

# Sozialversicherungsrechtliche Austauschbefugnis

HARDY LANDOLT

PD Dr. iur. LL.M., Lehrbeauftragter für Haftpflicht-, Privat- und Sozialversicherungs- sowie Gesundheitsrecht an den Universitäten St. Gallen und Zürich, wissenschaftlicher Konsulent des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt und Notar

## Inhaltsverzeichnis

|   |     |
|---|-----|
| Einleitung .....                                  | 392 |
| I. Austauschbefugnis .....                        | 393 |
| 1. Austauschbefugnis in der IV .....              | 393 |
| a) Hilfsmittel .....                              | 393 |
| b) Eingliederungsmassnahmen.....                  | 395 |
| i. Medizinische Eingliederungsmassnahmen.....     | 395 |
| ii. Berufliche Eingliederungsmassnahmen .....     | 395 |
| c) Taggeld und Rente .....                        | 396 |
| d) Hilflosenentschädigung.....                    | 396 |
| 2. Austauschbefugnis in der AHV.....              | 397 |
| 3. Austauschbefugnis in der EL.....               | 397 |
| 4. Austauschbefugnis in der KV.....               | 398 |
| a) Ambulante Leistungen .....                     | 398 |
| b) Stationäre Leistungen.....                     | 400 |
| c) Arzneimittel sowie Mittel und Gegenstände..... | 401 |
| II. Rechtsnatur der Austauschbefugnis .....       | 402 |
| III. Voraussetzungen der Austauschbefugnis.....   | 403 |
| 1. Gesetzlicher Leistungsanspruch .....           | 403 |
| 2. Substituierbare Leistung .....                 | 404 |
| 3. Funktionelle Gleichwertigkeit .....            | 404 |
| a) Allgemeines .....                              | 404 |
| b) Hilfsmittel .....                              | 405 |
| 4. Schützenswerte Gründe .....                    | 407 |
| IV. Inhalt der Austauschbefugnis.....             | 408 |
| 1. Ersatz der effektiven Substitutionskosten..... | 408 |
| 2. Kein Ersatz von Ohnehinkosten .....            | 408 |
| 3. Kein Ersatz von eingesparten Kosten.....       | 409 |
| V. Schlussbetrachtung .....                       | 410 |

## Einleitung

Der Grundsatz der Legalität<sup>1</sup>, der im Bereich sowohl der Eingriffs- als auch – mit gewissen Einschränkungen – der Leistungsverwaltung<sup>2</sup>, insbesondere auch im Sozialversicherungsrecht, anwendbar ist, besagt, dass sich jedes staatliche Handeln auf eine genügende gesetzliche Grundlage abstützen muss. Die Rechtsprechung betont, dass es bei regelmässig wiederkehrenden staatlichen Leistungen, insbesondere bei Sozialleistungen und Subventionen, für den sachgerechten und rechtsstaatlich befriedigenden Einsatz der Mittel einer spezialgesetzlichen Normierung bedarf, die Voraussetzungen und Zweck dieser Leistungen detailliert umschreibt<sup>3</sup>.

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.

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* korrigieren<sup>4</sup>. Eine verfassungs- bzw. grundrechtswidrige Anspruchsgrundlage lässt sich sodann durch eine *verfassungs- bzw. grundrechtskonforme Auslegung*<sup>5</sup> bzw. eine *vorfrageweise Überprüfung*<sup>6</sup> korrigieren, wie der Jubilar in einem seiner zahlreichen Beiträge nachgezeichnet hat<sup>7</sup>. Besteht keine Anspruchsgrundlage kann allenfalls gestützt auf den *Grundsatz von Treu und Glauben*<sup>8</sup> eine Leistungspflicht eintreten oder bei gutem Glauben und grosser Härte ein *Rückerstattungsverbot*<sup>9</sup> anwendbar sein.

---

<sup>1</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 1 BV.

<sup>2</sup> Vgl. BGE 118 Ia 46 E. 5b.

<sup>3</sup> Vgl. BGE 118 Ia 46 E. 5b.

<sup>4</sup> Vgl. z.B. BGE 125 V 8 E. 3.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Vgl. z.B. BGE 116 V 198 E. II/2/a.

<sup>7</sup> Vgl. Erwin MURER (2000) *Die verfassungskonforme Auslegung sozialversicherungsrechtlicher Leistungsnormen und das «Giesskannenprinzip»: ein ungelöster Konflikt*, in: M. METZLER/S. FUHRER (Eds.) Festschrift des Nationalen Versicherungsbüros Schweiz und des Nationalen Garantiefonds Schweiz, Basel, und Erwin MURER (1995) *Grundrechtsverletzungen durch Nichtgewährung von Sozialversicherungsleistungen? Bemerkungen zu zwei Entscheiden des Eidgenössischen Versicherungsgerichts*, in: SZS, 1995, 184 ff.

<sup>8</sup> Grundlegend BGE 116 V 298 ff.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 25 ATSG.

Verfängt keiner dieser Rettungsanker, fragt es sich schliesslich, ob der Versicherte an Stelle einer gesetzlichen eine andere nicht gesetzlich vorgesehene, aber gleichwertige Leistung beanspruchen kann<sup>10</sup>. Ob und inwieweit ein *Recht auf Austauschbefugnis* («droit à la substitution de la prestation» – «diritto alla sostituzione della prestazione») besteht, bildet Gegenstand des vorliegenden Beitrags. Die Austauschbefugnis betrifft in der Regel nur den Austausch gleichwertiger Leistungen bzw. die Abgabebefugnis<sup>11</sup>.

Je nach Fall erweitert sich die Austauschproblematik um eine persönliche, zeitliche und räumliche Komponente, wenn der Leistungsaustausch einen nicht zugelassenen Leistungserbringer, eine weggefallene bzw. neu hinzutretende Anspruchsgrundlage oder einen Bezug zum Ausland aufweist. Aus Platzgründen befassen sich die nachfolgenden Ausführungen nur mit der sachlichen Austauschbefugnis.

## I. Austauschbefugnis

### 1. Austauschbefugnis in der IV

#### a) Hilfsmittel

Die Austauschproblematik stellte sich zunächst bei den Hilfsmitteln<sup>12</sup>. Die einschlägigen gesetzlichen Regelungen verwenden das sog. *Listensystem*, wonach sich der Anspruch nur auf die im Gesetz selbst aufgeführten Hilfsmittel bezieht<sup>13</sup>. 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 ist<sup>14</sup>.

Das EVG hat im Hilfsmittelrecht der IV seit den 70er Jahren des vorigen Jahrhunderts den Grundsatz der Austauschbefugnis entwickelt<sup>15</sup>. Unter Hin-

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

<sup>11</sup> 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 02.05.2005 [H 294/03] E. 2.4).

<sup>12</sup> Siehe Art. 21 IVG und HVI. Unter einem Hilfsmittel ein Gegenstand zu verstehen, dessen Gebrauch den Ausfall gewisser Teile oder Funktionen des menschlichen Körpers zu ersetzen vermag (BGE 112 V 15 E. 1b).

<sup>13</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 1 HVI und Art. 1 Abs. 1 HVUV.

<sup>14</sup> Statt vieler BGE 117 V 177 E. 3b.

<sup>15</sup> In den Urteilen Gschwend vom 24.07.1979 (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 Austausch-

weis 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 bzw. anschafft, Anspruch auf Kostenersatz hat<sup>16</sup>. Diese Gerichtspraxis hat 1989 zur *Kodifikation des Grundsatzes der Austauschbefugnis* geführt<sup>17</sup>.

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 ersetzt<sup>18</sup>. 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 werden<sup>19</sup>.

---

befugnis wurde in der Folge im Urteil Elsener vom 27.03.1981 (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 20.02.2008 (9F\_3/2007) E. 3.2 und 5.1 (Vertikallift an Stelle Hebebühne/Treppenlift) vom 15.03.2007 (I 133/06) E. 6.2 (Übernahme eines elektrischen Türöffnungsantriebes für die Hauseingangstüre statt Ersetzen bzw. Verbreitern der Haustüre, abgelehnt) bzw. EVG vom 21.03.2006 (I 736/04) E. 2.5 (Hausanbau an Stelle Treppenlift), vom 23.09.2004 (I 431/01) E. 3.2 (Elektrobett-Einsatz an Stelle Elektrobett), vom 22.06.2004 (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 01.09.1992 (I 185/92) E. 2b (Elektroantrieb für den gewöhnlichen Fahrstuhl an Stelle Elektrofahrstuhl), vom 25.02.1987 (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 05.04.1982 (I 238/81) E. 2b (Kabinenlift an Stelle Treppenlift) und vom 21.04.1982 (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).

<sup>16</sup> Siehe BGE 107 V 89 E. 2b.

<sup>17</sup> Vgl. Art. 21<sup>bis</sup> Abs. 1 IVG sowie Art. 2 Abs. 5 und Art. 8 Abs. 1 HVI.

<sup>18</sup> Vgl. BGE 127 V 121 E. 2b sowie Urteile BGer vom 08.09.2008 (9C\_832/2007 und 9C\_872/2007) E. 4 und EVG vom 21.03.2006 (I 736/04) E. 2.2.

<sup>19</sup> Vgl. BGE 127 V 121 E. 2b und Urteil BGer vom 08.09.2008 (9C\_832/2007 und 9C\_872/2007) E. 4 (Kosten des Architekten).

## 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 IVG<sup>20</sup>, insbesondere im Anwendungsbereich von aArt. 4 IVV<sup>21</sup>, nicht aber im Bereich von Art. 13 IVG<sup>22</sup> und in Bezug auf das Erfordernis des anerkannten Leistungserbringers i.S.v. Art. 14 Abs. 1 lit. a IVG<sup>23</sup>. Das EVG verneint die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Austauschbefugnis ferner in Bezug auf medizinische Sonderschulmassnahmen<sup>24</sup>.

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 wären<sup>25</sup>.

### ii. Berufliche Eingliederungsmassnahmen

Das EVG bejaht die Austauschbefugnis in den Fällen, in denen der Versicherte zwar nicht die gesetzlichen Leistungen beansprucht, aber *gleichwertige Eingliederungsbemühungen* unternimmt<sup>26</sup>. Der Grundsatz der Aus-

---

<sup>20</sup> Vgl. Urteil EVG vom 22.03.1989 (I 170/87) E. 3c (Anspruch auf Leistungen auf der Kostenbasis amulanter 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).

<sup>21</sup> Vgl. BGE 120 V 280 E. 4 sowie Urteile EVG vom 14.06.2004 (I 177/01) E. 4.1 (Aufenthalt in Spielgruppe an Stelle von Hauspflege), vom 30.04.2004 (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 05.08.1993 i.S. K.-L. E. 2c sowie Urteil SozVersGer ZH vom 24.05.2005 (IV.2004.00428) E. 5 (Pflegermutter an Stelle Kinderspitex).

<sup>22</sup> 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).

<sup>23</sup> 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.) und Urteil EVG vom 14.09.1993 (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).

<sup>24</sup> Vgl. Urteil EVG vom 23.10.1984 (I 40/84a) E. 2c (Eltern, die eine sog. «Patterning-Therapie» durchführen).

<sup>25</sup> Vgl. Art. 14 Abs. 2 IVG und ferner Art. 15 Abs. 2 UVV.

<sup>26</sup> Vgl. Urteile EVG vom 23.10.2000 (I 716/99) E. 2b und vom 03.08.1998 (I 348/97) E. 2. Ein Wechsel der beruflichen Tätigkeit im Rahmen der beruflichen Wiedereingliederung

tauschbefugnis 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 werden<sup>27</sup>. Für die mutmassliche Umschulungsdauer sind zudem Taggelder zu bezahlen<sup>28</sup>.

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 Invalidenversicherung<sup>29</sup>.

### c) Taggeld und Rente

Im Taggeld- und Rentenrecht spielt die Austauschbefugnis keine Rolle<sup>30</sup>. 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 einzutauschen<sup>31</sup> und die – gesetzlichen – Leistungen zu beanspruchen, die er beanspruchen könnte, wenn er (nur) seinen (minimalen) Pflichten nachgekommen wäre<sup>32</sup>.

### 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

---

beurteilt sich nicht nach den Regeln des Grundsatzes der Austauschbefugnis (vgl. Urteil EVG vom 02.05.2000 i.S. K. S. [I 287/99] E. 4).

<sup>27</sup> Vgl. Urteile EVG vom 23.10.2000 (I 716/99) E. 2b und VersGer SO vom 28.04.2003 (VSBES.2001.142) = SOG 2003 Nr. 38 E. 7e.

<sup>28</sup> Vgl. Urteil VerwGer LU vom 06.11.2007 (S 06 612, S 07 8 und S 07 560) E. 5c/aa.

<sup>29</sup> Vgl. BGE 120 V 288 E. 3c.

<sup>30</sup> Vgl. Urteil VerwGer LU vom 06.11.2007 (S 06 612, S 07 8 und S 07 560) E. 5c.

<sup>31</sup> Siehe dazu infra Ziffer IV/3.

<sup>32</sup> In BGE 109 V 25 = ZAK 1983, 500 E. 3c wurde eine leistungserhöhende Aussergewöhnlichkeit bei einer Fusstickerin verneint.

Schadenminderungspflicht hinaus den invaliditätsbedingten Mehraufwand durch Eigenleistung kompensiert<sup>33</sup>.

## 2. Austauschbefugnis in der AHV

Das EVG lehnte den Grundsatz der Austauschbefugnis im Bereich der Hilfsmittelversorgung der AHV seit je ab<sup>34</sup>. 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 bewirke<sup>35</sup>.

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 Grundsatz handle, nicht beigeplichtet werden» könne<sup>36</sup>. 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 verlöre, wenn auch für die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Altersversicherung die Austauschbefugnis gälte»<sup>37</sup>.

In jüngerer Zeit wurde die Austauschbefugnis im Hilfsmittelrecht der AHV trotz Fehlens von entsprechenden Bestimmungen in der HVA, wie sie die HVI vorsieht, bejaht<sup>38</sup>. Begründet wird diese Praxisänderung damit, dass die rechtliche Ausgangslage in Bezug auf die Hilfsmittellisten in der Invaliden- und der Altersversicherung im Wesentlichen die gleiche ist. Weder im einen noch im anderen Fall ist innerhalb einer Hilfsmittelkategorie die Wahl der konkret zu beanspruchenden Vorkehr zwingend vorgeschrieben. Es bestehen deshalb keine normativen Anhaltspunkte, die für die Altersversicherung darauf schliessen liessen, dass die Austauschbefugnis grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangen könnte<sup>39</sup>.

## 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

<sup>33</sup> Siehe dazu infra Ziffer IV/3.

<sup>34</sup> Vgl. Urteile EVG vom 23.02.2005 (H 57/02) E. 2.2 f., vom 24.02.2000 (H 435/99) E. 2c, vom 10.07.1995 (H 283/94) E. 4c und vom 24.11.1992 (H 38/92) E. 5 (alle betreffend Hilfsmittelanspruch).

<sup>35</sup> Vgl. Urteil EVG vom 24.11.1992 (H 38/92) E. 5.

<sup>36</sup> Urteil EVG vom 10.07.1995 (H 283/94) E. 4c.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Vgl. BGE 131 V 107 E. 3.4 (Elektrorollstuhl) und Urteil EVG vom 04.05.2005 (H 199/01) E. 2.3.1 und 2.3.3 (orthopädische Einlagen und Schuhe).

<sup>39</sup> Vgl. BGE 131 V 107 E. 3.4.3.

Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten gemäss aArt. 3d Abs. 1 lit. a–f ELG bejaht<sup>40</sup>. Seit der Einführung des Neuen Finanzausgleichs wurde die Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten kantonalisiert. Die Kantone sind verpflichtet, den Bezüglern einer jährlichen Ergänzungsleistung die ausgewiesenen Kosten u. a. für Hilfe, Pflege und Betreuung zu Hause sowie in Tagesstrukturen und Hilfsmittel zu entschädigen<sup>41</sup>. Personen, die auf Grund eines Einnahmenüberschusses keinen Anspruch auf eine jährliche Ergänzungsleistung haben, haben gleichwohl Anspruch auf die Vergütung der Krankheits- und Behinderungskosten, die den Einnahmenüberschuss übersteigen<sup>42</sup>.

#### 4. Austauschbefugnis in der KV

##### a) Ambulante Leistungen

Die Rechtsprechung verneint eine Austauschbefugnis im ambulanten Bereich<sup>43</sup>. 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 beeinträchtigen würde<sup>44</sup>. Beim Erbringen von ambulanten Pflichtleistungen nach KVG sind insbesondere *Zusatzhonorare* als Folge des Tarifschutzes verboten<sup>45</sup> bzw. nur für *echte Mehrleistungen* zulässig, die über den Leistungsumfang der obligatorischen Krankenpflegeversicherung hinausgehen<sup>46</sup>.

Der Ausschluss der Austauschbefugnis gilt insbesondere für *ambulante Pflegeleistungen*<sup>47</sup>. Diese umfassen die Spitex- und Heimpflege sowie die Pflege durch freiberuflich tätige zugelassene Pflegefachpersonen<sup>48</sup>. Wählt der Versicherte, aus welchen Gründen auch immer, eine nicht zu den gesetzlichen Pflichtleistungen gehörende Pflege und Behandlung, entfällt der Anspruch<sup>49</sup>. Dem Pflegebedürftigen steht insbesondere kein Anspruch auf die für den Fall

<sup>40</sup> Vgl. Urteil EVG vom 06.07.2001 (P 10/00) E. 2c. Siehe ferner Urteil EVG vom 19.01.2001 (P 26/00) E. 2b.

<sup>41</sup> Vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. b und f ELG.

<sup>42</sup> Vgl. Art. 14 Abs. 6 ELG.

<sup>43</sup> 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 08.06.2000 (5C.197/1999) E. 3c.

<sup>44</sup> Vgl. z.B. BGE 126 III 345 E. 3c.

<sup>45</sup> Vgl. Urteil EVG vom 15.04.2004 (K 5/03) E. 4.2.

<sup>46</sup> 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).

<sup>47</sup> Vgl. BGE 111 V 326 E. 2a und Urteil EVG vom 20.10.1992 (K 166/91) E. 3b.

<sup>48</sup> Vgl. Art. 25 Abs. 2 lit. a KVG, Art. 25a KVG und Art. 50 KVG sowie Art. 7 ff. KLV.

<sup>49</sup> Vgl. BGE 126 V 330 = RKUV 2000, 288 E. 1b.

eines Spitalaufenthaltes vorgesehenen Leistungen zu, solange die im Pflegeheim gewährte Pflege den tatsächlichen Bedürfnissen entspricht<sup>50</sup>.

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*<sup>51</sup>. Später wurde eine *Austauschbefugnis im Verhältnis zwischen der Spitex- und der Heimpflege* anerkannt<sup>52</sup>. 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 hätte<sup>53</sup>. Ist die ambulante Pflege unzweckmässig oder unwirtschaftlich, können keine Teilleistungen in der Höhe der hypothetischen stationären Pflegekosten verlangt werden<sup>54</sup>.

Bei *Gleichwertigkeit von Spitex- und Heimpflege*, d. h. gleicher Wirksamkeit und Zweckmässigkeit, besteht keine absolute Wirtschaftlichkeitsgrenze in dem Sinne, dass ab einer bestimmten Kostendifferenz, beispielsweise 50%, generell ein grobes Missverhältnis zwischen Spitex- und Heimpflege anzunehmen ist<sup>55</sup>. Bei Gleichwertigkeit von Spitex- und Heimpflege wurde der Anspruch auf Spitexleistungen bejaht bei Mehrkosten von 48%<sup>56</sup> und verneint bei drei- bis viermal<sup>57</sup> sowie fünfmal höheren Kosten<sup>58</sup>. In Fällen, in welchen sich die Spitexpflege als wirksamer und zweckmässiger erwies, wurde die Leistungspflicht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände bejaht bei 1,9-mal<sup>59</sup> bzw. 2,86-mal höheren Kosten<sup>60</sup>. 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 verursachte<sup>61</sup>.

<sup>50</sup> Vgl. BGE 126 V 344 E. 3a.

<sup>51</sup> Vgl. RKUV 1986, 154 und 1987, 10, sowie Urteil EVG vom 16.12.1991 (K 57/91) E. 2c.

<sup>52</sup> Vgl. BGE 126 V 334 E. 2.

<sup>53</sup> Siehe BGE 126 V 334 E. 2 und 3 sowie Urteil EVG vom 11.05.2004 (K 95/03) E. 4.

<sup>54</sup> Vgl. Urteil EVG vom 11.05.2004 (K 95/03) E. 4.

<sup>55</sup> Vgl. Urteil EVG vom 11.05.2004 (K 95/03) E. 2.2.

<sup>56</sup> Vgl. RKUV 2001, 264 E. 2b.

<sup>57</sup> Vgl. RKUV 2001, 19.

<sup>58</sup> Vgl. RKUV 1999, 64.

<sup>59</sup> Vgl. RKUV 2001, 179.

<sup>60</sup> Vgl. Urteil EVG vom 02.12.2003 (K 33/02) E. 2.

<sup>61</sup> Vgl. BGE 126 V 334 E. 3b.

## b) Stationäre Leistungen

Mit Bezug auf stationäre Leistungen bejaht das EVG demgegenüber eine Austauschbefugnis<sup>62</sup>. 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 lassen<sup>63</sup>. 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 sind<sup>64</sup>.

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 Klinik<sup>65</sup>. Als *Substitutionsleistungen* kommen zudem nur *Behandlungen nach bewährter Erkenntnis der medizinischen 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 können<sup>66</sup>.

Der Grundsatz der Austauschbefugnis gilt *nur bei einem Spitalaufenthalt*, nicht aber bei der *Unterbringung in einem Pflegeheim*<sup>67</sup>. Fehlt sowohl die medizinische als auch die soziale Spitalbedürftigkeit<sup>68</sup>, ist aber eine Heimpflegebedürftigkeit<sup>69</sup> vorhanden, die eine Umplatzierung vom Spital in ein

<sup>62</sup> 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 2000, 1020 (Bemerkungen von Ueli Kieser).

<sup>63</sup> Statt vieler BGE 126 III 345 E. 3c.

<sup>64</sup> Vgl. Urteil EVG vom 12.10.2004 (K 140/02 und K 141/02) E. 7.1 f.

<sup>65</sup> Vgl. Urteil EVG vom 07.05.2002 (K 41/01) E. 5b.

<sup>66</sup> Vgl. Urteil VerwGer OW vom 30.11.2005 i. S. A. = OWVVG XVII Nr. 47 E. 2–7 (Skolioseoperation).

<sup>67</sup> Vgl. BGE 125 V 177 = RKUV 1999, 326 (siehe dazu die Urteilsbesprechung von DUC in: AJP 1999, 1002) und 124 V 362.

<sup>68</sup> 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).

<sup>69</sup> Für psychiatrische Dauerpatienten gelten, auch wenn der Gesundheitszustand Schwankungen unterworfen ist, prinzipiell die Regeln für Pflegeheimpatienten, sofern nicht vorüber-

Heim erforderlich macht, gewährte das EVG eine Übergangszeit von einem Monat<sup>70</sup>. Mit In-Kraft-Treten der Neuen Pflegefinanzierung am 01.07.2010 besteht lediglich noch ein *Anspruch auf eine zweiwöchige Übergangspflege*<sup>71</sup>. Diese beginnt mit der Zustellung der Mitteilung des Krankenversicherers an den Versicherten, einen weiteren Spitalaufenthalt nicht mehr tragen zu wollen, zu laufen<sup>72</sup>.

c) Arzneimittel sowie Mittel und Gegenstände

Das EVG 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 sind<sup>73</sup>. Es bejaht aber dann eine Austauschbefugnis, wenn der Einsatz des nicht aufgeführten Arzneimittels eine *unumgängliche Vorbereitungsmassnahme* für die Durchführung einer Leistung darstellt, die von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommen wird<sup>74</sup>.

Eine Austauschbefugnis wird ferner auch in Bezug auf die Verwendung aufgeführter Arzneimittel für von der Swissmedic nicht genehmigte medizinische Indikationen<sup>75</sup> bzw. in nicht vorgesehener Dosierung<sup>76</sup> abgelehnt. Eine *Austauschbefugnis für einen sog. 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 haben<sup>77</sup>.

---

gehende 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).

<sup>70</sup> Vgl. BGE 124 V 362 = RKUV 1999, 31 E. 2c. Siehe ferner Urteil EVG vom 27.12.2000 (K 11/00) E. 3.

<sup>71</sup> Vgl. Art. 26a Abs. 2 KVG.

<sup>72</sup> Vgl. Urteil EVG vom 27.12.2000 (K 11/00) E. 3.

<sup>73</sup> Vgl. Urteil EVG vom 08.08.2001 (K 123/00) E. 2d.

<sup>74</sup> Vgl. Urteil EVG vom 11.05.1998 i. S. A. H. = RKUV 1998, 302 E. 3.

<sup>75</sup> Vgl. BGE 130 V 532 = Pra 2006 Nr. 36 = SVR 2005 KV Nr. 15 E. 6.

<sup>76</sup> Vgl. BGE 131 V 349 E. 3.

<sup>77</sup> Vgl. BGE 131 V 349 E. 2.3 und 130 V 532 = Pra 2006 Nr. 36 = SVR 2005 KV Nr. 15 E. 6.

## II. Rechtsnatur der Austauschbefugnis

Das EVG ist der Auffassung, dass der Grundsatz der Austauschbefugnis einen *Teilaspekt des verfassungsmässigen Verhältnismässigkeitsgrundsatzes*<sup>78</sup> bzw. einen *sozialversicherungsrechtlichen Rechtsgrundsatz*<sup>79</sup> darstellt. Dahinter steht die Überlegung, dass es unverhältnismässig wäre, wenn dem Versicherten Leistungen vorenthalten würden, auf die er zwar Anspruch hat, diese aber 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-*<sup>80</sup> bzw. *Wiedererwägungsverfahren* berufen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die IV 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 gilt<sup>81</sup>.

Vereinzelt wurde höchstrichterlich festgehalten, dass der *Grundsatz der Austauschbefugnis* im Sozialversicherungsrecht *nicht allgemein anwendbar* ist<sup>82</sup>. Die widersprüchliche Haltung überzeugt in theoretischer Hinsicht nicht. Wenn der Grundsatz der Austauschbefugnis – wie das EVG festhält – 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*<sup>83</sup> 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 bzw. inzidenten Normenkontrolle – in einer (ursprünglich) fehlerhaften Leistungsnorm bzw. – wie beim Vertrauensschutz

<sup>78</sup> 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 23.09.2004 (I 431/01) E. 3.1, vom 14.06.2004 (I 177/01) E. 4.1, vom 30.04.2004 (I 378/01) E. 3.1 und vom 10.07.1995 (H 283/94) E. 4c.

<sup>79</sup> Vgl. Urteil EVG vom 15.12.2000 (I 389/99) E. 1a.

<sup>80</sup> Vgl. Urteil BGer vom 20.02.2008 (9F\_3/2007) E. 3.2 und 5.1.

<sup>81</sup> Vgl. Urteil EVG vom 05.12.2006 (I 912/05) E. 3.3.

<sup>82</sup> Vgl. z.B. BGE 127 V 121 E. 2a sowie Urteile EVG vom 21.03.2006 (I 736/04) E. 2.1 und vom 10.07.1995 (H 283/9) E. 4d.

<sup>83</sup> Vgl. Art. 190 BV.

– 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 dar<sup>84</sup>. Der Unterschied zwischen der unzulässigen unechten Lückenfüllung und der Anwendung der Austauschbefugnis kann darin erblickt werden, 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 wird<sup>85</sup>, 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 kann<sup>86</sup>. Besteht kein gesetzlicher Anspruch, entfällt eine Austauschbefugnis von vornherein<sup>87</sup>. Der Versicherte, der sich auf den Grundsatz der Austauschbefugnis beruft, hat deshalb darzulegen, welche gesetzliche Leistungen er zur Disposition stellt und dass die jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen, z.B. die Eingliederungswirksamkeit, erfüllt sind<sup>88</sup>.

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 Grundrechtsordnung, oder eine gesetzliche Austauschbefugnis korrigiert und her-

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> Siehe *infra* Ziffer IV/3 zum Erfordernis der funktionellen Gleichwertigkeit.

<sup>86</sup> Statt vieler BGE 127 V 121 E. 2b.

<sup>87</sup> Vgl. z.B. Urteil BGer vom 13.04.2007 (I 246/06) E. 4.

<sup>88</sup> 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.).

nach – in einem zweiten Schritt – mit einer nichtgesetzlichen Leistung ausgetauscht wird.

Eine *Austausch von verschiedenen Leistungskategorien* ist nicht zulässig. Im Rahmen der Austauschbefugnis können insbesondere der Hilfsmittelan-spruch 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 bzw. 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 Austauschbefugnis<sup>89</sup>.

## 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. Die Substitutionsbefugnis kann von der Verwaltung für *Folgekosten*, z.B. Reparaturkosten, ausgeschlossen werden<sup>90</sup>.

## 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)<sup>91</sup> oder den Zweck der jeweiligen Leistung (Erwerbs- oder Kostenersatz) beziehen. Das EVG hat die Gleichwertigkeit eng gefasst und verlangt eine *funktionelle Gleichwertigkeit*. Mit dem Grundsatz der Austauschbefugnis soll der «gleiche gesetzliche Zweck auf einem andern Weg oder mit andern Mitteln»<sup>92</sup> verfolgt werden. Von der *spezifisch austauschrechtlich relevanten Gleichwertigkeit* ist

<sup>89</sup> Vgl. BGE 127 V 121 E. 2b.

<sup>90</sup> Vgl. Urteil BGer vom 25.02.2009 (9C\_828/2008) E. 4.2.3 (Ziffer 14.05 HVI-Anhang, wonach die Vergütung von Reparaturkosten beim Einbau eines Treppenliftes an Stelle eines Treppenhilfsmittels ausgeschlossen ist, ist weder willkürlich noch verfassungs- oder gesetzeswidrig).

<sup>91</sup> Vgl. Art. 14 ff. ATSG.

<sup>92</sup> BGE 126 V 330 = RKUV 2000, 288 E. 1a.

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. Mitzuberücksichtigen 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 aufweisen<sup>93</sup>.

## 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 privaten<sup>94</sup> und gewerblichen<sup>95</sup> als auch den medizinischen<sup>96</sup> und nichtmedizinischen<sup>97</sup> Bereich und dienen bestimmten Zwecken<sup>98</sup>. Das EVG unterscheidet dabei den generellen Zweck einer Hilfsmittelkategorie vom spezifischen Zweck des einzelnen Hilfsmittels einer bestimmten Kategorie<sup>99</sup>.

Die funktionelle Gleichwertigkeit beurteilt sich im Hinblick auf den *spezifischen Zweck des gesetzlichen Hilfsmittels*, das vom Versicherten nicht beansprucht wird<sup>100</sup>. 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

<sup>93</sup> Statt vieler BGE 124 V 108 E. 3b.

<sup>94</sup> Vgl. z.B. Ziff. 14.01 und 15.01 ff. Anhang HVI.

<sup>95</sup> Vgl. z.B. Ziff. 13.01 ff. Anhang HVI.

<sup>96</sup> Vgl. z.B. Ziff. 1.01 ff. Anhang HVI.

<sup>97</sup> Vgl. z.B. Ziff. 15.01 ff. Anhang HVI.

<sup>98</sup> 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.

<sup>99</sup> Vgl. z.B. ZAK 1992, 362.

<sup>100</sup> Vgl. BGE 107 V 89 E. 2b. In diesem Fall wurde die funktionelle Gleichwertigkeit eines strassenverkehrstauglichen Elektrorollstuhls, auf den Versicherte keinen gesetzlichen Anspruch hatte, und einem Rollstuhl für den Wohnbereich verneint.

dem Versicherten zustehenden und zur Substitution gestellten Hilfsmittels erfüllt<sup>101</sup>.

Die *Voraussetzung der dauerhaften Substitution* wurde z.B. für einen Treppenlift<sup>102</sup>, nicht aber für eine Rampe<sup>103</sup> im Zusammenhang mit der Überwindung des Weges zur Sonderschule als erfüllt erachtet. Dauerhaft ist auch ein Elektrobett-Einsatz im Vergleich zu einem Elektrobett<sup>104</sup>. 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 verhindern<sup>105</sup>.

Eine *funktionelle Zweckidentität* zwischen dem beanspruchten und dem gesetzlichen Hilfsmittel wird nicht verlangt<sup>106</sup>. Praxisgemäss genügt es, wenn das beanspruchte Hilfsmittel geeignet ist, den spezifischen Zweck des gesetzlichen Hilfsmittels zu erreichen. Ob es auch weiteren bzw. 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 werden<sup>107</sup>.

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»<sup>108</sup>. 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 entstanden wären, so besteht kein Leistungsanspruch gestützt auf den Grundsatz der Austauschbefugnis<sup>109</sup>. Gestützt auf den Grundsatz der Austauschbefugnis kann insbesondere nur ein Anspruch auf Ersatz der Kosten eines vertikalen Personenlifts zwischen Erd- und Obergeschoss, nicht aber zwischen Unter- und Dachgeschoss geltend gemacht werden<sup>110</sup>.

<sup>101</sup> Vgl. BGE 111 V 215 E. 2d und 111 V 209 E. 2c.

<sup>102</sup> Vgl. BGE 111 V 209 E. 2c.

<sup>103</sup> Vgl. BGE 111 V 215 E. 2d.

<sup>104</sup> Vgl. Urteil EVG vom 23.09.2004 (I 431/01) E. 3.2.

<sup>105</sup> Vgl. BGE 127 V 121 E. 3c.

<sup>106</sup> Vgl. z.B. BGE 107 V 89 E. 2b «... auch [Hervorhebung durch den Verfasser] die Funktion eines dem Versicherten an sich zustehenden Hilfsmittels».

<sup>107</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 2 HVA, Art. 6 Abs. 2 HVI, Art. 2 HVUV und Art. 21 Abs. 2 MVG.

<sup>108</sup> Vgl. BGE 127 V 121 E. 2b.

<sup>109</sup> Vgl. BGE 127 V 121 E. 2b (betreffend bauliche Änderungen in der Wohnung).

<sup>110</sup> Vgl. Urteil BGER vom 03.06.2009 (8C\_315/2008) E. 3.4.3.

#### 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* prüft das EVG das Vorliegen schützenswerter Gründe nicht. Es genügt, dass der Versicherte ein funktionell gleichwertiges Hilfsmittel beansprucht bzw. 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 abhängig<sup>111</sup>. 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 hat<sup>112</sup>, oder die Pflege eines todkranken Kindes durch die Eltern Zuhause<sup>113</sup>.

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 funktionelle 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 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.

<sup>111</sup> 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».

<sup>112</sup> Vgl. BGE 120 V 286 E. 4b.

<sup>113</sup> Vgl. Urteil EVG vom 05.08.1993 i.S. K.-L. E. 2c.

## 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*, insbesondere die Anschaffungskosten des Hilfsmittels, auf das der Versicherte an sich Anspruch hat<sup>114</sup>. Liegen die Substitutionskosten unterhalb den 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 müssen<sup>115</sup>.

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 Einfamilienhaus das Kostenäquivalent eines Deckenliftes vom Schlaf- ins Badezimmer gewährt wurden<sup>116</sup>.

### 2. Kein Ersatz von Ohnehinkosten

Ersetzt ein Hilfsmittel Gegenstände, die auch ohne Invalidität angeschafft werden müssen, so kann dem Versicherten eine Kostenbeteiligung auferlegt werden<sup>117</sup>. Bei Bürostühlen beträgt der Selbstbehalt CHF 600.–<sup>118</sup>. Beansprucht der Versicherte eine gesetzliche Leistung, erhält er die *Anschaffungskosten minus Selbstbehalt* ersetzt.

Nach der Rechtsprechung sind die *Ohnehinkosten* bei den Substitutionskosten vollumfänglich in Abzug zu bringen<sup>119</sup>. Eine Rohrmelkanlage zum Beispiel gehört für einen Landwirtschaftsbetrieb zum üblichen Einrichtungsstandard, was einerseits die Annahme eines Hilfsmittels und andererseits Substitutionskosten ausschliesst<sup>120</sup>. Bei Neubauten können ferner keine Kos-

<sup>114</sup> Statt vieler Urteile BGer vom 11.03.2008 (8C\_127/2007) E. 2.3 und vom 13.04.2007 (I 246/06) E. 3.4 sowie EVG vom 14.06.2004 (I 223/02) E. 1.2.3.

<sup>115</sup> Vgl. Urteil EVG vom 22.06.2004 (I 170/04) E. 4.

<sup>116</sup> Vgl. Urteil EVG vom 16.12.2003 (I 514/02) E. 3.2.

<sup>117</sup> Vgl. Art. 21 Abs. 3 IVG.

<sup>118</sup> Vgl. Urteile BGer vom 11.03.2008 (8C\_127/2007) E. 5.4.2 und EVG vom 23.08.2000 (I 528/99) E. 4 und 5.

<sup>119</sup> Vgl. Urteile EVG vom 29.11.2005 (I 521/05) E. 2.2 und vom 22.06.2004 (I 170/04) E. 4.

<sup>120</sup> Vgl. Urteil EVG vom 29.11.2005 (I 521/05) E. 2.2.

ten für invaliditätsbedingte bauliche Änderungen gewährt werden, die von vornherein eingeplant und im Rahmen des ordentlichen Bauaufwandes ohne zusätzliche Kosten hätten verwirklicht werden können<sup>121</sup>.

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 ersetzt<sup>122</sup>.

### 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 Personenschaden<sup>123</sup>, nicht aber der fiktive Personenschaden zu entschädigen<sup>124</sup>.

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 Angehörigenpflege<sup>125</sup>, demgegenüber kann nicht von der generellen Nichtersatzfähigkeit ausgegangen werden. Einerseits besteht mitunter eine gesetzliche Leistungspflicht oder bejaht andererseits die Rechtsprechung eine

<sup>121</sup> Vgl. Urteil BGer vom 19.07.2006 (I 54/06) E. 2.4 und BGE 104 V 88.

<sup>122</sup> Vgl. BGE 112 V 15 E. 1b.

<sup>123</sup> Siehe Urteile BGer vom 19.12.2005 (4C.337/2005) E. 3.3.2 und vom 26.03.2002 (4C.276/2001) E. 6b.

<sup>124</sup> Vgl. z.B. BGE 127 III 73 = AJP 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 Marktentwurrungskosten) 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 Betrieb gewesenen Cars) sowie VPB 1999 Nr. 21 E. 3 (Nichtersatzfähigkeit fiktiver Reisekosten); ferner Urteil BGH vom 14.01.1986 (VI ZR 48/85) = MDR 1986, 486 = NJW 1986, 1538 E. I/1b (fiktive Operationskosten).

<sup>125</sup> Vgl. Urteil BGer vom 26.03.2002 (4C.276/2001) E. 6b.

Austauschbefugnis. Bei der Angehörigenpflege sehen z.B. die IV<sup>126</sup>, UV<sup>127</sup> und MV<sup>128</sup>, nicht aber die KV<sup>129</sup> eine gesetzliche Leistungspflicht vor.

## V. 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 mit Bezug auf alle gesetzlichen Leistungen beansprucht werden können<sup>130</sup>.

---

<sup>126</sup> 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 05.08.1993 i.S. K.-L. E. 2c.

<sup>127</sup> Vgl. Art. 18 Abs. 2 UVV und Urteil EVG vom 14.07.2000 (U 297/99) E. 3c.

<sup>128</sup> Vgl. Art. 20 Abs. 1 MVG und Art. 12 MVV.

<sup>129</sup> Vgl. BGE 126 V 330 = RKUV 2000, 288 E. 1b. siehe ferner Urteil SozVersGer ZH 15.01.2008 (KV.2006.00067) E. 4.4 (nicht zugelassene Rehabilitationsklinik).

<sup>130</sup> Gleicher Meinung sind Ueli KIESER in: AJP 2000, 1020, und Christian CONTI, Zusatzhonorar des Arztes und KVG, in: AJP 2001, 1148, 1157.