



Urteil vom 11. Dezember 2013

Besetzung

Richter Stefan Mesmer (Vorsitz),
Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz,
Richter Beat Weber,
Gerichtsschreiberin Marisa Graf.

Parteien

1. – 49.,
alle vertreten durch A. _____ ag,
50. A. _____ ag,
Beschwerdeführende,

und

1. Klinik B. _____ AG,
2. Klinik C. _____ AG,
3. Privatklinik D. _____,
4. Klinik E. _____,
5. Klinik F. _____,
6. Klinik G. _____,
7. H. _____ AG,
8. I. _____,
Beteiligte,

gegen

Regierungsrat des Kantons J. _____,
vertreten durch die Gesundheitsdirektion des Kantons
J. _____,
Vorinstanz.

Gegenstand

TARMED, Taxpunkt看ert für ambulante Leistungen von
Privatspitälern (Beschluss des Regierungsrates des Kantons
J. _____ vom 17. August 2011)

und

Tarife für Akut- und Übergangspflege für Spitex-Organisa-
tionen (Beschluss des Regierungsrates des Kantons
J. _____ vom 24. August 2011).

Sachverhalt:

A.

Mit Beschluss vom 17. August 2011 (*im Folgenden*: RRB Nr. [...]) hat der Regierungsrat des Kantons J. _____ (*im Folgenden*: Vorinstanz) auf Gesuche vom 15. bzw. 23. Juni 2011 (vgl. Akten der Vorinstanz Tarmed [*im Folgenden*: VI-act. Tarmed] 1 und 2) hin die zwischen den beschwerdeführenden Krankenversicherern Nrn. 1 bis 49, vertreten durch die A. _____ ag (*im Folgenden auch*: Beschwerdeführende Nr. 50), und den beschwerdegegnerischen Privatspitälern Nrn. 1 bis 7 am 29. März 2011 abgeschlossenen Tarifverträge betreffend Taxpunkte für ambulante Leistungen (TARMED) genehmigt (Ziff. I bis VI des Beschlusses, vgl. VI-act. Tarmed 9).

In Ziff. VII des Beschlusses hat die Vorinstanz angeordnet, dass Krankenversicherer, die nicht in den genehmigten Verträgen als Vertragspartner aufgeführt seien, mit schriftlicher Erklärung gegenüber der A. _____ ag dem Vertrag beitreten könnten. Diese Krankenversicherer hätten der A. _____ ag eine Beitrittsgebühr und einen jährlichen Unkostenbeitrag zu leisten, dessen Höhe in einem im Internet zu veröffentlichenden Reglement zu regeln sei.

Zur Begründung ihres Beschlusses vom 17. August 2011 hielt die Vorinstanz im Wesentlichen fest, die gemäss Art. 46 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10) zu genehmigenden Verträge, die einen vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2012 anwendbaren Taxpunktwert von Fr. 0.89 vörsähen, entsprächen grundsätzlich dem KVG. Die Verträge sähen allerdings keine Möglichkeit zum Beitritt von nicht durch die A. _____ ag vertretenen Krankenversicherer vor, wie Art. 46 Abs. 2 KVG dies zur Verhinderung von Diskriminierungsmassnahmen für Verbandsverträge vorschreibe. Die A. _____ ag, welche die Verträge für die beschwerdeführenden Krankenversicherer abgeschlossen habe, sei aufgrund ihres statutarischen Zwecks und ihrer Tätigkeiten im Interesse von über 50 Krankenversicherern mit einem Marktanteil von 68% als Verband im Sinne von Art. 46 Abs. 2 KVG zu qualifizieren. Sie müsse weiteren Krankenversicherern deshalb von Gesetzes wegen zwingend den Beitritt ermöglichen – was im Beschluss anzuordnen sei.

B.

In einem weiteren Beschluss vom 24. August 2011 (*im Folgenden*: RRB Nr. [...]) hat die Vorinstanz auf Gesuch vom 16. Juni 2011 (vgl.

Akten der Vorinstanz Spitex [*im Folgenden: VI-act. Spitex*] 3) hin die zwischen den beschwerdeführenden Krankenversicherern Nrn. 1 bis 49, vertreten durch die A._____ ag, sowie den Versicherern X._____ Versicherungen AG, Y._____ Grundversicherungen AG und Z._____ Krankenkasse AG einerseits und dem Spitexverband Kanton J._____ (Beteiligter 8) andererseits am 4. Mai bzw. 8. Juni 2011 abgeschlossenen Tarifverträge betreffend die Vergütung der Akut- und Übergangspflege in Spitexorganisationen des Kantons J._____ teilweise genehmigt (Ziff. I bis IV des Beschlusses) und in mehreren Punkten korrigiert (Ziff. V und VI des Beschlusses, vgl. VI-act. Spitex 10 und 11).

Wie schon im Beschluss vom 17. August 2011 hat die Vorinstanz auch in diesem Beschluss mit im Wesentlichen gleichem Wortlaut die A._____ ag verpflichtet, den Beitritt weiterer Krankenversicherer zu dem von ihr abgeschlossenen Vertrag zu ermöglichen (Ziff. VII des Beschlusses).

In der Begründung ihres Beschlusses vom 24. August 2011 führte die Vorinstanz vorab aus, weshalb die fraglichen Verträge nur teilweise genehmigt werden könnten und legte dar, welche Änderungen verfügt werden müssten. Mit den weitgehend gleichen Argumenten wie im Beschluss vom 17. August 2011 begründete die Vorinstanz zudem die angeordnete Verpflichtung zur Ermöglichung des Beitritts weiterer Krankenversicherer zu dem durch die A._____ ag abgeschlossenen Vertrag.

C.

Mit Beschwerden vom 26. und 29. September 2011 fochten die Beschwerdeführenden Ziff. VII des Beschlusses vom 17. August 2011 (Verfahren C-5354/2011) und Ziff. VII des Beschlusses vom 24. August 2011 (Verfahren C-5432/2011) an. Sie beantragten – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen – die Aufhebung der erwähnten Ziffern der Beschlüsse – in der Sache C-5432/2011 zudem die Sistierung des Verfahrens bis zum Entscheid über die Beschwerde vom 26. September 2011.

Zur Begründung wird in beiden Beschwerden vorerst geltend gemacht, die Vorinstanz überschreite mit der Anordnung, den Beitritt Dritter zu den Verträgen zu ermöglichen, den gesetzlichen Rahmen ihrer Genehmigungskompetenz. Weiter wird die Verbandseigenschaft von A._____ ag mit übereinstimmenden Argumenten bestritten.

Die Beschwerdeführenden machen sodann geltend, durch die Verpflichtung zur Ermöglichung des Beitritts zu den Verträgen der einzelnen Krankenversicherer werde die Autonomie der Tarifpartner in unzulässiger Weise beschnitten, wären vom Vertragsbeitritt doch auch nicht genehmigungspflichtige Vertragsteile betroffen und würde den Versicherern faktisch die Möglichkeit zum Abschluss eigener Verträge genommen. Im Übrigen verletze es die Wirtschaftsfreiheit, wenn einzelne Krankenversicherer bzw. eine Aktiengesellschaft wie die A._____ ag gezwungen werde, Verträge der "Allgemeinheit" zu öffnen und die Risiken von Beitritten selbst zu tragen.

D.

Die mit Verfügungen vom 29. September und 5. Oktober 2011 in den Verfahren C-5354/2011 und C-5432/2011 einverlangten Verfahrenskostenvorschüsse von je Fr. 4'000.- wurden am 7. Oktober 2011 geleistet.

E.

Mit Verfügungen vom 12. Oktober 2011 wurden die Vorinstanz und die Beteiligten eingeladen, zu den Beschwerden in den Verfahren C-5354/2011 und C-5432/2011 Stellung zu nehmen.

F.

F.a Die Beteiligten 3, 4, 5 erklärten in ihren Beschwerdeantworten vom 11. November und vom 11. Dezember (recte November) 2011 ihr Desinteresse an der Sache, die Beteiligte 8 verzichtete am 8. November 2011 auf eine Beschwerdeantwort und die Beteiligten 6 und 7 liessen sich innert der gesetzten Frist nicht vernehmen.

F.b Die Beteiligten 1 und 2 beantragten in ihrer gemeinsamen Beschwerdeantwort vom 11. November 2011, die Beschwerde sei gutzuheissen. Sie bestritten die Ausführungen der Vorinstanz, wonach Art. 46 Abs. 2 KVG Diskriminierungsmassnahmen von Verbänden im Tarifbereich verhindern wolle und deshalb Gruppen von Versicherern mit einer gewissen Marktmacht – wie die A._____ ag mit 50 Krankenversicherer mit einem Marktanteil von 68% – erfasse. Die Beteiligten 1 und 2 führten weiter aus, allfällige Diskriminierungen würden nicht – wie die Vorinstanz zu Unrecht geltend mache – durch Art. 46 Abs. 2 KVG, sondern durch Art. 46 Abs. 3 KVG verhindert. Die Argumentation der Vorinstanz gehe somit fehl und für die Annahme, der vorliegende

Tarifvertrag sei ein Verbandsvertrag, gebe es keine rechtserheblichen Gründe.

F.c Die Vorinstanz beantragte in ihren Vernehmlassungen vom 11. November 2011 die Abweisung der Beschwerden. Sie wies im Wesentlichen darauf hin, dass die neu gegründete A._____ ag vollumfänglich im Besitze von santésuisse sei, die zuvor als Verband von Krankenversicherern die Tarifverhandlungen geführt und Verträge abgeschlossen habe. Diese Aufgabe habe nun die A._____ ag übernommen. Aufgrund ihrer tatsächlichen Tätigkeiten seien die A._____ ag als Verband und die von ihr abgeschlossenen Tarifverträge als Verbandsverträge zu qualifizieren, so dass der Beitritt Dritter gemäss Art. 46 Abs. 2 KVG ermöglicht werden müsse. Dies entspreche dem Willen des Gesetzgebers, der Diskriminierungsmassnahmen von Verbänden verhindern und einen möglichst offenen Tarifvertragsmarkt habe schaffen wollen.

G.

Mit Verfügung vom 23. November 2011 wurden die Beschwerdeverfahren C-5354/2011 und C-5432/2011 vereinigt, so dass sich die beantragte Sistierung des Verfahrens C-5432/2011 erübrigte. Zudem wurde den Beschwerdeführenden ausnahmsweise Gelegenheit zur Einreichung einer weiteren Stellungnahme gegeben.

H.

In ihrer Replik vom 6. Januar 2012 hielten die Beschwerdeführenden an ihren Rechtsbegehren fest und bestätigten ihre bisherigen Ausführungen.

Ergänzend machten sie geltend, es treffe zwar zu, dass früher durch santésuisse Verbandsverträge abgeschlossen worden seien. In Übereinstimmung mit der Absicht des Gesetzgebers, das faktische "Verbandsmonopol" aufzuweichen und die Tarifverhandlungs- und Abschlusskompetenz auch einzelnen Versicherern oder Gruppierungen von Versicherern zu gewähren, habe jedoch santésuisse das Tarifvertragsgeschäft an die Tochtergesellschaft A._____ ag ausgelagert und so die Verbandsmitgliedschaft vom Tarifvertragsgeschäft getrennt. Es missachte den Willen des Gesetzgebers, wenn alle Verhandlungsgemeinschaften in den Verbandsstatus gezwungen würden.

I.

Von der den Beteiligten und der Vorinstanz am 10. Januar 2012 ge-

währten Möglichkeit, eine Duplik einzureichen, hat einzig die Vorinstanz Gebrauch gemacht.

In ihrer Eingabe vom 3. Februar 2012 hielt die Vorinstanz an ihrem Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen, fest. Zur Begründung führte sie ergänzend zu ihren bisherigen Ausführungen aus, zu beurteilen sei vorliegend einzig, ob es sich bei den genehmigten Tarifverträgen um Verbandsverträge im Sinne von Art. 46 Abs. 2 KVG handle, wie dies in den Ziff. VII der angefochtenen Beschlüsse festgestellt worden sei.

Art. 46 Abs. 2 KVG bezwecke nach dem Willen des Gesetzgebers, Diskriminierungsmassnahmen von Verbänden im Tarifbereich zu verhindern und einen möglichst offenen Tarifvertragsmarkt zu ermöglichen. Weder im Gesetz noch in der bundesrätlichen Botschaft finde sich eine Definition des Begriffes "Verband". Aufgrund der *ratio legis* sei dieser Begriff jedoch weit zu fassen. Darunter falle ein Gebilde wie die A. _____ ag, der rund 50 Versicherer angeschlossen seien, die zusammen einen Marktanteil von 70% aufwiesen, und welches das Ziel verfolge, aufgrund seiner Marktmacht ein gutes Verhandlungsergebnis zu erzielen. Sinn und Zweck des Gesetzes würden vereitelt, spräche man der A. _____ ag die Verbandseigenschaft ab, wäre es ansonsten doch jedem Verband möglich, durch die formale Auslagerung des Tarifgeschäfts zu erreichen, dass die ausgehandelten Verträge nicht als Verbandsverträge im Sinne von Art. 46 Abs. 2 KVG einzustufen wären. Die interne Organisation könne für die Qualifikation als Verband und die Anwendbarkeit von Art. 46 Abs. 2 KVG keine Rolle spielen.

J.

Am 22. März 2012 nahm das Bundesamt für Gesundheit (BAG) auf entsprechendes Ersuchen vom 21. Februar 2012 hin als Fachbehörde Stellung. Es machte im Wesentlichen unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesrats geltend, die Vorinstanz könne einen Tarifvertrag nur entweder genehmigen oder nicht genehmigen. Eine Teilgenehmigung sei möglich, falls sich die Parteien darüber einig seien, dass der Vertrag auch ohne die nicht-genehmigten Vertragsbestandteile weiterhin Anwendung finde. Eine hoheitliche Abänderung der Tarifverträge durch den Regierungsrat im Rahmen des Genehmigungsverfahrens sei nicht zulässig. Die angefochtenen Beschlüsse müssten somit aufgehoben werden.

Trotz dieser Schlussfolgerung hielt das BAG ergänzend fest, dass die neu von der A._____ ag abgeschlossenen Verträge formell keine Verbandsverträge darstellten. Materiell unterschieden sich aber kaum von einem Verbandsvertrag. Die Vertragsverhandlungen der A._____ ag hätten den Charakter von Verbandsverhandlungen. Letztlich lasse sich kaum ein Unterschied zu einem Verbandsvertrag ausmachen. Das BAG empfahl, die Beschwerde sei teilweise gutzuheissen.

K.

Von der den Verfahrensbeteiligten am 26. März 2012 gewährten Möglichkeit, eine Stellungnahme zum Fachbericht des BAG einzureichen, haben einzig die Vorinstanz und die Beschwerdeführenden Gebrauch gemacht.

K.a In ihrer Eingabe vom 27. April 2012 machte die Vorinstanz im Wesentlichen geltend, das BAG habe unaufgefordert Ausführungen zur Frage nach der Zulässigkeit von Teilgenehmigungen von Tarifverträgen gemacht, obwohl die Beschwerdeführerinnen nie gerügt hätten, dass blosser Teilgenehmigungen unzulässig seien. Das BAG weite damit den Streitgegenstand des Verfahrens zu Unrecht aus, weshalb das Bundesverwaltungsgericht über diese Frage nicht entscheiden dürfe. Ohnehin sei der Einbezug des BAG im vorliegenden Verfahren nicht zulässig, da weitere Amtsstellen nur dann in den Schriftenwechsel einbezogen werden dürften, wenn sie in ihrer Aufgabenerfüllung betroffen seien. Dies sei vorliegend nicht der Fall, gehe es doch einzig um die Beantwortung von Rechtsfragen (Qualifikation der Tarifverträge als Verbandsverträge im Sinne von Art. 46 Abs. 2 KVG; Zulässigkeit von Teilgenehmigungen) und nicht um technische Sachfragen.

Im Übrigen sei sie ohne Weiteres befugt, einen Tarifvertrag lediglich teilweise zu genehmigen. Dafür würden Gesetzestext, die Tatsache, dass neben den Interessen der Parteien weitere Interessen betroffen seien, Verhandlungswirklichkeit, Prozessökonomie und Kosten, Analogie zum Privatrecht sowie Praxis der Kantone und des Bundesrats in eigenen Genehmigungsentscheiden sprechen. Das heisse nicht, dass die Genehmigungsbehörde Bestimmungen des Tarifvertrags, die sich innerhalb der Tarifautonomie der Tarifpartner bewegten, abändern dürfe. Korrigiere sie aber eine Bestimmung, die das Gesetz verletze, auf das zulässige Mass, müsse dies zulässig sein.

K.b In ihrer Eingabe vom 27. April 2012 informierten die Beschwerdeführenden vorweg über zwischenzeitlich erfolgte Veränderungen in den Firmenstrukturen einzelner Krankenversicherer.

Was ihre Qualifikation als Verband betreffe, könne nicht auf die Ausführungen des BAG abgestellt werden. Das KVG lasse eine eindeutig marktbeherrschende Stellung eines Nachfragers zu. Es sei durchaus zulässig, marktbeherrschende Verhandlungsgemeinschaften zu bilden, ohne dass dadurch Verbände entstünden. Die "Marktmacht" sei nicht massgeblich für die Beantwortung der Frage, ob ein Verband vorliege.

L.

Mit Verfügung vom 8. Mai 2012 nahm und gab der Instruktionsrichter davon Kenntnis, dass die bisherige Beschwerdeführerin Nr. 30 infolge Fusion in der Beschwerdeführerin Nr. 41 aufgegangen sei und schloss den Schriftenwechsel.

M.

Auf den weiteren Inhalt der Rechtsschriften der Parteien sowie deren Beilagen ist – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Angefochten sind die Dispositiv-Ziff. VII der Regierungsratsbeschlüsse Nrn. (...) und (...) vom 17. sowie 24. August 2011, wonach Krankenversicherer, die nicht in den in Dispositiv Ziff. I – VI bzw. Dispositiv Ziff. I genannten Verträgen aufgeführt sind, mit schriftlicher Erklärung gegenüber der tarifesuisse ag dem Vertrag beitreten können, wobei sie eine Beitragsgebühr und einen jährlichen Unkostenbeitrag zu entrichten haben.

1.1 Gemäss Art. 53 Abs. 1 KVG in Verbindung mit Art. 90a Abs. 2 KVG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 46 Abs. 4 KVG. Bei den beiden angefochtenen Regierungsratsbeschlüssen Nrn. (...) und (...) handelt es sich um Beschlüsse im Sinne von Art. 46 Abs. 4 KVG. Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach zur Beurteilung der beiden Beschwerden zuständig.

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) und Art. 53 Abs. 2 Satz 1 KVG grundsätzlich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das VGG oder das Spezialgesetz keine abweichende Regelung enthält. Der seit 1. Januar 2009 in Kraft stehende Art. 53 Abs. 2 KVG sieht – insbesondere mit dem Ziel der Verfahrensstraffung – verschiedene Abweichungen von der Verfahrensordnung des VwVG vor.

1.3 Zur Beschwerde berechtigt ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a); durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b); und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Beschwerdeführenden haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind als Tarifvertragsparteien im Sinne von Art. 46 Abs. 1 KVG, deren Tarifvertrag vom Regierungsrat um die Anordnung ergänzt worden ist, den nicht in den Verträgen aufgeführten Krankenversicherern den Beitritt zu den Verträgen zu ermöglichen, durch den angefochtenen Beschluss ohne Zweifel besonders berührt. Sie haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung und sind daher zur Beschwerde legitimiert.

1.4 Nachdem der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet wurde, ist auf die frist- und formgerecht eingereichten Beschwerden einzutreten (vgl. Art. 50, Art. 52 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.5 Darüber, dass die Beschwerdeführerin Nr. 30 infolge Fusion in der Beschwerdeführerin Nr. 41 aufgegangen ist, wurde bereits mit Verfügung vom 8. Mai 2012 befunden. Die weiteren im Laufe des Beschwerdeverfahrens von den Beschwerdeführenden bekannt gegebenen Änderungen in den rechtlichen Strukturen von Krankenversicherern haben keinen Einfluss auf das vorliegende Verfahren.

1.6 Die Beteiligten sind als Adressaten der Regierungsratsbeschlüsse Nrn. (...) bzw. (...) durch die angefochtene Anordnung betroffen, so dass ihnen im vorliegenden Verfahren Parteistellung zukommt (Art. 6 VwVG).

2.

2.1 Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens,

die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und, wenn – wie vorliegend – eine kantonale Behörde nicht als Beschwerdeinstanz verfügt hat, die Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

2.2 Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der angefochtene Beschluss dazu Anlass gibt. Neue Begehren sind unzulässig (Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG).

2.3 Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [*im Folgenden auch: BVGer*] A-6743/2009 vom 3. Mai 2010 E. 1.5). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente (Art. 62 Abs. 4 VwVG) noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen, und es kann eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4; BVGE 2007/41 E. 2).

2.4

2.4.1 Die Beschwerdeinstanz kann andere Beteiligte, welchen im Beschwerdeverfahren nicht Parteistellung zukommt, einbeziehen und von diesen eine Stellungnahme einholen (vgl. Art. 57 Abs. 1 VwVG; FRANK SEETHALER/KASPAR PLÜSS, *in:* Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxis-kommentar VwVG, Zürich 2009, N 16 zu Art. 57; ANDRÉ MOSER, *in:* Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, N 6 zu Art. 57; BGE 122 II 382 E. 2c, BGE 124 II 409 E. 2, BGE 135 II 384 E. 1.2.1). Unter die Begriffe "andere Beteiligte" im Sinne von Art. 57 Abs. 1 VwVG und "weitere Beteiligte" im Sinne von Art. 102 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) fallen insbesondere Behörden, die im erstinstanzlichen Verfahren anzuhören sind, wie auch sonst in ihrer Aufgabenerfüllung betroffene Amtsstellen (vgl. ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz. 293).

2.4.2 Das BAG ist das für die Krankenversicherung zuständige Bundesamt. Ihm kommen bei der Durchführung der obligatorischen Krankenversicherung wesentliche Aufsichtsfunktionen zu (vgl. Art. 21 KVG, Art. 24 ff. KVV). Es rechtfertigt sich, angesichts des engen Zusammenhanges zwischen den Tariffragen und den Kosten der obligatorischen

Krankenversicherung, das BAG als für die Durchführung des KVG-Obligatoriums verantwortliche Behörde am Verfahren zu beteiligen (vgl. BVGE 2010/25 E. 2.3.3). Der Einwand der Vorinstanz, das BAG hätte nicht in das vorliegende Verfahren einbezogen werden dürfen, erweist sich damit als unzutreffend.

2.5 Ebenso wenig greift die Rüge der Vorinstanz, das BAG mache unaufgefordert Ausführungen zur Frage nach der Zulässigkeit einer Teilgenehmigung von Tarifverträgen, obwohl die Beschwerdeführenden dies nie beanstandet hätten. Das Bundesverwaltungsgericht ist nicht an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente gebunden. Es kann die Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder abweisen (vgl. E. 2.3 hiavor).

3.

Die Vorinstanz stellt in den Erwägungen der angefochtenen Beschlüsse fest, die A._____ ag (Beschwerdeführende Nr. 50) müsse als Verband qualifiziert werden, sodass die von ihr abgeschlossenen, vorliegend zur Diskussion stehenden Tarifverträge Verbandsverträge darstellten. Daraus wiederum leitet die Vorinstanz die Anwendbarkeit von Art. 46 Abs. 2 KVG ab. Diese Bestimmung sieht ein Beitrittsrecht von Nicht-Verbandsmitgliedern, die im Vertragsgebiet tätig und nicht Vertragsparteien sind (*im Folgenden*: Dritte), zum Vertrag vor. Obwohl nicht explizit in den Dispositiven erwähnt, liegt den angefochtenen Beschlüssen die implizite Feststellung der Vorinstanz zugrunde, die A._____ ag sei ein Verband und die vorliegend interessierenden Verträge seien dementsprechend Verbandsverträge.

Vorliegend ist strittig und durch das Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz in den angefochtenen Beschlüssen zu Recht festgestellt hat, dass Verbandsverträge vorliegen, und angeordnet hat, dass Dritte unter Entrichtung einer Beitrittsgebühr und eines jährlichen Unkostenbeitrags ein Beitrittsrecht zu den Verträgen haben. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob die Vorinstanz zu dieser Feststellung und Anordnung befugt bzw. zuständig war.

3.1 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. Der Vertrag kann vorsehen, dass diese einen angemessenen Beitrag an die Unkosten des Vertragsabschlusses und der Durchführung leisten müssen. Er regelt die Art und Weise der Beitritts- sowie der Rücktrittserklärung und ihre Bekanntgabe (Art. 46 Abs. 2 KVG).

3.2 Ein Tarifvertrag bedarf der Genehmigung durch die zuständige Kantonsregierung oder, wenn er in der ganzen Schweiz gelten soll, durch den Bundesrat. Die Genehmigungsbehörde prüft, ob der Tarifvertrag mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit in Einklang steht (Art. 46 Abs. 4 KVG).

4.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht in ihren Genehmigungsbeschlüssen die angefochtenen Feststellungen und Anordnungen getroffen hat.

4.1

4.1.1 Grundsätzlich gilt, dass die Parteien im Rahmen des Tarifvertragsrechts den Inhalt ihrer Vereinbarungen frei bestimmen können, unter Vorbehalt der *zwingenden* Normen des KVG und seiner Nebenerlasse (vgl. den Entscheid des Bundesrats vom 6. November 2002, RKUV 1/2004 2). Insbesondere dürfen die Verträge nicht die den Versicherten gesetzlich zustehenden Rechte beeinträchtigen (vgl. BGE 110 V 187 E. 3.a). Der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt mit anderen Worten bei Tarifverträgen gemäss KVG innerhalb der Schranken des Gesetzes (Art. 19 und 20 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR, SR 220])). Die Schranken, welche das KVG den Vertragsparteien setzt, bestehen unter anderem darin, dass in den Verträgen auf eine betriebswirtschaftliche Bemessung, eine sachgerechte Struktur der Tarife sowie eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten zu achten ist (Art. 43 Abs. 4 und 6 KVG) und die in Art. 46 Abs. 3 KVG aufgezählten, wettbewerbsbeschränkenden Massnahmen nicht zulässig sind. Dementsprechend prüft die Genehmigungsbehörde, ob der Tarifvertrag mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit im Einklang steht (Art. 46 Abs. 4 KVG). Diesen Bestimmungen ist gemeinsam, dass sie die Vertragsfreiheit der Parteien nicht aufheben, sondern ihr Grenzen setzen.

Weiter enthält das KVG Bestimmungen, welche gewisse Bereiche der Vergütung medizinischer Leistungen abschliessend regeln, so dass für Tarifvereinbarungen zwischen Leistungserbringern und Versicherern kein Raum mehr bleibt, mithin diese Bereiche der Vertragsfreiheit entzogen sind (vgl. etwa den Entscheid des Bundesrats vom 13. März 2000, RKUV 5/2001 353 ff. E. 4).

4.1.2 Im Rahmen dieser Vertragsfreiheit haben die Parteien alsdann zu berücksichtigen, was zwingend in einem Tarifvertrag geregelt werden muss. Zwingende Inhalte von Tarifverträgen (*essentialia negotii*) sind im Wesentlichen die Nennung der tarifierten Leistungen, die vereinbarte Taxe und im Falle eines komplexen mehrteiligen Einzelleistungsvertrags nach dem Modell des TarMed die Tarifstruktur – also die Parameter für die Tariffestsetzung.

Darüber hinaus kann der Vertrag die notwendigen Durchführungsbestimmungen sowie alle gegenseitigen Rechtsbeziehungen regeln, die für die Vertragsanwendung notwendig sind bzw. die anderweitigen Beziehungen zwischen den Leistungserbringern und den Versicherern (vgl. BGE 110 V 187 E. 3.a; GEBHARD EUGSTER, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel 2007, N 930 zu Kapitel E. [zit. EUGSTER, Bundesverwaltungsrecht]; GEBHARD EUGSTER, in: Erwin Murer/Hans-Ulrich Stauffer [Hrsg.], Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), Zürich 2010, N 4 zu Art. 46 KVG [zit. EUGSTER, Rechtsprechung]). Bei diesen Vertragsbestandteilen handelt sich um Regelungen, welche die Umsetzung des konkreten Vertragsinhaltes zum Gegenstand haben. Lehre und Rechtsprechung sprechen in dieser Beziehung von Kann-Vorschriften, die nicht zwingender Inhalt von Tarifverträgen sind.

4.2 Die Vorinstanz könnte allenfalls die Vertragsparteien dann dazu verpflichten, das Beitrittsrecht Dritter in den Tarifvertrag aufzunehmen, wenn entweder dessen Nichtaufnahme einen Verstoß gegen die zwingenden Normen des KVG und seiner Nebenerlasse darstellte (vgl. E. 4.1.1 hiavor) oder wenn die Regelung des Beitrittsrechts zwingender Inhalt eines (Verbands-) Tarifvertrags wäre (vgl. E. 4.1.2 hiavor).

4.2.1 Es sind keine zwingenden gesetzlichen Normen ersichtlich, welche durch die Nichtaufnahme einer Regelung des Beitrittsrechts und der Beitrittsmodalitäten verletzt werden könnten. Es findet sich ein Verstoß

weder gegen die Tarifgrundsätze nach Art. 43 KVG noch gegen die Vorschriften über die Tarifverträge (Art. 46 ff. KVG). Die Verpflichtung, auch Nichtmitgliedern den Beitritt zu Verbandsverträgen zu ermöglichen, ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (Art. 46 Abs. 2, 2. Satz KVG) und bedarf keiner zusätzlichen vertraglichen Grundlage, so dass in der Nichtaufnahme einer diesbezüglichen Regelung keine Verletzung gesetzlicher Normen zu erblicken ist.

4.2.2 Das Beitrittsrecht gehört nicht zum notwendigen Mindestinhalt eines Tarifvertrags, über den sich die Vertragsparteien einig sein müssen, damit er zustande kommen kann (vgl. E. 4.1.2 hiervor). Vielmehr ist es Folge des Zustandekommens eines Verbandsvertrages, dass das Beitrittsrecht aufgrund der gesetzlichen Regelung entsteht und die Modalitäten sowie eine allfällige Kostenbeteiligung geregelt werden müssen. Ob diese im Tarifvertrag selbst oder in einem Reglement des Verbandes festgelegt werden, steht den Tarifvertragsparteien frei. So verlangt Art. 46 Abs. 2 KVG keine tarifvertragliche Regelungen der Beitrittsmodalitäten und erlaubt bloss, dass der Tarifvertrag vorsehen kann, dass beitretende Dritte ein Beitrag an die Unkosten des Verbandes leisten müssen (vgl. E. 4.1.2 hiervor).

4.2.3 Eine vertragliche Regelung des Beitrittsrecht zu Verbandsverträgen nach Art. 46 Abs. 2, 2. Satz KVG sowie der Beitrittsmodalitäten ist damit nicht zwingend vorgeschrieben. Den Vertragsparteien steht es frei, das Beitrittsrecht und dessen Modalitäten im Tarifvertrag zu regeln oder nicht – in dieser Beziehung belässt das KVG den Parteien Inhalts- und damit Vertragsfreiheit. Es kann unter diesen Umständen offen bleiben, ob es sich bei den fraglichen Tarifverträgen um Verbandsverträge im Sinne von Art. 46 Abs. 2 KVG handelt: Selbst dann, wenn dies der Fall sein sollte, könnte die Vorinstanz die Vertragsparteien nicht verpflichten, das Beitrittsrecht von Dritten in den Tarifvertrag aufzunehmen bzw. dort zu regeln. Das Vorgehen der Vorinstanz stellt folglich einen unzulässigen Eingriff in die Vertragsautonomie der Parteien dar. Die angefochtenen Ziff. VII der Regierungsratsbeschlüsse Nrn. (...) und (...) erweisen sich damit als rechtswidrig und die Beschwerden sind allein schon aus diesem Grunde gutzuheissen.

4.3

Tarifverträge bedürfen der Genehmigung durch die zuständige Kantonsregierung oder, wenn sie in der ganzen Schweiz gelten sollen, durch den Bundesrat (Art. 46 Abs. 4 KVG).

4.3.1 Der Genehmigungspflicht und damit -prüfung unterliegen nur die (gesetzlich vorgesehenen) Parameter für die Tariffestsetzung und somit nur der zwingende Vertragsinhalt. Diesen überprüft die Genehmigungsbehörde auf dessen Gesetzmässigkeit, Wirtschaftlichkeit und Billigkeit hin (Art. 46 Abs. 4, 2. Satz KVG). Nicht genehmigungsfähig sind etwa Verträge, welche nicht die gesamte Pflichtleistung abdeckende Tarife, wettbewerbshemmende Klauseln, unsachgemässe Tarifstrukturen missachten oder gegen Grundsätze des KVG verstossende vertragliche Durchführungsregeln enthalten oder welche betriebswirtschaftliche Kriterien missachten, die ausreichende und qualitativ hochstehende Versorgung gefährden, die Kantonsquote fehlerhaft festsetzen oder die Versicherteninteressen missachten (vgl. zum Ganzen EUGSTER, Bundesverwaltungsrecht, N 931 zu Kapitel E.). Da das Beitrittsrecht Dritter zu Verbandsverträgen nicht zum zwingenden Vertragsinhalt zu zählen ist (Art. 46 Abs. 2 KVG; vgl. E. 4.2 ff. hiervor), hat dessen Nichtregelung keinen Einfluss auf die Genehmigungsfähigkeit eines Tarifvertrags und ist im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nicht zu prüfen.

Die Prüfung der Billigkeit eines Tarifvertrages soll die Interessen der Versicherten wahren und verhindern, dass allenfalls von einer Partei unter dem Druck der anderen ungerechtfertigte Zugeständnisse gemacht werden. Ein Tarifvertrag darf auch nicht einzelne Leistungserbringer ohne sachlichen Grund bevorzugen oder benachteiligen, bloss auf Sonderinteressen von Einzelnen abstellen oder die Rechte der Versicherten beeinträchtigen. Im Rahmen der Billigkeit wird sodann die wirtschaftliche Tragbarkeit eines Tarifs geprüft (vgl. EUGSTER, Rechtsprechung, N 13 zu Art. 46 KVG). Auch unter dem Blickwinkel der Billigkeit kann einem Vertrag somit nicht deshalb die Genehmigung nach Art. 46 Abs. 4 KVG verweigert werden, weil er das Beitrittsrecht Dritter nicht regelt. Zudem verstösst ein Tarifvertrag offensichtlich auch nicht gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit, wenn er keine Regeln zum Beitrittsrecht Dritter enthält.

4.3.2 Die implizite Feststellung, dass es sich bei den fraglichen Tarifverträgen um Verbandsverträge handelt, und die Regelung von Beitrittsmodalitäten liegen damit ausserhalb der im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zulässigen Anordnungen. Die Vorinstanz hat mit diesen Anordnungen ihre sachliche Zuständigkeit überschritten. Die Fragen, ob ein Tarifvertrag als Verbandsvertrag zu qualifizieren ist und unter welchen Bedingungen allenfalls ein Beitritt Dritter erfolgen kann, sind (erst) im Zusammenhang mit einer Streitigkeit über den Beitritt zu Verträgen nach Art. 46 Abs. 2 KVG durch die hierfür zuständige Behörde zu beantworten.

Offen bleiben kann bei diesem Ergebnis, ob die in den Ziff. VII der angefochtenen Regierungsratsbeschlüsse getroffenen Anordnungen einer unzulässigen Teilgenehmigung der Tarifverträge gleichkommt, wie dies das BAG moniert (vgl. zur teilweisen Vertragsgenehmigung etwa das Urteil des BVGer C-536/2009 vom 17. Dezember 2009, E. 5.1, 5.1.4).

4.4 Wie bereits festgehalten wurde, haben Dritte von Gesetzes wegen ein Beitrittsrecht zu einem Verbandsvertrag (Art. 46 Abs. 2, 2. Satz KVG; vgl. E. 4.1 und 4.2 hiavor).

Dritte können gestützt auf Art. 46 Abs. 2 KVG den Beitritt zu einem Verbandsvertrag auch dann erklären, wenn die Vertragsparteien das entsprechende Recht nicht im Tarifvertrag vorgesehen haben. Die vertragliche Einräumung des Beitrittsrechts hätte rein deklaratorischen Charakter und stellte eine Wiederholung des gesetzlich normierten Anspruchs dar. Die Frage, ob die Vertragsparteien verpflichtet sind, Dritten den Beitritt zum Tarifvertrag zu gewähren, stellt sich erst bei Vorliegen einer konkreten Beitrittserklärung. Dannzumal wird die zuständige Behörde entscheiden, ob ein Beitrittsrecht besteht und vorfrageweise klären müssen, ob die Beschwerdeführende Nr. 50 ein Verband bzw. ob der Tarifvertrag ein Verbandsvertrag im Sinne von Art. 46 Abs. 2 KVG ist. Die Vorfrage nach der Verbandseigenschaft und die Frage nach dem Anspruch auf Vertragsbeitritt bereits im Genehmigungsverfahren und somit rein vorsorglich zu klären, ist auch mangels eines aktuellen Interesses unzulässig. An den angefochtenen Anordnungen und Feststellungen der Vorinstanz besteht somit kein aktuelles Regelungs- bzw. Feststellungsinteresse, so dass sich die Ziff. VII der angefochtenen Regierungsratsbeschlüsse auch aus diesem Grunde als rechtswidrig erweisen.

4.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Ziff. VII der Regierungsratsbeschlüsse Nrn. (...) und (...) aus mehreren Gründen als rechtswidrig erweisen. Es handelt sich dabei um einen Akt einer dafür nicht zuständigen Behörde, welche ohne Vorliegen eines aktuellen Interesses und in Überschreitung ihrer Genehmigungskompetenz eine Anordnung trifft, die in unzulässiger Weise die Privatautonomie der Parteien schmälert. Die Beschwerden vom 26. und 29. September 2011 erweisen sich in dieser Hinsicht als begründet und sind gutzuheissen. Die Ziff. VII der beiden angefochtenen Regierungsratsbeschlüsse Nrn. (...) und (...) vom 17. und 24. August 2011 sind in Gutheissung der Beschwerden aufzuheben.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführenden einzugehen.

5.

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

5.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Der unterliegenden Vorinstanz können allerdings keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Den obsiegenden Beschwerdeführenden ist der in den beiden Verfahren C-5354/2011 und C-5432/2011 geleistete Kostenvorschuss von je Fr. 4'000.- zurückzuerstatten. Diese sind aufzufordern, dem Bundesverwaltungsgericht eine Zahlstelle bekannt zu geben.

5.2 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen.

Die obsiegenden Beschwerdeführenden waren im vorliegenden Verfahren nicht anwaltlich vertreten. Der für die A. _____ ag handelnde Rechtsanwalt ist für diese als Leiter der Abteilung Services und in ihrem Rechtsdienst tätig (vgl. https://www.santesuisse.ch/de/dyn_output.html?content.void=48684&navid=2400; zuletzt besucht am 4. Dezember 2013). Da den Beschwerdeführenden zudem keine unverhältnismässig hohen Kosten entstanden sind, ist ihnen keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 9 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173. 320.2]).

Die Beteiligten 1 und 2, denen im Verfahren Parteistellung zugekommen ist und welche die Gutheissung der Beschwerden beantragt haben, waren – wie die übrigen Beteiligten – nicht anwaltlich vertreten. Auch den Beteiligten, denen keine unverhältnismässig hohe Kosten entstanden sind, ist daher keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat die unterliegende Vorinstanz (Art. 7 Abs. 1 *e contrario* und 3 VGKE).

6.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gegen Entscheide auf dem Gebiet der Krankenversicherung, die das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 33 Bst. i VGG in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 KVG getroffen hat, ist gemäss Art. 83 Bst. r des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) unzulässig. Das vorliegende Urteil ist somit endgültig und tritt mit Eröffnung in Rechtskraft.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerden vom 26. und 29. September 2011 werden gutgeheissen und die Ziff. VII der Beschlüsse des Regierungsrats des Kantons J. _____ Nrn. (...) und (...) vom 17. und 24. August 2011 aufgehoben.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Die in den beiden Verfahren geleisteten Kostenvorschüsse von je Fr. 4'000.- werden den Beschwerdeführenden zurückerstattet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahlstelle)
- die Beteiligten (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. _____; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Gesundheit

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Stefan Mesmer

Marisa Graf

Versand: