

## Massnahmen der Grundpflege in Spitex-Organisationen nach Art. 51 KVV

Unter besonderer Berücksichtigung der Anforderungen an die beruflichen Qualifikationen des Personals



Kanton Bern  
Canton de Berne



Gesundheits-, Sozial- und  
Integrationsdirektion (GSI)

---

### Rechtsgutachten

Amt für Integration und Soziales des Kantons Bern

Bern, 21. März 2025

**Ort und Datum**

Bern, 21. März 2025

**Auftraggeber**

Amt für Integration und Soziales  
des Kantons Bern (AIS)  
Rathausplatz 1  
Postfach  
3000 Bern 8

**Auftragnehmerin**

Kellerhals Carrard Bern KIG  
Effingerstrasse 1  
Postfach  
3001 Bern

**Autoren**

Dr. iur. Christoph Jäger, Rechtsanwalt  
Dr. iur. Claudio Helmle, Rechtsanwalt  
Nicolas Hauck, MLaw

**Titelbilder**

Antoni Shkraba (Symbolbild, links) /  
Kanton Bern (Logo, rechts)

**INHALT**

<b>Zusammenfassung</b> .....	<b>3</b>
<b>I. Ausgangslage</b> .....	<b>4</b>
<b>II. Fragestellung</b> .....	<b>5</b>
<b>III. Vorbemerkungen</b> .....	<b>6</b>
<b>IV. Bedeutung von Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV</b> .....	<b>7</b>
A. Auslegung .....	7
1. Allgemeines .....	7
2. Auslegungsmethodik .....	8
3. Wortlaut als Ausgangspunkt .....	8
4. Historische Auslegung .....	9
5. Systematische Auslegung .....	11
6. Zweck .....	15
7. Ergebnis der Auslegung .....	16
B. Staatsrechtliche Einordnung von Art. 51 KVV im föderalen System .....	16
C. Praxis und Lehre .....	19
1. Allgemeines .....	19
2. Rechtsprechung und Lehre zur Angehörigenpflege .....	19
3. BGE 150 V 281 i.S. <i>Spitex A./SWICA</i> .....	21
4. Ergebnis .....	23
<b>V. Administrativverträge</b> .....	<b>24</b>
<b>VI. Beschäftigung von Fachpersonen auf Mandatsbasis</b> .....	<b>26</b>
A. Allgemeines .....	26
B. Bundesrecht (Art. 51 KVV) .....	27
1. Grammatikalische Auslegung .....	27
2. Historische Auslegung .....	27
3. Systematische Auslegung .....	27
4. Teleologische Auslegung .....	28
5. Ergebnis der Auslegung .....	28
C. Kantonales Recht (Art. 91 SLG) .....	28
1. Grammatikalische Auslegung .....	28
2. Historische Auslegung .....	29
3. Systematische Auslegung .....	30
4. Teleologische Auslegung .....	31
5. Ergebnis der Auslegung .....	32
<b>VII. Ergebnisse</b> .....	<b>33</b>
<b>VIII. Beantwortung der Gutachtensfragen</b> .....	<b>34</b>

## **ZUSAMMENFASSUNG**

Dieses Rechtsgutachten analysiert die Anforderungen an die beruflichen Qualifikationen des Personals in Spitex-Organisationen im Kontext der Grundpflege. Das Gesetz über die Leistungen für Menschen mit Behinderung (BLG) vollzog einen Systemwechsel zur Subjektfinanzierung, wodurch zahlreiche Wohnheime für Menschen mit Behinderungen die Bewilligung bzw. Zulassung als Spitex-Organisationen i.S.v. Art. 51 KVV anstreben, um Leistungen über die Krankenversicherung abrechnen zu können.

Im Zentrum des Rechtsgutachtens steht die Überprüfung, ob Versicherer die Vergütung der Grundpflegemassnahmen mit dem Argument verweigern können, dass in den Wohnheimen nicht das erforderliche Fachpersonal beschäftigt sei. Die Analyse der rechtlichen Rahmenbedingungen, insbesondere des KVG, der KVV und KLV sowie der Rechtsprechung und juristischen Literatur zur Angehörigenpflege, zeigt, dass die bundesrechtlichen Anforderungen an die Berufsausbildung der Mitarbeitenden in der Grundpflege tief sind. Es wird festgestellt, dass auch Mitarbeiter ohne formale pflegerische Ausbildung Grundpflegeleistungen zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) erbringen können, sofern sie durch Fachpersonal ausreichend ausgewählt, instruiert und überwacht werden. Ein gewisses Mass an Anlernzeit reicht aus, um die Grundlagen der Grundpflege zu erlernen.

Das Gutachten untersucht als weitere Fragestellung die Bedeutung von Administrativverträgen zwischen Versicherern und Verbänden in diesem Zusammenhang. In diesen Verträgen werden teilweise spezifische Anforderungen an das Fachpersonal definiert. Solche zusätzlichen Anforderungen können nach hier vertretener Auffassung nicht rechtlich gültig vereinbart werden. Die Rechtslage ist in diesem Punkt allerdings nicht eindeutig. Bestehende Administrativverträge wirken sich jedenfalls nicht auf Spitex-Organisationen aus, die keine Vertragsparteien sind.

Das Rechtsgutachten kommt ferner zum Schluss, dass die Beschäftigung von Pflegefachpersonen auf Mandatsbasis durch die gesetzlichen Grundlagen nicht per se ausgeschlossen, sondern grundsätzlich zulässig ist. Dies jedenfalls, sofern die Fachleitung Pflege genügend oft vor Ort ist, was mit entsprechenden Vertragsbestimmungen hinsichtlich Verfügbarkeit und Weisungsgebundenheit sicherzustellen ist.

## **I. AUSGANGSLAGE**

- 1 Im Bereich der Förderung und Unterstützung von Menschen mit Behinderung ist im Kanton Bern am 1. Januar 2024 das neue Gesetz über die Leistungen für Menschen mit Behinderung (BLG<sup>1</sup>) in Kraft getreten, welches u.a. einen Systemwechsel hin zur sog. Subjektfinanzierung brachte. Die Gesundheits- Sozial- und Integrationsdirektion des Kantons Bern (GSI) respektive das zuständige Amt für Integration und Soziales (AIS) hat zur Einführung und Umsetzung des BLG eine Taskforce eingesetzt.
- 2 Verschiedene Wohnheime für Menschen mit Behinderung prüfen derzeit oder stehen bereits im Verfahren, um als Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause i.S.v. Art. 51 KVV<sup>2</sup> (Spitex-Organisationen) zugelassen zu werden, sodass sie ihre Leistungen mit den Krankenversicherungen abrechnen können.<sup>3</sup> Diese Zulassung ist im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Subsidiarität gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. e BLG und der damit verbundenen Finanzierung der Wohnheime wichtig. Nach Auffassung von GSI und AIS bedeutet dieser Grundsatz, dass finanzielle Leistungen nach BLG erst erfolgen, wenn alle anderen Finanzierungsmöglichkeiten ausgeschöpft sind, namentlich die Leistungen zuvor möglichst (auch) über die Krankenversicherung abgerechnet werden müssen. Die Wohnheime und ihre Verbände stehen dem kritisch gegenüber. Hinzu kommt, dass der für die Wohnheime neue Zulassungsprozess aufwändig und zugleich mit verschiedenen (Rechts-)Unsicherheiten verbunden ist. Die Bewilligungsvoraussetzungen und das Bewilligungsverfahren sind im SLG<sup>4</sup> und in der SLV<sup>5</sup> geregelt. Zusätzlich hat die GSI dazu eine Weisung erlassen.<sup>6</sup>
- 3 Eine der Bewilligungsvoraussetzungen ist, dass eine qualifizierte Leitung sowie der Einsatz von genügend qualifiziertem Personal gewährleistet wird (Art. 91 Abs. 1 lit. c SLG; vgl. auch Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV). Diese Voraussetzung wird in Art. 47 ff. SLV näher umschrieben. Die Weisung der GSI präzisiert sodann was folgt:
  - Ziff. 3.4.2 statuiert die Anforderungen an die für die fachliche Leitung verantwortliche Person (fachspezifische Ausbildung auf Tertiärstufe; über zwei Jahre Berufserfahrung, usw.).
  - Ziff. 3.4.3 präzisiert, dass die Spitex-Organisation über ausreichend diplomiertes Pflegepersonal verfügen muss, damit die fachliche Verantwortung

---

<sup>1</sup> Gesetz über die Leistungen für Menschen mit Behinderungen vom 13. Juni 2023 (BSG 860.3).

<sup>2</sup> Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (SR 832.102).

<sup>3</sup> Vgl. LANDOLT, Selbständige Pfl egetätigkeit, Pfl egerecht 2024, S. 14 ff. (nachfolgend zitiert: LANDOLT, Pfl egetätigkeit), S. 17.

<sup>4</sup> Gesetz über die sozialen Leistungsangebote vom 9. März 2021 (BSG 860.2).

<sup>5</sup> Verordnung über die sozialen Leistungsangebote (BSG 860.21).

<sup>6</sup> Weisung der GSI zum Erhalt einer Betriebsbewilligung für Spitex-Organisationen vom 31. Dezember 2021.

(inkl. Stellvertretung) jederzeit sichergestellt ist. Dazu sind im Minimum zwei diplomierte Pflegefachpersonen notwendig. Der Anteil von diplomiertem Pflegepersonal am gesamten Stellenetat Pflege muss mindestens 20% betragen.

- 4 Aufgrund des Fachkräftemangels ist es für die Wohnheime schwierig, ausgebildetes Pflegepersonal zu finden. In den Wohnheimen arbeiten daher auch Mitarbeitende ohne pflegerische Ausbildung, die einen anderen beruflichen Hintergrund haben. Diese werden für die Erbringung von sog. agogischen Leistungen wie z.B. Hilfe bei der Mund- und Körperpflege, beim An- und Auskleiden usw. eingesetzt (sog. Massnahmen der Grundpflege; Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV<sup>7</sup>).

## **II. FRAGESTELLUNG**

- 5 Gestützt auf die geschilderte Ausgangslage stellt sich primär die Frage, ob die Versicherer die Vergütung der Massnahmen der Grundpflege mit dem Argument verweigern könnten, dass die Wohnheime Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV nicht erfüllen würden. Dies, weil die Wohnheime nicht über das erforderliche Fachpersonal verfügen würden, das eine dem Tätigkeitsbereich entsprechende Ausbildung hat. In diesem Zusammenhang stellen sich u.a. Fragen in Bezug auf die Bedeutung der diversen Administrativverträge. Weiter stellt sich die Frage, wie es sich mit Pflegefachpersonen verhält, die auf Mandatsbasis eingesetzt werden würden.
- 6 Die Taskforce des AIS ist an Kellerhals Carrard herangetreten, um die geschilderten Fragestellungen in Bezug auf die Anforderungen an personelle Ressourcen von Spitex-Organisationen in diesem Kontext unabhängig und objektiv begutachten zu lassen. Im Einzelnen sollen die folgenden Fragen beurteilt und beantwortet werden:
1. *Als wie gross beurteilen Sie das Risiko, dass das Bundesgericht in einem Beschwerdeverfahren zum Schluss kommt, dass Art. 51 Abs. 1 Bst. c KVV nicht erfüllt ist und die Kasse damit nicht leistungspflichtig ist, wenn für Massnahmen der Grundpflege Personal eingesetzt wird, das nicht über die beruflichen Qualifikationen gemäss den Anhängen des «Administrativvertrags» verfügt?*
    - a) *Bei Institutionen, die sich keinem Administrativvertrag anschliessen?*
    - b) *Bei Institutionen, die sich den Administrativverträgen der Spitex-Verbände anschliessen?*
    - c) *Bei Institutionen, die sich den Administrativverträgen von CURAVIVA anschliessen?*

---

<sup>7</sup> Verordnung des Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 29. September 1995 (SR 832.112.31).

- d) *Welche Bedeutung ist in diesem Zusammenhang Art. 16 des Vertrags mit Senesuisse beizumessen?*
2. *Erfüllen Wohnheime die Voraussetzungen für den Beitritt zu den Administrativverträgen von CURAVIVA?*
3. *Haben Sie Vorschläge / Hinweise, wie das in Frage 1 beurteilte Risiko reduziert werden kann?*
4. *Haben wir Ihrer Meinung nach bei der Beschreibung des Sachverhalts<sup>8</sup> etwas von Bedeutung übersehen? Gegebenenfalls sind für entsprechende Hinweise dankbar.*
5. *Erfüllen Institutionen die Zulassungsbedingungen gemäss Art. 51 Abs. 1 Bst. c KVV, Art. 91 SLG, sofern sie die diplomierten Pflegefachpersonen auf Mandatsbasis beschäftigen?*
- a) *Bezüglich der für den Bereich Pflege verantwortlichen Fachperson mit einer Berufsausübungsbewilligung?*
- b) *Bezüglich des Anteils von diplomiertem Pflegepersonal am gesamten Stellenetat Pflege im Umfang von mindestens 20%?*
6. *Haben Sie Vorschläge / Hinweise, auf was bei der Ausgestaltung der Mandatsverträge zwischen Wohnheim und freiberuflich tätigen Pflegefachpersonen geachtet werden sollte?*
7. *Haben wir Ihrer Meinung nach bei der Beschreibung des Sachverhalts<sup>9</sup> etwas von Bedeutung übersehen? Gegebenenfalls sind wir Ihnen für entsprechende Hinweise dankbar.*

### **III. VORBEMERKUNGEN**

- 7 Spitex-Organisationen sind Leistungserbringer, welche Leistungen zulasten der OKP erbringen (Art. 35 Abs. 2 lit. d<sup>bis</sup> KVG<sup>10</sup>). Der Bundesrat hat gestützt auf Art. 36a KVG (bzw. Art. 38 aKVG<sup>11</sup>) die Zulassungsvoraussetzungen für Spitex-Organisationen in Art. 51 KVV festgelegt. Vorausgesetzt ist danach, dass die Spitex-Organisation nach der Gesetzgebung des Kantons, in dem sie tätig sind, zugelassen ist (lit. a), über einen kantonalen Leistungsauftrag nach Art. 36a Abs. 3

---

<sup>8</sup> Vgl. Ziff. 2 des Instruktionsdokuments «Anforderungen an personelle Ressourcen von Spitex-Organisationen» vom 10.1.2025 (Anhang).

<sup>9</sup> Vgl. Ziff. 3 des Instruktionsdokuments «Anforderungen an personelle Ressourcen von Spitex-Organisationen» vom 10.1.2025 (Anhang).

<sup>10</sup> Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (SR 832.10).

<sup>11</sup> Vgl. AS 2000 2305.

KVG<sup>12</sup> verfügt (lit. a<sup>bis</sup>),<sup>13</sup> ihren örtlichen, zeitlichen, sachlichen und personellen Tätigkeitsbereich festgelegt hat (lit. b), über das erforderliche Fachpersonal verfügt, das eine dem Tätigkeitsbereich entsprechende Ausbildung hat (lit. c), über die für die Leistungserbringung notwendigen Einrichtungen verfügt (lit. d) und nachweist, dass sie die Qualitätsanforderungen nach Art. 58g KVV erfüllt (lit. e).

8 Für die Gutachtensfragen relevant ist die Voraussetzung, wonach die Spitex-Organisation über das erforderliche Fachpersonal verfügen muss, das eine dem Tätigkeitsbereich entsprechende Ausbildung hat (Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV).

9 Um die Fragen gutachterlich zu beurteilen und zu beantworten, werden in einem ersten Schritt die Grundlagen aufgezeigt. Dazu soll zunächst die Bedeutung von Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV ermittelt werden (**IV.**). Danach wird auf die Bedeutung von Administrativverträgen eingegangen (**V.**), bevor die Zulässigkeit der Beschäftigung von Fachpersonen auf Mandatsbasis umrissen wird (**VI.**).

10 Die Ergebnisse aus dem Grundlagenteil werden alsdann zusammengefasst (**VII.**), bevor abschliessend die konkreten Gutachtensfragen beantwortet werden (**VIII.**).

#### **IV. BEDEUTUNG VON ART. 51 ABS. 1 LIT. C KVV**

11 Um die Bedeutung von Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV zu ermitteln, wird die Bestimmung nachfolgend ausgelegt (**A.**). Anschliessend erfolgt eine staatsrechtliche Einordnung der Bestimmung (**B.**). Sodann werden die gewonnenen Erkenntnisse anhand der einschlägigen Rechtsprechung und Lehre auf deren Praxistauglichkeit hin geprüft (**C.**).

##### **A. Auslegung**

###### **1. Allgemeines**

12 Ziel dieses Kapitels ist es, die Anforderungen zu ermitteln, die Art. 51 KVV hinsichtlich der beruflichen Qualifikationen des Personals aufstellt. Hierfür wird zunächst die Auslegungsmethodik dargelegt (**2.**). Daran anknüpfend erfolgt eine

---

<sup>12</sup> Diese Bestimmung wurde im Nachvollzug der Volksinitiative «Für eine starke Pflege (Pflegeinitiative)» eingefügt und mit Art. 51 Abs. 1 lit. a<sup>bis</sup> KVV ausgeführt. Wenn auch die Bestimmung mit der Ausbildung von Pflegefachkräften etwas zu tun hat, haben wir uns im Rahmen dieses Gutachtens nicht damit auseinandergesetzt, da diese Bestimmung auf die Auslegung u.E. keinen Einfluss hat. Uns erschliesst sich allerdings nicht, wie der Kanton Bern gestützt auf die kantonalrechtlichen Grundlagen einen Leistungsauftrag i.S.v. Art. 51 Abs. 1 lit. a<sup>bis</sup> KVV erteilen würde. Dieser Aspekt müsste ggf. gesondert geprüft werden.

<sup>13</sup> Gemäss der Übergangsbestimmung zur Änderung der KVV vom 8. Mai 2024 erteilen die Kantone innerhalb von zwei Jahren nach Inkrafttreten der Änderung vom 8. Mai 2024 den Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause, die bei Inkrafttreten dieser Änderung bereits zugelassen sind, einen Leistungsauftrag nach Art. 36a Abs. 3 KVG.

grammatikalische (**3.**), historische (**4.**), systematische (**5.**) und teleologische (**6.**) Auslegung. Am Ende wird das Ergebnis der Auslegung zusammengefasst (**7.**).

## **2. Auslegungsmethodik**

13 Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut, also das grammatikalische Auslegungselement. Vom klaren Wortlaut einer Bestimmung darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Vorschrift wiedergibt.<sup>14</sup> Ist der Normtext nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Zu berücksichtigen sind namentlich der Wille des Gesetzgebers, wie er sich etwa aus den Gesetzesmaterialien ergibt (historische Auslegung), die Bedeutung der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen (systematische Auslegung) und die Wertungen bzw. der Zweck, die dem Text zugrunde liegen (teleologische Auslegung).<sup>15</sup>

14 Das Bundesgericht lässt sich von einem sog. pragmatischen Methodenpluralismus leiten, der keinem Auslegungselement einen grundsätzlichen Vorrang einräumt. Es muss im Einzelfall abgewogen werden, welche Methode oder Methodenkombination zu der Lösung führt, die im normativen Gefüge und mit Blick auf die Wertentscheidungen des Gesetzgebers am meisten überzeugt.<sup>16</sup> Daraus ergibt sich für die rechtsanwendenden Behörden ein Auslegungsspielraum und darin liegt auch das Prozessrisiko, dass ein Gericht im Streitfall eine andere Auslegung als richtiger erachten könnte.

15 Verordnungen sind gesetzeskonform auszulegen. Es sind die gesetzgeberischen Anordnungen, Wertungen und der in der Delegationsnorm eröffnete Gestaltungsspielraum mit seinen Grenzen zu berücksichtigen.<sup>17</sup>

## **3. Wortlaut als Ausgangspunkt**

16 Nach Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV ist eine der Zulassungsvoraussetzungen, dass Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause über das erforderliche Fachpersonal verfügen, das eine dem Tätigkeitsbereich entsprechende Ausbildung hat.

17 Nach dem Wortlaut der Bestimmung sind die Anforderungen an die Ausbildung *relativ*: Für die Anforderungen an das Fachpersonal kommt es zunächst auf den

---

<sup>14</sup> Vgl. z.B. BGE 148 V 265 E. 5.2, BGE 145 II 270, E. 4.1; BGE 143 I 272 E. 2.2.3; BVR 2018, S. 341 E. 3.5.2; auch zum Folgenden.

<sup>15</sup> Vgl. statt vieler: TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage 2022, § 25 Rz. 571 ff. und 574 ff.

<sup>16</sup> Vgl. BVR 2023, S. 109 E. 4.1 m.w.H.

<sup>17</sup> BGE 150 V 281 E. 5.1.

konkreten *Tätigkeitsbereich* an («eine dem *Tätigkeitsbereich* entsprechende»<sup>18</sup>).  
Pflegerisch herausfordernde Tätigkeiten bedürfen einer anderen/besseren Ausbildung als Massnahmen der Grundpflege (z.B. Hilfe beim An- und Ausziehen, vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV).

18 In *qualitativer* Hinsicht deutet das Wort «erforderliche» sodann darauf hin, dass keine starren Vorgaben an die Ausbildung gemacht werden (es wird beispielsweise nicht eine mindestens dreijährige Berufslehre vorausgesetzt). In *quantitativer* Hinsicht enthält der Wortlaut von Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV keine Hinweise auf die Anzahl Mitarbeitenden. Es wird keine Quote erwähnt, wonach beispielsweise ein gewisser prozentualer Anteil des Fachpersonals über einen spezifischen Bildungsabschluss verfügen muss.

19 Nach einer grammatikalischen Auslegung hängen die Anforderungen an das Fachpersonal somit wesentlich vom konkreten Einzelfall ab. Insgesamt ist die Bestimmung offen formuliert. Diese offene Formulierung von Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV macht es erforderlich, die weiteren Auslegungselemente heranzuziehen.

#### 4. Historische Auslegung

20 Für die historische Auslegung stehen zur Verfügung: (i) die Botschaft des Bundesrats zum KVG, (ii) ein Kommentar zur Änderung der KVV, mit welcher die Voraussetzung von Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV eingeführt wurde, sowie (iii) ein Schreiben des Bundesrats an die Kantone mit Empfehlungen.

21 Die Botschaft des Bundesrats über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 hält zu Spitex-Organisationen fest:

«Für Chiropraktoren, Hebammen, Personen, die auf ärztliche Anordnung hin Leistungen erbringen, und die Organisationen, die solche Personen beschäftigen (letztere sind insbesondere in der SPITEX von Bedeutung), für Laboratorien sowie Abgabestellen für Mittel und Gegenstände, die der Untersuchung oder Behandlung dienen, wird der Bundesrat die Zulassungsvoraussetzungen auf Verordnungsstufe regeln. Hier wird es, entsprechend der Ausgestaltung des Leistungsspektrums in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Art. 19 ff.), insbesondere darum gehen, den Bereich der spitalexternen Krankenpflege (SPITEX) angemessen zu berücksichtigen.»<sup>19</sup>

22 Die Ausführungen deuten darauf hin, dass die Anforderungen an Spitex-Organisationen flexibel auf Verordnungsstufe geregelt werden und deren Besonderheiten berücksichtigt werden sollten.

23 Um die Intention des Ordnungsgebers zu Art. 51 KVV zu ermitteln, steht sodann der Kommentar zur Änderung der KVV vom 17. September 1997 zur Verfügung.

<sup>18</sup> Vgl. KIESER, Zulassung der Spitex-Organisation in der Krankenversicherung, Pflegerecht 2020, S. 74 ff. (nachfolgend zitiert: KIESER, Spitex-Organisation), S. 79.

<sup>19</sup> BBl. 1992 I 165.

Zu Art. 51 Abs. 1 lit. b KVV (die Spitex-Organisationen «haben ihren örtlichen, zeitlichen, sachlichen und personellen Tätigkeitsbereich festgelegt») geht hervor, dass sich der Verordnungsgeber durch die Umschreibung des Tätigkeitsbereichs erhoffte, dass:<sup>20</sup>

«man weiss (...):

- welche Qualifikation das Spitexpersonal vorrangig hat, d.h. ob das Schwergewicht bei den diplomierten Krankenschwestern und Krankenpfleger liegt, oder eher bei den Hauspflegerinnen und Hauspflegern; wie hoch der Anteil der hauptsächlich Hilfe im Haushalt und in der Familie leistenden Personen ist etc.).»

24 Aus dieser Passage ist nur, aber immerhin, ersichtlich, dass der Bundesrat offenbar bereits 1997 davon ausging, dass es einen gewissen Anteil an Spitex-Mitarbeitenden gibt, die «nur» im Bereich Hauspflege tätig sind.

25 In einer anderen Passage äussert sich der Kommentar zur Änderung der KVV vom 17. September 1997 wie folgt:

«Abschliessend sei noch auf die letzte der vom Bundesrat in seinem Brief an die Kantone (siehe Beilage) ausgesprochenen Empfehlungen verwiesen.

Sie steht nicht im direkten Zusammenhang mit dem neu einzuführenden Artikel 9a KLV. Sie ist vielmehr eine Ergänzung zu dem redaktionell bereinigten Artikel 51 KVV betreffend die Zulassung von Spitexorganisationen zur Tätigkeit für die soziale Krankenversicherung. Diese dritte bundesrätliche Empfehlung soll der Qualitätssicherung mit Bezug auf die Ausbildung der Heimpflegerinnen und -pfleger dienen, welche im Prinzip keine Leistungen der sogenannten Behandlungspflege (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KLV) erbringen, sondern vor allem Leistungen der sogenannten Grundpflege (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KLV) und gegebenenfalls Leistungen ausserhalb des Geltungsbereiches des KVG, wie z.B. Leistungen der Hilfe und Betreuung zu Hause und im Haushalt.

Die Kantone werden durch diese bundesrätliche Empfehlung ausdrücklich dazu eingeladen, bei der Regelung der gesundheitspolizeilichen Zulassung von Spitexorganisationen nach Artikel 51 Buchstabe a KVV, Vorschriften über die fachlichen Kompetenzen dieser Personen zu erlassen. Eine solche Empfehlung hat ihre besondere Bedeutung deswegen, weil die KVV sich nicht über die Ausbildungsvoraussetzungen dieser Personen äussert. Dies im Unterschied zu den Zulassungsbedingungen für Krankenschwestern und Krankenpfleger (Art. 49 KVV). Mit Bezug auf die anderen Personen, welche im Rahmen einer Spitexorganisation zulasten der KV tätig werden können, beschränkt sich Artikel 51 Buchstabe c darauf, folgendes festzuhalten: Die Spitexorganisationen müssen über das erforderliche Fachpersonal verfügen. Sie sind also dafür verantwortlich, dass es eine dem Tätigkeitsbereich der Organisation entsprechende Ausbildung hat. Der Bundesrat empfiehlt den Kantonen nun, noch nähere Vorschriften über die nötigen fachlichen Kompetenzen aufzustellen.»<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Kommentar zur Änderung der KVV vom 17. September 1997, S. 2.

<sup>21</sup> Kommentar zur Änderung der KVV vom 17. September 1997, S. 4.

26 Die erwähnte Empfehlung des Bundesrats vom 17. September 1997 an die Kantone lautet sodann wie folgt:

«Alle Kantone werden schliesslich eingeladen, die für die Zulassung der Spitex-Organisationen nach Artikel 51 Buchstabe a KVV nötigen Vorschriften zu erlassen, insbesondere Bestimmungen über die nötige fachliche Kompetenz zur Erbringung von Leistungen nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KLV.»<sup>22</sup>

27 Aus den beschriebenen Passagen lässt sich nicht ableiten, welche konkreten Anforderungen der Bundesrat an die beruflichen Qualifikationen stellt.

28 Die Erläuterungen und die Empfehlungen spiegeln das Verständnis des Bundesrats wider, wonach die Kantone in diesem Bereich kompetent sind, eigene Regelungen zu erlassen (vgl. dazu im Detail unten, Rz. 45 ff.). Mit anderen Worten formulierte der Bundesrat die Bestimmung von Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV bewusst offen. Dieses Verständnis sollte sich auch unter der neuen Zulassungsregelung nach Art. 36a KVG<sup>23</sup> nicht geändert haben, zumal die dazugehörige Ausführungsvorschrift von Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV seither nicht geändert wurde.

29 Aus den Materialien lässt sich daher ableiten, dass der Verordnungsgeber den Kantonen mit Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV keine starren Vorgaben zu den beruflichen Qualifikationen machen wollte. Die nötigen Bestimmungen seien von den Kantonen zu erlassen. Der Verordnungsgeber ging sodann davon aus, dass es im Bereich der Spitex-Organisationen eine Mischung aus diplomierten Pflegefachkräften und Angestellten mit anderen Ausbildungen gibt.

## **5. Systematische Auslegung**

30 Um die Bedeutung von Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV zu ermitteln, ist weiter zu untersuchen, wie die Bestimmung im Gesamtsystem der Rechtsordnung eingebettet ist. Neben den einschlägigen Bestimmungen des KVG und der KVV ist dabei insbesondere die KLV relevant.

31 Die Zulassungsvoraussetzungen von Art. 51 KVV wurden durch den Bundesrat gestützt auf die Kompetenznorm von Art. 36a Abs. 1 KVG festgelegt.<sup>24</sup> Die Zulassungsvoraussetzungen müssen gewährleisten können, dass qualitativ hochstehende und zweckmässige Leistungen erbracht werden (Art. 36a Abs. 1 Satz 2 KVG). Die Zulassungsvoraussetzungen umfassen je nach Art der Leistungserbringer die Ausbildung, die Weiterbildung und die für die Qualität der Leistungserbringung notwendigen Anforderungen (Art. 36a Abs. 2 KVG). Mit Bezug auf Spitex-Organisationen verlangt Art. 36a Abs. 3 KVG sodann, dass ein kantonaler

---

<sup>22</sup> Empfehlungen des Bundesrats an die Kantonsregierungen vom 17. September 1997, S. 3.

<sup>23</sup> BBl 2018 3125.

<sup>24</sup> BGE 150 V 273 E. 2.3.1.

Leistungsauftrag erteilt wurde, in welchem die zu erbringenden Ausbildungsleistungen festgelegt werden.<sup>25</sup>

- 32 Nach Art. 25a Abs. 4 Satz 1 KVG setzt der Bundesrat ferner die Beiträge der OKP für Pflegeleistungen differenziert nach dem Pflegebedarf in Franken fest. Massgebend ist der Aufwand nach Pflegebedarf für Pflegeleistungen, die in der notwendigen Qualität, effizient und kostengünstig erbracht werden (Art. 25a Abs. 4 Satz 2 KVG). Mit Blick auf diese Regelung wird in der Lehre die Auffassung vertreten, dass bei Personen, die sich ausschliesslich in der Grundpflege betätigen, aus Kostengründen tiefere Ausbildungsanforderungen angesetzt werden dürfen.<sup>26</sup> Diese Ansicht überzeugt, zumal sie im Einklang mit den WZW-Kriterien, d.h. der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit nach Art. 32 Abs. 1 KVG steht, insbesondere dem Wirtschaftlichkeitskriterium.<sup>27</sup> Zudem spricht Art. 25a Abs. 4 Satz 2 KVG von der «notwendigen» Qualität. Da im Bereich der Grundpflege<sup>28</sup> im Verhältnis zu anderen Pflegebereichen «einfachere» Arbeiten zu verrichten sind, können auch nicht dieselben Anforderungen an die Ausbildung gestellt werden wie in anderen Pflegebereichen.
- 33 Entsprechend sieht die KLV in Art. 7 KLV<sup>29</sup> unterschiedliche Pflegemassnahmen vor, die auch differenziert vergütet werden (Art. 7a KLV). Neben den Massnahmen der Grundpflege gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV unterscheidet die KLV zusätzlich zwischen Massnahmen der Abklärung, Beratung und Koordination (Art. 7 Abs. 2 lit. a KLV) und Massnahmen der Untersuchung und Behandlung (Art. 7 Abs. 2 lit. b KLV). Das verdeutlicht, dass die Anforderungen an die Ausbildung wesentlich davon abhängen, in welchem Tätigkeitsbereich die Spitex-Organisation tätig ist.<sup>30</sup> Bei der Grundpflege im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV – um die es vorliegend geht – handelt es sich gemäss Rechtsprechung um pflegerische Leistungen nicht-medizinischer Art bei krankheitsbedingten Beeinträchtigungen in grundlegenden alltäglichen Lebensverrichtungen.<sup>31</sup> Es dürfte selbst dem pflegerischen Laien einleuchten, dass eine Mitarbeiterin einer Spitex-Organisation, die Sonden und Katheter einführt (Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 5 KLV), über eine bessere Ausbildung verfügen sollte als ein Mitarbeiter, der beim Essen und Trinken hilft (Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 *in fine* KLV).

---

<sup>25</sup> Vgl. dazu Rz. 7 oben.

<sup>26</sup> SBVR-Soziale Sicherheit-EUGSTER E N 772.

<sup>27</sup> Vgl. dazu auch Vortrag des Regierungsrats des Kantons Bern vom 24. November 2021 zur Verordnung über die sozialen Leistungsangebote (nachfolgend zitiert: Vortrag SLV), S. 19: «So werden z.B. diplomierte Pflegefachpersonen deutlich zu oft für die Grundpflege eingesetzt, für die sie überqualifiziert sind. Da sich die Tarife nach dem geforderten Profil und nicht nach der ausführenden Person richten, entsteht zwangsläufig ein Kostenproblem.»

<sup>28</sup> Vgl. dazu Art. 7 Abs. 2 lit. c KVV und Rz. 33 sogleich.

<sup>29</sup> Der Bundesrat hat die Festlegung in Art. 33 lit. b und lit. i KVV an das EDI delegiert.

<sup>30</sup> Vgl. zur Umschreibung des Tätigkeitsbereichs sogleich Rz. 35.

<sup>31</sup> BGE 145 V 161 E. 5.2.2.

- 34 Art. 7 Abs. 2<sup>bis</sup> lit. a KLV verlangt für die Tätigkeiten nach Art. 7 Abs. 2 lit. a Ziff. 3 KLV, dass diese durch eine Pflegefachfrau oder einen Pflegefachmann vorgenommen werden, die oder der eine zweijährige praktische Tätigkeit in interdisziplinärer Zusammenarbeit und im Patientenmanagement in Netzwerken nachweisen kann. Buchstabe b dieser Bestimmung setzt sodann für die Abklärung, ob Massnahmen nach Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 13 und 14 sowie lit. c Ziff. 2 durchgeführt werden sollen, voraus, dass diese von einer Pflegefachfrau oder einem Pflegefachmann vorgenommen werden, die oder der eine zweijährige praktische Tätigkeit in der Fachrichtung Psychiatrie nachweisen kann. Daraus kann nun *e contrario* abgeleitet werden, dass insbesondere für die Tätigkeiten nach Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KVV gerade nicht vorausgesetzt wird, dass diese durch eine Pflegefachperson vorgenommen werden.
- 35 In Art. 51 KVV sind in systematischer Hinsicht folgende Buchstaben relevant:
- Nach Art. 51 Abs. 1 lit. a KVV werden Spitex-Organisationen zugelassen, wenn sie nach der Gesetzgebung des Kantons, in dem sie tätig sind, zugelassen sind. Es handelt sich dabei um eine gesundheitspolizeiliche Voraussetzung, weil der Bund im Bereich der Krankenversicherung eine umfassende Bundeskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung hat,<sup>32</sup> und die Kantone daher nur gesundheitspolizeiliche Bestimmungen aufstellen können.<sup>33</sup> In Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV bedeutet dies, dass die Kantone die gesundheitspolizeilichen Anforderungen an die Ausbildung näher definieren dürfen. Dieses Ergebnis ergibt sich auch aus der historischen Auslegung.<sup>34</sup>
  - Art. 51 Abs. 1 lit. b KVV setzt voraus, dass Spitex-Organisationen ihren örtlichen, zeitlichen, *sachlichen* und *persönlichen* Tätigkeitsbereich festlegen. Daraus erhellt, dass Spitex-Organisationen je nach (sachlichem) Tätigkeitsbereich andere Mitarbeitende einsetzen und somit in *persönlicher* Hinsicht auch Mitarbeitende mit unterschiedlichen Qualifikationen einsetzen.
  - Nach Art. 51 Abs. 1 lit. e KVV müssen Spitex-Organisationen sodann die Qualitätsanforderungen nach Art. 58g KVV erfüllen. In Art. 58g KVV werden nicht etwa Quoten für das erforderliche Fachpersonal aufgestellt, sondern es wird wie in Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV auf das «erforderliche» qualifizierte Personal verwiesen.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 117 N 4; vgl. dazu Rz. 45 ff. unten.

<sup>33</sup> Vgl. KIESER, Spitex-Organisation, S. 75.

<sup>34</sup> Vgl. Rz. 25 f. hiervor.

<sup>35</sup> Vgl. LANDOLT, Delegation von Pflegeverrichtungen an nicht diplomierte Hilfskräfte und Laien, AJP 2011, S. 349 ff. (nachfolgend zitiert: LANDOLT, Delegation), S. 356, der hervorhebt, dass keine sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen existieren, die eine bestimmte Quote von diplomiertem Fachpersonal vorsehen.

- 36 Sodann sind für die Bedeutung der Anforderungen an die beruflichen Qualifikationen von Spitex-Organisationen schliesslich die ausbildungsmässigen Anforderungen anderer Leistungserbringer heranzuziehen:
- So sieht Art. 49 Abs. 1 lit. b KVV für Pflegefachmänner und -frauen spezifische Anforderungen an die Ausbildung vor. Art. 49 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 KVV setzt für Pflegefachmänner und Pflegefachfrauen, die während zwei Jahren in einer Spitex-Organisation ihre praktische Tätigkeit ausgeübt haben, voraus, dass sie unter der Leitung eines Pflegefachmanns oder einer Pflegefachfrau standen, der oder die die Zulassungsvoraussetzungen erfüllt. Bereits die ausdrückliche Erwähnung von Pflegefachmännern und Pflegefachfrauen in der Bestimmung stellt klar, dass nicht sämtliches Fachpersonal in Spitex-Organisationen die Voraussetzungen von Art. 49 KVV erfüllen muss, da andernfalls die Erwähnung obsolet wäre.<sup>36</sup> Das Bundesgericht bestätigt diese Leseart, indem es ausführt, dass Spitex-Organisationen nicht über das Fachpersonal verfügen müssen, das die in Art. 49 KVV genannten ausbildungsmässigen Voraussetzungen erfüllt.<sup>37</sup>
  - Eine parallele Anforderung ist schliesslich für Spitäler in Art. 39 Abs. 1 lit. b KVG enthalten. Zulassungsvoraussetzung ist demnach, dass diese «über das erforderliche Fachpersonal verfügen». In der Lehre wird vorgebracht, dass dieser Bestimmung eine sozialversicherungsrechtliche und gesundheitspolizeiliche Doppelnatur eigen sei.<sup>38</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts liege es in erster Linie am Standortkanton, zu prüfen, ob die bundesrechtlichen Voraussetzungen erfüllt seien. Einrichtungen, die über eine kantonale Betriebsbewilligung als Spital verfügen, würden dabei «in der Regel» diesen Voraussetzungen genügen.<sup>39</sup> Dasselbe muss nach hier vertretener Ansicht für Spitex-Organisationen gelten,<sup>40</sup> zumal es sich auch bei Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV um eine Bestimmung mit gesundheitspolizeilicher Ausrichtung handelt.<sup>41</sup>
- 37 Abschliessend ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass das GesBG<sup>42</sup> keine ausbildungsmässigen Vorschriften für Spitex-Organisationen nach Art. 51 KVV enthält.

<sup>36</sup> Vgl. auch SBVR-Soziale Sicherheit-EUGSTER E N 772.

<sup>37</sup> BGE 145 V 161 E. 5.1.2; zustimmend DONAUER, Kostenübernahme für Massnahmen der Untersuchungs- und Behandlungspflege, in: dRSK, publiziert am 4. Juni 2019 (nachfolgend zitiert: DONAUER, dRSK), Rz. 17.

<sup>38</sup> BSK KVG-RÜTSCHÉ/PICECCHI, Art. 39 N 21.

<sup>39</sup> BVGer C-2389/2012 vom 21. August 2015 E. 9.1.2.

<sup>40</sup> Gl. M. KIESER, Spitex-Organisation, S. 79.

<sup>41</sup> Vgl. dazu Rz. 45 ff. unten.

<sup>42</sup> Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe vom 30. September 2016 (SR 811.21).

38 Die systematische Auslegung ergibt, dass es keine bundesrechtlichen Vorgaben gibt, welche die ausbildungsmässigen Anforderungen konkretisieren würden.<sup>43</sup> Somit verdeutlicht die systematische Auslegung die Ergebnisse der grammatikalischen und historischen Auslegung, wonach die Anforderungen an die Ausbildung bewusst abstrakt formuliert sind und wesentlich vom konkreten Tätigkeitsgebiet abhängen. So hat der Ordnungsgeber klar zwischen Massnahmen der Grundpflege (Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV) und denjenigen der Abklärung, Beratung und Koordination (Art. 7 Abs. 1 lit. a KVV) sowie Untersuchung und Behandlung (Art. 7 Abs. 1 lit. c KVV) unterschieden. Im Gegensatz zu den ausbildungsmässigen Anforderungen an Pflegefachmänner und -frauen sind die Anforderungen an Spitex-Organisationen nicht starr. Die Kantone dürfen nähere gesundheitspolizeiliche Anforderungen an die Ausbildung aufstellen.

## 6. Zweck

39 Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV bezweckt nach hier vertretener Auffassung primär, eine gesundheitspolizeiliche Minimalanforderung an das erforderliche Fachpersonal aufzustellen,<sup>44</sup> wobei die Regelung der konkreten Anforderungen in der Zuständigkeit und im Ermessen der Kantone steht.<sup>45</sup>

40 Gleichzeitig dürfte es sich – wie auch zu Art. 39 Abs. 1 KVG in der Lehre vorgebracht wird<sup>46</sup> – um eine Bestimmung mit sozialversicherungsrechtlichem Charakter handeln. In systematisch-teleologischer Hinsicht ist die sozialversicherungsrechtliche Komponente anhand der Kriterien von Art. 32 Abs. 1 KVG im Einzelfall zu beurteilen. Dieser Zweck ergibt sich auch aus Art. 36a Abs. 1 Satz 2 KVG, wonach die Zulassungsvoraussetzungen zu gewährleisten haben, dass qualitativ hochstehende und zweckmässige Leistungen erbracht werden. Art. 51 KVV bezweckt nicht, weiter als die allgemeinen Kriterien der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit (WZW) zu gehen.

41 Sodann liegt der Zweck der relativen Umschreibung des «erforderlichen Fachpersonals» nach hier vertretener Auffassung auch darin, den anfallenden Kosten bei unterschiedlichen pflegerischen Massnahmen angemessen Rechnung tragen zu können. Besser qualifizierte Pflegefachpersonen dürften höhere Löhne erhalten als weniger gut qualifizierte, was sich bei der Vergütung der Pflegemassnahmen

---

<sup>43</sup> Vgl. auch BGE 145 V 161 E. 3.3.1, mit Hinweis auf Urteil K 156/04 vom 21. Juni 2006 des Eidgenössischen Versicherungsgerichts wonach «weder Gesetz (KVG) noch Verordnungen (KVV und KLV) definierten, welchen fachlichen Mindestanforderungen Angestellte von Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause im Sinne von Art. 35 Abs. 2 lit. e KVG und Art. 51 KVV zu genügen hätten, damit die von ihnen erbrachten Leistungen durch die OKP zu vergütet seien.»; LANDOLT, Pflegerecht, S. 60.

<sup>44</sup> Gl. M. KIESER, Spitex-Organisation, S. 78 f.

<sup>45</sup> Vgl. dazu im Detail Rz. 45 ff. unten

<sup>46</sup> Vgl. Rz. 36 oben, zweites Lemma.

widerspiegelt. Mit dieser Überlegung übereinstimmend führte das Bundesgericht im Hinblick auf Massnahmen der Behandlungspflege nach Art. 7 Abs. 2 lit. b KLV aus:

«Für diese Betrachtungsweise spricht überdies die Tatsache, dass der Verordnungsgeber in Art. 7a Abs. 1 KLV für Leistungen nach Art. 7 Abs. 2 lit. b KLV höhere Beiträge an die Kosten vorgesehen hat als für Leistungen nach Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass Massnahmen der Untersuchung und der Behandlung, die auf die Behebung des Gesundheitsschadens gerichtet sind und einen eigentlichen Behandlungszweck erfüllen, nur durch Personen mit entsprechender fachlicher Qualifikation ausgeführt werden dürfen. Anders zu entscheiden hiesse, versierte Pflegefachpersonen und medizinische Laien in Bezug auf diesen höhere Anforderungen stellenden Pflegebereich abgeltungsmässig gleichzusetzen. Ferner bestünden, könnten fachlich nicht ausgebildete Angehörige von Leistungsempfängern Verrichtungen im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 lit. b KLV über einen zugelassenen Leistungserbringer zu Lasten der OKP abrechnen, zum einen ein erhebliches Missbrauchspotenzial und zum andern ein erhöhtes Risiko für Gesundheitsschädigungen.»<sup>47</sup>

## 7. Ergebnis der Auslegung

42 Die Auslegung von Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV ergibt, dass die Voraussetzung des erforderlichen Fachpersonals, das eine dem Tätigkeitsbereich entsprechende Ausbildung hat, bewusst offen formuliert ist und im Hinblick auf die konkreten pflegerischen Massnahmen beurteilt werden muss. In Bezug auf Massnahmen der Grundpflege nach Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV sind die Anforderungen an die beruflichen Qualifikationen tief.

43 Weder KVG noch KVV oder KLV konkretisieren das Zulassungskriterium des erforderlichen Fachpersonals. Vielmehr haben die Kantone einen grossen Spielraum, die fachlichen (gesundheitspolizeilichen) Anforderungen in den kantonalen Gesetzen und Verordnungen näher zu definieren. Die bundesrechtlichen Anforderungen an die beruflichen Qualifikationen sind bloss als Minimalstandards zu verstehen.

44 Dieses Auslegungsergebnis wird nachstehend einer staatsrechtlichen Analyse unterzogen,<sup>48</sup> bevor es anhand konkreter Gerichtsentscheide aus der Praxis geprüft wird.<sup>49</sup>

## B. Staatsrechtliche Einordnung von Art. 51 KVV im föderalen System

45 Das Gesundheitsrecht ist sowohl auf Stufe Bund als auch auf Stufe Kanton geregelt. Vor dem Hintergrund des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 BV<sup>50</sup>) ist

---

<sup>47</sup> BGE 145 V 161 E. 5.1.3; vgl. auch DONAUER, dRSK, Rz. 18.

<sup>48</sup> Vgl. Rz. 45 ff. unten.

<sup>49</sup> Vgl. Rz. 52 ff. unten.

<sup>50</sup> Bundesverfassung der der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

nachstehend zu untersuchen, wie sich die kantonalen Bestimmungen im SLG und in der SLV ins Gefüge von Art. 51 KVV einordnen.

46 Nach Art. 3 und Art. 42 Abs. 1 BV folgt die Bundesverfassung dem System der Einzelermächtigung: Der Bund ist für die Gesetzgebung in einem Sachgebiet zuständig, soweit die Bundesverfassung ihn ermächtigt; wenn eine solche Ermächtigung fehlt, sind die Kantone zuständig (sog. subsidiäre Generalkompetenz).<sup>51</sup>

47 Die Bundesverfassung weist dem Bund in verschiedenen Gebieten des Gesundheitswesens Gesetzgebungskompetenzen zu.<sup>52</sup> Für die vorliegend relevanten Bereiche sind dies:

- Art. 117 Abs. 1 BV, wonach der Bund Vorschriften über die Kranken- und die Unfallversicherung erlässt;
- Art. 117a Abs. 1 Satz 1 BV, wonach Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine ausreichende, allen zugängliche medizinische Grundversorgung von hoher Qualität sorgen; wobei der Bund nach Abs. 2 lit. a Vorschriften über die Aus- und Weiterbildung für Berufe der medizinischen Grundversorgung und über die Anforderungen zur Ausübung dieser Berufe erlässt; sowie
- Art. 117b BV, wonach Bund und Kantone die Pflege als wichtigen Bestandteil der Gesundheitsversorgung anerkennen und fördern und für eine ausreichende, allen zugängliche Pflege von hoher Qualität sorgen.

48 Für die vorliegend relevanten Bereiche hat der Bund die Gesetzgebungskompetenzen wie folgt wahrgenommen:

- Im Bereich der Gesundheitsberufe hat der Bund mit dem MedBG<sup>53</sup>, dem PsyG<sup>54</sup> und dem GesBG detaillierte gesundheitspolizeirechtliche Bestimmungen erlassen. Darin werden u.a. die Voraussetzungen für die Berufsausübung geregelt. Spitex-Organisationen nach Art. 51 KVV werden in diesen Erlassen nicht reguliert.
- Im Bereich der Krankenversicherung hat der Bund eine umfassende Bundeskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung (Art. 117 Abs. 1 BV),<sup>55</sup> welcher er mit dem KVG, der KVV und der KLV nachgekommen ist.

---

<sup>51</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage 2020, Rz. 1052.

<sup>52</sup> Im Übrigen verbleibt die Gesundheitspolitik grundsätzlich im Rahmen der übrigen Verfassungsregelungen in kantonaler Zuständigkeit, vgl. SGK BV-POLEDNA/JUST, Art. 117 BV N 9.

<sup>53</sup> Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006 (Medizinalberufegesetz, SR 811.11).

<sup>54</sup> Bundesgesetz über die Psychologieberufe vom 18. März 2011 (Psychologieberufegesetz, SR 935.81).

<sup>55</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden S 23 137 vom 27. Februar 2024 E. ii.5.1; BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 117 N 4; SGK BV-POLEDNA/JUST, Art. 117 BV N 5.

Kantonale Kompetenzen bleiben somit nur dort bestehen, wo der Bund seine Gesetzgebungskompetenz nicht ausgeschöpft hat.<sup>56</sup> Die Kantone können seit dem 1. Januar 2022 Zulassungsvoraussetzungen vorsehen und haben die formellen Zulassungsverfahren durchzuführen (Art. 36 ff. KVG).<sup>57</sup>

- 49 In der Lehre wird vorgebracht, dass Spitex-Dienstleistungen nicht zur *Grundversorgung*, sondern zur (institutionellen) *Gesundheitsversorgung* gehören. Diese Aufgaben würden in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fallen.<sup>58</sup> Da keine anderslautenden bundesrechtlichen Bestimmungen bestehen, sind die Kantone bereits kraft subsidiärer Generalkompetenz dazu ermächtigt, nähere gesundheitspolizeiliche Bestimmungen zu Spitex-Organisationen zu erlassen.<sup>59</sup> Es handelt sich dabei nicht um eine blossе Vollzugskompetenz. Hinzu kommt, dass sie dazu in Art. 51 Abs. 1 lit. a KVV auch ausdrücklich ermächtigt werden bzw. in dieser Bestimmung davon ausgegangen wird, dass die Kantone ein gesundheitspolizeilich motiviertes Bewilligungssystem vorsehen.<sup>60</sup> Sodann wurden die Kantone, wie erwähnt, vom Bundesrat mit Schreiben vom 17. September 1997 auch aufgefordert, die «*nötigen Vorschriften zu erlassen, insbesondere Bestimmungen über die nötige fachliche Kompetenz zur Erbringung von Leistungen nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KLV.*».<sup>61</sup>
- 50 Von der gesundheitspolizeilichen Betriebsbewilligung zu unterscheiden ist die sozialversicherungsrechtliche Zulassung gemäss Art. 51 KVV. Die Kantone sind aufgrund des Vorrangs des Bundesrechts u.E. zwar grundsätzlich nicht dazu befugt, die bundesrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen materiell zu übersteuern. Aufgrund dessen, dass Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV den Kantonen in Bezug auf das erforderliche Personal jedoch einen Spielraum belässt,<sup>62</sup> wirken sich die kantonalen gesundheitsrechtlichen Bestimmungen auf die Zulassungsvoraussetzungen aus.
- 51 Art. 51 KVV hat u.E. somit eine Doppelnatur: Art. 51 Abs. 1 lit. a und c KVV sind zwar *formell* als Zulassungsvoraussetzungen sozialversicherungsrechtlicher Natur zu betrachten, *materiell* handelt es sich aber um gesundheitspolizeirechtliche

---

<sup>56</sup> SGK BV-POLEDNA/JUST, Art. 117 BV N 8.

<sup>57</sup> Vgl. dazu auch FAQ zur Umsetzung der KVG-Änderung «Zulassung von Leistungserbringern» des Bundesamts für Gesundheit (BAG) vom 25. August 2023; LANDOLT, Pflegerecht, S. 62.

<sup>58</sup> GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Rechtsgutachten zur Tragweite von Art. 117a Abs. 2 lit. a BV für die Gesundheitsberufe vom 12. Mai 2015, S. 14; vgl. auch LANDOLT, Pflegerecht, S. 52.

<sup>59</sup> So auch KIESER, Spitex-Organisation, S. 78; ferner LANDOLT, Delegation, S. 350 Fn. 11, wonach kantonales Spitexrecht nicht unselbständiges Ausführungsrecht zu Bundesrecht, sondern eigenständiges kantonales Bewilligungsrecht darstelle.

<sup>60</sup> Vgl. BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich - Basel - Genf 2012, S. 433: «*Die hier tätigen Leistungserbringer werden jedoch gemäss Art. 51 lit. a KVV nur nach Massgabe der besonderen kantonalen Gesetzgebung zur Abrechnung auf Kosten der Grundversicherung zugelassen, das heisst, die KVV lässt Raum für zusätzliche kantonale Voraussetzungen, mithin für eine kantonal gestaltete Ordnung.*»

<sup>61</sup> Vgl. Rz. 25 f. oben.

<sup>62</sup> Vgl. Rz. 25 f. oben.

Minimalvoraussetzungen, für deren konkretisierenden Inhalt das kantonale Recht massgebend ist.

## **C. Praxis und Lehre**

### **1. Allgemeines**

52 Spitex-Organisationen nach Art. 51 KVV waren bereits mehrfach in gerichtliche Verfahren involviert. In diesem Kapitel werden für die Beurteilung der Gutachtensfragen relevante Urteile behandelt, anhand derer die bisherigen Erkenntnisse auf deren Praxistauglichkeit hin geprüft werden sollen.

53 Dazu wird zunächst die umfangreiche Rechtsprechung und Lehre zur Angehörigenpflege dargestellt, eingeordnet und auf die vorliegende Konstellation übertragen (2.). Anschliessend wird der Entscheid des Bundesgerichts BGE 150 V 281 i.S. *Spitex A./SWICA* dargestellt, wo es um ein Behindertenwohnheim im Kanton Basel-Landschaft ging (3.). Abschliessend wird das Ergebnis der Analyse zusammengefasst (4.).

### **2. Rechtsprechung und Lehre zur Angehörigenpflege**

54 Immer wieder Gegenstand von Gerichtsverfahren ist die Vergütung durch die OKP von Massnahmen der Grundpflege i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV durch Angehörige (Angehörigenpflege).

55 Nach ständiger Rechtsprechung<sup>63</sup> und herrschender Lehre<sup>64</sup> können auch Angehörige ohne qualifizierte Ausbildung Massnahmen der Grundpflege nach Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV zulasten der OKP erbringen, wenn sie als Angestellte von zugelassenen Spitex-Organisationen nach pflichtgemäsem Ermessen eingesetzt werden. Das Bundesgericht hat dazu verschiedentlich ausgeführt, dass eine dem Tätigkeitsbereich entsprechende Ausbildung i.S.v. Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV nicht bedeutet, dass in jedem Fall nur ausgebildete Personen angestellt sein dürfen. Für Massnahmen der Grundpflege nach Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV genüge ein «gewisses

---

<sup>63</sup> Jüngst BGer 9C\_385/2023 vom 8. Mai 2024 E. 2.3.2; BGE 145 V 161 E. 5.1; BGer, 9C\_597/2007 vom 19. Dezember 2007 E. 5; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden S 23 137 vom 27. Februar 2024 E. 5.4.

<sup>64</sup> SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, Rz. 772; KIESER, Spitex-Organisation, S. 80; DOMANIG, Abgrenzung zwischen Grund- und Zusatzversicherung im Bereich der Pflegeleistungen, 2015, S. 41; LEU/BISCHOFBERGER, Pflegende Angehörige als Angestellte in der Spitex: Eine Annäherung aus rechtlicher, qualifikatorischer und konzeptioneller Perspektive Pflegerecht 2012, S. 210 ff. (nachfolgend zitiert: LEU/BISCHOFBERGER, Pflegende Angehörige), S. 213; LANDOLT, Delegation, S. 356 f; BSK KVG-VASELLA, Art. 35 N 47; LANDOLT, Pflegefinanzierung in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2021, S. 35; DONAUER, dRSK, Rz. 16.

Anlernen», eine Fachausbildung brauche es nicht.<sup>65</sup> Jedenfalls müssten die Voraussetzungen gemäss Art. 32 Abs. 1 KVG erfüllt sein.<sup>66</sup>

56 Das Bundesgericht hat in Bezug auf die Angehörigenpflege ferner festgehalten, dass Angehörige als Arbeitnehmer eines zugelassenen Leistungserbringers hinreichend instruiert und überwacht werden müssen, was gegebenenfalls durch Fachpersonal sichergestellt werden muss.<sup>67</sup> In der Lehre wird sodann die sorgfältige Auswahl der ausführenden Person durch die Pflegefachperson genannt.<sup>68</sup> In Bezug auf die Überwachung wird gefordert, *«dass bei möglicherweise auftretenden Schwierigkeiten gewährleistet ist, dass eine fachkundige Person unmittelbar einschreiten kann.»*<sup>69</sup> Fehlen gesetzliche Vorgaben, würde es *«im pflichtgemässen Ermessen der Leitung der Spitex-Organisation und des zuständigen Arztes [liegen], zu entscheiden, welche fachlichen und persönlichen Voraussetzungen für die Pflege erforderlich sind, und für eine allenfalls notwendige Überwachung oder Begleitung durch das diplomierte Pflegepersonal zu sorgen.»*<sup>70</sup>

57 Dass die Anforderungen an die beruflichen Qualifikationen bei Massnahmen der Grundpflege nicht zu hoch angesetzt werden dürfen, bringt das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden im Hinblick auf eine 69 Jahre alte pflegende Angehörige auf den Punkt:

*«Insbesondere kann bei Erreichen der AHV-Altersgrenze nicht generell auf ein für diesen Tätigkeitsbereich [gemeint sind Massnahmen der Grundpflege] ungenügende körperliche Leistungsfähigkeit geschlossen werden. Ebenso wenig sind Grundpflegeleistungen ständigen Änderungen oder raschen Entwicklungen unterworfen, welche ein hohes Mass an kognitiver Flexibilität und geistigen Fähigkeiten erforderten.»*<sup>71</sup>

58 In der Lehre wird vorgebracht, dass die Rechtsprechung zur Angehörigenpflege für die generelle Beurteilung von Art. 51 KVV übertragbar sei.<sup>72</sup> Die Ansicht überzeugt, weil die Ausführungen des Bundesgerichts zu Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV genereller Natur sind und keine nachvollziehbaren Gründe bestehen, weshalb für die vorliegende Situation der In-House-Pflege in Behindertenwohnheimen andere Massstäbe gelten sollten.

<sup>65</sup> BGE 145 V 161 E. 5.1 m.w.H.; LEU/BISCHOFBERGER, *Pflegende Angehörige*, S. 213.

<sup>66</sup> BGE 145 V 161 E. 4.1; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden S 23 137 vom 27. Februar 2024 E. 5.4.

<sup>67</sup> BGer 9C\_597/2007 vom 19. Dezember 2007 E. 5.2; BGer 9C\_88/2016 vom 12. Mai 2016 E. 2.

<sup>68</sup> KIESER, *Spitex-Organisation*, S. 84; LANDOLT, *Entwicklung der Rechtsprechung im Bereich der ambulanten Psychiatriepflege*, *Pflegerecht* 2022, S. 67 ff., S. 72.

<sup>69</sup> KIESER, *Spitex-Organisation*, S. 83.

<sup>70</sup> LANDOLT, *Pflegerecht*, S. 60 f.

<sup>71</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden S 23 137 vom 27. Februar 2024 E. 6.5.

<sup>72</sup> KIESER, *Spitex-Organisation*, S. 83.

### 3. BGE 150 V 281 i.S. *Spitex A./SWICA*

59 Ebenfalls relevant für die vorliegend gutachterlich zu klärenden Fragen ist das Bundesgerichtsurteil BGE 150 V 281 i.S. *Spitex A./SWICA*. Bis zu diesem Entscheid des Bundesgerichts war die Leistungspflicht der OKP nicht eindeutig geklärt, wenn sich die pflegebedürftige Person in einem nicht zugelassenen Pflegeheim aufhält, die Pflege jedoch von einer zugelassenen auswärtigen Spitex-Organisation erbracht wird.<sup>73</sup>

60 Umstritten war, ob eine nach Art. 51 KVV zugelassene Spitex-Organisation, die ihre Leistungen ausschliesslich den Bewohnern einer Institution (sog. «In-House-Pflege») erbrachte, hierfür den Tarif nach Art. 7a Abs. 2 KVV abrechnen durfte. Die SWICA machte geltend, dass der Pflegeheimtarif i.S.v. Art. 7a Abs. 3 KLV anwendbar sei. Zudem war umstritten, ob Beiträge der kantonalen Behindertenhilfe zum Entfallen oder zur Kürzung der krankensicherungsrechtlichen Pflegeleistungen berechtigen. Bloss pauschal bestritt die SWICA sodann, dass die Spitex A. die Voraussetzungen von Art. 51 KVV nicht erfüllen würde.<sup>74</sup>

61 Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die formelle Einordnung des Leistungserbringers massgebend dafür sei, welcher Tarif zum Tragen kommt.<sup>75</sup> Da die Spitex-Organisation formell als Spitex-Organisation nach Art. 51 KVV zugelassen war, kam der Tarif von Art. 7a Abs. 1 KLV zur Anwendung. Es sei dabei unbeachtlich, dass die Leistungen in einer stationären Einrichtung erbracht werden, welche nicht als Pflegeheim im Sinne der KVV anerkannt sei. Den im kantonalen Recht statuierten Vorrang der sozialversicherungsrechtlichen Leistungen vor den kantonalrechtlichen (Behinderten-)Subventionen erachtete das Bundesgericht als zulässig.<sup>76</sup> Sodann wies das Bundesgericht den Vorwurf der SWICA zurück, wonach die Spitex-Organisation die Spitex-Zulassung missbräuchlich verwende, weil die Bewohner der Institution die einzigen Leistungsempfänger seien.<sup>77</sup> Das Bundesgericht erzog mit Hinweis auf Art. 51 Abs. 1 lit. b KVV, dass eine Spitex-Organisation nicht verpflichtet sei, ihre Leistungen einem unbestimmten Personenkreis anzubieten.<sup>78</sup>

62 Das vorliegende Urteil ist daher insofern aufschlussreich, als dass das Bundesgericht darin u.E. eine eigentliche Vermutung der Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen von Art. 51 KVV und damit der Zulässigkeit der Abrechnung zulasten der OKP aufgestellt hat, sofern die kantonale Betriebsbewilligung erteilt wurde.<sup>79</sup> Weder

---

<sup>73</sup> EUGSTER, in: Stauffer/Cardinaux (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2018, Art. 25a Pflegeleistungen bei Krankheit N 20.

<sup>74</sup> BGE 150 V 281 E. 7.2.

<sup>75</sup> BGE 150 V 281 E. 5.6.

<sup>76</sup> BGE 150 V 281 E. 6.

<sup>77</sup> BGE 150 V 281 E. 7.

<sup>78</sup> BGE 150 V 281 E. 7.2.

<sup>79</sup> BGE 150 V 281 E. 7.2; vgl. im Hinblick auf Spitäler auch BVGer C-2389/2012 vom 21. August 2015 E. 9.1.2., wonach «Einrichtungen, die über eine kantonale Betriebsbewilligung als Spital verfügen, [...] in der Regel diesen [den bundesrechtlichen] Voraussetzungen [genügen]», jedoch dann

das Schiedsgericht im vorinstanzlichen Verfahren,<sup>80</sup> noch das Bundesgericht prüfen, ob die Spitex-Organisation die Voraussetzungen von Art. 51 KVV in tatsächlicher Hinsicht erfüllte. Dies aber vor allem deshalb nicht, weil der Versicherer hierzu seine Vorbringen, wonach die Zulassung nach Art. 51 KVV zu Unrecht erteilt worden sein soll, nicht substantiiert hatte. Es besteht damit das Risiko, dass in einem Verfahren seitens Versicherer substantiierte Vorbringen gegen die Bewilligungserteilung vorgebracht werden könnten, mit welchen sich die Gerichte auseinandersetzen müssten.

63 In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist dazu festzuhalten, dass wir davon ausgehen, dass die Versicherer die Erteilung der kantonalen Betriebsbewilligung als Spitex-Organisation durch das Gesundheitsamt<sup>81</sup> nicht unmittelbar anfechten können. Nach Art. 65 Abs. 1 VRPG<sup>82</sup> ist zur Beschwerde nur befugt, wer kumulativ (a) vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, (b) durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und (c) ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung oder des Entscheids hat. Zur Beschwerde ist ferner jede andere Person, Organisation oder Behörde befugt, die durch Gesetz oder Dekret dazu ermächtigt ist (Art. 65 Abs. 2 VRPG).

64 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Beschwerdebefugnis nach Art. 48 VwVG<sup>83</sup> sind Versicherer als «Durchführungsorgane» der sozialen Krankenversicherung zu den Einheiten der dezentralen (Bundes-)Staatsverwaltung zu zählen. In dieser Funktion können sie das Individualbeschwerderecht insbesondere dort in Anspruch nehmen, wo sie von staatlichem Handeln wie ein Privater berührt sind. Hingegen genügt das blosse öffentliche Interesse an der richtigen Durchführung von Bundesrecht nicht. Das Bundesgericht erkannte den Versicherern beispielsweise kein schutzwürdiges Interesse an einer Beschwerde gegen die Aufnahme eines Arzneimittels in die Spezialitätenliste (Art. 52 Abs. 1 lit. b KVG) zu.<sup>84</sup>

65 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Beschwerdebefugnis nach VwVG ist auch für die Auslegung von Art. 65 VRPG massgebend, weil sich der Wortlaut von

---

«Anlass zur Überprüfung [bestehen würde], wenn [...] sich aus den Akten Hinweise darauf ergeben, dass sie den vom KVG aufgestellten Erfordernissen betreffend Dienstleistungen und Infrastruktur nicht entspricht.»; vgl. auch BSK KVG-RÜTSCHÉ/PICÉCCHI, Art. 39 N 21.

<sup>80</sup> Vgl. Urteil des Schiedsgerichts in Krankenversicherungsstreitigkeiten des Kantons Basel-Landschaft vom 20. Januar 2023 (730 20 173/17) E. 1.4.2: «Die Klägerin verfügt über eine Betriebsbewilligung als Organisation für Krankenpflege zu Hause (Spitex) des Kantons Basel-Landschaft (...). Damit ist sie Leistungserbringerin im Sinne von Art. 51 KVV. Die Beklagte hat die kantonale Bewilligung der Klägerin als Spitex-Organisation denn auch zu Recht nicht hinterfragt.»

<sup>81</sup> Vgl. Art. 92 Abs. 1 SLG i.V.m. Art. 37 Abs. 1 lit. b SLV.

<sup>82</sup> Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 (BSG 155.21).

<sup>83</sup> Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021).

<sup>84</sup> Zum Ganzen BGE 127 V 80 E. 3.a.bb.

Art. 65 VRPG bewusst an die bundesrechtliche Legitimationsbestimmung von Art. 48 VwVG anlehnt.<sup>85</sup>

66 Für die kantonale Bewilligungserteilung haben die Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 127 V 80 somit sinngemäss ebenfalls zu gelten. Da die Versicherer nicht Verfügungsadressaten sind (die Bewilligung wird nicht ihnen, sondern den Wohnheimen erteilt), kämen sie nur als sog. Drittbeschwerdeführende in Betracht. Als Drittbeschwerdeführende sind sie allerdings nicht materiell beschwert, weil ihnen aus der Bewilligungserteilung an ein Wohnheim kein rechtlicher oder tatsächlicher Nachteil erwächst, der sie wie ein Privater berührt. An der richtigen Durchführung von kantonalem Recht und/oder Bundesrecht käme den Versicherern sodann von vornherein kein schutzwürdiges Interesse zu. Die Versicherer werden erst durch die Vergütung von erbrachten Leistungen im Einzelfall verpflichtet.

67 In verfahrensrechtlicher Hinsicht würde die Bewilligungserteilung daher erst und nur auf Klage hin einer akzessorischen Überprüfung unterliegen, mithin nach bereits abgeschlossenem (kantonalem) Zulassungsverfahren aus Anlass einer konkreten Abrechnung im Einzelfall. Dies lässt sich aus dem Urteil BGE 150 V 281 (E. 7.2) schliessen, dass darauf hinwies, dass «die Beschwerdegegnerin die in Art. 51 KVV statuierten Voraussetzungen für die Anerkennung als Spitex-Organisation erfüllt[e], [was] [...] aufgrund des vorinstanzlichen Urteils verbindlich fest[stehe]». Dies lässt den Schluss zu, dass das Bundesgericht Raum dafür sieht, dass im Rahmen von kantonalen Klageverfahren die Erfüllung der Bewilligungsvoraussetzungen im Rahmen des Streitgegenstands geprüft werden könnte.<sup>86</sup> Zusammengefasst könnten die Versicherer die Bewilligungserteilung nicht selbständig, sondern erst in einem späteren Schritt anlässlich einer konkreten Abrechnung anfechten. Dabei besteht nach unserer Ansicht das Risiko, dass die Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 51 KVV, also auch, welches Personal für die Erfüllung der Aufgaben eingesetzt wurde, vom zuständigen Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten (Art. 89 Abs. 1 KVG; für den Kanton Bern vgl. Art. 40 EG KUMV<sup>87</sup>) beurteilt werden könnte.<sup>88</sup>

#### **4. Ergebnis**

68 Aus der Rechtsprechung und Lehre zur Angehörigenpflege geht hervor, dass im Rahmen der Grundpflege (Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV) keine Ausbildung im Pflegefachbereich erforderlich ist und nur «ein gewisses Anlernen» ausreichend ist, wenn auch die eingesetzten Personen ohne Fachausbildung sorgfältig ausgewählt, ausreichend instruiert und angemessen überwacht werden müssen. Zudem bestätigen

---

<sup>85</sup> Vgl. BVR 2017, S. 418 E. 2.4; so auch MÜLLER, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 3. Aufl., Bern 2021, S. 179, der allerdings darauf hinweist, dass es dem Kanton nicht untersagt sei, in einzelnen Fragen eine grosszügigere Praxis zu etablieren.

<sup>86</sup> Vgl. dazu BVR 2016, S. 432 E. 4.3.

<sup>87</sup> Gesetz betreffend die Einführung der Bundesgesetze über die Kranken-, die Unfall- und die Militärversicherung vom 6. Juni 2000 (BSG 842.11).

<sup>88</sup> Vgl. dazu BVR 2016, S. 432 E. 4.3.

die Urteile und die Rechtsprechung das Ergebnis der Auslegung, wonach die Leistungspflicht der OKP nicht generell zu verneinen ist, wenn nicht als Pflegepersonal ausgebildetes Personal für Massnahmen der Grundpflege nach Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV eingesetzt wird.

## V. ADMINISTRATIVVERTRÄGE

69 Im Bereich der Spitex bestehen diverse Administrativverträge zwischen den Versicherern und den Verbänden. Vor diesem Hintergrund untersucht dieses Kapitel die Bedeutung von solchen Administrativverträgen.

70 Administrativverträge regeln untergeordnete Punkte, wie vor allem die administrativen Abläufe zwischen den Spitex-Betrieben und den Versicherern. Diese Art von Verträgen wird im KVG nicht geregelt.<sup>89</sup> Ihr Zweck ist weder die Festsetzung von Tarifstrukturen noch von Taxpunktswerten. Es handelt sich mithin nicht um Tarifverträge im Sinne von Art. 43 ff. KVG, weil die Tarife für die ambulante Pflege durch den Bundesrat bzw. das EDI (abschliessend) festgelegt werden und nicht zwischen Versicherern und Leistungserbringern vertraglich ausgehandelt werden können (Art. 25 Abs. 3 und 4 KVG; Art. 33 lit. i KVV; Art. 7 f. KLV).<sup>90</sup>

71 Nach Art. 43 Abs. 2 lit. d KVG können Tarifverträge (wozu Administrativverträge eben gerade *nicht* gehören) zur Sicherung der Qualität die Vergütung bestimmter Leistungen *ausnahmsweise* von Bedingungen abhängig machen, welche über die Voraussetzungen von Art. 36-40 KVG hinausgehen (sog. Tarifausschluss). Der Tarifausschluss muss die Sicherung der Qualität der Leistung bezwecken; damit zusammenhängend müssen die Massnahmen geeignet sein, die finanziellen Lasten der sozialen Krankenversicherung zu vermindern.<sup>91</sup> Zu solchen Bedingungen gehören namentlich Vorgaben über das Vorliegen der notwendigen Aus-, Weiter- oder Fortbildung eines Leistungserbringers.

72 Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, (i) ob Art. 43 Abs. 2 lit. d KVG für Administrativverträge analog anwendbar sein könnte; (ii) wie weit solche «ausnahmsweise» zulässigen Bedingungen zur Sicherung der Qualität ggf. gehen dürften, um noch von Art. 43 Abs. 2 lit. d KVG erfasst zu sein; und (iii) ob bestehende Administrativverträge für nicht an den Verträgen beteiligte Spitex-Organisationen Wirkungen entfalten.

73 Im Hinblick auf die Anhänge im Administrativvertrag Spitex zu den umschriebenen Anforderungen an das Fachpersonal führt KIESER aus:

---

<sup>89</sup> SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, E Rz. 1194.

<sup>90</sup> SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, E Rz. 1194; BSK KVG-LANDOLT, Art. 25a N 28.

<sup>91</sup> BSK KVG-EICHENBERGER/HELMLE, Art. 43 N 53.

«Solche Administrativverträge sind allerdings keine Tarifverträge. Sie können damit nicht hinzutretende Voraussetzungen an die Qualität der Leistungserbringenden aufstellen. Es kann auf die Rechtsprechung hingewiesen werden, wonach Verträge mit Abgabestellen nach Art. 55 KVV ebenfalls keine Tarifverträge sind und daher keiner Genehmigung nach Art. 46 Abs. 4 KVG bedürfen; sie fallen auch nicht unter die Regelungen von Art. 47 KVG. Soweit in einem Administrativvertrag Anforderungen qualitativer Art enthalten sind, sind diese zwar unter den Beteiligten vereinbart worden, doch besteht für eine entsprechende Regelung keine hinreichende gesetzliche Grundlage.»<sup>92</sup>

- 74 Dieser Einordnung und Auffassung von KIESER ist nach hier vertretener Ansicht zuzustimmen, zumal für Spitex-Organisationen bereits Art. 51 Abs. 1 lit. e KVV gilt, wonach sie nachweisen müssen, dass sie die Qualitätsanforderungen von Art. 58g KVV erfüllen und die Tarife abschliessend durch das EDI festgelegt werden. Würden Administrativverträge zu tiefe oder zu hohe Anforderungen an die beruflichen Qualifikationen festlegen, würde damit Art. 32 Abs. 1 KVG umgangen werden. Es ist daher u.E. fraglich, inwiefern in Administrativverträgen vereinbarte Anforderungen an berufliche Qualifikationen überhaupt zulässig sind. Eine (analoge) Anwendung von Art. 43 Abs. 2 lit. d KVG betreffend Tarifverträgen auf Administrativverträge scheint uns ausgeschlossen zu sein. Gefestigte Rechtsprechung besteht dazu allerdings soweit ersichtlich nicht und in der Literatur wird die Frage nicht einheitlich beantwortet.<sup>93</sup> Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht im Zusammenhang mit einem Administrativvertrag erwogen hat, dass eine der Vertragsbestimmungen den Leistungserbringer in Nachachtung von Art. 32 und 56 KVG verpflichtet habe, seine Dienstleistungen sowie die verwendeten Materialien wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich einzusetzen.<sup>94</sup> Daraus könnte eine gewisse Bindungswirkung der Administrativverträge abgeleitet werden, wobei auch dies u.E. nicht auf die Anforderungen an die Ausbildung, welche durch den Kanton zu regeln sind, übertragen werden kann.
- 75 Selbst wenn Art. 43 Abs. 2 lit. d KVG – entgegen der hier vertretenen Ansicht – auf Administrativverträge analog anwendbar wäre, ist die Tragweite der Bestimmung sogleich wieder zu relativieren. Unzulässig mit Blick auf das Wort «ausnahmsweise» wäre es etwa, eine umfassende Regelung über die Weiterbildung aufzustellen.<sup>95</sup> Sodann wird in der Lehre vorgebracht, dass «*[i]m Rahmen von Art. 43 Abs. 2 lit. d KVG nur soweit Qualitätssicherung betrieben werden [darf], als die zu treffenden Massnahmen geeignet sind, die finanziellen Lasten der sozialen KV oder anderer Sozialversicherungen des Bundes zu vermindern.*»<sup>96</sup> Art. 43 Abs. 2 lit. d KVG dürfe nicht zur Diskriminierung einzelner Leistungserbringer-Gruppen

<sup>92</sup> KIESER, Spitex-Organisation, S. 81 mit Verweis auf BVGer C-3322/2015 vom 1. September 2017 E. 9.2.3.

<sup>93</sup> Eher für die Zulässigkeit von zusätzlichen Anforderungen in Administrativverträgen wohl LEU/BISCHOFBERGER, Pflegende Angehörige, S. 213; eher ablehnend KIESER, Spitex-Organisation, S. 81; unklar SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, E Rz. 1194.

<sup>94</sup> BGer, 9C\_1/2018 vom 16. Oktober 2018, E. 4.2.2.1

<sup>95</sup> KIESER, Spitex-Organisation, S. 77.

<sup>96</sup> SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, E Rz. 389 mit Verweis auf EVG K 49/05 E. 4.3.4.

missbraucht werden, indem bestimmten Personen berufliche Privilegien verschafft oder erhalten werden.<sup>97</sup>

76 Nach dem Gesagten wäre es, wenn überhaupt, nur sehr eingeschränkt zulässig, in Administrativverträgen zusätzliche qualitative Anforderungen an die beruflichen Qualifikationen aufzustellen.<sup>98</sup>

77 Tritt eine Spitex-Organisation keinem Administrativvertrag bei, können die in den Verträgen enthaltenen Festlegungen sodann von vornherein keine Rechtswirkung entfalten.<sup>99</sup> Empfehlungen von privaten Leistungserbringern, Versicherern oder deren Verbänden sind weder Gesetzesrecht noch haben sie die Bedeutung von Weisungen der Aufsichtsbehörde.<sup>100</sup> Sollte eine Spitex-Organisation allerdings einem Administrativvertrag beitreten, besteht angesichts der uneinheitlichen Literatur und den Tendenzen in der Rechtsprechung ein erhöhtes, wenn auch nach unserer Auffassung nicht überwiegendes Risiko, dass sich die Leistungserbringer an die darin aufgestellten Anforderungen an die Ausbildung halten müssten.

78 Zusammenfassend können Administrativverträge unserer Auffassung nach keine (jedenfalls keine gültige) Anforderungen an die beruflichen Qualifikationen vorsehen, die über das KVG bzw. die KVV hinausgehen. Falls ein Gericht dieser Ansicht nicht folgen sollte und es stattdessen *grundsätzlich* für zulässig erachtet, in Administrativverträgen Anforderungen an die beruflichen Qualifikationen festzulegen, wären solche Bestimmungen, welche Anforderungen an die berufliche Qualifikation aufstellen, nur in *begrenztem Umfang* zulässig. Das bedeutet, dass die Parteien in Administrativverträgen keine umfassende Regelung über die Weiterbildung aufstellen dürfen. Inwiefern Bestimmungen über die beruflichen Anforderungen für Mitarbeitende, die Massnahmen der Grundpflege erbringen, von diesem «begrenzten Umfang» erfasst wären, ist unklar. Administrativverträge entfalten sodann keine Rechtswirkungen auf Spitex-Organisationen, die keine Vertragsparteien sind.

## VI. BESCHÄFTIGUNG VON FACHPERSONEN AUF MANDATSBASIS

### A. Allgemeines

79 Für einige Behindertenwohnheime könnte es eine Option sein, Personal auf Mandatsbasis einzusetzen. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Beschäftigung von Fachpersonen auf Mandatsbasis ausreichend ist, um die Voraussetzungen von Art. 51 KVV bzw. Art. 91 SLG zu erfüllen.

---

<sup>97</sup> SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, E Rz. 389.

<sup>98</sup> Vgl. KIESER, Spitex-Organisation, S. 84.

<sup>99</sup> Urteil des Schiedsgerichts in Sozialversicherungsstreitigkeiten des Kantons Bern vom 20. November 2015, SCHG/14/903 E. 4.1; KIESER, Spitex-Organisation, S. 84.

<sup>100</sup> LANDOLT, Pflegerecht, S. 60.

80 Die Frage ist einerseits dahingehend zu prüfen, ob das Bundesrecht, namentlich Art. 51 KVV, eine solche Konstellation ausschliesst (**2.**) und, wenn nicht, die kantonalrechtlichen Grundlagen, namentlich Art. 91 SLG, eine Beschäftigung auf Mandatsbasis zulässt (**3.**). Die Frage ist wiederum anhand einer Auslegung der relevanten Bestimmungen zu beantworten.

## **B. Bundesrecht (Art. 51 KVV)**

### **1. Grammatikalische Auslegung**

81 Art. 51 Abs. 1 KVV verlangt von den Spitex-Organisationen u.a., dass sie «ihren örtlichen, zeitlichen, sachlichen und personellen Tätigkeitsbereich festgelegt» haben (lit. b) und «über das erforderliche Fachpersonal [verfügen], das eine dem Tätigkeitsbereich entsprechende Ausbildung hat» (lit. c).

82 Der Wortlaut von Art. 51 KVV gibt nicht vor, dass das erforderliche Fachpersonal in einer bestimmten Vertragsform (z.B. Arbeitsvertrag) beschäftigt sein muss. Der Wortlaut von Art. 51 KVV schliesst die Beschäftigung von Fachpersonen auf Mandatsbasis somit nicht aus.

### **2. Historische Auslegung**

83 Die Materialien zu Art. 51 KVV äussern sich nicht zur Frage, ob der Verordnungsgeber die Beschäftigung von Fachpersonen auf Mandatsbasis ausschliessen wollte. Hinzuweisen ist immerhin auf die Erkenntnisse der historischen Auslegung zu Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV<sup>101</sup>, wonach diese Bestimmung keine starren Vorgaben zu den beruflichen Qualifikationen macht, was nach unserer Auffassung auch hinsichtlich der Art der Beschäftigung (Arbeitsvertrag oder Mandatsbasis) sinngemäss gelten muss. Die historische Auslegung bringt somit keine neuen Erkenntnisse.

### **3. Systematische Auslegung**

84 In systematischer Hinsicht enthalten das KVG, die KVV und die KLV keine anderen Bestimmungen, die Hinweise auf die Art der Beschäftigung geben.

85 In anderem Zusammenhang sieht das Sozialversicherungsrecht jedoch ausdrücklich vor, dass ein Arbeitsvertrag vorliegen muss. Art. 42<sup>quinquies</sup> lit. a IVG<sup>102</sup> sieht in Bezug auf die Gewährung von Assistenzbeiträgen vor, dass die Assistenzperson von der versicherten Person oder ihrer gesetzlichen Vertretung im Rahmen eines Arbeitsvertrags angestellt wird. Art. 51 KVV erwähnt dies nicht ausdrücklich. Daher kann im Umkehrschluss argumentiert werden, dass das Fachpersonal von Spitex-

---

<sup>101</sup> Vgl. Rz. 20 ff. oben.

<sup>102</sup> Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (831.20).

Organisationen nicht mit Arbeitsverträgen angestellt werden muss, sondern auch eine Beschäftigung auf Mandatsbasis zulässig ist.

#### **4. Teleologische Auslegung**

86 Wie erwähnt, bezweckt Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV nach hier vertretener Auffassung primär, eine gesundheitspolizeiliche Minimalanforderung an das erforderliche Fachpersonal aufzustellen, wobei die Regelung der konkreten Anforderungen im Ermessen der Kantone steht.<sup>103</sup>

87 Im Hinblick auf die Beschäftigung bedeutet dies unserer Auffassung nach, dass das Bundesrecht jede Beschäftigungsart (Festanstellung, Anstellung im Stundenlohn, Mandatsbasis usw.) zulässt, die im Sinne eines Mindeststandards garantiert, dass das Fachpersonal seine Aufgaben erfüllen kann. Dabei ist die konkrete Regelung den Kantonen überlassen.

#### **5. Ergebnis der Auslegung**

88 Die Auslegung von Art. 51 KVV ergibt, dass weder der Wortlaut noch die Historie zu Art. 51 KVV ausschliessen, dass Spitex-Organisationen die Fachpersonen auf Mandatsbasis beschäftigen. Auch die systematische Auslegung spricht dafür, dass die Beschäftigung von Fachpersonen auf Mandatsbasis nicht ausgeschlossen ist, weil Art. 51 KVV, anders als Art. 42<sup>quinquies</sup> lit. a IVG, nicht ausdrücklich einen Arbeitsvertrag verlangt. Der Zweck von Art. 51 KVV schliesst sodann die Beschäftigung von Fachpersonen auf Mandatsbasis ebenfalls nicht aus.

### **C. Kantonales Recht (Art. 91 SLG)**

#### **1. Grammatikalische Auslegung**

89 Art. 91 Abs. 1 SLG verlangt (u.a.) den Nachweis, dass eine «qualifizierte Leitung sowie der Einsatz von genügend qualifiziertem Personal gewährleistet wird» (lit. c) und dass «die für den Bereich Pflege verantwortliche Fachperson über eine Berufsausübungsbewilligung verfügt» (lit. f).

90 Der Wortlaut von Art. 91 Abs. 1 SLG setzt dagegen nicht voraus, dass die fachliche Leitung oder das für die Organisation tätige Personal mittels einer bestimmten Vertragsform (z.B. Arbeitsvertrag) an die Organisation gebunden ist.

---

<sup>103</sup> Vgl. Rz. 39 oben.

## 2. Historische Auslegung

91 Mit dem Inkrafttreten des SLG wurde die Bewilligungspflicht für Spitex-Organisationen aus dem GesG<sup>104</sup> und der GesV<sup>105</sup> in das SLG überführt. Weder die Materialien zum SLG<sup>106</sup> noch zur SLV<sup>107</sup> oder zum GesG bzw. der GesV enthalten eindeutige Aussagen darüber, ob die fachliche Leitung oder das für die Organisation tätige Personal in einem Arbeitsverhältnis zur Spitex-Organisation stehen müssen oder ob ein Mandatsverhältnis ausreichend ist.

92 Im Vortrag zur SLV sind nur, aber immerhin, zwei Aussagen enthalten, die Rückschlüsse auf die Intention des Ordnungsgebers geben könnten. Eine erste Aussage lautet wie folgt:

«Die Fachleitung trägt die zielgruppenspezifische pädagogische, agogische oder pflegerische (Pflegedienstleitung) Gesamtverantwortung. Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, welche Unterstützungsleistungen erbringen, sind diejenigen Personen mit festem Anstellungsgrad oder im Stundenlohn, welche die Bewohnerinnen und Bewohner direkt betreuen und/oder im Sinne von Artikel 50 pflegen. (...) Die Verantwortung für die fachliche Qualität der Pflege-, Betreuungs- oder Therapieleistungen liegt bei der Fachleitung. Die Bewilligungsvoraussetzungen für die Fachleitung entsprechen dem Verantwortungsbereich und den oftmals damit verbundenen fachlichen und/oder personellen Führungsaufgaben. Der qualitativen Verantwortung der Fachleitung kommt auch in aufsichtsrechtlichen Situationen oftmals eine grosse Bedeutung zu.»<sup>108</sup>

93 Wenn mit «Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter» im Sinne von Art. 50 SLV diejenigen Personen «mit festem Anstellungsgrad oder im Stundenlohn» gemeint sind, deutet dies u.E. darauf hin, dass der Ordnungsgeber davon ausging, dass die Mitarbeitenden über Arbeitsverträge verfügen und nicht auf Mandatsbasis Leistungen erbringen. Wenn ferner davon die Rede ist, dass der Fachleitung auch personelle Führungsaufgaben zukommen können, deutet dies ebenfalls auf eine arbeitsrechtliche Eingliederung/Bindung an die Organisation hin, dürfte es doch eher unüblich sein, dass Fachpersonen auf Mandatsbasis auch personelle Führungsaufgaben übernehmen.

94 Eine zweite Aussage im Vortrag SLV lautet wie folgt:

«Die Funktion [gemeint ist die Fachleitung i.S.v. Art. 48 SLV] kann auch in Co-Leitung übernommen werden.»<sup>109</sup>

---

<sup>104</sup> Gesundheitsgesetz vom 2. Dezember 1984 (BSG 811.01).

<sup>105</sup> Verordnung über die beruflichen Tätigkeiten im Gesundheitswesen vom 24. Oktober 2001 (Gesundheitsverordnung; BSG 811.111).

<sup>106</sup> Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat vom 12. August 2020 zum Gesetz über die sozialen Leistungsangebote.

<sup>107</sup> Vortrag vom 24. November 2021 zur Verordnung über die sozialen Leistungsangebote (nachfolgend zitiert: Vortrag SLV).

<sup>108</sup> Vortrag SLV, S. 5.

<sup>109</sup> Vortrag SLV, S. 31.

95 Von «Co-Leitung» ist üblicherweise in klassischen Angestelltenverhältnissen die Rede. Zu bedenken ist allerdings, dass der Verordnungsgeber mit dieser Wortwahl womöglich nicht bewusst andere Formen als das klassische Arbeitsverhältnis ausschliessen wollte, sondern ohne nähere Überlegung einfach den verbreitetsten oder üblichen Sachverhalt ansprechen wollte. Es dürfte sich um den Regelfall handeln, dass das erforderliche Fachpersonal mit Arbeitsverträgen im Anstellungsverhältnis zur Institution steht. Die historische Auslegung ergibt somit, dass der Verordnungsgeber zwar das klassische Angestelltenverhältnis vor Augen gehabt haben dürfte, als er die SLV erliess. Eindeutige Hinweise darauf, dass er damit andere Formen der Zusammenarbeit, wie die Beschäftigung auf Mandatsbasis, untersagen wollte, bestehen aber nicht.

### 3. Systematische Auslegung

96 In systematischer Hinsicht spricht Art. 52 Abs. 3 lit. a SLV in Bezug auf die Vertrauenswürdigkeit der Fachleitung von «Anstellung» bzw. «engagement» in der französischen Fassung. In lit. c des gleichen Absatzes werden die Begriffe «Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter» verwendet. Auch die Weisung der GSI vom 31. Dezember 2021 erwähnt, dass die Vertrauenswürdigkeit «vor Anstellung» zu überprüfen sei.<sup>110</sup>

97 Die Wortwahl verdeutlicht das Ergebnis der historischen Auslegung, wonach der Verordnungsgeber davon ausgegangen sein dürfte, dass die für den Bereich Pflege verantwortliche Fachperson in einem (klassischen) Angestelltenverhältnis zur Spitex-Organisation steht. Dafür spricht auch, dass angesichts des Verantwortungsbereichs der Fachleitung (vgl. Art. 67 SLV), eine engere Bindung an die Spitex-Organisation mittels Arbeitsvertrages erwünscht sein könnte.

98 In systematischer Hinsicht ist allerdings zu beachten, dass das Wort «Anstellung» nicht im SLG enthalten ist, das den Rahmen für die SLV vorgibt. Art. 91 Abs. 1 lit. c SLG spricht nur von «Leitung» und «Personal». In Art. 106 Abs. 1 lit. a SLG wird der Regierungsrat unter dem Titel «Ausführungsbestimmungen» dazu ermächtigt, nähere Vorschriften über die Bewilligungsvoraussetzungen zu erlassen. Ob der Regierungsrat in dieser Delegationsnorm dazu ermächtigt wurde, in die Organisationsfreiheit der Leistungserbringerinnen einzugreifen und Vorgaben über die Art der Beschäftigung aufzustellen, ist nach unserer Auffassung eher zu verneinen.<sup>111</sup> Die Bestimmungen der SLV bzw. die Ausführungen in der Weisung sind daher mit einer gewissen Vorsicht zur Auslegung von Art. 91 SLG heranzuziehen bzw. die darin enthaltenen Bestimmungen sind gesetzeskonform auszulegen. Das bedeutet, dass

---

<sup>110</sup> Ziff. 3.4.4 der Weisung der GSI zum Erhalt einer Betriebsbewilligung für Spitex-Organisationen vom 31. Dezember 2021.

<sup>111</sup> Vgl. auch Art. 69 Abs. 1 und Abs. 2 KV (Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993, [BSG 101.1]), wonach das Gesetz den Rahmen der Delegation festlegt.

auch wenn die SLV den Begriff «Anstellung» verwendet, zu berücksichtigen ist, dass das SLG dieses Wort nicht enthält.

- 99 Kantonales Gesetzes- und Verordnungsrecht ist schliesslich verfassungskonform auszulegen. Die freie Wahl der Organisationsform und die freie Wahl der sachlichen Betriebsmittel und der Mitarbeiter sind als Teilgehalt von der Wirtschaftsfreiheit umfasst (Art. 27 BV; Art. 23 Abs. 1 KV),<sup>112</sup> soweit sich die Wohnheime auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können. Eine Voraussetzung, wonach das erforderliche Fachpersonal über Arbeitsverträge verfügen müsste, würde einen Eingriff in die betriebliche Organisation und damit der Wirtschaftsfreiheit der Wohnheime darstellen. Damit ein solcher Eingriff gerechtfertigt werden könnte, müsste die Voraussetzung u.a. erforderlich sein, um das öffentliche Interesse zu erfüllen (Art. 36 Abs. 3 BV; Art. 28 Abs. 3 KV). Die Erforderlichkeit wäre unserer Auffassung nach nicht gegeben, weil das öffentliche Interesse an der Gewährleistung der fachgerechten Pflege und Betreuung der Leistungsempfängerinnen und Leistungsempfänger (vgl. Art. 91 Abs. 1 lit. a SLG) ebenso gut im Mandatsverhältnis erfüllt werden kann. Es ist mit anderen Worten nicht erforderlich, dass das erforderliche Fachpersonal zwingend über Arbeitsverträge verfügen muss. Eine verfassungskonforme Auslegung ergibt, dass das Fachpersonal auch auf Mandatsbasis beschäftigt werden darf, um die Voraussetzungen von Art. 91 SLG zu erfüllen.

#### 4. Teleologische Auslegung

- 100 Das SLG bzw. die SLV bezwecken eine fachgerechte Pflege und Betreuung der Leistungsempfängerinnen und Leistungsempfänger sicherzustellen (vgl. Art. 91 Abs. 1 lit. a SLG). Solange diesem Zweck ausreichend Rechnung getragen wird, ist es irrelevant, ob eine Beschäftigung auf Mandatsbasis oder ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Bei der Beschäftigung auf Mandatsbasis kann mit entsprechenden Vertragsbestimmungen ebenso wie im Arbeitsverhältnis eine ausreichende Verfügbarkeit und Weisungsgebundenheit der Fachperson sichergestellt werden. In diesem Zusammenhang ist zwischen der qualifizierten (Fach-)Leitung und dem übrigen qualifizierten Personal zu differenzieren. Damit die Fachleitung gemäss Art. 67 SLV ihre Aufgaben angemessen erfüllen kann, muss im Mandatsverhältnis insbesondere sichergestellt werden, dass die Fachleitung genügend oft vor Ort tätig ist. Eine trennscharfe Grenze, wie sie der Kanton Thurgau beispielsweise vorsieht (Anstellungspensum im Minimum von 50%<sup>113</sup>), lässt sich hierfür nicht ausmachen, kommt es doch wesentlich auf die konkreten Umstände der Spitex-Organisation an, insbesondere die Anzahl sowie der Grad der Pflegebedürftigkeit der Bewohnerinnen und Bewohner der Wohnheime.

<sup>112</sup> BGer 2C\_113/2024 vom 3. Dezember 2024 E. 4.1; WINISTÖRFER, Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung, Grundrecht und Grundsatz im Lichte der Verfassungsdogmatik und der ökonomischen Theorie, Zürich - Basel - Genf 2021, S. 146 f.

<sup>113</sup> Vgl. Ziff. 4.2.2 der Weisungen des Departementes für Finanzen und Soziales [des Kantons Thurgau] betreffend die Bewilligung und den Betrieb von Spitexorganisationen vom 27. Mai 2014, wonach das Anstellungspensum für die Bereichsleitung Pflege im Minimum 50% beträgt.

- 101 Das übrige qualifizierte Personal ist im Vergleich zur Fachleitung i.S.v. Art. 48 f. SLV von eher untergeordneter Bedeutung. Weil das diplomierte Pflegepersonal weniger organisatorische Verantwortung als die Fachleitung trägt, muss es beispielsweise auch weniger oft vor Ort sein. Zumal jene Pflegefachkräfte, die sich i.S.v. Art. 49 KVV zugelassen haben, ohnehin bereits strengen Anforderungen unterliegen und ein Arbeitsvertrag kaum dazu geeignet wäre, dem Zweck des SLG besser Rechnung zu tragen.
- 102 Um eine ausreichende Gesundheitsversorgung sicherzustellen, ist es in Zeiten von Fachkräftemangel im Gesundheitswesen im Übrigen ohnehin üblich, dass die angemessene Personalausstattung neben fest angestelltem Personal im Bedarfsfall auch durch Temporärkräfte ergänzt wird.<sup>114</sup>

## **5. Ergebnis der Auslegung**

- 103 Die Auslegung von Art. 91 SLG ergibt, dass der Wortlaut nicht verlangt, dass das erforderliche Fachpersonal mit Arbeitsverträgen angestellt wird. Die historische und systematische Auslegung deutet teilweise darauf hin, dass der Verordnungsgeber davon ausging, dass die Leitung bzw. das Personal in einem Angestelltenverhältnis zu den Spitex-Organisationen steht. Allerdings sprechen systematische und vor allem auch teleologische Argumente dagegen, eine Beschäftigung auf Mandatsbasis per se auszuschliessen. U.E. lässt Art. 91 SLG grundsätzlich die Beschäftigung von Fachpersonen auf Mandatsbasis zu, die Rechtslage ist aber nicht eindeutig und im Streitfall könnte ein Gericht auch zu einem anderen Auslegungsergebnis gelangen.

---

<sup>114</sup> Vgl. AHMADI SHAD/GROSSMANN/MUSY/LIBERATORE/SIMON, Leiharbeit in der Pflege: Ursachen und Auswirkungen aus Sicht vom Pflegemanagement, *Pflegerecht* 2023, S. 144 ff.

## VII. ERGEBNISSE

104 Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen lassen sich folgende Ergebnisse festhalten:

- Die bundesrechtlichen Anforderungen an die beruflichen Qualifikationen von Mitarbeitenden von Spitex-Organisationen, die Massnahmen der Grundpflege nach Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV erbringen, sind u.E. tief.
- Es liegt in der Gesetzgebungskompetenz der Kantone, gesundheitspolizeirechtliche Bestimmungen zu erlassen und den Anforderungen an die beruflichen Qualifikationen Konturen zu verschaffen. Sie haben hierbei einen weiten Spielraum.
- Die Erteilung einer kantonalen Betriebsbewilligung führt zu einer Vermutung, dass die Zulassungsvoraussetzungen von Art. 51 KVV erfüllt sind und Leistungen grundsätzlich zulasten der OKP abgerechnet werden können.
- Mitarbeitende von zugelassenen Spitex-Organisationen ohne pflegerische Ausbildung können Massnahmen der Grundpflege zulasten der OKP erbringen. Voraussetzung hierfür ist nur – aber immerhin – dass sie durch Fachpersonal sorgfältig ausgewählt, ausreichend instruiert («gewisses Anlernen») und angemessen überwacht werden. Ist dies nicht gewährleistet, kann die Versicherung die Vergütung im Einzelfall gestützt auf Art. 32 Abs. 1 KVG verweigern.
- Die einschlägige Rechtsprechung und Lehre bestätigen diese Erkenntnisse. Es besteht insbesondere eine gefestigte Praxis zur Angehörigenpflege, die unserer Auffassung nach auf die Konstellation von Behindertenwohnheimen übertragbar ist.
- Nach hier vertretener Ansicht können Administrativverträge keine zusätzlichen Anforderungen an die Ausbildung von Spitex-Angestellten vorsehen. In dieser Hinsicht ist die Rechtslage aber unklar, es besteht keine gefestigte Rechtsprechung. Zusätzliche Anforderungen wären, wenn überhaupt, nur in einem engen Rahmen zulässig und würden nur die jeweiligen Vertragspartner binden; sie haben keine Auswirkungen auf Spitex-Organisationen, die nicht an den jeweiligen Administrativverträgen beteiligt sind.
- Weder Art. 51 KVV noch Art. 91 SLG schliessen die Beschäftigung von Fachpersonen auf Mandatsbasis per se aus. Die für den Bereich Pflege verantwortliche Fachperson muss allerdings genügend oft vor Ort tätig sein.

### VIII. BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN

105 Die eingangs formulierten und zur Begutachtung unterbreiteten Fragen sind gestützt auf die vorangehenden Ausführungen wie folgt zu beantworten:

**1. Als wie gross beurteilen Sie das Risiko, dass das Bundesgericht in einem Beschwerdeverfahren zum Schluss kommt, dass Art. 51 Abs. 1 Bst. c KVV nicht erfüllt ist und die Kasse damit nicht leistungspflichtig ist, wenn für Massnahmen der Grundpflege Personal eingesetzt wird, das nicht über die beruflichen Qualifikationen gemäss den Anhängen des «Administrativvertrags» verfügt?**

**a) Bei Institutionen, die sich keinem Administrativvertrag anschliessen?**

106 Das Risiko, dass das Bundesgericht in einem Beschwerdeverfahren zu diesem Schluss gelangen sollte, erachten wir in der Konstellation 1a) als gering.

107 Die Anhänge der Administrativverträge haben in dieser Konstellation keine Auswirkungen auf die Vergütung durch die OKP. Die Auslegung von Art. 51 Abs. 1 lit. c KVV hat ergeben, dass die bundesrechtlichen Anforderungen an die beruflichen Qualifikationen von Mitarbeitenden von Spitex-Organisationen, die Massnahmen der Grundpflege nach Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV erbringen, tief sind. Das eingesetzte Personal muss durch Fachpersonen sorgfältig ausgewählt, ausreichend instruiert («gewisses Anlernen») und angemessen überwacht werden. Wir verstehen, dass dies in den Behindertenwohnheimen möglich ist, sofern die Voraussetzungen von Ziff. 3.4.3 der Weisung der GSI vom 31. Dezember 2021 erfüllt sind (mind. zwei diplomierte Pflegefachpersonen; Anteil von diplomiertem Pflegepersonal muss mind. 20% betragen).<sup>115</sup> Eine andere Beurteilung durch ein Gericht in diesem Punkt können wir aber nicht restlos ausschliessen, weshalb ein (Rest-)Risiko besteht. Letztlich wird es wesentlich auf die konkrete Situation im betroffenen Behindertenwohnheim ankommen.

108 Gegen die kantonale Erteilung der Bewilligung als Spitex-Organisation wären die Versicherer voraussichtlich nicht beschwerdelegitimiert. In verfahrensrechtlicher Hinsicht müsste ein Gericht die Bewilligungserteilung vielmehr akzessorisch prüfen, mithin nach bereits abgeschlossenem Zulassungsverfahren aus Anlass einer konkreten Abrechnung im Einzelfall.

109 Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass ohne Administrativvertrag das System des *Tiers garant* gilt (Art. 42 Abs. 1 KVG). Dies könnte für die Bewohnerinnen und Bewohner mit zusätzlichem administrativem Aufwand verbunden sein, weil sie die vom Wohnheim erhaltenen Rechnungen selbst bezahlen und

---

<sup>115</sup> Weisung der GSI zum Erhalt einer Betriebsbewilligung für Spitex-Organisationen vom 31. Dezember 2021.

anschliessend bei ihrem Versicherer zur Rückerstattung einreichen müssen. Im System des *Tiers garant* tragen die Leistungserbringer zudem in der Regel ein Risiko für Debitorenverluste, weil sie nicht direkt mit den Versicherern abrechnen können, sondern ihnen womöglich insolvente Patienten gegenüberstehen. In der Konstellation der Wohnheime dürfte das Risiko für Debitorenverluste allerdings überschaubar sein, weil die Wohnheime ausschliesslich ihren eigenen Bewohnerinnen und Bewohnern Leistungen erbringen, denen die Wohnheime auch die übrigen erbrachten Leistungen in Rechnung stellen. Die Wohnheime erbringen somit nicht unbekanntem Dritten Leistungen, sondern den ihnen bekannten Bewohnerinnen und Bewohnern, bei welchen die Zahlungsmoral bekannt sein sollte. Um den (überschaubaren) Aufwand der Bewohnenden mit der Rückerstattung bzw. das geringe Risiko für Debitorenverluste für die Wohnheime zu vermeiden, könnten die Wohnheime mit den Versicherern einen separaten Administrativvertrag abschliessen, der nur die Abrechnung bzw. das System des *Tiers payant* regelt. Da eine geregelte, systematische Abrechnung auch im Interesse der Versicherer liegt, könnten die Versicherer durchaus bereit sein, einen solchen separaten Administrativvertrag zu schliessen, was zu prüfen wäre.

**b) Bei Institutionen, die sich den Administrativverträgen der Spitex-Verbände anschliessen?**

- 110 In der Konstellation 1b) gehen wir von einem tiefen bis mittleren Risiko aus. Anders als bei Frage 1a) stellt sich in dieser Konstellation die zusätzliche Frage, inwiefern die Administrativverträge für die Behindertenwohnheime verbindlich sind. In den relevanten Anhängen (Anhang 4a) tarifsuisse; Anhang 3a) HSK; Anhang 2a) CSS) der Administrativverträge werden die Anforderungen an das Fachpersonal definiert. Als Mindestqualifikation wird eine Ausbildung als Pflegehelfer/in oder Pflegeassistentin vorausgesetzt. Diese Personen dürfen gemäss den Anhängen jedoch keine umfassende, fallführende Grundpflege übernehmen. Wir verstehen, dass das Personal von einigen der Behindertenwohnheime diese Anforderungen nicht erfüllen würde.
- 111 Die Rechtslage ist nicht eindeutig, ob und falls ja, in welchem Umfang Administrativverträge solche zusätzlichen Anforderungen gültig vorsehen können. U.E. bestehen gute Argumente, dass solche zusätzlichen Erfordernisse nicht gültig vereinbart werden können. Dagegen kann eingewendet werden, dass es den Vertragsparteien freistehen sollte, strengere Anforderungen aufzustellen, um eine qualitativ hochwertige Pflege zu begünstigen.

**c) Bei Institutionen, die sich den Administrativverträgen von CURAVIVA anschliessen?**

- 112 Wir verstehen, dass die Administrativverträge von CURAVIVA mit der CSS Krankenversicherung AG und den durch die Einkaufsgemeinschaft HSK vertretenen Versicherer keine spezifischen Anforderungen an die beruflichen Qualifikationen der

Mitarbeitenden aufstellen, weshalb für diese Versicherer auf die Antwort auf Frage 1a) hiervoor verwiesen werden kann.<sup>116</sup>

- 113 In Bezug auf die durch tarifsuisse ag vertretenen Versicherer ist auf Art. 16 des Administrativvertrags hinzuweisen (dazu sogleich).

**d) Welche Bedeutung ist in diesem Zusammenhang Art. 16 des Vertrags mit Senesuisse beizumessen?**

- 114 Art. 16 lautet wie folgt:

«Für Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner gelten die Bestimmungen von Art. 49 KVV. Personal, das Pflegeleistungen gemäss Art. 7 KLV erbringt, darf dies nur im Rahmen der in der Aus- und Weiterbildung erworbenen Kompetenzen tun. Stellenvorgaben für das Pflegepersonal sind anzuwenden, sofern der Standortkanton des Leistungserbringers solche erlassen hat.»

- 115 Wir beurteilen Art. 16 des Vertrags Senesuisse so, dass die Parteien damit keine über KVG, KVV und KLV hinausgehenden Regelungen vereinbaren wollten. Mit anderen Worten bringt der Wortlaut von Art. 16 des Vertrags nur zum Ausdruck, was nach Art. 51 KVV ohnehin bereits gilt. Das Gleiche gilt für den letzten Satz, wonach die Stellenvorgaben des Standortkantons anzuwenden sind, sofern dieser solche erlassen hat: Die Weisung der GSI bzw. die darin enthaltenen Anforderungen haben die Wohnheime grundsätzlich ohnehin zu berücksichtigen. Entsprechend kann auch für diesen Administrativvertrag auf die Antwort auf Frage 1a) hiervoor verwiesen werden.<sup>117</sup>

**2. Erfüllen Wohnheime die Voraussetzungen für den Beitritt zu den Administrativverträgen von CURAVIVA?**

- 116 Die Beitrittsvoraussetzungen sind je nach Versicherer bzw. je nach Einkaufsgemeinschaft unterschiedlich geregelt.
- 117 Art. 3 des Administrativvertrags mit der CSS Kranken-Versicherung AG sieht für den Beitritt zum Vertrag u.a. vor, dass die Haupttätigkeit des Leistungserbringers *«die Erbringung von ambulanten Pflegeleistungen in Wohnungen mit Dienstleistungen ist. Ausnahme sind diejenigen Leistungserbringer, die ihren Stützpunkt ausserhalb der Wohnungen mit Dienstleistungen haben, wie Spitex-Organisationen, und die ihre Haupttätigkeit hauptsächlich bei Kunden haben, die ausserhalb der Wohnungen mit Dienstleistungen leben.»* Wir verstehen, dass die Behindertenwohnheime diese Voraussetzung nicht erfüllen würden, weil ihre Haupttätigkeit eine andere ist und auch die Ausnahme nicht greift.

---

<sup>116</sup> Vgl. Rz. 106 ff. oben.

<sup>117</sup> Vgl. Rz. 106 ff. oben.

- 118 Art. 3 des Administrativvertrags mit den durch die Einkaufsgemeinschaft HSK vertretenen Versicherer sieht eine ähnliche Bestimmung wie jene im Vertrag mit der CSS vor, wobei die Ausnahme nicht greift. Nach unserer Einschätzung erfüllen die Wohnheime daher die Beitrittsvoraussetzungen auch bei diesem Vertrag nicht.
- 119 Gemäss Art. 3 des Administrativvertrags mit den durch die tarifsuisse ag vertretenen Versicherer können dem Vertrag Leistungserbringer beitreten, die gemäss kantonalem Recht als ambulanter Leistungserbringer nach Art. 51 KVV zugelassen sind. Sie müssen über eine entsprechende ZSR-Nummer verfügen. Sofern die Wohnheime diese Voraussetzungen erfüllen, könnten sie gestützt auf den Wortlaut dem Administrativvertrag beitreten. Es ist allerdings fraglich, ob es wirklich dem beabsichtigten Zweck der Bestimmung entspricht, dass Behindertenwohnheime dem Vertrag beitreten können. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf Art. 2 Abs. 3 des Administrativvertrags, wonach die Pflegeleistungen hauptsächlich bei Versicherten erbracht werden, die in Wohnungen mit Dienstleistungen leben. Uns erscheint fraglich, ob die Behindertenwohnheime in diese Kategorie fallen.
- 120 Zusammengefasst erfüllen die Behindertenwohnheime die Beitrittsvoraussetzungen eher nicht. Dies jedenfalls unter der Annahme, dass deren Haupttätigkeit im Einzelfall nicht die Erbringung von ambulanten Pflegeleistungen in Wohnungen mit Dienstleistungen ist.
- 121 Um die Beitrittsvoraussetzungen zu erfüllen, bestünde theoretisch die Möglichkeit, dass die Wohnheime separate Gesellschaften/Trägerschaften gründen, welche sich als Spitex-Organisationen bewilligen/zulassen würden und deren Hauptzweck die In-House-Pflege ist. Nachteile bei dieser Vorgehensweise wären zusätzliche Kosten und administrativer Aufwand, insbesondere müsste das Personal zusätzlich bei der Spitex-Organisation angestellt werden. Ob die Gründung von separaten Gesellschaftern/Trägerschaften sinnvoll ist, wäre u.E. jeweils im Einzelfall zu beurteilen. In praktischer Hinsicht empfehlen wir allerdings nicht, den bestehenden Administrativverträgen beizutreten (vgl. dazu sogleich).

### **3. Haben Sie Vorschläge / Hinweise, wie das unter 1 beurteilte Risiko reduziert werden kann?**

- 122 Es ist darauf zu achten, dass Angestellte ohne Fachausbildung durch das Fachpersonal sorgfältig ausgewählt, ausreichend instruiert («gewisses Anlernen») und angemessen überwacht werden, wenn sie Massnahmen der Grundpflege erbringen. Um in einem allfälligen Beschwerdeverfahren Beweismittel vorlegen zu können, könnte es hilfreich sein, insbesondere die Instruktion schriftlich festzuhalten. Dies könnte beispielsweise mittels Richtlinien, Merkblättern, Checklisten usw. geschehen.
- 123 Die Berner Wohnheime, die sich künftig als Spitex-Organisationen zulassen, könnten mit den Versicherern zudem einen Administrativvertrag abschliessen, in dem

z.B. lediglich die Abrechnungsmodalitäten (z.B. *Tiers payant*) vereinbart werden, ohne Anforderungen an die Ausbildung mit Bezug auf die Grundpflege festzulegen. Ob die Versicherer hierzu Hand bieten würden, müsste geprüft werden, erscheint aber nicht ausgeschlossen, weil eine geregelte, systematische Abrechnung auch im Interesse der Versicherer liegt. Den bestehenden Verträgen beizutreten, erachten wir jedenfalls als nicht zielführend, weil diese kaum auf die besonderen Verhältnisse der Behindertenwohnheime zugeschnitten sind und die Beitrittsvoraussetzungen u.E. ohnehin nur schwerlich erfüllbar sein dürften.

**4. Haben wir Ihrer Meinung nach bei der Beschreibung des Sachverhalts etwas von Bedeutung übersehen? Gegebenenfalls sind für entsprechende Hinweise dankbar.**

124 Dazu haben wir keine Bemerkungen.

**5. Erfüllen Institutionen die Zulassungsbedingungen gemäss Art. 51 Abs. 1 Bst. c KVV, Art. 91 SLG, sofern sie die diplomierten Pflegefachpersonen auf Mandatsbasis beschäftigen?**

**a) Bezüglich der für den Bereich Pflege verantwortlichen Fachperson mit einer Berufsausübungsbewilligung?**

125 Weder Art. 51 KVV noch Art. 91 SLG schliessen nach unserer Auffassung per se aus, dass die Fachleitung Pflege im Mandatsverhältnis beschäftigt wird. Dies jedenfalls, solange die fachgerechte Pflege und Betreuung der Leistungsempfängerinnen und Leistungsempfänger auch im Mandatsverhältnis gewährleistet sind. Um dies zu gewährleisten, muss die Fachleitung Pflege genügend oft vor Ort tätig sein. Dieses Ergebnis entspricht am ehesten dem Rechtssinn der Bestimmungen.

**b) Bezüglich des Anteils von diplomiertem Pflegepersonal am gesamten Stellenetat Pflege im Umfang von mindestens 20%?**

126 Das soeben zu Frage 5a) Gesagte für die Fachleitung Pflege gilt umso mehr für das diplomierte Pflegepersonal, weil es weniger organisatorische Verantwortung trägt. Somit erfüllen Spitex-Organisationen die Bewilligungsvoraussetzungen, auch dann, wenn das Pflegepersonal im Mandatsverhältnis beschäftigt wird.

**6. Haben Sie Vorschläge / Hinweise, auf was bei der Ausgestaltung der Mandatsverträge zwischen Wohnheim und freiberuflich tätigen Pflegefachpersonen geachtet werden sollte?**

127 In den Mandatsverträgen mit der Fachleitung Pflege ist darauf zu achten, dass die Fachleitung Pflege dazu verpflichtet wird, ausreichend oft vor Ort in der Spitex-Organisation tätig zu sein, um ihre gesetzlichen Pflichten wahrzunehmen. Entsprechend sind die Verfügbarkeit und die Weisungsgebundenheit im Mandatsvertrag zu

regeln. Eine trennscharfe Vorgabe, z.B. eine Verfügbarkeit von 2.5 Tagen in der Woche, lässt sich nicht ausmachen. Anhand der individuellen Gegebenheiten des betroffenen Wohnheims ist festzulegen, wann und wie oft die Fachleitung Pflege vor Ort sein muss. Inwiefern unter diesen Umständen noch eine steuer- und/oder sozialversicherungsrechtliche Selbständigkeit<sup>118</sup> vorliegen würde, wäre im Einzelfall zu prüfen und ist nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens.

**7. Haben wir Ihrer Meinung nach bei der Beschreibung des Sachverhalts etwas von Bedeutung übersehen? Gegebenenfalls sind wir Ihnen für entsprechende Hinweise dankbar.**

128 Dazu haben wir keine Bemerkungen.

Bern, den 21. März 2025

**Kellerhals Carrard Bern KIG**

Dr. Christoph Jäger  
Rechtsanwalt

Dr. Claudio Helmle  
Rechtsanwalt

---

<sup>118</sup> Vgl. dazu insbesondere Rz. 1018 ff. Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML), gültig ab 1. Januar 2019; Stand: 1. Januar 2025.

## Anhang: Instruktionsdokument «Anforderungen an personelle Ressourcen von Spitex-Organisationen» vom 10. Januar 2025



Kanton Bern  
Canton de Berne

### Anforderungen an personelle Ressourcen von Spitex-Organisationen

#### 1. Problemstellung

##### 1.1 Ausgangslage

Im Zusammenhang mit der Umsetzung des Grundsatzes der Subsidiarität gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. e) Gesetz über die Leistungen für Menschen mit Behinderungen (BLG) prüfen aktuell verschiedene Wohnheime die Zulassung als Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause (Spitex-Organisationen). Diese und die übrigen in Frage kommenden Lösungen sind in einem Merkblatt zusammengefasst. [Downloads](#)

Zahlreiche Wohnheime und Verbände bringen wenig Verständnis für die Forderung der GSI auf, den Grundsatz der Subsidiarität umzusetzen. In diesem Zusammenhang ist die Frage aufgetaucht, ob Mitarbeitende von Spitex-Organisationen, welche Massnahmen der Grundpflege gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c) Verordnung des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV) erbringen, über bestimmte berufliche Qualifikationen verfügen müssen. Bei Massnahmen der Abklärung, Beratung und Koordination (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KLV) und Massnahmen der Untersuchung und der Behandlung (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KLV) ist dies unbestrittenemassen der Fall. [SR 832.112.31 - Verordnung des EDI vom 29. Septe... | Fedlex](#)

Mit der rechtlichen Klärung möchte sich die GSI vergewissern, dass die zur Diskussion stehende Lösung mit hoher Wahrscheinlichkeit einer allfälligen gerichtlichen Prüfung standhalten würde. Zu einem Beschwerdeverfahren könnte es erst nach erfolgter Zulassung kommen, also nachdem verschiedene Institutionen das aufwändige Zulassungsverfahren erfolgreich hinter sich gebracht haben. Auslöser eines solchen Beschwerdeverfahrens wäre ein konkreter Fall, in dem sich eine Krankenkasse mit der entsprechenden Begründung weigert, den Pflegebeitrag auszurichten.

Wie die nachfolgend skizzierte Analyse der rechtlichen Grundlagen zeigt, werden im Rahmen des Verfahrens für die Zulassung von Spitex-Organisationen die beruflichen Qualifikationen der Mitarbeitenden, welche Massnahmen der Grundpflege erbringen, nicht thematisiert. Es wird ein anderer Ansatz gewählt. Die Organisationen müssen über ausreichend Pflegefachpersonen mit tertiärer Ausbildung verfügen. Diese erbringen nicht nur die Massnahmen der Abklärung, Beratung und Koordination sowie Massnahmen der Untersuchung und der Behandlung, sondern überwachen und instruieren zusätzlich die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, welche Massnahmen der Grundpflege erbringen.

Bei der Beurteilung der Frage, ob Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die Massnahmen der Grundpflege erbringen, über bestimmte berufliche Qualifikationen verfügen müssen, ist zwischen verschiedenen Sachverhalten zu unterscheiden:

- Die Institution schliesst sich keinem Administrativvertrag an.
- Die Institution schliesst sich den Administrativverträgen der Spitex-Verbände an.
- Die Institution schliesst sich den Administrativverträgen von CURAVIVA an.

##### 1.2 Kein Beitritt zu einem Administrativvertrag

Wer die in Ziffer 2.2 beschriebenen Bedingungen erfüllt, kann zulasten der Krankenkassen abrechnen. Der Beitritt zu einem Administrativvertrag ist nicht erforderlich. Gegebenenfalls stellt die Spitex-Organisation gemäss Art. 42 Abs. 1 KVG die Rechnung der versicherten Person zu (System des Tiers garant). Diese bezahlt die Rechnung und lässt sich den Betrag von der Krankenkasse zurückerstatten. In den

**Kanton Bern  
Canton de Berne**

Administrativverträgen wird gestützt auf Art. 42 Abs. 3 KVG vereinbart, dass die Rechnung an die Krankenkasse geht und von dieser direkt bezahlt wird (System des Tiers payant). Dabei handelt es sich zweifellos um eine Vereinfachung. Bei der Einschätzung der Bedeutung ist jedoch zu beachten, dass ein grundsätzlicher Unterschied gegenüber einer normalen Spitex-Organisation besteht. Die Wohnheime erbringen ihre Leistungen ausschliesslich zugunsten ihren Bewohnerinnen und Bewohnern, denen sie auch ihre übrigen (personalen und nichtpersonalen) Leistungen in Rechnung stellen. Die Zahlungsmoral dürfte folglich deutlich besser sein als bei Kundinnen und Kunden einer «normalen» Spitex-Organisation, mit der lediglich vorübergehend eine Verbindung bestand. Es bleibt zu prüfen, ob der Beitritt zu den Administrativverträgen weitere Vorteile hat.

**1.3 Beitritt zu den Administrativverträgen der Spitex-Verbände**

Der Administrativvertrag zwischen den Spitex-Verbänden und den Krankenkassen hingegen umschreibt die beruflichen Anforderungen aller Mitarbeitenden der Spitex-Organisationen, also auch solcher, welche Massnahmen der Grundpflege erbringen in Anhängen. [Administrativverträge – Spitex Schweiz](#) Mit der Erklärung zum Beitritt zum Vertrag anerkennen die Leistungserbringer den Vertragsinhalt. Der Anhang wurde offensichtlich mit Blick auf eine «klassische» Spitex-Organisation erstellt und berücksichtigt die Besonderheiten einer Spitex-Organisation, die ausschliesslich hausintern Massnahmen anbietet, nicht. Es ist davon auszugehen, dass in den Wohnheimen in der Regel Mitarbeitende eingesetzt werden, welche über keinen in den Anhängen erwähnten Berufsabschluss verfügen. Das kommt daher, dass sie umfassend agogisch tätig sind und die Massnahmen der Grundpflege nur einen kleinen Teil ihrer Aufgaben ausmachen.

Aus der beschriebenen Ausgangslage ergibt sich die Frage, welche Bedeutung dem Administrativvertrag im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens zukommen würde. Die Anwendbarkeit des Administrativvertrags würde dazu führen, dass Spitex-Verbände und Krankenkassen den Spitex-Organisationen, welche die gesetzlichen Zulassungsbedingungen erfüllen, zusätzliche Auflagen betreffend beruflicher Qualifikation der von ihnen eingesetzten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter machen können.

Interessant ist das Bundesgerichtsurteil 9C\_385/2023 vom 8. Mai 2024. Dabei ging es um psychiatrische Grundpflege, welche von der Mutter (die bei einer Spitex-Organisation angestellt ist) der leistungsbeziehenden Person erbracht wurde. Da es sich um eine pflegende Angehörige handelt, lässt sich direkt nichts aus dem Urteil für die hier interessierende Fragestellungen, ableiten. Immerhin sind aber Parallelen nicht zu übersehen. Das Bundesgericht äussert sich wie folgt zur fachlichen Qualifikation der Mutter und der Rolle der Pflegefachpersonen mit tertiärer Ausbildung (Erwägung 4.3.6): «Dass die Mutter des Beschwerdeführers hinreichend instruiert und überwacht wird sowie grundsätzlich fähig ist, die fraglichen Leistungen in genügender Qualität zu erbringen, steht ausser Frage. Die Vorinstanz hat Recht verletzt, indem sie die umstrittene Leistungspflicht der EGK mit dem Argument der ungenügenden fachlichen Qualifikation der Mutter des Beschwerdeführers verneint hat.»

**1.4 Beitritt zu den Administrativverträgen von CURAVIVA**

Der Administrativvertrag zwischen dem Verband Heime und soziale Institutionen Schweiz (CURAVIVA) und den Krankenkassen umschreibt die beruflichen Anforderungen der Mitarbeitenden der Spitex-Organisationen, welche Massnahmen der Grundpflege erbringen, nicht oder nur in allgemeiner Form (Art. 16 des Vertrags mit Senesuisse). [CURAVIVA BE - Infos & Downloads - Wohnen mit Dienstleistungen/betreutes Wohnen](#) Im Gegensatz zu den Administrativverträgen der Spitex-Verbände sind die Administrativverträge von CURAVIVA auf die Besonderheiten einer Spitex-Organisation, die ausschliesslich hausintern Massnahmen erbringt, zugeschnitten. Für die betroffenen Wohnheime bietet sich deshalb der Beitritt zu diesen Administrativverträgen an.

Auf seiner Homepage bezeichnet sich Curaviva Schweiz als «nationaler Branchenverband der Dienstleister für Menschen im Alter». Es stellt sich deshalb die Frage, ob Wohnheime, welche Menschen mit

**Kanton Bern  
Canton de Berne**

Behinderungen (lediglich ca. 15 Prozent von ihnen haben das 65. Altersjahr bereits erreicht) betreuen, diesem Vertrag beitreten können. Der Vertragsbeitritt ist den 3 Verträgen in Art. 3 geregelt.

**1.5 Beschäftigung von diplomierten Pflegefachpersonen**

Eine zweite Problemstellung (Ziffer 3) betrifft die Beschäftigung von diplomierten Pflegefachpersonen. Konkret geht es um die Frage, ob diese zwingend in einem Arbeitsverhältnis mit der Spitex-Organisation stehen müssen oder auch auf Mandatsbasis beschäftigt werden können.

**2. Zulassung als Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause****2.1 Übersicht rechtliche Grundlagen KVG**

Nach Art. 24 KVG übernimmt die OKP die Kosten für die Leistungen gemäss Art. 25-31 KVG nach Massgabe der in den Art. 32-34 KVG festgelegten Voraussetzungen. Die Leistungen umfassen u.a. die Untersuchungen und Behandlungen, die ambulant durch Personen durchgeführt werden, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen (Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 3 KVG). Die OKP leistet einen Beitrag an die Pflegeleistungen, welche aufgrund einer ärztlichen Anordnung und eines ausgewiesenen Pflegebedarfs ambulant, auch in Tages- oder Nachtstrukturen, oder im Pflegeheim erbracht werden (Art. 25a Abs. 1 KVG). Der Bundesrat bezeichnet die Pflegeleistungen und regelt das Verfahren der Bedarfsermittlung (Art. 25a Abs. 3 KVG). Er setzt die Beiträge differenziert nach dem Pflegebedarf in Franken fest; massgebend ist der Aufwand nach Pflegebedarf für Pflegeleistungen, die in der notwendigen Qualität, effizient und kostengünstig erbracht werden (Art. 25a Abs. 4 Satz 1 und 2 KVG).

Der entsprechende Leistungsbereich wird - gestützt auf Art. 33 lit. b KVV (SR 832.102) - in Art. 7 ff. der Verordnung des EDI vom 29. September 1995 über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV [SR 832.112.31]) näher umschrieben.

Die OKP übernimmt namentlich Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die aufgrund der Bedarfsabklärung nach Art. 7 Abs. 2 lit. a und Art. 8 KLV auf ärztliche Anordnung hin oder im ärztlichen Auftrag von Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause erbracht werden (Art. 7 Abs. 1 lit. b KLV). Gemäss Art. 7 Abs. 2 KLV umfassen die Leistungen im Sinne dieser Bestimmung Massnahmen der Abklärung, Beratung und Koordination (lit. a), der Untersuchung und der Behandlung (lit. b) sowie der Grundpflege (lit. c).

Erstere bestehen u.a. in der Beratung der Patienten sowie gegebenenfalls der nichtberuflich an der Krankenpflege Mitwirkenden bei der Durchführung der Krankenpflege, insbesondere im Umgang mit Krankheitssymptomen, bei der Einnahme von Medikamenten oder beim Gebrauch medizinischer Geräte, und Vornahme der notwendigen Kontrollen (Art. 7 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 KLV). Die Massnahmen der Untersuchung und der Behandlung beinhalten namentlich pflegerische Vorkehren zur Umsetzung der ärztlichen Therapie im Alltag, wie Einüben von Bewältigungsstrategien und Anleitung im Umgang mit Aggression, Angst oder Wahnvorstellungen (Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 13 KLV), und Unterstützung für psychisch kranke Personen in Krisensituationen, insbesondere zur Vermeidung von akuter Selbst- oder Fremdgefährdung (Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 14 KLV). Die allgemeine Grundpflege umfasst etwa Beine einbinden, Kompressionsstrümpfe anlegen; Betten, Lagern; Bewegungsübungen, Mobilisieren; Dekubitusprophylaxe, Massnahmen zur Verhütung oder Behebung von behandlungsbedingten Schädigungen der Haut; Hilfe bei der Mund- und Körperpflege, beim An- und Auskleiden, beim Essen und Trinken (Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV). Zur psychiatrischen Grundpflege zählen Massnahmen zur Überwachung und Unterstützung psychisch kranker Personen in der grundlegenden Alltagsbewältigung, wie: Erarbeitung und Einübung einer angepassten Tagesstruktur, zielgerichtetes Training zur Gestaltung und Förderung sozialer Kontakte, Unterstützung beim Einsatz von Orientierungshilfen und Sicherheitsmassnahmen (Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 2 KLV).

Die Abklärung, ob Massnahmen nach Art. 7 Abs. 2 lit. b Ziff. 13 f. und lit. c Ziff. 2 KLV durchgeführt werden sollen, muss von einer Pflegefachfrau oder einem Pflegefachmann (Art. 49 KVV) vorgenommen

3/8

**Kanton Bern  
Canton de Berne**

werden, die oder der eine zweijährige praktische Tätigkeit in der Fachrichtung Psychiatrie nachweisen kann (Art. 7 Abs. 2bis lit. b KLV).

Zur Tätigkeit zu Lasten der OKP sind u.a. Personen zugelassen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen, und Organisationen, die solche Personen beschäftigen (Art. 35 Abs. 2 lit. e KVG). Als Leistungserbringer bei der Pflege zu Hause kommen gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a und b KLV Pflegefachfrauen und -männer sowie Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause in Frage. Die entsprechenden Zulassungsvoraussetzungen sind aufgrund der Kompetenznorm von Art. 36a KVG durch den Bundesrat in Art. 49 KVV (Pflegefachpersonen) und in Art. 51 KVV (Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause) festgesetzt.

**2.2 Übersicht rechtliche Grundlagen Zulassung als Spitex-Organisation**

Art. 51 Abs. 1 KVV lautet wie folgt:

Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause werden zugelassen, wenn sie die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

- a. Sie sind nach der Gesetzgebung des Kantons, in dem sie tätig sind, zugelassen.
- b. sie verfügen über einen kantonalen Leistungsauftrag nach Artikel 36a Absatz 3 KVG.
- c. Sie haben ihren örtlichen, zeitlichen, sachlichen und personellen Tätigkeitsbereich festgelegt.
- d. Sie verfügen über das erforderliche Fachpersonal, das eine dem Tätigkeitsbereich entsprechende Ausbildung hat.
- e. Sie verfügen über die für die Leistungserbringung notwendigen Einrichtungen.
- f. Sie weisen nach, dass sie die Qualitätsanforderungen nach Artikel 58g erfüllen.

Um zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) abrechnen zu können, benötigt die Spitex-Organisation eine kantonale Zulassungsbewilligung. [Zulassungsverfahren nach KVG für Organisationen](#). Diese erhält nur, wer über eine kantonale Betriebsbewilligung verfügt. [Organisationen der Hilfe und Pflege zu Hause](#).

Art. 91 Gesetz über die sozialen Leistungsangebote (SLG) hält die Bedingungen für den Erhalt der Betriebsbewilligung fest und greift dabei Art. 51 Abs. 1 Bst. d) KVV auf:

«Die Betriebsbewilligung zur Führung einer Spitex-Organisation wird einer juristischen Person erteilt, die nachweist, dass

- eine fachgerechte Pflege und Betreuung der Leistungsempfängerinnen und Leistungsempfänger gewährleistet ist,
- das Infrastruktur- und Leistungsangebot den Bedürfnissen der Leistungsempfängerinnen und Leistungsempfänger entspricht,
- eine qualifizierte Leitung sowie der Einsatz von genügend qualifiziertem Personal gewährleistet wird,
- das Angebot in einem Betriebskonzept umschrieben ist,
- das spezifische Betriebsrisiko durch eine Betriebshaftpflichtversicherung hinreichend abgedeckt ist,
- die für den Bereich Pflege verantwortliche Fachperson über eine Berufsausübungsbewilligung verfügt.»

In der Weisung zum Erhalt einer Betriebsbewilligung wird in Ziffer 3.4.3 «der Einsatz von genügend qualifiziertem Personal» konkretisiert: Es wird ein Anteil von diplomiertem Pflegepersonal am gesamten Stellenetat Pflege von mindestens 20% verlangt. Vorgaben zur beruflichen Qualifikation der restlichen 80% des Stellenetat Pflege finden sich nirgends. [Organisationen der Hilfe und Pflege zu Hause](#)

**Kanton Bern  
Canton de Berne**

Wer über die Zulassung vom Kanton verfügt, kann die ZSR-Nummer beantragen. Sie macht den Weg frei, um mit den Krankenkassen abzurechnen. Im [Antragsformular und Merkblatt](#) für Organisationen der Krankenpflege & Hilfe zu Hause dreht sich betreffend Art. 51 Abs. 1 Bst. d) KVV alles um die diplomierten Pflegefachpersonen. Vorgaben zur beruflichen Qualifikation der übrigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gibt es keine.

**3. Beschäftigung von diplomierten Pflegefachpersonen auf Mandatsbasis**

Art. 51 Abs. 1 Bst. c) KVV, Art. 91 SLG und die Weisung zum Erhalt einer Betriebsbewilligung verlangen eine qualifizierte Leitung sowie den Einsatz von qualifiziertem Personal. Konkret geht es um Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner. Aktuell verfügen nicht alle Wohnheime, die sich für die Zulassung als Spitex-Organisation interessieren, in ausreichendem Mass über entsprechende personelle Ressourcen. Mit Blick auf den Fachkräftemangel dürfte es schwierig sein, ausreichend Pflegefachpersonen zu finden, die sich anstellen lassen. Realistischer beurteilen wir die Möglichkeit, freiberuflich tätige Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner auf Mandatsbasis für eine Zusammenarbeit zu gewinnen. Dabei muss unterschieden werden zwischen

- der für den Bereich Pflege verantwortlichen Fachperson mit einer Berufsausübungsbewilligung
- und dem Anteil von diplomiertem Pflegepersonal am gesamten Stellenetat Pflege im Umfang von mindestens 20%.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob eine solche Lösung die rechtlichen Voraussetzungen zu erfüllen vermag. Dies selbstverständlich unter der Voraussetzung, dass Verfügbarkeit, Weisungsbefugnis etc. vertraglich verbindlich geregelt sind.

**4. Konkrete Fragen**

1. Als wie gross beurteilen Sie das Risiko, dass das Bundesgericht in einem Beschwerdeverfahren zum Schluss kommt, dass Art. 51 Abs. 1 Bst. d) KVV nicht erfüllt ist und die Kasse damit nicht leistungspflichtig ist, wenn für Massnahmen der Grundpflege Personal eingesetzt wird, das nicht über die beruflichen Qualifikationen gemäss den Anhängen des «Administrativvertrags» verfügt?
  - a) Bei Institutionen, die sich keinem Administrativvertrag anschliessen?
  - b) Bei Institutionen, die sich den Administrativverträgen der Spitex-Verbände anschliessen?
  - c) Bei Institutionen, die sich den Administrativverträgen von CURAVIVA anschliessen?
  - d) Welche Bedeutung ist in diesem Zusammenhang Art. 16 des Vertrags mit Senesuisse beizumessen?
2. Erfüllen Wohnheime die Voraussetzungen für den Beitritt zu den Administrativverträgen von CURAVIVA?
3. Haben Sie Vorschläge / Hinweise, wie das unter 1 beurteilte Risiko reduziert werden kann?
4. Haben wir Ihrer Meinung nach bei der Beschreibung des Sachverhalts in Ziffer 2 etwas von Bedeutung übersehen? Gegebenenfalls sind für entsprechende Hinweise dankbar.
5. Erfüllen Institutionen die Zulassungsbedingungen gemäss Art. 51 Abs. 1 Bst. c) KVV, Art. 91 SLG, sofern sie die diplomierten Pflegefachpersonen auf Mandatsbasis beschäftigen?
  - a) Bezüglich der für den Bereich Pflege verantwortlichen Fachperson mit einer Berufsausübungsbewilligung?
  - b) Bezüglich dem Anteil von diplomiertem Pflegepersonal am gesamten Stellenetat Pflege im Umfang von mindestens 20%?
6. Haben Sie Vorschläge / Hinweise, auf was bei der Ausgestaltung der Mandatsverträge zwischen Wohnheim und freiberuflich tätigen Pflegefachpersonen geachtet werden sollte?

**Kanton Bern  
Canton de Berne**

7. Haben wir Ihrer Meinung nach bei der Beschreibung des Sachverhalts in Ziffer 3 etwas von Bedeutung übersehen? Gegebenenfalls sind wir Ihnen für entsprechende Hinweise dankbar.

Bern, 10. Januar 2025 DWI