. 2b.

¹¹⁴ Vgl. RKUV 2001, 19.

¹¹⁵ Vgl. RKUV 1999, 64.

¹¹⁶ Vgl. RKUV 2001, 179.

¹¹⁷ Vgl. Urteil EVG vom 02.12.2003 (K 33/02) E. 2.

¹¹⁸ Vgl. BGE 126 V 334 E. 3b.

¹¹⁹ Vgl. BGE 130 I 306 E. 2.2, 126 III 345 E. 3c und 115 V 38 E. 9b/aa und Urteil EVG vom 30.8.1999 (K 174/98) = AJP/PJA 2000, 1020 (Bemerkungen von UELI KIESER).

¹²⁰ Statt vieler BGE 126 III 345 E. 3c.

¹²¹ Vgl. Urteil EVG vom 12.10.2004 (K 140/02 und K 141/02) E. 7.1 f.

¹²² Vgl. Urteil EVG vom 7.5.2002 (K 41/01) E. 5b.

¹²³ Vgl. Urteil VerwGer OW vom 30.11.2005 i. S. A. = OWVVG XV VII Nr. 47 E. 2–7 (Skolioseoperation).

¹²⁴ Vgl. BGE 125 V 177 = RKUV 1999, 326 (siehe dazu die Urteilsbesprechung von DUC in: AJP/PJA 1999, 1002) und 124 V 362.

¹²⁵ Spitalbedürftigkeit ist einerseits dann gegeben, wenn die notwendigen diagnostischen und therapeutischen Massnahmen nur in einem Spital zweckmässig durchgeführt werden können, andererseits auch dann, wenn die Möglichkeiten ambulanter Behandlung erschöpft sind und nur noch im Rahmen eines Spitalaufenthaltes Aussicht auf einen Behandlungserfolg besteht. Dabei kann eine Leistungspflicht für den Spitalaufenthalt auch dann bestehen, wenn der Krankheitszustand des Versicherten einen solchen nicht unbedingt erforderlich macht, die medizinische Behandlung jedoch wegen besonderer persönlicher Lebensumstände nicht anders als im Spital durchgeführt werden kann (BGE 126 V 323 E. 2b und 120 V 206 E. 6a).

¹²⁶ Für psychiatrische Dauerpatienten gelten, auch wenn der Gesundheitszustand Schwankungen unterworfen ist, prinzipiell die Regeln für Pflegeheimpatienten, sofern nicht vorübergehende Verschlimmerungen des Leidens wieder eine Akutspitalbedürftigkeit bewirken (vgl. BGE 120 V 200 E. 6a und Urteil EVG vom 20.10.2006 [K 20/06] E. 3.1).

¹²⁷ Vgl. BGE 124 V 362 = RKUV 1999, 31 E. 2c. Siehe ferner Urteil EVG vom 27.12.2000 (K 11/00) E. 3.

¹²⁸ Vgl. Art. 26a Abs. 2 KVG.

¹²⁹ Vgl. Urteil EVG vom 27.12.2000 (K 11/00) E. 3.

¹³⁰ Vgl. Urteil EVG vom 8.8.2001 (K 123/00) E. 2d.

darstellt, die von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommen wird¹³¹.

Eine Austauschbefugnis wird ferner auch in Bezug auf die Verwendung aufgeführter Arzneimittel für von der Swissmedic nicht genehmigte medizinische Indikationen¹³² beziehungsweise in nicht vorgesehener Dosierung¹³³ abgelehnt. Eine *Austauschbefugnis für einen sogenannten. off-label-use* besteht, wenn für eine Krankheit, die für die versicherte Person tödlich verlaufen oder schwere und chronische gesundheitliche Probleme nach sich ziehen kann, wegen fehlender therapeutischer Alternativen keine andere wirksame Behandlungsmethode verfügbar ist; das Arzneimittel muss in einem solchen Fall einen hohen therapeutischen Nutzen haben¹³⁴.

VI. Persönliche Austauschbefugnis

1. Wahlfreiheit

Dem Versicherten steht keine verfassungsrechtliche¹³⁵, wohl aber eine *gesetzliche Wahlfreiheit unter den anerkannten Leistungserbringern* zu¹³⁶. Nimmt der Versicherte eine an sich gesetzliche Leistung von einem nicht anerkannten Leistungserbringer in Anspruch oder appliziert er sich selbst eine versicherte Dienstleistung, fragt es sich, ob eine persönliche Austauschbefugnis besteht.

2. Selbstapplikation versicherter Leistungen

Die Leistungspflicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erstreckt sich nicht auf *ärztliche Selbstbehandlungen*¹³⁷. Der *Selbstversorgungsmehraufwand* wird demgegenüber bei der Hilflosenentschädigung leistungserhöhend angerechnet, insbesondere bei einer unüblich auszuführenden Selbstpflege¹³⁸, wie das z.B. für das Ausräumen des Darms von Hand zutrifft¹³⁹.

3. Nicht anerkannte Leistungserbringer

a. Allgemeines

Die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Austauschbefugnis für gesetzliche Leistungen, die nicht von einem anerkannten Leistungserbringer, namentlich von Angehörigen, erbracht werden, wird von der Rechtsprechung in bestimmten Fällen bejaht, in anderen aber abgelehnt. In der IV gilt der Grundsatz der Austauschbefugnis z.B. im Hauspflegebereich, insbesondere in Bezug auf die Angehörigenpflege¹⁴⁰, nicht aber für andere medizinische Massnahmen, bei denen das Erfordernis des anerkannten Leistungserbringers i.S.v. Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG besteht¹⁴¹. Ebenso verneint wurde die Substitutionsfähigkeit im Recht der Sonderschulmassnahmen¹⁴² und im Hilfsmittelrecht¹⁴³.

b. Persönliche Austauschbefugnis in der KV

i. Allgemeines

Das EVG hatte unter der Herrschaft des KUVG¹⁴⁴ zu beurteilen, ob die fehlende Leistungsvoraussetzung der selbstständigerwerbenden Tätigkeit des Leistungserbringers im Rahmen einer Lückenfüllung oder gestützt auf den Grundsatz der Austauschbefugnis als gleichwohl gegeben betrachtet werden kann¹⁴⁵. Eine Kostenübernahme für die von einer un-

¹³¹ Vgl. Urteil EVG vom 11.5.1998 i. S. A. H. = RKUV 1998, 302 E. 3.

¹³² Vgl. BGE 130 V 532 = Pra 2006 Nr. 36 = SVR 2005 KV Nr. 15 E. 6.

¹³³ Vgl. BGE 131 V 349 E. 3.

¹³⁴ Vgl. BGE 131 V 349 E. 2.3 und 130 V 532 = Pra 2006 Nr. 36 = SVR 2005 KV Nr. 15 E. 6.

¹³⁵ Vgl. Urteil BGer vom 17.6.2005 (2P.73/2005) E. 5.

¹³⁶ Vgl. Art. 14 Abs. 3 IVG, Art. 41 KVG und Art. 10 Abs. 2 UVG.

¹³⁷ Vgl. BGE 133 V 416 E. 2–4.

¹³⁸ Vgl. BGE 121 V 88 E. 6b/c und 106 V 153 E. 2 sowie Urteile EVG vom 4.2.2004 (H 128/03) E. 3.1 und vom 3.2.1988 i.S. Sch. E. 2d.

¹³⁹ Vgl. Urteil EVG vom 3.2.1988 i.S. Sch. E. 2d.

¹⁴⁰ Vgl. BGE 120 V 280 E. 4a und b sowie Urteile EVG vom 11.10.1994 i.S. X = SVR 1995 IV Nr. 34 E. 2c und vom 5.8.1993 i.S. K.-L. E. 2c.

¹⁴¹ Vgl. BGE 121 V 8 E. 5a sowie Urteile BGer vom 7.7.2010 (8C.81/2010) E. 7 und EVG vom 14.9.1993 (I 304/92) E. 4.

¹⁴² Vgl. Urteil EVG vom 23.10.1984 (I 40/84a) E. 2c (Eltern, die eine sog. «Patterning-Therapie» durchführen) und AHI-Praxis 2000, 72 (keine Austauschbefugnis für nicht als Sonderschule zugelassene Volksschule).

¹⁴³ Vgl. AHI-Praxis 1999, 172 ff. (betreffend Abgabe und Anpassung von Hörgeräten durch Personen, die nicht im Besitze des Eidgenössischen Fachausweises als Hörgeräteakustiker sind).

¹⁴⁴ Im bis zum 31.12.1995 gültig gewesenen KUVG war der Hauspflegekostenersatzanspruch in Art. 12 Abs. 2 lit. b aKUVG geregelt. Die Kassen waren verpflichtet, die Kosten der von einem Arzt schriftlich angeordneten, durch medizinische Hilfspersonen vorgenommenen wissenschaftlich anerkannten Heilanwendungen zu tragen. Als medizinische Hilfspersonen wurde von einem Arzt angestelltes und unter seiner direkten Kontrolle arbeitendes Hilfspersonal verstanden, was nicht nur Unselbständigkeit des Hilfspersonals, sondern auch voraussetzte, dass das Hilfspersonal in räumlicher Nähe zum Arzt tätig war (vgl. BGE 114 V 270 E. 2a, 110 V 191, 107 V 48 E. 2 und 100 V 4 E. 2a sowie RKUV 1993, 105). Als medizinische Hilfspersonen galten ferner Masseur, Heilgymnasten, Physiotherapeuten, Krankenschwestern und -pfleger bezeichnet. Diese Hilfspersonen wurden jedoch krankenversicherungsrechtlich nur anerkannt, wenn sie ihren Beruf selbständig und auf eigene Rechnung ausübten (vgl. RKUV 1986, 481 E. 2b betreffend Familienangehörige, die diese Voraussetzungen erfüllen).

¹⁴⁵ Vgl. BGE 111 V 324.

selbstständig erwerbenden Gemeindefrankenschwester vorgenommene Hauspflege wurde unter Hinweis darauf, dass gemäss ständiger Praxis im Bereich der KV im Gegensatz zum übrigen Sozialversicherungsrecht keine Austauschbarkeit zwischen Pflicht- und Nichtpflichtleistung bestehe¹⁴⁶, verneint.

In einem neueren Entscheid wurde die bisherige Praxis bestätigt und festgehalten, dass der Grundsatz der Austauschbefugnis zwar auch im Bereich der Krankenversicherung gelte, aber nicht zu einem Austausch von Pflicht- durch Nichtpflichtleistungen führen dürfe. Dies wäre bei der Zulassung der Angehörigen- an Stelle der Spitexpflege jedoch der Fall, da es sich beim Erfordernis des anerkannten Leistungserbringers um eine nicht substituierfähige Leistungsvoraussetzung handle¹⁴⁷.

ii. Pflegende Angehörige

Nach der Rechtsprechung besteht die Leistungspflicht nach KVG nur dann, wenn *zugelassene Angehörige* die versicherten Leistungen erbringen¹⁴⁸. Die formelle Zulassung kann bei Angehörigen, welche die materiellen Zulassungsbedingungen erfüllen, nicht durch eine fingierte Zulassung als Leistungserbringer ersetzt werden. Denn erst mit der Zulassung als anerkannte Leistungserbringer werden die Pflegefachpersonen dem Wirtschaftlichkeitsgebot unterstellt, während sie vorher keine Pflicht zu ausschliesslich wirtschaftlichen Pflegeleistungen trifft¹⁴⁹.

Keine Umgehung des Zulassungserfordernisses stellt ferner die *Anstellung von pflegenden Angehörigen, die nicht im Besitz eines Pflegefachdiploms sind, durch eine zugelassene Spitex-Organisation* dar. In einem solchen Fall liegt eine entschädigungspflichtige Spitex- und nicht eine nicht versicherte Angehörigenpflege vor¹⁵⁰. Angehörige, die kein Pflegediplom oder einen Fachausweis im Sinne der Richtlinien «Mindestanforderungen an das Personal in der Grundpflege» des Spitex Verband Schweiz besitzen, dürfen relativ einfache Grundpflege und/oder Grundpflege in einfachen Situationen, nicht aber Behandlungspflege¹⁵¹ erbringen, müssen aber von der Spitex-Organisation hinreichend überwacht werden¹⁵².

¹⁴⁶ *Ibid.* Siehe ferner BGE 118 V 174 E. 2e und 114 V 270 E. 2.

¹⁴⁷ Vgl. BGE 126 V 330 = RKUV 2000, 288 E. 1b. Siehe ferner Urteil SozVersGer ZH 15.1.2008 (KV.2006.00067) E. 4.4 (nicht zugelassene Rehabilitationsklinik).

¹⁴⁸ Vgl. BGE 133 V 218 E. 6 sowie Urteile EVG vom 20.12.1999 i.S. X. = RKUV 2000, 77 (betreffend ärztliche Behandlung durch den Ehegatten) bzw. vom 20.12.1999 i.S. X. = RKUV 2000 82 (betreffend ärztliche Behandlung durch einen Elternteil).

¹⁴⁹ Vgl. Urteil BGer vom 10.5.2007 (K 141/06 und K 145/06) E. 5.2.

¹⁵⁰ Vgl. Urteile BGer vom 19.12.2007 (9C_597/2007) E. 5 und EVG vom 21.6.2006 (K 156/04) = RKUV 2006, 303 E. 4.

¹⁵¹ Vgl. Urteil BGer vom 19.12.2007 (9C_597/2007) E. 5.1.

¹⁵² Vgl. Urteil EVG vom 21.6.2006 (K 156/04) = RKUV 2006, 303 E. 4.2.

VII. Zeitliche Austauschbefugnis

1. Nachzahlung

Eine *Nachzahlung* von gesetzlichen Leistungen kann in der Regel innerhalb von fünf Jahren nach dem Ende des Monats, für welchen die Leistung geschuldet war, verlangt werden¹⁵³. Geschuldet ist die gesetzliche Leistung in dem Zeitpunkt, in dem die spezifischen Anspruchsvoraussetzungen in der Person des Versicherten erfüllt sind. Keine Nachzahlungspflicht besteht, wenn der Anspruch erst nach Wegfallen der Anspruchsgrundlage geltend gemacht wird. Der an einem Geburtsgebrechen leidende Versicherte, der vor Erreichen des 20. Altersjahrs von seinem gesetzlichen Leistungsanspruch keinen Gebrauch gemacht hatte, kann diesen nach Wegfallen der Anspruchsgrundlage nicht gestützt auf die Nachzahlungspflicht beanspruchen¹⁵⁴.

Die Mehrheit der Bundesrichter vertrat die Auffassung, dass eine Anspruchsgrundlage fehle, weshalb ein Austausch – unbekümmert um den Umstand, dass der Versicherte die nicht beanspruchten Leistungen angemeldet hatte – nicht in Frage komme. Die Minderheit wies darauf hin, dass Art. 13 Abs. 1 IVG im Verhältnis zu Art. 48 IVG *lex generalis* sei, eine Bejahung der Leistungspflicht zu keiner finanziellen Mehrbelastung der IV führe und die Bestimmungen von Art. 13 Abs. 1 IVG und Art. 3 GgV es nur verbieten, neu entstandene oder über die Volljährigkeit hinaus andauernde Leistungsansprüche zu substituieren¹⁵⁵.

Für die Austauschbarkeit von gesetzlichen Leistungen, die vor dem Beurteilungszeitpunkt hätten beansprucht werden können, sprechen gute Gründe:

- Der Versicherte kann auf gesetzliche Leistungen nur mittels einer schriftlichen Erklärung verzichten, blosses Stillschweigen genügt nicht¹⁵⁶. Verzichtet er nicht rechtsgültig, können gesetzliche Leistungen innerhalb der Verwirklichungsfrist entweder nachgefordert oder zur Substitution herangezogen werden.
- Der Versicherte ist über seine Rechte hinreichend aufzuklären und zu beraten¹⁵⁷. Die Austauschbefugnis ist ein Recht, über das der Versicherte aufgeklärt werden muss. Unterbleibt die Aufklärung, entsteht eine Leistungspflicht nach Massgabe des Vertrauensgrundsatzes¹⁵⁸.

¹⁵³ Vgl. z.B. Art. 48 IVG, Art. 51 UVG, Art. 14 MVG und Art. 24 ATSG.

¹⁵⁴ Vgl. BGE 120 V 277 E. 4.

¹⁵⁵ Siehe unveröffentlichtes Protokoll der Beratung des Gesamtgerichtes (ordentliche Besetzung) vom 1.3.1994 (G 1031/94 und I 30/93).

¹⁵⁶ Art. 23 ATSG lässt einen Verzicht sowie einen jederzeitigen Widerruf für die Zukunft zu. Ein Verzicht ist aber nur rechtswirksam, wenn er schriftlich erklärt und vom Versicherer bestätigt wird (vgl. Art. 233 Abs. 1 und 3 ATSG).

¹⁵⁷ Vgl. Art. 27 ATSG.

¹⁵⁸ Siehe BGE 131 V 472 E. 4 und 5.

Wird der Versicherte aufgeklärt, verzichtet aber nicht auf die Austauschbefugnis, kann er sie auch später geltend machen.

- Die *ratio legis* des Grundsatzes der Austauschbefugnis wird nicht beeinträchtigt, wenn noch nicht beanspruchte Leistungen zur Substitution herangezogen werden. Der Sozialversicherer wird nicht geschädigt, im Gegenteil begünstigt, da er die Kapitalzinsen infolge Aufschubs der Geltendmachung eingespart und Verzugszinsen für Nachzahlungen nur zeitlich aufgeschoben geltend gemacht werden können¹⁵⁹.
- Wieso soll eine früher zugesprochene Leistung trotz weggefallener Anspruchsgrundlage weiter beansprucht werden können, ein nicht geltend gemachter Anspruch nach dem Wegfallen der Anspruchsgrundlage rückwirkend aber nicht geltend gemacht werden können? Konsequenz wäre eine *Parallelität von Besitzstandsgarantie und zeitlicher Austauschbefugnis*.

2. Besitzstandsgarantie

Endet die Anspruchsberechtigung, sei es, weil der Versicherte aus einer Sozialversicherung ausscheidet oder in eine andere Sozialversicherung übertritt, sei es, weil die Anspruchsgrundlage aufgehoben wird, stellt sich die Frage nach der *Weitergeltung des früheren für den Versicherten vorteilhafteren Rechts*. Sofern und soweit eine *gesetzliche Besitzstandsgarantiebestimmung*, z.B. gestützt auf eine Koordinationsnorm¹⁶⁰, als Folge eines Übertrittsrechts von der Kollektiv- in die Einzelversicherung¹⁶¹ oder in Übergangsbestimmungen bei Gesetzesänderungen¹⁶², besteht, ist vom *Weiterbestand der bisherigen Leistungen beziehungsweise des bisherigen Leistungsniveaus* auszugehen. Eine gesetzliche Besitzstandsgarantie gilt insbesondere für Renten¹⁶³, Taggelder¹⁶⁴

¹⁵⁹ Vgl. Art. 26 Abs. 2 ATSG.

¹⁶⁰ Vgl. z.B. Art. 43^{bis} Abs. 4 AHVG.

¹⁶¹ Vgl. z.B. Art. 71 Abs. 1 KVG. Diese Bestimmung gewährt dem aus der Kollektivversicherung Austretenden das Recht, beim Übergang der Einzelversicherung überzutreten, womit er sich nicht anderweitig um Versicherungsschutz bemühen muss. Beim Wechsel von der Kollektiv- zur Einzelversicherung sind der übertretenden Person die gleichen Leistungen zu gewähren wie in der Kollektivversicherung. Ferner sieht Art. 71 Abs. 1 KVG vor, dass auf diesen gleichen Leistungen – mit Ausnahme des Falles der Höherversicherung – grundsätzlich keine neuen Vorbehalte angebracht werden dürfen (siehe dazu Art. 69 Abs. 1 KVG; vgl. BGE 127 III 235 E. 2c).

¹⁶² Vgl. z.B. Art. 102 Abs. 2 KVG und BGE 123 V 324 E. 3d. Siehe ferner zur Auslegung übergangsrechtlicher Besitzstandsgarantien BGE 122 V 6 E. 4a und 115 V 347 E. 1.

¹⁶³ Vgl. z.B. Art. 82 Abs. 1 ATSG und Art. 33^{bis} Abs. 1 AHVG sowie BGE 129 V 1 E. 2 (Zusatzrenten). Die Besitzstandsgarantie des Art. 33^{bis} Abs. 1 AHVG bezieht sich nicht auf den unter Anrechnung ausländischer Versicherungszeiten ermittelten Rentenbetrag (vgl. BGE 131 V 371 E. 3). Die Anpassung einer

und die Hilflosenentschädigung¹⁶⁵ sowie Hilfsmittel¹⁶⁶. Eine *allgemeine Besitzstandsgarantie*, insbesondere gestützt auf die Bundesverfassung oder die EMRK¹⁶⁷, existiert nicht; dauernden Bestand haben nur *wohlerworbene Rechte*¹⁶⁸.

3. Rückwirkung

Wird eine Anspruchsgrundlage neu eingeführt, gilt diese in der Regel *pro futuro* und können rückwirkend keine Leistungen beansprucht werden (*Verbot der echten Rückwirkung*)¹⁶⁹. Nach der sogenannten *unechten Rückwirkung* wird neues Recht – gestützt auf Sachverhalte, die früher eingetreten sind und noch andauern – für die Zeit seit Inkrafttreten (*ex nunc et pro futuro*) angewendet¹⁷⁰. Diese Art der Rückwirkung ist

laufenden Rente an neue Berechnungsgrundlagen rechtfertigt sich nur dann, wenn die in Frage stehende Rente eine reine Integritätsrente ist (vgl. BGE 115 V 308 E. 5a). Zivilstandswechsel, insbesondere Scheidung und Wiederverheiratung, erlauben demgegenüber eine Renten Anpassung ganz generell (vgl. BGE 126 V 226 E. 4).

¹⁶⁴ Vgl. BGE 129 V 305 ff., 126 V 193 E. 4, 120 V 177 ff. und 119 V 121 E. 4. Taggeldversicherungen nach KVG fallen mit der Vollendung des 65. Altersjahres nicht von Gesetzes wegen dahin. Die Versicherer sind aber befugt, die Taggeldversicherung für Personen, die das 65. Altersjahr vollendet haben, statutarisch einzuschränken oder aufzuheben. Besondere Regeln sind zudem hinsichtlich der Einstellung oder Reduktion laufender Versicherungsansprüche zu beachten (vgl. BGE 124 V 201 ff.).

¹⁶⁵ Vgl. Art. 43^{bis} Abs. 4 AHVG sowie BGE 133 V 569 ff. und 105 V 133 ff.

¹⁶⁶ Vgl. BGE 131 V 107 E. 5. Die Besitzstandsgarantie bezieht sich ohne sprachliche Einschränkung auf alle Hilfsmittel oder Ersatzleistungen gemäss Art. 21 f. IVG. Ein Hilfsmittel kann auch dann noch eine wesentliche Ergänzung einer medizinischen Eingliederungsmassnahme bilden, wenn diese bereits abgeschlossen ist und – unabhängig vom Alter – kein Anspruch nach Art. 12 IVG mehr besteht. Dies gilt selbst dann, wenn der Versicherte zwischenzeitlich das AHV-Rentenalter erreicht hat (vgl. BGE 119 V 225 E. 4).

¹⁶⁷ Vgl. BGE 122 V 338 E. 4c.

¹⁶⁸ Ein wohlerworbenes und damit unentziehbares Recht auf unveränderten Weiterbezug einer laufenden Rente besteht nur dann, wenn das Gesetz eine entsprechende Garantie vorsieht (vgl. BGE 112 V 387 E. 3d) bzw. die Statuten eine entsprechende Garantie vorsehen oder die Ansprüche ihren Grund in Umständen haben, die nach Treu und Glauben zu respektieren sind, wie das vornehmlich bei besonders qualifizierten Zusicherungen im Einzelfall zutreffen kann (vgl. BGE 113 V 301 E. 1a sowie RKUV 1985 Nr. K 627 132 und RSKV 1983 Nr. 552 234). Die finanziellen Ansprüche von Beamten werden nur dann zu wohlerworbenen Rechten, wenn das Gesetz die Beziehungen ein für alle Mal festlegt und von den Einwirkungen der gesetzlichen Entwicklung ausnimmt oder wenn mit dem einzelnen Anstellungsverhältnis verbundene Zusicherungen abgegeben werden (vgl. BGE 117 V 229 E. 4).

¹⁶⁹ Statt vieler Urteil BGER vom 23.6.2008 (2C_761/2007) E. 4.1.

¹⁷⁰ Vgl. BGE 122 V 6 E. 3a.

zulässig, sofern ihr nicht wohlerworbene Rechte¹⁷¹ oder ein bundesgesetzliches Verbot¹⁷² entgegenstehen. Ob einer neuen bundesgesetzlichen Bestimmung die Bedeutung unechter Rückwirkung zukommt, muss sich aus dem Wortlaut (insbesondere der Übergangsbestimmungen), der sinngemässen Auslegung oder durch Lückenfüllung ergeben¹⁷³.

Das Kreisschreiben über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (KHMI)¹⁷⁴ sieht diesbezüglich eine *zeitliche Pro-Rata-Austauschbefugnis* vor. Machen Versicherte, die vor dem 1. Januar 2008 ein Hilfsmittel auf eigene Kosten angeschafft haben, weil sie damals die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllten, nachträglich Leistungen der IV geltend, so können ihnen diese ab 1. Januar 2008 *pro rata temporis* gewährt werden, falls ein Anspruch nach neuem Recht besteht¹⁷⁵.

VIII. Räumliche Austauschbefugnis

1. Interkantonale Wahlfreiheit

Der Versicherte kann im Rahmen der gesetzlichen Wahlfreiheit grundsätzlich *alle in der Schweiz zugelassenen Leistungserbringer* und, sofern eine persönliche Austauschbefugnis besteht, auch nicht zugelassene Leistungserbringer auswählen. Besonderheiten bestehen bei der *obligatorischen Krankenpflegeversicherung*, da die Kosten von ambulanten Leistungen nur nach Massgabe der *Tarife am Wohn- oder Arbeitsort des Versicherten* beziehungsweise die Kosten von stationären Leistungen nur nach Massgabe der *Tarife am Wohnkanton des Versicherten beziehungsweise Standortkanton des Listenspitals* übernommen werden¹⁷⁶.

2. Internationale Austauschbefugnis

a. Territorialitätsprinzip

Das sogenannte *Territorialitätsprinzip*, wonach öffentliches Recht nur in dem Staat Rechtswirkungen entfaltet, der es erlassen, gilt für das gesamte öffentliche Recht einschliesslich des Sozialversicherungsrechts¹⁷⁷. Es bedeutet, dass staatliche Leistungen nur innerhalb des Staatsgebietes beansprucht werden können, nicht aber dass bei der Anwendung des Gesetzes keine Sachverhalte Beachtung finden dürften, die sich im Ausland verwirklichen¹⁷⁸.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ Vgl. z.B. BGE 114 V 150 E. 2b.

¹⁷⁴ Gültig ab 1.1.2008.

¹⁷⁵ Vgl. KHMI, 87.

¹⁷⁶ Vgl. Art. 41 KVG.

¹⁷⁷ Vgl. BGE 112 V 398 E. 1b.

¹⁷⁸ Vgl. Urteil EVG vom 15.1.2004 (C 175/01) E. 2.4. Siehe ferner BGE 129 V 102 E. 3 (Zwischenverdienst im Ausland).

b. Export von Versicherungsleistungen ins Ausland

Bei Versicherten, die während der Dauer eines schweizerischen Wohnsitzes Versicherungsleistungen beziehungsweise -anwartschaften begründet haben und ihren *Wohnsitz ins Ausland* verlegen, hängt der Umfang der Austauschbefugnis vom Ausmass einer *Exportpflicht* ab. Eine solche besteht grundsätzlich nur dann, wenn die jeweiligen sozialversicherungsrechtlichen Erlasse¹⁷⁹ oder ein Sozialversicherungsabkommen den Leistungsexport vorsehen. Im innereuropäischen Verhältnis verweist das FZA auf die Exportgarantie der Verordnung Nr. 1408/71. Entsprechend sind *Geldleistungen*, insbesondere auch Viertelsrenten¹⁸⁰, nicht aber Härtefallrenten der IV¹⁸¹, grundsätzlich exportierbar, soweit keine explizite Ausnahme besteht, wie das bei der Hilflosenentschädigung der Fall ist¹⁸². Bei *Sachleistungen* ist der Wohnsitzstaat zuständig, gegebenenfalls erfolgt eine *Leistungsaushilfe des Aufenthaltsstaats*¹⁸³.

c. Ersatzpflicht für im Ausland bezogene versicherte Leistungen

i. Nationale Ersatzpflicht

Werden von einem Versicherten mit Wohnsitz in der Schweiz *gesetzliche Leistungen im Ausland* beansprucht, stellt sich die Frage, ob als Folge der räumlichen Austauschbefugnis eine Ersatzpflicht der schweizerischen Sozialversicherung im Umfang der Leistungen besteht, die der Versicherte in der Schweiz hätte beanspruchen können.

Eine räumliche Austauschbefugnis besteht bei medizinischen Massnahmen¹⁸⁴, bei Eingliederungsmassnahmen¹⁸⁵

¹⁷⁹ Vgl. z.B. Art. 34 Abs. 2 KVG und Art. 36 KVV, die eine Kostenübernahme in Notfällen vorsehen. Ein Notfall liegt vor, wenn Versicherte bei einem vorübergehenden Auslandsaufenthalt einer medizinischen Behandlung bedürfen und eine Rückreise in die Schweiz nicht angemessen ist. Kein Notfall besteht, wenn sich Versicherte zum Zwecke dieser Behandlung ins Ausland begeben (vgl. Art. 36 Abs. 2 KVV und Urteil BGER vom 28.6.2007 [K 60/06] E. 4.2).

¹⁸⁰ Die Sozialversicherungsabkommen schliessen Rentenzahlungen ins Ausland bei einem Invaliditätsgrad von weniger als 50% in der Regel aus (vgl. Urteil EVG vom 18.3.2005 [I 275/02] E. 5.2). Siehe ferner Art. 29 Abs. 4 IVG.

¹⁸¹ Vgl. BGE 130 V 253 E. 2.3.

¹⁸² Vgl. BGE 132 V 423 E. 9.5.

¹⁸³ Vgl. Art. 36 Abs. 5 KVV.

¹⁸⁴ Vgl. Art. 34 Abs. 2 KVG und Art. 36 ff. KVV, Art. 4^{er} IVV, Art. 17 UVV und Art. 20 Abs. 2 UVV sowie Art. 5 aELKV. Die ergänzungsrechtliche entspricht der krankensicherungsrechtlichen Austauschbefugnis (vgl. Urteil BGER vom 20.7.2005 [P 18/05] E. 3.4).

¹⁸⁵ Vgl. Art. 9 Abs. 1 IVG, Art. 23^{bis} f. IVV und Art. 30 Abs. 2 UVV sowie ferner Urteile BGER vom 1.6.2010 (8C_800/2009) E. 2 und vom 12.3.2008 (I 601/06) E. 5.5 sowie EVG vom 1.6.2006 (I 135/04) E. 4, vom 5.11.2004 (I 760/01) E. 4 und vom 26.7.2002 (I 137/02) E. 3 und BGE 110 V 99 E. 2.

beziehungsweise arbeitsmarktlichen Massnahmen¹⁸⁶ und Taggeldern¹⁸⁷, bei Hilfsmitteln¹⁸⁸ sowie bei Transport- und Reisekosten¹⁸⁹ und auch bei Betriebsbeiträgen¹⁹⁰. Eine *Eingliederung im Ausland* setzt jedoch eine Eingliederungsmöglichkeit in der Schweiz beziehungsweise «*beachtliche Gründe*»¹⁹¹ voraus¹⁹². Die Höhe der ersatzfähigen Kosten wird in den einschlägigen Bestimmungen unterschiedlich festgelegt. Mitunter wird eine Ersatzpflicht bis *maximal dem Doppelten der in der Schweiz angefallenen Kosten* statuiert¹⁹³.

Nach Art. 34 Abs. 2 KVG i.V.m. Art. 36 Abs. 1 und 2 KVV ist eine entsprechende Leistungspflicht nur zu bejahen, wenn entweder ein *Notfall* vorliegt oder die – vom allgemeinen Leistungskatalog gemäss Art. 25 Abs. 2 und 29 KVG erfasste – medizinische Behandlung in der Schweiz nicht erbracht werden kann. In letzterem Fall schliesst das Fehlen der in Art. 36 Abs. 1 KVV vorgesehenen Liste die Anspruchsberechtigung nicht aus¹⁹⁴. Voraussetzung für eine Auslandbehandlung ist jedoch, dass die mögliche Behandlung in der Schweiz mit einem wesentlichen und deutlich hö-

heren Risiko verbunden ist als diejenige im Ausland¹⁹⁵. Bloss geringfügige, schwer abschätzbare oder gar umstrittene Vorteile einer auswärts praktizierten Behandlungsmethode, aber auch der Umstand, dass eine spezialisierte Klinik im Ausland über mehr Erfahrung im betreffenden Fachgebiet verfügt, vermögen für sich allein noch keinen «medizinischen Grund» i.S.v. Art. 34 Abs. 2 KVG abzugeben¹⁹⁶.

ii. Staatsvertragliche Ersatzpflicht

Eine Ersatzpflicht für im Ausland bezogene Dienstleistungen ergibt sich beim Fehlen einer innerstaatlichen Ersatzpflicht unter Umständen aus einer staatsvertraglichen Regelung, insbesondere gestützt auf die *Bestimmungen über die internationale Leistungsaushilfe*¹⁹⁷. Die (*passive*) *Dienstleistungsfreiheit*, wie sie der EG-Vertrag und die zu dessen Anwendung ergangene Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften regelt, bildet nicht Bestandteil des «*acquis communautaire*», welchen sich die Schweiz zu übernehmen verpflichtet hat. Das FZA sieht lediglich eine teilweise Liberalisierung von Dienstleistungen vor. Ein von einem Geburtsgebrechen betroffener Minderjähriger kann sich daher nicht auf diese Rechtsprechung berufen, um die Übernahme (eines Teils) der Kosten einer in Deutschland erfolgten ambulanten Behandlung zu beanspruchen¹⁹⁸.

IX. Schlussbetrachtung

Der Grundsatz der Austauschbefugnis berechtigt den Versicherten, eine gesetzliche Leistung mit einer anderen funktionell gleichwertigen Leistung zu tauschen. Nach der vorliegend vertretenen Meinung ist die Austauschbefugnis nicht davon abhängig, ob das Motiv, warum der Versicherte die gesetzliche Leistung nicht beanspruchte, schützenswert ist. Die Kosten einer funktionell gleichwertigen Substitutionsleistung können bis zur Höhe der Kosten der nicht beanspruchten gesetzlichen Leistung ersetzt werden.

Die Rechtsprechung verneint eine *sachliche Austauschbefugnis* in Bezug auf ambulante medizinische Massnahmen im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, bejaht sie aber in Bezug auf die anderen Leistungskategorien. Diese Ausnahme ist nicht gerechtfertigt; im Interesse einer einheitlichen Regelung sollte die Austauschbefugnis

¹⁸⁶ Vgl. Art. 59 ff. AVIG und BGE 112 V 397 E. 1a und b.

¹⁸⁷ Unter Geltung des KUVG bestand für die Zeit des Aufenthaltes im Ausland prinzipiell kein Anspruch der versicherten Person auf Taggelder, sofern ein solcher in den Statuten der jeweiligen Krankenkasse nicht vorgesehen war (vgl. BGE 118 V 50 E. 1). Das KVG hat am Territorialitätsprinzip, wie es unter dem KUVG gegolten hatte, grundsätzlich nichts geändert, weshalb dieses auch für die Krankentaggeldversicherung zu beachten ist (vgl. Urteil EVG vom 21.12.2006 [K 180/05] E. 2 und 3 und ferner RKUV 2001 Nr. KV 168 259 E. 2c). Das schweizerische UVG-Taggeld ist demgegenüber unabhängig von Art. 19 Abs. 1 lit. b Verordnung Nr. 1408/71 exportierbar (vgl. Urteil BGER vom 11.5.2010 [8C_468/2009] E. 5.2).

¹⁸⁸ Vgl. Rz 1027 KHMI. Zu beachten ist jedoch die gemäss Tarifvertrag vorgesehene Beschränkung auf Leistungserbringer, die über ein eidgenössisches oder ein gleichwertiges Diplom verfügen (vgl. Urteil VerwGer BE vom 29.3.2006 [IV 65755] = BVR 2006, 424 E. 5). Kann ein Hilfsmittel nur von der SAHB leihweise abgegeben werden, besteht keine Substitutionsbefugnis (vgl. Urteil EVG vom 2.5.2005 [H 294/03] E. 2.4).

¹⁸⁹ Vgl. Art. 90^{bis} IVV, Art. 20 Abs. 2 UVV und Art. 21 Abs. 1 UVV sowie Urteil EVG vom 7.2.2001 (I 539/99) E. 3b.

¹⁹⁰ Vgl. Urteil EVG vom 24.12.2004 (I 96/03) E. 4.1.

¹⁹¹ Vgl. Art. 23^{bis} Abs. 1 und 3 IVV. Der in Art. 9 Abs. 1 IVG verankerte Grundsatz der Gewährung von Eingliederungsmassnahmen (nur) in der Schweiz sowie die Konkretisierung der Ausnahmen in Art. 23^{bis} IVV schliessen eine (weitergehende) Austauschbefugnis generell aus (vgl. Urteil EVG vom 22.8.2000 [I 366/99] E. 3 und RKUV 1990 Nr. K 844 242 f. E. 3 und 1987 Nr. K 716 57 sowie Urteil SozVersGer ZH vom 13.2.2007 [IV.2006.00907] E. 3.3).

¹⁹² Das in Australien bessere Klima stellt keinen beachtlichen Grund dar (vgl. Urteil SozVersGer ZH vom 13.2.2007 [IV.2006.00907] E. 3.3).

¹⁹³ Siehe z.B. Art. 17 UVV.

¹⁹⁴ Vgl. BGE 128 V 75 E. 4b.

¹⁹⁵ Vgl. BGE 134 V 330 E. 2.2.

¹⁹⁶ Vgl. Urteile BGER vom 5.2.2009 (9C_1065/2008) E. 2.3 sowie EVG vom 12.8.2003 (K 7/03) E. 2.2, vom 23.6.2003 (K 102/02) E. 2 und vom 14.10.2002 (K 39/01) E. 1.3.

¹⁹⁷ Vgl. Art. 36 Abs. 5 KVV und BGE 132 V 46 E. 3 und 4.

¹⁹⁸ Vgl. BGE 133 V 624 E. 4.2 ff. und ferner Urteile BGER vom 30.12.2008 (9C_479/2008) E. 6.2 und vom 12.3.2008 (I 601/06) E. 6.5 ff. sowie EVG vom 27.6.2007 (I 187/06) E. 4, vom 1.6.2006 (I 135/04) E. 5 und vom 16.5.2006 (I 120/04) E. 6.

mit Bezug auf alle gesetzlichen Leistungen beansprucht werden können¹⁹⁹.

Eine ähnliche Zurückhaltung besteht in Bezug auf die *persönliche Austauschbefugnis* im Anwendungsbereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung. Die Verweigerung einer Ersatzpflicht, wenn der Versicherte ambulant eine *gesetzliche Leistung* durch nicht zugelassene Leistungserbringer ausführen lässt, überzeugt dann nicht, wenn der Zweck der gesetzlichen Leistung erfüllt wird oder keine zugelassenen Leistungserbringer, z.B. eine Kinder- oder Nachspitex, vorhanden oder zeitlich verfügbar sind. In letzterem Fall erhält der Versicherte, obwohl er versichert ist, keine Leistung. Bei der Pflege durch nicht zugelassene Angehörige kommt hinzu, dass in anderen Sozialversicherungszweigen eine gesetzliche Ersatzpflicht besteht und nicht zugelassene Angehörige von einer zugelassenen Spitexorganisation angestellt werden dürfen und deren Pflegeleistungen zu entschädigen sind, wenn sie *lege artis* erfolgt sind²⁰⁰.

Weniger streng ist die Rechtsprechung bei der *zeitlichen und der räumlichen Austauschbefugnis*. Der Versicherte kann bisherige Leistungen in der Regel trotz weggefallener Anspruchsgrundlage beanspruchen und zudem früher eingetretene Anspruchsvoraussetzungen bei einer neu in Kraft getretenen Anspruchsgrundlage geltend machen. Gesetzliche Leistungen werden zudem ins Ausland exportiert oder auch dann entschädigt, wenn der Versicherte diese aus schützenswerten Gründen im Ausland beansprucht hat.

Selon le principe de la légalité, seules les prestations prévues par la loi et les ordonnances correspondantes peuvent en principe être allouées à la personne assurée. La réglementation légale n'est souvent pas assez différenciée et l'on peut se demander si un assuré pourrait revendiquer une prestation qui ne figure pas dans la loi, mais qui est équivalente à une prestation prévue par la loi. Le présent article se demande si et dans quelle mesure un tel droit à la substitution de la prestation («Recht auf Austauschbefugnis» – «diritto alla sostituzione della prestazione») existe quant à l'objet, à la personne, au temps et à l'espace.

(trad. LT LAW-TANK, Berne)

¹⁹⁹ Gleicher Meinung sind UELI KIESER in: AJP/PJA 2000, 1020, und CHRISTIAN CONTI, Zusatzhonorar des Arztes und KVG, in: AJP/PJA 2001, 1148, 1157.

²⁰⁰ Vgl. Urteil BGer vom 19.12.2007 (9C_597/2007) E. 5.