

Innerfamiliäre Betreuungs- und Pflegeleistungen

Unklare Rechtsnatur und heterogene Entschädigungspflicht

HARDY LANDOLT

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	210
II.	Freiwilligkeit der oder Verpflichtung zur Erbringung von innerfamiliären Betreuungs- und Pflegeleistungen?	211
	A. Allgemeines	211
	B. Betreuungspflicht im familieninternen Verhältnis	213
	C. Betreuungspflicht im familienexternen Verhältnis	214
	1. Schadenminderungspflicht	214
	a. Allgemeines	214
	b. Sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht	214
	c. Haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht	216
	2. Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers	216
III.	Entschädigungspflicht für innerfamiliäre Betreuungs- und Pflegeleistungen	217
	A. Vertragliche Entschädigungspflicht	217
	1. Allgemeines	217
	2. Pflegeauftrag/Pflegearbeitsvertrag	217
	a. Allgemeines	217
	b. Entgeltlichkeitsabrede	218
	c. Normalarbeitsvertrag Hauswirtschaft	218
	d. Steuer- und Beitragspflicht	219
	3. Pensionsvertrag	220
	a. Allgemeines	220
	b. Verpfändungsvertrag	221
	B. Gesetzliche Entschädigungspflicht	221
	1. Stillschweigender Arbeitsvertrag	221
	2. Geschäftsführung ohne Auftrag	222
	3. Lidlohnverhältnis	223
	4. Versicherungsleistungen	223
	a. Allgemeines	223
	b. Betreuungsgutschriften	225
IV.	Politische Regelungsvorhaben	226

I. Einleitung

Im Jahr 2013 wurden 8,7 Milliarden Stunden von der ständigen Wohnbevölkerung ab 15 Jahren in der Schweiz unbezahlt gearbeitet. Im Durchschnitt wurden 1277 Stunden pro Person geleistet. Im selben Jahr wurden in der Schweiz 7,7 Milliarden Stunden bezahlt gearbeitet. Die Frauen übernehmen 62 Prozent des unbezahlten Arbeitsvolumens, die Männer 62 Prozent des bezahlten Arbeitsvolumens.

Hausarbeiten machen mit 6,6 Milliarden Stunden drei Viertel des Gesamtvolumens an unbezahlter Arbeit aus (75 %). Betreuungsaufgaben im eigenen Haushalt lassen sich mit 1,5 Milliarden Stunden pro Jahr beziffern (17 % des Gesamtvolumens). Für Freiwilligenarbeit wurden 665 Millionen Stunden aufgewendet (7,6 % des Gesamtvolumens). Dabei fällt etwas mehr Zeit auf die informelle Freiwilligenarbeit (348 Mio. Stunden) als auf die institutionalisierte Freiwilligenarbeit (317 Mio. Stunden)¹.

Bei der Schätzung des fiktiven Geldwertes der unbezahlten Arbeit werden als Lohnäquivalent die durchschnittlichen Arbeitskosten, differenziert nach Tätigkeitsgruppen für vergleichbare Beschäftigungen, herangezogen. Die gesamte, im Jahr 2013 geleistete unbezahlte Arbeit wird auf einen Geldwert von 401 Milliarden Franken geschätzt. Hausarbeit macht den grössten Anteil aus mit 267 Milliarden Franken oder 67 Prozent des Gesamtwertes. Betreuungsaufgaben werden auf 93 Milliarden oder 23 Prozent des Gesamtwertes geschätzt, die institutionelle und informelle Freiwilligenarbeit zusammen auf 41 Milliarden Franken oder 10 Prozent des Gesamtwertes².

Angehörige stellen einen unverzichtbaren Pfeiler im Zusammenhang mit der Betreuung und Pflege der hilfsbedürftigen Bevölkerung dar. Im Jahr 2014 haben 14 % der Bevölkerung aus gesundheitlichen Gründen Hilfe von Verwandten, Bekannten oder der Nachbarschaft erhalten. Dieser Anteil, der bei den Frauen höher ist, steigt ab dem Alter von 75 Jahren stark an. Am häufigsten wurde Hilfe bei Alltagsaktivitäten wie dem Erledigen des Haushalts oder der Einkäufe geleistet. Der Anteil der Personen, die anderen Personen mit gesundheitlichen Problemen unentgeltlich helfen, ist bei den 45- bis 74-Jährigen am höchsten. 10 % der 75- bis 84-Jährigen und 29 % der 85-Jährigen und Älteren haben 2012 professionelle, von Spitexdiensten geleistete Hilfe und Pflege zuhause in Anspruch genommen. 63 % der Personen, die Spitexleistungen in Anspruch nehmen, erhalten zusätzlich noch informelle Hilfe³.

¹ Vgl. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/unbezahlte-arbeit.assetdetail.39788.html> (zuletzt besucht am 14. April 2017).

² Ibid.

³ Siehe <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitswesen/informelle-hilfe.html> (zuletzt besucht am 14. April 2017).

Im innerfamiliären Verhältnis wenden Frauen 23,4 Stunden pro Woche und Männer 12,7 Stunden pro Woche für die Betreuung und Pflege von Kindern und erwachsenen Familienmitgliedern auf. Nicht nur die Qualifizierung der Rechtsnatur, sondern auch die Entschädigungspflicht für innerfamiliäre Betreuungs- und Pflegeleistungen stellen herausfordernde Rechtsfragen dar. Lehre und Rechtsprechung geben unterschiedliche Antworten je nachdem, in welchem Rechtsgebiet sich die Frage nach der Rechtsnatur und der Entschädigungspflicht von innerfamiliären Betreuungs- und Pflegeleistungen stellt⁴.

Haus- und Familienarbeiten nach Tätigkeitsgruppen 2013

in Stunden pro Woche	Frauen	Männer
Mit Kindern spielen, Hausaufgaben machen	10.7	7.2
Kinder begleiten, transportieren	1.3	1.0
Betreuung, Pflege von Erwachsenen	11.4	4.5

Quelle: BFS – Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE): Modul Unbezahlte Arbeit

Der vorliegende Beitrag widmet sich diesen Fragen, ohne aber endgültige Antworten liefern zu können. Nach der Auffassung des Verfassers dieser Zeilen sollte der Gesetzgeber eine kohärente Regelung vornehmen, nicht zuletzt im Hinblick auf die demographisch bedingte Zunahme des Pflegebedarfes der älteren Generation.

II. Freiwilligkeit der oder Verpflichtung zur Erbringung von innerfamiliären Betreuungs- und Pflegeleistungen?

A. Allgemeines

Betreuende und pflegende Angehörige dürften sich in der Regel keine Gedanken darüber machen, ob sie zur Erbringung der jeweiligen Dienstleistung für ihr Kind oder ein anderes Familienmitglied verpflichtet sind oder nicht – der Angehörige folgt einem «natürlichen» Impuls und hilft dort, wo seine Hilfe erforderlich ist. Aus der Perspektive des dienenden Angehörigen ist die von ihm geleistete Hilfe eine Selbst-

⁴ Vgl. z.B. LANDOLT HARDY, Angehörigenpflege: Freiwilligen-, Gratis- oder Lohnarbeit?, SZS 2013, 467 ff., und WEISS KINGA M./HOFSTETTER DOMINO M., Die Qualifikation von Betreuungs- und Pflegeleistungen durch Angehörige und ihre Bedeutung im Erbrecht, AJP 2014, 342 ff.

verständlichkeit oder Ausdruck einer sittlichen Verpflichtung. Die Frage, ob eine eigentliche Verpflichtung zur Erbringung von innerfamiliären Betreuungs- von Pflegeleistungen besteht, stellt sich erst in einem Konfliktfall.

Im familieninternen Verhältnis stellt sich die Verpflichtungsfrage:

- beim Tod des betreuten Angehörigen, wenn es um die Verteilung des Nachlasses geht und der betreuende Angehörige von den anderen Erben eine Entschädigung fordert⁵,
- bei einer Scheidung oder Trennung, wenn der Güterausgleich gefunden werden muss und ein Ehegatte Anspruch auf eine Vergütung erhebt, weil er den anderen Ehegatten betreut oder dieser als Folge einer Hilflosigkeit Versicherungs- oder Schadenersatzleistungen erhalten hat, ohne sie mit dem anderen Ehegatten zu teilen⁶, oder
- bei einem Wegfall des pflegenden Angehörigen infolge Krankheit oder Unfalls, wenn umstritten ist, ob und inwieweit der nunmehr selber hilfsbedürftige Angehörige sozialversichert ist.

Im externen Verhältnis wird der (potentiell) betreuende Angehörige mit der Verpflichtungsfrage konfrontiert, wenn der Arbeitgeber sich weigert, dem Angehörigen freizugeben bzw. ihm den Lohn auszurichten, weil er sich um hilfsbedürftige Familienmitglieder gekümmert hat und nicht zur Arbeit erschienen ist⁷, oder ein Versicherer bzw. ein Haftpflichtiger unter dem Titel Schadenminderungspflicht gegenüber dem Geschädigten oder seinen Angehörigen eine Mehrleistung verlangt bzw. sich weigert, für innerfamiliäre Betreuungs- und Pflegeleistungen eine Entschädigung zu erbringen⁸.

⁵ Siehe z.B. WEISS KINGA M./HOFSTETTER DOMINO M., Die Qualifikation von Betreuungs- und Pflegeleistungen durch Angehörige und ihre Bedeutung im Erbrecht, AJP 2014, 342 ff., BAUMANN ANDREAS, Erbrechtliche Konsequenzen von privaten Betreuungs- und Pflegeleistungen zugunsten des Verstorbenen, Pflegerecht 2012, 81 ff., und BAUMANN ANDREAS, Die Berücksichtigung von privaten Pflegeleistungen im Erbrecht, successio 2011, 30 ff.

⁶ Vgl. BERGER MAX/GENNA GIAN SANDRO, Ehe- und güterrechtliche Konsequenzen der unentgeltlichen Pflege des Ehegatten, Pflegerecht 2014, 98 ff.

⁷ Statt vieler BESSENICH BALTHASAR, Die arbeitsrechtlichen Folgen der Betreuung eines kranken Kindes für die Eltern, SJZ 1992, 41 ff., und STREIFF ULLIN/KAENEL ADRIAN VON, et al., Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR. 7. A., Zürich 2012, N 20 zu Art. 324a OR.

⁸ Vgl. z.B. LANDOLT HARDY, Hauswirtschaftliche Schadenminderungspflicht von Angehörigen bei der Invaliditätsbemessung, in: Sozialversicherungsrechtstagung 2007, St. Gallen 2007, 115 ff.

B. Betreuungspflicht im familieninternen Verhältnis

In all diesen Fällen stellt sich die Grundsatzfrage, ob aus der familiären Beistands-⁹ bzw. der Verwandtenunterstützungspflicht¹⁰ eine eigentliche Verpflichtung oder zumindest eine Obliegenheit abgeleitet werden kann, Betreuungs- und Pflegeleistungen für ein anderes Familienmitglied erbringen zu müssen. Die Rechtsprechung betont, dass aus der Beistands-¹¹ bzw. Unterstützungspflicht¹² eine Verpflichtung zur Erbringung von Betreuungs- und Pflegeleistungen folgt; bei dieser Verpflichtung handelt es sich allerdings um eine Obliegenheit. Der «säumige» Angehörige kann nicht verpflichtet werden, die notwendigen Dienstleistungen in natura zu erbringen, sondern kann lediglich zu Unterhalts-, Unterstützungs- oder Schadenersatzleistungen angehalten werden.

Wer, ohne verpflichtet zu sein, in der irrigen Meinung, verpflichtet zu sein, innerfamiliär Betreuungs- und Pflegeleistungen erbringt, handelt weder in Schenkungsabsicht noch bewirken die erbrachten Dienstleistungen eine ungerechtfertigte Bereicherung beim Empfänger¹³. Wer freiwillig ein Entgelt für Betreuungs- und Pflegeleistungen erbringt, riskiert, dass ihm bei den Ergänzungsleistungen ein Verzichtvermögen angerechnet wird¹⁴. Das Bundesgericht hat bis anhin die Frage offengelassen, ob auch eine in Erfüllung einer sittlichen Pflicht erfolgte Vermögenshingabe einen Vermögensverzicht darstellt¹⁵.

Ein Verzichtvermögen wird bei der Berechnung der Ergänzungsleistungen berücksichtigt, wenn die Vermögensentäußerung «ohne rechtliche Verpflichtung» oder

⁹ Vgl. Art. 159 Abs. 3 und Art. 272 ZGB.

¹⁰ Vgl. Art. 328 ff. ZGB.

¹¹ Vgl. z.B. BGE 79 II 127 und 98 II 337 E. 2: «Die Pflicht zu solchem Bemühen findet für den dazu aufgerufenen Ehegatten dort ihre Grenze, wo die Änderung des die Ehe belastenden Zustandes überhaupt ausserhalb seiner Willensmacht liegt oder aber von ihm ein solches Mass von Verzicht und Selbstaufgabe fordern würde, dass darob seine Persönlichkeit verkümmern oder seine Menschenwürde leiden müsste.»

¹² Die vier Jahre andauernde Pflege einer hochbetagten dementen Mutter durch die Tochter geht «weit über das unter dem Titel Verwandtenunterstützungspflicht zu Erwartende hinaus» (Urteil des EVG H 121/97 vom 15. Dezember 1997 = AHI-Praxis 1998, 153 E. 3). Gegenüber Verwandten in der Seitenlinie oder Verschwägerten bestehen keine rechtlichen Pflegepflichten (vgl. BGE 53 II 198 E. 1).

¹³ Vgl. BGE 53 II 198 E. 1.

¹⁴ Entsteht durch die Anrechnung eines Verzichtvermögens im Rahmen der Ergänzungsleistungsberechnung eine Sozialhilfebedürftigkeit, kann die Sozialhilfebehörde keine Reduktion der Sozialhilfeleistung im Umfang des angerechneten, aber nicht vorhandenen Verzichtvermögens vornehmen, sondern muss die Sozialhilfeleistungen unter dem Vorbehalt von offensichtlichen Rechtsmissbrauchsfällen uneingeschränkt erbringen (vgl. BGE 134 I 65 = Pra 2008 Nr. 86 E. 2 bis 7).

¹⁵ Vgl. BGE 131 V 329 E. 4.2.

«ohne adäquate Gegenleistung» erbracht wurde¹⁶. Der Nachweis der adäquaten Gegenleistung setzt das Vorhandensein echtzeitlicher Dokumente über die tatsächlich für den pflegebedürftigen Angehörigen erbrachten Arbeiten voraus. Ein im Nachhinein erstellter Zusammenzug von geschätzten Durchschnittswerten kann keine ernsthafte Grundlage einer Rechnungsstellung sein¹⁷.

C. Betreuungspflicht im familienexternen Verhältnis

1. Schadenminderungspflicht

a. Allgemeines

Ist ein familienfremder Dritter bzw. Kostenträger verpflichtet, innerfamiliäre Betreuungs- und Pflegeleistungen zu finanzieren, stellt sich die Frage, wie das Verhältnis zwischen der innerfamiliären Betreuungspflicht und der familienexternen Ersatzpflicht zu verstehen ist. Die innerfamiliäre Beistands- und Unterstützungspflicht ist letztlich ein Anwendungsfall der Schadenminderungspflicht mit der Besonderheit, dass der dienstleistende Angehörige regelmässig nicht Schadenverursacher ist. Die «Schadenminderungspflicht» ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, dessen Zweck in der Vermeidung unnötiger Kosten besteht. Dieser Rechtsgrundsatz gilt sowohl im Haftungsrecht¹⁸ als auch im Sozial-¹⁹ und dem Privatversicherungsrecht²⁰. Ihm kommt jedoch je nach Rechtsgebiet eine unterschiedliche Tragweite zu²¹.

b. Sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht

Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung betont bei der Invaliditätsbemessung von im Haushalt tätig gewesenen Versicherten und bei der hauswirtschaftlichen Hilfsmittelversorgung²², dass Angehörige das gesundheitlich beeinträchtigte Familienmitglied in einem weitergehenden Ausmass als im Gesundheitsfall hauswirtschaft-

¹⁶ Vgl. BGE 131 V 329 E. 4.3 f.

¹⁷ Vgl. BGE 131 V 329 E. 4.2 und Urteil des BGer vom 29.01.2008 (P 52/06) E. 2.1.

¹⁸ Vgl. Art. 44 Abs. 1 OR und statt vieler Urteil des BGer 4C.83/2006 vom 26. Juni 2006 E. 4.

¹⁹ Vgl. z.B. Art. 21 ATSG und BGE 130 V 99 E. 3.2 und 117 V 278 E. 2b.

²⁰ Vgl. z.B. Art. 61 VVG. Die Schadenminderungspflicht gilt auch für Summenversicherte (BGE 128 III 34 E. 3b).

²¹ Vgl. BGE 123 V 88 E. 4c.

²² Vgl. Urteil des EVG I 90/02 vom 30. Dezember 2002 = AHI 2003, 215 E. 2.3.3.

lich zu unterstützen haben²³. Als schadenminderungspflichtig werden Ehegatten²⁴ bzw. Konkubinatspartner²⁵, unmündige²⁶ und mündige²⁷ Kinder, Schwiegereltern bzw. -mütter²⁸ und Schwägerinnen²⁹ sowie Nichten³⁰ bezeichnet. Sogar die Nachbarschaftshilfe wird angerechnet, wenn sie «hie und da» erfolgt³¹.

Die Anrechnung von Schadenminderungsleistungen der Angehörigen, die weder beistandsverpflichtet noch verwandtenunterstützungspflichtig sind, ist an sich fragwürdig, rechtfertigt sich im Sozialversicherungsrecht aber insoweit, als es abzuwägen gilt, ob der Solidargemeinschaft der Beitragszahler oder der Solidargemeinschaft «Familie» die Tragung eines Teils der Invaliditätsfolgen zumutbar ist. Da ein Teil der Angehörigenpflege versichert ist³², rechtfertigt sich die Anrechnung von hauswirtschaftlichen Angehörigenmehrleistungen bei der Invaliditätsbemessung³³.

²³ Vgl. BGE 130 V 396 E. 8 und 130 V 97 E. 3.3.3 sowie Urteile des EVG I 13/05 vom 12. Mai 2005 E. 2.5, I 300/04 vom 19. Oktober 2004 E. 6.2.3, I 457/02 vom 18. Mai 2004 E. 8 und I 685/02 vom 28. Februar 2003 E. 3.2.

²⁴ Vgl. BGE 130 V 396 E. 8 sowie Urteile des EVG I 13/05 vom 12. Mai 2005 E. 2.5 (arbeitsloser bzw. invalider Ehemann), I 300/04 vom 19. Oktober 2004 E. 6.2.3, I 467/03 vom 17. November 2003 E. 3.2.2, I 681/02 vom 11. August 2003 E. 5.3, I 685/02 vom 28. Februar 2003 E. 4.2.2 ff., I 90/02 vom 30. Dezember 2002 = AHI 2003, 215 E. 2.3.3, I 690/01 vom 10. Dezember 2002 E. 6 und I 294/99 vom 4.07.2000 E. 2b.

²⁵ Vgl. Urteil des EVG I 252/05 vom 9. Juni 2006 E. 3.

²⁶ Vgl. Urteile des EVG I 228/06 und I 245/06 vom 5. Dezember 2006 E. 7.1.2, I 687/04 vom 24. März 2005 E. 3.2, I 300/04 vom 19. Oktober 2004 E. 6.2.3, I 681/02 vom 11. August 2003 E. 5.2 ff., I 690/01 vom 10. Dezember 2002 E. 6 und I 294/99 vom 4. Juli 2000 E. 2b.

²⁷ Vgl. BGE 110 V 318 E. 4 sowie Urteile des EVG I 175/01 vom 4. September 2001 E. 5b und I 511/00 vom 22. Februar 2001 E. 3d (im selben Haushalt lebende, arbeitslose Söhne).

²⁸ Vgl. Urteil des EVG I 685/02 vom 28. Februar 2003 E. 4.2.5 und BGE 110 V 322 E. 4.

²⁹ Vgl. Urteil des EVG I 685/02 vom 28. Februar 2003 E. 4.2.5. Nicht anrechenbar ist die entlohnte Mithilfe der Schwägerin (Urteil des EVG I 300/04 vom 19. Oktober 2004 E. 6.2.3).

³⁰ Vgl. Urteil des EVG I 681/02 vom 11. August 2003 E. 5.2 f.

³¹ Vgl. BGE 110 V 318 E. 4.

³² Vgl. LANDOLT HARDY, Soziale Sicherheit von pflegenden Angehörigen, in: Haftpflichtrecht – Versicherungsrecht. Band 1, Zürich 2010, 59 ff., und LANDOLT HARDY, Soziale Sicherheit pflegender Angehöriger, AJP 2009, 1233 ff.

³³ Vgl. LANDOLT HARDY, Hauswirtschaftliche Schadenminderungspflicht von Angehörigen bei der Invaliditätsbemessung, in: Sozialversicherungsrechtstagung 2007, St. Gallen 2007, 115 ff.

c. **Haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht**

Die Anrechnung von Schadenminderungsleistungen Angehöriger ist demgegenüber im Haftpflichtrecht generell nicht gerechtfertigt³⁴, weil sonst Angehörige, obwohl nicht Schadenverursacher, zu Gunsten des Haftpflichtigen einen Teil des Schadens tragen würden. Gerechtfertigt ist nur die Anrechnung der «Ohnehinleistungen» von Angehörigen, also von solchen Betreuungs- und Pflegeleistungen, die auch ohne Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses erbracht worden wären³⁵. Gibt ein Familienangehöriger seine Erwerbstätigkeit auf, um die geschädigte Person zu pflegen, entspricht der zu ersetzende Schaden in der Regel dem entgangenen Erwerbseinkommen. Übersteigt der Verdienstausschlag jedoch wesentlich die Kosten der Betreuung durch eine Drittperson, kann der Geschädigte nach den Grundsätzen der Schadenminderungspflicht nur diese tieferen Kosten als Schaden geltend machen³⁶. Bis anhin hat die schweizerische Rechtsprechung noch nicht klären müssen, ab welchem Prozentsatz eine wesentliche Überschreitung der eingesparten Drittkosten anzunehmen ist. Die deutsche Praxis erachtet eine Überschreitung von 25 % noch als angemessen³⁷.

2. **Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers**

Wird der Arbeitnehmer unverschuldet an der Erbringung seiner Arbeitsleistung gehindert, hat er gleichwohl – für eine beschränkte Zeit – Anspruch auf den Lohn³⁸. Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung betont, dass die Eltern als Folge der Beistandspflicht verpflichtet sind, sich um kranke Kinder zu kümmern³⁹. Nach der Auffassung des Zürcher Arbeitsgerichtes besteht eine unverschuldete Verhinderung nicht nur im Falle einer Erkrankung oder eines Unfalles eines nahen Angehörigen, sondern auch

³⁴ Vgl. Urteil des BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 2.1 und 2.6. A. A. Urteil Appellationshof BE 358/II/2001 vom 13. Februar 2002 = ZBJV 2002, 831 E. 6 und 9. «Von den Eltern (darf) für eine gewisse Zeit sogar ein ganz erheblicher zusätzlicher Betreuungsaufwand verlangt werden»; entsprechend sind Umdispositionen als Folge eines früheren Aufstehens des Kindes, der erhöhte Zeitaufwand wegen vermehrter Aufmerksamkeit sowie der Mehraufwand für Toilette und Anziehen nicht ersatzpflichtig» (Ibid. E. 9).

³⁵ Siehe dazu HARDY LANDOLT, Der Zumutbarkeitsgrundsatz im Haftpflichtrecht, in: 7. Freiburger Sozialrechtstagung, Freiburg 2008, 141 ff., 175 ff.

³⁶ Vgl. Urteil des BGer 4C.276/2001 vom 26. März 2002 E. 6b/aa.

³⁷ Vgl. Urteil des OLG Bamberg U 23/05 vom 28. Juni 2005 = VersR 2005, 1593 ff.

³⁸ Vgl. Art. 324a OR.

³⁹ Weiterführend PÄRLI KURT, Eltern im Arbeitsverhältnis, FamPra 2016, 933 ff., und PÄRLI KURT, Die Pflege von kranken und behinderten Kindern durch Angehörige: Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Problemstellungen, Pflegerecht 2015, 45 ff.

dann, wenn der Arbeitnehmer auf der Suche nach Verwandten in ein Erdbebenkatastrophengebiet reist⁴⁰.

Die Pflege eines kranken Kindes wird als unverschuldete Verhinderung des Elternteils qualifiziert, wenn eine Betreuung durch eine andere Person nicht sofort möglich war. Erkrankt das Kind des Arbeitnehmers, hat dieser so lange Anspruch auf Freizeit, wie keine Aufsicht für das Kind organisiert werden konnte⁴¹. Der Anspruch auf die Lohnfortzahlung besteht auch dann, wenn die Krankheit des Kindes während der Ferien der Eltern oder während eines Mutterschaftsurlaubs beginnt⁴². Die Pflicht zur Lohnfortzahlung entfällt jedoch dann, wenn das Kind gesund ist, gleichwohl aber zuhause bleiben muss, weil die Kinderkrippe wegen Seuchengefahr vorübergehend geschlossen bleibt⁴³.

III. Entschädigungspflicht für innerfamiliäre Betreuungs- und Pflegeleistungen

A. Vertragliche Entschädigungspflicht

1. Allgemeines

Eine Entschädigung für innerfamiliäre Betreuungs- und Pflegeleistungen setzt entweder eine vertragliche oder eine gesetzliche Grundlage voraus. Das OR kennt keinen einheitlichen Pflegedienstleistungsvertrag, sondern statuiert verschiedene Nominatverträge, welche Betreuungs- und Pflegeleistungen zum Gegenstand haben können.

2. Pflegeauftrag/Pflegearbeitsvertrag

a. Allgemeines

Die betreuungsbedürftige Person wird in der Regel bei sich zuhause von Angehörigen, welche mit ihr zusammen in derselben Wohnung leben, umsorgt. Soweit sich die Beteiligten geeinigt haben, dass die vom Angehörigen erbrachten Betreuungs-

⁴⁰ Vgl. Urteil des ArbGer Zürich vom 20. März 1981 = SJZ 1981, 234, wo allerdings lediglich eine «moralische Pflicht» zur Hilfeleistung angenommen worden ist (Ibid., 235).

⁴¹ Vgl. Urteile des ArbGer Zürich vom 2. Juli 1987 = SJZ 1988, 49 E. 3 und vom 28. Februar 2000 = JAR 2002, 319 = ZR 2001 Nr. 85, OGer BE vom 27. Juli 2004 = JAR 2005, 352E. III/5, Cour d'appel des prud'hommes de Genève vom 17. Oktober 2008 = JAR 2009, 522.

⁴² Vgl. Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts BS vom 1. Juni 2007 = BJM 2009, 103.

⁴³ Vgl. Urteil des ArbGer Zürich vom 16. August 2010 = JAR 2011, 628.

und Pflegeleistungen entgeltlich erfolgen, liegt entweder ein einfacher Auftrag⁴⁴ oder ein Arbeitsvertrag⁴⁵ vor, je nachdem wie ausgeprägt beim betreuenden Angehörigen ein Unternehmerrisiko besteht bzw. dieser in eine von der betreuungsbedürftigen Person vorgegebene Arbeitsorganisation eingebunden wird. Von einem entgeltlichen Pflegeauftrag ist insbesondere dann auszugehen, wenn der pflegende Angehörige als zugelassener Leistungserbringer tätig bzw. berechtigt ist, die von ihm erbrachten Pflegeleistungen gegenüber einem Heilungskostenversicherer in eigenem Namen abzurechnen⁴⁶.

b. Entgeltlichkeitsabrede

Für das Zu-Stande-Kommen eines Pflegeauftrages bzw. Pflegearbeitsvertrages ist es erforderlich, dass sich der hilfsbedürftige und der betreuende Angehörige auf die Entgeltlichkeit der Betreuungs- von Pflegeleistungen geeinigt haben. Eine Entgeltlichkeitsabrede ist aber nicht nur dann zu Stande gekommen, wenn ein periodisches Pflegeentgelt vereinbart ist, sondern auch dann, wenn dem betreuenden Angehörigen in Aussicht gestellt wurde, beim Tod des Pflegebedürftigen angemessen entschädigt zu werden⁴⁷. Für eine Lohnforderung, die dem Angehörigen, der gleichzeitig Erbe ist, zusteht, kann dieser vor dem Tod Klage gegen den Pflegebedürftigen und nach dessen Tod schon vor der Erbteilung Klage gegen andere Miterben erheben; diese haften – trotz Universalsukzession – nicht solidarisch, anteilmässig entsprechend ihren Erbanteilen⁴⁸.

c. Normalarbeitsvertrag Hauswirtschaft

Der Bundesrat hat am 20. Oktober 2010 den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) verabschiedet⁴⁹. Er ist im Verhältnis zu den kantonalen Normalverträgen im Bereich der Hauswirtschaft subsidiär anwendbar und regelt den Mindestlohn für Hausangestellte in Privathaushalten⁵⁰. Der NAV Hauswirtschaft gilt nicht für Ehegatten, eingetragene

⁴⁴ Vgl. Art. 394 ff. OR.

⁴⁵ Vgl. Art. 319 ff. OR.

⁴⁶ Vgl. BGE 133 V 218 E. 6 und infra Ziffer III/B/3/a.

⁴⁷ Siehe BGE 107 Ia 107 E. 2b und c sowie Urteile des BGer 4C.313/1999 vom 25. Januar 2000 E. 3 und OGer ZH vom 27. Juni 1989 = ZR 1989 Nr. 101 S. 289 E. 4.

⁴⁸ Vgl. Urteil des OGer ZH vom 27. Juni 1989 = ZR 1989 Nr. 101 S. 289 E. 3a und b.

⁴⁹ Siehe dazu Verordnung über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) vom 20. Oktober 2010.

⁵⁰ Der Mindestlohn beträgt brutto, ohne Zuschläge für Ferien und bezahlte Feiertage, CHF 18.90 für ungelernte Arbeitnehmer (vgl. Art. 5 Abs. 1 NAV Hauswirtschaft).

Partner, Verwandte in gerader Linie und deren Ehegatten bzw. eingetragene Partner sowie für Konkubinatspartner⁵¹.

Als hauswirtschaftliche Tätigkeiten gelten Arbeiten, die der allgemeinen Pflege des Haushalts dienen, insbesondere:

- Reinigungsarbeiten;
- Besorgung der Wäsche;
- Einkaufen;
- Kochen;
- Mithilfe bei der Betreuung von Kindern, Betagten und Kranken;
- Unterstützung von Betagten und Kranken in der Alltagsbewältigung⁵².

Pflegeleistungen werden vom Normalarbeitsvertrag Hauswirtschaft nicht erfasst⁵³. Innerfamiliäre Pflegeleistungen fallen auch nicht unter den Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal vom 23. Dezember 1971, der lediglich für das in Anstalten, Spitälern und Heimen angestellte Pflegepersonal gilt⁵⁴. Die kantonalen Gesundheitspolizeigesetze sehen regelmässig für innerfamiliäre Pflegeleistungen keine Bewilligungspflicht vor; eine solche besteht erst dann, wenn Pflegeleistungen erwerblich bzw. berufsmässig, insbesondere im Rahmen einer selbstständigen Erwerbstätigkeit, erbracht werden⁵⁵. Sofern die innerfamiliäre Betreuung und Pflege nicht im Rahmen eines Vertrages erbracht wird, erfolgt sie solchermassen im «rechtsfreien Raum».

d. Steuer- und Beitragspflicht

Die dem Angehörigen zufließende Pflegeentschädigung stellt steuerrechtlich Erwerbseinkommen des Angehörigen dar⁵⁶. Entsprechend sind auch Sozialversicherungsbeiträge vom Pflegebedürftigen (beim Vorliegen eines Pflegearbeitsvertra-

⁵¹ Vgl. Art. 2 Abs. 2 NAV Hauswirtschaft.

⁵² Vgl. Art. 3 Abs. 1 NAV Hauswirtschaft.

⁵³ Vgl. Erläuternder Bericht zum Entwurf für einen Normalarbeitsvertrag (NAV) mit zwingenden Mindestlöhnen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft vom 13. Dezember 2010, 17 (online verfügbar: https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/normalarbeitsvertraege/Normalarbeitsvertraege_Bund.html – zuletzt besucht am 15. April 2017).

⁵⁴ Vgl. Art. 1 Abs. 2 Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal vom 23. Dezember 1971 (SR 221.215.328.4).

⁵⁵ Vgl. z.B. § 3 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Zürich vom 2. April 2007 und den von der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich herausgegebenen Leitfaden «Die bewilligungspflichtigen nichtuniversitären Medizinberufe im Kanton Zürich» (September 2015) (http://www.gd.zh.ch/internet/gesundheitsdirektion/de/themen/berufe/nichtuniversitaere_medizinalberufe.html – zuletzt besucht am 15. April 2017).

⁵⁶ Vgl. BGE 107 Ia 107 E. 2b und c.

ges) bzw. vom betreuenden Angehörigen (beim Vorliegen eines Pflegeauftrages) zu bezahlen⁵⁷. Wird der Koordinationsabzug überschritten, sind auch Beiträge für die berufliche Vorsorge zu leisten und hat ein zwangsweiser Anschluss des Pflegebedürftigen, gegebenenfalls des Nachlasses, an die Auffangeinrichtung zu erfolgen⁵⁸. Erhält der pflegende Angehörige für mehrere Kalenderjahre eine Einmalabfindung, ist diese auf die Anzahl der betroffenen Jahre aufzuteilen. Überschreitet das pro Kalenderjahr fällige Pflegeentgelt den Koordinationsabzug nicht, besteht keine Anschlusspflicht⁵⁹.

3. Pensionsvertrag

a. Allgemeines

Der Pensionsvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass der Pflegebedürftige Aufenthalt oder Wohnsitz in einem Heim, insbesondere in einem Altersheim, oder bei einer anderen natürlichen Person, z.B. einem Angehörigen⁶⁰, begründet und sich dort verpflegen und beherbergen lässt. Der Pensionsvertrag ist im besonderen Vertragsrecht nicht geregelt⁶¹. Dieser Vertragstyp stellt eine Unterart des Gastaufnahmevertrags mit Logisabgabe dar. Der Pensionsvertrag weist dabei eine grosse Ähnlichkeit mit einem Mietvertrag auf, wird aber trotzdem als Innominatvertrag *mixti iuris* mit Miet-, Auftrags- und Werkvertragsselementen verstanden⁶².

Der Pensionsgeber hat dem Pensionär Unterkunft und Bedienung zu gewähren sowie für dessen persönliche Sicherheit zu sorgen und haftet für eingebrachte Sachen gemäss Art. 487 ff. OR. Pflege und Betreuung sind grundsätzlich nicht eingeschlossen, weshalb bei Pflegebedürftigkeit zusätzlich eine Betreuungs- und Pflegepflicht vereinbart wird und hierfür ein besonderes Entgelt geschuldet ist und allfällige Aus-

⁵⁷ Vgl. Urteile des EVG H 121/97 vom 15. Dezember 1997 = AHI-Praxis 1998, 153 und BVGer C-855/2011 vom 9. November 2012 E. 4.3.

⁵⁸ Siehe die Anwendungsfälle Urteile des BVGer C-855/2011 vom 9. November 2012 und C-4656/2009 vom 8. Juni 2011.

⁵⁹ Vgl. Urteil des BVGer C-4656/2009 vom 8.06.2011 E. 4.9.

⁶⁰ Vgl. Urteil des KGer VS i.S. Lengen vom 19. Juni 1985 = ZWR 1985, 119 E. 3b (Aufnahme des Onkels).

⁶¹ Der Aufenthalt in einer sozialen Institution wird durch den «Betreuungsvertrag» (Art. 382 Abs. 1 ZGB) und die zwingenden gesetzlichen Bestimmungen des eidgenössischen und kantonalen Rechts normiert (vgl. Art. 382 ff. ZGB).

⁶² Vgl. BGE 126 II 443 E. 2b, Urteile des BGer 4A_176/2012 vom 28. August 2012 E. 3.4.1 und VGer GR S 09 43 vom 17. Dezember 2010 = PVG 2011, S. 81 E. 3a sowie ferner BREITSCHMID PETER/STECK DIETER/WITTEWIT CAROLINE, Der Heimvertrag, FamPra 2009, 867 ff.

lagen zu ersetzen sind⁶³. Das Pflegeentgelt umfasst nicht den Lohnausfall des Angehörigen, sondern die üblichen Pflegelöhne bzw. üblichen Tagessätze für Pflege- oder Altersheime in der Region⁶⁴.

b. Verpfändungsvertrag

Ein besonderer Pensionsvertrag stellt der Verpfändungsvertrag dar, der im Rechtsalltag nicht mehr von grosser Bedeutung ist⁶⁵. Durch den Verpfändungsvertrag verpflichtet sich der Pfränder, dem Pfrundgeber ein Vermögen oder einzelne Vermögenswerte zu übertragen, und dieser, dem Pfränder Unterhalt und Pflege auf Lebenszeit zu gewähren⁶⁶. Der Pfränder tritt dabei in die häusliche Gemeinschaft des Pfrundgebers ein⁶⁷. Der Pfrundgeber ist verpflichtet, dem Pfränder das zu leisten, was dieser dem Wert des Geleisteten und den Verhältnissen, in denen er bislang gestanden hat, billigerweise erwarten darf⁶⁸. Er hat ihm insbesondere Wohnung und Unterhalt in angemessener Weise zu leisten und schuldet ihm in Krankheitsfällen die nötige Pflege und ärztliche Behandlung⁶⁹. Pfrundanstalten können diese Leistungen in ihren Hausordnungen unter Genehmigung durch die zuständige Behörde als Vertragsinhalt allgemein verbindlich festsetzen⁷⁰.

B. Gesetzliche Entschädigungspflicht

1. Stillschweigender Arbeitsvertrag

Art. 320 Abs. 2 OR fingiert den Abschluss eines Arbeitsvertrages in den Fällen, in denen der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist. Haben Angehörige

⁶³ Siehe SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Empfehlung «Der ältere Mensch im Heim», Empfehlungen bezüglich seiner Stellung, Lebensweise und Pflege, Basel 1988, und ferner zur Zulässigkeit von Pensionspreiserhöhungen Urteil des OGer ZH NG110007-O/U vom 26. Januar 2012.

⁶⁴ Vgl. Urteil KGer VS i.S. Lenggen vom 19. Juni 1985 = ZWR 1985, S. 119 E. 3d.

⁶⁵ Vgl. Art. 521 ff. OR.

⁶⁶ Vgl. Art. 521 Abs. 1 OR.

⁶⁷ Vgl. Art. 524 Abs. 1 OR. Die Begründung einer Hausgemeinschaft ist für den Verpfändungsvertrag allerdings nicht begriffsnotwendig (vgl. ZGGVP 1979/80, 148).

⁶⁸ Die Parteien können den Leistungsumfang im Verpfändungsvertrag oder (formfrei) in ergänzenden Nebenabreden regeln und vom gesetzlichen Leistungsumfang nach oben oder unten abweichen (vgl. ZGGVP 1979/80, 149 betreffend Subsidiarität der Pfrundleistungen gegenüber Sozialleistungen).

⁶⁹ Vgl. Art. 524 Abs. 2 OR.

⁷⁰ Vgl. Art. 524 Abs. 3 OR.

Betreuungs- und Pflegeleistungen erbracht, muss deshalb einzelfallweise entschieden werden, ob diese wegen eines Verhältnisses der Verbundenheit und Anhänglichkeit, das zwischen dem Angehörigen und dem Pflegebedürftigen bestand⁷¹, oder in Erfüllung der Beistands- bzw. Verwandtenunterstützungspflicht erfolgt sind oder das in solchen Fällen übliche Mass überschritten haben.

Üblich sind etwa Betreuungs- und Pflegeleistungen des Sohnes für die Mutter während drei Monaten, verteilt auf zwei Jahre⁷². Nicht mehr üblich sind Betreuungs- und Pflegeleistungen für den Onkel während fünf Monaten⁷³, für eine Nichtverwandte während drei Jahren⁷⁴ oder für einen Elternteil während vier⁷⁵ oder sogar zwölf Jahren⁷⁶. Ist von einem stillschweigenden Arbeitsvertrag auszugehen, kann der Angehörige eine Lohnforderung geltend machen, die einem Dritten zustünde. Nicht zu entschädigen ist der darüber hinaus angefallene Erwerbsausfall des Angehörigen⁷⁷.

Bei schwer behinderten oder (teilweise) urteilsunfähigen Pflegebedürftigen besteht ein Abhängigkeitsverhältnis zum betreuenden Angehörigen, welches das für einen Arbeitsvertrag typische Unterordnungsverhältnis des Arbeitnehmers ausschliesst. Das Bundesgericht lässt es aber in solchen Fällen, zumindest im Anwendungsbereich von Art. 320 Abs. 2 OR, genügen, dass vom Angehörigen Betreuungs- und Pflegeleistungen erbracht werden, die üblicherweise Arbeitnehmer ausführen⁷⁸.

2. Geschäftsführung ohne Auftrag

Im haftpflichtrechtlichen Kontext qualifiziert das Bundesgericht das Rechtsverhältnis zwischen dem pflegebedürftigen Geschädigten und den ihn betreuenden Angehörigen demgegenüber als Geschäftsführung ohne Auftrag⁷⁹. Wird der betreuende Angehörige als Geschäftsführer ohne Auftrag qualifiziert, steht ihm ein Anspruch auf Ersatz der Spesen und eingegangener Verbindlichkeiten zu; ein allfälliger Erwerbsausfall ist demgegenüber nicht vollumfänglich, sondern lediglich nach rich-

⁷¹ Vgl. BGE 70 II 21 E. 2.

⁷² Vgl. BGE 70 II 21 E. 3.

⁷³ Vgl. Urteil des KGer VS i.S. Lengen vom 19. Juni 1985 = ZWR 1985, 119 E. 3b.

⁷⁴ Vgl. Urteil des BGer 4C.313/1999 vom 25. Januar 2000 E. 3.

⁷⁵ Vgl. Urteil des EVG H 121/97 vom 15. Dezember 1997 = AHI-Praxis 1998, 153 E. 3.

⁷⁶ Vgl. Urteil des EVG i.S. W. vom 1. Juli 1991 E. 4b und c (Entschädigung in Höhe von CHF 60'000.- für eine 12-jährige Pflege eines Elternteils).

⁷⁷ Vgl. Urteil des KGer VS i.S. Lengen vom 19. Juni 1985 = ZWR 1985, 119 E. 3d.

⁷⁸ Siehe Urteile des EVG H 121/97 vom 15. Dezember 1997 = AHI-Praxis 1998, 153 E. 3 f. und BVerfG C-855/2011 vom 9. November 2012 E. 4.3.

⁷⁹ Vgl. BGE 97 II 266 E. III/2-4 sowie Urteile des BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 3.3 und 4C.413/2006 vom 27. März 2007 E. 4.

terlichen Ermessen zu vergüten⁸⁰. Es ist nicht einzusehen, weshalb dieselben Betreuungs- und Pflegeleistungen, wenn keine Entgeltlichkeitsabrede nachgewiesen werden kann, rechtlich unterschiedlich qualifiziert werden sollen. Insbesondere auch im haftpflichtrechtlichen Kontext rechtfertigt es sich, von einem stillschweigenden Arbeitsvertrag auszugehen, wenn die vom Angehörigen erbrachten Dienstleistungen üblicherweise von einer Drittperson nur entgeltlich erbracht worden wäre.

3. Lidlohnverhältnis

Volljährige Kinder oder Grosskinder, die ihren Eltern oder Grosseltern in gemeinsamem Haushalt ihre Arbeit oder ihre Einkünfte zugewendet haben, können hierfür eine angemessene Entschädigung verlangen⁸¹. Die Lidlohnbestimmung ist im Verhältnis zu den vorerwähnten Pflegedienstleistungsverträgen subsidiär anwendbar und gilt ohnehin nur für volljährige Kinder und Grosskinder, nicht aber für Stiefkinder, für die ausschliesslich Art. 320 Abs. 2 OR anwendbar ist⁸². Schuldner der Lidlohnforderung ist nicht der Pflegebedürftige, sondern das Familienhaupt im Zeitpunkt der Geltendmachung der Lidlohnforderung⁸³. Betreuungs- und Pflegeleistungen zu Gunsten von Eltern oder Grosseltern können als Zuwendung von Arbeit qualifiziert werden. Es kann unter Umständen bereits ausreichen, wenn das mündige Kind nur einen Teil seiner Arbeit seinen Eltern zuwendet⁸⁴, indes muss eine gewisse Regelmässigkeit vorliegen und das Kind in der Ausübung einer ausserhäuslichen Erwerbstätigkeit eingeschränkt sein. Eine nur gelegentlich geleistete Arbeit oder Zuwendung reicht nicht aus⁸⁵.

4. Versicherungsleistungen

a. Allgemeines

Interfamiliäre Betreuungs- und Pflegeleistungen können unterschiedliche Versicherungsleistungen auslösen. Die betreuungsbedürftige Person erhält Pflegeentschädigungen, eine Hilflosenentschädigung der AHV⁸⁶, Invaliden-⁸⁷, Unfall-⁸⁸ und Militär-

⁸⁰ Vgl. Art. 422 Abs. 1 OR.

⁸¹ Vgl. Art. 334 Abs. 1 ZGB.

⁸² Vgl. BGE 67 II 200/203.

⁸³ Vgl. Urteil des BGer 5C.133/2004 vom 5. Januar 2005 E. 4.2.

⁸⁴ Vgl. BGE 85 II 382 E. 1.

⁸⁵ Vgl. Urteil des BGer 5C.133/2004 vom 5. Januar 2005 E. 5.2.

⁸⁶ Vgl. Art. 43^{bis} AHVG und Art. 66^{bis} AHVV.

⁸⁷ Vgl. Art. 42 ff. IVG und Art. 35 ff. IVV.

⁸⁸ Vgl. Art. 26 f. UVG und Art. 37 f. UVV.

versicherung⁸⁹ und gegebenenfalls einen Assistenzbeitrag⁹⁰. Die Pflegeentschädigungen sind widersprüchlich geregelt:

- Gegenüber der Invalidenversicherung besteht ein Anspruch auf einen Intensivpflegezuschlag, wenn Eltern behinderungsbedingt Grund- und Behandlungspflegeleistungen oder dauerhaft Überwachungsleistungen erbringen⁹¹. An Eltern delegierbare Pflegeleistungen sind demgegenüber im Rahmen der Geburtsgebrechensversicherung nicht gedeckt⁹².
- Im Anwendungsbereich der Unfallversicherung werden Pflegeleistungen der Angehörigen ermessensweise entschädigt, sofern es sich dabei um eigentliche medizinische Pflegeleistungen handelt⁹³. Der seit dem 01.01.2017 in Kraft befindliche Art. 18 Abs. 2 lit. b UVV sieht neu vor, dass die obligatorische Unfallversicherung auch einen Beitrag für nichtmedizinische Hilfe, welche von nicht anerkannten Leistungserbringern erbracht wird, gewähren kann.
- Im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, welche auch für Unfälle und Geburtsgebrechen subsidiär leistungspflichtig ist, besteht keine gesetzliche Entschädigungspflicht für versicherte Pflegeleistungen, welche von Angehörigen erbracht werden. Praxisgemäss ist der Krankenversicherer leistungspflichtig, wenn Angehörige, die anerkannte Leistungserbringer und selbstständig erwerbend sind, die versicherten Leistungen erbringen. Es genügt aber nicht, dass der pflegende Angehörige die materiellen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt, dieser muss über eine Abrechnungsnummer verfügen⁹⁴. Keine Umgehung des Zulassungserfordernisses stellt jedoch die Anstellung von pflegenden Angehörigen, die nicht im Besitz eines Pflegefachdiploms sind, durch eine zugelassene Spitex-Organisation dar⁹⁵. Im Gegensatz zur Unfallversicherung dürfen angestellte Angehörige aber nur Grundpflege-, nicht aber auch Behandlungspflege ausführen⁹⁶.

⁸⁹ Vgl. Art. 20 MVG.

⁹⁰ Als Assistenzpersonen anerkannt sind natürliche Personen, die vom Versicherten im Rahmen eines Arbeitsvertrages angestellt sind und weder mit ihm verheiratet bzw. in gerader Linie verwandt sind noch mit ihm in eingetragener Partnerschaft leben oder mit ihm eine faktische Lebensgemeinschaft führen (vgl. Art. 42^{quinquies} lit. a und b IVG).

⁹¹ Vgl. Art. 39 IVV.

⁹² Vgl. BGE 136 V 209 E. 7 und 10.

⁹³ Vgl. Art. 18 Abs. 2 lit. a UVV.

⁹⁴ Vgl. Urteil des BGER K 141/06 und K 145/06 vom 10. Mai 2007 E. 5.2.

⁹⁵ Siehe dazu LEU AGNES/BISCHOFBERGER IREN, *Pflegende Angehörige als Angestellte in der Spitex: Eine Annäherung aus rechtlicher, qualifikatorischer und konzeptioneller Perspektive*, *Pflegerecht* 2012, 210 ff.

⁹⁶ Vgl. Urteil des BGER 8C_597/2007 vom 19. Dezember 2007 E. 5.2.

Betreuungsbedürftige Personen, welche ergänzungsleistungsberechtigt sind, können im Rahmen der Vergütung für Krankheits- und Behinderungskosten allfällige ungedeckte Betreuungs- und Pflegekosten gegenüber der Ergänzungsleistungsbehörde geltend machen. Das kantonale Recht entscheidet, ob für Angehörigenpflegeleistungen eine Vergütung für Krankheits- oder Behinderungskosten gemäss Art. 14 ELG vorbehaltlos oder erst beim Nachweis einer dauerhaften und wesentlichen Erwerbs-einbusse beim pflegenden Angehörigen gewährt wird⁹⁷.

Eine Erwerbs-einbusse von 10 % ist erheblich⁹⁸; ein Ausfall von lediglich fünf Arbeitstagen begründet aber keine dauernde Erwerbs-einbusse⁹⁹. Die Frage, ob und allenfalls in welchem Ausmass die Familienangehörige ohne die Pflege einer Erwerbstätigkeit nachgegangen wäre, ist mit Rücksicht auf die persönlichen, familiären, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse unter Berücksichtigung des Umfangs der zu leistenden Pflege zu beurteilen¹⁰⁰.

b. Betreuungsgutschriften

Betreuende Angehörige können in eigenem Namen Betreuungsgutschriften geltend machen. Versicherte, welche Verwandte in auf- oder absteigender Linie oder Geschwister mit einem anerkannten Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung der AHV, der IV, der Unfall- oder der Militärversicherung für mindestens mittlere Hilflosigkeit betreuen, haben Anspruch auf Anrechnung einer Betreuungsgutschrift, wenn sie die betreuten Personen für die Betreuung leicht erreichen können¹⁰¹. Das Erfordernis der leichten Erreichbarkeit ist insbesondere dann erfüllt, wenn die Betreuungsperson nicht mehr als 30 km entfernt von der betreuten Person wohnt oder diese innert einer Stunde erreichen kann. Als Angehörige gelten abschliessend Urgrosseltern, Grosseltern, Eltern, Schwiegereltern, Ehegatte, Geschwister, Kinder, Stiefkinder und Enkelkinder. Die Betreuungsgutschrift entspricht dem Betrag der dreifachen minimalen jährlichen Altersrente und wird auf dem individuellen Konto des betreuenden Angehörigen gutgeschrieben.

⁹⁷ Vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. b ELG.

⁹⁸ Siehe z.B. die Anwendungsfälle Urteile des BGer 9C_84/2009 vom 10. August 2009 (Pflege durch Mutter), 8C_773/2008 vom 11. Februar 2009 (Pflege durch Enkelin) und 8C_227/2007 vom 23. November 2007 (Pflege durch Schwester).

⁹⁹ Vgl. Urteil des BGer P 18/06 vom 25. April 2007 E. 4 und SVR 1998 EL Nr. 10 S. 25.

¹⁰⁰ Vgl. Urteil des BGer 8C_773/2008 vom 11. Februar 2009 E. 5.2.

¹⁰¹ Vgl. Art. 29^{septies} Abs. 1 AHVG.

IV. Politische Regelungsvorhaben

Der Bundesrat will die Rahmenbedingungen für betreuende und pflegende Angehörige verbessern¹⁰². Deshalb hat er als Teil seiner gesundheitspolitischen Prioritäten «Gesundheit 2020» den «Aktionsplan zur Unterstützung und Entlastung von pflegenden Angehörigen» verabschiedet¹⁰³. Der Bundesrat hat am 1. Februar 2017 das Eidgenössische Departement des Innern EDI beauftragt, in Zusammenarbeit mit anderen Departementen im Jahr 2017 gesetzliche Anpassungen zur besseren Rechtssicherheit und Anerkennung von pflegenden Angehörigen zu erarbeiten. Die beabsichtigten Massnahmen sind folgende:

- Anpassung des Arbeitsgesetzes zur Erweiterung des Personenkreises, damit man in akuten Situationen für die Pflege einer nahestehenden Person kurzfristig für wenige Tage frei erhalten kann;
- Eine Variante zur Fortführung der Lohnfortzahlung während der Freistellung im Obligationenrecht einer entsprechenden Regulierungskostenfolgeabschätzung.
- Einführung eines Betreuungsurlaubs für erwerbstätige Eltern schwer krank oder verunfallter Kinder im Obligationenrecht, allenfalls mit Versicherung des Lohnausfalles des betreuenden Elternteils über das Bundesgesetz über den Erwerbsersatz;
- Erweiterung des Anspruchs auf die Berücksichtigung von Betreuungsgutschriften ab einer mittleren Hilflosigkeit. Zudem soll die Prüfung eine Ausdehnung des Anspruches auf Konkubinatsverhältnisse im Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung geprüft werden.

Nach der Auffassung des Verfassers genügen diese Massnahmen nicht, um die zahlreichen offenen Fragen im Zusammenhang mit der Angehörigenpflege zu regeln. Die Politik ist herausgefordert, Rechtsnatur und Entschädigung von Angehörigenpflegeleistungen sowie die soziale Sicherheit der pflegenden Angehörigen zu regeln.

¹⁰² Vgl. BISCHOFBERGER IREN/JÄHNKE ANKE, et al., Betreuungszulagen und Entlastungsangebote für betreuende und pflegende Angehörige. Schweizweite Bestandsaufnahmen. Im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit (BAG), Zürich/Bern 2014, sowie rechtsvergleichend SCHMIDT ANDREA E./FUCHS MICHAEL, et al., Vergleichende Studie zu Betreuungsurlaubs für Angehörige im internationalen Vergleich: Gesetzgebung und politische Massnahmen (Zusammenfassung), Wien 2016, und PAETEL ANNE, Die erbrechtliche Ausgleichung von Pflegeleistungen und anderen Sonderleistungen. Eine Auseinandersetzung mit § 2057a BGB und dem geplanten § 2057b BGB, Diss. Hamburg 2008.

¹⁰³ Siehe dazu Bericht des Bundesrates betreffend Unterstützung für betreuende und pflegende Angehörige (Situationsanalyse und Handlungsbedarf für die Schweiz) vom 5. Dezember 2014 und weiterführend <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/themen/strategien-politik/nationale-gesundheitspolitik/aktionsplan-pflegende-angehoerige.html> (zuletzt besucht am 15. April 2017).