
Erste Erfahrungen mit der neuen Pflegefinanzierung

HARDY LANDOLT*

Résumé

Mit dem Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung vom 13. Juni 2008 wurde einerseits die Finanzierung der gemäss KVG versicherten Pflegeleistungen grundlegend neu geregelt und andererseits wurden weitere leistungsrelevante Anpassungen vorgenommen. Die neue Pflegefinanzierung ist dabei eingebettet in weitere Sozialversicherungsrevisionen, die der Gesetzgeber im Verlauf der letzten zehn Jahre vorgenommen hat. Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich mit den vielfältigen Auswirkungen, die diese Reformen im Pflegefinanzierungsbereich zur Folge gehabt haben.

Inhaltsübersicht

1. Einleitung	189
2. Grundrechtsansprüche	190
2.1. Soziales Grundrecht	190
2.2. Rechtsgleichheit	191
3. Unterscheidung zwischen Akut- und Übergangs- sowie Langzeitpflege	192
3.1. Akut- und Übergangspflege	192
3.2. Langzeitpflege	193
4. Einführung eines neuen Pflegekostenfinanzierungsmodells in der Krankenversicherung	194
4.1. Allgemeines	194
4.2. Dreistufiges Pflegekostenfinanzierungsmodell	195
5. Pflegekostenbeitrag – Kostenanteil des Krankenversicherers	195
5.1. Allgemeines	195
5.2. Höhe des Pflegebeitrags	195

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

5.3.	Bedarfsermittlung und Qualitätskontrolle	197
5.4.	Pflegetarif	197
6.	Pflegekostenselbstbehalt – Kostenanteil des Versicherten	198
6.1.	Allgemeines	198
6.2.	Von den Sozialversicherungen nicht gedeckte Pflegekosten	198
6.3.	Subventionierung des Selbstbehalts	200
6.4.	Unzulässigkeit von Betreuungstaxen	200
7.	Restkostenfinanzierung – Kostenanteil des Kantons	202
7.1.	Gemäss KVG	202
7.1.1.	Allgemeines	202
7.1.2.	Pflegekosten	203
7.1.3.	Finanzierungspflichtiger Kanton	203
7.1.4.	Umfassende Restkostenfinanzierungspflicht?	205
7.2.	Gemäss ELG	205
7.3.	Gemäss IFEG	206
8.	Pflegebedarfsfeststellung	206
9.	Sozialhilfeabhängigkeitsverbot bei einem Pflegeheimaufenthalt	208
9.1.	Allgemeines	208
9.2.	Pflegeheimaufenthalt	208
9.3.	Zulässigkeit einer Einschränkung der Heimwahlfreiheit	210
9.4.	Sozialhilfeabhängigkeit wegen eines Verichtsvermögens	210
10.	Verfahrensfragen	210
10.1.	Anwendbarkeit ATSG	210
10.2.	Anfechtungsobjekte	211
10.2.1.	Rechtsmittelverfahren vor Bundesgericht	211
10.2.2.	Rechtsmittelverfahren vor Bundesverwaltungsgericht	211

Literaturangaben

BLUM-SCHNEIDER, Pflege schwerkranker Kinder zu Hause – wer leistet und wer bezahlt?, in: *Pflegerecht* 2012, 194 ff.; DUMMERMUTH, Die Pflegefinanzierung ist neu organisiert – ambulant vor stationär als Leitmotiv, in: *Der Schweizer Treuhänder* 2011/5, 417 ff.; DUMMERMUTH, Ergänzungsleistungen zu AHV/IV. Entwicklungen und Tendenzen, in: *SZS* 2011, 114 ff.; GÄCHTER, Die Finanzierung von Pflegeheimaufenthalten vor und nach der Neuordnung der Pflegefinanzierung, in: *HILL* 2010 II Nr. 7; EUGSTER, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), Zürich 2010; KÜNZLE, Absicherung gegen hohe Pflegekosten mittels privater Versicherung, in: *Pflegerecht* 2013, 40 ff.; LANDOLT, Die neue Pflegefinanzierung, in: *SZS* 2010, 18 ff.; LANDOLT, Die EL als Pflegeversicherung, in: *SZS* 2011, 184 ff.; LANDOLT, Die Pflegeversicherungsleistungen im Überblick, in: *HAVE* 2011, 115 ff.; MÖRIKOFER-ZWEZ, Wer soll das bezahlen? Die Debatte um die Pflegefinanzierung, in: *HILL* 2007 III Nr. 7; MÜLLER, RPT. Quels changements le nouveau régime entraîne-t-il pour les

prestations complémentaires?, in: CHS 2007/5, 258 ff.; PADRUTT, Die neue gesetzliche Regelung der Akut- und Übergangspflege, in: HILL 2013 Nr. 80; PORTMANN, Prestations complémentaires. Effets de la révision totale de 2008, in: CHSS 2009/4, 239 ff.; ROSENKRANZ/MEIERHANS, Defizite bei der Umsetzung der Pflegekostengrenze, in: Pflegerecht 2013, 76 ff.; TUOR, Vermeidung von Altersarmut mit Ergänzungsleistungen, in: SZS 2012, 3 ff.; USINGER-EGGER, Sozialrechtliche Qualifizierung der Hilflosenentschädigung, in: SZS 2012, 238 ff.; ZOGG, Wer zahlt die Pflege? Die neue Pflegefinanzierung, in: Sozialalmanach. Das vierte Lebensalter, 2011, 87 ff.

1. Einleitung

Die vergangene Dekade war geprägt von zahlreichen Gesetzesänderungen im Bereich der «Pflegefinanzierung». Den Anfang machte die 4. IV-Revision,¹ mit welcher der Hauspflegebeitrag² aufgehoben und durch den Intensivpflegezuschlag³ ersetzt, eine Entschädigung für lebenspraktische Begleitung⁴ eingeführt und die Hilflosenentschädigung bei Heimaufenthalt⁵ halbiert wurde. Es folgte der neue Finanzausgleich.⁶ Neu sind die Kantone für die Subventionierung von Alters- und Pflegeheimen sowie Behinderteneinrichtungen⁷ allein zuständig. Der Bund subventioniert nur noch Organisationen der privaten Invalidenhilfe⁸ sowie die Pro Senectute, die Pro Infirmis und die Pro Juventute⁹ und trägt 5/8 der Ergänzungsleistungen für Heimbewohner.¹⁰ Der neue Finanzausgleich trat – mit einer dreijährigen Übergangsfrist – am 1. Januar 2008 in Kraft.

¹ Änderung Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) vom 21. März 2003 (per 1. Januar 2004 in Kraft getreten – AS 2003, 3837 ff.).

² Vgl. Art. 4 aIVV.

³ Vgl. Art. 42^{ter} Abs. 3 IVG und Art. 39 IVV.

⁴ Vgl. Art. 42 Abs. 2 IVG und Art. 38 IVV.

⁵ Vgl. Art. 42^{ter} Abs. 2 IVG. Absatz 2 wurde im Rahmen der 6. IV-Revision erneut geändert. Die Höhe der Hilflosenentschädigung für Versicherte, die sich in einem Heim aufhalten, entspricht seit dem 1. Januar 2012 einem Viertel.

⁶ Bundesgesetz über die Schaffung und die Änderung von Erlassen zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 6. Oktober 2006 (in Kraft getreten am 1. Januar 2008, mit Übergangsfrist bis 31. Dezember 2010 – AS 2007, S. 5779 ff.).

⁷ Siehe dazu Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen (IFEG).

⁸ Vgl. Art. 74 IVG.

⁹ Vgl. Art. 17 Abs. 1 ELG.

¹⁰ Vgl. Art. 13 Abs. 2 ELG.

Mit dem Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung vom 13. Juni 2008¹¹ wurde sodann die Finanzierung der Pflegekosten in der Krankenversicherung neu geregelt, Artikel 25 KVG geringfügig modifiziert¹² und die Leistungskategorie der teilstationären Behandlung aufgehoben,¹³ im Bereich der AHV ein Anspruch von Nichtheimbewohnern¹⁴ auf eine Hilflosenentschädigung bereits bei einer leichten Hilflosigkeit eingeführt¹⁵ und die Vermögensfreigrenzen im Ergänzungsleistungsrecht heraufgesetzt.¹⁶ Die erste Etappe der 6. IV-Revision¹⁷ brachte schliesslich den Assistenzbeitrag,¹⁸ der seit dem 1. Januar 2012 beansprucht werden kann.

2. Grundrechtsansprüche

2.1. Soziales Grundrecht

Die Bundesverfassung verpflichtet das Gemeinwesen (Bund und Kantone) sich in Ergänzung zur persönlichen Verantwortung und privater Initiative dafür einzusetzen, dass jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält.¹⁹ Bei dieser Verpflichtung handelt es sich weder um eine

¹¹ In Kraft getreten am 1. Januar 2011 (AS 2009, S. 3517 ff.) und ferner Botschaft zum Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung vom 16. Februar 2005 = BBl 2005, 2033, sowie Empfehlungen zur Umsetzung der Neuordnung der Pflegefinanzierung: Verabschiedet durch den Vorstand der GDK am 22. Oktober 2009 (online verfügbar).

¹² Mit der Änderung von Art. 25 Abs. 2 lit a Ziff. 3 KVG gelten ab 1. Juli 2010 Hausbesuche als ambulante Behandlung. Neu ist ferner die Befugnis der Chiropraktoren, paramedizinische Leistungen verordnen zu dürfen (siehe EUGSTER, Rz. 6 zu Artikel 25 KVG).

¹³ Vgl. EUGSTER, Rz. 11 f. zu Artikel 25 KVG.

¹⁴ Massgebend für die Beantwortung der Frage, ob ein Heim im Sinne des AHVG vorliegt, ist nicht, dass die Wohnung nebst altersgerechtem Ausbaustandard von der gemeinschaftlichen heimspezifischen Infrastruktur profitiert und sämtliche alters- und pflegespezifischen Angebote und Dienstleistungen eines einzelnen Anbieters, des Seniorenzentrums, in Anspruch genommen werden können (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_177/2012 vom 3. Juli 2012 E. 3).

¹⁵ Vgl. Art. 43^{bis} Abs. 1 und 1^{bis} AHVG.

¹⁶ Vgl. Art. 11 Abs. 1 und Abs. 1^{bis} ELG.

¹⁷ Änderung Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) vom 18. März 2011 (6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket, per 1. Januar 2012 in Kraft getreten – AS 2011, 5659 ff.).

¹⁸ Vgl. Art. 42^{quater} ff. IVG und Art. 39a ff. IVV.

¹⁹ Vgl. Art. 41 Abs. 1 lit. b BV.

Kompetenznorm²⁰ noch um ein soziales Grundrecht, sondern lediglich um ein Sozialziel.²¹ Auch aus dem Sozialrecht gemäss Artikel 12 BV (Recht auf Hilfe in Notlagen) kann kein Anspruch darauf abgeleitet werden, zuhause gepflegt zu werden.²²

2.2. Rechtsgleichheit

Im Zusammenhang mit der Umsetzung der neuen Pflegefinanzierung hat sich das Bundesgericht mehrfach mit der Frage auseinandergesetzt, ob und inwieweit das verfassungsmässige Rechtsgleichheitsgebot verletzt worden sei. Kantonal unterschiedliche Umsetzungsmodelle verstossen grundsätzlich nicht gegen das verfassungsmässige Rechtsgleichheitsgebot. Ein Kanton kann nicht eine für die ganze Schweiz geltende Regelung erlassen, auch wenn eine solche als wünschbar erscheinen mag. Umgekehrt kann einem Kanton auch nicht vorgeworfen werden, die Entstehung einer gesamtschweizerischen Regelung nicht abgewartet zu haben, da irgendeine Lösung festgelegt werden muss.²³

Es gilt zwar der Grundsatz der Gleichbehandlung zwischen zu Hause betreuten und in Heimen wohnenden Behinderten, doch verneint das Bundesgericht in der Regel eine Verletzung dieses Grundsatzes durch die unterschiedliche Leistungsordnung für Heim- und Hauspflegebedürftige.²⁴ Keine unzulässige Ungleichbehandlung kann schliesslich im Umstand erblickt werden, dass eine sich in der gleichen wirtschaftlichen Lage und im gleichen Heim wie die Versicherte befindliche Person, im Gegensatz zu ihr, allein auf Grund des Umstandes, dass sie in die Zuständigkeit eines anderen Kantons, insbesondere desjenigen des Standortes des Heimes, fällt, in den Genuss einer (höheren) Ergänzungsleistung gelangt.²⁵

Das verfassungsmässige Gleichbehandlungsgebot wird auch nicht durch den Umstand verletzt, dass der Staat ausschliesslich oder in besonderem Masse die schwer pflegebedürftigen Personen subventioniert.²⁶ Der kantonale Subventionsgesetzgeber ist zudem frei, einen Wegfall der Subven-

²⁰ Vgl. Art. 41 Abs. 3 BV.

²¹ Vgl. Art. 41 Abs. 4 BV.

²² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.73/2005 vom 17. Juni 2005 E. 5.

²³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_333/2012 vom 5. November 2012 E. 5.4.

²⁴ Vgl. Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts P 25/04 vom 21.09.2004 E. 4 (Übernahme ungedeckter Kosten von Erholungsurlauben) und P 34/03 vom 05.11.2003 E. 3.2.1 (Ungleichbehandlung betreffend Kabelnetzanschluss).

²⁵ Vgl. BGE 138 V 481 = Pra 2013 Nr. 31 E. 5.9.

²⁶ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_864/2010 vom 24. März 2011 E. 4.4.

tionierung des Pflegekostenselbstbehalts ab Alter 65 vorzusehen. Der Wegfall der Subventionierung ab einem bestimmten Alter stellt weder eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots noch eine Altersdiskriminierung dar.²⁷

Ein besonderer Aspekt des verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebots betrifft die Gleichbehandlung von Gewerbetenossen bzw. Konkurrenten. Diesbezüglich hat das Bundesgericht erwogen, dass eine ungleiche Restkostenfinanzierung innerhalb derselben Pflegebranche, beispielsweise der freiberuflich tätigen Pflegefachpersonen und der Spitex-Organisationen, das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzt.²⁸ Folglich kann der kantonale Restkostenfinanzierungsanteil der Spitex-Organisationen und der freiberuflich tätigen Pflegefachpersonen unterschiedlich hoch festgesetzt werden. Die Kantone können zudem Heime bevorzugt behandeln, die bereit sind, eine Leistungsvereinbarung abzuschliessen.²⁹

3. Unterscheidung zwischen Akut- und Übergangs- sowie Langzeitpflege

3.1. Akut- und Übergangspflege

Die Revision der Pflegefinanzierung modifiziert die Art der versicherten Leistungen nicht, modifiziert aber den Kostenträgungsmodus. Die neue Pflegefinanzierung unterscheidet einerseits die Akut- und Übergangs- und andererseits die Langzeitpflege.³⁰ Leistungen der Akut- und Übergangspflege umfassen alle in Artikel 7 Absatz 2 KLV aufgeführten Massnahmen (Abklärung, Beratung und Untersuchung sowie Behandlungs- und Grundpflege), welche sich im Anschluss an einen Spitalaufenthalt als notwendig erweisen und die im Spital ärztlich angeordnet³¹ und von freiberuflichen

²⁷ Vgl. BGE 138 I 265 E. 4–6.

²⁸ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_228/2011 vom 23. Juni 2012 E. 4.

²⁹ Vgl. BGE 138 I 410 = Pra 2013 Nr. 62 E. 4.1 und 138 II 191 = Pra 2012 Nr. 118 E. 4.4.2 (höhere Subventionen für Heime mit Leistungsauftrag).

³⁰ Vgl. Art. 25a Abs. 1 und 2 KVG.

³¹ Vgl. Art. 25a Abs. 2 KVG.

Pflegefachpersonen, einer Spitex-Organisation oder einem Pflegeheim durchgeführt werden.³²

Akut- und Übergangspflege werden während längstens zwei Wochen nach den Regeln der Spitalfinanzierung³³ und nicht nach den sonst üblichen Pflgetarifen entschädigt.³⁴ Der Kostenanteil der Kantone für die Vergütung der Akut- und Übergangspflege ist deshalb auf mindestens 55% festzulegen.³⁵ Eine Spitalpflegebedürftigkeit setzt voraus, dass beim Versicherten eine medizinische oder eine soziale Spitalbedürftigkeit³⁶ vorliegt. Ist der Versicherte nicht mehr spital-, aber heim- bzw. spitexbedürftig,³⁷ galt nach der Rechtsprechung eine Übergangszeit von einem Monat für die Umplatzierung ins Heim.³⁸ Ungeklärt ist, ob die Akut- und Übergangspflege zusätzlich oder an Stelle der bisherigen Umplatzierungsfrist von einem Monat bei Vorliegen einer sozialen Spitalpflegebedürftigkeit tritt.

3.2. Langzeitpflege

Die versicherten Langzeitpflegemassnahmen sind in Artikel 7 KLV aufgeführt und werden vergütet, wenn sie von einem anerkannten Leistungserbringer erbracht werden. Im bisherigen Recht war nicht geregelt, ob auch die versicherten Pflegemassnahmen durch anerkannte Leistungser-

³² Vgl. Art. 7 Abs. 3 KLV. In den Materialien wird die Möglichkeit erwähnt, dass auch Rehabilitationskliniken und Akutspitäler zur Erbringung von Akut- und Übergangspflege befugt sind (vgl. EUGSTER, Rz. 5 zu Artikel 25a KVG).

³³ Siehe Art. 49a KVG.

³⁴ Vgl. Art. 25a Abs. 2 KVG.

³⁵ Vgl. BVGE 2013/7 E. 4.

³⁶ Spitalbedürftigkeit ist einerseits dann gegeben, wenn die notwendigen diagnostischen und therapeutischen Massnahmen nur in einem Spital zweckmässig durchgeführt werden können, andererseits auch dann, wenn die Möglichkeiten ambulanter Behandlung erschöpft sind und nur noch im Rahmen eines Spitalaufenthaltes Aussicht auf einen Behandlungserfolg besteht. Dabei kann eine Leistungspflicht für den Spitalaufenthalt auch dann bestehen, wenn der Krankheitszustand des Versicherten einen solchen nicht unbedingt erforderlich macht, die medizinische Behandlung jedoch wegen besonderer persönlicher Lebensumstände nicht anders als im Spital durchgeführt werden kann (vgl. BGE 126 V 323 E. 2b und 120 V 206 E. 6a).

³⁷ Für psychiatrische Dauerpatienten gelten, auch wenn der Gesundheitszustand Schwankungen unterworfen ist, prinzipiell die Regeln für Pflegeheimpatienten, sofern nicht vorübergehende Verschlimmerungen des Leidens wieder eine Akutspitalbedürftigkeit bewirken (vgl. BGE 120 V 200 E. 6a und Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts K 20/06 vom 20. Oktober 2006 E. 3.1).

³⁸ Vgl. BGE 124 V 362 = RKUV 1999, S. 31 E. 2c. Siehe ferner Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts K 11/00 vom 27. Dezember 2000 E. 3.

bringer in Tages- oder Nachtstrukturen, von Spitexpflegefachkräften im Pflegeheim oder ambulant im Pflegeheim durchgeführt werden dürfen. Die neue Pflegefinanzierung klärt diese Unsicherheit und anerkennt alle diese Betreuungsformen, unabhängig davon, ob die versicherte Leistung ausschliesslich am Tag oder während der Nacht erbracht wird.³⁹

4. Einführung eines neuen Pflegekostenfinanzierungsmodells in der Krankenversicherung

4.1. Allgemeines

Der Bundesrat schlug in seiner Botschaft von 1981 vor, die bereits bestehenden, auf Verordnungsstufe⁴⁰ eingeführten Pflichtleistungen bei Hauskrankenpflege⁴¹ zu erweitern, mahnte aber, die Hauskrankenpflege nicht gänzlich der Krankenversicherung zu überbinden und zunächst nur die gesetzliche Grundlage zur Übernahme einzelner Leistungen zu schaffen und den konkreten Umfang der Leistungspflicht durch Verordnung zu umschreiben, um sowohl der finanziellen Belastbarkeit der Kassen wie auch dem konkreten Stand der Hauskrankenpflagedienste möglichst gut Rechnung tragen zu können.⁴² Die vollständige Übernahme der Hauspflegekosten durch die Krankenversicherung wurde erst mit der Totalrevision des KVG, das am 1. Januar 1996 in Kraft trat, eingeführt.⁴³ Seit dem Inkrafttreten des KVG galt für die ambulante Pflege eigentlich das Vollkostendeckungsprinzip. Dieses wurde seit 1996 auf Grund der stark steigenden Pflegekosten aber zunehmend eingeschränkt.⁴⁴

³⁹ Vgl. Art. 25a Abs. 1 KVG und Art. 7 Abs. 2^{bis} KLV.

⁴⁰ Siehe Verordnung VI über die Krankenversicherung betreffend die Zulassung von medizinischen Hilfspersonen zur Betätigung für die Krankenversicherung vom 11. März 1966 (aSR 832.151.1) und Verfügung 7 des EDI über die Krankenversicherung betreffend die von den anerkannten Krankenkassen zu übernehmenden wissenschaftlich anerkannten Heilanwendungen vom 13. Dezember 1965 (aSR 832.141.11).

⁴¹ Siehe dazu BGE 111 V 324 ff.

⁴² Vgl. Botschaft über die Teilrevision der Krankenversicherung vom 19. August 1981 = BBl 1981 II 1117, 1143 und 1162 f.

⁴³ Vgl. Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 = BBl 1992 I 93, 152.

⁴⁴ Vgl. BVGE 2011/61 E. 4.2.2 ff.

4.2. Dreistufiges Pflegekostenfinanzierungsmodell

Mit der Neuordnung der Pflegefinanzierung in Artikel 25a KVG werden Pflegeleistungen nunmehr definitiv von der Kostenübernahmepflicht gemäss Artikel 25 KVG ausgenommen. Die obligatorische Krankenpflegeversicherung leistet lediglich einen Beitrag an die Pflegeleistungen, welche aufgrund einer ärztlichen Anordnung und eines ausgewiesenen Pflegebedarfs ambulant, auch in Tages- oder Nachtstrukturen, oder im Pflegeheim erbracht werden.⁴⁵ Artikel 25a KVG sieht vor, dass die Krankenversicherer einen Beitrag an die Kosten der versicherten Pflegeleistungen erbringen,⁴⁶ der Versicherte einen Selbstbehalt von maximal 20% trägt⁴⁷ und der Kanton die Restfinanzierung⁴⁸ regelt.

5. Pflegekostenbeitrag – Kostenanteil des Krankenversicherers

5.1. Allgemeines

Der Bundesrat regelt den Pflegekostenbeitrag differenziert nach dem Pflegebedarf in Franken.⁴⁹ Die Beiträge an die Pflegeleistungen sind erstmals so festzulegen, dass sie der Summe der Vergütungen für die in dem Inkrafttreten vorangehenden Jahr ambulant und im Pflegeheim erbrachten Pflegeleistungen entsprechen. Kann diese Regelung im ersten Jahr nach Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung nicht eingehalten werden, so nimmt der Bundesrat in den nachfolgenden Jahren die erforderlichen Anpassungen vor.⁵⁰

5.2. Höhe des Pflegebeitrags

Massgebend für die Höhe des Pflegebeitrags ist der Aufwand nach Pflegebedarf für Pflegeleistungen, die in der notwendigen Qualität effizient und kostengünstig erbracht werden.⁵¹ Die entsprechende Ausführungsre-

⁴⁵ Vgl. Art. 25a Abs. 1 KVG.

⁴⁶ Vgl. Art. 25a Abs. 1 KVG.

⁴⁷ Vgl. Art. 25a Abs. 5 KVG.

⁴⁸ Vgl. Art. 25a Abs. 5 KVG.

⁴⁹ Vgl. Art. 25a Abs. 4 KVG.

⁵⁰ Vgl. Absatz 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 13. Juni 2008.

⁵¹ Vgl. Art. 25a Abs. 4 KVG.

gelung hat das zuständige Departement in Artikel 7a KLV erlassen. Diese Bestimmung sieht für Spitex-Organisationen und freiberuflich tätige Pflegefachpersonen einen Stundentarif⁵² und für Pflegeheime einen Tagestarif vor.⁵³

Pflegeleistungen, die von Spitex-Organisationen⁵⁴ oder freiberuflich tätigen Pflegefachpersonen⁵⁵ erbracht werden, werden nach dem effektiven Zeitaufwand mit dem vom Bundesrat bestimmten Stundentarif entschädigt.⁵⁶ Der gesetzliche Tarif gilt, soweit und sofern die einschlägigen Tarifverträge keine Abweichung vorsehen. Für Massnahmen der Abklärung und der Beratung sind neu pro Stunde CHF 79.80, für Massnahmen der Untersuchung und der Behandlung CHF 65.40 und für Massnahmen der Grundpflege CHF 54.60 zu entschädigen.⁵⁷ Massgeblich sind Zeiteinheiten von 5 Minuten, wobei pro versicherte Verrichtung mindestens 10 Minuten zu entschädigen sind.⁵⁸ Art der versicherten Leistung und Zeitaufwand sind in der Abrechnung aufzuführen.⁵⁹

An die Pflegeleistungen, die in einem Pflegeheim⁶⁰ erbracht werden, wird lediglich ein Tagesbeitrag geleistet.⁶¹ Der Tagestarif umfasst zwölf Stufen und reicht von CHF 9.– (bis 20 Minuten Pflegebedarf pro Tag) bis CHF 108.– (mehr als 220 Minuten Pflegebedarf pro Tag).⁶² Im Gegensatz zum Spitetarif unterscheidet der Pflegeheimtarif nicht nach Art der Pflegemassnahme, sondern einzig nach dem zeitlichen Pflegebedarf pro Tag. Dieser ist denn auch in der Abrechnung aufzuführen.⁶³

⁵² Vgl. Art. 7a Abs. 1 und 2 KLV.

⁵³ Vgl. Art. 7a Abs. 1 und 2 KLV.

⁵⁴ Vgl. Art. 51 KVV.

⁵⁵ Vgl. Art. 49 KVV.

⁵⁶ Vgl. Art. 7a Abs. 1 und 2 KLV.

⁵⁷ Vgl. Art. 7a Abs. 1 KLV.

⁵⁸ Vgl. Art. 7a Abs. 2 KLV.

⁵⁹ Vgl. Art. 9 Abs. 1 KLV.

⁶⁰ Vgl. Art. 39 Abs. 3 KVG. Beim Aufenthalt in einem Pflegeheim vergütet der Versicherer die gleichen Leistungen wie bei ambulanter Krankenpflege (vgl. Art. 50 KVG).

⁶¹ Vgl. Art. 7a Abs. 3 KLV.

⁶² Vgl. Art. 7a Abs. 3 KLV.

⁶³ Vgl. Art. 9 Abs. 2 KLV.

5.3. Bedarfsermittlung und Qualitätskontrolle

Der Bundesrat ist umfassend ermächtigt, die versicherten Pflegeleistungen, die Bedarfsermittlung und die Qualitätskontrolle zu regeln,⁶⁴ wobei der Gesetzgeber in Ergänzung zu den allgemeinen Kriterien der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit bei der Festlegung der versicherten Pflegeleistungen verlangt, die «notwendige Qualität» zu berücksichtigen.⁶⁵ Bis anhin hat der Bundesrat lediglich die versicherten Pflegeleistungen in Artikel 7 KLV normiert. Eine detaillierte Regelung der Bedarfsermittlung und der Qualitätskontrolle steht noch aus. Bis zum Inkrafttreten einer Bundeslösung sind die Kantone berechtigt, Bedarfsermittlungsinstrumente und Qualitätsanforderungen vorzusehen.⁶⁶

5.4. Pflegetarif

Vom Pflegekostenbeitrag zu unterscheiden sind die Pflegetarife, mit denen die Vergütung der anerkannten Leistungserbringer festgelegt wird. Die bei Inkrafttreten dieser Änderung geltenden Tarife und Tarifverträge sind innert drei Jahren, d.h. bis zum 31. Dezember 2013, an die vom Bundesrat festgesetzten Beiträge an die Pflegeleistungen anzugleichen. Die Kantonsregierungen regeln die Angleichung.⁶⁷ Die Tarifbeschlüsse der Kantonsregierungen sind nicht beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar.⁶⁸ Vom Gesetzgeber nicht geregelt wurde, wie nach dem Wegfall der altrechtlichen Tarife zu verfahren ist und wer die Tarife für die Leistungserbringer festlegt.⁶⁹

⁶⁴ Vgl. Art. 25a Abs. 3 und 4 KVG.

⁶⁵ Vgl. Art. 25a Abs. 4 KVG.

⁶⁶ Siehe dazu nachfolgend Ziffer 8.

⁶⁷ Vgl. Absatz 2 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 13. Juni 2008.

⁶⁸ Vgl. BVGE 2011/61 E. 6.4 ff.

⁶⁹ Vgl. EUGSTER, Rz. 8 ff. zu Artikel 25a KVG.

6. Pflegekostenselbstbehalt – Kostenanteil des Versicherten

6.1. Allgemeines

Die Versicherten haben für versicherte Pflegeleistungen weiterhin die bisherigen Franchise und Selbstbehalte zu tragen.⁷⁰ Die neue Pflegefinanzierung führt für Heim- und Spitexpflegekosten eine Selbstzahlung in Bezug auf die «nicht von Sozialversicherungen gedeckten Pflegekosten» von höchstens 20 Prozent des höchsten vom Bundesrat festgesetzten Pflegebeitrages ein und hält die Kantone an, die Restfinanzierung zu regeln.⁷¹ Die Regelung des Pflegekostenselbstbehalts stellt insoweit eine lex specialis zum krankensversicherungsrechtlichen Tarifschutz dar. Für Heim- und Spitexpflegebedürftige bedeutet dies, dass sie inskünftig maximal CHF 7'884.– für nicht versicherte Betreuungs- und Pflegekosten zusätzlich zu Franchise und Selbstbehalt für versicherte Pflegeleistungen i.S.v. Artikel 7 Absatz 2 KLV zu tragen haben.⁷²

6.2. Von den Sozialversicherungen nicht gedeckte Pflegekosten

Unklar ist, was mit den von Sozialversicherungen nicht gedeckten Pflegekosten gemeint ist. Bezieht sich diese Wendung auf die Pflegegesamtkosten unter Einschluss von Lohnausfällen der pflegenden Angehörigen oder nur auf die von den gemäss KVG anerkannten Leistungserbringern erbrachten, aber nicht versicherten Massnahmen? Sind von den ungedeckten Pflegekosten vorab alle sozialen Pflegeversicherungsleistungen, namentlich auch solche, die das KVG nicht vorsieht, wie z. B. die Hilflosenentschädigung, in Abzug zu bringen und die 20% vom verbleibenden Restsaldo zu rechnen?

In den Erläuterungen zur Änderung der KVV wird festgehalten, dass unter dem Begriff «Sozialversicherungen» im Wesentlichen die Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu verstehen und weder Ergänzungsleistungen noch Hilflosenentschädigung vorab in Abzug zu bringen seien.⁷³ Im Anhang werden folgende Berechnungsbeispiele erwähnt:

⁷⁰ Vgl. Art. 64 KVG.

⁷¹ Vgl. Art. 25a Abs. 5 KVG.

⁷² 20% von CHF 108.– × 365 Tage.

⁷³ Vgl. Kommentar EDI Änderungen KVV vom 10. Juni 2009, 3. Anderer Auffassung ist EUGSTER, Rz. 31 zu Artikel 25 KVG.

Versicherter wird im Pflegeheim betreut

Beispiel 1: Pflegebedarf von 45 Minuten pro Tag

Pflegetaxe des Heims (Annahme)	CHF	45.–
Beitrag OKP für Stufe 3 (Brutto)	CHF	27.–
Rest (nicht durch OKP gedeckt)	CHF	18.–
Patientenbeteiligung (max. 20% von CHF 108.– = CHF 21.60)	CHF	18.–
Restfinanzierung (Kanton)	CHF	–.–

Beispiel 2: Pflegebedarf mehr als 300 Minuten pro Tag

Pflegetaxe des Heims (Annahme)	CHF	200.–
Beitrag OKP für Stufe 12 (Brutto)	CHF	108.–
Rest (nicht durch OKP gedeckt)	CHF	92.–
Patientenbeteiligung (max. 20% von CHF 108.– = CHF 21.60)	CHF	21.60
Restfinanzierung (Kanton)	CHF	70.40

Versicherter wird zu Hause durch Spitex betreut

Beispiel 1: Pflegebedarf von 20 Minuten (10 Minuten Behandlungspflege und 10 Minuten Grundpflege) pro Tag

Tarif Spitex (Annahme)	CHF	35.–
Beitrag OKP für 10 Min. Behandlungspflege (Brutto)	CHF	10.90
Beitrag OKP für 10 Min. Grundpflege (Brutto)	CHF	9.10
Rest (nicht durch OKP gedeckt)	CHF	15.–
Patientenbeteiligung (max. 20% von CHF 79.80 = CHF 15.95)	CHF	15.–
Restfinanzierung (Kanton)	CHF	–.–

Beispiel 2: Pflegebedarf von 80 Minuten (20 Minuten Behandlungspflege und 60 Minuten Grundpflege) pro Tag

Tarif Spitex (Annahme)	CHF	140.–
Beitrag OKP für 20 Min. Behandlungspflege (Brutto)	CHF	21.80
Beitrag OKP für 60 Min. Grundpflege (Brutto)	CHF	54.60
Rest (nicht durch OKP gedeckt)	CHF	63.60
Patientenbeteiligung (max. 20% von CHF 79.80 = CHF 15.95)	CHF	15.95
Restfinanzierung (Kanton)	CHF	47.65

6.3. Subventionierung des Selbstbehalts

Die Kantone sind grundsätzlich frei, den Pflegekostenselbstbehalt der Versicherten zu subventionieren bzw. den Restkostenfinanzierungsanteil um den Anteil des Pflegekostenselbstbehalts zu erhöhen. Wenn der Staat ausschliesslich oder in besonderem Masse die schwer pflegebedürftigen Personen subventioniert, ist dies nicht rechtsungleich.⁷⁴ Der Wegfall der Subventionierung des Pflegekostenselbstbehalts ab Alter 65 ist weder alters- noch geschlechterdiskriminierend.⁷⁵

6.4. Unzulässigkeit von Betreuungstaxen

Gemäss Art. 44 Abs. 1 KVG dürfen für versicherte Pflegeleistungen weder direkt noch indirekt weitergehende Vergütungen berechnet werden. Zusätzliche Entschädigungen dürfen nur für echte Mehrleistungen verlangt werden.⁷⁶ Was eine echte Mehrleistung ist und was nicht, ist letztlich nicht klar, weil der Begriff der krankensicherungsrechtlich gedeckten Grundpflege⁷⁷ nicht abschliessend geregelt ist und in den nicht versicherten Betreuungsbereich «diffundiert».

Der Preisüberwacher hat in einem Rundschreiben vom September 2011⁷⁸ auf die nach wie vor bestehende systematische Verletzung des Tarifschutzes im Heimbereich hingewiesen. Seiner Auffassung nach sollte in der Kostenträgerrechnung eines Heims ein Schlüssel von 75% Pflege und 25% Betreuung (Nettokosten nach Umlagen) aufgeführt sein. Die vom Preisüberwacher im Sommer 2011 erfolgte Erhebung anhand von 88 Alters- und Pflegeheimen mit rund 9'200 Bewohnern hat demgegenüber ein Verhältnis von 41% Pflege und 59% Betreuung ergeben. Nach der Auffassung des Preisüberwachers wurden dadurch den Bewohnern für Pflegeleistungen – in Verletzung von Art. 25a Abs. 5 KVG – im Jahr 2011 durchschnittlich rund 18'300 Franken pro Jahr an Betreuungstaxen zu viel verrechnet,

⁷⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_864/2010 vom 24. März 2011 E. 4.4.

⁷⁵ Vgl. BGE 138 I 265 E. 4–6.

⁷⁶ Vgl. Urteile des Bundesgerichts 2P.25/2000 vom 12. November 2002 E. 8 und 14 sowie 9C_103/2007 vom 10. Juli 2007 E. 4.

⁷⁷ Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV.

⁷⁸ Siehe Preisüberwacher, Newsletter Nr. 6/11 Probleme bei neuer Pflegefinanzierung – Preisüberwacher ortet dringenden Handlungsbedarf (online verfügbar).

welche als Pflegekosten deklariert und von der öffentlichen Hand getragen werden müssten.⁷⁹

Der Preisüberwacher hat in seinem Jahresbericht 2012 folgende Empfehlungen abgegeben:⁸⁰

- Die verschiedenen Bedarfserfassungsinstrumente sind zu harmonisieren, sodass das Resultat bei der Bestimmung des Pflegebedarfs nicht vom verwendeten Bedarfserfassungssystem abhängt.
- Die verwendeten Kostenrechnungsmodelle sind zu vereinheitlichen, sodass die ausgewiesenen Vollkosten der Kostenträger Pension, Pflege und Betreuung vergleichbar gemacht werden.
- Es ist eine national verbindliche und abgestimmte Leistungsabgrenzung zwischen Pflege und Betreuung zu erstellen. Der Leistungskatalog in Art. 7 Abs. 2 KLV ist zu ergänzen und zu konkretisieren, sodass eindeutig und für alle Kantone einheitlich festgelegt ist, wie die Leistungen, die derzeit nicht eindeutig zuordenbar sind, auf die Bereiche Pflege, Betreuung und Pension umzulegen sind.
- Die zuständigen Behörden von Bund, Kantonen und Gemeinden haben ihre Aufsichtspflicht in Bezug auf die korrekte Umsetzung der neuen Pflegeordnung wahrzunehmen.

Die jüngste kantonale Rechtsprechung hat nicht zuletzt aufgrund der Kritik des Preisüberwachers anerkannt, dass Betreuungstaxen die Beschränkung des Pflegekostenselbstbehalts auf 20% verletzen können.⁸¹ Die Kantone sind dafür verantwortlich, dass Pflegekosten nicht auf Betreuungstaxen verschoben werden, da sie für die Ausrichtung der Restfinanzierung zuständig sind; im Rahmen des von Amtes wegen festzustellenden Sachverhalts ist insbesondere festzustellen, ob die tatsächlich erbrachten Pflegeleistungen höhere Kosten verursachten als die bislang anerkannten Pflegekosten.⁸²

⁷⁹ Siehe dazu auch Urteile des Kantonsgerichts des Kantons Basel-Land = Beobachter 2013/14, 7 und des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen KV 2012/9 vom 17. Dezember 2012 E. 1.4 und 3.

⁸⁰ Vgl. RPW 2012/5, S. 893 ff., 903 ff.

⁸¹ Vgl. Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen i.S. A. c. SVA St. Gallen vom 17. Dezember 2012 E. 3.2.

⁸² Ibid. E. 3.3.

7. Restkostenfinanzierung – Kostenanteil des Kantons

7.1. Gemäss KVG

7.1.1. Allgemeines

Die durch Pflegekostenbeitrag und Pflegekostenselbstbehalt nicht gedeckten Pflegekosten sind vom Kanton zu tragen.⁸³ Die Kantone können in den Bereichen, in denen sie zur Finanzierung der durch Versicherungsleistungen nicht gedeckten Heim-⁸⁴ bzw. Pflegekosten⁸⁵ verpflichtet sind, wählen, ob sie eine Objekt- oder (unechte) Subjektfinanzierung vorsehen wollen.⁸⁶ Die Kantone geniessen zudem eine «grosse Flexibilität bezüglich der Leistungen, für deren Verfügbarkeit sie die KVG-Anerkennung voraussetzen wollen».⁸⁷

Soweit zugelassene Leistungserbringer die versicherten Pflegeleistungen erbringen, ist der Kanton aber vorbehaltlos zur Subventionierung der ungedeckten Pflegerestkosten verpflichtet.⁸⁸ Er kann die Restkostenfinanzierungspflicht den Gemeinden übertragen⁸⁹ und Normkosten vorsehen.⁹⁰ Aus der sozialversicherungsrechtlichen Zulassung bzw. der Pflegerestkostenfinanzierungspflicht kann aber kein Anspruch abgeleitet werden, dass der Kanton die übrigen ungedeckten Kosten bei einem Heimaufenthalt oder für die Betreuung, hauswirtschaftliche Versorgung etc. finanziert.⁹¹

Es besteht lediglich ein indirekter Anspruch gestützt auf das Gleichbehandlungsgebot.⁹² Eine ungleiche Restkostenfinanzierung innerhalb derselben Pflegebranche, beispielsweise der freiberuflich tätigen Pflegefachpersonen und der Spitex-Organisationen, verletzt das Gleichbehandlungsgebot nicht.⁹³ Die Kantone können zudem Heime bevorzugt behan-

⁸³ Vgl. Art. 25a Abs. 5 KVG.

⁸⁴ Vgl. Art. 13 Abs. 2 ELG.

⁸⁵ Vgl. Art. 25a Abs. 5 KVG.

⁸⁶ Vgl. BGE 138 V 481 = Pra 2013 Nr. 31 E. 5.3 und BGE 138 II 191 = Pra 2012 Nr. 118 E. 6.3.2.

⁸⁷ Vgl. BGE 138 II 191 = Pra 2012 Nr. 118 E. 4.3.2.

⁸⁸ Vgl. BGE 138 I 410 = Pra 2013 Nr. 62 E. 5.

⁸⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts C_864/2010 vom 24. März 2011 E. 4.2.

⁹⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_728/2011 vom 23. Dezember 2011 E. 4.

⁹¹ Vgl. BGE 138 II 191 = Pra 2012 Nr. 118 E. 4.2.4.

⁹² Ibid. E. 4.2.5.

⁹³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_228/2011 vom 23. Juni 2012 E. 4.

deln, die bereit sind, eine Leistungsvereinbarung abzuschliessen.⁹⁴ Zulässig sind folgende drei Pflegeheimarten:

	Deckung	Subvention	Wirtschaftsfreiheit
Private Pflegeheime	ELG (Mindestdeckung)	Nein	Ja (uneingeschränkt)
KVG-Pflegeheime	KVG und ELG	Ja (KVG 25a V)	Ja (ausser KVG-Leistungsauftrag)
Gemeinnützige Pflegeheime	KVG und ELG	Ja – KVG 25a V – kantonale Subventionen	Nein – Aufnahmepflichten – Organisationspflichten – Tarifpflichten – etc.

7.1.2. Pflegekosten

Das Bundesrecht regelt nicht, was unter «Pflegekosten» zu verstehen ist. Insbesondere die Aufteilung der Lohnkosten in einem Pflegebetrieb auf die Bereiche Administration – Betreuung – Pflege und die Höhe des auf die Pflege entfallenden Anteils der Infrastrukturkosten sind weitgehend ungeklärt.⁹⁵ Die Kantone üben diesbezüglich eine sehr heterogene Praxis aus.⁹⁶ Nach der Meinung des Preisüberwachers besteht ein dringender Handlungsbedarfs der Bundesbehörden, die festlegen sollten, welche Kosten in welchem Umfang den Pflegekosten zuzuordnen sind.⁹⁷

7.1.3. Finanzierungspflichtiger Kanton

Die neue Pflegefinanzierung verpflichtet den «Wohnkanton» (bei der Akut- und Übergangspflege)⁹⁸ bzw. den «Kanton» (bei der Restkostenfinanzierung),⁹⁹ die Restkostenfinanzierung vorzunehmen. Für die Bestimmung des Wohnsitzes verweist das ATSG auf die zivilrechtlichen Normen, die

⁹⁴ Vgl. BGE 138 I 410 = Pra 2013 Nr. 62 E. 4.1 und 138 II 191 = Pra 2012 Nr. 118 E. 4.4.2 (höhere Subventionen für Heime mit Leistungsauftrag).

⁹⁵ Vgl. z.B. BGE 138 II 191 = Pra 2012 Nr. 118 E. 6.3.2 (Berücksichtigung der Kosten des Pflegepersonals in der Höhe eines Deckungssatzes für die erforderliche Pflege von 90 bis 95%).

⁹⁶ Erläuternder Bericht der SGK-N vom 13. August 2012: Umsetzung des Bundesgesetzes über die Neuordnung der Pflegefinanzierung vom 13. Juni 2008 in den Kantonen (online verfügbar).

⁹⁷ Vgl. ROSENKRANZ/MEIERHANS, Pflegekostengrenze, 76 ff.

⁹⁸ Vgl. Art. 25a Abs. 2 KVG.

⁹⁹ Vgl. Art. 25a Abs. 5 KVG.

damit auch im Rahmen der Pflegefinanzierung bei der Bestimmung der interkantonalen Zuständigkeit zu beachten sind.¹⁰⁰

Der Aufenthalt an einem Ort zum Zweck des Besuchs einer Lehranstalt und die Unterbringung einer Person in einer Erziehungs-, Versorgungs-, Heil- oder Strafanstalt begründen keinen Wohnsitz.¹⁰¹ Diese Vermutung ist widerlegbar, insbesondere wenn eine urteilsfähige mündige Person freiwillig und selbstbestimmt, allenfalls vom «Zwang der Umstände» (etwa Angewiesensein auf Betreuung, finanzielle Gründe) diktiert, sich zu einem Anstaltsaufenthalt unbeschränkter Dauer entschlossen und überdies die Anstalt und den Aufenthaltsort frei gewählt hat.¹⁰²

Artikel 5 ZUG bestimmt, dass der Aufenthalt in einem Heim, einem Spital oder einer andern Anstalt und die behördliche oder vormundschaftliche Versorgung einer mündigen oder entmündigten Person in Familienpflege keinen Unterstützungswohnsitz begründen; der Eintritt eines solchen Sachverhaltes beendet denn auch einen bestehenden Unterstützungswohnsitz nicht.¹⁰³ Diese Regelung dient unter anderem dem Schutz der Standortkantone und soll den Anreiz nach kantonsexterner Unterbringung unterstützungsbedürftiger Personen verringern.¹⁰⁴

Das im Rahmen der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen totalrevidierte ELG knüpft in Artikel 21 Absatz 1 erster Satz die kantonale Zuständigkeit für die Festsetzung und die Auszahlung der Ergänzungsleistung grundsätzlich nach wie vor an den zivilrechtlichen Wohnsitz der bezugsberechtigten Person an. Der zweite Satz von Artikel 21 Absatz 1 ELG stellt im Sinne einer Ausnahme klar, dass der Aufenthalt in einem Heim, einem Spital oder einer andern Anstalt und die behördliche oder vormundschaftliche Versorgung einer mündigen oder entmündigten Person in Familienpflege keine neue Zuständigkeit begründen. Diese Bestimmung ist mangels einer anderslautenden Übergangsbestimmung sofort anwendbar.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Vgl. Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen IV 2012/13 und KV 2012/14 vom 30. Oktober 2012 E. 3.

¹⁰¹ Vgl. Art. 26 ZGB.

¹⁰² Vgl. BGE 137 III 593 E. 4.1, 134 V 236 E. 2.1, 133 V 309 E. 3.1 und 127 V 237 E. 2b und 2c.

¹⁰³ Vgl. Art. 9 Abs. 3 ZUG.

¹⁰⁴ Vgl. BGE 138 V 23 E. 3 sowie Urteile des Bundesgerichts 8C_79/2010 vom 24. September 2010 E. 7.2 und 2A.714/2006 vom 10. Juli 2007 E. 3.2.

¹⁰⁵ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_972/2009 vom 21. Januar 2011 = SVR 2011 EL Nr. 6, 17, E. 2.2.

7.1.4. Umfassende Restkostenfinanzierungspflicht?

Die Restkostenfinanzierungspflicht gemäss Artikel 25a Absatz 5 KVG bezieht sich auf die gemäss dem Krankenversicherungsgesetz versicherten Pflegeleistungen. Aufgrund der subsidiären Leistungspflicht des Krankenversicherers, des verfassungsmässigen Versorgungsauftrages der Kantone¹⁰⁶ und der weitgehenden Kantonalisierung der Pflegekostenfinanzierung, stellt sich die Frage, ob die Kantone verpflichtet sind, sämtliche ungedeckten Pflegekosten, insbesondere auch solche, die aufgrund nicht kostendeckender Pflorgetarife, die in der Unfall- oder der Invalidenversicherung gelten, zu tragen haben. Vereinzelt Kantone sehen eine derartige umfassende Restkostenfinanzierung vor. In einem solchen Fall können sich die leistungspflichtigen Gemeinden nicht darauf berufen, dass gemäss Artikel 25a Absatz 5 KVG lediglich eine Restkostenfinanzierungspflicht für KVG-pflichtige Pflegeverrichtungen vorgesehen sei.¹⁰⁷

7.2. Gemäss ELG

Im Rahmen der Neuregelung des Finanzausgleiches erfolgte eine Kantonalisierung der Heimaufenthalts- bzw. Pflegekosten. Bei in Heimen oder in Spitälern lebenden Personen übernimmt der Bund fünf Achtel der jährlichen Ergänzungsleistungen, soweit die Beträge für den allgemeinen Lebensbedarf, für den höchstmöglichen Mietzins und für die anerkannten Ausgaben der nicht im Heim lebenden Versicherten durch die anrechenbaren Einnahmen nicht gedeckt sind. Die mit dem Heim- oder Spitalaufenthalt in direktem Zusammenhang stehenden Einnahmen werden dabei nicht berücksichtigt. Den Rest tragen die Kantone.¹⁰⁸ Aus dieser Bestimmung kann kein Subventionsanspruch abgeleitet werden. Die Kantone sind berechtigt, eine Auswahl unter den anerkannten Pflegeheimen vorzunehmen, welche berechtigt sind, zur Deckung der tatsächlichen Aufenthaltskosten ihrer Insassen ELG-Leistungen zu erhalten.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Vgl. Art. 41 Abs. 1 lit. b BV.

¹⁰⁷ Siehe dazu Urteil des Bundesgerichts 2C_128/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 3 und 4.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 13 Abs. 2 ELG.

¹⁰⁹ Vgl. BGE 138 II 191 = Pra 2012 Nr. 118 E. 5.5.4.

7.3. Gemäss IFEG

Im Rahmen der Neuregelung des Finanzausgleiches wurde auch die Finanzierung der Behinderteneinrichtungen kantonalisiert. Die Finanzierung von Behindertenwerkstätten, -wohnheimen und -tagesstätten wird durch das Bundesgesetz über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen (IFEG) vom 6. Oktober 2006¹¹⁰ und die interkantonale Vereinbarung für soziale Einrichtungen (IVSE) vom 13. Dezember 2002¹¹¹ geregelt. Die Kantone beteiligen sich soweit an den Kosten des Aufenthalts in einer anerkannten Institution, dass keine invalide Person wegen dieses Aufenthaltes Sozialhilfe benötigt.¹¹² Findet eine invalide Person keinen Platz in einer von ihrem Wohnsitzkanton anerkannten Institution, die ihren Bedürfnissen in angemessener Weise entspricht, so hat sie Anspruch darauf, dass sich der Kanton an den Kosten des Aufenthalts beteiligt.¹¹³

8. Pflegebedarfsfeststellung

Der Bundesrat ist ermächtigt, die Bedarfsermittlung sowie die Qualitätssicherung zu regeln.¹¹⁴ Die Bedarfsfeststellung hat grundsätzlich prospektiv zu erfolgen; massgeblich ist der «voraussichtliche Zeitbedarf».¹¹⁵ Die versicherten Pflegeleistungen, die in einem zugelassenen Pflegeheim erbracht werden, sind nach dem «Pflegebedarf» und nicht nach dem effektiven Zeitaufwand pro Tag und Patient in Rechnung zu stellen.¹¹⁶

Mit dieser bedarfsorientierten Beitragsabrechnung wird verhindert, dass Leistungserbringer und Krankenversicherer sich einen «Kampf um Minuten» liefern. Der Krankenversicherer bezahlt insgesamt nur den Gesamtbedarf aller Versicherten und insoweit nicht zuviel. Dem Leistungserbringer verbleibt die Möglichkeit, die Zeitersparnis bei einem Pflegeheimbewohner zugunsten eines anderen für Leistungen über den Bedarf hinaus zu verwenden.

¹¹⁰ SR 831.26.

¹¹¹ Siehe <http://www.sodk.ch> > IVSE, Stand 22. Oktober 2013.

¹¹² Vgl. Art. 7 Abs. 1 IFEG.

¹¹³ Vgl. Art. 7 Abs. 2 IFEG.

¹¹⁴ Vgl. Art. 25a Abs. 3 und 4 KVG.

¹¹⁵ Vgl. Art. 8 Abs. 3 KLV.

¹¹⁶ Vgl. Art. 9 Abs. 2 KLV.

Solange der Bundesrat, der gemäss Artikel 25a Absatz 3 KVG beauftragt ist, das Verfahren der Bedarfsermittlung zu regeln, keine Bestimmungen erlassen hat, können die Kantone anordnen, wie der Pflegebedarf erfasst werden soll. Die vom Kanton Basel-Stadt mit Wirkung ab 1. Januar 2011 als für Pflegeheimbewohner verbindlich erklärte Methode RAI/RUG in der Version gemäss CH-Index 2011, verletzt das Bundesrecht nicht.¹¹⁷ Die Bundesrichter haben das RAI-Home Care-System als ebenfalls zulässige Bedarfsermittlungsmethode im ambulanten Bereich bezeichnet.¹¹⁸ Es kann auch im Rahmen einer Pflegebedarfsfeststellung nach Art. 18 UVV herangezogen werden, wenn es eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Lösung ermöglicht.¹¹⁹

Bei der Ermittlung der Pflegebedürftigkeit ist eine enge, sich ergänzende Zusammenarbeit zwischen Arzt und Verwaltung erforderlich. Ersterer hat anzugeben, inwiefern die versicherte Person in ihren körperlichen bzw. geistigen Funktionen durch das Leiden eingeschränkt ist. Bei der Beurteilung des konkreten Bedarfs kommt den zuständigen Personen ein gewisser Spielraum zu, in welchen namentlich dann nur zurückhaltend einzugreifen ist, wenn es sich beim Leistungen anordnenden Arzt um den Hausarzt der versicherten Person handelt, der jederzeit über deren Gesundheitszustand im Bilde ist.¹²⁰ Darüber hinaus gilt die gesetzliche Vermutung, dass ärztlich verordnete Leistungen im Sinne von Artikel 32 Absatz 1 KVG wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sind.¹²¹

Der Versicherungsträger kann an Ort und Stelle weitere Abklärungen vornehmen, wobei bei Unklarheiten über physische und psychische Störungen und/oder deren Auswirkungen in der Alltagspraxis Rückfragen an die medizinischen Fachpersonen nicht nur zulässig, sondern notwendig sind. Genügt der Bericht über die Abklärung vor Ort den einzelnen rechtsprechungsgemässen Beweisanforderungen,¹²² greift das Gericht in das Ermessen der die Abklärung tätigen Person nur ein, wenn klar feststellbare Fehleinschätzungen vorliegen.¹²³

¹¹⁷ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_333/2012 vom 5. November 2012 E. 5 und 6.

¹¹⁸ Siehe dazu BGE 136 V 172 E. 4.3.3 und 124 V 351 E. 2e sowie Urteil des Bundesgerichts 9C_702/2010 vom 21. Dezember 2010 E. 4.2.3.

¹¹⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_1037/2012 vom 12. Juli 2013 E. 5.2.4.

¹²⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_528/2012 vom 20. Juni 2013 E. 6, 9C_597/2007 vom 19. Dezember 2007 E. 5.2 und K 161/00 vom 25. Mai 2001 E. 4b.

¹²¹ Vgl. BGE 129 V 167 E. 4.

¹²² Siehe dazu BGE 130 V 61 E. 6.1.2.

¹²³ Vgl. BGE 133 V 450 E. 11.1.1.

9. Sozialhilfeabhängigkeitsverbot bei einem Pflegeheimaufenthalt

9.1. Allgemeines

Die EL bezwecken eine Sicherung des sozialversicherungsrechtlichen Existenzminimums von Alters- und Invalidenrentnern sowie Bezüglern einer Hilflosenentschädigung der IV.¹²⁴ Dieses geht über das absolute Sozialhilfeminimum hinaus,¹²⁵ folgerichtig sieht nun die neue Pflegefinanzierung explizit vor, dass ein Aufenthalt in einem anerkannten Pflegeheim in der Regel keine Sozialhilfeabhängigkeit zur Folge haben darf.¹²⁶ Dies gilt mutatis mutandis auch für andere Pflegebedürftige; auch sie sollten nicht sozialhilfebedürftig werden.¹²⁷ Artikel 10 Absatz 2 litera a ELG bildet keine genügende gesetzliche Grundlage für eine Begrenzung der von Privatheimen gegenüber ihren EL-bezugsberechtigten Bewohnern angewandten Tarife.¹²⁸

9.2. Pflegeheimaufenthalt

Das Sozialhilfeabhängigkeitsverbot gilt nach dem Wortlaut nur für «Pflegeheime», mithin nicht für andere Heimbewohner und EL-Bezüger, die zu Hause gepflegt werden. Praxisgemäss gilt das Sozialhilfeabhängigkeitsverbot trotz des sonst im Ergänzungsleistungsrecht geltenden weiten Heimbegriffs¹²⁹ nur für Heime mit einer KVG-Anerkennung.¹³⁰ Es stellt sich

¹²⁴ Vgl. Art. 4 Abs. 1 ELG.

¹²⁵ Die anrechenbaren Ausgaben von CHF 31'340.– für einen Alleinstehenden zuzüglich die in Art. 10 Abs. 3 ELG erwähnten Ausgaben sind höher als das in den SKOS-Richtlinien erwähnte sozialhilferechtliche Existenzminimum.

¹²⁶ Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a ELG.

¹²⁷ Siehe auch Art. 7 Abs. 1 IFEG.

¹²⁸ Vgl. BGE 135 V 309 = Pra 2010 Nr. 34 E. 7 und 8.

¹²⁹ Als Heim gilt jede Einrichtung, die von einem Kanton als Heim anerkannt wird oder über eine kantonale Betriebsbewilligung verfügt (vgl. Art. 25a Abs. 1 ELV und ferner Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts P 24/00 vom 15.10.2001 E. 3a und P 48/99 vom 11.07.2001 E. 3a). Hat die IV-Stelle den Versicherten im Zusammenhang mit der Gewährung einer Hilflosenentschädigung als Heimbewohner i.S.v. Art. 42^{ter} Abs. 2 IVG eingestuft, so gilt diese Einstufung auch für den Anspruch auf Ergänzungsleistungen (vgl. Art. 25a Abs. 2 ELV). Der Aufenthalt in einer Wohngemeinschaft ist ein begleitetes und nicht ein einem Heimaufenthalt gleichzustellendes betreutes Wohnen (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts P 56/01 vom 23.01.2003 E. 3.2).

die Frage, ob Artikel 10 Absatz 2 litera a in fine ELG die Kantone verpflichtet, im Sinne von Artikel 13 Absatz 2 ELG Ergänzungsleistungen zu Gunsten der Bewohner aller Pflegeheime zu entrichten, welche die Bewilligung haben, auf Kosten der Krankenversicherung Pflegeleistungen zu erbringen, oder ob ein Kanton unter diesen Pflegeheimen diejenigen auswählen kann, welche berechtigt sind, zur Deckung der tatsächlichen Aufenthaltskosten ihrer Insassen ELG-Leistungen zu erhalten.

Das Bundesgericht verneint eine Gleichbehandlungspflicht der anerkannten Pflegeheime, stellt aber drei Bedingungen auf, die das kantonale Pflegeheimfinanzierungsrecht erfüllen muss:¹³¹

- Erstens muss der Kanton dafür sorgen, dass jede Person, die zu seinem Zuständigkeitsbereich gehört und welche die gesetzlichen Voraussetzungen, um in einem Heim zu wohnen, erfüllt, tatsächlich über einen Platz in einem Pflegeheim verfügen kann.
- Zweitens anerkennen zwar die Artikel 10 Absatz 2 litera a ELG und Artikel 39 KVG, dass der Kanton im Rahmen der Liste der Einrichtungen mit Bewilligung zur Tätigkeit auf Kosten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung Unterkategorien von Pflegeheimen erstellen sowie zu rechtfertigende Behandlungsunterschiede unter den Letzteren vorsehen kann. Doch darf diese Freiheit in der Regel den Versicherten nicht jede Wahlmöglichkeit unter den auf der kantonalen Liste figurierenden Pflegeheimen nehmen. Dies bedeutet, dass der vom Kanton festgesetzte Betrag der Ergänzungsleistungen im Durchschnitt genügend hoch sein muss, um die angemessenen Aufenthaltskosten in den meisten auf der Pflegeheimliste stehenden Einrichtungen zu decken.
- Drittens müsste der mittellose Bewohner eines Pflegeheims, dessen Aufenthalts- und Betreuungstarife den vom Kanton begrenzten Betrag der Ergänzungsleistungen übersteigen würden, trotzdem dort wohnen können, sofern das betreffende Pflegeheim einwilligt, ihn zum Tarif, der vom Kanton festgesetzt wurde, aufzunehmen. Sofern die vom Kanton aufgestellte Ordnung die Patienten nicht zwingt, Sozialhilfe zu beantragen, und die oben erwähnten Kautelen befolgt, steht das ELG folglich nicht grundsätzlich dem entgegen, dass ein Kanton die Übernahme der tatsächlichen Aufenthaltskosten, die höher sind als die ELG-Mindestleistungen, auf eine Pflegeheim-Kategorie beschränkt, die auf der Spitalliste figuriert und zusätzlich besonderer staatlicher (finanzieller) Kontrolle und Anerkennung unterliegt.

¹³⁰ Vgl. BGE 138 V 481 = Pra 2013 Nr. 31 E. 4.4 f.

¹³¹ Vgl. BGE 138 II 191 = Pra 2012 Nr. 118 E. 5.5.4.

9.3. Zulässigkeit einer Einschränkung der Heimwahlfreiheit

Unter der Voraussetzung, dass es flexibel angewandt wird und genügend Aufnahmekapazitäten vorgesehen werden, verstösst das kantonale System, das darin besteht, die Mehrheit der auf Ergänzungsleistungen angewiesenen Heimbewohner zu veranlassen, in ein gemeinnütziges, einer strikten staatlichen Kontrolle unterliegendes Pflegeheim zu ziehen, an sich nicht gegen Artikel 10 Absatz 2 litera a ELG.¹³²

Mit dem Sozialhilfeabhängigkeitsverbot vereinbar ist, wenn ein Kanton die zu berücksichtigenden Aufenthaltskosten in einer Weise begrenzt, dass im Regelfall nur die Sozialhilfeabhängigkeit von Pensionären verhindert wird, die in einer von ihm selber anerkannten Einrichtung betreut werden.¹³³ Der vom Wohnsitzkanton vorgesehene Höchstbetrag für Tagestaxen ist auf die Festsetzung der anerkannten Ausgaben einer Versicherten anwendbar, die sich in einem spezialisierten Pflegeheim in einem andern Kanton aufhält, welcher einen höheren anrechenbaren Betrag kennt.¹³⁴

9.4. Sozialhilfeabhängigkeit wegen eines Verichtsvermögens

Das Sozialhilfeabhängigkeitsverbot greift auch dann nicht, wenn der EL-Bezüger sich ein Verichtsvermögen anzurechnen hat, beispielsweise weil er vor dem Eintritt in ein Alters- und Pflegeheim einen Teil seines Vermögens im Rahmen eines Erbvorbezugs den Kindern abgetreten hat. Liegt kein offensichtlicher Rechtsmissbrauch vor, darf das in Artikel 12 BV garantierte Existenzminimum nicht verweigert werden.¹³⁵

10. Verfahrensfragen

10.1. Anwendbarkeit ATSG

Die neue Pflegefinanzierung delegiert die Finanzierung der Pflegekosten an die Kantone. Der Wortlaut von Artikel 25a KVG lässt offen, ob die kantonale Finanzierungszuständigkeit auch eine Zuständigkeit zur Regelung des Restkostenfinanzierungsverfahrens beinhaltet. Ob eine kantonale

¹³² Vgl. BGE 138 II 191 = Pra 2012 Nr. 118 E. 5.6–5.10.

¹³³ Vgl. BGE 138 V 481 = Pra 2013 Nr. 31 E. 5.7.

¹³⁴ Ibid. E. 5.6.

¹³⁵ Vgl. BGE 134 I 65 = Pra 2008 Nr. 86 E. 2–7.

Kompetenz zur Verfahrensregelung im Bereich der Restfinanzierung von Pflegeleistungen besteht, wurde vom Bundesgericht offengelassen. Grundsätzlich sprechen überzeugende Gründe – namentlich die Nähe zu den Ergänzungsleistungen – für die Anwendbarkeit der verfahrensrechtlichen Bestimmungen von Artikel 56 ff. ATSG. Diese Lösung war im Kanton St. Gallen auch vom Gesetzgeber gewollt.¹³⁶

10.2. Anfechtungsobjekte

10.2.1. Rechtsmittelverfahren vor Bundesgericht

Im Rechtsmittelverfahren stellt sich die Frage, ob die Rechtsakte, mit denen die neue Pflegefinanzierung umgesetzt wird, genereller-abstrakter oder individuell-konkreter Natur sind. Im letzten Fall ist eine Beschwerde an das Bundesgericht nur zulässig, wenn ein kantonaler Rechtsweg vorhanden ist, der vor ein letztinstanzliches Gericht führt,¹³⁷ während im ersten Fall eine Beschwerde beim Bundesgericht gegen kantonale Erlasse unmittelbar zulässig ist, sofern das kantonale Recht keine Beschwerdemöglichkeiten vorsieht.¹³⁸ Die Beschlüsse des Staatsrates des Kantons Neuenburg, mit denen die für jedes Heim eine individuelle Festsetzung der auf die EL-bezugsberechtigten Bewohner anwendbaren maximalen Tages- und Nachtgebühren festgestellt werden, stellen Allgemeinverfügungen dar und werden vom Bundesgericht als kantonale «Erlasse» qualifiziert, weshalb es auf eine direkt erhobene Beschwerde eingetreten ist.¹³⁹

10.2.2. Rechtsmittelverfahren vor Bundesverwaltungsgericht

Gemäss Artikel 53 KVG kann gegen einzeln aufgeführte Beschlüsse der Kantonsregierung, insbesondere Spitaltarifbeschlüsse, Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben werden. Die bei Inkrafttreten der neuen Pflegefinanzierung geltenden Tarife und Tarifverträge sind innert drei Jahren, d.h. bis zum 31. Dezember 2013, an die vom Bundesrat festgesetzten Beiträge an die Pflegeleistungen anzugleichen. Die Kantonsregierungen regeln die Angleichung.¹⁴⁰ Die Pflgetarifbeschlüsse der Kantonsregierungen sind jedoch beim Bundesverwaltungsgericht nicht anfechtbar.¹⁴¹

¹³⁶ Vgl. BGE 138 V 377 E. 5.

¹³⁷ Vgl. Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BGG.

¹³⁸ Vgl. Art. 87 Abs. 1 BGG.

¹³⁹ Vgl. BGE 135 V 309 = Pra 2010 Nr. 34 E. 1.

¹⁴⁰ Vgl. Absatz 2 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 13. Juni 2008.

¹⁴¹ Vgl. BVGE 2011/61 E. 6.4 ff.

Eine Ausnahme besteht in Bezug auf die Akut- und Übergangspflege, für welche die Spitaltarife gelten. Entgegen des unvollständigen Wortlauts von Artikel 53 Absatz 1 KVG können Beschlüsse der Kantone gestützt auf Absatz 5 der KVG-Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung) in Verbindung mit Artikel 49a Absatz 2 KVG beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden.¹⁴²

¹⁴² Vgl. BVGE 2013/7 E. 1.2.