

## Kinderspitex – Sicht des Kantons

---



**Hardy Landolt**

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Glarus

### I. Kinderspitex-Leistungen und Gesundheitsversorgung

Die Kinderspitex stellt für die Kantone in mehrfacher Hinsicht eine juristische Herausforderung dar. 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.<sup>1</sup> Bei dieser Verpflichtung handelt es sich weder um eine Kompetenznorm<sup>2</sup> noch um ein soziales Grundrecht, sondern lediglich um ein Sozialziel.<sup>3</sup> Auch aus dem Sozialrecht gemäss Art. 12 BV (Recht auf Hilfe in Notlagen) kann kein Anspruch darauf abgeleitet werden, zu Hause gepflegt zu werden.<sup>4</sup> Der für die Gesundheitsversorgung zuständige Kanton hat gleichwohl dafür zu sorgen, dass auf seinem Gebiet die notwendigen Kinderspitex-Leistungen von anerkannten Leistungserbringern angeboten werden.<sup>5</sup> Während die Erwachsenenspitex durch öffentliche Spitex-Organisationen in allen Kantonen angeboten wird, besteht bei der Kinderspitex eine Versorgungslücke, vor allem in kleineren Kantonen. In der vom Bundesamt für Statistik erhobenen Spitex-Statistik<sup>6</sup> werden die in den Altersgruppen 0–4-Jährige und 5–19-Jährige erbrachten Spitex-Leistungen ausgewiesen. In der Erhebung wird insbesondere auch nach den Kindern unter fünf Jahren gefragt, wobei die Pflege und Betreuung im Rahmen der Mutterschaft in diese Kategorie eingeteilt wurde. Eine Unterscheidung zwischen Mutter und Kind ist nach wie vor vielen Spitex-Leistungserbringern nicht möglich, weil in ihren Unterlagen oft nur die Mutter statistisch erfasst wird. Ausserdem gilt in einigen Kantonen bei einer Mutterschaft das Kind als Klient/in, in anderen dagegen die Mutter. Dies erklärt die teilweise grossen Unterschiede in der Altersgruppe der 0–4-Jährigen. Allfällige Versorgungslücken – insbesondere nicht vorhandene Entlastungsdienste für pflegende Eltern – sind vor dem Hintergrund des verfassungsmässigen Förderungsauftrages<sup>7</sup> und des Altersdiskriminierungsverbotes<sup>8</sup> fragwürdig.

## II. Kinderspitex-Leistungen und Restkostenfinanzierung

Die Kantone sind ferner verpflichtet, sämtliche Kosten, die weder von der Invaliden- noch von der Krankenversicherung gedeckt sind, zu tragen.<sup>9</sup> Die meisten Kantone haben im Zusammenhang mit der Umsetzung der neuen Pflegefinanzierung einheitliche Kostenansätze, sog. Normkosten, je nach Pflegeleistungskategorie festgeschrieben. Im Kanton Zürich werden beispielsweise Normkosten für Spitex-Organisationen mit und ohne kommunalen Leistungsauftrag sowie für freiberuflich tätige Leistungserbringer vorgesehen.<sup>10</sup> Bei den Normdefiziten für Spitex-Organisationen wird nicht differenziert, ob es sich um eine Spitex-Organisation handelt, die auch bzw. ausschliesslich Kinderspitex-Leistungen erbringt. Da die Kinderspitex-Organisationen im Vergleich zur örtlichen Spitex bzw. Erwachsenenspitex ein grösseres Einzugsgebiet haben und mitunter im ganzen Kantonsgebiet tätig sind, fallen mehr Kilometer pro Pflegestunde an. Da zudem mehr Nacht- und Wochenendeinsätze erbracht werden,

Pflegerecht 2015 - S. 49

was höhere Lohnkosten generiert, sind die durchschnittlichen Kinderspitex-Kosten pro Stunde höher. Es fragt sich deshalb, ob als Folge des Rechtsgleichheitsgebots im Zusammenhang mit der Restkostenfinanzierung nicht zwischen der Kinder- und der Erwachsenenspitex differenziert werden müsste.

Unklarheiten bestehen ferner in Bezug auf den Geltungsbereich der kantonalen Ausführungsgesetzgebung zur Pflegekostenrestfinanzierung. Art. 25a KVG gilt an sich nur für die Kranken-, nicht aber für andere Sozialversicherer, insbesondere nicht für die Unfall- und Invalidenversicherung. Die Kantone regeln die Restkostenfinanzierung aber nicht immer bezogen auf die Krankenversicherung, sondern regelmässiger in allgemeiner Form. Das Gesetz über die Pflegefinanzierung vom 13. Februar 2011 des Kantons St.Gallen beispielsweise erwähnt nur in der Einleitung, dass das Gesetz in Ausführung von Art. 25a KVG erlassen worden sei, der Gesetzestext selbst ist offen gehalten. Nach dessen Artikel 1 regelt der Erlass «die Finanzierung der Pflegeleistungen für versicherte Personen mit Wohnsitz im Kanton St.Gallen», was rein textlich auch von anderen Sozialversicherungen gedeckte Pflegeleistungen umfasst. Der Nachbarkanton Thurgau demgegenüber schränkt den Geltungsbereich im selben Einführungsartikel der Verordnung des Regierungsrates zum Gesetz über die Krankenversicherung vom 20. Dezember 2011 auf den Vollzug des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) sowie des kantonalen Gesetzes über die Krankenversicherung vom 25. Oktober 1995 ein.

Die Regelmechanik des zürcherischen Pflegegesetzes vom 27.9.2010 ist noch offener als der St.Galler Erlass. In § 1 wird im ersten Absatz der Zweck des Pflegegesetzes ähnlich wie in St.Gallen mit der «Sicherstellung der Versorgung mit Pflegeleistungen sowie mit Leistungen der Akut- und Übergangspflege in Pflegeheimen und durch spitalexterne Krankenpflege (Spitex)» umschrieben. In Absatz 2 folgt aber ein expliziter Ausschluss für Einrichtungen im Sinne des Gesetzes über die Invalideneinrichtungen für erwachsene Personen vom 1. Oktober 2007 (IEG), die gleichzeitig auf der Pflegeheimliste geführt werden. Für solche Wohnheime finden ausschliesslich die Vorschriften des IEG Anwendung. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Restkostenfinanzierungspflicht für alle

anderen Pflegeorganisationen gilt. Das Bundesgericht hat denn auch schon vor dem Inkrafttreten des Pflegegesetzes im Kontext mit staatlichen Beiträgen für Pflegeorganisationen – unter Willkürgesichtspunkten – erwogen, dass der Versorgungsauftrag gemäss § 59a Abs. 1 aGesG/ZH und damit letztlich die Restkostenfinanzierungspflicht auch für Spitex-Leistungen gilt, die vom Versicherungsschutz der IV erfasst und von einer ausserkantonalen Kinderspitex-Organisation ohne Leistungsauftrag erbracht werden.<sup>11</sup> Es ist deshalb sehr wohl möglich, dass die kantonalrechtlich geregelte Pflegerestkostenfinanzierung auch für (ausserkantonale) Kinderspitex-Organisationen ohne Leistungsauftrag und zudem für Pflegeleistungen gilt, die unter das Unfall- oder Invalidenversicherungsgesetz fallen.

### III. Kinderspitex-Leistungen und Grundschulunterricht

Die Kantone haben schliesslich einen ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht zu gewährleisten, der an öffentlichen Schulen unentgeltlich ist.<sup>12</sup> Im Rahmen der Neuordnung des Finanzausgleiches wurde die Sonderschulung bzw. die schulische Eingliederung in den ausschliesslichen Verantwortungsbereich der Kantone übertragen. Die Kantone haben nunmehr seit dem 1. Januar 2008 den verfassungsmässigen Auftrag, für eine ausreichende Sonderschulung aller behinderten Kinder und Jugendlichen bis längstens zum vollendeten 20. Altersjahr zu sorgen.<sup>13</sup> Dieser verfassungsmässige Auftrag korreliert mit dem aus dem Behindertendiskriminierungsverbot<sup>14</sup> folgenden Grundrechtsanspruch auf eine integrative Schulung.<sup>15</sup> Im Bereich der Sonderschulung kommt den Kantonen ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu. Die bundesrechtlichen Minimalanforderungen verlangen nur ein angemessenes, erfahrungsgemäss ausreichendes Bildungsangebot an öffentlichen Schulen, nicht aber die optimale bzw. geeignetste Schulung eines Kindes. Es

Pflegerecht 2015 - S. 50

besteht ein grundsätzlicher Vorrang der integrierten gegenüber der separierten Sonderschulung.<sup>16</sup> Die integrierte Sonderschulung in der Regelschule mittels der Behinderung angepassten Massnahmen (Logopädie usw.) muss einer separierten Sonderschulung in einer externen Institution mindestens gleichwertig sein.<sup>17</sup>

Kinder benötigen je nach der Schwere der Verletzung mitunter auch Hilfe bei der Zurücklegung des Schulwegs<sup>18</sup> und bei der Erledigung von Schulaufgaben. Beeinträchtigt die erlittene Verletzung die frühere Lernfähigkeit, sind unter Umständen sogar besondere schulische Fördermassnahmen erforderlich. Die Invalidenversicherung hat traditionsgemäss während Jahrzehnten die schulische Eingliederung der behinderten Kinder im Rahmen von Versicherungsleistungen und Subventionen finanziert.<sup>19</sup> Die Kantone waren ab Inkrafttreten der Neugestaltung des Finanzausgleiches und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen verpflichtet, die bisherigen Leistungen der Invalidenversicherung an die Sonderschulung (einschliesslich der heilpädagogischen Früherziehung gemäss Art. 19 IVG), bis sie über kantonal genehmigte Sonderschulkonzepte<sup>20</sup> verfügen, mindestens

jedoch während drei Jahren.<sup>21</sup> Die Abgrenzung zwischen den vom Kanton zu tragenden Grund- und Sonderschulungskosten und den nicht darunter fallenden, aber unter Umständen im Rahmen der Geburtsgebrechenversicherung der IV oder durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung gedeckten Pflege-, Betreuungs- und Überwachungskosten bereitet Schwierigkeiten.<sup>22</sup>

Unklar ist insbesondere, ob Kinderspitex-Leistungen, die im Zusammenhang mit dem Besuch des Kindergartens oder der Primarschule *im Schulzimmer oder auf dem Schulweg oder zu Hause im Zusammenhang mit Entlastungsdiensten*, beispielsweise Überwachung und Hilfe bei der Erledigung von Schulaufgaben, anfallen, vom Kanton oder den Sozialversicherungen des Bundes getragen werden müssen. Die Interkantonale Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik vom 25. Oktober 2007, welche am 1. Januar 2011 in Kraft trat,<sup>23</sup> sieht neben dem sonderpädagogischen Grundangebot auch verstärkte Massnahmen vor, sofern die vor der Einschulung oder die in der Regelschule getroffenen Massnahmen ungenügend sind. Aufgrund der Ermittlung des individuellen Bedarfs wird über die Anordnung verstärkter Massnahmen einzelfallweise entschieden.<sup>24</sup> Nach der vorliegend vertretenen Auffassung kann der Kanton für unter dem Gesichtspunkt der integrativen Grund- oder Sonderschulung erbrachte Pflegeleistungen, die vom KVG oder von einer anderen Sozialversicherung gedeckt sind, auf den Versicherungsträger regressieren. Nicht regressfähig sind demgegenüber Subventionen an Pflegeorganisationen, da diese nicht in den Sozialversicherungserlassen des Bundes geregelt sind und zudem das Regressrecht des ATSG nur auf versicherte Leistungen anwendbar ist. Klare Gesetzesbestimmungen fehlen aber auch hier, weshalb das Koordinationsverhältnis der Kantone und der Sozialversicherer hinsichtlich der Kinderspitex problembeladen ist und wohl noch einige Zeit bleibt.

---

1 Vgl. Art. 41 Abs. 1 lit. b BV.

2 Vgl. Art. 41 Abs. 3 BV.

3 Vgl. Art. 41 Abs. 4 BV.

4 Vgl. Urteil BGer vom 17.6.2005 (2P.73/2005) E. 5.

5 Die kantonalen Gesundheitserlasse nehmen nur sehr selten auf die Kinderspitex explizit Bezug, siehe z.B. § 28 Abs. 3 Pflegeverordnung (PflV) des Kantons Aargau vom 21. November 2012 und § 4 lit. d Gesundheitsverordnung (GesV) des Kantons Schwyz vom 23. Dezember 2003.

6 Siehe <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/03/05.html> (zuletzt besucht am 7.1.2015).

7 Vgl. Art. 11 BV.

8 Vgl. Art. 8 Abs. 2 BV.

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

10 Siehe dazu Vorgaben der Gesundheitsdirektion zu Normdefiziten und Rechnungslegung im Jahr 2015 gemäss §§ 16, 17 und 22 des Pflegegesetzes vom 8. September 2014 (online verfügbar unter

[http://www.gd.zh.ch/internet/gesundheitsdirektion/de/themen/behoerden/langzeitpflege\\_spitexversorgung.html](http://www.gd.zh.ch/internet/gesundheitsdirektion/de/themen/behoerden/langzeitpflege_spitexversorgung.html) – zuletzt besucht am 7.1.2015).

- 11 Vgl. Urteil BGer vom 7.12.2010 ([2C\\_128/2010](#)) E. 4.
- 12 Vgl. Art. 19 und [Art. 62 Abs. 2 BV](#).
- 13 Vgl. [Art. 62 Abs. 3 BV](#).
- 14 Vgl. [Art. 8 Abs. 2 BV](#). Eine Behinderung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) liegt vor, wenn eine Schulung in der Regelschule nicht möglich ist (vgl. Urteil BGer [2C\\_588/2011](#) vom 16.12.2011 E. 3.6), ebenso bei einer stärkeren Defizienz (etwa der Hörfähigkeit), die nicht einfach ausgeglichen werden kann (vgl. Urteil BGer [2C\\_154/2009](#) vom 28.9.2009 E. 4).
- 15 Gemäss [Art. 20 BehiG](#) sorgen die Kantone dafür, dass behinderte Kinder und Jugendliche eine Grundschulung erhalten, die ihren besonderen Bedürfnissen angepasst ist ([Art. 20 Abs. 1 BehiG](#)). Sie fördern, soweit dies möglich ist und dem Wohl des behinderten Kindes oder Jugendlichen dient, mit entsprechenden Schulungsformen die Integration behinderter Kinder und Jugendlicher in die Regelschule ([Art. 20 Abs. 2 BehiG](#)). Insbesondere sorgen sie dafür, dass wahrnehmungs- oder artikulationsbehinderte Kinder und Jugendliche und ihnen besonders nahestehende Personen eine auf die Behinderung abgestimmte Kommunikationstechnik erlernen können ([Art. 20 Abs. 3 BehiG](#)).
- 16 Ein schwer behindertes Kind muss nicht in eine Einführungsklasse aufgenommen werden, die auf normal begabte Kinder mit verzögerter Entwicklung ausgerichtet ist (vgl. [BGE 130 I 352](#) E. 4.1 und 4.2), selbst wenn seine Sonderschulung nur ausserhalb des Heimatkantons möglich sein sollte (Ibid. E. 5 und 6.2).
- 17 Vgl. [BGE 138 I 162](#) E. 3 f.
- 18 Siehe dazu [BGE 140 I 153](#) E. 2.3.3 f. und 2.4.
- 19 Vgl. Art. 19 und Art. 73 f. aIVG.
- 20 Siehe dazu <http://www.szh.ch/de/Infoplattform-zur-Heil-und-Sonderpaedagogik-in-der-Schweiz/Rahmenbedingungen/Kantonale-Konzepte/page33819.aspx> (zuletzt besucht am 7.1.2015).
- 21 Vgl. [Art. 197 Ziff. 2 BV](#) und Übergangsbestimmungen zu Art. 62 (Schulwesen).
- 22 Siehe dazu etwa Urteil BGer [2C\\_686/2012](#) vom 13.6.2013.
- 23 Weiterführend <http://www.edk.ch/dyn/12917.php> (zuletzt besucht am 7.1.2015).
- 24 Vgl. Art. 5 ff. Interkantonale Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik vom 25. Oktober 2007 und Standardisiertes Abklärungsverfahren (SAV): Instrument des Sonderpädagogik-Konkordats als Entscheidungsgrundlage für die Anordnung verstärkter individueller Massnahmen, Bern 2014 (weiterführend <http://www.edk.ch/dyn/28060.php> – zuletzt besucht am 7.1.2015).