

Allegro con moto

Festschrift
zum 65. Geburtstag
von Ueli Kieser

Herausgegeben von

Miriam Lendfers
Dr. iur., Rechtsanwältin

Thomas Gächter
Prof. Dr. iur.

Hans-Jakob Mosimann
Dr. iur. M.A.

DIKE 

Vergütung von ambulanten Pflegekosten gemäss Art. 25a KVG

**Ein systemwidriger Dreiklang: Beitrag des Krankenversicherers –
Pflegekostenselbstbehalt – Restkostenfinanzierung**

*Hardy Landolt**

Inhaltsübersicht

§ 1	Einleitung	258
§ 2	Beitrag des obligatorischen Krankenpflegeversicherers	259
1.	Vom Vollkostendeckungs- zum Beitragsprinzip	259
2.	Höhe des Beitrages	260
2.1	Allgemeines	260
2.2	Beitrag für Heimpflegeleistungen	260
2.3	Beitrag für Spitex-Pflegeleistungen	261
§ 3	Pflegekostenselbstbehalt der versicherten Person	262
1.	Berechnungsgrundlage	262
1.1	Allgemeines	262
1.2	Massgebliche Vollkosten	263
2.	Anrechenbare Sozialversicherungsleistungen	264
3.	Berechnungskriterien	265
3.1	Erfordernis sachlicher Berechnungskriterien	265
3.2	Nicht pflegebezogene Kriterien	265
3.3	Pflegebezogene Kriterien	266
4.	Höhe des Selbstbehalts	268
4.1	Absolute Beteiligungsgrenze	268
4.2	Querfinanzierungsverbot	269
§ 4	Restkostenfinanzierungspflicht des Kantons	270
1.	Regelungstechnik	270
2.	Regelungsinhalt	271
§ 5	Interkantonale Pflegefinanzierung	273
1.	Für die Auszahlung der Restkostenbeiträge zuständiger Kanton	273
2.	Für die Festlegung der Restkostenbeiträge anwendbares Recht	273
2.1	Pflegeleistungen durch einen ausserkantonalen Leistungserbringer	273
2.2	Aufenthalt in einem ausserkantonalen Pflegeheim	275

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

§ 1 Einleitung

- 1 Das Bundesgesetz vom 13.6.2008 über die Neuordnung der Pflegefinanzierung¹ ist am 1. Januar 2011 mit einer Übergangsfrist von drei Jahren für die Anpassung der geltenden Tarife und Tarifverträge in Kraft getreten.
- 2 Mit dem Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung wurden folgende Bundesgesetze teilweise abgeändert:
 - Bundesgesetz vom 20.12.1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10),
 - Bundesgesetz vom 6.10.2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30) und
 - Bundesgesetz vom 18.3.1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10).
- 3 Die mit dem Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung vorgenommenen Anpassungen betreffen den Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung von Bezügerinnen einer Altersrente und den Anspruch auf Ergänzungsleistungen von pflegebedürftigen Personen sowie die Vergütung der Kosten von ambulanten Pflegeleistungen, für welche der obligatorische Krankenpflegeversicherer leistungspflichtig ist. Im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung wurde sodann neu die Akut- und Übergangspflege geregelt.
- 4 Die Umsetzung erfolgte einerseits durch den Bund und andererseits durch die Kantone. Der Bund hat im Zusammenhang mit der Umsetzung des Bundesgesetzes über die Neuordnung der Pflegefinanzierung folgende Änderungen vorgenommen:
 - Verordnung über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102) – Änderung vom 24. Juni 2009,²
 - Verordnung des EDI über die Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV; SR 832.112.31) – Änderung vom 24. Juni 2009,³

¹ AS 2009 3517. Siehe ferner Botschaft vom 16. Februar 2005 zum Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung, BBl 2005 2033 ff.

² Der Kommentar zu den Änderungen der Verordnung über die Krankenversicherung vom 24.6.2009 ist online verfügbar: <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-revisionsprojekte1.html>> (zuletzt besucht am 21.12.2019).

³ Der Kommentar zu den Änderungen der Verordnung über die Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 24.6.2009 ist online verfügbar: <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-revisionsprojekte1.html>> (zuletzt besucht am 21.12.2019).

- Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101) – Änderung vom 24. Juni 2009.⁴

Die Umsetzung des Bundesgesetzes über die Neuordnung der Pflegefinanzierung durch die Kantone erfolgte hinsichtlich der von der Revision betroffenen Versicherungsansprüche in unterschiedlichem Ausmass. 5

§ 2 Beitrag des obligatorischen Krankenpflegeversicherers

1. Vom Vollkostendeckungs- zum Beitragsprinzip

Kernstück der Revision stellt die Neuregelung der Vergütung der Kosten von ambulanten Pflegeleistungen dar. Mit dem Inkrafttreten des KVG im Jahr 1996 wurde eine obligatorische Leistungspflicht des Krankenversicherers mit Bezug auf ambulante Pflegeleistungen eingeführt.⁵ Diese obligatorische Leistungspflicht komplettiert die bereits mit dem UVG 1985 eingeführte obligatorische Leistungspflicht für unfallbedingte Pflegekosten.⁶ 6

Seit dem Inkrafttreten des KVG galt für die ambulante Pflege eigentlich das Vollkostendeckungsprinzip. Der per 1. Januar 1998 eingefügte Art. 59a KVV sah neu vor, dass das Eidgenössische Departement des Innern Rahmentarife für die Leistungen nach Art. 7 KLV festlegen konnte.⁷ Seit der Einführung der Rahmentarife haben die Krankenversicherer die Kosten der versicherten Pflegeleistungen – systemwidrig – nicht mehr vollumfänglich finanziert. 7

Mit dem Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung wurde die temporär eingeführte Beitragspflicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherer gesetzlich in Art. 25a Abs. 1 KVG verankert. Der obligatorische Krankenpflegeversicherer ist nicht mehr verpflichtet, die Vollkosten der versicherten Pflegeleistungen zu tragen. Er hat lediglich einen Beitrag an die Kosten der ambulanten Pflegeleistungen zu leisten.⁸ 8

⁴ Der Kommentar zu den Änderungen der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 24.6.2009 ist online verfügbar: <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-revisionsprojekte1.html>> (zuletzt besucht am 21.12.2019).

⁵ Vgl. Botschaft vom 6. November 1991 über die Revision der Krankenversicherung, BBl 1992 I 93 ff., 152.

⁶ Vgl. Art. 10 Abs. 3 und Art. 21 UVG sowie Art. 18 UVV.

⁷ Siehe z.B. BVGer, C-4131/2010, 9.9.2011 = BVGE 2011/61.

⁸ Vgl. Art. 25a Abs. 1 KVG.

2. Höhe des Beitrages

2.1 Allgemeines

- 9 Die Höhe des Beitrages ist in Art. 7a KLV abschliessend geregelt, weshalb den Kantonen im Zusammenhang mit der Beitragspflicht des obligatorischen Krankenpflegeversicherers keine Regelungsbefugnis zusteht. Indirekt können die Kantone die Höhe des vom obligatorischen Krankenpflegeversicherers geschuldeten Beitrags an die ambulanten Pflegekosten beeinflussen, als sie in Bezug auf die Pflegebedarfsermittlung eingeschränkt legiferieren können.
- 10 Das Bundesgericht hat festgestellt, dass weder Art. 25a KVG noch Art. 8 KLV festlegen, nach welchem Verfahren der Pflegebedarf zu bestimmen ist. Da das Verordnungsrecht des Bundes bisher kein Verfahren der Bedarfsermittlung festgelegt hat, sind die Kantone berechtigt, im Zusammenhang mit der Pflegebedarfsermittlung Vorschriften vorzusehen. In den Kantonen SH⁹ und SG¹⁰ ist beispielsweise explizit vorgeschrieben, dass die krankensicherungsrechtliche Pflegebedarfsabklärung unter Zuhilfenahme des Abklärungsinstruments RAI Home-Care zu erfolgen hat. Mitunter, so etwa in den Kantonen BE¹¹ und TG¹², wird in den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen für den Heimbereich auf das Abklärungsinstrument RAI-RUG hingewiesen.

2.2 Beitrag für Heimpflegeleistungen

- 11 Art. 7a KLV statuiert keinen einheitlichen Beitrag, sondern differenziert dahingehend, ob es sich um Pflegeleistungen handelt, die in einem Pflegeheim oder einem anderen zugelassenen Leistungserbringer erbracht werden. Werden die versicherten Pflegeleistungen in einem Pflegeheim erbracht, hat der obligatorische Krankenpflegeversicherer einen Tagesbeitrag zu leisten. Die Höhe dieses Tagesbeitrages hängt vom Pflegebedarf ab.

⁹ Vgl. § 25 Abs. 4 Verordnung des Kantons Schaffhausen vom 10.2.2009 zum Altersbetreuungs- und Pflegegesetz (AbPV; SHR 813.501).

¹⁰ Vgl. Art. 12 Abs. 1 Verordnung des Kantons St. Gallen vom 14.12.2010 über die Pflegefinanzierung (sGS 331.21).

¹¹ Vgl. Art. 3 Abs. 3 Einführungsverordnung des Kantons Bern vom 16.9.2009 zum Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (EV ELG; BSG 841.311).

¹² Vgl. § 27 Abs. 1 Verordnung des Regierungsrates des Kantons Thurgau vom 20.12.2011 zum Gesetz über die Krankenversicherung (TG KVV; RB 832.10).

Art. 7a Abs. 3 KLV statuiert folgende zwölf Pflegebedarfsstufen:

12

Pflegebedarf pro Tag	Beitrag bis 31.12.2019	Beitrag ab 1.1.2020
Bis 20 Minuten	CHF 9	CHF 9.60
Bis 40 Minuten	CHF 18	CHF 19.21
Bis 60 Minuten	CHF 27	CHF 28.81
Bis 80 Minuten	CHF 36	CHF 38.41
Bis 100 Minuten	CHF 45	CHF 48.02
Bis 120 Minuten	CHF 54	CHF 57.62
Bis 140 Minuten	CHF 63	CHF 67.22
Bis 160 Minuten	CHF 72	CHF 76.82
Bis 180 Minuten	CHF 81	CHF 86.43
Bis 200 Minuten	CHF 90	CHF 96.03
Bis 220 Minuten	CHF 99	CHF 105.63
Mehr als 220 Minuten	CHF 108	CHF 115.24

2.3 Beitrag für Spitex-Pflegeleistungen

Werden die versicherten Pflegeleistungen von einem anderen zugelassenen Leistungserbringer (freiberuflich tätige Pflegefachperson oder Organisation der Krankenpflege und Hilfe zu Hause) erbracht, hat der obligatorische Krankenpflegeversicherer einen Zeitbeitrag zu vergüten. Die Vergütung der Beiträge erfolgt in Zeiteinheiten von 5 Minuten, wobei mindestens 10 Minuten zu vergüten sind.¹³ Die Höhe des Zeitbeitrags hängt von den versicherten Pflegeleistungen ab.

13

Art. 7a Abs. 1 KLV regelt die Höhe der Stundenbeiträge wie folgt:

14

	Beitrag bis 31.12.2019	Beitrag ab 1.1.2020
Massnahmen der Abklärung, Beratung und Koordination	CHF 79.80	CHF 76.93
Massnahmen der Untersuchung und der Behandlung	CHF 65.40	CHF 63.05
Massnahmen der Grundpflege	CHF 54.60	CHF 52.63

¹³ Vgl. Art. 7a Abs. 1 KLV.

§ 3 Pflegekostenselbstbehalt der versicherten Person

1. Berechnungsgrundlage

1.1 Allgemeines

- 15 Gemäss Gesetzeswortlaut hat sich die versicherte Person an den «nicht von Sozialversicherungen gedeckten Pflegekosten» zu beteiligen, wobei eine Kostengrenze von 20 % des höchsten vom Bundesrat festgesetzten Pflegebeitrages besteht. Der Gesetzeswortlaut knüpft die Kostenbeteiligung der versicherten Person an die nicht von Sozialversicherungen gedeckten Pflegekosten.
- 16 Bei einer wortgetreuen Umsetzung würde dies bedeuten, dass die versicherte Person verpflichtet ist, einen vom kantonalen Recht gemäss den zulässigen Berechnungsparametern festzulegenden Anteil der nach Abzug der anrechenbaren Sozialversicherungsleistungen verbleibenden ungedeckten Restkosten zu übernehmen. Berechnungsgrundlage nach diesem Verständnis wären weder die tatsächlich durch die in Anspruch genommenen versicherten Pflegeleistungen verursachten Gesamtkosten (Vollkosten) noch der Beitrag des Krankenversicherers.
- 17 Die Berechnungsgrundlage für den Pflegekostenselbstbehalt stellen die verursachten Vollkosten und nicht die nach Abzug der anrechenbaren Sozialversicherungsleistungen verbleibenden ungedeckten Restkosten dar. Gewisse Kantone ziehen für die Berechnung der Kostenbeteiligung der versicherten Person den vom Krankenversicherer tatsächlich erbrachten Beitrag heran. Dieses Modell hat den Nachteil, dass die versicherte Person erst bei einem grösseren Pflegeaufwand die Kostenbeteiligungsgrenze erreicht. Wird die Kostenbeteiligung der versicherten Person basierend auf den Vollkosten berechnet, wird die Kostenbeteiligungsgrenze bei einem tieferen Pflegeaufwand erreicht (siehe nachfolgende Tabelle).

18	Im Kanton Zürich betragen die Grundpflegekosten ab 1. Januar 2020 CHF 131.30 pro Stunde (ohne Zuschläge). Der Krankenversicherer leistet daran einen Beitrag von CHF 52.60 pro Stunde. Die Restkosten vor Abzug der Kostenbeteiligung der versicherten Person belaufen sich folglich auf CHF 78.70 pro Stunde (ohne Zuschläge).	
	Vollkosten (eine Stunde Grundpflege durch Spitex erbracht – Kosten des Kantons Zürich ab 1. Januar 2020)	CHF 131.30
	Beitrag Krankenversicherer	CHF 52.60
	ungedeckte Restkosten (nach Abzug Beitrag Krankenversicherer)	CHF 78.70

Kostenbeteiligung versicherte Person (maximal 20 % von CHF 76.90 = CHF 15.38)	Basis: Vollkosten	CHF 26.26
	Basis: ungedeckte Restkosten	CHF 15.74
	Basis: Beitrag Krankenversicherer	CHF 10.52
vom Gemeinwesen zu übernehmende Restkosten (nach Abzug Beitrag Kranken- versicherer und Kostenbeteiligung versi- cherte Person)	Basis: Vollkosten	CHF 52.44
	Basis: ungedeckte Restkosten	CHF 62.86
	Basis: Beitrag Krankenversicherer	CHF 68.18

Nach der vorliegend vertretenen Auffassung stellen die im Einzelfall verursachten Pflegekosten (Vollkosten) zwingend die Berechnungsgrundlage für die Kostenbeteiligung der versicherten Person dar. Diese Lösung ist nicht zuletzt deshalb angezeigt, weil gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Summe des vom Krankenversicherer bezahlten Beitrages und die Kostenbeteiligung der versicherten Person nicht höher als die tatsächlich verursachten Pflegekosten sein dürfen.¹⁴ Folglich sind die (verursachten) Vollkosten in jedem Fall zumindest die massgebliche Kontrollgrösse, ob der – nach welchen Berechnungsparametern auch immer berechnete – Pflegekostenselbsthalt bundesrechtskonform ist. 19

1.2 Massgebliche Vollkosten

Das Bundesrecht legt nicht fest, was genau unter «Pflegekosten» zu verstehen ist. Das Bundesrecht regelt in Art. 7 KLV lediglich den Umfang der versicherten Pflegeleistungen, klärt aber nicht, wie die Kosten der versicherten Pflegeleistungen zu bestimmen sind. Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime, nicht aber andere Leistungserbringer sind gemäss der Verordnung vom 3.7.2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung (VKL) verpflichtet, eine Kostenrechnung und eine Leistungsstatistik zu führen. 20

Im Rahmen der Kostenrechnung ist eine Zeiterfassung vorzunehmen, damit die Kosten der Betreuung und der Pension ausgeschieden und diejenigen der KVG-pflichtigen Pflege ermittelt werden können. Die damit transparent ausgewiesenen Kosten für die eigentlichen Pflegeleistungen dienen als Grundlage für die Restfinanzierung der Kantone bzw. Gemeinden.¹⁵ Die VKL gibt jedoch lediglich Ziele und Rahmenbedingungen für die Kostenrechnung und Leistungsstatistik vor. Damit wird die Grundlage geschaffen für die Bestimmung der Leistungen und Kosten zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und auch für neue Tarifverhandlungen. Die VKL ist jedoch nicht dazu bestimmt, im 21

¹⁴ Vgl. BGer, 2C_864/2010, 24.3.2011, E. 4.3.

¹⁵ Vgl. BGE 144 V 280 E. 6.2.

konkreten Leistungsfall umgesetzt zu werden. Den Tarifparteien steht deshalb ein Ermessen zu, die Pflegekosten betragslich zu bestimmen oder Pauschalen vorzusehen.¹⁶

- 22 Die Kantone konkretisieren mitunter, was unter den Pflegekosten zu verstehen ist bzw. wie diese zu berechnen sind. Die Kantone verweisen auf Branchenlösungen¹⁷ oder geben davon abweichende Vorgaben.¹⁸ Seitens der Heime werden die Handbücher «Kostenrechnung und Leistungsstatistik für Alters- und Pflegeheime» sowie «Anlagebuchhaltung für Alters- und Pflegeheime»¹⁹ der Koordinationsgruppe Langzeitpflege Schweiz KGL verwendet. Der Spitex-Verband hat das «Spitex-Finanzmanual» geschaffen.²⁰ In der Praxis werden zudem in den Leistungsvereinbarungen branchenspezifischen Lösungen als verbindlich vereinbart.

2. Anrechenbare Sozialversicherungsleistungen

- 23 Die versicherte Person hat sich an den «nicht von Sozialversicherungen gedeckten Pflegekosten» zu beteiligen. Die Verwendung des Begriffes «Sozialversicherungen» wirft die Frage auf, ob von den massgeblichen Kosten der versicherten Pflegeleistungen lediglich der Beitrag des Krankenversicherers oder weitere Sozialversicherungsleistungen, welche die versicherte Person erhält, abzuziehen sind.
- 24 Aufgrund des Kongruenzgrundsatzes ist von vornherein klar, dass lediglich Sozialversicherungsleistungen, welche die versicherte Person infolge der Pflege- bzw. Hilfsbedürftigkeit erhält, angerechnet werden könnten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verhält es sich so, dass sachlich kongruente Sozialversicherungsleistungen, insbesondere die Hilflosenentschädigung, nicht bei der Berechnung der ungedeckten Pflegekosten, sondern lediglich bei der Überprüfung einer allfälligen Überversicherung zu berücksichtigen sind.²¹

¹⁶ Vgl. BGer, K 61/04, 8.7.2005, E. 4.3.

¹⁷ So zum Beispiel der Kanton Thurgau, siehe dazu das im Internet verfügbare Merkblatt des Amtes für Gesundheit zu den anwendbaren Verteilschlüsseln gemäss § 26 der kantonalen Verordnung KVG und den Weisungen für Pflegeheime zur Ermittlung der KVG-pflichtigen Pflegekosten.

¹⁸ Siehe z.B. Weisung zur Rechnungslegung in Pflegeheimen der Dienststelle Soziales und Gesellschaft des Kantons Luzern, <https://disg.lu.ch/-/media/DISG/Dokumente/Themen/Soziale_Einrichtungen/sE_2017_Rechnungslegung_Weisung.pdf?la=de-CH> (zuletzt besucht am 21.12.2019), und Merkblatt/Vorgaben: Umsetzung und Präzisierungen der Handbücher «Kosten- und Leistungsstatistik für Alters- und Pflegeheime» sowie «Anlagebuchhaltung für Alters- und Pflegeheime» des Departementes Gesundheit und Soziales des Kantons Aargau, <https://www.ag.ch/de/dgs/gesundheit/gesundheitsversorgung/pflegefinanzierung/stationaer_2/kantonale_tarifordnung_fuer_stationaere_pflegeeinrichtungen_2.jsp> (zuletzt besucht am 21.12.2019).

¹⁹ <<https://www.curaviva.ch/Dienstleistungen/Betriebswirtschaftliche-Instrumente/PkmeC/>> (zuletzt besucht am 21.12.2019).

²⁰ <<https://www.spitex.ch/Publikationen/Handbuecher/PdBMj/>> (zuletzt besucht am 21.12.2019).

²¹ Vgl. BGE 125 V 297 ff.

Die versicherte Person ist folglich berechtigt, den Pflegekostenselbstbehalt mit der Hilflosenentschädigung und anderen Sozialversicherungsleistungen zu finanzieren.

3. Berechnungskriterien

3.1 Erfordernis sachlicher Berechnungskriterien

Art. 25a Abs. 5 KVG hält lediglich fest, dass die versicherte Person einen Anteil der Pflegekosten bis zur Beteiligungsgrenze von 20 % des höchsten vom Bundesrat festgesetzten Beitrags zu übernehmen hat. Der Bundesgesetzgeber hält nicht fest, nach welchen Kriterien die Kostenbeteiligung festzulegen ist bzw. welche Berechnungsparameter zulässig und welche unzulässig sind. 25

In welchem Umfang der Kanton der versicherten Person die ungedeckten Pflegekosten überwälzt oder den Pflegekostenselbstbehalt subventioniert, ist «im weitesten Umfang dem Ermessen des Gesetzgebers überlassen». ²² Da die Kostenbeteiligung eine staatliche Abgabe darstellt, sind die Grundzüge der Berechnung in einem formellen Gesetz vorzusehen. Als Folge des verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebotes darf der kantonale Gesetzgeber nur sachlich gerechtfertigte Kriterien für die Festlegung der Kostenbeteiligung statuieren. ²³ 26

3.2 Nicht pflegebezogene Kriterien

Nach Auffassung des Bundesgerichts sind die Kantone nicht verpflichtet, die Höhe der Kostenbeteiligung nach Massgabe von pflegebezogenen Kriterien (Pflegeaufwand, Pflegeform etc.) festzulegen. Sie sind insbesondere berechtigt, die Höhe der Kostenbeteiligung nach Massgabe von nicht pflegebezogenen Kriterien zu bestimmen. Zulässig ist es insbesondere, die Höhe des von der versicherten Person zu übernehmenden Anteils an den Pflegekosten von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder dem Alter der versicherten Person abhängig zu machen. ²⁴ 27

Der Wegfall der Subventionierung des Pflegekostenselbstbehalts ab Alter 65, so wie das der Kanton Bern vorsieht, ist weder alters- noch geschlechterdiskriminierend. ²⁵ Die Tatsache, dass sich Frauen nicht bereits ab Eintritt des Rentenalters an den Pflegekosten im ambulanten Bereich beteiligen müssen, stellt keine Diskriminierung im Sinne des Art. 8 Abs. 3 BV dar. Eine solche läge nur vor, wenn die Kostenpflicht für Frauen und Männer ab 28

²² BGer, 2C_864/2010, 24.3.2011, E. 4.4.

²³ Vgl. BGE 138 I 265 E. 3.2, 4.1 und 5.2.2.

²⁴ Vgl. BGE 138 I 265 E 5.2.1.

²⁵ Vgl. BGE 138 I 265 E. 4–6.

dem 64. Altersjahr begänne: Diesfalls wären die 64-jährigen, nicht AHV-rentenberechtigten Männer diskriminiert.²⁶

3.3 Pflegebezogene Kriterien

- 29 Es ist sodann zulässig, den Pflegekostenselbstbehalt von der Schwere der Pflegebedürftigkeit abhängig zu machen. So hat das Bundesgericht die Zürcher Lösung, ausschliesslich oder in besonderem Masse die schwer pflegebedürftigen Personen zu subventionieren, nicht als rechtsungleich qualifiziert.²⁷ Nach dem Grundsatz «ambulant vor stationär», welcher der gesetzgeberischen Stossrichtung der Neuordnung der Pflegefinanzierung entspricht,²⁸ ist der Kanton auch berechtigt, nur den Pflegekostenselbstbehalt von versicherten Personen zu subventionieren, welche sich nicht in einem Pflegeheim aufhalten.
- 30 Das Bundesgericht hat sodann in einem neueren Entscheid erwogen, dass der Pflegekostenselbstbehalt nicht nach Pflegebedarf bzw. proportional zum Pflegeaufwand festzulegen ist.²⁹ Dieses im Zusammenhang mit einer Streitigkeit, welche die Höhe der kantonalen Restkostenfinanzierung betraf, ergangene obiter dictum ist kritisch zu hinterfragen. Von Bundesrechts wegen unzulässig ist die Überwälzung von ungedeckten Pflegekosten, welche die versicherte Person nicht verursacht hat.³⁰ Eine nicht proportional zum Pflegeaufwand erfolgende Festlegung des Pflegekostenselbstbehalts ist deshalb von vornherein nur bei einem geringen Pflegeaufwand bzw. einem Pflegeaufwand unterhalb der Beteiligungsgrenze denkbar. Im vorgenannten Beispiel des Kantons Zürich wird die maximal zulässige Beteiligungsgrenze bereits bei einem Grundpflegeaufwand von 12 Minuten pro Tag überschritten (siehe nachfolgende Tabelle).

²⁶ Ibid. E. 6.2.

²⁷ Vgl. BGer, 2C_864/2010, 24.3.2011, E. 4.4.

²⁸ Vgl. BGE 142 V 94 E. 5.1 und 141 V 446 E. 7.4.

²⁹ Vgl. BGE 144 V 280 E. 7.2.

³⁰ Vgl. BGer, 2C_864/2010, 24.3.2011, E. 4.3.

Berechnung des maximal zulässigen Pflegekostenselbstbehalts für Grundpflegeleistungen im Kanton Zürich (ab 1. Januar 2020)			
	Grundpflegeaufwand pro Tag: bis 10 Minuten ³¹	Grundpflegeaufwand pro Tag: 11 Minuten	Grundpflegeaufwand pro Tag: 12 Minuten
Pflegekosten	CHF 21.88 (CHF 131.30 : 60 × 10)	CHF 24.07 (CHF 131.30 : 60 × 11)	CHF 26.26 (CHF 131.30 : 60 × 12)
Beitrag Krankenversicherer	CHF 8.76 (CHF 52.60 : 60 × 10)	CHF 9.64 (CHF 52.60 : 60 × 11)	CHF 10.52 (CHF 52.60 : 60 × 12)
Ungedeckte Pflegekosten	CHF 13.12	CHF 14.43	CHF 15.74
Pflegekostenselbstbehalt (maximal zulässig: CHF 15.38)	CHF 13.12	CHF 14.43	CHF 15.38

Ein nicht proportional zum Pflegeaufwand festgelegter Pflegekostenselbstbehalt könnte folglich im Kanton Zürich nur bis zu einem täglichen Grundpflegeaufwand von maximal 12 Minuten vorgesehen werden. Da der proportional festgelegte minimale Pflegekostenselbstbehalt für Grundpflegeleistungen im Kanton Zürich bereits bei CHF 13.12 liegt und die tatsächlich durch die erbrachten Pflegeleistungen verursachten Pflegekosten nicht überschritten werden dürfen, könnte im Rahmen einer nicht proportionalen Berechnung einer versicherten Person mit einem Pflegeaufwand von weniger als 10 Minuten maximal ein Zuschlag von CHF 2.26 überwältigt werden. Wegen der unterschiedlichen Normkosten gelten andere Grenzwerte für Behandlungspflegeleistungen sowie für versicherte Abklärungs-, Beratungs- und Kommunikationsleistungen bzw. im Fall eines Pflegeheimaufenthalts.

32

Gelten in einem Kanton tiefere Normkosten, wird die maximale Beteiligungsgrenze erst bei einem höheren Grundpflegeaufwand erreicht und eine nicht proportionale Festlegung des Pflegekostenselbstbehalts bis zu diesem (höheren) Pflegeaufwand wäre zulässig. Im Kanton Appenzell Ausserrhoden beispielsweise gelten für Spitex-Leistungen abgestufte Normkosten, je nachdem, ob der zugelassene Leistungserbringer einen Versorgungsauftrag erfüllt und über eine standardisierte Kostenrechnung verfügt (siehe nachfolgende Tabelle).³² Gewisse Kantone, beispielsweise der Kanton Appenzell Innerrhoden,³³ gehen sogar davon aus,

33

³¹ Gemäss Art. 7a Abs. 2 KLV sind bei Spitex-Einsätzen mindestens 10 Minuten zu vergüten.

³² Vgl. Art. 12 Verordnung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 20.12.2016 über die Pflegefinanzierung (PFV; bGS 833.151).

³³ Siehe z.B. Standeskommissionsbeschluss des Kantons Appenzell Innerrhoden vom 30.11.2010 über die Pflegefinanzierung.

dass der Beitrag, welchen der Krankenversicherer zu leisten hat, die Pflegekosten vollumfänglich abdeckt, was einen Pflegekostenselbstbehalt von vornherein ausschliesst.

34

Berechnung des maximal zulässigen Pflegekostenselbstbehalts für Grundpflegeleistungen im Kanton Appenzell Ausserrhoden (ab 1. Januar 2020 – Leistungserbringer ohne standardisierte Kostenrechnung)			
	Grundpflegeaufwand pro Tag: bis 10 Minuten ³⁴	Grundpflegeaufwand pro Tag: 40 Minuten	Grundpflegeaufwand pro Tag: 45 Minuten
Pflegekosten	CHF 12.43 (CHF 74.60 : 60 × 10)	CHF 49.73 (CHF 74.60 : 60 × 40)	CHF 55.95 (CHF 74.60 : 60 × 45)
Beitrag Krankenversicherer	CHF 8.76 (CHF 52.60 : 60 × 10)	CHF 35.07 (CHF 52.60 : 60 × 40)	CHF 39.45 (CHF 52.60 : 60 × 45)
Ungedeckte Pflegekosten	CHF 4.67	CHF 14.66	CHF 16.50
Pflegekostenselbstbehalt (maximal zulässig: CHF 15.38)	CHF 4.67	CHF 15.38	CHF 15.38

- 35 Da der Bundesgesetzgeber eine Restkostenfinanzierung statuiert, geht er implizit davon aus, dass die kantonale unterschiedlich hohen Pflegekosten mindestens dem Beitrag des Krankenversicherers zuzüglich Pflegekostenselbstbehalt entsprechen bzw. darüber liegen. Entsprechend sind kantonale Normkosten, welche nur geringfügig über dem Beitrag des Krankenversicherers liegen, kritisch zu hinterfragen. Das Bundesgericht hat unlängst bestätigt, dass der Kanton verpflichtet ist, die «ungedeckten» Restkosten zu übernehmen, bzw. nicht berechtigt ist, die Normkosten (bei einem Heimaufenthalt) unterhalb der in seinem Kanton gemäss der VKL massgeblichen Pflegekosten festzulegen.³⁵

4. Höhe des Selbstbehalts

4.1 Absolute Beteiligungsgrenze

- 36 Von Bundesrechts wegen dürfen der versicherten Person maximal 20 % des höchsten vom Bundesrat festgelegten Beitrages überwältzt werden. Die höchstzulässigen Pflegekostenselbstbehalte machen für Pflegeleistungen, welche von freiberuflich tätigen Pflegefachpersonen oder einer Organisation für Krankenpflege erbracht werden, CHF 15.96 pro Tag³⁶

³⁴ Gemäss Art. 7a Abs. 2 KLV sind bei Spitex-Einsätzen mindestens 10 Minuten zu vergüten.

³⁵ Vgl. BGE 144 V 280 E. 7.

³⁶ 20 % von CHF 79.80 (siehe Art. 7a Abs. 1 lit. a KLV).

bzw. CHF 5'825 pro Jahr aus. Bei einem Aufenthalt in einem Pflegeheim beträgt der Pflegekostenselbstbehalt CHF 21.60 pro Tag³⁷ bzw. CHF 7'884 pro Jahr.

Mit Wirkung ab dem 1. Januar 2020 werden die Beiträge des Krankenversicherers reduziert. 37
Gemäss der Verordnung des EDI vom 2.7.2019³⁸ liegt der höchste Beitrag für Pflegeleistungen, welche freiberuflich tätige Pflegefachpersonen und Organisationen für Krankenpflege erbringen, bei CHF 76.90 bzw. für Pflegeleistungen, welche in einem Pflegeheim erbracht werden, bei CHF 115.20. Entsprechend gelten ab dem 1. Januar 2020 maximale Pflegekostenselbstbehalte von CHF 15.38 pro Stunde/CHF 5'613.70 pro Jahr bei einer Pflege zu Hause bzw. CHF 23.04 pro Tag/CHF 8'409.60 bei einer Heimpflege.

4.2 Querfinanzierungsverbot

Da der Pflegekostenselbstbehalt der Höhe nach begrenzt ist, ist von den Kantonen sicher- 38
zustellen, dass im Zusammenhang mit der Festlegung der Pflegekosten nicht Betreuungs- oder Pensionskosten miteingerechnet werden.³⁹ Gemäss Art. 25a Abs. 5 und Art. 44 Abs. 1 KVG dürfen für versicherte Pflegeleistungen weder direkt noch indirekt weitergehende Vergütungen berechnet werden.

Die versicherte Person ist nur verpflichtet, zusätzlich zum Pflegekostenselbstbehalt die 39
Kosten von echten Mehrleistungen zu übernehmen.⁴⁰ Was eine echte Mehrleistung ist und was nicht, ist letztlich nicht klar, weil der Begriff der krankensicherungsrechtlich gedeckten Grundpflege⁴¹ nicht abschliessend geregelt ist und in den nicht versicherten Betreuungsbereich «diffundiert».

Der Preisüberwacher hat in einem Rundschreiben vom September 2011⁴² auf die beste- 40
hende systematische Verletzung des Tarifschutzes im Heimbereich hingewiesen.⁴³ Nach der Meinung des Preisüberwachers besteht deshalb ein dringender Handlungsbedarfs der Bundesbehörden, die festlegen sollten, welche Kosten in welchem Umfang den Pflegekos-

³⁷ 20 % von CHF 108 (siehe Art. 7a Abs. 3 lit. 1 KLV).

³⁸ AS 2019 2145.

³⁹ Siehe dazu auch das Schreiben des BAG vom 23. Juni 2016, <https://www.curaviva-zh.ch/files/KDUB40Z/bag_kostenermittlung_pflegeheime_20150623.pdf> (zuletzt besucht am 21.12.2019).

⁴⁰ Vgl. BGer, 2P.25/2000, 12.11.2002, E. 8 und 14, sowie 9C_103/2007, 10.7.2007, E. 4.

⁴¹ Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV.

⁴² Siehe Newsletter Nr. 6/11, Probleme bei neuer Pflegefinanzierung – Preisüberwacher ortet dringenden Handlungsbedarf, online verfügbar unter <<http://www.preisueberwacher.admin.ch>> (zuletzt besucht am 21.12.2019).

⁴³ Siehe dazu auch KGer BL, 810 12 86, 12.6.2013, E. 5, und VersGer SG, KV 2012/9, 17.12.2012, E. 1.4 und 3.

ten zuzuordnen sind.⁴⁴ Die kantonale Rechtsprechung hat nicht zuletzt aufgrund der Kritik des Preisüberwachers anerkannt, dass Betreuungstaxen die Beschränkung des Pflegekostenselbstbehalts auf 20 % verletzen können.⁴⁵

- 41 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.⁴⁶

§ 4 Restkostenfinanzierungspflicht des Kantons

1. Regelungstechnik

- 42 Gemäss Art. 25a Abs. 5 KVG regeln die Kantone die Restfinanzierung. Das Bundesrecht schreibt den Kantonen nicht vor, wie sie die Restfinanzierung umzusetzen haben. Die Umsetzungsfreiheit betrifft zunächst die Regelungstechnik. Eine Gruppe von Kantonen (AG, FR, JU, LU, SG, VS und ZH) hat eigentliche «Pflegefinanzierungsgesetze» erlassen, während die anderen Kantone die bestehende Ausführungsgesetzgebung zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung (EG KVG) bzw. zu den Ergänzungsleistungen (EG ELG) angepasst haben. Vereinzelt, so etwa in den Kantonen SZ und ZG, werden die Pflegefinanzierungsgrundsätze bei Gelegenheit der Anpassung des kantonalen Rechts im Rahmen einer Verordnung konkretisiert bzw. der Verwaltung weitreichende Regelungskompetenzen eingeräumt.
- 43 Die Verabschiedung eines «Pflegefinanzierungsgesetzes» hat mehrere Vorteile. Die Gewährung von staatlichen Subventionen setzt zunächst eine formell-gesetzliche Grundlage voraus, weshalb kantonale Ausführungsbestimmungen, die im Rahmen einer Verordnung ergangen sind, Zweifel an der direktdemokratischen Legitimität wecken. Konzeptionell überzeugen die «Pflegefinanzierungsgesetze», weil sämtliche Aspekte der Pflegefinanzierung und -versorgung geregelt werden. Als beispielhaft zu erwähnen ist das zürcherische Pflegegesetz, das nicht nur die Finanzierung der Pflegekosten, sondern auch die Pflegeversorgung und die Folgen bei einer nicht hinreichenden Pflegeversorgung durch die Gemeinde regelt.

⁴⁴ Vgl. ROSENKRANZ RUTH/MEIERHANS STEFAN, Defizite bei der Umsetzung der Pflegekostengrenze, *Pflegerecht* 2013, 76 ff., und ferner RPW 2012/5, 893 ff., 903 ff.

⁴⁵ Vgl. *VersGer SG*, KV 2012/9, 17.12.2012, E. 3.2.

⁴⁶ *Ibid.* E. 3.3.

2. Regelungsinhalt

Die Regelung der durch den Beitrag des obligatorischen Krankenpflegeversicherers und den Pflegekostenselbstbehalt nicht gedeckten Restkosten der versicherten Pflegeleistungen erfordert, dass der Kanton das finanzierungszuständige Gemeinwesen mit Bezug auf sämtliche drei Kategorien von ambulanten Pflegemassnahmen, die Ermittlung der anrechenbaren Kosten sowie Art und Höhe der staatlichen Finanzierung bestimmt. 44

Die Restkostenfinanzierungspflicht bezieht sich dabei auf die ambulanten Pflegeleistungen gemäss Art. 7 KLV, sofern diese von einem anerkannten Leistungserbringer (Pflegefachperson, Organisation der Krankenpflege und Hilfe zu Hause oder Pflegeheim) erbracht werden.⁴⁷ Die Abgrenzung zwischen der versicherten bzw. restkostenpflichtigen Grundpflege, welche in Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV nicht abschliessend aufgeführt ist, von der nicht versicherten bzw. nicht restkostenpflichtigen Betreuung oder Sachhilfe bereitet im Einzelfall mitunter Probleme.⁴⁸ 45

Die Kantone haben die Restfinanzierung der ungedeckten Pflegekosten überaus unterschiedlich und in gewissen Bereichen – namentlich in Bezug auf Pflegeleistungen, welche von freiberuflich tätigen Pflegefachpersonen erbracht werden – gar nicht umgesetzt. Die Umsetzungsvielfalt betrifft etwa die:⁴⁹ 46

- Zuständigkeit des restkostenfinanzierungspflichtigen Gemeinwesens,
- Finanzierungslösungen (z.B. Defizitgarantie, Bestimmung eines Kostenmaximums, Globalbudget, leistungsbezogene Abgeltung pro Pflegestunde),
- Festlegung der Höchstgrenze der Beiträge der öffentlichen Hand an die Kosten für ambulante Pflege (sogenannte Normkosten),
- Aufteilung der Lohnkosten auf die Bereiche Administration – Betreuung – Pflege und Höhe des auf die Kostenstelle Pflege entfallenden Anteils der übrigen Betriebskosten (unter Einschluss der Rückstellungen) sowie
- Verwendung allfälliger Spenden/Zuwendungen Dritter.

Das Bundesgericht hat bis anhin die verschiedenen kantonalen Umsetzungsvarianten nicht beanstandet. Es hat in mehreren Urteilen präzisiert, den Kantonen stehe in der konkreten Ausgestaltung der Restfinanzierung ein weiter Ermessensspielraum zu. So können sie bei- 47

⁴⁷ Von einer anerkannten Pflegefachperson im Rahmen der ambulanten Wochenbettpflege nach einer komplikationslosen Geburt erbrachte Leistungen unterliegen der kantonalen Restfinanzierungspflicht (vgl. BGE 141 V 446 E. 7).

⁴⁸ Vgl. z.B. BGE 136 V 172 = Pra 2010, Nr. 135, E. 5.3.

⁴⁹ Siehe SGK-N, Erläuternder Bericht vom 13. August 2012: Umsetzung des Bundesgesetzes über die Neuordnung der Pflegefinanzierung vom 13. Juni 2008 in den Kantonen (online verfügbar) sowie 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 %) und BGE 142 V 94 E. 3.2.