

## Sozialversicherungsrecht

---

### Nr. 30

Urteil des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, vom 5. November 2012 ([2C\\_333/2012](#))

#### **Pflegebedarfsfeststellung in der Krankenversicherung**

Solange der Bundesrat, der gemäss [Art. 25a Abs. 3 KVG](#) beauftragt ist, das Verfahren der Bedarfsermittlung zu regeln, keine Bestimmungen erlassen hat, können die Kantone anordnen, wie der Pflegebedarf der Pflegeheimbewohner erfasst werden soll. Die vom Kanton Basel-Stadt mit Wirkung ab 1. Januar 2011 als verbindlich erklärte Methode RAI/RUG in der Version gemäss CH-Index 2011 verletzt Bundesrecht nicht.

#### **Sachverhalt**

Mit Bundesgesetz vom 13. Juni 2008 über die Neuordnung der Pflegefinanzierung wurde unter anderem [Art. 25a KVG](#) eingeführt, welcher die Pflegeleistungen bei Krankheit regelt. Danach leistet die obligatorische Krankenpflegeversicherung einen vom Bundesrat festzulegenden Beitrag an die Pflegeleistungen (Abs. 1, 3 und 4). Von den nicht von Sozialversicherungen gedeckten Pflegekosten dürfen der versicherten Person höchstens 20 Prozent des höchsten vom Bundesrat festgesetzten Pflegebeitrags überwältzt werden (Abs. 5 Satz 1). Die Kantone regeln die Restfinanzierung (Abs. 5 Satz 2). Die Gesetzesänderung trat am 1. Januar 2011 in Kraft.

Zur Umsetzung der neuen Pflegefinanzierung erliess der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt am 23. November 2010 eine Änderung der Verordnung über die Krankenversicherung im Kanton Basel-Stadt vom 25. November 2008 (KVO/BS). Diese Änderung wurde auf den 1. Januar 2011 in Kraft gesetzt. Sie enthält unter anderem einen neuen § 8d mit dem Titel «Restfinanzierung durch den Kanton in Anwendung von [Art. 25a Abs. 5 KVG](#)». Abs. 1 enthält für jede der zwölf Pflegestufen (vgl. Art. 7a Abs. 3 der Krankenpflege-Leistungsverordnung vom 29. September 1995 [KLV; SR 832.112.31]) die Pflegekosten pro Tag. Gemäss Abs. 2 entspricht die Höhe der Restfinanzierung der Differenz zwischen den anerkannten Pflegekosten und den Leistungen der Krankenversicherer gemäss [Art. 7a KLV](#) sowie dem maximalen Eigenbeitrag der versicherten Person gemäss § 8. In der Folge lautet § 8d Abs. 4 KVO/BS sodann: «Für die Erfassung des Pflegebedarfs der Bewohnerinnen und Bewohner gilt für die Pflegeheime, welche auf der kantonalen Pflegeheimliste aufgeführt sind, das Bedarfserfassungssystem RAI/RUG in der Version CH-Index 2011 (Anhang).»

Am 6. Dezember 2010 erhoben der Verein santésuisse sowie 81 Krankenversicherer gemeinsam Beschwerde beim Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt (als Verfassungsgericht) mit dem Antrag, § 8d Abs. 4 sowie der entsprechende Anhang KVO/BS gemäss Teilrevision vom 23./27. November 2010 seien aufzuheben. Mit Urteil vom 17. Februar 2012 wies das Appellationsgericht die Beschwerde ab. Der Verein santésuisse sowie 79 der vorinstanzlich beteiligten Krankenversicherer erheben Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und § 8d Abs. 4 KVO/BS samt Anhang sei als bundesrechtswidrig und ungültig zu erklären; eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

## Erwägungen

Vor Bundesgericht streitig und zu entscheiden war, ob der Bund mit Art. 25a Abs. 3 KVG, Art. 33 lit. h KVV und Art. 8 Abs. 4 KLV das Verfahren der Bedarfsermittlung abschliessend festgelegt hat, sodass kein Raum für eine kantonale Regelung verbleibt. Die Bundesrichter erinnern in Erwägung 5.1 zunächst daran, dass gemäss Art. 49 Abs. 1 BV Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vorgeht. Der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts schliesst in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend regelt, eine Rechtsetzung durch die Kantone aus. In Sachbereichen, die von Bundesrechts wegen in nicht abschliessender Weise geordnet sind, dürfen die Kantone Normen erlassen, soweit sie nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und überdies dessen Zweck nicht beeinträchtigen.

Das Bundesgericht weist in Erwägung 5.2 darauf hin, dass Art. 25a Abs. 3 KVG den Bundesrat beauftragt, das Verfahren der Bedarfsermittlung zu regeln. Der Bundesrat hat in Art. 33 lit. h KVV diese Aufgabe an das Eidgenössische Departement des Innern delegiert. Art. 8 KLV, der sich gemäss seinem Titel unter anderem mit der Bedarfsabklärung befasst, regelt deren Verfahren für Pflegeheime indessen nicht: Die Abs. 2 und 3 befassen sich, wie sowohl aus der Systematik des Artikels als auch aus dem Inhalt dieser Absätze hervorgeht, nur mit der Bedarfsabklärung für Leistungen der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner sowie der Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause (Art. 7 Abs. 1 lit. a und b KLV), nicht mit derjenigen in Pflegeheimen (Art. 7 Abs. 1 lit. c KLV). Art. 3<sup>bis</sup> bezieht sich auf die Akut- und Übergangspflege gemäss Art. 25a Abs. 2 KVG. Art. 8 Abs. 4 KLV sodann wiederholt (wie auch Art. 9 Abs. 2 KLV) in seinem ersten Satz bloss die Aussage von

Pflegerecht–2013– 51

Art. 25a Abs. 1 KVG; Satz 2 spricht vom ärztlich bestimmten Pflegebedarf, legt aber nicht fest, nach was für Verfahren dieser zu bestimmen ist. Das Verordnungsrecht des Bundes hat somit bisher kein Verfahren der Bedarfsermittlung festgelegt. Diese Frage ist daher nicht – jedenfalls nicht abschliessend – bundesrechtlich geregelt, sodass insoweit eine kantonale Zuständigkeit verbleibt.

In der Folge setzen sich die Bundesrichter mit der Frage auseinander, ob die kantonale Bedarfsermittlungsnorm gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstösst. Der Einwand, die *Tarifautonomie* werde verletzt, wenn der Kanton einseitig die Pflegebedarfseinstufung und damit

indirekt die Beitragshöhe regle, entkräftet das Bundesgericht in Erwägung 5.5 mit dem Hinweis, dass das Tarifvertragssystem seit der Einführung der Neuen Pflegefinanzierung für die Finanzierung der nach KVG versicherten Pflegeleistungen nicht mehr gilt, weil neu ein Beitragssystem eingeführt wurde. Als methodologisch fragwürdig bezeichnen die Bundesrichter in Erwägung 5.6 zwar den Umstand, dass durch Einführung des RAI/RUG-Systems die tiefsten Minutenwerte an die höchsten angeglichen wurden, sieht darin aber keine Verletzung des *Wirtschaftlichkeitsgebots*, weil das Gesetz den ausgewiesenen Bedarf und nicht den Zeitaufwand der tatsächlich erbrachten Pflegeleistungen als massgebend erklärt (vgl. Art. 25a Abs. 1 KVG) und das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht verlangt, dass unbedingt immer diejenige Regelung massgebend ist, welche für die Versicherung die geringsten Kostenfolgen hat. Sodann wird in Erwägung 5.7 auch der in der Übergangsbestimmung zur Gesetzesänderung vom 13. Juni 2008 vorgeschriebene *Kostenneutralitätsgrundsatz* als nicht verletzt qualifiziert, weil die neue Regelung im Kanton Basel-Stadt zu einer Entlastung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gegenüber dem vorherigen Zustand um rund 1,7 Mio. Franken pro Jahr oder rund 3% führt.

Auch die Rüge, das Binnenmarktgesetz (BGBM) werde verletzt, weil ohne Berücksichtigung *submissionsrechtlicher Vorgaben* ein bestimmtes Pflegebedarfserfassungssystem vorgeschrieben werde, weist das Bundesgericht in Erwägung 6 als unbegründet zurück. Eine Beschaffung im Sinne von Art. 5 BGBM würde nur vorliegen, wenn der Kanton oder ein anderer Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben von einem bestimmten Anbieter eine bestimmte Ware oder Dienstleistung kauft, um damit den Pflegebedarf zu messen. In diesem Fall könnten die Anforderungen von Art. 5 und 9 BGBM nicht dadurch umgangen werden, dass die Beschaffung rechtssatzmässig, durch Verordnung, festgelegt wird. Werden jedoch durch Rechtssatz bloss Anforderungen an ein bestimmtes Produkt festgelegt, das prinzipiell von mehreren Anbietern angeboten werden kann, so liegt keine öffentliche Beschaffung vor (vgl. dazu auch BGE 137 II 313 E. 3.3.1 und 3.5). Da mehrere private Unternehmen auf dem Markt Produkte anbieten, mit welchen der Pflegebedarf nach der Methode RAI/RUG in der Version gemäss CH-Index 2011 ermittelt werden kann, wird mit der kantonalen Verordnungsbestimmung nicht unzulässigerweise eine bestimmte Beschaffung vorgeschrieben.

## Bemerkungen

Dem Urteil ist vollumfänglich zuzustimmen. Die Bedarfsfeststellung hat grundsätzlich prospektiv zu erfolgen; massgeblich ist der «voraussichtliche Zeitbedarf» (Art. 8 Abs. 3 KLV). 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 (vgl. Art. 9 Abs. 2 KLV).

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 zu viel. Dem Leistungserbringer verbleibt die Möglichkeit, die Zeitersparnis bei einem Pflegeheimbewohner bei einem anderen für Leistungen über den Bedarf hinaus zu verwenden.

Für die prospektive Bedarfsfeststellung existieren verschiedene Methoden. Das RAI/RUG-System wurde nunmehr vom Bundesgericht als zulässiges Bedarfsfeststellungssystem erklärt. Anzuführen ist, dass die Bundesrichter bereits bei früherer Gelegenheit das RAI-Home-Care-System als ebenfalls

zulässige Bedarfsermittlungsmethode im ambulanten Bereich bezeichnet haben (siehe dazu Urteil BGer vom 21. 12. 2010 [[9C\\_702/2010](#)] = Urteilsbesprechung Nr. 5 E. 4.2.3).

Hardy Landolt