Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 135 (2016)

Artikel: Schweizerisches Pflegefinanzierungssystem : eine kritische Standortbestimmung

Autor: Landolt, Hardy

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896197

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 21.08.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Schweizerisches Pflegefinanzierungssystem – eine kritische Standortbestimmung

HARDY LANDOLT*

* Prof. Dr. iur. LL.M., Titularprofessor an der Universität St. Gallen für Privat- und Sozialversicherungsrecht sowie Haftpflichtrecht, wissenschaftlicher Konsulent des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis (IRP-HSG) der Universität St. Gallen sowie Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt und Notar, Glarus.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung . . . 496
B. Grundsätze des Pflegefinanzierungssystems . . . 497
I. Verfassungsmässige Kompetenzordnung . . . 497
II. Historische Entwicklung des schweizerischen Pflegefinanzierungssystems . . . 498
1. Von der «Hülflosenzusatzrente» … . . . 498
2. … zur obligatorischen Leistungspflicht für Pflegekosten . . . 501
III. Subjektfinanzierung . . . 504
1. Pflegeversicherungsleistungen . . . 504
a. Allgemeines . . . 504
b. Hilflosenentschädigung . . . 505
c. Pflegeentschädigung . . . 505
d. Assistenzbeitrag . . . 508
e. Pflegehilfsmittel . . . 509
f. Entschädigung für Dienstleistungen Dritter . . . 509
g. Betreuungsgutschriften . . . 510
2. Pflegesozialleistungen . . . 510
a. Steuerabzüge . . . 510
b. Kantonale Förderung der Angehörigenpflege . . . 510
c. Sozialhilfe . . . 510
IV. Objektfinanzierung . . . 512
1. Allgemeines . . . 512
2. Restkostenfinanzierung gemäss KVG . . . 513
3. Restkostenfinanzierung gemäss IFG . . . 514
C. Unklarheiten und Wertungswidersprüche . . . 516
I. Enigmatischer Pflegebegriff . . . 516
1. Allgemeines . . . 516
2. Medizinischer und juristischer Pflegebegriff . . . 516
a. Allgemeines . . . 516
b. Hilflosigkeitsbegriff . . . 517
c. Pflegebegriff . . . 518
II. Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz . . . 521
1. Eingeschränkte Selbstbestimmung des pflegebedürftigen Menschen . . . 521
2. Kein Anspruch auf gleiche Pflegekostenübernahme . . . 522
a. Allgemeines . . . 522
b. Unterschiedliche Behandlung von Pflegebedürftigen . . . 523
c. Unterschiedliche Behandlung von Pflegedienstleistungsunternehmen . . . 525
d. Schutz vor faktischen Grundrechtsverletzungen? . . . 525
III. Versicherungsdeckung und Pflegeversorgung . . . 527
1. Versichert, aber nicht versorgt . . . 527
2. Informelle bzw. unentgeltliche Pflege durch Angehörige . . . 529
a. Allgemeines . . . 529
b. Schadenminderungspflicht naher Angehöriger . . . 530
c. Sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht für Angehörigenpflege . . . 531
d. Sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht für Angehörigenpflege . . . 533
IV. Mangelhafte Kostentransparenz . . . 535
1. Allgemeines . . . 535
2. Keine bundesrechtliche Umschreibung der «Pflegekosten» . . . 536
3. Problemfall Betreuungstaxen . . . 537

V. Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit 539
1. Ambulant vor stationär 539
2. Wirtschaftlichkeit der Pflegekosten 540
D. Zukunft des schweizerischen Pflegefinanzierungssystems 544
Literatur 545

A. Einleitung

Alter, Krankheit und Unfall können eine dauernde oder vorübergehende Pflegebedürftigkeit zur Folge haben. Eine Pflegebedürftigkeit ist mit einem teilweisen oder vollständigen Verlust der Selbstversorgungsfähigkeit, d.h. der Fähigkeit, alltägliche Lebensverrichtungen selbstständig auszuführen, verbunden. Besteht als Folge der zu Grunde liegenden Krankheit oder der Unfallfolgen zudem eine Behandlungsbedürftigkeit, so ergibt sich ein zusätzlicher Pflegebedarf.[1]

Das Risiko «Pflegebedürftigkeit» stellt ein *Sonderrisiko* dar: Es tritt relativ selten ein, ereignet es sich aber, ist es mit hohen Kosten verbunden. Die *Risikowahrscheinlichkeit* hängt von den Ursachen ab. Krankheit und Unfall führen äusserst selten zu einer dauerhaften Pflegebedürftigkeit, während eine alterungsbedingte Pflegebedürftigkeit bei Kindern bis zu einem bestimmten Alter immer besteht und bei älteren Personen ab dem 75. Altersjahr stetig zunimmt. Bei den (unter) 65-Jährigen ist der Anteil der Pflegebedürftigen zwischen 1 und 2%, während er bei den über 90-Jährigen bei 30% liegt.[2]

Die *veränderten Sozialstrukturen*, insbesondere die zunehmende Tendenz zu Kleinsthaushalten und die steigende Erwerbstätigkeit der Frauen, tragen dazu bei, dass der Pflegebedürftige nicht mehr nur bzw. vorwiegend von Angehörigen unentgeltlich betreut werden kann, sondern entgeltliche Dritthilfe in Anspruch nehmen muss. Der Aufenthalt in einem Alters- und Pflegeheim kostete im Jahr 2014 durchschnittlich pro Monat CHF 8 700;[3] die Kosten pro Tag sind dabei von CHF 222 im Jahr 2007 auf CHF 282 im Jahr 2013 gestiegen, was einem Kostenwachstum pro Jahr von rund 4,5% entspricht.[4]

Steigen die Pflegekosten zukünftig weiterhin derart rasant an, wird die Finanzierbarkeit nicht nur für den davon Betroffenen, sondern auch für das Gemeinwesen zum akuten sozialpolitischen Problem. Die Finanzierbarkeit der Pflegekosten, insbesondere der Aufenthaltskosten in einem Heim, ist bereits aktuell ein drängendes Problem, wird den durchschnittlichen Heimaufenthalts-

1 Vgl. dazu Art. 7 KLV, der zwischen Behandlungs- und Grundpflege unterscheidet.

2 Vgl. z.B. Höpflinger François/Bayer-Oglesby Lucy, et al., Pflegebedürftigkeit und Langzeitpflege im Alter. Aktualisierte Szenarien für die Schweiz, Bern 2011, und Schön-Bühlmann Jacqueline, Unbezahlte Pflegeleistungen von Privatpersonen und -haushalten, in: CHSS 2005/5, S. 274 ff.

3 Vgl. Medienmitteilung BFS vom 19.11.2015 (‹http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/medienmitteilungen.html?pressID=10510› – zuletzt besucht am 3. Mai 2016).

4 Vgl. BFS Aktuell, Indikatoren der Pflegeheime 2013, Oktober 2015, S. 8.

kosten von CHF 8 700 pro Monat (im Jahr 2014) der Medianlohn von CHF 6 189 brutto pro Monat (im Jahr 2014)[5] gegenübergestellt. Wenn bereits mehr als die Hälfte der in der Privatwirtschaft tätigen gesunden Personen die Aufenthaltskosten in einem Heim nicht mehr bezahlen können, sind diese für gesundheitlich beeinträchtigte Personen, welche regelmässig nicht mehr über das gleich hohe Erwerbseinkommen verfügen bzw. pensioniert sind, noch unerschwinglicher. Für den pflegebedürftigen Menschen, aber auch für den gesunden Menschen stellt sich zunehmend die zentrale Frage, ob das heutige Pflegefinanzierungssystem ausreichend ist bzw. der Eintritt eines Hilfs- oder Pflegebedürftigkeit über kurz oder lang zum finanziellen Ruin führt.

B. Grundsätze des Pflegefinanzierungssystems

I. Verfassungsmässige Kompetenzordnung

Die Bundesverfassung basiert auf dem Grundsatz der Einzelermächtigung des Bundes.[6] Der Bund ist so zur Regelung des Gesundheitswesens im Allgemeinen und der Finanzierung von Pflegekosten im Besonderen nur dann und insoweit ermächtigt, als ihm die Bundesverfassung ausdrücklich eine Kompetenz zuweist.[7] Die Bundesverfassung weist dem Bund verschiedene Teilkompetenzen zur Regelung des Sozialversicherungsrechts[8] und der Gesundheitsberufe[9] zu.

Die sozialversicherungsrechtlichen Kompetenzen des Bundes bestehen namentlich in Bezug auf die sozialen Risiken Alter und Invalidität[10] sowie Krankheit und Unfall.[11] Der Bund verfügt allerdings nicht über eine umfassende Bundeskompetenz zur Regelung des Sozialversicherungsrechts schlechthin. Die Kantone sind entweder gestützt auf Art. 3 BV, eine besondere Verfassungsbestimmung[12] oder eine vom Bund an sie delegierte Kompetenz[13] ebenfalls zum Erlass sozialversicherungsrechtlicher Normen berechtigt.

Pflegebedürftigkeit wird in den sozialversicherungsrechtlichen Kompetenznormen nicht als ein selbstständiger Anknüpfungsbegriff verwendet, weist

---

5 Vgl. Medienmitteilung BFS vom 30.11.2015 (‹http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/medienmitteilungen.html?pressID=10545› – zuletzt besucht am 3. Mai 2016).

6 Vgl. Art. 3 BV.

7 Diese Kompetenzen können in Bezug auf eine bestimmte Sachmaterie umfassend, teilweise oder nur fragmentarisch sein. In den ersten beiden Fällen kann der Bund einen bestimmten Bereich umfassend regeln, während er bei einer fragmentarischen Kompetenz nur Rahmenbedingungen aufstellen kann.

8 Siehe z.B. Art. 59 Abs. 5 BV und Art. 112 ff. BV.

9 Vgl. Art. 63 Abs. 1 und Art. 117a Abs. 2 lit. a BV

10 Vgl. Art. 112 f. BV.

11 Vgl. Art. 117 BV.

12 Vgl. Art. 114 Abs. 4 BV und Art. 115 BV.

13 Vgl. z.B. Art. 111 Abs. 3 BV.

aber mannigfaltige Gemeinsamkeiten mit anderen von der Verfassung anerkannten Tatbeständen[14] auf. Da Pflegebedürftigkeit immer eine Folge von Alter, Krankheit oder Unfall ist, besteht eine *besonders enge Verflechtung* mit diesen sozialen Risiken. Entsprechend ist der Bund primär zuständig zu entscheiden, ob und wie die Pflegekosten sozialversicherungsrechtlich zu decken sind. Die Kantone und Gemeinden demgegenüber sind primär für die Sicherstellung einer genügenden Pflegeversorgung verantwortlich, wobei der Bund Vorschriften über die Aus- und Weiterbildung für Berufe der medizinischen Grundversorgung und über die Anforderungen zur Ausübung dieser Berufe erlässt.[15] *Bund und Kantone teilen sich folglich nicht nur die Finanzierungs-, sondern auch die Versorgungskompetenz.*

Die Bundesverfassung verpflichtet Bund und Kantone, sich in Ergänzung zur persönlichen Verantwortung und privater Initiative dafür einzusetzen, dass *jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege* erhält.[16] Bei dieser Verpflichtung handelt es sich weder um eine Kompetenznorm[17] noch um ein soziales Grundrecht, sondern lediglich um ein *Sozialziel*.[18] Auch aus dem Sozialrecht gemäss Art. 12 BV (Recht auf Hilfe in Notlagen) kann kein Anspruch darauf abgeleitet werden, zuhause gepflegt zu werden.[19] Das Übereinkommen Nr. 102 über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit vom 28. Juni 1952[20] statuiert demgegenüber für Personen, welche einen Arbeitsunfall erlitten haben oder an einer Berufskrankheit leiden, einen Anspruch auf Übernahme der Kosten für die Betreuung durch Pflegepersonal zuhause oder in einem Krankenhaus bzw. einer anderen Pflegestätte.[21]

II. Historische Entwicklung des schweizerischen Pflegefinanzierungssystems

1. Von der «Hülflosenzusatzrente» …

Seit der Gründung des Bundesstaates hat sich historisch gewachsen ein unübersichtliches duales System der Pflege- und Betreuungskostenfinanzierung entwickelt. Die Sorgepflicht des Staates für «Hülflose» ist seit Anbeginn des Bundes-

14 Z.B. Alter (Art. 8 Abs. 2, 41 Abs. 2 und 111 BV), Behinderung bzw. Behinderte/r (Art. 8 Abs. 2 und 108 Abs. 4 BV), Betagte/r (Art. 108 Abs. 4 und 112 Abs. 4 BV), Bedürftige (Art. 108 Abs. 4 und 115 BV), Invalidität bzw. Invalide/r (Art. 41 Abs. 2, 111 und 112 Abs. 6 BV), Krankheit bzw. Geisteskrankheit (Art. 41 Abs. 2, 117, 118 Abs. 2 lit. b, 119 Abs. 2 lit. c und Art. 136 Abs. 1 BV), Unfall (Art. 41 Abs. 2, und117 BV) sowie Existenzbedarf (Art. 112 Abs. 2 lit. b BV und 10. Übergangsbestimmung BV).

15 Vgl. Art. 117a Abs. 2 lit. a BV.

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

17 Vgl. Art. 41 Abs. 3 BV.

18 Vgl. Art. 41 Abs. 4 BV.

19 Vgl. Urteil BGer 2P.73/2005 vom 17.06.2005 E. 5.

20 SR 0.831.102.

21 Vgl. Art. 34 Ziff. 2 lit. c und d ILO-Übereinkommen Nr. 102.

staates anerkannt. Bereits im «Pensionsgesez» vom 7. August 1852 – dem Vorläufer des späteren Militärversicherungsgesetzes – wurden Versicherungsleistungen zu Gunsten von «Hülflosen» vorgesehen. Der Bundesrat wies in seiner Botschaft von 1874 zur Anpassung dieses Gesetzes unter anderem auf einen verunfallten Wehrmann hin, der im Jahr 1864 beide Hände verlor und dem nach dem strikten Wortlaut eine Pension von höchstens CHF 300 zugestanden hätte, dem aber aus Rücksicht auf dessen gänzliche «Hülflosigkeit» eine solche von CHF 700 zuerkannt wurde.[22]

Dass der Gesetzeszweck, «Gebrechliche und Hülflose» zu unterstützten, aber noch nicht verwirklicht war, belegte nach der Meinung des Bundesrates der Umstand, dass die Eheabschlussfreiheit der Versicherten durch die Verweigerung einer Hinterlassenenrente an nachverheiratete Witwen und deren Kinder erschwert wurde, weshalb er daran erinnerte, dass «die Erwerbung einer treuen Pflegerin für manchen Invaliden wenigstens ebenso wünschenswerth als der Bezug einer Geldunterstüzung»[23] ist.

Nachdem der Bund zur Regelung der Kranken- und Unfallversicherung als kompetent erklärt wurde, stellte sich nicht nur in der Militärversicherung die grundsätzliche Frage, welche Versicherungsleistungen den «Hülflosen» zuerkannt werden sollten. Im Bundesgesetz betreffend die Kranken- und Unfallversicherung mit Einschluss der Militärversicherung vom 5. Oktober 1899[24] wurde in Absatz drei von Artikel 54 vorgesehen, im Falle gänzlicher Hülflosigkeit das Krankengeld auf 100% zu erhöhen. Analog sah Absatz 8 von Artikel 353 im Geltungsbereich der Militärversicherung vor, dass das Krankengeld für unbestimmte oder bestimmte Zeit auf 100% erhöht werden könne, wenn beim Versicherten eine gänzliche «Hülflosigkeit» und gleichzeitig ein Notbedarf bestehe.[25]

Die «Hülflosenzusatzrente» wurde später in das Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911[26] überführt, dessen Artikel 77 im ersten Absatz eine Erhöhung der Rente von 70% auf 100% des versicherten Jahresverdienstes vorsah, wenn der Versicherte «derart hülflos ist, dass er besonderer Wartung und Pflege» bedarf. Eine ähnliche Regelung wurde in Artikel 26 des Bundesgesetzes über die Militärversicherung vom 23. Dezember 1914[27] für das Krankengeld statuiert. Das Bundesgesetz über die Militärversicherung vom 20. September 1949[28] sah in Artikel 42 ebenfalls eine Erhöhung

22 Vgl. Botschaft vom 27. Mai 1874 des Bundesrathes an die hohe Bundesversammlung über die Revision des Pensionsgesezes vom 7. August 1852 = BBl 1874 986.
23 Ibid. 990.
24 Siehe BBl 1899 IV 61.
25 Ähnlich Art. 24 Abs. 9 und Art. 29 Abs. 2 Bundesgesetz betreffend Versicherung der Militärpersonen gegen Krankheit und Unfall vom 28. Juni 1901 = BBl 1901 III 65.
26 Vgl. BBl 1911 III 523.
27 Siehe BBl 1915 I 45.
28 Vgl. BBl 1949 II 509.

von Krankentaggeld und Invalidenpension vor und stipulierte zudem eine «angemessene Entschädigung», wenn die «Hilflosigkeit besondere Aufwendungen notwendig macht».

Die Hilflosenzusatzrente hatte zwei gewichtige Nachteile. Der begünstigte Personenkreis umfasste nur Unfall- und Militärversicherte; innerhalb der Begünstigten war die Höhe der Zusatzrente zudem vom versicherten Verdienst abhängig. Damit war das Terrain für die Einführung einer egalitären Hilflosenentschädigung vorbereitet. Im Zusammenhang mit dem Erlass des IVG wurde heftig darüber debattiert, ob eine Hilflosenentschädigung generell für alle Hilfsbedürftigen eingeführt und ein eigentlicher Rechtsanspruch oder nur eine Ermessensleistung vorgesehen werden soll. Der Bundesrat schlug gezielte, nach Ermessen festzusetzende Fürsorgeleistungen statt feste Entschädigungen vor, weil erstere den Verhältnissen des einzelnen Falles besser gerecht würden.[29]

Im Verlauf der parlamentarischen Beratungen entschieden sich die eidgenössischen Räte, entgegen dem Willen des Bundesrates, einen Rechtsanspruch auf eine Hilflosenentschädigung vorzusehen. Artikel 76 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 begründete die bis heute nachwirkenden Grundsätze der Hilflosenentschädigung.[30] Mit dem Bundesgesetz betreffend Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 5. Oktober 1967 wurde der Hilflosenentschädigungsanspruch auf in der Schweiz wohnhafte Versicherte eingeschränkt und zudem die zentrale Anspruchsvoraussetzung der Hilflosigkeit wie folgt definiert: «Als hilflos gilt, wer wegen der Invalidität für die alltäglichen Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf».[31]

---

29 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung
zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung und eines Bundesgesetzes betreffend die Änderung
des Bundesgesetzes
über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 24. Oktober 1958 = BBl 1958 II 1137, 1223.

30 Dieser Artikel lautete: «[1] Bedürftige invalide Versicherte, die derart hilflos sind, dass sie besondere Pflege und Wartung benötigen, haben Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung. Artikel 29 Absatz 2 findet Anwendung. Die zugesprochene Entschädigung wird auch nach der Entstehung des Anspruchs auf eine Altersrente der Alters- und Hinterlassenenversicherung weitergewährt.
[2] Hilflosen im Sinne von Absatz 1, die auf Kosten der Armenpflege in einer Anstalt untergebracht sind, wird die Entschädigung nur gewährt, wenn sie dadurch von der Armengenössigkeit befreit werden.
[3] Die jährliche Entschädigung darf nicht höher als der Mindestbetrag der ordentlichen einfachen Altersrente (Vollrente) und nicht niedriger als ein Drittel dieses Betrages sein. Die Invalidenversicherungs-Kommissionen bestimmen im Einzelfall die dem Grad der Hilflosigkeit entsprechende Entschädigung.
[4] Der Bundesrat erlässt Vorschriften und bestimmt namentlich, unter welchen Voraussetzungen Hilflose als bedürftig gelten.»

31 Art. 42 Abs. 2 aIVG (1967). Die heutige Geltungsformel von Artikel 9 ATSG unterscheidet sich nur marginal von seinem Vorbild von 1967: «Als hilflos gilt eine Person, die wegen der Beein-

Mit dem Bundesgesetz betreffend Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 4. Oktober 1968 wurde ein Jahr später auch ein Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung in der AHV eingeführt. Artikel 43bis gewährte diesen Anspruch den in der Schweiz wohnhaften Bezügern einer Altersrente, wenn sie in schwerem Grade hilflos sind. Das einschränkende Kriterium der schweren Hilflosigkeit wurde in den Folgejahren zwar gelockert. Eine leichte Hilflosigkeit vermittelt allerdings erst seit der neuen Pflegefinanzierung, die am 1. Januar 2011 in Kraft trat, einen Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung, allerdings nur denjenigen Altersrentnern, die sich nicht in einem Heim aufhalten.[32] Eine eigentliche Hilflosenentschädigung wurde in der Unfallversicherung erst im Zusammenhang mit der Totalrevision angedacht.[33] Diese Grundsätze, insbesondere auch die Begünstigung der unfallversicherten Hilflosen, wurden schliesslich in den Artikeln 26, 27 und 41 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG) vom 20. März 1981 festgeschrieben.

2. *… zur obligatorischen Leistungspflicht für Pflegekosten*

Zeitgleich mit der Konsolidierung der Hilflosenentschädigung in den einzelnen Sozialversicherungszweigen wurden Pflegeentschädigungen eingeführt. Das IVG von 1959 sah vorerst neben der Hilflosenentschädigung eine Hauspflegeentschädigung im Rahmen der medizinischen Massnahmen[34] und einen Kostgeldbeitrag für minderjährige bildungsunfähige Versicherte vor, die sich in einer Anstalt aufhielten.[35] Der Bundesrat empfahl in seiner Botschaft von 1967, den Pflegebeitrag auch auf bildungsfähige minderjährige Versicherte auszudehnen.[36] Das Parlament schloss sich dieser Meinung an und sah in Artikel 20 des IVG von 1967 vor, dass hilflosen Minderjährigen, die das 2. Altersjahr zurückgelegt haben und sich nicht zur Durchführung von Massnahmen in einer Anstalt aufhalten, ein Pflegebeitrag gewährt wird; dieser Beitrag fiel mit der Entstehung des Anspruchs auf eine Rente oder auf eine Hilflosenentschädigung dahin.[37]

---

trächtigung der Gesundheit für alltägliche Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf.»

32 Vgl. Art. 43bis Abs. 2 AHVG.

33 Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 18. August 1976 = BBl 176 III 141, 169.

34 Vgl. Art. 14 Abs. 1 und 3 IVG 1959.

35 Vgl. Art. 20 IVG.

36 Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 27. Februar 1967 = BBl 1967 I 653, 675 f.

37 Die Details der Leistungsgewährung waren in aArt. 4 IVV geregelt (siehe BGE 129 V 200 ff., 128 V 93, 126 V 64 ff., 121 V 8 ff. und 120 V 280 ff.).

Die Unfallversicherung führte mit dem UVG von 1981 ebenfalls einen Anspruch auf Pflegeleistungen, insbesondere auch eine Hauspflegeentschädigung, ein.[38] Letztere wird in Artikel 18 UVV konkretisiert und unterscheidet die Hauspflege durch anerkannte Leistungserbringer[39] und die Hauspflege durch Angehörige.[40] Hauspflegebeiträge im Zusammenhang mit einer Angehörigenbetreuung sind aber im «zurückhaltend auszuübenden Ermessen» des Versicherers zuzusprechen.[41] Die unfallversicherungsrechtliche Pflegeentschädigung deckt nur medizinische Pflege, nicht aber die nichtmedizinische Pflege und auch nicht die Betreuung sowie die Überwachung des Versicherten.[42]

Eine Ausdehnung des Heilbehandlungsanspruchs auf Pflegemassnahmen erfolgte zeitgleich in der Krankenversicherung. Der Bundesrat schlug in seiner Botschaft von 1981 vor, die bereits bestehenden, auf Verordnungsstufe[43] eingeführten Pflichtleistungen bei Hauskrankenpflege[44] ebenfalls 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 Hauskrankenpflegedienste möglichst gut Rechnung tragen zu können.[45] Die *vollständige Übernahme der Hauspflegekosten durch die Krankenversicherung* wurde erst mit der Totalrevision des KVG, das am 1. Januar 1996 in Kraft trat, eingeführt.[46]

Die vergangene Dekade war geprägt von zahlreichen Gesetzesänderungen im Bereich der «Pflegefinanzierung». Den Anfang machte die *4. IV-Revision*,[47] mit welcher der Hauspflegebeitrag[48] aufgehoben und durch den Intensivpflege-

38 Vgl. Art. 10 Abs. 3 und Art. 21 UVG 1981 (unverändert bis heute).
39 Vgl. Art. 18 Abs. 1 UVV.
40 Vgl. Art. 18 Abs. 2 UVV.
41 Vgl. BGE 116 V 41 E. 7c und Urteile EVG U 479/00 vom 24.04.2002 E. 3, U 297/99 vom 14.07.2000 E. 3, vom 17.12.1992 i.S. Sch. = RKUV 1993, 55 und vom 11.04.1990 i.S. B. = SUVA 1990/5, 9.
42 Siehe z.B. Urteil Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich UV.2007.00455 vom 28.01.2009 E. 4.3.
43 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).
44 Siehe dazu BGE 111 V 324 ff.
45 Vgl. Botschaft über die Teilrevision der Krankenversicherung vom 19. August 1981 = BBl 1981 II 1117, 1143 und 1162 f.
46 Vgl. Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 = BBl 1992 I 93, 152.
47 Änderung Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) vom 21. März 2003 (per 1. Januar 2004 in Kraft getreten – AS 2003, S. 3837 ff.)
48 Vgl. Art. 4 aIVV.

zuschlag[49] ersetzt, eine Entschädigung für lebenspraktische Begleitung[50] eingeführt und die Hilflosenentschädigung bei Heimaufenthalt[51] halbiert wurde. Es folgte der *neue Finanzausgleich*,[52] der – mit einer dreijährigen Übergangsfrist – am 1. Januar 2008 in Kraft trat. Seither sind die Kantone für die Subventionierung von Alters- und Pflegeheimen sowie Behinderteneinrichtungen[53] allein zuständig. Der Bund subventioniert nur noch Organisationen der privaten Invalidenhilfe[54] sowie die Pro Senectute, die Pro Infirmis und die Pro Juventute[55] und trägt 5/8 der Ergänzungsleistungen für Heimbewohner.[56]

Mit dem Bundesgesetz über die *Neuordnung der Pflegefinanzierung* vom 13. Juni 2008[57] wurde sodann die Finanzierung der Pflegekosten in der Krankenversicherung neu geregelt, Artikel 25 KVG geringfügig modifiziert[58] und die Leistungskategorie der teilstationären Behandlung aufgehoben, im Bereich der AHV ein Anspruch von Nichtheimbewohnern[59] auf eine Hilflosenentschädigung bereits bei einer leichten Hilflosigkeit eingeführt[60] und die Vermögensfreigrenzen im Ergänzungsleistungsrecht heraufgesetzt.[61] Die erste Etappe der 6. IV-Revision[62] brachte schliesslich den Assistenzbeitrag,[63] der seit dem 1. Januar 2012 beansprucht werden kann.

---

49 Vgl. Art. 42ter Abs. 3 IVG und Art. 39 IVV.

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

51 Vgl. Art. 42ter 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.

52 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.).

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

54 Vgl. Art. 74 IVG.

55 Vgl. Art. 17 Abs. 1 ELG.

56 Vgl. Art. 13 Abs. 2 ELG.

57 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).

58 Mit der Änderung von Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 3 KVG gelten ab 1. Juli 2010 Hausbesuche als ambulante Behandlung.

59 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 BGer 9C_177/2012 vom 03.07.2012 E. 3).

60 Vgl. Art. 43bis Abs. 1 und 1bis AHVG.

61 Vgl. Art. 11 Abs. 1 und Abs. 1bis ELG.

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

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

Die Diskussionen betreffend *Einführung eines Assistenzbeitrages* zwecks Förderung des selbstbestimmten Lebens von Behinderten reichen bis in die 90er Jahre des vergangenen Jahrhunderts zurück. Das bereits im Rahmen der 4. IV-Revision geplante Instrument wurde allerdings nicht umgesetzt. In den Schlussbestimmungen der Änderung vom 21. März 2003 (4. IV-Revision)[64] wurde der Bundesrat aber verpflichtet, «unverzüglich nach Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung einen oder mehrere Pilotversuche, in denen Erfahrungen mit Massnahmen gesammelt werden, die eine eigenverantwortliche und selbstbestimmte Lebensführung von Versicherten mit einem Bedarf an Pflege und Betreuung stärken» in die Wege zu leiten.

Mit Verordnung vom 10. Juni 2005 über den Pilotversuch «Assistenzbudget» wurde dieser Pilotversuch geregelt. Seit dem 1. Januar 2006 wurde der Pilotversuch Assistenzbudget schliesslich in den Kantonen Basel-Stadt, St. Gallen und Wallis durchgeführt. Aufgrund der positiven Ergebnisse schlug der Bundesrat die Einführung eines Assistenzbeitrages vor[65]. Im Rahmen der 6. IVG-Revision (erster Teil 6a) wurde nunmehr ein Assistenzbeitrag eingeführt.[66] Mit dem Assistenzbeitrag soll der Zweck der IV, dem Versicherten eine eigenverantwortliche und selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen,[67] erfüllt werden.

III. Subjektfinanzierung

1. Pflegeversicherungsleistungen

a. Allgemeines

Bund und Kantone gewähren im Rahmen einer Subjektfinanzierung den Pflegebedürftigen zahlreiche Vergütungen für Betreuungs- und Pflegeleistungen. Es handelt sich insbesondere um folgende Vergütungen[68]:

---

64 Vgl. AS 2003, 3837 Ziff. II und BBl 2001, 3205.

65 Vgl. Botschaft 6. IV-Revision, BBl 2010 1865 ff.

66 Vgl. Art. 42quater ff. IVG, Art. 39a ff. IVV und Kreisschreiben über den Assistenzbeitrag (KSAB) sowie Erläuterungen zur Verordnung über die Invalidenversicherung vom 16. November 2011 (nachfolgend Erläuterungen Assistenzbeitrag; online verfügbar unter ‹http://www.bsv.admin.ch/themen/iv/00025/index.html?lang=de› – zuletzt besucht am 3. Mai 2016).

67 Vgl. Art. 1a lit. c IVG.

68 Siehe weiterführend Bischofberger Iren/Landolt Hardy, Absicherung der Pflegebedürftigkeit in der Schweiz, in: ZIAS 2013/52, S. 105 ff, Landolt Hardy, Die Pflegeversicherungsleistungen im Überblick, in: HAVE 2011, S. 115 ff., Landolt Hardy, Die EL als Pflegeversicherung, in: SZS 2011, S. 184 ff., und Landolt Hardy, Das soziale Pflegesicherungssystem. Eine Darstellung der sozialen Pflegeleistungen des Bundes und der Kantone unter besonderer Berücksichtigung der Spital-, Heim- und Hauspflegeleistungen, Bern 2002.

b. Hilflosenentschädigung

Eine solche kennen AHV,[69] Invaliden-,[70] Unfall-[71] und Militärversicherung.[72] Der Anspruch entsteht bei Eintritt einer Hilflosigkeit.[73] Eine Person gilt als hilflos, wenn sie wegen der Beeinträchtigung der Gesundheit für alltägliche Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf.[74] Die spezifischen Ausführungsbestimmungen[75] erwähnen neben der Hilfe bei der Verrichtung von alltäglichen Lebensverrichtungen und der persönlichen Überwachung auch die Pflege und die lebenspraktische Begleitung. Die lebenspraktische Begleitung beinhaltet weder die direkte oder indirekte Dritthilfe bei den sechs alltäglichen Lebensverrichtungen noch die Pflege oder die Überwachung. Sie stellt vielmehr ein zusätzliches und eigenständiges Institut der Hilfe dar.[76] Die Höhe der Hilflosenentschädigung leichten, mittleren oder schweren Grades ist je nach Sozialversicherungszweig unterschiedlich und hängt zudem davon ab, ob sich die hilflose Person in einer Heilanstalt, einer Eingliederungsstätte oder einem Heim befindet.[77]

c. Pflegeentschädigung

Die verschiedenen Sozialversicherungszweige sehen im Rahmen des Heilbehandlungsanspruchs eine unterschiedliche Ersatzpflicht für Pflegeleistungen vor. Die Unterschiede betreffen sowohl die anerkannten Pflegeformen (Spital-, Heim-, Spitex- und Angehörigenpflege) als auch den Umfang der anerkannten Pflege (medizinische und nichtmedizinische Pflege).

Die Heilbehandlung wird, soweit die Leistungen gesetzlich vorgeschrieben sind, ausschliesslich von einer einzigen Sozialversicherung übernommen.[78] Sind die Voraussetzungen des jeweiligen Einzelgesetzes erfüllt, so geht die Heilbehandlung im gesetzlichen Umfang und in nachstehender Reihenfolge zu Lasten:[79]

- der Militärversicherung,
- der Unfallversicherung,
- der Invalidenversicherung,
- der Krankenversicherung.

---

69 Vgl. Art. 43bis AHVG und Art. 66bis AHVV.
70 Vgl. Art. 42 ff. IVG und Art. 35 ff. IVV.
71 Vgl. Art. 26 f. UVG und Art. 37 f. UVV.
72 Vgl. Art. 20 MVG.
73 Art. 37 UVV, der den Beginn des Anspruchs auf eine Hilflosenentschädigung der Unfallversicherung an den Beginn eines allfälligen Rentenanspruchs knüpft, ist verfassungs- und gesetzwidrig (vgl. BGE 133 V 42 E. 3).
74 Vgl. Art. 9 ATSG.
75 Vgl. z.B. Art. 37 IVV und Art. 38 UVV.
76 Vgl. BGE 133 V 450 E. 9.
77 Vgl. Art. 67 Abs. 2 ATSG, Art. 42 Abs. 5 IVG und Art. 42bis Abs. 4 IVG.
78 Vgl. Art. 64 Abs. 1 ATSG.
79 Vgl. Art. 64 Abs. 2 ATSG.

Die *unfallversicherungsrechtliche Pflegeentschädigung* deckt nur Behandlungs-[80] und akzessorische Grundpflegeleistungen[81] sowie Präventionspflege,[82] nicht aber die Grundpflege an sich[83] und auch nicht die Betreuung sowie Überwachung des Versicherten.[84] Die Invalidenversicherung gewährt als finale Volksversicherung medizinische Eingliederungsmassnahmen.[85] Seit dem In-Kraft-Treten der 5. IVG-Revision[86] besteht kein Anspruch auf medizinische Eingliederungsmassnahmen für Erwachsene mehr bzw. nur noch für Versicherte vor dem vollendeten 20. Altersjahr. Dabei ist zu unterscheiden, ob die versicherte Person an einem Geburtsgebrechen leidet oder nicht.[87]

Häusliche, ambulant oder stationär durchgeführte medizinische Massnahmen, wozu theoretisch auch Pflegemassnahmen (Behandlungspflege unter Einschluss der akzessorischen Grundpflege) zählen,[88] werden nur gewährt, wenn sie nicht auf die *Behandlung des Leidens an sich*,[89] sondern unmittelbar auf die Eingliederung ins Erwerbsleben oder in den Aufgabenbereich gerichtet und geeignet sind, das rentenrelevante funktionelle Leistungsvermögen dauernd und wesentlich zu verbessern oder vor wesentlicher Beeinträchtigung zu bewahren.[90] Medizinische Pflegemassnahmen dienen regelmässig der Leidensbehandlung, weshalb die IV für Pflegeleistungen nur ausnahmsweise aufzukommen hat.

Versicherte, die mit einem anerkannten *Geburtsgebrechen* leben,[91] haben bis zum vollendeten 20. Altersjahr Anspruch auf die zur Behandlung von Geburtsgebrechen notwendigen medizinischen Massnahmen.[92] Als medizinische

---

80 Die gemäss UVG versicherten medizinischen Pflegemassnahmen umfassen sämtliche behandlungspflegerischen Verrichtungen, auch solche, die in der Positivliste gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KLV nicht aufgeführt sind.

81 Bei der akzessorischen Grundpflege handelt es sich um grundpflegerische Verrichtungen, die im Zusammenhang mit der Durchführung von behandlungspflegerischen Massnahmen anfallen bzw. notwendig sind. Akzessorisch ist zum Beispiel die grundpflegerische Körperpflege bzw. -reinigung (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV) nach behandlungspflegerischer Darmentleerung (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 11 KLV). Die Frage, ob akzessorische Grundpflege nach Art. 18 Abs. 1 UVV zu entschädigen oder bereits durch die Hilflosenentschädigung abgedeckt ist, kann im Lichte der in E. 3 und E. 7.1 hievor dargelegten Praxis nicht generell beantwortet werden; dies muss in jedem Einzelfall mit Blick auf die konkret zur Diskussion stehende pflegerische Handlung geprüft werden (Urteil BGer 8C_1037/2012 vom 12.07.2013 E. 7.2).

82 Vgl. Art. 21 Abs. 1 lit. d UVG.

83 Vgl. Art. 10 Abs. 1 UVG und Art. 18 UVV.

84 Siehe z.B. Urteil Sozialversicherungsgericht des Kt. Zürich UV.2007.00455 vom 28.01.2009 E. 4.3.

85 Vgl. Art. 12 ff. IVG.

86 Am 01.01.2008 erfolgt.

87 Vgl. Art. 12 und 13 IVG.

88 Vgl. BGE 120 V 280 E. 3b.

89 Eine Behandlung des Leidens an sich stellen insbesondere die Behandlung von Verletzungen, Infektionen sowie inneren und parasitären Krankheiten dar (vgl. Art. 2 Abs. 4 IVV).

90 Vgl. Art. 12 Abs. 1 IVG.

91 Siehe dazu Anhang Verordnung vom 9. Dezember 1985 über Geburtsgebrechen (GgV).

92 Vgl. Art. 13 IVG.

Massnahmen, die für die Behandlung eines Geburtsgebrechens notwendig sind, gelten sämtliche Vorkehren, die nach bewährter Erkenntnis der medizinischen Wissenschaft angezeigt sind und den therapeutischen Erfolg in einfacher und zweckmässiger Weise anstreben.[93] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zählt die tägliche Krankenpflege nicht zu den medizinischen Massnahmen, weil ihr kein therapeutischer Charakter im eigentlichen Sinn zukommt.[94] Pflegemassnahmen i.S.v. Art. 13 f. IVG können nur solche pflegerischen Verrichtungen darstellen, die von diplomiertem Pflegepersonal ausgeführt werden müssen und auch ausgeführt werden. Vorkehren – auch lebenserhaltender Art –, die eine medizinisch oder pflegerisch nicht geschulte Person, insbesondere Angehörige, auszuführen in der Lage ist oder dazu angeleitet werden kann, stellen von vornherein keine medizinische Massnahmen dar.[95] Die fragliche Rechtsprechung des Bundesgerichts hat für grosse Irritation in der Praxis gesorgt, weil die IV-Stellen bislang Entlastungseinsätze der Kinderspitex entschädigten. Das Bundesamt für Sozialversicherungen hat in der Folge mit dem IV-Rundschreiben Nr. 297 vom 01.02.2011 bzw. mit dem IV-Rundschreiben Nr. 308 vom 27.02.2012 die gemäss Art. 13 f. IVG leistungspflichtigen Pflegemassnahmen im Bereich der Kinderspitex konkretisiert.[96]

Pflegerelevant ist sodann der den Minderjährigen zukommende *Intensivpflegezuschlag*. Dieser wird insbesondere gewährt für den Mehrbedarf an Behandlungs- und Grundpflege und dauernder Überwachung im Vergleich zu nicht behinderten Minderjährigen gleichen Alters.[97] Zwischen der Pflegeentschädigung gemäss Art. 13 f. IVG einerseits und dem im Rahmen der 4. IVG-Revision im Jahr 2004 nebst der Hilflosenentschädigung neu eingeführten Intensivpflegezuschlag andererseits gilt der Grundsatz der Alternativität. Alle nicht unter Art. 13 f. IVG fallenden Pflegeleistungen werden invalidenversicherungsrechtlich durch die Hilflosenentschädigung und den Intensivpflegezuschlag abgegolten.[98]

Die *Krankenversicherung* ist als finale Sozialversicherung sowohl bei einer krankheits- als auch einer unfallbedingten Pflegebedürftigkeit anwendbar, in letzterem Fall aber nur subsidiär zur Unfall- bzw. Invalidenversicherung und insoweit die Leistungsvoraussetzungen der Krankenversicherung erfüllt sind.[99] Im Gegensatz zur Unfallversicherung sind im Anwendungsbereich der Kran-

93 Vgl. Art. 2 Abs. 3 GgV.
94 Vgl. BGE 136 V 209 ff.
95 Ibid.
96 Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen hat erwogen, dass die in den vorerwähnten IV-Rundschreiben Nr. 297 und 308 vorgenommene Aufzählung der leistungspflichtigen Pflegemassnahmen für den Richter lediglich eine Auslegungshilfe darstellen und in jedem Fall nicht als abschliessend zu verstehen sind. Siehe Urteil Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen IV 2011/268 vom 16.11.2011.
97 Vgl. Art. 39 Abs. 2 und 3 IVV.
98 Vgl. BGE 136 V 209 E. 10.3.
99 Vgl. Art. 1a Abs. 2 lit. b KVG.

kenversicherung sowohl (die in der Positivliste aufgeführten) Behandlungs- als auch Grundpflegepflegeleistungen,[100] nicht aber Betreuungs- und Überwachungs- sowie hauswirtschaftliche Leistungen versichert. Eine *Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten*, worunter auch ungedeckte Kosten für Hilfe, Pflege und Betreuung zu Hause sowie in Tagesstrukturen fallen, kann von den Bezügern einer jährlichen Ergänzungsleistung beansprucht werden.[101]

d. Assistenzbeitrag

Der Anspruch auf einen Assistenzbeitrag steht Versicherten zu, denen eine Hilflosenentschädigung der IV ausgerichtet wird, die zu Hause leben und die volljährig sind.[102] Der Anspruch auf einen Assistenzbeitrag steht weder den Bezügern einer Hilflosenentschädigung der Unfall-[103] bzw. der Militärversicherung[104] noch den Bezügern einer Hilflosenentschädigung der AHV[105] zu. Die IV-Stelle berechnet die Höhe des Assistenzbeitrages pro Monat und pro Jahr.[106] In einem ersten Schritt wird der tägliche Hilfebedarf[107] ermittelt und anschliessend mit 365 multipliziert und durch 12 dividiert, was den monatlichen Assistenzbedarf ergibt. Allfällige Zuschläge und Kürzungen sind hinzuzurechnen bzw. in Abzug zu bringen[108]. Steht der monatliche Assistenzbedarf fest, ist der Zeitaufwand der Hilfeleistungen, die durch die Hilflosenentschädigung,[109] die Beiträge für Dienstleistungen Dritter an Stelle eines Hilfsmittels[110] und den für die Grundpflege[111] ausgerichteten Beitrag der obligatorischen Krankenpflegeversicherung an Pflegeleistungen[112] abgegolten sind,[113] in Abzug zu bringen.[114]

---

100 Vgl. Art. 25a KVG und Art. 7 Abs. 1 KLV.

101 Vgl. Art. 14 Abs. 1 ELG.

102 Vgl. Art. 42^{quater} Abs. 1 IVG. Siehe Art. 39a f. IVV betreffend ausnahmsweiser Gewährung eines Assistenzbeitrages an minderjährige Versicherte bzw. Versicherte mit eingeschränkte Handlungsfähigkeit.

103 Vgl. Art. 26 f. UVG.

104 Vgl. Art. 20 MVG.

105 Vgl. Art. 43bis AHVG.

106 Vgl. Art. 39e Abs. 1 und Art. 39 g Abs. 1 IVV.

107 Vgl. Art. 39c IVV.

108 Vgl. Rz. 4101 ff. KSAB.

109 Vgl. Art. 42 ff. IVG.

110 Vgl. Art. 21ter Abs. 2 IVG.

111 Kein Koordinationsbedarf besteht in Bezug auf behandlungspflegerische Leistungen, da diese beim Assistenzbeitrag nicht angerechnet (vgl. Art. 42^{sexies} Abs. 3 IVG) und ausschliesslich von der Kranken- und Unfallversicherung gedeckt werden (vgl. Art. 25*a* KVG und Art. 7 Abs. 2 lit. b KLV und Art. 18 UVV). Rz. 4110 KSAB sieht demgegenüber einen Abzug der medizinischen Massnahmen gemäss Art. 13 IVG vor.

112 Vgl. Art. 25a KVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV.

113 Vgl. Art. 42^{sexies} Abs. 1 und 3 IVG.

114 Vgl. Rz. 4105 ff. KSAB. Im KSAB wird vorgesehen, dass die Hilflosenentschädigung und die Dienstleistungen Dritter mit dem ordentlichen Stundenansatz dividiert und die resultierende Stundenanzahl in Abzug gebracht wird (vgl. Rz. 4107 f. KSAB), zusätzlich sind die von der

e. Pflegehilfsmittel

Eine Betreuungs- und Pflegebedürftigkeit zieht normalerweise Kosten für Pflegehilfsmittel (Pflegebett, Rollstuhl, Duschrollstuhl etc.) nach sich. Zudem fallen für die Inkontinenzpflege sowie die Dekubitusprophylaxe je nach Art der Lähmung Auslagen an. Die Pflegehilfsmittel werden einerseits von der Krankenversicherung im Rahmen der Mittel und Gegenstände-Liste (sog. MiGel-Liste)[115] und andererseits von der Invalidenversicherung übernommen. Der Versicherte hat Anspruch auf die in den jeweiligen Hilfsmittellisten aufgeführten Hilfsmittel,[116] unabhängig davon, ob er das fragliche Hilfsmittel oder ein gleichwertiges Hilfsmittel bereits angeschafft hat.[117] Ergänzt wird der bundesrechtliche Pflegehilfsmittelanspruch durch die im kantonalen Recht geregelte Kostenübernahme für Hilfsmittel im Rahmen der Vergütung für Krankheits- und Behinderungskosten.[118]

f. Entschädigung für Dienstleistungen Dritter

Invaliden-[119] und Militärversicherung[120] sehen einen Anspruch auf Dienstleistungen Dritter vor. Voraussetzung für diesen Anspruch ist, dass der Versicherte die Voraussetzungen für die Abgabe eines bestimmten Hilfsmittels erfüllen würde, dieses aber wegen Gegebenheiten, die in seiner Person liegen, nicht benützen kann.[121] An Stelle des Hilfsmittels erhält der Versicherte in einem solchen Fall eine Geldleistung.

Krankenversicherung durchschnittlich entschädigten Grundpflegestunden abzuziehen (vgl. Rz. 4109 KSAB).

115 Anhang 2 zur KLV (verfügbar unter ‹http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00263/00264/04184/index.html› – zuletzt besucht am 3. Mai 2016).

116 Vgl. Art. 21 f. IVG und HVI, Art. 11 UVG und HVUV, Art. 21 MVG.

117 Vgl. Art. 2 Abs. 5 HVI.

118 Vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. f ELG. Im Kanton Zürich sind beispielsweise folgende Hilfsmittel gemäss § 16 Abs. 3 lit. b ZLV versichert:
- kostspielige orthopädische Änderungen/Schuhzurichtungen an Konfektionsschuhen;
- automatische Zusätze zu Sanitäreinrichtungen, sofern ein zu Hause lebender Versicherter ohne diesen Behelf allein nicht zur betreffenden Körperhygiene fähig ist;
- Krankenheber, sofern ärztlich bescheinigt ist, dass ein Krankenheber für die Hauspflege notwendig ist;
- Elektrobetten, sofern ärztlich bescheinigt ist, dass ein Elektrobett für die Hauspflege eine absolute Notwendigkeit darstellt;
- Nachtstühle bei zu Hause lebenden Personen;
- Aufzugständer (Bettgalgen) bei zu Hause lebenden Personen;
- Inkontinenzschutzmittel (Urininkontinenz) bei mittlerer, schwerer oder totaler Inkontinenz.

119 Vgl. Art. 21bis Abs. 2 IVG. Die Regeln der IV gelten sinngemäss auch für die AHV (vgl. Art. 4 HVU).

120 Vgl. Art. 21 Abs. 4 MVG.

121 Vgl. BGE 112 V 11 E. 1a und EVGE 1968, S. 272.

g. Betreuungsgutschriften

Die Betreuungsgutschriften bestehen in einer jährlichen Rentengutschrift für Angehörige, die hilflose Personen im gleichen Haushalt betreuen, sofern diese mindestens in mittlerem Grad hilflos sind.[122] Die Rechtsprechung hat geklärt, dass es genügt, wenn die betreute Person hilflos ist und eine Hilflosenentschädigung der AHV/IV oder der Unfallversicherung[123] beanspruchen könnte. Ob sie tatsächlich eine Hilflosenentschädigung bezieht, ist unerheblich.[124]

2. Pflegesozialleistungen

a. Steuerabzüge

Von den gesamten steuerbaren Einkünften werden die zu ihrer Erzielung notwendigen Aufwendungen und die allgemeinen Abzüge abgerechnet. Als allgemeine Abzüge gelten Krankheits- und Unfallkosten sowie die behinderungsbedingten Kosten des Steuerpflichtigen oder der von ihm unterhaltenen Personen mit Behinderungen im Sinne des Behindertengleichstellungsgesetzes vom 13. Dezember 2002, soweit der Steuerpflichtige die Kosten selber trägt[125]. Die Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV hat die Ausführungsbestimmungen mit Kreisschreiben Nr. 11: Abzug von Krankheits- und Unfallkosten sowie von behinderungsbedingten Kosten geregelt.[126]

b. Kantonale Förderung der Angehörigenpflege

Eine finanzielle Förderung der Angehörigenpflege erfolgt ferner im kantonalen Recht durch besondere Steuerabzüge[127] und gesundheitsrechtliche Pflegeentschädigungen.[128] Diese werden dabei in der Regel dem pflegenden Angehörigen und zudem unabhängig davon ausgerichtet, ob der Pflegebedürftige die Voraussetzungen der seit 2008 kantonalisierten Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten erfüllt.[129]

c. Sozialhilfe

Die Betreuungs- und Pflegekosten, die von keinem anderen Sicherungssystem gedeckt werden, sind von der Sozialhilfe zu tragen. Die Sozialhilfe ist von der

---

122 Vgl. Art. 29^{septies} AHVG und Art. 52 g ff. AHVV.
123 Siehe BGE 127 V 113 ff.
124 Vgl. BGE 126 V 435 ff.
125 Vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. h^{bis} StHG und Art. 33 Abs. 1 lit. h^{bis} DBG.
126 Siehe Ziff. 3.2.6 f. und 4.3.1 ff. Kreisschreiben Nr. 11.
127 Siehe z.B. § 42 I d StG AG (CHF 3 000) und Art. 28 lit. g StG BE.
128 Vgl. § 24 lit. c SPG AG und § 21 lit. b SPV AG (Pflegeentschädigung in der Höhe der maximalen Waisenrente gemäss AHVG), § 11 SpitexG BS und §§ 6 ff. SpitexVO BS (ab einer Stunde Pflegebedürftigkeit pro Tag, maximal 35 % des Höchstbetrages der AHV-Rente) und Art. 4 HPflG FR (Pauschalentschädigung von CHF 25 pro Tag).
129 Vgl. Art. 14 Abs. 1 ELG.

Nothilfe[130] zu unterscheiden und von den Kantonen zu regeln. Jeder Kanton hat eine eigene Sozialhilfegesetzgebung und verweist darin regelmässig auf die Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe.[131] Diese sehen eine Grunddeckung (Grundbedarf für Lebensunterhalt, Wohnungskosten zuzüglich Krankenversicherungsprämie) und situationsbedingte Leistungen vor. Der Grundbedarf für den Lebensunterhalt beinhaltet die Kosten für Gesundheitspflege ohne Selbstbehalte und Franchisen (z.B. selbst gekaufte Medikamente).[132]

Die situationsbedingten Leistungen betreffend Pflege und Betreuung sind die Folgenden:

- Unter den Titel *krankheits- und behinderungsbedingte Auslagen* fallen Kosten für Leistungen, die nicht im Rahmen der medizinischen Grundversorgung liegen, aber im konkreten Einzelfall sinnvoll und nutzbringend sind. Vergütet werden Mehrauslagen im Zusammenhang mit Hilfe, Pflege und Betreuung zu Hause oder in Tagesstrukturen, Transport zur nächstgelegenen Behandlungsstelle und Hilfsmittel.[133]
- Die Vergütung von *Erwerbskosten und Auslagen für nicht lohnmässig honorierte Leistungen* umfassen auch die effektiven Kosten, die im Zusammenhang mit der Erbringung anderer, nicht lohnmässig honorierter Leistungen (Freiwilligen- oder Nachbarschaftsarbeit, Pflege von Familienangehörigen, Teilnahme an Integrations- oder Qualifikationsprogrammen, Stellensuche etc.) anfallen. Die effektiven mit solchen von der Sozialhilfe erwünschten und geförderten Tätigkeiten zusammenhängenden zusätzlichen Kosten sind bei der Budgetierung vollumfänglich zu berücksichtigen. Für die Mehrkosten auswärts eingenommener Hauptmahlzeiten gilt allgemein ein Ansatz von CHF 8–10 pro Mahlzeit. Diese Kosten dürfen nicht mit Integrationszulagen oder Einkommens-Freibeträgen verrechnet werden.[134]
- Eine *Integrationszulage* wird nichterwerbstätigen Personen gewährt, die das 16. Lebensjahr vollendet haben und sich besonders um ihre soziale und/oder berufliche Integration sowie um diejenige von Menschen in ihrer Umgebung bemühen. Die Integrationszulage beträgt je nach der erbrachten Leistung und ihrer Bedeutung für den Integrationsprozess zwischen CHF 100 und 300 pro Person und Monat. Diese Bandbreite stellt einen verbindlichen Handlungsrahmen dar, innerhalb dessen die zuständigen Sozialhilfeorgane die Einzelheiten der Anwendung festlegen können. Über die Integrationszulage sollen berufliche Qualifizierung, Schulung und Ausbildung, gemein-

130 Dazu supra B/III/1/c.

131 Vgl. ‹http://www.skos.ch/store/pdf_d/richtlinien/richtlinien/RL_deutsch_2012.pdf› (zuletzt besucht am 3. Mai 2016).

132 Vgl. B.2.1 SKOS-Richtlinien 2012.

133 Vgl. C.1.1 SKOS-Richtlinien 2012.

134 Vgl. C.1.2 SKOS-Richtlinien 2012.

nützige oder nachbarschaftliche Tätigkeit sowie die Pflege von Angehörigen finanziell honoriert und gefördert werden.[135]

IV. Objektfinanzierung

1. Allgemeines

Ergänzend zur Subjektfinanzierung sehen Bund und Kantone eine Objektfinanzierung von Behinderteneinrichtungen[136], Pflegedienstleistungsunternehmen[137] und Hilfsorganisationen[138] vor. Je nachdem, ob die Subvention vom individuellen Betreuungsaufwand des Pflegebedürftigen abhängt oder nicht, spricht man von einer *subjektorientierten Objektfinanzierung* (mitunter auch indirekte oder unechte Subjektfinanzierung genannt) oder einer *reinen Objektfinanzierung*.[139] Die Kantone können in den Bereichen, in denen sie zur Finanzierung der durch Versicherungsleistungen nicht gedeckten Heim-[140] bzw. Pflegekosten[141] verpflichtet sind, wählen, ob sie eine Objekt- oder (unechte) Subjektfinanzierung vorsehen wollen.[142]

Die stationären und ambulanten Pflegedienstleistungsunternehmen werden – seit Inkrafttreten der neuen Pflegefinanzierung ausschliesslich – von den Kantonen subventioniert. Bei den stationären Pflegebetrieben ist zwischen *Spitälern* i.S.v. Art. 39 Abs. 1 KVG, *Pflegeheimen* i.S.v. Art. 39 Abs. 3 KVG und *anderen Heimen*, insbesondere *Behinderteneinrichtungen* i.S.v. Art. 3 IFEG[143] zu

---

135 Vgl. C.2 SKOS-Richtlinien 2012.

136 Die Invalidenversicherung gewährt den sprachregional oder national tätigen Dachorganisationen der private Invalidenfachhilfe oder -selbsthilfe Beiträge an die Kosten im Zusammenhang mit der Beratung und Betreuung Invalider, der Beratung der Angehörigen von invaliden Personen und Kurse zur Ertüchtigung Invalider sowie mit dem begleiteten Wohnen (vgl. Art. 74 Abs. 1 IVG und Art. 108bis Abs. 1 lit. e IVV sowie Korrigiertes Kreisschreiben über die Beiträge an Organisationen der privaten Behindertenhilfe [KSBOB], gültig für Beiträge für die Betriebsjahre 2015 – 2018, vom 15.10.2014 und Kreisschreiben über die Beiträge an Organisationen der privaten Behindertenhilfe für Leistungen im Bereich des Begleiteten Wohnens [KSBW] vom 30.03.2007).

137 Vgl. Art. 25a KVG.

138 Vgl. Art. 74 IVG und Art. 17 Abs. 1 ELG.

139 Der Unterschied zwischen der echten Subjektfinanzierung (im Rahmen von Pflegeversicherungsleistungen oder Pflegesozialleistungen) und der unechten Subjektfinanzierung (im Rahmen von staatlichen Finanzhilfen) besteht darin, dass erstere der pflegebedürftigen Person, letztere dem Pflegedienstleistungsunternehmen ausgerichtet werden.

140 Vgl. Art. 13 Abs. 2 ELG.

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

142 Vgl. BGE 138 V 481 = Pra 2013 Nr. 31 E. 5.3.

143 Gemäss Art. 3 IFEG gelten als Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen:
- Werkstätten, die dauernd intern oder an dezentral ausgelagerten Arbeitsplätzen invalide Personen beschäftigen, die unter üblichen Bedingungen keine Erwerbstätigkeit ausüben können,
- Wohnheime und andere betreute kollektive Wohnformen für invalide Personen,
- Tagesstätten, in denen invalide Personen Gemeinschaft pflegen und an Freizeit- und Beschäftigungsprogrammen teilnehmen können.

unterscheiden.[144] Die ambulanten Pflegedienstleistungsunternehmen sind entweder Spitex-Organisationen[145] oder freiberuflich tätige Pflegefachpersonen.[146] Die Finanzierung des Aufenthalts in einem Pflegeheim und in einer Behinderteneinrichtung richtet sich nach *unterschiedlichen Grundsätzen*.

Bundesrechtlich geregelt ist die *Restkostenfinanzierungspflicht für Pflegeheime*[147] und für soziale Einrichtungen (Behinderteneinrichtungen).[148] Das kantonale Recht sieht denn auch je Erlasse für Pflegeheime und Behinderteneinrichtungen vor.[149] Für soziale Einrichtungen, die ausnahmsweise auch auf der Pflegeheimliste geführt werden, finden ausschliesslich die Vorschriften des IFEG und die dazu ergangene kantonale Ausführungsgesetzgebung Anwendung.[150] Die Subventionierung von anderen Heimen bzw. sozialen Einrichtungen, insbesondere von Altersheimen, richtet sich ausschliesslich nach dem kantonalen Recht.

2. *Restkostenfinanzierung gemäss KVG*

Die durch Pflegekostenbeitrag und Pflegekostenselbstbehalt nicht gedeckten Pflegekosten sind vom Wohnsitzkanton zu regeln.[151] Soweit zugelassene Leistungserbringer die versicherten Pflegeleistungen erbringen, ist der Kanton vorbehaltlos zur Subventionierung der ungedeckten Pflegerestkosten verpflichtet.[152] Er kann die Restkostenfinanzierungspflicht den Gemeinden übertragen[153] und Normkosten vorsehen.[154] 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.[155]

---

144 Art. 25a ELV unterscheidet nicht zwischen Pflegeheim und Behinderteneinrichtung. Als Heim gilt jede Einrichtung, die von einem Kanton als Heim anerkannt wird oder über eine kantonale Betriebsbewillligung verfügt. Hat die IV-Stelle eine versicherte Person im Zusammenhang mit der Gewährung einer Hilflosenentschädigung als Heimbewohnerin im Sinne von Art. 42ter Abs. 2 IVG eingestuft, so gilt sie auch für den Anspruch auf Ergänzungsleistungen als Heimbewohnerin.

145 Vgl. Art. 51 KVV.

146 Vgl. Art. 49 KVV.

147 Siehe dazu Art. 25a Abs. 5 KVG.

148 Siehe dazu IFEG.

149 Exemplarisch zum Beispiel der Kanton Zürich: Pflegegesetz vom 27.09.2010 (855.1) und Verordnung über die Pflegeversorgung vom 22.11.2010 (855.11) sowie Gesetz über Invalideneinrichtungen für erwachsene Personen (IEG) vom 01.10.2007 (855.2) und Verordnung über Invalideneinrichtungen für erwachsene Personen (IEV) vom 12.12.2007 (855.21).

150 Vgl. z.B. § 1 Abs. 2 des zürcherischen Pflegegesetzes vom 27.09.2010 (855.1).

151 Vgl. Art. 25a Abs. 5 KVG und BGE 140 V 563 E. 5.4.1 f.

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

153 Vgl. Urteil BGer 2C_864/2010 vom 24.03.2011 E 4.2.

154 Vgl. Urteil BGer 2C_728/2011 vom 23.12.2011 E. 4.

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

Es besteht lediglich ein indirekter Anspruch gestützt auf das Gleichbehandlungsgebot.[156] Eine ungleiche Restkostenfinanzierung innerhalb derselben Pflegebranche, beispielsweise der freiberuflich tätigen Pflegefachpersonen und der Spitex-Organisationen, verletzt das Gleichbehandlungsgebot nicht.[157] Folglich kann der kantonale Restkostenfinanzierungsanteil der Spitex-Organisationen und der freiberuflich tätigen Pflegefachpersonen unterschiedlich hoch festgesetzt werden. Freiberuflich tätige Pflegefachpersonen, die ausserhalb der Öffnungszeiten der Spitex-Organisation mit Leistungsauftrag, Pflegedienstleistungen erbringen, haben keinen Anspruch auf höhere Beiträge.[158] Die Kantone können zudem Heime bevorzugt behandeln, die bereit sind, eine Leistungsvereinbarung abzuschliessen.[159] 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.

3. Restkostenfinanzierung gemäss IFG

Die Behinderteneinrichtungen wurden bis zum In-Kraft-Treten des Neuen Finanzausgleichs am 1. Januar 2008 durch den Bund gestützt auf Art. 74 f. IVG und die Kantone subventioniert. Die Kantone sind seit 1. Januar 2011 verpflichtet, für die auf ihrem Gebiet befindlichen Heime und Behinderteneinrichtungen eine Versorgungs- und Subventionierungsregelung zu implementieren[160]. Die für eine Behinderteneinrichtung geltenden Finanzierungsgrundsätze sind im Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen (IFEG) und subsidiär dem kantonalen Recht geregelt.

156 Ibid. E. 4.2.5.
157 Vgl. Urteil BGer 2C_228/2011 vom 23.06.2012 E. 4.
158 Vgl. Urteil BGer 9C_235/2015 vom 17.12.2015 (BGE-Publikation) E. 5.
159 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).
160 Vgl. Art. 10 IFEG.

Das IFEG sieht in Artikel 7[161] eine *Kostenbeteiligung des Wohnsitzkantons* des Behinderten vor, der sich in einer anerkannten Institution aufhält, und zwar unabhängig davon, ob sich die Behinderteneinrichtung in- oder ausserhalb des Wohnkantons befindet. Die Kostenbeteiligung muss so hoch sein, dass «keine invalide Person wegen dieses Aufenthaltes Sozialhilfe benötigt».[162] Sieht das kantonale Recht die Kostenbeteiligung durch Subventionen an anerkannte Institutionen oder an invalide Personen vor, so muss ein Rechtsanspruch auf diese Subventionen gewährleistet sein.[163]

Die Details der Kostenbeteiligung werden in der *Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen (IVSE) vom 13. Dezember 2002* (Stand 1. Januar 2008) geregelt[164], die an Stelle der Interkantonalen Vereinbarung über Vergütungen an Betriebsdefizite und die Zusammenarbeit zu Gunsten von Kinder- und Jugendheimen sowie von Behinderteneinrichtungen (Heimvereinbarung) vom 2. Februar 1984 getreten ist.[165] Die IVSE bezweckt, die Aufnahme von Personen mit besonderen Betreuungs- und Förderungsbedürfnissen in geeigneten Einrichtungen ausserhalb ihres Wohnkantons ohne Erschwernisse zu ermöglichen, und ist nur auf interkantonale Sachverhalte anwendbar.[166]

Das IFEG schreibt den Kantonen nicht vor, ob *Versicherungsleistungen oder Subventionen* vorzusehen sind. Festgehalten wird lediglich, dass ein *Rechtsanspruch auf Subventionen* gewährleistet sein muss, wenn das kantonale Recht die Kostenbeteiligung durch Subventionen an anerkannte Institutionen oder an invalide Personen vorsieht.[167] Damit die Unterbringung von Geschädigten in geeigneten Institutionen sichergestellt ist, verpflichtet der Bundesgesetzgeber die Kantone, ein Bedarfs- und Behindertenkonzept zu erstellen, und den Wohn-

---

161 Art. 7 IFEG lautet:
«[1] Die Kantone beteiligen sich soweit an den Kosten des Aufenthalts in einer anerkannten Institution, dass keine invalide Person wegen dieses Aufenthaltes Sozialhilfe benötigt. [2] 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 der Kanton sich im Rahmen von Absatz 1 an den Kosten des Aufenthalts in einer anderen Institution beteiligt, welche die Voraussetzungen nach Artikel 5 Absatz 1 erfüllt.»

162 Vgl. Art. 7 Abs. 1 IFEG.

163 Vgl. Art. 8 IFEG.

164 Siehe dazu ‹http://www.sodk.ch/ueber-die-sodk/ivse.html› (zuletzt besucht am 3. Mai 2016).

165 Siehe ferner das bis zum 31.12.2010 geltende Kreisschreiben über die Gewährung von Betriebsbeiträgen an Wohnheime, kollektive Wohnformen und Tagesstätten für Behinderte (Wohnheim-Kreisschreiben [KSWH], gültig ab 01.012007).

166 Ein interkantonaler Sachverhalt liegt vor, wenn eine invalide Person vor ihrem Eintritt in eine Behinderteneinrichtung ihren zivilrechtlichen Wohnsitz nicht in dem Kanton gehabt hat, in dem sich die Einrichtung befindet. Im innerkantonalen Verhältnis dagegen gelten die Bestimmungen des kantonalen und kommunalen Rechts sowie die bundesrechtlichen Vorgaben. Vgl. Kommentar der Konferenz der kantonalen Sozialdirektoren zur Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen (IVSE) (gültig ab 01.01.2008, abrufbar unter ‹http://www.sodk.ch/ueber-die-sodk/ivse/regelwerke.html› [zuletzt besucht am 3. Mai 2016]) zu Artikel 1 IVSE.

167 Vgl. Art. 8 IFEG.

sitzkanton, im inner- und ausserkantonalen Verhältnis eine Kostenbeteiligung zu erbringen.[168]

Bei einem *Aufenthalt in einer ausserkantonalen Behinderteneinrichtung* besteht gemäss Art. 28 Abs. 2 IVSE eine Kostenbeteiligungspflicht der Pflegebedürftigen. Sie haben die Kosten der Leistungsabgeltung teilweise oder vollständig aus ihrem Einkommen und aus Anteilen des Vermögens zu tragen. Die Berechnung der Kostenbeteiligung erfolgt dabei nach den im Wohnsitz- und nicht den im Standortkanton geltenden Regeln.[169]

C. Unklarheiten und Wertungswidersprüche

I. Enigmatischer Pflegebegriff

1. Allgemeines

Das derzeitige Pflegefinanzierungssystem, das zwischen subjekt- und objektfinanzierten Leistungen einerseits und unterschiedlichen Finanzierungsträgern (Bund, Kantonen und Gemeinden sowie Privatpersonen) andererseits unterscheidet, ist nicht nur in höchstem Masse komplex und unübersichtlich, sondern weist zahlreiche Unklarheiten und Wertungswidersprüche auf. Diese beginnen bereits beim Pflegebegriff.

2. Medizinischer und juristischer Pflegebegriff

a. Allgemeines

In der Botschaft zur Neuordnung der Pflegefinanzierung wird explizit festgehalten, dass es sich bei der Pflege um eine «umfassende, ausgesprochen vielschichtige und mehrdimensionale Tätigkeit [handelt], die sich einer scharfen Definition weitgehend entzieht».[170] Die Rechtsprechung hebt ferner hervor, dass der biopsychosoziale Gesundheitsbegriff der WHO – im Versicherungsrecht – nicht massgeblich ist[171] und zudem der rechtliche nicht mit dem medizinischen Krankheitsbegriff übereinstimmt.[172] Entsprechendes gilt auch für den Pflegebegriff. Die juristischen Begriffe «Pflege» bzw. «Pflegebedürftigkeit» und ihre Äquivalenzbegriffe wie derjenige der Hilflosigkeit sind von den – in der Schweiz – im Zeitpunkt ihres Erlasses vertretenen Pflegetheorien beeinflusst, weisen aber einen eigenen Bedeutungsgehalt auf.

---

168 Vgl. Art. 2 und 7 IFEG.

169 Vgl. Art. 28 Abs. 3 IVSE.

170 Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung vom 16. Februar 2005 = BBl 2005, 2033 ff., 2039 f.

171 Statt vieler BGE 127 V 294 E. 5a und Urteile des BGer 9C_830/2007 vom 29.07.2008 E. 4.2 und I 278/06 vom 18.05.2007 E. 4.2.

172 Vgl. BGE 116 V 239 E. 3a.

b. Hilflosigkeitsbegriff

Die verschiedenen Pflegemodelle konkretisieren die «Activities of daily living» bzw. Aktivitäten des täglichen Lebens unterschiedlich. Nancy Roper etwa definierte zwölf Lebensaktivitäten,[173] ähnlich Liliane Juchli[174], während Virginia Henderson 14 Lebensaktivitäten[175] und Monika Krohwinkel 13 Lebensaktivitäten[176] postulierten. Anlässlich der Einführung der Hilflosenentschädigung standen diese Pflegetheorien Pate.

Die alltäglichen Lebensverrichtungen betreffen – im Gegensatz zu den vorerwähnten Pflegemodellen – nur sechs Bereiche:[177]

- Ankleiden und Auskleiden (inkl. allfälliges Anziehen oder Ablegen der Prothese),
- Aufstehen, Absitzen und Abliegen (inkl. ins Bett gehen oder das Bett verlassen),
- Essen (Nahrung ans Bett bringen, Nahrung zerkleinern, Nahrung zum Mund führen, Nahrung pürieren und Sondenernährung),
- Körperpflege (Waschen, Kämmen, Rasieren, Baden/Duschen),
- Verrichten der Notdurft (Ordnen der Kleider, Körperreinigung/Überprüfen der Reinlichkeit, unübliche Art der Verrichtung der Notdurft) und
- Fortbewegung (in der Wohnung, im Freien, Pflege gesellschaftlicher Kontakte).

---

173 1. für eine sichere Umgebung sorgen, 2. Kommunizieren, 3. Atmen, 4. Essen und Trinken, 5. Ausscheiden, 6. Sich sauber halten und kleiden, 7. Körpertemperatur regeln, 8. Sich bewegen, 9. Arbeiten und Spielen, 10. Sich als Mann, Frau fühlen und verhalten, 11. Schlafen und 12. Sterben – weiterführend ‹http://de.wikipedia.org/wiki/Nancy_Roper› (zuletzt besucht am 3. Mai 2016).

174 1. Wach sein und schlafen, 2. Sich bewegen, 3. Sich waschen und kleiden, 4. Essen und Trinken, 5. Ausscheiden, 6. Körpertemperatur regulieren, 7. Atmen, 8. Sich sicher fühlen und verhalten, 9. Raum und Zeit gestalten – Arbeiten und Spielen, 10. Kommunizieren, 11. Kind, Frau, Mann sein, 12. Sinn finden im Werden, Sein, Vergehen – weiterführend ‹http://de.wikipedia.org/wiki/Liliane_Juchli› und ‹http://de.wikipedia.org/wiki/Aktivitäten_des_täglichen_Lebens› (zuletzt besucht am 3. Mai 2016).

175 1. Normale Atmung, 2. Angemessene Nahrungs- und Flüssigkeitsaufnahme, 3. Ausscheidung mittels aller Ausscheidungsorgane, 4. Bewegung und Einhaltung der gewünschten Lage, 5. Ruhe und Schlaf, 6. Auswahl passender Kleidung, An- und Ausziehen, 7. Aufrechterhaltung normaler Körpertemperatur, 8. Sauberkeit und Körperpflege, Schutz des Äußeren, 9. Vermeidung von Gefahren in seiner Umgebung und einer Gefährdung anderer, 10. Zum Ausdruck bringen von Empfindungen, Nöten, Furcht oder Gefühlen im Umgang mit anderen, 11. Gott zu dienen entsprechend seinem persönlichen Glauben, 12. Befriedigende Beschäftigung, 13. Spiel oder Teilnahme an verschiedenen Unterhaltungsformen, 14. Lernen, entdecken oder befriedigen der Wissbegier, die zu einer normalen Entwicklung und Gesundheit führen – weiterführend ‹http://de.wikipedia.org/wiki/Virginia_Henderson› (zuletzt besucht am 3. Mai 2016).

176 1. Kommunizieren können, 2. Sich bewegen können, 3. Vitale Funktionen des Körpers aufrechterhalten können, 4. Sich pflegen können, 5. Essen und trinken können, 6. Ausscheiden können, 7. Sich kleiden können, 8. Ruhen und schlafen können, 9. Sich beschäftigen können, 10. Sich als Mann/Frau fühlen können, 11. Für Sicherheit in der Umgebung sorgen können, 12. Soziale Bereiche des Lebens sichern können, 13. Mit existenziellen Erfahrungen des Lebens umgehen können – weiterführend ‹http://de.wikipedia.org/wiki/Modell_der_fördernden_Prozesspflege› (zuletzt besucht am 3. Mai 2016).

177 Statt vieler BGE 121 V 88 E. 3a.

c. Pflegebegriff

Ähnlich verhält es sich mit dem Pflegebegriff. Der juristische Pflegebegriff unterscheidet die Grund- und Behandlungspflege[178] und grenzt diese von den übrigen versicherten «Pflegemassnahmen» und den nicht versicherten Hilfeleistungen ab. Krankenversicherungsrechtlich sind neben der Grund- und Behandlungspflege auch die Abklärung des Pflegebedarfs und des Umfelds der pflegebedürftigen Person, die Planung der notwendigen Pflegemassnahmen, die Beratung der pflegebedürftigen Person sowie der nicht beruflich mitwirkenden Pflegepersonen und die Koordination der Pflegemassnahmen sowie Vorkehrungen im Hinblick auf Komplikationen in komplexen und instabilen Pflegesituationen versichert[179]. Im Unterschied zur früheren Praxis der Übernahme von Leistungen der Hauspflege stimmt die beim Intensivpflegezuschlag versicherte Behandlungs- und Grundpflege[180] nicht mehr mit demselben in der Krankenversicherung verwendeten Begriff überein; bei der Festlegung des Intensivpflegezuschlages besteht deshalb ein grösserer Handlungsspielraum[181].

Nicht gedeckt sind *betreuerische und hauswirtschaftliche Dienstleistungen*. Bei den *betreuerischen Dienstleistungen* bestehen insoweit Abgrenzungsschwierigkeiten, als Massnahmen zur Umsetzung der ärztlichen Therapie im Alltag, wie Einüben von Bewältigungsstrategien und Anleitung im Umgang mit Aggression, Angst, Wahnvorstellungen sowie die Unterstützung für psychisch kranke Personen in Krisensituationen, insbesondere zur Vermeidung von akuter Selbst- oder Fremdgefährdung als behandlungspflegerische Verrichtungen gelten[182] und Massnahmen zur Überwachung und Unterstützung psychisch kranker Personen, unter anderem die Erarbeitung und Einübung einer angepassten Tagesstruktur, zielgerichtetes Training zur Gestaltung und Förderung sozialer Kontakte, Unterstützung beim Einsatz von Orientierungshilfen und Sicherheitsmassnahmen, als Grundpflegeleistungen qualifiziert werden[183].

Als *hauswirtschaftliche Dienstleistungen* zu qualifizieren sind Tätigkeiten, die mit der wirtschaftlichen und tatsächlichen Haushaltsführung in Zusammenhang stehen, wie etwa Einkäufe, Nahrungszubereitung inklusive Hilfe beim Essen und Trinken,[184] Besorgen der Wäsche und andere ähnliche Verrichtungen, welche nicht auf der Liste der Grundpflegeleistungen stehen, welche die obligatorische Krankenpflegeversicherung vergüten muss.[185] Die Begleitung der pflegebedürftigen Person vom Schlafzimmer zum Esssaal stellt ebenfalls keine

178 Vgl. Art. 7 KLV und Art. 39 Abs. 2 IVV.
179 Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. a KLV.
180 Vgl. Art. 39 Abs. 2 IVV.
181 Vgl. AHI 2003, 329 f., und Urteil BGer 9C_666/2013 vom 25.02.2014 E. 8.2.1.
182 Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 13 und 14 KLV.
183 Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 2 KLV.
184 Vgl. Entscheid Bundesrat vom 09.03.1998 = RKUV 1998 KV Nr. 28 S. 180 E. II.
185 Vgl. BGE 136 V 172 E. 5.3.2.

Pflegemassnahme nach KVG/KLV dar.[186] Die Hilfe beim Essen und Trinken kann kontextabhängig eine Grundpflegeleistung sein.[187]

Diese im Zusammenhang mit den individuellen Versicherungsleistungen zu konstatierende Begriffskomplexität wird akzentuiert durch die für die kollektiven Leistungen massgeblichen Unterscheidungen zwischen dem *begleiteten Wohnen, dem betreuten Wohnen und kollektiven Wohnformen*. Betriebsbeiträge nach IVG werden für Dienstleistungen von gemeinnützigen Organisationen im Rahmen des begleiteten Wohnens für behinderte Personen geleistet, wobei höchstens vier Betreuungsstunden pro Person und Woche anrechenbar sind.[188] Durch Beratungen im Rahmen des begleiteten Wohnens wird den Behinderten ermöglicht, in der eigenen Wohnung oder in einer nicht betreuten Wohngemeinschaft zu leben. Mit diesen Hilfestellungen soll für den behinderten Menschen ein stationärer Aufenthalt vermieden werden.[189]

Vom begleiteten Wohnen ist das betreute Wohnen bzw. eine kollektive Wohnform abzugrenzen, welche in die Finanzierungskompetenz der Kantone fällt.[190] Ergänzungsleistungsrechtlich wird sodann zwischen dem betreuten Wohnen und einer kollektiven Wohnform differenziert. Während ungedeckte Kosten im Rahmen des betreuten Wohnens durch die Vergütung für Krankheits- und Behinderungskosten finanziert werden können, gilt eine kollektive Wohnform als Heimaufenthalt mit der Folge, dass die jährliche Ergänzungsleistungen nach den Regeln bei Heimaufenthalt festgelegt wird und die Vergütung für Krankheits- und Behinderungskosten lediglich im Umfang von CHF 6 000 beansprucht werden kann.[191]

Ganz unabhängig davon, ob und wie diese diffizilen Abgrenzungen zwischen Pflege- und Nichtpflegeleistungen im konkreten Fall vorzunehmen sind, ist der *juristische Pflegebegriff pflegewissenschaftlich überholt*. Je nach Pflegetheorie wird die Pflege seitens der Pflegewissenschaft als Funktions- oder Bezugspflege verstanden. Bei der Funktionspflege besteht der Fokus auf dem funktionellen Defizit des Patienten und richten sich die pflegerischen Massnahmen nach diesem. Bei der Bezugspflege erfolgt eine dezentrale und am Pflegeprozess orientierte Delegation der Verantwortung für alle pflegerischen Tätigkeiten an eine bestimmte examinierte Pflegekraft.

Das Begriffspaar «Grund- und Behandlungspflege» wurde im deutschsprachigen Raum 1967 durch den Krankenhausökonomen Siegfried Eichhorn eingeführt. Die Begriffe «Grundpflege» und «Behandlungspflege» entstanden

186 Ibid.
187 Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV.
188 Vgl. Art. 108bis Abs. 1 lit. e und Abs. 3 IVV sowie Kreisschreiben über die Beiträge an Organisationen der privaten Behindertenhilfe für Leistungen im Bereich des Begleiteten Wohnens (KSBOB/BW) (gültig ab Betriebsjahre 2007).
189 Vgl. Rz. 2002 KSBOB/BW.
190 Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b IFEG.
191 Vgl. Art. 14 Abs. 3 lit. b ELG.

hierbei als Übersetzungen aus einer englischsprachigen Arbeit von 1954, welche die Schwesterntätigkeit im Spital beschrieb und dabei die Tätigkeiten des «basic nursing» von denjenigen des «technical nursing» unterschied.[192] Der mit dieser Aufteilung der Pflegepraxis verbundene Dualismus zwischen wenig anspruchsvollen originär pflegerischen Tätigkeiten und höher qualifizierten, aber ärztlich bestimmten Arbeiten wurde mit einem sich ändernden Berufsverständnis und dem Aufkommen der Pflegewissenschaft zugunsten einer ganzheitlicheren Betrachtungsweise verlassen.[193]

Die *normative Unterscheidung zwischen Grund- und Behandlungspflege sowie Nichtpflege und die damit verbundene unterschiedlich hohe monetäre Abgeltung* schafft einen ökonomischen Anreiz für Dienstleistungserbringer, wenn immer möglich die besser finanzierten Pflegemassnahmen zu erbringen. Die Hilfe im Zusammenhang mit der Notdurftverrichtung ist – je nachdem, wie sie ausgeführt bzw. unterstützt wird – eine Hilfeleistung bei der diesbezüglichen alltäglichen Lebensverrichtung,[194] oder behandlungs-[195] bzw. grundpflegerischer[196] Natur. Im ersten Fall wird die Hilfestellung nicht zusätzlich vergütet, sondern pauschal durch die Hilflosenentschädigung abgedeckt, in den beiden letzteren Fällen gelten unterschiedliche Stundenansätze[197] und Restkostenfinanzierungszuschüsse. Es liegt auf der Hand, dass das Pflegedienstleistungsunternehmen als Folge dieser ökonomischen Anreize danach streben wird, die teuerste Notdurfthilfe anzuwenden.

---

192 Vgl. Friesacher Heiner, Theorie und Praxis pflegerischen Handelns: Begründung und Entwurf einer kritischen Theorie der Pflegewissenschaft, Göttingen 2008, 192 f.

193 Statt vieler Müller Elke, Grundpflege und Behandlungspflege. Historische Wurzeln eines reformbedürftigen Pflegebegriffs, in: PfleGe 1998/2, S. 1 ff., und Mittelstaedt Ekkehard, Abgrenzung von Grund- und Behandlungspflege aus sozialrechtlicher und ökonomischer Perspektive, in: ibid.S. 7 ff.

194 Das Ordnen der Kleider im Zusammenhang mit der Notdurftverrichtung ist als Teilfunktion dieser Lebensverrichtung zu qualifizieren (vgl. BGE 121 V 88). Eine unübliche Notdurftverrichtung, insbesondere das bei einer Querschnittlähmung erforderliche Ausräumen des Darms von Hand, begründet ebenfalls eine Hilflosigkeit (vgl. Urteil EVG vom 03.02.1988 i.S. Sch. E. 2d).

195 Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 11 KLV und BGE 116 V 41 E. 4b.

196 Das Wechseln der Windeln stellt sowohl eine grundpflegerische Massnahme (vgl. Urteil EVG I 643/00 vom 23.10.2001 E. 3a) als auch Hilfe bei der Notdurftverrichtung dar. Bei der Verrichtung der Notdurft benötigt ein Kind im Alter von zwei Jahren tagsüber mehrheitlich keine Windeln mehr. Mit vier Jahren sind nachts keine Windeln mehr erforderlich, da in der Regel nicht mehr genässt wird. Mit sechs Jahren kann sich das Kind selber reinigen (Kindergartenalter). Als zu berücksichtigender Mehraufwand werden anerkannt: manuelle Darmausräumung; regelmässiges Katheterisieren; tägliche Massagen der Bauchdecke, zeitaufwendige Einläufe, überaus häufiges Wechseln der Windeln aus medizinischen Gründen, erschwertes Wickeln bedingt durch hohe Spastizität (vgl. Urteile BGer 9C_384/2013 vom 10.10.2013 E. 4.2.4 und 9C_431/2008 vom 26.02.2009 = SVR 2009 IV Nr. 30 S. 85 E. 4.2.1).

197 Vgl. Art. 7a lit. b und c KLV. Der Stundenansatz für Behandlungspflege ist rund 20% höher als derjenige der Grundpflege.

II. Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz

1. Eingeschränkte Selbstbestimmung des pflegebedürftigen Menschen

Pflegebedürftige Personen sind ebenfalls durch die verfassungsmässigen Grundrechte geschützt. Pflegerelevant sind insbesondere der Grundsatz der Menschenwürde (Art. 7 BV), das durch die persönliche Freiheit geschützte Recht auf Selbstbestimmung (Art. 10 Abs. 2 BV) und das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV), welches unter anderem gerade ältere oder behinderte und damit häufig auch pflegebedürftige Menschen vor qualifizierten, ausgrenzenden Ungleichbehandlungen schützt. Wie alle Grundrechte vermitteln dieser verfassungsmässigen Grundrechte nicht nur justiziabele Abwehrrechte, sondern enthalten auch eine programmatische Schicht, die der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers verbindliche materielle Leitplanken setzt.[198] Von der Rechtsprechung ist der justiziable bzw. *programmatische Inhalt des verfassungsmässigen Selbstbestimmungsrechts* ungeklärt. Entsprechend unklar ist die Beurteilung, ob und inwieweit das geltende Pflegefinanzierungssystem Selbstbestimmungsdefizite aufweist.

Es ist unverkennbar, dass der Gesetzgeber auf Bundesebene bzw. kantonaler Ebene in den vergangenen Jahren hinsichtlich des *Selbstbestimmungsrechts widersprüchlich legiferiert* hat. In der Botschaft über die Neuordnung der Pflegefinanzierung wird mehrfach betont, dass die Revision die Selbstbestimmung der pflegebedürftigen Personen verstärken soll[199]. Zeitgleich wurde ebenfalls durch die Einführung des Assistenzbeitrages das Selbstbestimmungsrecht gestärkt[200]. Gleichzeitig wurde aber die Objektfinanzierung im Zusammenhang mit der Umsetzung des neuen Finanzausgleiches bzw. der Restkostenfinanzierungspflicht in den meisten Kantonen eingeführt.

Nach dem vorliegend vertretenen Verständnis ist unter der verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmung im Sinne eines justiziablen Abwehrrechts die Wahl der Pflegeform und die Einwilligung in Pflegemassnahmen zu verstehen. Die zwangsweise Unterbringung in einem Pflegeheim[201] und die Anordnung von Pflegemassnahmen, welche die Willensfreiheit oder die räumliche bzw. körperliche Bewegungsfreiheit einschränken,[202] beeinträchtigen nicht nur das verfassungsmässige Selbstbestimmungsrecht, sondern auch andere verfassungsmässige Grundrechte. Entsprechend muss die pflegebedürftige Person einwilligen oder haben die verfassungsmässigen Voraussetzungen (gesetzliche Grundlage, schützenswertes Interesse und Verhältnismässigkeit)[203] erfüllt zu sein.

---

198 Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung vom 16. Februar 2005 = BBl 2005, 2033, 2040.

199 Ibid., 2046 und 2068.

200 Vgl. Art. 1a lit. c IVG.

201 Siehe dazu Urteil BGer 5A_257/2015 vom 23.04.2015 E. 3.

202 Vgl. Art. 383 ff.

203 Vgl. Art. 36 BV.

Zum programmatischen Inhalt des verfassungsmässigen Selbstbestimmungsrechts zu zählen ist demgegenüber der Erhalt von Pflegesozialleistungen, welche die tatsächlichen Pflegekosten decken oder unentgeltliche erbrachte Pflegedienstleistungen, vor allem von Angehörigen, angemessen vergüten. Die «Objektfinanzierung», welche die Kantone insbesondere gemäss Art. 7 IFEG und Art. 25a Abs. 5 KVG einführen können, steht in einem Spannungsverhältnis zu diesem programmatischen Anspruch des verfassungsmässigen Selbstbestimmungsrechts. Der *Wertungswiderspruch zwischen der selbstbestimmten Subjektfinanzierung und der fremdbestimmten Objektfinanzierung* hat mit dem Inkrafttreten des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13.12.2006 für die Schweiz an Schärfe gewonnen. Artikel 19 verpflichtet die Vertragsstaaten zu gewährleisten, dass:

- Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt die Möglichkeit haben, ihren Aufenthaltsort zu wählen und zu entscheiden, wo und mit wem sie leben, und nicht verpflichtet sind, in besonderen Wohnformen zu leben;
- Menschen mit Behinderungen Zugang zu einer Reihe von gemeindenahen Unterstützungsdiensten zu Hause und in Einrichtungen sowie zu sonstigen gemeindenahen Unterstützungsdiensten haben, einschliesslich der persönlichen Assistenz, die zur Unterstützung des Lebens in der Gemeinschaft und der Einbeziehung in die Gemeinschaft sowie zur Verhinderung von Isolation und Absonderung von der Gemeinschaft notwendig ist;
- gemeindenahe Dienstleistungen und Einrichtungen für die Allgemeinheit Menschen mit Behinderungen auf der Grundlage der Gleichberechtigung zur Verfügung stehen und ihren Bedürfnissen Rechnung tragen.

Vor diesem Hintergrund stellt *jede indirekte Form der Finanzierung von Pflegekosten eine Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts* dar. Die Objektfinanzierung, unabhängig davon, ob sie pauschal oder an den Bedürfnissen des jeweiligen pflegebedürftigen Menschen orientiert erfolgt, ist letztlich auch aus der Perspektive des subventionierenden Gemeinwesens nachteilig, weil gemeinhin die Auffassung vertreten wird, Pflegekostensubventionen seien wie alle anderen staatlichen Finanzhilfen nicht regressfähig. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Solidargemeinschaft der Steuerzahler beim Vorhandensein eines Haftpflichtigen diesen durch staatliche Finanzhilfen entlasten soll, was nicht der Fall wäre, wenn der pflegebedürftige Geschädigte individualisierte Pflegekostenersatzleistungen erhalten würde.

2. *Kein Anspruch auf gleiche Pflegekostenübernahme*

a. *Allgemeines*

In Anbetracht der heterogenen und komplexen Regelung der Pflegekostenfinanzierung stellt sich regelmässig in verfassungsrechtlicher Hinsicht die Frage, ob das Gleichbehandlungsgebot verletzt wird. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat im Verhältnis zu den nicht pflegebedürftigen Personen klarge-

stellt, dass das verfassungsmässige Gleichbehandlungsgebot nicht durch den Umstand verletzt wird, wenn der Staat ausschliesslich oder in besonderem Masse die schwer pflegebedürftigen Personen subventioniert.[204] Die Kantone bzw. Gemeinden sind folglich frei, den Pflegekostenselbstbehalt, welchen krankenversicherte Personen zusätzlich zu Franchise und Selbstbehalt zu erbringen haben,[205] teilweise oder sogar vollumfänglich (freiwillig) zu übernehmen bzw. den Restkostenfinanzierungsbeitrag für Pflegedienstleistungsunternehmen in diesem Umfang zu erhöhen.

Kantonal unterschiedliche Umsetzungsmodelle verstossen ebenfalls 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.[206]

b. Unterschiedliche Behandlung von Pflegebedürftigen

Da Bundesgesetze für das Bundesgericht verbindlich sind, auch wenn diese eine verfassungswidrige Regelung enthalten, kann das höchste Gericht, selbst wenn es wollte, regelmässig unterschiedlich hohe Pflegesozialleistungen trotz vergleichbarer Pflegebedürftigkeit, nicht beanstanden. Die vorfrageweise Überprüfbarkeit besteht nur bei verordnungsmässigen Regelungen; aber auch diesbezüglich auferlegt sich das Bundesgericht Zurückhaltung, von der Verfassungswidrigkeit auszugehen.

Im Kontext mit Pflegeversicherungsleistungen wurde eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes in folgenden Fällen verneint:

- Die Nichtberücksichtigung des Bedarfs an lebenspraktischer Begleitung im Bereich der AHV verletzt weder das Gleichbehandlungsgebot noch das Diskriminierungsverbot.[207]
- Die Limitierung der Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten in Verweisung auf Art. 14 ELG verletzt weder das Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV und Art. 14 EMRK noch das Recht auf Familienleben gemäss Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK.[208]
- Die Regelung, wonach Personen, die das 65. Altersjahr vollendet haben, sich im Rahmen ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit an den Pflegekosten beteiligen, ist weder alters- noch geschlechterdiskriminierend.[209]

---

204 Vgl. Urteil BGer 2C_864/2010 vom 24.03.2011 E. 4.4.
205 Vgl. Art. 25a Abs. 5 KVG.
206 Vgl. Urteil BGer 2C_ 333/2012 vom 05.11.2012 E. 5.4.
207 Vgl. BGE 133 V 569 ff.
208 Vgl. BGE 138 I 125 E. 3.5 ff.
209 Vgl. BGE 138 I 265 ff.

- Die Bezüger einer Hilflosenentschädigung der obligatorischen Unfallversicherung haben keinen Anspruch auf einen Assistenzbeitrag der Invalidenversicherung, was das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzt.[210]

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.[211] 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.[212]

Das Bundesgericht betont, dass das Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, welche sich in Bundesgesetzen vorfinden, und bei der vorfrageweisen Überprüfung von (unselbstständigen) Verordnungsbestimmungen zu beachten sind.[213] Hinsichtlich des Diskriminierungsverbotes gemäss Art. 8 Abs. 2 BV ist unklar, ob und inwieweit eine Hilfs- bzw. Pflegebedürftigkeit als Anwendungsfall der erwähnten Diskriminierungskriterien, namentlich Behinderung und Alter, oder aufgrund der beispielhaften Aufzählung als eigenständiges Diskriminierungskriterium zu betrachten ist.

Eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedenfalls erst dann vor, wenn die normative Anknüpfung an ein Diskriminierungsmerkmal nicht qualifiziert begründet werden kann.[214] Art. 8 Abs. 2 BV verbietet nicht nur die direkte Diskriminierung durch eine normative Regelung, sondern auch die indirekte Diskriminierung. Eine solche liegt vor, wenn eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützter Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre[215].

Soweit die direkte oder die indirekte Diskriminierung geschlechtsbedingt erfolgt, ist zu beachten, dass die Bundesverfassung die faktische Gleichstellung von Frau und Mann verlangt, während die Herstellung der faktischen Gleichbehandlung von anderen vor Diskriminierung geschützten Gruppen, insbesondere

---

210 Vgl. BGE 140 V 113 ff.

211 Vgl. Urteile EVG 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).

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

213 Vgl. BGE 135 I 161 E. 2.3.

214 Statt vieler BGE 138 I 265 E. 4.2.1.

215 Ibid. E. 4.2.2.

von behinderten Menschen, Aufgabe des Gesetzgebers ist.[216] Beim Altersdiskriminierungsverbot ist sodann umstritten, inwieweit sich das Schutzniveau gemäss Art. 8 Abs. 2 von demjenigen gemäss Art. 8 Abs. 1 BV abhebt.[217] Insoweit hängt der Schutz von pflegebedürftigen Menschen vor einer Diskriminierung massgeblich davon ab, ob die als Folge einer Pflegebedürftigkeit geltend gemachte Benachteiligung geschlechts-, alters- oder behinderungsbedingt verstanden wird.

c. *Unterschiedliche Behandlung von Pflegedienstleistungsunternehmen*

Ein besonderer Aspekt des verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebots betrifft die Gleichbehandlung von Gewerbegenossen 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.[218] 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.[219]

d. *Schutz vor faktischen Grundrechtsverletzungen?*

Die Ablehnung von Versicherungsleistungen stellt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwar keinen Grundrechtseingriff im herkömmlichen Sinne dar; doch kann die Ablehnung der Versicherungsleistungen die grundrechtlich geschützten Tätigkeiten erschweren oder verunmöglichen, wodurch der Versicherte in der Wahrnehmung seiner Grundrechte mittelbar beeinträchtigt wird; es kann daraus eine faktische Grundrechtsverletzung resultieren.[220] Soweit ersichtlich hat sich die Rechtsprechung noch nie mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob und inwieweit im Zusammenhang mit dem geltenden Pflegefinanzierungssystem faktische Grundrechtsverletzungen verursacht werden.

Diese Frage stellt sich insbesondere im Zusammenhang mit einer *ungenügenden Pflegeversorgung sowie mit dem Wohnsitz- und Aufenthaltserfordernis* bzw. der Anknüpfung an den Wohnsitz beim Heimaufenthalt in einem anderen Kanton. Sachleistungen sowie die Hilflosenentschädigung und die Ergänzungsleistungen sind nicht exportierbar bzw. setzen Wohnsitz und gewöhnlichen

---

216 Vgl. Art. 8 Abs. 4 BV.
217 Vgl. BGE 138 I 265 E. 4.3.
218 Vgl. Urteil BGer 2C_228/2011 vom 23. Juni 2012 E. 4.
219 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).
220 Vgl. BGE 118 V 206 E. 5a und 113 V 22 E. 4d.

Aufenthalt in der Schweiz voraus.[221] Das Wohnsitz- bzw. Aufenthaltserfordernis befindet sich in einem Spannungsverhältnis mit der Niederlassungsfreiheit. Die pflegebedürftige Person, welche ihren Wohnsitz ins Ausland verlegen oder zumindest sich während einer längeren Zeit im Ausland aufhalten möchte, verliert sowohl die Pflegeentschädigung (als Sachleistung) als auch die Hilflosenentschädigung (und mit ihr auch den Assistenzbeitrag) und allfällige Ergänzungsleistungen (als Geldleistungen). Reichen die anderen Versicherungsleistungen, insbesondere die Invalidenrente, nicht aus, um neben den Lebenshaltungs- auch die Pflegekosten im Ausland abzudecken, besteht eine faktische «Ausreisesperre».

Diese Benachteiligung wird nur insoweit abgemildert, als das Aufenthaltsprinzip rechtsprechungsgemäss die beiden *Ausnahmen des voraussichtlich kurzfristigen und des voraussichtlich längerfristigen Auslandaufenthaltes* zulässt. Ein in diesem Sinne kurzfristiger Auslandaufenthalt ist gegeben, wenn und soweit sich dieser im Rahmen des allgemein Üblichen bewegt, aus triftigen Gründen, z.B. zu Besuchs-, Ferien-, Geschäfts-, Kur- oder Ausbildungszwecken, erfolgt und ein Jahr nicht übersteigt, wobei diese Maximaldauer nur bei Vorliegen eines (wirklich) triftigen Grundes voll ausgeschöpft werden darf. Der Ausnahmegrund des längerfristigen Auslandaufenthaltes ist gegeben, wenn ein grundsätzlich als kurzfristig beabsichtigter Auslandaufenthalt wegen zwingender unvorhergesehener Umstände wie Erkrankung oder Unfall über ein Jahr hinaus verlängert werden muss oder wenn von vornherein zwingende Gründe wie Fürsorgemassnahmen, Ausbildung oder Krankheitsbehandlung einen voraussichtlich überjährigen Aufenthalt erfordern.[222]

Ähnliche Beeinträchtigungen der Niederlassungsfreiheit bestehen im innerschweizerischen Verhältnis, wenn die pflegebedürftige Person sich in einem Heim aufhält. Der Heimaufenthalt begründet gemäss Art. 26 ZGB keine Wohnsitzvermutung. Rechtsprechungsgemäss kann der Heimaufenthalt einen neuen Wohnsitz begründen, wenn die pflegebedürftige Person bewusst und freiwillig den Lebensmittelpunkt von ihrem bisherigen Wohnsitz an den Standort des Heimes verlegt.[223] Durch eine Wohnsitzverlegung werden die Standortgemeinden und -kantone von Einrichtungen zur Betreuung und Pflege Behinderter finanziell benachteiligt und die Mobilität der Betroffenen bei der Suche nach einer geeigneten Institution beeinträchtigt, wenn sich Widerstand gegen ein

221 Vgl. Art. 42 Abs. 1 IVG und BGE 132 V 423 ff.

222 Vgl. Urteil BGer 9C_729/2014 vom 16.04.2015 E. 3.

223 Die Wohnsitzbegründung ist beim Eintritt in ein Heim dann zu bejahen, wenn sich die Person objektiv tatsächlich dort aufhält; ob sie am alten Wohnsitz angemeldet bleibt oder ihre bisherige Wohnung – zumindest vorübergehend – noch beibehält, ist dabei nicht entscheidend. Weiter ist vorausgesetzt, dass der Heimeintritt auf einem eigenen Willensentschluss beruht und insoweit freiwillig erfolgt; an die geforderte Urteilsfähigkeit dürfen dabei keine zu grossen Anforderungen gestellt werden und äussere zwingende Umstände wie die Hilfsbedürftigkeit sind nicht massgebend (vgl. BGE 137 III 593 E. 3.4 f. und 127 V 237 E. 2 sowie Urteile BGer 7B.100/2003 vom 18.07.2003 E. 3.2 und 5C.16/2001 vom 05.02.2001 = Pra 2001 Nr. 131 E. 4).

vorgesehenes Heimprojekt oder die Aufnahme ausserkantonaler Heimbewohner regt.[224]

Im Gegensatz zum Ergänzungsleistungs-[225] und Sozialhilferecht[226] fehlt derzeit eine bundesrechtliche Regelung der Frage, ob die Finanzierungszuständigkeit für ungedeckte Pflegekosten wohnsitzunabhängig (wie im Recht der Ergänzungsleistungen und der Sozialhilfe) zu bestimmen ist, oder ob der wohnsitzbegründende Eintritt in ein Alters- oder Pflegeheim zur Finanzierungszuständigkeit des Standortkantons führt.[227] Eine Art. 21 ELG nachempfundene Regelung («Zuständigkeitsperpetuierung») kann daher nicht nur in einem kantonalen oder kommunalen Erlass verankert sein. Sie bedarf einer für die ganze Schweiz gültigen Normierung und setzt somit ein Tätigwerden des Bundesgesetzgebers voraus. Bis zum Inkrafttreten einer bundesrechtlichen Regelung bestimmt sich zumindest im interkantonalen Verhältnis die Finanzierungszuständigkeit nach dem Wohnsitzprinzip.[228]

Das im Kontext mit der Pflegefinanzierung geltende Wohnsitzprinzip schränkt die Niederlassungsfreiheit von pflegebedürftigen Personen im interkantonalen Verhältnis stark ein. Sieht der Wohnsitzkanton bei einem Pflegeheimaufenthalt eine tiefere Tagestaxe als der Standortkanton des Pflegeheimes vor und begrenzt dieser die zu berücksichtigenden Aufenthaltskosten von Heimbewohnern mit ausserkantonalem Wohnsitz in einer Weise, dass im Regelfall nur die Sozialhilfeabhängigkeit von Pensionären verhindert wird, sieht sich die pflegebedürftige Person vor die Wahl gestellt, entweder in ihren Wohnsitzkanton zu verbleiben oder die ungedeckten Heimaufenthaltskosten selber bezahlen zu müssen.[229]

III. Versicherungsdeckung und Pflegeversorgung

1. Versichert, aber nicht versorgt

Sowohl die individuellen, als auch die kollektiven Pflegekostenersatzleistungen sind in zeitlicher Hinsicht nicht eingeschränkt. Die pflegebedürftige Person ist mit Bezug auf versicherte Pflegedienstleistungen, insbesondere im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, «rund um die Uhr» abgedeckt. Der Sozialversicherungsträger hat die von einem anerkannten Leistungserbringer erbrachten Pflegedienstleistungen gemäss den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen bzw. Tarifvereinbarungen zu vergüten, und zwar unabhängig davon, zu welcher Tages- oder Nachtzeit diese erbracht worden sind. Mitunter

224 Vgl. BGE 133 V 309 E. 3.3.
225 Vgl. Art. 21 Abs. 1 ELG.
226 Vgl. Art. 5 ZUG.
227 Vgl. BGE 140 V 153 E. 5.3.
228 Vgl. BGE 140 V 153 E. 5.4.1 f. und Urteil BGer 9C_822/2015 vom 06.01.2016 E. 2.2.
229 Vgl. BGE 138 V 481 = Pra 2013 Nr. 31 E. 5.6 f.

kann der anerkannte Leistungserbringer gemäss Tarifvertrag einen Spät-/Nachtschicht- oder Sonntags-/Feiertagszuschlag zusätzlich geltend machen, wenn er zu unüblichen Zeiten versicherte Pflegedienstleistungen erbracht hat.

Trotz der *zeitlich nicht eingeschränkten Versicherungsdeckung* können die an sich versicherten Pflegedienstleistungen je nach Versorgungsangebot des Kantons nur in unterschiedlichem Ausmass beansprucht werden.[230] Gemäss den statistischen Erhebungen bestehen pro 1000 Einwohner durchschnittlich 2,3 Vollzeitstellen in der ambulanten Pflege. Vereinzelte Kantone weisen eine markant tiefere Versorgungsdichte auf; die *ambulante Pflegeversorgungsdichte variierte im Jahr 2014 zwischen 1,4 Vollzeitstellen (Schwyz und Glarus) und 3,8 Vollzeitstellen (Genf).*

Vollzeitstellen pro 1000 Einwohner/innen nach Kanton im Jahr 2014[231]

Kanton	Vollzeitstellen pro 1000 Einwohner/innen	Kanton	Vollzeitstellen pro 1000 Einwohner/innen
Zürich	1.9	Appenzell A.Rh.	1.7
Bern	2.6	Appenzell I.Rh.	1.5
Luzern	1.8	St. Gallen	1.6
Uri	1.7	Graubünden	1.9
Schwyz	1.4	Aargau	1.6
Obwalden	1.5	Thurgau	1.7
Nidwalden	1.5	Tessin	2.8
Glarus	1.4	Waadt	3.5
Zug	1.8	Wallis	2.1
Freiburg	1.5	Neuenburg	2.7
Solothurn	1.9	Genf	3.8
Basel-Stadt	3.5	Jura	3.6
Basel-Landsch.	2.2	Schweiz (2014)	2.3
Schaffhausen	2.0	Schweiz (2013)	2.2

Die Kantone mit einer tiefen Versorgungsdichte benachteiligen die pflegebedürftigen Personen, als diese die an sich bundesrechtlich versicherten Pflegedienstleistungen gar nicht oder nur während eines bestimmten Zeitfensters während des Tages beziehen können. Die Unterversorgung zwingt die betroffenen Personen dazu, sich in ein Heim zu begeben (faktischer Heimzwang) oder die notwendigen Pflegedienstleistungen von Pflegedienstleistungsunternehmen

230 Dazu Landolt Hardy, Versichert, aber nicht versorgt!, in: Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2015/3, S. 176 ff.

231 Siehe ‹http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/03/05/key/02.html› (zuletzt besucht am 3. Mai 2016).

einzukaufen, welche ihre Leistungen am «freien Markt» zu höheren als den versicherten Ansätzen anbieten. Die faktische Ungleichbehandlung wird insoweit verschärft, als die Kantone, welche über eine *Unterversorgung im ambulanten Pflegebereich* verfügen, regelmässig keine Regelung im kantonalen Pflegefinanzierungrecht vorsehen, welche das versorgungspflichtige Gemeinwesen dazu verpflichtet, eine Ersatzlösung anzubieten bzw. ungedeckte Pflegekosten zu übernehmen[232].

In all diesen Fällen ist ungeklärt, ob und inwieweit die pflegebedürftige Person als Folge der ihr vorenthaltenen versicherten Pflegedienstleistungen eine faktische Grundrechtsverletzung erleidet, die sie dazu berechtigt, die erlittenen finanziellen und immateriellen Nachteile im Rahmen eines Staatshaftungsbegehrens geltend zu machen, oder sie sich damit zu bescheiden hat, dass aus dem verfassungsmässigen Versorgungsauftrag gemäss Art. 41 Abs. 1 lit. b BV kein unmittelbarer Anspruch auf eine staatliche Leistung folgt.

2. *Informelle bzw. unentgeltliche Pflege durch Angehörige*

a. *Allgemeines*

Wertungswidersprüche und Unklarheiten bestehen sodann im Zusammenhang mit informellen Pflegedienstleistungen.[233] Vor allem Angehörige erbringen in wesentlichem Umfang unentgeltlich Betreuungs- und Pflegedienstleistungen.[234] Das Zeitvolumen für die unbezahlte Betreuung bzw. Pflege von Erwachsenen betrug im Jahr 2013 insgesamt 42 Millionen Stunden, wovon die Frauen 32 Millionen Stunden erbrachten. Die Spitex-Organisationen haben demgegenüber im Jahr 2014 12,6 Millionen Stunden für die gemäss Art. 7 KLV versicherten Pflegedienstleistungen, 5,4 Millionen Stunden für Hauswirtschaft und Sozialbetreuung sowie 0,02 Millionen Stunden für Akut- und Übergangspflege geleistet.[235]

---

232 § 6 des Zürcher Pflegegesetzes vom 27.09.2010 sieht beispielsweise vor, dass die Gemeinde auf Verlangen der pflegebedürftigen Person innert angemessener Frist einen anderen Leistungserbringer zu vermitteln hat, wenn kein Leistungserbringer, der seitens der Gemeinde einen Versorgungsauftrag erhalten hat, dazu in der Lage ist, die pflegebedürftige Person mit den Pflegeleistungen gemäss der Sozialversicherungsgesetzgebung des Bundes und den sonstigen im kantonalen Pflegegesetz genannten Dienstleistungen zu versorgen.

233 Vgl. Schön-Bühlmann Jacqueline, Unbezahlte Pflegeleistungen von Privatpersonen und -haushalten, in: CHSS 2005/5, S. 274 ff.

234 Siehe dazu Perrig-Chiello Pasqualina/Höpflinger François, et al., Pflegende Angehörige von älteren Menschen in der Schweiz. Schlussbericht im Rahmen des SwissAgeCare-2010 Forschungsprojekts im Auftrag von Spitex-Schweiz, in: ‹www.spitex.ch/files/CEAAGB6/Swiss AgeCare-2010-Schlussbericht› (zuletzt besucht am 22. Februar 2016)

235 Siehe ‹http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/03/05/data/01.html› (zuletzt besucht am 3. Mai 16).

Zeitvolumen für unbezahlte Arbeit
Ständige Wohnbevölkerung ab 15 Jahren in Mio. Stunden pro Jahr, Jahreswerte 2013

	Total	Frauen	Männer
Total	8720	5379	3341
Hausarbeit total	6565	4094	2472
– Mahlzeiten	1829	1233	597
– Abwaschen	750	456	294
– Putzen	756	445	311
– Wäsche	1115	799	316
– Handwerkliche Tätigkeiten	437	148	289
– Gartenarbeit/Haustiere	701	391	309
– Administrative Arbeiten	460	206	253
Kinderbetreuung/Pflege total	1490	923	567
– Kleinkinder Essen geben, waschen	340	233	108
– Mit Kindern spielen, Hausaufgaben machen, begleiten	1107	658	449
– Betreuung, Pflege von Erwachsenen	42	32	10
Freiwilligenarbeit total	665	363	302
– Institutionalisierte Freiwilligenarbeit	317	119	198
– Informelle Freiwilligenarbeit	348	243	105

© BFS, Neuchâtel/Quelle: BFS – Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE): Modul Unbezahlte Arbeit
Auskunft: Sektion Arbeit und Erwerbsleben, 058 463 34 00, info.arbeit@bfs.admin-ch

b. Schadenminderungspflicht naher Angehöriger

Die Angehörigenpflege ist ein juristisches Enigma. Das Bundesgericht betont zunächst, dass nahe Angehörige in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht schadenminderungspflichtig sind. Die Angehörigen haben nach der Auffassung der Bundesrichter beim Eintritt einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, namentlich einer Pflegebedürftigkeit, in weitergehendem Masse mitzuhelfen, als sie dies täten, wenn die versicherte Person gesund geblieben wäre. Der Umfang der Schadenminderungsleistung richtet sich danach, wie sich eine vernünftige Familiengemeinschaft einrichten würde, sofern keine Versicherungsleistungen zu erwarten wären. Die Angehörigen sind aber nicht verpflichtet, die versicherten Funktionsausfälle bzw. gesundheitsbedingt anfallenden Mehraufwendungen vollständig zu übernehmen; zudem dürfen den Angehörigen im Zusammenhang mit den Schadenminderungmassnahmen keine unverhältnismässige Belastungen entstehen[236].

Die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen der jeweiligen Pflegeversicherungsleistungen konkretisieren mitunter das zeitliche Ausmass der zumutbaren Angehörigenpflege. Der Intensivpflegezuschlag wird beispielsweise gewährt,

236 Statt vieler Urteil BGer 9C_715/2014 vom 23.06.2015 E. 4.3.2.

wenn der gesundheitsbedingte Betreuungs- und Pflegemehraufwand mehr als 4 Stunden pro Tag ausmacht.[237] Im Kontext mit dem Assistenzbeitrag wird von den Angehörigen[238] verlangt, dass diese 1/12 des jährlichen Assistenzbedarfs unentgeltlich übernehmen.[239] Der standardisierte Einbezug der Schadenminderungspflicht gemäss Art. 39 g Abs. 2 lit. b IVV lässt sich so weit und so lange nicht beanstanden, als eine schadenmindernde Mithilfe Angehöriger im Einzelfall objektiv tatsächlich möglich und zumutbar ist. Bei der Abklärung des Assistenzbedarfes ist konkret zu prüfen, ob den Angehörigen, insbesondere wenn die Eltern 80 bzw. 83 Jahre alt sind, die Erbringung von Schadenminderungsleistungen zumutbar ist. Das Alter allein ist zwar kein geeignetes Kriterium zur Beurteilung der Zumutbarkeit; die Leistungsfähigkeit betagter Menschen nimmt mit zunehmendem Alter ab und hat zur Folge, dass manche von ihnen, auch wenn sie nicht hilflos im Sinn von Art. 9 ATSG sind, bereits mit der Selbstsorge an die Grenze der Belastbarkeit stossen.[240]

c. Sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht für Angehörigenpflege

Disparat regelt das Bundessozialversicherungsrecht die Entschädigung von Pflegeleistungen, welche Angehörige erbringen:

- Gegenüber der *Invalidenversicherung* besteht ein Anspruch auf einen Intensivpflegezuschlag, wenn Eltern behinderungsbedingt Grund- und Behandlungspflegeleistungen oder dauerhaft Überwachungsleistungen erbringen.[241] An Eltern delegierbare Pflegeleistungen sind demgegenüber im Rahmen der Geburtsgebrechensversicherung nicht gedeckt.[242]
- Im Anwendungsbereich der *Unfallversicherung* werden Pflegeleistungen der Angehörigen ermessensweise entschädigt, sofern es sich dabei um eigentliche medizinische Pflegeleistungen handelt.[243] Verfügt der pflegende Angehörige über ein Pflegediplom und eine Abrechnungsnummer, kann er demgegenüber wie ein anerkannter Leistungserbringer gegenüber dem Unfallversicherer abrechnen.[244]
- Im Rahmen der obligatorischen *Krankenpflegeversicherung*, welche auch für Unfälle und Geburtsgebrechen subsidiär leistungspflichtig ist, besteht keine gesetzliche Entschädigungspflicht für versicherte Pflegeleistungen, welche von Angehörigen erbracht werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Krankenversicherer leistungspflichtig, wenn Ange-

237 Vgl. Art. 39 Abs. 1 IVV.
238 Angehörige sind Ehegatte/Partner, in gerader Linie verwandte Hausgenossen oder andere volljährige Hausgenossen, die selber keine Hilflosenentschädigung erhalten.
239 Vgl. Art. 39 g Abs. 2 lit. b IVV.
240 Vgl. BGE 141 V 642 ff.
241 Vgl. Art. 39 IVV.
242 Vgl. BGE 136 V 209 E. 7 und 10.
243 Vgl. Art. 18 Abs. 2 UVV.
244 Vgl. Art. 18 Abs. 1 UVV.

hörige, die anerkannte Leistungserbringer und selbstständig erwerbend sind, die versicherten Leistungen erbringen.[245] Es genügt aber nicht, dass der pflegende Angehörige die materiellen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt, dieser muss über eine Abrechnungsnummer verfügen.[246] Keine Umgehung des Zulassungserfordernisses stellt auch die Anstellung von pflegenden Angehörigen, die nicht im Besitz eines Pflegefachdiploms sind, durch eine zugelassene Spitex-Organisation dar. In einem solchen Fall liegt entschädigungspflichtige Spitex- und nicht Angehörigenpflege vor.[247] Im Gegensatz zur Unfallversicherung dürfen angestellte Angehörige aber nur Grundpflege-, nicht aber auch Behandlungspflege ausführen.[248]

- Soweit die versicherte Person ergänzungsleistungsberechtigt ist, entscheidet das kantonale Recht, ob ihr für Angehörigenpflegeleistungen vorbehaltlos oder erst beim Nachweis einer dauerhaften und wesentlichen Erwerbseinbusse beim pflegenden Angehörigen eine *Vergütung für Krankheits- oder Behinderungskosten* gewährt wird.[249] Praxisgemäss kann unter Umständen bereits eine Erwerbseinbusse von 10% als erheblich betrachtet werden;[250] ein Ausfall von lediglich fünf Arbeitstagen begründet aber keine dauernde Erwerbseinbusse.[251] Die Frage, ob und allenfalls in welchem Ausmass die Familienangehörige ohne die Pflege einer Erwerbstätigkeit nachgegangen wäre, ist mit Rücksicht auf die persönlichen, familiären, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse unter Berücksichtigung des Umfangs der zu leistenden Pflege zu beurteilen.[252] Die Verwaltung hat angesichts der Beweisschwierigkeiten den anspruchsbegründenden Sachverhalt der mutmasslichen Erwerbstätigkeit «besonders sorgfältig» zu erheben[253]. Die Annahme einer Erwerbseinbusse gestützt auf statistische Werte ist mit dem Untersuchungsgrundsatz nicht vereinbar.[254] Bestanden beim pflegenden Angehörigen vor Beginn des Betreuungsverhältnisses seit Jahren grosse Einkommensschwankungen, ist die Annahme einer Erwerbseinbusse nicht gerechtfertigt.[255]

Diese heterogene sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht für Angehörigenpflege ist nicht nur in sich selbst widersprüchlich, sondern kontrastiert

245 Vgl. BGE 133 V 218 E. 6 und Urteile EVG vom 20.12.1999 i.S. X. = RKUV 2000, S. 77 (betreffend ärztliche Behandlung durch den Ehegatten) bzw. vom 20.12.1999 i.S. X. = RKUV 2000, S. 82 (betreffend ärztliche Behandlung durch einen Elternteil).
246 Vgl. Urteil BGer K 141/06 und K 145/06 vom 10.05.2007 E. 5.2.
247 Vgl. Urteil EVG K 156/04 vom 21.06.2006 = RKUV 2006, S. 303 E. 4.
248 Vgl. Urteil BGer 8C_597/2007 vom 19.12.2007 E. 5.2.
249 Vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. b ELG.
250 Siehe z.B. die Anwendungsfälle Urteile BGer 9C_84/2009 vom 10.08.2009 (Pflege durch Mutter), 8C_773/2008 vom 11.02.2009 (Pflege durch Enkelin) und 8C_227/2007 vom 23.11.2007 (Pflege durch Schwester).
251 Vgl. Urteil BGer P 18/06 vom 25.04.2007 E. 4 und SVR 1998 EL Nr. 10 S. 25.
252 Vgl. Urteil BGer 8C_773/2008 vom 11.02.2009 E. 5.2.
253 Ibid. E. 5.2
254 Vgl. Urteil BGer 8C_227/2007 vom 23.11.2007 E. 4.3.
255 Vgl. Ibid. E. 4.5.

auch mit dem Gesundheitspolizeirecht derjenigen Kantone, welche die Erbringung von Pflegeleistungen als bewilligungspflichtig erklären und nur diplomiertes Pflegepersonal für behandlungspflegerische Verrichtungen als befugt erachten. Diese Problematik widerspiegelt sich bei der krankenversicherungsrechtlichen Leistungspflicht; der Krankenversicherer ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur verpflichtet, Grundpflegeleistungen, nicht aber andere versicherte Massnahmen, die vom Angehörigen erbracht worden sind, zu vergüten. Warum Angehörige im Anwendungsbereich der Unfallversicherung behandlungspflegerische Leistungen erbringen dürfen und die versicherte Person dafür eine Entschädigung erhält, bleibt ein nicht auflösbares Rätsel.

Der Bundesrat hat 2014 einen Bericht «Unterstützung für betreuende und pflegende Angehörige»[256] verabschiedet und darin eine Situationsanalyse vorgenommen sowie den Handlungsbedarf für die Schweiz beschrieben. Es wird anerkannt, dass die Angehörigen eine wichtige Ressource für die Betreuung und Pflege von hilfsbedürftigen Personen darstellen und eine bessere Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Betreuung realisiert werden muss. Der Bundesrat schlägt dabei einen Aktionsplan mit vier Handlungsfeldern (Informationen und Daten, Entlastungsangebote, Vereinbarkeit mit Erwerbstätigkeit sowie Betreuungsurlaub oder alternative Unterstützungsmöglichkeiten) vor.

d. Sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht für Angehörigenpflege

Ungeklärt ist sodann die Rechtsnatur der Angehörigenpflege.[257] Nicht nur im innerfamiliären Verhältnis, sondern auch in Bezug auf die sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht bzw. die obligatorische Unfalldeckung stellt sich die zentrale Frage, ob es sich bei der Angehörigenpflege um eine (beitragspflichtige) Erwerbstätigkeit handelt und der pflegende Angehörige obligatorisch unfallversichert ist.[258] Sofern die pflegebedürftige Person und der betreuende Angehörige eine Entschädigung vereinbart haben, dürfte unstrittig sein, dass es sich dabei um eine beitragspflichtige Tätigkeit handelt.

In allen anderen Fällen ist zu klären, ob ein stillschweigend abgeschlossener Arbeitsvertrag, ein Verpfründungsvertrag, ein Lidlohnverhältnis[259] oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag[260] vorliegt.[261] Art. 320 Abs. 2 OR fingiert den Abschluss eines Arbeitsvertrages in den Fällen, in denen der Arbeitgeber Arbeit in

256 Siehe ‹http://www.bag.admin.ch/themen/gesundheitspolitik/14437/?lang=de› (zuletzt besucht am 3. Mai 16).

257 Vgl. Landolt Hardy, Angehörigenpflege: Freiwilligen-, Gratis- oder Lohnarbeit?, in: SZS 2013/5, S. 467 ff.

258 Ist ein Arbeitnehmer, der dem Obligatorium untersteht, bei einem Unfall nicht versichert, so gewährt ihm die Ersatzkasse die gesetzlichen Versicherungsleistungen (vgl. Art. 59 Abs. 3 UVG).

259 Schuldner der Lidlohnforderung ist nicht der Pflegebedürftige, sondern das Familienhaupt im Zeitpunkt der Geltendmachung der Lidlohnforderung (vgl. Urteil BGer 5C.133/2004 vom 05.01.2005 E. 4.2).

260 Vgl. BGE 97 II 266 E. III/2–4 sowie Urteile BGer 4A_500/2009 vom 25.05.2010 E. 3.3 und 4C.413/2006 vom 27.03.2007 E. 4.

seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist. Haben Angehörige Betreuungs- und Pflegeleistungen erbracht, muss deshalb einzelfallweise entschieden werden, ob diese wegen eines Verhältnisses der Verbundenheit und Anhänglichkeit, das zwischen dem Angehörigen und dem Pflegebedürftigen bestand,[262] oder in Erfüllung der Beistands- bzw. Verwandtenunterstützungspflicht erfolgt sind oder das in solchen Fällen übliche Mass überschritten haben. Besteht ein Lohnanspruch, schliesst dies allfällige andere Entschädigungsansprüche, insbesondere den Lidlohnanspruch[263] und den eherechtlichen Entschädigungsanspruch von Art. 165 ZGB aus.[264]

Üblich sind etwa Betreuungs- und Pflegeleistungen des Sohnes für die Mutter während drei Monaten, verteilt auf zwei Jahre.[265] Nicht mehr üblich sind Betreuungs- und Pflegeleistungen für den Onkel während fünf Monaten,[266] für eine Nichtverwandte während drei Jahren[267] oder für einen Elternteil während vier[268] oder sogar zwölf Jahren.[269] Ist von einem stillschweigenden Arbeitsvertrag auszugehen, kann der Angehörige eine Lohnforderung geltend machen, die einem Dritten zustünde. Nicht zu entschädigen ist der darüber hinaus angefallene Erwerbsausfall des Angehörigen.[270]

Lohnguthaben und Pflegeentgelte – zu Lasten des Nachlasses – stellen steuerrechtlich Erwerbseinkommen des Angehörigen dar.[271] Entsprechend sind auch Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen.[272] Wird der Koordinationsabzug überschritten, sind auch Beiträge für die berufliche Vorsorge zu bezahlen und hat ein zwangsweiser Anschluss des Pflegebedürftigen, gegebenenfalls des Nachlasses, an die Auffangeinrichtung zu erfolgen.[273] Erhält der pflegende Angehörige für mehrere Kalenderjahre eine Einmalabfindung, ist diese auf die Anzahl der betroffenen Jahre aufzuteilen. Überschreitet das pro Kalenderjahr fällige Pflegeentgelt den Koordinationsabzug nicht, besteht keine Anschlusspflicht.[274]

---

261 Siehe ferner Berger Max B./Genna Gian Sandro, Ehe- und güterrechtliche Konsequenzen der unentgeltlichen Pflege des Ehegatten, in: Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2014/2, S. 98 ff., und Berger Max/Genna Gian Sandro, Güterrechtliche Zuordnung von unfallbedingten Schadenersatz- und Sozialversicherungsleistungen bei Scheidung, in: AJP 2009, S. 1563 ff.

262 Vgl. BGE 70 II 21 E. 2.

263 Vgl. Art. 334 ZGB.

264 Vgl. Art. 165 Abs. 3 ZGB.

265 Vgl. BGE 70 II 21 E. 2.

266 Vgl. Urteil KGer VS vom 19.06.1985 i.S. Lengen = ZWR 1985, S. 119 E. 3b.

267 Vgl. Urteil BGer 4C.313/1999 vom 25.01.2000 E. 3.

268 Vgl. Urteil EVG H 121/97 vom 15.12.1997 = AHI-Praxis 1998, S. 153 E. 3.

269 Vgl. Urteil EVG vom 01.07.1991 i.S. W. E. 4b und c (Entschädigung in Höhe von CHF 60 000.– für eine 12-jährige Pflege eines Elternteils).

270 Vgl. Urteil KGer VS vom 19.06.1985 i.S. Lengen = ZWR 1985, S. 119 E. 3d.

271 Vgl. BGE 107 Ia 107 E. 2b und c.

272 Vgl. Urteile EVG H 121/97 vom 15.12.1997 = AHI-Praxis 1998, S. 153 und BVGer C-855/2011 vom 09.11.2012 E. 4.3.

273 Siehe die Anwendungsfälle Urteile BVGer C-855/2011 vom 09.11.2012 und C-4656/2009 vom 08.06.2011.

274 Vgl. Urteil BVGer C-4656/2009 vom 08.06.2011 E. 4.9.

IV. Mangelhafte Kostentransparenz

1. Allgemeines

Hinsichtlich der Höhe der gesamten Pflegekosten existiert keine statistische Erhebung. Das Bundesamt für Statistik erfasst zwar die Ausgaben der einzelnen Sozialversicherungszweige[275] sowie die Pflegekosten, welche bei einem Aufenthalt in einem Pflegeheim bzw. in einer sozialmedizinischen Institutionen[276] oder bei ambulanten Pflegedienstleistungsunternehmen (Spitex-Dienste)[277] anfallen. Zudem wird periodisch der Wert der unentgeltlichen Pflegedienstleistungen[278] ermittelt. Es fehlt jedoch eine Gesamtstatistik zur Pflegeversorgung und hinsichtlich der Pflegekosten.

Der Bundesrat hat im Zusammenhang mit der Verabschiedung der neuen Pflegefinanzierung eine Kostenzusammenstellung vorgenommen. Danach betrugen im Jahr 2002 die gesamten Pflegekosten rund Mrd. CHF 7 (siehe nachfolgende Tabelle[279]):

Finanzierung der Pflege im Jahr 2002 (Ist-Zustand)

Finanzierungsträger	Pflegeheime		Pflege zu Hause		Total	
	Mio Fr.	in %	Mio Fr.	in %	Mio Fr.	in %
KV (Krankenversicherung netto)	1186,6	19,9	247,2	25,9	1499,8	20,6
AHV	917,2	5,9	245,2	25,1	562,4	8,1
– davon direkte Subventionen	0,0	0,0	1659	17,0	165,9	2,4
– davon Hilflosenentschädigung	917,2	5,9	79,9	8,1	996,5	5,7
IV (Invalidenversicherung)	0,0	0,0	15,4	1,6	15,4	0,2
– davon direkte Subventionen	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
– davon Hilflosenentschädigung	0,0	0,0	15,4	1,6	15,4	0,2
EL (Ergänzungsleistungen)	956,8	16,0	0,0	0,0	956,8	19,8
– davon EL zur AHV	956,8	16,0	0,0	0,0	956,8	19,8
– davon EL zur IV	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
UV (Unfallversicherung)	0,0	0,0	12,8	1,9	12,8	0,2
MV (Militärversicherung)	1,6	0,0	0,4	0,0	2,0	0,0
Privatversicherung	0,0	0,0	25,5	2,6	25,5	0,4
Andere private Finanzierung	92,6	1,6	44,0	4,5	196,6	2,0
Kantone/Gemeinden (Subventionen)	565,6	9,5	975,9	98,4	940,9	19,5
Haushalte (inkl. Kostenbeit. KV)	2751,8	46,1	9,6	1,0	2761,4	39,7
Total	5971,9	100,0	977,0	100,0	6948,9	100,0
Unentgeltliche Hilfe					1229,0	

275 Siehe ‹http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/13/02.html› (zuletzt besucht am 3. Mai 2016).

276 Siehe ‹http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/03/02.html› (zuletzt besucht am 3. Mai 2016).

277 Siehe ‹http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/03/05.html› (zuletzt besucht am 3. Mai 2016).

278 Siehe ‹http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/06.html› (zuletzt besucht am 3. Mai 2016).

279 Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung vom 16. Februar 2005 = BBl 2005, 2033 ff., 2053.

Das Kostenwachstum insgesamt bezogen auf eine Pflegestunde verläuft im Vergleich zu den Konsumentenpreisen überproportional. Im Jahr 2012 betrugen die Pflegekosten bereits Mia. CHF 10,8 (siehe nachfolgende Tabelle):

Tabelle 2-1: Finanzierung der Pflegekosten nach Leistungserbringer und Finanzierungsregimes 2012

	Pflegeheime		Spitex-Dienste	
	Mio. CHF	In %	Mio. CHF	In %
Total	**9026.7**	**100.0**	**1847.9**	**100.0**
Staat total	**1406.8**	**15.6**	**885.3**	**47.9**
Bund	-	-	-	-
Kantone	662.4	7.3	501.6	27.1
Gemeinden	741.4	8.2	383.7	20.8
Sozialversicherungen total	**2129.1**	**23.6**	**548.4**	**29.7**
OKP	1597.6	17.7	540.9	29.3
UV	1.3	0.0	7.5	0.4
IV	-	-	-	-
AHV	530.3	5.9	-	-
Andere Regimes, bedarfsabhängige Sozialleistungen total	**1942.3**	**21.5**	**53.8**	**2.9**
Ergänzungsleistungen AHV	1541.5	17.1	30.5	1.7
Ergänzungsleistungen IV	-	-	23.0	1.2
Alters- und Pflegehilfe, kantonal geregelt	400.8	4.4	-	-
Privatversicherung	**-**	**-**	**45.7**	**2.5**
Private Haushalte	**3333.4**	**36.9**	**257.1**	**13.9**
Andere private Finanzierung	**218.1**	**2.4**	**57.6**	**3.1**

Quelle: BFS (Kosten und Finanzierung des Gesundheitswesens nach Leistungserbringern und Finanzierungsregimes, Tabelle 14.05.03.04)

Der Bundesrat ist im Rahmen der Neuordnung der Pflegefinanzierung davon ausgegangen, dass die Pflegekosten bis zum Jahr 2040 – nicht zuletzt aufgrund der demographischen Veränderungen – bis auf rund Mia. CHF 19 ansteigen werden. Für das Jahr 2020 wurden Pflegekosten von rund Mia. CHF 11 prognostiziert.[280] Wie bereits erwähnt betrugen die Pflegekosten bereits im Jahr 2012 rund Mia. CHF 10,8. Der Verlauf der zukünftigen Pflegekosten ist insoweit ungewiss.

2. *Keine bundesrechtliche Umschreibung der «Pflegekosten»*

Das Bundesrecht regelt – auch im Kontext mit der krankenversicherungsrechtlichen Restkostenfinanzierung – nicht, was unter «Pflegekosten» zu verstehen ist. Die Pflegeheime, nicht aber andere ambulante Pflegedienstleistungserbringer sind zwar verpflichtet, eine Finanzbuchhaltung (mit Anlagebuchhaltung sowie Kosten- und Leistungsrechnung) zu führen[281] und eine Leistungsstatistik gemäss den Vorgaben für sozialmedizinischen Institutionen zu erstellen.[282] Die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen konkretisieren jedoch nicht, wie die

280 Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung vom 16. Februar 2005 = BBl 2005, 2033 ff., 2059.

281 Vgl. Art. 11 VKL.

282 Vgl. Art. 14 VKL und Verordnung über die Durchführung von statistischen Erhebungen des Bundes (Statistikerhebungsverordnung) vom 30. Juni 1993

Kosten der gemäss KLV versicherten Pflegeleistungen festgestellt werden sollen.

Seitens der Heime werden die Handbücher «Kostenrechnung und Leistungsstatistik für Alters- und Pflegeheime» sowie «Anlagebuchhaltung für Alters- und Pflegeheime» der Koordinationsgruppe Langzeitpflege Schweiz KGL (Curaviva Schweiz, H+ die Spitäler der Schweiz und senesuisse Verband wirtschaftlich unabhängiger Alters- und Pflegeeinrichtungen Schweiz) verwendet. Die Kantone verweisen mitunter auf diese Branchenlösungen[283] oder konkretisieren entsprechende Vorgaben.[284]

Die Kantone haben in Ausübung der ihnen übertragenen Kompetenzen die Restfinanzierung der ungedeckten Pflegekosten unterschiedlich umgesetzt. Die Umsetzungsvielfalt betrifft etwa die:[285]

- 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,
- Höhe des auf die Kostenstelle Pflege entfallenden Anteils der übrigen Betriebskosten (unter Einschluss der Rückstellungen) sowie
- Verwendung allfälliger Spenden/Zuwendungen Dritter.

3. Problemfall Betreuungstaxen

Deckt die Restkostenfinanzierung des Kantons die ungedeckten Pflegekosten des jeweiligen Leistungserbringers nicht, muss dieser das Finanzierungsdefizit entweder durch Spenden oder eine innerbetriebliche «Quersubventionierung» decken, wenn Einsparmöglichkeiten ausgeschöpft sind bzw. nicht ergriffen werden (können). In diesem Kontext stellt sich die Frage, ob der Leistungserbringer überhaupt zusätzlich zur Pflegeentschädigung eine zusätzliche Vergütung verlangen kann, sei es, dass eine «Betreuungstaxe» gefordert, wie das

283 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.

284 Beispielsweise der Kanton Aargau, siehe dazu das im Internet verfügbare Merkblatt/Vorgaben des Departements Gesundheit und Soziales «Umsetzung und Präzisierungen der Handbücher ‹Kosten- und Leistungsstatistik für Alters- und Pflegeheime' sowie ‹Anlagebuchhaltung für Alters- und Pflegeheime' ab Betriebsjahr 2014» vom 22.12.2014.

285 Siehe 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) 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 Urteil BGer 9C_235/2015 vom 17.12.2015 (BGE-Publikation) E. 3.2.

Heime oft machen, oder die Hilflosenentschädigung vollständig oder teilweise beansprucht wird.

Gemäss Art. 44 Abs. 1 KVG dürfen für versicherte Pflegeleistungen weder direkt noch indirekt weitergehende Vergütungen berechnet werden; einzig geschuldet ist der Pflegekostenselbstbehalt von 20%.[286] Zusätzliche Entschädigungen dürfen nur für *echte Mehrleistungen* verlangt werden.[287] Was eine echte Mehrleistung ist und was nicht, ist letztlich nicht klar, weil der Begriff der krankenversicherungsrechtlich gedeckten Grundpflege[288] nicht abschliessend geregelt ist und in den nicht versicherten Betreuungsbereich «diffundiert».

Der Preisüberwacher hat in einem Rundschreiben vom September 2011[289] 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 bis CHF 18 300 pro Jahr an Betreuungstaxen zu viel verrechnet, welche als Pflegekosten deklariert und von der öffentlichen Hand getragen werden müssten.[290]

Nach der Meinung des Preisüberwachers besteht deshalb ein dringender Handlungsbedarfs der Bundesbehörden, die festlegen sollten, welche Kosten in welchem Umfang den Pflegekosten zuzuordnen sind.[291] Der Preisüberwacher hat in seinem Jahresbericht 2012 folgende Empfehlungen abgegeben:[292]

- 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.

---

286 Vgl. Art. 25a Abs. V KVG.

287 Vgl. Urteile BGer 2P.25/2000 vom 12.11.2002 E. 8 und 14 sowie 9C_103/2007 vom 10.07.2007 E. 4.

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

289 Siehe Newsletter Nr. 6/11 Probleme bei neuer Pflegefinanzierung – Preisüberwacher ortet dringenden Handlungsbedarf – online verfügbar unter ‹http://www.preisueberwacher.admin.ch› (zuletzt besucht am 3. Mai 2016).

290 Siehe dazu auch Urteile KGer BL 810 12 86 vom 12.06.2013 E. 5 und VersGer SG KV 2012/9 vom 17.12.2012 E. 1.4 und 3.

291 Vgl. Rosenkranz Ruth/Meierhans Stefan, Defizite bei der Umsetzung der Pflegekostengrenze, in: Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2013/2, S. 76 ff.

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

- 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 des Bundes sowie der Kantone 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.[293] 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.[294]

V. Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit

1. Ambulant vor stationär

Der Gesetzgeber verfolgt – zumindest im Geltungsbereich des KVG – die Strategie «ambulant vor stationär».[295] Aus diesem Grundsatz folgt jedoch nicht eine absolute Priorität der ambulanten Pflegeversorgung. Die obligatorische Krankenpflegeversicherung hat nur wirksame, zweckmässige und wirtschaftliche Pflegemassnahmen zu vergüten.[296] Für die Beurteilung der Zweckmässigkeit massgeblich sind nicht nur die medizinischen, sondern auch die individuellen Verhältnisse des Versicherten.

Dazu zählen nach der Rechtsprechung insbesondere:

- grundrechtlich geschützte Interessen,[297]
- die Gefahr einer erheblichen Einbusse an Lebensqualität,[298]
- eine Beeinträchtigung der bisherigen bzw. künftigen Berufsausübung oder Ausbildung,[299]

---

293 Vgl. Urteil VersGer SG i.S. A. c. SVA St. Gallen vom 17.12.2012 E. 3.2.
294 Ibid. E. 3.3.
295 Vgl. BGE 141 V 446 E. 7.4 und Urteil BGer 9C_235/2015 vom 17.12.2015 E. 5.1.
296 Vgl. Art. 56 KVG.
297 Vgl. z.B. BGE 126 V 334 E. 2d und Urteile EVG K 59/00 vom 22.09.2000 E. 2d und K 52/99 vom 22.09.2000 E. 2d.
298 Vgl. BGE 126 V 334 E. 3a.
299 Vgl. BGE 126 V 334 E. 3a und Urteil EVG K 66/00 vom 05.10.2000 E. 3b (Jus-Studium ist gemäss EVG nur bei einer Spitexpflege möglich).

- eine drohende Verschlechterung des körperliche und psychische Zustandes,[300]
- Familienverhältnisse,[301]
- der Verlust eines sprachlich-kulturell intakten Umfeldes,[302]
- die Beeinträchtigung einer langfristigen Therapiekonstanz[303].

Nicht zweckmässig ist die Spitex-Pflege bei einer Versicherten, die an einem kongenitalen zentralen Hypoventilationssyndrom (Undine-Syndrom) leidet und seit der Geburt im Schlaf künstlich beatmet werden muss, wenn die ambulante Versorgung jährlich CHF 204 619.– kosten würde[304].

2. *Wirtschaftlichkeit der Pflegekosten*

Bei dem im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung vorzunehmenden Kostenvergleich ist zu berücksichtigen, dass die Spitex-Kosten *nicht mit den Gesamtkosten eines Pflegeheimaufenthalts zu vergleichen sind, sondern mit den Kosten, welche der Krankenversicherer effektiv zu übernehmen* verpflichtet ist. Die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit darf jedoch nicht anhand einer strikten Gegenüberstellung der beiden Kostenbeträge erfolgen. Eine gleichermassen zweckmässige oder sogar vorteilhaftere Pflegeform, die im Vergleich zu allfälligen Alternativen teurer ist, ist nur dann unwirtschaftlich, wenn ein «grobes Missverhältnis» besteht.[305]

Die Rechtsprechung hat es abgelehnt, eine prozentuale Obergrenze festzusetzen, bei der automatisch von einem groben Missverhältnis auszugehen wäre.[306] Als wirtschaftlich wurden etwa Spitexkosten bezeichnet, die 35 % bzw. 37 %,[307] 200 %,[308] 350 %[309] bzw. 400 %,[310] nicht aber solche, die 500 %[311] der Heimpflegekosten ausmachen.[312] Nicht schützenswert ist der blosse

---

300 Vgl. BGE 126 V 334 E. 3a und Urteil EVG K 59/00 vom 22.09.2000 E. 3a, wo eine «erhebliche» Verschlechterung verlangt wird.
301 Vgl. Urteil EVG K 52/99 vom 22.09.2000 E. 3a (Mutter von drei Kindern).
302 Vgl. Urteil EVG K 52/99 vom 22.09.2000 E. 3a.
303 Vgl. Urteil EVG K 52/99 vom 22.09.2000 E. 3a.
304 Vgl. Urteil BGer 9C_489/2015 vom 11.02.2016 E. 6.
305 BGE 126 V 338 E. 2.
306 Vgl. Urteil EVG K 161/00 vom 25.05.2001 E. 4c, wo das EVG eine fixe Kostengrenze von 20 % abgelehnt hat.
307 Vgl. Urteil EVG K 161/00 vom 25.05.2001 E. 4c.
308 Vgl. Urteil EVG K 59/00 vom 22.09.2000 E. 3b.
309 Vgl. BGE 126 V 334 E. 3b (der Kostenunterschied wurde als im oberen Rahmen des Vertretbaren liegend bezeichnet).
310 Vgl. Urteil EVG K 66/00 vom 05.10.2000 E. 3d, (allerdings Rückweisung zur genauen Abklärung des versicherten Pflegeaufwandes).
311 Vgl. Urteil EVG K34/98 vom 18.12.1998 = RKUV 1999, S. 64 = SVR 2000 KV Nr. 9 E. 4b.
312 Im Urteil EVG K 52/99 vom 22.09.2000 E. 3b wurde zwar die Zweckmässigkeit der Spitexpflege bei einer Tetraplegie bejaht, der Fall aber betreffend Überprüfung der Wirtschaftlichkeit der geltend gemachten Erhöhung der Spitexpflege von 90 auf insgesamt 420 Stunden pro Quartal an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Wunsch, weiterhin in der privaten Wohnung verbleiben zu können, wenn die Spitexkosten das Drei- bis Vierfache der Pflegeheimkosten betragen.[313] Die Möglichkeit, den Sohn täglich zu treffen und sich mit ihm beim Abendessen auszutauschen, welche die Pflege zu Hause bietet, spricht ebenfalls dafür, die Spitex-Pflege als leicht wirksamer und zweckmässiger als die Heimpflege zu qualifizieren. Dasselbe gilt für den Umstand, dass die versicherte Person viel Zeit damit verbringt, kleinere Arbeiten im Haus zu verrichten, womit sie eine gewisse Selbstständigkeit bewahren kann.[314]

Das Bundesgericht differenziert zudem die Fälle, in denen Spitex- und Heim gleich wirksam und zweckmässig sind, von den Fällen, bei welchen die teurere Pflegeform eindeutig vorteilhafter ist.[315] Bei gleichwertiger Spitex- und Heimpflege ist ein *grobes Missverhältnis zwischen Spitex- und Heimkosten anzunehmen, wenn die Spitex-Kosten drei bis viermal höher sind.*[316] Leidet die versichterte Person an den Folgen eines cerebrovaskulären Insults mit linksseitigem armbetontem motorischem Hemisyndrom und Neclect links sowie an einem demenziellen Syndrom und einem Diabetes mellitus Typ II, sind bei Gleichwertigkeit der Spitex- und der Heimpflege 2,35-mal höhere Spitexkosten «gerade noch» wirtschaftlich.[317] Bei einer versicherten Person mit rechtsseitigem Hemisyndrom waren die Spitex-Kosten 1,9 bis 2,3-mal höher, indessen immer noch wirtschaftlich. Dabei qualifizierte das Gericht die Heimpflege als leicht weniger wirksam und zweckmässig als die Spitex-Pflege. Die chronisch kranke Person hielt sich bereits 9 Jahre zu Hause auf und wurde von ihrem Ehemann gepflegt. Eine Heimeinweisung hätte voraussichtlich ihren Gemütszustand verschlechtert.[318] Der Anspruch auf Kostenersatz für die Hauspflege ist sodann bei 48 % höheren Spitex-Kosten[319] sowie bei Mehrkosten von 35 % bejaht worden.[320]

In Fällen, in denen die ambulante Pflege als wirksamer und zweckmässiger – wenn auch nicht als erheblich wirksamer und zweckmässiger – qualifiziert wurde, bejahte das Bundesgericht einen Anspruch auf Spitex-Pflege nament-

313 Vgl. Urteil EVG K 61/00 vom 05.10.2000.

314 Vgl. Urteil BGer 9C_343/2013 vom 21.01.2014 E. 4.1.2.

315 Das Bundesgericht lehnte einen Anspruch auf Spitex-Leistungen bei einem Faktor von 2,56 ab, obschon die ambulante Pflege als leicht wirksamer und zweckmässiger eingestuft wurde. Das Bundesgericht betonte, die Pflege zu Hause müsse einen klaren Vorteil («bénéfice manifeste») gegenüber der Heimpflege aufweisen. Dies sei nicht gegeben bei der versicherten Person, welche an einer Alzheimerdemenz im fortgeschrittenen Stadium litt, bettlägrig war, sich in einem Zustand totaler Abhängigkeit betreffend sämtliche täglichen Lebensverrichtungen befand und über keine ausreichenden Möglichkeiten mehr verfügte, aktiv am sozialen oder familiären Leben teilzunehmen. Folglich wurde die ambulante Pflege, deren Kosten sich auf über CHF 100 000.– pro Jahr beliefen, als nicht mehr vereinbar mit dem Kriterium der Wirtschaftlichkeit erachtet (vgl. BGE 139 V 135 E. 5).

316 Vgl. RKUV 2001 Nr. KV 143 S. 19.

317 Vgl. Urteil BGer 9C_940/2011 vom 21.09.2012 E. 3.4.

318 Vgl. RKUV 2001 Nr. KV 162 S. 179.

319 Vgl. RKUV 2001 Nr. KV 169 S. 261.

320 Vgl. Urteil EVG K 161/00 vom 25.05.2001 E. 4c.

lich bei 2,6 bis 2,9-mal, 2,73-mal sowie bei 2,87-mal höheren Kosten.[321] Ist die Spitex-Lösung unter den gegebenen Umständen als erheblich zweckmässiger und wirksamer zu qualifizieren, sind 3,5-mal höhere Kosten nicht unwirtschaftlich, aber an der oberen Grenze des Vertretbaren liegend.[322] Leidet die versicherte Person an einer leichten demenziellen Entwicklung und kann sie sich unter Zuhilfenahme von Stöcken bzw. des Rollators im eigenen Haus und in der näheren Umgebung frei bewegen (auch wenn eine Gangunsicherheit besteht und sie ab und zu stürzt) bzw. sie kleinere Arbeiten im Haus teilweise selbstständig erledigen und an sozialen bzw. familiären Aktivitäten teilnehmen, sind um den Faktor 2,5 höhere Spitexkosten noch wirtschaftlich.[323]

Die aktuelle Wirtschaftlichkeitspraxis berücksichtigt zu einseitig die Belastung der Krankenversicherer. Da die «Pflegekosten» und die «Restkosten» letztlich sozialisiert werden, sollte die Wirtschaftlichkeit im Rahmen einer Gesamtbeurteilung, insbesondere auch unter Berücksichtigung der vom Gemeinwesen indirekt finanzierten Heimaufenthaltskosten, überprüft werden. Da bei einem Pflegeheimaufenthalt neben den vom Krankenversicherer zu tragenden «Pflegekosten» auch vom Kanton zu vergütende «Restkosten» anfallen und letztlich beide Kosten sozialisiert werden, stellt sich die berechtigte Frage, weshalb im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung die Spitex-Kosten nicht mit den Gesamtkosten eines Pflegeheimaufenthaltes verglichen werden.[324]

In der jüngeren Rechtsprechung betont das Bundesgericht zunehmend, dass es die erklärte Absicht des Gesetz- und Verordnungsgebers sei, generell Kostenvergleiche bei staatlichen Leistungen in einen *gesamten volkswirtschaftlichen Rahmen* zu stellen. In einem Entscheid von 2012 liess es indessen die Frage, ob am bisherigen krankenversicherungsrechtlichen Begriff der Wirtschaftlichkeit festgehalten werden soll, offen.[325]

Eine von der Schweizerischen Alzheimervereinigung in Auftrag gegebene Studie hat für das Jahr 2007 errechnet, dass leichtere und mittelschwere Pflegefälle zuhause volkswirtschaftlich günstiger als im Heim betreut werden können.[326] Es wäre folglich nahe liegend, in diesen Fällen auf eine Wirtschaftlichkeitsüberprüfung zu verzichten. Ob in schweren Pflegefällen generell von der Unwirtschaftlichkeit der Haus- bzw. Spitexpflege ausgegangen oder in Anlehnung an die bisherige Praxis eine Kosten-Nutzen-Abwägung vorgenommen werden müsste, wäre von der Rechtsprechung zu klären. Das Bundesgericht

321 Vgl. Urteile BGer 9C_343/2013 vom 21.01.2014 E. 4.2, 9C_702/2010 vom 21.12.2010 E. 5.2, K 33/02 vom 02.12.2003 = RKUV 2004 Nr. KV 275 S. 137 E. 2.2 und K 201/00 vom 19.09.2001 E. 3c.

322 Vgl. BGE 126 V 338 E. 3b.

323 Vgl. Urteil BGer 9C_343/2013 vom 21.01.2014 E. 4.2.1.

324 Vgl. Urteil BGer 9C_940/2011 vom 21.09.2012 E. 3.4.

325 Vgl. Urteil BGer 9C_940/2011 vom 21.09.2012 E. 3.4.

326 Siehe Ecoplan, Kosten der Demenz in der Schweiz Schlussbericht, im Auftrag der Schweizerischen Alzheimervereinigung, 12. Februar 2010, verfügbar online ‹http://www.alz.ch/index.php/zahlen-zur-demenz.html› (zuletzt besucht am 3. Mai 2016).

hat in seiner jüngsten Rechtsprechung, insbesondere im Myozyme-Entscheid, Überlegungen zu einer absoluten Wirtschaftlichkeitsgrenze angestellt und dabei den Betrag von jährlich CHF 100 000 als vertretbare Grenzkosten in der Pflege[327] bzw. CHF 500 000 pro gerettetes Menschenlebensjahr genannt.[328]

Durchschnittskosten pro Person in Fr., nach Schweregrad der Demenz

Kostenkategorie	Kostenart	Betreuungsform und Schweregrad der Demenz			
		Im Heim	Zu Hause		
		mittelschwer bis schwer	leicht	mittel-schwer	schwer
Direkte Kosten innerhalb des Gesundheitswesens	Spital	–	–	5.302	5.302
	Heim	68.399	–	–	–
	Spitex	–	2.021	7.388	7.388
	Hausarzt Betreuung und Diagnostik	226	226	226	226
	Medikamente (Antidementiva)	266	266	266	266
	Memory Chips: Interdisziplinäre Diagnostik	–	140	140	–
Indirekte Kosten	Informelle Pflege und Betreuung	–	23.533	54.420	108.840
Kosten pro Person in Fr.		68.891	26.186	67.743	122.023

Der von der Rechtsprechung genannte Grenzkostenbetrag in der Pflege von jährlich CHF 100 000 ist im Hinblick auf die vorerwähnte Wirtschaftlichkeitsrechtsprechung nach oben anzupassen. Da die Spitex-Pflege verglichen mit der Heimpflege maximal 3,5-mal mehr kosten darf, ist die absolute Wirtschaftlichkeitsgrenze entweder nach Massgabe des maximalen Tagesbeitrages bei einem Pflegeheimaufenthalt von CHF 108[329] oder unter Berücksichtigung des diesem entsprechenden zeitlichen Pflegebedarfs von 220 Minuten pro Tag zu ermitteln. Im ersten Fall ergäbe sich ein jährlicher Grenzkostenbetrag von CHF 137 970 (CHF 108 × 365 × 3,5), im letzteren Fall von CHF 281 050 (220 Minuten: 60 × 3,5 × 365 × CHF 60[330]).

Der niedrigere Betrag entspricht in etwa der bisherigen Praxis; der höhere Betrag wäre zumindest dann gerechtfertigt, wenn ein Haftpflichtiger vorhanden ist, der für die gesamten Betreuungs- und Pflegekosten (regressweise) aufzukommen hat. Es kommt hinzu, dass in schwersten Pflegefällen die Aufenthaltskosten in einem Heim zwischen CHF 20 000 und CHF 30 000 betragen können. Bei welchem Frankenbetrag letztlich die *volkswirtschaftliche Wirtschaftlichkeitsgrenze* erreicht wird, hängt letztlich nicht nur von den tatsächlichen Aufenthaltskosten in einem Heim, sondern auch von dem Erwerbsausfall pflegender Angehöriger ab, wenn diese neben der Spitex Betreuungs- und Pflegeleistungen erbringen. Das Bundesgericht hat unlängst die Wirtschaftlichkeit von jährlichen Pflegekosten von CHF 204 619 im Zusammenhang mit einem Undine-Syndrom bejaht.[331]

---

327 Vgl. BGE 136 V 395 E. 7.6.2.

328 Ibid. E. 7.6.3.

329 Vgl. Art. 7a Abs. 3 lit. l KLV.

330 Der Betrag von CHF 60 entspricht dem Durchschnitt der Stundenansätze für Grund- und Behandlungspflege gemäss Art. 7a Abs. 1 lit. b und c KLV.

331 Vgl. Urteil BGer 9C_489/2015 vom 11. Februar 2016 E. 7.

D. Zukunft des schweizerischen Pflegefinanzierungssystems

In der Schweiz besteht ein historisch gewachsenes komplexes Pflegefinanzierungssystem. Es werden einerseits den pflegebedürftigen Personen Versicherungsleistungen und andere soziale Pflegeentschädigungen ausgerichtet. Zu den Pflegeversicherungsleistungen zählen etwa die Hilflosenentschädigungen (gemäss IVG, UVG und AHVG), die Pflegekostenentschädigungen (gemäss KVG, UVG, IVG und ELG), der Assistenzbeitrag gemäss IVG, die Dienstleistungen Dritter (gemäss IVG und MVG), die Pflegehilfsmittelentschädigungen (gemäss IVG und KVG) und die Betreuungsgutschriften gemäss AHVG.

Andererseits erhalten Pflegedienstleistungsunternehmen vom Gemeinwesen staatliche Finanzbeihilfen, wenn sie versicherte Pflegedienstleistungen erbringen oder im Rahmen eines Leistungsauftrags tätig sind. Das Bundesrecht regelt lediglich die Grundsätze der Pflegekostensubventionen im KVG und IFEG. Die Kantone haben innerhalb der bundesrechtlichen Vorgaben heterogene Regelungen geschaffen, wie die durch Pflegeversicherungsleistungen nicht gedeckte Pflegekosten abgegolten werden. Die Komplexität des dualen Pflegefinanzierungssystems wird so zunehmend durch Intransparenz ergänzt.

Die Kosten dieses dualen Pflegefinanzierungssystems belaufen sich mittlerweile auf rund Mia. CHF 12 und werden aufgrund der demographischen Veränderungen, insbesondere der Zunahme der älteren Bevölkerung, in den kommenden Jahrzehnten stark ansteigen. Bereits heute sind die Pflegekosten, allen voran die Aufenthaltskosten in einem Heim, höher als der Medianlohn der erwerbstätigen Bevölkerung. Die vergangenen Jahre haben zudem gezeigt, dass das Pflegekostenwachstum im Vergleich zu den Konsumentenpreisen und zum Lohnwachstum überproportional ist.

Es bedarf keiner prophetischen Fähigkeiten, um festzustellen, dass das derzeitige Pflegefinanzierungssystem die Grenze seiner Leistungsfähigkeit erreicht hat bzw. spätestens dann überschreiten wird, wenn das Gemeinwesen nicht mehr in der Lage ist, die pflegebedürftige Bevölkerung mit den erforderlichen Dienstleistungen angemessen zu versorgen. Geringfügige Veränderungen des derzeitigen Systems dürften wohl kaum die Lösung bringen. Die Sozialpolitik ist berufen, ein kohärentes Pflegefinanzierungssystem zu schaffen, das es den pflegebedürftigen Personen erlaubt, bei gleichem Pflegebedarf dieselben Dienstleistungen selbstbestimmt am Pflegemarkt (unter Einschluss der Angehörigen) zu erwerben.

Ob dabei eine eigentliche Pflegeversicherung neu zu schaffen ist oder die Lösung innerhalb eines bestehenden Sozialversicherungszweiges, wohl am ehesten im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, realisiert werden kann, mag dahingestellt bleiben. Entscheidend wird sein, die heute rund Mia. CHF 12 in ein subjektfinanziertes System umzulenken und konsequent Anreize für die wirtschaftlichsten Versorgungsmodelle zu schaffen, unter denen die betroffenen pflegebedürftigen Personen auswählen können. Die Fi-

nanzierung der zusätzlichen Mittel, welche in den kommenden Jahrzehnten benötigt werden, dürfte mit blossen Kopfprämien nicht zu realisieren sein, weshalb in Anlehnung an die Altersvorsorge ein Mischsystem anzustreben ist.[332]

Literatur

Aeberli Urs, In den Ruin gepflegt. Pflegerenten-Versicherungen von Bâloise und Genfer, in: Schweizer Versicherung 1998/5-6, S. 48 f.

Aeberli Urs, Pflegekosten: Leibrente mit Rückgewähr als «Erbenschutzversicherung»? Die Angst vor dem Altersheim, in: HandelsZeitung, Die Lebensversicherung im Vorsorgemix, Zürich 1999, S. 74 f.

Aeberli Urs, Pflegerenten-Versicherungen von Bâloise und Genfer, in: HandelsZeitung, Die Lebensversicherung im Vorsorgemix, Zürich 1999, S. 79 ff.

Aeberli Urs, Die teure Schattenseite des Älterwerdens, in: Schweizer Versicherung 2000/2, S. 15 ff.

Baumann Andreas, Die Berücksichtigung von privaten Pflegeleistungen im Erbrecht in: successio 2011, S. 30 ff.

Berger Hansruedi, Die Langzeitpflege ist nicht versicherbar. Alterspflege: kein Versicherungsprodukt vermag ganz zu überzeugen, in: Schweizer Versicherung 2005/7, S. 18 f.

Berger Max B./Genna Gian Sandro, Ehe- und güterrechtliche Konsequenzen der unentgeltlichen Pflege des Ehegatten, in: Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2014/2, S. 98 ff.

Berger Max/Genna Gian Sandro, Güterrechtliche Zuordnung von unfallbedingten Schadenersatz- und Sozialversicherungsleistungen bei Scheidung, in: AJP 2009, S. 1563 ff.

Bischofberger Iren/Landolt Hardy, Absicherung der Pflegebedürftigkeit in der Schweiz, in: ZIAS 2013/52, S. 105 ff.

Blanc Jasmin, Finanzierung der geriatrisch rehabilitativen Pflege. Die Finanzierung einer Pflege der Zukunft zur längeren Erhaltung der individuellen Lebensqualität im Alter, Muri 2001

332 Siehe dazu Trottmann Maria/Vaterlaus Stephan, et al., Finanzierung der Langzeitpflege aus ökonomischer Sicht, in: Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2016/1, S. 29 ff., Tomasini Eros, Einführung einer obligatorischen Pflegeversicherung – eine Notwendigkeit?, in: ibid. S. 45 ff., Leutwyler Stefan, Notwendigkeit und Ausgestaltung einer Pflegeversicherung in der Schweiz, in: ibid. S. 40 ff., Kündig Jörg, Obligatorische Pflegeversicherung – ein ernst zu nehmender Lösungsansatz, in: ibid. S. 43 ff., Gächter Thomas/Filippo Martina, Grundfragen zu einer schweizerischen Pflegeversicherung, in: ibid. S. 35 ff. und Cosandey Jérôme, Pflegekapital: Eigenvorsorge statt Zwang zur Umverteilung, in: ibid. S. 33 ff.

Braun Peter, Pflegeversicherung: Verpassen die Versicherer den Markt der Zukunft? Neue Lösungen für alte Probleme, in: HandelsZeitung (Hrsg.), Die Lebensversicherung im Vorsorgemix, Zürich 1999, S. 77 ff.

Breitschmid Peter/Gächter Thomas, Rechtsfragen zum Heimaufenthalt und dessen Finanzierung., Zürich/St. Gallen 2010

Cosandey Jérôme, Generationenungerechtigkeit überwinden. Revisionsvorschläge für einen veralteten Vertrag, Zürich 2014

Cosandey Jérôme, Pflegekapital: Eigenvorsorge statt Zwang zur Umverteilung, in: Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2016/1, S. 33 ff.

Francesca Colombo/Ana Llena-Nozal, et al., Help Wanted? Providing and Paying for Long-Term Care, Paris 2011

Friesacher Heiner, Theorie und Praxis pflegerischen Handelns: Begründung und Entwurf einer kritischen Theorie der Pflegewissenschaft, Göttingen 2008

Fuhrer Bruno, Pflegefinanzierung. Erhebung von Pflegekosten, in: CHSS 2008/1, S. 57 ff.

Gächter Thomas, Die Finanzierung von Pflegeheimaufenthalten vor und nach der Neuordnung der Pflegefinanzierung, in: HILL 2010, Fachartikel Nr. 7

Gächter Thomas/Filippo Martina, Grundfragen zu einer schweizerischen Pflegeversicherung, in: Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2016/1, S. 35 ff.

Gross Daniel, Braucht die Schweiz eine Pflegeversicherung? Stand, Probleme und Reformvorschläge zur Finanzierung der Langzeitpflege in der Schweiz, Basel 1994

Höpflinger François/Bayer-Oglesby Lucy, et al., Pflegebedürftigkeit und Langzeitpflege im Alter. Aktualisierte Szenarien für die Schweiz, Bern 2011

Kündig Jörg, Obligatorische Pflegeversicherung – ein ernst zu nehmender Lösungsansatz, in: Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2016/1, S. 43 ff.

Künzi Kilian/Oesch Thomas, Zeitgutschriften für die Begleitung, Betreuung und/oder Pflege älterer Menschen, in: CHSS 2009/3, S. 183 ff.

Künzle Madeleine, Absicherung gegen hohe Pflegekosten mittels privater Versicherung, in: Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2013, S. 40 ff.

Landolt Hardy, Das soziale Pflegesicherungssystem. Eine Darstellung der sozialen Pflegeleistungen des Bundes und der Kantone unter besonderer Berücksichtigung der Spital-, Heim- und Hauspflegeleistungen, Bern 2002

Landolt Hardy, Pflegerecht. Band II: Schweizerisches Pflegerecht. Eine Darstellung der verfassungs- und bundesrechtlichen Grundlagen des Schweizerischen Pflegerechts unter besonderer Berücksichtigung des privat- und sozialrechtlichen Pflegesicherungssystems sowie des Pflegeschadenersatz- und des Pflegehaftpflichtrechts, Bern 2002

Landolt Hardy, Die EL als Pflegeversicherung, in: SZS 2011, S. 184 ff.

Landolt Hardy, Die Pflegeversicherungsleistungen im Überblick, in: HAVE 2011, S. 115 ff.

Landolt Hardy, Angehörigenpflege: Freiwilligen-, Gratis- oder Lohnarbeit?, in: SZS 2013/5, S. 467 ff.

Landolt Hardy, Plädoyer für die Einführung einer Pflegeversicherung, in: Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2014/3, S. 130 ff.

Landolt Hardy, Abgrenzung bei Pflegeleistungen, in: Grenzfälle in der Sozialversicherung, Luzern 2015, S. 43 ff.

Landolt Hardy, Versichert, aber nicht versorgt!, in: Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2015/3, S. 176 ff.

Latzel Günther/Abndermatt Christoph, Vergütung von Hilfe, Pflege und Betreuung durch die Ergänzungsleistungen, in: CHSS/5 2008, S. 284 ff.

Latzel Günther/Andermatt Christoph, et al., Sicherung und Finanzierung von Pflegeleistungen bei Pflegebedürftigkeit: Band 1. Beiträge zur sozialen Sicherheit. Forschungsbericht Nr. 97/6, Bern 1997

Leutwyler Stefan, Notwendigkeit und Ausgestaltung einer Pflegeversicherung in der Schweiz, in: Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2016/1, S. 40 ff.

Manser Manfred, Eine eigenständige Pflegeversicherung prüfen, in: Schweiz Spitex Verband (Hrsg.), Spitex im Trend – Trends für Spitex, Bern 1998, S. 246 ff.

Mittelstaedt Ekkehard, Abgrenzung von Grund- und Behandlungspflege aus sozialrechtlicher und ökonomischer Perspektive, in: PfleGe 1998/2, S. 7 ff.

Müller Elke, Grundpflege und Behandlungspflege. Historische Wurzeln eines reformbedürftigen Pflegebegriffs, in: PfleGe 1998/2, S. 1 ff.

Perrig-Chiello Pasqualina/Höpflinger François, et al., Pflegende Angehörige von älteren Menschen in der Schweiz. Schlussbericht im Rahmen des SwissAgeCare-2010 Forschungsprojekts im Auftrag von Spitex-Schweiz, in: ‹http://www.spitex.ch/files/CEAAGB6/SwissAgeCare-2010-Schlussbericht› (zuletzt besucht am 22. Februar 2016)

Rauber Brigitte Pfiffner, Das Recht auf Krankheitsbehandlung und Pflege. Zum Behandlungsanspruch von Krankenversicherten im Rahmen der Wirtschaftlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Langzeitpflege, Diss. Zürich 2003

Rosenkranz Ruth/Meierhans Stefan, Defizite bei der Umsetzung der Pflegekostengrenze, in: Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2013/2, S. 76 ff.

Rothgang Heinz, Theorie und Empirie der Pflegeversicherung, Berlin/Münster 2010

Schläppi Ruedi, Das Wasser steht vielen bis zum Hals. Alterspflegekosten: Der Pflegefall durchkreuzt die Erbplanung, in: Schweizer Versicherung 2004/9, S. 8 ff.

Schön-Bühlmann Jacqueline, Unbezahlte Pflegeleistungen von Privatpersonen und -haushalten, in: CHSS 2005/5, S. 274 ff.

Tomasini Eros, Einführung einer obligatorischen Pflegeversicherung – eine Notwendigkeit?, in: Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2016/1, S. 45 ff.

Trottmann Maria/Vaterlaus Stephan, et al., Finanzierung der Langzeitpflege aus ökonomischer Sicht, in: Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2016/1, S. 29 ff.

Zürcher Kantonalbank, Pflegebedürftigkeit im Alter. Risiken, Kosten, Lösungsvorschläge, Zürich 1994

Zweifel Peter/Felder Stefan, et al., Pflegebedürftigkeit im Alter. Risiken, Kosten, Lösungsvorschläge, Zürich 1994

Zweifel Peter/Strüwe Wolfram, Pflegeversicherung und gebundenes Banksparen in einem Zwei-Generationen-Modell, Zürich 1993

Zweifel Peter/Strüwe Wolfram, Die finanzielle Absicherung des Pflegerisikos. Pflegeversicherung und gebundenes Banksparen im Vergleich, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 1994, S. 399 ff.