

---

52

Auszug aus dem Urteil der Abteilung III  
i.S. santésuisse und 48 Krankenversicherer gegen  
2 Beschwerdegegnerinnen und Regierungsrat des Kantons Zürich  
C–1190/2012 vom 2. Juli 2015

**Obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP). Pflegefinanzierung. Tarife für durch Pflegeheime erbrachte Pflegenebenleistungen. Grundsatzurteil.**

Art. 25, Art. 25a, Art. 35 Abs. 2 Bst. k, Art. 39 Abs. 3, Art. 41 Abs. 1, Art. 43, Art. 46, Art. 47, Art. 50, Art. 52 und Art. 89 KVG. Art. 7 und Art. 7a Abs. 3 KLV.

1. Pflicht der OKP-Versicherer, von Pflegeheimen selbst erbrachte Nebenleistungen zu vergüten (E. 5 und 7.2).
2. Vergütung der Nebenleistungen basierend auf den allgemeinen Tarif- und Preisbildungsbestimmungen des KVG (E. 4.3, 6.4 und 7.2).
3. Grosses Ermessen der Tarifpartner und subsidiär der Kantonsregierung bei der Wahl des Tarifmodells (E. 6.8 und 7.2).
4. Fehlende Zuständigkeit der Kantonsregierung zur Festsetzung eines Einzelvergütungstarifs für von der Spezialitätenliste erfasste kassenpflichtige Medikamente, für auf der Mittel- und Gegenständeliste aufgeführte kassenpflichtige Mittel und Gegenstände und für die medizinischen Analysen gemäss Analysenliste (E. 6.5).
5. Die Tariffestsetzung mittels Verweis auf bestehende Tarifverträge beziehungsweise Tarifstrukturen bedarf einer ausreichenden Bestimmbarkeit der verwiesenen Verträge beziehungsweise Strukturen und einer spezifischen Prüfung der KVG-Konformität in Bezug auf den avisierten Tarif (E. 6.6.7 f.).
6. Vorfrageweise Prüfung a) durch die Tarifgenehmigungsbeziehungsweise Tariffestsetzungsbehörde, ob der dem avisierten Tarif zu unterstellende Leistungserbringer berechtigt ist, zulasten der OKP Leistungen zu erbringen; b) durch die Tariffestsetzungsbehörde, ob ein vertragsloser Zustand vorliegt (E. 6.3 und 6.5).

**Assurance obligatoire des soins (AOS). Financement des soins. Tarifs des prestations accessoires fournies par les établissements médico-sociaux. Arrêt de principe.**

**Art. 25, art. 25a, art. 35 al. 2 let. k, art. 39 al. 3, art. 41 al. 1, art. 43, art. 46, art. 47, art. 50, art. 52 et art. 89 LAMal. Art. 7 et art. 7a al. 3 OPAS.**

- 1. Obligation des assureurs AOS de rembourser les prestations accessoires fournies directement par les établissements médico-sociaux (consid. 5 et 7.2).**
- 2. Remboursement des prestations accessoires basé sur les dispositions générales de la LAMal concernant la fixation des tarifs et des prix (consid. 4.3, 6.4 et 7.2).**
- 3. Large pouvoir d'appréciation des partenaires tarifaires et, subsidiairement, du gouvernement cantonal dans le choix du modèle de tarif (consid. 6.8 et 7.2).**
- 4. Défaut de compétence du gouvernement cantonal pour la fixation d'un tarif de remboursement par prestation applicable aux médicaments de la liste des spécialités à charge des caisses-maladie, aux moyens et appareils de la liste des moyens et appareils à charge des caisses-maladie et aux analyses médicales selon la liste des analyses (consid. 6.5).**
- 5. L'établissement des tarifs par renvoi à des conventions ou structures tarifaires existantes présuppose que lesdites conventions ou structures soient suffisamment précisées et que leur conformité à la LAMal par rapport au tarif prévu fasse l'objet d'un examen spécifique (consid. 6.6.7 s.).**
- 6. Examen préjudiciel a) par l'autorité compétente pour approuver ou établir les tarifs quant à l'autorisation du fournisseur de prestations concerné d'opérer à charge de l'AOS; b) par l'autorité compétente pour établir les tarifs quant à l'absence de convention tarifaire (consid. 6.3 et 6.5).**

**Assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie (AOMS). Finanziamento delle cure. Tariffe per le prestazioni accessorie fornite da una casa di cura. Sentenza di principio.**

Art. 25, art. 25a, art. 35 cpv. 2 lett. k, art. 39 cpv. 3, art. 41 cpv. 1, art. 43, art. 46, art. 47, art. 50, art. 52 e art. 89 LAMal. Art. 7 e art. 7a cpv. 3 OPre.

1. **Obbligo per gli assicuratori AOMS di rimborsare le prestazioni accessorie fornite direttamente dalle case di cura (consid. 5 e 7.2).**
2. **Rimunerazione delle prestazioni accessorie sulla base delle disposizioni generali della LAMal concernenti la fissazione delle tariffe e dei prezzi (consid. 4.3, 6.4 e 7.2).**
3. **Ampio margine di apprezzamento delle parti alla convenzione tariffale, e in via subordinata, del governo cantonale nella scelta del modello tariffario (consid. 6.8 e 7.2).**
4. **Incompetenza del governo cantonale a fissare una tariffa di rimborso per singola prestazione per i medicinali compresi nell'elenco delle specialità a carico delle casse malati, per i mezzi e apparecchi indicati nell'elenco dei mezzi e degli apparecchi a carico delle casse malati e per le analisi mediche previste dall'elenco delle analisi (consid. 6.5).**
5. **La fissazione di tariffe mediante rimando a convenzioni tariffali o a strutture tariffali esistenti implica che tali convenzioni o strutture siano sufficientemente specificate, e che sia effettuato un esame specifico della loro conformità alla LAMal con riferimento alle tariffe previste (consid. 6.6.7 seg.).**
6. **Esame pregiudiziale da parte a) dell'autorità competente per l'approvazione o la fissazione delle tariffe in merito all'autorizzazione del fornitore di prestazioni di fornire delle prestazioni a carico della AOMS; b) dell'autorità competente a fissare la tariffa in merito all'assenza di una convenzione tariffale (consid. 6.3 e 6.5).**

In den Pflegeheimen des Kantons Zürich erfolgte die Verrechnung von Pflegeleistungen und von Pflegenebenleistungen (Ärztin oder Arzt, Therapien und Pflegematerialien) zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (nachfolgend: OKP) bis zum 31. Dezember 2009 einerseits gestützt auf den Pflegeheimvertrag vom 1. April 2007 (mit dem Bewohner-Einstufungs- und Abrechnungssystem BESA, nachfolgend: BESA-Pflegeheimvertrag), andererseits gestützt auf den Vertrag mit dem

Pflegebedarfsabklärungssystem RAI/RUG (Resident Assessment Instrument / Resource Utilization Groups) vom 1. Januar 2008 (nachfolgend: RAI/RUG-Pflegeheimvertrag; gemeinsam: Pflegeheimverträge). Santé-suisse kündigte die beiden Pflegeheimverträge per 31. Dezember 2009. Der Regierungsrat verlängerte die beiden Verträge je bis zum 31. Dezember 2010. Mit Beschluss Nr. 84/2012 vom 25. Januar 2012 (nachfolgend: der angefochtene Beschluss bzw. RRB) verfügte der Regierungsrat des Kantons Zürich Folgendes:

I. (...)

II. Die Tarife der obligatorischen Krankenpflegeversicherung für Nebenleistungen (Ärztin oder Arzt, Arznei, Therapien und Pflegematerialien) in den auf der Zürcher Pflegeheimliste aufgeführten Institutionen mit Standort im Kanton Zürich werden für alle Versicherer – ausgenommen diejenige Versicherer, die mit Leistungserbringern Verträge zur Abgeltung der Nebenleistungen vereinbart haben – mit Wirkung ab 1. Januar 2011 wie folgt festgesetzt:

- a. Kassenpflichtige ambulante ärztliche Leistungen sind gemäss TARMED mit dem im Kanton Zürich gültigen Taxpunktwert für frei praktizierende Ärztinnen und Ärzte abzurechnen.
- b. Die ärztlich angeordneten, kassenpflichtigen paramedizinischen Leistungen wie Physiotherapie, Ergotherapie, Logopädie, Ernährungsberatung oder medizinische Analysen sind gemäss den entsprechenden Tarifvereinbarungen und geltenden Taxpunktwerten für ambulante Leistungserbringer abzurechnen. Verordnungen für Physiotherapie und Ergotherapie für die ersten 36 Sitzungen nach Art. 5 und 6 der Verordnung des EDI vom 29. September 1995 über Leistungen in der Obligatorischen Krankenpflegeversicherung (KLV) sind von den Versicherern zu akzeptieren.
- c. Kassenpflichtige Medikamente sind auf der Grundlage der Spezialitätenliste (SL) mit einem Rabatt von 10 % abzurechnen. Der Pharmacode ist nach Möglichkeit auf der Rechnung anzugeben. Werden von der Ärztin oder vom Arzt verschriebene Medikamente im Sinne einer Dienstleistung in der Apotheke bezogen, sind die Leistungserbringer berechtigt, den in der Apotheke bezahlten Betrag zu verrechnen, unter Beilage einer Kopie der Apothekerrechnung.
- d. Die von den Leistungserbringern abgegebenen kassenpflichtigen Mittel und Gegenstände sind auf der Grundlage des Höchstvergütungspreises MiGel abzüglich 15 % abzurechnen. Von der

Rabattierung der Höchstvergütungspreise sind die auf Zeiteinheiten beruhenden Pauschalen auszunehmen. Die Positionsnummer ist auf der Rechnung aufzuführen.

- e. Alle zwischen H+ Die Spitäler der Schweiz und dem Schweizerischen Verband für Gemeinschaftsaufgaben der Krankenversicherer (SVK) tarifierten Leistungen wie Dialysen, Heimdialysen, Peritonealdialysen, künstliche Ernährung, mechanische Heimventilation, Transplantationen usw. sind gemäss den dort vereinbarten Taxen abzurechnen.

Im Falle eines gekündigten Vertrags bzw. vertragslosen Zustandes gelten die zuletzt gültigen Vereinbarungen zu den einzelnen Nebenleistungen als anwendbar, bis ein neuer Tarifvertrag zustande gekommen bzw. der Tarif hoheitlich festgelegt ist.

III.–VI. (...)

Am 29. Februar 2012 führten santésuisse und 48 Krankenversicherer (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen den RRB und stellten folgende Rechtsbegehren:

1. Es sei festzustellen, dass die Vorinstanz zu Unrecht auf das Gesuch eingetreten ist, weshalb der angefochtene Beschluss des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 25.01.2012 (Nr. 84) vollumfänglich aufzuheben sei.
2. Eventualiter sei Ziff. II des angefochtenen Beschlusses des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 25.01.2012 (Nr. 84) insoweit aufzuheben, als festgestellt wird, dass die auf der Zürcher Pflegeheimliste aufgeführten Institutionen mit Standort im Kanton Zürich berechtigt sind, sogenannte Nebenleistungen (Ärztin oder Arzt, Arznei und Therapien) gegenüber den Krankenversicherern und zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abzurechnen. Entsprechend sei festzustellen, dass auch in Pflegeheimen des Kantons Zürich Nebenleistungen (Ärztin oder Arzt, Arznei und Therapien) nur durch die jeweiligen ambulanten Leistungserbringer (Ärztin oder Arzt, Apotheken, im Auftrag handelnde Therapeuten) abgerechnet werden können.
3. (...)

Als Beschwerdegegnerinnen waren CURAVIVA Kanton Zürich und die Stadt Zürich am Beschwerdeverfahren beteiligt.

Das Bundesverwaltungsgericht tritt auf die Beschwerden der Beschwerdeführerinnen 2 bis 49 nicht ein. Es heisst die Beschwerde von santésuisse (Beschwerdeführerin 1) – soweit darauf einzutreten ist – im Sinne von E. 7

gut, hebt Dispositivziffer II. des RRB auf und weist den Regierungsrat des Kantons Zürich an, Ziffer 3 des Urteilsdispositivs im kantonalen Amtsblatt zu veröffentlichen.

*Aus den Erwägungen:*

**4.** Nachfolgend sind die rechtlichen Grundlagen für die Beurteilung der Streitsache aufzuzeigen.

**4.1** (...) Massgebend sind vorliegend somit die am 1. Januar 2011 (Zeitpunkt, ab welchem der umstrittene Tarif Geltung haben soll) in Kraft stehenden materiellen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen, auf welche im Folgenden – soweit nicht anders vermerkt – Bezug genommen wird (vgl. Urteil des BVGer C–6460/2011 vom 24. Juni 2014 E. 3.2 m.w.H.). Dementsprechend sind insbesondere die Normen, wie sie im Rahmen der Neuordnung der Pflegefinanzierung mit Wirkung ab 1. Januar 2011 geschaffen beziehungsweise angepasst wurden, massgebend. (...)

**4.2** Die OKP übernimmt die Kosten für die Leistungen gemäss den Art. 25–31 nach Massgabe der in den Art. 32–34 festgelegten Voraussetzungen (Art. 24 KVG, SR 832.10). Der Bundesrat kann unter anderem die von Ärzten und Ärztinnen oder von Chiropraktoren und Chiropraktorinnen erbrachten Leistungen bezeichnen, deren Kosten von der OKP nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen übernommen werden (Art. 33 Abs. 1 KVG). Er bezeichnet die nicht von Ärzten und Ärztinnen oder von Chiropraktoren und Chiropraktorinnen erbrachten Leistungen nach Art. 25 Abs. 2 sowie die Leistungen nach den Art. 26, 29 Abs. 2 Bst. a und c und 31 Abs. 1 KVG näher (Art. 33 Abs. 2 KVG). Er kann diese Aufgaben dem Departement oder dem Bundesamt übertragen (Art. 33 Abs. 5 KVG). Die Versicherer dürfen im Rahmen der OKP keine anderen Kosten als diejenigen für die Leistungen nach den Art. 25–33 KVG übernehmen (Art. 34 Abs. 1 KVG).

#### **4.3**

**4.3.1** Gemäss Art. 43 KVG erstellen die Leistungserbringer ihre Rechnungen nach Tarifen oder Preisen (Abs. 1). Der Tarif ist eine Grundlage für die Berechnung der Vergütung; er kann namentlich auf den benötigten Zeitaufwand abstellen (Zeittarif [Abs. 2 Bst. a]), für die einzelnen Leistungen Taxpunkte festlegen und den Taxpunktwert bestimmen (Einzelleistungstarif [Abs. 2 Bst. b]), pauschale Vergütungen vorsehen (Pauschaltarif [Abs. 2 Bst. c]). Der Pauschaltarif kann sich auf die Behandlung je Patient oder Patientin (Patientenpauschale) oder auf die

Versorgung je Versichertengruppe (Versichertenpauschale) beziehen. Versichertenpauschalen können prospektiv aufgrund der in der Vergangenheit erbrachten Leistungen und der zu erwartenden Bedürfnisse festgesetzt werden (prospektives Globalbudget [Abs. 3]). Einzelleistungstarife müssen auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen. Können sich die Tarifpartner nicht einigen, so legt der Bundesrat diese Tarifstruktur fest (Abs. 5). Die Aufzählung der Tarifgestaltungsmöglichkeiten in Abs. 2 und 3 ist nicht abschliessend. Die Tarifverantwortlichen verfügen diesbezüglich über einen grossen Ermessensspielraum (vgl. GEBHARD EUGSTER, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl. 2007, Rz. 838 S. 678, nachfolgend: SBVR; GEBHARD EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht [KVG], 2010, Art. 43 N. 3, nachfolgend: KVG-Kommentar).

**4.3.2** Tarife und Preise werden in Verträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern (Tarifvertrag) vereinbart oder in den vom Gesetz bestimmten Fällen von der zuständigen Behörde festgesetzt (Art. 43 Abs. 4 Satz 1 KVG).

**4.3.3** Gemäss Art. 41 Abs. 1 KVG können die Versicherten für die ambulante Behandlung unter den zugelassenen Leistungserbringern, die für die Behandlung ihrer Krankheit geeignet sind, frei wählen. Der Versicherer übernimmt die Kosten höchstens nach dem Tarif, der am Wohn- oder Arbeitsort der versicherten Person oder in deren Umgebung gilt. Art. 41 Abs. 1 KVG setzt voraus, dass zwischen allen zugelassenen Leistungserbringern und allen zur Durchführung der OKP befugten Einrichtungen Tarife vorhanden sind (vgl. BGE 131 V 133 E. 9.3). Dabei gilt für das ganze KVG der Grundsatz, dass kein Leistungserbringer, soweit eine Tarifschutzpflicht besteht, Tarife und Preise frei bestimmen kann (vgl. EUGSTER, SBVR, a.a.O., Rz. 838 S. 678). Im Rahmen der Tätigkeit für die soziale Krankenversicherung ist es den Leistungserbringern auch nicht gestattet, mit den Versicherten über die vertraglichen oder behördlichen Tarife hinausgehende Leistungen zu vereinbaren. Der Tarifschutz ist schliesslich auch im vertragslosen Zustand zu respektieren. An den Tarifschutz müssen sich alle Leistungserbringer halten (vgl. BGE 131 V 133 E. 6). Wenn die Leistungserbringer, die Versicherer und die staatlichen Organe die ihnen vom Gesetz zugeordneten Aufgaben nicht wahrnehmen und es deswegen an einem Tarif (oder Preis) für eine bestimmte Leistung fehlt, darf dies somit nicht dazu führen, dass die Versicherten den ihnen vom Gesetz garantierten Tarifschutz verlieren und

die dort verankerten Ansprüche gegenüber Leistungserbringern und Krankenversicherern nicht durchsetzen können (vgl. BGE 131 V 133 E. 9.2).

**4.3.4** Wie bereits aus Art. 43 KVG ersichtlich wird, kennt das KVG weder eine einheitliche Vergütungsform (singuläres Tarifsysteem oder Preis) noch einen einheitlichen Mechanismus, mit welchem die Tarife und Preise für OKP-Leistungen bestimmt werden. Vielmehr sieht das KVG in Titel 2 / Kap. 4 / Abschn. 4 (Tarife und Preise; Art. 43–53 KVG) grundsätzlich vier Regelmechanismen vor: die Tarifbestimmung mittels behördlich genehmigten Tarifverträgen beziehungsweise durch subsidiäre hoheitliche Tariffestsetzung gemäss Art. 46–49a KVG (vgl. E. 4.3.5 und 6.6), die Festsetzung der von den Versicherern an die Pflegeleistungen zu leistenden Beiträge durch das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) gemäss Art. 50 KVG (i.V.m. Art. 25a KVG und Art. 33 Bst. i KVV [SR 832.102]; vgl. E. 4.3.6), die Festsetzung eines Globalbudgets durch den Kanton gemäss Art. 51 KVG (vgl. E. 6.4.7) und die Festsetzung von Tarifen beziehungsweise Preisen für Analysen und Arzneimittel, Mittel und Gegenstände durch das EDI beziehungsweise das Bundesamt für Gesundheit (BAG) nach Art. 52 f. KVG (vgl. E. 6.5).

**4.3.5** Gemäss Art. 46 KVG sind Parteien eines Tarifvertrags einzelne oder mehrere Leistungserbringer oder deren Verbände einerseits sowie einzelne oder mehrere Versicherer oder deren Verbände andererseits (Abs. 1). Ist ein Verband Vertragspartei, so ist der Tarifvertrag für die Mitglieder des Verbandes nur verbindlich, wenn sie dem Vertrag beigetreten sind. Auch Nichtmitglieder, die im Vertragsgebiet tätig sind, können dem Vertrag beitreten. Der Vertrag kann vorsehen, dass diese einen angemessenen Beitrag an die Unkosten des Vertragsabschlusses und der Durchführung leisten müssen. Er regelt die Art und Weise der Beitritts- sowie der Rücktrittserklärung und ihre Bekanntgabe (Abs. 2). Der Tarifvertrag bedarf der Genehmigung durch die zuständige Kantonsregierung oder, wenn er in der ganzen Schweiz gelten soll, durch den Bundesrat. Die Genehmigungsbehörde prüft, ob der Tarifvertrag mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit in Einklang steht (Abs. 4).

Kommt zwischen Leistungserbringern und Versicherern kein Tarifvertrag zustande (sogenannter vertragsloser Zustand), so setzt die Kantonsregierung nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest (Art. 47 Abs. 1 KVG). Voraussetzung für die Zuständigkeit der Kantonsregierung zu einer solchen hoheitlichen Tariffestsetzung ist – abgesehen davon, dass die



entsprechende Vergütung überhaupt in ihren sachlichen Zuständigkeitsbereich fällt – ein Scheitern der Vertragsverhandlungen zwischen Versicherer und Leistungserbringer. Als gescheitert im Sinne von Art. 47 Abs. 1 KVG können Vertragsverhandlungen (nur) dann bezeichnet werden, wenn vorgängig ernsthafte Vertragsverhandlungen geführt worden sind oder zumindest eine Verhandlungsgelegenheit vorhanden gewesen ist. Die Vorinstanz hat dies als Eintretensvoraussetzung zu prüfen. Diesbezüglich kommt ihr ein beachtlicher Ermessensspielraum zu (vgl. BVGE 2014/17 E. 11.1.; Urteil des BVGer C-8011/2009 vom 28. Juli 2011 E. 1.4.; THOMAS BERNHARD BRUMANN, Der Tarifvertrag im Krankenversicherungsrecht, in: Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2012, S. 135 m.H.). Können sich Leistungserbringer und Versicherer nicht auf die Erneuerung eines Tarifvertrags einigen, so kann die Kantonsregierung den bestehenden Vertrag um ein Jahr verlängern. Kommt innerhalb dieser Frist kein Vertrag zustande, so setzt sie nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest (Art. 47 Abs. 3 KVG). Davor hat sie die Eidgenössische Preisüberwachung (PUE) anzuhören. Diese kann gemäss Art. 14 Abs. 1 Satz 2 PüG (SR 942.20) beantragen, auf die Preiserhöhung ganz oder teilweise zu verzichten oder einen missbräuchlich beibehaltenen Preis zu senken (vgl. BVGE 2010/25 E. 2.3.2 m.w.H.).

**4.3.6** Der Wortlaut von Art. 43 KVG ist in erster Linie auf die vertragliche Tarifregelung ausgerichtet, während auf die behördliche sonstige Preis- oder Tarifbildung nicht spezifisch eingegangen wird. Im Abschnitt «Tarife und Preise» des KVG werden zunächst die tarifvertragliche und die subsidiäre hoheitliche Tariffestsetzung geregelt (Art. 46–49a), bevor die anderen Mechanismen dargelegt werden (Art. 50–52a). Schon aus dieser Systematik wird ersichtlich, dass die vertragliche Tarifregelung und subsidiäre hoheitliche Tariffestsetzung im Sinne von Art. 46 und 47 KVG den Regelfall der Tarif- beziehungsweise Preisbildung im KVG darstellt. Von diesem Regelfall ist nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen abzuweichen (vgl. RKUV 2001 S. 353 ff. E. 2, 4.3 f.; STAFFELBACH/ENDRASS, Der Ermessensspielraum der Behörden im Rahmen des Tariffestsetzungsverfahrens nach Art. 47 in Verbindung mit Art. 53 Krankenversicherungsgesetz, 2006, Rz. 68; BEATRICE GROSS HAWK, Leistungserbringer und Tarife in verschiedenen Sozialversicherungszweigen, in: Recht der Sozialen Sicherheit, 2014, Rz. 34.5, nachfolgend: Leistungserbringer; vgl. auch Botschaft vom 6. November 1991 über die Revision der Krankenversicherung, BBl 1992 I 93, 172, 178, nachfolgend: Botschaft zum KVG; Urteile des BVGer C-5354/2011 vom

11. Dezember 2013 E. 4.1.1; C-536/2009 vom 17. Dezember 2009 E. 5.1.4).

5. Erste Voraussetzung für eine mögliche Zuständigkeit der Kantonsregierung zur Festsetzung der OKP-Vergütung einer Leistung ist, dass es sich dabei um eine OKP-Pflichtleistung handelt. Insbesondere muss der Leistungserbringer als OKP-Leistungserbringer zugelassen sein und die betroffene Leistung zulasten der OKP erbringen dürfen (vgl. Urteil des BVGer C-7498/2008 vom 31. August 2012 E. 5.4 m.w.H., auch publiziert in: Sozialversicherungsrecht Rechtsprechung [SVR] 2013 KV Nr. 10). Zu prüfen ist somit, ob die Pflegeheime grundsätzlich dazu berechtigt sind, die im angefochtenen Beschluss angeführten Nebenleistungen zulasten der OKP abzurechnen.

5.1 Zunächst ist der diesbezügliche rechtliche Rahmen aufzuzeigen.

5.1.1 Zur Tätigkeit zulasten der OKP sind die Leistungserbringer zugelassen, welche die Voraussetzungen nach den Art. 36–40 KVG erfüllen (Art. 35 Abs. 1 KVG). Leistungserbringer sind unter anderem Spitäler und Pflegeheime (Art. 35 Abs. 2 Bst. h und k KVG). Gemäss Art. 39 Abs. 1 KVG sind Anstalten oder deren Abteilungen, die der stationären Behandlung akuter Krankheiten oder der stationären Durchführung von Massnahmen der medizinischen Rehabilitation dienen (Spitäler), zugelassen, wenn sie:

- a. ausreichende ärztliche Betreuung gewährleisten;
- b. über das erforderliche Fachpersonal verfügen;
- c. über zweckentsprechende medizinische Einrichtungen verfügen und eine zweckentsprechende pharmazeutische Versorgung gewährleisten;
- d. der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen, wobei private Trägerschaften angemessen in die Planung einzubeziehen sind;
- e. auf der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons aufgeführt sind.

Gemäss Art. 39 Abs. 3 KVG gelten diese Voraussetzungen sinngemäss für Geburtshäuser sowie für Anstalten, Einrichtungen oder ihre Abteilungen, die der Pflege und medizinischen Betreuung sowie der Rehabilitation von Langzeitpatienten und -patientinnen dienen (Pflegeheim).

**5.1.2** Gemäss Art. 25 KVG (« Allgemeine Leistungen bei Krankheit ») in der bis Ende 2010 geltenden Fassung übernahm die OKP die Kosten für die Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienten (Abs. 1). Gemäss Abs. 2 umfassten diese Leistungen:

- a. die Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die ambulant, bei Hausbesuchen, stationär oder *in einem Pflegeheim* durchgeführt wurden von:
  - 1. Ärzten oder Ärztinnen,
  - 2. Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen,
  - 3. Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen;
- b. die ärztlich oder unter den vom Bundesrat bestimmten Voraussetzungen von Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen verordneten Analysen, Arzneimittel und der Untersuchung oder Behandlung dienenden Mittel und Gegenstände;
- c. bis h. [...]

Insbesondere waren unter dieser Regelung ärztlich angeordnete Pflegemassnahmen in Pflegeheimen grundsätzlich Pflichtleistungen der OKP (Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG) und unterstanden dem Tarifschutz gemäss Art. 44 KVG. Die Tarife wurden – unter Berücksichtigung der in der Krankenpflege-Leistungsverordnung vom 29. September 1995 (KLV, SR 832.112.31) enthaltenen Rahmentarife – in Tarifverträgen (Art. 46 KVG) oder – beim Fehlen von solchen – in Festsetzungsbeschlüssen der Kantonsregierungen (Art. 47 KVG) festgelegt. Da die Rahmentarife (aArt. 9a Abs. 2 KLV; in Kraft bis 31. Dezember 2010) nicht kostendeckend waren, wurde der Tarifschutz gemäss Art. 44 KVG in der Praxis nicht voll umgesetzt, was zu einer unbefriedigenden und intransparenten Situation führte (vgl. Urteile des BGer 2C\_333/2012 vom 5. November 2012 E. 3.1; 2C\_864/2010 vom 24. März 2011 E. 4.2).

**5.1.3** Auf den 1. Januar 2011 trat das Bundesgesetz vom 13. Juni 2008 über die Neuordnung der Pflegefinanzierung in Kraft (AS 2009 3517, 6847), womit die von Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG erfassten Leistungen neu umfassen:

- a. die Untersuchungen und Behandlungen, die ambulant, stationär oder *in einem Pflegeheim* sowie die Pflegeleistungen, die in einem Spital durchgeführt werden von:
  - 1. Ärzten oder Ärztinnen,

2. Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen,
3. Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin beziehungsweise eines Chiropraktors oder einer Chiropraktorin Leistungen erbringen.

Mit Wirkung ab 1. Januar 2011 wurde ausserdem ein Art. 25a (« Pflegeleistungen bei Krankheit ») in das KVG eingefügt, dessen Abs. 1 wie folgt lautet:

Die obligatorische Krankenpflegeversicherung 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.

Der Bundesrat bezeichnet die Pflegeleistungen und regelt das Verfahren der Bedarfsermittlung (Art. 25a Abs. 3 KVG). Der Bundesrat 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. Die Pflegeleistungen werden einer Qualitätskontrolle unterzogen. Der Bundesrat legt die Modalitäten fest (Abs. 4). Der versicherten Person dürfen von den nicht von Sozialversicherungen gedeckten Pflegekosten höchstens 20 % des höchsten vom Bundesrat festgesetzten Pflegebeitrages überwält werden. Die Kantone regeln die Restfinanzierung (Abs. 5).

Gemäss Art. 33 Bst. b, h und i KVV (in der Fassung vom 24. Juni 2009, in Kraft seit 1. Januar 2011) bezeichnet das EDI unter anderem die *nicht* von Ärzten und Ärztinnen oder Chiropraktoren und Chiropraktorinnen erbrachten Leistungen nach den Art. 25 Abs. 2 und 25a Abs. 1 und 2 KVG, das Verfahren der Bedarfsermittlung sowie den in Art. 25a Abs. 1 und 4 KVG vorgesehenen und nach Pflegebedarf differenzierten Beitrag an die Pflegeleistungen. Das Departement hat – mit Wirkung ab 1. Januar 2011 – die zu übernehmenden Leistungen in Art. 7 KLV festgelegt. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KLV (im 3. Abschn. [Krankenpflege ambulant oder im Pflegeheim] des 2. Kap. [Auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin erbrachte Leistungen] des 1. Titels [Leistungen]) gelten als Leistungen nach Art. 33 Bst. b KVV Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die aufgrund der Bedarfsabklärung nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a KLV und nach Art. 8 KLV auf ärztliche Anordnung hin oder im ärztlichen Auftrag erbracht werden: a. von Pflegefachfrauen und Pflegefachmännern (Art. 49 KVV); b. von Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause (Art. 51 KVV); c. von Pflegeheimen (Art. 39 Abs. 3 KVG). Art. 7 Abs. 2 KLV enthält einen Katalog der Leistungen im Sinne

von Art. 7 Abs. 1 KLV, unterteilt in Massnahmen der Abklärung und der Beratung (Bst. a), Massnahmen der Untersuchung und der Behandlung (Bst. b) und Massnahmen der Grundpflege (Bst. c). Die Leistungen können ambulant oder in einem Pflegeheim erbracht werden (Art. 7 Abs. 2<sup>ter</sup> KLV).

Sodann hat das EDI in Art. 7a Abs. 3 KLV für die *in Pflegeheimen* erbrachten Pflegeleistungen die von der OKP zu übernehmenden Kostenbeiträge in zwölf Stufen (von Fr. 9.– bis Fr. 108.– pro Tag) festgelegt, abhängig vom täglichen Pflegebedarf in Minuten. Gemäss Art. 8 Abs. 4 KLV erfolgt die Bedarfsabklärung in Pflegeheimen durch die Ermittlung des Pflegebedarfs gemäss Art. 9 Abs. 2 KLV; der vom Arzt oder von der Ärztin bestimmte Pflegebedarf gilt als ärztliche Anordnung oder als ärztlicher Auftrag. Nach Art. 9 Abs. 2 KLV müssen die Leistungen nach Art. 7 Abs. 2 KLV der Pflegeheime nach dem Pflegebedarf in Rechnung gestellt werden.

Gemäss dem per 1. Januar 2011 geänderten Art. 50 KVG (Kostenübernahme im Pflegeheim) vergütet der Versicherer beim Aufenthalt in einem Pflegeheim (Art. 39 Abs. 3 KVG) die gleichen Leistungen wie bei ambulanter Krankenpflege nach Art. 25a KVG. Die Abs. 7 und 8 von Art. 49 KVG sind sinngemäss anwendbar.

**5.1.4** In Bezug auf die Leistungskategorien, die nach dem Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung zu definieren beziehungsweise zu unterscheiden sind, findet sich eine vielfältige Terminologie. In seiner Botschaft vom 16. Februar 2005 zum Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung (BBl 2005 2033, nachfolgend: Botschaft zur Pflegefinanzierung) führte der Bundesrat aus, dass seit Inkrafttreten des KVG « Pflegemassnahmen », die ambulant, bei Hausbesuchen, stationär, teilstationär oder in einem Pflegeheim durchgeführt würden, (grundsätzlich) von der OKP vergütet würden, und unterbreitete dem Parlament ein Modell zur Finanzierung der « Pflegeleistungen », welches auf den bereits rechtlich verankerten Begriffen der *Behandlungs-* und *Grundpflege* aufbaute. Gemäss diesem Modell seien die Kosten für jene medizinischen Massnahmen, welche ein therapeutisches oder palliatives Ziel zur Behandlung einer Krankheit oder zur Bekämpfung deren Folgen verfolgten (« medizinnahe » *Behandlungspflege*, die krankheitsspezifisch, d.h. an ärztliche Diagnosen gebunden ist), voll durch die Krankenversicherung zu vergüten. Demgegenüber werde an die auf Befriedigung menschlicher Bedürfnisse ausgerichtete (« medizinferne ») *Grundpflege* (deren Kernzweck in der Aufrechterhaltung der allgemeinen täglichen

Lebensverrichtungen zu erkennen sei) von den Krankenversicherern (lediglich) ein Beitrag entrichtet (v.a. Botschaft zur Pflegefinanzierung, BBl 2005 2033, 2065–2067). Als « primäre Pflegeleistungen » verstand der Bundesrat Geld-, Sach- oder Dienstleistungen, die bei Vorliegen einer Pflegebedürftigkeit durch die Sozialversicherung ausgerichtet würden. Im Vordergrund stünden dabei Heilbehandlungen, Hilfsmittel und Hilflosenentschädigung (Botschaft zur Pflegefinanzierung, BBl 2005 2033, 2040 ff.). Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde zwar jeweils an der – im Sinne der bereits in der KLV enthaltenen und vom Bundesrat umschriebenen – Definition/Umschreibung festgehalten. Statt Grund- und Behandlungspflege einander gegenüberzustellen und unterschiedlichen Finanzierungsmodellen zu unterwerfen, verwarf das Parlament diese Zweiteilung allerdings und unterstellte die Pflegeleistungen, welche sich aus Grund- und Behandlungspflege zusammensetzten und den altrechtlichen Leistungsumfang nicht veränderten, dem neuen Finanzierungssystem (keine Vollkostendeckung durch die OKP, sondern blosser Leistung eines Beitrages an diese Pflegeleistungen; vgl. Voten Ständerätin Erika Forster-Vannini für die Kommission [AB 2006 S 642, 654 ff.]; Nationalrätin Ruth Humbel Näf für die Kommission [AB 2007 N 1105]; vgl. dazu auch E. 5.3). Das KVG und die KVV kennen die Begriffe der Grundpflege und Behandlungspflege nicht (vgl. E. 5.1.1 ff.).

Im angefochtenen Beschluss unterscheidet die Vorinstanz zwischen « Pflegepflichtleistungen » beziehungsweise « Pflegeleistungen » einerseits und « Nebenleistungen » beziehungsweise « übrige Pflichtleistungen » beziehungsweise « nicht pflegerische Leistungen » andererseits. Unter Pflegepflichtleistungen werden dabei die Leistungen gemäss Art. 25a Abs. 1 KVG und Art. 7 Abs. 2 KLV verstanden, an welche die OKP gemäss dem neuen Kostentragungsmodus lediglich Beiträge leistet. Die Nebenleistungen werden hingegen als ärztliche und andere nicht pflegerische Leistungen beziehungsweise als « Ärztin oder Arzt, Arznei, Therapien und Pflegematerialien » umschrieben, die neben den Pflegepflichtleistungen zu erbringen seien, damit das Pflegeheim seinem integralen Auftrag der pflegerischen und medizinischen Versorgung seiner Patientinnen und Patienten nachkommen könne.

(...)

**5.1.5** Die neue Pflegefinanzierung sollte einerseits die sozialpolitisch schwierige Situation vieler pflegebedürftiger Personen entschärfen, zugleich aber verhindern, dass die OKP zusätzlich belastet wird (vgl. Botschaft zur Pflegefinanzierung, BBl 2005 2033, 2034 f., 2065; Voten

Ständerätin Forster-Vannini [AB 2006 S 642]; Nationalrätin Humbel Näf für die vorbereitende Kommission [AB 2007 N 1105, 1106]). Deshalb wurde einerseits im Gesetz ausdrücklich festgelegt, dass die Krankenversicherung nicht die gesamten Pflegekosten übernimmt, sondern nur einen Beitrag daran leistet (Art. 25a Abs. 1 KVG). Andererseits sollten aus sozialpolitischen Gründen die von den Heimbewohnern zu leistenden Pflegekosten betragsmässig begrenzt werden (Art. 25a Abs. 5 KVG), wobei zugleich für bedürftige Heimbewohner die Bezahlung dieser Pflegekosten durch eine Erhöhung der Ergänzungsleistungen erleichtert werden sollte (vgl. Botschaft zur Pflegefinanzierung, BBl 2005 2033, 2035, 2063 ff., 2071, 2082; Voten Ständerätin Forster-Vannini [AB 2006 S 642 f.]; Nationalrätin Humbel Näf für die vorbereitende Kommission [AB 2007 N 1105, 1106]; vgl. die Revision von Art. 10 und 11 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung [ELG, SR 831.30] durch das Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung [AS 2009 3518]). Der verbleibende Betrag, der weder von der Krankenversicherung noch von den Bewohnern bezahlt wird, ist von der öffentlichen Hand (Kanton oder Gemeinden) zu übernehmen, was im Gesetz nicht klar gesagt, aber gemeint ist (vgl. zum Ganzen: Urteile 2C\_864/2010 E. 4.2; 2C\_333/2012 E. 3.2).

**5.1.6** Wie aus E. 5.1.2 f. ersichtlich wird, wurde der Wortlaut des Gesetzes mit Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung somit dahingehend geändert, dass Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG weiterhin als OKP-Pflichtleistungen Untersuchungen und Behandlungen erwähnt, die in einem Pflegeheim durchgeführt werden, während (eigentliche) Pflegemassnahmen in Bezug auf Pflegeheime nicht mehr erwähnt werden. Dafür wurde in Art. 25a Abs. 1 KVG (u.a.) festgehalten, dass die OKP einen Beitrag an die Pflegeleistungen leiste, welche aufgrund einer ärztlichen Anordnung und eines ausgewiesenen Pflegebedarfs im Pflegeheim erbracht werden. Das Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung änderte somit nichts daran, dass die OKP gemäss Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG weiterhin die Kosten für Untersuchungen und Behandlungen (vollumfänglich) zu übernehmen hat, darunter auch diejenigen, die in einem Pflegeheim erbracht werden. Hingegen entfällt eine (vollumfängliche) Kostenübernahme von im Pflegeheim erbrachten Pflegemassnahmen. Diesbezüglich leistet die OKP (nur noch) einen Beitrag. Die mit der Revision vorgenommene Auftrennung der neu in Art. 25a Abs. 1 KVG aufgeführten Pflegeleistungen, die in einem Pflegeheim erbracht werden und an welche die OKP nur einen Beitrag leistet, und den (sonstigen) in

Pflegeheimen erbrachten OKP-pflichtigen Untersuchungen und Behandlungen gemäss Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG, deren Kosten von der OKP (vollumfänglich) zu tragen sind, betont somit, dass auch nach der Revision in Pflegeheimen andere OKP-pflichtige Leistungen erbracht und zulasten der OKP abgerechnet werden dürfen. Es wäre denn auch nicht nachvollziehbar, warum den Pflegeheimpatienten, die einen entsprechenden Untersuchungs- oder Behandlungsbedarf ausweisen, die (vollständige) Kostenübernahme für OKP-pflichtige Leistungen verweigert sein sollte, dieselbe aber Patienten mit identischem Bedarf, die nicht im Pflegeheim leben und beispielsweise zuhause von der Spitex Pflegeleistungen beziehen, gewährt wird.

(...)

**5.1.7** Seit dem 1. Januar 2011 haben das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht verschiedene Entscheide in Bezug auf die Neuordnung der Pflegefinanzierung gefällt.

**5.1.7.1** So hat das Bundesverwaltungsgericht in BVGE 2011/61 in Bezug auf die Finanzierung der Pflegeleistungen gemäss Art. 25a Abs. 1 KVG (ohne Akut- und Übergangspflege gemäss Art. 25a Abs. 2 KVG) ausgeführt, dass – unter Vorbehalt der Anwendung der Übergangsregelung für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2013 – mit der neuen Regelung, wonach das EDI mittels Verordnung einheitliche Beiträge der OKP an die Pflegeleistungen festsetzt, die bisherigen für diese Pflegeleistungen und die OKP-Kostenbeteiligung anhin geltenden Tarifbestimmungen (insb. Abschluss von Tarifverträgen durch Tarifpartner, Genehmigung dieser Verträge durch die Kantonsregierung und subsidiäre hoheitliche Festsetzungskompetenz der Kantonsregierung) keine Anwendung mehr finden (BVGE 2011/61 E. 5 und 6.1). Die vom EDI festgesetzten OKP-Beiträge seien vor Bundesverwaltungsgericht nicht anfechtbar. Soweit eine Kantonsregierung gestützt auf die Übergangsbestimmungen Tarifbeschlüsse betreffend die Pflegeleistungen fällten, seien diese ebenfalls nicht beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (E. 6.4 ff.).

Hingegen sind – gemäss BVGE 2013/7 (E. 1.2 und 4) – Entscheide von Kantonsregierungen, mit welchen der kantonale Anteil an der Finanzierung der stationären Leistungen sowie der Leistungen der Akut- und Übergangspflege (Kostenteiler) festgelegt wird, beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar, wobei die Übergangsbestimmungen zum Inkrafttreten der neuen Spitalfinanzierung keine Anwendung finden.



**5.1.7.2** Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 2C\_333/2012 – unter Bezugnahme auf Art. 25a Abs. 1 und 4 KVG sowie Art. 7a KLV – ausgeführt, dass im Bereich der Pflegefinanzierung das System, wonach die OKP ihre Leistungen grundsätzlich nach Tarifen vergüte, die primär tarifautonom durch die Tarifvertragspartner festgelegt würden, im Bereich der Pflegefinanzierung ersetzt worden sei durch bundesrechtlich festgelegte Frankenbeträge, und das sonst im Bereich des KVG geltende Tarifvertragssystem für die Finanzierung dieser Pflegeleistungen somit nicht mehr gelte (Urteil 2C\_333/2012 E. 5.5). Weiter führte das Bundesgericht aus, dass das Verordnungsrecht des Bundes (bis zum damaligen Urteilszeitpunkt) für in Pflegeheimen erbrachte Pflegeleistungen gemäss Art. 7 KLV kein Verfahren der Bedarfsermittlung festgelegt habe, obwohl der Bundesrat in Art. 25a Abs. 3 KVG damit beauftragt werde. Daher sei diese Frage nicht – jedenfalls nicht abschliessend – bundesrechtlich geregelt, sodass insoweit eine kantonale Zuständigkeit verbleibe (E. 5.2). Weiter hat das Bundesgericht mehrere Urteile in Bezug auf die Restfinanzierung der Pflegekosten, also auf die aus der Neuordnung der Pflegefinanzierung resultierenden Restkosten, das heisst den Teil der Pflegekosten, der nicht durch die Beiträge der Krankenversicherer und die Kostenbeteiligung der Patienten gedeckt wird, gefällt (BGE 138 I 410; 138 II 191; 138 V 377; 140 V 58; 140 V 563; Urteil des BGer 2C\_228/2011 vom 23. Juni 2012).

**5.1.7.3** Das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht haben sich bisher noch nicht explizit zur Streitfrage geäussert, ob mit Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung Pflegeheime (neben Pflegeleistungen) andere OKP-pflichtige Leistungen selbst erbringen und direkt zulasten der OKP abrechnen dürfen und gegebenenfalls wie und durch wen die entsprechende Vergütung zu regeln ist.

**5.1.8** In seiner Stellungnahme vom 13. März 2015 zur (im Rat noch nicht behandelten) Motion Humbel hat der Bundesrat Folgendes ausgeführt:

Nach Artikel 25 Absatz 2 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) werden u. a. Leistungen von Ärztinnen, Ärzten und Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen, übernommen. Diese Leistungen umfassen auch die Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die in einem Pflegeheim durchgeführt werden.

Das KVG schreibt weiter vor, dass nur diejenigen Leistungserbringer nach Artikel 35 Absatz 2 KVG – darunter fallen auch die Ärztinnen

und Ärzte sowie die Pflegeheime – zugelassen sind und somit zulasten der OKP abrechnen dürfen, die die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen (Art. 35 Abs. 1 und Art. 36–40 KVG). Artikel 39 Absatz 1 KVG regelt die Zulassungsvoraussetzungen für Spitäler. Diese Voraussetzungen gelten gemäss Artikel 39 Absatz 3 KVG sinngemäss auch für Pflegeheime.

Spitäler und Pflegeheime können indessen nicht gleichgesetzt werden, was sich entsprechend auf die Leistungserbringung und Abrechnung auswirkt. Artikel 50 KVG definiert die Leistungsvergütung im Pflegeheim und stellt die Verknüpfung her zwischen Artikel 39 KVG, der die Zulassung der Pflegeheime regelt, und Artikel 25a KVG, der sich auf die Pflegeleistungen der OKP bei Krankheit namentlich im Pflegeheim bezieht. Pflegeheime zeichnen sich dadurch aus, dass sie langfristige Unterkunft, Betreuung und Pflege gewähren. Sie dienen primär der Pflege und nicht der Erbringung von Leistungen anderer Leistungserbringer. Sind solche zur Tätigkeit zulasten der OKP zugelassen und erbringen ihre Leistungen für Patientinnen und Patienten, die sich im Pflegeheim aufhalten, an Ort und Stelle, rechnen sie ihre Leistungen selbstständig ab. Bereits heute zulässig sind Vereinbarungen zwischen Versicherern und Pflegeheimen, in denen eine Pauschale im Sinne vom Artikel 43 Absatz 3 KVG für ärztliche, therapeutische und weitere KVG-Leistungen vereinbart wird. Im Rahmen dieser Pauschale haben die Pflegeheime die Möglichkeit, zusätzlich zu den Pflegeleistungen weitere KVG-pflichtige Leistungen selbst zu verrechnen, was teilweise im Sinne des Antrages der Motion ist. Damit steht namentlich für grössere Pflegeheime, die diese Leistungen selbst mit entsprechend qualifiziertem Personal anbieten, diese Möglichkeit offen, ohne dass eine unangemessene Leistungsausweitung zu befürchten ist. Hingegen sind Pflegeheime, in denen externe Leistungserbringer die weiteren KVG-pflichtigen Leistungen erbringen und diese über Einzelleistungstarife abrechnen, nicht gezwungen, zusätzliche Regelungen mit den externen Leistungserbringern zu treffen. Entsprechend führt die dargelegte Regelung zu keinem Mehraufwand für die Pflegeheime.

Ausserdem äusserte er sich zur Verrechnung von in Pflegeheimen verwendetem Pflegematerial (vgl. E. 6.5.3).

## 5.2 (...)

**5.3** Mit der Neuordnung der Pflegefinanzierung wurde lediglich die Aufteilung der Pflegekosten auf verschiedene Kostenträger neu geregelt. Der Begriff der « Pflegeleistungen » umfasst die gleichen Leistungen wie unter bisherigem Recht (Art. 7 Abs. 2 KLV). Insbesondere hat sich das Einfügen von Art. 25a KVG im Rahmen der Neuordnung der Pflegefinanzierung nicht auf den Leistungsbereich der Pflege nach KVG

ausgewirkt (vgl. BVGE 2011/61 E. 5.2; EUGSTER, KVG-Kommentar, a.a.O., Art. 25a N. 7, je m.w.H.; Votum Ständerätin Forster-Vannini für die vorbereitende Kommission [AB 2006 S. 642 f., 654, 657]). Dementsprechend wurde auch der Bereich von nicht zu den (eigentlichen) Pflegeleistungen gehörenden OKP-Leistungen von der Neuordnung der Pflegefinanzierung nicht tangiert.

Soweit der Bundesrat in seiner Botschaft zur Pflegefinanzierung eine Aufteilung der von der Neuordnung betroffenen Leistungen in Grundpflege (an welche die Krankenversicherer einen Beitrag zahlen) und Behandlungspflege (welche die Krankenversicherer zu vergüten haben) vornahm, ging sein Gesetzesentwurf vom *bisherigen* Bereich der Pflegeleistungen (bereits rechtlich in Grund- und Behandlungspflege aufgeteilt, deren OKP-Vergütung allerdings identisch war) aus. Es erschien ihm zwar angezeigt, nach Verabschiedung der von ihm vorgeschlagenen Revision die damals gültige Definition der Grund- und der Behandlungspflege gemäss Art. 7 KLV zu überprüfen und allenfalls so weit zu präzisieren, dass sie der herrschenden Lehre und Praxis entsprächen. Dass er mit der Revision eine Ausdehnung oder Einschränkung des Umfangs der Pflegeleistungen, an deren Kosten sich die OKP in der einen oder anderen Form zu beteiligten hatte, beabsichtigte, ist hingegen nicht ersichtlich (vgl. Botschaft zur Pflegefinanzierung, BBl 2005 2033, 2065 ff., 2078). Soweit das Parlament die vom Bundesrat vorgeschlagene Unterteilung der bisherigen Pflegeleistungen in unterschiedlich zu behandelnde Grund- und Behandlungspflegeleistungen verwarf, und stattdessen eine Aufteilung in Akut- und Übergangspflege einerseits und übrige Pflege andererseits vornahm, die analog zum bundesrätlichen Entwurf in Bezug auf die Finanzierungsmodalitäten unterschiedlich ausgestaltet wurden, ging es ebenfalls vom bisherigen Pflegeleistungsbereich aus und beabsichtigte und bewirkte keine Ausdehnung oder Einschränkung desselben (vgl. BVGE 2011/61 E. 4.3, 5.2; EUGSTER, KVG-Kommentar, a.a.O., Art. 25a N. 4 und 6 f., je m.w.H.; Votum Ständerätin Forster-Vannini für die vorbereitende Kommission [AB 2006 S. 642 f., 654, 657]).

(...)

#### 5.4 (...)

5.5 Zur Frage, ob Pflegeheime bis zum 31. Dezember 2010 berechtigt waren, Nebenleistungen zulasten der OKP abzurechnen, ist Folgendes auszuführen:

**5.5.1** Gemäss Art. 39 Abs. 1 KVG – in der vor und nach Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung geltenden Fassung – sind Anstalten oder deren Abteilungen, die der stationären Behandlung akuter Krankheiten oder der stationären Durchführung von Massnahmen der medizinischen Rehabilitation dienen (Spitäler), zugelassen, wenn sie:

- a. ausreichende ärztliche Betreuung gewährleisten;
- b. über das erforderliche Fachpersonal verfügen;
- c. über zweckentsprechende medizinische Einrichtungen verfügen und eine zweckentsprechende pharmazeutische Versorgung gewährleisten;
- d. der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen, wobei private Trägerschaften angemessen in die Planung einzubeziehen sind;
- e. auf der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons aufgeführt sind.

Gemäss Art. 39 Abs. 3 KVG – ebenfalls in der vor und nach dem 1. Januar 2011 in Kraft stehenden Fassung – gelten diese Voraussetzungen sinngemäss für Geburtshäuser sowie für Anstalten, Einrichtungen oder ihre Abteilungen, die der Pflege und medizinischen Betreuung sowie der Rehabilitation von Langzeitpatienten und -patientinnen dienen (Pflegeheim).

Gemäss Art. 25 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a KVG in der bis zum Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung geltenden Fassung übernahm die OKP insbesondere die Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die ambulant, bei Hausbesuchen, stationär oder in einem Pflegeheim durchgeführt werden von:

1. Ärzten oder Ärztinnen,
2. Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen,
3. Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen.

Der Begriff « stationäre Behandlung » war dem Spital zugeordnet. Eine stationäre Behandlung war gegeben, wenn sich der Versicherte während mehr als 24 Stunden unter Inanspruchnahme eines Spitalbetts in einer Heilanstalt zur Behandlung aufhielt und/oder wenn der Verbleib im Spital über Nacht dauerte und/oder wenn der Eintritt oder die Einweisung ins Spital mit der Absicht eines Aufenthalts von mehr als 24 Stunden erfolgte

und die Person verstarb oder in ein anderes Spital verlegt werden musste (vgl. EUGSTER, KVG-Kommentar, a.a.O., Art. 25 N. 7 f.). Der Begriff « stationär » bezieht sich somit auf den Spitalaufenthalt als solchen, lässt aber keine Rückschlüsse darauf zu, wer während eines Spitalaufenthalts die in Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG aufgeführten Leistungen erbringen und zulasten der OKP abrechnen darf. Dennoch ist offensichtlich und unbestritten, dass ein Spital diese Leistungen selbst (durch angestelltes Personal) erbringen und zulasten der OKP abrechnen kann, was ausserdem durch den Wortlaut von Art. 49 KVG in der bis 31. Dezember 2010 geltenden Fassung nahe gelegt wird.

Der Begriff « stationär » in Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG (in der bis 31. Dezember 2010 geltenden Fassung) in Verbindung mit Art. 39 Abs. 1 KVG berechnete die Spitäler dazu, die entsprechenden Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen selbst zu erbringen und zulasten der OKP abzurechnen. Es ist deshalb nicht ersichtlich, warum nicht gemäss Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG in Verbindung mit Art. 39 Abs. 3 KVG Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die *in* einem Pflegeheim durchgeführt wurden, nicht durch das Pflegeheim selbst erbracht und zulasten der OKP abgerechnet werden konnten. Dass Art. 39 Abs. 3 KVG von den Pflegeheimen verlangt, dass sie die für Spitäler geltenden Voraussetzungen gemäss Art. 39 Abs. 1 KVG « sinngemäss » erfüllen, liegt in erster Linie darin begründet, dass Spitäler und Pflegeheime auf ein unterschiedliches Patientengut ausgerichtet sind und die Kosten für Verpflegung und Unterkunft (Pensionskosten bzw. Hotelleriekosten bzw. Aufenthaltskosten) im Pflegeheim – anders als beim stationären Aufenthalt im Spital – nicht von der OKP vergütet wurden (vgl. Botschaft zum KVG, BBl 1992 I 93, 127, 187; BGE 126 V 344 E. 3.a). Darin liegt denn auch der wesentliche Unterschied zwischen dem KVG-rechtlichen « stationären » Charakter des Spitalaufenthalts und dem « ambulanten » Charakter des Pflegeheimaufenthalts. Ein Spitalaufenthalt im Sinne des KVG setzt Spitalbedürftigkeit voraus, wohingegen ein Pflegeaufenthalt nur erfolgt, wenn keine Spitalbedürftigkeit (mehr) besteht (vgl. Art. 49 Abs. 3 KVG in der bis 31. Dezember 2008 geltenden Fassung bzw. Abs. 4 in der ab 1. Januar 2009 geltenden Fassung; BGE 126 V 344 E. 3.a; Urteil des BGer 4A\_67/2014 vom 4. März 2015 E. 5). Dass die Pflegeheimpatienten sich ununterbrochen, im Sinne einer stationären Langzeitpflege, im Pflegeheim aufhalten, macht den Pflegeheimaufenthalt somit nicht zu einem stationären Aufenthalt im Sinne des KVG (vgl. EUGSTER, KVG-Kommentar, a.a.O., Art. 25 N. 13 und 49 sowie aArt. 49 N. 23 ff., je m.w.H.; vgl. auch Art. 6 und Art. 3 e contrario der Verordnung

vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung [VKL, SR 832.104]). Dass die Pensionskosten beim stationären Spitalaufenthalt von der OKP getragen werden, ergibt sich explizit aus Art. 25 Abs. 2 Bst. e KVG, während sich der Ausschluss der Pensionskosten im Pflegeheim e contrario aus Art. 50 KVG ergab (vgl. EUGSTER, KVG-Kommentar, a.a.O., Art. 25 N. 52 und Art. 50 N. 1).

Angesichts der gesetzgeberischen « Nähe » von Pflegeheim und Spital hätte bis zum 31. Dezember 2010 eine spezifische Norm gegeben sein müssen, welche die Pflegeheime im Gegensatz zu den Spitälern vom Erbringen anderer OKP-Leistungen als Pflegeleistungen ausschliesst. Eine solche Regelung ist dem KVG aber nicht zu entnehmen. Es versteht sich allerdings von selbst, dass Pflegeheime insofern von der OKP-Leistungserbringung ausgeschlossen waren, als die Patienten spitalbedürftig waren beziehungsweise eine entsprechende Leistung im Pflegeheim nicht *lege artis* erbracht werden konnte.

**5.5.2** Soweit *santésuisse* die Pflegeheime in gesetzgeberischer Hinsicht näher zu (umgangssprachlich sogenannten) Spitexorganisationen als zu Spitälern rücken will, ist zu beachten, dass die Zulassungsvoraussetzungen für die « Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause » nicht im gleichen Gesetzesartikel wie die Pflegeheime (und Spitäler) geregelt sind und nicht sinngemäss die an ein Pflegeheim gestellten Voraussetzungen erfüllen müssen. Es fehlt somit an einem engen Konnex, wie er zwischen Spital und Pflegeheim besteht. Die Zulassungsvoraussetzungen der Spitexorganisationen sind – gestützt auf Art. 38 KVG in Verbindung mit Art. 35 Abs. 2 Bst. e KVG – (bloss) auf Verordnungsstufe geregelt. Gemäss Art. 51 KVV (in der vor und nach Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung geltenden Fassung) werden Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause zugelassen, wenn sie:

- a. nach der Gesetzgebung des Kantons, in dem sie tätig sind, zugelassen sind;
- b. ihren örtlichen, zeitlichen, sachlichen und personellen Tätigkeitsbereich festgelegt haben;
- c. über das erforderliche Fachpersonal verfügen, das eine dem Tätigkeitsbereich entsprechende Ausbildung hat;
- d. über Einrichtungen verfügen, die dem Tätigkeitsbereich entsprechen;

e. an Massnahmen zur Qualitätssicherung nach Artikel 77 KVV teilnehmen, die gewährleisten, dass eine dem Tätigkeitsbereich entsprechende, qualitativ hochstehende und zweckmässige Krankenpflege erbracht wird.

Die gemäss Art. 51 KVV an Spitexorganisationen gestellten Anforderungen gingen und gehen somit weniger weit, als die gemäss Art. 39 Abs. 1 und 3 KVG an Pflegeheime gestellten. Insbesondere müssen die Spitexorganisationen – im Gegensatz zu den Pflegeheimen – nicht eine ausreichende ärztliche Betreuung gewährleisten und nicht über zweckentsprechende medizinische Einrichtungen verfügen und keine zweckentsprechende pharmazeutische Versorgung gewährleisten (vgl. Art. 39 Abs. 1 Bst. a, c KVG i.V.m. Art. 39 Abs. 3 KVG).

**5.5.3** Der bis zum 31. Dezember 2006 als Rechtsmittelbehörde für die Beurteilung von Beschwerden gegen KVG-Tariffestsetzungen zuständige Bundesrat ging in seiner Rechtsprechung verschiedentlich, ohne dies näher zu begründen, davon aus, dass Pflegeheime dazu berechtigt seien, andere als Pflegepflichtleistungen selbst zu erbringen:

In seinem Entscheid vom 21. Dezember 2005 Nr. 05–06 betreffend die Tariffestsetzung des Regierungsrats des Kantons Bern für den Tarif zwischen santésuisse und dem Verband Bernischer Alterseinrichtungen und dem Verband Bernischer Krankenhäuser per 1. Januar 2005 (auszugsweise publiziert als RKUV 2006 S. 257) setzte der Bundesrat gewisse Tagespauschalen für Pflege auf und setzte sie – zuzüglich der unverändert belassenen Pauschale für Mittel und Gegenstände und des Zuschlages für Arzt, Medikamente und Therapie – neu fest (RKUV 2006 S. 266 E. II.7.2.2 und nicht publizierte E. II.10; RRB-Dispositivziff. 2).

Seinem Entscheid vom 20. Dezember 2000 betreffend die Tarife der durch Pflegeheime, Chronischkranken-Spitalabteilungen und Rehabilitationszentren für die Jahre 1998, 1999 und 2000 erbrachten Krankenpflegeleistungen (« prestations de soins ») betreffend den Kanton Waadt (als RKUV 2001 S. 471 separat publiziert) lässt sich Folgendes entnehmen: Die Pflegeleistungen, von welchen Pflegeheimpatienten profitieren konnten, umfassten drei Kategorien: 1) Leistungen nach Art. 7 Abs. 2 KLV; 2) andere im Pflegeheim oder im Zusammenhang mit dem Pflegeheimaufenthalt erbrachte OKP-Leistungen (z.B. Routinearztbesuche, Medikamente verabreicht nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b und c KLV) und 3) OKP-Leistungen, die nicht mit dem Pflegeheimaufenthalt zusammenhingen. Leistungen der Kategorie 2 konnten für einen Pauschaltarif mit der Kategorie 1 verbunden werden, wenn bei der Tarifiermittlung der

Kategorie 1 die Kategorie 2 separiert wurde und die Tarifikalkulation für letztere auf existierenden Tarifen (z.B. Taxpunktwerte für ärztliche Leistung, Spezialitätenliste für Arzneimittel [SL]) basierte. Es war nicht ausgeschlossen, wurde vom Bundesrat aber nicht begrüsst, auch Leistungen der Kategorie 3 in den Pauschaltarif einzubinden. Denn dies könne der Kostentransparenz schaden und dazu führen, dass einzelne Pflegeheime je nach Patientengut ungerechtfertigt profitierten oder benachteiligt würden. Die Leistungen gemäss Kategorie 3 mussten dementsprechend grundsätzlich separat nach den spezifisch anwendbaren Tarifen in Rechnung gestellt werden (RKUV 2001 S. 471 E. II.4.2 f., II.7.3.3 [hier auch: « médecin rattaché », « par le personnel des établissements » als Teil von PLAISIR 1998], II.7.5.5 und II.8.2.3). Der Bundesrat führte in den Erwägungen nicht explizit aus, dass diese Leistungen durch das Pflegeheim selbst erbracht werden könnten, doch wird dies aus dem Betreff des Originalentscheids (in seiner nicht publizierten Form) und dem gleichlautenden Titel der RKUV-Publikation ersichtlich (« Tarifs des prestations de soins fournies *par* les établissements médico-sociaux et les divisions pour malades chroniques des hôpitaux et des centres de traitement et de réadaptation pour les années 1998, 1999 et 2000 »). Weiter machte die Vereinbarung einer Pauschale im Verhältnis zwischen Pflegeheim und Krankenversicherer nur Sinn, wenn die Leistungen vom Pflegeheim selbst bei den Krankenkassen in Rechnung gestellt werden konnten.

In seinem Entscheid vom 9. März 1998 betreffend Pflegeheime im vertragslosen Zustand im Kanton Zürich (publiziert als RKUV 1998 S. 180) setzte der Bundesrat die umstrittene Vollpauschale auf Fr. 75.– pro Tag und Patient fest: Fr. 60.– Pflege und Fr. 15.– Arzt-, Therapie- und Medikamentenkosten (RKUV 1998 S. 161 E. II.3, II.7.2). Beschwerdeführer waren der Verband Zürcher Krankenhäuser, die Städte Zürich und Winterthur und der Heimverband Schweiz. Dritte Leistungserbringer oder deren Verbände waren am Verfahren nicht beteiligt.

Mit Entscheid vom 28. Januar 1998 betreffend hoheitliche Festsetzung eines Pflegeheimtarifs im tariflosen Zustand durch die Regierung des Kantons Freiburg (publiziert als RKUV 1998 S. 161) akzeptierte der Bundesrat, dass der von der Kantonsregierung festgesetzte Pauschaltarif eine Pauschale für Medikamente und « petit matériel » enthielt (die [weitgehend] auf der SL und der Mittel- und Gegenständeliste [MiGeL] aufgeführt waren; RKUV 1998 S. 161 E. II.12 i.V.m. II.2.2).

Gemäss Bundesratsentscheid vom 15. Dezember 1997 betreffend den Pflegeheimtarif 1997 (...) durfte der Regierungsrat des Kantons Solothurn



hoheitlich für die zusätzlichen Leistungen (die ärztlichen Leistungen nach Krankenkassen-Arzttarif, die kassenpflichtigen Medikamente und die durch den Arzt verordneten Nebenleistungen [medizintechnische Leistungen, Physiotherapie, Ergotherapie] nach den für die Krankenversicherung gültigen Tarifen) einen anderen als einen Pauschaltarif festsetzen (...), was voraussetzt, dass die Pflegeheime solche Leistungen selbst erbringen und abrechnen durften. Beschwerdegegner war (neben dem Regierungsrat) denn auch die Gemeinschaft Solothurnischer Altersheime; dritte Leistungserbringer oder deren Verbände waren am Verfahren nicht beteiligt.

**5.5.4** Auch in der Lehre wird die Meinung vertreten, dass es vor Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung KVG-konform war, wenn vom Pflegeheim festangestellte Ärzte die ärztliche Behandlung und Leitung durchführten (vgl. EUGSTER, SBVR, a.a.O., Fn. 1140 S. 655), beziehungsweise wenn Pflegeheime selbst andere OKP-Pflichtleistungen als eigentliche Pflegeleistungen erbrachten (vgl. GUY LONGCHAMP, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale, 2004, S. 473 f.).

**5.5.5** Der Bundesrat geht in seiner Stellungnahme zur Motion Humbel schliesslich davon aus, dass Pflegeheime (bereits) vor Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung grundsätzlich berechtigt waren, (neben Pflegeleistungen i.S.v. Art. 25 KVG) ärztliche, therapeutische und weitere KVG-Leistungen nach Art. 25 Abs. 2 KVG selbst abzurechnen.

**5.6** Es ist daher davon auszugehen, dass *vor* Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung Pflegeheime grundsätzlich berechtigt waren, auch andere als Pflegepflichtleistungen zulasten der OKP zu erbringen und abzurechnen.

Wie bereits ausgeführt, hat die Neuordnung der Pflegefinanzierung am OKP-Leistungskatalog – sowohl betreffend die Pflegepflichtleistungen als auch betreffend andere OKP-Leistungen – nichts geändert. (...)

Da der Leistungskatalog unverändert geblieben ist, müsste aus den Gesetzesänderungen eine Veränderung des Kreises der Leistungserbringer, welche die jeweils betroffene OKP-Leistung nicht (mehr) erbringen dürfen, hervorgehen. Eine solche Einschränkung ist aus dem Gesetzeswortlaut in Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG aber nicht ersichtlich (vgl. E. 5.1); nichts anderes ergibt sich aus der französischen und italienischen Fassung des Gesetzestextes (« Ces prestations comprennent: a. les examens et traitements dispensés sous forme ambulatoire, en milieu hospitalier ou

dans un établissement médico-social », « Queste prestazioni comprendono: a. gli esami e le terapie ambulatoriali, in ospedale o in una casa di cura »). Es scheint auch keineswegs naheliegend, im Rahmen einer Revision, die einzig die Neuordnung der Finanzierung der Pflegepflichtleistungen zum Ziel hatte, die Leistungserbringerschaft betreffend die sogenannten Nebenleistungen einzuschränken. Hätte der Gesetzgeber mit der *Revision* die Pflegeheime als Leistungserbringer für andere als Pflegepflichtleistungen ausschliessen wollen, hätte er die Pflegeheime in Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG ersatzlos gestrichen und sie nur noch in Art. 25a KVG, welcher sich nur auf Pflichtpflegeleistungen und (die hier nicht weiter interessierende) Akut- und Übergangspflege bezieht, aufgeführt. Dass der Wortlaut von Art. 25 Abs. 2 KVG Untersuchungen und Behandlungen erwähnt, die *in* einem Pflegeheim durchgeführt werden, lässt nicht darauf schliessen, dass *von* einem Pflegeheim erbrachte Leistungen von dieser Bestimmung nicht erfasst werden (vgl. auch Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG für *im* Spital durchgeführte Pflegeleistungen und Art. 25a Abs. 1 KVG für *im* Pflegeheim erbrachte Pflegeleistungen). EUGSTER führt im KVG-Kommentar (a.a.O.) in N. 15 zu Art. 25a KVG zunächst aus, dass der Selbstkostenanteil der Pflegeheimpatienten gemäss Art. 25a Abs. 5 KVG lediglich die Pflegekosten, unter Ausschluss der Kosten für Medikamente, Labor, Mittel und Gegenstände, ärztliche Behandlung und anderweitige Therapien ausschliesst. Sodann hält er in N. 8 zu aArt. 41 KVG fest, dass Art. 41 Abs. 1 Satz 2 KVG nach Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung für *Pflegeheimleistungen* gelte. Dies sei für die von der OKP zu leistenden, gesamtschweizerisch gleichen Beiträge an die Pflege ohne Belang, bleibe aber *für anderweitige (ambulante) Pflichtleistungen* relevant. Angesichts dieser Hinweise geht EUGSTER offenbar davon aus, dass Pflegeheime (auch) nach Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung – neben Pflegepflichtleistungen – Nebenleistungen im Sinne des angefochtenen Beschlusses erbringen und abrechnen dürfen (so auch GROSS HAWK, Leistungserbringer, a.a.O., Rz. 34.70).

Auch der Bundesrat geht in seiner Stellungnahme zur Motion Humbel davon aus, dass Pflegeheime die Möglichkeit haben, für – zusätzlich zu den eigentlichen Pflegeleistungen – von ihnen im Sinne von Art. 25 Abs. 2 KVG erbrachte ärztliche, therapeutische und weitere KVG-Leistungen mit den Versicherern eine Pauschale im Sinne von Art. 43 Abs. 3 KVG zu vereinbaren und diese Leistungen selbst in Rechnung zu stellen.

**5.7** Somit bleibt festzuhalten, dass (auch) ab dem 1. Januar 2011 – auf der kantonalen Pflegeheimliste gemäss KVG als Leistungserbringer zugelassene – Pflegeheime neben Pflegepflichtleistungen auch andere OKP-Leistungen selbst erbringen und zulasten der Krankenversicherer abrechnen dürfen (...). Im Gegenzug sind die Versicherer dazu verpflichtet, diese Leistungen den Pflegeheimen zu vergüten (vgl. Art. 41 Abs. 1 KVG i.V.m. Art. 35 Abs. 2 Bst. k KVG; vgl. E. 4.3.3).

**5.8** Da die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss den Tarif für « in den auf der Zürcher Pflegeheimliste aufgeführten Institutionen mit Standort im Kanton Zürich » festgesetzt hat, und der Kanton Zürich somit für diese Institutionen rechtskräftig befunden hat, dass sie sämtliche Voraussetzungen von Art. 39 Abs. 3 KVG in Verbindung mit Art. 39 Abs. 1 KVG erfüllen, ist vorliegend nicht zu prüfen, ob einzelne Institutionen die entsprechenden Voraussetzungen nicht (vollständig) erfüllen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass alle vom Tarif betroffenen Pflegeheime grundsätzlich dazu berechtigt sind, *andere* OKP-Leistungen als Pflegepflichtleistungen selbst zu erbringen und zulasten der Krankenversicherer abzurechnen. Die im angefochtenen Beschluss festgesetzten Tarife betreffen allerdings nur jene OKP-Leistungen, die durch solche Institutionen selbst erbracht werden, nicht jedoch OKP-Leistungen, die durch hinzugezogene Leistungserbringer in solchen Pflegeheimen beziehungsweise für deren Pflegeheimpatienten erbracht und durch diese abgerechnet werden (...).

Dementsprechend sind Modelle, die eine direkte Leistungserbringung und -abrechnung durch Pflegeheime vorsehen, grundsätzlich zulässig.

**6.** Zur Beurteilung der Zuständigkeit des Regierungsrates zum Erlass des angefochtenen Beschlusses sind – nach einem Blick in die aktuelle Praxis betreffend durch Pflegeheime erbrachte Nebenleistungen und deren Vergütung (vgl. E. 6.1; ...) sowie des Inhalts des angefochtenen Beschlusses (vgl. E. 6.3) – als strittige Punkte zu prüfen,

- ob eine Zuständigkeit des kantonalen Schiedsgerichts im Sinne von Art. 89 KVG gegeben ist, welche eine Zuständigkeit des Regierungsrats zum Erlass des angefochtenen Beschlusses ausschliesst (vgl. E. 6.3),
- wie die Vergütung der von Pflegeheimen erbrachten Nebenleistungen zu regeln ist (vgl. E. 6.5),

- darauf basierend, ob der Regierungsrat vorliegend über die Kompetenz verfügte, für die im Beschlussdispositiv aufgeführten Leistungskategorien die konkret bezeichneten Tarife (gestützt auf Art. 47 KVG) hoheitlich festzusetzen (vgl. E. 6.6 f.),
- ob die Tarifpartner für die Nebenleistungen einen Pauschaltarif hätten vereinbaren und von der Kantonsregierung hätten genehmigen lassen müssen beziehungsweise ob die Kantonsregierung subsidiär einen Pauschaltarif hätte hoheitlich festsetzen müssen (vgl. E. 6.8).

## 6.1

**6.1.1** In der Fachliteratur finden sich Hinweise dafür, dass vor allem die grösseren Pflegeheime über die Jahre hinweg eine rasante Entwicklung durchlaufen haben (vgl. HÄSLI/BIERI, Die medizinische Versorgung von Patientinnen und Patienten in Schweizer Pflegeheimen, Schweizerische Ärztezeitung 2013 S. 1956 ff.). Namentlich hochbetagte Patientinnen und Patienten, bei denen komplexe Eingriffe sowie aufwändige Behandlungen durchgeführt würden, stellten besondere medizinische und pflegerische Anforderungen, die (teilweise) von den Pflegeheimen übernommen werden müssten. Die Pflegeheime würden dadurch gezwungen, das Angebot an medizinischer geriatrischer Leistung und Kompetenz sowie hochspezialisierter Pflege auszubauen. Ausserdem werde ein erheblicher Teil der eintretenden Bewohnerinnen und Bewohner nach kürzerer oder längerer Behandlung von den Pflegeheimen wieder nach Hause entlassen. Die Patientinnen und Patienten seien deutlich instabiler, was eine höhere ärztliche Präsenz erfordere. Viele Pflegezentren sähen sich daher gezwungen, vollamtliche Heimärzte anzustellen, um den Aufgaben gewachsen zu sein. Faktisch funktionierten viele Heime wie stationäre Einrichtungen mit einer hohen Verfügbarkeit von ärztlicher Präsenz und medizinischem Know-how. In diesem Sinne äussern sich auch die Beschwerdegegnerinnen, soweit sie ausführen, dass die Stadt Zürich diverse Pflegezentren betreibe, die mehr als 1 600 Betten anböten und mehr als 1 900 Personen beschäftigten. In diesen Pflegezentren würden seit je spezialisierte geriatrisch-medizinische Dienstleistungen (nahezu notwendigerweise) durch einen Stab von circa 16 fest angestellten Ärztinnen und Ärzten erbracht (...).

Natürlich ändern solche Entwicklungen nichts daran, dass bei (stationärer) Spitalbedürftigkeit die entsprechende (stationäre) Behandlung nicht in einem Pflegeheim im Sinne von Art. 39 Abs. 3 KVG, sondern in einem Spital im Sinne von Art. 39 Abs. 1 KVG durchzuführen ist (vgl. E. 5.5.1).

Die im KVG vorgesehene Differenzierung von Spitälern und Pflegeheimen als Leistungserbringerkategorien und die Zweiteilung in eine *Spitalplanung* und eine *Pflegeheimplanung* (vgl. insb. Art. 35 Abs. 2 Bst. h versus Bst. k, Art. 39 Abs. 1 versus Abs. 3 KVG; Art. 58a Abs. 1, Art. 58c Bst. a und b versus Bst. c KVV) bleiben gewahrt.

**6.1.2** In den Pflegeheimen des Kantons Zürich erfolgte die Verrechnung von Pflegeleistungen und von Pflegenebenleistungen (Ärztin oder Arzt, Therapien und Pflegematerialien) zulasten der OKP bis zum 31. Dezember 2010 einerseits gestützt auf den BESA-Pflegeheimvertrag, andererseits gestützt auf den RAI/RUG-Pflegeheimvertrag (...).

Beide Verträge, an welchen *santésuisse* als Vertragspartei beteiligt war, sahen – mindestens als Option – die Vergütung der Nebenleistungen mittels Pauschale vor. Dass dies im Kanton Zürich teilweise so gelebt wurde, wird von den Verfahrensbeteiligten nicht bestritten. (...)

Im Kanton Zürich wurden von Pflegeheimen erbrachte Nebenleistungen somit bis zum 31. Dezember 2010 – gestützt auf die von *santésuisse* geschlossenen Verträge – teilweise mittels Pauschalen abgegolten.

**6.1.3** Auch in anderen Kantonen umfassen Voll- oder Teilpauschalen – mindestens teilweise – durch Pflegeheime erbrachte Nebenleistungen. (...)

#### **6.2–6.3.1** (...)

**6.3.2** OKP-Tarifverträge bedürfen der Genehmigung durch die zuständige Kantonsregierung oder, wenn sie in der ganzen Schweiz gelten sollen, durch den Bundesrat (Art. 46 Abs. 4 KVG). Kommt zwischen den Leistungserbringern und Versicherern kein Tarifvertrag zustande, so setzt die Kantonsregierung nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest (Art. 47 Abs. 1 KVG; vgl. E. 4.3.5).

**6.3.3** Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern entscheidet hingegen ein Schiedsgericht (Art. 89 Abs. 1 KVG). Zuständig ist das Schiedsgericht desjenigen Kantons, dessen Tarif zur Anwendung gelangt, oder desjenigen Kantons, in dem die ständige Einrichtung des Leistungserbringers liegt (Abs. 2). Die sachliche Zuständigkeit erstreckt sich auf alle Streitigkeiten zwischen Krankenversicherern und Leistungserbringern, wenn und soweit sie Rechtsbeziehungen zum Gegenstand haben, die sich aus dem KVG ergeben oder auf Grund des KVG eingegangen worden sind. Der Streitgegenstand muss mit anderen Worten die besondere Stellung der Versicherer oder Leistungserbringer im

Rahmen des KVG, mithin die OKP betreffen (vgl. BGE 134 V 269 E. 2.1 m.H.). Gegenstand solcher schiedsgerichtlicher Verfahren sind insbesondere Fragen der Anwendung des richtigen Tarifs, der richtigen Anwendung eines Tarifs, der Wahrung des Tarifschutzes sowie die mit diesen Streitpunkten verbundenen Feststellungen, welche Vergütung die OKP richtigerweise schuldet. Schiedsgerichtliche Domäne ist sodann die Auslegung und rechtliche Beurteilung von Durchführungsbestimmungen in Tarif- und Zusammenarbeitsverträgen. Nicht zuständig ist das Schiedsgericht für die Genehmigung oder eine genehmigungspflichtige Abänderung eines Tarifvertrags, welche in den Aufgabenbereich der Kantonsregierung oder des Bundesrats fällt (vgl. EUGSTER, SBVR, a.a.O., Rz. 1204 ff. S. 813 ff. m.w.H.). Regelt entgegen der gesetzlichen Ordnung weder eine genehmigte Tarifvereinbarung noch ein behördlich erlassener Tarif die Vergütung erbrachter Leistungen, ist das Schiedsgericht im strittigen, konkreten Streitfall zuständig, eine Entschädigungslösung zu suchen, die den Anforderungen der sozialen Krankenversicherung gerecht wird (vgl. Urteil des EVG K 124/02 vom 30. April 2004 [publiziert als RKUV 2004 S. 298 ff.] E. II.6).

Da OKP-Leistungen nur erbringen kann, wer zum Erbringen der entsprechenden Leistungen zulasten der OKP berechtigt ist, muss die zuständige Tarifgenehmigungs- beziehungsweise Tariffestsetzungsbehörde vorfrageweise prüfen, ob der dem avisierten Tarif zu unterstellende Leistungserbringer diese Voraussetzung erfüllt (vgl. SVR 2013 KV Nr. 10 E. 5.4 m.w.H.). Ausserdem hat die Tariffestsetzungsbehörde (und gegebenenfalls die Beschwerdeinstanz) bei einer hoheitlichen Tariffestsetzung vorfrageweise zu prüfen, ob ein vertragsloser Zustand vorliegt (vgl. E. 4.3.5), soweit das für diese Beurteilung eigentlich zuständige Schiedsgericht nicht angerufen wurde (vgl. RKUV 1997 S. 375 ff. E. II.13). (...)

#### **6.3.4–6.3.5 (...)**

#### **6.4**

**6.4.1** Wie bereits dargelegt (vgl. E. 4.3), erfolgt die Bestimmung eines OKP-Tarifs aufgrund einer Vereinbarung mittels Tarifvertrag, mit behördlicher Genehmigung und subsidiär hoheitlicher Tariffestsetzung gemäss Art. 46 und 47 KVG, soweit das Gesetz keine Ausnahme vorsieht. In seiner Botschaft zum KVG hat der Bundesrat ausgeführt, dass die in Art. 39 des Gesetzesentwurfs (welche Bestimmung – mit gewissen Änderungen – als Art. 46 KVG in Kraft trat) aufgestellten allgemeinen Regeln für alle Tarifverträge nach diesem Gesetz gälten. Darüber hinaus

seien gegebenenfalls die besonderen Bestimmungen zu beachten bezüglich Tarifverträgen mit Ärzteverbänden, Spitälern und Pflegeheimen. Zu prüfen ist daher, ob Art. 50 KVG eine einschlägige Regelung für die Vergütung für von Pflegeheimen erbrachte OKP-Nebenleistungen enthält.

Die historische Entwicklung von Art. 50 KVG stellt sich wie folgt dar:

Bis 31. Dezember 2008 geltende Fassung:

*Art. 50 Tarifverträge mit Pflegeheimen*

Beim Aufenthalt in einem Pflegeheim (Art. 39 Abs. 3) vergütet der Versicherer die gleichen Leistungen wie bei ambulanter Krankenpflege und bei Krankenpflege zu Hause. Er kann mit dem Pflegeheim pauschale Vergütungen vereinbaren. Die Absätze 6 und 7 von Artikel 49 sind sinngemäss anwendbar.

Vom 1. Januar 2009 (Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bestimmung zur neuen Spitalfinanzierung) bis 31. Dezember 2010 geltende Fassung:

*Art. 50 Tarifverträge mit Pflegeheimen*

Beim Aufenthalt in einem Pflegeheim (Art. 39 Abs. 3) vergütet der Versicherer die gleichen Leistungen wie bei ambulanter Krankenpflege und bei Krankenpflege zu Hause. Er kann mit dem Pflegeheim pauschale Vergütungen vereinbaren. Die Absätze 7 und 8 von Artikel 49 sind sinngemäss anwendbar.

Seit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Neuordnung der Pflegefinanzierung am 1. Januar 2011 geltende Fassung [Streichung durch das Gericht]:

*Art. 50 Kostenübernahme im Pflegeheim:*

Beim Aufenthalt in einem Pflegeheim (Art. 39 Abs. 3) vergütet der Versicherer die gleichen Leistungen wie bei ambulanter Krankenpflege nach Artikel 25a~~und bei Krankenpflege zu Hause. Er kann mit dem Pflegeheim pauschale Vergütungen vereinbaren.~~ Die Absätze 7 und 8 von Artikel 49 sind sinngemäss anwendbar.

Schon aus dem Wortlaut der im Rahmen der Neuordnung der Pflegefinanzierung per 1. Januar 2011 vorgenommenen Änderung von Art. 50 KVG wird ersichtlich, dass dieser sich nur auf die eigentlichen Pflegeleistungen gemäss Art. 25a KVG bezieht, an deren Kosten die Krankenversicherer einen Beitrag leisten (« Kostenübernahme »; « nach Artikel 25a »). Weitere Leistungen gemäss Art. 25 Abs. 2 KVG, welche

von Pflegeheimen erbracht werden, werden durch Art. 50 KVG nicht tangiert.

Der Bundesrat ging im Rahmen seiner Rechtsprechung betreffend Pflegeheimtarife davon aus, dass Tarife im Sinne des altrechtlichen Art. 50 KVG nicht gestützt auf Art. 50, sondern gestützt auf Art. 46 beziehungsweise 47 KVG zu genehmigen beziehungsweise hoheitlich festzusetzen waren. Überhaupt fanden gemäss Rechtsprechung des Bundesrates auf die entsprechenden Pflegeheimtarife im Wesentlichen – abgesehen von den dargelegten, aus Art. 50 KVG abgeleiteten Ausnahmen – die *allgemeinen Tarifbestimmungen gemäss Art. 43 ff. KVG* Anwendung (vgl. für viele RKUV 2001 S. 471 E. II.3.1; RKUV 1998S. 180 E. II.3).

**6.4.2** Somit stellt Art. 50 KVG für die Pflegenebenleistungen – anders als Art. 25a KVG für die eigentlichen Pflegeleistungen – keine Ausnahmeregelung zu den allgemeinen Tarif- und Preisbildungsbestimmungen des KVG dar.

#### **6.4.3**

**6.4.3.1** Gemäss Art. 49 Abs. 1 KVG (in der seit 1. Januar 2011 geltenden Fassung) vereinbaren die Vertragsparteien für die Vergütung der stationären Behandlung einschliesslich Aufenthalt und Pflegeleistungen in einem Spital (Art. 39 Abs. 1) oder einem Geburtshaus (Art. 29) Pauschalen. Gemäss Art. 49 Abs. 6 KVG (in der seit 1. Januar 2009 geltenden Fassung) *vereinbaren* die Vertragsparteien die Vergütung bei ambulanter Behandlung. Das Gesetz enthält keine (analoge) Bestimmung, wonach die Vergütung von durch Pflegeheime erbrachte Nebenleistungen zu vereinbaren ist. Zu prüfen ist, ob daraus *e contrario* zu schliessen ist, dass für durch Pflegeheime erbrachte Nebenleistungen keine Vereinbarungspflicht (Kontrahierungszwang) besteht.

**6.4.3.2** Art. 49 KVG bezieht sich (nur) auf die Vergütung von in Spitälern und Geburtshäusern erbrachte OKP-Leistungen. Der Hauptfokus richtet sich dabei auf die stationären Leistungen einschliesslich Aufenthalt (vgl. insb. Abs. 1, aber auch Abs. 2–5 sowie – entsprechend dem Verweis auf Art. 49 Abs. 1 KVG – Art. 49a KVG [«Abgeltung der stationären Leistungen »]). Nur Abs. 6 von Art. 49 KVG bezieht sich auf die Vergütung bei ambulanter Behandlung. Diese separate Regelung für in Spitälern und Geburtshäusern erbrachte ambulante Leistungen indiziert *e contrario*, dass die für die stationären Leistungen geltenden Grundsätze (namentlich betreffend das Primat der Fallpauschalen) auf die ambulanten Leistungen keine Anwendung finden, und die Vergütung der in Spitälern



und Geburtshäusern erbrachten ambulanten Leistungen den allgemeinen OKP-Tarifgrundsätzen gemäss Art. 43 ff. KVG untersteht und somit verschiedene Tariformen zur Wahl stehen (vgl. E. 4.3.1). Tatsächlich werden zum Beispiel in Spitälern ambulant erbrachte ärztliche Leistungen nach der gesamtschweizerisch einheitlichen Tarifstruktur für ärztliche Leistungen (TARMED) vergütet.

In seinem Entwurf zum KVG sah der Bundesrat in Art. 42 KVG (« Tarifverträge mit Spitälern ») vor, dass er Bestimmungen über den Vergütungsmodus bei partiellem Aufenthalt in einem Spital erlasse (Abs. 5). In der Botschaft führte er diesbezüglich aus, dass bei einem partiellen Aufenthalt im Spital (z.B. bei ambulanten Geburten oder bei One-day-surgery) die Infrastruktur des Spitals anders beansprucht werde, als bei der eigentlichen stationären Behandlung. Dies müsse auch bei der Tarifierung in angemessener Art und Weise zum Ausdruck kommen können. Dabei werde auch darauf zu achten sein, dass Kosten, die spezifisch dem stationären Sektor anzulasten seien, nicht für Leistungen bei partiellem Spitalaufenthalt belastet würden und umgekehrt (Botschaft zum KVG, BBl 1992 I 93, 187). Mit der entsprechenden Bestimmung strebte der Bundesrat somit eine sachgerechte unterschiedliche Behandlung der in Spitälern erbrachten stationären und nicht stationären OKP-Leistungen an. Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zum KVG wurde der Wortlaut von Art. 42 Abs. 5 KVG mehrfach geändert und schliesslich als Art. 49 Abs. 5 KVG mit folgendem Wortlaut Gesetz: « Die Vertragspartner vereinbaren die Vergütung bei ambulanter Behandlung und bei teilstationärem Aufenthalt. » Inhaltliche Aussagen zu dieser Bestimmung wurden im Rahmen der parlamentarischen Beratungen allerdings keine gemacht (vgl. AB 1992 S 1299, 1313 f., 1316; AB 1993 N 1852, 1861; AB 1993 S 1072, 1075; AS 1995 1343). Mangels abweichender Voten ist davon auszugehen, dass das Parlament Art. 49 Abs. 5 KVG, wie schon der Bundesrat, zur Abgrenzung und tarifarischen Differenzierung von stationären und nicht stationären Leistungen in Spitälern erliess.

Aus dem Gesagten wird ersichtlich, dass Abs. 5 von Art. 49 KVG (lediglich) dazu diene, für die Bestimmung der Vergütung ambulanter Leistungen einen weiteren Spielraum einzuräumen, als für die von Spitälern erbrachten stationären Leistungen.

**6.4.3.3** Im Gesetzesentwurf zur neuen Spitalfinanzierung sah der Bundesrat vor, den bisherigen Art. 49 Abs. 5 KVG zum Art. 49 Abs. 6

KVG überzuführen und – wie im gesamten Rahmen der Spitalfinanzierungsreform – den Begriff teilstationär aus dem Gesetzestext zu streichen (vgl. Botschaft vom 15. September 2004 betreffend die Änderungen des KVG, BBl 2004 5551, 5580 und BBl 2004 5593, 5596). Ausserdem wurde der Anwendungsbereich von Art. 49 KVG auf Geburtshäuser ausgedehnt. Weitere Ausführungen zur Bedeutung von Art. 49 Abs. 6 KVG hat der Bundesrat in seiner Botschaft nicht gemacht. Auch in den Ratsprotokollen finden sich keine einschlägigen Voten. Somit ist davon auszugehen, dass die Neuordnung der Spitalfinanzierung nichts daran geändert hat, dass die Bestimmung, wonach die Vertragspartner die Vergütung ambulanter Leistungen vereinbaren, zum Ausdruck bringen sollte, dass keine Bindung an die speziell für die stationäre Leistungserbringung geltenden Bestimmungen besteht.

**6.4.3.4** Da die Pflegeheime keine stationären OKP-Leistungen erbringen, erübrigt sich für sie – im Gegensatz zu den Spitälern und Geburtshäusern – eine Abgrenzung und Differenzierung zwischen der Vergütung stationärer und ambulanter OKP-Leistungen. Daraus, dass für Pflegeheime keine zu Art. 49 Abs. 6 KVG analoge Bestimmung besteht, wonach die Vertragsparteien die Vergütung bei ambulanter Behandlung vereinbaren, ist daher nichts herzuleiten.

**6.4.4** Sonstige Gesetzesbestimmungen, die eine entsprechende Ausnahme begründen könnten, sind nicht ersichtlich.

**6.4.5** Da OKP-pflichtige Leistungen einen Preis oder Tarif aufweisen müssen (vgl. E. 4.3.3) und keine Ausnahmebestimmung einschlägig ist (vgl. E. 6.4.1 ff.), richtet sich die Vergütung von durch Pflegeheime erbrachte Nebenleistungen – auch im Sinne der dargelegten bundesrätlichen Rechtsprechung – nach den allgemeinen Tarif- und Preisbildungsbestimmungen des KVG (Art. 43–52a KVG).

**6.4.6** In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht in BVGE 2011/61 zum Schluss gekommen ist, dass die vor Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung anwendbaren allgemeinen Tarifbildungsbestimmungen gemäss Art. 43 ff. KVG im Rahmen der Neuordnung der Pflegefinanzierung in Bezug auf die von der OKP an die übrigen Pflegeleistungen zu bezahlenden Beiträge keine Anwendung mehr finden und die Kantonsregierungen keine auf diese Tariffestsetzungsbestimmungen gestützten Tarifbeschlüsse mehr erlassen können (BVGE 2011/61 E. 5.3.3, 5.4.1 und 6.1). Diese Aussage ist dahingehend zu präzisieren, als sie lediglich in Bezug auf die in

Art. 25a Abs. 1 und 3–5 KVG regelten eigentlichen Pflegeleistungen (im erwähnten Urteil als « übrige Pflegeleistungen » bezeichnet [BVGE 2011/61 E. 5.2]) gilt. Für weitere von Pflegeheimen erbrachte OKP-Leistungen, vorliegend als Nebenleistungen bezeichnet, gelten die allgemein für diese Leistungen geltenden Bestimmungen betreffend Tarife und Preise und deren Zustandekommen.

**6.4.7** Wie zuvor ausgeführt (vgl. E. 4.3.4), sieht das KVG vier verschiedene Tarif- beziehungsweise Preisbildungsmechanismen vor. Da vorliegend die eigentlichen Pflegeleistungen nicht Verfahrensgegenstand sind und der Regierungsrat kein Globalbudget für Pflegeheime im Sinne von Art. 51 KVG festgesetzt hat, werden die von Pflegeheimen erbrachten Nebenleistungen – soweit sie nicht nach behördlich festgesetzten Preisen gemäss Art. 52 f. KVG vergütet werden (vgl. E. 6.5) – nach vereinbarten und genehmigten beziehungsweise subsidiär hoheitlich festgesetzten Tarifen gemäss Art. 46 und 47 KVG gebildet (vgl. E. 6.6).

**6.4.8** Die Vorinstanz hat für die einzelnen in Dispositivziffer II.a–e angeführten OKP-Leistungskategorien den Tarif hoheitlich festgesetzt (vgl. RRB-Dispositivziff. II. erster Absatz: « Die Tarife [...] werden [...] wie folgt *festgesetzt* » [...]). Dabei lassen sich die einzeln verfügbaren Tarife in zwei Kategorien unterteilen: einerseits in jene Tarife, für welche vom EDI oder dem BAG Preise oder Tarife als im Verhältnis zwischen den Pflegeheimen und den Versicherten massgebende Tarife festgesetzt wurden (vgl. E. 6.5), andererseits in jene Tarife, für welche die Vorinstanz die Anwendung von anderen, vorbestehenden Tarifen angeordnet hat (vgl. E. 6.6).

## 6.5

**6.5.1** Die Vorinstanz hat verfügt, dass die ärztlich angeordneten, kassenpflichtigen medizinischen Analysen gemäss den entsprechenden Tarifvereinbarungen und geltenden Taxpunktwerten für ambulante Leistungserbringer (RRB-Dispositivziff. II.b), kassenpflichtige Medikamente auf der Grundlage der SL mit einem Rabatt von 10 % (RRB-Dispositivziff. II.c) und die von den Leistungserbringern abgegebenen kassenpflichtigen Mittel und Gegenstände auf der Grundlage des Höchstvergütungspreises der MiGeL abzüglich 15 % abzurechnen seien; von der Rabattierung der Höchstvergütungspreise seien die auf Zeiteinheiten beruhenden Pauschalen auszunehmen (RRB-Dispositivziff. II.d). Die Vorinstanz hat somit eine Regelung für die individuelle Vergütung jeder einzelnen dieser Leistungen getroffen (nachfolgend: Einzelvergütung).

**6.5.2** Gemäss Art. 25 Abs. 1 KVG übernimmt die OKP die Kosten für die Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen. Diese Leistungen umfassen unter anderem die ärztlich oder unter den vom Bundesrat bestimmten Voraussetzungen von Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen verordneten Analysen, Arzneimittel und der Untersuchung oder Behandlung dienenden Mittel und Gegenstände (Art. 25 Abs. 2 Bst. b KVG). Art. 52 KVG (« Analysen und Arzneimittel, Mittel und Gegenstände ») lautet wie folgt:

1 Nach Anhören der zuständigen Kommissionen und unter Berücksichtigung der Grundsätze nach den Artikeln 32 Absatz 1 und 43 Absatz 6:

a. erlässt das Departement:

1. eine Liste der Analysen mit Tarif,
2. eine Liste der in der Rezeptur verwendeten Präparate, Wirk- und Hilfsstoffe mit Tarif; dieser umfasst auch die Leistungen des Apothekers oder der Apothekerin,
3. Bestimmungen über die Leistungspflicht und den Umfang der Vergütung bei Mitteln und Gegenständen, die der Untersuchung oder Behandlung dienen;

b. erstellt das Bundesamt eine Liste der pharmazeutischen Spezialitäten und konfektionierten Arzneimittel mit Preisen (Spezialitätenliste). Diese hat auch die mit den Originalpräparaten austauschbaren preisgünstigeren Generika zu enthalten.

[...]

3. Analysen, Arzneimittel und der Untersuchung oder der Behandlung dienende Mittel und Gegenstände dürfen höchstens nach den Tarifen, Preisen und Vergütungsansätzen gemäss Absatz 1 verrechnet werden. Der Bundesrat bezeichnet die im Praxislabor des Arztes oder der Ärztin vorgenommenen Analysen, für die der Tarif nach den Artikeln 46 und 48 festgesetzt werden kann.

Die Liste der ärztlich verordneten *Analysen* (*nachfolgend: Analysenliste oder AL*) wird vom Departement nach Anhören der Eidgenössischen Kommission für Analysen, Mittel und Gegenstände als Anhang 3 zur KLV erlassen (Art. 52 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 KVG und Art. 33 Abs. 2 KVG, Art. 34 und Art. 37f KVV). Sie enthält die als Pflichtleistung zu vergütenden Analysen. Diese Analysenliste stellt eine Positivliste dar, das heisst einzig die darin aufgeführten Analysen dürfen von der Krankenversicherung vergütet werden (Art. 34 Abs. 1 KVG). Die Verrechnung

einer nicht aufgeführten Analyse unter einer anderen, in der Analysenliste aufgeführten Position ist unzulässig. Zudem ist die Analysenliste ein sogenannter Amtstarif, das heisst ein behördlich erlassener Tarif. Die Analysenliste, die in der Regel jährlich durch eine entsprechende Änderung der KLV revidiert wird, enthält nebst der Bezeichnung der Analysen auch die dazugehörigen Einzelleistungstarife, die betriebswirtschaftlich zu bemessen sind sowie sachgerecht sein müssen (Art. 43 KVG) und dem Tarifschutz unterliegen (Art. 44 Abs. 1 KVG), das heisst die Leistungserbringer dürfen keine höheren Vergütungen in Rechnung stellen. Einzig für das ärztliche Praxislaboratorium kann für gewisse, in der Analysenliste bezeichnete Analysen, ein Tarif nach den Art. 46 und 48 KVG festgesetzt werden (Art. 52 Abs. 3 KVG). Die Analysenliste wird nur bei ambulanter Behandlung angewendet; bei stationärer Behandlung (in einem Spital oder Geburtshaus) sind die Analysen grundsätzlich in der Pauschale inbegriffen (Art. 49 KVG). Der Taxpunktwert beträgt Fr. 1.– (vgl. BAG: Einleitende Bemerkungen zu Anhang 3 KLV vom 1. Januar 2011; BAG: Analysenliste vom 1. Januar 2011, < [http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00263/00264/04185/06674/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuuq2Z6gpJCJe4R5fWym162epYbg2c\\_JjKbNoKSn6A--](http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00263/00264/04185/06674/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuuq2Z6gpJCJe4R5fWym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--) >, abgerufen am 23.06.2015).

Hinsichtlich der *Mittel und Gegenstände* gilt: Die Versicherung leistet eine Vergütung an Mittel und Gegenstände, die der Behandlung oder der Untersuchung im Sinne einer Überwachung der Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen, die auf ärztliche Anordnung von einer Abgabestelle nach Art. 55 KVV abgegeben werden und von der versicherten Person selbst oder mit Hilfe einer nichtberuflich an der Untersuchung oder der Behandlung mitwirkenden Person angewendet werden (Art. 20 KLV). Gemäss Art. 20a Abs. 1 KLV sind Mittel und Gegenstände in Anhang 2 der KLV nach Arten und Produktgruppen aufgeführt, der sogenannten MiGeL. Mittel und Gegenstände, die in den Körper implantiert werden oder von Leistungserbringern nach Art. 35 Abs. 2 KVG (somit auch den Pflegeheimen gemäss Art. 35 Abs. 2 Bst. k KVG) im Rahmen ihrer Tätigkeit zulasten der OKP verwendet werden, sind (gemäss Art. 20a Abs. 2 KLV) in der Liste *nicht* aufgeführt. Die Vergütung wird mit der entsprechenden Untersuchung oder Behandlung in den Tarifverträgen geregelt. Die MiGeL wird in der AS und in der SR nicht veröffentlicht. Sie wird in der Regel jährlich herausgegeben (Art. 20a Abs. 3 KLV). Von den in der Liste aufgeführten Arten von Mitteln und Gegenständen dürfen sämtliche Produkte abgegeben werden, welche nach

der Gesetzgebung des Bundes oder der Kantone in Verkehr gebracht werden dürfen. Massgebend ist die Gesetzgebung des Kantons, in welchem sich die Abgabestelle befindet (Art. 23 KLV). Die Mittel und Gegenstände werden höchstens zu dem Betrag vergütet, der in der Liste für die entsprechende Art von Mitteln und Gegenständen angegeben ist (Art. 24 Abs. 1 KLV). Liegt der von der Abgabestelle für ein Produkt in Rechnung gestellte Betrag über dem in der Liste für die entsprechende Produktart angegebenen Betrag, so geht die Differenz zulasten der versicherten Person (Abs. 2; vgl. zum Ganzen auch: BAG: Kommentierte Mittel- und Gegenstände-Liste [MiGeL] vom 1. Januar 2011, < [http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00263/00264/04184/06692/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp610NTU042l2Z6lnlacy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCIdIN,e2ym162epYbg2c\\_JjKbNoKSn6A--](http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00263/00264/04184/06692/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp610NTU042l2Z6lnlacy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCIdIN,e2ym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--) >, abgerufen am 23.06.2015).

Die Vergütungspflicht für *pharmazeutische Spezialitäten und konfektionierte Arzneimittel* erstreckt sich nach Art. 52 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 KVG grundsätzlich nur auf Arzneimittel, die in der SL aufgeführt sind. Die SL zählt die pharmazeutischen Spezialitäten und konfektionierten Arzneimittel im Sinne einer Positivliste abschliessend auf. Es dürfen höchstens die in der SL festgesetzten Preise verrechnet werden (Art. 52 Abs. 3 KVG). Das BAG veröffentlicht die SL in elektronischer Form (Art. 64 KVV).

Für den Erlass der AL und der MiGeL beziehungsweise die Erstellung der SL sind das Departement beziehungsweise das Bundesamt verpflichtet, vorgängig die zuständige Kommission anzuhören und die Grundsätze nach Art. 32 Abs. 1 KVG (Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Leistungen) und Art. 43 Abs. 6 KVG (qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten) zu berücksichtigen (Art. 52 Abs. 1 KVG; vgl. zum Ganzen: BGE 134 V 83 E. 4.1; Urteile des BGer 9C\_539/2013 vom 8. April 2014 E. 3.1; 9C\_1011/2012 vom 18. April 2013 E. 2.1, je m.w.H.).

**6.5.3** Art. 52 Abs. 3 KVG sieht vor, dass der Bundesrat die im Praxislabor des Arztes oder der Ärztin vorgenommenen Analysen bezeichnet, für die der Tarif nach Art. 46 und 48 KVG festgesetzt werden kann. E contrario ist schon aufgrund des Wortlautes des Gesetzes davon auszugehen, dass für die übrigen in Art. 52 KVG erwähnten einzelnen OKP-Leistungen (nicht im Praxislabor eines Arztes oder einer Ärztin vorgenommene Analysen, pharmazeutische Spezialitäten und konfektionierte Arzneimittel, Mittel und Gegenstände) kein Raum für eine tarifliche

Vereinbarung nach Art. 46 KVG – und umso weniger für eine hoheitliche Tariffestsetzung – besteht (zur Frage einer allfälligen vertraglichen oder hoheitlichen Festsetzung von Pauschalen, die solche Leistungen umfassen, vgl. E. 6.8). Aus der Bezugnahme auf Art. 48 KVG (der sich spezifisch auf Ärzteverbände bezieht [« Tarifverträge mit *Ärzteverbänden* »]) wird ersichtlich, dass ein allfälliges Labor eines Pflegeheims nicht ohne Weiteres als Praxislabor eines Arztes oder einer Ärztin im Sinne von Art. 52 Abs. 3 letzter Satz KVG gelten kann.

Diese Schlussfolgerung wird in Bezug auf Mittel- und Gegenstände auf Verordnungsebene bestätigt: Art. 20a KLV sieht vor, dass die Mittel- und Gegenstände, die in den Körper implantiert werden oder von Leistungserbringern nach Art. 25 Abs. 2 KVG im Rahmen ihrer Tätigkeit zulasten der OKP verwendet werden, in der Liste nicht aufgeführt sind, und die Vergütung für diese Mittel und Gegenstände mit der entsprechenden Untersuchung oder Behandlung in den Tarifverträgen geregelt wird. E contrario besteht für die auf der MiGeL geführten Mittel und Gegenstände kein Raum für eine tarifvertragliche Regelung (und damit für eine subsidiäre hoheitliche kantonale Tariffestsetzung). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Dispositivziffer II.d des angefochtenen Beschlusses *nur* auf die von den Leistungserbringern *abgegebenen* kassenpflichtigen Mittel und Gegenstände Bezug nimmt. Vom Beschluss erfasst werden somit nur Mittel und Gegenstände, die im Sinne von Art. 20 KLV von einer Abgabestelle nach Art. 55 KVV abgegeben werden und von der versicherten Person selbst oder mit Hilfe einer nichtberuflich an der Untersuchung oder der Behandlung mitwirkenden Person angewendet werden, wofür die Kantonsregierung keine Kompetenz zur hoheitlichen Tariffestsetzung hat. Hingegen nimmt der angefochtene Beschluss *keinen* Bezug auf Mittel und Gegenstände, die *von* Pflegeheimen selbst beziehungsweise ihrem Personal im Rahmen ihrer Tätigkeit zulasten der OKP *verwendet* werden. (...) Unter diesen Umständen ist die Frage, inwiefern solches, von Pflegeheimen beziehungsweise ihrem Personal verwendetes Material mit den von den Krankenversicherern gemäss Art. 25a KVG Abs. 1 und Art. 7 f. KLV an Pflegeleistungen geleisteten Beiträge vergütet wird oder zusätzlich separat in Rechnung gestellt werden kann, vorliegend nicht zu beantworten.

**6.5.4** Auch systematisch würde eine überschneidende Zuständigkeit der den Preis festsetzenden Bundesbehörden und tarifgenehmigender- oder tariffestsetzender kantonalen Behörden keinen Sinn machen. Denn gemäss Art. 52 Abs. 1 KVG berücksichtigt das EDI und das BAG beim

Erlass der AL und MiGeL beziehungsweise bei Erstellung der SL die Grundsätze nach Art. 32 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 6 KVG (vgl. E. 6.5.2). Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die Kantonsregierung zusätzlich eine Tarifgenehmigung oder Tariffestsetzung vornehmen würde, bei der sie insbesondere die Einhaltung der gleichen Grundsätze prüfen beziehungsweise gewährleisten müsste und möglicherweise zu abweichenden Resultaten käme.

**6.5.5** Der Bundesrat hat in seinem Beschwerdeentscheid vom 13. März 2000 in Sachen Krankenversicherer H. und S. gegen den Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt betreffend Verlängerung eines Tarifvertrags durch die Kantonsregierung (publiziert: RKUV 2001 S. 353 E. II.4.3) unter anderem Folgendes ausgeführt:

« Weiter enthält das KVG Bestimmungen, welche gewisse Bereiche der Vergütung medizinischer Leistungen abschliessend regeln, so dass für Tarifvereinbarungen zwischen Leistungserbringern und Versicherern oder die Tariffestsetzung durch die Kantonsregierung kein Raum mehr bleibt, mithin diese Bereiche der Vertragsfreiheit entzogen sind. So hat der Bundesrat festgehalten, dass die Vergütung von Mitteln und Gegenständen, die der Untersuchung oder der Behandlung dienen, in den Art. 20 ff. KLV abschliessend geregelt ist (unveröffentlichter Bundesratsentscheid vom 1. Juli 1998 i.S. Tarife im Kanton Genf). Dasselbe gilt bezüglich der Arzneimittelliste gemäss Art. 29 KLV für Leistungen der Apothekerin oder des Apothekers bei der Herstellung oder Vorbereitung von Rezepturen, und zwar auch dann, wenn in der Arzneimittelliste eine offensichtliche Lücke vorliegt (unveröffentlichter Bundesratsentscheid vom 17. Februar 1999 i.S. Tarife im Kanton Genf [in der Zwischenzeit publiziert als RKUV 1999 S. 150]). Liegt [somit] ein Bereich vor, in dem der Umfang und die Vergütung von Leistungen abschliessend durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung geregelt werden, so ist dieser Bereich einer vertraglichen Regelung zwischen Versicherern und Leistungserbringern entzogen. »

In E. II.4.4 führte er weiter aus:

« Ein abschliessend durch die obligatorische Krankenversicherung geregelter Bereich ist aber nicht bloss jeglicher vertraglichen Vereinbarung entzogen. Vielmehr steht eine solche abschliessende Regelung auch einer hoheitlichen Tariffestsetzung durch die Genehmigungsbehörde entgegen. »

In Bezug auf die in jenem Beschwerdeverfahren umstrittenen Laborleistungen (Analysen) erwog er, dass solche gemäss Art. 52 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 und Abs. 3 KVG nur von der OKP zu vergüten seien, wenn sie auf



der Analysenliste enthalten seien und dann höchstens nach den entsprechenden Tarifen, Preisen und Vergütungsansätzen. Die Vergütung von Laborleistungen werde durch die Analysenliste abschliessend geregelt und sei der Vertragsfreiheit der Parteien und der hoheitlichen Festsetzung eines Tarifs durch die Kantonsregierung entzogen (RKUV 2001 S. 353 E. 5.1 ff.). In seinem Beschwerdeentscheid vom 17. Februar 1999 betreffend den Tarif für von einer « Apotheke bei Spitalpflege zuhause » erbrachte Leistungen im Kanton Genf führte der Bundesrat im Weiteren aus, dass die Kantonsregierungen im Anwendungsbereich der SL und der Arzneimittelliste mit Tarif keine Regelungskompetenz hätten, und vom Verfahren betreffend Erlass und Anpassung der SL und der Arzneimittelliste mit Preisen gemäss Art. 52 KVG nicht abgewichen werden dürfe (RKUV 1999 S. 150 E. II.4.1).

**6.5.6** Das Bundesverwaltungsgericht hat sich – unter Bezugnahme auf RKUV 2001 S. 353 – die Rechtsprechung des Bundesrates zu eigen gemacht, wonach das KVG Bestimmungen enthalte, welche gewisse Bereiche der Vergütung medizinischer Leistungen abschliessend regelten, sodass für Tarifvereinbarungen zwischen Leistungserbringern und Versicherern oder die Tariffestsetzung durch die Kantonsregierung kein Raum mehr bleibe (vgl. Urteile C-5354/2011 E. 4.1; C-536/2009 E. 5.1.3 f.). In einem weiteren Urteil (C-4168/2014 vom 23. Oktober 2014 E. 2.5) bestätigt das Bundesverwaltungsgericht, dass die Vergütung von Laborleistungen in der Analysenliste abschliessend geregelt wird.

**6.5.7** Die Verfahrensbeteiligten bringen keine substantiierten Argumente vor, die ein Abweichen von der dargelegten Rechtsprechung rechtfertigen würden. (...)

**6.5.8** In Bezug auf die in Art. 52 KVG aufgeführten Leistungen unterstehen die Tarifpartner somit keiner Verhandlungspflicht im Sinne von Art. 46 KVG und verfügen die Kantonsregierungen nicht über die Kompetenz, subsidiär gestützt auf Art. 47 KVG hoheitlich einen (höheren, tieferen oder gleich hohen) Tarif zur individuellen Vergütung der übrigen in Art. 52 KVG erwähnten einzelnen OKP-Leistungen zu erlassen (vgl. auch GROSS HAWK, Leistungserbringer, a.a.O., Rz. 34.45 ff.). Die Vorinstanz hat demnach ihre Kompetenzen verletzt, indem sie im angefochtenen Beschluss für von der SL erfasste kassenpflichtige Medikamente, für auf der MiGeL aufgeführte kassenpflichtige Mittel und Gegenstände und für die medizinischen Analysen gemäss AL einen

Einzelvergütungstarif festgesetzt hat (zur Frage eines allfälligen Einbezuges und Vergütung solcher Leistungen im Rahmen eines Pauschaltarifs vgl. E. 6.8).

**6.5.9** Ergänzend ist Folgendes anzuführen: Die Vorinstanz scheint davon auszugehen, dass die vom vorliegenden Verfahren betroffenen Pflegeheime alle (zusätzlichen bzw. spezifischen) Voraussetzungen erfüllen, um die genannten Leistungen zulasten der OKP zu erbringen. Da dies von den übrigen Verfahrensbeteiligten nicht substantiiert infrage gestellt wird, und in Anbetracht des Verfahrensausganges entfällt eine diesbezügliche Prüfung durch das Bundesverwaltungsgericht (vgl. z.B. auch Art. 67 Abs. 1 KVV [in der am 1. Januar 2011 geltenden Fassung], wonach die SL die bei Abgabe *durch [...] Pflegeheime* massgebenden Höchstpreise enthält).

**6.5.10** Der Vollständigkeit halber ist auf Folgendes hinzuweisen: In Dispositivziffer II.c verfügt die Vorinstanz, dass die Pflegeheime berechtigt seien, den in der Apotheke bezahlten Betrag zu verrechnen, wenn sie die Medikamente *im Sinne einer Dienstleistung* in der Apotheke bezogen hätten. In einer solchen Konstellation ist allerdings (nur) die Apotheke OKP-Leistungserbringerin, die direkt mit den OKP-Versicherern abrechnet, während das Pflegeheim (lediglich) als Vertreter seiner Patientinnen und Patienten agiert. Daher ist der Regierungsrat nicht befugt, für dieses Dreiecksverhältnis eine (direkte) Vergütung zwischen den Versicherern und den Pflegeheimen anzuordnen.

## 6.6

**6.6.1** Bei in den RRB-Dispositivziffern II.a (ambulante ärztliche Leistungen), II.b (paramedizinische Leistungen) und II.e (zwischen H+ und SVK tarifierte Leistungen) aufgeführten Leistungen handelt es sich, was nicht substantiiert bestritten wird, grundsätzlich um OKP-Pflichtleistungen. Dass diese grundsätzlich auch von Pflegeheimen selbst zulasten der OKP erbracht und abgerechnet werden können, wurde bereits ausgeführt (vgl. E. 5). Da das Gesetz für diese Leistungskategorien keine speziellen Tarif- oder Preisbildungsmechanismen vorsieht, kommen die allgemeinen Tarifvereinbarungs- und Tariffestsetzungsmechanismen gemäss Art. 46 und 47 KVG zur Anwendung (vgl. E. 4.3.5 f.).

**6.6.2** Der angefochtene Beschluss enthält keine autonome Regelung der Tarife für diese in Dispositivziffern II.a, II.b und II.e aufgeführten, tarifvertraglich vereinbarten Leistungen. Stattdessen hat die Vorinstanz die Pflegeheime und Versicherer verpflichtet, in Bezug auf diese Leistungen

andere Tarife anzuwenden beziehungsweise « entsprechend », « analog » zu diesen abzurechnen (vgl. RRB-Dispositivziff. II [...]).

**6.6.3** Entsprechend den Ausführungen der Verfahrensbeteiligten ist festzuhalten, dass die *Pflegeheime* keinem dieser Tarife direkt unterstehen und insbesondere den entsprechenden Verträgen nicht als Tarifpartner angehören (vgl. namentlich RRB Bst. E [...]). Etwas anderes lässt sich auch daraus nicht ableiten, dass für *andere* Leistungserbringerkategorien (z.B. Ärztinnen und Ärzte) solche Tarife gelten und sie Parteien solcher Verträge sind.

**6.6.4** Dementsprechend liegt in Bezug auf diese Leistungen ein vertrags- und tarifloser Zustand vor, was Voraussetzung für eine auf Art. 47 Abs. 1 KVG abgestützte hoheitliche Tariffestsetzung ist (vgl. E. 4.3.5). Als weitere Voraussetzung für ein vorinstanzliches Eintreten auf das Begehren einer auf Art. 47 KVG abgestützten hoheitlichen Tariffestsetzung müssen Vertragsverhandlungen zwischen Versicherer und Leistungserbringer im Sinne von Art. 47 Abs. 1 KVG gescheitert sein (vgl. E. 4.3.5).

(Schilderung der gescheiterten Vertragsverhandlungen)

Der Regierungsrat war somit grundsätzlich berechtigt und verpflichtet, gestützt auf Art. 47 Abs. 1 KVG einen Tarif für die in RRB-Dispositivziffern II.a, II.b und II.e aufgeführten OKP-Leistungen festzusetzen.

**6.6.5** Die Tariffestsetzung erfolgte dadurch, dass der Regierungsrat Pflegeheime und Versicherer mit Wirkung ab 1. Januar 2011 dazu verpflichtet,

- ambulante ärztliche Leistungen gemäss TARMED mit dem im Kanton Zürich für frei praktizierende Ärztinnen und Ärzte gültigen Taxpunktwert abzurechnen (RRB-Dispositivziff. II.a);
- die ärztlich angeordneten, kassenpflichtigen paramedizinischen Leistungen wie Physiotherapie, Ergotherapie, Logopädie, Ernährungsberatung gemäss den entsprechenden Tarifvereinbarungen und geltenden Taxpunktwerten für ambulante Leistungserbringer abzurechnen (RRB-Dispositivziff. II.b);
- alle zwischen H+ Die Spitäler der Schweiz und dem Schweizerischen Verband für Gemeinschaftsaufgaben der Krankenversicherer (SVK) tarifierten Leistungen wie Dialysen, Heimdialysen, Peritonealdialysen, künstliche Ernährung, mechanische Heimventilation, Transplantationen usw. gemäss den dort vereinbarten Taxen abzurechnen (RRB-Dispositivziff. II.e).

**6.6.6** Soweit in Bezug auf die in RRB-Dispositivziffern II.b und II.e erwähnten Leistungen auf nationale Tarifverträge beziehungsweise Tarifstrukturen verwiesen wird, welchen die Pflegeheime nicht unterstehen und welche der Bundesrat – nach dem Scheitern von pflegeheimbezogenen nationalen Verhandlungen – nicht mittels Verordnung für Pflegeheime zur gesamtschweizerisch einheitlichen Tarifstruktur bestimmt hat, stellen die diesbezüglichen Verweise der Kantonsregierung pflegeheimbezogen eine unzulässige Festsetzung einer fiktiven nationalen Tarifstruktur dar, sodass der Beschluss diesbezüglich als bundesrechtswidrig aufzuheben ist (vgl. BVGE 2014/18; zur Frage der Zulässigkeit eines gestützt auf Art. 46 bzw. 47 KVG vereinbarten bzw. hoheitlich festgesetzten Pauschaltarifs vgl. E. 6.8).

#### **6.6.7**

##### **6.6.7.1** (...)

**6.6.7.2** Nach Art. 43 KVG ist bei der Tarifvereinbarung oder Festsetzung durch die zuständige Behörde auf eine betriebswirtschaftliche Bemessung und eine sachgerechte Struktur der Tarife zu achten. Bei Tarifverträgen zwischen Verbänden sind vor dem Abschluss die Organisationen anzuhören, welche die Interessen der Versicherten auf kantonaler oder auf Bundesebene vertreten (Abs. 4 Sätze 2 und 3). Einzelleistungstarife müssen auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen. Können sich die Tarifpartner nicht einigen, so legt der Bundesrat diese Tarifstruktur fest (Abs. 5). Der Bundesrat kann Anpassungen an der Tarifstruktur vornehmen, wenn sie sich als nicht mehr sachgerecht erweist und sich die Parteien nicht auf eine Revision einigen können (Abs. 5<sup>bis</sup> [in Kraft seit 1. Januar 2013]). Die Vertragspartner und die zuständigen Behörden achten darauf, dass eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten erreicht wird (Abs. 6). Die Leistungserbringer müssen sich an die vertraglich oder behördlich festgelegten Tarife und Preise halten und dürfen für Leistungen nach diesem Gesetz keine weitergehenden Vergütungen berechnen (Tarifschutz; Art. 44 Abs. 1 KVG). Der Tarifschutz in weit gefasster Definition umfasst die Pflicht der Leistungserbringer und Versicherer zur Einhaltung der massgeblichen Tarife und Preise sowohl im gegenseitigen als auch im Verhältnis zu den Versicherten.

Der Bundesrat kann Grundsätze für eine wirtschaftliche Bemessung und eine sachgerechte Struktur sowie für die Anpassung der Tarife aufstellen. Er sorgt für die Koordination mit den Tarifordnungen der anderen Sozialversicherungen (Art. 43 Abs. 7 KVG). Nach Art. 59c KVV prüft die

Genehmigungsbehörde im Sinne von Art. 46 Abs. 4 des Gesetzes, ob der Tarifvertrag namentlich folgenden Grundsätzen entspricht: a. Der Tarif darf höchstens die transparent ausgewiesenen Kosten der Leistung decken. b. Der Tarif darf höchstens die für eine effiziente Leistungserbringung erforderlichen Kosten decken. c. Ein Wechsel des Tarifmodells darf keine Mehrkosten verursachen (Abs. 1). Die Vertragsparteien müssen die Tarife regelmässig überprüfen und anpassen, wenn die Erfüllung der Grundsätze nach Abs. 1 Bst. a und b nicht mehr gewährleistet ist. Die zuständigen Behörden sind über die Resultate der Überprüfungen zu informieren (Abs. 2). Gemäss Abs. 3 wendet die zuständige Behörde die Abs. 1 und 2 bei Tariffestsetzungen nach den Art. 43 Abs. 5, 47 oder 48 des Gesetzes sinngemäss an (vgl. zum Ganzen auch BVGE 2014/18 E. 4.2 ff. m.w.H.). Die zuständige Behörde hat bei der hoheitlichen Tariffestsetzung somit zu gewährleisten, dass die festgesetzten Tarife mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit in Einklang stehen und eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten erreicht wird. Die Behörde hat auf eine betriebswirtschaftliche Bemessung und eine sachgerechte Struktur der Tarife zu achten. Der Tarif darf höchstens die transparent ausgewiesenen Kosten der Leistung und höchstens die für eine effiziente Leistungserbringung erforderlichen Kosten decken. Die entsprechenden Prüfungen müssen jeweils konkret in Bezug auf den festzusetzenden Tarif bezogen erfolgen und den spezifischen Gegebenheiten Rechnung tragen (vgl. z.B. BVGE 2014/18 E. 5.7 ff.). Bei einer Tariffestsetzung mittels Verweises auf einen anderen Tarif ist hervorzuheben, dass schon der Tarif, der aus einem kantonalen Verbandsvertrag resultiert, für ein dem Vertrag nicht beigetretenes Mitglied nicht ohne Weiteres für anwendbar erklärt werden kann (vgl. BVGE 2010/24 E. 5 ff. unter Bestätigung und Präzisierung der bundesrätlichen Rechtsprechung).

Umso höhere Anforderungen sind an die Anwendbarkeitserklärung eines Tarifs auf eine andere Leistungserbringerkategorie zu stellen. So hat der Bundesrat in seinem Beschluss vom 17. Februar 1997: Verband der Genfer Krankenversicherer gegen den Staatsrat des Kantons Genf und die Organisationen Sitex SA und SOS Pharmaciens (publiziert in: RKUV 1999 S. 150 ff.) befunden, dass der für eine Leistungserbringerkategorie festgesetzte Tarif nicht unbesehen auf eine verwandte Leistungserbringerkategorie übertragen werden kann. Er subsumierte die im Kanton Genf zugelassenen « Apotheken bei Spitalpflege zuhause » (nachfolgend Spitex-Apotheken) als eine Form von Spitex-Organisationen, welche Leistungen gemäss Art. 7 Abs. 2 KLV (in der damals geltenden Fassung)

zulasten der OKP erbringen durften. Im Vergleich zu anderen Spitex-Organisationen behandelten diese Spitex-Apotheken ein limitiertes Behandlungsspektrum schwerer Fälle, wofür besondere spezifische Kenntnisse und qualifiziertes Personal (seien es diplomierte Apotheker oder Inhaber einer postgraduate Ausbildung in klinischer Pharmazie) erforderlich seien. Dies müsse bei der Tariffestsetzung beachtet werden. Es sei daher unzulässig, unbesehen den für Pflegende und andere Spitex-Organisationen geltenden Tarif für die Spitex-Apotheken zu übernehmen. Stattdessen hätte eine Studie der realen Kosten durchgeführt werden müssen, welche die Angemessenheit der analogen Tarifübernahme bestätigt hätte (RKUV 1999 S. 162 ff. E. II. 4.2, 4.3.3).

**6.6.7.3** Wenn die Tariffestsetzung mittels Verweis auf den für die gleiche Leistungserbringerkategorie beziehungsweise für den entsprechenden Verband geltenden Tarif und auf den für eine verwandte Leistungserbringerkategorie geltenden Tarif unzulässig ist, muss dies umso mehr für einen Verweis auf den für eine andere Leistungserbringerkategorie geltenden Tarif gelten.

Vorliegend wurden die für anwendbar erklärten Tarife nicht mit Pflegeheimen als Leistungserbringerkategorie vereinbart und genehmigt oder hoheitlich festgesetzt. Die zu solchen Tarifen führenden Vertragsverhandlungen und allenfalls daran anschliessenden Genehmigungs- oder subsidiären Tariffestsetzungsverfahren werden jeweils spezifisch auf die entsprechenden Leistungserbringerkategorien ausgerichtet, die ihre Interessen und Kenntnisse ihrer spezifisch-eigenen Situation in die Verhandlungen einbringen. Dies führt zum Beispiel in Bezug auf TARMED dazu, dass für die Leistungskategorien Spitäler und Ärzte separate Verträge ausgehandelt und vom Bundesrat genehmigt wurden. Die kantonalen Taxpunktwerte für die beiden Leistungserbringerkategorien sind auch keineswegs stets identisch. Die Physiotherapietarifstruktur wiederum beruhte bisher auf einem speziell entwickelten Modellphysiotherapieinstitut, welches sich auf – für den (vom Bundesrat am 1. Juli 1998 genehmigten) nationalen Tarifvertrag für die Behandlung durch Physiotherapeuten in freier Praxis (...) – empirisch ermittelte, normativ ergänzte und statistisch bereinigte Daten bezog (vgl. BVGE 2014/18 E. 5.4). Solche bilateralen Verhandlungen und Genehmigungs- oder Festsetzungsverfahren können sich über Jahre hinwegziehen. So begann der Entwicklungsprozess, der zum Inkrafttreten von TARMED per 1. Januar 2004 führte, bereits 1986/1987 (vgl. THOMAS BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge im Krankenversicherungsrecht, Hamburg, 2012,

S. 145). Auch die Verhandlungen, die zur Vereinbarung der nationalen Tarifstruktur für von freischaffenden Physiotherapeuten und Physiotherapeutinnen erbrachten Physiotherapieleistungen führten, nahmen rund zehn Jahre in Anspruch (vgl. BEATRICE GROSS HAWK, Selbständige nichtärztliche Medizinalpersonen in der freien Praxis – wie viel Freiheit belässt ihnen das Krankenversicherungsrecht?, 2008, Rz. 108 Fn. 226, nachfolgend: Medizinalpersonen). Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass die Behörde bei der Genehmigung oder Festsetzung solcher Tarife die vorgeschriebene Prüfung auf KVG-Konformität vorgenommen hat, konnte dies lediglich in Bezug auf die damals betroffenen Leistungserbringerkategorien geschehen und nur für diese Kategorie gelten. Sollen dieselben Tarife auf andere Leistungserbringerkategorien übertragen werden, ist eine neue, auf diese Kategorien bezogene Prüfung vorzunehmen. Anders vorzugehen würde bedeuten, dass die Genehmigung oder Festsetzung eines bestimmten Tarifs für die eine Leistungserbringerkategorie (z.B. Spitäler als ambulante Leistungserbringer) den Tarif für andere Leistungserbringerkategorien (z.B. Ärztinnen und Ärzte in freier Praxis) präjudizieren würde und diverse KVG-Tariffbildungsgrundsätze (namentlich das Verhandlungsprimat und die gesetzlich vorgeschriebene Prüfung der einzelnen Tarife) de facto ausser Kraft setzen könnte.

Vorliegend ist namentlich zu beachten, dass die primäre Aufgabe von Pflegeheimen das Erbringen von Pflegeleistungen im Sinne von Art. 25a KVG ist. Die Pflegeheime verfügen über dementsprechend ausgerichtete Strukturen, Abläufe, Kosten- und Ertragssysteme. Diese können in Bezug auf von ihnen erbrachte Nebenleistungen offensichtlich nicht unbedenken mit anderen Leistungserbringerkategorien gleichgesetzt werden, deren hauptsächliche oder einzige Tätigkeit das Erbringen der betreffenden Leistungen ist.

**6.6.7.4** (Unzulässige Nichtdurchführung einer entsprechenden Prüfung in Bezug auf die vorliegend umstrittene Tariffestsetzung durch die Vorinstanz)

**6.6.7.5** Der angefochtene Beschluss ist somit (auch) mangels Durchführung einer konkreten Prüfung der OKP-Konformität der Tarife nach RRB-Dispositivziffern II.a, II.b und II.e rechtswidrig.

**6.6.8** Zu prüfen ist weiter, ob eine Tariffestsetzung *mittels Verweis* – in der vorliegend im Rahmen der RRB-Dispositivziffern II.a, II.b und II.e vorgenommenen Form – zulässig ist.

**6.6.8.1** In seinem Urteil C-5733/2012 vom 15. Februar 2013 führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass ein hoheitlicher Tariffestsetzungsbeschluss aus sich selber heraus hinreichend klar sein müsse, weshalb – jedenfalls hinsichtlich weiterer Modalitäten – nicht lediglich auf einen von anderen Parteien geschlossenen Vertrag verwiesen werden könne (C-5733/2012 S. 8). Der dort angefochtene Beschluss bezeichnete die betroffene Leistung und den Tarif (Infrastrukturpauschale von Fr. 700.–) direkt, und verwies nur für Modalitäten auf einen von anderen Parteien geschlossenen Vertrag. Das Gericht hatte somit keinen Anlass dafür, sich zur Zulässigkeit eines tarifbezogenen Verweises zu äussern. Da das Gebot der hinreichenden Klarheit eines Beschlusses und ein Verbot des Verweises auf Drittverträge schon für Modalitäten gilt, welche nicht Gegenstand eines Tariffestsetzungsbeschlusses sein müssen (vgl. BVGE 2010/24 E. 7.3), muss dies umso mehr für den zwingenden Inhalt von Tarifverträgen beziehungsweise subsidiären Tariffestsetzungsbeschlüssen gelten. Dazu gehören im Wesentlichen die Nennung der tarifierten Leistungen, die vereinbarte Taxe und im Falle eines komplexen mehrteiligen Einzelleistungsvertrags (z.B. nach dem Modell TARMED) die Tarifstruktur – also die Parameter für die Tariffestsetzung (vgl. Urteil C-5354/2011 E. 4.2.1).

**6.6.8.2** Als Genehmigungsbehörde hat der Bundesrat am 26. Mai 2004 über die Genehmigung des zwischen dem Verband der Heilbäder und santésuisse am 22. Mai 2001 geschlossenen (nationalen) Vertrags über physiotherapeutische Leistungen in anerkannten Heilbädern befunden. Dieser Vertrag sah vor, dass « der Physiotherapietarif sowie die sonstigen vertraglichen Bestimmungen gemäss dem Vertrag SPV-KSK vom 01.09.1997 » anwendbar seien. In seiner Genehmigungsentscheid hielt der Bundesrat fest, dass mit dieser Klausel lediglich die (vom Bundesrat bereits genehmigte) Tarifstruktur übernommen werde und der unter Ziffer 5 des Vertrags enthaltene Verweis, wonach der im Kanton für den Vertrag SPV-KSK verhandelte oder behördlich festgelegte Taxpunktwert gelte, nicht Bestandteil des Tarifvertrags bilden könne, weil die Vertragsparteien nicht identisch seien und dieser Verweis daher auf eine ausserhalb des Vertrags liegende Bezugsgrösse abziele (vgl. GROSS HAWK, Medizinalpersonen, a.a.O., Rz. 379 inkl. Fn. 865). Folgt man dieser Argumentation, ist ein Verweis auf einen anderen Vertrag umso mehr unzulässig, wenn er nicht vertraglich vereinbart, sondern in einem – mangels einvernehmlicher Regelung notwendig gewordenen – hoheitlichen Tariffestsetzungsbeschluss verwendet wird.



**6.6.8.3** Für eine strenge Handhabung der Zulässigkeit von Verweisen auf bestehende Tarifvereinbarungen und Tarife spricht auch, dass der anwendbare Tarif und allfällige damit verbundene Modalitäten den einzelnen Krankenversicherern und Leistungserbringern zweifelsfrei bekannt sein müssen, damit sie ihn korrekt anwenden können. Weiter muss es den Versicherten möglich sein, den im konkreten Einzelfall massgebenden Tarif identifizieren und dessen korrekte Anwendung kontrollieren zu können (vgl. auch Art. 42 Abs. 3 KVG). Schliesslich setzt auch eine allfällige gerichtliche Beurteilung, ob in einem Streitfall richtig Rechnung gestellt wurde, eine zweifelsfreie Identifikation der massgebenden Tarifbestimmungen voraus.

**6.6.8.4** Sogar wenn davon ausgegangen werden sollte, dass Verweise auf ausserhalb der Tariffestsetzung liegende Bezugsgrössen nicht in jeder Konstellation verboten sind, wären doch hohe Anforderungen an die Verweise zu stellen, damit deren Verwendung im konkreten Tariffestsetzungsbeschluss bejaht werden kann. Der Verweis muss mindestens garantieren, dass die betroffenen Krankenversicherer, Leistungserbringer, Versicherten und allenfalls angerufenen Gerichte den Tarif, auf den abgestellt wird, ohne grossen Aufwand identifizieren und darauf Zugriff nehmen können. Der Identifikationsbedarf wird umso grösser, je komplizierter die dem anwendbar erklärten Tarif zugrunde liegende Basis und je grösser die Verwechslungsgefahr beziehungsweise Unsicherheit einer klaren Identifikation ist, dass bei der Anwendung im Einzelfall auf einen falschen Tarif abgestützt wird, zum Beispiel weil für verschiedene Einkaufsgemeinschaften und/oder Verbände/Gruppen von Leistungserbringern unterschiedliche Tarife für die gleichen Leistungen bestehen.

**6.6.8.5** Für eine korrekte Identifikation eines Tarifvertrags sind mindestens der Titel des Vertrags, die Vertragsparteien, die im Vertrag geregelten Leistungen, das Datum der Vertragsunterzeichnung und der zeitliche Geltungsbereich des Vertrags notwendig. Ausserdem sollte der Genehmigungsbeschluss der Kantonsregierung identifiziert werden; sollten sich daraus Abweichungen zum Vertrag ergeben, *muss* der Genehmigungsbeschluss bezeichnet werden. Resultiert der Tarif hingegen aus einem hoheitlichen Festsetzungsbeschluss, muss dieser identifiziert werden, wozu mindestens seine offizielle Bezeichnung, das Beschlussdatum, der Kreis der betroffenen Leistungserbringer und Krankenversicherer, die betroffenen OKP-Leistungen und sein zeitlicher Geltungsbereich notwendig sind. Resultiert der Tarif, auf welchen verwiesen wird, aus einer Kombination verschiedener Verträge und/oder

Tariffestsetzungsentscheide (z.B. national vereinbarte, vom Bundesrat genehmigte Tarifstruktur und in deren Rahmen erfolgter kantonaler Tariffestsetzungsbeschluss), sind sämtliche massgebenden Elemente zu identifizieren und allenfalls deren genaues Zusammenspiel offenzulegen. In jedem Fall muss den Verweisen auch entnommen werden können, welche Teile der Verträge beziehungsweise Beschlüsse für anwendbar erklärt werden.

**6.6.8.6** Vorliegend verweisen die betreffenden RRB-Dispositivziffern lediglich allgemein auf den im Kanton Zürich gültigen TARMED-Taxpunkt看wert für frei praktizierende Ärztinnen und Ärzte (Ziff. II.a) beziehungsweise auf die entsprechenden Tarifvereinbarungen und die geltenden Taxpunktwerte für ambulante Leistungserbringer (Ziff. II.b). Ziffer II.e verweist auf die zwischen H+ Die Spitäler der Schweiz und dem Schweizerischen Verband für Gemeinschaftsaufgaben der Krankenversicherer (SVK) tarifierten Leistungen, die « gemäss den dort vereinbarten Taxen » abzurechnen seien. Diese Dispositivziffern enthalten somit nahezu keine der für eine zweifelsfreie Identifikation der Bezugsgrössen (namentlich der Vereinbarungen, Genehmigungsbeschlüsse und/oder Tariffestsetzungsbeschlüsse) notwendigen Angaben. In Bezug auf die paramedizinischen und die zwischen H+ und SKV betroffenen Leistungen fehlt es sogar an einer vollständigen Bezeichnung der Leistungskategorien, auf die Bezug genommen wird (paramedizinische Leistungen « wie » Physiotherapie; « [...] Transplantationen usw. »). Wer in Dispositivziffer II.b als ambulanter Leistungserbringer gemeint ist, ist nicht ersichtlich, zumal nur ambulant erbrachte Leistungen betroffen sein sollen. Weiter geht aus dem angefochtenen Beschluss nicht klar hervor, ob sich der Verweis auf externe Bezugsgrössen beziehungsweise deren Anwendbarkeitserklärung (lediglich) auf den Tarif selbst bezieht – allenfalls festgesetzt aus einer Kombination von Tarifstruktur und Taxpunkt看wert – oder ob auch Modalitäten, die in den Tarifvereinbarungen und/oder Festsetzungsbeschlüssen geregelt sind, für anwendbar erklärt werden. So wird im RRB unter Bst. E. erklärt, dass die Tarife und Modalitäten für Nebenleistungen festzusetzen seien. In « G. Tarife und Modalitäten ab 1. Januar 2011 » wird als sachgerecht erachtet, auf « Tarifregelwerke » und auf « die entsprechenden Genehmigungsbeschlüsse » des Regierungsrates zu verweisen. Beides indiziert, dass auch mit den entsprechenden Tarifen verbundene Modalitäten, die aber nicht genauer umschrieben oder eingegrenzt sind, als anwendbar erklärt werden. Gemäss Dispositivziffer II.b soll ausserdem gemäss den entsprechenden Tarifvereinbarungen und geltenden Taxpunktwerten abgerechnet werden. Im ersten

Absatz von Dispositivziffer II. werden hingegen lediglich die Tarife, in Dispositivziffer II.a der gültige Taxpunktwert und in Dispositivziffer II.e die vereinbarten Taxen erwähnt, was indiziert, dass nur die (entsprechenden) Tarife ohne allfällige Modalitäten anwendbar erklärt werden.

**6.6.8.7** Der angefochtene Beschluss indiziert weiter, dass die per 1. Januar 2011 referenzierten Tarife in Bezug auf die Pflegeheime nicht unverändert anwendbar sein sollen, sondern allfällige Anpassungen des Referenztarifs zu einer automatischen Anpassung der für die Pflegeheime geltenden Tarife führen sollen (im Sinne eines dynamischen Verweises). Der Beschluss sieht sogar vor, dass im Falle eines gekündigten Vertrags beziehungsweise vertragslosen Zustandes die zuletzt gültigen Vereinbarungen zu den einzelnen Nebenleistungen als anwendbar gelten, bis ein neuer Tarifvertrag zustande gekommen beziehungsweise der Tarif hoheitlich festgelegt ist (RRB-Dispositivziff. II zweiter Absatz).

In BVGE 2010/24 befand das Bundesverwaltungsgericht, dass es unzulässig sei, in einem TARMED-Taxpunktwert-Festsetzungsentscheid betreffend einen einzelnen Arzt vorzusehen, dass der festgesetzte Taxpunktwert jeweils automatisch an künftige Veränderungen des Taxpunktworths gemäss dem kantonalen TARMED-Anschlussvertrag angepasst werde (BVGE 2010/24 E. 8.2 und 9). Das Gericht führte aus, dass ein solcher Anpassungsautomatismus (bzw. der dazu führende dynamische Verweis) sich schon deshalb als nicht rechtmässig erweise, weil zu solchen allfälligen zukünftigen Taxpunktanpassungen betreffend den einzelnen Arzt – entgegen Art. 14 PüG – keine Stellungnahme der PUE eingeholt werden könne. Ergänzend ist anzufügen, dass zugleich – wenn die Anpassung auf Verbandsebene erfolgt – das Anhörungsrecht der Organisationen, welche die Interessen der Versicherten auf kantonaler Ebene vertreten, verletzt wird (Art. 43 Abs. 4 KVG; Urteil des BVGer C-5543/2008 vom 1. April 2011 E. 7.5 m.H.). Überhaupt setzt ein solcher Anpassungsautomatismus den vom KVG vorgesehenen Mechanismus für die Tariffestsetzung ausser Kraft (vgl. RKUV 2001 S. 371 ff. E. II.3.2.2). Auch liegt – jedenfalls dann, wenn die von der automatischen Tarifanpassung betroffenen Tarifpartner nicht in das Verfahren betreffend die Anpassung des Referenztarifs mit einbezogen werden – eine Verletzung ihres Anspruches, vor der Tarifveränderung angehört zu werden (vgl. Art. 47 Abs. 1 KVG), beziehungsweise ihres grundsätzlichen Anspruches auf rechtliches Gehör (gemäss Art. 29 Abs. 2 BV) vor.

Gegen die im angefochtenen Beschluss vorgesehene andauernde Gültigkeit einer dahingefallenen vertraglichen Regelung spricht zusätzlich, dass mit diesem Dahinfallen auch die Gründe bedeutungslos werden, die zur Rechtfertigung des ursprünglichen Anknüpfens an den Referenztarif vorgebracht wurden, zumal der referenzierte Tarif sichtlich schon von direkt beteiligten Tarifpartnern nicht mehr für gesetzeskonform und/oder sachgerecht beurteilt wird. Ausserdem schafft diese Fiktion zusätzliche Unklarheiten betreffend den massgebenden Tarif. Auch geht aus besagtem Passus des Dispositivs nicht klar hervor, ob damit die Zeitspanne, in welcher kein Tarif besteht und im Nachhinein keiner vereinbart und genehmigt beziehungsweise hoheitlich festgesetzt wird, (definitiv) überbrückt werden soll, oder ob es sich dabei um einen provisorischen Tarif handelt, der im Falle einer rückwirkenden Tarifgenehmigung oder -festsetzung einer Rückabwicklung untersteht. Unklar bleibt weiter, inwiefern sich allfällige von den Genehmigungs- oder Festsetzungsbehörden oder dem Bundesverwaltungsgericht (im Beschwerdefall) in Bezug auf den referenzierten Tarif angeordnete provisorische Regelungen/Tarife auswirken. Gegen die Zulässigkeit der unbefristet fingierten Anwendung eines referenzierten Tarifs beziehungsweise Tarifvertrags spricht ausserdem, dass Art. 47 Abs. 3 KVG den Kantonsregierungen nur erlaubt, einen bestehenden Tarifvertrag im Anschluss an dessen Ausserkrafttreten um ein Jahr zu verlängern. Kommt kein Vertrag zustande, haben die Kantonsregierungen nach Anhören der Beteiligten eine hoheitliche Tariffestsetzung vorzunehmen. Umso weniger sollte ein solcher Vertrag nach Ablauf der Verlängerungsfrist als Referenzwert unbefristet Geltung behalten können.

**6.6.8.8** Die in den Dispositivziffern II.a, II.b und II.e des angefochtenen Beschlusses ab 1. Januar 2011 festgesetzten Tarife sind somit unzureichend bestimmbar, unterstehen einem unzulässigen Anpassungsautomatismus und sollen – mit zusätzlichen Unsicherheiten belastet und ohne ersichtliche Rechtfertigung – einem fiktiven Tarif folgen. Aus diesen Gründen sind die mit diesen Dispositivziffern festgesetzten Tarife als rechtswidrig aufzuheben.

## **6.7**

**6.7.1** Wie dargelegt wurde, verstösst der angefochtene Beschluss zum einen insofern gegen Bundesrecht, als der Regierungsrat gestützt auf Art. 47 KVG für die individuelle Vergütung der von der SL erfassten kassenpflichtigen Medikamente, der auf der MiGeL aufgeführten kassenpflichtigen Mittel und Gegenstände und der medizinischen Analysen

gemäss AL einen Einzelvergütungstarif festgesetzt hat, obwohl er nicht über die entsprechende Kompetenz verfügt. Es besteht für die entsprechenden OKP-Leistungen keine Tariflosigkeit. Vielmehr gelten diesbezüglich grundsätzlich die von den Bundesbehörden festgesetzten Einzelvergütungspreise von Gesetzes wegen auch für die Pflegeheime, soweit sie individuell die für die entsprechende Leistungserbringung vorausgesetzten Bedingungen erfüllen (zur allfälligen Vergütung solcher Leistungen im Rahmen eines kantonalen, nicht eine Einzelvergütung solcher Leistungen vorsehenden Tarifs vgl. E. 6.8). Es besteht diesbezüglich somit kein (zwingender) Handlungsbedarf.

**6.7.2** Zum anderen verstösst der angefochtene Beschluss in Bezug auf die übrigen Leistungskategorien (gemäss RRB-Dispositivziff. II.a, II.b und II.e) gegen Bundesrecht, weil nur der Bundesrat über die Kompetenz verfügt, Einzelleistungstarifstrukturen zu genehmigen oder festzusetzen. In Bezug auf diese Leistungskategorien besteht somit Tariflosigkeit, die entsprechend den allgemeinen Tarifgrundsätzen gemäss Art. 43 ff. KVG durch einen – vom Regierungsrat zu genehmigenden – Tarifvertrag beziehungsweise subsidiär durch eine hoheitliche Tariffestsetzung (gestützt auf Art. 46 bzw. 47 KVG) behoben werden *muss* (vgl. E. 4.3.5). Zu prüfen bleibt, ob die Tarifpartner und der Regierungsrat zur Behebung dieser Tariflosigkeit (nachfolgend: Tariflücke) auf eine bestimmte Tarifform zurückgreifen müssen und zum Beispiel nur ein Pauschaltarif vereinbart und genehmigt beziehungsweise subsidiär hoheitlich festgesetzt werden darf.

## 6.8

**6.8.1** Wie an früherer Stelle ausgeführt wurde, können gestützt auf Art. 46 beziehungsweise 47 KVG (je i.V.m. Art. 43 KVG) grundsätzlich Zeittarife, Pauschaltarife, Einzelleistungstarife oder Mischformen davon vereinbart beziehungsweise hoheitlich festgesetzt werden (vgl. E. 4.3.1). Bei der Wahl des Tarifmodells verfügen die Tarifpartner und subsidiär der Regierungsrat über ein grosses Ermessen, soweit die Zielsetzung einer qualitativ hochstehenden und zweckmässigen gesundheitlichen Versorgung zu möglichst günstigen Kosten gewahrt bleibt (vgl. BVGE 2012/18 E. 5.3, 5.4 und 21.4; BGE 126 V 344 E. 4.a; RKUV 1997 S. 375 ff. E. II.9.3; EUGSTER, KVG-Kommentar Art. 43 N. 6; GROSS HAWK, Leistungserbringer, a.a.O., Rz. 34.21 und Rz. 34.141 f.). So kann die Kantonsregierung beispielsweise im Rahmen der hoheitlichen Tariffestsetzung insbesondere auch ein neues Tarifmodell einführen, ohne sich dafür mit den Versicherern vorgängig ins Einvernehmen zu setzen

(vgl. BVGE 2012/18 E. 21.4). Auch akzeptierte der Bundesrat in seiner Rechtsprechung zu von Pflegeheimen erbrachten Pflege- und Nebenleistungen, dass für deren Vergütung Pauschaltarife vereinbart beziehungsweise subsidiär hoheitlich festgesetzt wurden, die auch OKP-Leistungskategorien umfassten, deren Einzelvergütung bereits von Bundesbehörden geregelt worden war (namentlich Analysen gemäss AL, Arzneimittel gemäss SL, Mittel- und Gegenstände gemäss MiGeL; vgl. E. 5.5.3; vgl. auch EUGSTER, SBVR, a.a.O., Rz. 889 S. 698).

**6.8.2** Da Einzelleistungstarife auf einer gesamtschweizerisch einheitlichen Tarifstruktur beruhen müssen und eine solche für von Pflegeheimen erbrachte Nebenleistungen nicht besteht, fällt die Vereinbarung oder Festsetzung eines Einzelleistungstarifs vorliegend allerdings ausser Betracht (vgl. E. 6.6.6).

**6.8.3** Vom BAG wird geltend gemacht, dass ein allfälliger Nebenleistungstarif die Form eines Pauschaltarifs annehmen müsse (...), was im Folgenden zu prüfen ist.

**6.8.3.1** Im Gesetz findet sich keine Norm, wonach für von Pflegeheimen erbrachte Nebenleistungen Pauschalen vereinbart oder subsidiär hoheitlich festgesetzt werden müssten.

**6.8.3.2** Zu prüfen ist, ob aus Art. 50 KVG eine entsprechende Pflicht hergeleitet werden kann.

Diesbezüglich ist vorzuschicken, dass Art. 50 KVG sich in der ab 1. Januar 2011 geltenden Fassung nur auf die eigentlichen Pflegeleistungen gemäss Art. 25a KVG bezieht, an deren Kosten die Krankenversicherer einen Beitrag leisten. Weitere Leistungen gemäss Art. 25 Abs. 2 KVG, welche von Pflegeheimen erbracht werden, werden durch Art. 50 KVG nicht tangiert (vgl. E. 6.4.1). Damit ist grundsätzlich ausgeschlossen, dass aus Art. 50 KVG auf eine Pflicht zur Vereinbarung beziehungsweise hoheitlichen Festsetzung von Pauschaltarifen für von Pflegeheimen erbrachte Nebenleistungen zu schliessen ist. Der Vollständigkeit halber ist im Folgenden ein Blick auf die Entstehung und Entwicklung von Art. 50 KVG und auf die diesbezügliche Rechtsprechung zu werfen.

In seiner Botschaft zum KVG sprach der Bundesrat Pauschaltarifen gegenüber Einzelleistungstarifen eine kostendämpfende Wirkung zu, zumal Einzelleistungstarife gewisse Anreize zur Leistungserbringung, und

damit zur Mengenausweitung in sich tragen. Gerade die Mengenausweitung spiele aber bekanntlich bei der Kostenentwicklung eine entscheidende Rolle (Botschaft zum KVG, BBl 1992 I 93, 174, 184). Der bundesrätliche KVG-Entwurf enthielt einen Art. 43, der inhaltlich im Wesentlichen dem Gesetz gewordenen Art. 50 KVG entspricht, der mit dem Inkrafttreten der neuen Spitalfinanzierung am 1. Januar 2009 keine wesentliche Änderung erfahren hat (vgl. E. 6.4.1). In seiner Botschaft zum KVG führte der Bundesrat aus, dass die im Entwurf vorgesehenen, für den Tarifvertrag aufgestellten allgemeinen Grundsätze und Regeln für alle Tarifverträge gemäss KVG gälten. Darüber hinaus seien gegebenenfalls noch die besonderen Bestimmungen bezüglich Tarifverträge mit Pflegeheimen (Art. 43) zu beachten (Botschaft zum KVG, BBl 1992 I 93, 171 f., 180). Gemäss Art. 43 KVG übernehme die Versicherung bei einem Aufenthalt in einem Pflegeheim die gleichen Kosten wie bei ambulanter Behandlung, wohingegen die Kosten für Aufenthalt und Verpflegung – anders als beim Spitalaufenthalt – aus anderen Quellen finanziert würden, nämlich aus den persönlichen Einkünften der Patienten, namentlich den Renten der AHV/IV/EL (allenfalls auch aus den Renten der zweiten Säule) und aus Steuergeldern (Botschaft zum KVG, BBl 1992 I 93, 127, 152; vgl. auch EUGSTER, KVG-Kommentar, Art. 50 N. 1). Den Pauschaltarif habe man unter der Herrschaft des Bundesgesetzes vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung (KUVG [BS 8 281]; in Kraft bis 31. Dezember 1995) insbesondere bei der Abgeltung der Spitalaufenthalte gekannt; es sei aber gut vorstellbar, dass Pauschaltarife und Zeittarife in Zukunft vermehrt in der ambulanten Behandlung zur Anwendung kämen. In manchen Vernehmlassungen sei die Meinung vertreten worden, dass die Pauschalvergütung auch im Pflegeheim die Regel bilden werde. Die Vorlage lasse diese Möglichkeit ausdrücklich offen, schreibe sie jedoch nicht als Regel vor (Botschaft zum KVG, BBl 1992 I 93, 173, 187). Weiter seien die Bestimmungen über die Kostenkontrolle bei Spitälern sinngemäss auf die Pflegeheime anwendbar, wobei der Bundesrat unter anderem auf seine Ausführungen zu Art. 37 des Entwurfs verwies, dessen Abs. 1, Abs. 2 Bst. a–c, Abs. 3 und Abs. 4 erster Satz namentlich die Tarifarten Zeittarif, Einzelleistungstarif und Pauschaltarif nennen und unverändert im Rahmen der parlamentarischen Beratung als Art. 43 KVG Gesetz wurden (Botschaft zum KVG, BBl 1992 I 93, 172 f., 187). Aus dem Wortlaut und den Materialien betreffend Art. 50 KVG wird somit ersichtlich, dass dieser in seiner ursprünglichen Form die Vereinbarung von Pauschalen ermöglichen, aber nicht dazu verpflichten sollte.

Als – nach Einführung des KVG für die Beurteilung von Beschwerden gegen kantonale Entscheide betreffend Pflegeheimtariffestsetzungen oder Nichtgenehmigung von Pflegeheimtarifverträgen – zuständige Rechtsmittelinstanz bestätigte der Bundesrat in seiner Rechtsprechung jeweils, dass sich aus Art. 50 KVG herleite, dass Unterkunft und Verpflegung bei Pflegeheimaufenthalten nicht von der OKP bezahlt würden. Die eigentlichen Pflegeleistungen gemäss Art. 7 KLV seien zum ambulanten Bereich zu zählen – unabhängig davon, *ob ein Pauschaltarif festgesetzt worden sei oder nicht*. Damit habe der Gesetzgeber – im Gegensatz zu den Spitälern – eine Finanzierung der Pflegeheime als Institutionen und damit eine Anrechnung der allgemeinen Infrastruktur- und Betriebskosten bei der Ermittlung der Kosten der Leistungen ausgeschlossen. Der Gesetzgeber habe sie aber in einem gewissen Grade den Spitälern gleichgestellt, indem die Pflegeheime ebenfalls der Kostenkontrolle unterliegen und deshalb eine Kostenrechnung und eine Leistungsstatistik führen müssten (vgl. RKUV 1999 S. 371 E. II.5; RKUV 2001 S. 471 E. II.4; vgl. auch Art. 7 Abs. 3 KLV in der vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2010 geltenden Fassung). Die Entscheide der Kantonsregierungen betreffend Pflegeheimtariffestsetzungen wurden hingegen nicht gestützt auf Art. 50 KVG, sondern – zu Recht, wie der Bundesrat jeweils ausführte – gestützt auf Art. 47 KVG verfügt. Auf die entsprechenden Pflegeheimtarife waren im Wesentlichen – abgesehen von den dargelegten, aus Art. 50 KVG abgeleiteten Ausnahmen – die *allgemeinen Tarifbestimmungen gemäss Art. 43 ff. KVG* anwendbar (vgl. für viele RKUV 2001 S. 471 E. II.3.1; RKUV 1998 S. 180 E. II.3). So leitete der Bundesrat aus Art. 43 Abs. 2 KVG, wonach als Tarifierungsart namentlich ein Zeittarif, ein Einzelleistungstarif und ein Pauschaltarif möglich waren, ab, dass Pauschalen nur *eine* Möglichkeit der Tarifierung waren und keine Pflicht des Regierungsrates bestand, für die zusätzlichen Leistungen eine Pauschale festzulegen (...). Die Verwendung eines Pauschaltarifs (im Verhältnis zu einer detaillierten Einzelleistungsabrechnung) reduziere administrative Kosten, könne allerdings auch zu einer unerwünschten Einschränkung der Transparenz führen (vgl. RKUV 1998 S. 161 ff. E. II.12; RKUV 2001 S. 471 E. II.4.2). Auch aus dieser Rechtsprechung ist darauf zu schliessen, dass Art. 50 KVG in seiner ursprünglichen Form die Option der Vereinbarung von Pauschaltarifen vorsah, aber keine entsprechende Pflicht.

Der Bundesrat sah in seinem Entwurf von Art. 50 KVG zur Neuordnung der Pflegefinanzierung vor, dass für die in den Pflegeheimen gewährte Behandlungspflege Pauschalen zu vereinbaren seien. Damit werde



gegenüber dem geltenden Recht, das die pauschale Vergütung lediglich in einer deklaratorischen Kann-Vorschrift erwähne, die Möglichkeit einer Einzelleistungstarifizierung, die erfahrungsgemäss tendenziell die Mengenausweitung fördere, explizit ausgeschlossen (Botschaft zur Pflegefinanzierung, BBl 2005 2033, 2071 Ziff. 2.3.2.3, 2077 Ziff. 3.1.1). Letztlich erachtete der Bundesrat die in Art. 43 Abs. 2 KVG vorgesehenen Tarifierungsarten, wozu auch der Pauschaltarif gehört, als zulässige Tarifierungsarten für die *vor* Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung geltenden Pflegeheimtarife. Wie bereits ausgeführt, wurde die vom Bundesrat vorgesehene Aufteilung der OKP-Pflegeleistungen in Grund- und Behandlungspflege vom Parlament verworfen. Dieses schrieb für die Akut- und Übergangspflege die Pflicht zur Vereinbarung von Pauschalen fest (letzter Satz von Art. 25a Abs. 2 KVG). Für die Pflegeleistungen gemäss Art. 25a Abs. 1 KVG, auf welche Art. 50 KVG sich bezieht, und an welche die OKP mittels Verordnung des Bundes festgesetzte Tarife zu entrichten hat, entfiel systemgemäss die Möglichkeit der Vereinbarung von Pauschalen. Dementsprechend wurde die Bezugnahme auf Pauschaltarife aus Art. 50 KVG – (diesbezüglich) diskussionslos entsprechend den jeweiligen Kommissionsanträgen – gestrichen (AB 2006 S 659 f.; AB 2007 N 1119).

Somit kann aus Art. 50 KVG keine Pflicht zur Vereinbarung beziehungsweise hoheitlichen Festsetzung von Pauschaltarifen für von Pflegeheimen erbrachte Nebenleistungen hergeleitet werden.

**6.8.4** Gegen eine *Pflicht* zur Vereinbarung (bzw. subsidiär zur hoheitlichen Festsetzung) von Pauschaltarifen betreffend die von Pflegeheimen erbrachten Nebenleistungen spricht ausserdem *e contrario*, dass der ebenfalls mit der Neuordnung der Pflegefinanzierung eingeführte Art. 25a Abs. 2 KVG für die Akut- und Übergangspflege, die ebenfalls von Pflegeheimen erbracht werden kann (vgl. Art. 7 Abs. 3 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 Bst. c KLV [je in der ab 1. Januar 2011 geltenden Fassung]), eine solche Pflicht *explizit* statuiert. Eine entsprechende Pflicht gilt im Übrigen – gemäss Art. 49 Abs. 1 KVG (in den ab 1. Januar 1996 bzw. 1. Januar 2009 geltenden Fassungen) – seit Einführung des KVG auch für stationäre Behandlungen in Spitälern. Dass Art. 49 Abs. 6 KVG die Spitäler und Geburtshäuser für die Vergütung von ambulanten Leistungen von der Vereinbarung von Pauschaltarifen befreit (vgl. E. 6.4.3), kann als zusätzliches Indiz dafür gedeutet werden, dass für Pflegeheime keine Pauschaltarifpflicht besteht.

**6.8.5** Während vorliegend verschiedene Gründe für einen Pauschaltarif sprechen, *muss* die Vergütung der von Pflegeheimen erbrachten Nebenleistungen somit nicht mittels Pauschalen erfolgen (vgl. auch GROSS HAWK, Leistungserbringer, a.a.O., Rz. 34.21 e contrario). Vielmehr stehen – mit Ausnahme eines Einzelleistungstarifs – den Tarifpartnern und dem Regierungsrat grundsätzlich sämtliche Tarifarten, auch Pauschaltarife, zur Wahl offen. Im Rahmen eines Zeit- oder Pauschaltarifs besteht die Option, nicht aber die Pflicht, auch Leistungen in die Pauschalvergütung einzubeziehen, deren Einzelvergütung von Bundesbehörden geregelt wurde (vgl. E. 6.8.1). Wie allgemein bei der Tarifbildung verfügen die Tarifpartner und die Kantonsregierungen bei der Tarifbildung über ein weites Ermessen, in welches das Bundesverwaltungsgericht nur mit Zurückhaltung eingreift (vgl. E. 6.8.1). Es ist vorliegend nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts, den Parteien Vorschriften zur Tarifart oder Tarifhöhe zu machen, zumal lediglich die Bildung von Einzelleistungstarifen grundsätzlich ausgeschlossen ist. Immerhin würde für die Bildung von Pauschaltarifen sprechen, dass die Pflegeheime und Versicherer im Kanton Zürich eine solche Praxis gepflegt haben, die auch in anderen Kantonen oder bei anderen Vertragsparteien Anwendung findet (vgl. E. 6.1). Somit sind die Tarifpartner – in Anbetracht des vorliegenden Urteils – dazu anzuhalten, auf kantonaler Ebene Tarifverhandlungen aufzunehmen und eine vertragliche Lösung anzustreben. Eine solche ist dann durch den Regierungsrat zu prüfen und gegebenenfalls zu genehmigen (vgl. auch E. 4.3.5). Sollten die entsprechenden Verhandlungen scheitern, wäre der Regierungsrat verpflichtet, die Tariflücke mittels subsidiärer hoheitlicher Tariffestsetzung zu schliessen. Gegen einen solchen Beschluss könnte grundsätzlich wiederum Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht geführt werden.

7.

**7.1** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die bundesrechtswidrige RRB-Dispositivziffer II. aufzuheben und die Beschwerde im Sinne der nachfolgenden E. 7.2 gutzuheissen ist, soweit darauf einzutreten ist.

**7.2** Die Schlussfolgerungen des Bundesverwaltungsgerichts lassen sich wie folgt resümieren:

Zugelassene Pflegeheime dürfen auch nach Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung (in Kraft seit 1. Januar 2011) sogenannte Nebenleistungen im Sinne von Art. 25 Abs. 2 KVG selbst zulasten der OKP erbringen und abrechnen.

Die Vergütung solcher Nebenleistungen richtet sich nach den allgemeinen Tarif- und Preisbildungsbestimmungen des KVG. Die Einzelvergütung der in Art. 52 KVG aufgeführten Leistungen (namentlich von abgegebenen Mitteln und Gegenständen, von pharmazeutischen Spezialitäten und konfektionierten Arzneimitteln sowie von [nicht im Praxislabor eines Arztes] vorgenommenen Analysen) erfolgt gemäss den von den zuständigen Bundesbehörden erstellten Listen (namentlich MiGeL, SL und AL), die Kantonsregierung hat diesbezüglich keine Regelungskompetenz. Die Vergütung der übrigen Nebenleistungen ist tarifvertraglich zwischen den Krankenversicherern und den Pflegeheimen zu vereinbaren; subsidiär erfolgt eine hoheitliche Tariffestsetzung durch die Kantonsregierung. Die Tarifpartner (und subsidiär die Kantonsregierung) verfügen bei der Wahl des Tarifmodells über ein grosses Ermessen. Infrage kommen grundsätzlich Zeittarife, Pauschaltarife oder Mischformen davon. Dabei ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass ein solcher Tarif auch die Vergütung von Leistungen gemäss Art. 52 KVG umfasst – soweit er nicht deren Einzelvergütung vorsieht. Die Vereinbarung und Genehmigung oder die Festsetzung eines Einzelleistungstarifs auf kantonaler Ebene ist jedoch ausgeschlossen.

Vorliegend ist der Regierungsrat im umschriebenen Rahmen zur hoheitlichen Tariffestsetzung gemäss Art. 47 KVG berechtigt. Da die konkret vorgenommene Tariffestsetzung jedoch in mehrfacher Hinsicht gegen Bundesrecht verstösst, ist sie aufzuheben und sind die Tarifpartner dazu anzuhalten, auf kantonaler Ebene (mindestens für jene Leistungen, deren Einzelvergütung nicht durch eine Bundesbehörde geregelt wird) Tarifverhandlungen aufzunehmen und eine KVG-konforme vertragliche Lösung anzustreben. Eine solche ist durch die Kantonsregierung zu prüfen und gegebenenfalls zu genehmigen, andernfalls sie subsidiär hoheitlich einen entsprechenden Tarif festzusetzen hat.