



Fall-Nr.: B 2008/105
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 22.01.2009
Entscheiddatum: 22.01.2009

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 22. Januar 2009

Gesundheitsrecht, Hilfe und Pflege zu Hause (Spitex), Art. Art. 36bis ff. GesG (311.1), Art. 31 lit. b der Verordnung über die Ausübung von Berufen der Gesundheitspflege (sGS 312.1). Eine mindestens zweijährige praktische Erfahrung bei Pflegefachleuten mit Zulassung gemäss der Verordnung ist dem Diplom gemäss lit. a gleichgestellt. Im konkreten Fall wurde diesem Kriterium bei der Beurteilung des Personals nicht Rechnung getragen, weshalb sich der Entzug der Bewilligung wegen fehlenden diplomierten Personals unzulässig erweist und die Sache zur weiteren Abklärung und neuen Beurteilung an das Gesundheitsdepartement zurückgewiesen wird (Verwaltungsgericht, B 2008/105).

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter Dr. E. Oesch-Frischkopf, lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener; Gerichtsschreiber lic. iur. Th. Vögeli

In Sachen

A.,X. Private Haus- und Krankenpflege

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. K.,

gegen



Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen, Davidstrasse 27, 9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

betreffend

Bewilligung für den Betrieb einer Organisation der Krankenpflege und Hilfe zu Hause

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ A. betreibt als Einzelfirma die X. Private Haus- und Krankenpflege mit Sitz in St. Gallen (im folgenden X.). Zweck der Firma ist laut Handelsregister die Vermittlung von Pflege- und Krankenpersonal sowie Haushaltshilfen, Raumpflegerinnen und Familienhelferinnen. Nachdem mit dem III. Nachtrag zur Verordnung über die Ausübung von Berufen der Gesundheitspflege vom 30. August 2005 (sGS 312.1 in der Fassung nGS 40-70) eine Bewilligungspflicht für den Betrieb von Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause mit Angeboten aus dem Tätigkeitsbereich von Pflegefachleuten eingeführt wurde, reichte die X. am 20. April 2006 ein Gesuch für eine Bewilligung zum Betrieb einer Spitex-Organisation ein und ergänzte dieses am 29. Mai 2006 mit weiteren Unterlagen.

Mit Verfügung vom 15. September 2006 erteilte das Gesundheitsdepartement der X. die Bewilligung zum Betrieb einer Organisation der Krankenpflege und Hilfe zu Hause bis 15. September 2011. Als leitende Pflegeperson wurde M. zugelassen. In der Verfügung war festgehalten, dass die X. dem Gesundheitsdepartement jährlich bis Ende März Bericht über ihre Tätigkeit im Vorjahr erstattet. Weiter war vermerkt, nach der eingereichten Personalliste "Pflege und Hilfen", Stand 2006, verfügten alle über eine vom Schweizerischen Roten Kreuz (SRK) anerkannte Ausbildung, entweder über ein Diplom in Pflege, FA SRK-Ausweis oder als Rotkreuzpflegehelferin. Sämtliche Personalangaben und Diplommkopien seien in der Geschäftsstelle auf ihre Richtigkeit hin überprüft worden; diverses Pflegepersonal verfüge überdies über eine Bewilligung des



St.Galler Gerichte

Gesundheitsdepartements zur Ausübung des Berufs der Gemeindeschwester oder Gemeindepflegerin. Die X. betreue je nach Bedarf rund um die Uhr pflegebedürftige Erwachsene. Der örtliche Tätigkeitsbereich umfasse das gesamte Kantonsgebiet. Ob für die Abdeckung des Angebots in jedem Fall genügend fachlich qualifiziertes Personal eingesetzt werde, lasse sich nicht abschliessend beurteilen. Für die im Kanton St. Gallen aktuell betreuten Patienten erscheine die personelle Ausstattung ausreichend. Die X. werde jedenfalls darauf hingewiesen, dass die Anzahl der entgegengenommenen Pflegeaufträge den personellen Ressourcen zu entsprechen habe. Das Gesundheitsdepartement behalte sich eine spätere Überprüfung vor, ob für die Abdeckung des Angebots genügend qualifiziertes Personal eingesetzt werde. Zusammenfassend wurde festgehalten, dass die Spitex-Organisation der X. die Voraussetzungen für die Erteilung einer Betriebsbewilligung als Organisation der Krankenpflege und Hilfe zu Hause erfülle, weshalb ihr die Bewilligung antragsgemäss erteilt werde.

Am 7. Februar 2007 teilte die Fachstelle Spitex des Gesundheitsdepartements der X. mit, sie sei gemäss Verordnung vom 15. September 2006 aufgefordert, dem Departement jährlich Bericht zu erstatten. Der X. wurden die Formulare "Spitex-Statistik" des Bundesamts für Sozialversicherung zugestellt mit dem Hinweis, diese bis 23. Februar 2007 dem Spitex-Verband des Kantons St. Gallen zu übermitteln. Der Jahresbericht mit den Angaben über die erbrachten Dienstleistungen, die Qualifikationen und den Beschäftigungsgrad des Personals, die Aus- und Weiterbildungsaktivitäten sowie die Massnahmen der Qualitätssicherung und -entwicklung werde bis Ende März 2007 direkt an das Gesundheitsdepartement erwartet.

In der Folge reichte die X. dem Gesundheitsdepartement das Formular Spitex-Statistik sowie eine Stundenabrechnung für das Jahr 2006 ein. Am 11. April 2007 teilte ihr die Fachstelle mit, es fehlten Angaben über Weiterbildungen und über Massnahmen der Qualitätssicherung und -entwicklung. Die aktuellen Angaben über die Personalstruktur stimmten nicht mehr mit den Unterlagen zum Bewilligungsverfahren vom Herbst 2006 überein, da es offensichtlich Veränderungen im Personalbestand gegeben habe. In den Akten des Gesundheitsdepartements fehlten, ausser für M., alle Diplome, Fähigkeitszeugnisse und SRK-Ausweise. Die X. wurde aufgefordert, bis 1. Mai 2007



St.Galler Gerichte

eine aktualisierte Personalliste mit Angaben der jeweiligen Stellenprozente und der Ausbildung, Diplommkopien aller Mitarbeitenden, die im Bereich der KLV-Pflichtleistungen eingesetzt werden, Belege für die 2006 absolvierten Weiterbildungen und den Beschrieb der Qualitätssicherung und -entwicklung im Jahre 2006 einzureichen. In der Folge äusserte sich die X. zur Aufforderung und ersuchte u.a. um eine Fristerstreckung. In der Folge setzte die Fachstelle Spitex der X. eine Frist für die Reorganisation und stattete am 26. September 2007 einen Besuch bei der Gesuchstellerin ab. Die Fachstelle bedankte sich hernach für die gewährte Einsicht und hielt fest, es sei vereinbart worden, dass ihr die X. eine aktualisierte Personalliste der Pflegefachpersonen und der Pflegehelferinnen mit den entsprechenden Diplomen und Zertifikaten senden werde.

Am 12. November 2007 reichte die X. der Fachstelle Spitex verschiedene Unterlagen ein. Die Fachstelle teilte der X. hierauf am 23. Januar 2008 per Mail mit, sie habe fünf verschiedene Personallisten mit zahlreichen zusätzlichen Hinweisen erhalten. Manche Mitarbeitende seien auf mehreren Listen aufgeführt. Dies erschwere die Bearbeitung. Es werde eine genaue und einfache Übersicht benötigt, welches Personal in welchen Bereichen in den Jahren 2006 und 2007 beschäftigt gewesen sei. Deshalb werde im Anhang das Personalformular für die Jahre 2006 und 2007 zugestellt mit der Aufforderung, die Formulare korrekt für beide Jahre separat und mittels PC auszufüllen und bis 29. Januar 2008 zu retournieren.

Am 5. Februar 2008 reichte die X. den Bericht 2007 zur Qualitätssicherung und -entwicklung ein. Am 6. März 2008 wandte sie sich schriftlich an das Gesundheitsdepartement bzw. die Fachstelle Spitex und reichte Personallisten und Zeugniskopien ein.

Am 10. März 2008 teilte das Gesundheitsdepartement der X. mit, aufgrund der Auswertung der eingereichten Unterlagen sei festgestellt worden, dass die personellen Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung nicht mehr gegeben seien. Mindestens die Hälfte des Pflegepersonals müsse über bestimmte Qualifikationen verfügen. Nach den eingereichten Listen beschäftige die X. gegenwärtig 41 Pflegepersonen, deren gesamtes Pensum 1526 Prozent betrage. Selbst wenn alle auf der Liste "Pflegefachpersonen mit Pflegediplom" aufgeführten Personen ein den gesetzlichen



St.Galler Gerichte

Anforderungen genügendes Diplom hätten, würde deren Tätigkeit höchstens 275 Stellenprozente betragen, was weniger als die Hälfte sei. Aufgrund der Unterlagen seien es gesamthaft aber nur 57,5 Stellenprozente, die von Personen mit dem erforderlichen Abschluss besetzt seien. Insbesondere fehle von C., die neu als leitende Pflegefachperson bezeichnet werde, die SRK-Anerkennung des Diploms. Die Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung seien also eindeutig nicht mehr gegeben. Der X. wurde eine Frist für eine Stellungnahme bis 25. März 2008 angesetzt. Weiter forderte das Gesundheitsdepartement die X. auf, allenfalls eine aktuelle Liste aller beschäftigten Personen, die über ein erforderliches Diplom verfügten, einzureichen.

Die X. reichte am 14. März 2008 weitere Unterlagen und am 15. April 2008 den Antrag von C. auf Anerkennung und Registrierung ihres Diploms beim Schweizerischen Roten Kreuz ein.

Mit Verfügung vom 23. Mai 2008 entzog das Gesundheitsdepartement der X. die Bewilligung zum Betrieb einer Organisation der Krankenpflege und Hilfe zu Hause. Zur Begründung wurden die ungenügende Dotation mit genügend qualifiziertem Pflegepersonal und der fehlende Nachweis der Qualifikation der leitenden Pflegefachfrau angeführt.

B./ Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 5. Juni 2008 erhob die X. Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Verfügung des Gesundheitsdepartements vom 23. Mai 2008 sei aufzuheben, eventuell sei die Streitsache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. In ihrer Beschwerdeergänzung vom 15. August 2008 hielt sie an ihrem Antrag fest. Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt, die Bewilligungspflicht und ihre Ausgestaltung erfüllten die verfassungsmässigen Voraussetzungen für den schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin nicht. Auch sei der Bewilligungsentzug unverhältnismässig.

Das Gesundheitsdepartement beantragte in seiner Vernehmlassung vom 2. September 2008 die Abweisung der Beschwerde.



Die Beschwerdeführerin liess sich mit Eingabe vom 7. Oktober 2008 zur vorinstanzlichen Stellungnahme vernehmen und beantragte die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung.

Die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten werden, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen dargelegt und gewürdigt.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Die Beschwerdeführerin ist zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerdeeingabe vom 5. Juni 2008 und deren Ergänzung vom 15. August 2008 erfüllen zeitlich, formal und inhaltlich die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Die gesetzlichen Bestimmungen für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache finden sich im Gesundheitsgesetz (sGS 311.1, abgekürzt GesG) und in der Verordnung über die Ausübung von Berufen der Gesundheitspflege (sGS 312.1, abgekürzt Verordnung).

2.1. Nach Art. 19bis GesG fördert der Staat die Hilfe und Pflege zu Hause. Diese ist aufgrund des Titels zu Art. 18 ff. GesG Teil der öffentlichen Gesundheitspflege. Nach Art. 23 GesG sorgt die politische Gemeinde für die Hilfe und Pflege zu Hause, soweit diese Aufgabe nicht durch andere öffentlich-rechtliche Körperschaften, öffentlich-rechtliche Anstalten oder Private erfüllt wird. Die Hilfe und Pflege zu Hause wurde im II. Nachtrag zum GesG vom 2. Juni 1991 (nGS 26-126) in Art. 36bis bis Art. 36quater GesG als Spitex neu geregelt. Sie umfasst nach Art. 36bis Abs. 1 GesG die Hilfe zu Hause (lit. a), die Pflege zu Hause (lit. b) sowie ergänzende Dienstleistungen (lit. c). Nach Art. 36bis Abs. 2 GesG umfasst die Hilfe zu Hause die stellvertretende Haushaltführung (Ziff. 1), die sozial-begleitende Unterstützung (Ziff. 2) und die Betreuung von Kindern (Ziff. 3). Nach Art. 36bis Abs. 3 GesG besteht die Pflege zu Hause aus Massnahmen der Abklärung und Beratung, der Untersuchung und der



Behandlung oder der Grundpflege nach der Bundesgesetzgebung über die Krankenversicherung. Gemäss Art. 36quater Abs. 1 GesG stellt die politische Gemeinde die Hilfe und Pflege zu Hause sicher, wobei sie ergänzende Dienstleistungen unterstützen kann. Art. 36quater Abs. 2 GesG bestimmt, dass Beiträge an Einrichtungen der Hilfe und Pflege zu Hause aufgrund von Leistungsvereinbarungen nach Massgabe der wirtschaftlich erbrachten Leistungen ausgerichtet werden und sich die Leistungsbezüger angemessen an den Kosten der Leistungen beteiligen.

2.2. Im weiteren fallen Art. 42, 46, 48, 49 und 51 GesG in Betracht. Art. 42 Abs. 1 GesG umschreibt die sogenannten anderen Berufe der Gesundheitspflege. Darunter befinden sich die in der Pflege und Hilfe zu Hause tätigen Personen nicht. Art. 42 Abs. 2 GesG bestimmt aber, dass die Regierung durch Verordnung weitere Berufe als andere Berufe der Gesundheitspflege bezeichnen kann.

Art. 46 Abs. 1 GesG bestimmt, dass die Bewilligung für die selbständige Ausübung anderer Berufe der Gesundheitspflege erteilt wird, wenn der Gesuchsteller ein schweizerisches Fähigkeitszeugnis besitzt (lit. a), handlungsfähig (lit. b) und gut beleumdet (lit. c) ist und die körperlichen und geistigen Voraussetzungen für die Berufsausübung erfüllt (lit. d). Nach Art. 48 Ingress GesG wird die Bewilligung entzogen, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung nicht mehr erfüllt sind. Art. 49 Abs. 1 GesG bestimmt, dass die Ausübung der medizinischen Berufe und der anderen Berufe der Gesundheitspflege durch Verordnung geregelt wird. Diese enthält insbesondere Vorschriften über Tätigkeitsbereiche, Anforderungen und Pflichten (Art. 49 Abs. 2 GesG). Die Regierung kann nach Art. 49 Abs. 3 GesG Regelungen schweizerischer oder kantonaler Fachorganisationen allgemeinverbindlich erklären.

Art. 51 Abs. 1 GesG bestimmt, dass der Betrieb privater Spitäler, psychiatrischer Kliniken, Laboratorien, medizinischer Institute und Hilfsbetriebe sowie Ausbildungsstätten für andere Berufe der Gesundheitspflege einer Bewilligung bedarf. Die Bewilligung wird erteilt, wenn sich Leiter und Mitarbeiter über die notwendigen fachlichen Fähigkeiten ausweisen, die erforderlichen Ausrüstungen vorhanden sind und eine gute Betriebsführung gewährleistet ist. Sind diese Voraussetzungen nicht mehr erfüllt, so wird die Bewilligung nach Verwarnung entzogen (Art. 51 Abs. 2 GesG). Im übrigen werden Erteilung und Entzug durch Verordnung geregelt (Art. 51 Abs. 3 GesG).



2.3. Früher regelten Art. 31 und 32 der Verordnung die Zulassungserfordernisse und Tätigkeitsbereiche von Gemeindeschwester und Gemeindepflegerin. Im III. Nachtrag zur Verordnung vom 30. August 2005 wurde die Überschrift in "Pflegefachleute und Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause" geändert. Nach Art. 31 der Verordnung werden als Pflegefachleute zugelassen, wer sich über ein vom Schweizerischen Roten Kreuz anerkanntes Diplom einer Schule für Gesundheits- und Krankenpflege oder ein nach dem Bundesgesetz über die Berufsbildung vom 13. Dezember 2002 (SR 412.10, abgekürzt BBG) anerkanntes Diplom (lit. a) oder über eine wenigstens zweijährige praktische Erfahrung bei Pflegefachleuten, die nach dieser Verordnung zugelassen sind, oder in einem Spital oder einer Organisation der Krankenpflege und Hilfe zu Hause unter der Leitung von Pflegefachleuten, welche die Zulassungserfordernisse dieser Verordnung erfüllen, ausweist (lit. b). Nach Art. 32 Abs. 1 der Verordnung nehmen Pflegefachleute Massnahmen der Abklärung und Beratung, der Untersuchung und der Behandlung oder der Grundpflege nach Art. 7 Abs. 2 der Krankenpflege-Leistungsverordnung vom 29. September 1995 (SR 832.112.31, abgekürzt KLV) vor.

Nicht bewilligungspflichtig ist nach Art. 32 Abs. 2 der Verordnung die Tätigkeit in einem Spital, einem Betagten- oder Altersheim oder für eine Organisation der Hilfe und Pflege zu Hause und die Pflege von Familienangehörigen. Art. 32bis Abs. 1 der Verordnung bestimmt, dass einer Betriebsbewilligung bedarf, wer eine Organisation der Krankenpflege und Hilfe zu Hause mit Angeboten aus dem Tätigkeitsbereich von Pflegefachleuten im Sinn von Art. 32 Abs. 1 betreibt, ohne dass eine Leistungsvereinbarung mit einer politischen Gemeinde vorliegt. Die Betriebsbewilligung wird nach Art. 32bis Abs. 2 der Verordnung erteilt, wenn die leitende Pflegeperson die Zulassungserfordernisse für die Pflegefachleute nach dieser Verordnung erfüllt (lit. a) und wenn wenigstens die Hälfte des Pflegepersonals einschliesslich der leitenden Pflegeperson über ein vom Schweizerischen Roten Kreuz oder ein nach dem BBG anerkanntes Diplom verfügt, wobei Fähigkeitsausweise nach dem BBG von Hauspflegerinnen, Betagtenbetreuerinnen oder Fachangestellten Gesundheit sowie vom Schweizerischen Roten Kreuz anerkannte Fähigkeitsausweise von Krankenpflegerinnen zur Hälfte als Diplomabschluss angerechnet werden können (lit. b). Nach Art. 32bis Abs. 3 der Verordnung wird die Betriebsbewilligung für längstens fünf Jahre erteilt.



Art. 32ter der Verordnung bestimmt, dass die Organisation der Krankenpflege und Hilfe zu Hause den Bedarf mit einem vom Spitex-Verband Kanton St. Gallen anerkannten Instrument abklärt, bevor sie Leistungen erbringt und dass sie mit der zu betreuenden Person und ihrem Umfeld eine Pflegeplanung erstellt. Art. 32quater Abs. 1 der Verordnung schreibt vor, dass die Organisation der Krankenpflege und Hilfe zu Hause dem Gesundheitsdepartement jährlich Bericht über ihre Tätigkeit erstattet, wobei der Bericht Jahresrechnung, Bilanz und Revisionsbericht der privaten Einrichtung enthält und Auskunft über die erbrachten Dienstleistungen, die Qualifikationen und den Beschäftigungsgrad des Personals, die Aus- und Weiterbildungsaktivitäten sowie die Massnahmen der Qualitätssicherung und -entwicklung enthält.

3. In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass mit der Beschwerde die Anerkennung und Registrierung des Diploms von C. als diplomierte Krankenschwester für psychiatrische Krankenpflege durch das Schweizerische Rote Kreuz sowie ein Diplom als Heimleiterin in Altersarbeit beigebracht wurde. Die genügende Qualifikation der leitenden Pflegefachperson der Beschwerdeführerin ist damit nachgewiesen und wird von der Vorinstanz nicht mehr bestritten.

3.1. Aufgrund der im Bewilligungsverfahren eingereichten Unterlagen stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin 62 Personen beschäftige, welche insgesamt 1676 Stellenprozente bekleideten. Nur im Umfang von 198 Stellenprozenten lägen aber Belege über die anrechenbaren Ausbildungen nach Art. 32bis Abs. 2 lit. b der Verordnung vor. Erforderlich wären hingegen 858 Stellenprozente (richtig wohl 838). Ausserdem stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin von acht Personen Ausweise über die berufliche Qualifikation vorgelegt habe, die nicht auf einer Personalliste aufgeführt seien. Sie erwog, mangels Eintrags in die Personalliste bestünden keine Anhaltspunkte, dass diese Personen für die Beschwerdeführerin tätig seien.

3.1.1. Die Beschwerdeführerin hat die vorinstanzlichen Feststellungen zur Zahl der Mitarbeiterinnen und zu den eingereichten Diplom- und Ausbildungsnachweisen nicht bestritten. Sie legte im Beschwerdeverfahren eine weitere Personalliste vor, wonach sich der Anteil ihres diplomierten Personals auf insgesamt 410 Stellenprozente beläuft. Für weitere 285 Stellenprozente wurde Personal angegeben, welches nach Art. 32bis



Abs. 2 lit. b der Verordnung halb angerechnet wird. Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie dürfte, um Art. 32bis Abs. 2 lit. b der Verordnung nicht zu verletzen, ergänzend zum Personal auf der Liste lediglich noch weitere 4,1 Vollzeitstellen mit Personal besetzen, welches nur, aber immerhin, für Grundpflege in einfacher stabiler Situation qualifiziert sei. Dies reiche indessen nicht aus, weil dieses Personal, damit die Beschwerdeführerin ihre Leistungen wirtschaftlich erbringen könne, für Hauswirtschaft kombiniert mit Grundpflege eingesetzt werden müsste, denn viele Kunden benötigten in erster Linie hauswirtschaftliche und sozialbetreuerische Leistungen und daneben nur in beschränktem Umfang Massnahmen der einfachen Grundpflege. Sie habe das Personal, mit dem sie diesen Bedarf kompetent und gleichzeitig wirtschaftlich decken könne. Um lit. b zu genügen, müsste sie nun aber entweder noch mehr überqualifiziertes Personal einsetzen, was offensichtlich unwirtschaftlich wäre, oder sie müsste ihr ungelerntes Personal in eine Gruppe "reiner" Grundpflegerinnen und eine andere Gruppe "reiner" Hauswirtschafterinnen unterteilen und den Kunden jeweils zwei Betreuerinnen zuteilen, was auch unwirtschaftlich wäre und überdies den Bedürfnissen der Kunden zuwiderliefe, die nur eine Bezugsperson wünschten.

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, Art. 32bis Abs. 2 lit. b der Verordnung habe keine hinreichende gesetzliche Grundlage und sei im Hinblick auf ihren Geschäftsbetrieb unverhältnismässig.

3.1.2. Die Vorinstanz macht in ihrer Vernehmlassung geltend, die im Beschwerdeverfahren eingereichte Liste mit 18 angeblich höher qualifizierten Angestellten stimme mit den früheren Personalangaben nicht überein. Sechs der 18 Personen seien bisher nie erwähnt worden. Acht der in der angefochtenen Verfügung aufgeführten Personen mit höherer Ausbildung arbeiteten nach der neuen Liste bereits nicht mehr für die Beschwerdeführerin. Bei neun, also der Hälfte der nun offenbar angestellten höher qualifizierten Personen sei die erforderliche Ausbildung nicht belegt. Über die pflegerisch tätigen Angestellten ohne höhere Ausbildung habe die Beschwerdeführerin keine neuen Angaben gemacht. In der angefochtenen Verfügung seien 47 Personen aufgeführt, die nach Angaben der Beschwerdeführerin nicht über eine qualifizierte Ausbildung im Sinn von Art. 32bis Abs. 2 lit. b der Verordnung verfügten. Bei gerade 13 dieser Personen habe die Beschwerdeführerin Ausweise vorgelegt, welche die nach dem nicht genehmigten Tarifvertrag notwendigen



Qualifikationen für die Grundpflege in einfacher und stabiler Situation belegen würden. Von diesen 13 Personen seien drei nach den Angaben der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung nicht mehr bei ihr tätig. Ihre Behauptung, sie habe genügend Personal, das für Grundpflege in einfacher und stabiler Situation qualifiziert sei, erweise sich bei einem Anteil von nachweislich qualifizierten Personen von nicht einmal einem Fünftel als haltlos.

Weiter macht die Vorinstanz geltend, Spitex-Organisationen würden Gesundheitsstörungen behandeln, weshalb nach Art. 43 GesG grundsätzlich eine Bewilligung erforderlich sei. Da die Angestellten der Beschwerdeführerin nicht über eine eigene Berufsausübungsbewilligung verfügten, sei der Betrieb bewilligungspflichtig. Im übrigen enthalte Art. 51 GesG auch für Einrichtungen der Hilfe und Pflege zu Hause, d.h. für Art. 32bis ff. der Verordnung die gesetzliche Grundlage.

3.1.3. Ob sich die Bewilligungspflicht für private Einrichtungen der Hilfe und Pflege zu Hause auf Art. 51 GesG stützen lässt, wie die Vorinstanz ausführt, ist fraglich, kann aber offen bleiben. Diese Bestimmung ist in der Verordnung jedenfalls nicht als gesetzliche Grundlage aufgeführt. Auch ist mit der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass die Hilfe und Pflege zu Hause nicht als Hilfsbetrieb, sondern als eigenständige Einrichtung der Gesundheitspflege zu betrachten ist.

Art. 49 Abs. 1 GesG bestimmt, dass die Ausübung der anderen Berufe der Gesundheitspflege durch Verordnung geregelt wird. Die Regierung ist befugt, weitere Berufe, als sie in der Verordnung aufgeführt sind, als andere Berufe der Gesundheitspflege zu bezeichnen (Art. 42 Abs. 2 der Verordnung), und ebenso wird die Erteilung der Bewilligung für andere Berufe der Gesundheitspflege durch Verordnung geregelt (Art. 46 Abs. 3 GesG). Sodann wird die Ausübung anderer Berufe der Gesundheitspflege ohne behördliche Bewilligung nach Art. 55 lit. a GesG geahndet. Diese Bestimmungen bilden eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Bewilligungspflicht für eine Einrichtung der Hilfe und Pflege zu Hause.

3.2.



3.2.1. Nach Darstellung der Beschwerdeführerin bilden hauswirtschaftliche und sozialbetreuerische Leistungen ihren Tätigkeitsschwerpunkt. Im Jahr 2007 seien 31'655 Stunden auf diesen Bereich entfallen, während die Leistungen gemäss KVG (KLV-Stunden) lediglich 6'644 Stunden betragen hätten. Von diesen seien wiederum 85 Prozent auf die einfache Grundpflege entfallen. In den Unterlagen der Beschwerdeführerin wurden im Jahr 2006 7'170 "Spitex-Stunden" und 28'020 Haushalt-Stunden ausgewiesen. Auch der Ertrag des Jahres 2007 setzt sich dementsprechend zusammen; Einnahmen aus Pflege von Fr. 291'000.-- stehen Einnahmen aus Haushalthilfe von Fr. 1'044'615.-- gegenüber.

3.2.2. Dagegen wendet die Vorinstanz ein, der Beschwerdeführerin gehe für einen Teil ihres Angebotes, nämlich für die pflegerischen Leistungen, der nötige Sachverstand ab. Die Pflege durch Pflegehelferinnen SRK, ohne genügend Rückhalt von Pflegefachpersonen, könne nicht nur für die Patienten gefährlich sein, sondern auch für die Pflegehelferinnen Überforderung und Ohnmacht zur Folge haben. Deshalb sehe auch der Tarifvertrag vor, dass Pflegehelferinnen SRK zwar für Leistungen der Grundpflege in einfacher und stabiler Situation eingesetzt werden, dass sie aber keine Fallführung übernehmen dürften. Es müsse also immer eine diplomierte Pflegefachperson die Verantwortung und die Führung des Falles innehaben. Um diese Verantwortung und die Fallführung übernehmen zu können, müssten die Pflegefachpersonen die Patienten und ihre jeweilige Situation kennen und sie müssten auch jederzeit beratend für die Pflegehelferin SRK zur Verfügung stehen. Aufgrund dieses Hintergrundes seien auch die Vorgaben bezüglich Mengenverhältnis zwischen Laien und diplomiertem Pflegepersonal entstanden (Art. 32bis Abs. 2 lit. b der Verordnung). Das Zusammenwirken zwischen qualifizierten Pflegefachkräften und Hilfspersonen wie Pflegehelferinnen sei also entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin in Spitex-Organisationen ebenso zentral wie im Spital. Die in der Verordnung geforderte Personalzusammensetzung sei damit auch für Betriebe wie jenen der Beschwerdeführerin sachgerecht.

Die Vorinstanz hält in ihrer Vernehmlassung fest, sie habe die Beschwerdeführerin mehrfach aufgefordert, die pflegerisch tätigen Angestellten zu bezeichnen. Auch wenn der Tätigkeitsschwerpunkt im nicht bewilligungspflichtigen Bereich liegen sollte, ändere



sich nichts daran, dass die Beschwerdeführerin die Bewilligungsvoraussetzungen im bewilligungspflichtigen Pflegebereich erfüllen müsse, dies aber nicht tue.

3.2.3. In der Aufforderung vom 11. April 2007 wurde eine Personalliste verlangt, wobei diese aber nicht auf Personen im bewilligungspflichtigen Bereich beschränkt war. Auch die Aufforderung vom 10. März 2008 war nicht explizit auf solche Personen beschränkt. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin unvollständige Unterlagen und Nachweise einreichte.

Art. 32bis der Verordnung schreibt vor, dass ein bestimmter Mindestanteil von diplomierten oder besonders ausgebildeten Personen angestellt sein muss, und zwar ungeachtet der konkreten Geschäftsstruktur und der Zusammensetzung bzw. der Bedürfnisse der Kunden einer Spitex-Organisation. Selbst wenn also nur ein geringer Anteil auf Angebote aus dem Tätigkeitsbereich von Pflegefachleuten fällt, wird eine Betriebsbewilligung vorgeschrieben, welche voraussetzt, dass mindestens die Hälfte des Personals über bestimmte Anforderungen verfügt. Soweit diplomiertes Personal ausschliesslich für den Tätigkeitsbereich Haushilfe bzw. Haushalthilfe vorgeschrieben würde, liesse sich eine solche Voraussetzung kaum auf sachliche Gründe stützen. Werden jedoch nur, aber immerhin, für die Hälfte des Personals besondere fachliche Voraussetzungen gefordert, so ist dies sachgerecht. Für ein Pensum von 6'000 bis 7'000 Stunden einfache Grundpflege und KLV-Leistungen wären wohl 300 bis 400 Stellenprocente an diplomiertem Fachpersonal ausreichend, wie die Beschwerdeführerin festhält. Doch sind auch die Grundpflegeleistungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 und 2 KLV, wie etwa Hilfe bei der Körperpflege, Hilfe beim An- und Auskleiden sowie Hilfe beim Essen und Trinken den Pflegefachleuten im Sinn von Art. 31 der Verordnung vorbehalten (Art. 32 Abs. 1 der Verordnung). Fest steht weiter, dass die Beschwerdeführerin Leistungen im bewilligungspflichtigen Bereich wie auch Leistungen im bewilligungsfreien Bereich erbringt. Dass mindestens die Hälfte des Personals fachliche Mindestvoraussetzungen erfüllen muss, ist zwar eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin. Diese ist aber gesetzlich vorgesehen und notwendig. In der Praxis verhält es sich nämlich so, dass bei den weitaus meisten Klienten sowohl Arbeiten im bewilligungspflichtigen als auch solche im bewilligungsfreien Bereich ausgeführt werden. Dies ergibt sich auch aus der Leistungsübersicht der Beschwerdeführerin von 2007 (S. 3 und 4), wonach 83



Klientinnen und 13 Klienten sowohl pflegerische Leistungen gemäss KLV wie auch hauswirtschaftliche und sozialbetreuerische Leistungen bezogen haben. Solche Leistungen werden erfahrungsgemäss von ein und derselben Person erbracht, da ein Einsatz von zwei Personen auch nach Darstellung der Beschwerdeführerin nicht zweckmässig und unwirtschaftlich wäre. Werden beim weitaus überwiegenden Teil der Klienten Grundpflegeleistungen erbracht, so ist die Vorschrift gerechtfertigt, dass mindestens die Hälfte des Personalbestandes besondere fachliche Voraussetzungen aufweisen muss.

3.3. Nach Art. 31 lit. b der Verordnung genügt zur Zulassung als Pflegefachperson auch eine wenigstens zweijährige praktische Erfahrung bei Pflegefachleuten, die nach der Verordnung zugelassen sind, oder in einem Spital oder einer Organisation der Krankenpflege und Hilfe zu Hause unter der Leitung von Pflegefachleuten, welche die Zulassungserfordernisse der Verordnung erfüllen. Für die Anerkennung und Zulassung als Pflegefachperson ist somit nicht ausschliesslich ein bestimmtes Diplom oder eine bestimmte Ausbildung erforderlich, sondern es genügt eine mindestens zweijährige Erfahrung bei einer Pflegefachperson.

Offen bleibt, inwieweit die Mindestqualifikationen gemäss Art. 32bis der Verordnung mit jenen gemäss Tarifvertrag der Santésuisse mit der Beschwerdeführerin übereinstimmen, zumal gemäss der Verordnung auch Personen ohne Anerkennung als Pflegefachperson unter Anleitung einer solchen Leistungen erbringen können. Die fehlende Genehmigung des Vertrags der Beschwerdeführerin mit Santésuisse ist nachzuholen; hinsichtlich der Erteilung der Bewilligung ist dieser Punkt aber nicht von entscheidender Bedeutung.

Die bisherigen Abklärungen der Vorinstanz bzw. der Fachstelle Spitex liessen den Umstand, dass eine zweijährige praktische Erfahrung bei Pflegefachleuten genügt, ausser Betracht. Das Personal wurde einzig darnach beurteilt, ob Diplome oder Ausweise vorgelegt wurden. Dass Personallisten voneinander abweichen können, ist aufgrund der grossen Anzahl Mitarbeiterinnen mit zum Teil sehr kleinen Pensen und der üblichen Personalfuktuation nachvollziehbar. Dieser Punkt ist entgegen den Ausführungen der Vorinstanz nicht negativ zu werten, obschon die Beschwerdeführerin



selber anerkennt, dass sie ihren Verfahrenspflichten nur unvollständig nachgekommen ist.

Die Fachstelle hätte von der Beschwerdeführerin somit nicht nur Diplome bzw. Ausbildungsnachweise der einzelnen Mitarbeiterinnen verlangen, sondern auch die Berufserfahrung des Personals im Hinblick auf die Anwendung von Art. 31 lit. b der Verordnung abklären müssen. Wohl hätte die Beschwerdeführerin von sich aus darauf hinweisen können. Aufgrund der Schwierigkeiten der Beschwerdeführerin bei der Umsetzung der neuen Vorschriften und der von Amtes wegen anzuwendenden Rechtsnormen wäre die Vorinstanz aber gehalten gewesen, den entsprechenden Sachverhalt zu klären und die Beschwerdeführerin ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass auch Unterlagen über die Berufserfahrung der Mitarbeiterinnen ohne Diplom beigebracht werden müssen. Dies wäre namentlich auch deshalb angezeigt gewesen, weil die Beschwerdeführerin die Bewilligungsvoraussetzungen im Jahr 2006 offenbar ohne jegliche Probleme erfüllt hat und aufgrund der Akten nicht einleuchtend ist, weshalb ein Jahr später die verlangten Unterlagen nur lückenhaft eingereicht wurden.

3.4. Die Vorinstanz hat in ihrer Verfügung vom 23. Mai 2008 der Beschwerdeführerin die Bewilligung entzogen, ohne eine Frist für die Behebung des rechtswidrigen Zustands anzusetzen. Die Beschwerdeführerin übt ihre Geschäftstätigkeit seit rund 20 Jahren aus, und Anstände in fachlicher oder anderweitiger Hinsicht sind bisher keine aktenkundig. In der Zusammenstellung der Fachstelle Spitex vom 5. Juni 2008 (act. 5.1) wird zwar festgehalten, dass vermehrt Reklamationen von ehemaligen Angestellten und Angehörigen von X.-Kunden angebracht worden seien. Dazu wird auf Aktennotizen im Anhang verwiesen. Dieser Anhang befindet sich aber nicht bei den Akten. Auffallend ist auch, dass die frühere Pflegeleiterin die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Beschwerdeführerin der Vorsteherin des Gesundheitsdepartements mitteilte. Reklamationen enthält jene Mitteilung aber nicht. In den Akten finden sich keine Unterlagen über Reklamationen von Angestellten oder Kunden der Beschwerdeführerin. Aufgrund der langjährigen und klaglosen Betriebsführung stand ein sofortiger Entzug der Betriebsbewilligung im Widerspruch zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Dieser hätte verlangt, der Beschwerdeführerin eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzusetzen.



3.5. Zusammenfassend gelangt das Verwaltungsgericht aufgrund der vorstehenden Erwägungen zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin unvollständige und lückenhafte Unterlagen eingereicht hat. Die Fachstelle liess aber ausser acht, dass nicht nur Diplome und Berufsausbildungen bzw. Berufsabschlüsse, sondern auch eine zweijährige praktische Erfahrung einer Mitarbeiterin nach Art. 31 lit. b der Verordnung zur Zulassung als Pflegefachperson genügt. Die Fachstelle hätte von der Beschwerdeführerin also nicht nur Diplome etc. verlangen müssen, sondern auch die Berufserfahrung des Personals abklären müssen. Diesbezüglich ist der Sachverhalt unvollständig festgestellt, und es sind weitere Abklärungen erforderlich. Diese sind von der Vorinstanz durchzuführen. Soweit Reklamationen über das Geschäftsgebaren der Beschwerdeführerin vorliegen, welche beim Entscheid über die Verlängerung der Bewilligung in Betracht fallen, sind diese aktenkundig zu machen, und der Beschwerdeführerin ist Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen.

Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen und die angefochtene Verfügung des Gesundheitsdepartements vom 23. Mai 2008 mit Ausnahme des Kostenspruchs aufzuheben. Die Angelegenheit ist gestützt auf Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 VRP zur weiteren Abklärung des Sachverhalts im Sinn der Erwägungen und zur neuen Beurteilung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens sind der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, da diese unvollständige Unterlagen eingereicht und erhebliche Beweismittel erst im Beschwerdeverfahren beigebracht hat (Art. 95 Abs. 2 VRP). Daher sind ihr auch die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen (Art. 94 Abs. 1 VRP). Für das Beschwerdeverfahren ist eine Gebühr von Fr. 2'000.-- angemessen (Ziff. 382 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- ist zu verrechnen.

Aufgrund der Kostenaufgabe ist keine ausseramtliche Entschädigung zuzusprechen (Art. 98ter VRP in Verbindung mit Art. 265 Abs. 2 des Zivilprozessgesetzes, sGS 961.2).

Demnach hat das Verwaltungsgericht



zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen und Ziff. 1 der Verfügung des Gesundheitsdepartements vom 23. Mai 2008 aufgehoben.

2./ Die Angelegenheit wird zur weiteren Abklärung des Sachverhalts im Sinne der Erwägungen und zu neuer Beurteilung und Entscheidung an das Gesundheitsdepartement zurückgewiesen.

3./ Die amtlichen Kosten von Fr. 2'000.-- bezahlt die Beschwerdeführerin unter Verrechnung des geleisteten Kostenvorschusses in gleicher Höhe.

4./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

V. R. W.

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt lic. iur. K.)
- die Vorinstanz

am:



Rechtsmittelbelehrung:

Sofern eine Rechtsverletzung nach Art. 95 ff. BGG geltend gemacht wird, kann gegen diesen Entscheid gestützt auf Art. 82 lit. a BGG innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde erhoben werden.