



Urteil vom 1. September 2017

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),
Richter Daniel Stufetti, Richterin Michela Bürki Moreni,
Richter David Weiss, Richter Vito Valenti,
Gerichtsschreiber Daniel Golta.

Parteien

1. **CSS Kranken-Versicherung AG**,
38, 43 und 45 [3 Krankenversicherer],
vertreten durch CSS Kranken-Versicherung AG,

2-37, 39-42, und 44 [41 Krankenversicherer],
vertreten durch tarifsuisse ag,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

A._____ [Verband von Alters- und Pflegeheimen],
Beschwerdegegner,

Regierungsrat des Kantons B._____,
Vorinstanz.

Gegenstand

Pflegeleistungen; Vertragsverlängerung;
Beschluss des Regierungsrates des Kantons B._____ vom [...] April 2015 ([Referenznummer]).

Sachverhalt:

A.

A.a A. _____ einerseits und 47 durch die tarifsuisse ag (im Folgenden: tarifsuisse) vertretene Krankenversicherer andererseits schlossen am 3. Oktober 2012 mit Gültigkeit ab 1. Januar 2013 einen unbefristeten Vertrag betreffend Pflegeleistungen in Pflegeheimen sowie in Tagespflegeheimen (Tages- oder Nachtstrukturen) des Kantons B. _____ gemäss dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) (im Folgenden: Vertrag bzw. Pflegeleistungsvertrag [Beschwerdebeilage 4]).

Der Vertrag enthält insbesondere die folgenden Bestimmungen:

Artikel 2 Leistungsumfang

- 1 Vertragsgrundlage bilden die Bestimmungen von KVG, KVV und KLV.
- 2 Dieser Vertrag regelt die administrative Abwicklung der stationären Behandlung und Pflege von Bewohnern der Leistungserbringer gemäss Art. 39 Abs. 3 KVG sowie der Behandlung und Pflege von Patienten in Tagespflegeheimen (Tages- oder Nachtstrukturen). Er bezieht sich auf Pflichtleistungen gemäss KVG, welche durch die Leistungserbringer für Versicherte erbracht werden.
- 3 Der Vertrag hat Wirkung für Versicherte, die bei einem Versicherer, welcher Vertragspartei ist, versichert und im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gemäss KVG Bezugs berechtigt sind,
- 4 Die Anhänge 1- 5 sind integraler Bestandteil dieses Vertrages.

Artikel 4 Bedarfsabklärung

- 1 Die gültige Version des Bedarfserfassungsinstrumentes RAI/RUG ist RAI 2.0 (2007) CH-Index 2012 kalibriert 5.22 (gem. Anhang 2 [des Pflegeleistungsvertrages]).

2-3 [...]

Artikel 8 Leistungsumfang und Vergütung

- 1 Der Leistungserbringer verrechnet den dem erbrachten und dokumentierten Pflegeaufwand entsprechenden Beitrag nach den Vorgaben gemäss Anhang 2. Vorausrechnungen sind nicht möglich.
- 2 Mit der Bezahlung der Beiträge gemäss Art. 7a Abs. 3 KLV sind sämtliche krankenversicherungsrechtlichen Leistungen für Pflegemassnahmen nach Art. 7 Abs. 2 KLV im Pflegeheim abgegolten.

- 3 Für die Abgeltung von Pflegemassnahmen in Tagespflegeheimen (Tages- oder Nachtstrukturen) wird eine Tagespauschale gemäss Anhang 2 vereinbart.
- 4 Weitere Kosten, die der Leistungserbringer abrechnen kann, werden in den Anhängen 4 und 5 geregelt.
- 5 Bei Versicherten, welche Pflegebeiträge gemäss Art. 7a Abs. 3 KLV bei einem Leistungserbringer beziehen, können keine zusätzlichen Leistungen der ambulanten Krankenpflege (inkl. Tagespflegeheime (Tages- oder Nachtstrukturen) oder der Akut- und Übergangspflege) verrechnet werden. Dies gilt nicht für den Ein- und Austrittstag sowie Urlaubstage.
- 6 Die Arztkosten und die von Ärztinnen und Ärzten veranlassten Kosten werden zusätzlich zu den Beiträgen der Krankenversicherer unter Ziffer 4.1 vergütet. Die von Ärztinnen und Ärzten veranlassten Kosten (Medikamente, Analysen, Hilfsmittel, Therapien etc.) werden nur vergütet, wenn eine ärztliche Verordnung vorliegt. Die Vergütung richtet sich nach den gültigen Verträgen mit den entsprechenden Leistungserbringern. Davon ausgenommen sind Produkte der Liste der Mittel- und Gegenstände (MiGeL), für die eine pauschalisierte Abrechnung gilt (Anhang 4).

Anhang 4 („Nebenleistungen Mittel- und Gegenstände“) regelt die Abrechnung von vom Arzt verordnete Mittel und Gegenstände gemäss Mittel- und Gegenstände-Liste (Anhang 2 KLV). Anhang 5 trägt den Titel „Nebenleistungen Arzt, Medikamente und Therapien / nicht bezahlte Leistungen“.

A.b Mit Schreiben vom 7. November 2012 nahm das Bundesamt für Gesundheit (BAG) gegenüber tarifsuisse auf dessen Anfrage vom 11. Oktober 2012 betreffend Abrechnung für das Material im Rahmen der ambulanten Pflege Stellung (Beschwerdebeilage 5). Das BAG führte aus, dass betreffend die Verrechnung von Pflegematerial zu unterscheiden sei, ob es sich um Material handle, welches in den Bereich der Mittel- und Gegenstände-Liste (MiGeL) falle (Anwendung durch den Patienten oder die Patientin selbst – nach ärztlicher Anordnung) oder ob es sich um Material handle, welches für die Erbringung von Pflegeleistungen notwendig sei. Gemäss Kenntnisstand des BAG werde dieser Unterscheidung in der Praxis zu wenig Rechnung getragen. Handle es sich hingegen um Material, welches für die Erbringung von Pflegeleistungen nach Art. 7 Abs. 2 der Krankenpflege-Leistungsverordnung vom 29. September 1995 (KLV, SR 832.112.31) notwendig sei, so stelle dieses Material – unabhängig davon, ob es auf der MiGeL gelistet sei oder nicht – einen Bestandteil der Pflegeleistungen dar. Die Finanzierung der Pflegeleistungen nach Art. 25a KVG des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10) bzw. die Beiträge nach Art. 7a KLV umfassten daher sowohl

Lohn- wie auch Sachkosten. Da es zur Problematik der Abrechnung von Material bei ambulanter Pflege von verschiedenen Stellen Anfragen erhalten habe, erachte das BAG es als zweckmässig, eine Sitzung mit den betroffenen Organisationen durchzuführen.

A.c Am 16. November 2012 unterbreitete tarifsuisse dem Gesundheitsdepartement des Kantons B. _____ (im Folgenden: Gesundheitsdepartement) den Pflegeleistungsvertrag zur Genehmigung (Vorakte 1).

A.d Nach mehrfacher Korrespondenz genehmigte der Regierungsrat des Kantons B. _____ (im Folgenden: Regierungsrat oder Vorinstanz) mit Beschluss vom [...] ([Referenznummer]) den Pflegeleistungsvertrag rückwirkend per 1. Januar 2013 (vgl. Beilagen zu Beschwerdeakten [B-act.] 27; Vorakten).

A.e Mit Schreiben vom 10. Juni 2014 (Vorakte 4) kündigte tarifsuisse den Pflegeleistungsvertrag per 31. Dezember 2014. Zugleich teilte tarifsuisse dem A. _____ mit, dass die Pflegeheime des Kantons B. _____ ab sofort per 1. Januar 2015 dem gesamtschweizerischen Administrativvertrag Pflegeheime zwischen Curaviva Schweiz und den von tarifsuisse vertretenen Krankenversicherern betreffend die Abgeltung von krankenversicherungsrechtlichen Leistungen in Pflegeheimen gemäss dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) beitreten könnten (im Folgenden: nationaler Administrativvertrag).

A.f Am 25. August 2014 (Vorakte 5) bedankte sich tarifsuisse bei A. _____ für dessen Schreiben vom 18. August 2014, worin A. _____ um Verhandlungen betreffend die ungelöste Situation betreffend Nebenleistungen ab 2015 gebeten und mitgeteilt habe, dass er seinen Mitgliedern empfehlen werde, dem nationalen Administrativvertrag beizutreten. Tarifsuisse führte aus, dass ihr bewusst sei, dass die Frage der Nebenleistungen ab 1. Januar 2015 derzeit noch nicht vertraglich geregelt sei. Ein Angebot zur Regelung der Nebenleistungen in der ganzen Schweiz per 1. Januar 2015 liege Curaviva Schweiz vor. Dieses Angebot beziehe sich auch auf den Kanton B. _____. Die nächste Verhandlungsrunde zwischen Curaviva Schweiz und tarifsuisse sei auf den 1. September 2015 terminiert. Aus diesem Grunde möchte tarifsuisse davon absehen, Verhandlungstermine zur gleichen Thematik auf kantonaler Ebene zu vereinbaren. Sie gehe davon aus, dass das Thema Nebenleistungen auf nationaler Ebene einer einvernehmlichen Lösung zugeführt werden könne.

A.g Am 23. Oktober 2014 (Vorakte 6) teilte A._____ dem Gesundheitsdepartement des Kantons B._____ (im Folgenden: Gesundheitsdepartement) mit, dass tarifsuisse den Pflegeleistungstarif per 31. Dezember 2014 gekündigt habe. Angedacht gewesen sei der Anschluss der Alterspflegeheime des Kantons B._____ an den nationalen Administrativvertrag. Leider seien die Verhandlungen über die Abgeltung von Nebenleistungen inkl. Pflegematerial/MiGeL gescheitert, was CURAVIVA am 14. Oktober 2014 deklariert und tarifsuisse am 15. Oktober 2014 bestätigt habe. Tarifsuisse habe A._____ im August 2014 mitgeteilt, dass sie keine kantonalen oder regionalen Verhandlungen führen werde. A._____ ersuchte den Regierungsrat daher, gemäss KVG die Bedingungen des gekündigten Vertrags um ein Jahr zu verlängern. Weiter ersuchte A._____ um die Festsetzung der Tarife für Nebenleistungen (MiGeL) auf dem bisherigen Niveau.

A.h Mit Schreiben vom 10. Dezember 2014 (Vorakte 7) ersuchte A._____ den Regierungsrat, den Pflegeleistungsvertrag wegen der unübersichtlichen rechtlichen Situation auf Bundesebene um ein Jahr zu verlängern.

A.i Mit Schreiben vom 5. Januar 2015 (Vorakten 8 und 9) stellte das Gesundheitsdepartement tarifsuisse und A._____ die Verlängerung des Pflegeleistungsvertrages um ein Jahr in Aussicht und gewährte ihnen rechtliches Gehör.

A.j Am 27. Januar 2015 (Vorakte 10) erklärte A._____ sein Einverständnis mit der Verlängerung des Vertrages. Die MiGeL-Pauschale bedeute für die Heime des A._____ eine jährliche Einnahme von Fr. 1.9 Mio. (2013), was für die Heime relevant sei. Es sei sehr wichtig, dass diese Erträge gesichert blieben. A._____ ersuchte das Gesundheitsdepartement um eine Stellungnahme dazu.

A.k Mit Stellungnahme vom 2. Februar 2015 (Vorakte 11 = B-act. 9 Beilage 2) stellte tarifsuisse die folgenden Rechtsbegehren:

1. Es sei auf das Vertragsverlängerungsbegehren des A._____ nicht einzutreten.
2. Eventualiter seien beim Gesuchsteller umfassende Leistungs- und Kostendaten für die Nebenleistungen zu edieren und die Parteien nach Eingang sämtlicher Daten um materielle Stellungnahme zu ersuchen, um eine materiell korrekte Tariffestsetzung gemäss Art 47 Abs. 1 KVG zu ermöglichen.

3. Es sei kein vorsorglicher Tarif festzulegen und es sei von einem Entzug der aufschiebenden Wirkung des Entscheids abzusehen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

A.I Mit Regierungsratsbeschluss vom [...] April 2015 ([Referenznummer] [Beschwerdebeilage 1 = Vorakte 12]) verfügte der Regierungsrat des Kantons B. _____ Folgendes:

1. Der Regierungsrat verlängert den Vertrag zwischen A. _____ sowie den durch tarifsuisse ag vertretenen Versicherer betreffend Pflegeleistungen in Pflegeheimen sowie Tagespflegeheimen (Tages- oder Nachtstrukturen) gemäss dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 3. Oktober 2012 bis zum 31. Dezember 2015.
2. Dem Lauf der Beschwerdefrist und einer allfälligen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gegen Ziff. 1 hievor wird gestützt auf Art. 55 Abs. 2 VwVG die aufschiebende Wirkung entzogen.
- 3.-5. [...]

B.

B.a Am 22. Mai 2015 führten 45 der am Pflegeleistungsvertrag beteiligten, durch tarifsuisse vertretenen Krankenversicherer (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen) gegen diesen Regierungsratsbeschluss (im Folgenden: [angefochtener] Beschluss bzw. Regierungsratsbeschluss bzw. RRB bzw. Verlängerungsbeschluss) Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (B-act. 1) und beantragten:

1. Es sei der Beschluss [Referenznummer] des Regierungsrates des Kantons B. _____ vom [...] April 2015 über die Verlängerung des Vertrags zwischen A. _____ sowie den durch tarifsuisse ag vertretenen Versicherern betreffend Pflegeleistungen in Pflegeheimen sowie Tagespflegeheimen aufzuheben.
2. Eventualiter sei der vorgenannte Beschluss [Referenznummer] vom [...] April 2015 an den Regierungsrat des Kantons B. _____ zurückzuweisen.
3. Es sei mittels Zwischenentscheid die durch den Entscheid entzogene aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederherzustellen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

B.b Am 18. Juni 2015 leisteten die Beschwerdeführerinnen den ihnen vom Bundesverwaltungsgericht auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- (B-act. 2, 7).

B.c Vom Bundesverwaltungsgericht darum ersucht, nahmen A. _____ (im Folgenden: Beschwerdegegner) am 29. Juni 2015 (B-act. 8) und die Vorinstanz am 3. Juli 2015 (B-act. 9) zum Antrag auf Wiederherstellung der

aufschiebenden Wirkung der Beschwerde Stellung und beantragten die Abweisung des Antrags. Die Vorinstanz beantragte ausserdem, die Verfahrenskosten den Beschwerdeführerinnen, denen im Übrigen keine Parteientschädigung zustehe, aufzuerlegen.

B.d Mit Zwischenverfügung vom 17. Juli 2015 (B-act. 10) wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab. Zugleich forderte es den Beschwerdegegner und die Vorinstanz dazu auf, je eine Stellungnahme in der Hauptsache einzureichen.

B.e Am 14. August 2015 nahm die Vorinstanz – unter Beilage der Vorakten – Stellung in der Hauptsache und beantragte die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne, unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerinnen. Den Beschwerdeführerinnen stehe keine Parteientschädigung zu (B-act. 14 [im Folgenden: Vernehmlassung oder VL] S. 1, 7). In formeller Hinsicht beantragte die Vorinstanz, das von Prof. Dr. iur. Ueli Kieser am 15. Mai 2015 zuhanden der Gesundheitsdirektorenkonferenz (GDK) erstellte Gutachten zur Abgeltung der im Pflegeheim verwendeten Mittel und Gegenstände sei in das Verfahren einzubeziehen und zu beachten (B-act. 9, Beilage 1; im Folgenden: Gutachten Kieser).

B.f Mit Beschwerdeantwort vom 18. August 2015 (B-act. 15) beantragte der Beschwerdegegner die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

B.g Am 21. August 2015 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht das Bundesamt für Gesundheit (BAG), als Fachbehörde Stellung zu nehmen und einen entsprechenden Amtsbericht einzureichen (B-act. 16). Das BAG wurde ausserdem ersucht, allfällige Studien, die in Hinblick auf die Bestimmung der in Art. 7a KLV festgesetzten Beiträge erstellt bzw. dafür beigezogen wurden, einzureichen.

B.h Am 23. September 2015 reichte das BAG eine Vernehmlassung (B-act. 17; im Folgenden: Fachbericht) mit verschiedenen Beilagen zu den Akten. Es erklärte, dass es aus den genannten Gründen der Ansicht sei, dass die Beschwerde im Sinne seiner Erwägungen gutzuheissen sei.

B.i Mit E-Mail vom 9. Oktober 2015 (B-act. 18) liess das BAG dem Bundesverwaltungsgericht die Internetlinks zur vollständigen Dokumentierung der Statistik der sozialmedizinischen Institutionen (SOMED) des Bundes-

amtes für Statistik (BFS) und zur Statistik der obligatorischen Krankenversicherung des BAG zukommen. Im Anhang zum E-Mail fand sich eine Tabelle betreffend Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) nach Gruppen aus dem Jahr 2006.

B.j Mit Verfügung vom 27. Oktober 2015 lud das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrensbeteiligten ein, bis zum 27. November 2015 Schlussbemerkungen einzureichen (B-act. 19). Die Beschwerdeführerinnen reichten am 6. November 2015 Schlussbemerkungen ein (B-act. 20) und hielten an ihren bisherigen Anträgen fest. Der Beschwerdegegner reichte am 25. November 2015 Schlussbemerkungen ein (B-act. 21) und ersuchte nochmals um vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Die Vorinstanz reichte keine Schlussbemerkungen ein.

B.k Am 8. Dezember 2015 schloss das Bundesverwaltungsgericht den Schriftenwechsel ab (B-act. 22).

B.l Mittels Schreiben vom 18. Januar und 29. April 2016 sowie Vollmacht vom 20. April 2016 teilten die Beschwerdeführerinnen 38, 43 und 45 dem Bundesverwaltungsgericht mit, dass sie künftig nicht mehr durch tarifsuisse sondern durch die Beschwerdeführerin 1 vertreten würden (vgl. B-act. 23-25; s. Rubrum).

B.m Auf telefonische Aufforderung hin liess das Gesundheitsdepartement dem Bundesverwaltungsgericht den Regierungsratsbeschluss vom 7. Mai 2013 zukommen, mit welchem der Pflegeleistungsvertrag genehmigt worden war (B-act. 26 f.).

C.

Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Akten wird – sofern entscheidungswesentlich – in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Nach Art. 53 Abs. 1 KVG (SR 832.10) kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 47 KVG beim Bundesverwaltungsgericht Be-

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

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

2.

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

2.2 Die Beschwerdeführerinnen können durch das Bundesverwaltungsgericht nur Rechtsverhältnisse überprüfen bzw. beurteilen lassen, zu denen die zuständige Behörde vorgängig und verbindlich – in Form einer Verfügung – Stellung genommen hat. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens (Beschwerdeobjekt) kann deshalb nur sein, was Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war (oder bei richtiger Rechtsanwendung

hätte sein sollen). Fragen, über welche die verfügende Behörde im betroffenen Verfahren nicht entschieden hat, dürfen somit grundsätzlich im Beschwerdeverfahren nicht beurteilt werden. Auch wenn im Beschwerdeverfahren die angefochtene Verfügung beziehungsweise die im Verfügungsdispositiv geregelten Rechtsverhältnisse – und nicht etwa einzelne Elemente der Begründung – das Anfechtungsobjekt bilden und damit den zulässigen Streitgegenstand bestimmen, ist es möglich, dass Anfechtungsobjekt und Streitgegenstand nicht übereinstimmen. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn eine Verfügung nur teilweise angefochten wird, sondern auch dann, wenn sich der Streitgegenstand verengt, weil einzelne Punkte nicht (mehr) strittig sind (vgl. für viele: Urteil des BVerfG C-32/2013 vom 17. August 2015 E. 3.1 m.w.H.).

2.3 Mit dem angefochtenen Beschluss hat der Regierungsrat auf Grundlage von Art. 47 Abs. 3 KVG den (gesamten) Pflegeleistungsvertrag vom 3. Oktober 2012 um ein Jahr, vom 1. Januar bis zum 31. Dezember 2015 verlängert. Das vorliegende Beschwerdeverfahren betrifft daher nur diesen Zeitraum. Der Zeitraum ab 1. Januar 2016 ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Primär begehren die Beschwerdeführerinnen die Aufhebung des Beschlusses betreffend die Verlängerung des Pflegeleistungsvertrages. Eventualiter (2. Rechtsbegehren) beantragen sie die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Aus ihren Ausführungen und ihrer Argumentation in der Beschwerde (und ihren Schlussbemerkungen) geht allerdings hervor, dass sie sich nur soweit gegen den Verlängerungsbeschluss richten, als der Pflegeleistungsvertrag Bestimmungen für eine zusätzliche Vergütung der von Pflegeheimen abgegebenen oder selbst verwendeten Mittel und Gegenstände enthält. Der Streitgegenstand ist also von Anfang an auf die Frage eingeschränkt, ob der Pflegeleistungsvertrag in Bezug auf *zusätzliche Vergütungen für Mittel und Gegenstände* zu Unrecht verlängert wurde. Die Zulässigkeit des übrigen Vertragsinhalts ist hingegen nicht umstritten (vgl. z.B. analog RKUV 5/2001 KV 177 S. 353 ff. E. II. 2.3).

2.4 Dem von den Beschwerdeführerinnen eingereichten nationalen Administrativvertrag (Beschwerdebeilage 6) sind die Alters- und Pflegeheime des Kantons B. _____ nicht beigetreten (vgl. Beschwerde Rz. 33). Schon deswegen kann er weder dem Pflegeleistungsvertrag noch der vorliegend umstrittenen Vertragsverlängerung vorgehen und bleibt für das vorliegende Beschwerdeverfahren unbeachtlich. Im Übrigen enthält der nationale Administrativvertrag nur für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember

2014 eine Übergangsregelung betreffend von Pflegeheimen erbrachte Nebenleistungen (vgl. auch Beschwerde Rz. 32), wohingegen vorliegend eine vom 1. Januar 2015 bis 31. Dezember 2015 erfolgte Vertragsverlängerung umstritten ist. Schliesslich wird vorliegend weder aus den Akten noch aus den Ausführungen der Parteien ersichtlich, dass der nationale Administrativvertrag im Sinne von Art. 46 Abs. 4 KVG genehmigt worden ist, sodass er auch deswegen der umstrittenen, auf Art. 47 Abs. 3 KVG gestützten Vertragsverlängerung nicht vorgehen kann (vgl. Urteil C-1190/2012 E. 2.7 [nicht in BVGE 2015/52 publiziert]). Er tangiert somit weder den Streitgegenstand noch die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerinnen.

3.

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

4.

Strittig und zu prüfen ist, ob der Regierungsrat den Pflegeleistungsvertrag gestützt auf Art. 47 Abs. 3 KVG insofern verlängern durfte, als dieser Bestimmungen für eine zusätzliche Vergütung der von Pflegeheimen abgegebenen oder selbst verwendeten Mittel und Gegenstände enthält. Die Beschwerdeführerinnen machen zur Hauptsache geltend, dass der Vertrag unzulässigerweise ein zusätzliches Entgelt für von den Pflegeheimen bei der Pflege verwendete Mittel und Gegenstände vorsehe und daher nicht hätte verlängert werden dürfen. Sie begründen dies einerseits damit, dass Art. 7a der Krankenpflege-Leistungsverordnung vom 29. September 1995 (KLV, SR 832.112.31) die von Krankenversicherern für Pflegeleistungen zu leistenden Beiträge umfassend und abschliessend regle. Eine zusätzliche Pauschalvergütung von Mitteln und Gegenständen, die im Rahmen der Behandlung durch Pflegefachpersonen angewandt würden, sei unzulässig und würde gegen den Tarifschutz (Art. 44 KVG) verstossen. Andererseits bestreiten die Beschwerdeführerinnen, dass der Pflegeleistungsvertrag die

Vergütung der Abgabe von Mitteln und Gegenstände an Bewohnerinnen und Bewohner der Pflegeheime zur Selbstanwendung umfasse. Sie machen geltend, dass Abgabestelle für Mittel und Gegenstände, die der Untersuchung oder Behandlung dienten (im Sinne von Art. 35 Abs. 2 Bst. g KVG), nur sein könne, wer einen Vertrag über die Abgabe dieser Mittel und Gegenstände mit einem Krankenversicherer abgeschlossen habe (Art. 55 KVV). Diesbezüglich bestehe Vertragsfreiheit und kein Kontrahierungszwang. Selbst wenn der Pflegeleistungsvertrag als Vertrag zwischen den betroffenen Krankenversicherern und Pflegeheimen als Abgabevertrag zu betrachten wäre, hätte der Regierungsrat somit keine Befugnis, hoheitlich ein entsprechendes Vertragsverhältnis zu verlängern.

5.

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

5.1 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 per 1. Januar 2015 bis 31. Dezember 2015 (Zeitraum, während welchem die am [...] April 2015 verfügte Vertragsverlängerung Geltung haben soll) in Kraft stehenden materiellen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen, auf welche im Folgenden – soweit nicht anders vermerkt – Bezug genommen wird (vgl. BVGE 2015/52 E. 4.1; Urteil C-6460/2011 E. 3.2 m.w.H.). Dementsprechend sind insbesondere die Normen, wie sie im Rahmen der Neuordnung der Pflegefinanzierung mit Wirkung ab 1. Januar 2011 geschaffen bzw. angepasst wurden, massgebend.

5.2 In Bezug auf die allgemeinen Grundsätze der Vergütung von OKP-Leistungen, namentlich durch Vereinbarung und Genehmigung oder subsidiärer hoheitlicher Festsetzung von Tarifverträgen, ist Folgendes auszuführen.

5.2.1 Die obligatorische Krankenpflegeversicherung übernimmt die Kosten für die Leistungen gemäss den Artikeln 25–31 nach Massgabe der in den Artikeln 32–34 festgelegten Voraussetzungen (Art. 24 KVG). Der Bundesrat kann unter anderem die von Ärzten und Ärztinnen oder von Chiropraktoren und Chiropraktorinnen erbrachten Leistungen bezeichnen, deren Kosten von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen übernommen werden (Art. 33 Abs. 1 KVG).

Er bezeichnet die nicht von Ärzten und Ärztinnen oder von Chiropraktoren und Chiropraktorinnen erbrachten Leistungen nach Artikel 25 Absatz 2 sowie die Leistungen nach den Artikeln 26, 29 Absatz 2 Buchstaben a und c und 31 Absatz 1 KVG näher (Art. 33 Abs. 2 KVG). Er kann diese Aufgaben dem Departement oder dem Bundesamt übertragen (Art. 33 Abs. 5 KVG). Die Versicherer dürfen im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung keine anderen Kosten als diejenigen für die Leistungen nach den Artikeln 25–33 KVG übernehmen (Art. 34 Abs. 1 KVG).

5.2.2 Zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sind die Leistungserbringer zugelassen, welche die Voraussetzungen nach den Artikeln 36–40 erfüllen (Art. 35 Abs. 1 KVG). Gemäss Art. 35 Abs. 2 KVG sind Leistungserbringer:

- a. Ärzte und Ärztinnen;
- b. Apotheker und Apothekerinnen;
- c. Chiropraktoren und Chiropraktorinnen;
- d. Hebammen;
- e. Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen, und Organisationen, die solche Personen beschäftigen;
- f. Laboratorien;
- g. Abgabestellen für Mittel und Gegenstände, die der Untersuchung oder Behandlung dienen;
- h. Spitäler;
- i. Geburtshäuser;
- k. Pflegeheime;
- l. Heilbäder;
- m. Transport- und Rettungsunternehmen;
- n. Einrichtungen, die der ambulanten Krankenpflege durch Ärzte und Ärztinnen dienen.

5.2.3 Gemäss Art. 43 KVG erstellen die Leistungserbringer ihre Rechnungen nach Tarifen oder Preisen (Abs. 1). Der Tarif ist eine Grundlage für die Berechnung der Vergütung; er kann namentlich auf den benötigten Zeitaufwand abstellen (Zeittarif [Abs. 2 Bst. a]), für die einzelnen Leistungen Taxpunkte festlegen und den Taxpunktwert bestimmen (Einzelleistungstarif [Abs. 2 Bst. b]), pauschale Vergütungen vorsehen (Pauschaltarif [Abs. 2 Bst. c]). Einzelleistungstarife müssen auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen. Können sich die Tarifpartner nicht einigen, so legt der Bundesrat diese Tarifstruktur fest (Abs. 5). Die

Aufzählung der Tarifgestaltungsmöglichkeiten in Abs. 2 und 3 ist nicht abschliessend. Die Tarifverantwortlichen verfügen diesbezüglich über ein grosses Auswahlermessen (vgl. GEBHARD EUGSTER, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerischen Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, Bd. XIV [im Folgenden: EUGSTER, SBVR 2016], S. 700 N 967; GEBHARD EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2010 [im Folgenden: KVG-Kommentar], N 3 zu Art. 43; vgl. zum Ganzen BVGE 2015/52 E. 4.3.1).

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

Gemäss Art. 41 Abs. 1 KVG können die Versicherten für die ambulante Behandlung unter den zugelassenen Leistungserbringern, die für die Behandlung ihrer Krankheit geeignet sind, frei wählen. Der Versicherer übernimmt die Kosten höchstens nach dem Tarif, der am Wohn- oder Arbeitsort der versicherten Person oder in deren Umgebung gilt. Art. 41 Abs. 1 KVG setzt voraus, dass zwischen allen zugelassenen Leistungserbringern und allen zur Durchführung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung befugten Einrichtungen Tarife vorhanden sind (vgl. BGE 131 V 133 E. 9.3). Dabei gilt für das ganze KVG der Grundsatz, dass kein Leistungserbringer, soweit eine Tarifschutzpflicht besteht, Tarife und Preise frei bestimmen kann (vgl. EUGSTER, SBVR 2016, S. 700, N 965). Im Rahmen der Tätigkeit für die soziale Krankenversicherung ist es den Leistungserbringern auch nicht gestattet, mit den Versicherten über die vertraglichen oder behördlichen Tarife hinausgehende Leistungen zu vereinbaren. Der Tarifschutz ist schliesslich auch im vertragslosen Zustand zu respektieren. An den Tarifschutz müssen sich alle Leistungserbringer halten (vgl. BGE 131 V 133 E. 6). Wenn die Leistungserbringer, die Versicherer und die staatlichen Organe die ihnen vom Gesetz zugeordneten Aufgaben nicht wahrnehmen und es deswegen an einem Tarif (oder Preis) für eine bestimmte Leistung fehlt, darf dies somit nicht dazu führen, dass die Versicherten den ihnen vom Gesetz garantierten Tarifschutz verlieren und die dort verankerten Ansprüche gegenüber Leistungserbringern und Krankenversicherern nicht durchsetzen können (vgl. BGE 131 V 133 E. 9.2; vgl. zum Ganzen BVGE 2015/52 E. 4.3.3).

Wie bereits aus Art. 43 KVG ersichtlich wird, kennt das KVG weder eine einheitliche Vergütungsform (singuläres Tarifsysteem oder Preis) noch einen einheitlichen Mechanismus, mit welchem die Tarife und Preise für OKP-

Leistungen bestimmt werden. Vielmehr sieht das KVG in Titel 2 / Kapitel 4 / Abschnitt 4 (Tarife und Preise; Art. 43 bis 53 KVG) grundsätzlich vier Regelmechanismen vor: die Tarifbestimmung mittels behördlich genehmigten Tarifverträgen bzw. durch subsidiäre hoheitliche Tariffestsetzung gemäss Art. 46-49a KVG, die Festsetzung der von den Versicherern an die Pflegeleistungen zu leistenden Beiträge durch das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) gemäss Art. 50 KVG (i.V.m. Art. 25a KVG und Art. 33 Bst. i KVV [SR 832.102]), die Festsetzung eines Globalbudgets durch den Kanton gemäss Art. 51 KVG und die Festsetzung von Tarifen bzw. Preisen für Analysen und Arzneimittel, Mittel und Gegenstände durch das EDI bzw. das Bundesamt für Gesundheit (BAG) nach Art. 52 KVG (vgl. zum Ganzen BVGE 2015/52 E. 4.3.4).

Gemäss Art. 46 KVG sind Parteien eines Tarifvertrages einzelne oder mehrere Leistungserbringer oder deren Verbände einerseits sowie einzelne oder mehrere Versicherer oder deren Verbände andererseits (Abs. 1). Ist ein Verband Vertragspartei, so ist der Tarifvertrag für die Mitglieder des Verbandes nur verbindlich, wenn sie dem Vertrag beigetreten sind (Abs. 2). Der Tarifvertrag bedarf der Genehmigung durch die zuständige Kantonsregierung oder, wenn er in der ganzen Schweiz gelten soll, durch den Bundesrat. Die Genehmigungsbehörde prüft, ob der Tarifvertrag mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit in Einklang steht (Abs. 4).

Kommt zwischen Leistungserbringern und Versicherern kein Tarifvertrag zustande (sogenannter vertragsloser Zustand), so setzt die Kantonsregierung nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest (Art. 47 Abs. 1 KVG). Voraussetzung für die Zuständigkeit der Kantonsregierung zu einer solchen hoheitlichen Tariffestsetzung ist – abgesehen davon, dass die entsprechende Vergütung überhaupt in ihren sachlichen Zuständigkeitsbereich fällt – ein Scheitern der Vertragsverhandlungen zwischen Versicherer und Leistungserbringer. Als gescheitert im Sinn von Art. 47 Abs. 1 KVG können Vertragsverhandlungen (nur) dann bezeichnet werden, wenn vorgängig ernsthafte Vertragsverhandlungen geführt worden sind oder zumindest eine Verhandlungsgelegenheit vorhanden gewesen ist. Die Vorinstanz hat dies als Eintretensvoraussetzung zu prüfen. Diesbezüglich kommt ihr ein beachtlicher Ermessensspielraum zu (vgl. BVGE 2014/17 E. 11.1; Urteil des BVGer C-8011/2009 vom 28. Juli 2011 E. 1.4; THOMAS BERNHARD BRUMANN, Der Tarifvertrag im Krankenversicherungsrecht, in: Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2012, S. 135 m.H.). Können sich Leistungs-

erbringer und Versicherer nicht auf die Erneuerung eines Tarifvertrages einig, so kann die Kantonsregierung den bestehenden Vertrag um ein Jahr verlängern. Kommt innerhalb dieser Frist kein Vertrag zustande, so setzt sie nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest (Art. 47 Abs. 3 KVG; vgl. BVGE 2010/25 E. 2.3.2 m.w.H.; vgl. zum Ganzen BVGE 2015/52 E. 4.3.5).

Der Wortlaut von Art. 43 KVG ist in erster Linie auf die vertragliche Tarifregelung ausgerichtet, während auf die behördliche sonstige Preis- oder Tarifbildung nicht spezifisch eingegangen wird. Im Abschnitt "Tarife und Preise" des KVG werden zunächst die tarifvertragliche und die subsidiäre hoheitliche Tariffestsetzung geregelt (Art. 46-49a), bevor die anderen Mechanismen dargelegt werden (Art. 50-52a). Schon aus dieser Systematik wird ersichtlich, dass die vertragliche Tarifregelung und subsidiäre hoheitliche Tariffestsetzung im Sinne von Art. 46 und 47 KVG den Regelfall der Tarif- bzw. Preisbildung im KVG darstellen. Von diesem Regelfall ist (nur) in den vom Gesetz bestimmten Fällen abzuweichen (vgl. RKUV 5/2001 KV 177 S. 353 ff. E. 2, 4.3 f.; DANIEL STAFFELBACH/YVES ENDRASS, Der Ermessensspielraum der Behörden im Rahmen des Tariffestsetzungsverfahrens nach Art. 47 in Verbindung mit Art. 53 Krankenversicherungsgesetz, 2006, Rz. 68; BEATRICE GROSS HAWK, Leistungserbringer und Tarife in verschiedenen Sozialversicherungszweigen, 2014 [im Folgenden: GROSS HAWK, Leistungserbringer], S. 1208 f., Rz. 34.5; vgl. auch Botschaft des Bundesrats über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 [BBI 1992 I 93 ff.; im Folgenden: Botschaft zum KVG], S. 172, 178; Urteile des BVGer C-5354/2011, C-5432/2011 vom 11. Dezember 2013 E. 4.1.1, C-536/2009 vom 17. Dezember 2009 E. 5.1.4; vgl. zum Ganzen BVGE 2015/52 E. 4.3.6, 6.5.6, 6.5.8, je m.w.H.).

5.3 In Bezug auf die Entschädigung von Pflegeleistungen ist Folgendes festzuhalten:

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

- a. die Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die ambulant, bei Hausbesuchen, stationär oder in einem Pflegeheim durchgeführt wurden von:
 1. Ärzten oder Ärztinnen,

2. Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen,
 3. Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen;
- b. die ärztlich oder unter den vom Bundesrat bestimmten Voraussetzungen von Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen verordneten Analysen, Arzneimittel und der Untersuchung oder Behandlung dienenden Mittel und Gegenstände;
- c. bis h. [...]

Insbesondere waren unter dieser Regelung ärztlich angeordnete Pflegemassnahmen in Pflegeheimen grundsätzlich Pflichtleistungen der OKP (Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG) und unterstanden dem Tarifschutz gemäss Art. 44 KVG.

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

- a. die Untersuchungen und Behandlungen, die ambulant, stationär oder in einem Pflegeheim sowie die Pflegeleistungen, die in einem Spital durchgeführt werden von:
 1. Ärzten oder Ärztinnen,
 2. Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen,
 3. Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin beziehungsweise eines Chiropraktors oder einer Chiropraktorin Leistungen erbringen.

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

Die obligatorische Krankenpflegeversicherung leistet einen Beitrag an die Pflegeleistungen, welche aufgrund einer ärztlichen Anordnung und eines ausgewiesenen Pflegebedarfs ambulant, auch in Tages- oder Nachtstrukturen, oder im Pflegeheim erbracht werden.

Der Bundesrat bezeichnet die Pflegeleistungen und regelt das Verfahren der Bedarfsermittlung (Art. 25a Abs. 3 KVG). Der Bundesrat setzt die Beiträge differenziert nach dem Pflegebedarf in Franken fest. Massgebend ist der Aufwand nach Pflegebedarf für Pflegeleistungen, die in der notwendigen Qualität, effizient und kostengünstig erbracht werden. Die Pflegeleistungen werden einer Qualitätskontrolle unterzogen. Der Bundesrat legt die Modalitäten fest (Abs. 4). Der versicherten Person dürfen von den nicht von Sozialversicherungen gedeckten Pflegekosten höchstens 20 Prozent

des höchsten vom Bundesrat festgesetzten Pflegebeitrages überwältigt werden. Die Kantone regeln die Restfinanzierung (Abs. 5).

Gemäss Art. 33 Bst. b, h und i KVV (in der Fassung vom 24. Juni 2009, in Kraft seit 1. Januar 2011) bezeichnet das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) unter anderem die *nicht* von Ärzten und Ärztinnen oder Chiropraktoren und Chiropraktorinnen erbrachten Leistungen nach den Artikeln 25 Absatz 2 und 25a Abs. 1 und 2 KVG, das Verfahren der Bedarfsermittlung sowie den in Art. 25a Abs. 1 und 4 KVG vorgesehenen und nach Pflegebedarf differenzierten Beitrag an die Pflegeleistungen. Das Departement hat – mit Wirkung ab 1. Januar 2011 – die zu übernehmenden Leistungen in Art. 7 KLV festgelegt. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KLV gelten als Leistungen nach Artikel 33 Buchstabe b KVV Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die aufgrund der Bedarfsabklärung nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a KLV und nach Artikel 8 KLV auf ärztliche Anordnung hin oder im ärztlichen Auftrag erbracht werden: a. von Pflegefachfrauen und Pflegefachmännern (Art. 49 KVV); b. von Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause (Art. 51 KVV); c. von Pflegeheimen (Art. 39 Abs. 3 KVG). Art. 7 Abs. 2 KLV enthält einen Katalog der Leistungen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KLV, unterteilt in Massnahmen der Abklärung, Beratung und Koordination (Bst. a), Massnahmen der Untersuchung und der Behandlung (Bst. b) und Massnahmen der Grundpflege (Bst. c). Die Leistungen können ambulant oder in einem Pflegeheim erbracht werden (Art. 7 Abs. 2^{ter} KLV).

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

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

5.3.3 Wie aus E. 5.3.1 f. ersichtlich wird, wurde der Wortlaut des Gesetzes mit Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung dahingehend geändert, dass Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG weiterhin als OKP-Pflichtleistungen Untersuchungen und Behandlungen erwähnt, die in einem Pflegeheim durchgeführt werden, während (eigentliche) Pflegemassnahmen nicht mehr erwähnt werden. Dazu wurde in Art. 25a Abs. 1 KVG (u.a.) festgehalten, dass die OKP einen Beitrag an die Pflegeleistungen leiste, welche aufgrund einer ärztlichen Anordnung und eines ausgewiesenen Pflegebedarfs im Pflegeheim erbracht werden. Das Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung änderte somit nichts daran, dass die OKP weiterhin die Kosten für Untersuchungen und Behandlungen (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 (vgl. BVGE 2015/52 E. 5.1.6).

5.4 In Bezug auf die Verwendung und Vergütung von Mitteln und Gegenständen, die auf der MiGeL stehen, ist Folgendes festzuhalten.

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

6.

6.1

6.1.1 In ihrer Beschwerde vom 22. Mai 2015 machen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen Folgendes geltend: Vorliegend seien zwei unterschiedliche „Fallkonstellationen“ zu beurteilen, die der Regierungsrat in seiner Argumentation im angefochtenen Beschluss vermischt habe: Erstens (Fallkonstellation A) könnten Abgabestellen gemäss Art. 35 Abs. 2 Bst. g KVG, die über einen Vertrag mit einem Krankenversicherer verfügten (Art. 55 KVV), gestützt auf Art. 20 KLV Versicherten Mittel und Gegenstände zur Selbstanwendung abgeben. Die Fähigkeit zur Selbstanwendung dürfte vor allem bei Personen tiefer Pflegestufe vorhanden sein. Zweitens (Fallkonstellation B) enthalte die MiGeL diverse Produkte, welche nicht nur die Versicherten selbst anwendeten, sondern auch von Fachpersonen in Heimen an Patienten angewendet würden. So dürften beispielsweise Verbandsmaterialien (MiGeL-Position Nr. 34) täglich im Rahmen der Behandlung und Untersuchung durch Fachpersonen angewendet werden (Art. 20a KLV). Personen mit hoher Pflegestufe dürften stärker mit sogenannten Pflegematerialien versorgt werden. Beide „Fallkonstellationen“ unterlägen nicht dem Regime gemäss Art. 47 Abs. 3 KVG. Eine Tarifvertragsverlängerung sei in beiden Fällen nicht möglich, da jeweils kein Tarifvertrag bestehe.

6.1.2 In Bezug auf die *Fallkonstellation A* (Abgabe von Mitteln und Gegenständen durch Abgabestellen, die von der versicherten Person selbst oder mit Hilfe einer nichtberuflich an der Untersuchung oder der Behandlung mitwirkenden Person angewendet werden [im Folgenden: *Abgabe zur Selbstanwendung*]) führten die Beschwerdeführerinnen im Weiteren aus, gemäss Art. 20 KLV dürften Mittel und Gegenstände auf ärztliche Anordnung hin (ausschliesslich) von Abgabestellen gemäss Art. 55 KVV abgegeben werden. Gebe ein Heim Mittel und Gegenstände an einen Heimbewohner ab, sei es mithin nicht als Pflegeheim (gemäss Art. 35 Abs. 2 Bst. k KVG) tätig, sondern als Person, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringe (Art. 35 Abs. 2 Bst. e KVG). Gestützt auf Art. 38 KVG habe der Bundesrat diese Kategorie der Leistungserbringer festgelegt: Neben einer kantonalen Zulassung benötige eine Abgabestelle – als Zulassungselement – einen Vertrag mit einem Krankenversicherer (Art. 55 KVV). Nur wer einen Vertrag mit einem Krankenversicherer aufweise, könne überhaupt als Abgabestelle im Sinne der Krankenversicherungsgesetzgebung gelten. Für Abgabestellen von MiGeL-Produkten gelte der Kontrahierungszwang der Krankenversicherer

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

6.1.3 In Bezug auf die *Fallkonstellation B* (Mittel und Gegenstände, die in Pflegeheimen bei der Pflege nach Art. 7 KLV durch [oder mit Hilfe von] Fachpersonen verwendet werden; im Folgenden: *Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen*) machen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen Folgendes geltend (vgl. insbesondere Rz. 14-21, 28): Die Leistungen von Pflegeheimen habe der Gesetzgeber in Art. 7 KLV umschrieben. Die Beiträge der Krankenversicherer an die Leistungen betreffend die Behandlungen und Untersuchungen der Pflegeheime würden in Art. 7a KLV abschliessend geregelt. Würden MiGeL-Produkte in Zusammenhang mit der Behandlung oder Untersuchung durch Fachpersonen direkt an Versicherten angewandt, so seien amtliche Tarife anzuwenden. Würden beispielsweise bei der Wundversorgung eines Patienten durch Mitarbeiter eines Heims Verbandsmaterialien genutzt, so seien diese Kosten bereits durch die Beiträge gemäss Art. 7a KLV abgegolten. In diesem Fall könne kein vertragsloser Zustand eintreten. Vereinbarungen, welche die Pflege betreffen, könnten keine Tarifverträge darstellen und seien den Administrativverträgen zuzuordnen. Es würden nämlich grundsätzlich administrative Prozesse (Rechnungsstellung etc.) statt Preise vereinbart. Der vorliegende Vertrag enthalte in Anhang 4 (Artikel 2) für MiGeL-Produkte Pauschalbeträge. Der Pauschalbetrag steigere sich mit der Höhe der Pfl-

gestufe. Je pflegebedürftiger ein Heimbewohner sei, desto mehr Pflegematerial dürfe bei seiner Pflege durch die Pflegeperson verbraucht werden und desto weniger sei er in der Lage, selbst MiGeL-Produkte anzuwenden. Es handle sich mithin um die Abgeltung von Pflegematerialien, welche Fachpersonen anwendeten. Hätte man die Abgeltung von Produkten regeln wollen, welche durch die versicherten Personen selbst angewandt werden könnten, hätte man einen degressiven Tarif vereinbart. Art. 7a KLV sehe abschliessend vor, welche Beiträge für Pflegeleistungen inklusive Material zu vergüten seien. Das BAG habe in Zusammenhang mit Pflegematerialien im Schreiben vom 7. November 2012 festgehalten, dass Material, welches für die Erbringung der Pflegeleistungen nach Art. 7 Abs. 2 KLV notwendig sei, Bestandteil der Pflege darstelle. Unabhängig davon, ob diese Materialien auf der MiGeL gelistet seien, umfassten die gesetzlich bestimmten Tarife gemäss Art. 7a KLV sowohl die Lohn- wie auch die Sachkosten. Dieselbe Argumentation finde sich auch in der offiziellen, vom BAG im Internet publizierten „Kommentierten Mittel- und Gegenstände-Liste“ (Kapitel 2.1 und 2.2). Indem der Anhang 4 des Vertrags vom 3. Oktober 2012 zusätzliche Vergütungen von Pflegeleistungen vorsehe, ziele er gegen die gesetzliche Intention. Mit anderen Worten seien aus Sicht des BAG die Pflegeheime aufgrund dieses Vertrags doppelt bezahlt worden. Damit werde Art. 7a KLV sowie der Tarifschutz (Art. 44 KVG) verletzt. Die Vorinstanz kenne diese Problematik (E. 2.3.1 des angefochtenen Entscheids). Sie möchte jedoch, dass die Parteien diese selbst lösen. Der Regierungsrat habe ein Interesse, einen rechtswidrigen Zustand zu Gunsten der Kantons- resp. Gemeindefinanzen (Restfinanzierer) weiterzuführen. Nichtsdestotrotz seien Normen durch die rechtsanwendenden Behörden anzuwenden (und im Streitfall Gerichtsfälle zu „riskieren“). Somit dürften die Pflegeheime MiGeL-Produkte im Rahmen der Behandlung verwenden – diesbezüglich würden sie jedoch in diesem Rahmen (und nicht zusätzlich separat) vergütet. Hier sei kein Tarifvertrag möglich.

Im Übrigen habe der Regierungsrat ein Interesse, (mit der Vertragsverlängerung) einen rechtswidrigen Zustand zu Gunsten der Kantons- respektive Gemeindefinanzen (Restfinanzierer) weiterzuführen. Ausserdem sei nicht nachvollziehbar, wie die Parteien den Pflegeleistungsvertrag vom 3. Oktober 2012 in Kenntnis des Schreibens des BAG vom 7. November 2012 abgeschlossen haben sollten.

6.2 Im angefochtenen Regierungsratsbeschluss vom [...] April 2015 führte der Regierungsrat insbesondere Folgendes aus:

6.2.1 Gemäss Art. 46 Abs. 4 KVG bedürften Tarifverträge der Genehmigung durch die zuständige Kantonsregierung. Könnten sich Leistungserbringer und Versicherer nicht auf die Erneuerung eines Tarifvertrages einigen, so könne die Kantonsregierung den bestehenden Vertrag um ein Jahr verlängern (Art. 47 Abs. 3 Satz 1 KVG). Im vorliegenden Fall hätten sich die Parteien nicht auf eine Erneuerung des umstrittenen Pflegeleistungsvertrages einigen können. Die Regierung des Kantons B. _____ sei somit gemäss Art. 47 Abs. 3 Satz 1 KVG für die Verlängerung dieses Vertrages zuständig (Ziff. 2.1). Beim Institut der Vertragsverlängerung gehe es primär darum, den Tarifpartnern zeitlich die Möglichkeit einzuräumen, zu einem Vertragsabschluss zu gelangen und nicht darum, gestützt auf neue Erkenntnisse (etwa aktualisierte Kosten- und Leistungsdaten) einen neuen Tarif festzusetzen. Aus diesem Grund entfalle auch die Prüfung der Übereinstimmung der Vertragsverlängerung mit dem Gesetz, dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit. Eine Vertragsverlängerung mit Änderungen von einzelnen Bestimmungen sei unzulässig. Da keine Gründe gegen eine integrale Verlängerung des Vertrages vorlägen und der Regierungsrat beim Entscheid, im vertragslosen Zustand einen neuen Tarif festzusetzen (Art. 47 Abs. 1 KVG) oder einen bestehenden Vertrag zu verlängern (Art. 47 Abs. 3 KVG), nach der vom Bundesrat in seiner Rechtsprechung entwickelten Praxis über ein weites Auswahlermassen verfüge, ergebe sich somit aus der Eingabe der Partei nichts, was gegen eine Verlängerung des ursprünglichen Vertrages spreche. Dies insbesondere, da nach der Rechtsprechung des Bundesrates eine Verlängerung selbst gegen den Willen einer Vertragspartei, die eine Tariffestsetzung verlange, angeordnet werden könne. Die Kantonsregierung möchte den Tarifpartner genügend Zeit zur Vereinbarung einer vertraglichen Lösung geben und deren Ressourcen nicht durch die Einleitung eines Festsetzungsverfahrens absorbieren. Der Bundesrat lehne nach seiner Praxis eine Vertragsverlängerung nur dann ab, wenn es sich um einen Bereich handle, in dem das KVG den Umfang und die Vergütung von Leistungen zwingend und abschliessend regle, sodass dieser Bereich einer vertraglichen Regelung zwischen den Tarifpartnern entzogen sei und ein tarifloser Zustand nicht eintreten könne. In diesem Sinne habe er die Verlängerung eines Vertrages insoweit verweigert, als dieser mit der zwingend anwendbaren Analysenliste des Bundes (Art. 52 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 KVG) nicht mehr vereinbar gewesen sei (Entscheid des Bundesrates vom 13. März 2000 i. S. H. gegen Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt betreffend Vertragsverlängerung; RKUV 2001 KV 184 445 ff.). Dies sei jedoch in Bezug auf die in der MiGeL aufgeführten Vergütungen der Mittel- und Gegenstände nicht der Fall, da diese gemäss Art. 24 KLV lediglich Höchstbeträge darstellten. Tiefere bzw. pauschale

Vergütungen der Mittel und Gegenstände könnten durch die Tarifpartner vertraglich vereinbart werden. Da es sich demgemäss in casu um einen Regelungsgegenstand handle, welcher dem Verhandlungsprimat unterliege, sei eine Vertragsverlängerung gemäss Art. 47 Abs. 3 KVG durch den Regierungsrat zulässig.

6.2.2 Soweit tarifsuisse im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht habe, die Anerkennung als Abgabestelle im Sinne von Art. 55 KVV setze einen Vertrag mit dem Versicherer voraus, verkenne sie, dass durch den Abschluss des zu verlängernden Vertrags, in welchem unter anderem die Abgabe der Mittel und Gegenstände gemäss MiGeL in Pflegeheimen sowie die Pauschalen geregelt seien, die Voraussetzung des Vorliegens eines Vertrags im Sinne von Art. 55 KVV erfüllt sei.

6.2.3 Soweit tarifsuisse sinngemäss geltend gemacht habe, dass die Pflegematerialien bereits durch die Pflegeheimtarife abgegolten seien und sie nicht doppelt verrechnet werden dürften, sei – nach Ansicht der Vorinstanz – festzuhalten, dass tarifsuisse den jetzt zu verlängernden Vertrag, welcher in Anhang 4 die pauschalierte Abgeltung der Mittel und Gegenstände gemäss MiGeL vorsehe, in Kenntnis des Schreibens des BAG vom 8. November 2012 [recte: 7. November 2012] abgeschlossen habe. Im Weiteren führe das BAG in der kommentierten MiGeL aus, dass die Vorbemerkungen und Erläuterungen der MiGeL eine Dienstleistung des BAG darstellten und keinen rechtsverbindlichen Charakter hätten. Die Frage der Abgeltung der Mittel und Gegenstände gemäss MiGeL in Pflegeheimen sei höchst-richterlich noch nicht entschieden worden. Diese Frage sei im Rahmen der Verhandlungen zum nationalen Administrativvertrag zwischen Curaviva und tarifsuisse erörtert worden, wobei die Tarifpartner zu keinem eindeutigen Ergebnis gelangt seien. Durch die Verlängerung des vorliegenden Vertrages werde den Tarifpartnern somit erneut Gelegenheit geboten, sich entsprechend zu einigen. Tarifsuisse selbst halte in ihrer Vernehmlassung fest, dass sie den Krankenversicherern im Sinne einer letzten Übergangsregelung empfohlen habe, die strittigen Leistungen bis am 30. Juni 2015 zu bezahlen.

6.2.4 Da eine Vertragsverlängerung mit Änderungen von einzelnen Bestimmungen nicht zulässig sei, blieben die Tarife (vorliegend die MiGeL-Pauschale) unverändert und es gebe gegenüber dem Vorjahr keine finanziellen Auswirkungen auf das kantonale Prämienniveau (Sozialverträglichkeit) und die Rechnung des Kantons B._____.

6.3

6.3.1 In ihrer Vernehmlassung vom 14. August 2015 führt die Vorinstanz unter Berufung auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1190/2012 vom 2. Juli 2015 (BVGE 2015/52) aus, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen sei eine zusätzliche Abgeltung für weitere von den Pflegeheimen erbrachte Nebenleistungen zulässig. Die Vergütung solcher Nebenleistungen richte sich nach den allgemeinen Preisbildungsbestimmungen des KVG. Demgemäss komme für die Tarifbildung Art. 46 Abs. 4 KVG (Tarifvertrag) sowie im vertragslosen Zustand Art. 47 KVG (Fehlen eines Tarifvertrages) sehr wohl zur Anwendung. Im besagten Urteil sei die Vergütung der vom Pflegeheim verwendeten Mittel und Gegenstände nicht Anfechtungsgegenstand gewesen. Das Bundesverwaltungsgericht habe aber in seinen Erwägungen betreffend das Ermessen der Kantonsregierung bei der Wahl des Tarifmodells (Zeittarif, Pauschaltarif oder Mischformen davon) festgehalten, dass ein solcher Tarif auch die Vergütungen von Leistungen gemäss Art. 52 KVG (Analysen und Arzneimittel, Mittel und Gegenstände) umfassen könne.

6.3.2 Weiter bemerkt die Vorinstanz, die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen betreffend die *Abgabe* von Mittel und Gegenständen seien vorliegend nicht relevant.

6.3.3 Zur Frage der Zulässigkeit der Vergütung von durch das Pflegeheim *verwendeten* Mitteln und Gegenständen verweist die Vorinstanz auf das Gutachten Kieser. Dieses komme zum Schluss, dass in Art. 20a KLV festgelegt werde, dass die Vergütung von Mitteln und Gegenständen, die im stationären Bereich oder im Pflegebereich eingesetzt würden, nach Massgabe eines Tarifvertrages erfolge. Dies setze folglich voraus, dass im Spitalbereich oder im Pflegeheim Mittel und Gegenstände auch vergütet würden, wenn sie im Rahmen von Pflegeleistungen Verwendung fänden. Dabei erfolge dies entweder unter direktem Abstellen auf die Vergütungsansätze der MiGeL oder allenfalls nach Massgabe eines abzuschliessenden Tarifvertrages. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen würden mit den Beiträgen gemäss Art. 7a KLV nicht abschliessend sämtliche Leistungen der Pflegeheime abgegolten. Der Wortlaut von Anhang 4 des (mit dem angefochtenen RRB verlängerten) Vertrags, wie auch des übrigen Vertragstextes, enthalte keine Einschränkung der Vergütung in Bezug auf die vom Pflegeheim an die Versicherten abgegebenen Mittel und Gegenstände. Artikel 8 Abs. 6 des Vertrages halte vielmehr fest, dass sich

die Vergütung der Arztkosten, von Ärztinnen und Ärzten veranlasste Kosten (Medikamente, Analysen, Hilfsmittel, Therapien) nach den gültigen Verträgen mit den entsprechenden Leistungserbringern richte. Davon ausgenommen seien explizit die Produkte der MiGeL, für welche eine pauschalierte Abrechnung gemäss Anhang 4 gelte. Zudem hätten die Beschwerdeführerinnen in Ziffer 17 der Beschwerdeschrift selber festgehalten, dass es sich bei den in Anhang 4 vereinbarten Pauschalen um die Abgeltung von Produkten handle, welche Fachpersonen verwendeten, andernfalls ein degressiver Tarif vereinbart worden wäre. Es sei – so die Vorinstanz – nicht ersichtlich, inwieweit es sich bei MiGeL-Produkten um Nichtpflichtleistungen handeln sollte. Vielmehr lasse die Aufnahme der Produkte in die MiGeL darauf schliessen, dass sie Pflichtleistungscharakter hätten und vergütungsfähig seien.

Den Äusserungen des BAG vom 7. November 2012 und der im Internet publizierten „Kommentierte MiGe-Liste“, auf welche sich die Beschwerdeführerinnen beriefen, käme kein rechtsverbindlicher Charakter zu. Dies führe auch das BAG in seiner kommentierten MiGeL aus. Wesentlich sei jedoch eine Aussage des BAG anlässlich der Sitzung mit der Gesundheitsdirektorenkonferenz (GDK), Versicherern und Leistungserbringern vom 16. Juli 2015. Gemäss dieser Aussage seien die Kosten für die Pflegematerialien, welche zum Zeitpunkt des Übergangs zur neuen Pflegefinanzierung in der SOMED-Statistik unter „MiGeL“ Leistungen ausgewiesen worden seien, nicht in die Berechnung der Beiträge der Versicherer an die Krankenpflegeleistungen gemäss Art. 7a Abs. 3 KLV eingerechnet worden. Somit könne davon ausgegangen werden, dass nach dem Übergang zur Neuordnung der Pflegefinanzierung nur mit separaten Tarifverträgen habe sichergestellt werden können und sichergestellt werden könne, dass die Krankenversicherer nach erfolgter kostenneutraler Berechnung der Pflegebeiträge nicht nachträglich von den darin nicht enthaltenen Kosten für Pflegematerialien entlastet würden.

6.3.4 Nach Rechtsprechung des Bundesrates sei eine Verlängerung nach Art. 47 Abs. 3 KVG selbst nach dem Scheitern von Verhandlungen nicht ausgeschlossen. Sie könne mitunter auch gegen den Willen einer Vertragspartei angeordnet werden. Die Kantonsregierung müsse sich dabei auf vertretbare Gründe stützen. Solche Gründe könnten sich aus objektiven Umständen ergeben, die ausserhalb des Parteiwillens lägen, beispielsweise daraus, dass in naher Zukunft Entscheide des Bundesrates oder richterlicher Behörden zu erwarten seien, die Fragen regelten, welche

für die hoheitliche oder vertragliche Festsetzung des neuen Tarifs von Belang sein könnten. Gerade die Frage der Abgeltung von Nebenleistungen der Pflegeheime (unter anderem von MiGeL-Produkten) bilde Gegenstand von diversen Gerichtsverfahren, von welchen Klärung erhofft werde. Wenn eine Kantonsregierung aus solchen Gründen einen Vertrag verlängere, so verstosse sie nicht gegen Art. 47 Abs. 3 KVG.

6.3.5 Im Übrigen habe der Regierungsrat – entgegen der Unterstellung der Beschwerdeführerinnen – kein Interesse an einem rechtswidrigen Zustand zu Gunsten der Kantons- und Gemeindefinanzen. Ferner sei es (zwar) zutreffend, dass die Parteien den umstrittenen Tarifvertrag nicht in Kenntnis des Schreibens des BAG vom 7. November 2012 abgeschlossen hätten; sie hätten jedoch in Kenntnis dieses Schreibens den Tarifvertrag am 16. November 2012 der Vorinstanz zur Genehmigung eingereicht.

6.4 In seiner Beschwerdeantwort vom 18. August 2015 führt der Beschwerdegegner aus, dass Mittel und Gegenstände in den Alterspflegeheimen des Kantons B. _____ aufgrund der hohen Pflegebedürftigkeit und auch Betreuungsbedürftigkeit der Bewohnerinnen und Bewohner vor allem „verwendet“ und deutlich weniger „abgegeben“ würden. Dass auch Bewohnerinnen und Bewohner in tieferen Pflegestufen Mittel und Gegenstände nicht selbstständig an sich verwenden könnten, liege an den krankheitsbedingten, vor allem kognitiven Einschränkungen. Sie zögen dann weniger (von der OKP teils vergütete) medizinisch-technische Einrichtungen nach sich, sondern die Verwendung finde auch innerhalb von (immer noch nicht angemessen finanzierten) Betreuungsleistungen statt, die sich im Rahmen der Tätigkeit zu Lasten der OKP ergäben. Diese Haltung werde vom Gutachten Kieser gestützt. Es sei die feste und bis anhin unwiderlegte Überzeugung des Beschwerdegegners, dass bei der Festlegung der OKP-Tarife pro Pflegestufe durch den Bundesrat anlässlich der Neuordnung der Pflegefinanzierung die MiGeL-Erträge nicht eingerechnet worden seien. Ansonsten wäre dies entsprechend kommuniziert und zügig umgesetzt worden. Im Nachhinein das Gegenteil zu interpretieren, müsste eine angemessene Erhöhung der Tarife nach sich ziehen. Die Betrachtungsweise der Beschwerdeführerinnen dürfe nicht zu einem Ertragsausfall für die Leistungserbringer führen, der nicht kompensiert werde. Die Alterspflegeheime des Kantons B. _____ hätten 2014 bei total 1'041'831 Pflgetagen insgesamt CHF 1'912'507 MiGeL-Pauschalen verrechnet. Die juristische Bestreitung der Rechtmässigkeit der vorliegenden Vertragsverlängerung sei nicht angebracht oder zielführend. Es handle sich bei der Beschwerde um eine

meinungsbildende, gesundheitspolitische und hoch aufwändige Massnahme der Beschwerdeführerinnen, die auch in anderen Kantonen ablaufe. Angesichts der derzeitigen Klärung der Finanzierung von Nebenleistungen, die nicht auf kantonaler Ebene, sondern auf Bundesebene zu tätigen sei, sei die Vertragsverlängerung sinnhaft. Ein vertragsloser Zustand würde eine Tariffestsetzung durch den Regierungsrat nach sich ziehen. Dies innerhalb des laufenden Jahres abzuwickeln und möglicherweise für das Folgejahr neue rechtliche Bestimmungen umzusetzen (Umstellung und allfällige Wieder-Umstellung des Abrechnungssystems), sei bezüglich Aufwand und Verunsicherung bei den Leistungserbringern unsinnig und den über 3'000 Bewohnerinnen und Bewohnern (von Pflegeheimen) nicht zumutbar. Der Antwort des Bundesrates vom 13. März 2015 zur Motion 14.4292 „Praxistaugliche Zulassung der Pflegeheime als Leistungserbringer“ von Ruth Humbel sei zu entnehmen, dass der politische und rechtliche Prozess noch nicht abgeschlossen und eine Bekämpfung des status quo nicht nachvollziehbar sei. Im Übrigen entfalte das Schreiben des BAG vom 7. November 2012 keine Rechtskraft.

6.5

6.5.1 In seinem Gutachten vom 15. Mai 2015, auf welches der Beschwerdegegner sich wiederholt beruft, argumentiert Prof. Kieser – ohne Kenntnis des kurz danach ergangenen Urteils C-1190/2013 vom 2. Juli 2015 (BVGE 2015/52) – in erster Linie dahingehend, dass Pflegeheime für ein breites OKP-Leistungsangebot zugelassen seien und insbesondere nicht nur Pflegeleistungen im Sinne von Art 25a KVG, sondern unter einem sonstigen Titel auch weitere Leistungen (Pflegebeneleistungen) zulasten der OKP erbringen könnten. Zu diesen Leistungen zählt er unter anderem in Pflegeheimen verwendete Mittel oder Gegenstände, die auf der MiGeL aufgeführt sind (vgl. insbesondere S. 6, 11 ff., 21 ff., 41 ff.).

6.5.2 Spezifisch in Bezug auf die Vergütung der in der beruflichen Pflege im Pflegeheim verwendeten MiGeL-Pflegematerialien führt der Gutachter aus (vgl. insbesondere S. 32 ff.), dass Art. 25a KVG nicht prinzipiell ausschliesse, dass neben den „Pflegeleistungen“ bei einem Aufenthalt im Pflegeheim Mittel und Gegenstände unter einem sonstigen Titel (zusätzlich) vergütet würden. Denn Mittel und Gegenstände, welche im Pflegeheim verwendet würden, fielen nicht unter den Begriff der Pflegeleistungen nach Art. 25a KVG. Sie würden nicht unter dem Titel von Art. 7 KLV i.V.m. Art. 25a Abs. 4 KVG mit einem Kostenbeitrag der Krankenversicherer ver-

gütet. Vielmehr brächten die besondere Regelung der Mittel und Gegenstände und die festgelegte MiGeL mit sich, dass Mittel und Gegenstände, welche im Pflegeheim Verwendung fänden, zusätzlich vergütet würden. Dabei erfolge dies entweder unter direkter Abstimmung auf die Vergütungsansätze der MiGeL oder allenfalls nach Massgabe eines abzuschliessenden Tarifvertrages. Zur Herleitung dieser Begründung stützt sich der Gutachter alternativ auf zwei Argumentationsstränge.

6.5.3 In erster Linie schliesst der Gutachter darauf, dass soweit ein im Pflegeheim verwendetes Mittel oder ein dort verwendeter Gegenstand auf der MiGeL aufgeführt sei, davon auszugehen sei, dass prinzipiell eine Kostenvergütungspflicht der Krankenversicherung bestehe. Die Höhe der Entschädigung für die Verwendung eines Mittels oder eines Gegenstandes ergebe sich aus den Ansätzen der MiGeL.

Zur Begründung führt er aus, dass die Frage, ob die Voraussetzungen für die Vergütung von Pflegemitteln oder Gegenständen erfüllt seien, sich aufgrund der für die betreffende Leistungskategorie massgebenden Bestimmungen beurteile. Massgebend sei das Listenprinzip. Wenn auf einer Liste ein Mittel oder ein Gegenstand aufgeführt sei, komme dieser Aufführung – angesichts des Positiv-Charakters der MiGeL – die Bedeutung zu, dass das betreffende Mittel oder der betreffende Gegenstand prinzipiell vergütungsfähig sei. Dies werde auch in der Rechtsprechung so verstanden, welche betone, dass die MiGeL zugleich erschöpfend sei und zwingenden Charakter habe. Dabei beziehe sich die Rechtsprechung auf einen weiten Bereich von Anwendungsmöglichkeiten von Mitteln und Gegenständen und schliesse insbesondere auch die Pflege ein. Auch die Lehre gehe davon aus, dass im Pflegeheim die MiGeL direkt zur Anwendung komme. Im Zusammenhang mit der Rechtsprechung müsse auch berücksichtigt werden, dass die MiGeL Pflegehilfsmittel aufführe und zudem Materialien als vergütungspflichtig nenne, welche im Pflegebereich regelmässig angewandt würden. Die krankensicherungsrechtliche Ordnung gehe nach ihrer Grundkonzeption von einer Vergütung nach dem Listenprinzip aus. Das Bundesgericht halte (im Urteil 9C_678/2009 [BGE 136 V 84]) bezüglich des systematischen Kontextes fest, dass bei Mitteln und Gegenständen „die Listenpflicht und die gesetzliche Höchstvergütungsbetragsregelung“ die Regel bilde, während die Nichtlistenpflicht demgegenüber eine „auf Stufe des KVG nicht explizit erwähnte Ausnahme“ bilde. Insoweit nehme das Bundesgericht an, dass die besondere Regelung von Art. 20a Abs. 2 KLV nicht so verstanden werden dürfe, dass damit der „Anwendungsbereich über die Implantate hinaus auf andere von der versicherten Person (als

Endverbraucherin) angewandte Produkte“ ausgedehnt werden dürfe. Es gehe dabei darum, dass keinesfalls das im Bereich der Mittel und Gegenstände grundsätzlich geltende Listenprinzip als solches ausgehöhlt werden dürfe; andernfalls würden die den betreffenden Regelungen zu Grunde liegenden gesetzgeberischen Wertungen verletzt. Damit sei bezogen auf die im Pflegeheim notwendigen Mittel und Gegenstände davon auszugehen, dass diese direkt gestützt auf die MiGeL verwendet und abgerechnet werden könnten. Würde der gesamte Bereich der pflegerischen Leistungen im Pflegeheim von der Gültigkeit der Mittel- und Gegenständeliste ausgenommen, würde damit das gesetzlich festgelegte Listenprinzip in einem gerade zentralen Bereich der medizinischen Versorgung ausgehöhlt, was offensichtlich der Formulierung und Zielsetzung von Art. 25 Abs. 2 Bst. b KVG diametral entgegenlaufen würde. Die Formulierung von Art. 20 KLV sei also so zu verstehen, dass die versicherte Person als Endverbraucherin das Mittel und den Gegenstand grundsätzlich selber anwenden könne; nicht von Bedeutung sei, wenn die versicherte Person aufgrund von gesundheitlichen Umständen im Einzelfall nicht in der Lage sei, das Mittel und den Gegenstand anzuwenden, oder dafür auf eine nicht beruflich tätige Person zurückgreife. Es reiche eben aus, wenn das Mittel und der Gegenstand so ausgestaltet seien, dass sie in dieser Weise verwendet werden könnten. Nach Ansicht des Gutachters wäre es widersinnig, annehmen zu wollen, dass ein Mittel oder ein Gegenstand nur deshalb nicht vergütet würde, weil er aufgrund der besonderen Umstände von einer beruflich tätigen Person verwendet werde. Massgebendes Kriterium sei die prinzipielle Möglichkeit, dass ein Mittel oder ein Gegenstand durch die versicherte Person angewendet werden könne. Wenn im Pflegeheim auf Grund der spezifischen Umstände im Einzelfall (altersbedingt oder gesundheitlich bedingt) ein Mittel oder ein Gegenstand durch die betreffende Person nicht vollumfänglich bzw. gar nicht selber angewendet werden könne, führe dies also nicht dazu, dass eine Vergütungspflicht entfalle.

Zentral sei ferner die Regelung, dass der Bundesrat für Pflegeleistungen im ambulanten Bereich sowie im Pflegeheim die Beiträge, welche von der Krankenversicherung zu erbringen seien, unter Berücksichtigung des Pflegebedarfs festsetze (Art. 25a Abs. 4 KVG). Die konkretisierende Verordnungsregelung von Art. 7a KLV lege in der Folge einen reinen Zeittarif fest. Der Zeittarif sei insbesondere dort das geeignete Vergütungsinstrument, wo das Tätigwerden einer einzelnen Gesundheitsperson zu vergüten sei. Wenn demgegenüber besondere hinzutretende Kosten (verursacht etwa durch ärztliche Behandlung, Abgabe von Medikamenten, Verwendung von Mitteln und Gegenständen) entstünden, könnten diese durch einen Zeittarif

nicht sinnvoll erfasst werden. Das zutreffende Verständnis des Beitrages unter Berücksichtigung des Pflegebedarfs zeige, dass damit einzig die eigentliche Pflegeleistung im Sinne von Art. 25a Abs. 1 KVG vergütet werde. Nicht vom Beitrag erfasst seien beispielsweise die ärztliche Leistung, die Abgabe von Arzneimitteln oder die Vornahme der Physiotherapie. Auch die Abgabe von Mitteln und Gegenständen sei im Kostenbeitrag nach Art. 25a KVG nicht inbegriffen.

Soweit ein im Pflegeheim verwendetes Mittel oder ein dort verwendeter Gegenstand auf der MiGeL aufgeführt sei, sei somit davon auszugehen, dass prinzipiell eine Kostenvergütungspflicht der Krankenversicherung bestehe und die Höhe der Entschädigung für die Verwendung dieses Produkt sich aus den Ansätzen der MiGeL ergebe – unabhängig davon, ob das Mittel oder der Gegenstand von der versicherten Person selbst oder mit Hilfe einer nichtberuflich an der Untersuchung oder der Behandlung mitwirkenden Person angewendet werden könne oder ob sie dafür auf eine Berufsperson angewiesen sei.

6.5.4 Subsidiär – für den Fall, dass seiner ersten Argumentationslinie nicht gefolgt werden sollte – führt der Gutachter aus, dass die Verwendung eines Mittels oder Gegenstandes durch das Pflegeheim unter Art. 20a Abs. 2 KLV fallen würde und sich die Vergütung aus einem (zusätzlichen) Tarifvertrag ergeben (müsse).

Zur Begründung führt der Gutachter aus, dass ein im Pflegeheim verwendetes Mittel oder ein dort verwendeter Gegenstand von einem Leistungserbringer nach Art. 35 Abs. 2 KVG im Rahmen seiner Tätigkeit zu Lasten der OKP verwendet werde. In Art. 20a KLV werde wiederum festgelegt, dass die Vergütung von Mitteln und Gegenständen, die im stationären Bereich oder im Pflegebereich verwendet würden, mit der entsprechenden Untersuchung oder Behandlung in den Tarifverträgen geregelt werde. Hier sei also vorausgesetzt, dass im Spitalbereich oder im Pflegeheim Mittel und Gegenstände auch vergütet würden, wenn sie im Rahmen von Pflegeleistungen Verwendung fänden. Dies bedeute, dass in den zu schliessenden Tarifverträgen zwischen den Pflegeheimen (welche Leistungserbringer im Sinne von Art. 35 Abs. 2 KVG seien) und den Krankenversicherern zu bestimmen sei, welche Mittel und Gegenstände zu welchen Preisen zu vergüten seien. Hier liege es nahe, auf die Ansätze in der MiGeL abzustellen und allenfalls eine gewisse Pauschalierung festzulegen. Gegenstand der

Tarifverträge wäre sodann auch die Abwicklung der Vergütung. Sollten entsprechende Tarifverträge nicht bestehen, wären diese umgehend auszuarbeiten.

6.6

6.6.1 In seinem Fachbericht vom 23. September 2015 führte das BAG aus, gemäss BVGer 2015/52 dürften Pflegeheime auch nach Inkraftsetzen der Neuordnung der Pflegefinanzierung sogenannte Nebenleistungen im Sinne von Art. 25 Abs. 2 KVG selbst zulasten der OKP erbringen und abrechnen. Dabei gelte es aber, die mit der Revision vorgenommene Auftrennung der neu in Art. 25a KVG aufgeführten Pflegeleistungen, die in einem Pflegeheim erbracht würden und an welche die OKP nur einen Beitrag leiste, und den sonstigen (sogenannten Nebenleistungen) in Pflegeheimen erbrachten OKP-pflichtigen Untersuchungen und Behandlungen gemäss Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG, deren Kosten von der OKP zu tragen seien, zu beachten. Unter die Nebenleistungen könnten auch Mittel und Gegenstände nach Art. 52 Abs. 2 Bst. a Ziff. 3 KVG subsumiert werden, dies aber nur, soweit die Bedingungen nach Art. 20 KLV erfüllt seien.

6.6.2 Weiter deklariert das BAG, im Bereich MiGeL bestünden behördlich festgelegte Bestimmungen über die Leistungspflicht und fixierte Preise. Diese würden nach Produktgruppen gegliedert und in Höchstpreisen definiert. Ein Tarifschutz bestehe dort nicht, wo der Preis des Produktes über diesen festgelegten Höchstpreis hinausgehe. Der Versicherer dürfe unter diesen Umständen nur Verträge mit Vertragspartnern schliessen, welche ein Produkt zur bereits definierten Qualität und Wirtschaftlichkeit liefern könnten. In der KVV würden im 8. Abschnitt die Abgabestellen für Mittel und Gegenstände behandelt. Nach Art. 55 KVV dürfe, wer nach kantonalem Recht zugelassen sei und mit einem Krankenversicherer einen Vertrag über die Abgabe von der Untersuchung oder Behandlung dienenden Mitteln und Gegenständen abschliesse, zu Lasten dieses Versicherers tätig sein. Dies sei nicht gleichbedeutend mit dem Abschluss eines Vertrages über die Vergütung. Entsprechend stellten Verträge im Bereich der Mittel und Gegenstände keine Tarifverträge im Sinne von Art. 46 Abs. 4 KVG dar. Verträge im Bereich der Mittel und Gegenstände seien zulässig, solange die Vereinbarungen gesetzeskonform ausgestaltet seien, d.h. im Rahmen der MiGeL lägen. Der Bundesrat habe denn auch in seiner Rechtsprechungspraxis entschieden, dass die Vergütung von Mitteln und Gegenständen, die der Untersuchung oder der Behandlung dienen, in den Art. 20 ff. KLV abschliessend geregelt sei und damit für eine Tariffestsetzung durch

die Kantonsregierung kein Raum bleibe. Bei der Vergütung von Mitteln und Gegenständen im Rahmen von Art. 52 Abs. 1 und 3 KVG komme den Tarifpartnern keine Tarifautonomie zu. Daraus folge, dass den Kantonen mangels vertragslosem Zustand auch nicht die Kompetenz zukomme, diesbezüglich im Sinne von Art. 47 KVG einen Tarif festzusetzen resp. zu verlängern. Um den Geltungsbereich der MiGeL und den Anwendungsbereich der ausgeführten Regelung zu präzisieren, sei die KLV im Jahr 2007 angepasst worden. Art. 20 KLV enthalte seither den Grundsatz, dass die Versicherung eine Vergütung an Mittel und Gegenstände leiste, die der Behandlung oder der Untersuchung im Sinne einer Überwachung der Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen diene, auf ärztliche Anordnung von einer Abgabestelle nach Art. 55 KVV abgegeben und vom Patienten selbst oder mit Hilfe einer nichtberuflich an der Untersuchung oder der Behandlung mitwirkenden Person angewendet würden. Weiter halte Art. 20a KLV fest, dass Mittel und Gegenstände, die in den Körper implantiert würden oder von Leistungserbringern nach Art. 35 Abs. 2 KVG im Rahmen ihrer Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung verwendet würden, in der Liste nicht aufgeführt seien. Ihre Vergütung sei mit der entsprechenden Untersuchung oder Behandlung in den Tarifverträgen geregelt.

6.6.3 Im KVG würden die zu vergütenden Leistungen der OKP für Pflegeheime und Krankenpflege und Hilfe zu Hause grundsätzlich gleichgestellt (Art. 50 KVG). Die Leistungen der Pflege seien in Art. 7 Abs. 2 KLV definiert. Diese Definition habe mit der Neuordnung der Pflegefinanzierung keine grundsätzliche Anpassung erfahren. Angepasst worden seien hingegen die Regeln über den Umfang der Vergütung. Diese hätten neben der Anwendung von Rahmentarifen – bis zum Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung – unter anderem vorgesehen, dass die allgemeinen Infrastruktur- und Betriebskosten der Leistungserbringer in den Krankenpflegeleistungen nicht enthalten seien (Art. 7 Abs. 3 aKLV). Die in Art. 9a Abs. 2 aKLV festgehaltenen Rahmentarife für die Pflegeleistungen umfassten daher diejenigen Kosten, die zur Erbringung der Pflegeleistungen notwendig seien. Dazu gehöre insbesondere das Pflegematerial.

Mit Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung und dem Wegfall der erwähnten Rahmentarife vergüte die OKP an die in Art. 7 KLV definierten Pflegeleistungen einen Beitrag. Die Beiträge würden in Art. 7a KLV konkretisiert. Die Ermittlung dieser Beiträge sei aufgrund des in Absatz 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 13. Juni 2008 des KVG vor-

gesehenen Prinzips der Kostenneutralität erfolgt. Die Beiträge an die Pflegeleistungen gemäss Art. 25a Abs. 1 KVG sollten erstmals so festgelegt werden, dass sie der Summe der Vergütungen für die im Inkrafttreten vorangegangenen Jahr erbrachten Pflegeleistungen entsprächen. Bei der Berechnung der Pflegebeiträge der OKP seien für die Pflegeheime die teils separat vergüteten Mittel und Gegenstände gemäss MiGeL nicht einbezogen worden; dabei sei nicht klar gewesen, was die Leistungserbringer unter diesen Mitteln und Gegenständen subsumiert hätten, d.h. ob diese dem Geltungsbereich MiGeL entsprochen hätten oder bei der Pflege (= Pflegematerial) verwendet worden seien. Da der Geltungsbereich der MiGeL indessen eindeutig definiert sei, sei davon ausgegangen worden, dass die als MiGeL angeführten Kosten auch diesem Geltungsbereich entsprächen, und seien daher diese Kosten ausgeschieden worden.

Das BAG habe bereits in seinem Schreiben an tarifsuisse vom 7. November 2012 festgehalten, dass die Beiträge an die Pflegeleistungen in Art. 7a KLV sowohl Lohn- als auch Sachkosten umfassten. Auch habe der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 13. März 2015 zur Motion Humbel festgehalten, dass das KVG die Finanzierung der Pflegeleistungen nach Art. 7 KLV durch die OKP, die versicherte Person und die Kantone vorsehe (Art. 25a KVG). Eine separate Vergütung des Pflegematerials, das zur Erbringung der Pflegeleistungen notwendig sei, sei jedoch nicht mehr vorgesehen. Das Material, welches für die Erbringung der Pflegeleistungen nach Art. 7 Abs. 2 KLV notwendig sei, stelle daher – unabhängig davon, ob es auf der MiGeL gelistet sei oder nicht – einen Bestandteil der Pflegeleistungen dar. Die in Art. 7a KLV vorgesehenen Beiträge der Krankenversicherer an die Kosten von in Pflegeheimen erbrachten Pflegeleistungen liessen somit weder weitere Vergütungsvereinbarungen zwischen den Tarifpartnern in diesem Bereich noch eine separate Verrechnung der Mittel und Gegenstände bzw. Pflegematerialien, welche zur Erbringung von Pflegeleistungen notwendig seien, zu. Weder bei der Vergütung von Mitteln und Gegenständen im Rahmen von Art. 52 Abs. 1 und 3 KVG noch bei der Vergütung von Pflegematerial, das im Rahmen der Erbringung von Pflegeleistungen im Sinne von Art. 25a KLV durch die Pflegeheime angewandt werde, komme entsprechend den Tarifpartnern Tarifautonomie zu. Daraus folge, dass den Kantonen mangels vertragslosem Zustand auch nicht die Kompetenz zukomme, diesbezüglich im Sinne von Art. 47 KVG einen Tarif festzusetzen resp. zu verlängern. Soweit mit dem zwischen A. _____ und den durch tarifsuisse vertretenen Versicherern geschlossenen Pflegeleistungsvertrag durch die OKP gemäss KVG Leistungen in Pflegeheimen im

Sinne von Art. 7 Abs. 2 KLV sowie die hierfür notwendigen Pflegematerialien vergütet würden, stehe dessen Verlängerung im Widerspruch zu den in Art. 7a KLV abschliessend geregelten Beiträgen der OKP an die Pflegeleistungen und das hierfür notwendige Pflegematerial, aber auch mit den Regelungen bezüglich der MiGeL. Da es sich nicht um tarifvertragliche Regelungen nach Art. 46 Abs. 4 KVG handle, komme den Kantonsregierungen auch keine Kompetenz zur Verlängerung der Tarifverträge nach Art. 47 KVG zu.

6.7

6.7.1 In ihren Schlussbemerkungen vom 6. November 2015 deklarierten die Beschwerdeführerinnen, dem BAG sei insoweit zuzustimmen, als es die Zulässigkeit von Abgabeverträgen im Bereich der Mittel und Gegenstände anerkenne und gleichzeitig festhalte, dass es sich nicht um „Tarifverträge im Sinne von Art. 46 Abs. 4 KVG“ handle. Die Abgabe von Produkten an die Versicherten zur Selbstanwendung beruhe denn auch auf Abgabeverträgen gemäss Art. 55 KVV. Missverständlich seien die Ausführungen des BAG auf S. 6 seiner Stellungnahme. Darin spreche das BAG den Tarifpartnern die Tarifautonomie auch betreffend der Abgabe im Sinne von Art. 20 KLV ab (Fall A). Diese Formulierung sei ohne weiteren Kontext zu eingeschränkt resp. falsch. Gemeint sein dürfte, dass es sich insofern nicht um „tarifvertragliche Regelungen nach Art. 46 Abs. 4 KVG handle“, als dass

- 1) sich die vereinbarte Vergütung in der Spanne zwischen null und dem verordneten Höchstpreis befinden müsse,
- 2) die Abgabeverträge keiner konstitutiven behördlichen Genehmigung bedürften,
- 3) der Abgabevertrag selbst ein konstitutives Element sei, um als Leistungserbringer (Abgabestelle) gemäss Art. 55 KVV zu agieren resp. als solcher zu gelten, und
- 4) der Gesetzgeber betreffend Mittel und Gegenstände grundsätzlich keinen Vertragszwang vorgesehen habe.

In den Worten des Bundesverwaltungsgerichts unterständen die Tarifpartner „in Bezug auf die in Art. 52 KVG aufgeführten Leistungen (...) keiner Verhandlungspflicht“ (Urteil C-1190/2012 E. 6.5.8). Daraus sei zu schliessen, dass durchaus Verhandlungsmöglichkeit bestehe, diese jedoch nicht genutzt werden müsse. „Es besteht diesbezüglich kein (zwingender) Handlungsbedarf“. Gemäss Beurteilung der Beschwerdeführerinnen sei der fehlende Vertragszwang im Bereich Mittel und Gegenstände auch nicht nur

ein wettbewerbliches Element, welches sich positiv auf die Prämien auswirken sollte. Es sei auch das einzige Mittel der Versicherer, einzelne Leistungserbringer tatsächlich dazu zu bewegen, sich mit Qualitätsprogrammen auseinanderzusetzen und spezifischen Qualitätssicherungsverträgen beizutreten (vgl. Art. 77 KVV). Gemäss BVGE 2015/52 (E. 6.7.1) gälten Einzelvergütungspreise „grundsätzlich“ auch für Pflegeheime, „soweit sie individuell die für die entsprechende Leistungserbringung vorausgesetzten Bedingungen erfüllten“ (was im besagten Verfahren nicht substantiiert in Frage gestellt und vom Bundesverwaltungsgericht nicht geprüft worden sei). Im vorliegenden Fall seien diesbezüglich die Voraussetzungen für die Anerkennung als MiGe-Abgabestellen im Sinne von Art. 55 KVV zu beachten: Erstens sei in Erinnerung gerufen, dass für die Anerkennung als MiGe-Abgabestelle ein ungekündigter Abgabevertrag vorliegen müsse (vgl. Art. 55 KVV: „zulasten *dieses* Versicherers“). Eine Vertragsverlängerung sei nicht zulässig, da es sich nicht um einen Tarifvertrag im Sinne von Art. 46 Abs. 4 resp. Art. 47 KVG handle. Mit Kündigung des vorliegenden Vertrags erfüllten die Heime des Kantons B. _____ (spätestens) seit dem 1. Januar 2015 nicht mehr die Vorgabe eines gültigen Vertrags. Die Altersheime des Kantons B. _____ seien somit keine MiGe-Abgabestellen. Zweitens sei seitens des Beschwerdegegners nicht substantiiert dargetan, dass sämtliche Pflegeheime im Kanton B. _____ (resp. sämtliche dem „verlängerten“ Vertrag beigetretenen Heime) zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids nach kantonalem Recht als Abgabestellen zugelassen waren. Dies werde bestritten. Mithin erfüllten die Pflegeheime des Kantons B. _____ nicht die spezifischen Voraussetzungen, Mittel und Gegenstände abgeben zu können resp. als Abgabestellen zu wirken. Insofern könne dies auch nicht hoheitlich-einseitig verfügt werden. Der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben.

6.7.2 Der Wortlaut von Art. 20 KLV („von der versicherten Person selbst“ und BGE 136 V 84 („von der versicherten Person ohne Weiteres selbst angewandt werden kann“) deute darauf hin, dass es nicht reiche, wenn irgendjemand theoretisch das MiGeL-Produkt selbst anwenden könnte. Nicht irgendein Patient, sondern die konkret betroffene Person müsse zum Zeitpunkt der Selbstanwendung in der Lage sein, das Produkt selbst anzuwenden. Sei jemand nicht mehr in der Lage, selbst MiGeL-Produkte anzuwenden, müsse dies eine Fachperson im Rahmen der Krankenpflege für ihn tun. Dann könne keine Vergütung über Art. 20 KLV stattfinden. Das MiGeL-Produkt werde damit zu einem (untergeordneten) Teil der Pflegeleistung. Betreffend die Pflegeleistung bestehe für die versicherte Person

eine zulässige Maximalbelastung (Art. 25a Abs. 5 KVG). Für die versicherte Person ergebe sich also keine Mehrbelastung.

In seiner Stellungnahme vom 13. März 2015 zur Motion Humbel habe der Bundesrat seine Auffassung dargelegt; nämlich, dass anlässlich der Behandlung „hinzutretende“ Kosten sehr wohl als abgegolten gälten. Erachteten die Beschwerdegegner diese Beiträge gemäss Art. 7a KLV als zu tief (oder zu hoch...), so seien sie gehalten, diesen Aspekt der politischen Diskussion beizufügen. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen könne eine Vertragsverlängerung im vorliegenden Fall nicht statthaft sein, da offensichtlich der OKP für die Vergütung der Leistungen gemäss Art. 7 KLV „mehr“ als die in Art. 7a KLV vorgesehenen Beiträge aufgebürdet werden sollen. Die Absicht, diese „Fallkonstellation B“ zu regeln, ergebe sich auch aus Rz. 21 der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 14. August 2015. Damit habe die Vorinstanz jedoch Art. 25a Abs. 5 KVG verkannt. Amtliche Tarife über eine kreative Gesetzesauslegung zu erhöhen, widerspreche dem Listenprinzip. Massgebend für die Beiträge gemäss Art. 25a Abs. 4 KVG sei der „Aufwand nach Pflegebedarf für Pflegeleistungen“. Entsprechend seien – entgegen Art. 43 Abs. 2 Bst. a KVG – in Art. 7a Abs. 3 KLV Beiträge festgelegt worden, die sich nach dem Pflegebedarf des Versicherten richteten. Selbstverständlich werde nicht jeder Versicherte mit einem Pflegebedarf von 101-120 Minuten in jedem Heim jeden Tag exakt 101-120 Minuten betreut. Je nach Tag dürften es mal etwas mehr oder etwas weniger sein. Der Bedarf resp. die Vergütung werde denn auch nicht täglich angepasst (Art. 8 Abs. 4 KLV). Analoges gelte für das Pflegematerial, welches der Behandlung diene, und auch jeweils den täglichen Begebenheiten anzupassen sei. Mit anderen Worten sei der amtliche Tarif resp. der Beitrag der Versicherer eine pauschale Vergütung (und kein Zeittarif, wie im Gutachten Kieser argumentiert werde).

Des Weiteren seien ökonomische Faktoren zu berücksichtigen: Personen, die intensive Pflege benötigten, seien weniger in der Lage, selbst Mittel und Gegenstände anzuwenden (nach Abgabe durch eine Abgabestelle, vgl. „Fall A“). Die Höhe der Pflegestufe korreliere also durchaus mit den in der Behandlung (zwingend) durch Fachpersonen anzuwendenden Mitteln und Gegenständen (vgl. „Fall B“). Insofern sei eine Differenzierung des Aufwands nach Pflegebedarf auch für „hinzutretende Kosten“ nachvollziehbar. Schliesslich sei nicht zu vergessen, dass die Pflegematerialien („Fall B“) in der Gesamtrechnung der Heime eher untergeordneter Natur seien. Vergleiche man die Personalkosten mit dem Aufwand für Mittel und Gegen-

stände, dürften wahrscheinlich Letztere bei einem durchschnittlichen Pflegeheim weniger ins Gewicht fallen. Insofern sei es durchaus sinnig, dass der Ordnungsgeber diese Kosten in den Beiträgen gemäss Art. 7a KLV inkludiert und auch insofern eine Pauschalisierung bezweckt habe. Diese Regelung sei auch nicht „unfair“ gegenüber dem Pflegeheim. Denn wenn die versicherte Person nicht mehr in der Lage sei, gewisse MiGeL-Produkte selbst anzuwenden, dürfte auch der (durchschnittliche) Pflegebedarf steigen. Insofern könne – nach entsprechender ärztlicher Bedarfsanordnung – ein erhöhter Beitrag vom Versicherer gefordert werden. Pflegeheime, die von versicherten Heimbewohnern, welche nicht mehr in der Lage seien, das jeweilige MiGeL-Produkt selbst anzuwenden, sowohl den Pflegebeitrag gemäss Art. 7a KLV als auch eine Entschädigung für das MiGeL-Produkt forderten, würden gegen den Tarifschutz verstossen. Versicherte Personen, die diesem Ansinnen nachgäben, würden doppelt belastet.

6.7.3 Weiter führen die Beschwerdeführerinnen aus, sie könnten sich des Eindrucks nicht verwehren, dass in der täglichen Praxis keine Differenzierung zwischen der Abgabe von ärztlich verordneten MiGeL-Produkten an Versicherte zur Selbstanwendung (Art. 20 KLV; Fall A) einerseits und der Anwendung von Pflegematerialien durch Fachpersonen im Rahmen der Behandlung (Fall B) andererseits vorgenommen werde. Aus Sicht der Beschwerdeführerinnen (sowie des Bundesrats und des BAG) sei eine zusätzliche Vergütung der durch Fachpersonen angewendeten Pflegematerialien unstatthaft, weil dadurch die Beiträge gemäss Art. 7a KLV kantonal abgeändert würden. Sofern also ein Pflegeheim im Einzelfall auch als Abgabestelle i.S.v. Art. 55 KVV fungieren dürfe, werde eine deutliche Unterscheidung zwischen der (grundsätzlichen) Pflichtleistung (Abgabe zur Selbstanwendung; Fall A) und den angewendeten Pflegematerialien (Fall B) gefordert. Diese gelte sowohl für die Rechnungsstellung als auch für die Datentransparenz in der Verhandlung. In diesem Zusammenhang stelle das Bundesverwaltungsgericht übrigens besonders hohe Anforderungen an die Transparenz der Daten, wenn die Möglichkeit bestehe, dass Pflichtleistungen mit nicht vergütungspflichtigen Leistungen vermischt würden. Dies gelte umso mehr, wenn Pauschalen strittig seien (Urteil C-3705/2012 vom 8. Juli 2014 E. 4.3.2). Könne diese Transparenz nicht gewährt werden, sei davon auszugehen, dass es sich um Nicht-OKP-Leistungen handle (Urteil C-6460/2011 E. 4.5.5). Vorliegend hätten erst im Beschwerdeverfahren die Beschwerdegegner Daten, konkret eine kurze tabellarische Aufstellung, geliefert. Deren Berücksichtigung dürfte im Hinblick

auf Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG jedoch fraglich sein. Unabhängig davon gäben diese Daten keine Auskunft über die vorgenannte, vom Verordnungsgeber definierte Differenzierung. Nebenbei sei darauf hingewiesen, dass diese (konsolidierten) Daten auch deshalb nicht brauchbar seien, weil sie keine Hinweise auf die eigentliche Kosten- resp. Ertragslage lieferten (es fehlten beispielsweise Einstands- und Lagerhaltungskosten der MiGeL-Produkte).

6.8 In seinen Schlussbemerkungen vom 25. November 2015 führte der Beschwerdegegner aus, dass sich aus dem Fachbericht des BAG klar ableiten lasse, dass die MiGeL-Kosten nicht in die neuen Pauschalen eingerechnet worden seien und durch die Kassen separat vergütet werden müssten. So könne bei/nach der Überführung der Tarife in die Neue Pflegefinanzierung auch keine Kostenneutralität gewahrt sein, würden die MiGeL-Kosten nicht mehr zusätzlich abgerechnet werden können. Es sei völlig sachfremd, dass gemäss der Ansicht des BAG in den Pflegeheimen nur die von einer Bewohnerin selbst „angewandten“ Pflegematerialien abgerechnet werden könnten. Diese Personen seien in der absoluten Minderheit, denn der vielfältige Unterstützungsbedarf der Bewohnerinnen und Bewohner als solcher bewiese sich bereits schon durch den Heimeintritt. Gerade die „verwendeten“, also vom Personal Pflege und Betreuung an der Bewohnerin verwendeten Pflegematerialien seien durch den Personalaufwand teuer – und sie seien natürlich in der sehr grossen Mehrheit. Sie kämen sehr oft in den tieferen Pflegestufen zum Einsatz und würden dadurch nicht billiger. Dass die „verwendeten“ Pflegematerialien nicht in den generellen Pflegekosten einberechnet worden seien, habe aus ihrer Sicht also einen guten Grund.

7.

7.1 Wie bereits ausgeführt (s. oben E. 6.1) rügen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen, dass der Regierungsrat nicht über die Kompetenz verfüge, den Pflegeleistungsvertrag zu verlängern. Sie begründen das zur Hauptsache damit, dass die Vertragsbestimmungen, welche eine Abrechnung von Mittel und Gegenständen durch die Pflegeheime zulasten der Krankenversicherer vorsähen, ausserhalb des Zuständigkeitsbereichs des Regierungsrates lägen und er daher (auch) keine Vertragsverlängerung hätte verfügen dürfen. Dabei differenzieren sie für ihre Argumentation die Konstellationen A (Abgabe zur Selbstanwendung) und B (Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen).

7.2 Einleitend ist zu prüfen, ob die vorliegende Streitsache beide Konstellationen betrifft, wozu auf den Inhalt des Pflegeleistungsvertrages einzugehen ist (nachfolgend E. 7.2.1).

7.2.1 Gemäss Art. 8 des Vertrages („Leistungsumfang und Vergütung“) sind mit der Bezahlung der Beiträge gemäss Art. 7a Abs. 3 KLV sämtliche krankenversicherungsrechtlichen Leistungen für Pflegemassnahmen nach Art. 7 Abs. 2 KLV im Pflegeheim abgegolten (Abs. 2). Allerdings sieht Art. 8 Abs. 4 vor, dass in den Anhängen 4 und 5 weitere Kosten, die der Leistungserbringer abrechnen kann, geregelt werden. Anhang 4 („*Nebenleistungen Mittel- und Gegenstände*“) regelt die Abrechnung von vom Arzt verordneten *Mitteln und Gegenständen gemäss Mittel- und Gegenstände-Liste (Anhang 2 KLV)*. Gemäss Art. 8 Abs. 6 des Vertrages werden die von Ärztinnen und Ärzten veranlassten Kosten (Medikamente, Analysen, *Hilfsmittel*, Therapien etc.) nur vergütet, wenn eine ärztliche Verordnung vorliegt. Die Vergütung richtet sich nach den gültigen Verträgen mit den entsprechenden Leistungserbringern. Davon ausgenommen sind *Produkte der Liste der Mittel- und Gegenstände (MiGeL), für die eine pauschalisierte Abrechnung gilt (Anhang 4)*.

Anhang 4 Nebenleistungen Mittel- und Gegenstände lautet wie folgt:

Vom Arzt verordnete Mittel und Gegenstände gemäss Mittel- und Gegenstände-Liste (Anhang 2 KLV) und Medikamente werden wie folgt abgerechnet:

Artikel 1

1 Für die durch einen Arzt verordneten und anschliessend aufgeführten Produkte der Liste der Mittel- und Gegenstände (MiGeL) gelten die Tarife gemäss Art. 2 hiernach:

01 Absauggeräte

[...]

99 Verschiedenes

2 Die Anwendung von Geräten, Verbrauchsmaterial und Hilfsmitteln, welche zur Heiminfrastruktur gehören, ist in den Heimkosten inbegriffen. Es sind dies z.B.: Absauggerät, Inhaliergerät, Atemtherapiegerät, Vernebler, Blutdruckapparat, Wund-Vakuum-Therapiegerät, Rollstuhl, Gehvelo, Gehböckli.

Artikel 2

Für MiGeL Produkte gemäss Art. 1 hiervor gelten die folgenden Tarife: (Pflegestufe 0 gestrichen)

Pflegestufe	Pauschale Mi-GeL	Pflegestufe	Pauschale Mi-GeL
1	0.35	7	2.45
2	0.70	8	2.80
3	1.05	9	3.15
4	1.40	10	3.50
5	1.75	11	3.85
6	2.10	12	4.20

Artikel 3

Die folgenden MiGeL-Produktgruppen sind nicht in der Pauschale enthalten und können auf Verordnung des Arztes zum MiGeL-Höchstvergütungsbetrag abzüglich 10 % separat in Rechnung gestellt werden, sofern diese durch das Pflegeheim eingekauft und verrechnet werden:

05 Bandagen

[...]

31 Tracheostoma-Artikel

Artikel 4

Die Limitationen der Mittel- und Gegenstände-Liste sind einzuhalten.

Der Wortlaut des Vertrages umfasst somit sowohl Bestimmungen betreffend Konstellation A als auch Konstellation B.

7.2.2 Damit ist in Bezug auf beide Konstellationen zu prüfen, ob der Regierungsrat mit der Verlängerung des Pflegeleistungsvertrages seine Kompetenzen überschritten hat.

8.

Der Bundesrat (s. nachfolgend E. 8.1) und das BAG als seine Fachbehörde (s. unten E. 8.2) haben verschiedentlich zur Frage der Abgabe zur Selbstanwendung und zur Applikation durch Pflegefachpersonen Stellung genommen.

8.1

8.1.1 Mit ihrer am 12. Dezember 2014 im Nationalrat eingereichten Motion „Praxistaugliche Zulassung der Pflegeheime als Leistungserbringer“ (14.4292) wollte Nationalrätin Ruth Humbel den Bundesrat beauftragen,

die gesetzlichen Bestimmungen im KVG so anzupassen, dass Pflegeheime selbständig ihre kassenpflichtigen Leistungen vollumfänglich zulasten der Krankenversicherer abrechnen können und Pauschalierungen der Leistungen möglich sind. In der Begründung postulierte sie namentlich auch, dass Pflegematerial (Verbrauchsmaterial) und Produkte der MiGeL nicht nur dann zusätzlich (in Ergänzung zu den Leistungen der Pflege nach Art. 7 KLV) gegenüber der Krankenversicherung verrechenbar sein sollten, wenn diese durch die Bewohnerinnen und Bewohner selbst, d.h. ohne Hilfe des Pflegepersonals, angewandt würden. Am 13. März 2015 beantragte der Bundesrat die Ablehnung der Motion. In seiner Begründung führte er aus, bezüglich der Verrechnung von Pflegematerial sei zu unterscheiden, ob es sich um Material handle, welches für die Erbringung der Pflegeleistungen notwendig sei oder welches in den Geltungsbereich der Liste der Mittel und Gegenstände (MiGeL) falle. Das KVG sehe die Finanzierung der Pflegeleistungen nach Art. 7 KLV durch die OKP, die versicherte Person und die Kantone vor (Art. 25a KVG). Eine separate Verrechnung des Pflegematerials, das für die Erbringung der Pflegeleistungen notwendig sei, sei nicht vorgesehen. Das Material, das für die Erbringung der Pflegeleistungen nach Art. 7 Abs. 2 KLV notwendig sei, stelle daher – unabhängig davon, ob es auf der MiGeL gelistet sei oder nicht – einen Bestandteil der Pflegeleistungen dar. Die MiGeL sei einzig für die Vergütung der Mittel und Gegenstände vorgesehen, die auf ärztliche Anordnung von einer Abgabestelle abgegeben würden und von der versicherten Person selbst oder mit Hilfe einer nichtberuflich an der Untersuchung oder der Behandlung mitwirkenden Person angewendet würden (Art. 20 KLV). Die aktuelle Regelung entspreche aus Sicht des Bundesrates den Aufgaben der Pflegeheime. Eine Änderung des gesetzlichen Rahmens sei nicht notwendig. Am 14. Dezember 2016 bekräftigte Bundesrat Alain Berset im Nationalrat, dass das übrige Pflegematerial einen integralen Teil der von den Pflegeheimen erbrachten Pflegeleistungen darstelle – unabhängig davon, ob es auf der MiGeL figuriere. Die Gesetzgebung sehe für diesen Fall keine separate Rechnungstellung vor. Im Anschluss nahm der Nationalrat die Motion an. An ihrer Sitzung vom 27. März 2017 entschied die Kommission für Soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates, die Motion abzulehnen, da das Bundesverwaltungsgericht in seinem Grundsatzurteil C-1190/2012 das Hauptanliegen der Motion im Sinne der Urheberin geklärt habe, die Motion damit weitgehend erfüllt sei und sich der damit angestrebte Auftrag an den Bundesrat inzwischen erübrigt habe. An der Session des Ständerats vom 13. Juni 2017 verwies Ständerat Joachim Eder für die Kommission zunächst auf den Bericht und Antrag des Bundesrates vom 13. März 2015. Weiter führte er namentlich Folgendes aus: „Mit Urteil C-1190/2012 vom

2. Juli 2015 hat das Bundesverwaltungsgericht [...] entschieden, dass die Pflegeheime als solche sämtliche Nebenleistungen wie Arzt, Therapien, Medikamente, Mittel und Gegenstände usw. zulasten der obligatorischen Krankenversicherungen erbringen und abrechnen können. Als Folge dieses Grundsatzurteils [...] führen die Krankenversicherer aktuell denn auch Verhandlungen über entsprechende Pauschalen. So stehen diese seitens Tarifsuisse AG mit den kantonalen Pflegeheimverbänden Bern, Aargau und Zentralschweiz kurz vor dem positiven Abschluss. Mit Pauschalen soll und kann auch der Befürchtung bezüglich einer ungebremsten Mengenausweitung in diesem Bereich wirkungsvoll entgegengetreten werden.“ Aufgrund des erwähnten und rechtskräftigen Urteils des Bundesverwaltungsgerichtes sowie der dadurch angepassten Praxis beantrage die Kommission, die Motion abzulehnen. Es bestehe kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf mehr. Bundesrat Alain Berset schloss sich dieser Argumentation an und ersuchte den Ständerat die Motion abzulehnen, was dieser tat (vgl. zum Ganzen < <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20144292> >, abgerufen am 21.06.2017).

8.1.2 Anlässlich der Fragestunde vom 30. Mai 2016 richtete Nationalrat Jaques-André Maire die folgende Frage an den Bundesrat („Moyens et appareils médicaux. Remboursement du matériel fourni par les EMS“ [16.5172]): Tarifsuisse bestreite die Entschädigung von MiGeL-Material, wenn es durch Pflegeheime zur Verfügung gestellt („fourni“) werde und das Bundesverwaltungsgericht sei in dieser Frage angerufen worden. In Erwartung des Urteils hätten gewisse Kantone noch keine Tarifbeschlüsse gefasst, sodass das Material zu Lasten der Pflegeheimbewohner gehe, was – obwohl im Rahmen des KVG – Ungleichheiten zwischen den Versicherten schaffe. Liege es unter diesen Umständen nicht am Bund, eine juristische Sicherheit in der Tarifmaterie zu schaffen? Mit schriftlicher Antwort vom 6. Juni 2016 führte der Bundesrat aus, dass die Pflegeleistungen durch die Krankenversicherung, die versicherte Person und den Kanton finanziert würden. Eine separate Entschädigung von Pflegematerial, welches für das Erbringen von Pflegeleistungen notwendig sei, sei in der Gesetzgebung nicht vorgesehen. Dieses Material bilde einen integralen Teil der Pflegeleistungen. Angesichts des vor Bundesverwaltungsgericht hängigen Verfahrens wäre eine Intervention des Bundes, z.B. mittels Weisungen an die Krankenversicherer, nicht opportun (vgl. für das Ganze < <http://www.parlament.ch> >, abgerufen am 14.05.2017).

8.2

8.2.1 Mit Schreiben vom 7. November 2012 (Beschwerdebeilage 5) führte das BAG gegenüber tarifsuisse aus, dass betreffend die Verrechnung von Pflegematerial zu unterscheiden sei, ob es sich um Material handle, welches in den Bereich der Mittel- und Gegenständeliste (MiGeL) falle (Anwendung durch den Patienten oder die Patientin selbst – nach ärztlicher Anordnung) oder ob es sich um Material handle, welches für die Erbringung von Pflegeleistungen notwendig sei. Gemäss Kenntnisstand des BAG werde dieser Unterscheidung in der Praxis zu wenig Rechnung getragen. Handle es sich hingegen um Material, welches für die Erbringung von Pflegeleistungen nach Art. 7 Abs. 2 KLV notwendig sei, so stelle dieses Material – unabhängig davon, ob es auf der MiGeL gelistet sei oder nicht – einen Bestandteil der Pflegeleistungen dar. Die Finanzierung der Pflegeleistungen nach Art. 25a KVG bzw. die Beiträge nach Art. 7a KLV umfassten daher sowohl Lohn- wie auch Sachkosten.

8.2.2 In der Kommentierten Mittel- und Gegenstände-Liste (MiGeL) vom 1. Januar 2015 führte das BAG aus, die MiGeL enthalte grundsätzlich nur Mittel und Gegenstände, die von den Versicherten direkt oder allenfalls unter Beizug von nichtberuflich an der Untersuchung oder der Behandlung mitwirkenden Personen angebracht und/oder verwendet werden könnten (Art. 20 KLV). Nicht in der MiGeL enthalten seien demgegenüber andere Medizinprodukte wie beispielsweise Implantate. Deren Vergütung sei in den Tarifverträgen der entsprechenden Leistungserbringer geregelt. Hilfsmittel, welche nicht der Behandlung oder der Untersuchung im Sinne einer Überwachung der Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienten, sowie Produkte, die Wirkstoffe enthielten, seien ebenfalls nicht enthalten (Art. 20a Abs. 2 KLV; S. 5 der Kommentierten MiGeL). Mittel und Gegenstände, die im Rahmen einer medizinischen Behandlung durch einen Leistungserbringer nach Artikel 35 KVG (Arzt/Ärztin, Spital, Pflegefachperson oder andere medizinisch-therapeutische Fachpersonen wie Physiotherapeut/Physiotherapeutin) oder im Rahmen der Pflege in Pflegeheimen oder durch die Spitex angewandt werden, dürften nicht über die MiGeL abgerechnet werden (S. 6).

Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, schickte das BAG in der Kommentierten MiGeL voraus, dass seine darin enthaltenen Vorbemerkungen und Erläuterungen eine Dienstleistung seien und keinen rechtsverbindlichen Charakter hätten. Immerhin sind sie im Rahmen des vorliegenden Verfahrens als ergänzende Begründung der Fachbehörde mitzubersichtigen.

8.2.3 In seinem Fachbericht vom 23. September 2015 nahm das BAG zu den vorliegend strittigen Fragen Stellung (s. oben E. 6.6).

9.

9.1 In Bezug auf die rechtliche Beurteilung der Konstellationen A (Abgabe zur Selbstanwendung) und B (Applikation durch Pflegefachpersonen) ist vorweg Folgendes festzuhalten: Voraussetzung dafür, dass der Regierungsrat den Pflegeleistungsvertrag hinsichtlich verwendetes MiGeL-Pflegematerial gestützt auf Art. 47 Abs. 3 KVG verlängern durfte, ist zunächst, dass die entsprechende Leistungserbringung und deren Vergütung in den Anwendungsbereich von Art. 46 und 47 KVG fallen. Die vertragliche Tarifregelung und subsidiäre hoheitliche Tariffestsetzung im Sinne von Art. 46 und 47 KVG (inkl. Vertragsverlängerung gemäss Art. 47 Abs. 3 KVG) stellt den Regelfall der Tarif- bzw. Preisbildung im KVG dar. Von diesem Regelfall ist in den vom Gesetz bestimmten Fällen abzuweichen (s. oben E. 5.2.3). Wo das KVG Bestimmungen enthält, die gewisse Bereiche der Vergütung medizinischer Leistungen abschliessend regeln, können die Tarifpartner keine Tarifverträge nach Art. 46 KVG abschliessen und die Kantonsregierungen solche weder gemäss Art. 46 Abs. 4 KVG genehmigen noch gemäss Art. 47 Abs. 3 KVG verlängern. Eine subsidiäre Kompetenz der Kantonsregierungen, gestützt auf Art. 47 KVG hoheitlich einen (höheren, tieferen oder gleich hohen) Tarif festzusetzen, ist dann ebenfalls nicht gegeben (vgl. BVGE 2015/52 E. 6.5.6, 6.5.8 m.w.H.). Sollte sich im Folgenden erweisen, dass der Regierungsrat in Bezug auf die Konstellation A und/oder B keine Verlängerungskompetenz hatte, hätte er diesbezüglich auf das Verlängerungsgesuch des Beschwerdegegners nicht eintreten bzw. keinen auf Art. 47 Abs. 3 KVG gestützten materiellen (Verlängerungs-) Entscheid fällen dürfen.

9.2 In Bezug auf die Konstellation A (Abgabe zur Selbstanwendung) ist Folgendes auszuführen:

9.2.1 Den angegebenen Stellungnahmen des Bundesrats und des BAG als seine Fachbehörde (s. oben E. 8) ist zu entnehmen, dass sie davon ausgehen, dass – neben den Pflegeleistungsbeiträgen – eine zusätzliche Verrechnung für Pflegematerial möglich sei, *wenn es sich um Material handle, welches in den Geltungsbereich der MiGeL falle*. Die MiGeL sei – einzig aber immerhin – für die Vergütung der Mittel und Gegenstände vorgesehen, die auf ärztliche Anordnung von einer Abgabestelle (im Sinne von Art. 55 KVV) abgegeben und von der versicherten Person selbst oder mit

Hilfe einer nichtberuflich an der Untersuchung oder der Behandlung mitwirkenden Person angewendet würden (Art. 20 KLV). Dementsprechend stellte das BAG in seinem Fachbericht vom 23. September 2015 namentlich nicht in Frage, dass für Pflegeheimpatienten – unabhängig von der Abgabestelle dieser Produkte (z.B. das Pflegeheim) – eine Vergütung von Mitteln und Gegenständen gemäss MiGeL zulasten der OKP grundsätzlich zulässig ist. Das BAG führte (nur) aus, dass die Entschädigung für solches Nicht-Pflegefachmaterial ausserhalb der Pflegebeiträge zu erfolgen habe und deshalb bei deren Berechnung und Festsetzung nicht berücksichtigt worden sei. Bundesrat und BAG vertreten somit die Ansicht, dass ein Pflegeheim zur Abgabe von Mitteln und Gegenständen gemäss MiGeL berechtigt ist, soweit die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, besteht kein Anlass dazu in Bezug auf die Konstellation A (Abgabe zur Selbstanwendung) von dieser Beurteilung abzuweichen.

9.2.2 Das Bundesverwaltungsgericht ist in BVGE 2015/52 (E. 5.6 f. i.V.m. E. 6.5.2 ff.) zum Schluss gekommen, dass im Rahmen der neu geordneten Pflegefinanzierung – auf der kantonalen Pflegeheimliste gemäss KVG als Leistungserbringer zugelassene – Pflegeheime nicht nur Pflegepflichtleistungen, sondern auch andere OKP-Leistungen (sogenannte Pflegenebenleistungen) selbst erbringen und zulasten der Krankenversicherer abrechnen dürfen. Im Gegenzug sind die Versicherer dazu verpflichtet, diese Leistungen den Pflegeheimen zu vergüten. Zu diesen Pflegenebenleistungen, die grundsätzlich auch Pflegeheime zu Lasten der OKP erbringen können, zählte das Bundesverwaltungsgericht insbesondere auch Mittel und Gegenstände, die im Sinne von Art. 20 KLV von einer Abgabestelle nach Art. 55 KVV *abgegeben* werden und von der versicherten Person selbst oder mit Hilfe einer nichtberuflich an der Untersuchung oder der Behandlung mitwirkenden Person angewendet werden, falls die betroffenen Pflegeheime alle (zusätzlichen bzw. spezifischen) Voraussetzungen erfüllen, um die genannten Leistungen zulasten der OKP zu erbringen (vgl. E. 6.5.3 i.V.m. E. 6.5.9).

Es besteht kein Anlass dafür, von dieser Beurteilung abzuweichen. Dieser Grundsatz wird auch von den Beschwerdeführerinnen – unter Kenntnisnahme von BVGE 2015/52 – (zumindest) in ihren Schlussbemerkungen nicht (mehr) bestritten. Soweit das Gutachten dahingehend argumentiert, dass Pflegenebenleistungen, insbesondere auch Mittel und Gegenstände, von Pflegeheimen erbracht bzw. abgegeben werden dürfen, erübrigt es sich, darauf weiter einzugehen.

9.2.3 Wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht ausführen (s. oben E. 6.1.1, 6.7), handelt es sich beim Abgabevertrag nicht um einen Tarifvertrag im Sinne von Art. 46 KVG. Die Kantonsregierung hat somit keine Kompetenz, einen zwischen Abgabestelle und Krankenversicherern abgeschlossenen eigenständigen Abgabevertrag gestützt auf Art. 46 Abs. 4 KVG zu genehmigen. Dementsprechend fällt auch eine auf Art. 47 Abs. 3 KVG gestützte Verlängerung eines *eigenständigen* Abgabevertrages ausser Betracht, selbst wenn dieser gestützt auf Art. 46 Abs. 4 KVG genehmigt worden sein sollte.

Da ein eigenständiger Abgabevertrag nicht durch die Kantonsregierung hoheitlich genehmigt oder verlängert werden kann, können auch die in einem Tarifvertrag enthaltenen Abgabevertragselemente, welche einen eigenen Vertrag bilden und nicht (blosse) Modalitäten zur Umsetzung des Tarifvertrages regeln, nicht gestützt auf Art. 47 Abs. 3 KVG verlängert werden. Soweit der Pflegeleistungsvertrag Abgabevertragselemente enthielt, wurden diese mit dem Verlängerungsbeschluss nicht verlängert und sie traten Ende 2014 ausser Kraft. Damit bestand im vorliegend massgebenden Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember 2015 kein Abgabevertrag i.S.v. Art. 55 KVV, aus welchem die Mitglieder des Beschwerdegegners für die Abgabe von auf der MiGeL geführten Mitteln und Gegenständen gegenüber den Krankenversicherer (Beschwerdeführerinnen) einen Vergütungsanspruch ableiten könnten. Somit bestand kein Raum für eine auf Art. 47 Abs. 3 KVG gestützte Verlängerung des Pflegeleistungsvertrages, soweit dieser eine Vergütung für die Abgabe zur Selbstanwendung vorsah.

9.2.4 Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht in BVGE 2015/52 eine auf Art. 47 Abs. 3 KVG gestützte Regelung zur individuellen Vergütung der Abgabe von Mitteln und Gegenständen (nachfolgend: Einzelvergütung) als unzulässig beurteilt hat – dazu fehle der Kantonsregierung die Kompetenz (vgl. E. 6.5). Soweit in Anhang 4 des Pflegeleistungsvertrages (Art. 3) für gewisse MiGeL-Produktgruppen vorgesehen ist, dass sie zum MiGeL-Höchstvergütungsbetrag abzüglich 10 % separat in Rechnung gestellt werden können, liegt es nahe, darin – analog zu der in BVGE 2015/52 strittigen Regelung (MiGeL-Höchstvergütungspreis abzüglich 15 %) – die Vereinbarung eines Einzelvergütungstarifes zu erkennen, der ausserhalb der Kompetenz der Kantonsregierung liegt und daher vorliegend nicht durch die Vorinstanz gestützt auf Art. 47 Abs. 3 KVG hätte verlängert werden dürfen.

9.2.5 Im Sinne eines Zwischenresultats ist somit festzuhalten, dass der Regierungsrat nicht dazu berechtigt war, den Pflegeleistungsvertrag insoweit gestützt auf Art. 47 Abs. 3 KVG zu verlängern, als der Vertrag die Konstellation A (Abgabe zur Selbstanwendung) betrifft. Soweit die Parteien bzw. der Gutachter weitergehende bzw. abweichende Argumente vorbringen, vermögen diese nicht zu überzeugen.

9.3 In Bezug auf die Konstellation B (Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen) ist zunächst zu bemerken, dass unter Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen Pflegematerialien zu verstehen sind, ohne welche die betroffenen Pflegeleistungen gar nicht oder zumindest nicht KVG-konform erbracht werden können (vgl. Art. 25a Abs. 4 [„in der notwendigen Qualität, effizient und kostengünstig“] sowie Art. 32, 34 und 43 Abs. 6 KVG). Weiter ist in Bezug auf die Konstellation B Folgendes auszuführen.

9.3.1 Grundsätzlich ist unbestritten, dass auf der MiGeL geführte Mittel und Gegenstände auch im Rahmen eigentlicher Pflegeleistungen im Pflegeheim durch eine bzw. mit Hilfe einer Fachpersonen verwendet bzw. angewendet werden, und dass diese applizierten Materialien sowohl vor Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung am 1. Januar 2011 als auch danach in den Geltungsbereich des KVG gefallen und in dessen Rahmen finanziert worden sind. Auch das BAG und der Bundesrat gehen davon aus, dass die MiGeL-Produkte für OKP-Pflegeleistungen in Pflegeheimen verwendet werden, zumal sie ausgeführt haben, dass das Material, welches für die Erbringung der Pflegeleistungen nach Art. 7 Abs. 2 KLV notwendig sei – *unabhängig davon, ob es auf der MiGeL gelistet sei oder nicht* – einen Bestandteil der Pflegeleistungen darstelle (s. oben E. 8).

9.3.2 Gestützt auf Art. 25a Abs. 1, 3 und 4 KVG in Verbindung mit Art. 33 Bst. b, h und i KVV hat das EDI in Art. 7 KLV den *Leistungsbereich* umschrieben, in Art. 7a und 7b KLV die *OKP-Beiträge* festgesetzt und in Art. 8 KLV die *Bedarfsermittlung* geregelt (vgl. BGE 142 V 203 E. 6.2). E contrario steht es den Tarifparteien namentlich nicht zu, in Tarifverträgen gemäss Art. 46 KVG diesen *Leistungsbereich* auszudehnen oder die *OKP-Beiträge* zu erhöhen. Und der Kantonsregierung ist es versagt, einen entsprechenden Vertrag gemäss Art. 46 Abs. 4 KVG zu genehmigen oder einen genehmigten Vertrag nach Art. 47 Abs. 3 KVG zu verlängern. Soweit der umstrittene Pflegeleistungsvertrag im Resultat eine Ausdehnung des Leistungsbereichs und/oder eine Erhöhung der von der OKP an die Pflege zu leistenden Beiträge zur Folge hat, fehlte dem Regierungsrat die Kompetenz

den Vertrag zu verlängern. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber dem Bundesrat in Art. 25a Abs. 3 und 4 KVG ein grosses Ermessen zur Bestimmung der betroffenen Pflegeleistungen, des Bedarfsermittlungsverfahrens, der OKP-Beiträge, der Qualitätskontrollen und der Modalitäten eingeräumt hat (vgl. BVGE 2011/61 E. 6.10.3; vgl. auch EUGSTER, KVG-Kommentar, N. 9 zu Art. 25a KVG).

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

9.3.4 Das Bundesverwaltungsgericht wiederum hat in BVGE 2011/61 in Bezug auf die Finanzierung der Pflegeleistungen gemäss Art. 25a Abs. 1 KVG (ohne Akut- und Übergangspflege gemäss Art. 25a Abs. 2 KVG) ausgeführt, dass – unter Vorbehalt der Anwendung der Übergangsregelung für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2013 – mit der neuen Regelung, wonach das EDI mittels Verordnung einheitliche Beiträge der OKP an die Pflegeleistungen festsetzt, die bisherigen für diese Pflegeleistungen und die OKP-Kostenbeteiligung anhin geltenden Tarifbildungsbestimmungen (insb. Abschluss von Tarifverträgen durch Tarifpartner, Genehmigung dieser Verträge durch die Kantonsregierung und subsidiäre hoheitliche Festsetzungskompetenz der Kantonsregierung) keine Anwendung mehr fänden (vgl. BVGE 2011/61 E. 5, 6.1; vgl. auch BVGE 2015/52 E. 5.1.7.1).

9.4 Den angegebenen Stellungnahmen des Bundesrats und des BAG als seine Fachbehörde ist zu entnehmen, dass sie davon ausgehen, dass das Material, das für die Erbringung der Pflegeleistungen gemäss Art. 7 Abs. 2 KLV notwendig sei – unabhängig davon, ob es auf der MiGeL gelistet sei

oder nicht – einen integralen Bestandteil dieser in Pflegeheimen erbrachten Pflegeleistungen darstelle. Das KVG sehe die Finanzierung dieser Pflegeleistungen durch die OKP, die versicherte Person und die Kantone vor (Art. 25a KVG). Eine separate Verrechnung des Pflegematerials, das für die Erbringung dieser Pflegeleistungen notwendig sei, sei nicht vorgesehen. Die altrechtlich in Art. 9a Abs. 2 aKLV festgehaltenen Rahmentarife für die Pflegeleistungen hätten diejenigen Kosten umfasst, die zur Erbringung der Pflegeleistungen notwendig gewesen seien. Dazu habe insbesondere das Pflegematerial gehört. Die Definition der Pflegeleistungen habe mit der Neuordnung der Pflegefinanzierung keine grundsätzliche Anpassung erfahren. Geändert worden sei lediglich der Finanzierungsmodus.

Es besteht auch in Bezug auf die Konstellation B (Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen) kein Anlass, von dieser Beurteilung abzuweichen. Dabei gilt es namentlich zu berücksichtigen, dass die Vorinstanz und der Beschwerdegegner sich hauptsächlich auf das Gutachten Kieser stützen, wonach eine Kostenvergütungspflicht für Listen-Produkte auch dann bestehe, wenn die konkret betroffene versicherte Person diese nicht selbst (oder mit Hilfe einer nichtberuflich beteiligten Person) anwenden bzw. verwenden könne oder subsidiär die Verwendung eines Mittels oder Gegenstandes durch das Pflegeheim unter Art. 20a Abs. 2 KLV falle und sich die Vergütung aus einem (zusätzlichen) Tarifvertrag ergeben (müsse). Demgegenüber berufen die Beschwerdeführerinnen sich hauptsächlich auf den Wortlaut von Art. 20 und 20a KLV sowie auf BGE 136 V 84.

9.5 Zunächst ist zu prüfen, wie die Vergütung des Materials zur Applikation durch Pflegefachpersonen vor Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung am 1. Januar 2011 geregelt war, inwiefern daran mit Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung etwas geändert wurde und welche Schlüsse sich aus der historischen Entwicklung ziehen lassen.

9.5.1 Gemäss Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG in der bis Ende 2010 geltenden Fassung waren ärztlich angeordnete Pflegemassnahmen in Pflegeheimen grundsätzlich Pflichtleistungen der OKP 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, wobei Krankenversicherer – gemäss Art. 50 KVG in den bis 31. Dezember 2010 geltenden Fassungen – mit Pflegeheimen pauschale Vergütungen vereinbaren konnten. Da die Rah-

mentarife (aArt. 9a Abs. 2 KLV; in Kraft bis 31. Dezember 2010) nicht kostendeckend waren, wurde der Tarifschutz gemäss Art. 44 KVG in der Praxis nicht voll umgesetzt, was zu einer unbefriedigenden und intransparenten Situation führte (vgl. Urteile des BGer 2C_333/2012 vom 5. November 2012 E. 3.1; 2C_864/2010 vom 24. März 2011 E. 4.2; vgl. zum Ganzen BVGE 2015/52 E. 5.1.2, 6.4, je m.w.H.; BVGE 2011/61 E. 4.2 f. m.w.H.).

9.5.2 Bis zum 31. Dezember 2006 war der Bundesrat als Rechtsmittelbehörde für die Beurteilung von Beschwerden gegen KVG-Tariffestsetzungen zuständig. In seiner Rechtsprechung führte er aus, dass der Gesetzgeber eine Finanzierung von Pflegeheimen als Institutionen – im Gegensatz zu Spitälern – ausgeschlossen habe. Daher seien – wiederum im Gegensatz zu Spitälern – für die Festlegung eines Pflegepauschaltarifs nur jene Kosten des Pflegeheims zu erfassen und auf den Tarif abzuwälzen, die direkt mit dem Erbringen von in Art. 7 Abs. 2 KLV aufgeführten Pflegeleistungen verbunden seien (vgl. RKUV 2/3/1998 KV 27 S. 161 ff. E. II.5; RKUV 4/1999 KV 86 S. 371 ff. E. II.51; RKUV 2001 KV 186 [separat publiziert] E. II.4.1). Weiter führte er aus, dass die Rahmentarife lediglich die Pflegeleistungen gemäss Art. 7 KLV erfassten (vgl. RKUV 4/2006 KV 370 S. 257 ff. E. II.7.2.2). Auch wenn der Bundesrat mit dieser Rechtsprechung in erster Linie eine Abgrenzung gegenüber Spitälern bzw. gegenüber anderen OKP-Leistungen vornehmen wollte, lässt diese Rechtsprechung darauf schliessen, dass zu den (den Pflegeheimen für die Festlegung von Pflorgetarifen vergüteten) Kosten jene gehörten, die direkt mit dem Erbringen der eigentlichen Pflegeleistungen verbunden waren. Dazu gehörte offensichtlich auch das Pflegematerial, welches beim (OKP-konformen) Erbringen dieser Pflegeleistungen direkt verwendet wurde.

9.5.3 Voraussetzung für eine separate/zusätzliche Vergütung wäre gewesen, dass die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen eine separate OKP-Pflichtleistungskategorie dargestellt hätten, zu deren Abrechnung zulasten der Krankenversicherer die Pflegeheime als OKP-Leistungserbringer hätten berechtigt sein müssen (vgl. BVGE 2015/52 E. 5 [Ingress] mit Hinweis auf das Urteil des BVGer C–7498/2008 vom 31. August 2012 E. 5.4 m.w.H., auch publiziert in: Sozialversicherungsrecht Rechtsprechung [SVR] 2013 KV Nr. 10; vgl. auch BGE 142 V 316 E. 5.3, 6.3). Weder das KVG noch die dazugehörigen Verordnungen sahen eine solche Separierung der Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen als OKP-Leistung vor (vgl. vielmehr Art. 20a Abs. 2 KLV [in der ab 1. August 2007 geltenden Fassung] i.V.m. Art. 35 Abs. 2 Bst. k KVG, Art. 25 Abs. 2 KVG [in der bis 31. Dezember 2010 geltenden Fassung] und Art. 50 KVG

in der bis 31. Dezember 2010 geltenden Fassung). Etwas anderes wird von den Parteien nicht geltend gemacht.

9.5.4

9.5.4.1 Am 1. Januar 2011 trat die Neuordnung der Pflegefinanzierung in Kraft. Wie das Bundesgericht in BGE 141 V 446 ausgeführt hat (E. 5.1 m.w.H.), löste die Neuordnung der Pflegefinanzierung per 1. Januar 2011 das im Jahr 1998 als zeitlich befristete Massnahme eingeführte System mit Rahmentarifen auf Verordnungsebene ab (vgl. auch Botschaft vom 16. Februar 2005 zum Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung [BBl 2005 2033 ff., 2034, Übersicht]). In Anwendung der Rahmentarife erreichten die Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung keinen ausreichenden Kostendeckungsgrad; schätzungsweise betrug er 55-60 % (Votum Ständerätin Forster-Vanini, AB 2006 S 642). Mit der Neuordnung, welche nach dem Willen des Gesetzgebers unter Wahrung der Kostenneutralität für die Krankenversicherer eingeführt werden sollte, bezweckte der Gesetzgeber eine Umverteilung der Kostentragung, um die namentlich aus demographischen Gründen zunehmende Belastung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Bereich altersbedingter Pflegeleistungen zu begrenzen.

9.5.4.2 Im Einzelnen leistet die obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP) – vom EDI festgesetzte – Beiträge an die Pflegeleistungen, welche aufgrund einer ärztlichen Anordnung und eines ausgewiesenen Pflegebedarfs erbracht werden (Art. 25a Abs. 1 KVG). Darüber hinaus haben sich sowohl die Versicherten (bis zu höchstens 20 Prozent des höchsten vom Bundesrat festgesetzten Pflegebeitrages) als auch die öffentliche Hand an den Pflegekosten zu beteiligen (Art. 25 Abs. 5 Satz 1 KVG). Die Modalitäten der Restfinanzierung der Pflegekosten regeln die Kantone (Art. 25a Abs. 5 Satz 2 KVG). Dabei ändert diese kantonale Zuständigkeit nichts daran, dass der grundsätzliche Anspruch auf Übernahme der ungedeckten Pflegekosten durch die öffentliche Hand (Kanton oder Gemeinden) bundesrechtlicher Natur ist (BGE 140 V 58 E. 4.1). Ebenfalls allein Sache der Bundesgesetzgebung ist die abschliessende Normierung der Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Art. 24 KVG; vgl. zum Ganzen auch BVGE 2015/52 E. 5.1, 5.3, je m.w.H.; BVGE 2011/61 E. 4.3.2 m.w.H.; BGE 142 V 203 E. 6). Wie das Bundesgericht in BGE 141 V 446 weiter ausgeführt hat (E. 5.2), stellt die Neuordnung der Pflegefinanzierung den bis Ende 2010 gültig gewesenen Leistungsumfang nicht in Frage, son-

dem regelt im dargelegten Sinn die Aufteilung der Pflegekosten auf verschiedene Kostenträger. Unverändert blieb insbesondere der Begriff der Pflegeleistungen (Art. 25a Abs. 3 KVG; EUGSTER, a.a.O., N. 7 zu Art. 25a; vgl. zum Ganzen auch BVGE 2015/52 E. 5.3; BVGE 2011/61 E. 5.2). Insbesondere wurden im Rahmen der Neuordnung der Pflegefinanzierung weder im KVG noch in den Verordnungen die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen als neue, separate OKP-Pflichtleistungskategorie abgetrennt. Es scheint auch keineswegs naheliegend, im Rahmen einer Revision, die einzig die Neuordnung der Finanzierung der Pflegepflichtleistungen zum Ziel hatte, eine neue Leistungskategorie zu schaffen und die Pflegeheime diesbezüglich als Leistungserbringer zulasten der OKP zuzulassen. Hätten Gesetzgeber und Verordnungsgeber dies gewollt, hätten sie im Rahmen der Neuordnung der Pflegefinanzierung eine entsprechende Normenänderung vorgenommen (vgl. analog BVGE 2015/52 E. 5.6).

9.5.4.3 Dies indiziert, dass die altrechtlich vorgesehene Vergütung der Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen im Rahmen der Pflege tarife (und nicht separat z.B. über die MiGeL) beibehalten wurde und daher die Vergütung der Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen im Rahmen des ordentlichen Finanzierungssystems der neu geordneten Pflegefinanzierung, also insgesamt durch die drei Kostenträger erfolgt. Weder in Gesetz noch in Verordnung ist vorgesehen, dass die Beteiligung an den Pflegeleistungen durch eine Aufteilung der Pflegeleistungen in verschiedene Kostenfaktoren oder -elemente erfolgt, insbesondere dass die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen (ausschliesslich) zu Lasten der Krankenversicherer gehen sollten. Stattdessen sehen Art. 25a Abs. 1 und 5 KVG eine (rein) rechnerische Aufteilung der Übernahme der Pflegekosten vor und die Kantone bzw. die öffentliche Hand übernehmen die verbleibenden Restkosten. Im Rahmen der Neuordnung der Pflegefinanzierung wird somit nicht davon ausgegangen, dass die OKP-Pflegebeiträge kostendeckend sind. Das wird bereits aus dem Trias der Kostenträger ersichtlich, aber auch daraus, dass beim vorgeschriebenen kostenneutralen Übergang zur neuen Pflegefinanzierung der Deckungsgrad ungefähr gleich bleiben und die Pflegebeiträge dementsprechend 55-60 % der Pflegekosten decken sollten. Somit haben die Pflegeheime zwar einen Anspruch auf Vergütung der Pflegekosten, wozu – wie sich im Folgenden ergibt – auch die Kosten für Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen zu zählen sind. Der Anspruch bezieht sich aber (nur) auf eine grundsätzliche Vergütung durch die Gesamtheit der drei Kostenträger. Insbesondere können die Pflegeheime nicht verlangen, dass die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen von den Krankenversicherern

vergütet werden – auch nicht im Rahmen der vom EDI festgesetzten Beiträge. Anders gesagt: Die Aufteilung ist eine rechnerische, keine sachliche. Welche weiteren Posten neben dem Material zur Applikation durch Pflegefachpersonen zu den von der besagten Trias zu finanzierenden Pflegekosten gehören, ist vorliegend nicht zu beantworten. Auch nicht zu prüfen ist, inwiefern die Neuordnung der Pflegefinanzierung den Pflegeheimen faktisch finanzielle Nachteile bringt, wie die Vorinstanz und der Beschwerdegegner geltend machen (s. oben E. 6.3 f.).

Ebenso wenig ist zu prüfen, welche Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt sein müssen – sowohl vom Sachverhalt her als auch von der kantonalen Ausgestaltung der Restfinanzierung –, damit gewährleistet ist, dass im Einzelfall die ganzen Pflegekosten vergütet werden. Diesbezüglich kann an das grosse Ermessen erinnert werden, über welches der Bundesrat namentlich bei der Festsetzung der Pflegebeiträge verfügt (s. oben E. 9.3.2).

Immerhin steht es den Pflegeheimen und den Versicherern offen, Streitigkeiten betreffend Pflegeleistungen dem kantonalen Schiedsgericht gemäss Art. 89 Abs. 1 KVG zu unterbreiten (vgl. BGE 142 V 203 E. 9.3.2 mit Hinweis auf BVGE 2011/61 E. 5.4.1, 5.4.2, 6.1 ff., 6.10.5). Dabei können sie z.B. vorfrageweise auch eine allfällige Gesetzeswidrigkeit der Höhe der vom EDI festgesetzten Pflegebeiträge geltend machen (vgl. analog BVGE 2011/61 E. 6.10.5). Eine (direkte) Anfechtung der Pflegebeiträge vor Bundesverwaltungsgericht ist hingegen ausgeschlossen (vgl. BVGE 2011/61 E. 5, 6.1; vgl. auch BVGE 2015/52 E. 5.1.7.1).

9.5.4.4 Weiter kann festgehalten werden, dass von den drei (hauptsächlich) in der Schweiz verwendeten Pflegebedarfssystemen (s. BVGE 2011/61 E. 4.2.2) mindestens BESA (weiterhin) vorsieht, dass der Einsatz von Geräten und Hilfsmitteln während der Durchführung der Pflegeleistungen in den Pflegeleistungen enthalten sind.

9.5.4.5 Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die primäre Aufgabe von Pflegeheimen vor und nach Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung im Erbringen von Pflegeleistungen im Sinne von Art. 25a KVG liegt. Die Pflegeheime verfügen über dementsprechend ausgerichtete Strukturen, Abläufe, Kosten- und Ertragssysteme (vgl. BVGE 2015/52 E. 6.6.7.3 am Ende). Die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen sind ein integraler Teil dieser Pflegeleistungen.

9.6 In Bezug auf den Konnex zwischen Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen und den Pflegeleistungen, für welche sie verwendet werden, ist ergänzend Folgendes auszuführen:

9.6.1 In BGE 142 V 203 (Urteil 9C_466/2015 vom 24. März 2016; auch publiziert als SVR 2016 KV Nr. 18) hatte das Bundesgericht folgenden Sachverhalt zu beurteilen: Die Kantone Genf, Jura, Neuenburg und Waadt regelten 1997/98 in einer interkantonalen Vereinbarung die Anwendung der Methode PLAISIR (Planification Informatisée des Soins Infirmiers Requis) für die Messung des Pflegeaufwandes im Pflegeheim. Die für PLAISIR zuständige technische Kommission passte die „Communication au sujet du bénéficiaire“ (CSB; Kommunikation betreffend den Leistungsempfänger; nachfolgend Kommunikationsleistungen CSB) von PLAISIR im Hinblick auf die neue Pflegefinanzierung per 1.1.2011 an: Die Kommunikationsminuten wurden proportional zum Pflegeaufwand ausgestaltet und in das Total der Pflichtleistungen integriert. Im Durchschnitt umfassten die CSB 11,5 Minuten pro Pfl egetag und wurden pauschal in Rechnung gestellt. Eine Krankenkasse verweigerte 2011 die Zahlung der Kommunikationsleistungen CSB an das Pflegeheim mit dem Argument, die CSB seien keine Pflichtleistung des KVG. Das angerufene Schiedsgericht des Kantons Neuenburg entschied in zwei Urteilen, dass die CSB grundsätzlich Pflichtleistungen seien und die Krankenkasse die vom Pflegeheim verlangte Summe zahlen müsse, da die als CSB geschuldeten Leistungen nicht vertraglich geregelt worden seien (und die Kasse die für die betroffenen Versicherten in Rechnung gestellten Beträge nicht bestritten habe).

Das Bundesgericht prüfte, ob die Kommunikationsleistungen (CSB) Pflichtleistungen der OKP seien. Dazu führte es aus (E. 6.1), gemäss Art. 24 KVG übernehme die OKP die Kosten für die Leistungen gemäss Art. 25-31 KVG nach Massgabe der in den Art. 32-34 KVG festgelegten Voraussetzungen. Mit Inkrafttreten der Neuordnung der Pflegefinanzierung in Art. 25a KVG am 1. Januar 2011 seien die Pflegeleistungen bei Krankheit, wie sie in dieser Bestimmung geregelt seien, von der allgemeinen Kostenübernahme gemäss Art. 25 KVG ausgeschlossen worden. Weiter führte das Bundesgericht aus, der Bundesrat habe dem Departement des Innern (EDI) mit Art. 33 Bst. b, h und i KVV die Aufgabe übertragen, die obligatorischen Pflegeleistungen, das Verfahren der Bedarfsermittlung und den in Artikel 25a Absätze 1 und 4 des Gesetzes vorgesehenen und nach Pflegebedarf differenzierten Beitrag an die Pflegeleistungen zu bezeichnen. Auf der Basis dieser Kompetenznorm habe das EDI in Art. 7 KLV den Leistungsbereich umschrieben, in Art. 7a und 7b KLV die OKP-Beiträge festgesetzt

und in Art. 8 KLV die Bedarfsermittlung geregelt. Die Auflistung in Art. 7 Abs. 2 KLV der Leistungskategorien, welche die OKP vergüte ([im Wortlaut der dort intertemporal massgeblichen Fassung des Jahres 2011:] Massnahmen der Abklärung und Beratung, Massnahmen der Untersuchung und Behandlung sowie Massnahmen der Grundpflege), sei abschliessend. Die Ergänzung um zusätzliche Leistungen wäre mit diesem abschliessenden Charakter des Leistungskatalogs inkompatibel (vgl. E. 6.2, 7.2.3, 8.2.1). Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass, obwohl nicht alle Kommunikationsleistungen CSB im Leistungskatalog von Art. 7 Abs. 2 KLV genannt würden, sie dann für die Bemessung des Pflegeaufwandes zu berücksichtigen seien, wenn sie im Zusammenhang mit der Ausführung von Pflegeleistungen stünden, die im Rahmen von Art. 25a Abs. 1 KVG erbracht würden bzw. wenn die einzelnen Kommunikationsleistungen in Bezug auf die einzelnen Pflegeleistungen (gemäss Art. 7 Abs. 2 KLV) als notwendig (*nécessaire*), unabdingbar (*indispensable*), untrennbar damit verbunden (*indissociable*; *intrinsèquement liées*) oder zumindest von Nutzen (*utilité*) seien (vgl. E. 7.2.1, 8.1.1, 8.2.2, 8.2.4).

9.6.2 Aus BGE 142 V 203 ergibt sich somit, dass auch unterstützende Leistungen, ohne die die gelisteten Pflichtleistungen gar nicht erbracht werden könnten, zu den Pflichtleistungen gemäss Art. 25a KVG bzw. Art. 7 Abs. 2 KLV gehören. Dies auch wenn die unterstützenden Leistungen nicht wörtlich aufgeführt sind (vgl. auch die Urteilsbesprechung ANNETTE JAMIESON, JACQUES MOULLET, Sozialversicherungsrecht Nr. 89, Urteil Bundesgericht, II. sozialrechtliche Abteilung, vom 24. März 2016 [9C_466/2015, publiziert als BGE 142 V 203], in: *Pflegerecht* 2017, S. 112 ff.).

9.6.3 Da die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen definitionsgemäss für das Erbringen der OKP-pflichtigen Pflegeleistungen gemäss Art. 7 Abs. 2 KLV notwendig bzw. untrennbar damit verbunden sind (s. oben E. 9.3 Ingress), sind sie ausgehend von BGE 142 V 203 den jeweiligen einzelnen Pflegeleistungen gemäss Art. 7 Abs. 2 KLV zuzuordnen und gelten mit der Vergütung dieser Pflegeleistungen als abgegolten.

9.6.4 Diese Folgerung wird durch BGE 137 V 31 E. 2.3 bekräftigt. In jenem Urteil hatte das Bundesgericht ausgeführt, dass die Tatbestände von Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG und Art. 25 Abs. 2 Bst. b KVG (dort i.V.m. Art. 20 KLV) sich in Bezug auf ein- und dasselbe Leistungselement als Rechtsgrund der Leistungspflicht gegenseitig ausschliessen. So sei es systemwidrig und unlogisch, die Anpassung („samt Eingliederung und Instruktion“)

eines Gegenstands, der selbst nicht leistungspflichtig sei, der obligatorischen Kostenvergütung zu unterstellen. Dass Art. 25 Abs. 2 Bst. a für von Pflegeheimen erbrachte Pflegeleistungen per 1. Januar 2011 in den Art. 25a KVG überführt wurde (s. oben E. 5.3), lässt in diesem Zusammenhang darauf schliessen, dass die Tatbestände von Art. 25a KVG und Art. 25 Abs. 2 Bst. b KVG sich in Bezug auf ein- und dasselbe Leistungselement als Rechtsgrund der Leistungspflicht gegenseitig ausschliessen.

9.7 Aus systematischer Sicht ist Folgendes festzuhalten:

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

9.7.2 Gemäss Art. 25a Abs. 4 KVG ist für die Bemessung der Pflegebeiträge (gemäss Art. 25a Abs. 1 KVG) der Aufwand nach Pflegebedarf für Pflegeleistungen, die in der notwendigen Qualität, effizient und kostengünstig erbracht werden, massgebend. Diese Pflegeleistungen werden einer Qualitätskontrolle unterzogen (Art. 25a Abs. 4 dritter Satz KVG). Zudem sind gemäss Art. 50 KVG die Absätze 7 und 8 von Artikel 49 KVG (die die notwendigen Führungsinstrumente umschreiben, welche insbesondere eine Beurteilung der Wirtschaftlichkeit und Betriebsvergleiche ermöglichen sollen) sinngemäss auf Pflegeheime anwendbar. Werden die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen in den Kreis der Pflegeleistungen gemäss Art. 25a Abs. 1 KVG einbezogen, erlaubt dies eine fundierte

Beurteilung der Qualität, Effizienz und Kostengünstigkeit der erbrachten Pflegeleistungen. Wären nur die Personalleistungen und -kosten unter diesen Pflegeleistungen zu subsumieren, wie der Beschwerdegegner geltend macht, würden sich Kontrolle und Vergleich auf diese Elemente beschränken. Es ist weiter davon auszugehen, dass den Pflegefachpersonen nicht nur eine einzige Pflegeoption zur Verfügung steht und damit die Verwendung bestimmter Mittel und Gegenstände nur je nach Pflegeoption notwendig wird. Werden auch die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen einbezogen, kann sich aus Kontrolle und Vergleich ergeben, dass ein Pflegeheim Personalaufwand und Einsatz von Pflegematerialien besser steuert als ein anderes.

9.7.3 Gemäss Art. 25a Abs. 1 KVG leistet die OKP einen Beitrag an die Pflegeleistungen, welche *aufgrund einer ärztlichen Anordnung und eines ausgewiesenen Pflegebedarfs* [...] im Pflegeheim erbracht werden. Gemäss Art. 8 Abs. 3 KLV erfolgt die Bedarfsabklärung durch den Arzt (Art. 9 Abs. 2 KLV). Dieser Pflegebedarf gilt als ärztliche Anordnung oder als ärztlicher Auftrag. Gemäss Art. 9 Abs. 2 KLV müssen die Leistungen der Pflegeheime nach Art. 7 Abs. 2 KLV nach dem Pflegebedarf in Rechnung gestellt werden. Gemäss Art. 25 Abs. 2 Bst. b KVG umfassen die Leistungen gemäss Art. 25 Abs. 1 KVG die *ärztlich [...] verordneten* [...] der Untersuchung oder Behandlung dienenden Mittel und Gegenstände. Gemäss der Grundsatzbestimmung in Art. 20 KLV setzt die Leistung einer Vergütung an Mittel und Gegenstände eine *ärztliche Anordnung* voraus.

Somit sehen Gesetz und Verordnung für einen Vergütungsanspruch sowohl betreffend OKP-Pflegeleistungen als auch für Listen-Produkte eine (eigene) ärztliche Anordnung bzw. einen ärztlichen Auftrag voraus. Es ist davon auszugehen, dass die ärztliche Anordnung oder der ärztliche Auftrag gemäss Art. 8 KLV auch die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen umfasst, die zur Deckung des Pflegebedarfs verwendet werden. Davon wäre hingegen nicht auszugehen, wenn Listen-Produkte und Pflegeleistungen separat zu behandeln und zu vergüten sein sollten. Dann wäre für beides eine eigenständige ärztliche Anordnung (oder ein ärztlicher Auftrag) notwendig, was zu gewissen Doppelspurigkeiten führen würde, die der Ordnungsgeber kaum beabsichtigt hat und mit einer entsprechenden Regelung im Rahmen der Bestimmungen betreffend Krankenpflege ambulant oder im Pflegeheim (Art. 7-9 KLV) hätte vermeiden können.

9.8 Die historische Entwicklung, der enge Konnex zwischen den Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen und den OKP-Pflegeleistungen, für welche sie verwendet werden, und die Systematik der Neuordnung der Pflegefinanzierung führen somit zum Schluss, dass die Kosten für die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen in der im Rahmen der neuen Pflegefinanzierung erfolgenden Vergütung der OKP-Pflegeleistungen eingeschlossen sind. Soweit die Parteien bzw. der Gutachter weitergehende bzw. abweichende Argumente vorbringen, vermögen diese nicht zu überzeugen.

9.9

9.9.1 Die Parteien und das Gutachten Kieser beziehen sich in Bezug auf die Konstellation B verschiedentlich auf Art. 20 und 20a KLV. Insbesondere argumentiert das Gutachten Kieser subsidiär, dass die Verwendung eines Mittels oder Gegenstandes durch das Pflegeheim unter Art. 20a Abs. 2 KLV falle und sich die Vergütung aus einem (zusätzlichen) Tarifvertrag ergeben (müsse). Darauf ist im Folgenden einzugehen.

9.9.2 Zunächst sind die Verordnungsbestimmungen im Wortlaut wiederzugeben:

Artikel 20 KLV (in der bis 31. Juli 2007 geltenden Fassung) lautete wie folgt:

Art. 20 Liste der Mittel und Gegenstände

- 1 Die der Untersuchung oder Behandlung dienenden Mittel und Gegenstände, für welche die Versicherung eine Vergütung zu leisten hat, sind im Anhang 2 nach Produktgruppen und Anwendungsarten aufgeführt.
- 2 Mittel und Gegenstände, die in den Körper implantiert werden, sind in der Liste nicht aufgeführt. Ihre Vergütung wird mit der entsprechenden Behandlung in den Tarifverträgen geregelt.
- 3 [...]

Am vorliegend massgebenden 1. Januar 2015 (s. oben E. 5.1) lauteten Art. 20 KLV (in der seit 1. August 2007 geltenden Fassung) und der per 1. August 2007 neu eingefügte Art. 20a KLV wie folgt:

Art. 20 Grundsatz

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. 20a Liste der Mittel und Gegenstände

- 1 Die Mittel und Gegenstände sind in Anhang 2 nach Arten und Produktgruppen aufgeführt.
- 2 Mittel und Gegenstände, die in den Körper implantiert werden oder von Leistungserbringern nach Artikel 35 Absatz 2 KVG im Rahmen ihrer Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung verwendet werden, sind in der Liste nicht aufgeführt. Die Vergütung wird mit der entsprechenden Untersuchung oder Behandlung in den Tarifverträgen geregelt.
- 3 [...]

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

Der seit 1. August 2007 in Kraft stehende, aArt. 20 KLV ersetzende, ebenfalls auf Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG fussende Art. 20a Abs. 1 KLV hält (wie aArt. 20 Abs. 1 KLV) den Grundsatz fest, dass die Mittel und Gegenstände in Anhang 2 nach Arten und Produktgruppen aufgeführt sind. Die Sonderregelung des aArt. 20 Abs. 2 KLV ist in Art. 20a Abs. 2 neu dahingehend ergänzt worden, dass als nicht in der Liste aufgeführte Mittel und Gegenstände auch solche gelten, die von Leistungserbringern nach Artikel 35 Absatz 2 KVG im Rahmen ihrer Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung verwendet werden (Satz 1). Ihre Vergütung wird, wie bei Körperimplantaten, mit der entsprechenden Untersuchung oder Behandlung in den Tarifverträgen geregelt (Satz 2) (vgl. BGE 136 V 84 E. 2.3.2). Zweck von Art. 20a KLV (bzw. aArt. 20 Abs. 2 KLV) ist hauptsächlich, implantierte oder nur von fachkundiger Hand anwendbare Mittel und

Gegenstände von der Positivlistenpflicht bzw. der (MiGeL-)Festbetragsregelung gemäss Art. 24 Abs. 1 KLV auszuklammern (vgl. Urteil des BGer 9C_216/2012 vom 18. Dezember 2012 E. 4; EUGSTER in SBVR 2016, Rz. 735; EUGSTER in SBVR 2007, Rz. 626). Dass ein Produkt nicht unter die Positivleistungspflicht gemäss MiGeL fällt, schliesst somit – wie die Parteien zu Recht annehmen – nicht aus, dass es auf der MiGeL aufgelistet sein und im Rahmen der Fachpflege verwendet werden *kann*.

9.9.4 Für die Abgrenzung von Mitteln und Gegenständen, die als Selbstanwendung unter Art. 20 und Art. 20a Abs. 1 KLV und damit unter die Positivlistenpflicht gemäss MiGeL fallen einerseits, und nicht listenpflichtigen Mitteln und Gegenständen der Fachapplikation gemäss Art. 20a Abs. 2 KLV i.V.m. Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG andererseits, ist entscheidend, wer das betreffende Produkt als *Endverbraucher* anwendet oder verwendet. Ist die Patientin/der Patient gleichzeitig Endverbraucherin/Endverbraucher des Produkts und kann diese/r das Produkt schliesslich allein oder mit Hilfe einer nichtberuflich mitwirkenden Person anwenden, handelt es sich um der Positivlistenpflicht gemäss MiGeL unterliegende Mittel und Gegenstände gemäss Art. 20 KLV und Art. 20a Abs. 1 KLV i.V.m. Art. 25 Abs. 2 Bst. b KVG. Wird das Produkt durch den Leistungserbringer nach Art. 35 Abs. 2 KVG angewandt oder verwendet (vorbehalten bleiben Körperimplantate, die hier nicht zur Diskussion stehen), fällt es unter Art. 20a Abs. 2 KLV und damit nicht unter die Positivlistenpflicht gemäss MiGeL. Wird ein Produkt, das durch den Leistungserbringer nach Art. 35 Abs. 2 KVG angewandt oder verwendet wurde (und damit unter Art. 20a Abs. 2 KLV fiel), ab einem bestimmten Behandlungszeitpunkt durch die versicherte Person selber (allenfalls mit Hilfe einer nichtberuflich mitwirkenden Person; vgl. Art. 20 KLV) angewendet und genutzt, fällt es definitionsgemäss aus dem Geltungsbereich von Art. 20a Abs. 2 KLV heraus und damit in den Anwendungsbereich von Art. 20 und 20a Abs. 1 KLV (vgl. BGE 136 V 84 E. 4.2.3, 4.3.2.1). Massgebend ist somit die *konkrete* Anwendung bzw. Verwendung des Produkts im jeweiligen Einzelfall und nicht – wie im Gutachten Kieser vertreten – ob (abstrahiert vom Einzelfall) eine Anwendung bzw. Verwendung der versicherten Person – allenfalls mit Hilfe einer nichtberuflich mitwirkenden Person – *nicht grundsätzlich* ausgeschlossen ist. Dies indiziert, dass Material zur Applikation durch Pflegefachpersonen definitionsgemäss nicht unter das MiGeL-Festpreissystem i.S.v. Art. 20, 20a Abs. 1 und 24 KLV i.V.m. Art. 25 Abs. 2 Bst. b KVG fällt.

9.9.5 Wie bereits ausgeführt, wurde mit der Einführung der Neuordnung der Pflegefinanzierung die gesetzliche Basis für die OKP-Vergütung der

von Pflegeheimen erbrachten Pflegeleistungen aus Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG herausgelöst und in den neu geschaffenen Art. 25a KVG transferiert. Damit entfiel per 1. Januar 2011 Art. 25 Abs. 2 Bst. a KVG als gesetzliche Basis für Art. 20a Abs. 2 KLV, was die Verwendung von Material zur Applikation durch Pflegefachpersonen in Pflegeheimen betraf. Die gesetzliche Basis für Art. 20a Abs. 2 KLV findet sich entsprechend dem vorgenommenen Transfer neu in Art. 25a KVG. Anders als die altrechtliche Pflegefinanzierungsordnung, in welche Art. 20 Abs. 2 KLV sich nahtlos einfügte (s. oben E. 9.5.3), sieht die in Art. 25a KVG geregelte neue Ordnung der Pflegefinanzierung vor, dass die OKP-Pflegeleistungen von drei Finanzträgern finanziert werden, wobei eine zusätzliche Regelung der Finanzierung der OKP-Pflegeleistungen nicht vorgesehen ist. Soweit Mittel und Gegenstände für OKP-Pflegeleistungen von Pflegeheimen verwendet werden, fehlt es an einer gesetzlichen Regelung, um – wie dies Art. 20a Abs. 2 Satz 2 KLV vorsieht – die Vergütung dieser Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen in Tarifverträgen zu regeln. Zur gutachterlichen Einschätzung, dass gestützt auf Art. 20a Abs. 2 KLV mittels Tarifvertrag nicht nur die Höhe einer allfälligen Vergütung sondern auch die OKP-Vergütungspflicht gewisser Leistungen oder Materialien geregelt werden könne (vgl. Gutachten S. 43), ist Folgendes festzuhalten: Aus der ausdrücklichen Erwähnung einer bestimmten Leistung oder eines bestimmten Produkts in einem (Tarif-)Vertrag lässt sich keine obligatorische Leistungspflicht – namentlich auch nicht gestützt auf Art. 20a Abs. 2 KLV – ableiten. Der Umstand, dass eine bestimmte Leistung oder ein bestimmtes Produkt in einem (OKP-)Tarifvertrag aufgenommen wurde, lässt wohl darauf schliessen, dass die Vertragsparteien eine diesbezügliche gesetzliche Übernahmepflicht angenommen haben; für die Gerichte ist dies jedoch nicht bindend (vgl. für viele BGE 136 V 84 E. 4.1). Somit kann mit dem Pflegeleistungsvertrag – auch unter Berufung auf Art. 20a Abs. 2 KLV – keine neue, zusätzlich zu entschädigende OKP-Leistung begründet werden.

9.10 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen (Konstellation B) im Rahmen der neu geordneten Pflegefinanzierung über die in Art. 7a Abs. 3 KLV genannten Pauschalbeiträge abgegolten werden. Damit hat der Regierungsrat, soweit er den Pflegeleistungsvertrag in Bezug auf die Vergütung der Materialien zur Applikation durch Pflegefachpersonen verlängert hat, seine Kompetenzen überschritten, und der angefochtene Verlängerungsbeschluss ist rechtswidrig. Soweit die Parteien bzw. der Gutachter weitergehende bzw. abweichende Argumente vorbringen, vermögen diese nicht zu überzeugen.

10.

Der angefochtene Beschluss ist somit insofern aufzuheben, als damit der Pflegeleistungsvertrag in Bezug auf die Konstellationen A und B verlängert wird. Dementsprechend ist der Beschluss, soweit damit die in Art. 8 des Pflegeheimvertrages in Verbindung mit Anhang 4 vereinbarten zusätzlichen Vergütungen für Mittel und Gegenstände verlängert wurden, im Sinne der Erwägungen 7, 9.2.5, 9.10 und 10 aufzuheben. Da der Streitgegenstand auf diese Frage eingeschränkt ist (s. oben E. 2.3), entspricht dies einer vollständigen Gutheissung der Beschwerde.

11.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist auf die weiteren erhobenen Rügen sowie auf die von den Parteien vorgebrachten Argumente nicht näher einzugehen. Insbesondere kann offen bleiben:

- ob die in Art. 7a Abs. 3 KLV festgesetzten Pflegebeiträge und die Berechnungen, auf denen sie beruhen, gesetzeskonform sind;
- ob – und allenfalls mit welchen Überlegungen – tarifsuisse und/oder A._____ den Antrag vom 16. November 2012 auf (erstmalige) Genehmigung des Pflegeleistungsvertrages (Vorakte 1) in *Kenntnis* des Schreibens des BAG vom 7. November 2012 (Beschwerdebeilage 5) gestellt haben;
- ob die angefochtene Vertragsverlängerung gegenüber dem Vorjahr finanzielle Auswirkungen – zum Vorteil des Kantons B._____ – hatte;
- ob – wenn der Regierungsrat grundsätzlich die Kompetenz hätte, den Pflegeleistungsvertrag zu verlängern – die (übrigen) Voraussetzungen zu einer solchen auf Art. 47 Abs. 3 KVG abgestützten Vertragsverlängerung erfüllt wären;
- welche Auswirkungen es hat, wenn Pflegeheime keine zwischen der Abgabe und der Verwendung von Mitteln und Gegenständen differenzierende Finanzdaten vorlegen können.

12.

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und die Parteientschädigung.

12.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 und Abs. 3 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei,

weshalb dem unterliegenden Beschwerdegegner Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 4'000.- aufzuerlegen sind. Den obsiegenden Beschwerdeführerinnen sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- ist ihnen zurückzuerstatten. Der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

12.2 Die ganz oder teilweise obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG in Verbindung mit Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 Abs. 1 VGKE). Gemäss Art. 9 Abs. 1 VGKE umfassen die Kosten der Vertretung: a) das Anwaltshonorar oder die Entschädigung für eine nichtanwaltliche berufsmässige Vertretung; b) die Auslagen, namentlich die Kosten für das Kopieren von Schriftstücken, die Reise-, Verpflegungs- und Unterkunftskosten, die Porti und die Telefonspesen; c) die Mehrwertsteuer für die Entschädigungen nach den Buchstaben a und b, soweit eine Steuerpflicht besteht und die Mehrwertsteuer nicht bereits berücksichtigt wurde. Nicht unter dem Titel der Vertretung entschädigt werden die nicht berufsmässige Vertretung, welche etwa aus Gefälligkeit erfolgt, desgleichen, wenn der Vertreter oder die Vertreterin in einem Arbeitsverhältnis zur Partei steht (Art. 9 Abs. 2 VGKE). Im Verfahren vor Bundesgericht wird eine Parteientschädigung regelmässig nur anwaltlich vertretenen Parteien zugesprochen, nicht dagegen Parteien, die von ihrem Rechtsdienst vertreten wurden. Ebenfalls keine Parteientschädigung ist einer Partei zuzusprechen, die zwar konzernintern eine jährliche Management Fee leistet, aber nicht substantiiert oder gar nachweist, dass die Vertretung im Beschwerdeverfahren Einfluss auf die geschuldete Management Fee hat (vgl. Urteil des BVGer C-5901/2013 vom 2. Juni 2016 E. 6.2.3 f.).

Ursprünglich wurden im vorliegenden Beschwerdeverfahren sämtliche Beschwerdeführerinnen durch tarifsuisse vertreten. Im Verlauf des Verfahrens liessen die Beschwerdeführerinnen 38, 43 und 45 sich neu durch die Beschwerdeführerin 1 vertreten, während letztere sich nicht mehr vertreten liess. In keinem Zeitpunkt des Verfahrens wurden die Beschwerdeführerinnen unmittelbar oder mittelbar anwaltlich vertreten. Weder ist aktenkundig noch wird geltend gemacht, dass die Beschwerdeführerinnen tarifsuisse bzw. die Beschwerdeführerin 1 für die Vertretung im vorliegenden Beschwerdeverfahren entschädigt haben oder dass ihnen sonstige notwendige und verhältnismässig hohe Kosten erwachsen sind. Vielmehr begründen die Beschwerdeführerinnen ihr Rechtsbegehren Nr. 4 („Unter Kosten-

und Entschädigungsfolge“) nicht. Daher ist ihnen keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. auch Urteile des BVGer C-1440/2015 vom 27. Mai 2015; C-2461/2013 und C-2468/2013 vom 28. August 2014 E. 7.2; C-5550/2010 vom 6. Juli 2012 E. 24.2). Der unterliegende Beschwerdegegner hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE, je e contrario). Der unterliegenden Vorinstanz ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 7 Abs. 1 und 3 VKGE).

13.

Der angefochtene Regierungsratsbeschluss wurde von der Vorinstanz (zumindest) auf der Internetseite des Kantons B._____ publiziert (< <http://www.regierungsrat.bs.ch/geschaefte/regierungsratsbeschlusse.html> >, abgerufen am 25.04.2017). Da der Regierungsratsbeschluss mit diesem Urteil teilweise aufgehoben wird, ist der Regierungsrat anzuweisen, die Ziffer 1 des Urteilsdispositivs so veröffentlichen zu lassen, wie der angefochtene Regierungsratsbeschluss veröffentlicht worden ist.

14.

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.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Regierungsratsbeschluss vom [...] April 2015 ([Referenznummer]) wird, soweit damit die in Art. 8 des Pflegeheimvertrages in Verbindung mit Anhang 4 vereinbarten zusätzlichen Vergütungen für Mittel und Gegenstände verlängert wurden, im Sinne der Erwägungen 2.3, 9.2.5, 9.10 und 10 aufgehoben.

2.

Dem Beschwerdegegner werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 4'000.- auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Versand des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

Den Beschwerdeführerinnen wird der von ihnen geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'000.- zurückerstattet.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

Der Regierungsrat des Kantons B._____ wird angewiesen, die Ziffer 1 des Dispositivs so veröffentlichen zu lassen, wie der angefochtene Regierungsratsbeschluss veröffentlicht worden ist.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die tarifsuisse ag, Römerstrasse 20, Postfach 1561, 4500 Solothurn (Gerichtsurkunde; Beilagen: Rückerstattungsformular; Kopie des Schreibens der CSS-Krankenversicherung AG vom 29.04.2016 [inkl. Beilage])
- die CSS Kranken-Versicherung AG, Recht & Compliance, Ivo Bühler, Leiter Versicherungsrecht, Tribschenstrasse 21, Postfach 2568, 6002 Luzern (Gerichtsurkunde)
- den Beschwerdegegner (Gerichtsurkunde; Beilagen: Einzahlungsschein; Kopie des Schreibens der CSS-Krankenversicherung AG vom 29.04.2016 [inkl. Beilage])
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]); Gerichtsurkunde; Beilage: Kopie des Schreibens der CSS-Krankenversicherung AG vom 29.04.2016 [inkl. Beilage])
- das Bundesamt für Gesundheit (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Beat Weber

Daniel Golta

Versand: