

Gesundheitsrecht

Nr. 54

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 3. Dezember 2013 (V 13 1)

Anstellung von pflegenden Angehörigen

Die Einführung einer Pflicht der öffentlichen Spitex, pflegende Angehörige anzustellen, setzt eine hinreichende gesetzliche Grundlage voraus.

Sachverhalt

Am 31. August 2012 stimmte der Grosse Rat des Kantons Graubünden einer Teilrevision des Gesetzes über die Förderung der Krankenpflege und der Betreuung von betagten pflegebedürftigen Personen zu (KPG; BR 506.000). Am 18. Dezember 2012 beschloss die Regierung des Kantons Graubünden die Inkraftsetzung dieser Teilrevision und nahm gleichzeitig eine Teilrevision der Verordnung zum Gesetz über die Förderung der Krankenpflege und der Betreuung von betagten und pflegebedürftigen Personen vor (VOzKPG; BR 506.060). Dieser Beschluss (Regierungsbeschluss Nr. 1230) wurde im Amtsblatt des Kantons Graubünden Nr. 51/2012 vom 20. Dezember 2012 publiziert. Der bis dahin gültige Art. 26 der Verordnung mit der Marginale *Anstellung pflegender Angehöriger* lautete wie folgt:

«Pflegende Angehörige können durch die Dienste der häuslichen Pflege und Betreuung angestellt werden, wenn:

- a) sie eine Bestätigung über die erfolgreiche Absolvierung des Pflegehelferinnenkurses beziehungsweise des Pflegehelferkurses des Schweizerischen Roten Kreuzes vorweisen;*
- b) der Einsatz einer Langzeitsituation entspricht und die Anstellung auf mindestens zwei Monate angelegt ist;*
- c) sie noch nicht das AHV-Alter erreicht haben.»*

Der neu per 18. Dezember 2012 eingeführte Art. 26 der Verordnung mit der Marginale *Anstellung pflegender Angehöriger* wurde wie folgt geändert:

«Abs. 1 Pflegende Angehörige sind auf ihr Begehren durch die Dienste der häuslichen Pflege und Betreuung im Umfang des Ergebnisses der Bedarfsklärung und im Rahmen ihrer Kompetenzen anzustellen, wenn:

a) sie eine Bestätigung über die erfolgreiche Absolvierung des Pflegehelferinnenkurses beziehungsweise des Pflegehelferkurses des Schweizerischen Roten Kreuzes vorweisen oder eine Ausbildung gemäss Artikel 13 Absatz 2 oder 3 der Verordnung zum Gesundheitsgesetz verfügen;

b) der Einsatz einer Langzeitsituation entspricht und die Anstellung auf mindestens zwei Monate angelegt ist;

c) sie noch nicht das AHV-Alter erreicht haben.

Abs. 2 Auf begründetes Gesuch können die Dienste im Einzelfall vom Gesundheitsamt von der Anstellungspflicht befreit werden.»

Die Regierung gab als Leitlinie für die Teilrevision an, die Anpassung im Einleitungssatz von Art. 26 Abs. 1 der Verordnung solle sicherstellen, dass die Anstellung von pflegenden Angehörigen auch wirklich erfolge, wenn sie dies wünschten und die Voraussetzungen in lit. a bis c erfüllten; die Anpassung in lit. a erfolge lediglich im Sinne einer Klarstellung. Um in begründeten Fällen vom Grundsatz einer Anstellungspflicht abweichen zu können, sehe Abs. 2 die Möglichkeit vor, dass das Gesundheitsamt im Einzelfall eine Befreiung von der Anstellungspflicht bewilligen könne.

Gegen diesen Beschluss erhob die Spitex am 30. Januar 2013 Verfassungsbeschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden mit den Anträgen, Art. 26 der Verordnung zum Krankenpflegegesetz vom 18. Dezember 2012 sei aufzuheben, eventualiter aufzuheben und zur Überarbeitung im Sinne der Erwägungen an die Regierung zurückzuweisen. Weiter beantragte die Beschwerdeführerin, dass der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt werde. Sie macht eine Verletzung von Art. 27 BV (Wirtschaftsfreiheit) geltend, welche durch den faktischen Kontrahierungszwang entstehe, eine Verletzung der verfassungsmässigen Kompetenzzuweisung (keine Abstützung der Massnahme auf Gesetzesstufe) sowie die Verletzung der Vertragsfreiheit durch das Auferlegen der Kontrahierungspflicht. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden heisst die Beschwerde gut.

Erwägungen

Vom Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden zu klären war, ob die auf der Verordnungsstufe vorgeschriebene Anstellungspflicht zulässig ist oder nicht. Die kantonalen Richter weisen in Erwägung 2a darauf hin, dass nach der bundesgerichtlichen Recht-

Pflegerecht 2014 - S. 112

sprechung die Gesetzesdelegation zulässig ist, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: (1) Kein Ausschluss der Delegationsnorm durch die Verfassung, (2) die Delegationsnorm muss im Gesetz enthalten sein, (3) die Delegation muss sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken und (4) die Grundzüge der delegierten Materie, d. h. die wichtigen Regelungen, müssen in einem Gesetz umschrieben sein.

Die Verwaltungsrichter stellen sodann in Erwägung 2b fest, dass die Graubündner Kantonsverfassung die Gesetzesdelegation nicht verbietet. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden verneint

indessen das Vorhandensein einer gesetzlichen Delegationsnorm. In Erwägung 2c wird die in Art. 31f lit. a KPG geregelte Leistungskürzung von den Verwaltungsrichtern nicht als taugliche Delegationsnorm qualifiziert. Auch der Umstand, dass in der fraglichen Sanktionsnorm explizit der Begriff «Strukturqualität» verwendet wird, ist unbehelflich. Die Verwaltungsrichter erwägen, dass es sich bei diesem Begriff um einen Fachbegriff aus dem Pflegebereich handelt. Der Begriff wird indes unterschiedlich definiert. Die Regierung versteht unter Strukturqualität die Pflicht der Krankenhaus- bzw. Heimträger oder der Pflegedienste, in allen Bereichen der Einrichtung für den ordnungsgemässen Betriebsablauf zu sorgen und einen entsprechenden Rahmen zu schaffen, welcher einen patientenorientierten Standard der Leistung sicherstellt. Unter Hinweis auf das Onlinelexikon Wikipedia und die deutsche Ärztezeitung spricht das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden in Erwägung 2d dem verwendeten Begriff der «Strukturqualität» die Eignung einer Delegationsnorm ab, nicht zuletzt weil darunter unterschiedliche Aspekte der Pflegequalität gemeint sind.

Die Verwaltungsrichter betonen in Erwägung 2e f. sodann, dass die Kontrahierungspflicht im vorliegenden Fall einen schweren Eingriff in die Vertrags- und Vertragsabschlussfreiheit der Spitex darstellt, weshalb die Anforderungen an die Umschreibung der delegierten Materie in einem Gesetz umso höher sein müssen. Der von der Regierung angeführte Art. 31f lit. a KPG vermag diesen Anforderungen aber nicht zu genügen. Besondere Bedeutung messen die Verwaltungsrichter sodann dem Umstand bei, dass die durch Art. 26 der Verordnung zum Krankenpflegegesetz vom 18. Dezember 2012 eingeführte Kontrahierungspflicht bislang noch nirgends in der Schweiz eingeführt wurde und deshalb nicht nur für den Kanton Graubünden, sondern schweizweit eine neue und deshalb unübliche Regelung darstellt. Eine neue und schweizweit unübliche Regelung sei, so die Verwaltungsrichter, ohnehin von Beginn weg in einem formellen Gesetz zu regeln.

Bemerkungen

Der vorliegende Entscheid ist interessant, weil er in einem grösseren Zusammenhang mehrere grundsätzliche Fragen aufwirft. Dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden ist ohne Einschränkung zuzustimmen, dass die Einführung eines Kontrahierungszwangs eine gesetzliche Grundlage, die hinreichend demokratisch legitimiert und klar ist, erfordert. Dass vorliegend keine solche formellgesetzliche Grundlage bestand, bedarf keiner weiteren Erörterung. Damit ist aber für die Grundsatzfrage, ob eine Anstellungspflicht zulasten der öffentlichen oder sogar privaten Spitex-Organisationen vorgesehen werden darf, nichts gewonnen.

Das Bundesgericht hat 2006 in krankenversicherungsrechtlicher Hinsicht klargestellt, dass pflegende Angehörige, welche die Voraussetzungen gemäss Richtlinien des Spitex-Verbandes Schweiz betreffend die Mindestanforderungen an das Personal in der Grundpflege nicht erfüllen, gleichwohl von Spitex-Organisationen angestellt werden dürfen (siehe Urteile [9C_597/2007](#) vom 19. Dezember 2007 und K 156/04 vom 21. Juni 2006 = RKUV 2006 Nr. KV 376 S. 303). Die Bundesrichter betonten aber, dass kein krankenversicherungsrechtlicher Anspruch besteht, zum Zwecke der Pflege von Angehörigen von der am Wohnort tätigen Spitex-Organisation angestellt zu werden (vgl. Urteil K 156/04 vom 21. Juni 2006 = RKUV 2006 Nr. KV 376 S. 303 E. 4.2). Den Kantonen bleibt es im Rahmen ihrer Versorgungszuständigkeit aber unbenommen, eine Anstellungspflicht vorzusehen. Diverse Kantone regeln die Anstellung von pflegenden Angehörigen, sehen in der Regel aber keine Anstellungspflicht vor (weiterführend Leu/Bischofberger, Pflegende Angehörige als Angestellte in

der Spitex. Eine Annäherung aus rechtlicher, qualifikatorischer und konzeptioneller Perspektive, in: Pflegerecht 2012, S. 210 ff.).

Die Nachfrage nach Hilfe- und Pflegeleistungen zu Hause, etwa durch die Spitex, wird in der Zukunft ansteigen. Die Pflege in Heimen wird noch später als heute und häufiger erst gegen das Lebensende beansprucht werden. Dafür müssen bis 2020 mindestens 25 000 Fachkräfte zusätzlich eingestellt werden. Hinzu kommen mindestens 60 000 Gesundheitsfachleute, die wegen Pensionierung ersetzt werden müssen (weiterführend <http://www.obsan.admin.ch>). Die ambulante Pflegeversorgungsichte ist kantonal höchst unterschiedlich. In der Schweiz teilten sich im Jahr 2011 insgesamt 38 518 Personen 16 488 Vollzeitstellen in der Spitex. Durchschnittlich entspricht dies 2,1 Spitex-Stellen pro 1000 Einwohner/innen. Mit 3,6 Vollzeitäquivalenten pro 1000 Einwohner/innen wies der Kanton Genf die höchste Dichte an Spitex-Stellen auf. Auch der Kanton Basel-Stadt sowie

Pflegerecht 2014 - S. 113

die Westschweizer Kantone Waadt und Jura verfügten über mehr als drei Vollzeitäquivalente Spitex pro 1000 Einwohner/innen. In den Kantonen Nidwalden und Aargau ist mit 1,1 Vollzeitäquivalenten pro 1000 Einwohner/innen die niedrigste Versorgungsrate zu verzeichnen. Der vorliegend interessierende Kanton Graubünden wies mit 1,8 Vollzeitäquivalenten pro 1000 Einwohner/innen eine leicht unterdurchschnittliche Versorgungsdichte auf (siehe <http://www.obsan.admin.ch> > Monitoring und Daten > Gesundheitsindikatoren).

Damit eine Unterversorgung bzw. der sich zukünftig abzeichnende Pflegepersonal-mangel aufgefangen werden kann, muss der Pflegearbeitsmarkt flexibel sein. Die Integration der pflegenden Angehörigen in den Pflegearbeitsmarkt stellt ein wichtiges Instrument dar, um Pflegearbeitskräfte zu rekrutieren und auf Veränderungen der Pflegedienstleistungsnachfrage reagieren zu können. Eine Anstellungspflicht rechtfertigt sich deshalb in all jenen Fällen, in welchen das kantonale Spitex-Versorgungsangebot unterdurchschnittlich ist bzw. zeitlich oder räumlich nur eingeschränkt zur Verfügung steht oder die öffentliche Spitex trotz Leistungsvereinbarung mit dem Kanton bzw. der versorgungszuständigen Gemeinde eine Versorgung ablehnen darf (vgl. Urteil BGer 2P.73/2005 vom 17. Juni 2005 E. 5). Erbringen pflegende Angehörige anstelle von staatlich zugelassenen Pflegeversorgungsbetrieben nach dem Krankenversicherungsgesetz oder einem anderen Gesetz versicherte Pflegeleistungen, muss ihnen aus Gründen der rechtsgleichen Behandlung ein Anspruch auf Entlohnung zuerkannt werden. Ob dieser Anspruch durch einen Kontrahierungszwang zulasten der öffentlichen Spitex oder individuelle Leistungsvereinbarungen mit dem versorgungszuständigen Gemeinwesen umgesetzt wird, ist letztlich unerheblich.

Hardy Landolt