

curafutura  
Direktion  
Herr Pius Zängerle  
Dipl. Math. ETH / lic. oec. HSG  
Gutenbergstrasse 14  
3011 Bern

Rechtswissenschaftliche Fakultät  
Prof. Dr. Bernhard Rütsche

Luzern, 16. Januar 2018

Rechtsgutachten:

**Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für  
Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)**

---

**Inhaltsverzeichnis**

1.	Fragestellung und Vorgehen .....	2
2.	Tarifrecht nach KVG .....	3
2.1	Begriffe .....	3
2.2	Tarifverträge .....	5
2.3	Genehmigung von Tarifverträgen .....	8
2.4	Festsetzung von Tarifen .....	10
2.5	Tarifgestaltungsgrundsätze .....	13
3.	Verfahren zur Genehmigung von Tarifstrukturen .....	16
3.1	Anwendbares Verfahrensrecht .....	16
3.2	Eintreten auf Tarifgenehmigungsgesuche .....	17
3.3	Erfordernis einer Mehrheit von Tarifpartnern .....	19
3.3.1	Position des Bundesrats .....	19
3.3.2	Auslegung von Art. 43 Abs. 5 KVG .....	20
3.3.3	Mitwirkung der massgebenden Tarifpartner .....	23
3.4	Einbezug von Dritten in das Genehmigungsverfahren .....	26
4.	Verhältnis von Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen .....	28
5.	Ergebnisse .....	31
	Abkürzungsverzeichnis .....	33
	Literaturverzeichnis .....	34

Bernhard Rütsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

## 1. Fragestellung und Vorgehen

- 1 Am 15. November 2017 unterbreitete curafutura dem Unterzeichnenden eine Reihe von Fragen, welche das Verfahren zur Genehmigung von vertraglich vereinbarten Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife sowie die behördliche Festsetzung solcher Tarifstrukturen betreffen. Die **Fragen** sollen im Rahmen eines Rechtsgutachtens geklärt werden; sie lauten:
  1. Unter welchen Voraussetzungen hat der Bundesrat auf Tarifgenehmigungsgesuche einzutreten und diese zu prüfen?
  2. Insbesondere: Muss der zur Genehmigung unterbreitete Tarifvertrag nach geltendem Krankenversicherungsrecht von einer Mehrheit der Tarifpartner unterzeichnet sein? Wenn ja: Welche Gesetzes- bzw. Verordnungsanpassungen wären erforderlich, um zu gewährleisten, dass auch Tarifgenehmigungsgesuche von Tarifpartnern, welche nicht die Mehrheit repräsentieren, geprüft werden?
  3. Welche verfahrensrechtliche Stellung haben Leistungserbringer und Krankenversicherer bzw. deren Verbände, welche den zur Genehmigung unterbreiteten Tarifvertrag nicht unterzeichnet haben? Müssen sie insbesondere zur Stellungnahme eingeladen werden?
  4. Kann bzw. muss der Bundesrat im Fall einer Nichtgenehmigung des ihm unterbreiteten Tarifvertrags die Tarifstruktur auf der Grundlage des Tarifgenehmigungsgesuchs und der gegebenenfalls eingereichten Stellungnahmen festsetzen?
- 2 Im Zusammenhang mit diesen Fragestellungen gilt es insbesondere auch die Differenzierung zwischen **Genehmigung von Tarifverträgen und Festsetzung von Tarifen** herauszuarbeiten. Dabei liegt der Fokus auf gesamtschweizerischen Tarifstrukturverträgen wie dem TARMED. So ist namentlich die Frage zu klären, ob ein Tarifstrukturvertrag genehmigt werden kann, wenn das Tarifgenehmigungsgesuch nicht von allen Tarifpartnern eingereicht worden ist.
- 3 **Nachfolgend** werden zunächst die Grundzüge des Tarifrechts im Krankenversicherungsrecht dargestellt. Dabei stehen insbesondere die Tarifverträge und ihre Genehmigung, die behördliche Tariffestsetzung sowie die massgebenden Tarifgestaltungsgrundsätze im Vordergrund (Kap. 2). Anschliessend wird gefragt, wie das Verfahren zur Genehmigung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife ausgestal-

Bernhard Rütsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

tet ist; nach der Darstellung des anwendbaren Verfahrensrechts gilt es dabei entsprechend den Gutachtensfragen die Voraussetzungen für das Eintreten auf Genehmigungsgesuche (erste Frage), das Erfordernis einer Mehrheit von Tarifpartnern (zweite Frage) sowie den Einbezug von Dritten in das Genehmigungsverfahren (dritte Frage) zu untersuchen (Kap. 3). Schliesslich ist in Beantwortung der vierten Gutachtensfrage das Verhältnis zwischen Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen zu klären (Kap. 4). Am Schluss werden die Ergebnisse des Gutachtens zusammengefasst (Kap. 5).

## 2. Tarifrecht nach KVG

### 2.1 Begriffe

- 4 Das krankensicherungsrechtliche Tarifrecht regelt die Entschädigung von Leistungserbringern für ihre Dienstleistungen und Produkte zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP)<sup>1</sup>. Das für die OKP geltende Tarifrecht ist im Wesentlichen in den Art. 43-52 KVG geregelt. Art. 43 Abs. 1 KVG verankert den Grundsatz, dass Leistungserbringer, die zulasten der OKP tätig sind, ihre Rechnungen nach Tarifen oder Preisen erstellen müssen. Beim **Tarif** handelt es sich um die «Gesamtheit jener abstrakten Regeln, die es erlauben, im Einzelfall den für eine bestimmte Leistung geschuldeten Betrag zu errechnen.» Der **Preis** stellt demgegenüber das «Entgelt für eine bestimmte, unveränderliche Sache oder eine stets gleiche Dienstleistung» dar<sup>2</sup>.
- 5 Gemäss Art. 43 Abs. 2 KVG ist der Tarif eine Grundlage für die Berechnung der Vergütung von Leistungserbringern. Er kann namentlich auf den benötigten Zeitaufwand abstellen (Art. 43 Abs. 2 lit. a KVG; **Zeittarif**), für die einzelnen Leistungen Taxpunkte festlegen und den Taxpunktwert bestimmen (Art. 43 Abs. 2 lit. b KVG; **Einzelleistungstarif**) oder pauschale Vergütungen vorsehen (Art. 43 Abs. 2 lit. c

---

<sup>1</sup> EUGSTER, SBVR, Rz. 963.

<sup>2</sup> Beide Zitate in EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Rz. 2 zu Art. 43 KVG und EUGSTER, SBVR, Rz. 964, je mit Verweis auf RKUV 2002 KV 220 309 E. 1.3.2.

Bernhard Rüttsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

KVG; **Pauschaltarif**). Das für den ambulanten Bereich geltende Tarifsysteem TARMED ist ein Einzelleistungstarif, während für den stationären Bereich leistungsbezogene Fallpauschalen (Diagnosis Related Groups, DRG) vorgesehen sind (Art. 49 Abs. 1 KVG).

- 6 Basis eines Tarifsystems ist die **Tarifstruktur**. Bei Einzelleistungstarifen legt die Tarifstruktur fest, welche Leistungen zu welchem abstrakten Wert (Taxpunkte) vergütet werden. Multipliziert man die in den Tarifstrukturen festgelegten Taxpunkte mit den konkreten, in Franken und Rappen definierten **Taxpunktwerten**, erhält man den konkreten Wert (Preis) einer Leistung<sup>3</sup>. Während Tarifstrukturen in der Regel in nationalen «Tarifstrukturverträgen» zu vereinbaren sind, werden Taxpunktwerte in der Regel in kantonalen «Tarifpreisverträgen» fixiert. Im System der DRG-Fallpauschalen definiert die Tarifstruktur die relativen Kostengewichte der verschiedenen Fallgruppen unter Einbezug der Schweregrade eines Falls. Der konkrete Preis einer Behandlung ergibt sich aus der Multiplikation der Kostengewichte mit dem Basispreis («Baserate»)<sup>4</sup>. Auch hier wird die Pauschalstruktur auf nationaler Ebene, die Baserate hingegen auf kantonaler Ebene festgelegt.
- 7 Tarifstrukturen und Preise können auf zwei unterschiedliche Arten festgelegt werden. Zum einen, indem sie zwischen den Versicherern und Leistungserbringern in (genehmigungsbedürftigen) Tarifverträgen **vereinbart** werden; zum anderen, indem sie in den vom Gesetz bestimmten Fällen von der zuständigen Behörde **festgesetzt** werden (Art. 43 Abs. 4 Satz 1 KVG). Die vertraglich oder behördlich festgelegten Tarifstrukturen und Preise sind für den gesamten OKP-Leistungsbereich verbindlich; die Leistungserbringer müssen sich daran halten und dürfen für Leistungen nach dem KVG keine weitergehenden Vergütungen berechnen («Tarifschutz» gemäss Art. 44 Abs. 1 KVG).

---

<sup>3</sup> BBI 1992 I 93 173. GÄCHTER/RÜTSCHÉ, Rz. 1118.

<sup>4</sup> Zum Ganzen auch BVerwG, Urteil C-4168/2014 vom 23. Oktober 2014, E. 2.3; BRUMANN, S. 46 und 109.

Bernhard Rütscche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

## 2.2 Tarifverträge

- 8 Aus dem Wortlaut von Art. 43 Abs. 4 Satz 1 KVG geht hervor, dass der Gesetzgeber die Festlegung der Tarife und Preise grundsätzlich der vertraglichen Vereinbarung zwischen Versicherern und Leistungserbringern überlässt («**Tarifautonomie**» bzw. «**Vertragsprimat**»)<sup>5</sup>.
- 9 Der Grundsatz der Tarifautonomie bzw. des Vertragsprimats wird auch in den Gesetzgebungsmaterialien hervorgehoben. Laut **Botschaft über die Revision der Krankenversicherung** vom 6. November 1991 «stellt die autonome Tariffestsetzung durch die Tarifpartner mit Hilfe von Tarifverträgen den Regelfall bei der Tarifierung der Leistungen dar»<sup>6</sup>. Der Tarifvertrag ist demnach das «Hauptinstrument für die Festlegung der in der obligatorischen Krankenversicherung geltenden Tarife»<sup>7</sup>. Daraus wird ersichtlich, dass das KVG «ganz bewusst zunächst einmal auf die Fähigkeit und die Bereitschaft der Tarifpartner setzt, in freiheitlicher und verantwortungsbewusster Tarifgestaltung zur Eindämmung der Kosten in der Krankenversicherung beizutragen. Erst wenn dies nicht gelingen sollte, müsste gegebenenfalls mit Massnahmen der Kantone und allenfalls auch des Bundes, welche bei Bedarf sehr einschneidend sein könnten [...], ein stärker kostendämpfendes Verhalten sichergestellt werden»<sup>8</sup>.
- 10 Der Gesetzgeber betonte die Bedeutung der Tarifautonomie namentlich auch im Zusammenhang mit dem auf den 1. Januar 2013 eingeführten Art. 43 Abs. 5<sup>bis</sup> KVG. Diese Bestimmung sieht vor, dass der Bundesrat Anpassungen an der Tarifstruktur vornehmen kann, wenn sich diese als nicht mehr sachgerecht erweist und sich die Parteien nicht auf eine Revision einigen können. Gemäss dem **Bericht der Kommission** für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats vom 1. September 2011 sollte diese dem Bundesrat eingeräumte subsidiäre Kompetenz das bestehende, auf dem Vertragsprinzip basierende Tarifierungssystem jedoch nicht etwa aushöhlen, sondern vielmehr stärken: «Es wird weiterhin Sache der Ta-

---

<sup>5</sup> RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, Rz. 26; EUGSTER, SBVR, Rz. 1031.

<sup>6</sup> BBI 1992 I 93 180.

<sup>7</sup> BBI 1992 I 93 178.

<sup>8</sup> BBI 1992 I 93 179.

Bernhard Rütsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

rifpartner sein, sich auf die Tarifstrukturen zu einigen. Da sie jedoch wissen, dass der Bundesrat ebenfalls über eine Handlungsmöglichkeit verfügt, dürften die Partner veranlasst werden, rascher zu einer Vereinbarung zu gelangen. Die Bestimmung wird es somit ermöglichen, das Versagen des Systems zu beheben, das sich aus den schwierigen Verhandlungen zwischen den Partnern ergeben und das Funktionieren des Systems beeinträchtigen kann.»<sup>9</sup>

- 11 Tarifverträge stellen keine hoheitliche Akte dar, sondern – entsprechend ihrer Vertragsnatur – gegenseitige übereinstimmende Willenserklärungen mit behördlichem Genehmigungsvorbehalt<sup>10</sup>. Tarifverträge sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung indessen nicht privatrechtlicher, sondern **öffentlich-rechtlicher Natur**<sup>11</sup>.
- 12 Parteien eines Tarifvertrags (sog. **Tarifpartner**) sind einzelne oder mehrere Leistungserbringer<sup>12</sup> oder deren Verbände einerseits sowie einzelne oder mehrere Krankenversicherer oder deren Verbände andererseits (Art. 46 Abs. 1 KVG). Im Bereich der medizinischen Prävention können auch Kantone Partei eines Tarifvertrags sein (Art. 46 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG). Versicherte sind demgegenüber nie Vertragspartei<sup>13</sup>. Immerhin sind jene Organisationen, welche die Interessen der Versicherten auf kantonaler oder auf Bundesebene vertreten, vor Abschluss von Verbandstarifverträgen anzuhören (Art. 43 Abs. 4 Satz 3 KVG). Es handelt sich bei diesen Organisationen nicht etwa um die Tarifpartner selber, d.h. Leistungserbringer und deren Verbände sowie Krankenversicherer und deren Verbände (Art. 46 Abs. 1 KVG), sondern namentlich um Patientenorganisationen oder Organisationen, welche –

---

<sup>9</sup> Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats vom 1. September 2011 über die Parlamentarische Initiative „Tarmed: subsidiäre Kompetenz des Bundesrates“, BBl 2011 7385 7389.

<sup>10</sup> BGer, Urteil 9C\_413/2009 vom 27. Januar 2010 E. 7.2.

<sup>11</sup> BGE 139 V 82 E. 3.1 S. 83 f.; vgl. auch EUGSTER, SBVR, Rz. 1035.

<sup>12</sup> Die Leistungserbringer, die zulasten der OKP tätig sein dürfen, sind in Art. 35 Abs. 2 KVG aufgezählt.

<sup>13</sup> BGer, 9C\_824/2007 vom 3. April 2008 E. 3.3.

Bernhard Rütscbe

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

unabhängig von den Krankenversicherern – die Interessen der Versicherten vertreten<sup>14</sup>.

- 13 Die Tarifautonomie umfasst sämtliche Aspekte eines Tarifs, d.h. die Vereinbarung sowohl der konkreten Preise (bei Einzelleistungstarifen: Taxpunktwerte; vgl. Rz. 6) als auch der dahinter liegenden abstrakten **Tarifstrukturen**. Im stationären Bereich besteht dabei die Besonderheit, dass die Tarifstrukturen (System der Fallpauschalen; vgl. Rz. 6) gemäss Art. 49 Abs. 2 KVG durch eine von den Tarifpartnern gemeinsam mit den Kantonen eingesetzte Organisation (SwissDRG AG) erarbeitet und weiterentwickelt werden. Auch die von SwissDRG AG erarbeiteten Tarifstrukturen und deren Anpassungen sind indessen von den Tarifpartnern dem Bundesrat zur Genehmigung zu unterbreiten (Art. 49 Abs. 2 Satz 5 KVG); die Strukturen werden damit – wie im ambulanten Bereich – Gegenstand einer Vereinbarung der Tarifpartner.
- 14 Bei der Aushandlung und Ausgestaltung der Tarife sind die Vertragsparteien im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben frei; es herrscht Vertragsfreiheit<sup>15</sup>. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verfügen die Parteien bei der Vereinbarung vertraglicher Tarife über einen **weiten Ermessensspielraum**, da sie am ehesten zu beurteilen vermögen, «was unter den gegebenen Umständen als angemessen und notwendig zu erachten ist.» Für einen weiten Ermessensspielraum spricht laut Bundesgericht sodann die Tatsache, dass «beim Erlass von Tarifen unter Umständen komplexe und allenfalls in der Zielrichtung widersprüchliche Aspekte auf einen Nenner zu bringen sind». Die Gerichte dürfen deshalb nur mit grosser Zurückhaltung in die Tarifverträge eingreifen und normalerweise nur dann, «wenn die Anwendung einer Tarifposition zu einer offensichtlich rechtswidrigen Benachteiligung oder Bevorteilung einer Partei führt, oder wenn sich der Tarif nicht von objektiven Überlegungen leiten lässt»<sup>16</sup>.
- 15 Für die Aushandlung und den Abschluss von Tarifverträgen enthält das KVG sodann einige **kartellrechtliche Spezialregelungen** in Bezug auf das Verhältnis

---

<sup>14</sup> Vgl. BRE RKUV 2001 KV 186 471 E. II/3.2.2: Anhörung von Organisationen für die Interessenvertretung von Pflegeheimpatienten sowie analoge Anwendung von Art. 43 Abs. 4 Satz 3 KVG auf die behördliche Tariffestsetzung.

<sup>15</sup> BBI 1992 I 93 179.

<sup>16</sup> Alle Zitate in BGE 126 V 344 E. 4a S. 349.

Bernhard Rütsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

zwischen Verbänden von Leistungserbringern bzw. Krankenversicherern einerseits und ihren Verbandsmitgliedern andererseits. So sieht Art. 46 Abs. 2 KVG vor, dass ein von einem Verband abgeschlossener Tarifvertrag für seine Mitglieder nur verbindlich ist, wenn diese dem Vertrag beigetreten sind. Nichtmitglieder, die im Vertragsgebiet tätig sind, können dem Vertrag ebenfalls beitreten. Verbandsmitglieder sind demnach frei, welchem Verbandsvertrag sie sich anschliessen wollen<sup>17</sup>. Dieser Ausschluss des Verbandszwangs ist Ausdruck der Art. 43 Abs. 4 Satz 1 KVG zugrunde liegenden Tarifautonomie. Art. 46 Abs. 3 KVG verstärkt die Vertragsfreiheit von Verbandsmitgliedern, indem er namentlich Sondervertragsverbote zulasten von Verbandsmitgliedern, Verpflichtungen von Verbandsmitgliedern auf bestehende Verbandsverträge, Konkurrenzverbote zulasten von Verbandsmitgliedern sowie Exklusivitäts- und Meistbegünstigungsklauseln verbietet. Diese kartellrechtlichen Vorgaben sollen gemäss dem Willen des Gesetzgebers Diskriminierungsmassnahmen von Verbänden im Tarifbereich verhindern und einen möglichst offenen Tarifvertragsmarkt ermöglichen<sup>18</sup>.

### 2.3 Genehmigung von Tarifverträgen

- 16 Die Vertragsfreiheit der Versicherer und Leistungserbringer bei der Aushandlung und Ausgestaltung der Tarife gilt wie erwähnt im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben (Rz. 14). Um deren Einhaltung zu gewährleisten, sieht Art. 46 Abs. 4 KVG vor, dass die zwischen Versicherern und Leistungserbringern vereinbarten Tarifverträge der Genehmigung durch die zuständige Kantonsregierung oder – wenn sie in der ganzen Schweiz gelten sollen – durch den Bundesrat bedürfen. Genehmigungsbedürftig sind alle abgeschlossenen Verträge oder Teilverträge unter Einschluss der vereinbarten Tarifstrukturen, die den Tarifen zugrunde liegen<sup>19</sup>. Im stationären Bereich sind die von der Organisation SwissDRG AG erarbeiteten Tarifstrukturen sowie deren Anpassungen von den Tarifpartnern dem Bundesrat zur Genehmigung zu unterbreiten (Art. 49 Abs. 2 Satz 5 KVG; Rz. 13). Die Genehmigung wirkt **kon-**

---

<sup>17</sup> Vgl. BBI 1992 I 93 179.

<sup>18</sup> BBI 1992 I 93 179.

<sup>19</sup> EUGSTER, SBVR Rz. 1139 f.; EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Rz. 10 zu Art. 46 KVG.



Bernhard Rütscbe

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

**stitutiv**<sup>20</sup>, nicht genehmigte Tarife und Tarifstrukturen dürfen deshalb nicht angewendet werden.

- 17 Die Genehmigungsbehörden haben zu prüfen, ob der Tarifvertrag mit dem **Gesetz** und dem Gebot der **Wirtschaftlichkeit und Billigkeit** in Einklang steht (Art. 46 Abs. 4 Satz 2 KVG; zu den sog. «Tarifgestaltungsgrundsätzen» im Einzelnen Rz. 27 ff.). Dabei sollen sie nach dem Willen des Gesetzgebers «durchaus einen strengen Massstab anlegen, geht es doch darum, [...] darauf zu achten, dass eine qualitativ hochstehende und zweckmässige Versorgung zu möglichst günstigen Kosten erreicht wird.»<sup>21</sup> Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens müssen die Behörden auch den Preisüberwacher anhören und begründen, wenn sie dessen Empfehlung nicht folgen (Art. 14 Abs. 1 und 2 PüG).
- 18 Tarifverträge können wie erwähnt die konkreten Tarife (Taxpunktwerte oder Basispreise) wie auch die Tarifstrukturen regeln (Rz. 6). Im ersten Fall haben Tarifverträge generell-konkreten Charakter, indem sie konkrete Sachverhalte (Preise für bestimmte Leistungen) für eine unbestimmte Vielzahl von Personen (Behandlungsverhältnisse zwischen Leistungserbringern und versicherten Personen) normieren. Demgegenüber sind Verträge über Tarifstrukturen generell-abstrakter Natur. Denn Tarifstrukturen legen lediglich abstrakte Werte für Leistungen bzw. Fallgruppen fest, aus welchen sich noch keine konkreten Preise ergeben<sup>22</sup>. Nichtsdestotrotz stellt die Genehmigung von Tarifverträgen stets einen konkreten Verwaltungsakt und damit eine **Verfügung** dar<sup>23</sup>. Mit dem Genehmigungsbeschluss wird über den Antrag bestimmter Personen (Tarifpartner) in Bezug auf einen bestimmten Gegenstand (Gültigkeit eines Tarifvertrags) entschieden<sup>24</sup>. Demzufolge handelt es sich beim Genehmigungsverfahren um ein Verwaltungsverfahren.

---

<sup>20</sup> BBI 1992 I 93 180; BGer, 9C\_413/2009 vom 27. Januar 2010 E. 5; BVGE 2013/8 E. 2.1.4.

<sup>21</sup> BBI 1992 I 93 180.

<sup>22</sup> BRUMANN, S. 109.

<sup>23</sup> Vgl. BVGE 2014/18 E. 5.5.3.

<sup>24</sup> So stellt etwa auch das Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen ein Verwaltungsverfahren dar, obschon der zu beurteilende Gegenstand generell-abstrakte Natur aufweist (vgl. Art. 7 ff. Bundesgesetz vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311).

Bernhard Rüttsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

- 19 Die Genehmigungsbeschlüsse der Kantonsregierungen unterliegen der **Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht** (Art. 53 Abs. 1 KVG). Demgegenüber sind die Genehmigungsbeschlüsse des Bundesrates nicht vor Bundesverwaltungsgericht anfechtbar<sup>25</sup>. Hingegen können die vom Bundesrat genehmigten Tarifstrukturen im Rahmen konkreter Streitigkeiten zwischen Krankenversicherern und Leistungserbringern (vgl. Art. 89 KVG) vorfrageweise auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden<sup>26</sup>.
- 20 Mit Blick auf die Vertragsfreiheit der Tarifpartner ist davon auszugehen, dass die Genehmigungsentscheide der Kantonsregierungen und des Bundesrates rein **kasatorischer Natur** sind. Die Kantonsregierungen und der Bundesrat dürfen demzufolge nicht gestaltend in den Tarifvertrag eingreifen, sondern können diesem einzig die Genehmigung erteilen oder verweigern<sup>27</sup>. Die Genehmigungsbehörde darf jedoch im Rahmen des Genehmigungsverfahrens oder der Begründung eines Nichtgenehmigungsentscheids Hinweise machen, unter welchen Voraussetzungen der Tarifvertrag genehmigt werden könnte. Solche Hinweise auf eine rechtskonforme Ausgestaltung sind zulässig, haben jedoch nur Empfehlungscharakter und sind nicht bindend<sup>28</sup>.

## 2.4 Festsetzung von Tarifen

- 21 Bei Fehlen eines Tarifvertrags bzw. unterbliebener Revision eines anpassungsbedürftigen Tarifvertrags setzt die zuständige Behörde den Tarif selber fest (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> sowie Art. 47 KVG). Aus Art. 43 Abs. 4 Satz 1 KVG geht hervor, dass die Tariffestsetzungskompetenz der Behörden nur «in den vom Gesetz bestimmten Fällen» zum Tragen kommt und somit **subsidiären Charakter** hat.
- 22 Die Tarifvereinbarung zwischen den Tarifpartnern bildet im System des KVG demzufolge die Regel, das **Eingreifen der Behörde die Ausnahme**. Die behördliche Tariffestsetzung setzt voraus, «dass die Tarifverhandlungen zwischen den Par-

---

<sup>25</sup> BGE 134 V 443 E. 3.2 S. 446 f.

<sup>26</sup> BGE 134 V 443 E. 3.3 S. 448.

<sup>27</sup> EUGSTER, SBVR Rz. 1142; RÜTSCHKE, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, Rz. 196 f. mit weiteren Hinweisen.

<sup>28</sup> RÜTSCHKE, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, Rz. 198.

Bernhard Rütsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

teien tatsächlich gescheitert sind oder die Partner zumindest Gelegenheit hatten, eine Vereinbarung zu treffen». Die Behörde soll bei der Festsetzung des Ersatztarifs einen strengen Massstab anlegen, um «einen Anreiz zu schaffen, dass sich die Tarifpartner auf eine autonome Konfliktlösung besinnen». Die Rechtsprechung gewährt den Behörden bei der Tariffestsetzung einen grossen Ermessensspielraum und überlässt es diesen, die ihnen geeignet erscheinende Tarifart nach Art. 43 Abs. 2 KVG zu wählen.<sup>29</sup>

**23 Subsidiäre Tariffestsetzungskompetenzen** bestehen gemäss Gesetz in folgenden Fällen:

- Art. 43 Abs. 5 KVG: Einzelleistungstarife müssen auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen. Können sich die Tarifpartner nicht einigen, so legt der Bundesrat diese Tarifstruktur fest.
- Art. 43 Abs. 5<sup>bis</sup> KVG: Der Bundesrat kann Anpassungen an der Tarifstruktur vornehmen, wenn sie sich als nicht mehr sachgerecht erweist und sich die Parteien nicht auf eine Revision einigen können.
- Art. 49 Abs. 2 Satz 6 KVG: Können sich die Tarifpartner im stationären Bereich nicht auf eine Tarifstruktur einigen, legt der Bundesrat diese fest.
- Art. 47 Abs. 1 KVG: Kommt zwischen Leistungserbringern und Versicherern kein Tarifvertrag zustande, so setzt die Kantonsregierung nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest<sup>30</sup>.
- Art. 47 Abs. 3 KVG: Können sich Leistungserbringer und Versicherer nicht auf die Erneuerung eines Tarifvertrages einigen, so kann die Kantonsregierung den bestehenden Vertrag um ein Jahr verlängern. Kommt innerhalb dieser Frist kein Vertrag zustande, so setzt sie nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest.
- Art. 48 KVG: Um bei Fehlen bzw. Wegfall von Tarifverträgen mit Ärzteverbänden einen tariflosen Zustand zu vermeiden, kann die zuständige Genehmigungsbehörde als Reservetarife<sup>31</sup> sog. Rahmentarife festsetzen.

---

<sup>29</sup> Alle Aussagen einschliesslich Zitate in BVGer, C\_4303/2007 vom 25. Januar 2010 E. 3.2.

<sup>30</sup> Zur Zuständigkeit des Standortkantons des Leistungserbringers Art. 47 Abs. 2 KVG.

Bernhard Rütscbe

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

- 24 Die erwähnten Tariffestsetzungskompetenzen sind wie erwähnt subsidiärer Natur, d.h. sie aktualisieren sich erst dann, wenn es den Tarifpartnern nicht gelingt, einen Tarifvertrag abzuschliessen bzw. zu erneuern. Darüber hinaus sieht das KVG auch behördliche Tariffestsetzungskompetenzen in Bereichen vor, in denen keine Tarifverträge abgeschlossen werden. Solche **primäre Tariffestsetzungskompetenzen** gelten für Analysen und Arzneimittel, Mittel und Gegenstände (Art. 52 KVG) sowie als ausserordentliche Massnahme zur Eindämmung der Kostenentwicklung (Art. 55 KVG).
- 25 Die behördliche Festsetzung von Tarifstrukturen ist generell-abstrakter Natur und erfolgt deshalb in der Form einer **Verordnung**<sup>32</sup>. Als Beispiel lässt sich die vom Bundesrat gestützt auf Art. 43 Abs. 5<sup>bis</sup> KVG erlassene Verordnung vom 20. Juni 2014 über die Festlegung und die Anpassung von Tarifstrukturen in der Krankenversicherung (SR 832.102.5) erwähnen. Setzt hingegen die zuständige Kantonsregierung Tarife in Form von Taxpunktwerten bzw. Basispreisen fest, handelt es sich um (Allgemein-) **Verfügungen**<sup>33</sup>. Diese sind direkt mittels Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 53 Abs. 1 KVG). Die vom Bundesrat festgesetzten Tarifstrukturen können hingegen ausschliesslich im Rahmen konkreter Streitigkeiten zwischen Krankenversicherern und Leistungserbringern vorfrageweise auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden (vgl. Rz. 19).
- 26 Für Tariffestsetzungsentscheide durch die Kantonsregierungen oder den Bundesrat gelten die gesetzlichen **Tarifgestaltungsgrundsätze** genauso wie für den Abschluss und die Genehmigung von Tarifverträgen. Ebenso ist der Preisüberwacher vor der Tariffestsetzung anzuhören (Art. 14 Abs. 1 PüG)<sup>34</sup>. Die für die vertragliche und behördliche Festlegung von Tarifen massgebenden Tarifgestaltungsgrundsätze werden anschliessend dargestellt.

---

<sup>31</sup> EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Rz. 1 zu Art. 48 KVG.

<sup>32</sup> BVerwG, Urteil C-4168/2014 vom 23. Oktober 2014, E. 2, insbesondere Schlussfolgerung in E. 2.7; BVGE 2014/18 E. 5.5.3. Vgl. auch BGE 134 V 443 E. 3.3 S. 447 f.; BGer, 9C\_524/2013 vom 21. Januar 2014 E. 3 f.

<sup>33</sup> Vgl. BVerwG, Urteil C-4168/2014 vom 23. Oktober 2014, E. 2.3.

<sup>34</sup> RÜTSCHKE, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, Rz. 35.

Bernhard Rütscche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

## 2.5 Tarifgestaltungsgrundsätze

- 27 Die Tarifgestaltungsgrundsätze sind im KVG **abschliessend** geregelt<sup>35</sup>. Während Art. 48-50 KVG besondere Regeln für die Tarifverträge mit Ärzteverbänden, Spitalern und Pflegeheimen enthalten, gelten die in Art. 43 und Art. 46 KVG aufgestellten allgemeinen Tarifgestaltungsgrundsätze für sämtliche Tarifverträge nach KVG.
- 28 Zunächst müssen vertraglich und behördlich festgelegte Tarife selbstverständlich mit dem Gesetz übereinstimmen. Art. 46 Abs. 4 Satz 2 KVG hält explizit fest, dass die Genehmigungsbehörde prüft, ob der ihr vorgelegte Tarifvertrag mit dem Gesetz im Einklang steht. **Gesetzmassigkeit der Tarife** bedeutet, dass diese nicht nur die zwingenden Bestimmungen des KVG und seiner Nebenerlasse, sondern auch das Verfassungsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze einhalten müssen<sup>36</sup>.
- 29 Als zentralen Tarifgestaltungsgrundsatz verankert das KVG das **Gebot der Wirtschaftlichkeit**. Dieser Grundsatz wird in Art. 46 Abs. 4 Satz 2 KVG im Zusammenhang mit Genehmigungsentscheiden explizit als massgebend erklärt. Zudem folgt das Gebot wirtschaftlicher Tarife aus Art. 43 Abs. 6 KVG, wonach (auch) im Rahmen der Tarifgestaltung eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitlichen Versorgung zu möglichst günstigen Kosten anzustreben ist<sup>37</sup>. Das Wirtschaftlichkeitsgebot verlangt zunächst, dass Tarife nicht mehr als kostendeckend sein dürfen, wobei die Kosten transparent ausgewiesen sein müssen (Art. 59c Abs. 1 lit. a KVV). Sodann zielt das Wirtschaftlichkeitsgebot auf den effizienten Einsatz der bestehenden Ressourcen ab. Daraus folgt, dass Tarife höchstens die für eine effiziente Leistungserbringung erforderlichen Kosten decken dürfen (Art. 59c Abs. 1 lit. b KVV). Wirtschaftlichkeit in diesem Sinne bedeutet, dass zwischen Kosten und Nutzen der einzelnen Leistungen ein optimales Verhältnis bestehen soll. Nicht wirtschaftlich sind Tarifverträge, die den Leistungserbringer dazu anhalten, unnütze, unnötig teure oder gar für den Patienten schädliche Leis-

---

<sup>35</sup> RÜTSCHKE, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, Rz. 199; es ist den Kantonen deshalb untersagt, die Vertragsfreiheit der Tarifpartner mit weiteren Regeln zur Tarifgestaltung einschränken.

<sup>36</sup> EUGSTER, SBVR Rz. 975.

<sup>37</sup> BGE 127 V 409 E. 2b S. 411; 131 V 133 E. 4 S. 137.

Bernhard Rütscche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

tungen zu erbringen, um den betriebswirtschaftlich notwendigen Erfolg zu erzielen<sup>38</sup>.

- 30 Unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit sind darüber hinaus auch die Auswirkungen von Tarifen auf das Leistungsvolumen und damit auf die Gesamtkosten der OKP zu berücksichtigen<sup>39</sup>. Dies ergibt sich insbesondere aus dem in Art. 59c Abs. 1 lit. c KVV festgeschriebenen **Gebot der Kostenneutralität** bei einem Wechsel des Tarifmodells. Des Weiteren zeigt die Mitwirkungspflicht der Tarifpartner gemäss Art. 59d Abs. 1 lit. c KVV, dass die Auswirkungen von Tarifen auf die Leistungsmenge und die Gesamtkosten der OKP unter dem Aspekt der Wirtschaftlichkeit relevant sind. Demnach müssen die Tarifpartner dem Bundesrat zusammen mit dem Gesuch um Genehmigung der einheitlichen Tarifstruktur die Schätzungen über die Auswirkungen der Anwendung des Tarifs auf das Leistungsvolumen und auf die Kosten für sämtliche nach Art. 49 Abs. 1 KVG geregelten Bereiche vorlegen.
- 31 Gemäss Art. 46 Abs. 4 Satz 2 KVG prüft die Genehmigungsbehörde neben der Gesetzeskonformität und der Wirtschaftlichkeit zudem, ob der Tarifvertrag mit dem **Gebot der Billigkeit** in Einklang steht. Dieser Tarifgestaltungsgrundsatz zielt primär auf ein ausgewogenes Vertragswerk ab, das den Ausgleich der unterschiedlichen Parteiinteressen gewährleisten soll<sup>40</sup>. Dabei verlangt das Gebot der Billigkeit insbesondere, dass ein Tarif den Versicherten und Versicherern wirtschaftlich zugemutet werden kann<sup>41</sup>. Die Tarifgestaltungsgrundsätze nach Art. 46 Abs. 4 Satz 2 KVG gelten gemäss Rechtsprechung auch für die behördliche Tariffestsetzung im vertragslosen Zustand nach Art. 47 KVG<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> STAFFELBACH/ENDRASS (2006), Rz. 87. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 56 Abs. 5 KVG: «Leistungserbringer und Versicherer sehen in den Tarifverträgen Massnahmen zur Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit der Leistungen vor. Sie sorgen insbesondere dafür, dass diagnostische Massnahmen nicht unnötig wiederholt werden, wenn Versicherte mehrere Leistungserbringer konsultieren.»

<sup>39</sup> RÜTSCHKE, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, Rz. 203 ff.

<sup>40</sup> Vgl. EUGSTER, SBVR Rz. 1144.

<sup>41</sup> RKUV 5/2001 377 E. II. 8.2 S. 394.

<sup>42</sup> BVGer, C\_4303/2007 vom 25. Januar 2010 E. 3.1.

Bernhard Rütsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

- 32 Art. 43 Abs. 4 KVG schreibt weiter vor, dass bei der vertraglichen oder behördlichen Festlegung von Tarifen auf eine betriebswirtschaftliche Bemessung und eine sachgerechte Tarifstruktur zu achten ist. Mit dem Grundsatz der **Betriebswirtschaftlichkeit** «wollte der Gesetzgeber eine im gewöhnlichen Geschäftsverkehr verankerte und damit jederzeit nachvollziehbare Bemessungsgrundlage gewährleisten»<sup>43</sup>. Die betriebswirtschaftliche Tarifbemessung führt in der Regel zu einem wirtschaftlichen Tarif im Sinne von Art. 43 Abs. 6 KVG. Allerdings können auch betriebswirtschaftlich bemessene Tarife mit der Gefahr einer unerwünschten Mengenausweitung verbunden sein; insofern ist die Betriebswirtschaftlichkeit der Tarife nur notwendige, aber nicht immer hinreichende Bedingung für deren Wirtschaftlichkeit (vgl. Rz. 30)<sup>44</sup>.
- 33 Die **Sachgerechtigkeit** einer Tarifstruktur ist nach Art. 43 Abs. 4 und Art. 43 Abs. 5<sup>bis</sup> KVG massgebendes Kriterium für die Festlegung, Gliederung, Differenzierung und Ausgestaltung der einzelnen Positionen innerhalb eines Tarifs<sup>45</sup>. Die Struktur eines Tarifs ist sachgerecht, «wenn sie sich in der Wahl und Konzipierung der Leistungspositionen von der Sachlogik der zu tarifierenden Materie leiten lässt, betriebswirtschaftlich orientiert ist und sich gleichzeitig durch eine zweckmässige Auswahl und thematische Differenzierung der Positionen in den Dienst der gesetzlichen Tarifziele stellt»<sup>46</sup>. Die Sachgerechtigkeit einer Tarifstruktur verbietet, «bestimmte Gruppen von Leistungserbringern ohne sachlichen Grund zu privilegieren oder zu diskriminieren»<sup>47</sup>. Auch die Vorbeugung bekannter oder voraussehbarer Missbräuche bei der Tarifierung gehört zur Sachgerechtigkeit<sup>48</sup>. Damit ist der Grundsatz der Sachgerechtigkeit eng verwandt bzw. teilweise überschneidend mit dem Grundsatz der Betriebswirtschaftlichkeit einerseits und dem Grundsatz der Billigkeit der Tarife andererseits.

---

<sup>43</sup> BVGE 2014/3 E. 2.4.3. Vgl. auch STAFFELBACH/ENDRASS (2006), Rz. 82.

<sup>44</sup> Vgl. BVGE 2014/3 E. 2.6.2.

<sup>45</sup> EUGSTER, SBVR, Rz. 989.

<sup>46</sup> EUGSTER, SBVR, Rz. 989.

<sup>47</sup> EUGSTER, SBVR, Rz. 992.

<sup>48</sup> EUGSTER, SBVR, Rz. 992.

Bernhard Rütscbe

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

### 3. Verfahren zur Genehmigung von Tarifstrukturen

#### 3.1 Anwendbares Verfahrensrecht

- 34 Die Gutachtensfragen 1-3 betreffen Fragen im Zusammenhang mit dem Verfahren zur Genehmigung von Tarifstrukturen bei Einzelleistungstarifen wie namentlich dem TARMED. Konkret geht es um die Voraussetzungen für das **Eintreten** auf Tarifgenehmigungsgesuche (Fragen 1 und 2) sowie die **verfahrensrechtliche Stellung von Dritten**, die den zur Genehmigung unterbreiteten Tarifvertrag nicht unterzeichnet haben (Frage 3).
- 35 Das **Krankenversicherungsrecht** gibt inhaltlich vor, dass Einzelleistungstarife auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen müssen (Art. 43 Abs. 5 KVG). In verfahrensrechtlicher Hinsicht lässt sich dem KVG nur entnehmen, dass der Bundesrat zuständig ist für die Genehmigung von Tarifverträgen, die in der ganzen Schweiz gelten sollen (Art. 46 Abs. 4 Satz 1 KVG; Rz. 16). Abgesehen von dieser Zuständigkeitsvorschrift enthalten das KVG und die darauf gestützten Verordnungen keine Bestimmungen über das Verfahren zur Genehmigung von Einzelleistungstarifen. Insbesondere betreffen die verfahrensrechtlichen Vorgaben in Art. 59d KVV einzig die Genehmigung von leistungsbezogenen Pauschaltarifen – nicht aber Einzelleistungstarifen.
- 36 Wie vorne ausgeführt handelt es sich beim Entscheid über die Genehmigung eines Tarifvertrags stets um einen konkreten Verwaltungsakt, d.h. um eine Verfügung (Rz. 18). Auf Verfahren in Verwaltungssachen, die Bundesverwaltungsbehörden durch Verfügungen erledigen, ist das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (**Verwaltungsverfahrensgesetz**, VwVG; SR 172.021) anwendbar (Art. 1 Abs. 1 VwVG). Der Bundesrat gilt gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. a VwVG als Bundesverwaltungsbehörde. Genehmigungsentscheide sind Verfügungen in Verwaltungssachen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG, da es sich um Anordnungen einer Behörde im Einzelfall handelt, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes (KVG) stützen und ein Rechtsverhältnis regeln (Begründung von Rechten und Pflichten bzw. Abweisung von Begehren auf Begründung von Rechten und Pflichten).
- 37 Die vom Bundesrat geführten Genehmigungsverfahren sind demzufolge Verwaltungsverfahren. Dies gilt für sämtliche Genehmigungsverfahren, namentlich auch für die Verfahren, in denen der Bundesrat über die Genehmigung der von



Bernhard Rütscche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

SwissDRG AG erarbeiteten und von den Tarifpartnern eingereichten Tarifstrukturen im stationären Bereich entscheidet (vgl. Art. 49 Abs. 2 Satz 5 KVG; Rz. 13). Damit unterliegen die Genehmigungsverfahren des Bundesrates den allgemeinen Verfahrensgarantien der Bundesverfassung. Massgebend ist zunächst Art. 29 Abs. 1 BV, wonach jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist hat. Daraus ergibt sich namentlich das **Verbot der formellen Rechtsverweigerung**. Eine formelle Rechtsverweigerung liegt vor, wenn die zuständige Behörde eine formgerecht eingereichte Eingabe nicht rechtlich prüft, d.h. wenn sie auf die Eingabe fälschlicherweise nicht eintritt oder diese ausdrücklich bzw. stillschweigend nicht an die Hand nimmt und behandelt, obwohl sie dazu verpflichtet wäre<sup>49</sup>.

- 38 Sodann ist der **verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör** zu beachten (Art. 29 Abs. 2 BV). Der Gehörsanspruch verlangt insbesondere, dass sich alle Personen, welche vom zu treffenden Entscheid materiellrechtlich (in schutzwürdigen Interessen) betroffen sind, als Parteien am Verwaltungsverfahren beteiligen und im Verfahren äussern können<sup>50</sup>. Der Parteibegriff in Art. 6 VwVG ist Ausdruck dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe. Demnach gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll<sup>51</sup>.

### 3.2 Eintreten auf Tarifgenehmigungsgesuche

- 39 Die **erste Gutachtensfrage** lautet, unter welchen Voraussetzungen der Bundesrat auf Tarifgenehmigungsgesuche einzutreten und diese zu prüfen hat.
- 40 Aus Art. 46 Abs. 4 Satz 2 KVG geht zunächst hervor, dass der Bundesrat als Genehmigungsbehörde prüft, ob der zur Genehmigung unterbreitete Tarifvertrag mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit in Einklang steht. Spiegelbildlich zu dieser **gesetzlichen Prüfpflicht** des Bundesrats haben die

---

<sup>49</sup> STEINMANN, St. Galler Kommentar, Rz. 18 zu Art. 29 BV mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung; BIAGGINI, Rz. 12 zu Art. 29.

<sup>50</sup> STEINMANN, St. Galler Kommentar, Rz. 43 zu Art. 29 BV; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 196.

<sup>51</sup> Dazu namentlich KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 555 ff.

Bernhard Rütscche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

Parteien eines Tarifvertrags ein schutzwürdiges Interesse und damit das Recht, dass der Bundesrat ihr Genehmigungsgesuch an die Hand nimmt und den unterbreiteten Tarifvertrag auf seine Übereinstimmung mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit prüft. Dieser Anspruch auf Prüfung des Genehmigungsgesuchs ergibt sich daraus, dass die von den Tarifparteien vertraglich vereinbarten Rechte und Pflichten nur dann Gültigkeit erlangen können, wenn der Bundesrat den Vertrag genehmigt (konstitutive Wirkung des Genehmigungsentscheidings; vgl. Rz. 16).

- 41 Falls der Bundesrat auf ein von den Tarifparteien formal korrekt eingereichtes Gesuch um Genehmigung eines Tarifvertrags nicht eintritt und dieses materiell nicht prüft, verletzt er damit seine sich aus dem KVG ergebende Prüfpflicht bzw. den spiegelbildlichen Prüfanspruch der Tarifparteien. Er begeht damit eine **formelle Rechtsverweigerung** und mithin eine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV.
- 42 Die **formalen Voraussetzungen** an ein Tarifgenehmigungsgesuch ergeben sich aus dem Verwaltungsverfahrenrecht. Demnach muss das Gesuch schriftlich oder elektronisch in einer der Amtssprachen eingereicht werden. Das Gesuch ist in tatsächlicher Hinsicht zu begründen, d.h. die Gesuchsteller haben den rechtlich relevanten Sachverhalt darzulegen<sup>52</sup>. Vorliegend bedeutet dies in erster Linie, dass die Gesuchsteller den zu genehmigenden Tarifvertrag beizulegen haben. Des Weiteren ist vorauszusetzen, dass das Genehmigungsgesuch von sämtlichen Parteien des Tarifvertrags getragen ist<sup>53</sup>. Das bedeutet, dass Gesuch entweder von allen Vertragsparteien unterzeichnet wird oder eine bzw. mehrere Vertragsparteien von den anderen Parteien zur Einreichung des Gesuchs ermächtigt werden. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, hat der Bundesrat auf das Genehmigungsgesuch einzutreten.

---

<sup>52</sup> KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 453.

<sup>53</sup> Es liegt eine sog. materielle Streitgenossenschaft vor, d.h. die Parteien müssen aufgrund ihrer materiellrechtlichen Verbundenheit als Vertragspartner im Verfahren als Parteien gemeinsam auftreten; vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 582. Vgl. auch Art. 49 Abs. 2 Satz 6 KVG, wonach Gesuche um Genehmigung der von SwissDRG AG erarbeiteten Tarifstrukturen im stationären Bereich «von den Tarifpartnern dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreitet» werden.

Bernhard Rütsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

### 3.3 Erfordernis einer Mehrheit von Tarifpartnern

- 43 Gemäss der **zweiten Gutachtensfrage** ist zu untersuchen, ob der zur Genehmigung unterbreitete Tarifvertrag von einer Mehrheit der Tarifpartner unterzeichnet sein muss.

#### 3.3.1 Position des Bundesrats

- 44 Der Bundesrat hat verschiedentlich zur Frage der Mitwirkung der Tarifpartner an den Vertragsverhandlungen und am Genehmigungsverfahren Stellung genommen. In seiner **Stellungnahme vom 9. Dezember 2011 zum Postulat 11.4018** «Kriterien für die Repräsentativität bei der Unterzeichnung von Tarifverträgen im Gesundheitswesen» führte er aus, dass das KVG die Vertragsvielfalt zwischen Leistungserbringern und Krankenversicherern fördern will und dass aus Art. 46 Abs. 1 KVG folgt, dass jeder zugelassene Leistungserbringer bzw. Versicherer einzeln oder mit anderen grundsätzlich als Tarifpartner auftreten kann. Aus Art. 46 Abs. 2 KVG folge zudem, dass beim Abschluss eines Verbandsvertrages keine Mindestkriterien – wie etwa die Grösse eines Verbandes – einzuhalten sind. Entsprechend dürfe es eine unbestimmte Zahl von Verträgen geben, die nebeneinander bestehen. In Bezug auf die in Art. 43 Abs. 5 KVG vorgeschriebene gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur für Einzelleistungstarife sei der Verhandlungsspielraum der Tarifpartner jedoch insofern eingeschränkt, als nur eine Tarifstruktur existieren kann. Die Vereinbarung einer gesamtschweizerisch einheitlichen Tarifstruktur soll 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 diesem Zusammenhang sei auch von Bedeutung, ob ein Vertrag die Änderung der bestehenden Tarifstruktur zum Inhalt habe oder auf dieser beruhe. Auch die Ausrichtung des Geltungsbereichs eines Tarifvertrags sei zu beachten, namentlich ob dieser allen betroffenen Tarifpartnern zum Beitritt offen stehe.
- 45 In seiner **Stellungnahme vom 5. Juni 2015 zur Interpellation 15.3182** «Tarmed. Revision der Tarifstruktur» stellte der Bundesrat klar, dass er als Genehmigungsbehörde keinen direkten Einfluss auf die Verhandlungen zwischen den Tarifpartnern nehmen, sondern ihnen lediglich klar und verständlich kommunizieren könne, welche Rahmenbedingungen für die Revision der Tarifstruktur und deren Genehmigung zu beachten sind. Aus der in Art. 43 Abs. 5 KVG verankerten Anforderung der «gemeinsam vereinbarten Tarifstruktur» leitete der Bundesrat ab, dass eine

Bernhard Rütsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

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. Bei Nichteinhalten dieser Vorgabe, also beim Fehlen einer solchen Mehrheit der massgebenden Partner, könne der Bundesrat entweder den Tarifpartnern eine angemessene Frist einräumen, um sich in der notwendigen Zusammensetzung auf eine revidierte Tarifstruktur zu einigen, oder aber die eingereichte Struktur den nichteinbezogenen Tarifpartnern zur Stellungnahme unterbreiten. Erst wenn der Bundesrat mangels Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben die eingereichte Tarifstruktur nicht genehmigen könne, würde er gestützt auf Art. 43 Abs. 5<sup>bis</sup> KVG selbst Anpassungen an der Tarifstruktur vornehmen, sofern sich diese als nicht mehr sachgerecht erweist und sich die Parteien innert angemessener Zeit nicht auf eine Anpassung einigen können.

- 46 Der Bundesrat stellt sich nach dem Gesagten auf den Standpunkt, dass die Parteien von Verträgen über Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife jeweils eine **Mehrheit** der Leistungserbringer bzw. eine Mehrheit der Versicherten repräsentieren müssen. Die Praxis des Bundesrates geht dahin, dass er auf Genehmigungsgesuche von Tarifpartnern, die nicht die Mehrheit der Leistungserbringer bzw. der Versicherten vertreten, nicht eintritt<sup>54</sup>. Das Mehrheitserfordernis wird demzufolge vom Bundesrat als Eintretenserfordernis gehandhabt.

### 3.3.2 Auslegung von Art. 43 Abs. 5 KVG

- 47 Der Bundesrat leitet das Mehrheitserfordernis im Wesentlichen aus Art. 43 Abs. 5 Satz 1 KVG ab. Nach dieser Bestimmung müssen Einzelleistungstarife auf einer **gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur** beruhen. Es handelt sich dabei um einen besonderen gesetzlichen Tarifgestaltungsgrundsatz, dessen Einhaltung vom Bundesrat im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zu prüfen ist (vgl. Art. 46 Abs. 4 KVG: «mit dem Gesetz [...] in Einklang steht»).
- 48 Die Vorgabe der einheitlichen Tarifstruktur kann nur bedeuten, dass es für bestimmte Leistungen schweizweit nur eine **einzige Tarifstruktur** gibt; der Grund-

---

<sup>54</sup> Vgl. die beiden Schreiben von Bundesrat Alain Berset vom 7. September 2015 an die Verbände FMH und H+ sowie an den Verband curafutura.

Bernhard Rütsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

satz der Einheitlichkeit wäre verletzt, wenn für dieselben Leistungsarten in der Schweiz mehrere Tarifstrukturen existieren würden. Abgesehen vom Gebot einer einzigen, einheitlichen Tarifstruktur ist jedoch nicht von vornherein klar, was der Gesetzgeber mit einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur genau meint. Denkbar sind zwei Interpretationsvarianten:

- Entweder bezieht sich der Grundsatz der gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur auf den **persönlichen Geltungsbereich** des Tarifvertrags. Das würde bedeuten, dass die zu genehmigende Tarifstruktur für sämtliche Leistungserbringer und Krankenversicherer in der Schweiz gelten muss.
- Oder der Grundsatz der gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur bezieht sich auf den **territorialen Geltungsbereich** des Tarifvertrags. In diesem Fall müsste sich die zu genehmigende Tarifstruktur auf das gesamte Gebiet der Schweiz erstrecken. Dabei müsste der Tarifvertrag nicht notwendig für alle Leistungserbringer und Krankenversicherer gelten. Vorausgesetzt wäre aber auch nach dieser Interpretationsvariante, dass für die von der Tarifstruktur definierten Leistungen nur ein einziger genehmigter Tarifvertrag existiert.

49 Ein erster Anhaltspunkt für die Interpretation von Art. 43 Abs. 5 KVG könnte sich aus der KVG-Botschaft von 1991 ergeben (**historische Auslegung**). Vor Erlass des KVG wurden sowohl Tarifstruktur als auch Taxpunktswerte der Einzelleistungstarife dezentral – in der Regel auf kantonaler Ebene – festgelegt. Laut Botschaft erachtete der Gesetzgeber die Festlegung der Tarifstruktur auf kantonaler Ebene für wenig sinnvoll. Es war für ihn kaum einzusehen, warum das Anlegen eines Verbandes, die Anfertigung einer Röntgenaufnahme, eine Injektion, die Blutdruckmessung, die Entfernung eines Abszesses in einem Kanton eine wertvollere oder weniger wertvolle Leistung als in einem anderen Kanton darstellen sollte<sup>55</sup>. Daher sei es angezeigt, die Tarifstruktur auf gesamtschweizerischer Ebene einheitlich festzulegen, und zwar durch Vereinbarung zwischen den Tarifpartnern<sup>56</sup>. Das bedeutet, dass in der ganzen Schweiz nur bzw. höchstens eine (einheitliche) Einzelleistungs-

---

<sup>55</sup> BBI 1992 I 93 173.

<sup>56</sup> BBI 1992 I 93 173.

Bernhard Rütsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

tarifstruktur gelten kann und nicht regional bzw. kantonal unterschiedliche Strukturen massgebend sein dürfen. Strukturen für Einzelleistungstarife müssen sich damit auf das gesamte Territorium der Schweiz beziehen (territorialer Geltungsbereich). Dass die vereinbarte Tarifstruktur auch sämtliche Leistungserbringer und Krankenversicherer in der Schweiz erfassen muss (persönlicher Geltungsbereich), ergibt sich demgegenüber nicht aus der Botschaft. Ebenso wenig folgt aus der Botschaft, dass die Tarifpartner eine Mindestanzahl von Leistungserbringern bzw. Versicherten vertreten müssen. Die Botschaft stellt lediglich in allgemeiner Weise fest, dass Verbandsverträge «in der Regel von ungefähr gleich gewichtigen Partnern ausgehandelt» werden, was «die Chance einer weitgehenden Ausgewogenheit ihres Inhaltes» erhöht<sup>57</sup>.

50 **In systematischer Hinsicht** ist der Zusammenhang zwischen dem Einheitlichkeitsgebot nach Art. 43 Abs. 5 KVG und den kartellrechtlichen Regelungen in Art. 46 Abs. 2 und 3 KVG zu beachten. Die erwähnten kartellrechtlichen Vorgaben verbieten den sog. Verbandszwang (vgl. Rz. 15). Demzufolge gewährleistet das Gesetz den einzelnen Leistungserbringern und Krankenversicherern die Wahl, ob sie einem Tarifvertrag beitreten wollen oder nicht. Der Gesetzgeber nimmt mithin in Kauf, dass Tarifverträge nicht für sämtliche Leistungserbringer und Krankenversicherer gelten – selbst wenn sie von allen massgebenden Verbänden abgeschlossen werden. Das Einheitlichkeitsgebot gemäss Art. 43 Abs. 5 KVG kann folglich nicht bedeuten, dass eine vereinbarte Einzelleistungstarifstruktur für sämtliche Leistungserbringer und Krankenversicherer in der Schweiz Geltung haben muss. Die systematische Auslegung von Art. 43 Abs. 5 KVG kann damit nur zum Schluss führen, dass das Gebot einheitlicher Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife territorial – und nicht personell – zu verstehen ist.

51 Mit Blick auf den Zweck von Art. 43 Abs. 5 KVG (**teleologische Auslegung**) ist Folgendes festzuhalten: Das Tarifrecht des KVG beruht nach der Konzeption des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers auf dem Grundsatz der Tarifautonomie bzw. des Vertragsprimats (Rz. 8 ff.). Demnach stellt die autonome Vereinbarung von Tarifen durch die Tarifpartner den Regelfall, die behördliche Tariffestsetzung hingegen die Ausnahme dar. Der Tarifvertrag ist folglich das Hauptinstrument für die Tariffestlegung im Rahmen der OKP. Das KVG setzt somit auf die Fähigkeit

---

<sup>57</sup> BBl 1992 I 93 178 f.

Bernhard Rütscbe

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

und die Bereitschaft der Tarifpartner, «in freiheitlicher und verantwortungsbewusster Tarifgestaltung zur Eindämmung der Kosten in der Krankenversicherung beizutragen»<sup>58</sup>. Der Grundsatz der Tarifautonomie würde im Bereich der Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife ausgehöhlt, wenn verlangt würde, dass ein Tarifvertrag von sämtlichen Leistungserbringern und Krankenversicherern mitgetragen wird. Dies würde einzelnen Leistungserbringern und Krankenversicherern faktisch ein Vetorecht einräumen, so dass es kaum je zu einer genehmigungsfähigen Vereinbarung über die Struktur von Einzelleistungstarifen kommen dürfte.

- 52 Als **Zwischenergebnis** ist somit festzuhalten, dass sich der Grundsatz der gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Einzelleistungstarifstruktur gemäss Art. 43 Abs. 5 Satz 1 KVG auf den territorialen Geltungsbereich des Tarifvertrags bezieht. Der zu genehmigende Tarifstrukturvertrag muss sich demnach auf das gesamte Gebiet der Schweiz erstrecken, jedoch nicht notwendig für alle Leistungserbringer und Krankenversicherer gelten. Dies ergibt sich aus einer historischen, systematischen und teleologischen Auslegung der fraglichen Bestimmung. Auch die französische («une structure tarifaire uniforme, fixée par convention sur le plan suisse») sowie die italienische Sprachfassung («una struttura tariffale uniforme, stabilita per convenzione a livello nazionale») sprechen für dieses Auslegungsergebnis.

### 3.3.3 Mitwirkung der massgebenden Tarifpartner

- 53 Aus dem Erfordernis des schweizweiten Geltungsbereichs von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife ist zu folgern, dass solche Tarifstrukturen zwischen Verbänden vereinbart werden müssen, welche Leistungserbringer bzw. Krankenversicherer in der gesamten Schweiz repräsentieren. Die Vereinbarung über die Tarifstruktur muss somit von **gesamtschweizerisch tätigen Tarifpartnern** getragen sein. Damit sind in erster Linie nationale Verbände angesprochen. Eine Vereinbarung, an welcher nur regionale oder lokale Verbände bzw. Leistungserbringer und Versicherer beteiligt wären, würde dem Gebot der schweizweiten Einheitlichkeit gemäss Art. 43 Abs. 5 Satz 1 KVG nicht genügen. Dies auch dann nicht, wenn ein Vertrag über eine Tarifstruktur von einem lokalen Verband von Leistungserbringern abgeschlossen würde und den übrigen Leistungserbringern in der Schweiz zum Beitritt

---

<sup>58</sup> Zum Ganzen BBl 1992 I 93 178 ff. (Zitat auf S. 179).

Bernhard Rütsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

offen stünde. Denn es ist angesichts der Vertragsfreiheit ungewiss, ob und wie viele Leistungserbringer einem genehmigten Tarifvertrag künftig beitreten.

- 54 Fraglich ist, was geschieht, wenn von **mehreren gesamtschweizerisch tätigen Tarifpartnern** nur einer eine Vereinbarung über Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife abschliesst und dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreitet. Der Bundesrat verlangt in solchen Fällen wie erwähnt, dass der gesuchstellende Tarifpartner die Mehrheit der Leistungserbringer bzw. versicherten Personen vertritt (Rz. 44 ff.). Ein solches Mehrheitserfordernis findet im Gesetz jedoch keinerlei Grundlage. Tritt der Bundesrat auf ordnungsgemäss eingereichte Tarifgenehmigungsgesuche von nationalen Verbänden, die nicht die Mehrheit der Leistungserbringer bzw. versicherten Personen repräsentieren, nicht ein, begeht er damit eine formelle Rechtsverweigerung. Tritt der Bundesrat zwar auf ein solches Gesuch ein, genehmigt er aber in der Folge den Tarifvertrag nicht wegen unzureichender Repräsentativität – obschon der Vertrag gesetzeskonform wäre und alle Tarifgestaltungsgrundsätze erfüllen würde –, liegt ein Verstoß gegen das Gesetzmässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) vor. Indem der Bundesrat einem materiell an sich genehmigungsfähigen Vertrag die Gültigkeit verweigerte, würde er ohne gesetzliche Grundlage in Rechtspositionen der Tarifpartner eingreifen.
- 55 Wie vorne ausgeführt bedeutet das Einheitlichkeitserfordernis von Art. 43 Abs. 5 Satz 1 KVG, dass für die von der Tarifstruktur definierten Leistungen nur ein einziger Tarifvertrag bestehen darf (Rz. 48). Wenn der Bundesrat ein Tarifgenehmigungsgesuch genehmigt, hat dies somit zur Folge, dass die nicht am genehmigten Tarifvertrag beteiligten Verbände bzw. Leistungserbringer und Krankenversicherer ihrerseits für die fraglichen Leistungen keine Tarifstruktur mehr vereinbaren können. Der Genehmigungsentscheid des Bundesrats hat insofern eine **Ausschlusswirkung**. Er muss dazu führen, dass die (für die Vertragspartner verbindliche) genehmigte Tarifstruktur gestützt auf Art. 43 Abs. 5 KVG mittels Festsetzungsentscheid des Bundesrates schweizweit für sämtliche Leistungserbringer und Versicherer verbindlich erklärt wird. Denn ansonsten würde die gesetzliche Vorgabe schweizweit einheitlicher Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife nicht eingehalten (dazu auch Rz. 65 ff.).
- 56 Infolge der erwähnten Ausschlusswirkung kann ein nationaler Verband eine von ihm mitvereinbarte Tarifstruktur für Einzelleistungstarife faktisch sämtlichen Leistungserbringern und Versicherern aufnötigen. Dies unabhängig davon, ob der Verband die Mehrheit der Leistungserbringer bzw. versicherten Personen repräsentiert



Bernhard Rütsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

oder nicht. Dies mag auf den ersten Blick stossend erscheinen. Allerdings ist diesem Problem mittels **Gewährleistung von Mitwirkungsrechten** für alle gesamtschweizerisch tätigen Tarifpartner im Rahmen der Vertragsverhandlungen wie auch im Genehmigungsverfahren zu begegnen – und nicht mit einem gesetzeswidrigen Nichteintreten bzw. einer gesetzeswidrigen Nichtgenehmigung eines materiell an sich genehmigungsfähigen Tarifvertrags wegen fehlender Repräsentativität (Rz. 54).

- 57 Das Postulat, die Mitwirkungsrechte von gesamtschweizerisch tätigen Tarifpartnern zu gewährleisten, lässt sich rechtlich aus dem das Tarifrrecht des KVG beherrschenden **Grundsatz der Tarifautonomie** herleiten (Rz. 8 ff.). Die Tarifautonomie bzw. das Vertragsprimat verlangt, dass die krankensicherungsrechtlichen Tarife wenn immer möglich auf Vereinbarungen der Tarifpartner beruhen. Die hoheitliche Festsetzung von Tarifen ist subsidiär und ultima ratio. Wenn der Bundesrat einen materiell genehmigungsfähigen Tarifvertrag wegen unzureichender Repräsentativität nicht genehmigt oder auf ein entsprechendes Gesuch erst gar nicht eintritt, verunmöglicht er ohne Not eine vertragliche Festlegung der Tarife bzw. Tarifstrukturen. Mit der Gewährleistung von Mitwirkungsrechten aller massgebenden Tarifpartner wahrt der Bundesrat demgegenüber die Chance, dass eine vertragliche Lösung zustande kommt. Die Mitwirkungsrechte stehen damit im Dienst der Tarifautonomie bzw. des Vertragsprimats.
- 58 Die Gewährleistung von Mitwirkungsrechten bezieht sich bereits auf die Phase der **Verhandlungen über Tarifstrukturen**. Die Verhandlungen müssen allen gesamtschweizerisch tätigen Tarifpartnern effektiv offen stehen. Daraus ergibt sich, dass alle gesamtschweizerisch tätigen Tarifpartner zu solchen Verhandlungen einzuladen sind und keiner davon ausgeschlossen werden darf. Zudem müssen die Verhandlungen zu Beginn ergebnisoffen sein. Die Teilnahme an den Verhandlungen darf nicht an inhaltliche Vorbedingungen geknüpft sein. Falls der aufgrund der Verhandlungen zustande gekommene Tarifvertrag nicht von allen massgebenden Tarifpartnern mitgetragen wird, ist im Genehmigungsgesuch an den Bundesrat darzulegen, dass die Verhandlungen bis zum Vertragsschluss offen waren. D.h. das Gesuch hat aufzuzeigen, dass sich alle massgebenden Tarifpartner an den Verhandlungen beteiligten bzw. die Möglichkeit hatten, sich daran zu beteiligen. Dieser rechtlich relevante Sachverhalt ist im Gesuch darzulegen; unterlässt dies der Gesuchsteller (auch nach Ansetzen einer angemessenen Nachfrist; vgl. Art. 52 Abs. 2 und 3 VwVG), ist auf das Gesuch nicht einzutreten (vgl. Rz. 42).

Bernhard Rütsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

- 59 Sodann sind die Mitwirkungsrechte im **Genehmigungsverfahren** selber zu garantieren. Die gesamtschweizerisch tätigen Tarifpartner, die den Tarifvertrag nicht unterzeichnet haben und damit nicht Gesuchsteller sind, müssen in das Genehmigungsverfahren einbezogen werden. Welche Verfahrensrechte sich im Einzelnen daraus ergeben, ist sogleich im anschliessenden Unterkapitel zu klären.

### 3.4 Einbezug von Dritten in das Genehmigungsverfahren

- 60 Gemäss **dritter Gutachtensfrage** ist zu untersuchen, welche verfahrensrechtliche Stellung Leistungserbringern und Krankenversicherern bzw. deren Verbänden zukommt, welche den zur Genehmigung unterbreiteten Tarifvertrag nicht unterzeichnet haben (Dritte bzw. Drittpersonen). Insbesondere ist zu fragen, ob sie zur Stellungnahme eingeladen werden müssen.
- 61 Die vorstehenden Ausführungen haben bereits zum Schluss geführt, dass zwecks Verwirklichung der Tarifautonomie die Mitwirkungsrechte von gesamtschweizerisch tätigen Tarifpartnern, welche den zu genehmigenden Tarifvertrag nicht unterzeichnet haben, zu gewährleisten sind (Rz. 56 ff.). Diese Schlussfolgerung ergibt sich zugleich aus dem anwendbaren Verfahrensrecht, namentlich aus dem **Anspruch auf rechtliches Gehör** (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 29 ff. VwVG). Der Gehörsanspruch verlangt, dass alle von einem Entscheidungsergebnis potenziell in schutzwürdigen Interessen betroffenen Personen in das Verfahren einbezogen werden (Rz. 38).
- 62 In vorliegendem Zusammenhang sind alle gesamtschweizerisch tätigen Tarifpartner, namentlich die nationalen Tarifverbände, als **potenziell betroffene Personen** anzusehen. Denn es handelt sich um potenzielle Vertragspartner einer gesamtschweizerischen Vereinbarung über Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife. Wird eine nicht von allen massgebenden Tarifpartnern vereinbarte Tarifstruktur genehmigt, muss diese Tarifstruktur in der Folge vom Bundesrat für alle Leistungserbringer und Krankenversicherer allgemeinverbindlich festgesetzt werden, da ansonsten das in Art. 43 Abs. 5 Satz 1 KVG verankerte Einheitlichkeitsgebot verletzt wäre (dazu auch Rz. 65 ff.). Die nicht an der Tarifvereinbarung beteiligten Tarifpartner haben daher ein schutzwürdiges Interesse, im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens doch noch entweder zu einer Einigung zu kommen oder die Genehmigung des unterbreiteten Tarifvertrags zu verhindern. Hingegen fehlt den bloss regional oder lokal tätigen Tarifpartnern ein solches schutzwürdiges Interesse an einer Beteiligung am Genehmigungsverfahren, da sie von vornherein nicht als Partner einer

Bernhard Rütsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

gesamtschweizerisch gültigen Vereinbarung über Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife in Frage kommen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör kommt damit in den fraglichen Genehmigungsverfahren nur den gesamtschweizerisch agierenden Tarifpartnern, insbesondere den nationalen Verbänden, zu.

- 63 Der durch Art. 29 Abs. 2 BV gewährleistete und in den Art. 29 ff. VwVG für das Verwaltungsverfahren des Bundes konkretisierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs garantiert den betroffenen Personen verschiedene persönlichkeitsbezogene Mitwirkungsrechte im Verfahren<sup>59</sup>. Dazu gehört der Anspruch auf **vorgängige Anhörung** zum Verfahrensgegenstand. Das bedeutet, dass das Genehmigungsgesuch vor dem Entscheid allen betroffenen Drittpersonen, d.h. den gesamtschweizerisch agierenden Tarifpartnern, zur Stellungnahme zu unterbreiten ist. Dafür ist eine angemessene Frist anzusetzen. Der Bundesrat hat zudem die Möglichkeit, das Verfahren im Einverständnis mit den Parteien zu sistieren, damit diese eine Einigung erzielen können (vgl. Art. 33b Abs. 1 VwVG). Die Gewährung solcher Einigungsverhandlungen ist dann sinnvoll, wenn die begründete Aussicht besteht, dass sich die massgebenden Tarifpartner während dem Verfahren innert angemessener Frist doch noch auf eine Tarifstruktur einigen können. Aus entsprechenden Einigungsverhandlungen während des Verfahrens kann eine Anpassung des Genehmigungsgesuchs resultieren.
- 64 Als weiteres **Zwischenergebnis** ist damit Folgendes festzuhalten: Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt – wie der Grundsatz der Tarifautonomie bzw. des Vertragsprimats –, dass alle gesamtschweizerisch tätigen Tarifpartner, namentlich die nationalen Verbände, in ein Verfahren auf Genehmigung von gesamtschweizerisch vereinbarten Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife einbezogen und zur Stellungnahme eingeladen werden, auch wenn sie nicht selber Gesuchsteller sind.

---

<sup>59</sup> Dazu statt vieler BGE 137 II 266 E. 3.2 S. 270.

Bernhard Rütsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

#### 4. Verhältnis von Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen

- 65 Die **vierte Gutachtensfrage** lautet wie folgt: Kann bzw. muss der Bundesrat im Fall einer Nichtgenehmigung des ihm unterbreiteten Tarifvertrags die Tarifstruktur auf der Grundlage des Tarifgenehmigungsgesuchs und der gegebenenfalls eingereichten Stellungnahmen festsetzen?
- 66 Der Bundesrat muss eine gesamtschweizerisch vereinbarte Tarifstruktur für Einzelleistungstarife **genehmigen**, wenn diese mit dem Gesetz und den Tarifgestaltungsgrundsätzen im Einklang steht (vgl. Art. 46 Abs. 4 Satz 2 KVG). Dies gilt wie vorne ausgeführt auch dann, wenn nicht alle massgebenden Tarifpartner an der Vereinbarung beteiligt sind, sofern die Mitwirkungsrechte der nichtbeteiligten Tarifpartner im Rahmen der Vertragsverhandlungen sowie im Genehmigungsverfahren gewahrt sind. Würde der Bundesrat allein wegen nicht ausreichender Repräsentativität auf ein Tarifgenehmigungsgesuch nicht eintreten oder ein solches ablehnen, läge eine formelle Rechtsverweigerung bzw. ein Verstoß gegen das Gesetzmässigkeitsprinzip vor. Zudem würde dies der dem krankenversicherungsrechtlichen Tarifrecht zugrunde liegenden Tarifautonomie zuwiderlaufen (zum Ganzen Rz. 56 ff.).
- 67 Gemäss Art. 43 Abs. 5 Satz 1 KVG müssen Einzelleistungstarife auf einheitlichen Tarifstrukturen beruhen. Wenn somit der Bundesrat eine gesamtschweizerisch vereinbarte Tarifstruktur genehmigt, muss er diese zugleich auch für Leistungserbringer und Krankenversicherer gültig erklären, welche nicht Partei des genehmigten Tarifvertrags sind bzw. diesem Vertrag nicht beigetreten sind. Ansonsten ist das gesetzliche Einheitlichkeitsgebot verletzt. Formal sieht das Krankenversicherungsgesetz jedoch – im Unterschied etwa zum Bundesgesetz über die über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen<sup>60</sup> – keine Allgemeinverbindlicherklärung von genehmigten Tarifverträgen vor. Hingegen ist dasselbe Ergebnis mittels behördlicher **Festsetzung der genehmigten Tarifstruktur** zu erreichen.
- 68 Art. 43 Abs. 5 Satz 2 KVG sieht eine solche Festsetzung der Tarifstruktur durch den Bundesrat vor, falls sich die Tarifpartner nicht einigen können. A maiore ad

---

<sup>60</sup> SR 221.215.311.

Bernhard Rütscbe

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

minus muss diese Festsetzungskompetenz auch für den Fall gelten, dass sich nicht alle Tarifparteien auf eine Tarifstruktur einigen können bzw. nicht alle Leistungserbringer und Krankenversicherer der vereinbarten Tarifstruktur beitreten. Als Beispiel sei vorliegend die **Revision der Einzelleistungstarifstruktur TARMED** vom 30. September 2002 angeführt: Der Bundesrat verknüpfte die Genehmigung der von den Tarifpartnern vereinbarten Revision des TARMED mit einer allgemeinen Festsetzung der Tarifstruktur. Die entsprechenden Passagen des Genehmigungsentscheids lauten wie folgt:

- «1. Die Revisionen der vom Bundesrat am 18. September 2000 genehmigten Einzelleistungstarifstruktur für ärztliche Leistungen TARMED, Version Alpha 3.0, zu den Versionen 1.0 und 1.1 werden gestützt auf die Artikel 46 Absatz 4 und 43 Absatz 5 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG) für den Anwendungsbereich des KVG genehmigt. [...]
- 4. Die Tarifstruktur TARMED Version 1.1 vom 22. April 2002 wird gestützt auf Artikel 43 Absatz 5 KVG als gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur für ärztliche Einzelleistungstarife festgelegt.»<sup>61</sup>

69 Eine andere Frage ist, ob der Bundesrat im Fall einer **Nichtgenehmigung** des ihm unterbreiteten Tarifvertrags die Tarifstruktur auf der Grundlage des Tarifgenehmigungsgesuchs und der gegebenenfalls eingereichten Stellungnahmen festsetzen kann bzw. muss (vierte Gutachtensfrage).

70 Wie gesagt muss der Bundesrat eine gesamtschweizerisch vereinbarte Tarifstruktur für Einzelleistungstarife genehmigen, wenn diese mit dem Gesetz und den Tarifgestaltungsgrundsätzen im Einklang steht – auch wenn nicht alle massgebenden Tarifpartner an der Vereinbarung beteiligt sind, sofern die Mitwirkungsrechte der nichtbeteiligten Tarifpartner gewahrt sind (Rz. 66). Die bisherige **Praxis des Bundesrates** geht jedoch dahin, dass er einer vereinbarten Tarifstruktur die Genehmi-

---

<sup>61</sup> Beschluss des Bundesrates vom 30. September 2002 betreffend Gesuch um Genehmigung der Revisionen der Einzelleistungstarifstruktur für ärztliche Leistungen TARMED im Namen der Tarifpartner (...), und der bilateralen Rahmenverträge, unterbreitet durch die Tarifpartner im Krankenversicherungsbereich (...), gestützt auf die Artikel 46 Absatz 4 und 43 Absatz 5 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994.

Bernhard Rütsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

gung versagt, wenn der Gesuchsteller nicht die Mehrheit der Leistungserbringer bzw. versicherten Personen repräsentiert (Rz. 44 ff.). Das Gebot der Wahrung der Tarifautonomie verlangt indessen auch in diesem Fall, dass der vereinbarten Tarifstruktur soweit wie möglich Rechnung getragen wird. Die von Tarifpartnern, welche nicht die Mehrheit repräsentieren, vereinbarte Tarifstruktur ist demzufolge zum Gegenstand eines Festsetzungsentscheids zu machen, sofern diese Struktur im Einklang mit dem Gesetz und den Tarifgestaltungsgrundsätzen steht. Dies entspricht dem Grundsatz, dass der Bundesrat nicht ohne Not anstelle von Tarifvereinbarungen eine eigene Tarifregelung erlassen soll.

- 71 Kann hingegen der Bundesrat eine gesamtschweizerisch vereinbarte Tarifstruktur nicht genehmigen, weil diese gesetzeswidrig ist oder nicht mit allen Tarifgestaltungsgrundsätzen übereinstimmt, darf er sich insoweit im Rahmen einer Tariffestsetzung gar nicht am nichtgenehmigten Vertrag orientieren. Die Tarifvereinbarung ist in solchen Fällen **materiell mangelhaft** und demzufolge als Grundlage für eine Tariffestsetzung ungeeignet. Hingegen sollte der Bundesrat auch in diesen Fällen vor der Tariffestsetzung die gesamtschweizerisch tätigen Tarifpartner, namentlich die nationalen Verbände, anhören<sup>62</sup>. Er kann dabei durchaus auch auf Stellungnahmen im Rahmen eines allfällig vorangegangenen Genehmigungsverfahrens zurückgreifen.

---

<sup>62</sup> Vgl. BBl 1992 I 93 181 zu Art. 40 Abs. 4 E-KVG, welcher dem heutigen Art. 43 Abs. 5 Satz 2 KVG entsprach: «Wenn die Tarifpartner sich nicht auf eine gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur für Einzelleistungstarife [...] einigen können, so trifft der Bundesrat die nötigen Vorkehren. Er wird zuvor die Spitzenverbände der beteiligten Tarifpartner anhören.»

## 5. Ergebnisse

72 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen kommt das vorliegende Gutachten zu folgenden Ergebnissen:

- **Frage 1:** Unter welchen Voraussetzungen hat der Bundesrat auf Tarifgenehmigungsgesuche einzutreten und diese zu prüfen?

Antwort: Tarifgenehmigungsgesuche müssen schriftlich oder elektronisch in einer der Amtssprachen eingereicht werden. Die Gesuchsteller haben den zu genehmigenden Tarifvertrag beizulegen. Die Vertragsparteien müssen das Genehmigungsgesuch entweder alle unterzeichnen oder eine bzw. mehrere Parteien zur Einreichung des Gesuchs ermächtigen. 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. (Kap. 3.2 sowie Rz. 58)

- **Frage 2:** Insbesondere: Muss der zur Genehmigung unterbreitete Tarifvertrag nach geltendem Krankenversicherungsrecht von einer Mehrheit der Tarifpartner unterzeichnet sein? Wenn ja: Welche Gesetzes- bzw. Verordnungsanpassungen wären erforderlich, um zu gewährleisten, dass auch Tarifgenehmigungsgesuche von Tarifpartnern, welche nicht die Mehrheit repräsentieren, geprüft werden?

Antwort: Der zur Genehmigung unterbreitete Tarifvertrag muss nach geltendem Krankenversicherungsrecht nicht von einer Mehrheit der Tarifpartner unterzeichnet sein. Der Bundesrat muss das Gesuch auf Genehmigung einer Einzelleistungstarifstruktur auch dann prüfen, wenn dieses zwar von gesamtschweizerisch tätigen, jedoch nicht die Mehrheit der Leistungserbringer bzw. versicherten Personen repräsentierenden Tarifpartnern eingereicht wird. 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 sowie im Genehmigungsverfahren gewahrt sind. Würde der Bundesrat allein wegen nicht ausreichender Repräsentativität auf ein Tarifgenehmigungsgesuch nicht eintreten oder ein solches ablehnen, läge eine formelle Rechtsverweigerung bzw. ein Verstoß gegen das Gesetzmässigkeitsprinzip vor. Zudem würde dies dem Grundsatz der Tarifautonomie zuwiderlaufen. (Kap 3.3)

Bernhard Rüttsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

- **Frage 3:** Welche verfahrensrechtliche Stellung haben Leistungserbringer und Krankenversicherer bzw. deren Verbände, welche den zur Genehmigung unterbreiteten Tarifvertrag nicht unterzeichnet haben? Müssen sie insbesondere zur Stellungnahme eingeladen werden?

Antwort: 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. (Kap. 3.4)

- **Frage 4:** Kann bzw. muss der Bundesrat im Fall einer Nichtgenehmigung des ihm unterbreiteten Tarifvertrags die Tarifstruktur auf der Grundlage des Tarifgenehmigungsgesuchs und der gegebenenfalls eingereichten Stellungnahmen festsetzen?

Antwort: 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. Soweit Letzteres nicht der Fall ist, darf sich hingegen der Bundesrat im Rahmen einer Tariffestsetzung gar nicht am nichtgenehmigten Vertrag orientieren. (Kap. 4)



Prof. Dr. Bernhard Rüttsche  
o. Professor für Öffentliches Recht und  
Rechtsphilosophie



Bernhard Rütsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

## Abkürzungsverzeichnis

BAG	Bundesamt für Gesundheit
BBI	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts)
BGer	Bundesgericht
BRE	Bundesratsentscheid
BVGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts (Amtliche Sammlung)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
EDI	Eidgenössisches Departement des Inneren
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1995, SR 832.10
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995, SR 832.102
PüG	Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985, SR 942.20
RKUV	Kranken- und Unfallversicherung: Rechtsprechung und Verwaltungspraxis
SR	Systematische Rechtssammlung
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz), SR 172.021

Bernhard Rüttsche

Genehmigung und Festsetzung von Tarifstrukturen für Einzelleistungstarife (Art. 43 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup> KVG)

## Literaturverzeichnis

- BRUMANN THOMAS BERNHARD, Der Tarifvertrag im Krankenversicherungsrecht, Eine Kurzübersicht, in: JaSo 2012 Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht, St. Gallen 2011.
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A., Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014.
- EUGSTER GEBHARD, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), Zürich/Basel/Genf 2010.
- EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, in: Meyer Ulrich (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR) Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Auflage, Basel 2016, S. 387 ff.
- GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHKE BERNHARD, Gesundheitsrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, 3. Auflage, Basel 2013.
- KIENER REGINA/RÜTSCHKE BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015.
- RÜTSCHKE BERNHARD, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung. Insbesondere zur Steuerung der Leistungsmenge im stationären Bereich, Bern 2011.
- STAFFELBACH DANIEL/ENDRASS YVES, Der Ermessensspielraum der Behörden im Rahmen des Tariffestsetzungsverfahrens nach Art. 47 in Verbindung mit Art. 53 Krankenversicherungsgesetz, Zürich/Basel/Genf 2006.