

Bern, 14. September 2018

Kriterien für die Repräsentativität bei der Unterzeichnung von Tarifverträgen im Gesundheitswesen

Bericht des Bundesrates
in Erfüllung des Postulates 11.4018 Darbellay
Christophe vom 30. September 2011

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	2
1. Ausgangslage	4
1.1. Der Tarifvertrag (Art. 43 Abs. 4 KVG)	5
1.1.1. Der Tarif (Art. 43 Abs. 1, 2, 3 und 5 KVG)	5
1.1.2. Vertragsparteien und Vertragsbeitritt (Art. 46 Abs. 1, 1 ^{bis} , 2, 3 und 4 KVG).....	7
1.1.3. Pflicht zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen (Art. 43 Abs. 5, Art. 43 Abs. 5 ^{bis} und Art. 47 Abs. 1 KVG)	8
1.1.4. Geltungsbereich eines Tarifvertrages (Art. 46 Abs. 4 KVG)	8
1.1.5. Inhalt von Tarifverträgen – Tarifgestaltungsgrundsätze (Art. 43KVG).....	9
1.2. Die Genehmigung von Tarifverträgen (Art. 43 Absätze 5, 5^{bis}, 6 und 7, Art. 46 Abs. 4, Art. 49 Abs. 1 KVG)	10
1.3. Festlegung und Anpassung von Tarifen (Art. 43 Abs. 5 und 5^{bis}, Art. 47 und Art. 49 KVG)	11
1.4. Vom Bundesrat genehmigte gesamtschweizerisch (vereinbarte) einheitliche Tarifstrukturen	13
2. Problemanalyse und Hintergrund des Postulats	15
2.1. Problemanalyse	15
2.2. Hintergrund des Postulats 11. 4018 und heutige Situation	15
3. Lösungsansätze	17
3.1. Bei Einzelleistungstarifen (Art. 43 Abs. 5 KVG)	18
3.1.1. Auslegung von Artikel 43 Absatz 5 KVG	18
3.1.2. Bisherige Haltung des Bundesrates	20
3.1.3. Rahmenbedingungen des Bundesrates für die Genehmigung des TARMED	21
3.1.4. Diskussion der Rechtsgutachten von Dr. iur. Markus Moser und Prof. Bernhard Rütsche... ..	22
3.1.5. Vorgehen bei fehlender Mehrheit der Tarifpartner.....	24
3.2. Spezifisch auf stationären Bereich bezogene Problematik	26
3.2.1. Vertretungsverhältnisse in der SwissDRG AG	26
3.2.2. Repräsentativität bei Tarifgenehmigung	26
4. Fazit und Ausblick	27

Zusammenfassung

Mit dem Postulat 11.4018 «Kriterien für die Repräsentativität bei der Unterzeichnung von Tarifverträgen im Gesundheitswesen» wird der Bundesrat ersucht, einen Bericht vorzulegen, in dem objektive Kriterien für die Repräsentativität der Personen, die Tarifverträge im Gesundheitswesen unterzeichnen, festgelegt werden. Einleitend verschafft der Bericht einen Überblick über die rechtlichen Grundlagen des Tarifrechts sowie über die vom Bundesrat genehmigten gesamtschweizerisch (vereinbarten) einheitlichen Tarifstrukturen. Zur Beantwortung der sich stellenden Fragen werden in der Folge auch die Gutachten von Dr. Markus Moser und Prof. Dr. Bernhard Rütscbe analysiert und der bisherigen Haltung des Bundesrates gegenübergestellt. Ein Lösungsvorschlag und ein Fazit runden den Bericht ab.

Das Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) beruht auf dem Grundsatz der Tarifautonomie. Demnach werden Tarife und Preise im KVG grundsätzlich in Verträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern (Tarifvertrag) vereinbart (Art. 43 Abs. 4 Teilsatz 1 KVG). Der Tarif ist eine Grundlage für die Berechnung der Vergütung. Das KVG sieht neben dem Zeittarif und dem Pauschaltarif auch einen Einzelleistungstarif vor, bei dem für einzelne Leistungen Taxpunkte festgelegt und der Taxpunktwert bestimmt wird (Art. 43 Abs. 2 Bst. a-c KVG). Nach Artikel 43 Absatz 5 KVG müssen Einzelleistungstarife auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen. Obwohl nicht explizit gesetzlich festgehalten, implizieren die Bestimmungen des Tarifrechts stets auch den Schutz der Versicherten. So sind beispielsweise Tarife und Preise transparent auszugestalten, und für Leistungserbringer grundsätzlich verbindlich. In diesem Sinne gilt es auch, tarifstrukturlose Zustände zu vermeiden. Letzteres dient auch der Rechtssicherheit.

Die Frage der Repräsentativität der Tarifpartner bei der Unterzeichnung von Tarifverträgen und die damit verbundene allfällige Notwendigkeit der Festlegung von objektiven Kriterien ist nur für gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstrukturen von Bedeutung. Dazu gehören neben Einzelleistungstarifstrukturen nach Artikel 43 Absatz 5 KVG auch Strukturen für die pauschale Vergütung der stationären Behandlung nach Artikel 49 Absatz 1 KVG.

Das Kriterium der Repräsentativität bei der Unterzeichnung von Tarifverträge über gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstrukturen ist gesetzlich nicht verankert, ergibt sich jedoch indirekt aus den Artikel 43 ff. KVG. Die Einheitlichkeit der Tarifstruktur bedingt eine Repräsentativität der Tarifpartner. Nur so lässt sich rechtfertigen, dass eine Tarifstruktur grundsätzlich für sämtliche Leistungserbringer und Versicherer Geltung hat.

In seiner Stellungnahme vom 9. Dezember 2011 zum vorliegenden Postulat führt der Bundesrat aus, dass für den Abschluss eines Tarifvertrages grundsätzlich keine Mindestkriterien (z.B. die Grösse eines Verbandes) einzuhalten sind, die Vereinbarung der Tarifstruktur sich aber auf einen breiten Konsens stützen sollte. Ausserdem hat sich der Bundesrat mehrmals dahingehend geäussert, dass eine revidierte Tarifstruktur in einem von allen massgeblichen Tarifpartnern, die jeweils eine Mehrheit der Leistungserbringer bzw. bezüglich der Versicherer eine Mehrheit der Versicherten vertreten, gemeinsam unterzeichneten Tarifvertrag vereinbart werden muss.

Während Dr. Markus Moser eine Genehmigung ohne eine Mehrheit der Tarifpartner sowohl auf Versicherer- wie auch auf Leistungserbringerseite als problematisch einstuft, erachtet Prof. Dr. Bernhard Rütscbe das Erfordernis der Mehrheit als nicht notwendig, wenn die restlichen Tarifpartner im Genehmigungsverfahren angehört werden.

Der Bericht kommt zum Schluss, dass das im Postulat geforderte Anliegen - die Festlegung von objektiven Kriterien für die Repräsentativität bei Unterzeichnung von Tarifverträgen im Gesundheitswesen - durch entsprechende Auslegung respektive in leichter Abwandlung der bisherigen bundesrätlichen Praxis gelöst werden kann. Dies, indem ein Tarifvertrag, der nicht

von einer Mehrheit der Tarifpartner eingereicht wird, dennoch geprüft wird und – sofern die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind – die Tarifstruktur vom Bundesrat als gesamtschweizerisch einheitlich auf dem Verordnungsweg festgelegt wird. Es besteht kein Gesetzgebungsbedarf, zumal im Rahmen des Projektes Kostendämpfung verschiedene Massnahmen vorgeschlagen werden, welche auf eine Entschärfung der gegenwärtig schwierigen Situation bei den Tarifpartnern zielen.

1. Ausgangslage

Das Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) regelt die obligatorische Krankenpflegeversicherung (vgl. Art. 1a Abs. 1 KVG) und enthält - u.a. nebst Bestimmungen über die Versicherungspflicht, Organisation, Leistungen und Finanzierung - im 4. Kapitel diejenigen über die Leistungserbringer. Im 4. Abschnitt dieses Kapitels ist die Tarifierung geregelt, d.h. die Tarife und Preise. Nach Artikel 43 Absatz 1 KVG erstellen die Leistungserbringer ihre Rechnungen nach Tarifen oder Preisen, die gestützt auf Artikel 43 Absatz 4 Teilsatz 1 KVG grundsätzlich in Tarifverträgen zwischen Leistungserbringern und Versicherten ausgehandelt werden. Die Notwendigkeit, Tarife auszuhandeln, ergibt sich daraus, dass in der Krankenversicherung nach Artikel 24 KVG die Kosten der Leistungen zurückerstattet werden. Die Leistungserbringer werden für ihre Leistungen von den Versicherten entschädigt, die dann wiederum die entstandenen Kosten von ihrem jeweiligen Versicherer vergütet erhalten.¹

Das Postulat 11.4018 „Kriterien für die Repräsentativität bei der Unterzeichnung von Tarifverträgen im Gesundheitswesen“ (vgl. unter Ziffer 2.2) wurde am 30. November 2011 von Alt-Nationalrat Christophe Darbellay eingereicht. Darin wird der Bundesrat ersucht, einen Bericht vorzulegen, in dem objektive Kriterien für die Repräsentativität der Personen, die Tarifverträge im Gesundheitswesen unterzeichnen, festgelegt werden. Am 11. September 2013 beantragte der Nationalrat dessen Annahme. Es beruht auf folgendem Hintergrund:

Der nationale Tarifvertrag von 1. September 1997 zwischen dem Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer und dem Schweizerischen Physiotherapeuten Verband wurde von Physioswiss im Dezember 2009 nach gescheiterten Verhandlungen mit der Begründung gekündigt, dass der Taxpunktwert seit 13 Jahren nicht mehr angepasst worden sei. Nach weiteren ergebnislosen Tarifverhandlungen und dem Auslaufen des verlängerten Vertrages am 30. Juni 2011 reichte die tarifsuisse ag im Namen der Vertragsparteien, 49 Krankenversicherer gemäss Vertrag und der Association Suisse des Physiothérapeutes Indépendants (ASPI), dem Bundesrat am 5. Juli 2011 einen nationalen Tarifvertrag in der Physiotherapie zur Genehmigung ein (vgl. nachfolgend auch Ziff. 2.1).

Zur Zeit der Vertragsgenehmigung stellte ASPI mit ca. 280 angeschlossenen Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten im Gegensatz zu Physioswiss mit damals ungefähr 8'000 Mitgliedern, davon 5'000 selbständige Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten, den wesentlich kleineren Verband dar. Im Postulat ist deshalb festgehalten, es sei „unhaltbar, dass die Bundesbehörden einen Tarifvertrag mit einem unbedeutenden Verband akzeptierten und gutgeheissen haben“, weshalb der Bundesrat mit dem vorliegenden Postulat um Kriterien für die Repräsentativität der Vertragsparteien bei Tarifverträgen über Einzelleistungstarife ersucht wird.²

Kriterien für die Repräsentativität sind relevant für Einzelleistungstarife, die auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen müssen (Art. 43 Abs. 5 KVG) sowie im Bereich der leistungsbezogenen Pauschalen für die Vergütung von stationären Behandlungen, welche ebenfalls auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen beruhen müssen (Art. 49 Abs. 1 KVG).

Ausgehend von der geschilderten Problematik sollen nachfolgend insbesondere die Artikel 43 - 49 im 4. Abschnitt des 4. Kapitels des KVG näher untersucht werden. Danach erfolgt eine

¹ System des Tiers garant (vgl. Art. 42 Abs. 1 KVG); eine direkte Entschädigung der Leistungserbringer durch die Versicherer ist ebenfalls möglich (System des Tiers payant; vgl. Artikel 42 Absatz 2 KVG).

² Inzwischen ist der von tarifsuisse AG und ASPI eingereichte Tarifvertrag nicht mehr in Kraft und die Tarifstruktur wurde vom Bundesrat mit Änderung der Verordnung über die Festlegung und die Anpassung von Tarifstrukturen in der Krankenversicherung (SR 832.102.5) per 1. Januar 2018 festgelegt (vgl. nachfolgend Ziff. 2.2.).

Problemanalyse und abschliessend wird eine juristische Auslegung der einschlägigen Bestimmungen vorgenommen.

Die im Postulat aufgeworfene Thematik hat in letzter Zeit durch die Spaltung in zwei Versichererverbände und die generelle Blockade der Revisionen der Tarifstrukturen für ambulante ärztliche Leistungen (TARMED) sowie für physiotherapeutische Leistungen wieder an Aktualität gewonnen (vgl. nachfolgend Ziff. 2.).

1.1. Der Tarifvertrag (Art. 43 Abs. 4 KVG)

Das KVG beruht auf dem Grundsatz der Tarifautonomie der Tarifpartner. Demnach werden Tarife und Preise im KVG grundsätzlich in Verträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern (Tarifvertrag) vereinbart (Art. 43 Abs. 4 Teilsatz 1 KVG). Auch Unterhalt und Pflege der Tarifstruktur obliegen in erster Linie den Tarifpartnern.

Neben den Vertragstarifen kennt das KVG auch behördliche Tarife. In einigen vom Gesetz bestimmten Fällen werden Tarife und Preise, gestützt auf Artikel 43 Absatz 4 Teilsatz 2 KVG, von der zuständigen Behörde festgesetzt (namentlich für Analysen, Mittel und Gegenstände und Arzneimittel, vgl. Art. 52 KVG).

Nach der Rechtsprechung handelt es sich bei Tarifverträgen um öffentlich-rechtliche Verträge mit der Konsequenz, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze – also insbesondere auch das Verhältnismässigkeitsprinzip - und das Verfassungsrecht, zu beachten sind.³

1.1.1. Der Tarif (Art. 43 Abs. 1, 2, 3 und 5 KVG)

Nach Artikel 43 Absatz 1 KVG erstellen die Leistungserbringer ihre Rechnungen nach Tarifen oder Preisen. Nach Artikel 43 Absatz 2 KVG ist der Tarif eine Grundlage für die Berechnung der Vergütung. Der Tarif kann namentlich in folgenden Formen vereinbart werden: als Zeittarif, der auf den benötigten Zeitaufwand abstellt (Bst. a); als Einzelleistungstarif, bei dem für die einzelnen Leistungen Taxpunkte festgelegt und der Taxpunktwert bestimmt wird (Bst. b); als Pauschaltarif, der pauschale Vergütungen vorsieht (Bst. c). Diese verschiedenen Tarifarten sind nicht abschliessend und auch in Mischformen zulässig.⁴

Gemäss der Spruchpraxis des Bundesrates ist ein Tarif die Gesamtheit jener abstrakten Regeln, die es erlauben, im Einzelfall den für eine bestimmte Leistung geschuldeten Betrag zu errechnen; er unterscheidet sich darin vom Preis, der ein Entgelt für eine bestimmte, unveränderliche Sache oder eine stets gleiche Dienstleistung ist.⁵ Ein Tarif ist demnach in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) ein System von Regeln und Prinzipien, nach welchen die den Leistungserbringern und von den Versicherern zu vergütenden Kosten von medizinischen oder pflegerischen Leistungen beschrieben und bemessen werden.⁶ Ein Tarif ist im Allgemeinen ein verbindliches Verzeichnis der Kostensätze für bestimmte Leistungen.⁷

Beim Zeittarif wird auf den benötigten Zeitaufwand abgestellt, der Leistungserbringer soll dabei nach dem Zeitaufwand entschädigt werden.⁸ Reine Zeittarife sind jedoch nicht häufig, da sie

³ BGE 139 V 82 E. 3.1.2. S. 84.

⁴ Gebhard EUGSTER, Krankenversicherung, N 967, in: Ulrich Meyer (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 3. Auflage, Basel 2016 (nachfolgend Krankenversicherung), mit Verweis auf RKUV 1997 KV 17 375 E. II/9.4.

⁵ RKUV 2002 KV 220 309 E. 1.3.2; EUGSTER, Krankenversicherung, a.a.O., N 964.

⁶ EUGSTER, Krankenversicherung, a.a.O., N 964.

⁷ EUGSTER, Krankenversicherung, a.a.O., N 964.

⁸ Vgl. EUGSTER, Krankenversicherung, a.a.O., N 968.

Anreize zur Dehnung der Behandlungsdauer setzen.⁹ Auch wenn viele Tarife eine zeitliche Komponente aufweisen, wurden sie als Einzelleistungen (Taxpunkte) ausgestaltet und daher als einheitliche Tarifstrukturen nach Artikel 43 Absatz 5 KVG genehmigt.

Bei Einzelleistungstarifen wird jeder tarifierten Leistung eine bestimmte Anzahl Taxpunkte zugewiesen, woraus sich der abstrakte Wert jeder Leistung und die Wertrelation der Leistungen untereinander ergeben (sog. Tarifstruktur). Multipliziert man den (in Franken und Rappen definierten) Taxpunktwert mit der Anzahl Taxpunkte einer Leistung, so erhält man ihren konkreten Wert, den Preis.¹⁰ Die Festlegung einer Tarifstruktur umfasst also die abstrakte Festlegung eines Einzelleistungstarifes in dem Sinne, dass der Wert von einzelnen Leistungen in Form von Taxpunkten in einem bestimmten Verhältnis zueinander festgelegt wird. Die Multiplikation der Taxpunkte mit einem Taxpunktwert ergibt die konkrete Vergütung, die in Rechnung gestellt werden kann. Ziel eines Einzelleistungstarifs ist die gesamtschweizerische Vergleichbarkeit der Leistungen.¹¹ Artikel 43 Absatz 5 KVG sieht vor, dass Einzelleistungstarife auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Struktur beruhen müssen. Entsprechend ist innerhalb des Anwendungsbereiches des KVG bei gleichen Leistungen eine einheitliche Tarifstruktur vorgegeben. Es ist daher auszuschliessen, dass eine zweite Tarifstruktur neben der bestehenden vereinbart und vom Bundesrat genehmigt werden kann. Folglich können somit keine zwei unterschiedlichen Einzelleistungstarifstrukturen im selben Bereich zur Anwendung kommen. Einzelleistungstarifstrukturen gibt es beispielsweise im Bereich der ambulanten ärztlichen Leistungen (TARMED), Physiotherapie, Ergotherapie oder Logopädie.

Gemäss Artikel 43 Absatz 3 KVG kann sich der *Pauschaltarif* auf die Behandlung je Patient oder Patientin (Patientenpauschale) oder auf die Versorgung je Versichertengruppe (Versichertenpauschale) beziehen. Hier garantiert der Leistungserbringer bzw. das Netzwerk oder Versorgungsmodell lediglich die Versorgung einer Versichertengruppe, unabhängig davon, welche Versicherten innerhalb der Gruppe tatsächlich behandelt wurden.¹² Versichertenpauschalen können prospektiv aufgrund der in der Vergangenheit erbrachten Leistungen und der zu erwartenden Bedürfnisse festgesetzt werden (prospektives Globalbudget). Letztere kommen etwa in HMO-Modellen vor. Dabei wird die Höhe der Pauschale aufgrund der in der Vergangenheit erbrachten Leistungen und der zu erwartenden Bedürfnissen für ein ganzes Versichertenkollektiv festgelegt.

Der Botschaft vom 6. November 1991 zur Revision der Krankenversicherung (BBI 1992 I 174) ist zum Pauschaltarif u.a. Folgendes zu entnehmen:

- *«Bei den Pauschaltarifen wird zwischen zwei Konzepten unterschieden (Art. 37 Abs. 3). Die Partner können Pauschalen vereinbaren, die sich auf die Behandlung eines einzelnen Patienten beziehen: z. B. eine pauschale Vergütung für eine Behandlung (Fallpauschale) oder einen Spitaltag (Tagespauschale). Hier spricht man von einer Patientenpauschale. Möglich ist es aber auch, Pauschalen zu vereinbaren, die unabhängig von der Behandlung eines Versicherten sind. Hier garantiert der Leistungserbringer lediglich die Versorgung einer Versichertengruppe, und zwar unabhängig davon, welche Versicherten innerhalb der Gruppe dann tatsächlich behandelt werden (Versichertenpauschale).»*
- *«Eine spezielle Variante dieser Versichertenpauschale ist das prospektive Globalbudget. Hier wird die Höhe der Pauschale aufgrund der in der Vergangenheit erbrach-*

⁹ EUGSTER, Krankenversicherung, a.a.O., N 968.

¹⁰ BBI 1992 I 173; RKUV 1998 KV 29 192 E. II/5.1.

¹¹ EUGSTER, Krankenversicherung, a.a.O., N 1001.

¹² Botschaft betreffend die Änderung des KVG (Managed Care) vom 15. September 2004, BBI 5599, S. 5614.

ten Leistungen und der zu erwartenden Bedürfnisse festgelegt. Es wurde deshalb darauf verzichtet, diese Möglichkeit in einem speziellen Gesetzesartikel zu regeln.¹³ Es gibt aber eine Vielzahl anderer Möglichkeiten, die Höhe der Versichertenpauschale festzulegen: (...) Die Höhe einer Versichertenpauschale muss sich nicht nach den in der Vergangenheit erbrachten Leistungen richten. Sie muss aber auch nicht prospektiv, das heisst zum vornherein festgelegt werden; es sind Versichertenpauschalen denkbar, die von einer unteren und oberen Grenze ausgehen und die endgültige Höhe dann aufgrund von Kriterien der laufenden Entwicklung festlegen. Die Tarifpartner haben hier also eine ausserordentlich breite Auswahl von Gestaltungsmöglichkeiten.»

Gestützt auf Artikel 43 Absatz 2 Buchstabe d KVG kann der Tarif zur Sicherung der Qualität die Vergütung bestimmter Leistungen ausnahmsweise von Bedingungen abhängig machen, welche über die Voraussetzungen nach den Artikeln 36-40 hinausgehen, wie namentlich vom Vorliegen der notwendigen Infrastruktur und der notwendigen Aus-, Weiter- oder Fortbildung eines Leistungserbringers (Tarifausschluss). Der Sinn dieses Vorgehens liegt in der Sicherstellung der Qualität der Leistungserbringung. Artikel 43 Absatz 2 Buchstabe d KVG ist somit lex specialis zu Artikel 35 KVG (Grundsätze zur Zulassung zur OKP); ein Tarifausschluss soll Ausnahmecharakter haben, weil er die grundsätzlich freie Wahl des zugelassenen Leistungserbringers einschränkt.¹⁴

1.1.2. Vertragsparteien und Vertragsbeitritt (Art. 46 Abs. 1, 1^{bis}, 2, 3 und 4 KVG)

Parteien eines Tarifvertrags sind einzelne oder mehrere Leistungserbringer oder deren Verbände einerseits sowie einzelne oder mehrere Versicherer oder deren Verbände andererseits (Art. 46 Abs. 1 KVG). Ist ein Verband Vertragspartei, so ist der Tarifvertrag für die Mitglieder des Verbandes nur verbindlich, wenn sie dem Vertrag beigetreten sind. Auch Nichtmitglieder, die im Vertragsgebiet tätig sind, können dem Vertrag beitreten. Für diesen Fall kann der Vertrag vorsehen, dass diese einen angemessenen Beitrag an die Unkosten des Vertragsabschlusses und der Durchführung leisten müssen (Art. 46 Abs. 2 KVG).

Aus privatrechtlicher Sicht ist ein Verband ein Verein mit Sektionen, d.h. ein Verein mit regionaler, sachlicher oder persönlicher Gliederung.¹⁵ Verbände von Versicherern sind Wirtschaftsverbände und in der Regel als Vereine nach Artikel 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) organisiert; es kann mehrere Verbände geben, die sich gegenseitig konkurrieren bei den Tarifaushandlungen bzw. je eigene Verbandsverträge aushandeln; auch Zusammenschlüsse von Versicherern mit dem alleinigen Ziel des Leistungseinkaufs können den Charakter von Verbänden im Sinne des KVG haben, wenn sie eine gewisse Marktmacht innehaben. In der Praxis gilt für ambulante Leistungen das Primat der Verbandstarifverträge.¹⁶ Dies bedeutet, dass Tarifverträge in der Regel zwischen Verbänden geschlossen werden.

Nach Artikel 46 Absatz 1^{bis} KVG können Parteien eines Tarifvertrages auch Kantone sein, wenn es sich um Massnahmen der medizinischen Prävention nach Artikel 26 KVG handelt, die im Rahmen von national oder kantonale organisierten Programmen nach Artikel 64 Absatz 6 Buchstabe d KVG durchgeführt werden.

Was die Aushandlung der Tarifverträge betrifft, so verbietet das KVG kartellrechtliche Abreden, indem es die Verpflichtung von Verbandsmitgliedern auf die Verbandsverträge von deren

¹³ Bereits in der ursprünglichen Fassung des KVG ist mit Artikel 54 eine gesetzliche Regelung vorhanden. Danach können die Versicherer beantragen, dass der Kanton als befristete ausserordentliche Massnahme zur Eindämmung eines überdurchschnittlichen Kostenanstiegs einen Gesamtbetrag (Globalbudget) für die Finanzierung der Spitäler und Pflegeheime festsetzt.

¹⁴ K 49/05 E. 4.3.1 f.

¹⁵ Wolfgang PORTMANN, Schweizerisches Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, in: Pierre Tercier (Hrsg.), Bd. 2, Basel 2005, N 515.

¹⁶ EUGSTER, Krankenversicherung, a.a.O., N 1052.

ausdrücklichem Beitritt abhängig macht und auch Nichtverbandsmitgliedern den Beitritt ermöglicht. Nach Artikel 46 Absatz 2 KVG ist der Tarifvertrag für die Mitglieder des Verbandes nur verbindlich, wenn sie dem Vertrag beigetreten sind; auch Nichtmitglieder, die im Vertragsgebiet tätig sind, können dem Vertrag beitreten; der Vertrag kann vorsehen, dass diese einen angemessenen Beitrag an die Unkosten des Vertragsabschlusses und der Durchführung leisten müssen; er regelt die Art und Weise der Beitritts- sowie der Rücktrittserklärung und ihrer Bekanntgabe.

Ferner wird eine grössere Tarifvielfalt anvisiert, indem einerseits Sonderverträge zugelassen, andererseits Meistbegünstigungs- und Exklusivitätsklauseln sowie Konkurrenzverbote zulasten von Verbandsmitgliedern verboten werden. Denn gestützt auf Artikel 46 Absatz 3 KVG sind folgende Massnahmen, ohne Rücksicht darauf, ob sie in einem Tarifvertrag oder in getrennten Vereinbarungen oder Regelungen enthalten sind, nicht zulässig und damit ungültig: a. Sondervertragsverbote zu Lasten von Verbandsmitgliedern; b. Verpflichtung von Verbandsmitgliedern auf bestehende Verbandsverträge; c. Konkurrenzverbote zu Lasten von Verbandsmitgliedern; d. Exklusivitäts- und Meistbegünstigungsklauseln.

Bei Tarifverträgen zwischen Verbänden sind zudem vor dem Abschluss die Organisationen anzuhören, welche die Interessen der Versicherten auf kantonaler oder auf Bundesebene vertreten (Art. 43 Abs. 4 KVG). Ziel dieser Regelung ist die Einräumung einer Mitsprachemöglichkeit der Versicherten, die letztendlich die tarifierten Kosten der Leistungserbringer via Prämien bezahlen.

1.1.3. Pflicht zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen (Art. 43 Abs. 5, Art. 43 Abs. 5^{bis} und Art. 47 Abs. 1 KVG)

Wie bereits dargelegt, ist im Tarifrecht der Grundsatz der Vertragsautonomie vorherrschend. Dazu zählt auch die Pflicht, Tarifverhandlungen aufzunehmen und durchzuführen.¹⁷ Diese Tarifverhandlungspflicht ergibt sich insbesondere aus Artikel 43 Absatz 5 Satz 2 KVG, Artikel 43 Absatz 5^{bis} KVG sowie aus Artikel 47 Absatz 1 Teilsatz 2 KVG. Demnach kann eine Behörde nur subsidiär tätig werden, wenn die Tarifpartner Verhandlungen aufgenommen und dabei gescheitert sind.

Die Initiative zur Aufnahme von Tarifverhandlungen hat praxismässig vorab von den Versicherern auszugehen, da sie im Tarifrecht den gesetzlichen Auftrag haben, auf eine reguläre Durchführung der Versicherung hinzuwirken.¹⁸ Wenn folglich die Tarifpartner oder eine Vertragspartei die Vertragsverhandlungen über eine Tarifstruktur bewusst unterbinden, obwohl z.B. offenkundig ist, dass diese nicht mehr den gesetzlichen Voraussetzungen (u.a. Art. 59c KVV) entspricht, kann dies u.U. rechtsmissbräuchlich sein.

1.1.4. Geltungsbereich eines Tarifvertrages (Art. 46 Abs. 4 KVG)

Die Frage des Geltungsbereiches ist von zentraler Bedeutung, da je nach dem eine unterschiedliche Behörde für die Genehmigung des jeweiligen Tarifvertrages zuständig ist. Wann ein gesamtschweizerischer Geltungsbereich gegeben ist, wird im Gesetz nicht definiert und ist daher durch Auslegung zu ermitteln.

Nach dem Wortlaut von Artikel 46 Absatz 4 KVG bedarf ein Tarifvertrag der Genehmigung durch den Bundesrat, wenn er in der ganzen Schweiz gelten «soll». In erster Linie ist hier vom

¹⁷ BGE 131 V 133 E. 9.3 S. 142; BRE RKUV 2006 KV 359 115 E. II/2.2; BRE RKUV 1999 KV 70 169 E. II/3.2; EUGSTER, Krankenversicherung, a.a.O., N 1040.

¹⁸ EUGSTER, a.a.O., N. 1042; BGE 131 V 133 E. 9.3 S. 142.

Willen der Vertragsparteien auszugehen. Sodann ist nach der Gesetzessystematik, die im Tarifrrecht nach dem Vorrang der Tarifautonomie aufgebaut ist, ebenfalls primär vom Parteiwillen auszugehen, soweit dieser nicht den gesetzlichen Bestimmungen entgegensteht (insbesondere muss ein Einzelleistungstarif nach Art. 43 Abs. 5 Satz 1 KVG auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen).

Der alleinige Parteiwille kann indes nicht berücksichtigt werden, wenn weitere gesetzliche Bestimmungen – insbesondere die Artikel 47 sowie 46 Absätze 2 und 3 KVG – damit umgangen würden. So kann beispielsweise der alleinige Wille der Tarifpartner, den Geltungsbereich auf die gesamte Schweiz festzulegen, im Hinblick auf Artikel 47 KVG ein Problem darstellen, wenn die Genehmigung eines gesamtschweizerischen Tarifvertrages durch den Bundesrat dazu führen würde, dass Artikel 47 KVG auch für Kantone, in welchen kein Leistungserbringer dem Tarifvertrag beigetreten ist, nicht mehr anwendbar wäre.

Entsprechend ist Artikel 46 Absatz 4 KVG diesbezüglich restriktiv auszulegen. Damit nach Sinn und Zweck ein gesamtschweizerischer Geltungsbereich gegeben sein kann, muss sich sein örtlicher, sachlicher und persönlicher Geltungsbereich über das Gebiet der gesamten Schweiz erstrecken. Da bei der Aushandlung von Tarifverträgen grundsätzlich die Tarifautonomie spielt und daher jeweils unterschiedliche Formen und Arten von Tarifverträgen vorliegen, ist der Geltungsbereich in jedem Fall gesondert, d.h. im Einzelfall zu beurteilen. Es können keine fixen Kriterien diesbezüglich gemacht werden. So ist ein sachlicher und örtlicher Geltungsbereich insbesondere dann gegeben, wenn die im Vertrag vereinbarten Tarife für alle Leistungen in einem spezifischen Bereich gelten und sich auf das gesamte Gebiet der Schweiz erstrecken.

Der persönliche Geltungsbereich im Bereich der Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 KVG) kann gegeben sein, wenn der Tarifvertrag von den massgeblichen Tarifpartnern, die jeweils eine Mehrheit der Leistungserbringer bzw. bezüglich den Versicherern eine Mehrheit der Versicherten, vertreten, gemeinsam unterzeichnet wurde. Der Aspekt der Mehrheit scheint insofern gerechtfertigt, als die jeweiligen Verbände der Leistungserbringer bzw. der Versicherer diese jeweils vertreten und auch Nichtmitglieder einem Verband beitreten können (Art. 46 Abs. 2 KVG). Die Interessen der Versicherten werden demgegenüber nach Artikel 43 Absatz 4 KVG (Anhörung der Versichertenorganisationen bei Verbandsverträgen) wahrgenommen.

Diese Interpretation steht nicht per se im Widerspruch zu den Artikeln 46 Absatz 1 und Artikel 43 Absatz 4 KVG - wonach grundsätzlich jeder Leistungserbringer mit jedem Versicherer Verträge schliessen kann - da die Tarifautonomie nach wie vor besteht und die Tarifpartner auch auf kantonaler Ebene tarifieren können. Die Tarifpartner haben sich aber bewusst zu sein, dass bezüglich der Einzelleistungstarife die Vorgabe nach Artikel 43 Absatz 5 KVG besteht. Wäre dies nicht der Fall, könnte im Rahmen von Artikel 43 Absätze 5 und 5^{bis} KVG Rechtsmissbrauch betrieben werden, wenn Tarifpartner eine Einigung bewusst verhindern wollen.

1.1.5. Inhalt von Tarifverträgen – Tarifgestaltungsgrundsätze (Art. 43KVG)

Obschon der Grundsatz der Tarifautonomie, also die grundlegende Rolle der autonomen Gestaltung der Tarife durch die Tarifpartner mittels Verträgen, gilt, gibt das KVG den Tarifpartnern – d.h. den Krankenversicherern und Leistungserbringern – einen Rahmen vor. Dazu gehört vorab Artikel 43 KVG, der den eigentlichen Rahmen für die Definition der Tarife und die Anforderungen an die Tarifbildung setzt. Da Einzelleistungstarife – gestützt auf Artikel 43 Absatz 5 KVG – auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen müssen, haben sich die Tarifpartner dieser gesetzlichen Vorgabe im Rahmen ihrer Tarifverhandlung also bewusst zu sein und somit auch, dass es hierfür einer gewissen Einigung bedarf.

Im Rahmen der Vertragsfreiheit haben die Parteien zu berücksichtigen, was zwingend in einem Tarifvertrag geregelt werden muss; die zwingenden Inhalte von Tarifverträgen (essentia negotii) sind im Wesentlichen die Nennung der tarifierten Leistungen, die vereinbarte Taxe und im Falle eines Einzelleistungsvertrags die Tarifstruktur – d.h. die Parameter für die Tariffestsetzung.¹⁹

Ausserdem muss ein Tarifvertrag mit dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit in Einklang zu stehen (vgl. hierzu nachfolgend Ziff. 1.2. Bst. c).

1.2. Die Genehmigung von Tarifverträgen (Art. 43 Absätze 5, 5^{bis}, 6 und 7, Art. 46 Abs. 4, Art. 49 Abs. 1 KVG)

a) Zuständige Genehmigungsbehörde

Tarifverträge bedürfen der Genehmigung durch die zuständige Behörde. Genehmigungsbehörde ist je nach Geltungsbereich des Vertrages die Kantonsregierungen oder der Bundesrat (Art. 46 Abs. 4 KVG). Letzterer ist immer dann zuständig, wenn ein Tarifvertrag in der ganzen Schweiz gelten soll. Das KVG kennt hier explizit folgende Fälle: Tarifverträge über Einzelleistungstarife nach Artikel 43 Absatz 5 KVG, weil sie auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen müssen sowie Tarifverträge mit Spitälern nach Artikel 49 KVG. Zudem ist der Bundesrat nach Artikel 46 Absatz 4 KVG etwa zuständig für die Genehmigung von Pauschalverträgen im ambulanten Bereich, die in der ganzen Schweiz gelten sollen. Das Gesetz schreibt vor, dass die Vertragsparteien für die Vergütung der stationären Behandlung Pauschalen vereinbaren müssen, die leistungsbezogen sind und auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen beruhen.

Als Vorfrage zur Tarifgenehmigung muss sich die Behörde deshalb zunächst mit dem Geltungsbereich eines Tarifvertrages resp. mit der Frage befassen, ob sie zur Genehmigung des Vertrages zuständig ist. Nur wenn dies der Fall ist, kann sie – sofern die weiteren (gesetzlichen) Voraussetzungen erfüllt sind, auf das Genehmigungsgesuch der Tarifpartner überhaupt eintreten.

b) Zu genehmigender Vertragsinhalt (Art. 46 Abs. 4 KVG)

Inhalt der Genehmigung ist die Prüfung, ob der Tarifvertrag mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit in Einklang steht. Ein strenger Massstab ist hier angezeigt, will man die Zielsetzung einer qualitativ hochstehenden und zweckmässigen Versorgung zu möglichst günstigen Kosten erreichen.

Genehmigungspflichtig sind nur die gesetzlich vorgeschriebenen Parameter für die Tariffestsetzung und somit nur der zwingende Vertragsinhalt.²⁰ Grundsätzlich ist aber jede tarifvertragliche Absprache genehmigungspflichtig und die Genehmigungsbehörde hat folglich ebenfalls die vertraglichen Regelungen zu prüfen, die die Umsetzung des konkreten Vertragsinhaltes zum Gegenstand haben.²¹ Die Genehmigung hat konstitutive Wirkung.²²

c) Gebot der Gesetzmässigkeit, Wirtschaftlichkeit und Billigkeit (Art. 43 Abs. 4 und 6, Art. 46 Abs. 4 KVG)

Voraussetzung für die Genehmigung des Tarifvertrags bzw. der Tarifstruktur als Bestandteil des Tarifvertrags sind die vom Gesetz geforderte Wirtschaftlichkeit und Billigkeit. Die Wirt-

¹⁹ BVGer, C-5354/2011, E 4.1.2.

²⁰ BVGer, C-5354/2011, E 4.3.1.

²¹ EUGSTER, Krankenversicherung, a.a.O., N 1141.

²² BVGer, C-536/2009, E. 6.5.3 mit weiteren Hinweisen.

schaftlichkeit ist ein zentraler Grundsatz in der OKP. Nur wenn dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit in allen Belangen der OKP, das heisst in Bezug auf die Leistungen, die Leistungserbringer und die Tarife, Rechnung getragen wird, können die Kosten der OKP gegenüber der Versicherungsgemeinschaft gerechtfertigt werden. Entsprechend ist das Erfordernis der Wirtschaftlichkeit im KVG nicht zuletzt für die Tarifierung verankert. Die Wirtschaftlichkeit wird dabei durch verschiedene Vorgaben konkretisiert, die in einem engen systematischen Zusammenhang zu interpretieren sind: Die Tarifierung hat dazu beizutragen, eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten sicherzustellen (Art. 43 Abs. 6 KVG); die Tarifverträge müssen daher dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit entsprechen (Art. 46 Abs. 4 KVG); die Tarifpartner beziehungsweise die festsetzende Behörde müssen auf eine betriebswirtschaftliche Bemessung und eine sachgerechte Struktur der Tarife achten (Art. 43 Abs. 4 KVG).

Eine Struktur kann dabei als sachgerecht bezeichnet werden, wenn sie auf einem kohärenten Tarifmodell beruht und sich auf betriebswirtschaftlich bemessenen Parametern abstützt sowie die Vorgaben des KVG erfüllt (Wirtschaftlichkeit und Billigkeit, qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten, Art. 59c KVV).

Aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot leitet sich ab, dass ein Modellwechsel nicht zu Mehrkosten führen darf, wenn Qualität und Menge der erbrachten Leistungen im Vergleich zum alten Modell mehr oder weniger gleich bleiben, da eine qualitativ hochstehende und zweckmässige Versorgung zu möglichst günstigen Kosten erreicht werden soll.²³

Zudem ergibt sich aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot, dass bei gleichem Leistungsangebot (gleiche Qualität und Menge der erbrachten Leistungen) grundsätzlich keine Kostensteigerungen resultieren dürfen. Sind für die OKP insgesamt belegbare Kostensteigerungen unausweichlich, müssen diese nach dem Gebot wirtschaftlich tragbar sein und sich somit in einem sehr engen Rahmen bewegen.

1.3. Festlegung und Anpassung von Tarifen (Art. 43 Abs. 5 und 5^{bis}, Art. 47 und Art. 49 KVG)

Sowohl die Kantonsregierungen als auch der Bundesrat haben, nebst der Genehmigung von Tarifverträgen, eine zusätzliche Funktion. Können sich die zuständigen Tarifpartner nicht auf (neue) Tarife oder Tarifstrukturen einigen, so setzt die Kantonsregierung den Tarif beziehungsweise legt der Bundesrat die Tarifstrukturen fest.

In Artikel 47 ist die Vorgehensweise bei Fehlen eines Tarifvertrages ohne schweizweiten Geltungsbereich statuiert. Kommt zwischen Leistungserbringern und Versicherern demnach kein Tarifvertrag zustande, so setzt die Kantonsregierung nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest (Art. 47 Abs. 1 KVG). Dies kann anfänglich, wenn nie ein Tarifvertrag zustande gekommen ist, oder bei einer Nichteinigung bezüglich der Erneuerung eines Tarifvertrages, der Fall sein. Im letzteren Fall kann der bisherige Tarifvertrag um ein Jahr verlängert werden. Der Kantonsregierung steht dabei ein grosser Ermessensspielraum zur Verfügung. Sie hat sich aber an dieselben gesetzlichen Vorgaben, die auch die Tarifpartner binden, zu halten. Diese behördliche Interventionsmöglichkeit dient vor allem dem Schutz der Versicherten, damit diese auf einen gültigen Tarif zählen können und sich nicht einzelfallweise an ein Gericht wenden müssen. Die Möglichkeit der Tariffestsetzung soll demgegenüber nicht zum Vorteil eines Tarifpartners genutzt werden, sondern vielmehr einen Anreiz bilden, damit möglichst schnell wieder ein

²³ Vgl. z.B. Bundesratsentscheid vom 18.10.2000 i.S. Physiotherapietarife Appenzell Ausserrhoden und Appenzell Innerrhoden RKUV 5/2001 456, bestätigt im Bundesratsentscheid vom 19.12.2001 i.S. Spitaltarif Zürich RKUV 4/2002 309.

Tarif vertraglich vereinbart wird. Tritt ein Tarifpartner z.B. einem Tarifvertrag nicht bei, um einen vertragslosen Zustand herbeizuführen, so widerspricht dies den auch für die zugelassenen Versicherer verbindlichen Zielsetzungen des KVG, und er soll nicht belohnt werden. Damit wird nochmals der Vorrang der Tarifautonomie betont.

Für Tarifverträge mit einem gesamtschweizerischen Geltungsbereich richtet sich das Verfahren je nach Bereich nach den Artikeln 43 Absatz 5 oder 49 Absatz 2 KVG. Nach Artikel 43 Absatz 5 KVG müssen Einzelleistungstarife auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen; können sich die Tarifpartner nicht einigen, so legt der Bundesrat diese Tarifstruktur subsidiär fest. Der Bundesrat kann überdies Anpassungen an der Tarifstruktur vornehmen, wenn sie sich als nicht mehr sachgerecht erweist und sich die Parteien nicht auf eine Revision einigen können (vgl. Art. 43 Abs. 5^{bis} KVG). Mit Artikel 43 Absatz 5^{bis} KVG (in Kraft seit dem 1. Januar 2013) hat der Gesetzgeber dem Bundesrat die Kompetenz eingeräumt, Anpassungen an einer bereits genehmigten Tarifstruktur vorzunehmen, wenn sich die Parteien nicht einigen können und sich die Tarifstruktur als nicht mehr sachgerecht erweist. Der Bundesrat greift somit nur subsidiär ein. Die Bestimmung soll ermöglichen, das Versagen des Systems zu beheben, das sich aus schwierigen Verhandlungen zwischen den Partnern ergeben kann.²⁴ Die subsidiäre Kompetenz bezüglich Artikel 43 Absatz 5 sowie Artikel 43 Absatz 5^{bis} KVG ist demzufolge so auszulegen, dass der Bundesrat gerade so viel regelt wie für das Bestehen einer Struktur notwendig ist, um den Vorrang der Tarifautonomie so weit wie möglich zu berücksichtigen. Der Bundesrat hat folglich einzig eine Kompetenz zur Tarifvertragsgenehmigung, bei Einigung der Tarifpartner auf einen gesamtschweizerischen Tarifvertrag (Art. 46 Abs. 4 KVG) sowie zur Festlegung (Art. 43 Abs. 5 KVG) bzw. Anpassung (Art. 43 Abs. 5^{bis} KVG) der Struktur für Einzelleistungstarife. Die hoheitliche Festsetzung einer nationalen Tarifstruktur ist generell-abstrakter Natur und hat in Verordnungform zu erfolgen.²⁵ Einen Tarif nach Artikel 43 Absatz 2 Buchstabe a und c KVG – abgesehen von den Fällen nach Artikel 49 Absatz 1 und 2 KVG, sowie Taxpunktwerte kann der Bundesrat hingegen nicht festlegen. Taxpunktwerte können nur von den Tarifpartnern – als nationale oder kantonale Werte – vereinbart oder bei Fehlen eines Tarifvertrages von den Kantonsregierungen festgesetzt werden.

Im Bereich der Vergütung der stationären Behandlung ist hingegen Artikel 49 KVG von Bedeutung. Nach Artikel 49 Absatz 1 KVG vereinbaren die Vertragsparteien Pauschalen für die Vergütung der stationären Behandlung einschliesslich Aufenthalt und Pflegeleistungen in einem Spital oder einem Geburtshaus; in der Regel sind Fallpauschalen festzulegen. Die Pauschalen sind leistungsbezogen und beruhen auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen. Die Vertragsparteien können dennoch vereinbaren, dass besondere diagnostische oder therapeutische Leistungen nicht in der Pauschale enthalten sind, sondern getrennt in Rechnung gestellt werden. Die Spitaltarife orientieren sich an der Entschädigung jener Spitäler, welche die tarifierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen. Zuständig für die Erarbeitung und Weiterentwicklung sowie Anpassung und Pflege der Strukturen ist nach Artikel 49 Absatz 2 KVG eine von den Tarifpartnern gemeinsam mit den Kantonen eingesetzte Organisation.

²⁴ Urteile des Bundesgerichts 9C_542/2013 vom 21. Januar 2014, E. 3. sowie 9C_476/2017 vom 29. März 2018, E. 6.4.4, in welchem das Bundesgericht den TARMED-Eingriff des Bundesrates aus dem Jahr 2014 als rechtmässig beurteilt. Darin betont es insbesondere den grossen Ermessensspielraum des Bundesrates und kommt zum Schluss, dass dieser bei der Anpassung von Taxpunkten lineare Kürzungen bei verschiedenen Positionen vornehmen und dabei auch politischen Anliegen Rechnung tragen darf. Auch die Förderung der gesetzlich verankerten Hausmedizin stellt nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung keine Rechtsverletzung dar. Im Ergebnis hat das Bundesgericht die Beschwerde des betroffenen Krankenversicherers gutgeheissen, den Entscheid des Schiedsgerichts des Kantons Luzern aufgehoben und die Klage der Klinik abgewiesen.

²⁵ C-2461/2013, E. 5.5.3.

Die von der Organisation erarbeiteten Strukturen sowie deren Anpassungen werden von den Tarifpartnern dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreitet. Können sich diese nicht einigen, so legt der Bundesrat die Strukturen selbst fest.

1.4. Vom Bundesrat genehmigte gesamtschweizerisch (vereinbarte) einheitliche Tarifstrukturen

In der Praxis stellt sich die Frage der Festlegung von Kriterien für die Repräsentativität der Personen, die Tarifverträge im Gesundheitswesen unterzeichnen, nur in Zusammenhang mit Tarifverträgen, welche gesamtschweizerisch vereinbart werden müssen, und es somit einer gewissen Einigkeit der Tarifpartner bedarf. Nachfolgend werden die wichtigsten Tarifstrukturen kurz erläutert.

a) Einzelleistungstarifstruktur bezüglich physiotherapeutischer Leistungen

Der Bundesrat hat am 18. Dezember 2015 die Verlängerung des nationalen Vertrags über die Physiotherapieleistungen zwischen SVFP, H+, physioswiss, curafutura und santésuisse, bis zum 30. September 2016 genehmigt. Die in diesem Vertrag festgelegte Tarifstruktur ist identisch mit derjenigen im Vertrag zwischen physioswiss und den Versicherern von 1998. Da sich die Partner nicht auf eine gemeinsame neue Tarifstruktur einigen konnten, legte der Bundesrat am 23. November 2016 die bereits bis 30. September 2016 vereinbarten Tarifpositionen (nahezu in ihrer Gesamtheit) für eine befristete Zeit fest.

Diese Festlegung gilt rückwirkend ab 1. Oktober 2016 und bis 31. Dezember 2017. Um einen tarifstrukturlosen Zustand in diesem Bereich per 1. Januar 2018 zu verhindern, hat der Bundesrat mit Entscheid vom 18. Oktober 2017 die Änderung der Verordnung über die Festlegung und die Anpassung von Tarifstrukturen in der Krankenversicherung per 1. Januar 2018 verabschiedet. Mit der Verordnungsänderung²⁶ wird die gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur für physiotherapeutische Leistungen festgelegt.

b) Einzelleistungstarifstruktur bezüglich ambulanter ärztlicher Leistung (TARMED)

Die Einzelleistungstarifstruktur TARMED stellt die nach Artikel 43 Absatz 5 KVG gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur für ambulant erbrachte ärztliche Leistungen dar. Dieser Einzelleistungstarif, der seit dem 1. Januar 2004 im Krankenversicherungsbereich angewandt wird, umfasst insgesamt etwa 4500 Tarifpositionen mit Bewertungen der ärztlichen Leistungen (AL) und der Infrastruktur (technische Leistungen, TL) in Form von Taxpunkten. Bereits bei der Genehmigung der ersten TARMED-Version (Alpha 3.0) hat der Bundesrat erklärt, dass die Einführung der Tarifstruktur unter der Bedingung stehe, dass die Tarifpartner einen Vertrag über die kostenneutrale Einführung abschliessen. Die Tarifpartner haben die TARMED-Version 1.1 im Rahmenvertrag inkl. Anhänge zwischen santésuisse und H+ vom 13. Mai 2002 und im Rahmenvertrag inkl. Anhänge zwischen santésuisse und FMH vom 5. Juni 2002 vereinbart. Der Bundesrat hat am 30. September 2002 die Rahmenverträge inklusive der TARMED-Version 1.1 genehmigt sowie die TARMED-Version 1.1 als gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur für ärztliche Einzelleistungstarife festgelegt.

Seit dem 1. Januar 2013 sieht das KVG in Artikel 43 Absatz 5^{bis} vor, dass der Bundesrat im Bereich der Einzelleistungstarife Anpassungen an einer bereits bestehenden Tarifstruktur vornehmen kann, wenn sich die Struktur als nicht mehr sachgerecht erweist und sich die Tarifpartner nicht auf eine Revision einigen können. Von dieser subsidiären Kompetenz hat der Bundesrat nun erstmals Gebrauch gemacht und per 1. Oktober 2014 die Tarifstruktur TARMED durch den Erlass der Verordnung über die Anpassung von Tarifstrukturen in der Kran-

²⁶ AS 2017 6023; SR 832.102.5.

kenversicherung (SR 832.102.5) angepasst. Diese Anpassung sollte zu einer stärkeren Gewichtung der intellektuellen Leistungen gegenüber den technischen Leistungen innerhalb der Tarifstruktur führen. Nachdem sich die Tarifpartner über längere Zeit nicht auf eine gemeinsam vereinbarte, gesamt – oder teilrevidierte Tarifstruktur für ambulante ärztliche Leistungen hatten einigen können, hat der Spitalverband H+ den TARMED-Rahmenvertrag im Juni 2016 auf Ende 2016 gekündigt. Um einen vertrags- bzw. tarifstrukturlosen Zustand zu verhindern, haben sich die Tarifpartner darauf geeinigt, die bestehende Tarifstruktur befristet bis Ende 2017 weiter anzuwenden. Der Bundesrat hat die entsprechende Vereinbarung bis am 31. Dezember 2017 genehmigt. Die bestehende Tarifstruktur beinhaltet die im Jahr 2014 verordneten Anpassungen des Bundesrates. Da sich die Tarifpartner nicht auf eine anschliessend anwendbare Tarifstruktur einigen konnten, wurde ein subsidiäres Eingreifen des Bundesrates erneut notwendig, um einen tarifstrukturlosen Zustand im ambulanten ärztlichen Bereich per 1. Januar 2018 zu verhindern. Mit Entscheid vom 18. Oktober 2017 hat der Bundesrat die Änderung der Verordnung über die Festlegung und die Anpassung von Tarifstrukturen in der Krankenversicherung per 1. Januar 2018 verabschiedet. Mit der Änderung der Verordnung wird die revisionsbedürftige Tarifstruktur für ärztliche Leistungen erneut angepasst und gleichzeitig als gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur für ärztliche Leistungen festgelegt.

c) Tarifstrukturen für stationäre Behandlungen: SwissDRG und TARPSY

Die Tarifpartner haben gemeinsam mit den Kantonen als Organisation, welche gemäss Artikel 49 Absatz 2 KVG für die Erarbeitung und Weiterentwicklung sowie die Anpassung und Pflege der Tarifstruktur zuständig ist, die SwissDRG AG eingesetzt. Die Leistungserbringer haben der SwissDRG AG die dazu notwendigen Kosten- und Leistungsdaten abzuliefern. Die von der SwissDRG AG erarbeiteten Tarifstrukturen sowie deren Anpassungen werden von den Tarifpartnern dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreitet.

Für die Vergütung der stationären Behandlungen im akutsomatischen Bereich haben sich die Tarifpartner mit Vertrag vom 2. Juni 2009 auf die Einführung der Tarifstruktur SwissDRG geeinigt. Mit Genehmigungsbeschluss vom 18. Juni 2010 hat der Bundesrat die Tarifstruktur SwissDRG als gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur für stationäre akutsomatische Behandlungen genehmigt. Seither werden dem Bundesrat jährlich neue Versionen dieser Tarifstruktur zur Genehmigung unterbreitet, letztmals die Version 8.0 Ende Juni 2018.

Für die Vergütung der stationären Behandlungen in der Psychiatrie hat der Bundesrat mit Entscheid vom 25. Oktober 2017 den Tarifstrukturvertrag TARPSY vom 5. Juli 2017 zwischen den Tarifpartnern H+ die Spitäler der Schweiz, santésuisse und curafutura genehmigt.

Damit liegen in den Bereichen der stationären Akutsomatik und Psychiatrie gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstrukturen nach Artikel 49 Absatz 1 KVG vor und es kann in diesen Bereichen keine weitere bzw. andere Tarifstruktur nach Artikel 49 Absatz 1 KVG vereinbart resp. genehmigt werden. Im Bereich der stationären Rehabilitation wird die Tarifstruktur ST Reha derzeit erarbeitet.

Der für eine stationäre Behandlung in den Bereichen der Akutsomatik sowie der Psychiatrie zu vergütende Betrag ergibt sich durch die Multiplikation des Kostengewichtes der entsprechenden Tarifposition der Tarifstruktur mit dem verhandelten resp. festgesetzten Basispreis des jeweiligen Spitals oder Geburtshauses (Baserate). Der Basispreis wird grundsätzlich zwischen Versicherern und Leistungserbringern verhandelt und unterliegt der Genehmigungspflicht durch die zuständige kantonale Behörde. Dabei haben sich die Tarifpartner an den Preisen jener Spitäler zu orientieren, welche die tarifierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen.

2. Problemanalyse und Hintergrund des Postulats

2.1. Problemanalyse

Wie oben erläutert, ist die Frage der Repräsentativität der Tarifpartner bei der Unterzeichnung von Tarifverträgen und insbesondere die allfällige Notwendigkeit der Festlegung von objektiven Kriterien hierfür nur für gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstrukturen von Bedeutung. Es sind dies, wie bereits erwähnt, gesamtschweizerisch vereinbarte Einzelleistungstarifstrukturen nach Artikel 43 Absatz 5 KVG sowie gesamtschweizerisch einheitliche Strukturen für die pauschale Vergütung der stationären Behandlung nach Artikel 49 Absatz 1 KVG.

Das Postulat 11.4018 wurde 2011 im Zusammenhang mit dem Einzelleistungstarif für die Physiotherapie eingereicht, und befasst sich mit der Anwendung von Artikel 43 KVG (vgl. sogleich Ziff. 2.2). Heute ist die Problematik im Bereich der Einzelleistungstarife ebenfalls bei der Tarifstruktur für ärztliche Leistungen TARMED aktuell. Hier können sich die Tarifpartner seit Jahren nicht auf eine dringend notwendige Überarbeitung der inzwischen veralteten Struktur einigen. Auch die Einführung von Artikel 43 Absatz 5^{bis} KVG konnte die damit erhoffte Deblockierung der Verhandlungen zwischen den Tarifpartnern nicht bewirken. Der Bundesrat musste daher in den letzten Jahren zweimal seine neu geschaffene subsidiäre Kompetenz wahrnehmen, um die bekanntermassen nicht mehr sachgerechte Tarifstruktur anzupassen. Zuletzt hat der Bundesrat mit Entscheid vom 18. Oktober 2017 die Tarifstruktur für ärztliche Leistungen wie auch die Tarifstruktur für physiotherapeutische Leistungen gesamtschweizerisch einheitlich festgelegt, um einen tariflosen Zustand per 1. Januar 2018 zu verhindern.

Die Frage der Repräsentativität der Tarifpartner bei der Unterzeichnung und Einreichung von Tarifverträgen ist heute umso aktueller, da es auf Seiten der Krankenversicherer nicht mehr nur den einen Branchenverband santésuisse existiert. Neben santésuisse gibt es heute auch den Verband curafutura, der aus den ausgetretenen Krankenversicherer CSS, Helsana, sanitas und KPT besteht. Beide Versichererverbände verfügen über Gesellschaften, welche für die angeschlossenen Krankenversicherer Tarife und Tarifstrukturen verhandeln. Bei santésuisse kommt diese Rolle ihrer Tochtergesellschaft tarifsuisse ag zu. Für die Helsana, Sanitas und KPT führt die Einkaufsgemeinschaft HSK diese Verhandlungen. Auch bei der Vergütung der stationären Behandlung mittels gesamtschweizerisch einheitlichen Pauschalen ist die Thematik der Repräsentativität der Tarifpartner bei der Einreichung bzw. Anpassung der Tarifstruktur derzeit aktuell. Die Abspaltung der erwähnten Krankenversicherer von santésuisse hat zur Folge, dass diese resp. ihr Verband curafutura nicht mehr im Verwaltungsrat der SwissDRG AG vertreten sind.

2.2. Hintergrund des Postulats 11. 4018 und heutige Situation

Hintergrund des Postulats 11.4018 „Kriterien für die Repräsentativität bei der Unterzeichnung von Tarifverträgen im Gesundheitswesen“ war – wie einleitend bereits erwähnt – die Kündigung des nationalen Tarifvertrags vom 1. September 1997 zwischen dem Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer und dem Schweizerischen Physiotherapeuten Verband, durch physioswiss im Dezember 2009. Nach gescheiterten Tarifverhandlungen zwischen physioswiss und tarifsuisse AG (Rechtsnachfolgerin des Konkordats der Schweizerischen Krankenversicherer für diesen Vertrag) ist der Vertrag am 30. Juni 2011 ausgelaufen. Weil anlässlich der Genehmigung des nationalen Tarifvertrags der Bundesrat am 1. Juli 1998 die Tarifstruktur gestützt auf Artikel 43 Absatz 5 und Artikel 46 Absatz 4 KVG nicht nur genehmigt, sondern auch als gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur für Einzelleistungstarife festgelegt hat, blieb die Tarifstruktur auch nach der Vertragskündigung weiterhin anwendbar. Am 5. Juli 2011 hat tarifsuisse ag im Namen der Vertragsparteien, 49 Krankenversicherer gemäss Vertrag und ASPI (Association Suisse des Physiothérapeutes Indépendants), dem Bundesrat

einen nationalen Tarifvertrag in der Physiotherapie zur Genehmigung eingereicht. Helsana (auch im Namen von KPT und Sanitas) und der SVFP reichten am 9. August 2011 einen weiteren gleichlautenden Tarifvertrag ein. Beide Verträge verweisen auf die Tarifstruktur, auf der die gekündigte Vereinbarung beruhte.

Hier setzt das Postulat an: der Bundesrat wird ersucht, objektive Kriterien für die Repräsentativität bei der Unterzeichnung von Tarifverträgen im Gesundheitswesen vorzusehen. In der Begründung wird ausgeführt, es sei unhaltbar, dass der Bundesrat den Tarifvertrag zwischen Tarifsuisse AG und ASPI akzeptiert (und genehmigt) habe. Bei ASPI handle es sich um einen kleinen Verband, dem rund 280 Physiotherapeutinnen und Physiotherapeut angeschlossen sind, welche mehrheitlich aus dem Kanton Waadt stammten und nicht in allen Kantonen präsent seien.

Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme vom 9. Dezember 2011 u.a. Folgendes ausgeführt: Das KVG will die Vertragsvielfalt zwischen Leistungserbringern und Krankenversicherern fördern. Nach Artikel 46 Absatz 1 KVG können einzelne oder mehrerer Leistungserbringer oder deren Verbände Parteien eines Tarifvertrages sein sowie einzelne oder mehrere Versicherer oder deren Verbände. Jeder zugelassene Leistungserbringer sowie jeder zugelassene Versicherer kann also einzeln oder mit anderen grundsätzlich als Tarifpartner auftreten. Im Fall von Verbandsverträgen geht aus Artikel 46 Absatz 2 KVG hervor, dass der Tarifvertrag nur für diejenigen Mitglieder verbindlich ist, die dem Vertrag beitreten; auch Nichtmitglieder können dem Vertrag beitreten. Das KVG geht damit davon aus, dass keine Mindestkriterien (z.B. die Grösse eines Verbandes) für den Abschluss eines Tarifvertrages einzuhalten sind. Vielmehr soll mit den kartellrechtlichen Vorgaben, die insbesondere Artikel 46 Absatz 3 beinhaltet, verhindert werden, dass jemand von einem Vertrag ausgeschlossen, jemand zu einem Vertragsschluss gezwungen oder von einem Vertrag benachteiligt wird. Entsprechend darf es eine unbestimmte Zahl von Verträgen geben, die nebeneinander bestehen. Massgebend ist einzig, dass die gesetzlichen Regelungen – im vorliegenden Fall u.a. eine gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 KVG) – eingehalten werden. Hingegen ist in Bezug auf die gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur für Einzelleistungstarife der Verhandlungsspielraum der Tarifpartner insofern eingeschränkt, als nur eine Tarifstruktur existieren kann. Die Vereinbarung der Tarifstruktur sollte sich aus Sicht des Bundesrates auf einen breiten Konsens stützen können und nicht durch eine vertragliche Lösung weniger Partner einer unbestimmten Zahl von anderen Partnern aufgezwungen werden.

In Bezug auf den Vertrag zwischen der Tarifsuisse AG und der "Association suisse des physiothérapeutes indépendants" hat der Bundesrat festgehalten, dass er prüfen wird, ob der Vertrag die gesetzlichen Anforderungen erfüllt (Art. 46 Abs. 4 KVG). Zu beachten ist, dass dieser Vertrag keine Änderung der bestehenden Tarifstruktur zum Inhalt hat, sondern auf dieser beruht. Insofern stehen die Vertragsinhalte nicht im Widerspruch zu anderen Verträgen. Zudem ist festzuhalten, dass der Geltungsbereich dieses Vertrags gesamtschweizerisch ausgerichtet ist, nämlich dergestalt, dass allen Physiotherapeutinnen und -therapeuten der Beitritt offensteht. Gemäss aktuellem Stand sind mehr als 700 Physiotherapeutinnen und -therapeuten aus 25 Kantonen dem Vertrag beigetreten. Das Anliegen des Postulanten ist zwar verständlich. Das KVG will indessen eine grösstmögliche Vertragsvielfalt zulassen. Da die anwendbaren Regeln klar sind, besteht aus Sicht des Bundesrates kein Handlungsbedarf, und er lehnte das Postulat aus den dargelegten Gründen ab.

Der Bundesrat hat im Übrigen die genannten am 5. Juli 2011 und 9. August 2011 eingereichten Tarifverträge in der Physiotherapie am 18. April 2012 genehmigt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil C-2461/2013 vom 28. August 2014 festgehalten, dass die hoheitliche Festsetzung einer nationalen Tarifstruktur generell-abstrakter Natur ist und in Verordnungsform zu erfolgen hat und dass mit der Vertragskündigung und dem Wegfall des Nationalen Tarifvertrags per 30. Juni 2011 keine nationale Tarifstruktur für in freier Praxis

erbrachte Physiotherapieleistungen mehr bestand. Die Tarifpartner einigten sich daraufhin auf eine befristete Verlängerung des nationalen Vertrages über die Physiotherapieleistungen. Aufgrund fehlender Einigung der Tarifpartner betreffend der ab 1. Oktober 2016 gültigen Tarifstruktur, hat der Bundesrat am 23. November 2016 die Tarifstruktur für physiotherapeutische Leistungen als Anhang 2 der Verordnung über die Festlegung und die Anpassung von Tarifstrukturen in der Krankenversicherung (SR 832.102.5) festgelegt.

3. Lösungsansätze

Grundsätzlich geht es vorliegend um die Frage, wie die Genehmigungsbehörde bei einem Genehmigungsantrag über eine gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur vorzugehen hat, der nicht von sämtlichen relevanten Tarifpartnern eingereicht wurde. An dieser Stelle gilt es zu erörtern, ob in solch einem Fall die Behörde überhaupt auf das Gesuch eintreten kann. Falls dies bejaht wird, muss geprüft werden, ob es fixe Kriterien bezüglich der Repräsentativität braucht und schliesslich muss untersucht werden, ob und wie die nichteinreichenden Tarifpartner in das Genehmigungsverfahren miteinzuziehen sind. Schliesslich ist noch die Frage zu klären, ob die zur Genehmigung eingereichte Tarifstruktur auch für die nichteinreichenden Tarifpartner gilt oder ob diese generell in Form einer Verordnung vom Bundesrat festgelegt werden muss.

In den nachfolgenden Ausführungen ist zudem Folgendes zu beachten: Das Kriterium der Repräsentativität bei der Unterzeichnung von Tarifverträge über gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstrukturen ist gesetzlich nicht ausdrücklich verankert und folglich den einschlägigen Gesetzesbestimmungen auch nicht direkt zu entnehmen. Es ergibt sich jedoch indirekt aus der Gesetzeslogik des 4. Abschnittes des Kapitels Leistungserbringer, Tarife und Preise, nämlich aus den Artikel 43 ff. KVG. Nur bei Verträgen über Tarifstrukturen, welche gesamtschweizerische Geltung haben, ist es erforderlich, dass die Struktur gesamtschweizerisch einheitlich ist. Mit anderen Worten bedeutet dies, dass in diesen Bereichen nur eine Tarifstruktur existieren kann. Die Vereinbarung der Tarifstruktur soll sich auf einen breiten Konsens stützen können und nicht durch eine vertragliche Regelung weniger Tarifpartner einer unbestimmten Zahl von anderen Partnern aufgezwungen werden können. Bezüglich Einzelleistungstarifen ergibt sich aus Artikel 43 Absatz 5 KVG, dass diese auf gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstrukturen beruhen müssen. Die Auslegung dieses Artikels steht somit bei der Beantwortung der durch das Postulat aufgeworfenen Fragestellung im Vordergrund. Beim dem Postulat zugrunde liegenden Tarifvertrag handelt es sich um den Tarifvertrag über die Tarifstruktur für physiotherapeutische Leistungen, und damit um einen Anwendungsfall von Artikel 43 Absatz 5 KVG.

Nachfolgend wird zudem ergänzend auf Artikel 49 Absatz 1 KVG eingegangen, weil auch die Pauschalen für die Vergütung der stationären Behandlung auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen beruhen müssen. Die Frage der Repräsentativität ist im stationären Bereich jedoch nicht ohne Weiteres vergleichbar mit dem ambulanten Bereich, da bei Ersterem die einheitlichen Strukturen in erster Linie von der gemeinsam von den Tarifpartnern und den Kantonen eingesetzten Organisation erarbeitet werden.

Ausserdem wird an dieser Stelle noch darauf hingewiesen, dass das vorliegende Postulat am 30. September 2011 eingereicht wurde. Die Stellungnahme des Bundesrates datiert vom 9. Dezember 2011. Zu diesem Zeitpunkt verfügte der Bundesrat erst über die subsidiäre Festlegungskompetenz bezüglich der Tarifstruktur nach Artikel 43 Absatz 5 KVG. Die subsidiäre Kompetenz für Anpassungen an der Tarifstruktur wurde durch Ziffer 1 des Bundesgesetzes vom 23. Dezember 2011 eingefügt und ist erst seit 1. Januar 2013 in Kraft. Hintergrund des Postulats war somit in erster Linie die Frage, wann ein Tarifvertrag über eine (neue) Tarifstruktur genehmigungsfähig ist, und weniger, wie bei einem Antrag auf Anpassung zu einer bereits bestehenden Tarifstruktur vorzugehen ist.

Das Hauptaugenmerk des Berichtes ist deshalb auf Artikel 43 Absatz 5 KVG gerichtet. Der neuere Absatz 5^{bis} wird nur ergänzend herangezogen. Dennoch gelten die hier gemachten Ausführungen zur Repräsentativität bei Einreichen eines Tarifvertrages zur Genehmigung grundsätzlich auch bei einem Antrag auf Anpassung.

3.1. Bei Einzelleistungstarifen (Art. 43 Abs. 5 KVG)

3.1.1. Auslegung von Artikel 43 Absatz 5 KVG

Nach dem Wortlaut von Artikel 43 Absatz 5 KVG müssen Einzelleistungstarife auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen. Aufgrund des schweizweiten Geltungsbereichs bedarf ein solcher Tarifvertrag der Genehmigung durch den Bundesrat (vgl. Art. 46 Abs. 4 KVG). Ob und welche Voraussetzungen an die Vertragsparteien gestellt werden, damit ein solcher Vertrag genehmigungsfähig ist, lässt sich dem deutschen Gesetzeswortlaut nicht direkt entnehmen. Durch den Ausdruck einheitliche Tarifstruktur erscheint zumindest klar, dass es schweizweit *nur eine* Tarifstruktur für die gleichen Leistungen geben kann. Auslegungsbedürftig²⁷ ist hingegen, was der Gesetzgeber unter „gesamtschweizerisch vereinbart“ versteht. Geht man von einem *territorialen Geltungsbereich* aus, genügt es, wenn sich der zu genehmigende Vertrag auf das ganze Gebiet der Schweiz bezieht. Mit anderen Worten muss die Tarifstruktur schweizweit, d.h. in sämtlichen Sprachregionen- und Landesteilen, zur Anwendung kommen. Geht man hingegen von einem *persönlichen Geltungsbereich* des Tarifvertrages aus, so hat die zu genehmigende Tarifstruktur grundsätzlich für sämtliche Leistungserbringer und Krankenversicherer mit Tätigkeitsbereich in der Schweiz zu gelten.

An dieser Stelle ist ein Blick auf den französischen und italienischen Gesetzestext angezeigt. Diese lauten wie folgt:

«Les tarifs à la prestation doivent se fonder sur une structure tarifaire uniforme, fixée par convention sur le plan suisse.»

«Le tariffe per singola prestazione devono basarsi su una struttura tariffale uniforme, stabilita per convenzione a livello nazionale.»

Aus diesen beiden Sprachfassungen wird ersichtlich, dass die Tarifstruktur einheitlich sein muss. Zudem verdeutlichen die italienische und die französische Version mit den Formulierungen «al livello nazionale» und «sur le plan suisse», dass die Strukturen auf nationaler Ebene Geltung beanspruchen, dies als Abgrenzung zum kantonalen Geltungsbereich. Die gleichartige Terminologie zwischen der französischen (sur le plan suisse», «si sa validité [de la convention tarifaire] s'étend à toute la Suisse») und deutschen Fassung («gesamtschweizerisch vereinbart», «wenn er [der Tarifvertrag] in der ganzen Schweiz gelten soll») der Artikel 43 Absatz 5 und 46 Absatz 4 KVG lässt ebenfalls auf einen territorialen Geltungsbereich schliessen.

Nachdem nun geklärt ist, dass sich der zu genehmigende Vertrag aufgrund des territorialen Geltungsbereichs auf das Gebiet der gesamten Schweiz bezieht, ist noch offen, wer die Tarifpartner sein müssen, welche die gesamtschweizerische Vereinbarung abschliessen und dem Bundesrat zur Genehmigung einreichen können. Aus allen drei Gesetzestexten lässt sich diese Frage nicht direkt beantworten, da nur von „den Tarifpartnern“ und nicht beispielsweise von „sämtlichen Tarifpartnern“ gesprochen wird. Da aber wie ausgeführt im Bereich der Einzelleistungstarife nur eine Tarifstruktur über dieselben Leistungen existieren kann und diese deshalb gesamtschweizerisch einheitlich sein muss, kann daraus geschlossen werden, dass

²⁷ Vgl. exemplarisch Urteil des BVGer C-1698/2013.

diese Einheitlichkeit grundsätzlich auf einer grossen Repräsentativität der Tarifpartner beruhen muss.

Das Erfordernis der Einheitlichkeit der Tarifstruktur impliziert somit nicht nur, dass der Inhalt der Struktur geeignet ist, die Gesamtheit der Leistungen des infrage stehenden Bereichs zu regeln, sondern auch, dass die Vereinbarung zwischen den massgeblichen Tarifpartnern geschlossen wurde, welche die Versicherer und Leistungserbringer schweizweit repräsentieren. Nur eine grosse Repräsentativität der Tarifpartner bei Tarifverträgen kann sicherstellen, dass die Struktur zur einheitlichen Anwendung taugt, und dabei die Interessen sämtlicher massgeblichen Parteien berücksichtigt sind. Das Kriterium der Repräsentativität ist indessen als materiell-rechtliche Frage nicht bereits bei der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen zu berücksichtigen. Vielmehr soll es erst bei der materiellen (inhaltlichen) Prüfung des Tarifvertrages zum Zuge kommen. Ansonsten könnten bestehende Blockaden noch intensiviert werden, was ein vermehrtes Eingreifen des Bundesrates zur Folge hätte.

Werden Artikel 43 Absätze 5 und 5^{bis} KVG nach der gesetzlichen Systematik des 4. Kapitels *Leistungserbringer* des KVG ausgelegt, ist grundsätzlich von der Tarifautonomie der Tarifpartner auszugehen (vgl. Art. 43 Abs. 4 Satz 1, Art. 46 Abs. 1 KVG). So lässt sich der Botschaft auch entnehmen, dass das Prinzip der Vertragsfreiheit im Vordergrund steht und dass darauf in vielen Vernehmlassungen grosser Wert gelegt wurde.²⁸ Nur wenn sich diese nicht einigen können, kann der Bundesrat subsidiär eingreifen. Des Weiteren ist Artikel 43 Absatz 5 KVG auch in Verbindung mit Artikel 46 Absatz 4 KVG zu lesen. Nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung ist der Bundesrat für den Tarifvertrag nur dann Genehmigungsbehörde, wenn er in der ganzen Schweiz gelten soll. Diesbezüglich kann grundsätzlich vom Willen der Tarifpartner ausgegangen werden, soweit dieser nicht den gesetzlichen Bestimmungen entgegensteht.

Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte von Artikel 43 Absatz 5 KVG zeigt Folgendes: Im Entwurf der Expertenkommission²⁹ war ausdrücklich vorgesehen, dass die Vereinbarungen über die Tarifstrukturen der Einzelleistungsvergütung von gesamtschweizerisch repräsentativen Verbänden zu treffen sind. Diese Formulierung wurde jedoch nicht ins Gesetz übernommen, die Verbände finden in diesem Zusammenhang keine Erwähnung mehr. Der Botschaft lässt sich in diesem Zusammenhang hingegen entnehmen, dass in der bisherigen Ordnung Tarifstruktur und Taxpunktwert meist dezentral festgelegt wurden, in der Regel auf kantonaler Ebene. (...) Was die Tarifstruktur betrifft, mache dies jedoch wenig Sinn. Es sei angezeigt, diese auf gesamtschweizerischer Ebene einheitlich festzulegen, und zwar durch Vereinbarung zwischen den Tarifpartnern.³⁰ Der Botschaft ist weiter zu entnehmen, dass Tarifverträge in der Regel von ungefähr gleich gewichtigen Partnern ausgehandelt werden. Dies erhöhe die Chance einer weitgehenden Ausgewogenheit ihres Inhaltes.³¹ Ob dabei sämtliche Tarifpartner bzw. eine Mehrheit involviert sein müssen, wird in der Botschaft nicht erläutert. Die sehr knappe Formulierung des Gesetzestextes sowie der Botschaft ist wahrscheinlich darauf zurückzuführen, dass im Zeitpunkt des Erlasses des KVG die Verbandstrukturen sowohl auf Seiten der Versicherer wie auch der Leistungserbringer stabil und klar waren und sich damals bei Tarifverhandlungen grundsätzlich meist nur ein Leistungserbringer- und ein Versichererverband gegenüberstanden. Heute hingegen besteht ein vielfältiges Gebilde von Verbänden, Verbänden und Einkaufsgemeinschaften.

Folglich kann als Zwischenfazit festgehalten werden, dass sich die Frage der Repräsentativität der Tarifpartner nicht direkt aufgrund des Gesetzestextes beantworten lässt. Das Erfordernis der Repräsentativität ergibt sich jedoch indirekt aus der Einheitlichkeit der Tarifstruktur. Nur so

²⁸ BBI 1992 I 93, S. 179.

²⁹ Bericht und Entwurf der Expertenkommission vom 2. November 1990 zur Revision der Krankenversicherung, S. 119, Art. 31 Abs. 2 des Entwurfes.

³⁰ Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, BBI 1992 I 93, S. 173.

³¹ BBI 1992 I 93, S. 178.

lässt sich rechtfertigen, dass eine Tarifstruktur grundsätzlich für sämtliche Leistungserbringer und Versicherer Geltung hat. Ein Tarifvertrag, welcher nicht von einer Mehrheit eingereicht wird, erfüllt diese Voraussetzungen nicht und ist deshalb grundsätzlich nicht genehmigungsfähig. Dies, obwohl der Tarifautonomie der Tarifpartner im gesamten Tarifrecht ein hoher Stellenwert zugemessen wird. Da sich jedoch die Situation bei den Tarifpartnern seit Inkrafttreten des KVG verändert hat und vermehrt Blockaden zwischen den Tarifpartnern auftreten, erscheint es angebracht, die Vorgehensweise zu definieren, wenn ein Tarifvertrag dem Bundesrat nicht von der erforderlichen Mehrheit der Tarifpartner zur Genehmigung eingereicht wird. Die Vermeidung eines tarifstrukturlosen Zustandes liegt nicht zuletzt auch im Interesse und zum Schutz der Versicherten.

3.1.2. Bisherige Haltung des Bundesrates

Der Bundesrat hat sich in der Vergangenheit bereits mehrfach zu dieser Frage geäußert.

In seiner Stellungnahme vom 9. Dezember 2011 zum vorliegenden Postulat 11.4018 „Kriterien für die Repräsentativität bei der Unterzeichnung von Tarifverträgen im Gesundheitswesen“ führt der Bundesrat aus, dass das KVG davon ausgeht, dass für den Abschluss eines Tarifvertrages grundsätzlich keine Mindestkriterien (z. B. die Grösse eines Verbandes) einzuhalten sind. Entsprechend darf es eine unbestimmte Zahl von Verträgen geben, die nebeneinander bestehen. Massgebend ist einzig, dass die gesetzlichen Regelungen - im vorliegenden Fall u. a. eine gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 KVG) - eingehalten werden. Hingegen ist in Bezug auf die gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur für Einzelleistungstarife der Verhandlungsspielraum der Tarifpartner insofern eingeschränkt, als nur eine Tarifstruktur existieren kann. Die Vereinbarung der Tarifstruktur sollte sich aus Sicht des Bundesrates auf einen breiten Konsens stützen können und nicht durch eine vertragliche Lösung weniger Partner einer unbestimmten Zahl von anderen Partnern aufgezwungen werden.

In Schreiben an die Tarifpartner vom Juni 2015 legte der Vorsteher des Eidgenössischen Departements des Inneren EDI dar, dass eine revidierte Tarifstruktur in einem von allen massgeblichen Tarifpartnern, die jeweils eine Mehrheit der Leistungserbringer bzw. bezüglich den Versicherern eine Mehrheit der Versicherten, vertreten, gemeinsam unterzeichneten Tarifvertrag vereinbart werden müsse. Eine zweite Tarifstruktur neben der bestehenden kann vom Bundesrat nicht genehmigt werden.

In seiner Stellungnahme vom 5. Juni 2015 zur Interpellation 15.3182 „Tarmed. Revision der Tarifstruktur“ hat der Bundesrat festgehalten, dass eine revidierte Tarifstruktur in einem von allen massgeblichen Tarifpartnern, die jeweils eine Mehrheit der Leistungserbringer bzw. bezüglich der Versicherer eine Mehrheit der Versicherten vertreten, gemeinsam unterzeichneten Tarifvertrag vereinbart werden muss. Weiter führt der Bundesrat aus, dass er den Tarifpartner bei Nichteinhalten dieser Vorgabe eine angemessene Frist einräumen kann, um sich in der notwendigen Zusammensetzung auf eine revidierte Tarifstruktur zu einigen. Denkbar wäre indes auch, die eingereichte Tarifstruktur den nichteinbezogenen Tarifpartnern zur Stellungnahme zu unterbreiten. Diese Haltung hat der Bundesrat auch in Schreiben von April und September 2015 an die Tarifpartner vertreten.

In seinen bisherigen Stellungnahmen und Äusserungen hat der Bundesrat Artikel 43 Absatz 5 KVG somit stets so ausgelegt, dass eine revidierte Tarifstruktur grundsätzlich von allen massgeblichen Tarifpartnern, d.h. jeweils von einer Mehrheit der Leistungserbringer bzw. bezogen auf die Versicherer eine Mehrheit der Versicherten, vereinbart sein muss. Auch macht er klar, dass eine zweite Tarifstruktur neben einer bereits bestehenden vom Bundesrat nicht genehmigt werden kann.

migt werden kann. Er hält aber auch fest, dass er nicht ausschliesst, eine (nicht von den notwendigen Mehrheiten) eingereichte Tarifstruktur den nicht einbezogenen Tarifpartnern zur Stellungnahme zu unterbreiten.

Aus diesen Gründen erachtet der Bundesrat die anwendbaren Regeln, dass grundsätzlich eine Mehrheit der Leistungserbringer bzw. bezogen auf die Versicherer eine Mehrheit der Versicherten, dem Bundesrat eine (revidierte) Tarifstruktur zur Genehmigung einreichen müssen, als klar genug und sieht keinen weiteren Handlungsbedarf in dem Sinne, als dass zusätzliche Kriterien für die Repräsentativität bei der Unterzeichnung von Tarifverträgen im Gesundheitswesen aufgestellt werden müssten. Dies umso mehr, weil bei den Tarifpartnern in den letzten Jahren grössere Umstrukturierungen mit Auswirkungen auf die Repräsentativität erfolgt sind und solche auch für die Zukunft nicht auszuschliessen sind. Allerdings erkennt der Bundesrat einen gewissen Handlungsbedarf in dem Sinne, als dass am grundsätzlichen Erfordernis der beidseitigen Mehrheit der massgeblichen Tarifpartner (wobei die Versicherer eine Mehrheit der Versicherten vertreten müssen) bei Einreichung eines Tarifvertrages zur Genehmigung nicht zu starr festgehalten werden kann (vgl. sogleich nachfolgend Ziff. 3.1.5), um zumindest eine materielle Prüfung des Tarifvertrages vornehmen zu können. Ansonsten ist nicht auszuschliessen, dass der Bundesrat aufgrund der seit längerer Zeit herrschenden Uneinigkeit auf Seiten der Tarifpartner bezüglich der vorzunehmenden Anpassungen an den Tarifstrukturen in Zukunft häufiger deren Aufgaben übernehmen muss. Dies dürfte nicht im Sinne der Tarifautonomie sein.

3.1.3. Rahmenbedingungen des Bundesrates für die Genehmigung des TARMED

Wie bereits mehrfach ausgeführt, gibt das KVG in Artikel 43 Absatz 5 KVG vor, dass Einzelleistungstarife auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen müssen. Verfahrensrechtlich stellt Artikel 46 Absatz 4 KVG klar, dass diese Tarifverträge durch den Bundesrat zu genehmigen sind. Verfahrensrechtlich ist in Satz 2 dieses Absatzes einzig vorgeschrieben, dass die Genehmigungsbehörde zu prüfen hat, ob der Tarifvertrag mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit in Einklang steht.

Im Rahmen der Beantwortung der Interpellation 15.3182 „Tarmed. Revision der Tarifstruktur“ hat der Bundesrat die Rahmenbedingungen für eine Revision des Tarmed und dessen Genehmigung wie folgt dargelegt, unter Verweis, dass sich diese allgemein aus dem Gesetz ableiten lassen:

- a. *Gemeinsam vereinbarte Tarifstruktur*: Eine revidierte Tarifstruktur muss in einem von allen massgeblichen Tarifpartnern, die jeweils eine Mehrheit der Leistungserbringer bzw. bezüglich der Versicherer eine Mehrheit der Versicherten vertreten, gemeinsam unterzeichneten Tarifvertrag vereinbart werden. Eine zweite Tarifstruktur neben der bestehenden kann vom Bundesrat nicht genehmigt werden;
- b. *Vollständige Dokumentation und Transparenz*: Dem Antrag zur Genehmigung der revidierten Tarifstruktur durch den Bundesrat ist eine umfassende Dokumentation (inklusive Tarifmodell mit Berechnungsgrundlagen und Berechnungsmethoden in elektronischer Form sowie Schätzungen der finanziellen Auswirkungen bei konstanten Taxpunktwerten) beizulegen, die belegt, wie den Vorgaben des KVG Rechnung getragen wurde;
- c. *Wirtschaftlichkeit und Billigkeit*: Die zur Genehmigung durch den Bundesrat eingereichte Tarifstruktur muss dem Gebot von Wirtschaftlichkeit und Billigkeit entsprechen. Dies bedeutet, dass bei gleichem Leistungsangebot (gleiche Qualität und Menge der erbrachten Leistungen) grundsätzlich keine Kostensteigerungen resultieren dürfen. Auch ausgewiesene Kostensenkungen (z. B. aufgrund der Reduktion von Operationszeiten) müssen ins

Tarifmodell einfließen. Sind für die OKP insgesamt belegbare Kostensteigerungen unausweichlich, so müssen sich diese aus Gründen der wirtschaftlichen Tragbarkeit für das Gesamtsystem in einem sehr engen Rahmen bewegen;

- d. *Anpassung an die aktuellen Gegebenheiten*: Die zur Genehmigung durch den Bundesrat eingereichte Tarifstruktur muss insbesondere auf Neuerhebungen der dem Modell zugrundeliegenden Kosten- und Leistungsdaten sowie auf Neuberechnungen der Parameter basieren, eine Indexierung der Kosten kann nicht akzeptiert werden.

3.1.4. Diskussion der Rechtsgutachten von Dr. iur. Markus Moser und Prof. Bernhard Rüttsche

Das BAG hat im Zusammenhang mit der Beantwortung des Postulates 11.4018 Ende 2017 ein Gutachten bei Dr. iur. Markus Moser³² eingeholt zu Fragen des Tarifrechts bei Einzelleistungsvergütung. Curafutura hat Prof. Dr. Bernhard Rüttsche³³ ebenfalls mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens beauftragt. Nachfolgend werden die wichtigsten Schlussfolgerungen kurz wiedergegeben und anschliessend die bisherigen Äusserungen des Bundesrates mit denjenigen der beiden Gutachter verglichen.

a) Gutachten von Dr. iur. Markus Moser

Moser hat u.a. das Szenario untersucht, wonach nicht alle Verbände der Versicherer oder der Leistungserbringer, welche nach bisheriger Praxis in der ganzen Schweiz oder auf kantonaler Ebene Tarifverträge abschliessen, am Tarifvertrag über einen Einzelleistungstarifvertrag beteiligt sind. Ihm zufolge würde es nach den in der Stellungnahme des Bundesrates zur Interpellation Weibel Thomas (15.3182) erwähnten Kriterien grundsätzlich genügen, wenn auf Seiten der Leistungserbringer die FMH dem Vertrag zugestimmt hat, nicht aber H+, weil es deutlich mehr Ärzte als Spitäler gibt. Einen Vertrag, dem die Spitäler nicht zugestimmt haben, als repräsentativ und damit als genehmigungsfähig zu bezeichnen, ist seines Erachtens jedoch keine realistische Option. Diese Äusserung kann so verstanden werden, dass ein solcher Vertrag nicht genehmigt werden könnte.

Weniger klar hingegen ist nach Moser die Ausgangslage, wenn auf Seiten der Versicherer nicht alle Verbände beteiligt sind. Aber auch dort würden seines Erachtens erhebliche Zweifel an der Repräsentativität bestehen, wenn beispielsweise nur *santésuisse* mit rund 60% der Versicherten einem Vertrag zustimmt. Bei dieser Ausgangslage dient es seines Erachtens der Sache mehr, wenn in einem Festlegungsverfahren den Gründen für eine Ablehnung des Vertrages nachgegangen wird.

Bei Zweifel an der Repräsentativität der Verbände, etwa wenn nicht alle Versicherer oder Leistungserbringer, für welche die einheitliche Tarifstruktur anwendbar sein soll, Mitglieder der am Vertrag beteiligten Verbände sind, ist Moser der Meinung, dass die Repräsentativität der Verbände grundsätzlich gegeben ist, wenn diesen Versicherern oder Leistungserbringern die Mitgliedschaft offensteht und nur einzelne Versicherer oder Leistungserbringer darauf verzichten haben. Hat jedoch eine grössere Zahl von Versicherern oder Leistungserbringern auf eine Verbandsmitgliedschaft verzichtet, ist unter Umständen die Repräsentativität nicht gegeben. Zweifel an der Repräsentativität können bestehen, wenn Versicherer beziehungsweise Leistungserbringer ohne eine Verbandsmitgliedschaft in einzelnen Kantonen oder Sprachregionen

³² Markus Moser, Stellungnahme zu Fragen des Tarifrechts bei Einzelleistungsvergütung, 20.12.2017, abrufbar unter: www.bag.admin.ch > Das BAG > Publikationen > Forschungsberichte > Forschungsberichte Kranken- und Unfallversicherung.

³³ Bernhard Rüttsche, Rechtsgutachten: Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5^{bis} KVG), abrufbar unter www.unilu.ch > Fakultäten > Rechtswissenschaftliche Fakultät > Professuren > Rüttsche Bernhard > Publikationen.

besonders stark vertreten sind, weil das KVG ausdrücklich auf nationaler Ebene abgeschlossene Vereinbarungen verlangt. Gleiches gilt, wenn sich die fehlende Verbandsmitgliedschaft bei Leistungserbringern auf bestimmte Fachrichtungen konzentrieren würde.

Betreffend Verfahren zur Genehmigung und Festlegung der Tarifstruktur führt Moser aus, dass der Bundesrat bei einem Tarifvertrag, welcher nur von einem Teil der Tarifpartner geschlossen wurde, prüfen muss, ob die am Vertrag beteiligten Parteien sowohl auf der Seite der Leistungserbringer wie auf der Seite für den vereinbarten Anwendungsbereich der Tarifstruktur repräsentativ sind. Ist die Repräsentativität gegeben, ist der Vertrag genehmigungsfähig. Kommt der Bundesrat aber zum Schluss, dass die Vertragspartner das Erfordernis der Repräsentativität nicht erfüllen, stellt sich die Frage, ob dieser Mangel unter Mitwirkung des Bundesrates noch behoben werden könnte. In der Stellungnahme des Bundesrates zum Postulat 15.3182 wird dazu erwähnt, dass der Bundesrat den Tarifpartnern eine angemessene Frist einräumen kann, sich in der notwendigen Zusammensetzung auf eine revidierte Tarifstruktur zu einigen. Eine Genehmigung ist nach Moser aber nur möglich, wenn die für die Repräsentativität fehlenden Tarifpartner dem abgeschlossenen Vertrag doch noch beitreten oder wenn eine neue Fassung des Vertrags ausgehandelt wird, dem die für die Repräsentativität nötigen Tarifpartner zustimmen.

Nach Moser kann der Bundesrat im Rahmen des Genehmigungsverfahrens jedoch keine Entscheide treffen, welche den fehlenden Konsens der für eine Genehmigung erforderlichen Tarifpartner ersetzen würde. Nicht ausgeschlossen wäre aber seiner Meinung nach, dass der Bundesrat ein Mediationsverfahren unter Einbezug einer aussenstehenden neutralen Person anregt und unterstützt. Kommt schliesslich kein Vertrag zustande, der das Erfordernis der landesweiten Repräsentativität der Vertragspartner erfüllt, oder steht eine gültig vereinbarte Tarifstruktur nicht in Einklang mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit (Art. 46 Abs. 4 KVG) kann der Bundesrat den Vertrag nicht genehmigen.

b) Gutachten von Prof. Dr. Bernhard Rüttsche

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen der Bundesrat auf Tarifgenehmigungsgesuche einzutreten und diese zu prüfen hat, führt Rüttsche im Wesentlichen aus, dass die Vertragsparteien das Genehmigungsgesuch entweder alle unterzeichnen oder eine bzw. mehrere Parteien zur Einreichung des Gesuchs ermächtigen müssen. Falls ein Gesuch um Genehmigung von Einzelleistungstarifstrukturen nicht von allen gesamtschweizerisch tätigen Tarifpartnern mitgetragen wird, ist im Gesuch zudem aufzuzeigen, dass sich alle massgebenden Tarifpartner an den Verhandlungen beteiligten bzw. die Möglichkeit hatten, sich daran zu beteiligen.³⁴ Auf ein Tarifgenehmigungsgesuch kann nach Rüttsche in diesem Fall auch dann eingetreten werden, wenn dieses nicht von allen massgeblichen Tarifpartnern mitgetragen wird.

Nach Rüttsche bezieht sich der Grundsatz der gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Einzelleistungstarifstruktur nach Artikel 43 Absatz 5 Satz 1 KVG auf den territorialen Geltungsbereich des Vertrages. Dies bedeutet, dass sich der zu genehmigende Tarifvertrag auf das gesamte Gebiet der Schweiz erstrecken muss, wobei er seiner Ansicht nach nicht notwendigerweise für alle Leistungserbringer und Krankenversicherer gelten muss. Der zur Genehmigung unterbreitete Tarifvertrag muss nach geltendem Krankenversicherungsrecht auch nicht von einer Mehrheit der Tarifpartner unterzeichnet sein. Der Bundesrat muss deshalb auch einen von einer Minderheit (die gesamtschweizerisch tätig, jedoch nicht der Mehrheit der Leistungserbringer bzw. versicherten Personen repräsentierenden Tarifpartnern entspricht) zur Genehmigung eingereichten Tarifvertrag prüfen. Die vereinbarte Tarifstruktur ist zu genehmigen, wenn sie mit dem Gesetz und den Tarifgestaltungsgrundsätzen im Einklang steht und die Mitwirkungsrechte der nichtbeteiligten Tarifpartner im Rahmen der Vertragsverhandlungen so-

³⁴ Kap. 3.2 sowie Rz. 58.

wie im Genehmigungsverfahren gewahrt sind. Würde der Bundesrat allein wegen nicht ausreichender Repräsentativität auf ein Tarifgenehmigungsgesuch nicht eintreten oder ein solches abweisen, läge eine formelle Rechtsverweigerung bzw. ein Verstoß gegen das Gesetzmässigkeitsprinzip vor. Zudem würde dies dem Grundsatz der Tarifautonomie zuwiderlaufen.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör und der Grundsatz der Tarifautonomie verlangen, dass alle gesamtschweizerisch tätigen Tarifpartner in ein Verfahren auf Genehmigung von gesamtschweizerisch vereinbarten Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife einbezogen und zur Stellungnahme eingeladen werden, auch wenn sie nicht selber Gesuchsteller sind.

Falls der Bundesrat eine von Tarifpartnern, welche nicht die Mehrheit repräsentieren, vereinbarte Tarifstruktur nicht genehmigt, hat er diese zumindest zum Gegenstand eines Festsetzungsentscheids zu machen, sofern diese Struktur im Einklang mit dem Gesetz und den Tarifgestaltungsgrundsätzen steht.

c) Fazit

Vorab ist zu erwähnen, dass die beiden Gutachter nicht von identischen Fragestellungen ausgingen und sich ihre Antworten deshalb nur teilweise vergleichen lassen.

Als Fazit kann festgehalten werden, dass Rütsche am wenigsten strikt am Erfordernis der Mehrheit festhält bzw. eine solche dann als rechtswidrig erachtet, wenn die restlichen Tarifpartner an den Verhandlungen hätten teilnehmen können und im Genehmigungsverfahren angehört werden. Für Moser hingegen ist eine Genehmigung ohne eine Mehrheit der Tarifpartner sowohl auf Versicherer- wie auch auf Leistungserbringerseite problematisch.

Der Bundesrat geht gestützt auf die Ausführungen unter Ziff. 3.1.1 f. ebenfalls von der Notwendigkeit der Repräsentativität aus. In seinem Schreiben an die Tarifpartner im September 2015 hatte er kommuniziert, dass geprüft werden muss, ob auf ein Gesuch eingetreten werden kann, wenn beispielsweise santésuisse den Tarifvertrag nicht miteinreicht.

3.1.5. Vorgehen bei fehlender Mehrheit der Tarifpartner

Wird dem Bundesrat ein Tarifvertrag über eine gesamtschweizerische Tarifstruktur nicht von einer Mehrheit der Tarifpartner eingereicht, so kann gleichwohl geprüft werden, ob der Vertrag und die zugehörige Tarifstruktur den gesetzlichen Grundlagen entsprechen. Sind diese erfüllt, so kann das Verfahren grundsätzlich weitergeführt werden. Dies entspricht auch dem Grundsatz der Tarifautonomie und soll den Tarifpartnern einen Anreiz geben, selbständig die Tarifstrukturen weiterzuentwickeln, auch ohne Mehrheitsverhältnisse.

Aufgrund der fehlenden Mehrheit der Tarifpartner und somit der fehlenden Repräsentativität ist das Erfordernis der gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur jedoch nicht gegeben. Infolge dessen ist es nicht möglich, die Tarifstruktur als einheitliche Tarifstruktur im Sinne von Artikel 43 Absatz 5 KVG zu genehmigen. Die Genehmigung bezieht sich grundsätzlich auf einen von den Tarifpartnern erzielten Konsens. Ist eine Mehrheit der Tarifpartner an einem solchen Konsens nicht beteiligt, so geht das Konstrukt der Tarifautonomie fehl. Den nichtbeteiligten Tarifpartnern kann in diesem Sinne kein Tarifvertrag aufgezwungen werden. Nicht ausgeschlossen ist, dass der Bundesrat ein Mediationsverfahren anstrebt, sofern er der Ansicht ist, dass die Erzielung einer Einigung möglich ist.

Ansonsten ist der mangelnde Konsens durch eine Festlegung nach Artikel 43 Absatz 5 Satz 2 KVG durch den Bundesrat und damit durch eine normative Regelung zu ersetzen. Die von einer Minderheit vereinbarte Tarifstruktur kann damit auch für alle nicht am Vertragsschluss Beteiligten zur Anwendung gelangen. Im KVG ist nämlich – im Gegensatz zum Bundesgesetz

über die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Gesamtarbeitsverträgen³⁵ – keine Allgemeinverbindlichkeitserklärung vorgesehen. Der Bundesrat müsste daher die Struktur im Rahmen einer Verordnung festsetzen und könnte dann den nicht von einer Mehrheit eingereichten Tarifvertrag bezüglich der Vertragsmodalitäten, die nicht die Tarifstruktur betreffen, nach Artikel 46 Absatz 4 KVG genehmigen.

Der Bundesrat hat bereits früher eine von den Tarifpartnern eingereichte Tarifstruktur genehmigt und als gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur für ärztliche Einzelleistungstarife festgelegt.³⁶ Er hat dabei im selben Entscheid den Tarifvertrag genehmigt und gleichzeitig die vereinbarte Tarifstruktur als gesamtschweizerisch einheitliche Struktur für alle Versicherte und alle Leistungserbringer im ambulanten Bereich festgelegt, die den Tarifvertrag nicht unterzeichnet haben. Zwischenzeitlich ist aber durch die Rechtsprechung geklärt worden, dass eine Festsetzung durch den Bundesrat in Form einer Verordnung vorzunehmen ist (vgl. Ziffer 1.3).

Für die Festlegung der Tarifstruktur in der Verordnung ist grundsätzlich ein Vernehmlassungsverfahren durchzuführen. Ein solches findet u.a. statt bei Verordnungen, die von grosser politischer, finanzieller oder wirtschaftlicher Tragweite sind (Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe d des Bundesgesetzes vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren, Vernehmlassungsgesetz, VIG; SR 172.061) und bezweckt die Beteiligung der Kantone, der politischen Parteien und der interessierten Kreise an der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung des Bundes (Art. 2 Abs. 1 VIG). Im Rahmen dieses Verfahrens könnten u.a. die nicht beteiligten Tarifpartner angehört werden.

Eine Genehmigung des eingereichten Tarifvertrages nach der Festlegung der Tarifstruktur ist auch deshalb nicht obsolet, weil im Tarifvertrag neben der Tarifstruktur weitere Vertragsmodalitäten geregelt werden können. In diesem Sinne könnte er in Bezug auf diese weiteren Vertragsmodalitäten trotz Festlegung genehmigt werden, sofern er mit dem Gesetz im Einklang steht. Nicht zuletzt ist die Genehmigung auch als Ausfluss des Willens der Tarifpartner zu verstehen. Die per Verordnung festgelegte Tarifstruktur ist massgebend, was bedeutet, dass diese auch nach einer allfälligen Vertragskündigung für sämtliche Leistungserbringer und Versicherte anwendbar bleibt.

Dieses Vorgehen ist primär auf Situationen zugeschnitten, bei denen aufgrund der Kündigung eines Tarifvertrages keine gesamtschweizerisch vereinbarte einheitliche Tarifstruktur mehr vorliegt. Grundsätzlich kann indessen auch gleich vorgegangen werden, wenn ein gültiger Tarifvertrag vorliegt und eine Minderheit einen Anpassungsvorschlag einreicht. Hier ist jedoch zu beachten, dass der Bundesrat aufgrund von Artikel 43 Absatz 5^{bis} KVG Anpassungen an der Tarifstruktur nur dann vornehmen kann, wenn diese nicht mehr sachgerecht ist und sich die Parteien nicht auf eine Revision einigen konnten. Dies dürfte dann der Fall sein, wenn eine Tarifstruktur nach gescheiterten Verhandlungen nicht von einer Mehrheit der Tarifpartner eingereicht wird. In einem solchen Fall kann der Bundesrat das Gesuch als Anpassungsantrag entgegennehmen. Selbstverständlich bleibt im Einzelfall stets die genaue Situation in Bezug auf allfällige bestehende Tarifverträge sowie Mehr- und Minderheitsverhältnisse auf Seiten der Tarifpartner zu prüfen.

³⁵ SR 221.215.311.

³⁶ Beschluss des Bundesrates vom 30. September 2002 betreffend Gesuch um Genehmigung der Revisionen der Einzelleistungstarifstruktur TARMED und der bilateralen Rahmenverträge.

3.2. Spezifisch auf stationären Bereich bezogene Problematik

3.2.1. Vertretungsverhältnisse in der SwissDRG AG

Die Verbände der Tarifpartner (santésuisse und H+ Die Spitäler der Schweiz) haben zusammen mit der Gesundheitsdirektorenkonferenz (GDK) und der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) am 18. Januar 2008 die gemeinnützige Aktiengesellschaft SwissDRG gegründet, welche die Aufgaben nach Artikel 49 Absatz 2 KVG wahrnimmt. Mit der Abspaltung der Krankenversicherer CSS, Helsana sowie Sanitas und der Neugründung des Verbandes curafutura verloren die betroffenen Krankenversicherer ihre bisher durch den Branchenverband santésuisse wahrgenommene Mitwirkung in der SwissDRG AG sowie ihre Vertretung im Verwaltungsrat.

Aus einer Gesamtsicht ist es erstrebenswert, dass alle Krankenversicherer im Verwaltungsrat der SwissDRG AG ein Mitspracherecht besitzen. Um im stationären Bereich ein leistungsfähiges und nachhaltiges Gesundheitssystem zu gewährleisten, kommt der Zusammenarbeit aller Krankenversicherer insbesondere auch im Hinblick auf die Kostenentwicklung in der OKP eine besondere Bedeutung zu. Zudem werden die Tätigkeiten der SwissDRG AG durch einen Beitrag pro abgerechnetem Fall von allen Krankenversicherern bzw. Prämienzahlenden mitfinanziert.

Artikel 49 Absatz 2 KVG sieht jedoch keine Regelung betreffend Vertretungsverhältnisse innerhalb der von den Tarifpartnern gemeinsam mit den Kantonen eingesetzten Organisation vor. Der Bundesrat setzt eine solche Organisation erst dann für die Tarifpartner verpflichtend ein, wenn eine solche fehlt.

Die Einsetzung der Organisation nach Artikel 49 Absatz 2 KVG obliegt somit grundsätzlich den Tarifpartnern sowie den Kantonen. Eine Möglichkeit zur Einbindung besteht in diesem Rahmen beispielsweise neben den Statuten der SwissDRG AG im Aktionärsbindungsvertrag, in welchem das Verhältnis unter den Aktionären der SwissDRG AG festgelegt wird. Dieser regelt insbesondere die Vertretung im Verwaltungsrat, den Verkauf von Aktien an Dritte sowie allfällige Aktienkapitalerhöhungen.

3.2.2. Repräsentativität bei Tarifgenehmigung

Von der Frage der Vertretungsverhältnisse in der gemeinsamen Organisation nach Artikel 49 Absatz 2 KVG zu unterscheiden ist die Frage der Repräsentativität bei der Tarifgenehmigung.

Wie dargelegt, hat der Branchenverband curafutura gegenwärtig zwar kein eigentliches Mitspracherecht in der SwissDRG AG. Mindestens eine Mitsprachemöglichkeit des Verbandes ist jedoch unbestritten zu gewährleisten (vgl. sinngemäss Art. 43 Abs. 4 KVG, wonach bei Tarifverträgen zwischen Verbänden vor dem Abschluss die Organisationen anzuhören sind, welche die Interessen der Versicherten auf kantonaler oder auf Bundesebene vertreten). In diesem Sinne hat der Branchenverband curafutura die Möglichkeit zur Stellungnahme. Der Einbezug der Organisationen ist zu dokumentieren und mit der allfälligen Stellungnahme dem Genehmigungsgesuch beizulegen.

Wird dem Bundesrat durch die betroffenen Tarifpartner gemeinsam eine schweizweit einheitliche Tarifstruktur zur Genehmigung eingereicht resp. stimmen alle betroffenen Tarifpartner einer Tarifstruktur oder deren Anpassung zu, so kann die Genehmigung grundsätzlich unabhängig von der Frage der Vertretungsverhältnisse innerhalb der zur Erarbeitung und Weiterentwicklung verantwortlichen Organisation erfolgen. Dies ist deshalb der Fall, weil die Tarifstrukturen zwar von der gemeinsamen Organisation erarbeitet und weiterentwickelt, aber

von den Tarifpartnern dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreitet werden (vgl. Art. 49 Abs. 2 KVG).

Fraglich ist jedoch, wie zu verfahren ist, wenn nicht alle betroffenen Tarifpartner ihre Zustimmung zu den von der gemeinsamen Organisation erarbeiteten Strukturen resp. deren Anpassungen äussern. Analog der unter Ziffer 3.1.1. dargelegten Ausführungen sind auch im stationären Bereich für die Vereinbarung einer revidierten Tarifstruktur die «massgeblichen Tarifpartner» grundsätzlich jene, welche jeweils die Mehrheit der Leistungserbringer bzw. die Mehrheit der Versicherten vertreten. Solange durch die SwissDRG AG auf Seite der Versicherer eine Mehrheit der Versicherten vertreten bleibt und die in der Organisation vertretenen Versicherer als Tarifpartner (durch den Branchenverband santésuisse) um Genehmigung einer revidierten Vertragsstruktur ersuchen, gibt es daher grundsätzlich keinen Anlass, diese aufgrund der Abspaltung der durch curafutura vertretenen Versicherer zu verweigern. Für die erstmalige Erarbeitung und Genehmigung einer Tarifstruktur gelten grundsätzlich die gleichen Anforderungen wie bei einer Anpassung der Struktur. Die ersten Versionen der Tarifstrukturen SwissDRG und TARPSY wurden dem Bundesrat jeweils von allen betroffenen Tarifpartnern zur Genehmigung unterbreitet.

4. Fazit und Ausblick

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich das Erfordernis der Repräsentativität aus dem Einheitlichkeitserfordernis der Tarifstruktur ergibt. Ein Tarifvertrag über eine Tarifstruktur, welche nicht von der notwendigen Mehrheit der Tarifpartner, d.h. jene, welche jeweils die Mehrheit der Leistungserbringer bzw. die Mehrheit der Versicherten vertreten, eingereicht wird, ist deshalb nicht genehmigungsfähig. Daran vermag auch die Anhörung bzw. Gewährung von nachträglichen Mitwirkungsrechten nicht beteiligter Tarifpartner nichts zu ändern. Ein Tarifvertrag, der nicht von einer Mehrheit der Tarifpartner eingereicht wird, kann aber dennoch geprüft werden und die Tarifstruktur vom Bundesrat als gesamtschweizerisch einheitlich auf dem Verordnungsweg festgelegt werden, sofern sämtliche gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.³⁷

Es ist nicht notwendig, objektive Kriterien für die Repräsentativität der Personen, die Tarifverträge im Gesundheitswesen unterzeichnen, explizit festzulegen, da diese durch Auslegung respektive in Anwendung der bundesrätlichen Praxis im Anwendungsbereich von Artikel 43 Absatz 5 sowie 49 Absatz 1 KVG ermittelt werden können. Insbesondere erachtet der Bundesrat eine fixe Mindestanforderung wegen der un stetigen Situation bei den Tarifpartnern nicht als zielführend, zumal die Repräsentativität stets auch anhand des konkreten Einzelfalles zu entscheiden ist. Für die übrigen Bereiche im Tarifrecht ergibt sich keine Notwendigkeit, entsprechende Kriterien festzulegen. Des Übrigen würden bei einer expliziten Festlegung von bestimmten Kriterien für die Repräsentativität auch die Tarifvielfalt und die Tarifautonomie, als wesentliche Merkmale des Tarifrechts, beachtlich eingeschränkt.

Um generell Blockaden zwischen den Tarifpartnern zu verhindern, sieht der Bundesrat einen gewissen Handlungsbedarf. Der Expertenbericht vom 25. August 2017 über kostendämpfende Massnahmen zur Entlastung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung³⁸ enthält diesbezüglich Vorschläge, die der Bundesrat weiterverfolgen will. Ziel der Massnahmen zu Tarifen und Kostensteuerung ist es, Tarifblockaden zu verhindern, Anreizstrukturen zu verbessern, die Mengenentwicklung einzudämmen sowie Effizienzgewinne zu erzielen. Mit allen Massnahmen zu Tarifen und Kostensteuerung soll grundsätzlich die Tarifautonomie berücksichtigt bzw.

³⁷ Dieser Ansicht ist auch Rütsche, N 70.

³⁸ Abrufbar unter: www.bag.admin.ch > Versicherungen > Krankenversicherung > Kostendämpfung.

gefördert werden. Erst wenn die Tarifpartner keine entsprechenden Lösungen finden, können der Bundesrat oder auch kantonale Behörden eingreifen (Subsidiaritätsprinzip).

Insbesondere mit der Schaffung einer nationalen Tariforganisation im ambulanten Bereich erhofft sich der Bundesrat eine Verbesserung der gegenwärtig schwierigen Situation im Bereich der Einzelleistungstarife. Nach Vorbild des stationären Bereiches soll auch im ambulanten Bereich eine von den Verbänden der Leistungserbringer und denjenigen der Versicherer paritätisch besetzte Organisation für die Erarbeitung und Weiterentwicklung sowie die Anpassung und Pflege von Strukturen über Einzelleistungstarife zuständig sein. Dabei kann der Bundesrat Grundsätze betreffend Form und Betrieb einer solchen Organisation erlassen und ist auch für die Genehmigung der von der Organisation erarbeiteten Strukturen (und Massnahmen) zuständig. Können sich die Tarifpartner nicht auf eine Organisation einigen bzw. wenn eine solche fehlt oder sie nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht, so ist der Bundesrat subsidiär ermächtigt, sie für die Verbände der Leistungserbringer und diejenigen der Versicherer einzusetzen.

Wie bereits dargelegt, konnten sich die Tarifpartner in der Vergangenheit bei gewissen Einzelleistungstarifen, insbesondere bei den ärztlichen und physiotherapeutischen Leistungen, nicht auf eine Revision einigen. In Zukunft soll es deshalb direkt der Tariforganisation obliegen, die Strukturen zu definieren und zu pflegen. Der Bundesrat bleibt nach wie vor Genehmigungsbehörde der Tarifverträge inkl. Einzelleistungstarifstruktur. Von der Einsetzung dieser Organisation erhofft sich der Bundesrat insbesondere, bestehende Blockaden im ambulanten Bereich zu lösen. Ausserdem sind Effizienzgewinne zu erwarten.

Diese Massnahmen zielen nach Ansicht des Bundesrates ausreichend auf die zu lösenden Probleme im Gesundheitssystem hin. Die konkreten Vorschläge werden im Rahmen des ersten Kostendämpfungspaketes erarbeitet und dem Parlament unterbreitet.