

# **BVGer C-1970/2015 vom 7. November 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-11-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-1970\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-1970_2015)

FR: TAF C-1970/2015 du 7 novembre 2017

IT: TAF C-1970/2015 del 7 novembre 2017

## **Regeste**

Tarife des Gesundheitsfachpersonals (ausser Ärzte)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Nach Art. 53 Abs. 1 KVG (SR 832.10) kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 47 KVG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden (vgl. auch Art. 90a Abs. 2 KVG). Da der Regierungsrat mit dem angefochtenen Beschluss gestützt auf Art. 47 Abs. 3 Satz 1 KVG einen gestützt auf Art. 46 Abs. 4 KVG genehmigten Tarifvertrag zwischen einem Verband von Leistungserbringern einerseits und einer Gruppe von Versicherern andererseits verlängert hat, ist das Bundesverwaltungsgericht für die Behandlung der gegen diesen Beschluss erhobenen Beschwerde zuständig. Es ist insbesondere auch für die Prüfung zuständig, ob die verfügende Behörde überhaupt eine auf Art. 47 KVG beruhende Tarifvertragsverlängerung verfügen durfte (vgl. Urteil des BVGer C-1190/2012 vom 2. Juli 2015 [als BVGE 2015/52 publiziert] E. 1 [nicht publiziert]; Michel Daum, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008 [im Folgenden: VwVG-Kommentar], Rz. 12 zu Art. 7).

### **E. 1.2**

Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 VGG und Art. 53 Abs. 2 Satz 1 KVG grundsätzlich nach dem VwVG. Die Beschwerdeführenden können daher die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids rügen (Art. 49 VwVG). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen allerdings nur so weit vorgebracht werden, als erst der angefochtene Beschluss dazu Anlass gibt. Neue Begehren sind unzulässig (Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG).

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Beschwerdelegitimation ist von der Rechtsmittelbehörde von Amtes wegen zu prüfen, was die Parteien aber nicht von der Pflicht entbindet, (substantiiert) darzulegen, aus welchen Umständen sich ihre Beschwerdebefugnis ergibt, und die ungenügende Darlegung der Legitimation zu einem Nichteintretensentscheid führen kann (vgl. Teilurteil des BVGer der vereinigten Verfahren C-2461/2013, C-2468/2013 vom 29. Januar 2014 E. 2.2 m.w.H.)

### **E. 2.1.1**

Der Pflegeheimvertrag war am 31. Dezember 2010 bzw. 1. Januar 2011 in Kraft, so dass die tarifsuisse aufgrund des obgenannten Übertragungsvertrages vom 17. bzw. 23. Dezember 2010 (vgl. Sachverhalt Bst. A.a hiervor) an Stelle von santésuisse zur Vertragspartei geworden ist. Die auf Art. 47 Abs. 3 KVG gestützte befristete Verlängerung eines gekündigten Tarifvertragsverhältnisses stellt eine hoheitliche Anordnung der Kantonsregierung dar, wonach weiterhin das Vertragsregime an Stelle des vertragslosen Zustandes herrscht, und der Verband als Vertragspartei und die Leistungserbringer und Versicherer, für welche die autoritativ angeordnete Vertragsverlängerung Wirkung hat, (materiell) zur Beschwerde gegen die Verlängerung legitimiert sind (vgl. RKUV 5/2001 KV 177 S. 353 ff. [= VPB 66.77] E. II.1.2.2 S. 360). Dasselbe gilt auch für die juristische Person, auf welche die Vertragsstellung des Verbandes übergegangen ist (vgl. Urteil des BVGer C-1440/2015 vom 27. Mai 2015).

### **E. 2.1.2**

C.\_\_\_\_\_ ([...]; Beschwerdeführerin 41) ist auf der Beitrittsliste zum Pflegeheimvertrag vom (...) 2008 bzw. vom (...) 2008 nicht enthalten (vgl. Anhang 1 des Pflegeheimvertrags [BVGer-act. 1 Beilage 7). Mit Eingabe vom 6. Juli 2015 wies die tarifsuisse zutreffend auf diesen Umstand hin und erklärte im Namen der Beschwerdeführerin Nr. 41 den Rückzug von deren Beschwerde und ersuchte um einen entsprechenden Abschreibungsbeschluss (vgl. BVGer-act. 15). Da die Beschwerdeführerin Nr. 41 jedoch nie Vertragspartei gewesen ist, ist auf ihre Beschwerde gar nicht erst einzutreten.

### **E. 2.1.3**

Hingegen sind die übrigen Beschwerdeführerinnen Parteien des gegen ihren Willen verlängerten Pflegeleistungsvertrages und haben auch am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Sie sind daher im Sinne von Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerdeführung legitimiert. Nachdem der Verfahrenskostenvorschuss rechtzeitig geleistet worden ist, ist auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (grundsätzlich) einzutreten (vgl. Art. 50 Abs. 1, Art. 52 und Art. 63 Abs. 4 VwVG).

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerinnen können durch das Bundesverwaltungsgericht nur Rechtsverhältnisse überprüfen bzw. beurteilen lassen, zu denen die zuständige Behörde vorgängig und verbindlich - in Form einer Verfügung - Stellung genommen hat. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens (Beschwerdeobjekt) kann deshalb nur sein, was Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war (oder bei richtiger Rechtsanwendung hätte sein sollen). Fragen, über welche die verfügende Behörde im betroffenen Verfahren nicht entschieden hat, dürfen somit grundsätzlich im Beschwerdeverfahren nicht beurteilt werden. Auch wenn im Beschwerdeverfahren die angefochtene Verfügung beziehungsweise die im Verfügungsdispositiv geregelten Rechtsverhältnisse - und nicht etwa einzelne Elemente der Begründung - das Anfechtungsobjekt bilden und damit den zulässigen Streitgegenstand bestimmen, ist es möglich, dass Anfechtungsobjekt und Streitgegenstand nicht übereinstimmen. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn eine Verfügung nur teilweise angefochten wird, sondern auch dann, wenn sich der Streitgegenstand verengt, weil einzelne Punkte nicht (mehr) strittig sind (vgl. statt vieler Urteil des BVGer C-32/2013 vom 17. August 2015 E. 3.1 m.w.H.).

### **E. 2.3**

Mit dem angefochtenen Beschluss hat der Regierungsrat auf Grundlage von Art. 47 Abs. 3 KVG den (gesamten) Pflegeleistungsvertrag vom (...) 2008 bzw. vom (...) 2008 um ein Jahr, das heisst, vom 1. Januar bis zum 31. Dezember 2015 verlängert. Das vorliegende Beschwerdeverfahren betrifft daher nur diesen Zeitraum. Der Zeitraum ab 1. Januar 2016 ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens (vgl. auch die Zwischenverfügung vom 17. Dezember 2015 [BVGer-act. 28]). Primär begehren die Beschwerdeführerinnen die Aufhebung des Beschlusses betreffend die Verlängerung des Pflegeleistungsvertrages. Eventualiter (2. Rechtsbegehren) beantragen sie die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Aus ihren Ausführungen und ihrer Argumentation in der Beschwerde (und ihren Schlussbemerkungen) geht allerdings hervor, dass sie sich nur insoweit gegen den Verlängerungsbeschluss richten, als der Pflegeleistungsvertrag Bestimmungen für eine zusätzliche Vergütung der von Pflegeheimen abgegebenen oder selbst verwendeten Mittel und Gegenstände enthält. Der Streitgegenstand ist also von Anfang an auf die Frage eingeschränkt, ob der Pflegeleistungsvertrag in Bezug auf zusätzliche Vergütungen für Mittel und Gegenstände zu Unrecht verlängert wurde. Die Zulässigkeit des übrigen Vertragsinhalts ist hingegen nicht umstritten (vgl. z.B. analog RKUV 5/2001 KV 177 S. 353 ff. E. II. 2.3).

#### **E. 2.4**

Dem von den Beschwerdeführerinnen eingereichten nationalen Administrativvertrag vom 10. Februar 2014 (Beschwerdebeilage 10) sind die Alters- und Pflegeheime des Kantons B.\_\_\_\_\_ nicht beigetreten (vgl. Beschwerde Rz. 29). Schon deswegen kann er weder dem Pflegeleistungsvertrag noch der vorliegend umstrittenen Vertragsverlängerung vorgehen und bleibt für das vorliegende Beschwerdeverfahren unbeachtlich. Im Übrigen enthält der nationale Administrativvertrag nur für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember 2014 eine Übergangsregelung betreffend von Pflegeheimen erbrachte Nebenleistungen (vgl. auch Beschwerde Rz. 32), wohingegen vorliegend eine vom 1. Januar 2015 bis 31. Dezember 2015 erfolgte Vertragsverlängerung umstritten ist. Schliesslich wird vorliegend weder aus den Akten noch aus den Ausführungen der Parteien ersichtlich, dass der nationale Administrativvertrag im Sinne von Art. 46 Abs. 4 KVG genehmigt worden ist, sodass er auch deswegen der umstrittenen, auf Art. 47 Abs. 3 KVG gestützten Vertragsverlängerung nicht vorgehen kann (vgl. Urteil C-1190/2012 E. 2.7 [nicht in BVGE 2015/52 publiziert]). Er tangiert somit weder den Streitgegenstand noch die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerinnen.

#### **E. 3.1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 62 Abs. 4 VwVG gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Parteien gebunden. Es kann eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. Urteil des BVGer C-6460/2011 vom 24. Juni 2014 E. 2.6.3; SVR 2013 KV Nr. 10 E. 4.2; BVGE 2009/65 E. 2.1, je m.w.H.). Ausserdem unterliegen die verschiedenen Stellungnahmen und Dokumente der freien Beweiswürdigung bzw. Beurteilung durch das Bundesverwaltungsgericht (vgl. BVGE 2012/18 E. 5.4; 2010/25 E. 2.4.3; Urteil und Teilurteil des BVGer C-2283/2013 vom 11. September 2014 E. 1.4.2; Urteil C-1190/2012 E. 3.2 [in BVGE 2015/52 nicht publiziert]).

#### **E. 3.2**

In materiell-rechtlicher Hinsicht sind intertemporal grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben. Massgebend sind vorliegend somit die per 1. Januar 2015 bis 31. Dezember 2015 (Zeitraum, während welchem die am [...] Februar 2015 verfügte Vertragsverlängerung Geltung haben soll) in Kraft stehenden materiellen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen, auf welche im Folgenden - soweit nicht anders vermerkt - Bezug genommen wird (vgl. BVGE 2015/52 E. 4.1; Urteil C-6460/2011 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 bzw. angepasst wurden, massgebend.

#### **E. 4**

Nachfolgend sind zunächst die rechtlichen Grundlagen für die Beurteilung der Streitsache aufzuzeigen.

##### **E. 4.1**

In Bezug auf die allgemeinen Grundsätze der Vergütung von OKP-Leistungen, namentlich auf der Basis von durch Vereinbarung und Genehmigung oder durch subsidiäre hoheitliche Festsetzung zustande gekommener Tarifverträge, ist Folgendes auszuführen.

##### **E. 4.1.1**

Die obligatorische Krankenpflegeversicherung übernimmt die Kosten für die Leistungen gemäss den Artikeln 25-31 nach Massgabe der in den Artikeln 32-34 festgelegten Voraussetzungen (Art. 24 KVG). Der Bundesrat kann unter anderem die von Ärzten und Ärztinnen oder von Chiropraktoren und Chiropraktorinnen erbrachten Leistungen bezeichnen, deren Kosten von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung 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 Artikel 25 Absatz 2 sowie die Leistungen nach den Artikeln 26, 29 Absatz 2 Buchstaben a und c und 31 Absatz 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 obligatorischen Krankenpflegeversicherung keine anderen Kosten als diejenigen für die Leistungen nach den Artikeln 25-33 KVG übernehmen (Art. 34 Abs. 1 KVG).

##### **E. 4.1.2**

Zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sind die Leistungserbringer zugelassen, welche die Voraussetzungen nach den Artikeln 36-40 erfüllen (Art. 35 Abs. 1 KVG). Gemäss Art. 35 Abs. 2 KVG sind u.a. Leistungserbringer: a.Ärzte und Ärztinnen; b.-d.[...] e.Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen, und Organisationen, die solche Personen beschäftigen; f.[...] g.Abgabestellen für Mittel und Gegenstände, die der Untersuchung oder Behandlung dienen; h.-i.[...] k.Pflegeheime l.-n.[...]

##### **E. 4.1.3**

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]). 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 ein grosses Auswahlermessen (vgl. GEBHARD EUGSTER, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerischen Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, Bd. XIV [im Folgenden: Eugster, SBVR 2016], S. 700 N 967; GEBHARD EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2010 [im Folgenden: KVG-Kommentar], N 3 zu Art. 43; vgl. zum Ganzen BVGE 2015/52 E. 4.3.1). 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). 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 obligatorischen Krankenpflegeversicherung 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 2016, S. 700, N 965). 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; vgl. zum Ganzen BVGE 2015/52 E. 4.3.3). Wie bereits aus Art. 43 KVG ersichtlich wird, kennt das KVG weder eine einheitliche Vergütungsform (singuläres Tarifsystem oder Preis) noch einen einheitlichen Mechanismus, mit welchem die Tarife und Preise für OKP-Leistungen bestimmt werden. Vielmehr sieht das KVG in Titel 2 / Kapitel 4 / Abschnitt 4 (Tarife und Preise; Art. 43 bis 53 KVG) grundsätzlich vier Regelmechanismen vor: die Tarifbestimmung mittels behördlich genehmigten Tarifverträgen bzw. durch subsidiäre hoheitliche Tariffestsetzung gemäss Art. 46-49a KVG, 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]), die Festsetzung eines Globalbudgets durch den Kanton gemäss Art. 51 KVG und die Festsetzung von Tarifen bzw. Preisen für Analysen und Arzneimittel, Mittel und Gegenstände durch das EDI bzw. das Bundesamt für Gesundheit (BAG) nach Art. 52 KVG (vgl. zum Ganzen BVGE 2015/52 E. 4.3.4). Gemäss Art. 46 KVG sind Parteien eines Tarifvertrages 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 (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 Sinn 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 Tarifvertrages 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; vgl. BVGE 2010/25 E. 2.3.2 m.w.H.; vgl. zum Ganzen BVGE 2015/52 E. 4.3.5). 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 subsidiär die hoheitliche Tariffestsetzung im Sinne von Art. 46 und 47 KVG den Regelfall der Tarif- bzw. Preisbildung im KVG darstellen. Von diesem Regelfall ist (nur) in den vom Gesetz bestimmten Fällen abzuweichen (vgl. RKUV 5/2001 KV 177 S. 353 ff. E. 2, 4.3 f.; Daniel Staffelbach/Yves 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, 2014 [im Folgenden: Gross Hawk, Leistungserbringer], S. 1208 f., Rz. 34.5; vgl. auch Botschaft des Bundesrats über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 [BBl 1992 I 93 ff.; im Folgenden: Botschaft zum KVG], S. 172, 178; Urteile des BVGer C-5354/2011, C-5432/2011 vom 11. Dezember 2013 E. 4.1.1, C-536/2009 vom 17. Dezember 2009 E. 5.1.4; vgl. zum Ganzen BVGE 2015/52 E. 4.3.6, 6.5.6, 6.5.8, je m.w.H.).

## **E. 4.2**

In Bezug auf die Entschädigung von Pflegeleistungen ist Folgendes festzuhalten:

### **E. 4.2.1**

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 dienen (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.-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.

#### **E. 4.2.2**

Auf den 1. Januar 2011 trat das Bundesgesetz 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 Prozent des höchsten vom Bundesrat festgesetzten Pflegebeitrages überwältzt 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 Eidgenössische Departement des Innern (EDI) unter anderem die nicht von Ärzten und Ärztinnen oder Chiropraktoren und Chiropraktorinnen erbrachten Leistungen nach den Artikeln 25 Absatz 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 gelten als Leistungen nach Artikel 33 Buchstabe b KVV Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die aufgrund der Bedarfsabklärung nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a KLV und nach Artikel 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, Beratung und Koordination (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. 2ter KLV). Sodann hat das EDI in Art. 7a Abs. 3 KLV für die in Pflegeheimen erbrachten Pflegeleistungen die von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung 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; 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 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 Artikel 25a KVG. Die Absätze 7 und 8 von Artikel 49 KVG sind sinngemäss anwendbar.

#### **E. 4.2.3**

Wie aus E. 4.2.1 f. ersichtlich wird, wurde der Wortlaut des Gesetzes mit Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung 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 nicht mehr erwähnt werden. Dazu 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 weiterhin die Kosten für Untersuchungen und Behandlungen (volumfänglich) zu übernehmen hat, darunter auch diejenigen, die in einem Pflegeheim erbracht werden. Hingegen entfällt eine (volumfängliche) Kostenübernahme von im Pflegeheim erbrachten Pflegemassnahmen. Diesbezüglich leistet die OKP (nur noch) einen Beitrag (vgl. BVGE 2015/52 E. 5.1.6).

#### **E. 4.3**

In Bezug auf die Verwendung und Vergütung von Mitteln und Gegenständen, die auf der MiGeL stehen, ist Folgendes festzuhalten. Gemäss Art. 25 Abs. 2 Bst. b KVG übernimmt die OKP die ärztlich verordneten Analysen, Arzneimittel und die der Untersuchung oder Behandlung dienenden Mittel und Gegenstände. Mittel und Gegenstände im Sinne von Art. 25 Abs. 2 Bst. b KVG müssen auf der vom Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) gestützt auf Art. 52 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 KVG und Art. 33 Bst. e KVV erstellten Mittel- und Gegenstände-Liste (Anhang 2 KLV i.V.m. Art. 20a Abs. 1 KLV) aufgeführt sein, andernfalls keine obligatorische Leistungspflicht besteht (vgl. Urteil des EVG K 157/00, publiziert in RKUV 1/2002 S. 7 ff. als KV 196, E. 3b/aa). Diese (Positiv-)Liste ist abschliessend (BGE 134 V 83 E. 4.1 S. 86 mit Hinweisen). Die darin aufgeführten Mittel und Gegenstände dürfen höchstens zu dem Betrag vergütet werden, der in der Liste für die entsprechende Art von Mitteln und Gegenständen angegeben ist (Art. 24 Abs. 1 KLV; vgl. zum Ganzen BGE 136 V 84 E. 2.2). 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 zu Lasten der versicherten Person (Art. 24 Abs. 2 KLV). Mittel und Gegenstände, die in den Körper implantiert werden oder von Leistungserbringern nach Artikel 35 Absatz 2 KVG im Rahmen ihrer Tätigkeit zu Lasten

der obligatorischen Krankenpflegeversicherung verwendet werden, sind in der Liste nicht aufgeführt. Die Vergütung wird mit der entsprechenden Untersuchung oder Behandlung in den Tarifverträgen geregelt (Art. 20a Abs. 2 KLV).

## **E. 5**

Wie im kürzlich ergangenen Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3322/2015 vom 1. September 2017 (zur Publikation vorgesehen) ist strittig und zu prüfen, ob der Regierungsrat den Pflegeleistungsvertrag vom (...) 2008 gestützt auf Art. 47 Abs. 3 KVG insofern verlängern durfte, als dieser Bestimmungen für eine zusätzliche Vergütung der von Pflegeheimen abgegebenen oder selbst verwendeten Mittel und Gegenstände enthält. Da die Begründungen der jeweiligen Anträge der am Verfahren beteiligten Parteien im Wesentlichen auf denselben Ausführungen gründen wie im obgenannten Grundsatzurteil, wird die Darstellung der einzelnen Positionen im Folgenden auf das Wesentliche beschränkt.

### **E. 5.1**

Wie im vorgenannten Beschwerdeverfahren C-3322/2015 rügen die Beschwerdeführerinnen auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren (vgl. Beschwerde vom 26. März 2015 [BVGer-act. 1], Stellungnahme vom 6. Juli 2015 [BVGer-act. 15], Schlussbemerkungen vom 18. September 2015 [BVGer-act. 22] sowie für eine eingehende Darstellung Grundsatzurteil des BVGer C-3322/2015 vom 1. September 2017 E. 6.1 und E. 6.7) im Wesentlichen die Verletzung von Art. 44 KVG i.V.m. Art. 7a KLV, Art. 55 KVV, Art. 20 KLV sowie Anhang 1 (recte: Anhang 2) zur KLV (MiGeL). Zudem legen sie im vorliegenden Beschwerdeverfahren im Wesentlichen dieselbe Begründung ins Recht, weshalb diese vorliegend nur noch in verkürzter Form wiedergegeben und für eine ausführliche Darstellung der Begründung der Beschwerdeführerinnen auf E. 6.1 sowie 6.7 des Grundsatzurteils C-3322/2015 vom 1. September 2017 verwiesen wird. Auch im vorliegenden Verfahren betonen die Beschwerdeführerinnen, dass betreffend die Abgeltung von MiGeL-Produkten zwei unterschiedliche Fallkonstellationen zu beurteilen seien. Dieser Differenzierung würden weder die Vorinstanz noch der Gutachter Prof. Dr. Kieser (für eine eingehende Darstellung des Inhalts seines Gutachtens vom 15. Mai 2015 vgl. das Grundsatzurteil des BVGer C-3322/2015 vom 1. September 2017 E. 6.5) noch die Beschwerdegegnerin genügend Beachtung schenken:

#### **E. 5.1.1**

Einerseits (Fallkonstellation A) könnten Abgabestellen gemäss Art. 35 Abs. 2 Bst. g KVG, welche über eine kantonale Zulassung sowie einen Vertrag mit einem Krankenversicherer verfügten (Art. 55 KVV), gestützt auf Art. 20 KLV Versicherten Mittel und Gegenstände zur Selbstanwendung abgeben. Die Fähigkeit zur Selbstanwendung dürfte vor allem bei Personen tiefer Pflegestufe vorhanden sein. Gemäss Art. 20 KLV dürften Mittel und Gegenstände auf ärztliche Anordnung hin (ausschliesslich) von Abgabestellen gemäss Art. 55 KVV abgegeben werden. Gebe ein Heim Mittel und Gegenstände an einen Heimbewohner ab, sei es mithin nicht als Pflegeheim (gemäss Art. 35 Abs. 2 Bst. k KVG) tätig, sondern als Person, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringe (Art. 35 Abs. 2 Bst. e KVG). Nur wer einen Vertrag mit einem Krankenversicherer aufweise, könne überhaupt als Abgabestelle im Sinne der Krankenversicherungsgesetzgebung gelten. Für Abgabestellen von MiGeL-Produkten gelte der Kontrahierungszwang der Krankenversicherer (von hier nicht interessierenden

Ausnahmen abgesehen) somit nicht. Abgabeverträge im Sinne von Art. 55 KVV seien keine Tarifverträge im Sinne von Art. 47 Abs. 3 KVG und seien - im Gegensatz zu Tarifverträgen (Art. 46 Abs. 4 KVG) - auch keiner Behörde zur Genehmigung zu unterbreiten. Daher könne es nicht sein, dass die Kantonsregierungen Abgabevertragsverlängerungen vornehmen könnten. Denn damit würden sie entgegen Art. 55 KVV alleine bestimmen, wer als Abgabestelle gelten könne und damit den diesbezüglich gewollten Wettbewerb unterdrücken. Die (...) Alters- und Pflegeheime verfügten über keinen MiGeL-Vertrag mit den Beschwerdeführerinnen (mehr), womit sie nicht ermächtigt seien, derartige Produkte den Versicherten zur Selbstanwendung (vgl. Art. 20 KLV) zu MiGeL-Tarifen abzugeben. Wenn Pflegeheime Leistungen erbringen möchten, welche über Art. 7 ff. KLV hinausgingen, werde quasi die Vergütung von Nicht-OKP-Leistungen gefordert. Dem sei nicht zu folgen, da die OKP-Leistungspalette zwingend und unabänderlich sei, weshalb eine hoheitliche Festsetzung von Nicht-OKP-Leistungen unzulässig sei. Auf das Gesuch von A. \_\_\_\_\_ hätte somit nicht eingetreten werden dürfen, zumal zurzeit für sämtliche MiGeL-Produkte Abgabestellen bestünden.

### **E. 5.1.2**

Andererseits (Fallkonstellation B) enthalte die MiGeL diverse Produkte, welche nicht nur die Versicherten selbst anwendeten, sondern auch von Fachpersonen in Heimen an Patienten angewendet würden. So dürften beispielsweise Verbandsmaterialien (MiGeL-Position Nr. 34) täglich im Rahmen der Behandlung und Untersuchung durch Fachpersonen angewendet werden (Art. 20a KLV). Personen mit hoher Pflegestufe dürften stärker mit sogenannten Pflegematerialien versorgt werden. Das BAG und die Versicherer verträten die Haltung, dass Materialien, welche für die Erbringung der Pflegeleistung nach Art. 7 Abs. 2 KLV notwendig seien, Bestandteil der Pflege darstellten und damit über den Beitrag gemäss Art. 7a KLV abgegolten seien. Die Beiträge der Krankenversicherer an die Leistungen betreffend die Behandlungen und Untersuchungen der Pflegeheime seien dabei in Art. 7a KLV abschliessend geregelt. Diese Haltung habe der Bundesrat mit seiner Antwort vom 13. März 2015 zur Motion 14.4292 «Praxistaugliche Zulassung der Pflegeheime als Leistungserbringer» von Ruth Humbel bestätigt.

### **E. 5.1.3**

Beide «Fallkonstellationen» unterlägen nicht dem Vertragsverlängerungs-Regime gemäss Art. 47 Abs. 3 KVG. Eine Tarifvertragsverlängerung sei in beiden Fällen nicht möglich. Abgabeverträge seien keine Tarifverträge im Sinne von Art. 46 f. KVG und würden praxismässig nicht einer kantonalen Behörde resp. dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreitet. Pflegematerialien, die im Rahmen der Krankenpflege im Heim durch Fachpersonen angewendet würden, seien mit dem Beitrag gemäss Art. 7a Abs. 3 KLV abgegolten. Es bestehe also ein amtlicher Tarif. Ein vertragsloser Zustand i.S.v. Art. 47 Abs. 3 KVG könne auch hier nicht eintreten. Administrativverträge, welche lediglich administrative Prozesse (Rechnungsstellung etc.) regelten, seien keine «Preis»-Verträge, also keine Tarifverträge im Sinne von Art. 46 f. KVG.

### **E. 5.2.1**

Im angefochtenen RRB [Referenznummer] vom [...] Februar 2015 (BVGer-act. 1 Beilage 1) führte die Vorinstanz aus, dass es auf nationaler Ebene zu klären gelte, welche Leistungen der Pflegeheime tatsächlich unter Art. 20 KLV zur Vergütung von Mitteln und Gegenständen bzw. unter die Leistungen nach Art. 7 KLV fielen und welche Leistungen,

die nicht unter Art. 20 KLV fielen, bei der Berechnung der Pflegepauschalen gemäss Art. 7a KLV berücksichtigt würden. Bei der Verlängerung gemäss Art. 47 Abs. 3 KVG dürfe der Regierungsrat insbesondere berücksichtigen, dass den Vertragspartnern mit der Vertragsverlängerung eine zusätzliche Chance zur autonomen Lösung ihres Konflikts geboten werden könne. Die Verlängerung müsse sich auf vertretbare Gründe stützen können, wobei sich diese aus objektiven Umständen ergäben, beispielsweise, dass in naher Zukunft Entscheide von Behörden zu erwarten seien, welche für die vertragliche oder hoheitliche Festsetzung eines neuen Tarifs von Belang sein könnten. Die laufenden Klärungen seitens des BAG seien in diesem Sinn als von Belang zu erachten. Aufgrund der Praxis des Bundesrats müsse die Kantonsregierung nicht prüfen, ob der zu verlängernde Vertrag mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit vereinbar sei. Um die Rechtssicherheit bezüglich der Vergütung von Leistungen in Alters- und Pflegeheimen im Kanton B.\_\_\_\_\_ per 1. Januar 2015 sicherzustellen, sei deshalb der bisherige Vertrag zur Behandlung und Pflege von Bewohnerinnen und Bewohnern im Kanton B.\_\_\_\_\_ vom (...) 2008 per 1. Januar 2015 um ein Jahr zu verlängern.

### **E. 5.2.2**

Im Beschwerdeverfahren hält die Vorinstanz in ihren Eingaben vom 12. Mai 2015 (BVGer-act. 5), vom 10. Juni 2015 (BVGer-act. 9) sowie vom 9. September 2015 (BVGer-act. 20) an ihrer Begründung im RRB [Referenznummer] vollumfänglich fest. Im Weiteren führt sie im Wesentlichen aus, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen beinhalte Art. 7a KLV bloss die Vergütung der reinen Pflegeleistung, nicht jedoch die entsprechenden notwendigen Nebenleistungen (Mittel und Gegenstände der Untersuchung und Behandlung). Pflegeheime seien nicht bloss Abgabestellen, sondern Einrichtungen, die gemäss Art. 39 KVG zur Leistungserbringung gemäss Art. 25 KVG und Art. 25a KVG zugelassen seien. Soweit sie über das entsprechend qualifizierte Personal verfügten und auf der Pflegeheimliste geführt seien (Art. 39 KVG), seien die Pflegeheime zur Untersuchung und Behandlung zugelassen. Zur Untersuchung gehörten notwendigerweise Medikamente wie auch Mittel und Gegenstände, welche die Untersuchung und Behandlung überhaupt erst ermöglichten. In Bezug auf die Vergütung von Mitteln und Gegenstände bestünden zwischen Spitälern und den Pflegeheimen keine Unterschiede. Diese Zulassung könne nicht über die Verordnungsbestimmungen von Art. 55 KVV auf einzelne Vertragspartner wieder eingeschränkt werden. Mit der Neuordnung der Pflegefinanzierung gemäss Art. 25a KVG und daraus fliessendem Art. 7a KLV seien entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen und des BAG nur die Beträge an Pflegemassnahmen begrenzt worden, an den Nebenleistungen hätte sich indes nichts geändert. Eine doppelte Bezahlung von Behandlungskosten respektive eine Doppelbelastung der Heimbewohner seien entsprechend ausgeschlossen. Demzufolge unterstehe die Tarifierung der Nebenleistungen dem Verhandlungsprimat der Tarifpartner und aus dieser Tatsache fliesse die ungeminderte Kompetenz des Regierungsrates, im Falle einer fehlenden Einigung zwischen Versicherern und Leistungserbringern bestehende Verträge zu verlängern und damit den Tarifpartnern die neuerliche Möglichkeit einzuräumen, eine gemeinsame Einigung zu erzielen. Im Weiteren stütze das Gutachten Kieser, welches zum Schluss komme, dass die Pflegematerialien in jedem Fall neben den Pflegebeiträgen gemäss Art. 25a KVG bzw. Art. 7a KLV separat durch die Krankenversicherer zu vergüten seien, ihre Rechtsauffassung.

### **E. 5.3.1**

Auch die Beschwerdegegnerin vertritt in ihren Eingaben vom 30. Juni 2015 (BVGer-act. 14) und 4. September 2015 (BVGer-act. 19) die Auffassung, dass Nebenleistungen und namentlich auch Mittel und Gegenstände bei der Abrechnung von Krankenversicherern mit Pflegeheimen einer vertraglichen Lösung zugänglich seien, weshalb auch eine einjährige Verlängerung des bestehenden Tarifvertrags gemäss Art. 47 Abs. 3 KVG unter rechtlichen als auch tatsächlichen Gesichtspunkten korrekt sei. Die Kosten für Mittel und Gegenstände seien bei der Festlegung der Versicherungspauschalen gemäss Art. 7a KLV nicht eingerechnet worden. Die in Art. 7a KLV enthaltenen Versicherungsbeiträge beruhen sowohl für die ambulante Leistungserbringung wie auch für die Pflegeheime auf Zeiteinheiten. Damit sollen offensichtlich die Kosten für die benötigte Zeit zur Pflege abgegolten werden, nicht aber für dabei benötigte Hilfsmittel. Im Weiteren habe der Entscheid des BVGer C-1190/2012 vom 2. Juli 2015 (publiziert als BVGE 2015/52) geklärt, dass Mittel und Gegenstände der tarifvertraglichen Regelung zugänglich seien, indem statt der Einzelvergütung etwa Pauschalen vereinbart werden könnten (E.6.8.1). Weil Pflegeheime solche Produkte zusätzlich zur Pauschale nach Art. 7a KLV abrechnen könnten, bestehe die Rechtsgrundlage für Tarifverhandlungen. Die Argumentation des BAG, wonach Art. 7a KLV die gesamten Kosten der Pflege inklusive der benötigten Pflegematerialien decke, sei obsolet geworden.

#### **E. 5.4**

Im Fachbericht vom 17. August 2015, welchem die Beschwerdeführerinnen mit Ausnahme einer Präzisierung im Wesentlichen zustimmten (vgl. BVGer-act. 22), führte das BAG im Wesentlichen aus, dass im Rahmen der Neuordnung der Pflegfinanzierung die in Art. 7a KLV vorgesehenen Beiträge der Krankenversicherer an die Kosten von in Pflegeheimen erbrachten Pflegeleistungen weder Vergütungsvereinbarungen zwischen den Tarifpartnern in diesem Bereich noch eine separate Verrechnung der Mittel und Gegenstände bzw. Pflegematerialien, welche zur Erbringung von Pflegeleistungen notwendig seien, zuliessen. Weder bei der Vergütung von Mitteln und Gegenständen im Rahmen von Art. 52 Abs. 1 und 3 KVG noch bei der Vergütung von Pflegematerial, das im Rahmen der Erbringung von Pflegeleistungen im Sinne von Art. 25a KLV durch die Pflegeheime angewandt werde, komme entsprechend den Tarifpartnern Tarifautonomie zu. Daraus folge, dass den Kantonen mangels vertragslosem Zustand auch nicht die Kompetenz zukomme, diesbezüglich im Sinne von Art. 47 KVG einen Tarif festzusetzen resp. zu verlängern. Soweit mit dem zwischen A. \_\_\_\_\_ und santésuisse (heute: tarifsuisse ag) geschlossenen Tarifvertrag vom (...) 2008 durch die OKP gemäss KVG Leistungen in Pflegeheimen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 KLV sowie die hierfür notwendigen Pflegematerialien vergütet würden, stehe dessen Verlängerung im Widerspruch zu den in Art. 7a KLV abschliessend geregelten Beiträgen der OKP an die Pflegeleistungen und das hierfür notwendige Pflegematerial, aber auch mit den Regelungen bezüglich der MiGeL. Da es sich nicht um tarifvertragliche Regelungen nach Art. 46 Abs. 4 KVG handle, komme den Kantonsregierungen auch keine Kompetenz zur Verlängerung der Tarifverträge nach Art. 47 KVG zu. (vgl. ausführlich dazu die Position des BAG im Grundsatzurteil C-3322/2015 vom 1. September 2017 E. 6.6).

#### **E. 6**

Wie bereits erwähnt, hatte das Bundesverwaltungsgericht im Grundsatzurteil C-3322/2015 vom 1. September 2017 dieselbe Rechtsfrage zu klären (vgl. E. 5 hiavor): Nachdem zunächst die Positionen der Beschwerdeführerinnen (E. 6.1 und E. 6.7), der Vorinstanz (E.

6.2 und E. 6.3), des Beschwerdegegners (E. 6.4 und E. 6.8), des Gutachters (E. 6.5) sowie des BAG als Fachbehörde (E. 6.6) eingehend beleuchtet sowie festgestellt worden war, dass der im genannten Verfahren C-3322/2015 verlängerte Pflegeleistungsvertrag vom Wortlaut her beide von den Beschwerdeführerinnen thematisierten Konstellationen (Abgabe zur Selbstanwendung [Konstellation A] sowie Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen [Konstellation B]) erfasse, legte das Bundesverwaltungsgericht anschliessend die Positionen des Bundesrates und des BAG dar, die sich verschiedentlich zur Frage der Abgabe zur Selbstanwendung sowie zur Applikation durch Pflegefachpersonen Stellung genommen haben und dabei insbesondere die Auffassung vertraten, dass eine separate Verrechnung des Pflegematerials, welches für die Erbringung der Pflegeleistungen notwendig sei, nicht vorgesehen sei. Nach Art. 7 Abs. 2 KLV stelle es - unabhängig davon, ob es auf der MiGeL gelistet sei oder nicht - einen (integralen) Bestandteil der Pflegeleistungen dar (zum Ganzen: E. 7 und E. 8 des zitierten Grundsatzentscheids).

### **E. 6.1**

Bevor es jedoch zur eigentlichen Prüfung der umstrittenen Frage übergang, rief das Bundesverwaltungsgericht unter Berufung auf seine Rechtsprechung in Erinnerung, dass dort, wo das KVG Bestimmungen enthalte, die gewisse Bereiche der Vergütung medizinischer Leistungen abschliessend regeln, die Tarifpartner keine Tarifverträge nach Art. 46 KVG abschliessen und die Kantonsregierungen solche entsprechend weder gemäss Art. 46 Abs. 4 KVG genehmigen noch gemäss Art. 47 Abs. 3 KVG verlängern könnten. Eine subsidiäre Kompetenz der Kantonsregierungen, gestützt auf Art. 47 KVG hoheitlich einen (höheren, tieferen oder gleich hohen) Tarif festzusetzen, sei dann ebenfalls nicht gegeben. Sollte sich demnach erweisen, dass der Regierungsrat in Bezug auf die Konstellation A und/oder B keine Verlängerungskompetenz hatte, hätte er diesbezüglich auf das Verlängerungsgesuch des Beschwerdegegners nicht eintreten bzw. keinen auf Art. 47 Abs. 3 KVG gestützten materiellen (Verlängerungs-) Entscheid fällen dürfen (vgl. E. 9.1 mit Hinweis auf BVGE 2015/52 E. 6.5.6 und 6.5.8 m.w.H.).

### **E. 6.2**

In Bezug auf die Konstellation A (Abgabe zur Selbstanwendung) stellte das Bundesverwaltungsgericht in Würdigung der zuvor wiedergegebenen Stellungnahmen des Bundesrats und des BAG's fest, dass diese die Ansicht vertreten würden, ein Pflegeheim sei zur Abgabe von Mitteln und Gegenständen gemäss MiGeL berechtigt, soweit die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt seien (zum Ganzen vgl. E. 9.2.1). Im Weiteren erwog das Bundesverwaltungsgericht, dass kein Anlass bestehe, von seiner Beurteilung im BVGE 2015/52 (E. 5.6 f. i.V.m. E. 6.5.2 ff.) abzuweichen (vgl. E. 9.2.2). In diesem Entscheid ist das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss gekommen, dass im Rahmen der neu geordneten Pflegefinanzierung - auf der kantonalen Pflegeheimliste gemäss KVG als Leistungserbringer zugelassene Pflegeheime nicht nur Pflegepflichtleistungen, sondern auch andere OKP-Leistungen (sogenannte Pflegenebenleistungen) selbst erbringen und zulasten der Krankenversicherer abrechnen dürfen. Im Gegenzug sind die Versicherer dazu verpflichtet, diese Leistungen den Pflegeheimen zu vergüten. Zu diesen Pflegenebenleistungen, die grundsätzlich auch Pflegeheime zu Lasten der OKP erbringen können, zählte das Bundesverwaltungsgericht insbesondere auch 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, falls die betroffenen Pflegeheime alle (zusätzlichen bzw. spezifischen) Voraussetzungen erfüllen, um die genannten Leistungen zulasten der OKP zu erbringen (vgl. BVGE 2015/52 E. 6.5.3 i.V.m. E. 6.5.9).

#### **E. 6.2.1**

Im Weiteren bestätigte es die Auffassung der Beschwerdeführerinnen, wonach es sich beim Abgabevertrag nicht um einen Tarifvertrag im Sinne von Art. 46 KVG handle. Die Kantonsregierung habe somit keine Kompetenz, einen zwischen Abgabestelle und Krankenversicherern abgeschlossenen eigenständigen Abgabevertrag gestützt auf Art. 46 Abs. 4 KVG zu genehmigen. Dementsprechend falle auch eine auf Art. 47 Abs. 3 KVG gestützte Verlängerung eines eigenständigen Abgabevertrages ausser Betracht, selbst wenn dieser gestützt auf Art. 46 Abs. 4 KVG genehmigt worden sein sollte. Da ein eigenständiger Abgabevertrag nicht durch die Kantonsregierung hoheitlich genehmigt oder verlängert werden könne, könnten auch die in einem Tarifvertrag enthaltenen Abgabevertragselemente, welche einen eigenen Vertrag bildeten und nicht (blosse) Modalitäten zur Umsetzung des Tarifvertrages regelten, nicht gestützt auf Art. 47 Abs. 3 KVG verlängert werden. Soweit der im Verfahren C-3322/2015 betroffene Pflegeleistungsvertrag Abgabevertragselemente enthalten habe, seien diese mit dem Verlängerungsbeschluss nicht verlängert worden und seien zudem Ende 2014 ausser Kraft getreten. Damit habe im massgebenden Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember 2015 kein Abgabevertrag i.S.v. Art. 55 KVV bestanden, aus dem die Mitglieder des Beschwerdegegners für die Abgabe von auf der MiGeL geführten Mitteln und Gegenständen gegenüber den Krankenversicherer (Beschwerdeführerinnen) einen Vergütungsanspruch ableiten könnten. Dementsprechend habe auch kein Raum für eine auf Art. 47 Abs. 3 KVG gestützte Verlängerung des Pflegeleistungsvertrages bestanden, soweit dieser eine Vergütung für die Abgabe zur Selbstanwendung vorgesehen habe. Der Vollständigkeit halber wies das Bundesverwaltungsgericht darauf hin, dass es in BVGE 2015/52 eine auf Art. 47 Abs. 3 KVG gestützte Regelung zur individuellen Vergütung der Abgabe von Mitteln und Gegenständen (nachfolgend: Einzelvergütung) als unzulässig beurteilt hat, da der Kantonsregierung dazu die Kompetenz fehle. Soweit im Verfahren C-3322/2015 betreffenden Pflegeleistungsvertrag für gewisse MiGeL-Produktgruppen vorgesehen sei, diese zum MiGeL-Höchstvergütungsbetrag abzüglich 10 % separat in Rechnung stellen zu können, liege es nahe, darin - analog zu der in BVGE 2015/52 strittigen Regelung (MiGeL-Höchstvergütungspreis abzüglich 15 %) - die Vereinbarung eines Einzelvergütungstarifes zu erkennen, der ausserhalb der Kompetenz der Kantonsregierung liege und daher vorliegend nicht durch die Vorinstanz gestützt auf Art. 47 Abs. 3 KVG hätte verlängert werden dürfen.

#### **E. 6.2.2**

Aufgrund seiner Ausführungen hielt das Bundesverwaltungsgericht im Sinne eines Zwischenresultats schliesslich fest, dass der Regierungsrat nicht dazu berechtigt gewesen sei, den Pflegeleistungsvertrag insoweit gestützt auf Art. 47 Abs. 3 KVG zu verlängern, als der Vertrag die Konstellation A (Abgabe zur Selbstanwendung) betroffen habe. Soweit die Parteien bzw. der Gutachter weitergehende bzw. abweichende Argumente vorgebracht hätten, vermochten diese nicht zu überzeugen (zum Ganzen, C-3322/2015 E. 9.2.3 bis E. 9.2.5 mit Hinweisen).

### **E. 6.2.3**

Auf die soeben wiedergegebenen Erwägungen kann für das vorliegende Beschwerdeverfahren vollumfänglich verwiesen werden. Der Pflegeleistungsvertrag zwischen A. \_\_\_\_\_ und tarifsuisse vom (...) 2014 enthält in Art. 17 (Mittel und Gegenstände [MiGeL]) eine analoge Regelung ("Die MiGeL-Gruppen [...] sind in den Pauschalen gemäss Art. 13 Abs. 2 [Tagespauschalen nach BESA] enthalten. Übrige Mittel und Gegenstände können nach separater Kostengutsprache durch den Versicherer zum MiGeL-Höchstpreis abzüglich 20% separat in Rechnung gestellt werden."). Demnach ist auch vorliegend im Sinne eines Zwischenresultats festzuhalten, dass der Regierungsrat des Kantons B. \_\_\_\_\_ nicht dazu berechtigt war, den Pflegeleistungsvertrag insoweit gestützt auf Art. 47 Abs. 3 KVG zu verlängern, als der Vertrag die Konstellation A (Abgabe zur Selbstanwendung) betrifft. Soweit die Parteien bzw. der Gutachter weitergehende bzw. abweichende Argumente vorbringen, vermögen diese auch vorliegend nicht zu überzeugen.

### **E. 6.3**

In Bezug auf die Konstellation B (Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen) wies das Bundesverwaltungsgericht im Weiteren darauf hin, dass unter Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen Pflegematerialien zu verstehen seien, ohne welche die betroffenen Pflegeleistungen gar nicht oder zumindest nicht KVG-konform erbracht werden könnten (vgl. Art. 25a Abs. 4 ["in der notwendigen Qualität, effizient und kostengünstig"] sowie Art. 32, 34 und 43 Abs. 6 KVG). Es sei unbestritten, dass auf der MiGeL geführte Mittel und Gegenstände auch im Rahmen eigentlicher Pflegeleistungen im Pflegeheim durch eine bzw. mit Hilfe einer Fachpersonen verwendet bzw. angewendet würden, und dass diese applizierten Materialien sowohl vor Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung am 1. Januar 2011 als auch danach in den Geltungsbereich des KVG gefallen und in dessen Rahmen finanziert worden seien. Auch das BAG und der Bundesrat gingen davon aus, dass MiGeL-Produkte für OKP-Pflegeleistungen in Pflegeheimen verwendet würden, zumal sie ausgeführt hätten, dass das Material, welches für die Erbringung der Pflegeleistungen nach Art. 7 Abs. 2 KLV notwendig sei - unabhängig davon, ob es auf der MiGeL gelistet sei oder nicht - einen Bestandteil der Pflegeleistungen darstelle (E. 9.3 f.).

#### **E. 6.3.1.1**

Im Weiteren hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, das EDI habe gestützt auf Art. 25a Abs. 1, 3 und 4 KVG in Verbindung mit Art. 33 Bst. b, h und i KVV in Art. 7 KLV den Leistungsbereich umschrieben, in Art. 7a und 7b KLV die OKP-Beiträge festgesetzt und in Art. 8 KLV die Bedarfsermittlung geregelt (vgl. BGE 142 V 203 E. 6.2). E contrario stehe es den Tarifparteien namentlich nicht zu, in Tarifverträgen gemäss Art. 46 KVG diesen Leistungsbereich auszudehnen oder die OKP-Beiträge zu erhöhen. Entsprechend dürfe die Kantonsregierung einen entsprechenden Vertrag gemäss Art. 46 Abs. 4 KVG nicht genehmigen und einen genehmigten Vertrag nach Art. 47 Abs. 3 KVG nicht verlängern. Soweit der umstrittene Pflegeleistungsvertrag im Resultat eine Ausdehnung des Leistungsbereichs und/oder eine Erhöhung der von der OKP an die Pflege zu leistenden Beiträge zur Folge habe, fehle dem Regierungsrat die Kompetenz, den Vertrag zu verlängern. Dabei gelte es zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber dem Bundesrat in Art. 25a Abs. 3 und 4 KVG ein grosses Ermessen zur Bestimmung der betroffenen Pflegeleistungen, des Bedarfsermittlungsverfahrens, der OKP-Beiträge, der Qualitätskontrollen und der Modalitäten eingeräumt habe (vgl. E. 9.3.2 mit Hinweis auf

BVGE 2011/61 E. 6.10.3 und Eugster, KVG-Kommentar, N 9 zu Art. 25a KVG).

#### **E. 6.3.1.2**

Das Bundesgericht habe im Weiteren in BGE 142 V 203 ausgeführt, dass in Art. 7 Abs. 2 KLV die Auflistung der Kategorien der - so auch in Pflegeheimen erbrachten - Pflegeleistungen, welche die OKP vergütet (Abklärung und Beratung, der Untersuchung und Behandlung, Grundpflege) abschliessend sei. Die Ergänzung um zusätzliche Leistungen wäre inkompatibel mit dem abschliessenden Charakter des Leistungskatalogs (vgl. E. 6.2, 7.2.3, 8.2.1). Angesichts des Inkrafttretens der Neuordnung der Pflegefinanzierung am 1. Januar 2011 mit der dazugehörigen Einfügung des neuen Art. 25a KVG hätten die Parteien keine Möglichkeit mehr, der Genehmigungspflicht unterstehende Tarifverträge abzuschliessen und genössen keinen Tarifschutz mehr, welcher die Leistungserbringer dazu verpflichten würde, die vertraglich vereinbarten Preise/Tarife einzuhalten, wie dies Art. 44 Abs. 1 KVG vorsehe. Ausgenommen sei die Regelung der kantonalen Restfinanzierung gemäss Art. 25a Abs. 5 KVG (E. 9.3.3).

#### **E. 6.3.1.3**

Weiter hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, es habe 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 festsetze, die bisherigen für diese Pflegeleistungen und die OKP-Kostenbeteiligung anhin geltenden Tarifbildungsbestimmungen (insb. Abschluss von Tarifverträgen durch Tarifpartner, Genehmigung dieser Verträge durch die Kantonsregierung und subsidiäre hoheitliche Festsetzungskompetenz der Kantonsregierung) keine Anwendung mehr fänden (vgl. BVGE 2011/61 E. 5, 6.1; vgl. auch BVGE 2015/52 E. 5.1.7.1). Den wiedergegebenen Stellungnahmen des Bundesrats und des BAG sei schliesslich zu entnehmen, dass sie davon ausgingen, das Material, welches für die Erbringung der Pflegeleistungen gemäss Art. 7 Abs. 2 KLV notwendig sei - unabhängig davon, ob es auf der MiGeL gelistet sei oder nicht -, stelle einen integralen Bestandteil dieser in Pflegeheimen erbrachten Pflegeleistungen dar. Das KVG sehe die Finanzierung dieser Pflegeleistungen durch die OKP, die versicherte Person und die Kantone vor (Art. 25a KVG). Eine separate Verrechnung des Pflegematerials, das für die Erbringung dieser Pflegeleistungen notwendig sei, sei nicht vorgesehen. Die altrechtlich in Art. 9a Abs. 2 aKLV festgehaltenen Rahmentarife für die Pflegeleistungen hätten diejenigen Kosten umfasst, die zur Erbringung der Pflegeleistungen notwendig gewesen seien. Dazu habe insbesondere das Pflegematerial gehört. Die Definition der Pflegeleistungen habe mit der Neuordnung der Pflegefinanzierung keine grundsätzliche Anpassung erfahren. Geändert worden sei lediglich der Finanzierungsmodus. Es bestehe auch in Bezug auf die Konstellation B (Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen) kein Anlass, von dieser Beurteilung abzuweichen (vgl. E. 9.3.4 und E. 9.4).

#### **E. 6.3.2**

Anschliessende beleuchtete das Bundesverwaltungsgericht die historische Entwicklung der Vergütung des Materials zur Applikation durch Pflegefachpersonen.

##### **E. 6.3.2.1**

Es erwog insbesondere, dass gemäss Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG in der bis Ende 2010 geltenden Fassung ärztlich angeordnete Pflegemassnahmen in Pflegeheimen grundsätzlich Pflichtleistungen der OKP gewesen seien und dem Tarifschutz gemäss Art. 44 KVG unterstanden hätten. Die Tarife seien unter Berücksichtigung der in der KLV enthaltenen Rahmentarife in Tarifverträgen (Art. 46 KVG) oder beim Fehlen von solchen in Festsetzungsbeschlüssen der Kantonsregierungen (Art. 47 KVG) festgelegt worden, wobei Krankenversicherer - gemäss Art. 50 KVG in den bis 31. Dezember 2010 geltenden Fassungen - mit Pflegeheimen pauschale Vergütungen hätten vereinbaren können. Da die Rahmentarife (aArt. 9a Abs. 2 KLV; in Kraft bis 31. Dezember 2010) nicht kostendeckend gewesen seien, sei der Tarifschutz gemäss Art. 44 KVG in der Praxis nicht voll umgesetzt worden, was zu einer unbefriedigenden und intransparenten Situation geführt habe (E. 9.5.1 m.w.H.). Aus der Rechtsprechung des bis zum 31. Dezember 2006 zuständigen Bundesrates schloss das Bundesverwaltungsgericht weiter, dass zu den (den Pflegeheimen für die Festlegung von Pflgetarifen vergüteten) Kosten jene gehörten, die direkt mit dem Erbringen der eigentlichen Pflegeleistungen verbunden gewesen seien, wozu offensichtlich auch das Pflegematerial gehört habe, welches beim (OKP-konformen) Erbringen dieser Pflegeleistungen direkt verwendet worden sei. Voraussetzung für eine separate/zusätzliche Vergütung wäre gewesen, dass die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen eine separate OKP-Pflichtleistungskategorie dargestellt hätten, zu deren Abrechnung zulasten der Krankenversicherer die Pflegeheime als OKP-Leistungserbringer hätten berechtigt sein müssen. Weder das KVG noch die dazugehörigen Verordnungen hätten eine solche Separierung der Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen als OKP-Leistung vorgesehen (vgl. E. 9.5.2 f. m.w.H.).

### **E. 6.3.3**

Hinsichtlich der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Neuordnung der Pflegefinanzierung führte das Bundesverwaltungsgericht unter Berufung auf BGE 141 V 446 aus, dass diese nach dem Willen des Gesetzgebers unter Wahrung der Kostenneutralität für die Krankenversicherer eingeführt werden sollte. In Anwendung der Rahmentarife hätten die Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung keinen ausreichenden Kostendeckungsgrad erreicht; schätzungsweise habe er 55-60 % betragen. Der Gesetzgeber habe eine Umverteilung der Kostentragung bezweckt, um die namentlich aus demographischen Gründen zunehmende Belastung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Bereich altersbedingter Pflegeleistungen zu begrenzen. Im Einzelnen leiste die obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP) - vom EDI festgesetzte - Beiträge an die Pflegeleistungen, welche aufgrund einer ärztlichen Anordnung und eines ausgewiesenen Pflegebedarfs erbracht würden (Art. 25a Abs. 1 KVG). Darüber hinaus hätten sich sowohl die Versicherten (bis zu höchstens 20 Prozent des höchsten vom Bundesrat festgesetzten Pflegebeitrages) als auch die öffentliche Hand an den Pflegekosten zu beteiligen (Art. 25 Abs. 5 Satz 1 KVG). Die Modalitäten der Restfinanzierung der Pflegekosten regelten die Kantone (Art. 25a Abs. 5 Satz 2 KVG). Allein Sache der Bundesgesetzgebung sei die abschliessende Normierung der Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung. Die Neuordnung der Pflegefinanzierung stelle den bis Ende 2010 gültig gewesenen Leistungsumfang nicht in Frage, sondern regle im dargelegten Sinn die Aufteilung der Pflegekosten auf verschiedene Kostenträger. Unverändert sei insbesondere der Begriff der Pflegeleistungen geblieben. Insbesondere seien im Rahmen der Neuordnung der Pflegefinanzierung weder im KVG noch in den Verordnungen die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen als neue, separate

OKP-Pflichtleistungskategorie abgetrennt worden. Es scheine auch keineswegs naheliegend, im Rahmen einer Revision, die einzig die Neuordnung der Finanzierung der Pflegepflichtleistungen zum Ziel gehabt habe, eine neue Leistungskategorie zu schaffen und die Pflegeheime diesbezüglich als Leistungserbringer zulasten der OKP zuzulassen. Hätten Gesetzgeber und Verordnungsgeber dies gewollt, hätten sie im Rahmen der Neuordnung der Pflegefinanzierung eine entsprechende Normenänderung vorgenommen (vgl. E. 9.5.4.1 f. mit Hinweisen).

#### **E. 6.3.4**

Aufgrund dieser Ausführungen erwog das Bundesverwaltungsgericht, dass die altrechtlich vorgesehene Vergütung der Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen im Rahmen der Pflorgetarife (und nicht separat z.B. über die MiGeL) beibehalten worden sei und daher die Vergütung der Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen im Rahmen des ordentlichen Finanzierungssystems der neu geordneten Pflegefinanzierung, also insgesamt durch die drei Kostenträger erfolge. Weder in Gesetz noch in Verordnung sei vorgesehen, dass die Beteiligung an den Pflegeleistungen durch eine Aufteilung der Pflegeleistungen in verschiedene Kostenfaktoren oder -elemente erfolge, insbesondere dass die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen (ausschliesslich) zu Lasten der Krankenversicherer gehen sollten. Stattdessen sähen Art. 25a Abs. 1 und 5 KVG eine (rein) rechnerische Aufteilung der Übernahme der Pflegekosten vor und die Kantone bzw. die öffentliche Hand würden die verbleibenden Restkosten übernehmen. Im Rahmen der Neuordnung der Pflegefinanzierung werde somit nicht davon ausgegangen, dass die OKP-Pflegebeiträge kostendeckend seien. Das sei bereits aus der Trias der Kostenträger ersichtlich, aber auch daraus, dass beim vorgeschriebenen kostenneutralen Übergang zur neuen Pflegefinanzierung der Deckungsgrad ungefähr gleich bleiben und die Pflegebeiträge dementsprechend 55-60 % der Pflegekosten decken sollten. Somit hätten die Pflegeheime zwar einen Anspruch auf Vergütung der Pflegekosten, wozu auch die Kosten für Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen zu zählen seien. Der Anspruch beziehe sich aber (nur) auf eine grundsätzliche Vergütung durch die Gesamtheit der drei Kostenträger. Insbesondere könnten die Pflegeheime nicht verlangen, dass die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen von den Krankenversicherern vergütet würden - auch nicht im Rahmen der vom EDI festgesetzten Beiträge. Anders gesagt: Die Aufteilung sei eine rechnerische, keine sachliche. Welche weiteren Posten neben dem Material zur Applikation durch Pflegefachpersonen zu den von der besagten Trias zu finanzierenden Pflegekosten gehörten, sei nicht zu beantworten. Auch nicht zu prüfen sei, inwiefern die Neuordnung der Pflegefinanzierung den Pflegeheimen faktisch finanzielle Nachteile bringe, wie die Vorinstanz und der Beschwerdegegner geltend machen würden. Ebenso wenig sei zu prüfen, welche Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt sein müssten - sowohl vom Sachverhalt her als auch von der kantonalen Ausgestaltung der Restfinanzierung -, damit gewährleistet sei, dass im Einzelfall die ganzen Pflegekosten vergütet würden. Diesbezüglich könne an das grosse Ermessen erinnert werden, über welches der Bundesrat namentlich bei der Festsetzung der Pflegebeiträge verfüge (E. 9.5.4.3)

#### **E. 6.3.5**

Weiter hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass von den drei (hauptsächlich) in der Schweiz verwendeten Pflegebedarfssystemen mindestens BESA (weiterhin) vorsehe, dass der Einsatz von Geräten und Hilfsmitteln während der Durchführung der Pflegeleistungen in den Pflegeleistungen enthalten seien. Die primäre Aufgabe von Pflegeheimen vor und

nach Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung liege im Erbringen von Pflegeleistungen im Sinne von Art. 25a KVG. Die Pflegeheime verfügten über dementsprechend ausgerichtete Strukturen, Abläufe, Kosten- und Ertragssysteme. Die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen seien ein integraler Teil dieser Pflegeleistungen (E. 9.5.4.4 f. mit Hinweisen).

#### **E. 6.4**

Hinsichtlich des Konnexes zwischen Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen und den Pflegeleistungen, für welche sie verwendet werden, beleuchtete das Bundesverwaltungsgericht BGE 142 V 203 (Urteil 9C\_466/2015 vom 24. März 2016; auch publiziert als SVR 2016 KV Nr. 18) und erwog, dass auch unterstützende Leistungen, ohne die die gelisteten Pflichtleistungen gar nicht erbracht werden könnten, zu den Pflichtleistungen gemäss Art. 25a KVG bzw. Art. 7 Abs. 2 KLV gehörten. Dies auch, wenn die unterstützenden Leistungen nicht wörtlich aufgeführt seien. Da die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen definitionsgemäss für das Erbringen der OKP-pflichtigen Pflegeleistungen gemäss Art. 7 Abs. 2 KLV notwendig bzw. untrennbar damit verbunden seien, seien sie ausgehend von BGE 142 V 203 den jeweiligen einzelnen Pflegeleistungen gemäss Art. 7 Abs. 2 KLV zuzuordnen und gelten mit der Vergütung dieser Pflegeleistungen als abgegolten. Diese Folgerung werde durch BGE 137 V 31 E. 2.3 bekräftigt, gemäss welchem sich die Tatbestände von Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG und Art. 25 Abs. 2 Bst. b KVG (dort i.V.m. Art. 20 KLV) in Bezug auf ein- und dasselbe Leistungselement als Rechtsgrund der Leistungspflicht gegenseitig ausschliessen. So sei es systemwidrig und unlogisch, die Anpassung ("samt Eingliederung und Instruktion") eines Gegenstands, der selbst nicht leistungspflichtig sei, der obligatorischen Kostenvergütung zu unterstellen. Dass Art. 25 Abs. 2 Bst. a für von Pflegeheimen erbrachte Pflegeleistungen per 1. Januar 2011 in den Art. 25a KVG überführt worden seien, lasse in diesem Zusammenhang darauf schliessen, dass die Tatbestände von Art. 25a KVG und Art. 25 Abs. 2 Bst. b KVG sich in Bezug auf ein- und dasselbe Leistungselement als Rechtsgrund der Leistungspflicht gegenseitig ausschliessen (vgl. E. 9.6-9.6.4 mit Hinweisen).

#### **E. 6.5**

In systematischer Hinsicht führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass es systemwidrig wäre, die Vergütung der Pflegehandlungen im Rahmen der Neuordnung der Pflegefinanzierung auf eine neue Grundlage zu stellen und gleichzeitig die Vergütung der Pflegematerialien einer separaten, ausserhalb des Systems der neuen Pflegefinanzierung liegenden Ordnung zu unterwerfen. Dies hätte namentlich zur Folge, dass die Summe der von den Versicherern an die geleistete Pflege bezahlten Beiträge (vom EDI festgesetzte Beiträge plus Vergütung der Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen) höher ausfallen würde, als im Rahmen der Neuordnung der Pflegefinanzierung vorgesehen. Damit würde die im Systemübergang anvisierte Kostenneutralität verletzt. Auch müssten sich die versicherten Personen über Franchise und Selbstbehalt an den zusätzlich den Versicherern auferlegten Kosten für das Material zur Applikation durch Pflegefachpersonen beteiligen. Damit würde die vom Gesetzgeber in Art. 25a Abs. 5 KVG festgeschriebene maximale Kostenbeteiligung der versicherten Person an den erbrachten Pflegeleistungen im Resultat ausgehebelt. Auch wenn Art. 44 KVG auf die Pflegebeiträge keine Anwendung finde, würde eine solche, nicht explizit in Gesetz und/oder Verordnung verankerte zusätzliche Vergütung dem Grundsatz des Tarifschutzes in der OKP widersprechen. In Bezug auf die gesetzlich vorgesehene Qualitätskontrolle (Art. 25a Abs. 4 dritter Satz KVG) sowie auf Art.

50 KVG i.V.m. Art. 49 Abs. 7 und 8 KVG (Umschreibung der notwendigen Führungsinstrumente, welche insbesondere eine Beurteilung der Wirtschaftlichkeit und Betriebsvergleiche ermöglichen sollen) führte das Bundesverwaltungsgericht im Weiteren aus, dass wenn die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen in den Kreis der Pflegeleistungen gemäss Art. 25a Abs. 1 KVG einbezogen würden, dies eine fundierte Beurteilung der Qualität, Effizienz und Kostengünstigkeit der erbrachten Pflegeleistungen erlaube. Wären nur die Personalleistungen und -kosten unter diesen Pflegeleistungen zu subsumieren, würden sich Kontrolle und Vergleich auf diese Elemente beschränken. Aus der Kontrolle und dem Vergleich könne sich ergeben, dass ein Pflegeheim Personalaufwand und Einsatz von Pflegematerialien besser steuere als ein anderes (E. 9.7.1 f.).

#### **E. 6.5.1**

Im Weiteren erörterte es, dass gemäss Art. 25a Abs. 1 KVG die OKP einen Beitrag an die Pflegeleistungen leiste, die aufgrund einer ärztlichen Anordnung und eines ausgewiesenen Pflegebedarfs [...] im Pflegeheim erbracht werden. Gemäss Art. 8 Abs. 3 KLV erfolge die Bedarfsabklärung durch den Arzt (Art. 9 Abs. 2 KLV). Dieser Pflegebedarf gelte als ärztliche Anordnung oder als ärztlicher Auftrag. Gemäss Art. 9 Abs. 2 KLV müssten die Leistungen der Pflegeheime nach Art. 7 Abs. 2 KLV nach dem Pflegebedarf in Rechnung gestellt werden. Gemäss Art. 25 Abs. 2 Bst. b KVG umfassten die Leistungen gemäss Art. 25 Abs. 1 KVG die ärztlich [...] verordneten [...] der Untersuchung oder Behandlung dienenden Mittel und Gegenstände. Gemäss der Grundsatzbestimmung in Art. 20 KLV setze die Leistung einer Vergütung an Mittel und Gegenstände eine ärztliche Anordnung voraus. Somit setzten Gesetz und Verordnung für einen Vergütungsanspruch sowohl betreffend OKP-Pflegeleistungen als auch für Listen-Produkte eine (eigene) ärztliche Anordnung bzw. einen ärztlichen Auftrag voraus. Es sei davon auszugehen, dass die ärztliche Anordnung oder der ärztliche Auftrag gemäss Art. 8 KLV auch die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen umfasse, die zur Deckung des Pflegebedarfs verwendet würden. Davon wäre hingegen nicht auszugehen, wenn Listen-Produkte und Pflegeleistungen separat zu behandeln und zu vergüten sein sollten. Dann wäre für beides eine eigenständige ärztliche Anordnung (oder ein ärztlicher Auftrag) notwendig, was zu gewissen Doppelspurigkeiten führen würde, die der Verordnungsgeber kaum beabsichtigt habe und mit einer entsprechenden Regelung im Rahmen der Bestimmungen betreffend Krankenpflege ambulant oder im Pflegeheim (Art. 7-9 KLV) hätte vermeiden können (E. 9.7.3).

#### **E. 6.6**

Aufgrund der historischen Entwicklung, des engen Konnexes zwischen den Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen und den OKP-Pflegeleistungen, für welche sie verwendet werden, und der Systematik der Neuordnung der Pflegefinanzierung schloss das Bundesverwaltungsgericht darauf, dass die Kosten für die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen in der im Rahmen der neuen Pflegefinanzierung erfolgenden Vergütung der OKP-Pflegeleistungen eingeschlossen seien. Soweit die Parteien bzw. der Gutachter weitergehende bzw. abweichende Argumente vorgebracht hatten, vermochten diese nicht zu überzeugen (E. 9.8).

#### **E. 6.7**

Hinsichtlich der im Gutachten Kieser dargelegten subsidiären Begründung, wonach die Verwendung eines Mittels oder Gegenstandes durch das Pflegeheim unter Art. 20a Abs. 2

KLV falle und sich Vergütungen aus einem (zusätzlichen) Tarifvertrag ergäben (müssten), erwog das Bundesverwaltungsgericht das Folgende (vgl. E. 9):

#### **E. 6.7.1**

Der Art. 25 Abs. 2 Bst. b KVG konkretisierende Art. 20 KLV in der bis Ende Juli 2007 gültig gewesenen Fassung habe in Abs. 2 vorgesehen, dass Mittel und Gegenstände, die in den Körper implantiert werden, nicht in der MiGeL aufgeführt seien und ihre Vergütung mit der entsprechenden Behandlung in den Tarifverträgen geregelt werde. Diese Bestimmung statuiere mithin für Implantate eine Ausnahme von der Positivlistenpflicht gemäss Art. 25 Abs. 2 Bst. b KVG i.V.m. Art. 33 Bst. e KVV und Art. 20 Abs. 1 KLV (in der bis Ende Juli 2007 gültig gewesenen Fassung) und der damit verbundenen gesetzlichen Höchstvergütungsbetragsregelung gemäss Art. 24 Abs. 1 KLV (vgl. BGE 136 V 84 E. 2.3.1).

#### **E. 6.7.2**

Der seit 1. August 2007 in Kraft stehende, aArt. 20 KLV ersetzende, ebenfalls auf Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG fussende Art. 20a Abs. 1 KLV halte (wie aArt. 20 Abs. 1 KLV) den Grundsatz fest, dass die Mittel und Gegenstände in Anhang 2 nach Arten und Produktgruppen aufgeführt seien. Die Sonderregelung des aArt. 20 Abs. 2 KLV sei in Art. 20a Abs. 2 neu dahingehend ergänzt worden, dass als nicht in der Liste aufgeführte Mittel und Gegenstände auch solche gelten, die von Leistungserbringern nach Artikel 35 Absatz 2 KVG im Rahmen ihrer Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung verwendet werden (Satz 1). Ihre Vergütung werde, wie bei Körperimplantaten, mit der entsprechenden Untersuchung oder Behandlung in den Tarifverträgen geregelt (Satz 2) (vgl. BGE 136 V 84 E. 2.3.2). Zweck von Art. 20a KLV (bzw. aArt. 20 Abs. 2 KLV) sei hauptsächlich, implantierte oder nur von fachkundiger Hand anwendbare Mittel und Gegenstände von der Positivlistenpflicht bzw. der (MiGeL-)Festbetragsregelung gemäss Art. 24 Abs. 1 KLV auszuklammern (vgl. Urteil des BGer 9C\_216/2012 vom 18. Dezember 2012 E. 4; Eugster in SBVR 2016, Rz. 735; Eugster in SBVR 2007, Rz. 626). Dass ein Produkt nicht unter die Positivleistungspflicht gemäss MiGeL falle, schliesse somit (...) nicht aus, dass es auf der MiGeL aufgelistet sein und im Rahmen der Fachpflege verwendet werden könne.

#### **E. 6.7.3**

Für die Abgrenzung von Mitteln und Gegenständen, die als Selbstanwendung unter Art. 20 und Art. 20a Abs. 1 KLV und damit unter die Positivlistenpflicht gemäss MiGeL fielen, einerseits, und nicht listenpflichtigen Mitteln und Gegenständen der Fachapplikation gemäss Art. 20a Abs. 2 KLV i.V.m. Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG andererseits, sei entscheidend, wer das betreffende Produkt als Endverbraucher anwende oder verwende. Sei die Patientin/der Patient gleichzeitig Endverbraucherin/Endverbraucher des Produkts und könne diese/r das Produkt schliesslich allein oder mit Hilfe einer nichtberuflich mitwirkenden Person anwenden, handle es sich um der Positivlistenpflicht gemäss MiGeL unterliegende Mittel und Gegenstände gemäss Art. 20 KLV und Art. 20a Abs. 1 KLV i.V.m. Art. 25 Abs. 2 Bst. b KVG. Werde das Produkt durch den Leistungserbringer nach Art. 35 Abs. 2 KVG angewandt oder verwendet (vorbehältlich Körperimplantate), falle es unter Art. 20a Abs. 2 KLV und damit nicht unter die Positivlistenpflicht gemäss MiGeL. Werde ein Produkt, das durch den Leistungserbringer nach Art. 35 Abs. 2 KVG angewandt oder verwendet worden sei (und damit unter Art. 20a Abs. 2 KLV gefallen sei), ab einem

bestimmten Behandlungszeitpunkt durch die versicherte Person selber (allenfalls mit Hilfe einer nichtberuflich mitwirkenden Person; vgl. Art. 20 KLV) angewendet und genutzt, falle es definitionsgemäss aus dem Geltungsbereich von Art. 20a Abs. 2 KLV heraus und damit in den Anwendungsbereich von Art. 20 und 20a Abs. 1 KLV (vgl. BGE 136 V 84 E. 4.2.3, 4.3.2.1). Massgebend sei somit die konkrete Anwendung bzw. Verwendung des Produkts im jeweiligen Einzelfall und nicht - wie im Gutachten Kieser vertreten -, ob (abstrahiert vom Einzelfall) eine Anwendung bzw. Verwendung der versicherten Person - allenfalls mit Hilfe einer nichtberuflich mitwirkenden Person - nicht grundsätzlich ausgeschlossen sei. Dies indiziere, dass Material zur Applikation durch Pflegefachpersonen definitionsgemäss nicht unter das MiGeL-Festpreissystem i.S.v. Art. 20, 20a Abs. 1 und 24 KLV i.V.m. Art. 25 Abs. 2 Bst. b KVG falle.

#### **E. 6.7.4**

Mit der Einführung der Neuordnung der Pflegefinanzierung sei die gesetzliche Basis für die OKP-Vergütung der von Pflegeheimen erbrachten Pflegeleistungen aus Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG herausgelöst und in den neu geschaffenen Art. 25a KVG transferiert worden. Damit sei per 1. Januar 2011 Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG als gesetzliche Basis für Art. 20a Abs. 2 KLV entfallen, was die Verwendung von Material zur Applikation durch Pflegefachpersonen in Pflegeheimen betroffen habe. Die gesetzliche Basis für Art. 20a Abs. 2 KLV finde sich entsprechend dem vorgenommenen Transfer neu in Art. 25a KVG. Anders als die altrechtliche Pflegefinanzierungsordnung, in welche Art. 20 Abs. 2 KLV sich nahtlos eingefügt habe, sehe die in Art. 25a KVG geregelte neue Ordnung der Pflegefinanzierung vor, dass die OKP-Pflegeleistungen von drei Finanzträgern finanziert würden, wobei eine zusätzliche Regelung der Finanzierung der OKP-Pflegeleistungen nicht vorgesehen sei. Soweit Mittel und Gegenstände für OKP-Pflegeleistungen von Pflegeheimen verwendet würden, fehle es an einer gesetzlichen Regelung, um - wie dies Art. 20a Abs. 2 Satz 2 KLV vorsehe - die Vergütung dieser Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen in Tarifverträgen zu regeln. Zur gutachterlichen Einschätzung, dass gestützt auf Art. 20a Abs. 2 KLV mittels Tarifvertrag nicht nur die Höhe einer allfälligen Vergütung, sondern auch die OKP-Vergütungspflicht gewisser Leistungen oder Materialien geregelt werden könne (vgl. Gutachten S. 43), sei Folgendes festzuhalten: Aus der ausdrücklichen Erwähnung einer bestimmten Leistung oder eines bestimmten Produkts in einem (Tarif-)Vertrag lasse sich keine obligatorische Leistungspflicht - namentlich auch nicht gestützt auf Art. 20a Abs. 2 KLV - ableiten. Der Umstand, dass eine bestimmte Leistung oder ein bestimmtes Produkt in einem (OKP-)Tarifvertrag aufgenommen worden sei, lasse wohl darauf schliessen, dass die Vertragsparteien eine diesbezügliche gesetzliche Übernahmepflicht angenommen hätten; für die Gerichte sei dies jedoch nicht bindend (vgl. für viele BGE 136 V 84 E. 4.1). Somit könne mit dem Pflegeleistungsvertrag - auch unter Berufung auf Art. 20a Abs. 2 KLV - keine neue, zusätzlich zu entschädigende OKP-Leistung begründet werden.

#### **E. 6.8**

Aufgrund seiner Erwägungen hielt das Bundesverwaltungsgericht zusammenfassend fest, dass die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen (Konstellation B) im Rahmen der neu geordneten Pflegefinanzierung über die in Art. 7a Abs. 3 KLV genannten Pauschalbeiträge abgegolten würden. Damit habe der Regierungsrat, soweit er den Pflegeleistungsvertrag in Bezug auf die Vergütung der Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen verlängert habe, seine Kompetenzen überschritten, und der

angefochtene Verlängerungsbeschluss sei rechtswidrig. Soweit die Parteien bzw. der Gutachter weitergehende bzw. abweichende Argumente vorgebracht hatten, vermochten diese nicht zu überzeugen (zum Ganzen vgl. E. 9.9.1 bis E. 9.10).

#### **E. 6.9**

Das Bundesverwaltungsgericht hob schliesslich aufgrund seiner Erwägungen den angefochtenen Beschluss insofern auf, als damit der Pflegeleistungsvertrag in Bezug auf die Konstellationen A und B verlängert worden sei.

#### **E. 7**

Auf die hiervor wiedergegebenen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts kann vollumfänglich verwiesen werden, da die im vorliegenden Verfahren vorgebrachten Standpunkte - soweit die entscheidewesentlichen Elemente betreffend - im Wesentlichen auf denselben Argumenten gründen, wie jene im Verfahren des Grundsatzentscheids C-3322/2015 vom 1. September 2017. Da im vorliegenden Verfahren neben der Fallkonstellation A auch die Fallkonstellation B durch den verlängerten und diesbezüglich im Streit liegenden Pflegeleistungsvertrag zwischen A.\_\_\_\_\_ und tarifsuisse vom (...) 2008 erfasst wird, ist somit der Beschluss RRB [Referenznummer] vom [...] Februar 2015 im Sinne der Erwägungen 6.2.3 und 6.8 insofern und insoweit aufzuheben, als damit die in Art. 17 in Verbindung mit Art. 13 Abs. 2 des Pflegeheimvertrages sowie in Verbindung mit Anhang 8 und Vereinbarung vom (...) 2012 betreffend die Umrechnungstabelle BESA/RAI-RUG/MiGeL vereinbarten zusätzlichen Vergütungen für Mittel- und Gegenstände verlängert wurden. Da der Streitgegenstand auf diese Frage eingeschränkt ist (s. oben E. 2.3), entspricht dies einer vollständigen Gutheissung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten war. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist auf die weiteren erhobenen Rügen sowie auf die von den Parteien vorgebrachten Argumente nicht näher einzugehen. Insbesondere kann offen bleiben: -ob die in Art. 7a Abs. 3 KLV festgesetzten Pflegebeiträge und die Berechnungen, auf denen sie beruhen, gesetzeskonform sind; -ob - wenn der Regierungsrat grundsätzlich die Kompetenz hätte, den Pflegeleistungsvertrag zu verlängern - die (übrigen) Voraussetzungen zu einer solchen auf Art. 47 Abs. 3 KVG abgestützten Vertragsverlängerung erfüllt wären; -welche Auswirkungen es hat, wenn Pflegeheime keine zwischen der Abgabe und der Verwendung von Mitteln und Gegenständen differenzierende Finanzdaten vorlegen können.

#### **E. 8**

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und die Parteientschädigung.

##### **E. 8.1**

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 und Abs. 3 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei, weshalb der unterliegenden Beschwerdegegnerin Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 4'000.- aufzuerlegen sind. Den obsiegenden Beschwerdeführerinnen sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 6'000.- ist ihnen zurückzuerstatten. Der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

##### **E. 8.2**

Die ganz oder teilweise obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG in Verbindung mit Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR

173.320.2]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 Abs. 1 VGKE). Gemäss Art. 9 Abs. 1 VGKE umfassen die Kosten der Vertretung: a) das Anwaltshonorar oder die Entschädigung für eine nichtanwaltliche berufsmässige Vertretung; b) die Auslagen, namentlich die Kosten für das Kopieren von Schriftstücken, die Reise-, Verpflegungs- und Unterkunftskosten, die Porti und die Telefonspesen; c) die Mehrwertsteuer für die Entschädigungen nach den Buchstaben a und b, soweit eine Steuerpflicht besteht und die Mehrwertsteuer nicht bereits berücksichtigt wurde. Nicht unter dem Titel der Vertretung entschädigt werden die nicht berufsmässige Vertretung, welche etwa aus Gefälligkeit erfolgt, desgleichen, wenn der Vertreter oder die Vertreterin in einem Arbeitsverhältnis zur Partei steht (Art. 9 Abs. 2 VGKE). Im Verfahren vor Bundesgericht wird eine Parteientschädigung regelmässig nur anwaltlich vertretenen Parteien zugesprochen, nicht dagegen Parteien, die von ihrem Rechtsdienst vertreten wurden. Ebenfalls keine Parteientschädigung ist einer Partei zuzusprechen, die zwar konzernintern eine jährliche Management Fee leistet, aber nicht substantiiert oder gar nachweist, dass die Vertretung im Beschwerdeverfahren Einfluss auf die geschuldete Management Fee hat (vgl. Urteil des BVGer C-5901/2013 vom 2. Juni 2016 E. 6.2.3 f.). Ursprünglich wurden im vorliegenden Beschwerdeverfahren sämtliche Beschwerdeführerinnen durch tarifsuisse vertreten. Im Verlauf des Verfahrens liessen die Beschwerdeführerinnen 39 und 45 sich neu durch die Beschwerdeführerin 1 vertreten, während letztere sich nicht mehr vertreten liess. In keinem Zeitpunkt des Verfahrens wurden die Beschwerdeführerinnen unmittelbar oder mittelbar anwaltlich vertreten. Weder ist aktenkundig noch wird geltend gemacht, dass die Beschwerdeführerinnen tarifsuisse bzw. die Beschwerdeführerin 1 für die Vertretung im vorliegenden Beschwerdeverfahren entschädigt haben oder dass ihnen sonstige notwendige und verhältnismässig hohe Kosten erwachsen sind. Vielmehr begründen die Beschwerdeführerinnen ihr Rechtsbegehren Nr. 4 ("Unter Kosten- und Entschädigungsfolge") nicht. Daher ist ihnen keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. auch Urteile des BVGer C-1440/2015 vom 27. Mai 2015; C-2461/2013 und C-2468/2013 vom 28. August 2014 E. 7.2; C-5550/2010 vom 6. Juli 2012 E. 24.2). Die unterliegende Beschwerdegegnerin hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE, je e contrario). Der unterliegenden Vorinstanz ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 7 Abs. 1 und 3 VGKE).

#### **E. 9**

Da der Regierungsratsbeschluss mit diesem Urteil teilweise aufgehoben wird, ist der Regierungsrat anzuweisen, die Ziffer 2 des Urteilsdispositivs so veröffentlichen zu lassen, wie der angefochtene Regierungsratsbeschluss [Referenznummer] veröffentlicht worden ist.

#### **E. 10**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gegen Entscheide auf dem Gebiet der Krankenversicherung, die das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 33 Bst. i VGG in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 KVG getroffen hat, ist gemäss Art. 83 Bst. r BGG unzulässig. Das vorliegende Urteil ist somit endgültig.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.