Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-1190/2012

Urteil vom 2. Juli 2015

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),
Richter Vito Valenti, Richter David Weiss,
Richter Michael Peterli, Richterin Franziska Schneider.
Gerichtsschreiber Daniel Golta.

Parteien

1. **santésuisse Die Schweizer Krankenversicherer,** Römerstrasse 20, Postfach 1561, 4502 Solothurn,
2. **CSS Kranken-Versicherung AG,** Tribschenstrasse 21, Postfach 2568, 6002 Luzern,
3. **Aquilana Versicherungen,** Bruggerstrasse 46, 5401 Baden,
4. **Moove Sympany AG,** Jupiterstrasse 15, Postfach 234, 3000 Bern 15,
5. **Kranken- und Unfallkasse Bezirkskrankenkasse Einsiedeln,** Hauptstrasse 61, Postfach 57, 8840 Einsiedeln,
6. **PROVITA Gesundheitsversicherung AG,** Brunngasse 4, Postfach, 8401 Winterthur,
7. **Sumiswalder Krankenkasse,** Spitalstrasse 47, 3454 Sumiswald,
8. **Genossenschaft Krankenkasse Steffisburg,** Unterdorfstrasse 37, Postfach, 3612 Steffisburg,
9. **CONCORDIA Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung AG,** Bundesplatz 15, 6002 Luzern,
10. **Atupri Krankenkasse,** Zieglerstrasse 29, 3000 Bern 65,
11. **Avenir Krankenversicherung AG,** Rue du Nord 5, 1920 Martigny,

12. **Krankenkasse Luzerner Hinterland,** Luzernstrasse 19, 6144 Zell LU,
13. **ÖKK Kranken- und Unfallversicherungen AG,** Bahnhofstrasse 9, 7302 Landquart,
14. **Vivao Sympany AG,** Peter Merian-Weg 4, 4002 Basel,
15. **Krankenversicherung Flaachtal AG,** Bahnhofstrasse 22, Postfach 454, 8180 Bülach,
16. **Easy Sana Assurance Maladie SA,** Rue du Nord 5, 1920 Martigny,
17. **Genossenschaft Glarner Krankenversicherung,** Säge, 8767 Elm,
18. **Innova Wallis AG,** Bahnhofstrasse 4, Postfach 184, 3073 Gümligen,
19. **Cassa da malsauns LUMNEZIANA,** Postfach 41, 7144 Vella,
20. **KLuG Krankenversicherung,** Gubelstrasse 22, 6300 Zug,
21. **EGK Grundversicherungen,** Brislachstrasse 2, Postfach, 4242 Laufen,
22. **sanavals Gesundheitskasse,** Haus ISIS, Postfach 18, 7132 Vals,
23. **Krankenkasse SLKK,** Hofwiesenstrasse 370, Postfach 5652, 8050 Zürich,
24. **sodalis gesundheitsgruppe,** Balfrinstrasse 15, 3930 Visp,
25. **vita surselva,** Glennerstrasse 10, Postfach 217, 7130 Ilanz,
26. **Krankenkasse Zeneggen,** Neue Scheune, 3934 Zeneggen,
27. **Krankenkasse Visperterminen,** Wierastrasse, 3932 Visperterminen,
28. **Caisse-maladie de la Vallée d'Entremont société coopérative,** Place centrale, Postfach 13, 1937 Orsières,
29. **Krankenkasse Institut Ingenbohl,** Klosterstrasse 10, 6440 Brunnen,
30. **Krankenkasse Turbenthal,** Tösstalstrasse 147, 8488 Turbenthal,
31. **Stiftung Krankenkasse Wädenswil,** Schönenbergstrasse 28, 8820 Wädenswil,
32. **Krankenkasse Birchmeier,** Hauptstrasse 22, 5444 Künten,
33. **kmu-Krankenversicherung,** Bachtelstrasse 5, 8400 Winterthur,
34. **Krankenkasse Stoffel Mels,** Bahnhofstrasse 63, 8887 Mels,
35. **Krankenkasse Simplon,** 3907 Simplon Dorf,

36. **SWICA Gesundheitsorganisation Generaldirektion,**
Römerstrasse 38, 8401 Winterthur,
37. **GALENOS Kranken- und Unfallversicherung,**
Militärstrasse 36, Postfach, 8021 Zürich,
38. **rhenusana,** Heinrich-Wild-Strasse 210, Postfach,
9435 Heerbrugg,
39. **Mutuel Assurance Maladie SA,** Rue du Nord 5,
1920 Martigny,
40. **AMB Assurance-maladie et accidents,** Rue du Nord 5,
1920 Martigny,
41. **INTRAS Krankenversicherung AG,** Rue Blavignac 10,
1227 Carouge GE,
42. **PHILOS Assurance Maladie SA,** Rue du Nord 5,
1920 Martigny,
43. **Visana AG,** Weltpoststrasse 19/21, Postfach 253,
3000 Bern 15,
44. **Agrisano Krankenkasse AG,** Laurstrasse 10,
5201 Brugg AG,
45. **Innova Versicherungen,** Bahnhofstrasse 4,
Postfach 184, 3073 Gümligen,
46. **sana24 AG,** Weltpoststrasse 19, 3015 Bern,
47. **Arcosana AG,** Tribschenstrasse 21, 6005 Luzern,
48. **vivacare AG,** Weltpoststrasse 19, 3015 Bern,
49. **Sanagate AG,** Tribschenstrasse 21, Postfach 2568,
6002 Luzern,
2-49 vertreten durch santésuisse Die Schweizer
Krankenversicherer, Römerstrasse 20, Postfach 1561,
4502 Solothurn,
diese wiederum vertreten durch Dr. iur. Vincent Augustin,
Rechtsanwalt, Quaderstrasse 8, 7000 Chur,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

1. **Curaviva Kanton Zürich,**
Schärenmoosstrasse 77, 8052 Zürich,
2. **Stadt Zürich,**
handelnd durch Gesundheits- und Umweltdepartement der
Stadt Zürich, Postfach 3251, 8021 Zürich,
beide vertreten durch Prof. Dr. iur. Tomas Poledna,
Rechtsanwalt, Poledna Boss Kurer AG, Bellerivestrasse 241,
Postfach 865, 8034 Zürich,
Beschwerdegegnerinnen,

Regierungsrat des Kantons Zürich,
Staatskanzlei, Neumühlequai 10, Postfach, 8090 Zürich,
handelnd durch Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich,
Postfach, 8090 Zürich,
Vorinstanz.

Gegenstand

Tarife für Nebenleistungen in Pflegeheimen ab 1. Januar 2011; Beschluss des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 25. Januar 2012 (Nr. 84/2012).

Sachverhalt:

A.

A.a In den Pflegeheimen des Kantons Zürich erfolgte die Verrechnung von Pflegeleistungen und von Pflegenebenleistungen (Ärztin oder Arzt, Therapien und Pflegematerialien) zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (im Folgenden: OKP) bis zum 31. Dezember 2009 einerseits gestützt auf den Pflegeheimvertrag vom 1. April 2007 (mit dem Bewohner-Einstufungs- und Abrechnungssystem BESA [im Folgenden: BESA-Pflegeheimvertrag), andererseits gestützt auf den Vertrag mit dem Pflegebedarfsabklärungssystem RAI/RUG (Resident Assessment Instrument / Resource Utilization Groups) vom 1. Januar 2008 (im Folgenden: RAI/RUG-Pflegeheimvertrag; gemeinsam: Pflegeheimverträge [Akten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens {B-act.} 7 Beilagen 8 f.]), die vom Regierungsrat des Kantons Zürich (im Folgenden: Regierungsrat bzw. Vorinstanz) mit den Beschlüssen Nr. 1806/2007 vom 5. Dezember 2007 bzw. Nr. 732/2008 vom 21. Mai 2008 genehmigt wurden. Santésuisse kündigte die beiden Pflegeheimverträge per 31. Dezember 2009. Der Regierungsrat verlängerte die beiden Verträge mit seinen Beschlüssen Nr. 236/2010 vom 17. Februar 2010 und Nr. 938/2010 vom 23. Juni 2010 je bis zum 31. Dezember 2010 (vgl. B-act. 1 Beilage 1 S. 1; B-act. 6 S. 6; B-act 7 Beilagen 6 f.).

A.b Mit Schreiben vom 20. Dezember 2010 wandten sich Curaviva Kanton Zürich (im Folgenden: Curaviva ZH) und die Stadt Zürich als "Vertreter der Leistungserbringer des Kantons Zürich" an den Regierungsrat des Kantons Zürich und stellten die folgenden Anträge (B-act. 7 Beilage 1 [Vorakten] Dokument 1; im Folgenden: Antragsschreiben):

1. Es sei festzustellen, dass die Pflegeheime als Leistungserbringer für Nebenleistungen im Sinne der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) gelten und berechtigt sind, zu Lasten der OKP abzurechnen.

2. Die Krankenversicherungen – bis Dezember 2010 vertreten durch santésuisse – seien zu verpflichten, mit den Pflegeheimen im Kanton Zürich als Leistungserbringer bzw. den Vertretern Curaviva Kanton Zürich und Stadt Zürich zu den Nebenleistungen (Arzt, Arznei, Therapien, Pflegematerialien) Vertragsverhandlungen aufzunehmen.

3. Für die Dauer des vorliegenden Verfahrens mit Wirkung ab 1. Januar 2011 sowie für die Dauer der nachfolgenden Vertragsverhandlungen bis maximal zu einem Jahr, seien die Leistungserbringer Pflegeheime im Sinne von vorsorglichen Massnahmen berechtigt zu erklären, die

weiteren Pflichtleistungen (Arzt, Arznei, Therapien, Pflegematerialien) im Umfang und nach den Modalitäten der im Jahr 2010 angewendeten Tarife abzurechnen.

Die Stadt Zürich und Curaviva ZH begründeten ihre Anträge im Wesentlichen damit, dass santésuisse sich geweigert habe, mit den Pflegeheimen als Leistungserbringern Verhandlungen betreffend die in den Anträgen erwähnten Pflegenebenleistungen aufzunehmen. Da deswegen keine Tarifverhandlungen geführt worden seien, sei es den Pflegeheimen verwehrt, eine Tariffestsetzung gemäss Art. 47 KVG (SR 832.10) zu beantragen. Daher werde mit den gestellten Anträgen im Sinne eines Vorentscheids ein Beschluss des Regierungsrats beantragt, der zur Aufnahme entsprechender Tarifverhandlungen führen solle.

A.c Mit Stellungnahme vom 18. Januar 2011 (Vorakte 6) stellte santésuisse die folgenden Rechtsbegehren:

1. Auf das Feststellungsbegehren gemäss Ziff. 1 sei nicht einzutreten, eventualiter sei dasselbe abzuweisen.

2. Dem Entscheid zu vorstehendem Antrag 1 folgend sei der Antrag zu Ziff. 2 als obsolet zu bezeichnen, eventualiter derselbe abzuweisen.

3. Entsprechend sei vom Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Antrag Ziff. 3 abzusehen und der Antrag folglich abzuweisen.

4. In verfahrensrechtlicher Hinsicht sei die Beilage 2 [Übertragungsvertrag santésuisse/tarifsuisse ag vom 17./23.12.2010] den Gegenparteien nicht offen zu legen oder, soweit doch nötig, auf jene sachdienlichen Stellen zu beschränken, die für das vorliegende Verfahren von Relevanz sind.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Antragssteller.

Santésuisse begründete diese Rechtsbegehren insbesondere damit, dass der Feststellungsantrag (Ziff. 1) der Pflegeheime nicht unter Art. 47 KVG falle, der Regierungsrat für dessen Behandlung nicht zuständig sei und der entsprechende Feststellungsantrag nur vorfrageweise in einem Tariffestsetzungsverfahren zu prüfen wäre. Ausserdem seien die Pflegeheime eben nicht berechtigt, selbst Pflegenebenleistungen zu Lasten der OKP zu erbringen und abzurechnen. Damit falle auch der Antrag auf Verpflichtung der Krankenversicherer bzw. santésuisse zur Aufnahme von Tarifverhandlungen (Ziff. 2) ausser Betracht.

A.d Von der Vorinstanz dazu aufgefordert, einen konkreten Tariffestsetzungsantrag einzureichen (Vorakte 7 f.), stellten die Stadt Zürich und Curaviva ZH ("als Vertreter der Leistungserbringer des Kantons Zürich") am 7. Februar 2011 "im Rahmen des am 20. Dezember 2010 gestellten Begehrens" zusätzlich folgende Eventualanträge (Vorakte 9 f.):

1. Es seien folgende Tarife für Nebenleistungen (ärztliche und therapeutische Leistungen, Medikamente, Pflegematerialien) in Pflegeheimen festzusetzen:

   a) die kassenpflichtigen ambulanten ärztlichen Leistungen seien gemäss TARMED mit dem zurzeit gültigen Taxpunktwert für frei praktizierende Ärzte zu verrechnen und von den Versicherern zu übernehmen

   b) die von den Leistungserbringern abgegebenen kassenpflichtigen Mittel und Gegenstände seien zu maximal den Höchstansätzen unter Abzug eines Rabattes von 10 % zu verrechnen und durch die Versicherer zu übernehmen, mit Ausnahme der Mittel und Gegenstände, welche durch Pauschalen begrenzt sind und welche zu den Pauschalbeträgen zu übernehmen seien;
   die Kosten für Medikamente seien nach SL unter Abzug eines Rabattes von 10 % zu verrechnen und durch die Versicherer zu übernehmen.

   c) die zusätzlich ärztlich angeordneten, kassenpflichtigen paramedizinischen Leistungen wie Physiotherapie, Ergotherapie, Logopädie, Ernährungsberatung oder medizinische Analysen seien gemäss den entsprechenden Tarifvereinbarungen und zurzeit gültigen Taxpunktwerten für ambulante Leistungserbringer zu verrechnen und durch die Versicherer zu übernehmen.

   d) alle zwischen H+ Die Spitäler der Schweiz und dem Schweizerischen Verband für Gemeinschaftsaufgaben der Krankenversicherer (SVK) tarifierten Leistungen wie Dialysen, Transplantationen, usw. seien gemäss den dort vereinbarten Taxen zu verrechnen und durch die Versicherer zu übernehmen.

2. Für die Vergütung der Leistungen sei das System des Tiers payant anzuwenden. Pflegeheime können gegenüber santésuisse bzw. den Krankenversicherungen erklären, dass ihre Rechnungsstellung nach dem Tiers garant erfolge. Die Modalitäten der Rechnungsstellung seien entsprechend der Regelung in den bis Ende 2010 anwendbaren Verträgen festzulegen.

3. Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen sei für die Dauer des Verfahrens mit Wirkung ab 1. Januar 2011 für die Nebenleistungen sowie Art der Vergütung und die Modalitäten der Rechnungsstellung die in den Anträgen 1 und 2 beantragte Regelung als anwendbar zu erklären.

Die Stadt Zürich und Curaviva ZH begründeten diese Anträge insbesondere damit, dass Pflegeheime als Leistungserbringer unbestritten seien, dass die Anträge weitgehend auf eine Weiterführung der in den bisherigen Pflegeheimverträgen enthaltenen Tarife und Regelungen – inkl. der Bezugnahme auf bestehende Einzelleistungstarifstrukturen und Tarife – hinausliefen, die sich bewährt hätten und auch der üblichen Regelung in anderen Tarifbereichen entsprächen.

A.e Mit Eingabe vom 9. März 2011 (Vorakte 14) stellte santésuisse die folgenden Rechtsbegehren:

1. Grundsätzlich unverändert gemäss Stellungnahme vom 18.01.2011.

2. Die Eventualanträge der Curaviva Kanton Zürich bzw. der Stadt Zürich in der Eingabe vom 07.02.2011 seien abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten werden kann.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Antragssteller.

Sie begründete diese Rechtsbegehren – neben einem Verweis auf ihre Eingabe vom 18. Januar 2011 – insbesondere damit, dass der Regierungsrat mangels Tariflosigkeit auch für die Beurteilung der Eventualanträge nicht zuständig sei und die Pflegeheime aus den bis zum 31. Dezember 2010 geltenden Verträgen bzw. der bisherigen Praxis nichts zu ihren Gunsten ableiten könnten.

A.f Mit Eingabe vom 15. April 2011 (Vorakte 18) stellten die Stadt Zürich und Curaviva ZH "im Rahmen des am 20. Dezember 2010 gestellten Begehrens – ergänzt mit den Eventualanträgen vom 7. Februar 2011" folgende Änderungsanträge:

1. Es seien die Krankenversicherungen Helsana, KPT und Sanitas sowie die angeschlossenen Versicherer vom Tariffestsetzungsverfahren (gemäss Anträgen von Curaviva Kanton Zürich und dem Gesundheits- und Umweltdepartement der Stadt Zürich vom 20. Dezember 2010 und vom 7. Februar 2011) betreffend Abrechnung von Nebenleistungen (ärztliche und therapeutische Leistungen, Medikamente und Pflegematerialien) in Zürcher Pflegeheimen für das Jahr 2011 auszunehmen.

2. Der Eventualantrag 1 vom 7. Februar 2011 zu den Tarifen Nebenleistungen sei wie folgt anzupassen:

   a. Kassenpflichtige ambulante ärztliche Leistungen seien gemäss TARMED mit dem im Kanton Zürich gültigen Taxpunktwert für frei praktizierende Ärzte abzurechnen.

   b. Die ärztlich angeordneten kassenpflichtigen paramedizinischen Leistungen wie Physiotherapie, Ergotherapie, Logopädie, Ernährungsberatung oder medizinische Analysen seien 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 KLV seien von den Versicherern zu akzeptieren.

   c. Kassenpflichtige Medikamente seien auf der Basis SL mit einem Rabatt von 10% abzurechnen. Der Pharmacode sei nach Möglichkeit auf der Rechnung anzugeben. Werden vom Arzt verschriebene Medikamente im Sinne einer Dienstleistung in der Apotheke bezogen, seien die Leistungserbringer berechtigt zu erklären, den in der Apotheke bezahlten Betrag zu verrechnen, unter Beilage einer Kopie der Apotheker-Rechnung.

   d. Die von den Leistungserbringern abgegebenen kassenpflichtigen Mittel und Gegenstände seien auf Basis Höchstvergütungspreis MiGel abzüglich 15% abzurechnen. Von der Rabattierung der Höchstvergütungspreise seien die auf Zeiteinheiten basierenden Pauschalen auszunehmen. Die Positionsnummer sei 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 etc. seien gemäss den dort vereinbarten Taxen abzurechnen.

   Im Falle eines gekündigten Vertrages bzw. vertragslosen Zustandes seien die zuletzt gültigen Vereinbarungen zu den einzelnen Nebenleistungen als anwendbar zu erklären, bis ein neuer Tarifvertrag zustande komme bzw. der Tarif hoheitlich festgelegt werde.

Zur Begründung führten die Stadt Zürich und Curaviva ZH aus, dass sie mit den in Ziff. 1 erwähnten Krankenversicherern Tarife vereinbart hätten, weshalb diese Versicherer in Bezug auf die gestellten Festsetzungsanträge für das Jahr 2011 auszunehmen seien und sich eine Anpassung des

Eventualantrags 1 vom 7. Februar 2011 an die mit ihnen vereinbarte Regelung aufdränge.

A.g Mit Beschluss Nr. 920/2011 vom 13. Juli 2011 "Krankenversicherung (Tarife für Nebenleistungen [Arzt, Arznei, Therapien und Pflegematerialien] in Pflegeheimen; *vorsorgliche Massnahmen*)" verfügte der Regierungsrat Folgendes (B-act. 7 Beilage [Vernehmlassungsbeilage] 4):

> I. *Für die Dauer des Verfahrens* betreffend Festsetzung der Tarife für Nebenleistungen (Arzt, Arznei, Therapien und Pflegematerialien) in den auf der Zürcher Pflegeheimliste aufgeführten Institutionen mit Standort im Kanton Zürich werden die Tarife der obligatorischen Krankenpflegeversicherung für Nebenleistungen für alle Versicherer – ausgenommen diejenigen Versicherer, die mit Leistungserbringern Verträge zur Abgeltung der Nebenleistungen vereinbart haben – mit Wirkung ab 1. Januar 2011 provisorisch 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 Vertrages 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.

II. Vorbehalten bleibt die rückwirkende Geltendmachung der Tarifdifferenz durch die Berechtigten, falls im Endentscheid Tarife festgesetzt werden, die von den vorsorglich festgesetzten abweichen.

III.- VII. [Vorbehalt des Entscheids betreffend Verfahrenskosten und Parteientschädigung, Rechtsmittelbelehrung, Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde, Veröffentlichung im Amtsblatt, Mitteilungssatz].

A.h Am 25. Juli 2011 erklärte die Eidgenössische Preisüberwachung (PUE), dass sie auf die Abgabe einer Empfehlung im Rahmen des Festsetzungsverfahrens verzichte (Vorakte 26). Die zu klärenden verfahrensrechtlichen Fragen sowie die umstrittene Berechtigung der Pflegeheime, Nebenleistungen als Leistungserbringer abzurechnen, könne nicht im Rahmen des Preisüberwachungsgesetzes beantwortet werden.

A.i Am 16. August 2011 erhob santésuisse gegen den RRB Nr. 920/2011 vom 13. Juli 2011 betreffend provisorische Tariffestsetzung (vgl. oben Bst. A.g) Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht, worauf dieses das Beschwerdeverfahren C-4513/2011 anlegte.

A.j Im vorinstanzlichen Verfahren hielt santésuisse mit Eingabe vom 21. Oktober 2011 in der Hauptsache gegenüber dem Regierungsrat im Wesentlichen an ihren bisherigen Ausführungen fest und erklärte, dass die Beantwortung der Frage, inwieweit und inwiefern die Pflegeheime Leistungserbringer für Nebenleistungen seien, entsprechend Art. 89 KVG sachlich in die Zuständigkeit des kantonalen Schiedsgerichts falle (Vorakte 29). Ausserdem sei das Verfahren bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts betreffend die angefochtene provisorische Tariffestsetzung zu sistieren.

A.k Mit Schreiben vom 24. bzw. 25. Oktober 2011 (Vorakten 30 f.) verzichteten Curaviva ZH und die Stadt Zürich gegenüber dem Regierungsrat auf eine Stellungnahme zum Bericht der Preisüberwachung vom 25. Juli 2011.

A.I Mit Beschluss Nr. 84/2012 vom 25. Januar 2012 (B-act. 1 Beilage 1; im Folgenden: angefochtener Regierungsratsbeschluss bzw. RRB) verfügte der Regierungsrat des Kantons Zürich Folgendes:

> I. Das Gesuch von santésuisse um Sistierung des Verfahrens wird abgewiesen.
>
> 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 Vertrages 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. [Rechtsmittelbelehrung]

IV. Dem Lauf der Beschwerdefrist und allfälligen Beschwerden gegen diesen Beschluss wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

V. [Veröffentlichung im Amtsblatt]

VI. [Mitteilungssatz].

A.m Mit Abschreibungsentscheid C-4513/2011 vom 28. Februar 2012 schrieb das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren betreffend den für die Dauer des Verfahrens in Sachen Festsetzung der Tarife für Nebenleistungen provisorisch festgesetzten Tarif (Beschwerde gegen den RRB Nr. 920/2011 vom 13. Juli 2011 [vgl. oben Bst. A.g, A.i]) infolge Wegfalls eines allfälligen Rechtsschutzinteresses als gegenstandslos geworden ab. Es begründete dies im Wesentlichen damit, dass mit dem Erlass des Regierungsratsbeschlusses Nr. 84/2012 vom 25. Januar 2012 ein Entscheid in der Hauptsache ergangen sei, und damit der Beschluss Nr. 920/2011 vom 13. Juli 2011 ohne Weiteres dahin gefallen und rückwirkend ab 1. Januar 2011 der im RRB Nr. 84/2012 festgesetzte definitive Tarif an die Stelle des im RRB Nr. 920/2011 festgesetzten provisorischen Tarifs getreten sei (vgl. Akten des Beschwerdeverfahrens C-4513/2011).

B.

B.a Am 29. Februar 2012 führten santésuisse und 48 Krankenversicherer (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen den Regierungsratsbeschluss Nr. 84/2012 vom 25. Januar 2012 (vgl. oben Bst. A.l) 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. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Gesetz.

B.b Am 14. März 2012 leisteten die Beschwerdeführerinnen den ihnen auferlegten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'000.- (B-act. 2-4).

B.c Mit Beschwerdeantwort vom 16. Mai 2012 beantragten die Curaviva ZH (Beschwerdegegnerin 1) und die Stadt Zürich (Beschwerdegegnerin 2), auf die Beschwerde vom 29. Februar 2012 sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerinnen (B-act. 6).

B.d Mit Vernehmlassung vom 16. Mai 2012 (B-act. 7) stellte der Regierungsrat die folgenden Anträge:

1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten;

2. eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen;

3. für den Fall, dass das Bundesverwaltungsgericht den Pflegeheimen neu die Berechtigung zur Verrechnung von Nebenleistungen absprechе, sei die neue Regelung frühestens sechs Monate ab Ende jenes Monats für rechtswirksam zu erklären, in welchem der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts erfolgt;

unter Kostenfolgen zulasten der Beschwerdeführerinnen.

B.e Am 5. Juli 2012 nahm das Bundesamt für Gesundheit (BAG) Stellung (B-act. 9) und schloss darauf, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen, der Regierungsratsbeschluss aufzuheben und, bei Festhalten der Leistungserbringer an einer Verrechnung der Nebenleistungen durch die Pflegeheime, die Sache an die Vorinstanz zu neuem Entscheid zwecks Überprüfung der Möglichkeit der Festsetzung einer Pauschale zurückzuweisen sei.

B.f In ihren jeweiligen Schlussbemerkungen vom 31. August 2012, 3. September 2012 und 4. September 2012 hielten die Beschwerdeführerinnen,

die Beschwerdegegnerinnen und die Vorinstanz an ihren jeweiligen Anträgen fest (B-act. 11 ff.).

B.g Am 10. Februar 2014 schlossen Curaviva Schweiz und 48 durch tarifsuisse vertretene Versicherer einen "Administrativvertrag Pflegeheime" betreffend die Abgeltung von krankenversicherungspflichtigen Leistungen in Pflegeheimen gemäss KVG (im Folgendem: nationaler Administrativvertrag), in welchem sie unter anderem vereinbarten, dass Nebenleistungen gemäss Festsetzung des Regierungsrats des Kantons Zürich vom 25. Januar 2012 ungeachtet eines Urteils des Bundesverwaltungsgerichts bis 31. Dezember 2014 weiterhin entsprechend den Regelungen in Dispositivziffern II.a-e des hier angefochtenen Beschlusses vergütet würden. Ausserdem verpflichteten sich die Vertragsparteien, bis 31. Dezember 2014 eine Lösung zu den Nebenleistungen zu verhandeln, die in einem separaten Vertrag geregelt werde (B-act. 23 Beilage 1).

B.h Am 26. Februar 2014 setzte das Bundesverwaltungsgericht den Parteien bis zum 19. März 2014 Frist, um allfällige Ausstandsbegehren zu stellen.

B.i Am 3. März 2014 erklärte die Vorinstanz, dass sie kein Ausstandsbegehren stelle (B-act. 17). Mit Eingabe vom 4. März 2014 erklärten auch die Beschwerdeführerinnen ihren Verzicht auf eine Ausstandseinrede (B-act. 18). Die Beschwerdegegnerinnen liessen sich nicht vernehmen.

B.j Mit Verfügung vom 26. März 2015 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrensbeteiligten auf, bis zum 16. April 2015 zum Verhältnis zwischen dem (hier angefochtenen) Regierungsratsbeschluss Nr. 84/2012 und dem nationalen Administrativvertrag Stellung zu nehmen und zudem zu erklären, inwiefern für den Zeitraum ab 1. Januar 2015 eine weitere Vereinbarung geschlossen worden sei, und entsprechende Beweismittel einzureichen (B-act. 23).

B.k Mit Eingabe vom 2. April 2015 (B-act. 24) machten die Beschwerdeführerinnen geltend, dass aus dem nationalen Administrativvertrag hervorgehe, dass für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2013 keine vertragliche Regelung bestanden habe, weshalb von der Geltung des angefochtenen Beschlusses auszugehen sei. Anhang 4 des Vertrages gelte längstens bis 31. Dezember 2014, woraus folge, dass für die Zeit danach nach wie vor ein Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin-

nen an der Überprüfung der Rechtmässigkeit des angefochtenen Entscheides bestehe. Letztlich sei die Frage der Qualifikation von Pflegeheimen als Leistungserbringer von sogenannten Nebenleistungen vom Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich zu beurteilen – unabhängig von der zeitlichen Thematik.

B.I Mit Stellungnahme vom 16. April 2015 (B-act. 26) hielt die Vorinstanz an ihren bisherigen Anträgen und Stellungnahmen fest und führte aus, dass der nationale Administrativvertrag auch die Höhe der Vergütung von OKP-Nebenleistungen (ambulante ärztliche Leistungen, ärztlich angeordnete Therapien, Medikamente, Mittel und Gegenstände sowie weitere Leistungen) in Pflegeheimen regle; mit diesem schweizweit geltenden Vertrag würden somit auch "Tarife" geregelt. Tarifverträge, die in der ganzen Schweiz gelten sollen, bedürften nach Art. 46 Abs. 4 KVG der Genehmigung durch den Bundesrat. Wären die Nebenleistungen in einem separaten, lediglich für den Kanton Zürich geltenden Vertrag vereinbart worden, wäre der Regierungsrat zur Genehmigung zuständig gewesen. Dem Genehmigungsentscheid der zuständigen Genehmigungsbehörde komme konstitutive Wirkung zu. Da der nationale Administrativvertrag – soweit bekannt – nicht (entsprechend) genehmigt worden sei, liege kein rechtsgültiger Tarifvertrag vor, der den vom Regierungsrat mit Wirkung ab 1. Januar 2011 hoheitlich festgesetzten Tarif für Nebenleistungen ersetzen könnte. Selbst wenn der Vertrag von der zuständigen Behörde genehmigt worden wäre, sei fraglich, ob er auch für die Prozessparteien Geltung hätte, zumal Letztere nicht identisch mit den Vertragsparteien (Curaviva Schweiz und die von tarifsuisse vertretenen Versicherer) seien. Jedenfalls gehe aus dem Administrativvertrag nicht hervor, ob das GUD der Stadt Zürich, das jedenfalls Mitglied bei senesuisse (Verband wirtschaftlich unabhängiger Alters- und Pflegeeinrichtungen Schweiz) sei, diesem Vertrag überhaupt beigetreten sei. Ausserdem regle der Vertrag, der ohnehin lediglich bis 31. Dezember 2014 gelten solle, die Hauptstreitfrage des vorliegenden Beschwerdeverfahrens – ob Pflegeheime berechtigt sind, zusätzlich zu den Pflegepflichtleistungen nach Art. 7 der Krankenpflege-Leistungsverordnung vom 29. September 1995 (KLV, SR 832.112.31) auch die Nebenleistungen als selbständige Leistungserbringer zulasten der OKP abzurechnen – nicht und könne deshalb die im angefochtenen Beschluss festgesetzte Regelung nicht ersetzen. Zusätzlich führte die Vorinstanz aus, dass die jahrzehntelange Abrechnungspraxis durch heim-interne Leistungserbringer weder rückwirkend noch "von heute auf morgen" auf eine Abrechnung durch externe Leistungserbringer umgestellt werden könne. Sachgerecht erscheine eine Umstellungsfrist pro futuro von mindestens sechs Monaten

(idealerweise auf ein neues Kalenderjahr hin). Für den Fall einer rückwirkenden Systemumstellung wäre hingegen erforderlich, dass die Sicherstellung der Vergütung der (bereits) erbrachten KVG-Pflichtleistungen zulasten der prozessierenden Versicherer explizit im Entscheid geregelt würde.

B.m Mit Eingabe vom 16. April 2015 (B-act. 27) führten die Beschwerdegegnerinnen aus, dass der Vorstand des Kantonalverbands Curaviva Kanton Zürich entschieden habe, dem Administrativvertrag beizutreten, und das Beitrittsverfahren am 10. März 2014 durch die Information an die Zürcher Pflegeheime eingeleitet worden sei (Rz. 2). Die in Art. 22 Abs. 8 des nationalen Administrativvertrages vereinbarten Verhandlungen für eine Lösung zu den Nebenleistungen seien gescheitert (Rz. 8 ff.). Am 24. Oktober 2014 habe Curaviva Kanton Zürich die Verbandsmitglieder entsprechend informiert und erklärt, sie gehe deswegen von der Annahme aus, dass ab 1. Januar 2015 der (angefochtene) Regierungsratsbeschluss 84/2012 gelten würde (Rz. 19). Die Beschwerdegegnerinnen hielten fest, dass für den Zeitraum ab 1. Januar 2015 keine weitere Vereinbarung geschlossen worden und somit der Regelung gemäss dem strittigen Beschluss nachzuleben sei (Rz. 21). Schliesslich führten sie aus, dass es bezüglich des Verhältnisses zwischen dem angefochtenen Beschluss und dem nationalen Administrativvertrag zunächst an den Beschwerdeführerinnen liege, das Rechtsschutzinteresse gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG darzulegen. Sie beantragten, gestützt auf Art. 57 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG die Durchführung eines Schriftenwechsels, in dessen Rahmen sie sich zur entsprechenden Eingabe der Beschwerdeführerinnen vernehmen liessen. Bis dahin sei die gesetzte Frist abzunehmen.

B.n Mit Eingabe vom 21. Mai 2015 reichte die Vorinstanz die Stellungnahme des Bundesrats vom 13. März 2015 zur Motion von Nationalrätin Ruth Humbel vom 12. Dezember 2014 (Nr. 14.4249: "Praxistaugliche Zulassung der Pflegeheime als Leistungserbringer" [im Folgenden: Motion Humbel]) zu den Akten und wies darauf hin, dass der Bundesrat zum Schluss gekommen sei, dass Pflegeheime die Möglichkeit hätten, zusätzlich zu den Pflegeleistungen weitere KVG-pflichtige Leistungen selbst zu verrechnen (B-act. 28 mit Beilage).

B.o Am 10. Juni 2015 reichte die Vorinstanz ein von Prof. Dr. iur. Ueli Kieser zuhanden der Gesundheitsdirektorenkonferenz (GDK) erstattetes Gutachten zur Abgeltung der im Pflegeheim verwendeten Mittel und Gegenstände (B-act. 30 mit Beilage) zu den Akten. Sie erklärte, der Gutachter

komme darin u.a. zum Schluss, dass Pflegeheime als integrale Leistungserbringer zu betrachten seien, dass ärztliche Leistungen im Pflegeheim zusätzlich abzugelten und Pflegeheime – in Entsprechung zu Spitälern – für ein breites Leistungsspektrum zugelassen seien.

C.
Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und auf die eingereichten Akten wird – soweit erforderlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Nach Art. 53 Abs. 1 KVG kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 47 KVG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden (vgl. auch Art. 90*a* Abs. 2 KVG). Da der Regierungsrat mit dem angefochtenen Beschluss gestützt auf Art. 47 KVG einen Tarif zwischen Leistungserbringern und Versicherern festgesetzt hat, ist das Bundesverwaltungsgericht für die Behandlung der gegen diesen Beschluss erhobenen Beschwerde zuständig. Nicht als Beschwerdeinstanz zuständig ist hingegen das kantonale Schiedsgericht nach Art. 89 KVG (vgl. je e contrario: Art. 53 Abs. 1, Art. 89 und Art. 90*a* Abs. 2 KVG).

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).

Das mittels Beschwerde angerufene Bundesverwaltungsgericht ist auch für die Prüfung zuständig, ob die verfügende Behörde überhaupt einen auf Art. 47 KVG beruhenden Tariffestsetzungsentscheid fällen durfte (vgl. MICHEL DAUM, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008 [im Folgenden: VwVG-Kommentar], Rz. 12 zu Art. 7; vgl. auch unten E. 6.3.3).

2.
Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen, ob die Eintretensvoraussetzungen gegeben sind (vgl. BVGE 2007/6 E. 1). Dazu gehören namentlich die Bestimmung des Streitgegenstandes, da dieser grundsätzlich die Beurteilungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts limitiert (vgl. nachfolgend E. 2.1 f.), und die auf diesen bezogene Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerinnen (vgl. unten E. 2.3 ff.).

2.1 Während gemäss Art. 44 VwVG eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG Beschwerde- bzw. Anfechtungsobjekt ist, ist nicht sie Streitgegenstand im Beschwerdeverfahren, sondern das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung ist, soweit es im Streit liegt. Der Streitgegenstand wird somit erstens durch den Gegenstand der angefochtenen Verfügung, wie er sich aus ihrem (materiellen) Dispositiv ergibt (Anfechtungsobjekt), und zweitens durch die Parteibegehren bestimmt. Anfechtungsobjekt und Streitgegenstand sind identisch, wenn die Verfügung insgesamt angefochten wird. Bezieht sich demgegenüber die Beschwerde nur auf einen Teil des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses, gehört der andere Teil zwar zum Anfechtungsobjekt, nicht aber zum Streitgegenstand (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013 [im Folgenden: Prozessieren vor BVGer], Rz. 2.8; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 685 ff., nachfolgend: Verwaltungsverfahren; MARKUS MÜLLER, in: VwVG-Kommentar, Rz. 5 zu Art. 4; FELIX UHLMANN, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], 2009 [im Folgenden: Praxiskommentar VwVG], Art. 5 N 4, je mit weiteren Hinweisen, insbesondere auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts).

Anfechtbar ist grundsätzlich nur das *Dispositiv* einer Verfügung, nicht aber die *Begründung* des Entscheids, denn grundsätzlich ist nur das Dispositiv für die Rechtskraftwirkung des Entscheids massgebend. Doch ist zum Verständnis des Dispositivs auch die Begründung des Entscheids beizuziehen (vgl. BGE 110 II 44 E. 5; 84 II 134 E. 2, je m.w.H.). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Verfügungsbestandteil überhaupt zum (materiellen) Dispositiv oder (nur) zur Begründung gehört, kann ausserdem nicht ohne Weiteres auf die textliche Gestaltung des Entscheids, namentlich auf eine formelle Abgrenzung von "Erwägungen" und "Dispositiv", abgestellt werden. Vielmehr drängt sich entsprechend dem Verfügungsbegriff in Art. 5 VwVG die Prüfung auf, ob die fragliche Textstelle im Einzelfall zum Gegenstand hat: a) die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten;

b) die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten; c) die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder das Nichteintreten auf solche Begehren. Trifft dies zu, so ist der Dispositivcharakter zu bejahen. Insbesondere werden Erwägungen (Begründungen, Motive) dann zum Bestandteil des (materiellen) Dispositivs, wenn im (formellen) Dispositiv ausdrücklich darauf verwiesen wird, und haben dann, soweit sie zum Streitgegenstand gehören, an der formellen Rechtskraft des Dispositivs teil. Begründungselemente bzw. Motive eines Entscheids, die nicht zum materiellen Dispositiv gehören, sind hingegen nicht anfechtbar (vgl. BGE 113 V 159 E. 1.c m.w.H.; 115 V 416 E. 3.b.aa.; Urteil des BVGer C-7498/2008 vom 31. August 2012 [publiziert als SVR 2013 KV Nr. 10] E. 3.2; Prozessieren vor BVGer, Rz. 2.9 f. m.w.H.; Verwaltungsverfahren, Rz. 1196 m.w.H.). Dies gilt umso mehr für im Entscheid enthaltene Ausführungen, die nicht einmal der Begründung des Dispositivs dienen, sondern lediglich zusätzliche Meinungsäusserungen, Empfehlungen oder sonstige nicht entscheidwesentliche Erwägungen der verfügenden Behörde darstellen (sogenannte obiter dicta) und keine bindende Wirkung entfalten (vgl. Prozessieren vor BVGer, Rz. 2.10; Verwaltungsverfahren, Rz. 1196; Urteile des BGer 8C_565/2013 vom 14. November 2013 E. 3; 8C_609/2012 vom 8. November 2011 E. 3; vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer C-1517/2012 vom 22. Dezember 2014 E. 3).

2.2 Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen den Beschluss Nr. 84/2012, mit welchem der Regierungsrat für in den auf der Zürcher Pflegeheimliste aufgeführte Institutionen mit Standort im Kanton Zürich Tarife der obligatorischen Krankenpflegeversicherung für Nebenleistungen festsetzte. Die formelle Dispositivziffer II ist im Sinne eines materiellen Dispositivs dahingehend auszulegen, dass darin nicht Tarife für sämtliche *in* den besagten Pflegeheimen, sondern für die *von* den besagten Pflegeheimen (als eigene Leistungserbringerkategorie) *selbst* für ihre Bewohnerinnen und Bewohner erbrachte Leistungen festgesetzt werden. So nimmt der angefochtene RRB (nur) auf die Pflegeheime als betroffene (selbständige) Leistungserbringer Bezug (vgl. insbesondere Bst. E. S. 11), und es wurden auch nur diese als Leistungserbringer in das Tariffestsetzungsverfahren einbezogen (vgl. auch Vernehmlassung des Regierungsrates [insbesondere Rz. 14 ff.]).

Strittig ist vorliegend die vom Regierungsrat für den Zeitraum ab 1. Januar 2011 – für die im angefochtenen Beschluss angeführten, durch Pflegeheime erbrachten Nebenleistungen – gestützt auf Art. 47 KVG vorgenommene hoheitliche Tariffestsetzung.

Umstritten ist namentlich,

– ob Pflegeheime selbst solche Nebenleistungen erbringen und zulasten der OKP abrechnen dürfen (vgl. unten E. 5),

– ob das kantonale Schiedsgericht gemäss Art. 89 KVG für die (erstinstanzliche) Beurteilung dieser Frage zuständig ist (vgl. unten E. 6.3),

– wie – gegebenenfalls – die Vergütung solcher Nebenleistungen zu regeln ist, namentlich, ob diese Vergütung im KVG speziell geregelt ist oder allgemeine Tarifbestimmungen des KVG zur Anwendung gelangen (vgl. unten E. 6.4.1-6.4.5),

– ob Pflegeheime und Krankenversicherer dazu berechtigt bzw. verpflichtet sind, mittels Verhandlungen die Tarife für diese Leistungen zu vereinbaren, und ein resultierender Vertrag der Kantonsregierung zur Genehmigung zu unterbreiten ist bzw. die Kantonsregierung subsidiär über die Kompetenz verfügt, gestützt auf Art. 47 KVG eine hoheitliche Tariffestsetzung vorzunehmen (vgl. unten E. 6.4.7, 6.5-6.7),

– ob die Voraussetzungen für eine hoheitliche Tariffestsetzung vorliegend erfüllt sind (vgl. unten E. 6.5 f.),

– ob die Festsetzung separater Tarife für verschiedene Kategorien von Nebenleistungen, wie sie der Regierungsrat im angefochtenen Beschluss vorgenommen hat, zulässig ist oder ob die Tarifpartner einen Pauschaltarif vereinbaren müssen, der von der Kantonsregierung zu genehmigen bzw. subsidiär hoheitlich festzusetzen ist (vgl. unten E. 6.8).

2.3 Soweit die Beschwerdeführerinnen die vollumfängliche Aufhebung des angefochtenen Beschlusses beantragen, decken sich Beschwerdeobjekt und Streitgegenstand (zu den gestellten Feststellungsbegehren vgl. unten E. 2.4.3). Zu prüfen ist weiter, ob alle Beschwerdeführerinnen dazu legitimiert sind, mittels Beschwerde die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses zu beantragen.

2.4

2.4.1 Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer: a) vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (formelle Beschwer); b) durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und c) ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (materielle Beschwer). Die Voraussetzungen der formellen Beschwer (Bst. a) und der materiellen Beschwer (Bst. b und c) müssen kumulativ erfüllt sein. (vgl. Urteil des BVGer C-6460/2011 vom 24. Juni 2014 E. 2.1 m.w.H.).

2.4.2 Die Beschwerde wurde von santésuisse und 48 Krankenversicherern, diese wiederum vertreten durch santésuisse, eingereicht. Aus den Vorakten geht hervor, dass santésuisse am vorinstanzlichen Verfahren nur im eigenen Namen teilgenommen hat, wenn auch im Interesse ihrer Mitglieder (vgl. insbesondere ihre Eingaben vom 18. Januar 2011 und 9. März 2011 [Vorakten 6, 14]). Dies wird von santésuisse auch eingestanden (vgl. Beschwerde S. 7). Ein Handeln im Namen ihrer Mitglieder ist nicht ersichtlich. Unter diesen Umständen braucht nicht geprüft zu werden, ob santésuisse gestützt auf ihre Statuten (vgl. B-act. 1 Beilage 4) dazu befugt gewesen *wäre*, als Vertreterin zu fungieren (was von den Beschwerdegegnerinnen bestritten wird).

Die einzelnen Krankenversicherer (Beschwerdeführerinnen 2 bis 49) waren am vorinstanzlichen Verfahren nicht selbst beteiligt. Dass sie, obwohl ihr Verband daran beteiligt war, *ohne eigenes Verschulden* an der Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren verhindert gewesen wären (vgl. Prozessieren vor BVGer S. 52 f., Rz. 2.62), wurde in der Beschwerde nicht (substantiiert) dargelegt. Damit ist für die Beschwerdeführerinnen 2-49 die Voraussetzung der *formellen* Beschwer nicht erfüllt, und es ist auf ihre Beschwerde nicht einzutreten. Unter diesen Umständen braucht nicht weiter untersucht zu werden, ob diese Beschwerdeführerinnen (auch) aus anderen Gründen nicht zur Beschwerde legitimiert waren und sie z.B. ihre Parteieigenschaft infolge Fusion oder anderer Vorgänge verloren oder an Dritte übertragen haben oder aus santésuisse ausgetreten sind oder für das vorliegende Verfahren einzelne Vollmachten eingeholt werden müssten, wie dies die Beschwerdegegnerinnen geltend machen bzw. vermuten (vgl. Beschwerdeantwort S. 17 f.; vgl. zum Ganzen auch Urteil C-6460/2011 E. 2.4). Unter diesen Umständen kann offenbleiben, welche Krankenversicherer zu welchem Zeitpunkt santésuisse angehörten (vgl. die entsprechenden Einwände in der Beschwerdeantwort [Rz. 48 f.]).

Hingegen hat santésuisse (Beschwerdeführerin 1) am vorinstanzlichen Tariffestsetzungsverfahren teilgenommen. Sie ist daher formell beschwert.

2.4.3 In Bezug auf die gestellten Feststellungsbegehren (vgl. oben Bst. B.a) ist Folgendes auszuführen:

Gemäss Art. 25 VwVG kann die in der Sache zuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen (Abs. 1). Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Abs. 2). Der Begriff des schutzwürdigen Interesses gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG ist im selben Sinne auszulegen, wie bei der Beschwerdelegitimation nach Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG. Art. 25 VwVG findet auch in Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht Anwendung. Die Zulässigkeit von Feststellungsbegehren in Beschwerde, die sich gegen eine Verfügung richten, ist also nach Art. 25 Abs. 2 VwVG zu beurteilen. An einem schutzwürdigen Interesse an einer Feststellungsverfügung bzw. einem Feststellungsurteil mangelt es insbesondere dann, wenn die Interessen der gesuchstellenden Person ebenso gut durch den Erlass einer alsbald möglichen Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden können. Die Feststellungsverfügung ist mithin subsidiär, sofern dem Gesuchsteller durch Verweis auf die gestaltende Verfügung keine unzumutbaren Nachteile entstehen. Nach Art. 25 Abs. 2 VwVG hat der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachzuweisen. Es ist nicht Sache der Behörde, von Amtes wegen nach etwaigen Interessen zu forschen (vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: VwVG-Kommentar, Art. 25 Rz. 10, 16, 18, 20, 23; ISABELLE HÄNER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 25 Rz.16, 20; Prozessieren vor BVGer Rz. 2.29 f.; Verwaltungsverfahren Rz. 340 f., 351; je m.w.H.).

Beantragt wird von santésuisse, dass *festzustellen* sei, dass die Vorinstanz zu Unrecht auf das Gesuch der Beschwerdegegnerinnen eingetreten sei. Eventualiter sei Dispositiv-Ziff. II des angefochtenen Beschlusses aufzuheben, soweit darin *festgestellt* werde, dass die auf der Zürcher Pflegeheimliste aufgeführten Institutionen mit Standort im Kanton Zürich Tarife der obligatorischen Krankenpflegeversicherung für Nebenleistungen (Ärztin oder Arzt, Arznei und Therapien) gegenüber den Krankenversicherern und zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abrechnen dürften. Entsprechend sei *festzustellen*, dass die besagten Nebenleistungen in diesen Pflegeheimen nur durch die jeweiligen ambulanten Leistungserbringer

(Ärztin oder Arzt, Apotheken, im Auftrag handelnde Therapeuten) abgerechnet werden könnten.

Da der Regierungsrat im angefochtenen Beschluss (lediglich) einen Tarif für "Nebenleistungen" festgesetzt und keine separaten bzw. zusätzlichen Feststellungen getroffen hat, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, soweit in Bezug auf solche Feststellungen die Aufhebung des Beschlusses beantragt wird. Ein schutzwürdiges Interesse daran, dass – neben einem Entscheid über die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, welcher als Gestaltungsentscheid einem allfälligen Feststellungsentscheid vorgeht – festzustellen sei, dass die Vorinstanz zu Unrecht auf das Gesuch der Beschwerdegegnerinnen eingetreten sei, wurde von den Beschwerdeführerinnen nicht substantiiert dargelegt und ist nicht ersichtlich.

2.5

2.5.1 In Bezug auf die materielle Beschwer von santésuisse, die von den Beschwerdegegnerinnen und der Vorinstanz bestritten wird, ist festzuhalten, dass OKP-Krankenversicherer gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bereits aufgrund dessen, dass sie durch die Entscheide zu Leistungen verpflichtet werden, *materiell* beschwert und damit legitimiert sind, kantonale Tariffestsetzungsentscheide mittels Beschwerde anzufechten. Auch ihren Verbänden, namentlich santésuisse, wird eine entsprechende Legitimation grundsätzlich zugesprochen (vgl. Urteil C-6460/2011 E. 2.3 m.w.H.; Urteil des BGer 2C_856/2011 vom 18. Januar 2012 E. 3.2 ff.). Insbesondere verfügt santésuisse in Art. 16 der Statuten vom 24. Juni 2011 (B-act. 1 Beilage 4) über eine ausreichende statutarische Basis, um in OKP-Tarifstreitigkeiten Beschwerde zu führen (vgl. Urteil 2C_856/2011 E. 1.1 i.V.m. E. 3.4).

Die von den Beschwerdegegnerinnen und der Vorinstanz gegen eine materielle Beschwer der Krankenversicherer vorgebrachten Argumente und Verweise (Beschwerdeantwort Rz. 33, 41 ff.; Vernehmlassung Rz. 4) rechtfertigen kein Abweichen von dieser gefestigten Rechtspraxis. Insbesondere müssen die OKP-Krankenversicherer nicht nachweisen, dass ein für sie ungünstiger Ausgang des Beschwerdeverfahrens nicht durch ausserhalb des Streitgegenstandes liegende Faktoren kompensiert würde, indem z.B. die resultierenden Mehrkosten durch anderweitige Einsparungen ausgeglichen würden.

2.5.2 Der angefochtene Beschluss bezieht sich nur auf Institutionen mit Standort im Kanton Zürich, die auf der Zürcher Pflegeheimliste aufgeführt sind (Dispositiv Ziff. II); somit waren die vom Beschluss betroffenen Institutionen bereits zuvor als OKP-Leistungserbringer zugelassen. Wie die Beschwerdegegnerinnen zu Recht ausführen, sind die Krankenversicherer bzw. santésuisse nicht dazu legitimiert, diese Zulassungsbeschlüsse anzufechten (vgl. BVGE 2010/51; Urteil des BVGer C-7165/2011 vom 24. Februar 2010).

Vorliegend ist allerdings umstritten, ob der Tarif, den der Regierungsrat für die zugelassenen OKP-Leistungserbringer festgesetzt hat, konkret Leistungen beschlägt, welche diese zulasten der OKP erbringen und abrechnen dürfen. Diese Frage kann beschwerdeweise von den betroffenen Tarifparteien dem Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung unterbreitet werden (vgl. unten E. 6.3.3). Es geht vorliegend somit nicht (bloss) um eine abstrakte Frage der korrekten Rechtsanwendung.

2.5.3 Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass das dem angefochtenen Beschluss zu Grunde liegende Tariffestsetzungsverfahren mit der Eingabe der Beschwerdegegnerinnen vom 20. Dezember 2011 ausgelöst wurde und die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich (im Folgenden: Gesundheitsdirektion bzw. GD) santésuisse mit Schreiben vom 22. Dezember 2011 zur Stellungnahme und zum Stellen eines Antrags auf Festsetzung konkreter Tarife eingeladen hat (Vorakte 1 f.). Somit war spätestens ab dem 22. Dezember 2011 ein Tariffestsetzungsverfahren im Gange, das am 31. Dezember 2011 noch pendent war und daher als hängige Rechtsstreitigkeit gemäss dem Übertragungsvertrag zwischen santésuisse und tarifsuisse vom 17./23. Dezember 2010 gilt, und die diesbezügliche Parteistellung von santésuisse nicht auf tarifsuisse übergegangen ist (vgl. Urteil C-6460/2011 E. 2.3), wovon im Übrigen auch santésuisse ausgeht (vgl. Vorakte 6 S. 3).

2.6 Der Antrag von santésuisse auf vollumfängliche Aufhebung des angefochtenen Beschlusses umfasst auch die Aufhebung von Dispositivziffer I, worin die Vorinstanz den Antrag von santésuisse um Sistierung des vorinstanzlichen Verfahrens abgewiesen hat. Da die anwaltlich vertretene santésuisse den Antrag auf Aufhebung von Dispositivziffer I nicht ansatzweise begründet und damit ihrer Substantiierungspflicht (Art. 49 VwVG i.V.m. 52 Abs. 1 VwVG) nicht nachkommt, ist diesbezüglich auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. Urteil des BVGer C-1216/2010 vom 15. Ja-

nuar 2013 E. 4.3 m.w.H.). Da die Beschwerde im Übrigen frist- und formgerecht eingereicht und der Kostenvorschuss fristgerecht geleistet worden ist, ist auf die Beschwerde von santésuisse, soweit sie die Aufhebung von Dispositiv II des angefochtenen Beschlusses beantragt, einzutreten (vgl. Urteil C-6460/2011 E. 2.1 ff. m.w.H.).

2.7 Da der nationale Administrativvertrag auf den angefochtenen Beschluss Bezug nimmt (vgl. oben Bst. B.g), ist zu prüfen, welche Auswirkungen er auf das vorliegende Verfahren hat.

Der Vertrag soll ab dem 1. Januar 2014 gelten und enthält unter anderem Bestimmungen betreffend die Art und Höhe der Vergütung für von Pflegeheimen erbrachte Nebenleistungen. Soweit es sich dabei um OKP-Leistungen handelt, deren Vergütung mittels Tarifvertrag im Sinne von Art. 43 i.V.m. Art. 46 KVG zu vereinbaren und von der zuständigen Behörde zu genehmigen (oder subsidiär von dieser gestützt auf Art. 47 Abs. 1 KVG hoheitlich festzusetzen) ist, kommt der entsprechenden Genehmigung in tarifrechtlicher Hinsicht konstitutive Wirkung zu (vgl. BVGE 2013/8 E. 2.1.4). Da vorliegend weder aus den Akten noch aus den Ausführungen der Parteien ersichtlich ist, dass der nationale Administrativvertrag im Sinne von Art. 46 Abs. 4 KVG genehmigt worden ist, kann er der Regelung betreffend Nebenleistungen, wie sie im angefochtenen Beschluss gestützt auf Art. 47 Abs. 1 KVG festgesetzt worden sind, nicht vorgehen und bleibt für das vorliegende Beschwerdeverfahren unbeachtlich. Insbesondere schliesst er damit ein Rechtsschutzinteresse von santésuisse nicht aus.

Während der Administrativvertrag als solcher unbefristet ist (vgl. Art. 19 des Vertrages), ist die Vereinbarung, dass Nebenleistungen gemäss Festsetzung des Regierungsrats des Kantons Zürich vom 25. Januar 2012 weiterhin entsprechend den Regelungen in Dispositivziffern II.a-e des hier angefochtenen Beschlusses vergütet würden, bis zum 31. Dezember 2014 befristet (vgl. Art. 22 Absätze 4 und 6 sowie Anhang 4 des Vertrages). Die Parteien verpflichteten sich, für den Zeitraum ab 1. Januar 2015 eine separate vertragliche Regelung zu finden (vgl. Art. 22 Abs. 8 des Vertrages). Da – soweit ersichtlich – diesbezüglich kein neuer, separater Vertrag geschlossen wurde, ist die besagte Regelung per 31. Dezember 2014 abgelaufen.

Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass der im nationalen Administrativvertrag geregelten Vergütung von OKP-Nebenleistungen für das Jahr 2014 tarifrechtlich verbindliche Wirkung zukommt und diese Tarifregelung

der im angefochtenen Beschluss enthaltenen Regelung vorgeht, hätte santésuisse für die Jahre 2011 bis 2013 und ab 2015 ein schutzwürdiges Interesse an der gerichtlichen Beurteilung ihres Antrags auf Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, weshalb jedenfalls auf die Beschwerde einzutreten ist.

3.

3.1 Soweit die Beschwerdegegnerinnen in ihren Schlussbemerkungen ausführen, dass eine Rechtsgrundlage für einen Einbezug des BAG in das vorliegende Beschwerdeverfahren zumindest fraglich erscheine, ist auf die ständige Praxis des Bundesverwaltungsgerichts, das BAG in KVG-Tarifstreitigkeiten um Stellungnahme zu ersuchen, zu verweisen (ausführlich und grundsätzlich: BVGE 2010/25 E. 2.3; ausserdem statt vieler: Urteil C-6460/2011 E. 2.6.2 m.w.H.). Ob das BAG – wie die Beschwerdegegnerinnen geltend machen – zu einem früheren Zeitpunkt (noch) nicht das für die Krankenversicherung zuständige Bundesamt war, und ob es am umstrittenen Tarifgenehmigungs- oder Tariffestsetzungsverfahren beteiligt war, ändert nichts an der Zulässigkeit seines Einbezugs in das vorliegende Verfahren.

3.2 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 C-6460/2011 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 (inkl. diejenigen des BAG) 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).

4.

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

4.1 Zunächst ist festzuhalten, dass in materiellrechtlicher Hinsicht intertemporal grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben. 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 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. Deshalb wird im Rahmen dieses Urteils – soweit nicht anders angegeben – auf die zu diesem Zeitpunkt geltenden Rechtsnormen Bezug genommen.

4.2 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).

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: Soziale Sicherheit, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Meyer / Koller / Müller / Tanquerel / Zimmerli [Hrsg.], 2. Aufl., Basel/Genf/München 2007 [im Folgenden: EUGSTER, SBVR], S. 678, N 838; GEBHARD EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2010 [im Folgenden: KVG-Kommentar], N 3 zu Art. 43).

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 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, S. 678, N 838). 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 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. 46-49*a* KVG (vgl. nachfolgend E. 4.3.5, E. 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. 25*a* KVG und Art. 33 Bst. i KVV [SR 832.102]; vgl. unten E. 4.3.6), die Festsetzung eines Globalbudgets durch den Kanton gemäss Art. 51 KVG (vgl. unten E. 6.4.7) 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 f. KVG (vgl. unten E. 6.5).

4.3.5 Gemäss Art. 46 KVG sind Parteien eines Tarifvertrages einzelne oder mehrere Leistungserbringer oder deren Verbände einerseits sowie einzelne oder mehrere Versicherer oder deren Verbände anderseits (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 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). 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. 46-49*a*), bevor die anderen Mechanismen dargelegt werden (Art. 50-52*a*). 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- bzw. Preisbildung im KVG darstellt. 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).

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 zu Lasten der OKP erbringen dürfen (vgl. Urteil des BVGer C-7498/2008 vom 31. August 2012 [publiziert als SVR 2014 KV 10]

E. 5.4 m.w.H.). 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 zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sind die Leistungserbringer zugelassen, welche die Voraussetzungen nach den Artikeln 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 obligatorische Krankenpflegeversicherung 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 obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG) und unterstanden dem Tarifschutz gemäss Art. 44 KVG. Die Tarife wurden – 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. Da die Rahmentarife (aArt. 9*a* 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 und 2C_864/2010 vom 24. März 2011 E. 4.2).

5.1.3 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. 25*a* ("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. 25*a* 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 überwälzt 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 25*a* Abs. 1 und 2 KVG, das Verfahren der Bedarfsermittlung sowie den in Art. 25*a* 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. Abschnitt [Krankenpflege ambulant oder im Pflegeheim] des 2. Kapitels [Auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin erbrachte Leistungen] des 1. Titels [Leistungen]) 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 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. 2ter KLV).

Sodann hat das EDI in Art. 7*a* 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 25*a* KVG. Die Absätze 7 und 8 von Artikel 49 KVG sind sinngemäss anwendbar.

5.1.4 In Bezug auf die Leistungskategorien, die nach dem Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung zu definieren bzw. zu unterscheiden sind, findet sich eine vielfältige Terminologie. In seiner Botschaft vom 16. Februar zum Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung (BBl 2005 2033; im Folgenden: 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

S. 2033 f., 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 S. 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 blosse Leistung eines Beitrages an diese Pflegeleistungen; vgl. Voten Ständerätin Erika Forster-Vannini für die Kommission [AB 2006 S. 643, 654 ff.]; Nationalrätin Ruth Humbel Näf für die Kommission [AB 2007 S. 1107]; vgl. dazu auch unten E. 5.3). Das KVG und die KVV kennen die Begriffe der Grundpflege und Behandlungspflege nicht (vgl. oben E. 5.1.1 ff.).

Im angefochtenen Beschluss unterscheidet die Vorinstanz zwischen "Pflegepflichtleistungen" bzw. "Pflegeleistungen" einerseits und "Nebenleistungen" bzw. "übrige Pflichtleistungen" bzw. "nicht pflegerische Leistungen" andererseits. Unter Pflegepflichtleistungen werden dabei die Leistungen gemäss Art. 25*a* 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 bzw. 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.

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren übernimmt santésuisse weitgehend die Terminologie des angefochtenen Beschlusses und stellt "Hauptleistungen pflegerischer Natur gemäss Art. 7 KLV" bzw. "Pflegeleistungen gemäss Art. 7 Abs. 2 KLV" bzw. "eigentliche pflegerische Leistungen" gemäss Art. 50 KVG bzw. Art. 7 KLV einerseits den (diagnostischen und therapeutischen) Nebenleistungen andererseits gegenüber.

5.1.5 Die neue Pflegefinanzierung sollte einerseits die sozialpolitisch schwierige Situation vieler pflegebedürftiger Personen entschärfen, zugleich aber verhindern, dass die obligatorische Krankenpflegeversicherung zusätzlich belastet wird (vgl. Botschaft zur Pflegefinanzierung S. 2034 f., 2065; Voten Ständerätin Erika Forster-Vannini [AB 2006 S. 642]; Nationalrätin Humbel Näf Ruth für die vorbereitende Kommission [AB 2007 S. 1106]). Deshalb wurde einerseits im Gesetz ausdrücklich festgelegt, dass die Krankenversicherung nicht die gesamten Pflegekosten übernimmt, sondern nur einen Beitrag daran leistet (Art. 25*a* Abs. 1 KVG). Andererseits sollten aus sozialpolitischen Gründen die von den Heimbewohnern zu leistenden Pflegekosten betragsmässig begrenzt werden (Art. 25*a* Abs. 5 KVG), wobei zugleich für bedürftige Heimbewohner die Bezahlung dieser Pflegekosten durch eine Erhöhung der Ergänzungsleistungen erleichtert werden sollte (vgl. Botschaft zur Pflegefinanzierung S. 2035, 2063 ff., 2071, 2082; Voten Ständerätin Erika Forster-Vannini [AB 2006 S. 642 f.]; Nationalrätin Humbel Näf Ruth für die vorbereitende Kommission [AB 2007 S. 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 und 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) Pflegemass-nahmen in Bezug auf Pflegeheime nicht mehr erwähnt werden. Dafür wurde in Art. 25*a* 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. 25*a* 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.

Dies wird von den Verfahrensbeteiligten nicht substantiiert bestritten. Umstritten ist insbesondere, ob solche "im Pflegeheim" erbrachte Leistungen nach der Gesetzesrevision durch die Pflegeheime selbst erbracht und zulasten der OKP abgerechnet werden dürfen.

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. 25*a* Abs. 1 KVG (ohne Akut- und Übergangspflege gemäss Art. 25*a* 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 Tarifbildungsbestimmungen (insbesondere Abschluss von Tarifverträgen durch Tarifpartner, Genehmigung dieser Verträge durch die Kantonsregierung und subsidiäre hoheitliche Festsetzungskompetenz der Kantonsregierung) keine Anwendung mehr finden (E. 5, 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, 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. 25*a* Abs. 1 und 4 sowie Art. 7*a* 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 (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. 25*a* 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, d.h. 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 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 Perso-

nen, 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 obligatorischen Krankenpflegeversicherung (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. unten E. 6.5.3).

5.2 Vorliegend ist unbestritten, dass Pflegeheime Leistungen im Sinne von Art. 25*a* KVG zulasten der OKP erbringen und abrechnen dürfen. Diese sind allerdings nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Ebenfalls unbestritten geblieben ist, dass die OKP gemäss Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG (in der bis 31. Dezember 2010 geltenden Fassung) die Kosten für Untersuchungen und Behandlungen (vollumfänglich) zu übernehmen hatte, darunter auch diejenigen, die in einem Pflegeheim erbracht wurden (vgl. oben E. 5.1.6).

Während der Regierungsrat und die Beschwerdegegner davon ausgehen, dass Pflegeheime (schon) vor Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung dazu berechtigt waren, Nebenleistungen zulasten der OKP zu erbringen, geht santésuisse davon aus, die Pflegeheime seien (schon) vor der Gesetzesänderung nicht berechtigt gewesen, selbst Nebenleistungen abzurechnen (Beschwerde Rz. 20). Die Parteien sind sich aber einig, dass sich mit der Neuordnung der Pflegefinanzierung diesbezüglich nichts geändert hat.

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. 25*a* KVG im Rahmen der Neuordnung der Pflegefinanzierung nicht auf den Leistungsbereich der Pflege nach KVG ausgewirkt (vgl. BVGE 2011/61 E. 5.2; KVG-Kommentar, N 7 zu Art. 25*a* KVG 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, beab-

sichtigte, ist hingegen nicht ersichtlich (vgl. Botschaft zur Pflegefinanzierung S. 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; KVG-Kommentar, N 4, 6 ff. zu Art. 25*a* KVG, je mit weiteren Hinweisen; Votum Ständerätin Forster-Vannini für die vorbereitende Kommission [AB 2006 S. 642 f., 654, 657]).

Zu prüfen bleibt, ob Pflegeheime *vor* Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung dazu berechtigt waren, neben Pflegepflichtleistungen weitere OKP-Leistungen selbst zu erbringen und direkt zulasten der OKP abzurechnen.

5.4 Zunächst sind die diesbezüglich vertretenen Positionen darzulegen.

5.4.1 Vorliegend vertritt santésuisse die Ansicht, dass Pflegeheime schon seit Inkrafttreten des KVG am 1. Januar 1996 – sowohl vor als auch nach Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung – nicht dazu berechtigt seien, andere als pflegerische Leistungen gemäss Art. 7 KLV selbst zu erbringen und direkt zulasten der OKP abzurechnen. Wenn Verträge geschlossen worden seien, die eine direkte Entschädigung der Pflegeheime für das Erbringen solcher Nebenleistungen vorgesehen hätten, könne daraus nicht geschlossen werden, dass ein solches Vorgehen rechtskonform gewesen bzw. beizubehalten sei (vgl. insbesondere Beschwerde Rz. 20). Demgegenüber ging der Regierungsrat im angefochtenen Beschluss davon aus, dass die Pflegeheime seit dem Inkrafttreten des KVG – sowohl vor als auch nach dem Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung – auch für im Pflegeheim erbrachte Nebenleistungen als Leistungserbringer zugelassen seien und dafür direkt zulasten der OKP abrechnen dürften. Die Neuordnung der Pflegefinanzierung habe die Art der versicherten Leistungen und der für deren Erbringung zugelassenen Leistungserbringer nicht tangiert, sondern nur den Kostentragungsmodus für Pflegepflichtleistungen nach Art. 7 Abs. 2 KLV geändert (vgl. insbesondere S. 9 ff.).

5.4.2 In ihren Empfehlungen vom 22. Oktober 2009 zur Umsetzung der Neuordnung der Pflegefinanzierung geht die Schweizerische Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) davon aus, dass Pflegeheime mit Krankenversicherern Vollpauschalen vereinbaren können, die zusätzlich zu den eigentlichen Pflegekosten weitere OKP-Kosten umfassen (für Arzt, Therapien, Heilmittel sowie Mittel- und Gegenständekosten [vgl. Ziff. 3.1 betreffend Pflege im Pflegeheim, Empfehlung 1.d.IV, sowie Erläuterungen dazu; < http://www.gdk-cds.ch >; abgerufen am 23.06.2015]).

5.4.3 In materieller Hinsicht machen die Beschwerdegegnerinnen hauptsächlich geltend, dass sich Art. 25*a* und Art. 50 KVG lediglich auf Pflegeleistungen bezögen, währenddessen sich aus Art. 39 Abs. 3 KVG (in Verbindung mit Art. 25 KVG) ergebe, dass das Erbringen und direkte Abrechnen von sonstigen Leistungen durch Pflegeheime zulasten der OKP zulässig sei (vgl. insbesondere ihre Schlussstellungnahme Rz. 3 f., 7 f.).

5.4.4 Die Vorinstanz macht in ihrer Vernehmlassung vom 16. Mai 2012 und ihren Schlussbemerkungen vom 4. September 2012 (B-act. 7 und 13) zunächst geltend, dass Pflegeheime gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. a-c KVG in Verbindung mit Art. 39 Abs. 3 KVG dazu verpflichtet seien, eine ausreichende ärztliche Betreuung zu gewährleisten, über das erforderliche Fachpersonal und über zweckentsprechende medizinische Einrichtungen zu verfügen und eine zweckentsprechende pharmazeutische Versorgung zu gewährleisten, und somit verpflichtet seien, entsprechende Leistungen anzubieten. Analog zu Spitälern stehe es den Pflegeheimen dabei offen, diese Nebenleistungen durch in- oder externe Leistungserbringer zu erbringen bzw. erbringen zu lassen. Auch in Art. 2 Abs. 1 Bst. e der Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung [VKL, SR 832.104] werde davon ausgegangen, dass die Pflegeheime solche Leistungen erbringen dürften. Weiter macht die Vorinstanz geltend, dass Art. 7 und 7*a* KLV lediglich die Aufwendungen erfassten, die durch *Personen* erbracht würden, die im Sinne von Art. 25 Abs. 2 Bst. a Ziff. 3 KVG auf Anordnung oder in Auftrag eines Arztes pflegerische Leistungen erbrächten. Die KLV regle somit einzig einen Teilaspekt der Kostenübernahme, wobei ärztliche und physiotherapeutische Leistungen, Medikamente sowie Mittel und Gegenstände nicht erfasst würden. Mit der Neuordnung der Pflegefinanzierung sei mit Art. 25*a* KVG nur der Kostentragungsmodus für Pflegepflichtleistungen nach Art. 7 Abs. 2 KLV geändert

worden. Hinsichtlich der übrigen Pflichtleistungen wie ärztliche und therapeutische Leistungen bleibe der Zustand unverändert. Somit gälten für Medikamente, Mittel und Gegenstände die entsprechenden Listen. Andere Leistungen (wie ärztliche oder therapeutische) könnten nach Zeit-, Einzelleistungs- oder Pauschaltarifen im Sinne von Art. 43 Abs. 2 Bst. a-c KVG abgerechnet werden.

5.4.5 In seiner Stellungnahme vom 5. Juli 2012 (B-act. 9, insbesondere S. 3 ff.) führt das BAG aus, dass das Erbringen von Pflegeleistungen die *primäre* Aufgabe der Pflegeheime sei. Die Leistungsvergütung im Pflegeheim sei in Art. 50 KVG definiert. Dieser Artikel stelle die Verknüpfung her zwischen Art. 39 KVG, welcher die Zulassung der Pflegeheime regelt, und Art. 25*a* KVG, welcher sich auf die Pflegeleistungen der OKP "bei Krankheit" namentlich im Pflegeheim bezieht. Für die gemäss Art. 39 KVG zugelassenen Pflegeheime enthalte das Gesetz keine anderen expliziten Bestimmungen, welche diese Institutionen zur Vereinbarung von Tarifen zulasten der OKP – für weitere Leistungen als die Pflegeleistungen – *verpflichten* würde. Während für die Pflegeheime bezogen auf die Pflegeleistungen "bei Krankheit" kein vertragsloser Zustand vorliegen könne, weil die OKP ausschliesslich die in Art. 7*a* Abs. 3 KLV verankerten Beiträge vergüte, *könne* im Prinzip, bezogen auf die Nebenleistungen auch für die Pflegeheime ein *vertragsloser* Zustand vorliegen. Dies gelte, weil das Gesetz die Pflegeheime – anders als die Spitäler – nicht zur Vereinbarung entsprechender Tarife verpflichte. Die Aussage von santésuisse in ihrer Stellungnahme an die GD ZH vom 9. März 2011 (Vorakte 14), wonach Pflegeheime keine Spitäler und weder Leistungserbringer für Analysen, noch Abgabestellen für Mittel und Gegenstände, noch Ärzte oder Apotheker seien, sei in dem Sinne zutreffend, als das Erbringen dieser Leistungen *nicht die primäre* Aufgabe der Pflegeheime sei. Dass Pflegeheime gemäss Art. 39 Abs. 3 KVG für ihre Zulassung als OKP-Leistungserbringer die Voraussetzungen, die Spitäler für ihre Zulassung zu erfüllen haben, (nur) *sinngemäss* erfüllen müssten, impliziere, dass die Pflegeheime die ärztlichen und weitere Nebenleistungen *nicht unbedingt* mit eigener Infrastruktur und Personal, sondern auch durch externe Leistungserbringer, die im Pflegeheim Patienten untersuchen und behandeln, gewährleisten könnten.

Im Sinne eines Zwischenresultats lässt sich der Stellungnahme des BAG entnehmen, dass Pflegeheime neben pflegerischen Leistungen im Sinne von Art. 7 KLV auch andere OKP-Leistungen selbst erbringen (und direkt der OKP in Rechnung stellen) *dürfen*, dies aber nicht tun müssen.

Das BAG führt weiter aus (S. 5 ff.), dass für eine direkte Abrechnung von Nebenleistungen durch die Pflegeheime grundsätzlich eine Vereinbarung, das heisst eine Zustimmung der Versicherer, angebracht wäre. In Sachen Nebenleistungen habe die hoheitliche Tariffestsetzung durch die Kantonsregierung – beim Fehlen einer Tarifvereinbarung – einen Sondercharakter, da die Pflegeheime nicht dazu verpflichtet seien, Nebenleistungen selbst zu erbringen und zulasten der OKP abzurechnen, anders als das z.B. für die Erbringung ärztlicher Leistungen durch Spitäler gelte. Ausserdem müsse sich eine Tariffestsetzung betreffend Pflegeheime durch eine Kantonsregierung deutlich von derjenigen für ein Spital differenzieren. Als Tarif für von Pflegeheimen erbrachte Nebenleistungen sei ein Pauschaltarif zu bevorzugen, da dieser eine Garantie gegen eine Mengenausweitung darstelle und nur dieser bezüglich Leistungserbringerkategorie Klarheit schaffe und den Anreiz verhindere, dass ein Heim sich zum Spital entwickle und allenfalls indirekt die Zulassungsbedingungen umgehen könnte. Von einer hoheitlich deklarierten Anwendbarkeit von in Verträgen für andere Leistungserbringer enthaltenen Tarifen (namentlich TARMED und Verträge im Bereich der paramedizinischen Leistungen), die nicht im Sinne von Art. 43 KVG sein dürfte, sei hingegen abzusehen.

5.4.6 In seiner Stellungnahme zur Motion Humbel (vgl. oben E. 5.1.8) führt der Bundesrat aus, Vereinbarungen zwischen Versicherern und Pflegeheimen, in denen eine Pauschale im Sinne vom Art.43 Abs. 3 KVG für ärztliche, therapeutische und weitere KVG-Leistungen vereinbart werde, seien *bereits heute* zulässig. Dass dies erst seit dem 1. Januar 2011 der Fall sein soll, wird nicht indiziert.

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. KVG-Kommentar, N 7 f. zu Art. 25). 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 berechtigte 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 S. 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. KVG-Kommentar, N 13, 49 zu Art. 25 KVG sowie N 23 ff. zu aArt. 49, je m.w.H.; vgl. auch Art. 6 VKL und Art. 3 VKL e contrario). 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. KVG-Kommentar, N 52 zu Art. 25 KVG und N 1 zu Art. 50 KVG).

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 an-

derer 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 bzw. 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 hoch stehende 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 Spitex-organisationen – 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 in Verbindung mit 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 4/2006 KV 370 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 (E. II.7.2.2 und nicht publizierte E. II.10; Dispositiv Ziff. 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 5/2001 KV 186 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 Tarifermittlung der Kategorie 1 die Kategorie 2 separiert wurde und die Tarifkalkulation für letztere auf existierenden Tarifen (z.B. Taxpunktwerte für ärztliche Leistung, Spezialitätenliste für Arzneimittel) 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 (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 gleichlautendem 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 2/3/1998 KV 28 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 (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 2/3/1998 KV 27 S. 161) akzeptierte der Bundesrat, dass der von der Kantonsregierung festgesetzte Pauschaltarif eine Pauschale für Medikamente und "petit matériel" enthielt (die [weitgehend] auf der Spezialitätenliste und MiGeL aufgeführt waren; E. II.12 i.V.m. II.2.2).

Gemäss Bundesratsentscheid vom 15. Dezember 1997 betreffend den Pflegeheimtarif 1997 (Entscheid Nr. 96-129) 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 (Ziff. II.8 i.V.m. I.2 f., II.6 f.), was voraussetzt, dass die Pflegeheime solche Leistungen selbst erbringen und abrechnen durften. Be-

schwerdegegner 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, S. 655, Fn. 1140 zu N 777) bzw. 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 en cas de séjour à l'hôpital, en établissement médico-social et/ou en cas de soins à domicile, 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 im Sinne von 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 zu Lasten 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, wovon auch santésuisse ausgeht (vgl. Beschwerde RZ. 20). Sie macht allerdings geltend, dass (spätestens) mit dem Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung den Pflegeheimen versagt wurde, andere als Pflegepflichtleistungen zulasten der OKP zu erbringen und abzurechnen.

Da der Leistungskatalog unverändert geblieben ist, müsste allerdings aus den Gesetzesänderungen eine entsprechende 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. oben 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 sog. 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. 25*a* 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 – entgegen dem Dafürhalten von santésuisse – 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. 25*a* Abs. 1 KVG für *im* Pflegeheim erbrachte Pflegeleistungen). EUGSTER führt im KVG-Kommentar in N 15 zu Art. 25*a* KVG zunächst aus, dass der Selbstkostenanteil der Pflegeheimpatienten gemäss Art. 25*a* 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, S. 1230 f., 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, wie dies die Vorinstanz (B-act. 7 S. 7), das BAG (B-act. 9 S. 4 f.) und die Beschwerdegegnerinnen (B-act. 12 S. 5, 7) geltend machen bzw. einräumen. 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. oben 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 bzw. für deren Pflegeheimpatienten erbracht und durch diese abgerechnet werden (vgl. oben E. 2.2).

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. nachfolgend E. 6.1) und der Darlegung der einschlägigen Ausführungen der Verfahrensbeteiligten (vgl. unten E. 6.2) sowie des Inhalts des angefochtenen Beschlusses (vgl. unten 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. unten E. 6.3),

– wie die Vergütung der von Pflegeheimen erbrachten Nebenleistungen zu regeln ist (vgl. unten 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. unten E. 6.6 f.),

– ob die Tarifpartner für die Nebenleistungen einen Pauschaltarif hätten vereinbaren und von der Kantonsregierung hätten genehmigen lassen müssen bzw. ob die Kantonsregierung subsidiär einen Pauschaltarif hätte hoheitlich festsetzen müssen (vgl. unten 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 [SAeZ] 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 ca. 16 fest angestellten Ärztinnen und Ärzten erbracht (Schlussbemerkungen Rz. 9 ff.).

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. oben 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. insbesondere Art. 35 Abs. 2 Bst. h versus Bst. k, Art. 39 Abs. 1 versus Abs. 3 KVG, Art. 58*a* Abs. 1 KVV, Art. 58*c* 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 (Vorakte 1 Beilage 1 und 2; vgl. oben Bst. A.a). Der BESA-Pflegeheimvertrag bezog sich auf die Pflichtleistungen gemäss KVG, welche *durch* Pflegeheime für Versicherte erbracht wurden (Art. 4). Die Versicherer vergüteten Pflegetarife gemäss Anhang 2 des Vertrages; mit den entsprechenden Pflegetaxen wurden die Pflichtleistungen gemäss Art. 7 KLV abgegolten (Art. 7 Abs. 1, Anhang 2). Die ärztlichen Leistungen sowie Arznei, Therapien und Pflegematerial wurden mit Pauschalen (AATP-Pauschalen gemäss Anhang 3) oder durch Einzelverrechnung abgegolten. Pflegeheime konnten gegenüber santésuisse erklären, dass ihre Rechnungsstellung mittels AATP-Pauschalen gemäss Anhang 3 erfolge. In begründeten Fällen konnte mit einer Ankündigungsfrist von 3 Monaten jeweils per 1. Januar von der AATP-Pauschale zur Einzelleistungsverrechnung oder umgekehrt gewechselt werden (Art. 7 Abs. 2 f.). Mit der AATP-Pauschale waren die folgenden *vom Pflegeheim erbrachten* oder vom Pflegeheim in Auftrag gegebenen Leistungen abgegolten (Anhang 3 Ziffer 3):

- Ärztliche Leistungen, Arznei und Analysen im Pflegeheim sowie externe Behandlungen, welche vom Pflegeheim in Auftrag gegeben wurden, im Rahmen des festgelegten Selbstbehalts von CHF 500.- pro Behandlungstag.

- Therapeutische Leistungen inkl. Material und Pflegematerial gemäss Mittel- und Gegenstände-Liste (MiGeL), Leistungsverordnung (KLV) Anhang 2.

Zu Lasten des Krankenversicherers wurden separat zusätzlich verrechnet (Anhang 3 Ziffer 4):

- Akutstationäre Behandlungen.

- Dialysen, orale und parenterale Chemotherapeutika und AIDS-spezifische Medikamente.

- Ambulante und teilstationäre Untersuchungen, Eingriffe und Operationen, welche pro Tag den Betrag von Fr. 500.- übersteigen. Die ersten Fr. 500.- gehen dabei zu Lasten des Pflegeheims, wobei das Pflegeheim für den überschiessenden Teil Rechnung (unter Beilage einer Kopie der Originalrechnung) an den Versicherer stellt.

Der RAI/RUG-Pflegeheimvertrag enthielt weitgehend analoge Regelungen (namentlich: Geltung für KVG-Pflichtleistungen, die *durch* Alters- und Pflegeheime für Versicherte erbracht werden; alternativ: Vergütung einer Pflegepauschale für die Pflichtleistungen gemäss Art. 7 KLV und separate Rechnungstellung für ärztliche Leistungen, Arznei, Therapien und Pflegematerial [MiGeL] oder Vergütung einer Vollpauschale, mit welcher sämtliche Leistungen gemäss Art. 7 KLV inkl. ärztliche Leistungen, Arznei, Therapien und Pflegematerial [MiGeL] abgegolten wurden, plus im Anhang aufgeführte zusätzliche Vergütungen; Möglichkeit des Wechsels von der Vollpauschale zur Pflegepauschale oder umgekehrt).

Beide Verträge, an welchen santésuisse als Vertragspartei beteiligt war, sahen somit – 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. So führte santésuisse aus, dass in der Vergangenheit für ca. ¼ der Pflegeheimplätze im Kanton Zürich über Vollpauschalen abgerechnet worden sei (Beschwerde Rz. 21; vgl. auch HÄSLI/BIERI, a.a.O.).

Beide Verträge waren vom Regierungsrat gestützt auf Art. 46 Abs. 4 KVG genehmigt und gestützt auf Art. 47 Abs. 3 KVG um ein Jahr verlängert worden, ohne dass gegen diese Beschlüsse Beschwerde geführt worden wäre (vgl. oben Bst. A.a).

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: So lässt sich diese Aussage der von santésuisse unter FAQ-Beantwortung auf ihrer Webseite gemachten Ausführungen entnehmen (santésuisse, FAQ Leistungen, < https://www.santesuisse.ch/de/srv_faq_kat.html?&faqs.catid=Leistungen&navid=34#1594 >, abgerufen am 23.06.2015). Auch das von santésuisse auf ihrer Webseite aufgeschaltete "Konzept der Tarifstruktur für ambulante und stationäre Krankenpflege Version: V1.31 / 03.02.2014 gültig ab 1.1.2011" < http://www.santesuisse.ch/datasheets/files/201403132353361.pdf >, abgerufen am 23.06.2015) sieht für den Zeitraum ab 1. Januar 2011 die Möglichkeit vor, dass Pflegeheime als Leistungserbringer "Nichtpflegeleistungen" erbringen und diese mittels Pauschalen vergütet werden (Ziffern 3, 4.5). Der Vertrag zwischen der Einkaufsgemeinschaft HSK und dem Verband Berner Pflege- & Betreuungszentren vom 26. und 28. November, 4. und 12. Dezember 2013 (< http://www.rr.be.ch/etc/designs/gr/media.cdwsbinary.RRDOKUMENTE.acq/a7fac48f1cf94a6c832efe3e97a51a07-332/3/PDF/2014.GEF.12120-Beilage-DF-80165.pdf >, abgerufen am 23.06.2015) umfasst – ab 1. Januar 2014 – die zu Lasten der OKP verrechenbaren ärztlichen, diagnostischen und therapeutischen Leistungen, Medikamente, sowie Mittel und Gegenstände, die *durch* Pflegeheime erbracht und abgegeben werden (Art. 3). Die Pflegeheime können zwischen einem Modell Teilpauschale und einem Modell Vollpauschale wählen (Art. 5.1).

6.2

6.2.1 Im angefochtenen Beschluss führte der Regierungsrat aus, dass für die Nebenleistungen die allgemeinen Tarifregeln des KVG zur Anwendung kämen. Gemäss Art. 43 ff. KVG erstellten die Leistungserbringer ihre Rechnung nach Tarifen oder Preisen. Für Medikamente, Mittel und Gegenstände gälten die entsprechenden Listen. Andere Leistungen (wie ärztliche oder therapeutische) könnten nach Zeit-, Einzelleistungs- oder Pauschaltarifen im Sinne von Art. 43 Abs. 2 Bst. a bis c KVG abgerechnet werden. Eine Anwendung von Art. 50 KVG schloss der Regierungsrat hingegen aus (S. 9 f.). Er stütze seinen Beschluss denn auch auf Art. 47 KVG ab (S. 8 f., 12). Zur Begründung der einzelnen Tarifregelungen in den Dispositivziffern II.a-c führte er in seinem Beschluss Folgendes aus (S. 11 f.):

> "Die Leistungserbringer beantragen mit ihren Eingaben vom 7. Februar und 15. April 2011, die Nebenleistungen entsprechend den jeweiligen Tarifwerken für Einzelleistungen (TARMED usw.) abzurechnen. Sie machen geltend, dass die Krankenversicherer im Verlaufe der Verhandlungen eine Einzelleistungsverrechnung gewünscht hätten. santésuisse hat in ihrer Stellungnahme vom 18. Januar 2011 festgehalten, Nebenleistungen seien zwar nicht durch Pflegeheime, grundsätzlich aber gemäss den vorhandenen Tarifregelwerken abzurechnen. Vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerecht, die bereits im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen provisorisch festgelegten Tarife (vgl. vorne Bst. A) 1:1 auch für den vorliegenden Endentscheid festzusetzen. Diese seitens der Leistungserbringer mit Schreiben vom 15. April 2011 beantragten Regelungen erscheinen auch deshalb als sachgerecht, weil sie auf bereits vom Regierungsrat geprüfte und von diesem genehmigte Tarifregelwerke verweisen. Zudem sind die entsprechenden Genehmigungsbeschlüsse des Regierungsrats bereits in Rechtskraft erwachsen. Sodann entsprechen diese Regelungen den bereits mit der Verhandlungsgemeinschaft HSK getroffenen Vereinbarungen vom 6. April 2011, womit gegenüber sämtlichen Versicherern dieselben Tarife gelten und damit der administrative Aufwand in Grenzen gehalten werden kann."

6.2.2 Das BAG führt in seiner Stellungnahme – unter Bezugnahme auf sein Schreiben an H+ vom 1. Dezember 2010 (Vorakte 2) – aus (S. 6 ff.), dass es keinen Spielraum für die Anwendung von TARMED oder anderen Einzelleistungstarifen durch ein Pflegeheim sehe. Nur eine Pauschale sei für die Verrechnung der Nebenleistungen durch die Pflegeheime zulässig. Namentlich hätten die Pflegeheime weder den TARMED-Vertrag über den Taxpunktwert, noch den TARMED-Rahmenvertrag zwischen der FMH und santésuisse unterschrieben und dürften ihn auch nicht unterschreiben, weil nur Ärzte zum Beitritt berechtigt seien. Weiter seien TARMED und die paramedizinischen Tarife zwischen selbständigen Leistungserbringern bzw. Spitälern (seitens der Leistungserbringer) und den Versicherern vereinbart worden und seien folglich sowohl vom Vertragswillen als auch von der Tarifkalkulation her nicht auf Pflegeheime ausgerichtet und damit nicht anwendbar. Solche klar auf bestimmte Leistungserbringerbereiche definierte Tarifwerke hoheitlich auf weitere Leistungserbringer auszuweiten, sei nicht im Sinne von Art. 43 KVG. Hinzu komme, dass die Pflegeheime mit der Anwendung des TARMED und der Verträge im Bereich der paramedizinischen Leistungen gemäss angefochtenem RRB nicht an die weiteren Bedingungen der Verträge gebunden seien. Nur die Vergütung nach TARMED würde gelten, nicht die weiteren Bestimmungen der Verträge, wie z.B. die Qualitätssicherung. Zusammenfassend sei von der durch die Kantonsregierung hoheitlich deklarierten Anwendbarkeit von in Verträgen für andere Leistungserbringer enthaltenen Tarifen abzusehen. Eine Pauschale habe gegenüber dem Einzelleistungstarif den Vorteil, dass sie eine Garantie gegen eine Mengenausweitung darstelle und sie spezifisch für die besondere

Situation der Leistungserbringung im Pflegeheim sei. Nur die Pauschale verschaffe Klarheit bezüglich Leistungserbringerkategorie und verhindere auch den Anreiz, dass ein Pflegeheim sich zum Spital entwickeln und allenfalls indirekt die Zulassungsbedingungen umgehen könnte.

6.2.3 Die GDK sieht in ihren Empfehlungen zur Umsetzung der Neuordnung der Pflegefinanzierung vom 22. Oktober 2009 (vgl. Ziff. 3.1 betreffend Pflege im Pflegeheim, Empfehlung 1.d.IV) vor, dass Pflegeheime Kosten für Arzt, Therapien, Medikamente bzw. Heilmittel sowie MiGeL bzw. Mittel- und Gegenständekosten in Rechnung stellen können. Nach welchem Tarif abzurechen ist, ist den Empfehlungen aber nicht zu entnehmen. Sie enthalten eine Regelung für die Handhabung der "weiteren OKP-Kosten" bei der Strukturierung der Kosten- und Leistungsausweise, für den Fall, dass das Pflegeheim mit den Versicherern Vollkostenpauschalen vereinbart hat. Ob stattdessen auch nach Einzelleistungstarifen abgerechnet werden kann, geht aus den Empfehlungen nicht hervor.

6.2.4 Santésuisse bringt unter Bezugnahme auf die einzelnen vom Regierungsrat festgesetzten Tarife (Dispositiv Ziff. II.a-e) die folgenden Argumente vor (Beschwerde Rz. 23 ff.): Der zwischen ihr und der FMH geschlossene, vom Bundesrat genehmigte Rahmenvertrag TARMED sei (auf Seiten der Leistungserbringer) nur für Ärzte abgeschlossen worden und stehe nur solchen zum Beitritt offen. Der Rahmenvertrag gelte hingegen nicht für Pflegeheime und diese könnten ihm auch nicht beitreten. Es sei system- bzw. gesetzeswidrig, wenn die Vorinstanz letztlich den TARMED-Rahmenvertrag (mitsamt entsprechenden Anhängen und weiteren vertraglichen Dokumenten) hoheitlich für Pflegeheime zur Anwendung bringe bzw. die Pflegeheime mittels Hoheitsakt als TARMED-Vertragspartei bestimme. Dadurch greife die Vorinstanz auch in die bundesrätliche Kompetenz ein. Gestützt auf Art. 47 KVG könne eine kantonale Regierung nur einen Ersatztarif festlegen, sofern kein Tarif bestehe. Für ambulant tätige Leistungserbringer wie Ärztinnen und Ärzte, Physiotherapeuten, Ergotherapeuten, Apotheker etc. bestünden aber verschiedenste Vertragswerke. Diese für Nicht-Vertragsparteien als anwendbar zu bezeichnen, stehe nicht im Ermessen der Vorinstanz. Gleiche Einwendungen liessen sich – mutatis mutandis – auch für die weiteren paramedizinischen Leistungserbringer wie Physiotherapie, Ergotherapie, Logopädie, Ernährungsberater usw. anbringen. Auch hierfür bestünden entsprechende Tarifverträge mit den Organisationen der Leistungserbringer, die gerade nicht vorsähen, dass auch Pflegeheime Vertragsparteien sein bzw. den Tarifverträgen beitreten könnten. Auch die KLV sehe vor, dass die Kosten der Physiotherapie gemäss

Art. 5 KLV übernommen würden, wenn sie von Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten im Sinne von Art. 46 und 47 KVV bzw. von Organisationen der Physiotherapie im Sinne von Art. 52*a* KVV erbracht würden. Die KLV sehe aber gerade nicht vor, dass solche physiotherapeutischen Leistungen von Pflegeheimen erbracht würden. Gleiches gelte – mutatis mutandis – entsprechend Art. 6 KLV für Leistungen der Ergotherapie bzw. für pharmazeutische Leistungen gemäss Art. 4*a* KLV. Auch das BAG schliesse in seiner Stellungnahme darauf, dass Verträge für andere Leistungserbringer hoheitlich nicht für die Pflegeheime als anwendbar verfügt werden könnten. Die vom BAG angesprochenen Pauschaltarife könnten überdies einen Anreiz erhalten, Nichtpflichtleistungen in ein Leistungspaket mit entsprechender Leistungspauschale zu verpacken, was es schon aus Transparenzgründen und aus der Optik des Legalitätsprinzips zu verhindern gelte (Schlussstellungnahme der Beschwerdeführerinnen Rz. 6 ff.).

6.2.5 Die Beschwerdegegnerinnen führen aus, dass kein zwischen den Parteien bestehender Tarifvertrag und somit ein tarifloser Zustand bestanden habe und der Regierungsrat deshalb zur Festsetzung eines Tarifs zuständig gewesen sei. Dabei sei er nicht an bereits bestehende Tarifwerke gebunden, aber berechtigt gewesen, entsprechende Regelungen zu berücksichtigen. Da die Leistungserbringer mit ihren Eingaben vom 7. Februar und 15. April 2011 beantragt hätten, die Nebenleistungen entsprechend den jeweiligen Tarifwerken für Einzelleistungen (TARMED usw.) abzurechnen, und geltend gemacht hätten, dass die Krankenversicherer im Verlaufe der Verhandlungen eine Einzelleistungsverrechnung gewünscht hätten und santésuisse in ihrer Stellungnahme vom 18. Januar 2011 festgehalten habe, Nebenleistungen seien zwar nicht durch Pflegeheime, grundsätzlich aber gemäss den vorhandenen Tarifregelwerken abzurechnen, sei es sachgerecht gewesen, die bereits im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen provisorisch festgelegten Tarife auch für den vorliegenden Endentscheid festzusetzen. Die Bindung an den Rahmenvertrag TARMED ergebe sich dabei nicht aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung, sondern aufgrund der hoheitlichen Tariffestlegung (Beschwerdeantwort Rz. 34 f.). Da Art. 50 KVG sich unter Verweis auf Art. 25*a* KVG einzig zu den Pflegeleistungen äussere und die in Art. 39 Abs. 3 KVG genannten medizinischen Leistungen nicht erfasse, gelangten die allgemeinen Grundsätze von Art. 43 KVG zur Anwendung. Art. 43 Abs. 2 KVG lasse für Tarife – und dies müsse auch für die hoheitlich festgelegten Ersatztarife gelten – sowohl den Einzelleistungs- wie auch den Pauschaltarif zu. Bei der Festsetzung eines Ersatztarifs auf dem hoheitlichen Weg komme der festsetzenden Instanz ein grosses Ermessen zu; sie prüfe – analog zu Art. 46 Abs. 4 KVG

–, ob der Ersatztarif dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit entspreche. Das KVG schliesse vorliegend Einzelleistungstarife nicht aus; die Anwendung bekannter und hoheitlich genehmigter Tarifwerke im vorliegenden Fall scheine auch dem Wirtschaftlichkeitsgebot zu entsprechen und sei sicherlich billig. Die Argumentation, dass den Pflegeheimen ein Beitritt zu den gesamtschweizerischen Tarifwerken verwehrt sei, gehe an der Sache vorbei, da es vorliegend nicht um den Vertragsbeitritt, sondern um eine hoheitliche Tariffestsetzung gehe. Dass hierbei auf bewährte Tarifwerke zurückgegriffen werde, erscheine sachgerecht und entspreche auch dem Gebot der Verwaltungsökonomie (Schlussbemerkungen der Beschwerdegegnerinnen Rz. 14 ff.).

6.2.6 Im Beschwerdeverfahren führt die Vorinstanz aus, dass mit dem Dahinfallen der bis zum 31. Dezember 2010 für den Kanton Zürich geltenden Verträge nicht automatisch Tarifwerke zur Anwendung gelangten, die zwischen anderen Tarifpartnern festgelegt worden seien. Bestehende Tarifverträge (über Tarifstruktur und Taxpunktwert) könnten nicht durch einseitige Willensäusserung von Versicherern auf neue Tarifparteien übertragen werden. Hierzu wäre ein Konsens erforderlich. Dazu komme, dass es den Parteien gemäss Art. 43 KVG frei stehe, die Tarife für die Vergütung der Leistungen als Zeit-, Einzelleistungs- oder Pauschaltarife auszugestalten, wobei auch eine Kombination solcher Tarife möglich sei. Im Falle von Einzelleistungstarifen müsse nebst der gesamtschweizerisch einheitlichen Tarifstruktur zudem auf kantonaler Ebene bestimmt werden, welcher Taxpunktwert zur Anwendung gelangen solle. Somit stehe es den Parteien im Sinne des im Tarifbereich geltenden Verhandlungsprimats offen, welche Vergütungsart sie vereinbaren oder zur Festsetzung beantragen wollten. Da vorliegend zwischen den Parteien kein gültiger Vertrag und mithin ein vertragsloser Zustand vorliege, sei die Vorinstanz zu Recht gestützt auf Art. 47 Abs. 1 KVG auf das Festsetzungsbegehren der Leistungserbringer eingetreten und sei dazu verpflichtet gewesen, Tarife und Modalitäten für Nebenleistungen im vertragslosen Zustand festzusetzen (Vernehmlassung Rz. 13 f., 26). Für das Erbringen von Nebenleistungen durch Pflegeheime kämen die allgemeinen Tarifregeln des KVG zur Anwendung. Gemäss Art. 43 ff. KVG erstellten die Leistungserbringer ihre Rechnung nach Tarifen oder Preisen. Für Medikamente, Mittel und Gegenstände gälten die entsprechenden Listen. Andere Leistungen (wie ärztliche oder therapeutische) könnten nach Zeit-, Einzelleistungs- oder Pauschaltarifen im Sinne von Art. 43 Abs. 2 Bst. a bis c KVG abgerechnet werden. Ein Primat von Pauschaltarifen für Nebenleistungen widerspräche dem KVG. Für die ärztliche Leistung sei eine Anwendung des TARMED, der seit Jahren sowohl bei der

freipraktizierenden Ärzteschaft als auch im ambulanten Spitalbereich zur Anwendung gelange, sachgerecht. Es sei zwar richtig, dass die Pflegeheime nicht Vertragspartei seien, indessen spreche für eine analoge Anwendung, dass ein Vertragsbeitritt im Sinne von Art. 46 KVG möglich wäre und Pflegeleistungen nach Art. 50 KVG denjenigen der ambulanten Krankenpflege entsprechen sollen. Im Übrigen wäre die Kantonsregierung aufgrund von Art. 43 Abs. 5 KVG nicht befugt, auf Ebene Kanton Einzelleistungstarifstrukturen zu schaffen (Vernehmlassung Rz. 23; Schlussbemerkungen der Vorinstanz Rz. 7 f.).

6.3

6.3.1 Wie schon in ihrer Eingabe vom 21. Oktober 2011 (vgl. oben Bst. A.j) macht santésuisse in ihrer Beschwerde (Rz. 13) geltend, strittig sei zwischen den Parteien die Frage, ob Pflegeheime selbst Nebenleistungen abrechnen könnten, womit es sich vorliegend um einen klassischen Streit zwischen Versicherern und Leistungserbringern handle, der zwingend in die Zuständigkeit des Schiedsgerichts gemäss Art. 89 Abs. 1 KVG falle. Das Schiedsgericht sei nämlich für alle Streitigkeiten zwischen Krankenversicherern zuständig, wenn und soweit die Streitigkeit Rechtsbeziehungen zum Gegenstand habe, die sich aus dem KVG ergäben oder aufgrund des KVG eingegangen worden seien, wobei von einer weiten Begriffsumschreibung auszugehen sei. Der angefochtene Beschluss sei somit in Verletzung der sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz gefällt worden und sei deshalb aufzuheben.

Im angefochtenen Beschluss erwähnte der Regierungsrat zwar den entsprechenden Einwand von santésuisse (Bst. C., E.), setzte sich damit aber nicht auseinander, sondern führte lediglich aus, dass ein tarifloser Zustand herrsche, der mittels Tariffestsetzungsentscheid zu beheben sei.

Die Beschwerdegegnerinnen machen geltend, dass ein tarifloser Zustand bestanden habe und der Regierungsrat zur Tariffestsetzung zuständig gewesen sei und das vorliegende Verfahren nicht in die Zuständigkeit des Schiedsgerichts falle (Beschwerdeantwort Rz. 54).

Das BAG äussert sich in seiner Stellungnahme nicht zur Frage einer allfälligen Zuständigkeit des Schiedsgerichts.

In seiner Vernehmlassung führte der Regierungsrat aus, dass ein tarifloser Zustand bestanden habe, weshalb er für die vorgenommene Tariffestsetzung zuständig gewesen sei. Ein kantonales Schiedsgericht entscheide

hingegen über Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern, bei denen es im Wesentlichen um Ansprüche im konkreten Einzelfall gehe (Rz. 10).

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. oben 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 obligatorische Krankenpflegeversicherung 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 Tarifvertrages, welche in den Aufgabenbereich der Kantonsregierung oder des Bundesrats fällt (vgl. EUGSTER, SBVR Rz. 1204, 1206 f. 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 4/2004 KV 287 S. 298 ff.] E. II.6).

Da OKP-Leistungen nur erbringen kann, wer zum Erbringen der entsprechenden Leistungen zu Lasten der OKP berechtigt ist, muss die zuständige Tarifgenehmigungs- bzw. 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. oben E. 4.3.5), soweit das für diese Beurteilung eigentlich zuständige Schiedsgericht nicht angerufen wurde (vgl. RKUV 6/1997 KV 17 S. 375 ff. E. II.13). Auch santésuisse hat noch in ihrer Stellungnahme vom 18. Januar 2011 ausgeführt, dass im Rahmen eines (allfälligen) Tariffestsetzungsverfahrens vorfrageweise über die Qualifikation der Pflegeheime als Leistungserbringer für Nebenleistungen zu entscheiden wäre (Vorakte 6 Ziff. 16).

6.3.4 In ihrer Eingabe vom 20. Dezember 2010 beantragten die Leistungserbringerinnen beim Regierungsrat, es sei festzustellen, dass die Pflegeheime als OKP-Leistungserbringer für Nebenleistungen gälten und berechtigt seien, zu Lasten der OKP abzurechnen, die Krankenversicherungen seien zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen zu verpflichten und es seien vorsorgliche Massnahmen anzuordnen (vgl. oben Bst. A.b). Mit Eingaben vom 7. Februar und 15. April 2011 stellten die Leistungserbringerinnen zusätzlich konkrete Tariffestsetzungsanträge (vgl. oben Bst. A.d, A.f).

6.3.5 Der Regierungsrat hat vorliegend keinen Feststellungsentscheid getroffen, sondern einen Tarif hoheitlich erlassen (vgl. oben E. 2.2, 2.4.3) – nachdem er vorfrageweise zum Schluss kam, dass die Pflegeheime zum Erbringen der umstrittenen Leistungen berechtigt seien und ein tarifloser Zustand vorliege (vgl. Bst. E. und F. des angefochtenen Beschlusses). Zu einer solchen Tariffestsetzung und einer entsprechenden vorfrageweisen Prüfung der aufgeworfenen Fragen war der Regierungsrat im Rahmen der Tariffestlegung für die Tarife gemäss Dispositivziffern II.a, II.b und II.e grundsätzlich berechtigt und verpflichtet (vgl. oben E. 6.5). Daran vermag die von santésuisse angeführte, nicht einschlägige Rechtsprechung nichts zu ändern.

6.4

6.4.1 Wie bereits dargelegt (vgl. oben 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. 25*a* KVG bezieht, an deren Kosten die Krankenversicherer einen Beitrag leisten ("Kostenübernahme"; "nach Artikel 25*a*"). 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 bzw. 47 KVG zu genehmigen bzw. 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 5/2001 KV 186 S. 471 E. II.3.1; RKUV 2/3 1998 KV 28 S. 180 E. II.3).

6.4.2 Somit stellt Art. 50 KVG für die Pflegenebenleistungen – anders als Art. 25*a* 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.

insbesondere 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 Tarifformen zur Wahl stehen (vgl. oben E. 4.3.1). Tatsächlich werden z.B. in Spitälern ambulant erbrachte ärztliche Leistungen nach 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 (BBl 1992 I 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 Bestimmungen wurden im Rahmen der parlamentarischen Beratungen allerdings keine gemacht (vgl. AB 1992 S. 1313 f., 1316; AB 1993 S. 1861; AB 1993 S. 1075; AS 1995 S. 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 diente, 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. BBl 2004 5580, S. 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. oben E. 4.3.3) und keine Ausnahmebestimmung einschlägig ist (vgl. oben 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 bis 52*a* 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 (E. 5.3.3, 5.4.1, 6.1). Diese Aussage ist dahingehend zu präzisieren, als sie lediglich in Bezug auf die in Art. 25*a* Abs. 1, 3-5 KVG geregelten eigentlichen Pflegeleistungen (im erwähnten Urteil als "übrige Pflegeleistungen" bezeichnet [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. oben E. 4.3.4), sieht das KVG vier verschiedene Tarif- bzw. 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. nachfolgend E. 6.5) – nach vereinbarten und genehmigten bzw. subsidiär hoheitlich festgesetzten Tarifen gemäss Art. 46 und 47 KVG gebildet (vgl. unten 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. Dispositivziffer II erster Absatz: "Die Tarife […] werden […] wie folgt *festgesetzt*"; RRB S. 11 f.; vgl. auch Vernehmlassung Rz. 26; Schlussbemerkungen der Vorinstanz Rz. 6). Auch santésuisse und die Beschwerdegegnerinnen gehen davon aus, dass in Bezug auf die einzelnen Leistungskategorien eine hoheitliche Tariffestsetzung erfolgt ist (vgl. B-act. 1 Rz. 14, 23; B-act. 6 Rz. 20, 55). Dabei lassen sich die einzeln verfügten 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 Versicherern massgebende Tarife festgesetzt wurden (vgl. nachfolgend E. 6.5), andererseits in jene Tarife, für welche die Vorinstanz die Anwendung von anderen, vorbestehenden Tarifen angeordnet hat (vgl. unten 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 (Dispositivziffer II.b), kassenpflichtige Medikamente auf der Grundlage der Spezialitätenliste (SL) mit einem Rabatt von 10% (Dispositivziffer II.c) und die von den Leistungserbringern abgegebenen kassenpflichtigen Mittel und Gegenstände auf der Grundlage des Höchstvergütungspreises MiGeL abzüglich 15% abzurechnen seien; von der Rabattierung der Höchstvergütungspreise seien die auf Zeiteinheiten beruhenden Pauschalen auszunehmen (Dispositivziffer II.d). Die Vorinstanz hat somit eine Regelung für die individuelle Vergütung jeder einzelnen dieser Leistungen getroffen (im Folgenden: 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 (Analysenliste; 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. 37*f* KVV). Sie enthält die als Pflichtleistung zu vergütenden Analysen. Diese Analysenliste stellt eine Positivliste dar, d.h. 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, d.h. 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), d.h. 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 Artikeln 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,lnp6I0NTU042l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCJe4R5fWym162epYbg2c_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 Artikel 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. 20*a* Abs. 1 KLV sind Mittel und Gegenstände in Anhang 2 der KLV nach Arten und Produktgruppen aufgeführt, der sogenannten *Mittel- und Gegenstände-Liste (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 zu Lasten der OKP verwendet werden, sind (gemäss Art. 20*a* Abs. 2 KLV) in der Liste *nicht* aufgeführt. Die Vergütung wird mit der entsprechenden Untersuchung oder Behandlung in den Tarifverträgen geregelt. Die Mittel- und Gegenständeliste wird in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts (AS) und in der Systematischen Sammlung des Bundesrechts (SR) nicht veröffentlicht. Sie wird in der Regel jährlich herausgegeben (Art. 20*a* 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 Produkteart angegebenen Betrag, so geht die Differenz zu Lasten 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,lnp6I0NTU042l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCIdIN,e2ym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-- >, abgerufen am 23.06.2015).

Die Vergütungspflicht für *pharmazeutische Spezialitäten und konfektionierte Arzneimittel* erstreckt sich nach Art. 52 Abs. 1 Bst. b Ziff. 2 KVG grundsätzlich nur auf Arzneimittel, die in der *Spezialitätenliste (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 Spezialitätenliste in elektronischer Form (Art. 64 KVV).

Für den Erlass der AL und der MiGeL bzw. die Erstellung der SL sind das Departement bzw. 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 hoch stehende 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. unten 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. 20*a* 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 zu Lasten 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 Artikel 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 bzw. ihrem Personal im Rahmen ihrer Tätigkeit zu Lasten der OKP *verwendet* werden. Diese Mittel und Gegenstände bzw. deren Vergütung gehören somit nicht zum Anfechtungsgegenstand. Unter diesen Umständen ist die Frage, inwiefern solches, von Pflegeheimen bzw. ihrem Personal verwendetes Material mit den von den Krankenversicherern gemäss Art. 25*a* 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 kantonaler Behörden keinen Sinn machen. Denn gemäss Art. 52 Abs. 1 KVG berücksichtigen das EDI und das BAG beim Erlass der AL und MiGeL bzw. bei Erstellung der SL die Grundsätze nach Art. 32 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 6 KVG (vgl. oben 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 bzw. 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 5/2001 KV 177 E. II.4.3) u.a. 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 2/1999 KV 69 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 5/2001 KV 177 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 Spezialitätenliste und der Arzneimittelliste mit Tarif keine Regelungskompetenz hätten, und vom Verfahren betreffend Erlass und Anpassung der Spezialitätenliste und der Arzneimittelliste mit Preisen gemäss Art. 52 KVG nicht abgewichen werden dürfe (RKUV 2/1999 KV 69 S. 150 E. II.4.1).

6.5.6 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich – unter Bezugnahme auf RKUV 5/2001 KV 177 – die Rechtsprechung des Bundesrates zu eigen gemacht, wonach das KVG Bestimmungen enthalte, welche gewisse Bereiche der Vergütung medizinischer Leistungen abschliessend regelten, so dass für Tarifvereinbarungen zwischen Leistungserbringern und Versicherern oder die Tariffestsetzung durch die Kantonsregierung kein Raum mehr bleibe (vgl. Urteil C-5354/2011, C-5432/2011 E. 4.1; Urteil 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. Namentlich nicht nachvollziehbar ist das Argument der Vorinstanz, wonach Pflegeleistungen nach Art. 50 KVG – die nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind – denjenigen der ambulanten Krankenpflege entsprechen sollten und die Festsetzung eines analogen Tarifs rechtfertigen würden (Vernehmlassung Rz. 23). Vielmehr führt die Vorinstanz selber punktuell aus, dass für Medikamente, Mittel und Gegenstände die entsprechenden Listen gälten (vgl. B-act. 13 Rz. 8).

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, S. 1223, Rz. 34.45 ff.). Die Vorinstanz hat demnach ihre Kompetenzen verletzt, indem sie im angefochtenen Beschluss für von der Spezialitätenliste 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. unten E. 6.8).

6.5.9 Ergänzend ist Folgendes anzuführen: Die Vorinstanz scheint davon ausgehen, 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 in Frage 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 Spezialitätenliste 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 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. oben 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. oben 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 bzw. "entsprechend", "analog" zu diesen abzurechnen (vgl. Dispositivziffer II; RRB S. 11; Vernehmlassung S. 7).

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; B-act. 1 Rz. 23 f.; B-act. 6 Rz. 6, 34; B-act. 7 Rz. 13; B-act. 9 Ziff. 4.1; B-act. 11 Rz. 6; B-act. 13 Rz. 8). Etwas anderes lässt sich auch daraus nicht ableiten, dass für *andere* Leistungserbringerkategorien (z.B. Ärztinnen und Ärzte) solche Tarife gelten und 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. oben 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. oben E. 4.3.5).

Aus den Akten ergibt sich dazu Folgendes: Am 18. Oktober 2010 teilte CURAVIVA ZH santésuisse mit, dass sie einen Termin zur Klärung zum Thema Abrechnungen von Nebenleistungen auf Grund des bisherigen Vertrages wünsche (Vorakte 1 Beilage 6). Mit Schreiben vom 23. November 2010 (Vorakte 1 Beilage 8) erklärte CURAVIVA ZH santésuisse – unter Bezugnahme auf einen Verhandlungstermin vom 3. November 2010, an welchem auch die Frage der Abrechnung von Nebenleistungen ab dem 1. Januar 2011 angesprochen worden sei – dass sie und die Stadt Zürich nochmals ihren Standpunkt bekräftigten, dass die Pflegeheime über ihre ZSR-Nummer zur Abrechnungen der Nebenleistungen berechtigt seien. Gestützt darauf würde sie gerne mit santésuisse Verhandlungen über die Tarife zur Abrechnung der jeweiligen Nebenleistungen aufnehmen. Dabei könne sie sich als Lösung einen Vertrag vorstellen, worin die bestehenden Tarifverträge für die jeweiligen Leistungskategorien als anwendbar erklärt würden. Im Sinne einer Übergangslösung schlage sie vor, die bis Dezember 2010 geltenden Pauschalen für die Nebenleistungen um ein halbes Jahr zu verlängern. In ihrer Antwort vom 30. November 2010 (Vorakte 1 Beilage 9) führte santésuisse aus, dass sie CURAVIVA ZH bereits sehr früh im Jahr 2010 mitgeteilt habe, dass sie künftig die Abrechnung von Einzelleistungen durch die einzelnen Leistungserbringer (z.B. den einzelnen Arzt oder Therapeuten) wünsche. Wie bereits im Rahmen der Verhandlungen und zuletzt am 3. November 2010 mitgeteilt, sei sie nicht mandatiert, um Verhandlungen über die Einzelleistungsabrechnung von Arzt- und Therapieleistungen mit CURAVIVA ZH zu führen. Entsprechend würden Verhandlungen abgelehnt. Wie aber bereits im Rahmen der Verhandlung mitgeteilt, bestehe im Sinne eines Entgegenkommens die Bereitschaft, für das Übergangsjahr 2011 eine Pauschale zur Abrechnung der Nebenleistungen für die Heime zu vereinbaren, die bereits bislang über die Vollpauschale abgerechnet hätten. Mit Schreiben vom 14. Dezember 2010 (Vorakte 1 Beilage 11) teilte CURAVIVA ZH santésuisse mit, dass sie gehört habe, dass santésuisse einen Vertrag mit dem VZK (Verband Zürcher Krankenhäuser) geschlossen habe, während sie CURAVIVA ZH entsprechende Verhandlungen verweigert habe. CURAVIVA ZH bat um eine schriftliche Stellungnahme bis zum 17. Dezember 2010. Am 17. Dezember 2010 (Vorakte 1 Beilage 12) teilte santésuisse CURAVIVA ZH mit, dass ihre zuletzt im Schreiben vom 30. November 2010 vertretene Haltung weiterhin

gelte. Es sei ihr bekannt, dass der VZK im Rahmen von TARMED Verhandlungen beantragt habe, Pflegeheimen die Abrechnung ärztlicher Leistungen zu ermöglichen. Wie man von Seiten von santésuisse mit dieser Frage umgehen wolle, werde derzeit intern geprüft. Unter diesen Umständen durfte die Vorinstanz, insbesondere angesichts des ihr diesbezüglich zukommenden beachtlichen Ermessens (vgl. oben E. 4.3.5), davon ausgehen, dass im Sinne von Art. 47 Abs. 1 KVG gescheiterte Vertragsverhandlungen vorlagen, und die entsprechende Eintretensvoraussetzung gegeben war. Dies wird vorliegend auch von keiner Partei (substantiiert) bestritten.

Der Regierungsrat war somit grundsätzlich berechtigt und verpflichtet, gestützt auf Art. 47 Abs. 1 KVG einen Tarif für die in Dispositivziffer 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 (Dispositivziffer II.a);

– die ärztlich angeordneten, kassenpflichtigen paramedizinischen Leistungen wie Physiotherapie, Ergotherapie, Logopädie, Ernährungsberatung gemäss den entsprechenden Tarifvereinbarungen und geltenden Taxpunktwerten für ambulante Leistungserbringer abzurechnen (Dispositivziffer 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 (Dispositivziffer II.e).

6.6.6 Soweit in Bezug auf die in Dispositivziffer II.b und II.e erwähnten Leistungen auf nationale Tarifverträge bzw. Tarifstrukturen verwiesen wird, welcher 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. unten E. 6.8).

6.6.7

6.6.7.1 Die Beschwerdeführerinnen heben mehrfach hervor, dass TARMED und die für die weiteren paramedizinischen Leistungserbringer bestehenden Tarifverträge für diese Leistungserbringer vereinbart worden seien und keinen Beitritt von Pflegeheimen vorsähen.

Im angefochtenen Beschluss (Bst. G) führte die Vorinstanz aus, dass es sachgerecht sei, auf bereits vom Regierungsrat geprüfte und von diesem genehmigte Tarifregelwerke zu verweisen; die entsprechenden Genehmigungsbeschlüsse des Regierungsrats seien bereits in Rechtskraft erwachsen. Diese Regelungen entsprächen ausserdem den mit der Verhandlungsgemeinschaft HSK getroffenen Vereinbarungen vom 6. April 2011, womit gegenüber sämtlichen Versicherern dieselben Tarife gälten und der administrative Aufwand in Grenzen gehalten werden könne. Auch habe santésuisse in ihrer Stellungnahme vom 18. Januar 2011 festgehalten, Nebenleistungen seien zwar nicht durch Pflegeheime zu erbringen, aber gemäss den vorhandenen Tarifregelwerken abzurechnen. Im Beschwerdeverfahren führt die Vorinstanz ferner aus, dass im vertragslosen Zustand eine Vergütung der Leistungen nach Zeit-, Einzelleistungs- oder Pauschaltarifen zulässig sei. Hingegen wäre die Vorinstanz nicht berechtigt gewesen, auf Ebene des Kantons Einzelleistungsstrukturen zu schaffen.

Die Beschwerdegegnerinnen machen geltend, dass die Vorinstanz bei der Tariffestsetzung nicht an bereits bestehende Tarifwerke gebunden, aber berechtigt gewesen sei, entsprechende Regelungen zu berücksichtigen. Da die Krankenversicherer mehrfach eine Einzelleistungsvergütung beantragt hätten, sei es sachgerecht gewesen, gemäss den vorhandenen Tarifregelwerken abzurechnen.

Das BAG führt aus, dass die Pflegeheime weder den TARMED-Rahmenvertrag noch den entsprechenden Taxpunktwert unterschrieben hätten und unterschreiben dürften. TARMED und die paramedizinischen Tarife seien zwischen selbständigen Leistungserbringern bzw. Spitälern mit den Versicherern vereinbart worden und seien folglich vom Vertragswillen und von der Tarifkalkulation her nicht für die Pflegeheime ausgerichtet und damit

nicht anwendbar. Solche klar auf bestimmte Bereiche von Leistungserbringern definierte Tarifwerke auf weitere Leistungserbringer auszuweiten, dürfte nicht im Sinne von Art. 43 KVG sein. Ausserdem seien die Pflegeheime mit der angeordneten Anwendung von TARMED nicht an die weiteren Bedingungen der Verträge gebunden, z.B. betreffend die Qualitätssicherung.

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 an-zuhören, welche die Interessen der Versicherten auf kantonaler oder auf Bundesebene vertreten (Abs. 4 Sätze 2 und 3). Einzelleistungstarife müssen auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarif-struktur 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. 5bis [in Kraft seit 1.1.2013]). Die Vertragspartner und die zuständigen Behörden achten darauf, dass eine qualitativ hoch stehende 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. 59*c* KVV prüft die Genehmigungsbehörde im Sinne von Artikel 46 Absatz 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 Absatz 1 Buchstaben a und b nicht mehr gewährleistet ist. Die zuständigen

Behörden sind über die Resultate der Überprüfungen zu informieren (Abs. 2). Gemäss Absatz 3 wendet die zuständige Behörde die Absätze 1 und 2 bei Tariffestsetzungen nach den Artikeln 43 Absatz 5, 47 oder 48 des Gesetzes sinngemäss an (vgl. zum Ganzen auch das Urteil des BVGer C-2461/2013, C-2468/2013 vom 28. August 2014 [in BVGE 2014/18 nicht publizierte] 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 hoch stehende 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 als KV 69 in RKUV 2/1999 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) zu Lasten 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 reellen Kosten durchgeführt werden müssen, welche die Angemessenheit der analogen Tarifübernahme bestätigt hätte (E. II. 4.2, 4.3.3).

6.6.7.3 Wenn die Tariffestsetzung mittels Verweis auf den für die gleiche Leistungserbringerkategorie bzw. 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 z.B. 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 (nachfolgend: Nationaler Tarifvertrag 1998) – 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. Medizinalpersonen Rz. 108 Fn 226). 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-Tarifbildungsgrundsätze (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. 25*a* KVG ist. Die Pflegeheime verfügen über dementsprechend ausgerichtete Strukturen, Abläufe, Kosten- und Ertragssysteme. Diese können in Bezug auf von ihnen erbrachte Nebenleistungen offensichtlich nicht unbesehen mit anderen Leistungserbringerkategorien gleichgesetzt werden, deren hauptsächliche oder einzige Tätigkeit das Erbringen der betreffenden Leistungen ist.

6.6.7.4 Es ist aus den Akten nicht ersichtlich und wurde auch nicht geltend gemacht, dass die Vorinstanz in Bezug auf die vorliegend umstrittene Tariffestsetzung eine konkrete Prüfung im obgenannten Sinne vorgenommen hätte. Sie rechtfertigt dies im Wesentlichen damit, dass die entsprechenden Tarife bereits anderweitig von ihr rechtskräftig genehmigt worden seien und zur Anwendung gelängen. Die Vorinstanz macht weder geltend noch ist aus den Akten ersichtlich, dass sie bei der Genehmigung bzw. Verlängerung der bis 31. Dezember 2010 geltenden Verträge eine konkrete Prüfung vorgenommen hätte, die spezifische Rückschlüsse auf die vorliegende Tariffestsetzung erlaubten. Sie macht auch nicht geltend, dass sie bei der Genehmigung der zwischen den Pflegeheimen und der HSK-Verhandlungsgemeinschaft geschlossenen Verträge eine entsprechende Prüfung vorgenommen habe. Es liegen keine überzeugenden Argumente dafür vor, weshalb auf eine entsprechende Prüfung verzichtet werden kann. In diesem Zusammenhang ist weiter anzumerken, dass die Vorinstanz in Bezug auf den anwendbaren kantonalen TARMED-Taxpunktwert ohne weitere Begründung auf denjenigen für freischaffende Ärzte, und nicht auf jenen für von Spitälern ambulant erbrachte TARMED-Leistungen verwiesen hat. Dieses Vorgehen überzeugt zudem insoweit nicht, als die Vorinstanz die Zulässigkeit des Erbringens von Nebenleistungen durch Pflegeheime weitgehend mit der Analogie zu den Spitälern begründet hat.

6.6.7.5 Der angefochtene Beschluss ist somit (auch) mangels Durchführung einer konkreten Prüfung der OKP-Konformität der Tarife nach 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 Dispositivziffern II.a, II.b und II.e vorgenommen 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 (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 bzw. subsidiären Tariffestsetzungsbeschlüssen gelten. Dazu gehören im Wesentlichen die Nennung der tarifierten Leistungen, die vereinbarte Taxe und im Falle eines komplexen mehrteiligen Einzelleistungsvertrages (z.B. nach dem Modell TARMED) die Tarifstruktur – also die Parameter für die Tariffestsetzung (vgl. Urteil C-5354/2011, C-5432/201 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) Vertrages über physiotherapeutische Leistungen in anerkannten Heilbändern 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 seinem 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. BEATRICE GROSS HAWK, Selbständige nichtärztliche Medizinalpersonen in der freien Praxis – wie viel Freiheit belässt ihnen das Krankenversicherungsrecht?, 2008 [nachfolgend: Medizinalpersonen] 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 bzw. Unsicherheit einer klaren Identifikation ist, dass bei der Anwendung im Einzelfall auf einen falschen Tarif abgestützt wird, z.B. 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 Tarifvertrages sind mindestens der Titel des Vertrages, die Vertragsparteien, die im Vertrag geregelten Leistungen, das Datum der Vertragsunterzeichnung und der zeitliche Geltungsbereich des Vertrages 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 bzw. Beschlüsse für anwendbar erklärt werden.

6.6.8.6 Vorliegend verweisen die betreffenden RRB-Dispositivziffern lediglich allgemein auf den im Kanton Zürich gültigen TARMED-Taxpunktwert für frei praktizierende Ärztinnen und Ärzte (Ziffer II.a) bzw. auf die entsprechenden Tarifvereinbarungen und die geltenden Taxpunktwerte für ambulante Leistungserbringer (Ziffer 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 bzw. deren Anwendbarkeitserklärung (lediglich) auf den Tarif selbst bezieht – allenfalls festgesetzt aus einer Kombination von Tarifstruktur und Taxpunktwert – oder ob auch Modalitäten, die in den Tarifvereinbarungen und/oder Festsetzungsbeschlüssen geregelt sind, für anwendbar erklärt werden. So wird im Regierungsratsbeschluss unter Bst. E. (S. 11) 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 (vgl. auch Vernehmlassung Rz. 26), 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 Vertrages bzw. vertragslosen Zustandes die zuletzt gültigen Vereinbarungen zu den einzelnen Nebenleistungen als anwendbar gelten, bis ein neuer Tarifvertrag zustande gekommen bzw. der Tarif hoheitlich festgelegt ist (Dispositivziffer II zweiter Absatz, S. 11).

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 Taxpunktwerts gemäss dem kantonalen TARMED-Anschlussvertrag angepasst werde (E. 8.2, 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 5/2001 KV 178 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), bzw. 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 bzw. 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 bzw. Tarifvertrages 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 Spezialitätenliste 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. unten 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 Dispositivziffern 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 bzw. subsidiär durch eine hoheitliche Tariffestsetzung (gestützt auf Art. 46 bzw. 47 KVG) behoben werden *muss* (vgl. oben E. 4.3.5). Zu prüfen bleibt, ob die Tarifpartner und der Regierungsrat zur Behebung dieser Tariflosigkeit (im Folgenden: Tariflücke) auf eine bestimmte Tarifform zurückgreifen müssen und z.B. nur ein Pauschaltarif vereinbart und genehmigt bzw. subsidiär hoheitlich festgesetzt werden darf.

6.8

6.8.1 Wie an früherer Stelle ausgeführt wurde, können gestützt auf Art. 46 bzw. 47 KVG (je in Verbindung mit Art. 43 KVG) grundsätzlich Zeittarife, Pauschaltarife, Einzelleistungstarife oder Mischformen davon vereinbart bzw. hoheitlich festgesetzt werden (vgl. oben 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, 21.4; BGE 126 V 344 E. 4.a; RKUV 6/1997 KV 17 S. 375 ff. E. II.9.3; KVG-Kommentar N

6 zu Art. 43; GROSS HAWK, Leistungserbringer, S. 1214 Rz. 34.21 und S. 1257, 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 bzw. 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. oben E. 5.5.3; vgl. auch EUGSTER, SBVR, S. 698, N 889).

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. oben E. 6.6.6).

6.8.3 Vom BAG wird geltend gemacht, dass ein allfälliger Nebenleistungstarif die Form eines Pauschaltarifs annehmen müsse (vgl. oben E. 6.2.2), 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 vorauszuschicken, dass Art. 50 KVG sich in der ab 1. Januar 2011 geltenden Fassung nur auf die eigentlichen Pflegeleistungen gemäss Art. 25*a* 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. oben E. 6.4.1). Damit ist grundsätzlich ausgeschlossen, dass aus Art. 50 KVG auf eine Pflicht zur Vereinbarung bzw. 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 trägen. Gerade die Mengenausweitung spiele aber bekanntlich bei der Kostenentwicklung eine entscheidende Rolle (S. 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. oben 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 (S. 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 (S. 127, 152; vgl. auch KVG-Kommentar, Art. 50 Rz. 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 S. 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 S. 172 f., 187). Aus dem Wortlaut und den Materialen 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 4/1999 KV 86 S. 371 E. II.5; RKUV 5/2001 KV 186 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 5/2001 KV 186 S. 471 E. II.3.1; RKUV 2/3 1998 KV 28 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 (vgl. insbesondere den Bundesratsentscheid Nr. 96-129 vom 15. Dezember 1997 E. II.8). 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 2/3 1998 S. 161 ff. KV 27 E. II.12; RKUV 5/2001 S. 471 KV 186 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 Einzelleistungstarifierung, die erfahrungsgemäss tendenziell die Mengenausweitung fördere, explizit ausgeschlossen (Botschaft zur Pflegefinanzierung S. 2071 Ziff. 2.3.2.3, S. 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. 25*a* Abs. 2 KVG). Für die Pflegeleistungen gemäss Art. 25*a* 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 bzw. 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. 25*a* Abs. 2 KVG für die Akut- und Übergangspflege, die ebenfalls von Pflegeheimen erbracht werden kann (vgl. Art. 7 Abs. 3 KLV 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. oben 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, S. 1214, 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. oben 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. oben 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. oben 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 oben 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 Dispositivziffer II. des Beschlusses des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 25. Januar 2012 (Nr. 84/2012) aufzuheben und die Beschwerde im Sinne der nachfolgenden Erwägung 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. In Frage 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.

8.

8.1 In ihrer Vernehmlassung und ihrer Stellungnahme vom 16. April 2015 beantragt die Vorinstanz für den Fall, dass das Bundesverwaltungsgericht den Pflegeheimen (neu) die Berechtigung zur Abrechnung von Nebenleistungen zu Lasten der OKP abspreche, die neue Regelung frühestens

sechs Monate ab Ende jenes Monats für rechtswirksam zu erklären, in welchem der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts erfolge bzw. idealerweise auf ein neues Kalenderjahr hin. Sollte eine rückwirkende Systemumstellung vorgenommen werden, sei die Sicherstellung der Vergütung der OKP-Pflichtleistungen zulasten der prozessierenden Krankenversicherer explizit im Entscheid zu regeln. Obwohl das Bundesverwaltungsgericht mit dem vorliegenden Urteil Dispositivziffer II des angefochtenen Beschlusses aufhebt, spricht es den betroffenen Pflegeheimen die Berechtigung zum Erbringen und Abrechnen von Nebenleistungen nicht grundsätzlich ab. Dementsprechend besteht kein Anlass für eine Auseinandersetzung mit diesen Anträgen der Vorinstanz.

8.2 Obwohl die Beschwerdegegnerinnen Ausführungen zum nationalen Administrativvertrag und zu für den Zeitraum ab 1. Januar 2015 geführte und gescheiterte Verhandlungen gemacht haben, haben sie der Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts, zum Verhältnis zwischen dem angefochtenen Regierungsratsbeschluss und dem nationalen Administrativvertrag Stellung zu nehmen, nicht Folge geleistet (vgl. oben Bst. B.j, B.m). Da in OKP-Tarifstreitigkeiten weitere Schriftenwechsel in der Regel nicht stattfinden (Art. 53 Abs. 2 Bst. d KVG) und sich das Bundesverwaltungsgericht für das vorliegende Urteil nicht auf die Eingabe von santésuisse vom 2. April 2015 abstützt, ist der Antrag der Beschwerdegegnerinnen vom 16. April 2015 auf Durchführung eines weiteren Schriftenwechsels abzuweisen. Die besagte Eingabe ist ihnen mit dem vorliegenden Urteil zur Kenntnis zu bringen.

8.3 Mit dem Erlass des Endentscheides in der Hauptsache fallen die für die Dauer des Verfahrens angeordneten vorsorglichen Massnahmen oh-ne Weiteres dahin. Soweit das mit den Massnahmen provisorisch Ange-ordnete nicht mit dem Endzustand übereinstimmt, müssen die Folgen grundsätzlich rückabgewickelt werden (vgl. Urteil des BVGer C-2461/2013, C-2468/2013 vom 28. August 2014 [in BVGE 2014/18 nicht publizierte] E. 6.1).

8.4 Mit dem vorliegenden Urteil wird Dispositivziffer II aufgehoben, womit auch der in Dispositivziffer IV verfügte Entzug der aufschiebenden Wirkung diesbezüglich dahinfällt.

8.5 Da der Regierungsrat in Bezug auf das von ihm eingereichte Gutachten von Prof. Kieser (vgl. oben Bst. B.o) keinen Antrag auf Einbezug bzw. Beachtung desselben gestellt hat, wurde es zwar zu den Akten genommen, wird im Urteil aber nicht weiter darauf eingegangen.

9.
Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und die Parteientschädigung.

9.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 und Abs. 3 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei; unterliegt diese teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Das für die Kostenverlegung massgebende Ausmass des Unterliegens hängt vorab von den im konkreten Fall in der Beschwerde gestellten Rechtsbegehren ab. Abzustellen ist auf das materiell wirklich Gewollte (vgl. MICHAEL BEUSCH, in: VwVG-Kommentar, Rz. 13 zu Art. 63). Mehrere Personen haben die ihnen gemeinsam auferlegten Verfahrenskosten, wenn nichts anderes bestimmt ist, zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung zu tragen (Art. 6*a* des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (vgl. Art. 63 Abs. 4bis VwVG; zur Qualifikation als vermögensrechtliche Streitigkeit vgl. BVGE 2010/14 E. 8.1.3) sind die Verfahrenskosten vorliegend auf Fr. 4'500.- festzusetzen. Angesichts des als Unterliegen zu wertenden Nichteintretens auf die Beschwerden der Beschwerdeführerinnen 2 bis 49 sind ihnen Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'500.- aufzuerlegen und in diesem Umfang mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Santésuisse wollte einen Entscheid bewirken, wonach Pflegeheime unter keinen Umständen selbst Leistungen zu Lasten der OKP erbringen und abrechnen dürfen. Dass sie mit diesem Anliegen nicht durchdringt, ist – trotz gänzlicher Aufhebung von Dispositivziffer II des angefochtenen Beschlusses – im Rahmen der für die Kostenverteilung vorzunehmenden materiellen Beurteilung als teilweises Unterliegen zu würdigen. Da im Übrigen auf die Beschwerde von santésuisse nicht einzutreten ist, sind santésuisse (Beschwerdeführerin 1) entsprechend ihrem teilweisen Unterliegen reduzierte Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'500.- aufzuerlegen und in

dieser Höhe mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Im verbleibenden Betrag (Fr. 1'000.-) ist der geleistete Kostenvorschuss den Beschwerdeführerinnen zurückzuerstatten.

Den Beschwerdegegnerinnen sind entsprechend ihrem teilweisen Unterliegen reduzierte Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'500.- aufzuerlegen.

9.2 Vor Bundesverwaltungsgericht obsiegende Parteien haben grundsätzlich Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 Abs. 1 VGKE). Obsiegt die Partei nur teilweise, so ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen. Die Entschädigung wird primär der unterliegenden Gegenpartei im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit auferlegt (vgl. Art. 64 Abs. 2 und 3 VwVG). Mehrere Personen haben Parteientschädigungen, die zu ihren gemeinsamen Lasten auferlegt werden, wenn nichts anderes bestimmt ist, zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung zu tragen (Art. 7 Abs. 5 VGKE i.V.m. Art. 6*a* VGKE).

Der anwaltlich vertretenen santésuisse (Beschwerdeführerin 1) wäre unter angemessener Berücksichtigung des aktenkundigen und notwendigen Aufwands zulasten der Beschwerdegegnerinnen eine reduzierte Parteientschädigung von insgesamt Fr. 2'000.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) zuzusprechen. Den unterliegenden Beschwerdeführerinnen 2 bis 49 ist keine Parteientschädigung zuzusprechen. Den Beschwerdegegnerinnen wäre aufgrund ihres teilweisen Unterliegens zu Lasten der Beschwerdeführerinnen (je hälftig zu Lasten der Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführerinnen 2-49) eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) zuzusprechen. Der Vorinstanz ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE). Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, auf die Zusprechung von Parteientschädigungen im Verhältnis der Beschwerdeführerinnen einerseits und der Beschwerdegegnerinnen andererseits zu verzichten bzw. die einschlägigen Parteientschädigungen wettzuschlagen.

10.
Das vorliegende Urteil bringt eine Änderung des angefochtenen Beschlusses mit sich, weshalb der Regierungsrat anzuweisen ist, die Ziffer 3 des Dispositivs im kantonalen Amtsblatt zu veröffentlichen.

11.
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.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Der Antrag der Beschwerdegegnerinnen vom 16. April 2015 auf Durchführung eines Schriftenwechsels zwecks Stellungnahme zur Eingabe vom 2. April 2015 und Abnahme der ihnen mit Verfügung vom 26. März 2015 angesetzten Frist zur Stellungnahme wird abgewiesen. Die besagte Eingabe wird den Beschwerdegegnerinnen mit dem vorliegenden Urteil zur Kenntnis gebracht.

2.
Auf die Beschwerden der Beschwerdeführerinnen 2 bis 49 wird nicht eingetreten.

3.
Die Beschwerde von santésuisse (Beschwerdeführerin 1) wird im Sinne der Erwägung 7 gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Dispositivziffer II des Beschlusses des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 25. Januar 2012 (Nr. 84/2012) wird aufgehoben.

4.
Den Beschwerdeführerinnen werden unter solidarischer Haftung Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt Fr. 3'000.- auferlegt (Beschwerdeführerin 1: Fr. 1'500.-; Beschwerdeführerinnen 2 bis 49: Fr. 1'500.-). Im verbleibenden Betrag von Fr. 1'000.- ist der geleistete Kostenvorschuss den Beschwerdeführerinnen zurückzuerstatten.

Den Beschwerdegegnerinnen werden unter solidarischer Haftung Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'500.- auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Versand des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

5.
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6.
Der Regierungsrat des Kantons Zürich wird angewiesen, die Ziffer 3 des Dispositivs im kantonalen Amtsblatt zu veröffentlichen.

7.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde; Beilagen: Rückerstattungsformular; in Kopie: Stellungnahmen der Beschwerdegegnerinnen und der Vorinstanz vom 16. April 2015 [je inkl. Beilagen]; Eingaben der Vorinstanz vom 21. Mai 2015 und 10. Juni 2015 [je inkl. Beilagen])
– die Beschwerdegegnerinnen (Gerichtsurkunde; Beilage: Einzahlungsschein; in Kopie: Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 2. April 2015; Stellungnahme der Vorinstanz vom 16. April 2015 [inkl. Beilagen]; Eingaben der Vorinstanz vom 21. Mai 2015 und 10. Juni 2015 [je inkl. Beilagen])
– die Vorinstanz (Ref-Nr. 84/2012; Gerichtsurkunde; Beilagen: in Kopie: Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 2. April 2015; Stellungnahme der Beschwerdegegnerinnen vom 16. April 2015 [inkl. Beilagen])
– das Bundesamt für Gesundheit (Einschreiben)
– die Eidgenössische Preisüberwachung (A-Post)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Beat Weber	Daniel Golta

Versand: