

Pflegerecht

Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie

146 Pflegefachpersonen und Covid-19 –
Blick auf die Versicherungssituation

Kaspar Gehring, Ueli Kieser

152 Systemwechsel bei der Organspende –
Zur geplanten diskreten Einführung
der Widerspruchslösung und deren
Auswirkungen im Pflegebereich

Birgit Christensen, Thomas Gächter

161 Methoden der Wirtschaftlichkeitskontrolle –
ein Überblick

Larisa Petrov, Sarah Hack-Leoni

170 Forum
Die Betreuung älterer Menschen –
auch eine Frage des Rechts

online+

Ihre Vorteile
auf einen Blick:
Seite 201



Stämpfli Verlag

3|21

Inhalt

EDITORIAL	145	GESETZGEBUNG	192
WISSENSCHAFT.....	146	RECHTSPRECHUNG	195
FORUM.....	170	INTERVIEW.....	199

Impressum

Schriftleiter

Prof. Dr. Hardy Landolt, LL.M.
Landolt Rechtsanwälte
Schweizerhofstrasse 14, Postfach, 8750 Glarus
Tel. 055 646 50 50, Fax 055 646 50 51
E-Mail: redaktion@pfllegerecht.ch
www.pfllegerecht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu richten.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentseide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im Februar, Mai, August, November.

Abonnementspreise

AboPlus (Zeitschrift und Onlinezugang)

– Schweiz: CHF 145.–

– Ausland: EUR 157.–

Onlineabo: CHF 115.–

Einzelheft: CHF 35.– (exkl. Porto)

Die Preise verstehen sich inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Abonnemente

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88

E-Mail: zeitschriften@staempfli.com

Inserate

Tel. 031 300 63 82, Fax 031 300 63 90

E-Mail: inserate@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2021

Gesamtherstellung: Stämpfli AG, Bern

Printed in Switzerland,

Printausgabe ISSN 2235-2953

Onlineausgabe ISSN 2235-6851

Herausgeber

Hardy Landolt

Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen für Haftpflicht-, Privat- und Sozialversicherungsrecht, wissenschaftlicher Konsulent des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt und Notar in Glarus

Gemeinsam mit:

Brigitte Blum-Schneider

Dr. iur., Juristin bei Helsana Versicherungen AG

Peter Breitschmid

Prof. Dr. iur., Professor em. an der Universität Zürich

Thomas Gächter

Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Zürich, zugleich Kompetenzzentrum MERH UZH

Heidrun Gättinger

Prof. Dr., Leitung Institut für Angewandte Pflegewissenschaft OST Ostschweizer Fachhochschule

Ueli Kieser

Prof. Dr.iur., Vizedirektor IRP-HSG, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Sozialversicherungsrecht und Gesundheitsrecht an der Universität St.Gallen

Julian Mausbach

Dr. iur., RA, Oberassistent Strafrecht an der Universität Zürich

Peter Mösch Payot

lic. iur., LL.M., Dozent am Institut Sozialarbeit und Recht der Hochschule Luzern

Andreas Petrik

lic. iur., Rechtsanwalt in St. Gallen und Winterthur

Helena Zaugg

MLaw, MAS Interkulturelle Kommunikation, dipl. Pflegefachfrau

Forum

Die Betreuung älterer Menschen – auch eine Frage des Rechts

Editorial



Maja Nagel-Dettling

Stiftungsrätin Paul Schiller Stiftung



Carlo Knöpfel

Prof. Dr. rer. pol., Institut Sozialplanung, Organisationaler Wandel und Stadtentwicklung, HSA FHNW

In der Schweiz gibt es unterschiedliche Angebote für die Unterstützung älterer Menschen: Die Unterstützungsleistungen reichen von gelegentlichen Besuchen und einfachen Hausarbeiten bis zu regelmässiger Pflege und komplexen medizinischen Verrichtungen.

Die Betreuung im Alter ist dabei ein zentraler, eigenständiger Pfeiler in der wirksamen Unterstützung von Menschen im Alter. Sie unterstützt ältere Menschen oder älter werdende Menschen im Zusammenspiel mit Pflege und Hilfe. Sodass diese ihren Alltag selbstständig gestalten und am gesellschaftlichen Leben teilnehmen können – auch wenn sie das aufgrund der Lebenssituation und physischer, psychischer und/oder kognitiver Beeinträchtigung nicht mehr tun könnten.

Gute Betreuung richtet sich konsequent an den Bedürfnissen und dem Bedarf der betagten Person aus und behält neben dem körperlichen auch das psychosoziale Wohlbefinden im Blick. Gute Betreuung findet in den sechs Handlungsfeldern Selbstsorge, Alltagsgestaltung, Teilnahme am sozialen und gesellschaftlichen Leben, gemeinsame Haushaltsführung, Beratung und Alltagskoordination und im Rahmen von Pflegesituationen statt.

Wesentlich ist die Haltung, mit der Betreuung erbracht oder umgesetzt wird: Das Wie ist genauso wichtig wie das Was. Wichtig ist zudem die Tatsache, dass Betreuung nur in der Zusammenarbeit unter-

schiedlicher Berufsgruppen in erster Linie aber mit psychosozialen und agogischen Kompetenzen und im Zusammenspiel von Organisationen, Angehörigen und Freiwilligen erfolgreich *personenbezogen und fähigkeitsfördernd* umgesetzt werden kann. Während gewisse Leistungen insbesondere für vulnerable Menschen eine Fachlichkeit und Professionalität bedingen, können einfachere Leistungen auch in guter Qualität durch Angehörige, Freunde, Nachbarn und Freiwillige erbracht werden.

Dabei lassen sich einige alterspolitische Herausforderungen erkennen: So fehlt es an bezahlbaren Betreuungsangeboten, und zum Teil werden grundlegende Aspekte der Betreuung im Alltag nicht berücksichtigt. Betreuung zu Hause wird hauptsächlich von den Partnerinnen und Partnern und Familienangehörigen geleistet. Fehlt aber zu Hause das entsprechende soziale Umfeld, können ältere Familienmitglieder im Alltag nicht durch Angehörige unterstützt werden, oder benötigen Angehörige selbst Unterstützung, müssen Betroffene diese selbst bezahlen. Nicht alle können sich das leisten, und die öffentliche Hand bietet nur teilweise finanzielle Unterstützung, nicht zuletzt, weil ein Anrecht auf gute Betreuung in der Schweiz fehlt.

Melden Sie uns Ihre Themenvorschläge an redaktion@pflegerecht.ch

Diese Situation und die Folgen davon beleuchten wir in diesem Forum. Wir nähern uns dem Thema Betreuung im Alter aus vier Blickwinkeln an:

- MA Riccardo Pardini, Dr. Claudia Heinzmann und Prof. Dr. Carlo Knöpfel erläutern in ihrem Beitrag, warum Betreuung im Alter noch immer «ein blinder Fleck der schweizerischen Alterspolitik» ist.
- Der Text von MLaw Moritz Senn und Prof. Dr. iur. Christine Kaufmann beleuchtet ausgewählte Lebensbereiche, in denen sich ältere Menschen besonders häufig mit Einschränkungen ihrer Menschenrechte konfrontiert sehen.
- Der Beitrag von Dr. iur. Martina Filippo erörtert, warum Art. 112c BV nicht ausreicht, um eine effektive Betreuung im Alter sicherzustellen.
- Prof. Dr. Hardy Landolt stellt in seinem Beitrag dar, welche Anknüpfungspunkte das Sozialrecht für Betreuung im Alter bietet.

Wir wünschen Ihnen anregende Lektüre – lassen Sie uns heute darüber nachdenken, wie wir morgen in Würde alt werden.

Maja Nagel-Dettling

Carlo Knöpfel

Grundlagen zur Thematik der guten Betreuung finden Sie unter www.gutaltern.ch. Dort stehen auch der «Wegweiser für gute Betreuung» sowie das Impulspapier, welches die Handlungsfelder guter Betreuung und deren präventiven Nutzen vertieft, zum Downloaden bereit.



Betreuung im Alter: ein blinder Fleck der schweizerischen Alterspolitik

Riccardo Pardini

MA Soziologie, Institut Sozialplanung, Organisationaler Wandel und Stadtentwicklung, HSA FHNW



Claudia Heinzmann

Dr. phil., aplica



Carlo Knöpfel

Prof. Dr. rer. pol., Institut Sozialplanung, Organisationaler Wandel und Stadtentwicklung, HSA FHNW

I. Reformbedarf in einer sich wandelnden Gesellschaft

Auf allen Staatsebenen sind gesamtschweizerische und subsidiäre Regelungen zu finden, die der älteren Bevölkerung, regional unterschiedlich, auf vielseitige Weise Unterstützung durch die öffentliche Hand

bieten. Erbracht werden die Leistungen von unzähligen Akteuren: öffentliche Verwaltung, gemeinnützige Organisationen, private Dienstleistende, zivilgesellschaftliche Initiativen, Nachbarschaften, Freunde, Familienangehörige. Gemeinsam ermöglichen sie der älteren Bevölkerung eine hochwertige Gesundheitsversorgung, den Verbleib in der vertrau-

ten Umgebung oder den Aufenthalt in einer stationären Einrichtung. Es scheint, als ob Bund, Kantone und Gemeinden Rahmenbedingungen geschaffen hätten, welche die älteren Menschen im Ruhestand ausreichend unterstützen. Doch der Schein trügt. Die bisherigen alterspolitischen Regelungen schenken einer Unterstützungsform noch zu geringe Beachtung: der Betreuung.¹

Aktuell findet ein Grossteil der Betreuung informell durch Familienangehörige statt, im Umfang von 1,8 Mia. Stunden pro Jahr.² Allerdings sind die Familien kleiner geworden, die Generationen leben mehrheitlich voneinander getrennt und die Erwerbstätigkeit der Frauen – derjenigen, die am häufigsten Betreuungsarbeit leisten – nimmt zu.³ Es mehren sich die Zeichen, dass der informelle Sektor die Betreuung nicht mehr gleichermassen erbringen kann. Valérie Hugentobler⁴ geht deshalb davon aus, dass zukünftig eine grössere Anzahl älterer Menschen auf formelle Unterstützungsstrukturen angewiesen ist, wie beispielsweise Spitex-Dienste oder Angebote von Organisationen wie Pro Senectute. In der jüngst erschienenen Untersuchung der ZHAW für die Pro Senectute Schweiz «Betreuung von Seniorinnen und Senioren zu Hause: Bedarf und Kosten»⁵ sind es 60% der alleinlebenden Personen ab 63 Jahren, die formelle Unterstützung benötigen.⁶

Die sich abzeichnende Neuausrichtung der bisherigen Betreuungsarrangements macht verstärkt einen Rechtsanspruch auf Betreuung im Alter notwendig. Ein sozialrechtlicher Rahmen betreuenderischer Unterstützung fehlt jedoch bisher. Ein Sachverhalt, der der Reformen bedarf.

Um einen solchen rechtlichen Rahmen für Betreuung zu schaffen, muss geklärt werden, was unter Betreuung zu verstehen ist und wie Betreuung im sozialpolitischen System der Schweiz bisher geregelt wurde. Im zweijährigen Forschungsprojekt «Model-

le guter Betreuung» haben wir Antworten auf diese Fragen formuliert.⁷ Es basiert auf einer breit angelegten Dokumentenanalyse, vier Fokusgruppeninterviews mit Vertreterinnen und Vertretern der Wissenschaft und der Praxis, mit Angehörigen und Bewohnerinnen eines Pflegeheims sowie zwei Benchlearning-Treffen mit leitenden Angestellten stationärer Einrichtungen und Spitex-Organisationen.

Auf Basis der vorliegenden Forschungsergebnisse möchten wir im folgenden Beitrag die Grundzüge der Betreuung älterer Menschen im Ruhestand näher erläutern. Um den Reformbedarf der staatlichen Unterstützungsmöglichkeiten offenzulegen, soll in einem zweiten Schritt auf die momentane Ausgestaltung alterspolitischer Massnahmen und letztlich auf deren Problematiken eingegangen werden.

II. Grundzüge der Betreuung im Alter

Betreuung setzt dort an, wo ältere Menschen im Ruhestand nur noch erschwert alltägliche Aufgaben verrichten oder ihre persönlichen Bedürfnisse nicht mehr gemäss ihren Vorstellungen erfüllen können. So erzählt eine betreuende Tochter in einem Gruppeninterview unserer Studie von ihrer 94-jährigen, alleinlebenden Mutter. Die Tochter beschreibt die Mutter als sehr gesellige Person. Doch aufgrund ihrer zunehmenden Hörprobleme brach sie viele Kontakte ab. Da sich die Mutter ausserdem beim Gehen unsicher fühlt, verlässt sie ihre Wohnung nur noch in Begleitung. Die Tochter stellt darüber hinaus fest, dass ihre Mutter etwas Unterstützung bei alltäglichen Verrichtungen braucht. Während die Spitex einmal täglich für die medikamentöse Behandlung der Augenkrankheit vorbeikommt, übernimmt die Tochter zusammen mit einem Entlastungsdienst betreuende Aufgaben: Sie beraten die Mutter zum Beispiel am Morgen bei der Kleiderwahl, helfen ihr bei der Maniküre oder erinnern sie daran, genügend zu trinken. Um Vereinsamung zu verhindern, unternehmen die Tochter oder der Entlastungsdienst mit der Mutter regelmässige Spaziergänge zum nahegelegenen Bach, machen Ausflüge oder besuchen Bekannte. Die Kosten für den Entlastungsdienstbesuch werden in der Schweiz nicht durch die öffentliche

1 Vgl. KNÖPFEL CARLO/PARDINI RICCARDO/HEINZMANN CLAUDIA, Wegweiser für gute Betreuung. Begriffsklärung und Leitlinien, 2020, S. 9.

2 Vgl. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Monetäre Bewertung der unbezahlten Arbeit, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeits-erwerb/unbezahlte-arbeit/satellitenkonto-haushaltsproduktion.assetdetail.4622498.html>>, besucht am 27. 01. 2021.

3 Vgl. HÖPFLINGER FRANÇOIS, Generationenbeziehungen heute, <<http://www.hoepflinger.com/fhtop/fhgenerat1.html>> besucht am 27. 01. 2021.

4 Vgl. HUGENTOBLER VALÉRIE, Proches aidants et vieillissement de la population, Pages romandes 1/2017, S. 6–11.

5 Vgl. MEIER FLURINA/BRUNNER BEATRICE/LENZIN GOLDA/HEINIGER SARAH/CARLANDER MARIA/HUBER ANDREA, Betreuung von Seniorinnen und Senioren zu Hause: Bedarf und Kosten, 2021.

6 ebd., S. 57.

7 Vgl. HEINZMANN CLAUDIA/PARDINI RICCARDO/KNÖPFEL CARLO, Grundlagenpapier 1: Was ist Betreuung im Alter?, 2020, sowie KNÖPFEL CARLO/PARDINI RICCARDO/HEINZMANN CLAUDIA, Wegweiser für gute Betreuung. Begriffsklärung und Leitlinien, 2020, sowie PARDINI RICCARDO/HEINZMANN CLAUDIA/KNÖPFEL CARLO, Grundlagenpapier 2: Wie muss Betreuung im Alter aus ethischer und menschenrechtlicher Perspektive aussehen? (Ergebnisse der Inhaltsanalyse), 2020.

Hand übernommen, sondern liegen bei der betagten Mutter.⁸ Die Tochter ist trotz der finanziellen Belastung über die zusätzliche Betreuung froh: Die regelmässigen Besuche des Entlastungsdienstes hätten die lebhaftere Seite ihrer Mutter wieder geweckt, erzählt die Tochter. Ausserdem erhält sie selbst als betreuende Tochter Unterstützung, da sie ein Stück Verantwortung und zeitliche Beanspruchung an Drittpersonen abgeben kann.

Dieses Beispiel verweist exemplarisch auf die wichtigsten Grundzüge einer betreuenden Unterstützungssituation. Bei der Betreuung stehen der Alltag und die sozialen Aspekte der Unterstützung im Vordergrund. Sie kommt zum Zug, wenn ältere Menschen ihre Bedürfnisse im Alltag aufgrund ihres Alters nicht mehr selbstständig erfüllen und nach ihren Vorstellungen leben können, auch ohne Pflegebedürftigkeit. Betreuung erleichtert der älteren Person trotz einer altersbedingt höheren Vulnerabilität eine selbstbestimmte Lebensführung und gesellschaftliche Teilhabe, verbessert das psychosoziale Wohlbefinden und stärkt die innere Sicherheit im Alltag, um Halt und Orientierung zu finden.⁹

Auf der Basis einer Dokument- und einer Interviewanalyse konnten wir in unserer Studie die Betreuung älterer Menschen näher charakterisieren.¹⁰ Massgeblich sind im Kern zwei Ebenen, welche die Unterstützungstätigkeiten in einer bestimmten Art und Weise gestalten. Wir beschreiben sie als Beziehungs- und Handlungsebene.

Auf einer Beziehungsebene versteht sich Betreuung als sorgende Beziehung, in der zwei Aspekte besonders wichtig sind. Erstens müssen sich betreuende Personen die Fragen stellen, wie eine Beziehung im Einklang mit der persönlichen Vorstellung der betreuten Person zu gestalten ist und wie diese motiviert werden kann, das eigene Leben selbstbestimmt zu gestalten. Zweitens verlangt Betreuung eine mitfühlende Haltung. Das geht über das blosses Einfühlungsvermögen hinaus. Mitfühlen meint die Fähigkeit, sich auf das Erleben des Gegenübers immer wieder aufs Neue einzulassen und den Menschen sorgsam zu begleiten.¹¹

Neben einer sorgenden Beziehung ist für die Betreuung eine Handlungsebene charakteristisch, die

sich an der betreuten Person orientiert. Betreuung als personenzentrierte Handlungsweise richtet sich auf die Bedürfnisse, die Wünsche, die Lebenssituation und das Mass der Beeinträchtigung der betroffenen Person aus. Unterstützungshandlungen sind sowohl fördernd als auch fürsorglich.¹² In diesem Spannungsverhältnis befinden sich auch betreuende Tätigkeiten. Das heisst, Betreuung kann sich vermehrt auf aktivierende, motivationale und aber auch auf stärkende, schützende, entlastende Aspekte konzentrieren. Damit das fürsorgliche Handeln nicht in Abhängigkeit oder Bevormundung mündet, setzt die Menschenwürde Grenzen:¹³ Fürsorglich orientiertes Handeln darf die Integrität, die Selbstbestimmung, die Grundrechte und den Respekt gegenüber der betreuten Person nicht verletzen. Autonomie und Abhängigkeit bilden keine Gegensätze.

Die Unterstützungsbedürftigkeit eines älteren Menschen hat unterschiedliche Ursprünge und ist von den jeweiligen Lebensumständen geprägt. Daher lässt sich Betreuung nicht auf einen abschliessenden Leistungskatalog reduzieren. Betreuung als eine einzige Tätigkeit oder Aufgabe zu beschreiben, ist deshalb schwierig. Welche konkreten Leistungen erbracht werden, ist zweitrangig. Viel wichtiger ist die Frage, in welcher Art und Weise eine Unterstützung geleistet wird. Da sich die Betreuung an der Befindlichkeit und Tagesverfassung der betreuten Person orientiert, sind die konkreten Aufgaben an die Verhältnisse und Gegebenheiten der Betreuungssituation anzupassen. Daher ist der Detaillierungs- und Formalisierungsgrad von Betreuung sehr gering. In unserer Untersuchung¹⁴ konnten wir sechs Handlungsfelder identifizieren, in denen betreuende Aktivitäten zum Tragen kommen: Selbstsorge, Alltagsgestaltung, Haushaltsführung, Soziale Teilhabe, Pflege, Beratung und Alltagskoordination.

III. Verortung der Betreuung im alterspolitischen Kontext

In der Unterstützung von Betagten nehmen Bund, Kantone und Gemeinden unterschiedliche Aufgaben wahr. So regelt der Bund die Finanzierungsgrund-

8 Vgl. KNÖPFEL CARLO/PARDINI RICCARDO/HEINZMANN CLAUDIA, Gute Betreuung im Alter in der Schweiz: eine Bestandsaufnahme, 2018, S. 62.

9 Vgl. KNÖPFEL CARLO/PARDINI RICCARDO/HEINZMANN CLAUDIA, Wegweiser für gute Betreuung. Begriffsklärung und Leitlinien, 2020, S. 9.

10 Vgl. HEINZMANN CLAUDIA/PARDINI RICCARDO/KNÖPFEL CARLO, Grundlagenpapier 1: Was ist Betreuung im Alter?, 2020, S. 109.

11 Vgl. KRUSE ANDREAS, Sorge bei Demenz, 2018, S. 39–68.

12 Vgl. IMHOF LORENZ/IMHOF ROMY MAHRER, Betreutes Wohnen in der Schweiz. Grundlagen eines Modells, 2019, S. 17.

13 Vgl. RÜEGGER HEINZ, Würde und Autonomie im Alter. Ethische Herausforderungen in der Pflege und Betreuung alter Menschen, 2013.

14 Vgl. KNÖPFEL CARLO/PARDINI RICCARDO/HEINZMANN CLAUDIA, Wegweiser für gute Betreuung. Begriffsklärung und Leitlinien, 2020, S. 19.

sätze¹⁵ sowie die Grundlage bei Krankheit und Unfall.¹⁶ Er garantiert ausserdem das Rechtsgleichheitsgebot und das Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters.¹⁷ Gemeinsam mit den Kantonen setzt er sich für die soziale Sicherheit, die Gesundheitsversorgung und die Absicherung wirtschaftlicher Folgen des Alters ein.¹⁸ Für die Umsetzung der alterspolitischen Regelungen sind die Kantone und teilweise die Gemeinden zuständig. Sie variiert stark, da sowohl die Begrifflichkeiten, die thematischen Zielsetzungen als auch die Ausgestaltung der Unterstützungsleistungen zwischen den Kantonen verschieden ist.¹⁹ Die konkrete Steuerung und die Erbringung der Massnahmen obliegen den Gemeinden. Sie haben einen grossen Einfluss auf die Lebensumgebung älterer Menschen und sind teilweise selbst in der Altersarbeit tätig oder koordinieren die Zusammenarbeit mit privat-gemeinnützigen Organisationen, privaten Dienstleistenden oder zivilgesellschaftlichen Initiativen.²⁰

Die staatliche Unterstützung älterer Menschen ist in der Schweiz also nicht einheitlich geregelt, sondern erfolgt auf der Basis von mehreren Sozialversicherungsgesetzen, verschiedenen kantonalen Sozial-, Gesundheits- und Pflegegesetzgebungen, Verordnungen und kommunalen Weisungen.²¹ In dieser dezentralen Organisation gilt es nun, die Betreuung zu verorten. Dafür bedienen wir uns einer Auslegeordnung relevanter alterspolitischer Massnahmen zur Unterstützung von Menschen im Ruhestand. In groben Zügen lassen sich diese in drei Bereiche zusammenfassen.

A. Massnahmen materieller Existenzsicherung

Ein erster Bereich betrifft Massnahmen, welche der materiellen Existenzsicherung dienen. Darunter

fallen unter anderem die AHV-Rente; die Ergänzungsleistungen zur AHV; die Übernahme von Krankheits- und Behinderungskosten im Rahmen der Ergänzungsleistungen; die Hilflosenentschädigung zur AHV; die Teilfinanzierung von bestimmten Hilfsmitteln sowie verschiedene kantonale Bedarfsleistungen. Gemeinsam sollen sie die anfallenden Lebenskosten für Rentnerinnen und Rentner decken und bei Einschränkungen in alltäglichen Lebensverrichtungen (z. B. Ankleiden, Körperpflege oder Essen) helfen.

Betreuung spielt in diesem Bereich eine marginale Rolle und taucht als Begriff kaum auf. Zu erwähnen sind auf bundesrechtlicher Ebene die Betreuungsgutschriften.²² Versicherte Personen können sich für Jahre, während derer sie pflegebedürftige Verwandte betreuen, Betreuungsgutschriften anrechnen lassen. Die maximale Höhe der Betreuungsgutschrift entspricht der dreifachen jährlichen Minimalrente der AHV. Zusätzlich verfügen mehrere Kantone und einzelne Gemeinden über Betreuungszulagen.²³ Im Gegensatz zur Betreuungsgutschrift werden die Zulagen für die betreuende Person als Pauschalbeträge oder in Stundenansätzen vergütet. In beiden Fällen richtet sich die Unterstützung an betreuende Angehörige und nicht an die betroffene Person selbst. Mittlerweile gibt es mehrere kommunale Initiativen, welche ältere Menschen in ihrem Betreuungsbedarf direkt unterstützen. Zu erwähnen ist zum Beispiel das Pilotprojekt Betreuungsgutsprachen der Stadt Bern.²⁴ Zu Hause lebende Rentnerinnen und Rentner mit tiefen Einkommen und Wohnsitz in der Stadt Bern erhalten bei nachgewiesenem Betreuungsbedarf einen finanziellen Beitrag von max. 500 Franken monatlich für bestimmte Dienstleistungen (u. a. Haushalts-/Alltagshilfe, Betreuungs-/Entlastungsdienste). Für die Bedarfserhebung sind vor allem die Alltagskompetenzen und das soziale Umfeld der betroffenen Person ausschlaggebend. Diese Initiativen haben allerdings eine begrenzte Reichweite und machen entsprechende Betreuungsleistungen vom Wohnort abhängig.

15 Art. 111, Art. 112, Art. 112c BV.

16 Art. 117 BV.

17 Art. 8 BV.

18 Art. 41 BV Abs. 1 lit. a sowie lit. b; Art. 41 BV Abs. 2.

19 Vgl. MARTIN MIKE/MOOR CAROLINE/SUTTER CHRISTINE, Kantonale Alterspolitiken in der Schweiz, 2010.

20 Vgl. STOCKER SIMON, Alterspolitische Rahmenbedingungen, 2018, 16–24.

21 Vgl. KNÖPFEL CARLO/PARDINI RICCARDO/HEINZMANN CLAUDIA, Gute Betreuung im Alter in der Schweiz: eine Bestandsaufnahme, 2018, sowie RIELLE YVAN/WIRZ ROLF/WIESLI RETO, Alterspolitik in den Kantonen. Bericht zuhanden der Stiftung Gesundheitsförderung Schweiz. Leicht veränderte Fassung vom 05. November 2010, sowie STROHMEIER NAVARRO SMITH RAHEL, Altershilfe und Alterspflege – die Schweiz im europäischen Vergleich, 2010, 93–122.

22 Art. 29^{septies} AHVG.

23 Vgl. BISCHOFBERGER IREN/JÄHNKE ANKE/RUDIN MELANIA/STUTZ HEIDI, Entlastungsangebote für betreuende und pflegende Angehörige. Schweizweite Bestandsaufnahme, 2014.

24 Vgl. KOMPETENZZENTRUM ALTER DER STADT BERN, Betreuungsgutsprachen, <<https://www.bern.ch/themen/gesundheit-alter-und-soziales/alter-und-pensionierung/betreuungsgutsprachen>>, besucht am 22.01.2021.

B. Massnahmen in der Gesundheitsversorgung

Der zweite Bereich umfasst gesundheits- und krankheitsbezogene Massnahmen. Hervorzuheben sind das Krankenversicherungsgesetz (KVG) und die Krankenpflegeverordnung (KLV). Darin sind die medizinischen Behandlungen und Beiträge an Pflegeleistungen geregelt. Aufgrund des Risikos eines steigenden Pflegebedarfs alternder Menschen spielen die Kostenbeiträge an die Pflege²⁵ – vor allem für die Grundpflege – eine wichtige Rolle in der Unterstützung älterer Menschen.²⁶ Neben der pflegerischen Unterstützung beinhaltet die Gesetzesregelung auch die Vergütung von Therapien oder Hilfsmittel. In allen Fällen erfolgt die Kostenübernahme durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP), sofern eine ärztliche Anordnung oder ein ausgewiesener Pflegebedarf besteht.

Um die Rolle der Betreuung im Rahmen der Gesundheitsversorgung zu erläutern, bedarf es einer Differenzierung. Die Ausgestaltung der Betreuung in der ambulanten Versorgung unterscheidet sich von jener in der stationären.

In unserer Studie²⁷ stellten wir auf der Basis von Schlüsseldokumenten verschiedener Spitex-Organisationen fest, dass der Betreuungsbegriff darin entweder keine Erwähnung findet oder im Kontext hauswirtschaftlicher Hilfe umschrieben wird. Wenn Betreuung explizit als Begriff genannt wird, bezieht er sich oft auf eine Vielfalt an Zusatzdienstleistungen, wie zum Beispiel gemeinsame Einkäufe, Spaziergänge oder Begleitsdienste ausser Haus. Sie werden vornehmlich von privaten gewinnorientierten Spitex-Organisationen angeboten und müssen von den Klientinnen und Klienten selbst bezahlt werden, sofern keine private Zusatzversicherung besteht, welche für die Kosten aufkommt.

In stationären Einrichtungen wird Betreuung als Taxe ausgewiesen. Für die Betreuungstaxe müssen die Bewohnerinnen und Bewohner primär selbst aufkommen, wobei die Betragshöhe je nach Pflegeheim und kantonaler Regelung stark variiert.²⁸ Bereits in

der Publikation «Gute Betreuung im Alter»²⁹ haben wir darauf hingewiesen, dass diese Taxe weder auf einem gemeinsamen Verständnis von Betreuung beruht noch Transparenz darüber herrscht, welche Leistungen diese Taxe tatsächlich beinhaltet.

C. Massnahmen der Altershilfe

Als dritter Bereich gilt die Altershilfe. Unter Altershilfe fallen «unterstützende, stärkende und fördernde Massnahmen, die ältere Menschen dazu befähigen, so lange als möglich zu Hause zu leben und ein aktives und selbstbestimmtes Leben zu führen».³⁰ Gemäss Artikel Art. 101^{bis} AHVG («Beiträge zur Förderung der Altershilfe») kann der Bund Finanzhilfen an gesamtschweizerisch agierende private Organisationen entrichten. Dazu zählen Pro Senectute, Schweizerisches Rotes Kreuz (SRK), Alzheimer Schweiz, Spitex Schweiz, Parkinson Schweiz, Curaviva, Schweizerischer Seniorenrat sowie Gerontologie CH.³¹ Sie übernehmen die gesetzlich festgelegten Aufgaben, die durch einzelne Leistungsverträge vereinbart werden, in Form von Sozialberatungen, Freizeit-, Bildungs- und Kulturangeboten, Mahlzeitendiensten, Fahrdiensten, Umzugshilfen oder Alltagshilfen. Welche Unterstützungsmöglichkeiten sie anbieten, variiert aufgrund der kantonal unterschiedlichen Bestimmungen stark. Betreuerische Tätigkeiten tauchen explizit bei der Unterstützung von demenzerkrankten Menschen oder als Entlassungsangebot für Angehörige auf.³²

Im Bereich der Altershilfe besteht kein direkter Rechtsanspruch auf besondere Unterstützungsleistungen. Infolgedessen sind unterstützungsbedürftige ältere Personen auf genügend finanzielle Ressourcen und auf ein ausreichendes Unterstützungsangebot durch Institutionen angewiesen. Zurzeit liegt noch keine Untersuchung vor, die einen Überblick über die Betreuung im Bereich der Altershilfe und den Angebotsbedarf älterer Menschen bietet. In ihrer bereits genannten Studie zeigt beispielsweise die ZHAW jedoch auf, dass Betreuungsleistungen wie etwa soziale Aktivitäten oder Besuchs- und Begleitsdienste sowohl bei alleinlebenden als

25 Art. 25a KVG.

26 Vgl. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Spitex: Langzeitpflege nach Leistungserbringertyp – 2011–2019 sowie SCHERRER URSULA, Botschaft zum Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung, Soziale Sicherheit CHSS 5/2005, S. 254–257.

27 Vgl. HEINZMANN CLAUDIA/PARDINI RICCARDO/KNÖPFEL CARLO, Grundlagenpapier 1: Was ist Betreuung im Alter?, 2020, S. 30 ff.

28 Vgl. KNÖPFEL CARLO/MEULI NORA/LEITNER JOHANNA/PARDINI RICCARDO, Das frei verfügbare Einkommen älterer Menschen in der Schweiz. Eine vergleichende Studie unter Berücksichtigung des Betreuungs- und Pflegebedarfs, 2019.

29 Vgl. KNÖPFEL CARLO/PARDINI RICCARDO/HEINZMANN CLAUDIA, Gute Betreuung im Alter in der Schweiz: eine Bestandsaufnahme, 2018, S. 55.

30 Vgl. STETTNER PETER/EGGER THERES/HEUSSER CAROLINE/LIECHTI LENA, Ausgestaltung der Altershilfen in den Kantonen, 2020, S. 9.

31 ebd., S. 20.

32 Vgl. KNÖPFEL CARLO/PARDINI RICCARDO/HEINZMANN CLAUDIA, Gute Betreuung im Alter in der Schweiz: eine Bestandsaufnahme, 2018, S. 84.

auch nicht alleinlebenden Seniorinnen und Senioren am häufigsten benötigt werden.³³

IV. Alterspolitischer Reformbedarf

Die obigen Ausführungen verdeutlichen, dass die Betreuung in den bisherigen alterspolitischen Massnahmen einen blinden Fleck darstellt, dem noch immer kaum Aufmerksamkeit geschenkt wird. Handlungsbedarf besteht in zweierlei Hinsicht.

Erstens existieren bereits heute gesetzliche Unterstützungsmöglichkeiten, die implizit die Betreuung älterer Menschen umfassen. Allerdings hängen die Leistungen von der Pflegebedürftigkeit oder dem Gesundheitszustand der älteren Person ab. Unter anderem ist dies in den Betreuungsgutschriften oder implizit in der Hilfenentschädigung zu finden. In beiden Fällen muss erst eine Pflegebedürftigkeit ausgewiesen werden, damit die Leistungen geltend gemacht werden können. Auch in der ambulanten Gesundheitsversorgung werden betreuereische Massnahmen erst von der OKP übernommen, sofern diese durch ärztliche Anordnung geschehen und folglich auf eine Erkrankung oder auf einen Pflegebedarf zurückzuführen sind. Die enge Verknüpfung der Betreuung mit der Pflegebedürftigkeit ist deswegen problematisch, weil Betreuung nicht nur auf physische, psychische oder kognitive Beschwerden zurückzuführen ist und keine krankheitsbedingte Ursache haben muss. Ausschlaggebend ist vielmehr eine erhöhte altersspezifische Vulnerabilität, bedingt durch das Zusammenwirken ökonomischer, physisch-psychischer und sozial-kultureller Faktoren:³⁴ Wem es – um ein Beispiel zu nennen – im Alter an finanziellen Mitteln mangelt, wer zunehmend immobil wird, wer

soziale Kontakte verliert oder reduziert, wer nicht weiss, wo es Hilfe gibt, dessen Betreuungsbedürftigkeit steigt. Betreuung – das wird aus unseren Ergebnissen deutlich – ist eine soziale Unterstützung, welche die gesamte Lebenssituation im Blick hat.

Zweitens führen die vorhandenen gesetzlichen Regelungen zu einer alterspolitisch problematischen Situation: Gegenwärtig wird Betreuung als «Restgrösse»³⁵ von Aktivitäten verstanden, die ausserhalb der gesetzlichen Regelungen liegen. Da der Betreuungsbegriff unbestimmt bleibt und Rahmenbedingungen fehlen, um Betreuung als eigene Unterstützungsform zu definieren und rechtlich zu regeln, lassen sich keine direkten Ansprüche auf betreuereische Leistungen ableiten. Ein Problem für all jene, die zu Hause leben, auf formelle Betreuung angewiesen sind, aber nicht über genügend finanzielle Mittel verfügen.

Mit unseren Forschungsergebnissen haben wir eine begriffliche Grundlage geschaffen, anhand derer sozialrechtliche Anknüpfungspunkte für eine Betreuung im Alter denkbar sind: Betreuung im Alter als sorgende Beziehung unterstützt ältere Menschen, ihren Alltag soweit möglich selbstständig zu gestalten und am gesellschaftlichen Leben teilzuhaben, wenn sie das aus eigenen Kräften nicht mehr können. Betreuung lässt sich nicht auf einzelne Tätigkeiten einschränken. Sie richtet sich konsequent an den Bedürfnissen der betagten Person aus und behält nebst dem körperlichen auch das psychosoziale Wohlbefinden im Blick. Eine so verstandene Betreuung muss angesichts von demografischen und sozialen Änderungen in unserer Gesellschaft im Fokus der sozialpolitischen Gesetzgebung sein, um ein würdiges Leben im Alter für alle Gesellschaftsmitglieder zu gewährleisten.

33 Vgl. MEIER FLURINA/BRUNNER BEATRICE/LENZIN GOLDA/HEINIGER SARAH/CARLANDER MARIA/HUBER ANDREA, *Betreuung von Seniorinnen und Senioren zu Hause: Bedarf und Kosten*, 2020, S. 57.

34 Vgl. GASSER NADJA/KNÖPFEL CARLO/SEIFERT KURT, *Erst agil, dann fragil. Übergang vom «dritten» zum «vierten» Lebensalter bei vulnerablen Menschen*, 2015.

35 Vgl. RYTER ELISABETH/BARBEN MARIE-LOUISE, *Care-Arbeit unter Druck. Ein gutes Leben für Hochaltrige braucht Raum*, 2015, S. 20.



Menschenrechte im Alter

Christine Kaufmann

Prof. Dr. iur., Universität Zürich / Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)



Moritz Senn

MLaw, Universität Zürich

Menschenrechte gelten für alle Menschen unabhängig von Alter oder Gesundheitszustand. Die Realität zeigt jedoch, dass nicht alle Personengruppen die gleichen Möglichkeiten haben, von menschenrechtlichen Garantien zu profitieren und menschenrechtliche Ansprüche einzufordern. Das gilt auch für ältere Menschen, die oftmals rechtlichen oder tatsächlichen Hindernissen ausgesetzt sind, die ihnen die Verwirklichung ihrer menschenrechtlichen Ansprüche erschweren. Oft fehlt es auch am Bewusstsein, dass gewisse Einschränkungen und Benachteiligungen in den Schutzbereich der Menschenrechte fallen und deshalb nicht hingenommen werden müssen.

Dass ältere Personen mit Blick auf die Menschenrechte besonders verletzlich sind, zeigen Berichte der UNO.¹ Trotz dem erhöhten Schutzbedürfnis älterer Menschen sind aber weder in der Bundesverfassung noch in internationalen Instrumenten Menschenrechte zu finden, die besonders auf ältere Menschen zugeschnitten sind. Dieser Beitrag beleuchtet ausgewählte Lebensbereiche, in denen sich ältere Menschen besonders häufig mit Einschränkungen konfrontiert sehen, aus menschenrechtlicher Sicht.²

1 Vgl. Bericht zur 8. Sitzung der Open-ended Working Group on Ageing der UNO, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/AC.278/2017/2> (zuletzt besucht am 10. April 2021).

2 Dieser Beitrag baut auf der Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR) auf: BELSER EVA MARIA, KAUFMANN CHRISTINE, EGBUNA-JOSS ANDREA, GHIELMINI SABRINA, MEDICI GABRIELA, Menschenrechte im Alter – Ein Überblick über die menschenrechtliche Situation älterer Personen in der Schweiz, Bern 2017, sowie EGLI SANDRA, EGBUNA-JOSS, ANDREA, GHIELMINI SABRINA, BELSER EVA-MARIA, KAUFMANN CHRISTINE, Grundrechte im Alter – ein Handbuch, Bern 2019.

I. Begriff der Grund- und Menschenrechte

Menschenrechte schützen die Aspekte des menschlichen Daseins, welche für die freie Entfaltung der Persönlichkeit von grundlegender Bedeutung sind.³ Sie gelten für alle Menschen, auch für ältere. Die Grundrechte sind in der Bundesverfassung verankert, Menschenrechte in internationalen Instrumenten. Grund- und Menschenrechte geben Menschen subjektive, vor Gericht durchsetzbare Ansprüche und verpflichten den Staat und seine Akteure, sich für die Verwirklichung der Rechte einzusetzen.

Diese Verpflichtung des Staates gilt aber nicht absolut: Der Staat darf diese Rechte unter Einhaltung der in Art. 36 BV festgehaltenen Voraussetzungen einschränken. Ein Eingriff ist zulässig, wenn er auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und wenn der Kerngehalt des betroffenen Menschenrechts gewahrt wird. Sind alle diese Voraussetzungen erfüllt, handelt es sich um einen *zulässigen Menschenrechtseingriff*, fehlen eine oder mehrere Voraussetzungen, liegt eine *unzulässige Menschenrechtsverletzung* vor.

II. Ältere Menschen im Recht

A. Begriff des Alters

Während einige Personen bis ins hohe Alter unabhängig und ohne Unterstützung den Alltag bestrei-

3 KIENER REGINA, KÄLIN WALTER, WYTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018, S. 9 N 26.

ten können, sind andere aufgrund gewisser Einschränkungen schon früh auf Hilfe angewiesen. Entsprechend bestehen verschiedene Vorstellungen, was unter «alt» zu verstehen ist. So kann eine 45-jährige Person auf dem Arbeitsmarkt bereits zu den Älteren zählen, während sie in ihrer Wohnsituation nicht mit Benachteiligungen konfrontiert ist.

Diese Schwierigkeit, ältere Menschen als klar definierbare Altersgruppe zu erfassen, widerspiegelt sich auch darin, dass weder im schweizerischen noch im internationalen Recht einheitliche Kriterien dafür zu finden sind, wann eine Person als «alt» und damit als besonders schutzbedürftig gilt.

Eine einheitliche Definition von «Alter» scheint aus den genannten Gründen auch wenig zielführend. Deshalb sprechen sich das UNO-Hochkommissariat und der Europarat für einen flexiblen Ansatz aus.⁴ Demnach ist für jeden einzelnen Lebensbereich zu eruieren, ab wann eine Person konkreten Benachteiligungen ausgesetzt ist und als besonders schutzbedürftig angesehen werden muss.

B. Ältere Menschen im internationalen Recht

Auf internationaler Ebene sind für die Schweiz die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die UNO-Abkommen über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (UNO-Pakt I) und die bürgerlichen und politischen Rechte (UNO-Pakt II) für den Schutz der Menschenrechte zentral. In diesen Abkommen sind zwar keine spezifischen Garantien für Ältere enthalten, ihre Garantien gelten jedoch ungeachtet des Lebensalters für alle Menschen. Die drei Abkommen enthalten eine Liste von Merkmalen, aufgrund derer keine Diskriminierung erfolgen darf. Da diese Liste nicht abschliessend ist, fallen auch Altersdiskriminierungen in den Schutzbereich der Abkommen, obwohl das Alter nicht explizit als Merkmal genannt ist.

Im Unterschied zu anderen schutzbedürftigen Personengruppen wie Frauen, Kindern und beeinträchtigten Menschen, die durch besondere Menschenrechtsabkommen speziell geschützt werden, gibt es für ältere Menschen bislang kein vergleichbares Instrument.⁵

In der UNO prüft eine von der Generalversammlung eingesetzte Arbeitsgruppe, wie der menschen-

rechtliche Schutz von älteren Menschen verstärkt werden kann.⁶

Die Rolle der UNO-Behindertenrechtskonvention (BRK) von 2008 für ältere Menschen ist umstritten. Viele ältere Menschen verstehen sich nicht als «behindert». Die BRK geht aber von einem sehr weiten Begriff der Behinderung aus und erfasst alle Menschen, «die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können»⁷. Ältere Menschen mit körperlichen Beeinträchtigungen, wie Seh- oder Hörschwächen oder andere körperliche Gebrechen, welche die Bestreitung des Alltags einschränken, könnten deshalb vom Schutz durch die BRK profitieren.

Neben diesen Instrumenten existiert eine Reihe von bedeutenden Instrumenten, die aber rechtlich keine verbindliche Wirkung haben, wie Empfehlungen der UNO-Generalversammlung, der unabhängigen Expertin für Menschenrechte älterer Personen des UNO-Menschenrechtsrats oder des Europarats.

C. Rechtliche Stellung älterer Menschen im Schweizer Recht

Nach *schweizerischem Verfassungsrecht* haben der Bund und die Kantone dafür zu sorgen, dass unter den Bürgerinnen und Bürgern die Chancengleichheit so weit wie möglich gewährleistet ist,⁸ dass keine Person aufgrund ihres Alters diskriminiert wird⁹ und jede Person gegen die altersbedingten wirtschaftlichen Folgen abgesichert ist.¹⁰ Aus diesen allgemeinen Grundsätzen ergeben sich jedoch keine konkreten menschenrechtlichen Ansprüche für ältere Personen. Hingegen werden andere besonders verletzbare Personengruppen wie zum Beispiel Kinder und Jugendliche durch die Bundesverfassung speziell geschützt.¹¹

Das *Sozialversicherungsrecht* ist mit der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV), der beruflichen Vorsorge, den Ergänzungsleistungen sowie der obligatorischen Krankenpflegeversicherung essenziell für die Erreichung der staatlichen Sozialziele. *Sozialversicherungen* versichern auch das soziale Risiko des

4 Vgl. Office of the High Commissioner for Human Rights (UNOHCHR), *Older Persons 2012*, S. 7; Europarat, *Explanatory Memorandum CM/Rec(2014)2*, Ziff. 9.

5 Eine Ausnahme bildet die Interamerikanische Konvention zum Schutz der Menschenrechte Älterer, welcher jedoch erst acht Staaten beigetreten sind.

6 Open-ended Working Group on Ageing for the purpose of strengthening the protection of the human rights of older persons.

7 Art. 1 Satz 2 UNO-Behindertenrechtskonvention.

8 Art. 2 Abs. 3 BV.

9 Art. 8 Abs. 2 BV.

10 Art. 41 Abs. 2 BV.

11 Art. 11 BV.

Alters wie etwa gesundheitliche Beschwerden oder ein tieferes Einkommen. Für die Rechte Älterer sind zudem die in den Aufgabenbereich der Kantone fallende *Sozialhilfe* und das Gesundheits- und Heimwesen von grosser Bedeutung.

Für die Regelung von Massnahmen zum Schutz von hilfs- oder schutzbedürftigen Erwachsenen ist das *Erwachsenenschutzrecht* massgebend.

Für die Beziehungen unter *Privaten* gelten Menschenrechte nicht direkt, Privatpersonen können sich deshalb untereinander nicht auf ihre Grundrechte berufen. Der Staat hat jedoch gemäss Art. 35 Abs. 3 BV dafür zu sorgen, dass die Grundrechte auch in diesen Beziehungen zum Tragen kommen, indem er beispielsweise entsprechende Normen im Privatrecht erlässt.

In dieser Hinsicht ist der privatrechtliche *Persönlichkeitsschutz* von grundlegender Bedeutung. Durch den Persönlichkeitsschutz sollen Menschenrechte wie das Recht auf Leben, auf Privatsphäre, Familienleben, körperliche Unversehrtheit und Bewegungsfreiheit auch unter Privaten gewährleistet werden. In diesem Zusammenhang ist Art. 28 ZGB die zentrale Bestimmung, wonach jede Person eine widerrechtliche Verletzung ihrer Persönlichkeit durch eine andere Person vor Gericht geltend machen kann.

III. Relevanz der Menschenrechte in Lebensbereichen Älterer

A. Selbstbestimmtes Leben im Alter

Das Recht auf Selbstbestimmung ist Teilgehalt des Rechts auf persönliche Freiheit und garantiert jedem urteilsfähigen Menschen, über die «elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung» selbst bestimmen zu dürfen.¹² Daraus lässt sich für ältere Menschen das Recht ableiten, selbst über ihre Wohn- und Lebenssituation und gegebenenfalls die Art einer notwendigen Behandlung oder Betreuung zu entscheiden. Damit verwandt ist das Recht aus Art. 11 UNO-Pakt I, die eigene Wohnsituation zu wählen, welches in der Schweiz jedoch nicht justiziabel ist. Staatliche Organe stehen aber dennoch in der Pflicht, dafür zu sorgen, dass ältere Menschen eine geeignete Unterkunft finden.

Falls eine ältere Person sich dazu entschliesst, in ein Alters- oder Pflegeheim zu ziehen, hat sie auch das Recht, das eigene Zimmer nach den eigenen Vorstellungen einzurichten. Die Grenze dieses Rechts findet sich darin, dass die notwendige Pflege zur Erhaltung der Gesundheit dadurch nicht behindert

werden darf. Möchte eine Person beispielsweise ihr eigenes Bett mitbringen, muss ihrem Wunsch nicht entsprochen werden, wenn für die Pflege ein höhenverstellbares Bett notwendig ist.

Für ein selbstbestimmtes Leben sind zudem die Bewegungsfreiheit,¹³ die Niederlassungsfreiheit¹⁴ und das Recht auf Privatleben¹⁵ und Familienleben¹⁶ zu gewährleisten.

Die Bewegungsfreiheit kann zum einen mechanisch durch das Abschliessen von Türen oder das Fixieren von Hand- oder Fussgelenken, mit medizinischen Massnahmen wie dem Verabreichen von Beruhigungsmitteln oder durch elektronische Mittel, zum Beispiel eine Videoüberwachung, beeinträchtigt werden. Zum anderen kann sie tangiert sein, wenn Hilfsmittel, etwa Rollstühle oder Rollatoren, nicht zur Verfügung stehen. Schliesslich ist es wichtig, dass Pflegeinstitutionen alle nötigen baulichen Massnahmen ergreifen, um die Mobilität der Pflegeheimbewohnerinnen und -bewohner möglichst aufrechtzuerhalten. In diesem Kontext kommt dem Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG) eine grosse Bedeutung zu. Es verpflichtet Bund, Kantone und Gemeinden, ihre Infrastrukturen behindertengerecht zu gestalten und bestehende Hindernisse zu beseitigen.

Die Niederlassungsfreiheit garantiert die Wahl des Wohnorts. Sie gilt für natürliche Personen mit Schweizer Bürgerrecht und im Ergebnis auch für Personen, die aufgrund völkerrechtlicher Verträge wie etwa der Bilateralen Abkommen mit der EU einen Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz haben. Dieses Recht gilt auch im fortgeschrittenen Alter, kann unter Umständen jedoch aufgrund von Pflegebedürftigkeit oder der Abhängigkeit von Ergänzungsleistungen eingeschränkt werden.

Um ein selbstbestimmtes Leben führen zu können, ist das Recht auf Privatsphäre unverzichtbar. Private Räumlichkeiten wie Wohnungen, Balkone oder Gärten sind vor unbefugtem Eindringen geschützt und dürfen nur betreten werden, wenn eine Einwilligung vorliegt oder die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sind. Zu den geschützten Räumen zählen auch Zimmer in Alters- und Pflegeheimen. Das Pflegepersonal hat die privaten Räume der Alters- und Pflegeheimbewohner zu respektieren und darf zum Beispiel Zimmer nicht betreten, ohne vor-

¹² Vgl. BGE 138 IV 13, E. 7.1 S. 25 f.

¹³ Art. 10 Abs. 2 BV; Art. 12 Abs. 1 UNO-Pakt II; Art. 9 UNO-Behindertenrechtskonvention.

¹⁴ Art. 24 BV; Art. 12 Abs. 1 UNO-Pakt II.

¹⁵ Art. 13 Abs. 1 und 2 BV; Art. 8 EMRK; Art. 17 UNO-Pakt I; Art. 22 UNO-Behindertenrechtskonvention.

¹⁶ Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 BV; Art. 8 EMRK; Art. 17 und 23 UNO-Pakt I; Art. 23 UNO-Behindertenrechtskonvention.

her anzuklopfen. Zusätzlich muss den Bewohnerinnen und Bewohnern ein abschliessbarer Schrank oder Ähnliches für die Aufbewahrung persönlicher Gegenstände zur Verfügung stehen. Falls eine zu betreuende Person in einem Mehrbettzimmer untergebracht ist, sollten für ein Minimum an Privatsphäre zudem mobile Trennwände installiert werden. Das Recht auf Privatsphäre gilt sowohl für von der öffentlichen Hand betriebene Heime als auch für private Institutionen, die eine öffentliche Aufgabe erfüllen.

Für ein selbstbestimmtes Leben sollen Heimbewohnerinnen und -bewohner auch selbst darüber bestimmen, welche Informationen über sie in Erfahrung gebracht und weitergegeben werden dürfen. Aus diesem Grund muss das Pflegepersonal das Kommunikationsgeheimnis achten, und der Post-, Internet- und Telefonverkehr darf nicht ohne Weiteres überwacht werden. Höchstpersönliche Informationen über Bewohner und Bewohnerinnen, welche beispielsweise mit ihrer finanziellen Lage oder ihrem Gesundheitszustand zusammenhängen, sind vertraulich zu behandeln und vor allfälligem Missbrauch zu schützen. Ohne Einverständnis der betroffenen Person ist auch die Weitergabe an Angehörige nicht zulässig.

Das Recht auf Familienleben berechtigt eine Person, familiäre Verhältnisse einzugehen, zu gestalten und zu pflegen oder familiäre Beziehungen abzubrechen. Pflegeinstitutionen haben somit auch dem Wunsch eines Bewohners oder einer Bewohnerin, keinen Besuch von (gewissen) Familienangehörigen zu empfangen, zu respektieren.

Ebenfalls Teil des Rechts auf Selbstbestimmung ist das Recht auf einen selbstbestimmten Tod. Ist eine urteilsfähige Person dazu entschlossen, dem eigenen Leben ein Ende zu setzen, kann sie über den Zeitpunkt und über die Art und Weise des Todes selbst bestimmen. Es ist auch erlaubt, dass Angehörige oder Sterbehilfeorganisationen diesen Weg begleiten und gegebenenfalls Unterstützung, auch im Altersheim,¹⁷ leisten.

B. Schutz der Gesundheit und Schutz vor Gewalt

Das Recht auf Leben,¹⁸ auf körperliche und geistige Unversehrtheit¹⁹ wie auch das Verbot der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung

und der Folter²⁰ verlangen vom Staat nicht nur, Handlungen zu unterlassen, sondern verpflichten ihn auch dazu, alle erforderlichen und zumutbaren Massnahmen zu ergreifen, um Personen vor Beeinträchtigungen dieser Menschenrechte durch private Dritte zu schützen.

Der Staat hat beispielsweise zu gewährleisten, dass ältere Personen, die sich in einer Pflegeinstitution aufhalten, keinerlei Formen von Gewalt ausgesetzt sind oder vernachlässigt werden.

Zu den Schutzpflichten des Staates zählen auch die Sensibilisierung und Unterstützung von betreuenden und pflegenden die Angehörigen, um möglichen Übergriffen, die aus einer Überforderung resultieren könnten, vorzubeugen. Zur Präventionspflicht gehört es zudem, frühzeitig allfälligen Indizien von Vernachlässigungen und anderen besorgniserregenden Vorfällen nachzugehen.

Sollte es zu einem Übergriff in einem Heim kommen, trifft den Staat eine Untersuchungs- und Verfolgungspflicht.

Das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit schützt jede Person vor Eingriffen, denen sie nicht zustimmt. Dies gilt auch für Massnahmen, die nicht mit Schmerzen verbunden sind, und für medizinische Eingriffe, die dazu dienen, eine Person zu heilen oder von Schmerzen zu befreien. Eine Patientin oder ein Patient darf von einer Ärztin oder einem Arzt nicht dazu gezwungen werden, sich einer Spritze, einer Blutentnahme, einer Operation oder einer Impfung unterziehen zu müssen.

In der Schweiz ist das Recht auf Gesundheit gemäss Art. 12 UNO-Pakt I nicht einklagbar, die Bundesverfassung verankert es lediglich als Sozialziel. Ein grundrechtlicher Anspruch auf die medizinische Grundversorgung, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich ist, lässt sich jedoch aus den Garantien der Menschenwürde (Art. 7 BV) und dem Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) ableiten. Das Sozialziel von Art. 41 BV verpflichtet Bund und Kantone dazu, sich dafür einzusetzen, dass jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält (Art. 41 Abs. 1 lit. b BV) und insbesondere auch gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität, Krankheit und Unfall abgesichert ist. Dabei kommt der obligatorischen Krankenversicherung eine zentrale Rolle zu. Um Altersdiskriminierung zu verhindern, sind die Prämien in der obligatorischen Krankenversicherung für alle Versicherten unabhängig

17 Zum Recht, in einem Altersheim die Dienste einer Sterbehilfeorganisation in Anspruch nehmen zu können, vgl. BGE 142 I 195, E. 4 S. 205.

18 Art. 10 Abs. 1 BV; Art. 2 EMRK; Art. 6 UNO-Pakt II.

19 Art. 10 Abs. 2 BV.

20 Art. 10 Abs. 3 BV; Art. 3 EMRK; Art. 7 UNO-Pakt II und die UNO-Folterschutzkonvention sowie das dazugehörige Fakultativprotokoll zur Verhütung der Folter, das die Schweiz 2010 ratifiziert hat.

von Lebensalter und Gesundheitszustand gleich hoch, und es besteht eine Aufnahmepflicht.

C. Verbot der Altersdiskriminierung

Die Diskriminierung älterer Menschen kann in verschiedenen Lebensbereichen vorkommen, etwa im Zusammenhang mit dem Wohnungs- oder dem Arbeitsmarkt oder bei der Erbringung von Dienstleistungen. Wie alle Menschenrechte richtet sich das Diskriminierungsverbot²¹ grundsätzlich nur an den Staat. Gegen Benachteiligungen älterer Menschen durch Privatpersonen im Arbeits-, Miet- oder Sozialversicherungsrecht kann nur gestützt auf besondere gesetzliche Bestimmungen beispielsweise im Gleichstellungsgesetz oder im Behindertengleichstellungsgesetz vorgegangen werden.

Eine rechtlich unzulässige Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV liegt gemäss Bundesgericht vor, wenn Personen allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Gruppe ungleich behandelt werden, dadurch einen Nachteil erleiden, der als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, und kein qualifizierter Rechtfertigungsgrund vorliegt.²²

Zwar ist in Art. 8 Abs. 2 BV das «Alter» ausdrücklich als verpöntes Anknüpfungsmerkmal verankert, das Bundesgericht qualifiziert die Altersdiskriminierung aber als «atypischen Diskriminierungsbestand».²³ Es ist deshalb «einfacher», eine potenzielle Diskriminierung aufgrund des Alters zu rechtfertigen als aus anderen Gründen. So lässt das Bundesgericht beispielsweise Altersgrenzen für die Beteiligung an den ambulanten Pflegekosten zu, solange damit nicht eine menschenunwürdige, demütigende oder erniedrigende Behandlung älterer Menschen verbunden ist.²⁴

D. Menschenrechte Älterer während der Covid-19-Pandemie

Seit dem Ausbruch der Corona-Pandemie wird die Freiheit des Einzelnen durch staatliche Massnahmen eingeschränkt, um die Gesundheit der Bevölkerung zu schützen.

Aufgrund des erhöhten Risikos schwerer Krankheitsverläufe bei älteren Personen ab 65 Jahren wurden zu deren Schutz für Alters- und Pflegeheime Mitte März 2020 in verschiedenen Kantonen besondere

Massnahmen in Form von generellen Besuchs- und Ausgangsverboten verhängt.²⁵

Begründet wurden diese rigorosen Massnahmen mit dem öffentlichen Interesse am Schutz der Bewohnerinnen und Bewohner vor einer Ansteckung mit Covid-19 und an der Verhinderung einer Überlastung des Gesundheitswesens, sollte sich das Virus unter der besonders gefährdeten älteren Bevölkerung stark verbreiten. Kaum Beachtung fanden die mit dieser Isolation verbundenen Auswirkungen auf die Grundrechte der Betroffenen und ihrer Angehörigen. Nach der ersten Corona-Welle nahmen beispielsweise bei Demenzpatienten aufgrund mangelnder sozialer Interaktion, ausbleibender körperlicher Nähe und fehlender Stimulation der verbleibenden geistigen Aktivitäten Depressionen zu, Beschleunigungen der Demenz und Verschlechterungen des Allgemeinzustands wurden festgestellt.²⁶ Die im Interesse der Gesundheit der Gesamtbevölkerung getroffenen Massnahmen führten damit in gewissen Fällen zu einer starken Beeinträchtigung der seelischen und körperlichen Gesundheit der konkret betroffenen Menschen. Zudem warfen die anhaltend hohen Ansteckungszahlen die Frage auf,²⁷ ob die strikten Massnahmen wirklich notwendig waren und ob – wie verschiedene Beispiele zeigten – weniger einschneidende Vorkehrungen nicht mindestens genauso wirksam gewesen wären.

Auch ausserhalb von Alters- und Pflegeinstitutionen wurden durch Massnahmen die Menschenrechte Älterer in unzulässiger Art und Weise beschnitten. Der Kanton Uri verhängte am 19. März 2020 für alle Personen über 65 Jahre mit einer Weisung weitgehende Ausgangsbeschränkungen, die es unter anderem Senioren und Seniorinnen verboten, eigene Einkäufe zu tätigen.²⁸ Die Ausgangsbeschränkungen wurden zwei Tage später wieder aufgehoben, da sie mit der COVID-19-Verordnung des Bundes vom 20. März 2020, welche die Massnahmen für besonders gefähr-

21 Art. 8 Abs. 2 BV; Art. 14 EMRK; Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I; Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt II.

22 BGE 135 I 49, E. 4.1 S. 53 f.; BGE 138 I 265, E. 4.3 S. 268.

23 BGE 138 I 265, E. 4.3 S. 268.

24 BGE 138 I 265, E. 5.2.2 S. 271.

25 Dazu ausführlich HÄRING DANIEL/MÜLLER MERET T., Das Recht auf Selbstbestimmung von Bewohnerinnen und Bewohnern von Alters- und Pflegeheimen in Zeiten von Corona (Covid-19), *Pflegerecht* 1/2021, S. 52 ff.

26 Positionspapier «Auswirkungen der Corona-Pandemie auf Menschen mit Demenz» vom 23. November 2020 des Vereins Alzheimer Schweiz, abrufbar unter: <https://www.alzheimer-schweiz.ch/de/medien/beitrag/was-die-pandemie-fuer-menschen-mit-demenz-bedeutet/> (zuletzt besucht am 11. April 2021).

27 Vgl.: BAG, COVID-19 Schweiz, Information zur aktuellen Lage, abrufbar unter: <https://www.covid19.admin.ch/de/epidemiologic/case?detGeo=CH&detTime=total> (zuletzt besucht am 11. April 2021).

28 Regierungsrat des Kantons Uri, Coronavirus 2020, Schlussbericht vom 18. August 2020 über die Bewältigung der ausserordentlichen Lage vom 16. März 2020 bis 12. Juni 2020, S. 21 f.

dete Personen abschliessend regelte, nicht kompatibel waren.

Am 21. März 2020 erliess auch der Kanton Tessin Sonderbestimmungen für Personen über 65 Jahre, die ähnliche Ausgehbeschränkungen vorsahen wie zuvor der Kanton Uri.²⁹ Der Bundesrat intervenierte allerdings, wohl unter dem Eindruck der dramatischen epidemiologischen Lage im Kanton Tessin, nicht.

Ausgehbeschränkungen stellten einen schweren Eingriff in verschiedene Menschenrechte, insbesondere das Recht auf persönliche Freiheit, die Bewegungsfreiheit und den Schutz der Privatsphäre, dar. Auch das Recht auf soziale, religiöse und kulturelle Teilhabe konnte unter diesen Umständen nicht mehr ausgeübt werden mit den bereits geschilderten möglichen Auswirkungen auf die psychische und physische Gesundheit.

Eine besonders schwierige Frage stellt sich im Umgang mit beschränkten medizinischen Ressourcen wie Behandlungsplätzen auf Intensivstationen, die eine «Triage» und entsprechende Kriterien erfordern. Im Unterschied etwa zu Italien³⁰ legen die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) zum Thema «Intensivmedizinische Massnahmen» fest, dass für einen Behandlungsvorrang weder Alter, Geschlecht, sozialer Status, Nationalität, Religion oder Behinderung eine Rolle spielen dürfen.³¹

Die Beispiele zeigen, wie stark während der Pandemie das öffentliche Interesse am Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewichtet wird und wie einschneidend die damit verbundenen Massnahmen für die Grund- und Menschenrechte sein können. Ältere Personen waren in der ersten Phase nicht nur besonders gefährdet, sondern von den Massnahmen zur Bekämpfung der Pandemie besonders betroffen. Auffallend ist, wie wenig die grund- und menschenrechtliche Dimension vor allem am Anfang der Pandemie in die Diskussion einfluss. Während Wirtschafts- und Arbeitnehmerverbände sich Gehör verschaffen konnten, fehlte die Stimme älterer Menschen weitgehend.

IV. Ausblick

Viele der in diesem Beitrag angesprochenen alltäglichen Herausforderungen Älterer haben einen direkten Bezug zu den Grund- und Menschenrechten.

Schliesslich darf nicht vergessen werden, dass altersbedingte Einschränkungen nicht nur ältere Personen in ihren Grund- und Menschenrechten betreffen, sondern auch ihre Angehörigen und darüber hinaus weitere Personen, die sich um ältere, insbesondere pflege- und betreuungsbedürftige Menschen kümmern. Der Bedarf an Pflege und Betreuung hat in den letzten Jahren stark zugenommen und kann nicht mit Angeboten innerhalb des Gesundheitswesens abgedeckt werden.³² Dadurch hat die unbezahlte Betreuungsarbeit, die durch Angehörige, Freunde, Nachbarn und Freiwillige erbracht wird, stark an Bedeutung gewonnen. Ist sie mit einem Aufgeben der Berufstätigkeit oder einer Reduktion des Arbeitspensums verbunden, folgen daraus zahlreiche Fragen mit grundrechtlichen Bezügen. So werden nach geltendem Recht aus Betreuungs- und Pflegeaufgaben resultierende Einkommenseinbussen oder tiefere Rentenansprüche nur bei der Pflege von Angehörigen und nur für eine beschränkte Dauer abgegolten.³³

Welche Schlüsse lassen sich daraus für die Zukunft ziehen? Einschränkungen im Leben älterer Menschen aus einer menschenrechtlichen Perspektive zu betrachten, kann wesentlich zu deren Behebung und zu einer aktiveren Rolle älterer Menschen bei der Gestaltung ihres Lebens und der Wahrnehmung ihrer Rechte beitragen. Die Grund- und Menschenrechte sind deshalb institutionell – und nicht nur ad hoc – in die politischen Prozesse einzubinden, und besonders verletzte Gruppen wie ältere Menschen müssen gehört werden. Das bestätigen die Erfahrungen mit der Covid-19-Pandemie eindrücklich. Eine Gelegenheit, diesem Ziel einen Schritt näherzukommen bietet sich bald: mit der Schaffung einer Nationalen Menschenrechtsinstitution für die Schweiz, die derzeit im Parlament diskutiert wird.³⁴

²⁹ Medienmitteilung des Regierungsrats des Kantons Tessin vom 21. März 2020: *Misure a tutela della popolazione*.

³⁰ Empfehlung der italienischen Ärztesgesellschaft (SIAARTI) vom 13. Januar 2021, wonach bei einer solchen «Triage» neben anderen Faktoren auch auf die dank der Intensivbehandlung zu erwartende Überlebensdauer abzustellen sei: *Decisioni per le cure intensive in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili in corso di pandemia di COVID-19*, S. 10-11, abrufbar unter <https://www.siaarti.it/news/382977> (zuletzt besucht am 17.7.2021).

³¹ SAMW, COVID-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit, S. 3.

³² Vgl. Bericht des Bundesrates vom 5. Dezember 2014 zur Unterstützung für betreuende und pflegende Angehörige, S. 4.

³³ Bundesgesetz über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung, AS 2020 4525.

³⁴ Botschaft vom 13. Dezember 2019 zur Ergänzung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur zivilen Friedensförderung und Stärkung der Menschenrechte für die Schaffung einer Nationalen Menschenrechtsinstitution (NMRI), BBl 2020 513.



Prävention ist die beste Medizin – Wie gute Betreuung Heimeintritte verhindern kann

Martina Filippo

Dr. iur., wissenschaftliche Mitarbeiterin an der School of Management and Law an der ZHAW in Winterthur

I. Was bedeutet «Hilfe» in Art. 112c Abs. 1 BV?

A. «Hilfe»

Gemäss Art. 112c Abs. 1 BV ist es Aufgabe der Kantonen, für die Hilfe und Pflege von Betagten und Behinderten zu Hause zu sorgen. Mit «Betagten» sind Personen gemeint, die aufgrund ihres *altersbedingten* Kräftezerfalls oder aufgrund anderer gesundheitlicher Einschränkungen im Alter Hilfe bedürfen. Als «Behinderte» i. S. v. Art. 112c Abs. 1 BV gelten Personen mit entsprechendem Hilfsbedarf, welcher nicht auf das Alter zurückzuführen ist.¹

Gegenstand der *Hilfe und Pflege zu Hause* bilden in erster Linie Leistungen der Krankenpflege, der Hauspflege, Haushaltshilfen, Mahlzeitendienste und Tagesheime.² Mit Krankenpflege sind im Sozialversicherungsrecht Pflegeleistungen i. S. v. Art. 7 KLV gemeint, welche von einem Arzt oder einer Ärztin aufgrund eines festgestellten Pflegebedarfs durch zugelassene Leistungserbringer erbracht werden (Art. 25 KVG i. V. m. Art. 33 KVV). Unter Hauspflege versteht man im Sozialversicherungsrecht zu Hause durch die Spitem oder Angehörige erbrachte Pflegehandlungen.³

Der Begriff «Haushaltshilfen» bezeichnet Personen, die Leistungen im Haushalt, wie etwa Raumpflege oder das Zubereiten von Mahlzeiten in einem fremden Haushalt, erbringen. Die Sozialversicherungen⁴ vergüten diese Leistungen grundsätzlich nicht. Es gibt jedoch Leistungen der Sozialversicherungen –

wie etwa die Hilflosenentschädigung⁵ –, die frei verwendet werden können, um zum Beispiel eine Haushaltshilfe zu finanzieren.

Mahlzeitendienste sind Dienste, die denjenigen Personen, die aus körperlichen oder psychischen Gründen nicht in der Lage sind, ihre Mahlzeiten selbst zuzubereiten, diese nach Hause liefern. Auch diese Leistungen sind grundsätzlich nicht über die Sozialversicherungen gedeckt und müssen selbst finanziert werden, allenfalls indirekt über die oben erwähnten Leistungen.

Tagesheime sind Pflege- und Betreuungseinrichtungen, die pflegebedürftigen Personen tagsüber pflegerische Dienstleistungen bieten, ein Betreuungsangebot zur Verfügung stellen, in der Regel auch verpflegen und allenfalls über Therapie- und Gymnastikangebote verfügen. Je nach Art der Leistungen (beispielsweise Pflegeleistungen) sind diese von der Grundversicherung gedeckt.

B. «Betreuung»

Der Begriff der Hilfe in Art. 112c BV ist demnach relativ weit gefasst. Fällt «Betreuung» auch unter den Begriff der Hilfe i. S. v. Art. 112c BV? Eine juristische Definition von «Betreuung» gibt es nicht.⁶ Lediglich Art. 29^{septies} AHVG gibt einen Hinweis darauf, dass zur Definition der Betreuung die Kriterien der Hilflosigkeit herangezogen werden könnten. Als hilflos gilt, wer «wegen der Beeinträchtigung der Gesundheit für alltägliche Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf» (Art. 9 ATSG). In BGE 107 V 136 E. 1c) wurde

1 GÄCHTER THOMAS/FILIPPO MARTINA, Art. 112c N 6 f., in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

2 Botschaft zur Ausführungsgesetzgebung zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 7. September 2005, BBl 2005 6029 ff.

3 LANDOLT HARDY, Pflegerecht Band I, Grundlagen des Pflegerechts, Bern 2001, N 60.

4 Je nach Zusatzversicherung können solche Kosten aber übernommen werden, oder es wird ein Teilbeitrag vergütet.

5 Z. B. auch der Assistenzbeitrag der IV (Art. 42^{quater} ff. IVG), Ergänzungsleistungen (Art. 14 lit. b ELG) oder allfällige Gemeindebeiträge.

6 In der sozialpolitischen Auslegung versteht man darunter grundsätzlich Leistungen, die nicht unter pflegerische und kassenpflichtige Leistungen fallen. Siehe dazu KNÖPFEL CARLO/PARDINI RICCARDO/HEINZMANN CLAUDIA, Gute Betreuung im Alter in der Schweiz, Eine Bestandsaufnahme, Zürich 2018, S. 57.

festgehalten, welche Aktivitäten darunterfallen: Ankleiden, Auskleiden, Aufstehen, Absitzen, Abliegen, Essen, Körperpflege, Verrichten der Notdurft, Fortbewegung (im oder ausser Haus) und Kontaktaufnahme. Dabei handelt es sich um einen stark körperzentrierten und biomedizinischen Blickwinkel. Ökonomische und soziale Faktoren als Auswirkungen für den Pflegebedarf werden dabei ausgeblendet.⁷ Würde sich Betreuung an den Kriterien der Hilflosigkeit orientieren, wäre dies eine sehr eng gefasste Definition von Betreuung, denn im Allgemeinen versteht man unter Betreuung weitergehende Aktivitäten als die oben erwähnten, wie etwa das Erledigen von administrativen Aufgaben, Planung und Koordination von Terminen, Hilfe bei den Finanzen oder schlicht und einfach nur für jemanden da zu sein.⁸ In der Praxis wird die Grenze zwischen Pflege und Betreuung klar entlang der Liste der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gezogen.⁹

Zwar geht es in der Sache in Art. 112c Abs. 1 BV vor allem um Spitex-Leistungen, aber nicht nur.¹⁰ Anzumerken ist an dieser Stelle, dass die Spitex durchaus auch Leistungen im Haushalt erbringt oder sozialbegleitende Aufgaben übernimmt, deren Vergütung jedoch nicht von der Grundversicherung gedeckt ist. Gemäss KIESER sind mit Betagten- und Behindertenhilfe Förderungsmassnahmen gemeint, die über die notwendigen Förderungsmassnahmen zur Eingliederung von Invaliden hinausgehen. Da aber Art. 112c Abs. 1 BV von einem weiten Behindertenbegriff ausgeht, der sich nicht nur auf invalide Personen im Sinne der IV beschränkt und auch Personen erfasst, die nicht mehr im erwerbsfähigen Alter sind, so soll auch die «Hilfe» weit verstanden werden.¹¹ Je nach dem, was man unter Betreuung versteht und wie weit dieser Begriff gefasst werden soll, fällt diese unter den Hilfsbegriff des Art. 112c Abs. 1 BV.

II. Welche Aufgaben haben Bund und Kantone gestützt auf Art. 112c BV?

A. Aufgaben der Kantone

Art. 112c BV vermittelt keine Individualrechte, d. h., betroffene Personen können sich nicht direkt auf Art. 112c BV berufen, sondern es geht um die Entflechtung der Aufgaben von Bund und Kantonen im Bereich der Behindertenhilfe. Um sicherzustellen, dass die Kantone die in Art. 112c BV genannten Aufgaben auch wahrnehmen, wurde Abs. 1 als verbindlicher Handlungsauftrag an die Kantone formuliert. Damit wird die sozialstaatliche Aufgabe der Kantone beschrieben, die Versorgung mit und den Zugang zu diesen Dienstleistungen sicherzustellen. Dies kann auf verschiedenen Wegen erfolgen, entweder durch die finanzielle Unterstützung von Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause oder durch Massnahmen und Dienstleistungen, welche die Kantone selbst erbringen oder zur Verfügung stellen. Für den Fall, dass die Kantone bzw. die Gemeinden die entsprechenden Leistungen nicht selbst erbringen oder zu Verfügung stellen, schliessen sie mit den entsprechenden Leistungserbringern Leistungsverträge ab.¹²

Art. 112c Abs. 1 BV enthält nicht nur eine blosser Ermächtigung der Kantone, sondern einen Auftrag, den die Kantone zu erfüllen haben. Dieses Verständnis der Bestimmung wird gestützt durch die Übergangsrechtliche Regelung, die eine Verpflichtung (und nicht lediglich eine Ermächtigung) der Kantone enthält, die weitere Finanzierung zu übernehmen.¹³

B. Förderauftrag des Bundes

Abs. 2 enthält einen an den Bund gerichteten Förderauftrag: Gefördert werden sollen nur Bestrebungen Dritter zugunsten von Betagten und Behinderten. Der Bund subventioniert Organisationen von *gesamtschweizerischer Bedeutung*, die betagte und behinderte Personen betreuen und beraten. Gemeint sind private Organisationen wie etwa die Pro Senectute, das Rote Kreuz oder Spitex-Organisationen mit gesamtschweizerischer Tätigkeit. Die Bundesbeiträge an diese Organisationen entlasten den Staat von der Aufgabe, eigene solche Strukturen aufzubauen. Der Bund kann zu diesem Zweck Mittel aus der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung verwenden.¹⁴ Auch Abs. 2 ist nicht bloss eine Ermächtigung,

7 KNÖPFEL/PARDINI/HEINZMANN, S. 50 (Fn 6).

8 Siehe auch KNÖPFEL/PARDINI/HEINZMANN, S. 61 (Fn 6); siehe auch KNÖPFEL CARLO/PARDINI RICCARDO, Gute Betreuung im Alter – eine Orientierungshilfe, in: Soziale Sicherheit, CHSS, 4/2020, S. 21 ff., S. 22.

9 KNÖPFEL/PARDINI/HEINZMANN, S. 57 (Fn 6).

10 GÄCHTER/FILIPPO, Art. 112c N 9 (Fn 1); BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Zürich 2017, Art. 112c N 2.

11 KIESER UELI, Art. 112c N 3, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus Arnold Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich 2014.

12 Zum Ganzen GÄCHTER/FILIPPO, Art. 112c N 10 (Fn 1).

13 Zum Ganzen KIESER, Art. 112c N 4 (Fn 11).

14 Zum Ganzen GÄCHTER/FILIPPO, Art. 112c N 12 ff. (Fn 1).

sondern enthält einen vom Bund zu erfüllenden Auftrag.¹⁵

III. Kann «gute Betreuung» Heimeintritte verhindern?

A. Einsamkeit führt zu Heimeintritten

Bisher gab es kaum Daten zum Bedarf und zu den Kosten der Betreuung zu Hause. Eine Studie im Auftrag der Pro Senectute durch das Winterthurer Institut für Gesundheitsökonomie ergab, dass 662 384 Personen ab 63 Jahren in der Schweiz (entspricht 42% aller über 63-jährigen Personen) mindestens eine Betreuungsleistung benötigten, damit sie zu Hause bedarfsgerecht betreut sind. Bei *alleinlebenden Personen* ist dieser Anteil deutlich höher (60%) als bei nichtalleinlebenden (34%). Der Bedarf an Betreuung ist in Bezug auf «Soziale Aktivität», «Sport ausser Haus», «Haushaltshilfe» und «Besuchs- und Begleitdienst» am grössten. Diese vier Betreuungsleistungen zusammen machen 75% aller Leistungen aus. Die Kosten für eine bedarfsgerechte Betreuung aller zu Hause lebenden Seniorinnen und Senioren in der Schweiz werden auf 349 bis 466 Millionen Franken pro Monat, also 4,2 bis 5,6 Milliarden Franken pro Jahr geschätzt, wobei die vier häufigsten Betreuungsleistungen («Soziale Aktivität», «Sport ausser Haus», «Haushaltshilfe» und «Besuchs- und Begleitdienst») 82% der Kosten ausmachen. Laut MEIER ET AL. besteht unabhängig davon, ob jemand einsam ist oder nicht, bei sehr vielen Falltypen ein Bedarf an Bewegung und Sport. Dies macht insofern Sinn, als dass Bewegung und Sport älteren Personen in vielerlei Hinsicht dabei hilft, unabhängig zu bleiben: Es schützt sie vor Stürzen, vor Altersschwäche, kann Depressionen und depressive Verstimmungen verbessern und schliesslich Heimeintritte vermeiden,¹⁶ oder zumindest hinauszögern.

Sowohl bei Alleinlebenden als auch bei Nichtalleinlebenden fallen die höchsten Betreuungskosten für Personen an, die sich *einsam* fühlen, aber sonst keinerlei körperliche oder kognitive Einschränkungen aufweisen. Sie sind laut Schätzungen aufgrund ihrer hohen Anzahl für 31% der gesamten bedarfsgerechten Betreuungskosten in der Schweiz verantwortlich (insgesamt 108 bis 145 Millionen Franken pro Monat).¹⁷ Mehrere Studien haben gezeigt, dass Einsamkeit *nicht nur zu Heimeintritten führen kann, sondern auch Folgeerkrankungen verursacht und sogar die Sterblichkeit erhöht*. Einsame Personen brauchen vor

allem «Soziale Aktivitäten», «Besuchs- und Begleitdienst» sowie «Bewegung und Sport ausser Haus», um langfristig gut zu Hause leben zu können. Sowohl informelle als auch formelle Freizeitaktivitäten können bei einsamen Personen helfen, einen weiteren Abbau ihrer Fähigkeiten zu vermeiden. Allerdings ist es sehr wichtig, dass diese Aktivitäten nicht nur Kontinuität aufweisen (also z. B. dieselben Personen, Regelmässigkeit usw.), sondern auch die Qualität der Beziehung essenziell ist, um der Einsamkeit tatsächlich entgegenzuwirken.¹⁸

B. Tiefe Einkommen führen zu Heimeintritten

Der grösste Teil an Betreuung geschieht heute informell, also etwa durch Angehörige, Bekannte und Nachbarn. Allerdings gibt es Tendenzen (mehr ältere Personen, mehr alleinlebende ältere Personen, weniger Kinder pro Elternpaar, weiter auseinander lebende Familien, mehr Selbstbestimmung der Seniorinnen und Senioren), die nahelegen, dass die alltägliche formelle Betreuung – auch in Zukunft – nicht grundsätzlich durch informelle Betreuung ersetzt werden kann. Somit kommt den Organisationen, welche formelle Betreuung anbieten, in der Versorgung von älteren Menschen in der Schweiz weiterhin und je länger je mehr eine wichtige Rolle zu.¹⁹

Zwar ist in den letzten Jahren eine Zunahme an Angeboten in der ambulanten und der intermediären Betreuung zu erkennen. Problematisch ist aber, dass die Betroffenen die (zum Teil hohen) Kosten selbst tragen müssen, weshalb nicht alle bedarfsgerechten Betreuungsleistungen von den Betroffenen auch in Anspruch genommen werden. *Ein tieferes Einkommen ist denn auch ein Risikofaktor für Erkrankungen und Heimeintritte*. Es kann also vermutet werden, dass mit einer gewissen finanziellen Unterstützung der Betreuung zu Hause Folgeerkrankungen und Heimeintritte vermieden oder verzögert und einer Zweiklassen-Langzeitversorgung entgegengewirkt werden könnte.²⁰

IV. Wer zahlt für Betreuung?

A. Versicherte Person

Wie oben bereits erwähnt, werden die Kosten für Betreuungsleistungen in der Schweiz grundsätzlich

15 KIESER, Art. 112c N 10 (Fn 11).

16 MEIER ET AL., S. 4.

17 Zum Ganzen MEIER ET AL., S. 4 f.

18 MEIER FLURINA/BRUNNER BEATRICE/LENZIN GOLDA/HEINIGER SARAH/CARLANDER MARIA/HUBER ANDREA, Betreuung von Seniorinnen und Senioren zu Hause: Bedarf und Kosten, Winterthur 2020, S. 55 m. w. H.

19 Vgl. MEIER ET AL., S. 59 f. (Fn 18).

20 MEIER ET AL., S. 59 (Fn 18).

durch die betagten und betreuungsbedürftigen Personen selbst getragen. Art. 112c Abs. 1 BV gibt den Kantonen lediglich einen Handlungsauftrag, das entsprechende Angebot an Betreuungsleistungen sicherzustellen. Die Bestimmung regelt aber nicht die Finanzierung der Betreuung im Einzelfall. Gilt eine Person im Sinne von Art. 9 ATSG als hilflos, so hat sie gestützt auf Art. 43^{bis} Abs. 1 AHVG i. V. m. Art. 66^{bis} Abs. 1 AHVV i. V. m. Art. 37 IVV Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung. Der Verwendungszweck der Hilflosenentschädigung ist frei, dies bedeutet, die hilflose Person kann den erhaltenen Betrag nach ihrem eigenen Gutdünken (so zum Beispiel für den Einkauf von formellen Betreuungsleistungen) verwenden.

Auch über Art. 14 Abs. 1 lit. b ELG können Betreuungskosten unter Umständen vergütet werden. Anspruch auf die Vergütung solcher Krankheits- und Behinderungskosten haben Bezügerinnen und Bezüger von jährlichen Ergänzungsleistungen. Bevor aber Ergänzungsleistungen ausbezahlt werden, muss das eigene Vermögen bis zu einer «Vermögensfreigrenze» aufgebraucht werden. An dieser Stelle ist auch noch auf den am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Art. 16a ELG hinzuweisen: Rechtmässig bezogene Leistungen nach Art. 3 Abs. 1 ELG sind nach dem Tod der Bezügerin oder des Bezügers aus dem Nachlass zurückzuerstatten. Die Rückerstattung ist nur von demjenigen Teil des Nachlasses zu leisten, der den Betrag von 40 000 Franken übersteigt.²¹

Sollten die eigenen finanziellen Mittel trotz sozialversicherungsrechtlicher Leistungen nicht ausreichen, so springt die Sozialhilfe ein: Neben der materiellen Grundsicherung gibt es die sogenannten situationsbedingten Leistungen. Das sind Kosten, die nicht in jedem Haushalt und nur in bestimmten Situationen anfallen. Dazu zählen auch Auslagen für die Hilfe, Pflege und Betreuung zu Hause oder in Tagesstrukturen.²²

Die Umsetzungskompetenzen zur Vergütung von Betreuungskosten liegen auf kantonaler Ebene, und die 26 verschiedenen Ausgestaltungen ergeben kein klares Bild, welche Betreuungsleistungen tatsächlich vorhanden sind.²³ Das dringendste Problem ist auch nicht die Verfügbarkeit der Betreuungsleistungen, sondern deren Finanzierung bei Bedarf, denn Personen, die einen Betreuungsbedarf aufweisen, müssen diesen in der Regel selbst berappen.

21 Siehe dazu ausführlich GÄCHTER THOMAS, Wozu noch Erbrecht?, Gedanken zu aktuellen Entwicklungen in der Pflegefinanzierung, *Pflegerecht* 201, S. 70–77.

22 SKOS-Richtlinien, C.1.4.

23 KNÖPFEL/PARDINI/HEINZMANN, S. 62 (Fn 6).

B. Aufgeschoben ist nicht aufgehoben

Bei der Diskussion um die Finanzierung bzw. die Kosten, welche gute Betreuung verursachen oder einsparen kann (siehe oben III.), darf ein wichtiger Aspekt nicht ausser Acht gelassen werden: die Betreuung und Pflege durch Angehörige. Diese leisten aus volkswirtschaftlicher Sicht einen grossen Beitrag an Pflege- und Betreuungsleistungen.²⁴ Aufgrund des wachsenden Anteils älterer Menschen an der Gesamtbevölkerung und des sich zunehmend verschärfenden Pflegekräftemangels wird der Bedarf an informell betreuenden und pflegenden Personen in Zukunft stark steigen.

Die Gründe, weshalb betreuungs- und pflegebedürftige Personen von ihren Angehörigen unterstützt werden, sind vielfältig: Meist pflegen sie mehr oder weniger freiwillig, oft aber aus ethischen und moralischen Gründen und aus Pflichtgefühl, nicht selten aber auch aus finanziellen Gründen.²⁵ Da – wie oben erwähnt – Betreuungsleistungen selbst finanziert werden müssen, springen oft Angehörige, Bekannte und Verwandte ein. Informell betreuende und pflegende Personen übernehmen aber auch aus gesamtgesellschaftlicher und volkswirtschaftlicher Sicht wichtige Aufgaben: Durch die steigende Lebenserwartung – insgesamt eine positive und erfreuliche Entwicklung – droht eine Überalterung der Gesellschaft,²⁶ während der Anteil der im Erwerbsalter Tätigen zurückgeht²⁷ und sich gleichzeitig der Pflegekräftemangel verschärft.²⁸ Nehmen diese Betreuungs- und Pflegeaufgaben ein Ausmass an, dass die informell betreuende und pflegende Person ihre Erwerbstätigkeit einschränken oder gänzlich aufgeben muss, entstehen ihr Lücken in ihrer eigenen sozialversicherungsrechtlichen Absicherung.²⁹ Sie

24 PERRIG-CHIELLO PASQUALINA/HÖPFLINGER FRANÇOIS/SCHNEGG BRIGITTE, Pflegende Angehörige von älteren Menschen in der Schweiz, Schlussbericht, *SwissAge-Care-2010*, Forschungsprojekt im Auftrage der Spitex Schweiz, 3. Mai 2010, S. 83; Unterstützung für betreuende und pflegende Angehörige, Situationsanalyse und Handlungsbedarf für die Schweiz, Bericht des Bundesrates, Bern, 5. Dezember 2014, S. 19.

25 FILIPPO MARTINA, Sozialversicherungsrechtliche Absicherung unentgeltlich pflegender Personen im Erwerbsalter, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 102 m. w. H.; siehe auch PERRIG-CHIELLO ET AL., Tabelle 40 (Fn 24).

26 COLOMBO FRANCESCA/NOLAZ ANA-LLENA/MERCIER JÉRÔME/TJADENS FRITS, Help Wanted? Providing and paying for long-term care, *OECD Health Policy Studies*, OECD Publishing, 2011.

27 COLOMBO ET AL., S. 64 (Fn 26).

28 Siehe zum Ganzen ausführlich FILIPPO, S. 7 ff. m. w. H. (Fn 25).

29 FILIPPO, S. 102 (Fn 25).

selbst wird im Alter vermehrt auf Bedarfsleistungen angewiesen sein.³⁰

Informell betreuende und pflegende Personen sind aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht lediglich bei den Betreuungsgutschriften gemäss Art. 29^{septies} AHVG anspruchsberechtigt. Betreuungsgutschriften bezwecken, den Einkommensausfall auszugleichen, der unentgeltlich betreuenden und pflegenden Angehörigen durch die Übernahme von Betreuungs- und Pflegeaufgaben entsteht.³¹ Weitere direkte Anspruchsberechtigungen gibt es im Sozialversicherungsgesetz für diese Personen nicht. Anspruchsberechtigt ist allenfalls die betreuungs- und pflegebedürftige Person, die allfällige Geldleistungen zur Entschädigung der betreuenden und pflegenden Person erhält.³²

Grundsätzlich ist die sozialversicherungsrechtliche Absicherung in der Schweiz gut. Jedoch orientieren sich zahlreiche Sozialversicherungen an der (unselbstständigen) Erwerbstätigkeit und deren Kontinuität. Vereinfacht kann gesagt werden, dass das schweizerische Sozialversicherungsrecht auf eine in Vollzeit unselbstständig erwerbstätige Person bei einem einzigen Arbeitgeber ausgerichtet ist. Allen Personen, die nicht in dieses Schema passen, entstehen mehr oder minder grosse Lücken in ihrer eigenen sozialversicherungsrechtlichen Absicherung. Da die Sozialversicherungen an den Erwerbsstatus anknüpfen, entstehen Lücken vor allem in den Bereichen der Unfallversicherung und der beruflichen Vorsorge, welche als Klassenversicherungen ausgestaltet sind. Weil die Höhe des Erwerbseinkommens auch direkt Einfluss auf die Höhe von Taggeldern und Renten hat, wirkt sich Teilzeitarbeit bzw. eine fehlende Erwerbstätigkeit auch massgebend auf das Leistungsniveau aus. Als Folge davon sind Personen in prekären Erwerbssituationen bei Krankheit, Invalidität und im Alter vermehrt auf Bedarfsleistungen angewiesen.³³ Die Kosten, welche dank den Pflege- und Betreuungsleistungen durch informell betreuende und pflegende Personen vorgängig eingespart wurden, werden an einem anderen Ort und zu einem späteren Zeitpunkt wieder ausgegeben. Es ergibt sich also lediglich eine Verschiebung im System.

V. Prävention ist die beste Medizin (um Kosten zu sparen)

Die Kosten für die Betreuung zu Hause sind mehrheitlich tiefer als die durchschnittlichen Kosten für Betreuung im Alters- und Pflegeheim (von schweizweit ca. 859 Franken pro Monat für den tiefsten Pflegebedarf). Personen mit mehr Einschränkungen haben höhere Kosten als die höchsten durchschnittlichen Kosten für Betreuung im Heim (1117 Franken pro Monat für den höchsten Pflegebedarf). Es ist allerdings anzunehmen, dass bei einer Betrachtung der Gesamtkosten (Pflege, Betreuung, Hotellerie, sonstige Ausgaben) die Ausgaben für die meisten Fälle zu Hause trotzdem tiefer ausfallen würden als jene im Alters- und Pflegeheim oder im betreuten Wohnen in einer Institution.³⁴

Wie oben ausgeführt wurde, kann eine gute Betreuung eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes und einen daraus folgenden Heimeintritt hinauszögern oder gar verhindern. Problematisch ist aber, dass die hohen Kosten der Betreuungsleistungen und die weitgehende Selbsttragung der Kosten durch die betreuungsbedürftige Person sowie die neue Regelung in Art. 16a ELG falsche Anreize setzen, auf die Betreuung zu Hause zu verzichten und so einen Heimeintritt fördern, was im Endeffekt aber die Kosten steigen lässt. Gerade bei Personen, die ihr Wohneigentum weitgehend abbezahlt haben, lohnt sich finanziell der Verbleib in den eigenen vier Wänden eher als der Eintritt in ein Alters- und Pflegeheim. Ein Heimaufenthalt führt durch höhere Betreuungs- und Hotelleriekosten, die ebenfalls durch den Heimbewohner bzw. die Heimbewohnerin selbst getragen werden müssen, zu einem rascheren Vermögensverzehr im Vergleich zu einem möglichst lange hinausgezögerten Heimeintritt. Ist das Vermögen aufgebraucht, so wird der Heimaufenthalt schliesslich auch wieder durch die Ergänzungsleistungen finanziert (Art. 10 Abs. 2 ELG). Den Ergänzungsleistungen kommt in diesem Zusammenhang die Funktion einer Ersatz-Pflegeversicherung zu.

Gute Betreuung kann Heimeintritte verhindern bzw. hinauszögern. Gute Betreuung kann Einsamkeit entgegenwirken, die unter anderem für eine Vielzahl von Heimeintritten ursächlich ist. Gute Betreuung muss erschwinglich sein, damit sie überhaupt von den betroffenen Personen in Anspruch genommen wird. Gute Betreuung führt volkswirtschaftlich betrachtet zu tieferen Kosten, da in der Regel die Kosten für die Betreuung im Heim höher sind als diejenigen für die Betreuung in den eigenen vier Wänden.

30 Ausführlich zu den sozialversicherungsrechtlichen Lücken, die diesen Personen entstehen können, siehe FILIPPO, S. 101 ff. (Fn 25).

31 Siehe dazu auch FILIPPO, S. 58 (Fn 25).

32 FILIPPO, S. 57 f. (Fn 25).

33 FILIPPO, S. 188 (Fn 25).

34 MEIER ET AL., S. 4 f. (Fn 18).

Gute Betreuung wird weitgehend durch die betroffenen Personen selbst finanziert.

Wichtig ist aber auch bei der Kostendiskussion, nicht die Menschen aus den Augen zu verlieren: Wie LANDOLT treffend feststellt, besteht bei einer rein wirtschaftlichen Betrachtung die Gefahr, dass immaterielle Grundrechtsinteressen der pflegebedürftigen Versicherten und ihrer Angehörigen zu wenig berücksichtigt werden, denn sie können nicht in Geld aufgewogen werden.³⁵ Wie bereits erwähnt räumt Art. 112c Abs. 1 BV dem Individuum kein Recht auf Hilfe und Pflege für Betagte und Behinderte ein, sondern ist Auftrag an die Kantone, das Angebot sicherzustellen (siehe oben II.). Jedoch enthalten sowohl die Verfassung als auch diverse Staatsverträge, die die Schweiz abgeschlossen haben, Rechte für kranke und behinderte Personen und ihre Angehörigen. Gemäss Art. 9 BRK haben behinderte Menschen das Recht, ihren Aufenthalt frei zu wählen und zu entscheiden, wo und mit wem sie leben möchten. Die Wahlmöglichkeit der Wohnform wird nicht als Richtziel, sondern als Recht verstanden.³⁶ Über Art. 8 EMRK lässt sich ein Recht auf ein Zusammenleben der Familienmitglieder ableiten. Aber auch die Bundesverfassung sieht entsprechende Rechte vor, so etwa Art. 13 BV (Achtung des Privat- und Familienlebens) oder Art. 24 BV (Niederlassungsfreiheit), welche bei einem indirektem Heimzwang aus Kostengründen verletzt werden können.³⁷ Nicht nur die wirtschaftlichen, sondern auch die grundrechtlichen Aspekte gilt es zu berücksichtigen.

VI. Braucht es eine Pflegeversicherung?

Zwar erteilt Art. 112c Abs. 1 BV den Kantonen den Auftrag, für Hilfe und Pflege von Betagten und Behinderten zu Hause zu sorgen, jedoch geht es bei dieser Bestimmung darum, das Angebot sicherzustellen und nicht um die Finanzierung von Hilfe- und Pflegeleistungen von einzelnen betroffenen Personen. Es geht, wie oben unter II. A. beschrieben, um die Sicherstellung der Versorgung mit diesen Diensten. Die Finanzierung von Pflege- und Betreuungsleistun-

gen geschieht (wenn überhaupt) über die Sozialversicherungen und ist gerade in Bezug auf Hilfe- oder Betreuungsleistungen nicht ausreichend. Wie oben ausgeführt wurde, übernehmen unter Umständen die Ergänzungsleistungen (EL) die Vergütung – jedoch mit starken Einschränkungen.

Hauptgrund für die jüngste EL-Revision war der relativ starke Anstieg der EL-Ausgaben bei Bund und Kantonen. Die Verdoppelung der Ausgaben der Ergänzungsleistungen in den letzten 15 Jahren ist auf die Neuordnung der Pflegefinanzierung zurückzuführen, die das Ergänzungsleistungssystem zum (subsidiären) Pflegefinanzierungssystem ausgebaut hat.³⁸ Problematisch ist dabei, dass die Leistungen der Sozialversicherungen, private Einkünfte und privates Vermögen der Leistungspflicht der EL vorgehen die lediglich auf die Deckung des sozialversicherungsrechtlichen Existenzminimums gerichtet ist, wobei sie gleichzeitig bedarfsorientiert ist.³⁹ Wie GÄCHTER treffend bemerkt, ist ein bedarfsorientiertes System wie die Ergänzungsleistungen «kein adäquates Mittel, um dieses Risiko abzufedern, weil es den Versicherungsgedanken, in dem sich Solidarität und Selbstverantwortung in einer sozial- und wirtschaftsverträglichen Weise verbinden, unterhöhlt und letztlich das gesamte System auf einem (tiefen) Minimalniveau zu nivellieren droht».⁴⁰

Aus diesem Grund erscheint der Ruf nach einer nachhaltigen gesamtschweizerischen Pflegeversicherung umso dringlicher. Eine gute Pflegeversicherung deckt aber nicht bloss die Pflegekosten, sondern findet auch eine tragbare Lösung für die Deckung oder zumindest für eine Teilfinanzierung der Betreuungskosten, denn gute Betreuung beugt Pflegebedürftigkeit vor. Ob und inwiefern informell betreuende und pflegende Personen darin berücksichtigt und allenfalls entschädigt werden sollten, ist zu diskutieren. Vor dem Hintergrund der demografischen Entwicklungen und des Pflegekräftemangels wird es aber schwieriger werden, diese Personen weiterhin nicht aktiv in das System einzubinden, gilt es doch zu verhindern, dass vermeintlich eingesparte Kosten zu einem späteren Zeitpunkt und an einem anderen Ort wieder ausgegeben werden.

35 LANDOLT HARDY, *Pflegerecht Band II*, Schweizerisches Pflegerecht, Bern 2002, N 175.

36 Siehe dazu FILIPPO, S. 43 m. w. H. (Fn 25).

37 Vgl. FILIPPO, S. 51 m. w. H. (Fn 25).

38 GÄCHTER, S. 73 m. w. H. (Fn 21).

39 GÄCHTER, S. 72 (Fn 21).

40 GÄCHTER, S. 77 (Fn 21).



Ein Anrecht auf gute Betreuung im Alter – sozialrechtliche Anknüpfungspunkte

Hardy Landolt

Prof. Dr. iur. LL.M., Rechtsanwalt und Notar, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen für Haftungs-, Privat- und Sozialversicherungsrecht

I. Verfassungsmässige Ausgangslage

Das Wohlergehen von betagten Personen ist dem Verfassungsgeber nicht egal. Betagten Personen stehen dieselben verfassungsmässigen Grundrechte wie nicht betagten Personen zu. Sowohl das Alter als auch eine Behinderung stellen persönliche Eigenschaften dar, die nicht Grundlage für eine Ungleichbehandlung sein dürfen.¹ Art. 112c BV verpflichtet die Kantone explizit, für die Hilfe und Pflege von betagten Personen zu Hause zu sorgen. Der Bund ist sodann gehalten, gesamtschweizerische Bestrebungen zugunsten von betagten Personen zu unterstützen. Er kann insbesondere Mittel aus der AHV für diese Unterstützung verwenden.

Das Bundesgericht betont in Ergänzung zu den verfassungsmässigen Vorgaben, dass betagte Menschen von den Behörden eines Rechtsstaates «besonders schonend, rücksichtsvoll und in einer Art und Weise zu behandeln sind, die ihre Würde nicht antastet.»² Dank diesen verfassungsmässigen Garantien sollten eigentlich die betreuerischen Bedürfnisse von betagten Personen hinreichend geschützt sein. Diese Einschätzung trägt: Die gesetzgeberische Realität steht da und dort im Widerspruch zu dem verfassungsmässigen Wohlmeinen, insbesondere was die faktische Verfügbarkeit von betreuerischen Dienstleistungen anbelangt.

II. Vorenthaltung von betreuungsrelevanten Sozialversicherungsleistungen

Die verschiedenen Sozialversicherungserlasse statuieren diverse Versicherungsleistungen, mit welchen Betreuung und Pflege finanziert werden. Von besonderer Bedeutung für hilfsbedürftige Personen sind einerseits die Hilflosenentschädigung³ und der Assistenzbeitrag⁴ und andererseits die Vergütungen für

Betreuungs- und Pflegekosten,⁵ die bald als eigentliche Versicherungsleistung, bald als staatliche Finanzhilfen⁶ ausgestaltet sind.

Trotz dem verfassungsmässigen Alters- und Behindertendiskriminierungsverbot können betagte Personen nicht dieselben betreuungsrelevanten Sozialversicherungsleistungen beanspruchen. Es bestehen nämlich diverse Benachteiligungen:

- Die Hilflosenentschädigung gemäss AHVG beträgt lediglich die Hälfte der Hilflosenentschädigung, welche Personen erhalten, die das ordentliche Rentenalter noch nicht erreicht haben und hilflos werden. Im Zusammenhang mit der Festlegung des Umfangs der Hilflosenentschädigung wird bei betagten Personen zwar sinngemäss auf dieselben Regeln wie bei den Personen, welche vor Erreichen des ordentlichen Rentenalters hilflos werden, abgestellt. Eine wichtige Ausnahme besteht aber in Bezug auf die lebenspraktische Begleitung, die bei betagten Personen nicht versichert ist.⁷ Immerhin haben betagte Personen, die vor Eintritt ihres Pensionierungsalters bereits eine höhere Hilflosenentschädigung der Invaliden- oder Unfallversicherung erhalten haben, weiterhin Anspruch auf diese.
- Der Assistenzbeitrag kann nur von Personen geltend gemacht werden, die eine Hilflosenentschädigung der IV erhalten. Tritt die Hilflosigkeit nach Erreichen des ordentlichen Rentenalters ein, besteht kein Anspruch mehr, auch wenn bei der betagten Person derselbe oder sogar ein höherer Assistenzbedarf vorhanden ist.
- Eine weitere Ungleichbehandlung besteht im Zusammenhang mit der ergänzungsleistungsrechtlichen Vergütung von Krankheits- und Behindernungskosten. Personen, die eine Hilflosenentschädigung der AHV erhalten, können maximal ungedeckte Krankheits- und Behindernungskosten bis zum Betrag von 25 000 Franken pro Jahr geltend machen, während bei den Bezü-

1 Vgl. Art. 8 Abs. 2 BV.

2 BGE 124 I 40 E. 4b.

3 Siehe dazu LANDOLT HARDY, Pflegefinanzierung in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2021, S. 64 ff.

4 Ibid, S. 76 ff.

5 Ibid. S. 50 ff.

6 Ibid. S. 17 ff.

7 Siehe dazu Art. 66^{bis} Abs. 1 AHVV.

gen einer anderen Hilflosenentschädigung bei einer schweren Hilflosigkeit maximal ein Betrag von 90 000 Franken versichert ist.⁸

Das Bundesgericht qualifiziert diese Ungleichheit in Bezug auf betreuungsrelevante Sozialversicherungsleistungen als zulässig⁹ und vertritt sogar die Auffassung, dass betagte Personen mit höheren Betreuungs- und Pflegekosten belastet werden dürfen.¹⁰ Dieser Umstand irritiert im Blick auf die gleichzeitige Betonung, dass betagte Menschen von den Behörden eines Rechtsstaates würdevoll zu behandeln sind.

III. Staatliche Finanzhilfen statt Subjektfinanzierung

Ein weiteres sozialrechtliches Erschwernis stellt der Umstand dar, dass die Finanzierung von benötigten Betreuungs- und Pflegeleistungen zunehmend via den Leistungserbringer und nicht via die betagte Person geleistet wird. Als Beispiele sind etwa die Einführung der Restkostenbeiträge für die Pflegekosten¹¹ und die staatlichen Finanzhilfen, welche Heimen und sozialen Institutionen, in welchen betagte Personen versorgt werden, zu nennen.¹² Unlängst hat der Gesetzgeber mit der Einführung des revidierten Ergänzungsleistungsrechts sogar die Möglichkeit geschaffen, dass sich Heime die jährliche Ergänzungsleistung von betagten Personen in Abweichung zu den sonst geltenden Grundsätzen ausbezahlen lassen können.¹³

Diese etwas umständlich als Objektfinanzierung bezeichnete Finanzierungsart hat zur Folge, dass betagte Personen nicht selbstbestimmt darüber befinden können, welche vom Markt angebotenen Betreuungs- und Pflegeleistungen sie beanspruchen und finanzieren können. Diese finanzielle Entmündigung trägt dazu bei, dass betagte Personen letztlich Betreuungsangebote annehmen müssen, die sie nicht annehmen würden, wenn sie sie selbst finanzieren müssten. Eine eigentliche Selbstbestimmung würde voraussetzen, dass sämtliche Betreuungsleistungen subjektfinanziert würden. So wie ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber den Zahltag sich selbst (und nicht dem Grossverteiler, in welchem er mit dem Lohn einkauft) ausbezahlen lässt, sollte der Sozialversicherungsträger die Betreuungsvergütung nur der betroffenen Person ausrichten. Wird die Be-

treuungsvergütung derjenigen Person gewährt, die Betreuungsleistungen erbringt, befindet sich die betagte Person in einer Abhängigkeit, weil der Mechanismus des regierenden Geldes ausgehebelt ist.

IV. Heterogenes und ungenügendes Versorgungsangebot

Nicht nur die Finanzierung von Betreuungsleistungen, sondern auch die Erbringung von Betreuungsleistungen ist uneinheitlich geregelt. Da die Kantone gemäss der verfassungsmässigen Kompetenzordnung für die Erbringung von medizinischen, insbesondere pflegerischen und betreuerischen Dienstleistungen, zuständig sind, herrscht im Versorgungsbereich ebenfalls der Föderalismus. Die föderalismusbedingten Unterschiede zeigen sich nicht nur bei der Anzahl der verfügbaren Pflege- und Betreuungspersonen im ambulanten Bereich pro 1000 Einwohner,¹⁴ sondern auch bei den von den Kantonen angebotenen Versorgungsformen.

Ambulante Versorgungsformen sind volkswirtschaftlich betrachtet im Regelfall günstiger als stationäre Versorgungsformen. Entsprechend sollten die Kantone eigentlich dem Grundsatz «ambulant vor stationär» folgen und sämtliche ambulanten Versorgungsformen anbieten und gegenüber stationären Versorgungsformen privilegieren. Die gelebte Realität des Föderalismus ist eine andere. Da und dort merkt ein Kanton zwar, dass die (teuren) Altersheime von einem hohen Prozentsatz von betagten Personen belegt sind, die mit nur wenig Hilfe in einem eigenen Zuhause leben könnten.¹⁵ Die ambulanten Versorgungsangebote sind aber in den meisten Kantonen nicht in dem Umfang vorhanden, wie er benötigt würde, um möglichst viele hilfsbedürftige Personen zu Hause betreuen zu können.

8 Vgl. Art. 14 Abs. 3 und 4 ELG.

9 Vgl. BGE 142 V 457 E. 3.4.1 und BGE 133 V 569 E. 5.5.

10 Vgl. BGE 138 I 265 E. 4–6.

11 Vgl. Art. 25a Abs. 5 KVG.

12 Siehe z. B. Art. 8 IFEG.

13 Vgl. Art. 21a Abs. 3 ELG.

14 Im schweizerischen Durchschnitt waren im Jahr 2019 beispielsweise 2,9 Pflegevollzeitstellen pro 1000 Einwohner feststellbar. Die höchste Versorgungsdichte von 4,6 Vollzeitstellen pro 1000 Einwohner bestand im Kanton Waadt, während im Kanton Obwalden lediglich 1,6 Vollzeitstellen pro 1000 Einwohner gezählt wurden. Siehe dazu T7.8 (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitswesen/hilfepflege-hause.assetdetail.14817167.html> – zuletzt besucht am 30. Juni 2021).

15 Im Kanton Glarus machen die Personen mit (keinem) Pflegebedarf bis Stufe 3 (von 12 Stufen) 42 % aus. Entsprechend wird vorgeschlagen, einen Heimeintritt bei leichter Hilfsbedürftigkeit zu untersagen. Siehe dazu Konzept Stärkung der Langzeitpflege, genehmigt vom Regierungsrat des Kantons Glarus mit Beschluss § 616 vom 14. November 2017, S. 14 und 19 (https://www.gl.ch/public/upload/assets/22193/Konzept%20Langzeitpflege_akualisiert%20per%2020190820.pdf – zuletzt besucht am 30. Juni 2021).

Die Sozialversicherungserlasse schränken das Angebot von ambulanten Betreuungsleistungen zusätzlich ein, wenn entweder lediglich Pflegeleistungen finanziert werden (so in der Krankenversicherung) oder bestimmte betreuende Dienstleistungen nicht anerkannt sind. Letzteres trifft beispielsweise für das begleitete und betreute Wohnen, psychosoziale Dienstleistungen oder die Nachbarschaftshilfe zu. Gewisse Kantone fördern beide ambulanten Betreuungsformen, andere wiederum gewähren im Rahmen der ergänzungsleistungsrechtlichen Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten nur einen Kostenersatz für das begleitete oder das betreute Wohnen, wenn diese beiden Hilfsangebote überhaupt anerkannt sind.¹⁶ Psychosoziale Dienstleistungen und die Nachbarschaftshilfe sind im Regelfall gänzlich – ausnahmsweise besteht ein Anspruch auf Betreuungsgutschriften¹⁷ oder psychogeriatrische Grundpflege¹⁸ – von den Versicherungsleistungen nicht erfasst.

Der Bund trägt seinen Anteil an der Benachteiligung der Betreuungsformen bei, weil er keine klaren Vorgaben dazu macht, wie die versicherte Grundpflege von der nicht versicherten Betreuung abgegrenzt werden soll.¹⁹ Viele Krankenversicherer fühlen sich deshalb dazu eingeladen, bei betagten Personen, insbesondere wenn sie dement sind, den Einwand zu erheben, dass die betroffene Person lediglich Betreuung benötige, um nicht leistungspflichtig zu werden.

Ein weiteres Problem besteht in der Krankenversicherung darin, dass die ambulanten Pflegeleistungen nach einem Stundentarif vergütet werden, während Pflegeleistungen im Heim vom Krankenversicherer lediglich mit einem pauschalen Betrag pro Tag bezahlt werden müssen, was für diese einen finanziellen Vorteil bedeutet, wenn hochbetagte Personen nicht mehr zu Hause betreut werden. Jährliche Pflegekosten von 80 000 Franken, die bei einer ambulanten Pflege anfallen würden, gelten etwa bei einer fortgeschrittenen demenziellen Erkrankung

als unwirtschaftlich, obwohl das Gemeinwesen bei einem Heimaufenthalt höhere Kosten zu tragen hat.²⁰

Befindet sich die betagte Person einmal in einem Heim, wird durch die limitierten Pflegebeiträge des Krankenversicherers beim Heimträger ein Anreiz gesetzt, eigentliche Pflegeleistungen in Betreuungsleistungen umzudeuten und für diese zusätzlich zum Pflegekostenselbstbehalt Betreuungstaxen zu fordern, obwohl solche Quersubventionierungen unzulässig sind.²¹

V. Fehlen eines Gesamtkonzeptes für die Betreuung im Alter

Es ist deshalb offensichtlich, dass in der Schweiz ein Gesamtkonzept für die Betreuung im Alter fehlt²² und zudem mehrfache Fehlanreize bestehen, die eine konsequente Förderung der Betreuungsformen, die den Grundsätzen der Selbstbestimmung (Subjektfinanzierung), des Vorrangs von ambulanten Versorgungsformen sowie der Wirtschaftlichkeit folgen.

De lege ferenda ist deshalb zu hoffen und zu fordern, dass die verfassungsmässigen Vorgaben bis zu dem Gesetzgeber durchdringen sowie Bund und Kantone rechtliche Rahmenbedingungen schaffen, die es ermöglichen, dass betagte Personen möglichst lange in vertrauter Umgebung die Betreuung und Pflege erhalten und diese mit eigenen finanziellen Mitteln, gegebenenfalls mit Versicherungsleistungen, finanzieren können.

Es versteht sich dabei von selbst, dass sämtliche Versorgungsformen, die diese Grundsätze erfüllen, insbesondere begleitetes und betreutes Wohnen und alternative Versorgungsangebote (KISS²³, usw.), zu fördern sind²⁴ und betagte Personen, die Betreuung benötigen, dieselben Vergütungen erhalten, wie sie jüngeren Personen gewährt werden, wenn diese auf Betreuung angewiesen sind.

16 Siehe dazu z. B. LANDOLT HARDY, Pflegefinanzierung in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2021, S. 18 ff.

17 Betreuungsgutschriften können Verwandte (Kinder, Eltern, Geschwister, Grosseltern, Urgrosseltern, Enkel, Schwiegereltern, Stiefkinder) sowie Ehegatten bzw. Lebenspartner, welche mit der versicherten Person seit mindestens fünf Jahren ununterbrochen im gleichen Haushalt leben, nicht aber Nachbarn und Freunde der hilfsbedürftigen Person beantragen (siehe Art. 29^{septies} Abs. 1 AHVG).

18 Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 2 KLV.

19 Vgl. BGE 131 V 178 2.3.

20 Vgl. Urteil Bundesgericht 9C_41/2020 vom 17. Juni 2020 E. 4.2.2.

21 Siehe etwa Urteil Kantonsgericht Basel-Landschaft 810 12 86 / 107 vom 12. Juni 2013 E. 5.7 f. und Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen KV 2012/9 vom 17. Dezember 2012 E. 1.4 und 3.

22 Siehe dazu <https://www.gutaltern.ch> – zuletzt besucht am 30. Juni 2021.

23 Weiterführend <https://fondation-kiss.ch> – zuletzt besucht am 30. Juni 2021.

24 Siehe dazu auch die Tätigkeit der Paul Schiller Stiftung (<https://paul-schiller-stiftung.ch> – zuletzt besucht am 30. Juni 2021).