

JaSo 2025

Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht

**Herausgegeben von
Ueli Kieser, Stefanie J. Heinrich,
Marc Hürzeler und Benjamin Dubach**

DIKE 

Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2025

Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2025

Herausgegeben von

Ueli Kieser

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt

Marc Hürzeler

Prof. Dr. iur.

Stefanie J. Heinrich

MLaw

Benjamin Dubach

MLaw

DIKE 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2025 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03891-800-4

Dike Verlag AG · Weinbergstrasse 41 · 8006 Zürich
www.dike.ch · info@dike.ch



Vorwort

Mit Jahrbüchern ist es wie mit Museen – wir gehen alle immer wieder in ein Museum und freuen uns, trotz gleich gebliebener Umgebung jedesmal etwas Neues zu entdecken. Auch Jahrbücher behalten ihre Form, doch wechselt der Inhalt, und bisher noch nicht zu Tage Gefördertes wird aufgezeigt.

Auch das JaSo 2025 will – trotz Beibehalten der äusseren Form – neue Ideen präsentieren und bisher Bekanntes neu einordnen. Die weit gefächerten Aufsätze legen dafür ein schönes Zeugnis ab. Und natürlich ist die – von Patricia Ghiliardi, welcher wir an dieser Stelle danken möchten – zusammengefasste Rechtsprechung des Bundesgerichts, ohnehin neu. Wir freuen uns, den diesjährigen Band der interessierten Leserschaft zugänglich machen zu können.

Allerdings: Auch äusserlich hat sich bei JaSo etwas ergeben: Benjamin Dubach ist zur Herausgeberschaft hinzugetreten. Wir freuen uns sehr, dass wir damit unsere «Crew» spür- und fassbar erweitern konnten. Und natürlich geht unser Dank an die Autorenschaft, welche auch in diesem Jahr einen bunten Strauss von Aufsätzen ermöglicht hat.

Wir freuen uns auf Echos aus der Leserschaft und wünschen unserem JaSo weiterhin gute Fahrt.

Januar 2025

Ueli Kieser Stefanie J. Heinrich Marc Hürzeler Benjamin Dubach

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IX
-----------------------	----

Teil 1

Entwicklung der Gesetzgebung

STEFANIE J. HEINRICH	1
----------------------	---

Zahlen zu den Leistungen und Beiträgen per 2025	15
---	----

Teil 2

Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht

19

Teil 3

Aufsätze

Brennpunkt – Angehörigenpflege

HARDY LANDOLT	73
---------------	----

Invalidität im Aufgabenbereich

Ein kritischer Blick auf die Blackbox «Haushaltsabklärung»

AURELIA JENNY/NATHALIE TUOR/MARKUS LOHER	101
--	-----

Einige Überlegungen zur Haftung nach Art. 52 AHVG

ULI KIESER	117
------------	-----

Zwischen drei Kontinenten und dem UVG: Unterstellungsproblematik eines digitalen Nomaden Keine UVG-Versicherungsdeckung ohne Beschäftigung in der Schweiz BENJAMIN DUBACH	129
Der sachliche Zusammenhang bei Invaliditätsfällen nach Art. 23 BVG Ein trüber Blick auf ein eigentümliches Wesen des Vorsorgerechts MARC HÜRZELER	147
Primär- und Sekundäreinsatz im Rettungswesen Umfang der Kostentragungspflicht durch das KVG STEFANIE J. HEINRICH	157
Stichwortverzeichnis	167

Brennpunkt – Angehörigenpflege

HARDY LANDOLT*

Résumé

Die Angehörigenpflege ist ein unverzichtbarer Versorgungspfeiler des schweizerischen Pflegeversorgungssystems. Wenn die Angehörigenpflege inhaltlich oder zeitlich ein Ausmass annimmt, welches einer einzelnen Angehörigenperson nicht mehr zugemutet werden kann, steht der Sozialstaat in der Pflicht, die versorgenden Angehörigenpersonen zu entlasten und, soweit dies nicht möglich ist, angemessen zu entschädigen. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit den aktuell ungelösten oder kontroversen Fragen im Zusammenhang mit der monetären Abgeltung der Angehörigenpflegeleistungen. Thematisiert werden insbesondere der sozialversicherungsrechtliche Status von pflegenden Angehörigen, die vom aktuellen Sozialversicherungssystem gewährten Versicherungsleistungen für pflegende Angehörige, die ungelösten Fragen rund um die vom Bundesgericht als zulässig erklärte Anstellung von pflegenden Angehörigen zulasten der Heilungskostenversicherung sowie die beiden koordinationsrechtlichen Themen der Schadenminderung und der Überentschädigung, wenn pflegende Angehörige angestellt sind und die von ihnen gepflegte Angehörigenperson zusätzlich Versicherungsleistungen erhält.

Inhaltsübersicht

1. Einleitung	75
2. Sozialversicherungsrechtlicher Status	76
2.1. Allgemeines	76
2.2. Beitrags- und Steuerpflicht für geleistete Pflegeentgelte	77
2.3. Angehörigenversorgung als Erwerbstätigkeit?	78
2.4. Unterscheidung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Versorgungstätigkeit	79
2.5. Faktisches Arbeitsvertragsverhältnis	80

* Prof. Dr. iur. LL.M., Titularprofessor und Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt und Notar, Glarus.

3. Versicherungsleistungen.....	81
3.1. Allgemeines.....	81
3.2. Anstellungsverbot von nahen Angehörigen.....	83
3.3. Vergütung des Erwerbsausfalls (Art. 14 ELG).....	84
4. Anstellung von pflegenden Angehörigen.....	88
4.1. Allgemeines.....	88
4.2. Zulässigkeit der Anstellung von pflegenden Angehörigen	88
4.3. Rahmenbedingungen für die Pflegeausführung	89
4.4. Kürzung der Restkosten	91
4.5. Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes bzw. der kantonalen Normalarbeitsverträge	92
5. Schadenminderungspflicht	94
5.1. Allgemeines.....	94
5.2. Mitwirkungspflicht von Drittpersonen	95
5.3. Schadenminderungspflicht von Angehörigenpersonen.....	95
6. Überentschädigungsverbot	98
7. Zum Schluss	100

Literaturangaben

LANDOLT, HARDY, Erwerbsausfall der pflegenden Angehörigen – quid iuris?, in: Pflegerecht – Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie 2024/1, 20 ff., DERSELBE, Handbuch Pflegerecht, Zürich/St. Gallen 2023, DERSELBE, Bedeutung der Behindertenrechtskonvention für die Pflege, in: Pflegerecht – Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie 2022/4, 206 f., DERSELBE, Privatversicherungsrecht in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2022, DERSELBE, Überentschädigung und Pflegekosten, in: Pflegerecht – Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie 2022/4, 201 ff., DERSELBE, Sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht von Angehörigen, in: Jahrbuch für Sozialrecht 2021, Zürich/St. Gallen, 117 ff., DERSELBE, Versicherungsleistungen für Angehörigenpflege, in: Pflegerecht – Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie 2020/1, 56 ff., und DERSELBE, Angehörigenpflege – eine ungelöste juristische Herausforderung, in: Focus 2017, 346 ff.

1. Einleitung

Angehörige sind ein wichtiger Versorgungsträger, welcher die ambulanten und stationären Pflegedienstleistungserbringer ergänzt. Die unbezahlte Pflege und Betreuung von Erwachsenen hatte 2020 laut Bundesamt für Statistik einen monetären Wert von CHF 3.4 Milliarden. CHF 1.6 Milliarden entfielen auf die Pflege, CHF 1.8 Milliarden auf Betreuung (ohne andere Dienstleistungen wie beispielsweise Hilfe im Haushalt). Frauen leisteten knapp zwei Drittel dieser Arbeit, Männer gut ein Drittel¹.

Der Anteil der unentgeltlich erbrachten Pflegeleistungen ist im ambulanten Bereich höher als der Anteil der professionellen Pflege. Im Jahr 2017 haben 29.5 % (Frauen) bzw. 15.6 % (Männer) der über 80-jährigen von Angehörigen informelle Hilfe erhalten. Im selben Jahr nahm dieselbe Bevölkerungsgruppe im Umfang von 20.9 % (Frauen) bzw. 13.3 % (Männer) regelmässig oder vorübergehend Spitexdienstleistungen in Anspruch. Aber auch in anderen Altersgruppen dominiert die informelle Pflege².

Die Angehörigenpflege wirft zahlreiche, regelmässig ungelöste rechtliche Fragen auf. Der vorliegende Beitrag präsentiert eine Auswahl dieser Brennpunkte. Der Umstand, dass für Versorgungsleistungen von Angehörigen Sozialversicherungsleistungen und andere soziale Entschädigungen gewährt werden, wirft zunächst die Frage auf, ob Angehörige, welche Versorgungsleistungen erbringen, nichterwerbstätige oder erwerbstätige Personen sind. Klärungsbedürftig ist in diesen Zusammenhang insbesondere, ob und unter welchen Voraussetzungen zwischen der versorgenden und der versorgten Person ein (faktisches) Arbeitsvertragsverhältnis besteht.

Von besonderer Bedeutung sind auch die Besonderheiten im Zusammenhang mit den Sozialversicherungsleistungen, welche für innerfamiliäre Versorgungsleistung gewährt werden. Mitunter schränkt der Gesetzgeber

¹ Siehe Stellungnahme des Bundesrates vom 22.11.2023 zur Interpellation 23.4104 «Anstellung von pflegenden Angehörigen und monetärer Wert der Betreuungs- und Pflegeleistungen von Angehörigen», eingereicht von NR Marianne Binder-Keller, vom 27.09.2023 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20234104> – 31.01.2025). Ferner Bundesrat, Unterstützung für betreuende und pflegende Angehörige. Situationsanalyse und Handlungsbedarf für die Schweiz. Bericht des Bundesrates vom 05.12.2014.

² <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheits/gesundheitswesen/informelle-hilfe.html> (31.01.2025).

die Leistungspflicht ein oder schliesst sogar eine Entschädigung aus, weil es sich bei der versorgenden Person um eine Angehörigenperson handelt. In diesen Fällen ist klärungsbedürftig, ob die eingeschränkte Leistungspflicht des Sozialversicherers grundrechtskonform ist.

In jüngster Zeit ist sodann die Anstellung von pflegenden Angehörigen in den Fokus der Rechtsprechung und der politischen Auseinandersetzung gerückt. Das Bundesgericht hat zwar schon vor einigen Jahren die Zulässigkeit der Anstellung von pflegenden Angehörigen bestätigt. Gleichwohl sind zahlreiche Unklarheiten vorhanden, wie die Anstellung von pflegenden Angehörigen im Hinblick auf die sozialversicherungsrechtlichen und arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen genau zu konkretisieren ist.

Schliesslich wirft auch die gesetzliche Beistands-, Unterhalts- und Unterstützungspflicht von Angehörigen die Frage auf, ob versorgende Angehörige wegen ihren familienrechtlichen Pflichten einen Teil der Versorgungsleistungen unentgeltlich zu erbringen haben bzw. mit Bezug auf Pflegeleistungen (auch) eine Schadenminderungspflicht besteht. Diese Frage widerspiegelt sich insbesondere auch im Kontext mit der Überentschädigungsproblematik, als klärungsbedürftig ist, welche monetären Leistungen insgesamt gerechtfertigt sind bzw. ab welcher Höhe der Geld- und Sachleistungen eine angemessene Abgeltung der familiären Versorgungsleistungen erreicht ist.

2. Sozialversicherungsrechtlicher Status

2.1. Allgemeines

Ist ein Mitglied der Familie auf Hilfe, Betreuung oder Pflege angewiesen, werden die benötigten Versorgungsleistungen von Angehörigen in den allermeisten Fällen unentgeltlich erbracht. Versorgende und versorgte Angehörigenperson schliessen nur ausnahmsweise einen entgeltlichen Versorgungsvertrag ab. Auch wenn kein derartiger familiärer Versorgungsvertrag besteht, erhält die versorgte Angehörigenperson wegen der Hilfs-, Betreuungs- und/oder Pflegebedürftigkeit unterschiedliche Sozialversicherungsleistungen oder andere Entschädigungen³.

³ Infra Ziff. 3.

Versorgende Angehörige selber sind nur ausnahmsweise anspruchsberechtigt. Sie können beispielsweise Betreuungsgutschriften in eigenem Namen geltend machen, wenn sie eine über 16-jährige Person betreuen oder pflegen, welche hilfsbedürftig ist bzw. eine Hilfslosenentschädigung erhält⁴. Ebenso steht ihnen ein Betreuungsurlaub bzw. ein Taggeldanspruch zu, wenn sie eine Erwerbstätigkeit vorübergehend aufgeben, um sich um ein Familienmitglied zu kümmern⁵. Vereinzelt erhalten betreuende oder pflegende Angehörige nach kantonalem Recht Beiträge⁶.

2.2. Beitrags- und Steuerpflicht für geleistete Pflegeentgelte

In all diesen Fällen stellt sich die zentrale Frage, ob die versorgenden Angehörigen, weil die von ihnen versorgte Person/en oder sie selber Sozialversicherungsleistungen oder andere Entschädigungen erhalten, erwerbstätig sind und Sozialversicherungsbeiträge bezahlt werden müssen. Eine eigentliche Erwerbstätigkeit setzt voraus, dass die versorgende Angehörigenperson von der versorgten Person eine geldwerte Zuwendung für die Versorgungsleistungen erhält. Beitragspflichtig ist dabei jedes Entgelt, insbesondere auch Naturalleistungen, welche für eine selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit geleistet wird⁷.

Erhält die versorgende Angehörigenperson nachträglich, beispielsweise nach dem Tod der versorgten Person, ein Entgelt für bereits erbrachte Versorgungsleistungen, entsteht die Beitragspflicht im Zuwendungszeitpunkt⁸. Die versorgende Angehörigenperson hat zudem Einkommensteuern für das nachträglich erhaltene Entgelt zu leisten⁹. Wird der Koordinationsabzug überschritten, sind auch Beiträge für die berufliche Vorsorge zu bezahlen und hat ein zwangsweiser Anschluss der versorgten Person (in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber), gegebenenfalls des Nach-

⁴ Vgl. Art. 29septies AHVG.

⁵ Vgl. Art. 329h f. OR und Art. 16n ff. EOG.

⁶ Siehe z.B. Verordnung des Staatsrats des Kantons Freiburg über die Pauschalentschädigung für die Hilfe und Pflege zu Hause vom 14.10.2008 (SGF 823.12).

⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 2 AHVG.

⁸ Vgl. BGer H 121/97 vom 15.12.1997 = AHI-Praxis 1998, S. 153 und BVGer C-855/2011 vom 09.11.2012 E. 4.3.

⁹ Vgl. BGE 107 Ia 107 E. 2b und c.

lasses, an die Auffangeinrichtung zu erfolgen¹⁰. 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 Anschlusspflicht¹¹.

2.3. Angehörigenversorgung als Erwerbstätigkeit?

Schwieriger gestaltet sich die Beurteilung, wenn die erbrachten Versorgungsleistungen noch nicht vergütet worden sind. Erhält das versorgte Familienmitglied von einem Dritten, insbesondere von den Sozialversicherungen, eine Vergütung für die von Angehörigen geleisteten Versorgungsleistungen, ist unklar, ob eine beitragspflichtige Erwerbstätigkeit vorliegt oder nicht. Es fliesst zwar Geld, aber nur zwischen der versorgten Person und einem aussenstehenden Zahler, die Zuwendung wird aber von der versorgten Person nicht an die Angehörigenperson weitergeleitet.

Die Rechtsprechung bejaht die Beitragspflicht bzw. die Steuerpflicht erst in dem Moment, in welchem die Angehörigenperson tatsächlich ein Entgelt erhält. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, lässt sich beim Vorliegen eines gemeinsamen Haushalts oft nicht eindeutig feststellen. Insbesondere dann, wenn die versorgende Angehörigenperson Inhaber der elterlichen Gewalt bzw. Vorsorgebeauftragter oder Beistandsperson ist oder die Versicherungsleistungen und Vergütungen, welche der versorgten Person zustehen, auf ein gemeinsames Konto einbezahlt und von diesem die den gemeinsamen Haushalt betreffenden Rechnungen bezahlt werden.

Handelt es sich bei der versorgenden Angehörigenperson um den Inhaber der elterlichen Gewalt, einen Vorsorgebeauftragten oder eine Beistandsperson, dürfte in solchen Situationen regelmässig eine objektive Interessenkollision vorliegen und ein Handlungsbedarf für die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde bestehen. Die kantonalen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde gehen mit dieser Problematik unterschiedlich um. Dem Verfasser dieser Zeilen sind unter anderem drei verschiedene Vorgehensweisen bekannt.

¹⁰ Siehe die Anwendungsfälle BVer C-855/2011 vom 09.11.2012 und C-4656/2009 vom 08.06.2011.

¹¹ Vgl. BVer C-4656/2009 vom 08.06.2011 E. 4.9.

Gewisse Kantone ernennen eine separate Beistandsperson, welche die Aufgabe hat, das Versorgungsverhältnis zwischen der versorgenden Angehörigen-/Beistandsperson und der versorgten Person zu regeln. Andere Kantone ziehen einen externen Gutachter bei, beispielsweise einen Fachanwalt für Arbeitsrecht, und lassen die Rechtsnatur des Versorgungsverhältnisses durch die sachverständige Person klären, um anschliessend gegebenenfalls einen Versorgungsvertrag zu genehmigen. Wieder andere Kantone ignorieren die Problematik¹².

2.4. Unterscheidung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Versorgungstätigkeit

Liegt eine Erwerbstätigkeit vor, ist klärungsbedürftig, ob eine unselbstständige oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt. Die Beantwortung der beitragsrechtlichen Statusfrage entscheidet sodann, ob die Angehörigenperson (als selbstständig erwerbstätige Person) oder die versorgte Person (als Arbeitgeber) die Sozialversicherungsbeiträge zu leisten hat. Selbständigerwerbend ist, wer Erwerbseinkommen erzielt, das nicht Entgelt für eine als Arbeitnehmer geleistete Arbeit darstellt¹³. Entsprechend besteht eine gesetzliche Vermutung für eine selbstständige Erwerbstätigkeit.

Diese Vermutung des Gesetzgebers ist im innerfamiliären Verhältnis problematisch. Einerseits besteht regelmässig eine faktische Unter-/Überordnung zwischen der versorgenden und der versorgten Person, insbesondere wenn es sich bei letzterer um Kinder oder urteilsunfähige Personen handelt. Die versorgte Person ihrerseits ist in einer besseren Machtposition, weil sie die Versicherungsleistungen erhält und ein Entgelt leisten kann, was für eine Arbeitgeberposition typisch ist. Andererseits unterhält die versorgte Person keine eigentliche Arbeitsorganisation, weshalb ein Arbeitgeberstatus fraglich ist.

Der Verfasser dieser Zeilen war unlängst mit der Herausforderung qualifiziert, den sozialversicherungsrechtlichen Status einer Mutter zu beurteilen, welche sich um ihren erwachsenen Sohn kümmert, welcher dafür unterschiedliche Sozialversicherungsleistungen, insbesondere Ergänzungsleistungen, erhält. Stellt die innerfamiliäre Versorgungsleistung

¹² Siehe dazu LANDOLT, Pflegerecht, Rz. 298 ff.

¹³ Vgl. Art. 12 Abs. 1 ATSG und Art. 9 Abs. 1 AHVG.

in der vorliegenden Konstellation eine Erwerbstätigkeit dar? Wenn dem so sein sollte: Handelt es sich bei der erwerbstätigen Mutter um eine Unternehmerin oder ist sie Arbeitnehmerin ihres Sohnes? Das Versicherungsgericht des Kanton Solothurn hat erwogen, dass es sich bei der Mutter um eine selbstständig Erwerbstätige handele¹⁴. Ob dies zutrifft, wird das Bundesgericht in einem noch hängigen Fall klären.

2.5. Faktisches Arbeitsvertragsverhältnis

Die Abgrenzungsproblematik zwischen der unselbstständigen und der selbstständigen Erwerbstätigkeit wird durch den Umstand erschwert bzw. erleichtert, dass gemäss Art. 320 Abs. 2/3 OR ein faktisches Arbeitsvertragsverhältnis vom Gesetzgeber vermutet wird, wenn Arbeitsleistungen, welche üblicherweise entlohnt werden, erbracht werden, ohne dass ein förmlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen worden ist.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich bei Art. 320 Abs. 2/3 OR um eine unwiderlegbare gesetzliche Vermutung für das Bestehen eines faktischen Arbeitsvertragsverhältnisses:

«Das Arbeitsvertragsrecht sieht vor, dass auch unabhängig von einem übereinstimmenden Willen über alle wesentlichen Punkte ein Arbeitsvertrag zustande kommt, wenn jemand Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist (Art. 320 Abs. 2 OR). Damit hat das Gesetz eine unwiderlegbare Vermutung (*praesumptio iuris et de iure*) für den Abschluss eines Arbeitsvertrages geschaffen. Was sich die Parteien vorgestellt und was sie gewollt haben, ist dabei belanglos. Massgebend ist nur der objektive Tatbestand. Dieser ist erfüllt, wenn die Arbeit vom Arbeitgeber entgegengenommen worden ist.»¹⁵

Die Rechtsprechung wendet die gesetzliche Vermutung für das Bestehen eines faktischen Arbeitsvertragsverhältnisses auch bei urteilsunfähigen Dienstleistungsempfängern an, insbesondere auch in den Fällen, in welchen der Dienstleistungserbringer Inhaber der elterlichen Gewalt oder Beistandsperson des (urteilsunfähigen) Dienstleistungsempfängers ist¹⁶.

¹⁴ Vgl. VersGer SO VSBES.2023.105 vom 10.10.2023.

¹⁵ BGer 4C.307/2001 vom 14.03.2002 E. 2a.

¹⁶ Vgl. BVGer C-855/2011 vom 09.11.2012 E. 4.3.

Die Gerichte wenden Art. 320 Abs. 2/3 OR auch im innerfamiliären Verhältnis an, wenn eine Angehörigenperson für ein anderes Familienmitglied unentgeltlich gesundheitsbedingt notwendige Versorgungsleistungen erbringt, welche zu entgelten wären, würden diese von familienfremden Personen ausgeführt. Nicht zu entlönnen sind Betreuungs- und Pflegeleistungen des Sohnes für die Mutter während drei Monaten, verteilt auf zwei Jahre¹⁷. Zu entlönnen sind demgegenüber Betreuungs- und Pflegeleistungen für den Onkel während fünf Monaten¹⁸, für eine Nichtverwandte während drei Jahren¹⁹ oder für einen Elternteil während vier Jahren²⁰ bzw. zwölf Jahren²¹.

Sind die Voraussetzungen eines faktischen Arbeitsvertragsverhältnisses gegeben, entsteht ex lege eine Lohnforderung. Ist von einem faktischen Arbeitsvertrag auszugehen, kann der dienstleistende Angehörige eine Lohnforderung geltend machen, die einem Dritten zustünde. Nicht zu entschädigen ist der darüber hinaus angefallene Erwerbsausfall des Angehörigen²². Dieser wird gegebenenfalls durch einen Sozialversicherungsträger (angemessen) vergütet und ist in jedem Fall bei der Überentschädigungsberechnung als Ausgabenposition zu berücksichtigen²³.

3. Versicherungsleistungen

3.1. Allgemeines

Die verschiedenen Sozialversicherungssysteme nehmen vielfältig Bezug auf familiäre Versorgungsleistungen und statuieren nicht aufeinander abgestimmte Versicherungsleistungen²⁴. Dazu zählen insbesondere die Hilflosenentschädigungen, der Intensivpflegezuschlag bei minderjährigen Versicherten, der Assistenzbeitrag, die Betreuungsgutschriften, der Betreuungsurlaub, die Pflegeentschädigung sowie die Vergütung für Krank-

¹⁷ Vgl. BGE 70 II 21 E. 2.

¹⁸ Vgl. KGer VS vom 19.06.1985 i.S. Lengen = ZWR 1985, S. 119 E. 3b.

¹⁹ Vgl. BGer 4C.313/1999 vom 25.01.2000 E. 3.

²⁰ Vgl. BGer H 121/97 vom 15.12.1997 = AHI-Praxis 1998, S. 153 E. 3.

²¹ Vgl. BGer vom 01.07.1991 i.S. W. E. 4b und c.

²² Vgl. KGer VS vom 19.06.1985 i.S. Lengen = ZWR 1985, S. 119 E. 3b.

²³ Vgl. Art. 69 Abs. 2 ATSG.

²⁴ Weiterführend LANDOLT, Pflegefinanzierung, 31 ff.

heits- und Behinderungskosten. Ergänzt werden die bundesrechtlichen Versicherungsleistungen durch kantonale Beiträge und Subventionen²⁵, welche allerdings weder der versorgenden noch der versorgten Angehörigenperson gewährt werden.

Je nach gesetzlicher Konzeption handelt es sich dabei um eine pauschale Geldleistung (so etwa im Fall der Hilflosenentschädigung und des Intensivpflegezuschlags), um eine Abgeltung von tatsächlichen Lohnkosten (so beispielsweise beim Assistenzbeitrag) oder um eine (teilweise) Vergütung des Erwerbsausfalls (so unter anderem beim Betreuungsurlaub). In den anderen Fällen werden eingesparte Versorgungskosten²⁶ oder ein (hypothetischer) Erwerbsausfall der versorgenden Angehörigen (teilweise) vergütet. Letzteres ist im Rahmen von Art. 14 ELG der Fall, wenn der Erwerbsausfall von versorgenden Angehörigen als vergütungsfähige Behinderungskosten anerkannt werden²⁷.

Die Frage der Entschädigung von Angehörigenversorgungsleistungen sollte «neutral» und rechtsgleich beantwortet werden. Der Umstand, einen Ehegatten oder Familienangehörige zu haben, die Hilfe-, Pflege- oder Betreuungsleistungen erbringen können, oder nicht, ist kein stichhaltiger Grund für eine rechtsungleiche Behandlung bzw. unterschiedlich hohe Versicherungsleistungen bei einer vergleichbaren Versorgungsbedürftigkeit²⁸. Entsprechend ist die versorgungsbedürftige Person so zu stellen, wie wenn sie keine Angehörigen hätte bzw. die von ihr benötigten Versorgungsleistungen nicht von Angehörigen erbracht würden.

Der behinderungs- bzw. gesundheitsbedingte Versorgungsbedarf ist nicht zuletzt im Hinblick auf die staatsvertraglichen Verpflichtungen der BRK angemessen zu vergüten, mindestens in dem Umfang, wie es eine selbstbestimmte Lebensführung voraussetzt²⁹. Es besteht aber grundsätzlich kein verfassungsmässiger Anspruch auf Übernahme sämtlicher behinderungsbedingter Kosten durch die Sozialversicherung und damit auch des Erwerbsausfalls der versorgenden Angehörigen³⁰. Die Verneinung einer

²⁵ Ibid., S. 17 ff. und 97 ff.

²⁶ Siehe z.B. Art. 18 Abs. 2 lit. a und b UVV.

²⁷ Dazu infra Ziff. 3.1.

²⁸ Vgl. BGE 134 I 105 E. 5 und BGer 9C_618/2020 vom 17.12.2020 E. 6.3.1.

²⁹ Vgl. Art. 19 BRK.

³⁰ Vgl. BGE 146 V 233 E. 2.2 und 138 I 225 E. 3.5 sowie BGer 9C_739/2020 vom 05.11.2021 E. 6.2 und 9C_772/2020 vom 15.03.2021 E. 4.2.5.

Leistungspflicht für die daheim erfolgende Krankenpflege stellt gemäss Bundesgericht ebenfalls keine unzulässige Diskriminierung dar, weil sie auf einer sachlich begründeten Unterscheidung beruhe³¹.

3.2. Anstellungsverbot von nahen Angehörigen

Art. 320 Abs. 2/3 OR vermutet unwiderlegbar ein Arbeitsvertragsverhältnis, wenn Versorgungsleistungen, welche üblicherweise entlohnt werden, von Angehörigen oder familienfremden Dritten erbracht werden. Die invalidenversicherungsrechtliche Regelung des Assistenzbeitrages schliesst eine Vergütung der Lohnkosten dann aus, wenn es sich bei der Assistenzperson um eine in gerader Linie verwandte Person oder den Ehegatten/Lebenspartner handelt³².

Dieses sozialversicherungsrechtliche «Anstellungsverbot» bzw. der Ausschluss der Versicherungsleistungen aufgrund einer besonderen familiären Beziehung ist nicht nur mit der unwiderlegbaren Vermutung eines faktischen Arbeitsvertragsverhältnis unvereinbar, sondern auch verfassungsrechtlich suspekt. Versorgungsbedürftige Personen haben einen grundrechtlichen Anspruch darauf, mit Angehörigen einen gemeinsamen Haushalt zu führen und sich von diesen betreuen und pflegen zu lassen³³.

Die Vorenthaltung des Assistenzbeitrages stellt nach der Meinung des Verfassers eine faktische Grundrechtsverletzung dar. Es besteht zwar eine bundesgesetzliche Grundlage, welche für das Bundesgericht verbindlich ist, weshalb lediglich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Verfassungswidrigkeit bzw. eine Verletzung von Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK feststellen kann. Das Anstellungsverbot bezweckt eine Eingrenzung der staatlichen Mittel, über welche die Invalidenversicherung nicht (übermässig) verfügt und kann insoweit für sich ein schutzwürdiges Interesse monieren, ist in seinen Auswirkungen aber unverhältnismässig.

Die versorgungsbedürftige Person ist vor die Wahl gestellt, entweder auf den Assistenzbeitrag zu verzichten, wenn sie sich durch in gerader Linie verwandte Personen oder den Ehegatten/Lebenspartner versorgen lassen will, oder dann familienfremde Dritte mit Assistenzleistungen zu beauftra-

³¹ Vgl. BGer 9C_773/2020 vom 15.03.2021 E. 4.2.5 und 9C_886/2010 vom 10.06.2011 E. 3.1.

³² Vgl. Art. 42quinquies lit. b IVG.

³³ Vgl. Art. 14 BV und Art. 22 f. BRK.

gen, wenn die Angehörigenpersonen nicht bereit bzw. aus ökonomischen Gründen ausserstande sind, die Versorgungsleistungen unentgeltlich zu erbringen. Kann die versorgungsbedürftige Person keine Assistenzpersonen als Arbeitnehmer rekrutieren, steht ihr zwar ein Lohnbudget zu, doch dieses kann nicht für die Finanzierung von Versorgungsleistungen von Anbietern auf Honorarbasis verwendet werden³⁴.

3.3. Vergütung des Erwerbsausfalls (Art. 14 ELG)

Gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. b ELG vergüten die Kantone den Bezüglern einer jährlichen Ergänzungsleistung unter anderem die ausgewiesenen Kosten für Hilfe, Pflege und Betreuung zu Hause sowie in Tagesstrukturen. Das Gesetz umschreibt nicht näher, was unter «Hilfe, Pflege und Betreuung zu Hause oder in Tagesstrukturen» nach Art. 14 Abs. 1 lit. b ELG zu verstehen ist.

Es besteht zwar keine Deckungsgleichheit mit Leistungen, welche für die Festsetzung des Assistenzbeitrages von Bedeutung sind³⁵. Gleichwohl fallen darunter alle Versorgungsleistungen, auch die blossе Präsenz³⁶, die behinderungsbedingt bzw. für ein selbstbestimmtes Leben zuhause notwendig sind³⁷. Es genügt aber nicht, pauschal zu behaupten, dass über den beim Assistenzbeitrag mittels FAKT2 festgestellten Gesamtbedarf hinaus rund um die Uhr Hilfeleistungen benötigt würden³⁸.

Die Kantone sind berechtigt, die vergütungsfähigen Versorgungsleistungen bzw. Kosten zu bezeichnen, und dürfen sich dabei auf eine wirtschaftliche und zweckmässige Leistungserbringung beschränken³⁹. Die Kantone dürfen aber die bundesrechtlichen Mindestbeträge nicht unterschreiten⁴⁰. Diese weitreichende Delegation wurde im Zusammenhang mit dem NFA, welcher am 01.08.2008 in Kraft trat, eingeführt.

Die bis zum 31.12.2007 geltende ELKV sah in Art. 13b Abs. 1 explizit vor, dass ein länger dauernder und wesentlicher Erwerbsausfall von Angehöri-

³⁴ Siehe dazu BGer 8C_523/2023 vom 27.03.2024 (BGE-Publikation) E. 4-6.

³⁵ Vgl. BGer 9C_125/22019 vom 11.06.2019 E. 4.1.

³⁶ Vgl. BGer 9C_576/2015 vom 14.01.2016 E. 3.

³⁷ Vgl. BGer 8C_773/2008 vom 11.02.2009 E. 5.1.

³⁸ Vgl. BGer 9C_607/2021 vom 11.3.2022 E. 4.4.

³⁹ Vgl. Art. 14 Abs. 2 ELG.

⁴⁰ Vgl. Art. 14 Abs. 3 und 4 ELG und Art. 19b ELV.

gen, welche die versicherte Person pflegen und betreuen, als vergütungsfähige Kosten im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. b ELG gilt⁴¹. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll eine Verschlechterung der Stellung versicherter Personen vermieden, den Kantonen jedoch auch keine umfangreichere Leistungspflicht als im bisherigen Rahmen auferlegt werden⁴².

Gemäss der seinerzeitigen Rechtsprechung des Bundesgerichts galt ein Erwerbsausfall als dauernd, wenn er «einige wenige Tage» überschreitet⁴³. Ein wesentlicher Erwerbsausfall wurde bei einer Erwerbseinkunftsabnahme von 10 % oder mehr als erfüllt betrachtet⁴⁴. Neben dem durch eine versorgungsbedingte Aufgabe der Arbeitsstelle nachgewiesenen tatsächlichen Erwerbsausfall wurde auch der mutmassliche Erwerbsausfall bzw. das durch «die hypothetische Aufnahme oder die hypothetische Steigerung einer bestehenden Erwerbstätigkeit» weggefallene Erwerbseinkommen berücksichtigt, sofern dessen Realisierung nicht bloss möglich, sondern überwiegend wahrscheinlich war⁴⁵. Für die Bestimmung der mutmasslichen Erwerbstätigkeit massgeblich war, was die versorgende Angehörigenperson in erwerblicher Hinsicht tun würde, wenn sie die Betreuungsaufgabe nicht angenommen hätte.

Der Umstand, dass die versorgende Angehörigenperson vor Antritt der Betreuung glaubhaft einer Erwerbstätigkeit nachging, lässt vermuten, dass sie ohne die übernommene Aufgabe zumindest teilweise erwerbstätig wäre⁴⁶. Das hypothetische Erwerbseinkommen ist nach den persönlichen, familiären, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen zu beurteilen⁴⁷. Aufgrund der Beweisschwierigkeiten, welche hypothetischen Fragestellungen naturgemäss innewohnen, ist der anspruchsbegründende Sachverhalt besonders sorgfältig zu erheben⁴⁸.

⁴¹ Siehe z.B. BGer 9C_84/2009 vom 10.08.2009 E. 3.1 und 4.3.

⁴² Vgl. BGE 138 I 225 E. 3.3.2.

⁴³ BGer P 18/06 vom 25.04.2007 E. 4.2.

⁴⁴ BGer P 18/06 vom 25.04.2007 E. 4.2.

⁴⁵ BGer 8C_773/2008 vom 11.02.2009 E. 5.1.

⁴⁶ BGer 8C_773/2008 vom 11.02.2009 E. 6.2.

⁴⁷ Eine angespannte finanzielle Lage rechtfertigt die Annahme einer mutmasslichen Erwerbstätigkeit (siehe BGer 9C_902/2009 vom 18.01.2010).

⁴⁸ BGer 9C_618/2020 vom 17.12.2020 E. 4.3, 9C_125/2019 vom 11.06.2019 E. 4.3 und 8C_773/2008 vom 11.02.2009 = SVR 2009 EL Nr. 5 S. 17 E. 5.2.

Die meisten Kantone haben diese Regelung übernommen, sehen mitunter aber andere Kriterien hinsichtlich der Dauerhaftigkeit und der Wesentlichkeit des Erwerbsausfalles vor. Vereinzelt wurde die Erwerbsausfallvergütung nicht übernommen bzw. später aufgehoben. Der Kanton Glarus z.B. hat mit Wirkung ab dem 01.01.2023 die frühere Verordnungsbestimmung aufgehoben mit der Begründung, dass der mit dem neuen Pflege- und Betreuungsgesetz eingeführte Angehörigenbeitrag von CHF 500 monatlich eine gleichwertige Vergütung darstelle. Das Verwaltungsgericht des Kantons Glarus hat unlängst entschieden, dass die Aufhebung der Erwerbsausfallvergütung bundesrechtswidrig ist⁴⁹.

Ebenso wird mitunter – nicht nur im fraglichen Kanton – eine Vergütung gemäss Art. 14 ELG davon abhängig gemacht, dass die versicherte Person keinen Assistenzbeitrag erhält. Besteht ein diesbezüglicher Anspruch, wird fingiert, dass keine ungedeckten Kosten für Hilfe, Betreuung und Pflege zu Hause anfallen würden. Diese Annahme ist in allgemeiner Weise unzutreffend, da der versicherte Assistenzbedarf (während des Tages) maximal 420 Stunden pro Monat bzw. 14 Stunden pro Tag umfasst⁵⁰, psychiatrische Grundpflegeleistungen nicht als Assistenzleistungen berücksichtigt werden⁵¹ und zudem nahe Angehörige als Assistenzpersonen ausgeschlossen werden.

Eine Rechtsunsicherheit besteht auch bei den Kantonen, welche die Vergütungsfähigkeit des Erwerbsausfalls von versorgenden Angehörigen anerkennen, als regelmässig vom kantonalen Ausführungsrecht nicht geregelt wird, nach welchen Kriterien der hypothetische Erwerbsausfall ermittelt wird. Unklar ist insbesondere, ob der statistische Medianlohn oder ein vormalig erzielttes Erwerbseinkommen heranzuziehen, unter welchen Umständen bei den meistens weiblichen Angehörigen von einem Teil- oder Vollzeitpensum auszugehen⁵² und ob bzw. inwieweit die Versorgungs- mit der Erwerbstätigkeit vereinbar ist, was einen Erwerbsausfall ausschliesst⁵³. Im Hinblick auf die statistische Erwerbsquote von 6.9 %

⁴⁹ Vgl. VGer GL VG.2024.00005 vom 19.09.2024.

⁵⁰ Vgl. Art. 39e IVV.

⁵¹ Vgl. VGer GL VG.2019.00125 vom 20.02.2020 E. 6 f.

⁵² Vgl. z.B. BGer 9C_122/2019 vom 11.06.2019 E. 2.2.

⁵³ Siehe dazu BGer 9C_476/2022 vom 09.06.2023 E.8 und 9C_125/2019 vom 11.06.2019 E. 4.3.1 f.

kann bei den über 65-Jährigen ohne nähere Abklärungen ein Erwerbsausfall aber nicht verneint werden⁵⁴.

Dass die kantonale Vorinstanz in Anwendung und Auslegung des einschlägigen kantonalen EL-Rechts die frühere Rechtsprechung zu Art. 13b lit. b der auf Ende 2007 aufgehobenen ELKV sowie analogieweise die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum ehelichen oder nachehelichen Unterhalt zwischen verheirateten oder geschiedenen Eltern mit Bezug auf den Zeitpunkt der Aufnahme einer vollen Erwerbsarbeit durch den hauptbetreuenden Elternteil⁵⁵ heranzieht, ist jedenfalls nicht bundesrechtswidrig⁵⁶.

Eine kantonale Ausführungsbestimmung zu den im Rahmen der EL zu tragenden Krankheits- und Behinderungskosten, die wie die vormalige Regelung in der ELKV keine Übernahme von Kosten für die Pflege und Betreuung durch in die EL-Berechnung eingeschlossene Familienangehörige vorsieht, ist gesetzeskonform. Sie führt auch nicht zu einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung mit getrennt lebenden Ehegatten⁵⁷.

Die Kantone sind gemäss Art. 14 Abs. 2 ELG berechtigt, nicht den effektiv anfallenden Erwerbsausfall von pflegenden Angehörigen zu vergüten. Die Erwerbsausfallvergütung kann beschränkt werden, indem entweder Tabellenlöhne gemäss LSE oder die Ansätze für den Assistenzbeitrag beigezogen werden. Als Folge des Wirtschaftlichkeitsgebots ist von der vollständigen Verwertbarkeit des zeitlich möglichen Erwerbspensums der pflegenden Angehörigen auszugehen⁵⁸.

Unabhängig davon, wie der hypothetische Erwerbsausfall der versorgenden Angehörigenperson berechnet wird, wird die Vergütungsfähigkeit dadurch eingeschränkt, dass die Kantone regelmässig die bundesrechtlichen Mindestbeträge als Höchstbeträge verstehen, weshalb maximal ein Erwerbsausfall im Bereich von CHF 25'000 – 90'000 vergütungsfähig ist. Da die Hilfslosenentschädigung vom Mindestbetrag in Abzug gebracht werden darf/muss⁵⁹, reduziert sich die Erwerbsausfallvergütung gemäss Art. 14 ELG entsprechend.

⁵⁴ BGer 9C_152/2010 vom 24.08.2011 E. 4.4 ff.

⁵⁵ Dazu BGE 144 III 481 E. 4.7.6.

⁵⁶ Vgl. BGer 9C_122/2019 vom 11.06.2019 E. 3.

⁵⁷ Vgl. BGE 150 V 105 E. 6.2 und 6.6.

⁵⁸ Vgl. BGer 8C_572/2023 vom 08.05.2024 (BGE-Publikation).

⁵⁹ Vgl. Art. 14 Abs. 4 ELG.

4. Anstellung von pflegenden Angehörigen

4.1. Allgemeines

Pflegeleistungen sind Teil der Heilbehandlung. Die obligatorische Heilungskostenversicherung sieht für Pflegeleistungen eine unterschiedliche Vergütungspflicht vor, je nachdem, ob die Unfall-⁶⁰, Invaliden-⁶¹ oder subsidiär Krankenversicherung⁶² leistungspflichtig ist.

Angehörige, welche versicherte Pflegeleistungen erbringen, sind nicht berechtigt, vom zuständigen Sozialversicherungsträger die gesetzliche Entschädigung zu fordern. Insbesondere ist der Krankenversicherungsträger nicht verpflichtet, Angehörigen den gesetzlichen Pflegebeitrag zu gewähren, wenn diese versicherte Pflegeleistungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 KLV erbringen⁶³.

Selbst wenn die Angehörigenperson über ein Pflegefachdiplom verfügt und als zugelassene Pflegeleistungserbringerin zulasten der Heilungskostenversicherung abrechnen könnte, aber (noch) nicht über eine formelle Zulassung verfügt, besteht keine Leistungspflicht des Krankenversicherungsträgers. Auch gestützt auf den Grundsatz der Austauschbefugnis kann eine fingierte Zulassung nicht angenommen werden⁶⁴. Bei pflegenden Angehörigenpersonen mit Pflegefachdiplom und formeller Zulassung verlangt das Bundesgericht zudem die tatsächliche Abrechnung von Sozialversicherungsbeiträgen als Selbstständigerwerbende⁶⁵.

4.2. Zulässigkeit der Anstellung von pflegenden Angehörigen

Das Bundesgericht hat 2006 die Zulässigkeit der Anstellung von pflegenden Angehörigen durch zugelassene Spitex-Organisationen bestätigt⁶⁶ und danach präzisiert, dass die Anstellung eine hinreichende Instruktion

⁶⁰ Vgl. Art. 18 UVV.

⁶¹ Vgl. Verordnung des EDI vom 3. November 2021 über ambulant erbrachte medizinische Pflegeleistungen.

⁶² Vgl. Art. 7 Abs. 2 KLV.

⁶³ Vgl. BGer 9C_88/2016 vom 12.05.2016 E. 2.

⁶⁴ Vgl. BGer K 141/06 und K 145/06 vom 10.05.2007 E. 5.2.

⁶⁵ Vgl. BGer 8C_591/2020 vom 03.02.2021 E. 4.5.2.

⁶⁶ Vgl. BGer K 156/04 vom 21.06.2006 = SVR 2006 KV Nr. 37 S. 141.

und Überwachung durch diplomierte Pflegefachpersonen voraussetzt⁶⁷ und zudem, wenn die Angehörigenperson selber nicht über ein Pflegefachdiplom verfügt, nur für Grundpflegeleistungen, nicht aber für andere gemäss Art. 7 Abs. 2 KLV versicherte Pflegeleistungen zulässig ist⁶⁸. Eine Anstellung von Angehörigen, die psychiatrische Grundpflege ausführen, setzt voraus, dass die angestellten Angehörigen von diplomierten Pflegefachpersonen mit hinreichender Erfahrung in der Psychiatriepflege instruiert und überwacht werden⁶⁹.

Ungeklärt ist, ob die Anstellung von grundpflegenden Angehörigen auch im Geltungsbereich anderer Sozialversicherungssysteme zulässig ist. In der Praxis machen etwa die Unfallversicherer geltend, dass die versicherten Pflegeleistungen, welche von Angehörigen der versicherten Person ausgeführt werden, lediglich gemäss Art. 18 Abs. 2 UVV vergütet werden könnten, obwohl gemäss Art. 18 Abs. 1 UVV die Zulassungsvorschriften der Krankenversicherung auch im Geltungsbereich der obligatorischen Unfallversicherung anwendbar sind. Im Sinne einer einheitlichen Rechtsordnung ist davon auszugehen, dass auch im Geltungsbereich der obligatorischen Unfall- und Militär- sowie Invalidenversicherung eine Anstellung von pflegenden Angehörigen zulässig ist.

4.3. Rahmenbedingungen für die Pflegeausführung

Das Bundesgericht verlangt eine hinreichende Instruktion und Überwachung der angestellten Angehörigen durch diplomierte Pflegefachpersonen. Die bisherige Rechtsprechung hat noch keine klaren Anforderungen hinsichtlich Instruktion und Überwachung festgelegt insbesondere was die Kadenz der persönlichen Kontakte anbelangt. Das Bundesgericht hat «bewusst nicht näher umschrieben, was unter intensiver Überwachung und Betreuung zu verstehen ist, weder in zeitlicher Hinsicht noch in Bezug auf Form und Inhalt der Massnahmen»⁷⁰. Dieser liegt grundsätzlich im pflichtgemässen Ermessen der Leitung des Spitex-Vereins und des für die Anordnung der Leistungen zuständigen Arztes⁷¹. Nicht beanstandet

⁶⁷ Vgl. BGer 9C_597/2007 vom 19.12.2007 E. 3.

⁶⁸ Vgl. BGE 145 V 161 E. 5.

⁶⁹ Vgl. BGer 9C_385/2023 vom 08.05.2024 E. 4.3.6 und 9C_839/2018 vom 28.06.2019 E. 6.2.

⁷⁰ BGer 9C_597/2007 vom 19.12.2007 E. 5.2.

⁷¹ Ibid.

wurde die Überwachung der Pflege durch das Fachpersonal, die zweimal jährlich vor Ort und daneben durch gelegentliche Kontakte in den Räumlichkeiten der Spitex oder am Telefon erfolgte⁷².

Mittlerweile statuiert der Spitex-Administrativvertrag für die daran gebundenen Dienstleistungserbringer eine Verpflichtung für einen telefonischen Kontakt alle zwei Wochen und einen Besuch einer Pflegefachpersonen vor Ort allmonatlich. Gilt dieser strengere Standard nun für alle Leistungserbringer, auch wenn diese nicht an den Administrativvertrag gebunden sind? Ebenfalls ungeklärt ist, ob die mittlerweile administrativvertragliche Pflicht, dass angestellte Angehörigenpersonen den Fähigkeitsausweis des Schweizerischen Roten Kreuzes oder gleichwertige Bescheinigungen innert einer bestimmten Frist beizubringen haben, gestützt auf das kantonale Gesundheitsrecht oder gegebenenfalls das Sozialversicherungsrecht ganz allgemein gilt.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hat klargestellt, dass ein gesundheitspolizeiliches Anstellungsverbot ab einem bestimmten Alter unzulässig ist⁷³. Auch Angehörige, welche das ordentliche Rentenalter erreicht haben, können als pflegende Angehörige angestellt werden. Gleichwohl ist die Frage nach wie vor offen, welche persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften die Angehörigenperson haben muss, um als Hilfsperson für die Verrichtung von Grundpflegeleistungen angestellt werden zu können.

Hinsichtlich der Ausführung der Pflegeleistungen wird von den Sozialversicherungsträgern regelmässig geltend gemacht, dass die Angehörigenperson, welche nur für eine bestimmte versicherte Person Pflegeleistungen im Auftrag einer Spitex-Organisation ausführe, besonders effizient sei, weshalb es sich nicht rechtfertige, die bei der Bedarfsabklärung zugrundegelegten Standardzeiten heranzuziehen, obwohl das Bundesgericht die Standardzeiten als Konkretisierung des Wirtschaftlichkeitsgebots bezeichnet⁷⁴.

Vereinzelt wird geltend gemacht, dass Angehörige wegen ihrer Routine und Effizienz mehrere Pflegeverrichtungen zeitgleich bzw. überschneidend erbringen könnten, weshalb nicht nur ein Effizienz-, sondern sogar

⁷² Ibid.

⁷³ Vgl. VGer GR S 23 137 vom 27.02.2024.

⁷⁴ Vgl. BGer 8C_1037/2012 vom 12.07.2013 E. 5.2.3.

ein Synergieabzug gerechtfertigt sei. Im Hinblick auf die Schadenminderungspflicht wird sodann auch noch ein Beistandsabzug gefordert.

Schliesslich sind die Anforderungen an die Dokumentation klärungsbedürftig. In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass unterschiedliche Versicherungsträger sehr divergierende Vorstellungen haben, wie der Pflegeprozess zu dokumentieren ist. Insbesondere die Dokumentation hinsichtlich der von den angestellten Angehörigenpersonen erbrachten Pflegeleistungen ist umstritten. Da sich die Verordnungsregelung diesbezüglich in Schweigen hüllt, dürfte eine gerichtliche Klärung der Dokumentationspflicht früher oder später unausweichlich sein.

4.4. Kürzung der Restkosten

Die Kantone sind verpflichtet, die durch den Pflegekostenbeitrag des Krankenversicherers und den Pflegekostenselbstbehalt der versicherten Person nicht gedeckten Pflegekosten zu finanzieren⁷⁵. Die meisten Kantone sind dazu übergegangen, sogenannte Normkosten zu definieren und unterschiedliche Restkostentarife vorzusehen, je nachdem ob der zugelassene Pflegedienstleistungserbringer eine Versorgungspflicht hat oder eine Kostenstellenrechnung dem Gemeinwesen zur Verfügung stellt.

Die Zulassung der Anstellung von pflegenden Angehörigen hat in jüngster Zeit Diskussionen zur Folge gehabt, ob für Spitex-Organisationen, welche ausschliesslich oder hauptsächlich Angehörigenpersonen anstellen, eine Kürzung der Restkosten vorzusehen bzw. ein Spezialtarif einzuführen sei, weil die Betriebskosten von solchen Pflegedienstleistungserbringern sich von der Kostenstruktur einer «normalen» Spitex-Organisation unterscheiden würden.

Der Kanton Zug hat diesbezüglich die Vorreiterrolle übernommen und einen tieferen Restkostentarif eingeführt. Die Vollkosten für Grundpflegeleistungen belaufen sich für das Jahr 2024 auf CHF 90.10 pro Stunde. Wird die Grundpflege von angestellten Angehörigen erbracht, reduziert sich der Vollkostenansatz auf CHF 80.90, was einer Kürzung von rund 10.2 % entspricht⁷⁶.

⁷⁵ Vgl. Art. 25a Abs. 5 KVG.

⁷⁶ <https://zg.ch/de/gesundheit/pflegeheime-und-spitex/spitex> (22.10.2024).

4.5. Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes bzw. der kantonalen Normalarbeitsverträge

Die Regelungen des Arbeitsgesetzes und seiner Ausführungsverordnungen sind auf private Haushaltungen nicht anwendbar⁷⁷. Das Seco hat bestätigt, dass die Anstellung von pflegenden Angehörigen, welche mit der pflegebedürftigen Person einen gemeinsamen Haushalt unterhalten, unter diese Ausnahmebestimmung fällt. Entsprechend sind die öffentlich-rechtlichen Schutzbestimmungen für das Arbeitsvertragsverhältnis von angestellten pflegenden Angehörigen nicht anwendbar.

Entsprechend gelten für das Arbeitsvertragsverhältnis von angestellten Angehörigen einerseits die zwingenden und dispositiven Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts und andererseits die kantonalen Normalarbeitsverträge, sofern diese auf häusliche Pflegearbeitsvertragsverhältnisse anwendbar sind. Regelmässig sind die kantonalen Normalarbeitsverträge nur für hauswirtschaftliche oder landwirtschaftliche Arbeitnehmer anwendbar.

Der Zürcher Normalarbeitsvertrag beispielsweise gilt nur für Arbeitsvertragsverhältnisse, welche hauswirtschaftliche Arbeiten oder die Hilfe und Unterstützung im Haushalt für gebrechliche Personen zum Gegenstand haben. Sobald ärztliche oder medizinische Pflegeverrichtungen gemäss der KLV betroffen sind, ist der Normalarbeitsvertrag im besagten Kanton nicht anwendbar⁷⁸. Diese Abgrenzung ist kongruent mit der Praxis des Bundesgerichts zur Anwendbarkeit des Personalverleihgesetzes. Andere Kantone, etwa der Kanton Zug, gehen von der generellen Geltung des Normalarbeitsvertrags für Arbeits- und Lehrverhältnisse in Privathaushalten aus.

Unabhängig davon, ob nur die Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts des OR oder auch die kantonalen Normalarbeitsverträge anwendbar sind, ist klärungsbedürftig, wie mit dem Phänomen umzugehen ist, dass die angestellten Angehörigen jeden Tag, mitunter rund um die Uhr, und nicht selten jahrelang (bis zur Erschöpfung oder darüber hinaus) die benötigten Pflegeleistungen erbringen. Der Arbeitgeber darf Arbeitnehmer nicht über die zulässigen Arbeitszeiten hinaus bzw. während Ruhezeiten beschäftigen.

⁷⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG.

⁷⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 2 NAV ZH.

Was aber soll gelten, wenn die angestellten Angehörigen, unabhängig davon, für welche Arbeitszeit sie entlöhnt werden, faktisch darüber hinaus Versorgungsleistungen erbringen? Ist die tatsächliche Arbeitszeit (auch während Ruhezeiten zu entlöhnen) oder ist lediglich ein Lohn für die vereinbarte, ordentliche Arbeitszeit geschuldet, wenn die Angehörigenperson während der formellen Ruhezeit gleichwohl weiterarbeitet?

Die ständige Arbeitsbereitschaft bzw. Arbeitsleistung wirft auch die Frage auf, ob die sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht eingeschränkt werden kann/muss, wenn die angestellten Angehörigen an den üblicherweise freien Kalendertagen, insbesondere am Sonntag, oder während der üblichen Ferien die Pflegeleistungen erbringen, obwohl ein normaler Arbeitnehmer während dieser Zeiträume nicht tätig wäre und ein Stellvertreter die benötigten Pflegeleistungen erbringen würde.

Nach dem Verständnis des Verfassers dieses Beitrages ist der Sozialversicherungsträger vorfrageweise nicht berechtigt, allfällige arbeitsvertragliche Einreden und Einwendungen, welche dem Arbeitnehmer (angestellter Angehöriger) gegenüber dem Arbeitgeber (Spitex-Organisation) zustehen, zu erheben, um eine Kürzung der Leistungspflicht zu begründen. Es ist das ausschliessliche Recht des Arbeitnehmers, gegebenenfalls Ansprüche aus dem Arbeitsvertragsverhältnis gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen.

Es kommt hinzu, dass dem Arbeitnehmer mit dessen Zustimmung ausnahmsweise statt eines freien Tages zwei freie Halbtage eingeräumt werden können⁷⁹ und den Arbeitnehmern, welche im Stundenlohn beschäftigt sind, Lohnzuschläge gewährt werden dürfen/müssen, um den Ferienanspruch angemessen abgelten zu können. Voraussetzung ist allerdings, dass eine unregelmässige Beschäftigung vorliegt⁸⁰. Da es sich bei der Anstellung von pflegenden Angehörigen um eine regelmässige Beschäftigung handelt, ist fraglich, ob die ununterbrochene Arbeitsleistung eine geldmässige Abgeltung des Anspruchs auf tatsächliche Arbeitsbefreiung rechtfertigt.

Der Sozialversicherungsträger ist demgegenüber berechtigt, seine Leistungspflicht infrage zu stellen, wenn die Pflegeleistungen während der Ferien der versicherten Person und der angestellten Angehörigenperson im

⁷⁹ Vgl. Art. 329 Abs. 2 OR.

⁸⁰ Vgl. BGE 129 III 493 E. 3.2.

Ausland erfolgt. Gemäss dem Territorialitätsprinzip sind die versicherten Sachleistungen nur dann zu vergüten, wenn sie in der Schweiz erbracht werden. Sobald die versicherten Sachleistungen im Ausland – von einem zugelassenen Leistungserbringer – ausgeführt werden, endet grundsätzlich die Leistungspflicht des inländischen Heilungskostenversicherers, sofern keine gesetzliche Grundlage besteht. Im europäischen Ausland gilt dabei die Dienstleistungsfreiheit und ist ein in der Schweiz zugelassener Pflegedienstleistungserbringer berechtigt, im Ausland die dort versicherten Pflegeleistungen während 90 Tagen auszuführen und abzurechnen.

Da die pflegerelevanten Geldleistungen, insbesondere die Hilflosenentschädigung und die ergänzungsleistungsrechtliche Pflegevergütung, erst beim Wegfall des gewöhnlichen Aufenthaltes in der Schweiz sistiert werden, ist im Hinblick auf die Einheitlichkeit der Rechtsordnung und die verfassungsmässige Grundrechtsordnung, welche auch die Bewegungsfreiheit und den Kontakt mit einer ausländischen Familie schützt, die Frage gestellt, ob das für Sachleistungen an sich geltende Territorialitätsprinzip absolut gilt oder einer grundrechtskonformen Auslegung zugänglich ist. Bei den vorerwähnten Geldleistungen führt ein Auslandsaufenthalt aus sachlichen Gründen bis zu einem Jahr, ausnahmsweise beim Vorliegen von zwingenden Gründen über einem Jahr noch nicht zu einer Sistierung der Leistungen⁸¹.

5. Schadenminderungspflicht

5.1. Allgemeines

Die «Schadenminderungspflicht» ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, dessen Zweck in der Vermeidung unnötiger Kosten besteht. Dieser Rechtsgrundsatz gilt sowohl im Haftungsrecht⁸² als auch im Sozial-⁸³ und dem Privatversicherungsrecht⁸⁴. Ihm kommt jedoch je nach Rechtsgebiet eine unterschiedliche Tragweite zu⁸⁵. Adressat der Schadenminderungspflicht

⁸¹ Statt vieler BGer 9C_648/2020 vom 21.01.2021 E. 3.2.2.

⁸² Vgl. Art. 44 Abs. 1 OR und statt vieler BGer 4C.83/2006 vom 26.06.2006 E. 4.

⁸³ Vgl. z.B. Art. 21 ATSG und BGE 130 V 99 E. 3.2 und 117 V 278 E. 2b.

⁸⁴ Vgl. z.B. Art. 61 VVG. Die Schadenminderungspflicht gilt auch für Summenversicherte (BGE 128 III 34 E. 3b).

⁸⁵ Vgl. BGE 123 V 88 E. 4c.

ist primär die geschädigte bzw. versicherte Person. Diese ist sowohl verpflichtet, in zumutbarer Weise den Eintritt einer Versorgungsbedürftigkeit zu verhindern, als auch gehalten, von sich aus oder auf Weisung des Heilungskostenversicherers die ihr zumutbaren Massnahmen zu ergreifen, um die Auswirkungen der Versorgungsbedürftigkeit möglichst gering zu halten⁸⁶.

5.2. Mitwirkungspflicht von Drittpersonen

Andere Personen sind nur dann ersatzpflichtig, wenn sie in haftungsbe gründender Weise die Versorgungsbedürftigkeit verursacht haben. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, sind Drittpersonen grundsätzlich nicht verpflichtet, den Schaden von anderen Personen zu verhindern oder zu minimieren. Die gesetzliche Regelung statuiert für Drittpersonen nur ausnahmsweise Obliegenheitslasten. Solche bestehen etwa für anerkannte Leistungserbringer⁸⁷ und Arbeitgeber⁸⁸ der versicherten Person, denen der Gesetzgeber verschiedene Mitwirkungspflichten zuweist. Anderen Drittpersonen, z.B. den Arbeitskollegen der versicherten Person, ist die Erbringung von schadenausgleichenden Geld- bzw. Dienstleistungen nicht zumutbar⁸⁹.

5.3. Schadenminderungspflicht von Angehörigenpersonen

Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung betont bei der Invaliditätsbemessung von im Haushalt tätig gewesenen versicherten Personen und bei der Hilfsmittelversorgung⁹⁰ eine hauswirtschaftliche Unterstüt-

⁸⁶ Vgl. Art. 21 Abs. 4 ATSG.

⁸⁷ Der behandelnde Arzt ist zur Unfallmeldung verpflichtet (Art. 53 Abs. 3 UVV) und hat in geeigneter Form abzurechnen (Art. 59 KVV und Art. 69a UVV).

⁸⁸ Der Arbeitgeber ist zur Überprüfung und Meldung von Nicht- und Betriebsunfällen verpflichtet (Art. 53 Abs. 3 UVV) und darüber hinaus auskunftspflichtig (Art. 56 UVV). Im Rahmen der 5. IV-Revision soll die Mitwirkung des Arbeitgebers verstärkt werden. Nach Art. 7c IVG-Entwurf soll der Arbeitgeber aktiv mit der IV-Stelle zusammenarbeiten und bei der Herbeiführung einer angemessenen Lösung im Rahmen des Zumutbaren mitwirken.

⁸⁹ Vgl. BGer I 3/04 vom 27.08.2004 = SVR 2006 IV Nr. 25 E. 3.1 f. (täglich mehrmals erforderliche zeitaufwändige Einsätze von Mitarbeitern der Arbeitgeberin des Versicherten für die Überwindung der Treppe mittels Raupe). Siehe aber BGer U 107/03 vom 06.01.2004 E. 2.4 (Zumutbarkeit von Fahrgemeinschaften).

⁹⁰ Vgl. BGer I 90/02 vom 30.12.2002 = AHI 2003, S. 215 E. 2.3.3.

zung durch Familienangehörige, welche weiter geht als im Gesundheitsfall⁹¹. Der versicherten Person werden die Versorgungsleistungen angerechnet, welche eine «vernünftige» Familiengemeinschaft beim Eintritt von gesundheitlichen Beeinträchtigungen üblicherweise erbringt. Als diesbezüglich schadenminderungspflichtig werden Ehegatten⁹² bzw. Konkubinatspartner⁹³, unmündige⁹⁴ und mündige⁹⁵ Kinder, Schwiegereltern bzw. -mutter⁹⁶ und Schwägerin⁹⁷ sowie Nichten⁹⁸ bezeichnet. Sogar die Nachbarschaftshilfe wird angerechnet, wenn sie «hie und da» erfolgte⁹⁹.

Die diesbezügliche Schadenminderungspflicht von Angehörigenpersonen betrifft Geldleistungen. Die Pflegeleistungen sind als Teil der Heilbehandlung aber Sachleistungen. Ob und inwieweit Angehörigenpersonen, die beistands-, unterhalts- oder unterstützungspflichtig sind, einen Teil der an sich versicherten Pflegeleistungen unentgeltlich zu erbringen haben, ist weitgehend ungeklärt. Die Unklarheit beginnt in formeller Hinsicht bei der Frage, ob eine explizite gesetzliche Grundlage erforderlich ist, damit von Angehörigenpersonen die unentgeltliche Vornahme von an sich versicherten Versorgungsleistungen verlangt werden kann.

Die Schadenminderungspflicht ist zwar Ausfluss eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, im Sozialversicherungsrecht gilt aber der Grundsatz der Legalität, weshalb Einschränkungen der Leistungspflicht eine gesetzli-

⁹¹ Vgl. BGE 130 V 396 E. 8 und 130 V 97 E. 3.3.3 sowie BGer I 13/05 vom 12.05.2005 E. 2.5, I 300/04 vom 19.10.2004 E. 6.2.3, I 457/02 vom 18.05.2004 E. 8 und I 685/02 vom 28.02.2003 E. 3.2.

⁹² Vgl. BGE 130 V 396 E. 8 sowie BGer I 13/05 vom 12.05.2005 E. 2.5 (arbeitsloser bzw. invalider Ehemann), I 300/04 vom 19.10.2004 E. 6.2.3, I 467/03 vom 17.11.2003 E. 3.2.2, I 681/02 vom 11.08.2003 E. 5.3, I 685/02 vom 28.02.2003 E. 4.2.2 ff., I 90/02 vom 30.12.2002 = AHI 2003, S. 215 E. 2.3.3, I 690/01 vom 10.12.2002 E. 6 und I 294/99 vom 04.07.2000 E. 2b.

⁹³ Vgl. BGer I 252/05 vom 09.06.2006 E. 3.

⁹⁴ Vgl. BGer I 228/06 und I 245/06 vom 05.12.2006 E. 7.1.2, I 687/04 vom 24.03.2005 E. 3.2, I 300/04 vom 19.10.2004 E. 6.2.3, I 681/02 vom 11.08.2003 E. 5.2 ff., I 690/01 vom 10.12.2002 E. 6 und I 294/99 vom 04.07.2000 E. 2b.

⁹⁵ Vgl. BGE 110 V 318 E. 4 sowie BGer I 175/01 vom 04.09.2001 E. 5b und I 511/00 vom 22.02.2001 E. 3d (im selben Haushalt lebende, arbeitslose Söhne).

⁹⁶ Vgl. BGer I 685/02 vom 28.02.2003 E. 4.2.5 und BGE 110 V 322 E. 4.

⁹⁷ Vgl. BGer I 685/02 vom 28.02.2003 E. 4.2.5. Nicht anrechenbar ist die entlöhnte Mithilfe der Schwägerin (BGer I 300/04 vom 19.10.2004 E. 6.2.3).

⁹⁸ Vgl. BGer I 681/02 vom 11.08.2003 E. 5.2 f.

⁹⁹ Vgl. BGE 110 V 318 E. 4.

che Grundlage benötigen. Eine gesetzliche Schadenminderungspflicht der Angehörigenpersonen wird im ATSG nicht vorgesehen. Die Spezialgesetze sehen mitunter spezifische Regelungen hinsichtlich der Schadenminderung von Angehörigen der versicherten Person vor.

Die Regelung des Assistenzbeitrages beispielsweise verlangt von den Angehörigen der versicherten Person, welche mit dieser im selben Haushalt leben, dass sie eine Ferienablösung vornehmen, wenn die angestellten Assistenzpersonen infolge Freizeit oder Ferien abwesend sind. Entsprechend wird der Assistenzbeitrag um einen Zwölftel gekürzt, wenn den Angehörigen der versicherten Person die Übernahme der Assistenzleistungen zumutbar ist¹⁰⁰.

Im Geltungsbereich der Geburtsgebrechensversicherung bejaht die Rechtsprechung sodann einen Abzug im Umfang, wie Angehörigen die Übernahme von Hilfeleistungen zumutbar ist bzw. diese pauschal durch die Hilflosenentschädigung und den Intensivpflegezuschlag abgegolten werden¹⁰¹. Es besteht aber im Gegensatz zur Kürzung des Assistenzbeitrages keine gesetzliche Regelung.

Konträr zu diesen Kürzungen statuiert der Gesetzgeber andernorts explizit eine Vergütungspflicht. Der Unfallversicherer beispielsweise hat sowohl die medizinische Pflege als auch die nichtmedizinische Hilfe, welche von Angehörigen erbracht wird, angemessen zu vergüten¹⁰². Der Erwerbsausfall von pflegenden Angehörigen ist zudem als Ausgabenposition bei der Überentschädigungsberechnung zu berücksichtigen¹⁰³.

Die unter Hinweis auf die familiäre Beistandspflicht vorgenommenen Leistungskürzungen betreffen lediglich die Invalidenversicherung, nicht aber die anderen Sozialversicherungsbereiche, und zudem ausschliesslich Geldleistungen, nicht aber Sachleistungen, um welche es sich bei den Pflegeleistungen handelt. Unabhängig davon, ob Sachleistungen überhaupt gekürzt werden können, müsste die sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht des Heilungskostenversicherers beim Vorhandensein von fürsorgepflichtigen Angehörigen generell eingeschränkt werden.

¹⁰⁰ Vgl. Art. 39g Abs. 2 lit. b Ziff. 1 IVV.

¹⁰¹ Vgl. BGE 136 V 209 E. 7 und 10.

¹⁰² Vgl. Art. 18 Abs. 2 UVV.

¹⁰³ Vgl. Art. 69 Abs. 2 ATSG.

Entsprechend wäre auch dann eine Kürzung der Leistungspflicht vorzunehmen, wenn es sich bei dem zugelassenen Leistungserbringer, beispielsweise einem Arzt oder einem Apotheker, um einen Angehörigen der versicherten Person handelt oder familienfremde Angestellte einer Spitex-Organisation die gesetzlich versicherten Pflegeleistungen ausführen, welche Angehörige in Nachachtung ihrer Beistandspflicht erbringen müssten.

Eine derart weitreichende Auswirkung der familiären Fürsorgepflicht wurde bis anhin von der Rechtsprechung nicht angenommen. Das Bundesgericht hat insbesondere im Leitenentscheid 145 V 161, der die Zulässigkeit der Anstellung von pflegenden Angehörigen zulasten der obligatorischen Heilungskostenversicherung explizit bestätigt hat, zwar die gesetzliche Beistandspflicht erwähnt, aber keine Reduktion der Leistungspflicht angenommen, wenn der beistandspflichtige Angehörige von der Spitex-Organisation angestellt worden ist, um Grundpflegeleistungen für die versicherte Person zu erbringen¹⁰⁴.

Eine (pauschale) Leistungskürzung gestützt auf die familiäre Fürsorgepflicht würde im Geltungsbereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zudem dazu führen, dass die versicherte Person zusätzlich zum maximalen Pflegekostenselbstbehalt gemäss Art. 25a Abs. 5 KVG ungedeckte Pflegekosten zu tragen hätte, was gesetzeswidrig wäre.

6. Überentschädigungsverbot

Am Ende des Tages, wenn alle Versicherungsleistungen und Entschädigungen geklärt sind, ist zu überprüfen, ob die pflegebedürftige Person, wenn sie alle möglichen Vergütungen erhält, überentschädigt wird. Ob und inwieweit eine Überentschädigung eintritt, hängt davon ab, ob nach der Gegenüberstellung der massgeblichen Ausgaben und Einnahmen eine Unter-/Überdeckung eintritt.

Diese Koordinationsproblematik wird vom Gesetzgeber in Art. 69 ATSG so angegangen, dass im Rahmen einer Gegenüberstellung sämtlicher Ausgaben, welche sich auf das sozialversicherte Risiko zurückführen lassen, mit sämtlichen Versicherungsleistungen, welche die versicherte Person

¹⁰⁴ Vgl. BGE 145 V 161 E. 3.3.2.

wegen des sozialversicherten Risikos erhält, eine allfällige Unter-/Überdeckung festgestellt wird.

Das gesetzliche Konzept von Art. 69 ATSG basiert dabei auf der Globalmethode. Es werden sämtliche gesundheitsbedingten Ausgaben, egal ob sie sich als Kosten oder Einkommensausfall manifestieren, den Einnahmen, insbesondere den Versicherungsleistungen, gegenübergestellt. Ob die Versicherungsleistungen mit den Ausgaben in einem Korrelationsverhältnis stehen, spielt bei der Anwendung der Globalmethode keine Rolle. Entscheidend ist lediglich, ob die gesundheitsbedingten Ausgaben die gesundheitsbedingten Einnahmen übersteigen oder nicht.

Die Globalmethode ist buchhalterisch ausgelegt: Die Einnahmen, egal welchen Ursprungs, sollen die Ausgaben, egal welchen Ursprungs, decken. Alles was darüber liegt, ist eine Überentschädigung. Sobald der innere Zusammenhang zwischen den Einnahmen (Versicherungsleistungen) und den Ausgaben (Pflegekosten) ins Zentrum gerückt wird, hängt der Eintritt und der Umfang einer Überentschädigung davon ab, ob die Einnahmen und die Ausgaben denselben Lebensbereich betreffen, mithin eine sachliche Kongruenz besteht.

Die in diesem Fall anwendbare Kongruenzmethode macht den Eintritt und den Umfang einer Überentschädigung davon abhängig, ob die Einnahmen die Ausgaben, welche denselben Lebenssachverhalt betreffen, übersteigen. Ist dies nicht der Fall, liegt keine Überentschädigung vor, selbst dann nicht, wenn die versicherte Person anderweitige bzw. nicht sachlich kongruente Einnahmen hat. Im Geltungsbereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung beispielsweise liegt eine Überentschädigung bei Sachleistungen in dem Masse vor, als die jeweiligen Sozialversicherungsleistungen für denselben Gesundheitsschaden namentlich die der versicherten Person entstandenen Pflegekosten und andere ungedeckte Krankheitskosten übersteigen¹⁰⁵.

Unabhängig davon, ob die Global- oder die Kongruenzmethode anwendbar ist, stellt sich im Hinblick auf die Angehörigenpflege, insbesondere bei einer Anstellung von pflegenden Angehörigen, die zentrale Frage, ob die versicherte Person überentschädigt wird, wenn sie für die Versorgungsleistungen der Angehörigenperson/en unterschiedliche Versicherungsleistungen (Geld- und Sachleistungen) erhält. Die bundesgerichtliche

¹⁰⁵ Vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. b KVV.

Rechtsprechung hat unlängst geklärt, dass die Geldleistungen der Invalidenversicherung (Hilflosenentschädigung und Intensivpflegezuschlag) oder eines anderen Versicherungsträgers mit den pflegerischen Sachleistungen, welche im Rahmen der obligatorischen Heilungskostenversicherung ausgerichtet werden, uneingeschränkt kumuliert werden können¹⁰⁶.

7. Zum Schluss

Die Angehörigenpflege ist ein unverzichtbarer Versorgungspfeiler des schweizerischen Pflegeversorgungssystems. Von den Angehörigen einer pflegebedürftigen Person kann aufgrund ihrer gesetzlichen Fürsorgepflicht verlangt werden, in zumutbarem Rahmen unentgeltlich gesundheitsbedingt benötigte Versorgungsleistungen zu erbringen.

Wenn die Angehörigenpflege inhaltlich oder zeitlich ein Ausmass annimmt, welches einer einzelnen Angehörigenperson nicht mehr zugemutet werden kann, steht der Sozialstaat in der Pflicht, die versorgenden Angehörigenpersonen zu entlasten und, soweit dies nicht möglich ist, angemessen zu entschädigen. Die aktuell anwendbaren Sozialversicherungssysteme sehen im Zusammenhang mit der Angehörigenpflege unterschiedliche Versicherungsleistungen (Geld- und Sachleistungen) vor, die historisch gewachsen und dementsprechend nicht aufeinander abgestimmt sind.

Das Bundesgericht hat die Zulässigkeit der Anstellung von pflegenden Angehörigen durch einen zugelassenen Leistungserbringer bejaht und damit für viele Personen bzw. Anschlussfragen die Büchse der Pandora geöffnet. Zurzeit sind diverse, zentrale Fragen offen, wie mit dem Phänomen der Angehörigenpflege und insbesondere der angestellten pflegenden Angehörigen umzugehen ist. Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber auf Bundesebene und kantonaler Stufe die erforderlichen Rahmenbedingungen festlegen würde, damit der zentrale Versorgungspfeiler der Angehörigen längerfristig abgesichert werden kann.

¹⁰⁶ Vgl. BGer 9C_480/2022 vom 29.08.2024 (BGE-Publikation) E. 10 f.

Das JaSo 2025 vereint in bewährter Weise eine konzise Zusammenstellung der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Herbst 2023 bis Herbst 2024) mit einem bunten Strauss von Aufsätzen zu aktuellen sozialversicherungsrechtlichen Themen:

- Landolt: Brennpunkt – Angehörigenpflege
- Tuor/Loher/Jenny: Invalidität im Aufgabenbereich – Ein kritischer Blick auf die Blackbox «Haushaltsabklärung»
- Kieser: Einige Überlegungen zur Haftung nach Art. 52 AHVG
- Dubach: Zwischen drei Kontinenten: Unterstellungsproblematik eines digitalen Nomaden
- Hürzeler: Der sachliche Zusammenhang bei Invaliditätsfällen nach Art. 23 BVG
- Heinrich: Primär- und Sekundäreinsätze im Rettungswesen

ISBN 978-3-03891-800-4



9 783038 918004