

- 8      **Gesundheit – Arbeit – Soziale Sicherheit**  
         **Santé – Travail – Sécurité sociale**  
         **Sanità – Lavoro – Sicurezza sociale**

**36**

Auszug aus dem (Teil-)Urteil der Abteilung III  
i.S. Stadt Zürich als Beschwerdeführerin/Beschwerdegegnerin gegen  
47 Beschwerdegegnerinnen/Beschwerdeführerinnen, 15 Beigeladene und  
Regierungsrat des Kantons Zürich  
C–2283/2013 und C–3617/2013 vom 11. September 2014

**Krankenversicherung. Tariffestsetzung nach den Regeln der neuen  
Spitalfinanzierung. Grundsatzurteil.**

**Art. 43, Art. 46, Art. 47, Art. 49 und Art. 53 KVG. Art. 59c KVV.  
Art. 7 VKL.**

- 1. Untersuchungsgrundsatz und Novenregelung gemäss Art. 53  
Abs. 2 Bst. a KVG (E. 1.5).**
- 2. Grundsätze zur Tarifiermittlung in Anwendung der neuen Spital-  
finanzierungsregeln nach Art. 49 KVG (E. 3).**
- 3. Idealtypische Voraussetzungen für den Fallkostenvergleich  
(E. 4).**
- 4. Tarifiermittlung in der Einführungsphase des neuen Rechts  
(E. 5–6).**
- 5. Auswahl des Benchmarks (E. 10).**
- 6. Ausscheidung der Kosten der Forschung und universitären  
Lehre (E. 16).**
- 7. Spitalindividuelle Tariffdifferenzierungen (E. 21–22).**
- 8. Vertragsautonomie, Vertragsgenehmigung und Tariffestsetzung;  
Unzulässigkeit der hoheitlichen Tariffestsetzung im Rahmen der  
Nichtgenehmigung (E. 24).**

**Assurance-maladie. Fixation des tarifs selon les règles du nouveau  
financement hospitalier. Arrêt de principe.**

**Art. 43, art. 46, art. 47, art. 49 et art. 53 LAMal. Art. 59c OAMal. Art. 7 OCP.**

1. **Maxime inquisitoire et règle de l'art. 53 al. 2 let. a LAMal concernant les faits nouveaux (consid. 1.5).**
2. **Principes régissant la détermination des tarifs en application de la nouvelle réglementation du financement hospitalier de l'art. 49 LAMal (consid. 3).**
3. **Conditions idéales pour la comparaison des coûts par cas (consid. 4).**
4. **Détermination des tarifs pendant la phase d'introduction du nouveau droit (consid. 5–6).**
5. **Choix d'un benchmark (consid. 10).**
6. **Séparation des coûts de la recherche et de la formation universitaire (consid. 16).**
7. **Différenciations tarifaires entre les hôpitaux (consid. 21–22).**
8. **Autonomie contractuelle, approbation des conventions et fixation des tarifs; illicéité de la fixation d'office des tarifs dans le cadre de la procédure ayant conduit au refus de l'approbation d'une convention tarifaire (consid. 24).**

**Assicurazione malattie. Fissazione delle tariffe secondo le regole del nuovo finanziamento ospedaliero. Sentenza di principio.**

**Art. 43, art. 46, art. 47, art. 49 e art. 53 LAMal. Art. 59c OAMal. Art. 7 OCPre.**

1. **Massima inquisitoria e disciplina dei « nova » secondo l'art. 53 cpv. 2 lett. a LAMal (consid. 1.5).**
2. **Principi applicabili alla determinazione delle tariffe conformemente alle nuove regole sul finanziamento ospedaliero ai sensi dell'art. 49 LAMal (consid. 3).**
3. **Condizioni ideali per procedere al confronto dei costi per singolo caso (consid. 4).**
4. **Determinazione delle tariffe durante la fase introduttiva del nuovo diritto (consid. 5–6).**
5. **Scelta del benchmark (consid. 10).**

6. **Scorporo dei costi per la ricerca e per la formazione universitaria (consid. 16).**
7. **Differenziazioni tariffarie tra i singoli ospedali (consid. 21–22).**
8. **Autonomia contrattuale, approvazione delle convenzioni e fissazione delle tariffe. Inammissibilità della fissazione d'ufficio delle tariffe nell'ambito della procedura in cui è stata negata l'approvazione di una convenzione tariffale (consid. 24).**

Unter den Krankenversicherern und den Spitälern (nachfolgend: Tarifpartner) mussten für das Jahr 2012 Basisfallwerte für stationäre Spitalbehandlungen (Fallpauschale für eine Behandlung bei Schweregrad 1.0 gemäss der Tarifstruktur SwissDRG [DRG = Diagnosis Related Groups]; nachfolgend: Basisfallwert oder Baserate) bestimmt werden.

Für das Stadtspital Triemli (nachfolgend: STZ) wurde zwischen der Stadt Zürich und den Krankenversicherungen Helsana Versicherungen AG, Sanitas Grundversicherungen AG, KPT und deren Tochtergesellschaften (nachfolgend: Einkaufsgemeinschaft HSK oder HSK) sowie den Krankenversicherungen Assura Kranken- und Unfallversicherung und Supra Krankenversicherung (nachfolgend: Einkaufsgemeinschaft Assura/Supra oder Assura/Supra) für das Jahr 2012 ein Basisfallwert von Fr. 10 300.– vereinbart. Für das Stadtspital Waid (nachfolgend: SWZ) wurde zwischen der Stadt Zürich und HSK sowie Assura/Supra ein Basisfallwert von Fr. 9 650.– vereinbart. Zwischen 47 durch tarifsuisse ag vertretene Krankenversicherungen (nachfolgend: Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse oder tarifsuisse) und der Stadt Zürich kam bezüglich der Tarife der Stadtspitäler keine Einigung zustande.

Mit Beschluss vom 13. März 2013 (RRB 278/2013) setzte der Regierungsrat des Kantons Zürich (unter anderem) den Basisfallwert zwischen tarifsuisse und den Zürcher Stadtspitälern auf Fr. 9 480.– fest. Er genehmigte die Tarifverträge zwischen HSK und Assura/Supra einerseits und der Stadt Zürich für das SWZ andererseits, lehnte hingegen die Genehmigung des Vertrags betreffend das STZ ab. Im selben Beschluss setzte der Regierungsrat den für das STZ und die Einkaufsgemeinschaften HSK und Assura/Supra geltenden Basisfallwert hoheitlich auf Fr. 9 480.– fest.

Gegen den RRB 278/2013 liess die Stadt Zürich am 22. April 2013 Beschwerde erheben und sinngemäss beantragen, es seien die Festsetzungsbeschlüsse aufzuheben, die Basisfallwerte auf Fr. 10 690.– (STZ) respek-

tive Fr. 9 890.– (SWZ) festzusetzen, die Nichtgenehmigungsentscheide aufzuheben und die entsprechenden Verträge zu genehmigen. Auch die Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse liess gegen den RRB 278/2013 Beschwerde erheben und beantragen, die Festsetzungsbeschlüsse seien aufzuheben und die Basisfallwerte der Stadtspitäler seien auf Fr. 8 974.– festzusetzen. Nach Eingang der Vernehmlassungen der Vorinstanz, der Beschwerdeantworten der jeweiligen Beschwerdegegnerinnen und der Stellungnahme der beigeladenen HSK wurden die Beschwerdeverfahren vereinigt. Das Gericht holte je eine Stellungnahme der Preisüberwachung, des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) und der SwissDRG AG ein.

Das Bundesverwaltungsgericht hebt den Entscheid betreffend Nichtgenehmigung der Verträge zwischen HSK und Assura/Supra einerseits und der Stadt Zürich andererseits bei gleichzeitiger hoheitlicher Festsetzung des Basisfallwertes für das STZ auf und weist die Sache zur erneuten Durchführung des Genehmigungsverfahrens an die Vorinstanz zurück. Die Beschwerden der Stadt Zürich sowie der tarifsuisse weist das Gericht ab, soweit die Aufhebung der sie betreffenden Festsetzungsbeschlüsse und die Neufestsetzung dieser Basisfallwerte beantragt wurden.

*Aus den Erwägungen:*

**1.5** Auch in Beschwerdeverfahren nach Art. 53 KVG (SR 832.10) gilt der in Art. 12 VwVG verankerte Grundsatz, wonach das Bundesverwaltungsgericht den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat und nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden ist. Der Untersuchungsgrundsatz gilt nicht uneingeschränkt, sondern ist eingebunden in den Verfügungsgrundsatz, das Erfordernis der Begründung einer Rechtsschrift (Art. 52 Abs. 1 VwVG), die objektive Beweislast sowie in die Regeln der Sachverhaltsabklärung und Beweiserhebung mit richterlichen Obliegenheiten und Mitwirkungspflichten der Parteien (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2013, Rz. 1.49 S. 22). Im Beschwerdeverfahren ist die Untersuchungspflicht insofern eingeschränkt, als die Rechtsmittelbehörde den Sachverhalt nicht von Grund auf ermitteln muss, sondern nur zu überprüfen hat, ob die Vorinstanz ihn richtig erhoben hat (CHRISTOPH AUER, in: *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2008, Art. 12 Rz. 9). Im Rahmen der Untersuchungsmaxime kann das Gericht nachträglich Beweismittel einholen, sofern sich das als notwendig erweist. Es kann sich jedoch dabei darauf beschränken, amt-

liche Untersuchungen dann anzustellen, wenn Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts bestehen. Wie intensiv die amtliche Ermittlung zu erfolgen hat, hängt unter anderem von der Natur der Streitsache ab (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 1983, S. 209).

**1.5.1** Im Kontext von Tarifstreitigkeiten im Bereich des Krankenversicherungsrechtes ist den Grenzen der Untersuchungspflicht besondere Beachtung zu schenken.

**1.5.1.1** Im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung bei der Festsetzung oder der Genehmigung von Tarifen sind an sich sämtliche Kosten- und Leistungsdaten der Spitäler sachverhaltsrelevant. Im Rahmen eines Justizverfahrens ist eine unbegrenzte und detaillierte Prüfung der Rechnungslegung jedoch kaum möglich und nicht sachgerecht.

**1.5.1.2** Die Untersuchungspflicht als Grundsatz (vgl. Randtitel zu Art. 12 VwVG) findet ihre Grenzen insbesondere an der prozessualen Mitwirkungspflicht der Parteien. Nach Art. 13 VwVG sind die Parteien verpflichtet, in einem Verfahren, welches sie durch Begehren einleiten oder in welchem sie Begehren stellen, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken. Bei der Tarifgestaltung im Krankenversicherungsrecht kommt der Mitwirkung der Parteien eine hohe Bedeutung zu, was sich bereits im Verhandlungsprimat und namentlich in der Verpflichtung, Verhandlungen zu führen, zeigt. Entsprechend kommt der Mitwirkung im Festsetzungs- oder Genehmigungsverfahren auch als verfahrensrechtliche Verpflichtung eine erhebliche Bedeutung zu.

**1.5.1.3** Im Anfechtungsstreitverfahren obliegt es der beschwerdeführenden Partei, ihr Rechtsmittel zu begründen und die Rüge der mangelhaften Sachverhaltsabklärung durch die Vorinstanz zu substantiieren (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Je beschränkter die Untersuchungsmöglichkeiten des Gerichts sind, desto weiter geht die Substanziierungslast der Parteien (vgl. Urteile des BGer 2C\_797/2012 vom 31. Juli 2013 E. 2.2.2 und 2C\_862/2011 vom 13. Juni 2012 E. 2.4).

**1.5.2** Der Untersuchungsgrundsatz steht auch in einem Spannungsverhältnis zu dem im KVG für die vorliegenden Beschwerden verankerten Grundsatz der Unzulässigkeit von (unechten) Noven (vgl. auch MEYER/DORMANN, in: Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 2011, Art. 99 N. 1 ff., insb. N. 6). Nach Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG dürfen im Rahmen solcher Beschwerden neue Tatsachen und Beweismittel nur so weit vorgebracht werden, als erst der angefochtene Beschluss dazu Anlass gibt,

und neue Begehren sind unzulässig. Das Novenverbot dient – wie die übrigen in Art. 53 Abs. 2 KVG vorgesehenen Abweichungen von der Verfahrensordnung des VwVG – der Verfahrensstraffung (vgl. BVGE 2012/9 E. 4.3.1). Aus dem Grundsatz ergibt sich, dass das Bundesverwaltungsgericht in den in Art. 53 Abs. 1 KVG genannten Fällen grundsätzlich nicht mit neuen Tatsachen oder Beweismitteln konfrontiert werden soll, welche der vorinstanzlichen Beurteilung nicht zugrunde lagen (Urteil des BVGer C–195/2012 vom 24. September 2012 E. 5.1.2; vgl. MEYER/DORMANN, a.a.O., Art. 99 N. 40). Ob eine behauptete Tatsache neu ist, ergibt sich aus dem Vergleich mit den Vorbringen im vorausgehenden (kantonalen) Verfahren: Wurde die vor Bundesverwaltungsgericht behauptete Tatsache nicht schon der Vorinstanz vorgetragen oder fand sie nicht auf anderem Wege in prozessual zulässiger Weise Eingang in das Dossier, ist sie neu, andernfalls nicht (vgl. BVGE 2012/18 E. 3.2.2; Urteil des BVGer C–4303/2007 vom 25. Januar 2010 E. 1.6.2 m.w.H.). Auf verspätet vorgebrachte Tatsachenbehauptungen und Beweismittel kann sich eine Partei im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht berufen (BVGE 2014/3 E. 1.5.4 f.). Neue Tatsachen und Beweismittel sind aber nach der Novenregelung von Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG nicht in jedem Fall unzulässig. Sie dürfen vorgebracht werden, soweit erst der angefochtene Beschluss dazu Anlass gibt. Werden Tatsachen erst durch den vorinstanzlichen Entscheid rechtswesentlich, ist ihr Vorbringen zulässig (NICOLAS VON WERDT, in: Bundesgerichtsgesetz [BGG], Art. 99 Rz. 6). Massgebend ist, ob die Beschwerde führende Partei diese Tatsachen oder Beweismittel im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht oder nach Treu und Glauben ins vorinstanzliche Verfahren hätte einbringen können und müssen (Urteil C–195/2012 E. 5.1.2). Das Verhältnis der Novenregelung (Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG) und des Grundsatzes der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen (Art. 12 VwVG) ist in dem Sinne zu interpretieren, dass Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG zwar den Untersuchungsgrundsatz im Beschwerdeverfahren nicht aufhebt, diesen jedoch in den Hintergrund treten lässt.

**1.5.3** Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht im Kontext von Tarifstreitigkeiten im Krankenversicherungsrecht den Sachverhalt im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes grundsätzlich frei prüft. Aufgrund der besonderen Natur der Streitsache kommt der Mitwirkungspflicht der Parteien eine hohe Bedeutung zu. Das Gericht orientiert sich im Grundsatz an den Tatsachen und Beweismitteln, welche bereits im Verwaltungsverfahren vorgetragen wurden. Auf verspätet vorgebrachte Tatsachenbehauptungen und Beweismittel,

welche bereits anlässlich des vorinstanzlichen Entscheids Bestand hatten und nicht vorgebracht wurden, kann sich eine Partei grundsätzlich nicht berufen. Das Bundesverwaltungsgericht wird daher nur – aber immerhin – in besonderen Fällen ergänzende Sachverhaltsabklärungen vornehmen.

#### 1.6 (...)

**2.** Am 1. Januar 2009 ist die KVG-Revision zur Spitalfinanzierung (Änderung vom 21. Dezember 2007, AS 2008 2049) in Kraft getreten. Per 1. Januar 2012 wurde der Systemwechsel bei der Spitalfinanzierung vollzogen (vgl. Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Dezember 2007 [Spitalfinanzierung]). Der angefochtene Beschluss ist somit aufgrund des revidierten KVG und dessen Ausführungsbestimmungen zu beurteilen. Massgebend sind vorliegend insbesondere die Art. 43 ff. KVG. Die Vergütung der stationären Behandlung einschliesslich Aufenthalt und Pflegeleistungen in einem Spital oder einem Geburtshaus erfolgt mit Pauschalen, in der Regel mit Fallpauschalen. Die Fallpauschalen sind leistungsbezogen und beruhen einerseits auf einer gesamtschweizerisch einheitlichen Tarifstruktur und andererseits auf Basisfallwerten (vgl. Art. 49 Abs. 1 KVG). Die gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur wird von einer von den Tarifpartnern und den Kantonen eingesetzten Organisation erarbeitet und weiterentwickelt und ist vom Bundesrat zu genehmigen (Art. 49 Abs. 2 KVG). Die Basisfallwerte werden in Verträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern (Tarifvertrag) vereinbart oder in den vom Gesetz bestimmten Fällen (insb. wenn kein Vertrag zustande kommt) von der zuständigen Behörde festgesetzt (Art. 43 Abs. 4 und Art. 47 Abs. 1 KVG). Tarifverträge mit Spitälern bedürfen der Genehmigung durch die zuständige Kantonsregierung. Die Genehmigungsbehörde prüft, ob der Tarifvertrag mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit in Einklang steht (Art. 46 Abs. 4 KVG). Diese Prüfungspflicht gilt auch bei der hoheitlichen Tariffestsetzung im vertragslosen Zustand (BVGE 2010/25 E. 7). Art. 43 Abs. 4 KVG sieht in allgemeiner Form vor, dass bei der Tariffestlegung (Vereinbarung oder hoheitliche Festsetzung) auf eine betriebswirtschaftliche Bemessung und eine sachgerechte Struktur der Tarife zu achten sei. Nach Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG orientieren sich die Spitaltarife an der Entschädigung jener Spitälern, welche die tarifierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen.

**3.** Das neue Spitalfinanzierungsrecht sieht vor, dass sich die Spitaltarife an einem Referenzwert (Entschädigung jener Spitälern, welche die

tarifizierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen) orientieren sollen. In mehrfacher Hinsicht umstritten ist, wie dieser Referenzwert zu bestimmen sei. Vor der fallbezogenen Beurteilung rechtfertigen sich grundsätzliche Überlegungen.

**3.1** In dem durch die neue Spitalfinanzierungsregelung eingeführten System der Leistungsfinanzierung steht bei der Tarifierung das Preis-Leistungs-Verhältnis im Vordergrund. Die leistungsbezogene Pauschale ist der « Preis », den der Leistungserbringer erhält (vgl. Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [Spitalfinanzierung] vom 15. September 2004, BBl 2004 5551, 5577, nachfolgend: Botschaft KVG 2004). « Nach dem Übergang zur Leistungsfinanzierung kann nicht mehr auf die anrechenbaren Kosten Bezug genommen werden. Massgebend ist die Vergütung der jeweiligen Leistung » (BBl 2004 5579). Mit dem neuen Spitalfinanzierungsrecht sollen Leistungen finanziert und nicht mehr Kosten gedeckt werden (vgl. AB 2005 S 684). Nach der Ständerätlichen Gesundheitskommission sollte mit der « Preisbildungsregel » von Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG verdeutlicht werden, dass nicht (mehr) ein System der Kostendeckung gelte, sondern sich die Preise an denjenigen Spitalern zu orientieren hätten, welche einigermassen effizient und günstig arbeiteten (...). Nicht mehr im Vordergrund steht damit die Abgeltung der spitalindividuellen Kosten.

**3.2** In der obligatorischen Grundversicherung kann vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regulierungsvorschriften für die Leistungserbringer, die Leistungsfinanzierer und die Preisbildung nicht von einem reinen Wettbewerbssystem gesprochen werden. « Im obligatorisch versicherten Bereich des Gesundheitswesens gibt es keine Preisbildung nach den Bedingungen eines reinen Wettbewerbs, da zentrale Bedingungen eines funktionierenden Marktes nicht gegeben sind. Ein « reiner » Wettbewerb mit all seinen Konsequenzen steht zudem im Widerspruch zur sozialstaatlichen Zielsetzung einer flächendeckenden, einkommensunabhängigen und guten medizinischen Versorgung » (MICHAEL JORDI, Was ergibt die richtigen Preise für die Fallpauschalen, Competence 6/2011 S. 12). Die Vertragspartner können bei fehlender Preiseinigung nicht auf die Erbringung der Behandlungsleistungen oder der Vergütungen verzichten. Die Listenspitäler haben die Patienten aufzunehmen (Aufnahmepflicht; Art. 41a KVG) und zu den bestimmten Tarifen abzurechnen (Tarifschutz; Art. 44 KVG). Im Bereich der obligatorischen Krankenpflege tragen diejenigen, die über die Nutzung der Spitalleistungen ent-

scheiden (Patienten, Ärzte u.a.), die daraus resultierenden Kosten nicht direkt (BGE 138 II 398 E. 3.5.2). Die Patienten wählen zwar unter den zugelassenen Leistungserbringern (Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG), die Krankenversicherer als Zahler haben aber nicht die Möglichkeit, die Spitalwahl zu beeinflussen und auf vergleichbare Angebote auszuweichen (vgl. Art. 12 Abs. 2 des Preisüberwachungsgesetzes [PüG, SR 942.20]). Mangels Preisbildung durch einen wirksamen Wettbewerb sind die Preise der Leistungen durch die zuständige Behörde zu prüfen (Genehmigung) oder ersatzweise festzusetzen (Art. 43 Abs. 4, Art. 47 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 KVG).

**3.3** Weder das KVG noch die KVV (SR 832.102) enthalten genauere Bestimmungen, wie die Preisbestimmung zu erfolgen hat. Nach Art. 32 Abs. 1 KVG müssen die von den Spitälern erbrachten Leistungen wirtschaftlich sein. Art. 49 Abs. 1 KVG enthält die Regel, dass sich die Spitaltarife an der Entschädigung jener Spitälern, welche die tarifizierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen, orientieren sollen. Dabei ist auf eine betriebswirtschaftliche Bemessung zu achten (Art. 43 Abs. 4 KVG). Preisbestimmend sollen somit einerseits die Angebote von günstigen und effizienten Referenzspitälern und andererseits betriebswirtschaftliche Gegebenheiten sein. Aus seiner eigenen betriebswirtschaftlichen Sicht muss der Leistungserbringer seine Tarife so kalkulieren, dass bei effizienter Leistungserbringung kein Verlust resultiert (EVA DRUEY JUST, Das Prinzip betriebswirtschaftlicher Tariffbemessung im KVG, Jusletter 19. August 2013 S. 3). Bei den gesetzlich vorgesehenen Tarifverhandlungen (vgl. Art. 43 Abs. 4 KVG) werden sich die Verhandlungspartner auf der Seite der Leistungserbringer an ihren relevanten Betriebskosten und auf Seiten der Krankenversicherer an den Vergütungen der konkurrierenden Leistungserbringer orientieren müssen. Analoges gilt bei der ersatzweisen behördlichen Festsetzung. Nach der Zielsetzung des KVG sollten möglichst günstige Preise resultieren, zu welchen die erforderliche und bedarfsgerechte Versorgung in der notwendigen Qualität geleistet werden kann.

**3.4** Nach Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG haben sich die zu vereinbarenden oder festzusetzenden Tarife am Referenzwert zu orientieren. Damit ist nicht gesagt, dass die Basisfallwerte dem Referenzwert genau entsprechen müssen, und dass ein einheitlicher Basisfallwert für alle Spitäler gelten soll. Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG impliziert, dass im Spitaltarifsystem des KVG für vergleichbare Leistungen vergleichbare Preise sach-

gerecht sind, wobei Ausnahmen möglich seien (Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung, verabschiedet durch den Vorstand der GDK am 12. Juli 2012 S. 1, nachfolgend: GDK-Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung). Da auch betriebswirtschaftliche Gegebenheiten massgebend sein sollen, ist kein landesweit geltender einheitlicher Basisfallwert vorgegeben. Die Leistungserbringer werden bei der Preisverhandlung auch ihrer spezifischen Situation Rechnung tragen, sodass ausgehend vom Referenzwert in begründeten Fällen differenzierte Basisfallwerte verhandelt oder festgesetzt werden müssen. In einem ausgereiften und funktionierenden System von Fallpauschalen rechtfertigen sich unterschiedliche Basisfallwerte nur beschränkt, und es ist mit zunehmender Annäherung zu rechnen (vgl. Votum Ständerätin Erika Forster-Vannini als Sprecherin der Gesundheitskommission des Ständerates [AB 2007 S 752]; vgl. auch AB 2007 S 754; AB 2007 N 1773). Der Gesetzgeber ging davon aus, dass kein schweizweit einheitlicher Basisfallwert, sondern verschiedene Baserates gelten würden (vgl. Votum Bundesrat Pascal Couchepin [AB 2007 N 1773]). Dies zeigt sich auch in den für die Spitalfinanzierung massgebenden Bestimmungen des KVG. Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG nennt « die Spitaltarife » im Plural. Das in Art. 46 und 49 Abs. 1 KVG vorgesehene System, wonach Tarife jeweils zwischen Leistungserbringern und Versicherern auszuhandeln sind (Verhandlungsprimat), impliziert die systemimmanente Möglichkeit spitalindividueller Tarife. Im Rahmen der Genehmigung prüft die Behörde unter anderem, ob der Tarifvertrag mit dem Gebot der Billigkeit in Einklang steht (Art. 46 Abs. 4 KVG). Billigkeit bedeutet, dass der Tarif auch im Einzelfall angemessen sein muss (DRUEY JUST, a.a.O., S. 3). Damit folgt auch aus dem Gebot der Billigkeit, dass unter der neuen Spitalfinanzierungsregelung spitalindividuelle Tarife möglich sind.

**3.5** Entsprechend der Zielsetzung des KVG erfolgt die Preisorientierung nicht alleine an möglichst günstigen Preisen. In Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG wurde ausdrücklich verankert, dass nur Leistungen in der « notwendigen Qualität » als Massstab dienen können. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll das Postulat der Effizienz nicht auf Kosten desjenigen der Qualität durchgesetzt werden (vgl. Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 [BBl 1992 S. 174, nachfolgend: Botschaft zum KVG 1991]; DRUEY JUST, a.a.O., S. 3). In der parlamentarischen Debatte zur neuen Spitalfinanzierungsordnung bestand Einigkeit darüber, dass die Fallpauschalen nicht zu einer Beeinträchtigung der Qualität führen dürfen (z.B. Nationalrat Meinrado Robbiani [AB 2007 N 450], aber auch Nationalrat Felix Gutzwiller [AB

2007 N 418], Nationalrat Toni Bortoluzzi [AB 2007 N 420], Bundesrat Pascal Couchepin [AB 2007 N 451] und Nationalrätin Ruth Humbel Näf [AB 2007 N 451]). In der Eintretensdebatte betonte Bundesrat Pascal Couchepin, dass das DRG-Tarifsystem kein Qualitäts-, sondern ein Effizienz- beziehungsweise ein Transparenz-Instrument sei. Parallel dazu müsse ein System zur Information über die Qualität eingeführt werden (AB 2007 N 420). Zur Verbesserung der Transparenz wurde im neuen Recht die medizinische Ergebnisqualität in die Betriebsvergleiche nach Art. 49 Abs. 8 KVG einbezogen. Die qualitativ hochstehende gesundheitliche Versorgung (Art. 43 Abs. 6 KVG) entsprechend dem Standard der medizinischen Wissenschaft wird damit bei der Preisbestimmung vorausgesetzt.

**3.6** Mit der neuen Spitalfinanzierung wurde ein kostenorientiertes Preissystem anstelle der früheren spitalspezifischen Kostenabgeltung eingeführt (GDK-Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung S. 1). « Die Festlegung des Referenzwertes kann angesichts der Komplexität des Systems nicht analytisch hergeleitet werden, sondern ist Ergebnis eines Vergleichs der realen Ist-Kosten der Leistungserbringer, von Referenznormwerten und entsprechenden Verhandlungen zwischen Leistungserbringern und Finanzierern. Die Preisbildung erfolgt daher auf der Basis der « legitimen » Kosten qualitativ vorgegebener Leistungen » (MICHAEL JORDI, a.a.O., S. 12). Die Preisbestimmung erfolgt nach Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG aufgrund eines Vergleichs mit anderen Spitälern, welche die versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen. Zur Ermittlung und Auswahl dieser als Referenz massgebenden Spitälern ist ein Fallkosten-Betriebsvergleich notwendig (vgl. BVGE 2014/3 E. 10). Art. 49 Abs. 8 KVG verpflichtet den Bundesrat, in Zusammenarbeit mit den Kantonen schweizweit Betriebsvergleiche zwischen Spitälern, insbesondere auch zu den Kosten, anzuordnen und zu veröffentlichen.

**3.7** Betriebsvergleiche waren bereits in dem bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Recht vorgesehen, erfüllten damals aber in Bezug auf die Tarifgestaltung eine andere Funktion. Gemäss früherem Recht waren die Vergütungen für die stationäre Behandlung ausgehend von den anrechenbaren Kosten des jeweiligen Spitals zu bemessen (Art. 49 Abs. 1 des KVG in der bis zum 31. Dezember 2008 gültigen Fassung [AS 1995 1328]). Um abzuklären, wie sich die spitalindividuell tarifbestimmenden Kosten zu den entsprechenden Kosten vergleichbarer Spitälern verhielten, waren unter altem Recht Betriebsvergleiche anzuordnen. Ergab der

Betriebsvergleich, dass die Kosten eines Spitals deutlich über den Kosten vergleichbarer Spitäler lagen, konnte der Tarif angepasst werden (vgl. aArt. 49 Abs. 7 KVG). Dieser Vergleich diente der sekundären Überprüfung eines zunächst spitalindividuell gestalteten (Kosten-)Tarifs. Demgegenüber dient der Betriebsvergleich nach neuem Recht der Bestimmung der generellen Orientierungsbasis für die folgende spitalindividuelle Preisfindung. Anders als unter aArt. 49 Abs. 7 KVG sind Betriebsvergleiche nicht mehr Disziplinarinstrumente der Krankenversicherung in Form eines Kündigungsrechts und eines Tarifierfassungsanspruchs (GEBHARD EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2010, Art. 49 Rz. 10, nachfolgend: KVG). Aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzung der Betriebsvergleiche nach altem und neuem Recht kann die Praxis zur Methode der Betriebsvergleiche nicht unesehen auch unter neuem Recht angewendet werden.

**3.8** aArt. 49 Abs. 7 KVG legte ausdrücklich fest, dass Betriebsvergleiche nur unter vergleichbaren Spitälern vorgenommen werden können. Voraussetzung gültiger Betriebsvergleiche war ein vergleichbares Leistungsangebot und Patientengut (EUGSTER, KVG, aArt. 49 Rz. 28). Kriterien für die Vergleichbarkeit waren nach der Rechtsprechung des Bundesrates beispielsweise Versorgungsstufe, Leistungsangebot in Diagnostik und Therapie, Zahl und Art sowie Schweregrad der Fälle oder Leistungen in Hotellerie/Service und Pflege (RKUV 3/2005 KV 325 S. 159 E. 11.1; vgl. auch BVGE 2009/24 E. 4.2.4; 2010/25 E. 7.3.1). Dabei wurden die Casemix-Indizes-Berechnungen (durchschnittlicher Schweregrad der in einem Spital behandelten Fälle, CMI) und die Krankenhaustypologie beziehungsweise die Einreihung der Spitäler in eine der Versorgungsstufen als geeigneter Einstieg für Betriebsvergleiche betrachtet (vgl. BVGE 2010/25 E. 10.2.1). Das neue Recht enthält die Bestimmung nicht mehr, wonach Betriebsvergleiche nur unter vergleichbaren Spitälern durchzuführen sind. Aufgrund der gesamtschweizerisch einheitlichen Tarifstruktur (Art. 49 Abs. 1 Satz 2 und 3 KVG) werden die Leistungen gesamtschweizerisch vergleichbar und transparent, was den Wettbewerb unter den Spitälern fördert (EUGSTER, KVG, Art. 49 Rz. 3). Die Stärkung dieses Wettbewerbsgedankens war eines der Ziele der neuen Spitalfinanzierungsordnung (Botschaft zum KVG 2004 5569, vgl. auch Votum Nationalrat Felix Gutzwiller [AB 2007 N 418]). Mit der Abgeltung der Spitalleistungen nach Fallschwere lassen sich theoretisch die Fallkosten aller Spitäler – unabhängig von deren Leistungsspektrum und Grösse – miteinander vergleichen (Empfehlungen der GDK zur Wirtschaftlichkeitsprüfung S. 7). Das System der einheitlichen Tarifstruktur eröffnet

grundsätzlich die Möglichkeit von Betriebsvergleichen über die Grenzen der Spitalkategorien hinaus.

**4.** Zur Überprüfung der von der Vorinstanz angewendeten und umstrittenen Methodik ist vorerst darzulegen, welche Voraussetzungen zur Vergleichbarkeit der Fallkosten idealtypisch gegeben sein müssen.

**4.1** Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG schreibt vor, dass sich die Spitaltarife an der Entschädigung des Referenzspitals orientieren sollen. Massstab für die Bestimmung des Referenzwertes ist nach dem Wortlaut des Gesetzes die Effizienz. Im betriebswirtschaftlichen Sinn versteht man unter Effizienz die Beurteilung der Beziehung zwischen der erbrachten Leistung und dem Ressourceneinsatz (JEAN-PAUL THOMMEN, Lexikon der Betriebswirtschaft, 2008, S. 188). Da mit dem Betriebsvergleich die Effizienz beurteilt werden soll, hat sich dieser auf normierte, schweregradbereinigte Fallkosten (bei qualitätskonformer Leistung) und nicht auf die Preise zu beziehen. Der Betriebsvergleich als Instrument zur Bestimmung der Effizienz erfolgt somit kostenbasiert und nicht aufgrund der verhandelten Preise (vgl. dazu auch SAXER/OGGIER, Recht und Ökonomie der KVG-Tarifgestaltung, 2010, S. 42). (In seinem Parteigutachten geht OGGIER demgegenüber davon aus, dass die zwischen Spitälern und Krankenversicherern vereinbarten Tarife Orientierungsmassstab für die Preisbestimmung sein könnten). Für den Betriebsvergleich sind die relevanten Betriebskosten der Vergleichsspitäler zu ermitteln (benchmarking-relevante Betriebskosten) respektive die schweregradbereinigten Fallkosten (benchmarking-relevanter Basiswert).

**4.2** Das revidierte KVG äussert sich nicht dazu, auf welcher zeitlichen Basis die benchmarking-relevanten Betriebskosten zu bestimmen sind. Es drängt sich auf, beim Betriebsvergleich auf die neusten bereits bekannten und gesicherten Daten abzustellen, und die Praxis beizubehalten, wonach für das Tarifjahr X grundsätzlich auf die Kostenermittlung des Jahres X-2 abzustellen ist (BVGE 2014/3 E. 3.5; 2012/18 E. 6.2.2).

**4.3** Die in Art. 49 Abs. 8 KVG vorgesehenen Betriebsvergleiche zwischen Spitälern haben schweizweit zu erfolgen. Die Bestimmung erwähnt nicht ausdrücklich, dass der Vergleich sämtliche Spitäler umfassen soll. Die Aussagekraft des Betriebsvergleichs steigt jedoch, je grösser die Menge der einbezogenen Spitäler ist. Die Repräsentativität des Referenzwertes wird maximiert, wenn er auf Kostendaten sämtlicher in diesem System abrechnender Leistungserbringer beruht. Diese Menge wird in der Statistik als Grundgesamtheit bezeichnet (THOMAS BENESCH, Schlüs-

selkonzepte zur Statistik, 2013, S. 9–12). Entsprechend ist beim Betriebsvergleich idealtypisch von einer Vollerhebung der Daten aller in der Schweiz im massgebenden Bereich (Akutsomatik) tätigen Leistungserbringer auszugehen.

**4.4** Betriebsvergleiche können nur sachgerecht erfolgen, wenn nach einheitlicher Methodik erhobene Daten untereinander verglichen werden. Vergleichbar sind nur Betriebs- und Investitionskosten sowie Leistungen, welche nach einheitlicher Methode in einer Kostenrechnung und einer Leistungsstatistik ermittelt und erfasst wurden (Art. 49 Abs. 7 KVG).

**4.5** Gemäss aArt. 49 Abs. 1 KVG durften die von den Krankenversicherern zu finanzierenden Pauschalen höchstens 50 % der anrechenbaren Kosten der allgemeinen Abteilung eines Spitals decken. Nach diesem System war eine Höchstlimite der Leistungsbeteiligung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) (Tarifobergrenze) zu ermitteln. Intransparente Kostendaten rechtfertigten Abzüge, um sicherzustellen, dass auch bei unsicherer Datenlage nie mehr als die tatsächlichen Kosten entschädigt wurden (vgl. BVGE 2012/18 E. 16.10 f.). Eine Unterentschädigung war in diesem System in Kauf zu nehmen. Demgegenüber dienen die benchmarking-relevanten Basiswerte der als Referenzspital in Frage kommenden Leistungserbringer der konkreten und möglichst genauen Bestimmung des Referenzwertes. Die Kosten- und Leistungsdaten müssen daher idealtypisch so realitätsnah wie möglich erhoben werden. Intransparenten Daten kann in diesem System nicht mehr einfach durch normative Abzüge Rechnung getragen werden. Im Benchmarking-System muss durch andere Massnahmen sichergestellt werden, dass transparente und situationsgerechte Daten Eingang in die Berechnung finden.

**4.6** Vergleichbarkeit der Leistungen und der Kosten setzt voraus, dass die Vergleichsspitäler ungeachtet ihres Standorts oder ihrer Trägerschaft die gleichen regulatorischen Voraussetzungen und Pflichten haben (vgl. WIDMER/TELSER, Die Spitalversorgung im Spannungsfeld der kantonalen Spitalpolitik, Studie vom 22. August 2013 im Auftrag von comparis.ch, S. 3). Offene oder versteckte Subventionierung einzelner Spitäler senkt deren Kosten, und die Berücksichtigung entsprechender Kostendaten würde den Vergleich verfälschen. Idealtypisch dürfen im Betriebsvergleich nur Kosten- und Leistungsdaten von Spitälern, welche möglichst unbeeinflusst von « wettbewerbsverzerrenden » Massnahmen geführt werden, berücksichtigt werden.

**4.7** In der SwissDRG-Tarifstruktur wurden für Patientinnen und Patienten erforderliche Behandlungsleistungen anhand verschiedener Kriterien (Haupt- und Nebendiagnosen, Alter, Geschlecht, Schweregrad, Prozeduren) in Fallgruppen (DRG) klassifiziert und entsprechenden Kostengewichten zugeordnet. Die SwissDRG AG ermittelt die Höhe der Kostengewichte anhand einer Erhebung der tatsächlich anfallenden Kosten in Schweizer «Netzwerkspitälern». Neutrale Fallkosten-Betriebsvergleiche setzen voraus, dass die in der Tarifstruktur ausgewiesenen Kostengewichte die erforderlichen Behandlungsleistungen sachgerecht abbilden. Realitätsfremde Bewertung einzelner Kostengewichte würde den Vergleich schweregradbereinigter Fallkosten verfälschen.

**4.8** Es liegt in der Natur von Pauschalen, dass die tatsächlich für einen Einzelfall erforderlichen Behandlungsleistungen in den meisten Fällen über oder unter der für das Kostengewicht angenommenen Norm liegen. Die im Tarifsystem SwissDRG gebildeten Fallgruppen (DRG) weisen diesbezüglich unterschiedliche Streuungen auf. Auch in einem effizienten Musterspital sind daher Fälle, welche bezogen auf den Normwert überdurchschnittliche Behandlungsleistungen erfordern, mit dem entsprechenden Kostengewicht unterbewertet. Da die behandlungsärmeren Fälle derselben Fallgruppe mit dem entsprechenden Kostengewicht überbewertet sind, bleibt die Vergütungsgerechtigkeit erhalten. Dieser Ausgleich spielt nur, solange sich – bezogen auf eine Fallgruppe – einfachere und komplexere Fälle die Waage halten. Spitäler, welche – innerhalb der Fallgruppen – tendenziell schwere Fälle behandeln, werden unterentschädigt, währenddem Spitäler, welche vermehrt einfachere Fälle derselben Fallgruppen behandeln, überentschädigt werden. Neutrale Betriebsvergleiche setzen voraus, dass in der Tarifstruktur möglichst homogene Fallgruppen erfasst sind, beziehungsweise dass sich «profitable» und «defizitäre» Fälle derselben Fallgruppe die Waage halten oder aber gleichmässig auf die Spitäler verteilen.

**4.9** Zur Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten sind insbesondere bei folgenden Positionen Abgrenzungen vorzunehmen:

**4.9.1** Da die schweregradbereinigten Fallkosten der stationären OKP-Behandlungen im Bereich der Akutsomatik zu vergleichen sind, ist sicherzustellen, dass nur entsprechende Kosten in die Berechnung der benchmarking-relevanten Betriebskosten einfliessen. Die Abgrenzung zu Kosten ambulanter Behandlungen, von Langzeitbehandlungen oder von Behandlungen, die anderweitig finanziert werden, ist vor den Betriebsvergleichen sicherzustellen (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. a und b der Verord-

nung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung [VKL, SR 832.104]).

**4.9.2** Da die Leistungen der OKP für Zusatzversicherte Patientinnen und Patienten auch im System der Fallpauschalen vergütet werden, sind entsprechende Kostenanteile dieser Patientengruppe auch für die Betriebsvergleiche relevant. Nicht in den Vergleich der schweregradbereinigten Fallkosten einfließen dürfen die Mehrkosten, die im Zusammenhang mit den Mehrleistungen für Zusatzversicherte anfallen (vgl. Urteil des BVerG C-7967/2008 vom 13. Dezember 2010 E. 4.12.1).

**4.9.3** Kosten gemeinwirtschaftlicher Leistungen sind nach Art. 49 Abs. 3 KVG nicht von der OKP zu tragen. Da auch im Betriebsvergleich nur Kosten der OKP-Leistungen zu vergleichen sind, müssen die Kosten gemeinwirtschaftlicher Leistungen vor dem Vergleich ausgeschieden sein. Zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen gehören nach Art. 49 Abs. 3 KVG Spitalkapazitäten, welche ausschliesslich aus regionalpolitischen Gründen aufrechterhalten werden, und die Forschung und universitäre Lehre. Die Aufzählung ist nicht abschliessend.

**4.9.4** Nach Art. 49 Abs. 1 Satz 4 KVG können die Vertragsparteien vereinbaren, dass besondere diagnostische oder therapeutische Leistungen nicht in den Pauschalen enthalten sind, sondern getrennt in Rechnung gestellt werden. Zur Vergleichbarkeit der schweregradbereinigten Fallkosten sind Kosten solcher Behandlungen vor dem Benchmarking auszuscheiden. Kosten von Leistungen, welche mit Zusatzentgelten abgegolten werden, sind für den neutralen Vergleich schweregradbereinigter Fallkosten auszuscheiden.

**4.9.5** Kosten von Mobilien, Immobilien und sonstigen Anlagen (Anlagenutzungskosten), die zur Erfüllung der Behandlung von OKP-Versicherten notwendig sind, werden nach dem System der neuen Spitalfinanzierung mit den Fallpauschalen abgegolten. Zur sachgerechten Beurteilung der Effizienz sind auch die Anlagenutzungskosten im Vergleich schweregradbereinigter Fallkosten relevant. Da die Anlagenutzungskosten noch nicht in die Tarifstruktur einbezogen werden konnten, besteht für das Jahr 2012 eine Übergangsregelung (vgl. Bundesamt für Gesundheit, Kommentar vom 2. November 2011 zu den per 1. Dezember 2011 eingeführten Änderungen der KVV). Gemäss Abs. 4 der Schlussbestimmungen der Änderungen der KVV vom 22. Oktober 2008 erfolgt die Abgeltung der Anlagenutzungskosten mittels eines Zu-

schlags von 10 % auf den in den Tarifverträgen verhandelten Basispreisen. Da die Anlagenutzungskosten im Jahr 2012 pauschal berechnet werden, sind sie im Vergleich der schweregradbereinigten Fallkosten für dieses Jahr nicht zu berücksichtigen.

**4.9.6** Für den sachgerechten Betriebsvergleich sind auch Kosten von Spitälern, welche die Leistungen nicht wirtschaftlich erbringen, relevant. Dazu gehören auch Spitäler, welche in der Folge von Überkapazitäten unwirtschaftlich arbeiten. Im neuen Spitalfinanzierungssystem wird die Unwirtschaftlichkeit durch die Orientierung am Tarif der effizienten und günstigen Spitäler korrigiert. Nach aArt. 49 Abs. 1 KVG durften Betriebskostenanteile aus Überkapazität zur Ermittlung der spitalindividuellen anrechenbaren Kosten nicht berücksichtigt werden und mussten ausgeschieden werden. Diese Ausscheidung ist bei der Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten nicht sachgerecht. Auszuscheiden sind jedoch Kosten für bewusst aufrechterhaltene Überkapazitäten, welche als gemeinwirtschaftliche Leistungen nicht benchmarking-relevant sind (vgl. E. 4.9.3).

**4.10** Auf der Grundlage der benchmarking-relevanten Betriebskosten, der Gesamtzahl der Fälle und des Case Mix im Vergleichsjahr können für jedes Vergleichsspital die schweregradbereinigten Fallkosten bestimmt werden. Die schweregradbereinigten Fallkosten bilden die für den Vergleich relevanten Basiswerte (gemäss Terminologie des Integrierten Tarifmodells auf Basis der Kostenträgerrechnung [ITAR\_K]: benchmarking-relevanter Basiswert). Der Vergleich dieser Kostendaten (Benchmarking) ermöglicht die Auswahl eines Benchmarks (benchmarking-relevanter Basiswert des ausgewählten Benchmark-Spitals; gemäss Terminologie ITAR\_K: Nationaler Basisfallwert nach Benchmarking). Ausgehend vom Benchmark wird der Referenzwert bestimmt, indem Anpassungen vorgenommen werden bezüglich tarifrelevanter Positionen, die alle Spitäler gleichmässig betreffen, und welche nicht in die benchmarking-relevanten Basiswerte eingeflossen sind (z.B. Berücksichtigung der Teuerung zwischen Basisjahr und Folgejahr, Normzuschlag für Anlagenutzungskosten). Der resultierende Wert entspricht der Entschädigung, zu welcher die obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbracht werden kann (Referenzwert). In Einzelfällen werden die Tarifpartner (und die Behörden) bei der spitalindividuellen Vereinbarung oder Festsetzung der Basisfallwerte nebst dem Referenzwert unter Umständen weitere spitalindividuelle Besonderheiten berücksichtigen müssen (vgl. E. 6.8).

**5.** Die dargestellte Bestimmung der schweregradbereinigten Fallkosten lässt sich zurzeit und insbesondere im Einführungsjahr nicht idealtypisch realisieren, da verschiedene der aufgeführten Voraussetzungen fehlen. Darauf wird im Folgenden näher eingegangen.

**5.1** Diverse zur Durchführung des Benchmarkings erforderliche Daten sind nicht oder nicht vollständig vorhanden (mangelnde Daten oder mangelhafte Datenqualität).

-Eine Hauptproblematik der Tarifpartner sowie der Festsetzungs- und Genehmigungsbehörden ist die nicht erfolgte Umsetzung der in Art. 49 Abs. 8 KVG statuierten Verpflichtung des Bundesrates und der Kantone, schweizweit Betriebsvergleiche zwischen Spitälern anzunordnen und zu veröffentlichen. Wie sich aus der Antwort des Bundesrates vom 8. März 2013 auf die Interpellation (12.4176) von Nationalrat Toni Bortoluzzi vom 13. Dezember 2012 ergibt, ist mit einer Veröffentlichung von Betriebsvergleichen frühestens im Jahre 2015 zu rechnen. Die Festsetzungs- und Genehmigungsbehörden sowie die Tarifpartner verfügen zurzeit nicht über die für den idealtypischen gesamtschweizerischen Betriebsvergleich notwendigen Kosten- und Leistungsdaten.

-Die verfügbaren Kosten- und Leistungsdaten sind nicht vollständig und nach einheitlicher Methode erhoben worden.

-Es besteht keine einheitliche und allseitig akzeptierte Methode unter anderem zur Ermittlung der Mehrkosten Zusatzversicherter oder zur Ausscheidung der Kosten gemeinwirtschaftlicher Leistungen. Teilweise wurden von den Spitälern entsprechende Kostenanteile konkret ermittelt, teilweise wurden normative Abzüge nach verschiedenen Methoden vorgenommen.

**5.2** Neutrale Betriebsvergleiche unter den Spitälern sind erschwert durch ungleiche Voraussetzungen (vergleichsverzerrende Faktoren).

-Die Spitalfinanzierung ist nicht durchwegs « wettbewerbsneutral » ausgestaltet. Insbesondere bestehen Unterschiede bei der kantonalen Regulierung, und es existieren Spitälern, welche offen oder verdeckt subventioniert werden (vgl. WIDMER/TELSER, a.a.O., S. 6). Dabei besteht die Gefahr, dass Spitälern, welche durch solche vergleichsverzerrende Massnahmen begünstigt werden, den Betriebsvergleich verfälschen.

-Kosten der Leistungen für nicht-universitäre Ausbildung sind nach dem System der Spitalfinanzierung von der OKP zu tragen und werden mit den Fallpauschalen abgegolten. Die nicht-universitäre Ausbildungstätigkeit ist demgegenüber kein zwingendes Kriterium

für die Aufnahme in die Spitalliste (BGE 138 II 398 E. 8.3). Diese Leistungen werden von den Spitälern in unterschiedlichem Ausmass erbracht. Spitäler, welche solche Leistungen nicht oder nur in geringem Umfang erbringen, und auch keine Ausgleichszahlungen leisten müssen, sind in ihrer Kostensituation privilegiert. Umgekehrt sind Spitäler, welche solche Ausbildungstätigkeiten in hohem Mass leisten, benachteiligt. Auch in diesem Zusammenhang besteht die Gefahr einer Verzerrung.

**5.3** Die Tarifstruktur SwissDRG Version 1.0 (nachfolgend: SwissDRG 1.0) wurde dem Bundesrat zur Prüfung unterbreitet und von diesem am 6. Juli 2011 genehmigt (Mitteilung des Bundesrates vom 6. Juli 2011: Bundesrat genehmigt die neue Tarifstruktur SwissDRG, < <https://www.news.admin.ch/message/index.html?-lang=de&msgid=-40074> >, abgerufen am 24.03.2014). Die Kompetenz, angebliche oder tatsächliche Mängel der Tarifstruktur zu korrigieren, liegt beim Bundesrat und steht daher dem Bundesverwaltungsgericht nicht zu (vgl. Art. 49 Abs. 2 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 KVG). Neutrale Betriebsvergleiche können jedoch durch die folgenden Umstände erschwert sein (tarifstrukturbedingte Verzerrungen):

- Die SwissDRG-Tarifstruktur kann mindestens in den ersten Jahren nach ihrer Einführung noch nicht alle Kostenunterschiede zwischen Spitälern sachgerecht abbilden (vgl. Medienmitteilungen der SwissDRG AG vom 11. Mai 2012 und vom 14. Dezember 2012). Die SwissDRG AG geht davon aus, dass eine weitere Verbesserung der Abbildungsgenauigkeit über die nächsten drei bis fünf Jahre erreicht werden könne und eine wesentliche Verbesserung bereits mit der SwissDRG Version 3.0 erreicht worden sei (...). Solange die Vergütungsgerechtigkeit der Tarifstruktur nicht genügend ist, besteht die Gefahr, dass Spitäler, welche vermehrt in Bereichen unterbewerteter Fallgruppen tätig sind, unterentschädigt werden. Demgegenüber führten vermehrte Leistungen bei überbewerteten Fallgruppen zu Überentschädigung.
- Die Homogenität der in den SwissDRG erfassten Fallgruppen ist unterschiedlich und es bestehen Fallgruppen mit grosser Streuung. Die unterschiedliche Funktion der Spitäler in der Versorgung kann dazu führen, dass sich die Fälle unterschiedlicher Schweregrade derselben DRG nicht gleichmässig auf die Spitäler verteilen. Systembedingt besteht für die Leistungserbringer der finanzielle Anreiz, innerhalb der Fallgruppe vermehrt einfachere Fälle zu behandeln und die Behandlung schwerer Fälle zu vermeiden (cherry picking; vgl. MATHIAS BINSWANGER, Sinnlose Wettbewerbe, 2012, S. 81 und 190). Spitäler, welche die Selektion des Patientengutes durch ihre

Ausrichtung auf profitable Fälle und die Überweisung defizitärer Fälle steuern können, werden durch einheitliche Fallpauschalen tendenziell überentschädigt. Endversorgungsspitäler, welche Patienten nicht weiterweisen können und vermehrt defizitäre Fälle behandeln, werden unterentschädigt.

**5.4** Die Voraussetzungen für Betriebsvergleiche müssen zukünftig verbessert werden. Insbesondere die schweizweit durchzuführenden Betriebsvergleiche zu Kosten (Art. 49 Abs. 8 KVG), die Vereinheitlichung der Kosten- und Leistungsermittlung (Art. 49 Abs. 7 KVG) und die Verfeinerung der Tarifstruktur werden die Vergleichbarkeit erhöhen. Hinsichtlich der künftigen Preisbildung ist es unabdingbar, dass die Verpflichtung zur Erstellung der Betriebsvergleiche, insbesondere hinsichtlich der Kosten, baldmöglichst umgesetzt wird. Auch in der Einführungsphase ist jedoch eine auf die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele ausgerichtete Preisbestimmung erforderlich. Den Tarifpartnern, Festsetzungs- und Genehmigungsbehörden verbleibt die Möglichkeit, ersatzweise auf möglichst aussagekräftige vorhandene Daten abzustellen und erkannte Mängel mit sachgerechten Korrekturmassnahmen zu « überbrücken ». Vor diesem Hintergrund wird das Bundesverwaltungsgericht – zumindest in der Phase der Einführung der leistungsbezogenen Fallpauschalen – den Vorinstanzen bei der Umsetzung der Preisbildungsregel nach Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG beziehungsweise bei der Durchführung des Benchmarkings einen erheblichen Spielraum einzuräumen haben. Erscheint das Vorgehen der Vorinstanz als vertretbar, ist der Entscheid selbst dann zu schützen, wenn andere Vorgehensweisen als besser geeignet erscheinen, die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele zu erreichen (BVGE 2014/3 E. 10.1.4).

**6.** Um Betriebsvergleiche trotz der noch mangelhaften Voraussetzungen durchführen zu können, hat die Vorinstanz Korrekturen in mehrfacher Hinsicht vorgenommen: Zur Überprüfung der angewendeten und umstrittenen Methode ist zu evaluieren, welche Möglichkeiten zum Vergleich der Fallkosten unter den gegebenen und realisierbaren Voraussetzungen bestehen und welche Korrekturmassnahmen in einer Übergangsphase sachgerecht und vertretbar sind.

**6.1** Auch wenn für den Betriebsvergleich idealerweise von der Grundgesamtheit aller akutsomatischen Spitäler auszugehen wäre (Vollerhebung; vgl. E. 4.3), erscheint die Auswahl einer repräsentativen Teilmenge vertretbar (Stichprobe). Unter einer repräsentativen Stichprobe ist zu verstehen, dass die Auswahl der Teilmenge der Grundgesamtheit so

vorzunehmen ist, dass aus dem Ergebnis der Teilerhebung möglichst exakt und sicher auf die Verhältnisse der Grundgesamtheit geschlossen werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn in der Teilerhebung die interessierenden Merkmale im gleichen Anteilsverhältnis enthalten sind, das heisst, wenn die Stichprobe zwar ein verkleinertes, aber sonst wirklichkeitsgetreues Abbild der Grundgesamtheit darstellt (BENESCH, a.a.O., S. 9–12). Sowohl eine positive wie auch eine negative Selektion der Stichprobe im Sinne einer Beschränkung auf bestimmte Betriebstypen oder -eigenheiten stünden dem Gebot der Repräsentativität entgegen. Repräsentative Betriebsvergleiche können nicht erfolgen, wenn zum Beispiel jeweils nur besonders effizient arbeitende Spitäler, nur kleine Regionalspitäler, nur Grossspitäler, nur Privatspitäler oder nur Leistungserbringer mit hohen Kosten untereinander verglichen werden.

**6.2** Vergleichbarkeit setzt grundsätzlich voraus, dass die benchmark-relevanten Betriebskosten der Vergleichsspitäler einerseits nach einheitlicher Methode und andererseits möglichst genau und realitätsnahe ermittelt werden. Hinsichtlich der Preisgestaltung erfüllt die Kostenermittlung beim Betriebsvergleich eine Doppelfunktion. Einerseits dienen die ermittelten Zahlen der *Auswahl* desjenigen Spitals, dessen Kosten als Referenzwert dienen sollen (Auswahlfunktion). Andererseits bilden die Kosten des ausgewählten Spitals den Benchmark, von dem der *Referenzwert* abgeleitet wird (Referenzfunktion). Theoretisch führen auch Kostendaten, welche zwar nach einheitlicher Methode, aber objektiv zu hoch oder zu tief erhoben wurden (relative Kostenwahrheit), zur Auswahl des richtigen Referenzspitals. Mit Bezug auf die Auswahlfunktion ist somit ein Vorgehen nach einer einheitlichen Methode unabdingbar und ausreichend. Die Kostendaten des Referenzspitals (oder derjenigen Spitäler, welche als Referenzspital in Betracht kommen) müssen demgegenüber nicht nur relativ richtig, sondern auch absolut gesehen realitätsnahe sein, da sie konkret die Referenz für die Preise bilden. Diesbezüglich ist auch die « objektive Kostenwahrheit » unabdingbar. Auswahl- und Referenzfunktion stehen in einem Zusammenhang und können nicht unabhängig voneinander betrachtet werden, was zur Forderung führt, dass die Kosten aller Spitäler möglichst genau und realitätsnahe ermittelt werden. Wenn aber feststeht, dass ein Spital mit Sicherheit über oder unter dem Benchmark liegt, beeinflusst eine Unsicherheit über die genaue Höhe dessen Kosten weder die Auswahl noch die Ermittlung des Referenzwertes. Im Betriebsvergleich steigen die Anforderungen an die « objektive Kostenwahrheit » mit zunehmender Nähe zu dem Bereich von Vergleichsspitälern, welche als Referenzwert massgebend sein könn-

ten. Daraus folgt auch, dass die Anforderungen an eine korrekte Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten (und des darauf beruhenden benchmarking-relevanten Basiswerts) umso höher sind, je geringer die Anzahl der in den Betriebsvergleich einbezogenen Spitäler ist.

**6.3** Die Vorinstanz hat verschiedene Kostenanteile und auszuscheidende Kosten, die nicht klar bestimmbar, für den Betriebsvergleich aber erforderlich waren, vor dem Benchmarking normativ bestimmt. Die Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten basiert in der Praxis zum Teil auf tatsächlich angefallenen und exakt kalkulierbaren Ausgaben und zu einem nicht unbedeutenden Teil auf Annahmen. Annahmen müssen zum Beispiel für die Umlage der Gemeinkosten, für die Abgrenzung von Kosten anderer Bereiche, für die Ausscheidung von Mehrkosten für Zusatzversicherte oder für die Ausscheidung von Kosten für gewerkschaftliche Leistungen getroffen werden und sind Bestandteil jeder Kostenrechnung. Je mehr zahlenbasierte Erhebungen oder Erfahrungswerte verfügbar sind, desto realitätsnaher können Annahmen getroffen werden. Die Berücksichtigung von Kostendaten, die auf fundierten und realitätsorientierten Annahmen beruhen, kann somit sachgerecht sein.

**6.4** Kostenermittlungen, welche auf unzureichend fundierten Annahmen oder Normhypothesen beruhen, können zu realitätsfremden Ergebnissen führen. Auch Normabzüge oder -zuschläge, welche nicht auf die « objektive Kostenwahrheit », sondern – wie zum Beispiel Intransparenzabzüge – auf die Vermeidung von Überentschädigungen ausgerichtet sind, führen nicht zu realitätsnahen Ergebnissen. Unter Umständen sind intransparente Kostenermittlungen für Betriebsvergleiche nicht verwertbar, und gegebenenfalls ist die Ausscheidung eines entsprechend ungeeigneten Spitals aus dem Betriebsvergleich sachgerecht. Sofern die Daten einer genügend grossen, repräsentativen Anzahl von Vergleichsspitälern für den Wirtschaftlichkeitsvergleich zu Verfügung stehen, sind Spitäler mit Mängeln in der Datenqualität für die Berechnung des Benchmarks auszunehmen (GDK-Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung S. 8). Problematisch wäre es, für den Benchmark selbst auf intransparente Kostendaten abzustellen (vgl. E. 6.2, Referenzfunktion; BVGE 2014/3 E. 10).

**6.5** Da Spitäler, welche durch vergleichsverzerrende Massnahmen begünstigt (oder auch benachteiligt) werden, das Benchmarking verfälschen würden, sind zur Herstellung der Vergleichbarkeit Korrekturzu-

schläge (bzw. -abschläge) denkbar. Unter diesem Aspekt wären beispielsweise vor dem Benchmarking vorzunehmende Zuschläge für subventionierte Spitäler zu erwägen.

**6.6** Zur Korrektur der tarifstruktur-bedingten Verzerrungen wurden in der Praxis Spitäler mit vergleichbarer Situation in separaten Benchmarking-Kategorien verglichen. Die GDK stellte in ihren Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung (Empfehlung 9) fest, insbesondere zwischen Universitätsspitalern und den übrigen Spitalern beständen aufgrund der noch nicht genügend differenzierten Tarifstruktur systematische Differenzen der Kostensituation, liess aber offen, ob die Universitätsspitäler in einer eigenen Benchmarking-Gruppe verglichen werden sollten.

**6.6.1** Die Bildung von Benchmarking-Gruppen steht im Widerspruch zur Grundidee eines schweizweiten, möglichst breit abgestützten Betriebsvergleichs (vgl. E. 4.3). Werden Leistungserbringer für den Betriebsvergleich anhand von bestimmten Kriterien positiv selektiert, fehlt – sofern es sich nicht um eine repräsentative Teilmenge handelt – die Vergleichbarkeit zur Gesamtmenge der Leistungserbringer. Damit unterbleibt die Orientierung an dem nach Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG massgebenden Referenzwert von Spitalern, welche die tarifizierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen.

**6.6.2** Betriebsvergleiche in Kategorien zeigen die Kostenunterschiede unter den Spitalern verschiedener Kategorien nicht auf, erklären diese nicht, und es besteht die Gefahr von separaten Kostenfestsetzungspraxen und -kulturen in den Kategorien. Die wirtschaftlichen Anreize höher klassierter Spitäler werden durch Betriebsvergleiche in separaten Kategorien vermindert, indem diese nicht mehr mit den effizientesten und günstigsten verglichen werden.

**6.6.3** Tarifstruktur-bedingte Kostenunterschiede sind allenfalls durch Differenzen in den tatsächlich erbrachten Leistungen (systematische Häufung von Fällen mit unterbewerteten respektive überbewerteten DRG [vgl. E. 5.3 Lemma 1] oder von unprofitablen Fällen [vgl. E. 5.3 Lemma 2]) und nicht durch die Spitalkategorie bedingt. Unter Umständen kann die Spitalkategorie ein Indiz für unterschiedliche Leistungen sein. Der Zusammenhang zwischen Spitalkategorien gemäss der Krankenhaustypologie des Bundesamts für Statistik (BFS) und tatsächlich erbrachtem Leistungsspektrum ist jedoch qualitativ und quantitativ kaum erfassbar

(...). Einigkeit besteht darin, dass systematische, tarifstruktur-bedingte Differenzen der Kostensituation mindestens zwischen den Universitäts-spitälern sowie den übrigen Spitälern bestehen (GDK-Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung S. 8; Feststellungen der SwissDRG AG zur Preisdifferenzierung in der Medienmitteilung vom 11. Mai 2012).

**6.6.4** Für die zukünftige Entwicklung in der Preisfindungspraxis ist die Kategorisierung wenig zielführend. Ein Benchmarking in verschiedenen Kategorien beinhaltet die Problematik der Kategorieneinteilung und führt zu Rechtsunsicherheiten. Schon für die Auswahl der Vergleichsgruppen wären Betriebsvergleiche und entsprechende Untersuchungen notwendig. Die vom Gesetz gebotene Orientierung am Referenzwert effizienter und günstiger Spitäler erfordert Untersuchungen und Prüfungen zu den Unterschieden in den tatsächlich erbrachten Leistungen und deren Auswirkungen bei der gegebenen Tarifstruktur, nicht aber zu Kategorieneinteilungen. Mit der Ausrichtung künftiger Bestrebungen auf die Erklärung der tarifstruktur-bedingten Kostenunterschiede werden einerseits die Tarifstruktur verfeinert und andererseits sachgerechte, spitalindividuelle Preisdifferenzierungen gefördert. Der Anreiz für die Spitäler, bessere Daten zu liefern, und für die SwissDRG AG, die DRG-Struktur zu optimieren (beispielsweise durch Verfeinerung der Zusatzentgelte), kann durch die Wahl des Benchmarking-Systems beeinflusst werden. Eine Praxis der Kategorienbildung würde diese Anreize vermindern.

**6.6.5** Die mit der Kategorienbildung verbundene Ausscheidung von Spitälern aus der Vergleichsmenge beeinflusst den Effizienzmassstab. Indem bereits eine Vorselektion erfolgt und teurere Spitäler aus dem Betriebsvergleich der günstigeren Leistungserbringer ausgeschieden sind, wird – auf die Gesamtmenge bezogen – ein strengerer Effizienzmassstab angelegt. Bei einer Kategorienbildung ist diesem Effekt Rechnung zu tragen.

**6.6.6** In einer Einführungsphase kann der Entscheid einer Kantonsregierung, für spezielle Spitäler (z.B. Universitätsspitäler) auf einen eigenen Betriebsvergleich abzustellen, geschützt werden. Falls ein von der Spitalart unabhängiger Betriebsvergleich der individuellen Situation einzelner Spitäler zu wenig Rechnung tragen könnte, wäre allenfalls in begründeten Fällen ein Korrektiv mit individuell bestimmten Basisfallwerten zu prüfen (vgl. E. 6.8).

**6.7** Da mit dem Betriebsvergleich die Effizienz beurteilt werden soll, hat das Benchmarking idealtypisch kostenbasiert und nicht aufgrund

der verhandelten Preise zu erfolgen. Solange für einzelne Kantone verwertbare Kostendaten fehlen, ist für eine Übergangsphase allenfalls auch die Orientierung an festgesetzten oder genehmigten Tarifen anderer Spitäler zu tolerieren. Im Rahmen eines solchen Preisbenchmarkings müsste jedoch geprüft werden, wie weit bei der Gestaltung der Vergleichstarife Verhandlungsspielräume beansprucht wurden, ob spitalindividuelle Besonderheiten berücksichtigt wurden, und ob diese auch für das zu beurteilende Spital gleichermaßen zutreffen. Bei Preisvergleichen besteht die Gefahr, dass sich der Vergleich auf überhöhte oder unwirtschaftliche Verhandlungsergebnisse bezieht. Andererseits könnte ein Spital bereit sein, günstige Tarife der OKP zu akzeptieren, wenn sein Trägerkanton bereit ist, entsprechende Lücken durch Subventionen zu schliessen. Die Orientierung an solchen Tarifen wäre nicht sachgerecht. Ein Preisbenchmarking kann nur in Ausnahmefällen und unter besonderen Voraussetzungen sachgerecht sein. Sowohl im Genehmigungs- als auch im Festsetzungsverfahren hat die Kantonsregierung zwar zu prüfen, ob der Tarif mit dem Gebot der Wirtschaftlichkeit im Einklang steht (Art. 43 Abs. 4, Art. 46 Abs. 4 und Art. 47 Abs. 1 KVG). Die Verlässlichkeit der verwendeten Vergleichsdaten ist abhängig davon, wie sehr die gesetzlichen Vorgaben anlässlich der Genehmigung beachtet wurden. Die Festsetzung oder Genehmigung von Tarifen anhand einer Orientierung an genehmigten oder festgesetzten Tarifen setzt eine bundesrechtskonforme Wirtschaftlichkeitsprüfung der Vergleichstarife voraus.

**6.8** Bei der Preisgestaltung ist unter Umständen der spezifischen Situation der Leistungserbringer Rechnung zu tragen, sodass – ausgehend von einem Referenzwert – aus Billigkeitsgründen (vgl. Art. 46 Abs. 4 KVG) differenzierte Basisfallwerte verhandelt oder festgesetzt werden müssen. Da das Gesetz die Orientierung an günstigen und effizienten Spitälern gebietet, kann sich eine Preisdifferenzierung nur in begründeten Einzelfällen rechtfertigen. Namentlich wenn von einem gesamtschweizerisch geltenden Referenzwert ausgegangen wird, sind in begründeten Fällen Zu- und Abschläge naheliegend. Der Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG (« orientieren sich ») indiziert, dass die Tarifpartner, die Genehmigungs- und die Festsetzungsbehörde diesbezüglich einen Ermessensspielraum geniessen.

**6.8.1** Kostenunterschiede der Leistungserbringer können durch regional unterschiedliche Strukturkosten (Lohn- und Standortkosten) bedingt sein. Soweit solche Kostenunterschiede durch effizienz-fremde Faktoren bedingt sind, können sie im Preisfindungsprozess relevant sein. Keine

Preisunterschiede rechtfertigen Kostenunterschiede, die auf der Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen beruhen (Art. 49 Abs. 3 Bst. a KVG).

**6.8.2** Im Zusammenhang mit der nicht-universitären Aus- und Weiterbildung hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Weigerung, Ausbildungsplätze anzubieten, im Rahmen der Leistungsfinanzierung zu berücksichtigen sei und die entsprechenden Vergütungen verhältnismässig herabzusetzen seien (BGE 138 II 398 E. 8.3). Zur Kompensation solcher Leistungsunterschiede geht das Bundesgericht somit von der Notwendigkeit von Tariffdifferenzierungen aus.

**6.8.3** Die Vorinstanz hat aufgrund von Leistungsunterschieden Tariffdifferenzierungen für Spitäler mit und ohne Notfallstation vorgenommen (vgl. E. 21).

**6.8.4** Im Beschwerdeverfahren wird geltend gemacht, Unzulänglichkeiten der Tarifstruktur würden spitalindividuell unterschiedliche Basisfallwerte rechtfertigen. Ob eine mangelhafte Abbildungsgenauigkeit der Tarifstruktur spitalindividuelle Differenzierungen der Basisfallwerte rechtfertigen oder sogar erfordern kann, wird unter E. 22 geprüft.

**6.8.5** Keine Preisdifferenzierung kann gerechtfertigt werden durch erhöhte Kosten, welche nicht auf unterschiedliche Leistungen zurückzuführen sind, oder durch erhöhte Kosten im Zusammenhang mit gemeinwirtschaftlichen Leistungen (Art. 49 Abs. 3 KVG). Da die qualitativ hochstehende gesundheitliche Versorgung (Art. 43 Abs. 6 KVG) vorausgesetzt wird, dürfen Unterschiede der Behandlungsqualität keine Preisdifferenzierungen rechtfertigen.

**6.8.6** Die Tarifpartner haben ein eigenes Interesse, die Voraussetzungen spitalindividueller Preisdifferenzierungen zu substantizieren. Es ist davon auszugehen, dass die Spitäler über die notwendigen Daten verfügen, um nachzuweisen, inwiefern Gründe für Tariffdifferenzierungen bestehen. Im Preisfindungsprozess besteht damit eine Symmetrie zwischen Substanziierungsinteresse und Substanziierungsmöglichkeit. Auch aus diesem Grunde sind spitalindividuelle Preisdifferenzierungen der Bildung von Spitalkategorien vorzuziehen, soweit ausnahmsweise eine Differenzierung notwendig wäre.

**7.** Tarifsuisse rügt in ihrer Beschwerde, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie Tarifgestaltungsvorgaben gemäss Art. 59c KVV nicht angewendet habe. Der Tarif dürfe höchstens die

transparent ausgewiesenen Kosten der Leistung decken, selbst wenn ein Spital an sich wirtschaftlich arbeite und seine schweregradbereinigten Fallkosten (benchmarking-relevanter Basisfallwert) unter dem Benchmark lägen. Diese Auffassung wird auch durch die Preisüberwachung und das BAG gestützt. Demgegenüber machen die Vorinstanz sowie die Stadt Zürich geltend, die Tarifgestaltungsregelung, wonach höchstens die transparenten und ausgewiesenen Kosten vergütet werden könnten, beruhe auf der altrechtlichen Regelung der Spitalfinanzierung und habe keine Bedeutung mehr. Sie sei nicht mit der neuen Preisbildungsregelung vereinbar und würde zu Fehlanreizen führen. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Grundsatzurteil BVGE 2014/3 vom 7. April 2014 entschieden, dass die in Art. 59c Abs. 1 KVV verankerte Tarifgestaltungsregel nicht gesetzeswidrig sei, weil sie gesetzeskonform ausgelegt werden könne. Danach legt Art. 59c Abs. 1 KVV nicht fest, dass der Tarif höchstens die spitalindividuell ausgewiesenen Kosten der Leistung decken darf. Bei den « ausgewiesenen Kosten der Leistung » im Sinne von Art. 59c Abs. 1 Bst. a KVV handelt es sich nicht um die individuellen Kosten des Spitals, dessen Tarif zu beurteilen ist, sondern um die Kosten des Spitals, welches den Benchmark bildet (und an dessen Tarif sich die Spitaltarife gemäss Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG zu orientieren haben). Dieser Benchmark ist gestützt auf die transparent ausgewiesenen benchmarking-relevanten Betriebskosten der einzelnen Spitäler zu ermitteln. Art. 59c Abs. 1 Bst. a und b KVV kommt im Bereich der Spitalfinanzierung kaum Bedeutung zu, weil die vom Gesetzgeber verankerten Grundsätze nicht weiter ausgeführt oder konkretisiert werden. Der altrechtliche Grundsatz, wonach ein Tarif höchstens die anrechenbaren Kosten eines Spitals decken darf, ist somit im Rahmen der neuen Spitalfinanzierungsordnung nicht mehr gültig. Der vereinbarte oder festgesetzte Tarif kann tiefer und unter Umständen auch höher sein als die spitalindividuell kalkulierten Kosten (BVGE 2014/3 E. 2).

**8.** Die Stadt Zürich führt in ihrer Beschwerde aus, die Stadtspitäler hätten innerhalb der Spitallandschaft eine besondere Stellung und würden einen besonderen Leistungsauftrag erfüllen. Es sei daher notwendig, für Spitäler, welche eine Position zwischen den Zentrumsspitalern und den Universitätsspitalern einnehmen würden, tarifarisch eine weitere Benchmarking-Kategorie anzuerkennen. Tarifsuisse macht beschwerdeweise geltend, die Bildung von Spitalkategorien mit je unterschiedlichen Basisfallwerten sei dem Spitalfinanzierungssystem mit Fallpauschalen fremd, da die unterschiedlichen Schweregrade der Behandlungen mit den Kostengewichten der DRG abgebildet würden. Eine Kategorienbildung

sei nur zeitlich beschränkt und in einem eingeschränkten Ausmass akzeptabel (in der Einführungsphase im Rahmen der von der Vorinstanz getroffenen Unterscheidungen). Auch die Preisüberwachung und das BAG verneinen die Rechtmässigkeit des Benchmarkings in Kategorien und akzeptieren nur für eine Einführungsphase die gesonderte Tarifierung der Universitätsspitäler, da die schweizweit einheitliche Tarifstruktur es grundsätzlich ermögliche, die Kosten sämtlicher Schweizer Spitäler miteinander zu vergleichen. Wie bereits ausgeführt, ist die Bildung von Kategorien für das Benchmarking problematisch (vgl. E. 6.6), weshalb die Einführung einer zusätzlichen Benchmarking-Kategorie für die Stadtspitäler abzulehnen ist. Ob die von der Stadt Zürich aufgeführten Gründe allenfalls eine Preisdifferenzierung anhand von spitalindividuellen Zuschlägen rechtfertigen, wird noch zu prüfen sein (E. 22).

**9.** Die Vorinstanz beschränkte ihr Benchmarking der schweregradbereinigten Fallkosten der nicht-universitären Spitäler auf den Kanton Zürich. Die Zulässigkeit dieses Vorgehens ist umstritten.

**9.1** In ihrer Beschwerde bemängelt die Stadt Zürich den kantonsinternen Betriebsvergleich. Ziel des Gesetzes sei eine schweizweite Angleichung der Pauschalen. Die Zürcher Spitäler würden im schweizerischen Vergleich bereits sehr kostengünstig arbeiten und ein kantonsinternes Benchmarking verschärfe die Anforderungen erheblich. In der Schlussstellungnahme lässt die Stadt Zürich ausführen, die Vorinstanz hätte auf zugängliche Daten anderer Kantone abstellen können, insbesondere auf abgeschlossene Tarifverträge. Auch die Einkaufsgemeinschaft HSK, die Preisüberwachung und das BAG bemängeln in ihren Stellungnahmen das kantonal vorgenommene Benchmarking. Um den bundesrechtlichen Begriff der Wirtschaftlichkeit möglichst einheitlich auszulegen, sei gemäss der Preisüberwachung ein gesamtschweizerisches Benchmarking notwendig. Die Vorinstanz führt in ihrer Stellungnahme dazu aus, die in Art. 49 Abs. 8 KVG vorgesehenen Betriebsvergleiche würden fehlen, und ein Kanton verfüge weder über die Mittel noch über die rechtlichen Möglichkeiten, anstelle des Bundesrates solche Betriebsvergleiche schweizweit durchzuführen. Weder von den Tarifpartnern noch von der Preisüberwachung seien Daten in der notwendigen Transparenz und mit der notwendigen Aussagekraft eingereicht worden. Das KVG schliesse einen kantonsinternen Betriebsvergleich nicht aus.

**9.2** Das von der Preisüberwachung vorgenommene Benchmarking beruht auf einer Auswahl von Spitälern aus der ganzen Schweiz. Aus der zur Verfügung stehenden Grundgesamtheit wurden fünf Spitäler aus zwei

Kantone ausgewählt, deren spitalindividuell kalkulierte Fallkosten wirtschaftlich seien. Es handle sich dabei um grosse öffentliche Spitäler mit guter Kostentransparenz und überdurchschnittlich breiten Behandlungsspektren. Die Referenzbaserate berechnete die Preisüberwachung aufgrund des arithmetischen Durchschnittswertes der spitalindividuell kalkulierten Fallkosten dieser Spitäler. Bei ihrer Prüfmethode geht die Preisüberwachung von einem landesweiten Vergleich aus. Sie nennt Kriterien, welche zur Auswahl der Referenzspitäler geführt hätten, die Selektion dieser Spitäler wurde aber nicht zahlenbasiert begründet. Bei dieser Prüfmethode fehlt ein Vergleich zur Grundgesamtheit, und es ist nicht erkennbar, ob die von der Preisüberwachung erhobene Stichprobe die Gesamtheit der wirtschaftlich arbeitenden Spitäler ausreichend repräsentiert. Weiter ist nicht erkennbar, welcher Massstab der Effizienz bezogen auf die Grundgesamtheit angewendet wurde. Bezüglich der Repräsentativität und Transparenz weist die von der Preisüberwachung gewählte Methode erhebliche Mängel auf. Im Übrigen weist auch die von der Preisüberwachung gewählte Methode der Kostenermittlung Mängel auf (vgl. BVGE 2014/3 E. 3 ff.). Das Benchmarking der Preisüberwachung ist demjenigen der Vorinstanz daher nicht vorzuziehen.

**9.3** Die Anwendung der von der tarifsuisse und der Einkaufsgemeinschaft HSK eingereichten Vergleichsdaten hat die Vorinstanz abgelehnt, da die minimal erforderliche Datentransparenz nicht gegeben sei und die Vergleichsdaten nicht nach einheitlichem Standard erhoben worden seien. Da die Daten nicht einzelnen Spitälern zugeordnet werden könnten, sei eine Plausibilisierung nicht möglich. Diese Begründung ist nachvollziehbar, weshalb es nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz nicht auf diese Daten abgestellt hat.

**9.4** Da das Benchmarking grundsätzlich kostenbasiert und nicht aufgrund verhandelter Preise erfolgen soll (vgl. E. 6.7), bildet auch der von der Stadt Zürich vorgeschlagene Preisvergleich mit abgeschlossenen Tarifen ausserkantonaler Spitäler keine valable Lösung (vgl. auch E. 12).

**9.5** Die Beschränkung des Betriebsvergleichs auf die Spitäler des Kantons Zürich entspricht nicht dem in Art. 49 Abs. 8 KVG festgehaltenen Grundsatz, wonach der Betriebsvergleich idealtypisch gesamtschweizerisch zu erfolgen habe. Auch die Kritik, wonach bei kantonsintern durchgeführten Betriebsvergleichen die Gefahr einer uneinheitlichen Auslegung des bundesrechtlichen Begriffs der Wirtschaftlichkeit bestehe, ist zutreffend. Durch das kantonsinterne Benchmarking wurde lediglich eine Teilmenge der Grundgesamtheit in den

Vergleich einbezogen, was bezüglich der Repräsentativität beachtlich ist. In der Einführungsphase der Fallpauschalen ist unter Umständen auch ein Betriebsvergleich anhand einer repräsentativen Stichprobe vertretbar (E. 6.1). Dabei ist die Auswahl der Stichprobe so vorzunehmen, dass aus dem Ergebnis der Teilerhebung möglichst exakt und sicher auf die Verhältnisse der Grundgesamtheit geschlossen werden kann (BENESCH, a.a.O., S. 9). Das Benchmarking, welches von der Vorinstanz in diesem Bereich vorgenommen wurde, umfasst 14 nicht-universitäre Listenspitäler im Kanton Zürich. Dabei wurde auf die bekannten Fallkosten der öffentlichen und (nach früherem Recht) öffentlich subventionierten Zürcher Spitäler aus dem Jahr 2010 abgestellt. Das Universitätsspital, Spezialkliniken sowie Spitäler, von welchen aus dem Jahr 2010 keine geeigneten Kostendaten vorlagen, wurden nicht ins Benchmarking einbezogen. Die Auswahl einer Stichprobe, welche fast alle nicht-universitären Spitäler eines grossen und bevölkerungsreichen Kantons enthält, erscheint für die wirklichkeitsgetreue Abbildung der Verhältnisse der Grundgesamtheit aller nicht-universitären Spitäler nicht unzureichend. Der von der Stadt Zürich vorgetragene Einwand, die zürcherischen Spitäler würden im gesamtschweizerischen Vergleich niedrige Fallkosten aufweisen, wird zwar auch von der Vorinstanz bestätigt. Da gesamtschweizerische Betriebsvergleiche fehlen, kann die Aussage jedoch zahlenmässig weder belegt noch geprüft werden.

**9.6** Die Argumentation der Vorinstanz, in Ermangelung eines gesamtschweizerischen Betriebsvergleichs nach Art. 49 Abs. 8 KVG und anderer verfügbarer Daten sei ein gesamtschweizerisches Benchmarking nicht realisierbar, ist nachvollziehbar. Insgesamt erscheint das Vorgehen der Vorinstanz unter dem Aspekt der Repräsentativität und angesichts der beschränkten Möglichkeiten vertretbar, weshalb das innerkantonale Benchmarking in casu in einer Einführungsphase toleriert werden kann.

**10.** Im Zusammenhang mit der Auswahl des Referenzspitals und der Bestimmung des Referenzwertes ist zu bestimmen, an welchem Massstab die Effizienz gemessen werden soll (Effizienzmassstab). Die Vorinstanz wählte als Benchmark das 40. Perzentil. Ein Benchmark am 40. Perzentil bedeutet, dass bei 40 % der in den Kostenvergleich einbezogenen Spitälern die Kosten unter dem Benchmark liegen und bei 60 % darüber (vgl. BENESCH, a.a.O., S. 28).

**10.1** Die Bestimmung des Effizienzmassstabs ist umstritten, und die Verfahrensbeteiligten führen dazu Folgendes aus:

**10.1.1** Tarifsuisse führt in ihrer Beschwerde und der Beschwerdeantwort aus, oberstes Ziel des KVG sei die Kosteneindämmung, weshalb beim Benchmarking ein strenger Massstab angelegt werden müsse. Basis des Benchmarks würden ausgewiesene Bestleistungen bilden. Eine effiziente Leistungserbringung könne sich daher nicht an Durchschnittskosten (Median) orientieren. Die Wahl des Benchmarks beim 40. Perzentil entspreche annähernd einer Orientierung am Durchschnitt, was KVG-widrig sei. Nur ein Benchmark auf der Basis des 25. Perzentils erfülle die Vorgabe von nachgewiesenen Bestleistungen.

**10.1.2** Die Stadt Zürich bemängelt, die Vorinstanz habe bei ihrem Benchmarking und bei der Festsetzung des Basisfallwertes einseitig auf die Günstigkeit abgestellt und die Kriterien Effizienz und Qualität nicht beachtet. Die Vernachlässigung dieser Bewertungskriterien (Effizienz und Qualität) und die Unsicherheiten über die Auswirkungen von Entscheidungen, die zu Sparmassnahmen führen könnten, geböten, den Benchmark höher anzusetzen. Die Festsetzung des Referenzwertes auf dem 40. Perzentil würde den Spitälern mittelfristig die finanzielle Basis entziehen.

**10.1.3** Die Einkaufsgemeinschaft HSK stellte in ihrem Benchmarking auf das 40. Perzentil ab, um einen fairen Wettbewerb und ein qualitativ hochstehendes Gesundheitssystem beizubehalten.

**10.1.4** Die Vorinstanz führt in ihrer Stellungnahme zur Beschwerde der tarifsuisse aus, das KVG gehe nicht vom günstigsten und effizientesten Spital aus und spreche nicht von Bestleistungen. Da das Bundesrecht bezüglich den anzuwendenden Effizienzmassstab keine Konkretisierung enthalte, müsse eine systemgerechte Lösung gefunden werden, wobei der Festsetzungs- respektive Genehmigungsbehörde ein grosser Ermessensspielraum zustehe. Die Wahl des Benchmark-Spitals müsse so getroffen werden, dass die Versorgungssicherheit erhalten bleibe und gleichzeitig finanzieller Druck, aber auch faire Anreize bestünden, günstiger und effizienter zu werden. Die im Kanton Zürich seit rund zehn Jahren praktizierte Auswahl des Benchmark-Spitals auf dem 40. Perzentil habe sich bewährt und dazu geführt, dass die Zürcher Spitäler im schweizweiten Vergleich zu den günstigeren gehörten. Die Festsetzung des Benchmarks auf dem 40. Perzentil entspreche einer ausgewogenen Lösung, wobei die Versorgungssicherheit gewahrt werden könne und angemessene Anreize, die Wirtschaftlichkeit zu verbessern oder zu erhalten, gegeben seien. In ihrer Stellungnahme zur Beschwerde der Stadt Zürich führt die Vorinstanz aus, sie habe beim Benchmarking auf die schweregradbereinigten

Fallkosten abgestellt. Dabei würden die Kosten in ein Verhältnis zu den Leistungen (Fallzahlen und Schweregrad) gestellt, und die Effizienz sei beim Benchmarking berücksichtigt worden.

**10.1.5** Die Preisüberwachung appliziert bei ihrer Prüfmethode keinen zahlenbasierten Effizienzmassstab. Da die Gesamtmenge der in den Betriebsvergleich einbezogenen Spitäler unbekannt ist, kann der von der Preisüberwachung gewählte Massstab auch nicht rekonstruiert werden. In ihrer Stellungnahme bemängelt die Preisüberwachung jedoch den von der Vorinstanz gewählten Massstab und führt aus, die von tarifsuisse vertretene Abstützung auf dem 25. Perzentil sei angemessen. Das BAG bezeichnet die Wahl des 40. Perzentils als nicht ausreichend. Die GDK empfiehlt im Übergang zur neuen Spitalfinanzierung die Festsetzung eines Benchmarks zwischen dem 40. und dem 50. Perzentil (GDK-Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung S. 9).

**10.2** Vor der fallbezogenen Beurteilung rechtfertigen sich grundsätzliche Überlegungen zum Massstab der Effizienz:

**10.2.1** Da der letzte Satz von Art. 49 Abs. 1 KVG erst auf Vorschlag der ständerätlichen Gesundheitskommission (SGK) eingefügt wurde, äussert sich die Botschaft nicht zum Effizienzmassstab. Nach der SGK haben sich die Preise an denjenigen Spitälern zu orientieren, welche einigermassen effizient und günstig arbeiten (...). Die Formulierung « einigermassen effizient und günstig » lässt den Schluss zu, dass die SGK zwar eine gute Effizienz, nicht jedoch die Bestleistung als Massstab betrachtete.

**10.2.2** Art. 43 Abs. 6 KVG verlangt im Bereich der OKP eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten. Die Kostenstabilisierung war auch übergeordnetes Ziel der neuen Spitalfinanzierungsordnung (vgl. Botschaft zum KVG 2004, 5555). Diese Zielsetzung gebietet einen strengen Massstab bei der Preisfindung.

**10.2.3** Die Preise der stationären Krankenversorgung sind nicht Ergebnis eines wirksamen Wettbewerbs. Die Versicherer unterstehen im Bereich der sozialen Krankenversicherung einem Gewinnausschüttungsverbot (Art. 13 Abs. 2 Bst. a KVG), währenddem im Bereich der Zusatzversicherungen Gewinne erwirtschaftet werden können. Nach Art. 49a Abs. 2 KVG tragen die Kantone mindestens 55 % der Leistungsvergütungen. Aufgrund dieser Konstellation ist es nicht ausgeschlossen, dass der Anreiz der Versicherer, für ihre OKP-Kunden möglichst günstige

Preise zu verhandeln, limitiert ist (vgl. Preisüberwacher: Gerichte sollen Spitaltarife überprüfen, in NZZ am Sonntag vom 7. April 2013). Auch genügt die Tatsache, dass die Tarifpartner sich auf einen Tarif einigen konnten, nicht als Nachweis für dessen Wirtschaftlichkeit (Urteil des BVGer C-8011/2009 vom 28. Juli 2011 E. 5; DRUEY JUST, a.a.O., S. 6). Die behördliche Preisfestsetzung und die Tarifgenehmigung bilden ein Surrogat zur Preisbildung in einem wirksamen Wettbewerb. Der Mangel an konkurrenzbedingtem Preisdruck eines wirksamen Wettbewerbs erfordert, bei der ersatzweisen staatlichen Preisfestsetzung einen strengen Massstab anzulegen.

**10.2.4** Seit Einführung der neuen Spitalfinanzierungsordnung wird die obligatorische Krankenpflege im stationären Bereich ausschliesslich durch die leistungsbezogenen Pauschalabgeltungen finanziert. Die Tarifbestimmung aufgrund der spitalindividuell anrechenbaren Kosten und die Objektfinanzierung sind mit der neuen Spitalfinanzierungsordnung nicht mehr zulässig. Mit Blick auf diesen Systemwechsel könnte ein allzu strenger Effizienzmassstab – insbesondere in der Einführungsphase – die Finanzierung systemnotwendiger Spitäler und damit die Versorgungssicherheit gefährden.

**10.2.5** Der altrechtliche Grundsatz, wonach ein KVG-Tarif höchstens die anrechenbaren Kosten eines Spitals decken darf, gilt im Rahmen der neuen Spitalfinanzierung nicht mehr (BVGE 2014/3 E. 2). Bei einem zu grosszügigen Effizienzmassstab könnten für die günstigsten Spitäler daher unangemessene Gewinnmargen resultieren, was zu vermeiden ist.

**10.3** Die Vorinstanz begründet die Festsetzung des Benchmarks auf dem 40. Perzentil mit ihrer bisherigen bewährten Erfahrung und einer Abwägung des Erhalts der Versorgungssicherheit und der Kosteneindämmung. Die Kritik, der angewendete Effizienzmassstab sei zu wenig ambitiös, wird durch den Umstand, dass das Universitätsspital und weitere Spitäler mit hohen Fallkosten von diesem Benchmarking ausgeschlossen wurden, relativiert. Die Abstützung auf das 40. Perzentil erscheint auch mit Blick auf die von den verschiedenen Akteuren gestellten Anträge, die konkret angewandte Preisfindungsmethode und die allfälligen Korrekturmöglichkeiten vertretbar. Eine Unter- oder Überschreitung des der Kantonsregierung zugestandenen erheblichen Ermessensspielraums (vgl. E. 5.4) ist nicht erfolgt.

**11.** Die Stadt Zürich macht in ihrer Beschwerde geltend, die Vorinstanz habe bei ihrem Benchmarking und bei der Festsetzung des Basis-

fallwertes dem Kriterium der Qualität nicht genügend Beachtung geschenkt. OGGIER führt in seinem Gutachten aus, die Wirtschaftlichkeit könne nie losgelöst von der Qualität beurteilt werden (...). In ihrer Vernehmlassung führt die Vorinstanz aus, durch die gesundheitspolizeiliche Spitalbewilligung und die Aufnahme in die kantonale Spitalliste sei bereits eine hohe Versorgungsqualität der Spitäler gewährleistet. Eine zusätzliche Differenzierung der Qualität der Zürcher Spitäler sei weder möglich noch erforderlich, weshalb eine entsprechende Preisdifferenzierung nicht sachgerecht wäre.

**11.1** Nach der Zielsetzung des KVG erfolgt die Preisorientierung nicht alleine an möglichst günstigen Preisen. Gemäss Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG können nur Leistungen in der « notwendigen Qualität » als Massstab dienen. Die qualitativ hochstehende gesundheitliche Versorgung (Art. 43 Abs. 6 KVG) wird bei der Preisbestimmung vorausgesetzt (vgl. E. 3.5).

**11.2** Die Ausführungen der Vorinstanz, wonach bereits durch die gesundheitspolizeiliche Bewilligungspflicht und die Auflagen im Rahmen der Spitalplanung eine hohe Versorgungsqualität gewährleistet sei, sind überzeugend. Zur Verbesserung der Transparenz werden zukünftig die Betriebsvergleiche zur medizinischen Ergebnisqualität nach Art. 49 Abs. 8 KVG beitragen.

**11.3** Für das Tarifrecht hat die medizinische Versorgungsqualität die Bedeutung, dass als Referenzspitäler nur solche in Frage kommen, welche die tarifizierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität erbringen (Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG). Beim Benchmarking ist somit sicherzustellen, dass nicht ein Spital mit Qualitätsdefiziten als Referenzspital dient. Spitäler, welche die Versorgungsleistung nicht in der notwendigen Qualität erbringen, sollten schon aufgrund der Spitalplanung nicht in der Spitalliste enthalten sein und dürfen in einem Betriebsvergleich nicht berücksichtigt werden. Systemfremd wäre es, für Spitäler, welche nicht die erforderliche Qualität erbringen, Tarifiereduktionen festzulegen, oder umgekehrt für höhere Behandlungsqualität Tarifierhöhungen zuzugestehen. Von der Stadt Zürich wird nicht geltend gemacht, das Referenzspital sei aus Qualitätsgründen nicht für das Benchmarking geeignet.

**12.** Die Stadt Zürich begründet den für das STZ beantragten Tarif mit einem Tarifvergleich unter ausgewählten Spitalern (Kantonsspital Aarau [KSA], Luzerner Kantonsspital [LUKS], Kantonsspital St. Gallen

[KSSG]) und orientiert sich dabei an demjenigen Tarif, der für das LUKS festgelegt wurde. In ihren Schlussbemerkungen führt die Stadt Zürich aus, Art. 49 KVG sehe nicht Kostenvergleiche zwischen Spitälern vor, sondern Preisvergleiche. OGGIER geht in seinem Gutachten davon aus, dass die zwischen Spitälern und Krankenversicherern vereinbarten Tarife Orientierungsmassstab für die Preisbestimmung sein könnten (...). Eine Orientierung an festgesetzten oder genehmigten Tarifen anderer Spitäler (Preisbenchmarking) kann nur in Ausnahmefällen und unter besonderen Voraussetzungen sachgerecht sein (vgl. E. 6.7). Da ein kostenorientiertes Benchmarking unter den nicht-universitären Spitälern des Kantons Zürich möglich ist, rechtfertigt sich ein Preisbenchmarking mit den drei angeführten Vergleichsspitälern vorliegend nicht.

**13.** Zur Ermittlung der benchmarking-relevanten Kosten der nicht-universitären Spitäler hat die Vorinstanz auf die von der Gesundheitsdirektion ermittelten Fallkosten 2010 der öffentlichen und öffentlich subventionierten Zürcher Spitäler abgestellt. Im Beschwerdeverfahren werden die fehlende Einheitlichkeit des Rechnungslegungsstandards und die fehlende Transparenz bei der Erfassung der Kosten und Leistungen bemängelt.

**13.1** Die Parteien bringen im Wesentlichen Folgendes vor:

**13.1.1** Im angefochtenen Entscheid führt die Vorinstanz aus, die Zürcher Fallkostenermittlung beruhe auf den Kostenträgerrechnungen der Zürcher Spitäler. Deren Einheitlichkeit und Vergleichbarkeit sei durch Vorgaben der Gesundheitsdirektion betreffend Inhalt und Format sowie durch aufwändige Plausibilisierungen sichergestellt. In ihrer Vernehmlassung zur Beschwerde der tarifsuisse führt die Vorinstanz aus, die Zürcher Spitäler würden über Betriebsrechnungen verfügen, welche den Anforderungen der VKL entsprächen. Sie seien von hoher Qualität und mit REKOLE® kompatibel. Die Zürcher Gesundheitsdirektion habe vor Jahren festgelegt, wie die Kostenarten- und Kostenstellenrechnung, die Kostenträgerrechnung und die Leistungserfassung zu führen seien, und verfüge über detaillierte Kostenrechnungsinformationen. Die Kostenrechnung nach dem Standard REKOLE® sei vom Bundesrecht nicht vorgeschrieben und erst seit dem Datenjahr 2013 von der SwissDRG AG vorgegeben. Die Zertifizierung des Universitätsspitals Zürich (USZ) sei freiwillig erfolgt, zeige aber, dass die Zürcher Vorschriften den REKOLE®-Vorgaben entsprechen würden. Die Einheitlichkeit und Transparenz des betrieblichen Rechnungswesens seien gegeben, sodass es ge-

rechtfertigt gewesen sei, sich auf das Zürcher Rechnungsmodell abzustützen.

**13.1.2** Seitens der Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse wird geltend gemacht, die Tariffestsetzung der Vorinstanz baue auf verschiedenen Kostenrechnungsmodellen auf. Im innerkantonalen Kostenvergleich der Nichtuniversitätsspitäler sei auf den Zürcher Fallkostenvergleich abgestellt worden, beim Vergleich der Universitätsspitäler hingegen auf das ITAR-K-Modell basierend auf REKOLE®. Die Betriebs- und Investitionskosten sowie die Leistungen der Spitäler seien trotz REKOLE® und ITAR-K nicht einheitlich erfasst worden. Die Bemessung verschiedener Positionen sei normativ und nicht aufgrund der tatsächlich angefallenen Kosten erfolgt. Abgesehen vom USZ verfüge keines der Zürcher Spitäler über eine zertifizierte Kosten- und Leistungsrechnung gemäss REKOLE®. Es könne nicht von einer einheitlichen Methode ausgegangen werden, und eine Transparenz bei der Erfassung der Kosten und Leistungen bestehe nicht.

**13.1.3** Von der Stadt Zürich wird geltend gemacht, im neurechtlichen System der leistungsorientierten Finanzierung seien die Kostenermittlungen Hilfsmittel zum Preisvergleich im Rahmen des Benchmarking. Im altrechtlichen System der Tariffestsetzung seien die spitalindividuellen Kosten alleiniger Massstab für die Tariffestsetzung gewesen. Aufgrund der damaligen Funktion sei eine möglichst präzise Kostenermittlung in jenem System zentral gewesen. Im neuen System müsse die Kostenermittlung aufgrund ihrer geänderten Funktion nicht den gleichen strengen Anforderungen genügen wie unter altem Recht.

**13.2** Sachgerechte Betriebsvergleiche setzen nach einheitlicher Methodik erhobene Daten voraus (vgl. E. 4.4 und 6.2). Art. 49 Abs. 7 KVG verpflichtet die Spitäler zur Führung einer Kostenrechnung zur Ermittlung ihrer Betriebs- und Investitionskosten und einer Leistungsstatistik zur Erfassung ihrer Leistungen nach einheitlicher Methode. Die Kantonsregierung und die Vertragsparteien können die Unterlagen einsehen.

**13.2.1** Keine Kostenrechnung kann absolute Kostentransparenz herstellen. Jede Kostenrechnung beruht auf Vereinfachungen. Auch die Berücksichtigung von Kostendaten, die auf fundierten und realitätsorientierten Annahmen beruhen, kann sachgerecht sein (vgl. E. 6.3). Unabdingbar ist jedoch ein Vorgehen nach einer einheitlichen Methode, insbesondere hinsichtlich der Auswahl desjenigen Spitals, dessen Kosten als Referenzwert dienen sollen (Auswahlfunktion; vgl. E. 6.2).

**13.2.2** Gestützt auf Art. 96 KVG hat der Bundesrat die VKL erlassen. Sie regelt laut ihrer Zweckbestimmung die einheitliche Ermittlung der Kosten und Erfassung der Leistungen im Spital- und Pflegeheimbereich (Art. 1 Abs. 1 VKL). Zu den Zielen der Kosten- und Leistungserfassung gehören gemäss Art. 2 Abs. 1 VKL namentlich die Schaffung der Grundlagen für die Bestimmung der Leistungen und der Kosten der OKP in der stationären Behandlung im Spital und im Geburtshaus (Bst. b) und die Ausscheidung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Sinne von Art. 49 Abs. 3 KVG und von deren Kosten (Bst. g). Weiter sollen dadurch unter anderem Betriebsvergleiche, Tarifberechnungen und Wirtschaftlichkeitsprüfungen ermöglicht werden (Art. 2 Abs. 2 Bst. b, c und f VKL).

**13.2.3** Die VKL legt zwar gewisse grundlegende Anforderungen für die Kostenrechnungen der Spitäler fest, sie gewährleistet indessen keine einheitliche Kostenermittlung und Leistungserfassung. Der Verordnung lässt sich nicht entnehmen, wie im Einzelnen die OKP-Kosten von den übrigen Kosten abzugrenzen sind. Sie enthält insbesondere auch keine Vorgaben zu den vorliegend streitigen Fragen bei der Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten, beispielsweise wie die Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen auszuschneiden sind (wobei auch der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Sinne von Art. 49 Abs. 3 KVG nicht weiter konkretisiert wird). Sodann hat das Departement keinen Gebrauch gemacht von der Befugnis, nähere Bestimmungen über die technische Ausgestaltung der Kostenrechnung zu erlassen.

**13.2.4** Die GDK-Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung enthalten Grundsätze zur Herleitung der benchmarking-relevanten Betriebskosten. Diese gewährleisten keine einheitliche Kostenermittlung und Leistungserfassung, vermögen jedoch eine gewisse Einheitlichkeit zu fördern.

**13.2.5** H+ als Spitzenverband der Spitäler hat das Handbuch REKOLE® (Handbuch zum betrieblichen Rechnungswesen im Spital von H+) und das Tarifierleitungsmodell ITAR\_K (Integriertes Tarifmodell auf Basis der Kostenträgerrechnung [nach REKOLE®], ebenfalls von H+) erarbeitet. Die GDK-Empfehlungen stützen sich auf REKOLE® und ITAR\_K. Nach Ansicht der GDK ist das (schrittweise) Vorgehen nach ITAR\_K sinnvoll, wobei festgehalten wird, dass das gleiche Vorgehen auch mit Hilfe eines anderen Modells (z.B. Modell GDK-Ost) erfolgen könnte (vgl. GDK-Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung S. 3). Von der GDK übernommen wurde jedoch nur das Vorgehen, nicht

generell die Berechnung einzelner Positionen. Die Krankenhausstatistik, auf deren Nomenklatur Art. 10 Abs. 2 VKL verweist, stützt sich auf REKOLE® (vgl. BFS, Krankenhausstatistik, Detailkonzept, Version 1.1, S. 28 ff.). Um dem Problem der Heterogenität bei den Kostenerhebungsmethoden zu begegnen, hat der Verwaltungsrat der SwissDRG AG für die Kostenträgerrechnung ab dem Rechnungsjahr 2013 REKOLE® verbindlich vorgeschrieben (vgl. SwissDRG AG, Umsetzung der Massnahmen zur Verbesserung der Datenqualität, Version 1.0, 05.12.2011). Angesichts der Bedeutung und der Verbreitung, welche REKOLE® und ITAR\_K zwischenzeitlich erlangt haben, erscheint es nicht sinnvoll, deren Anwendbarkeit grundsätzlich in Frage zu stellen (BVGE 2014/3 E. 3.4.3).

**13.3** Beim Fallkostenvergleich der nicht-universitären Zürcher Spitäler stellte die Vorinstanz nicht auf das ITAR-K-Modell und REKOLE® ab. Es ist daher zu beurteilen, ob damit die Anforderungen an die Einheitlichkeit und Transparenz der Kosten- und Leistungsermittlung erfüllt wurden. Die engeren Betriebskosten im stationären Bereich und die schweregradbereinigten Fallkosten der nicht-universitären Spitäler wurden durch die Vorinstanz mit einem einheitlichen Berechnungsformular hergeleitet, und ihre Berechnungen basieren auf Standards der Kostenträgerrechnung, welche die Gesundheitsdirektion (GD) veröffentlicht und verbindlich erklärt hat (...). Mit Schreiben der GD vom 2. Februar 2012 wurden den Tarifpartnern die Anforderungen an einen aussagekräftigen Wirtschaftlichkeitsvergleich und der für die Tariffestlegung notwendige Datenbedarf pro Spital mitgeteilt. Gleichzeitig wurde den Tarifpartnern ein Kurzbeschrieb der von der GD angewendeten Methode zur Berechnung der schweregradbereinigten Fallkosten inklusive Erläuterungen zu einzelnen Positionen eröffnet (...). Obwohl die Vorinstanz nicht auf REKOLE® und das Tarifierleitungsmodell ITAR-K abstellte, wendete sie zur Ermittlung der benchmarking-relevanten Basiswerte eine einheitliche Methode an. Das Vorgehen der Vorinstanz ist im Zusammenhang mit dem Fehlen von gesamtschweizerischen, nach einheitlicher Methode erhobenen Daten und mit der fehlenden Möglichkeit eines gesamtschweizerischen Benchmarkings (vgl. E. 9) zu bewerten und ist in casu in der Einführungsphase des neuen DRG-Fallpauschalen-Systems nicht zu beanstanden.

**14.** Umstritten ist, ob im neuen Spitalfinanzierungsrecht bei mangelhafter Datenlieferung Intransparenzabzüge vorzunehmen sind.

**14.1** Im angefochtenen Entscheid hielt die Vorinstanz fest, Intransparenzabzüge seien im System der neuen Spitalfinanzierung nicht länger sachgerecht, da bereits das Benchmarking ein entsprechendes Korrektiv bilde. Solche Abzüge vor dem Benchmarking würden im Endeffekt zu einem tieferen Tarif für die übrigen Spitäler führen. Tarifsuisse macht geltend, solange keine volle Kosten- und Leistungstransparenz bestehe, seien bei der Tarifgestaltung zusätzlich zu allfälligen Normabzügen Intransparenzabzüge vorzunehmen. Die Preisüberwachung befürwortet die Anwendung von Intransparenzabzügen auch nach neuem Recht. Das BAG führt in seiner Stellungnahme aus, es obliege den Spitälern, die Transparenz der Kosten und Leistungen gemäss VKL sicherzustellen. Der Tarif dürfe höchstens die transparent ausgewiesenen Kosten der Leistung decken. Beim Benchmarking müsse sichergestellt werden, dass OKP-fremde Kostenanteile nicht in den Vergleich einbezogen würden, was mit Intransparenzabzügen sichergestellt werden könne.

**14.2** Da die in das Benchmarking einflussenden Kostendaten eines einzelnen Spitals Auswirkungen auf die Vergütungen der übrigen Spitäler haben, muss gewährleistet sein, dass der Benchmark soweit möglich auf den effektiven und transparent ausgewiesenen Kosten der in das Benchmarking einbezogenen Spitäler ermittelt wird. Demnach ist bei der Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten (also vor dem Benchmarking) kein Intransparenzabzug vorzunehmen (vgl. E. 6.4; BVGE 2014/3 E. 9.2.2).

**15.** Nachfolgend werden verschiedene im Beschwerdeverfahren vorgebrachte Rügen betreffend die vorinstanzliche Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten geprüft.

**15.1** Zur Herleitung des Tarifs hat die Vorinstanz ausschliesslich auf die Fallkosten von Patientinnen und Patienten mit innerkantonalem Wohnsitz abgestellt und die Fallkosten der ausserkantonalen Patienten unberücksichtigt gelassen.

**15.1.1** Tarifsuisse rügt in ihrer Beschwerde, die Beschränkung auf die Kosten der innerkantonalen Patientinnen und Patienten widerspreche den Zielen des KVG. Die Vorinstanz macht in ihrer Vernehmlassung geltend, das KVG schliesse dieses Vorgehen nicht aus, und es wirke sich nicht zulasten der Krankenversicherer aus, da die Behandlungen von Patienten mit ausserkantonalem Wohnsitz einen überdurchschnittlich hohen Anteil an hochdefizitären Fällen umfassten. In ihrer Schlussstellungnahme ergänzt die Vorinstanz, im Rahmen der Spitalplanung für die Spitalliste

2012 sei bei verschiedenen Zürcher Spitälern gestützt auf Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsüberlegungen eine Leistungskonzentration erfolgt. Leistungsaufträge anderer Kantone für unwirtschaftliche Leistungsbe-  
reiche würden zu einer Erhöhung der schweregradbereinigten Fallkosten dieser Spitäler führen. Die Berücksichtigung solcher Kostenelemente hätte eine nicht sachgerechte Erhöhung des Tarifs zur Folge. Das BAG führt in seiner Stellungnahme aus, es bestehe kein Anlass für eine Beschränkung auf Fälle von Patientinnen und Patienten mit innerkantonalem Wohnsitz.

**15.1.2** Das KVG enthält keine Regelung dazu, ob beim Benchmarking auch Kosten ausserkantonaler Patientinnen und Patienten berücksichtigt werden sollen. Im neuen Recht ist die freie Spitalwahl der Patienten über die Kantons Grenzen hinaus verankert (Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG). In einem idealtypischen gesamtschweizerischen Betriebsvergleich wären die Fallkosten sämtlicher in der Schweiz behandelter Patienten, unabhängig von Kantons Grenzen oder Kantonszugehörigkeit abgebildet. Gemäss der Begründungsergänzung in der Schlussstellungnahme der Vorinstanz soll mit der Beschränkung auf die Fallkosten von Zürcher Patientinnen und Patienten vermieden werden, dass Kosten unwirtschaftlicher Behandlungen in die Tariffindung einfliessen. Aus den gleichen Überlegungen, welche dazu führen, auch Ineffizienzen infolge von Überkapazitäten nicht vor dem Benchmarking auszuscheiden (vgl. E. 4.9.6), ist die vorgetragene Begründung nicht stichhaltig. Ein Grund, die tatsächlichen Behandlungskosten von ausserkantonalen Patientinnen und Patienten bei der Ermittlung der benchmarking-relevanten Basiswerte auszuscheiden, ist nicht ersichtlich, und deren Einbezug würde zu einer breiteren Abstützung der Werte führen. Entsprechend ist den Beanstandungen von tarifsuisse grundsätzlich zuzustimmen.

**15.2** Der angefochtene Beschluss setzt sich mit der Ausscheidung der Kosten der übrigen, nicht OKP-versicherten Leistungen, die für Patienten erbracht werden (Telefon, Coiffeur, Bezüge aus dem Restaurant/der Cafeteria etc.; Kontengruppe 65) nicht auseinander. Tarifsuisse macht in ihrer Beschwerde geltend, die Höhe der Abzüge für Erträge aus der Kontengruppe 65 sei unklar. Das BAG führt dazu aus, sofern die Kosten dieser Leistungen nicht transparent ausgewiesen würden, sei ein Abzug von 100 % der Erträge gerechtfertigt. In ihrer Schlussstellungnahme führt die Vorinstanz aus, ein Abzug von 100 % der Erträge sei nicht sachgerecht, da erhebliche Gewinnmargen in die Preise solcher Dienstleistungen eingerechnet würden, eine detaillierte Bestimmung dieser Kosten

jedoch mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden wäre. Aus den Berechnungsblättern zur Herleitung der engeren Betriebskosten für die Spitäler ist ersichtlich, dass unter dem Titel «Konten 650 bis 658, Erträge aus Leistungen an Patienten» Abzüge vorgenommen wurden. Gemäss Stellungnahme der Vorinstanz sind die Erträge der Kontengruppe 65 bei der Berechnung der Zürcher Fallkosten zu 100 % in Abzug gebracht worden. Nach der Rechtsprechung sind die Erlöse der betreffenden Dienstleistungen zu 100 % in Abzug zu bringen, sofern ein Spital diesbezüglich auf eine exakte Kostenausscheidung verzichtet und eine Gewinnmarge nicht bewiesen werden kann (BVGE 2014/3 E. 4.3). Vorliegend ist auf die Aussage der Vorinstanz abzustellen, dass die Erträge der Kontengruppe 65 zu 100 % in Abzug gebracht worden seien. Für die Zukunft werden an den Nachweis der buchhalterischen Abgrenzungen verschärfte Anforderungen zu stellen sein.

**15.3** Unbestritten ist die Bemessung der kalkulatorischen Zinsen nach der Methode der Preisüberwachung. Diese entspricht der Empfehlung der GDK (vgl. GDK-Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung S. 4) sowie der bisherigen Praxis und Rechtsprechung (vgl. BVGE 2014/3 E. 3.7). Tarifsuisse macht geltend, bei der konkreten Umsetzung im angefochtenen Beschluss bestünden Unregelmässigkeiten. Die Vorinstanz führt dazu aus, die Berechnung sei sachgerecht erfolgt, deren Grundlagen hätten im Verwaltungsverfahren transparent vorgelegen und seien damals nicht bemängelt worden. Anhaltspunkte für relevante Abweichungen bei der Berechnung dieser Position lassen sich aus den Akten der Vorinstanz nicht entnehmen.

**15.4** Tarifsuisse rügt, im angefochtenen Beschluss werde nicht aufgezeigt, inwiefern die Spitäler bereits abgeschriebene (von der öffentlichen Hand vollständig vorfinanzierte) Anlagegüter aufgewertet beziehungsweise nicht aufgewertet hätten. In ihrer Vernehmlassung weist die Vorinstanz darauf hin, dass die Anlagenutzungskosten über die Fallpauschalen zu finanzieren seien. Im Jahr 2012 habe die Abgeltung der Anlagenutzungskosten über einen Zuschlag von 10 % auf der Baserate zu erfolgen. Durch die gesetzliche Regelung im Kanton Zürich, wonach Staatsbeiträge, die der Kanton zur Finanzierung von Investitionen geleistet habe, zum Restbuchwert in Darlehen umgewandelt würden, sei eine Doppelsubventionierung vermieden worden. Die Darstellung der Vorinstanz, aus welcher eine Rückzahlungspflicht für die subventionierten Spitäler in Höhe des Restbuchwertes ersichtlich wird, ist nachvollziehbar. Von Tarifsuisse wurde nicht weiter substantiiert, welche Bewertung

gen bemängelt werden und inwiefern in dieser Regelung eine Doppelsubventionierung begründet sei.

**15.5** Im Grundsatz unbestritten ist, dass unbewertete Fallgruppen und Sonderentgelte zur Berechnung der benchmarking-relevanten Betriebskosten herauszurechnen sind. Von tarifsuisse bemängelt wird jedoch die konkrete Umsetzung im angefochtenen Beschluss aufgrund von Durchschnittswerten und Annahmen. Auch das BAG führt in seiner Stellungnahme aus, um Mehrfachvergütungen zu vermeiden, sei sicherzustellen, dass entsprechende Kosten bei der Berechnung der benchmarking-relevanten Betriebskosten ausgeschieden würden. Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz konnten diese Positionen nur annäherungsweise berechnet werden, da entsprechende Daten fehlten. Die Methode zur Bestimmung der Kosten der Zusatzentgelte und der unbewerteten DRG sei den Tarifpartnern mit Schreiben vom 2. Februar 2012 eröffnet worden. Tarifsuisse habe diese Berechnungsmethode im Verwaltungsverfahren nicht bemängelt, und sie sei im angefochtenen Beschluss unverändert übernommen worden. Inwiefern die Ausscheidung dieser Positionen fehlerhaft sei, und wie sich die Berechnung der Vorinstanz auf die Berechnung der benchmarking-relevanten Betriebskosten auswirke, wurde von tarifsuisse nicht substantiiert. Anhaltspunkte für eine relevante Fehlberechnung lassen sich den Akten der Vorinstanz nicht entnehmen.

**15.6** Die von der Vorinstanz bei der Berechnung der benchmarking-relevanten Betriebskosten vorgenommenen Abzüge für Arzthonorare von Zusatzversicherten und die Normabzüge von Fr. 800.– für Halbprivatpatienten und Fr. 1 000.– für Privatpatienten werden auch von tarifsuisse anerkannt. Das BAG befürwortet eine spitalindividuelle Bestimmung dieser Kosten und – soweit dies nicht möglich sei – die Vornahme eines Normabzugs. Die Berechnungsmethode der Preisüberwachung und die Rechtsprechung zum alten Recht sehen abgestufte Normabzüge auf den gesamten Betriebskosten vor (Abzüge von 1 % der Betriebskosten bei einem Anteil von Zusatzversicherten von 10–20 % und 2 % der Betriebskosten bei einem Anteil Zusatzversicherter von über 20 %). Die Ausrichtung von entsprechenden Normabzügen am Gesamtergebnis birgt in verschiedenen Situationen das Risiko einer nicht sachgerechten Ausscheidung dieser Kosten (z.B. bei einem sehr hohen Anteil Zusatzversicherter oder bei einem grossen Spital mit wenig Zusatzversicherten). Der Ansatz der Vorinstanz, die Ausscheidung dieser Kostenanteile direkt von der Anzahl der Zusatzversicherten abhängig zu machen, ist vertretbar.

**16.** Nach Art. 49 Abs. 3 KVG in der seit 1. Januar 2009 geltenden Fassung dürfen die Vergütungen der stationären Behandlung einschliesslich Aufenthalt und Pflegeleistungen in einem Spital keine Kostenanteile für gemeinwirtschaftliche Leistungen enthalten. Dazu gehören insbesondere die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen sowie die Forschung und universitäre Lehre. Gemeinwirtschaftliche Leistungen sind somit Leistungen, deren Erbringung nicht zu den Aufgaben der OKP zählen (EUGSTER, KVG, Art. 49 Rz. 7).

**16.1** Der neue Art. 49 Abs. 3 Bst. b KVG schliesst nur noch die *universitäre* Lehre und wie bisher die Forschung aus, währenddem aArt. 49 Abs. 1 KVG auch die Kosten für nicht-universitäre Lehre ausschloss. Die Kosten der nicht-universitären Lehre sind nach neuem Recht in den von der OKP zu leistenden Vergütungen enthalten und daher in den Basisfallpreis einzubeziehen. Grundsätzlich unbestritten ist, dass die Kosten für Forschung und universitäre Lehre nicht zu den benchmarking-relevanten Betriebskosten gehören. Streitig sind jedoch die Höhe und die Methode des vorgenommenen Abzuges.

**16.1.1** Im angefochtenen Beschluss führte die Vorinstanz aus, der Abzug für Forschung und universitäre Lehre könne bei nicht-universitären Spitälern mit der Weiterbildung der Ärztinnen und Ärzte bis zum Facharztstitel begründet werden. Als Kosten gemeinwirtschaftlicher Leistungen seien diejenigen Kosten auszuscheiden, welche bei der Weiterbildung von Assistenzärzten infolge unproduktiver Spitalanlagen und von Personal entstehen würden (Kosten des Lehrenden für erteilte Weiterbildung). Die anfallenden Kosten würden direkt von der Anzahl der Assistenzärztinnen und -ärzte, welche sich in Weiterbildung befänden, abhängen. Die mit der « erteilten Weiterbildung » zusammenhängenden Kosten liessen sich nicht im Detail nachweisen, würden aber von der GDK für diese Spitäler auf Fr. 10 000.– bis Fr. 12 000.– pro Assistenzärztin oder -arzt eingeschätzt, weshalb ein Abzug von Fr. 10 000.– pro Assistenzärztin oder -arzt vorgenommen werde. Seitens der Krankenversicherer wird geltend gemacht, der Normabzug von Fr. 10 000.– je Weiterbildungsstelle sei ungenügend. Der Kanton Zürich habe den Spitälern (mit Ausnahme des USZ, des Kinderspitals und des STZ) keine Beiträge für universitäre Lehre vergütet, währenddem andere Kantone pro Assistenzärztin oder Assistenzarzt bis zu Fr. 40 000.– ausrichten würden. Der angefochtene Beschluss erörtere lediglich die Forschungsleistungen und -kosten der universitären Spitäler und gehe davon aus, dass an den nicht-universitären Spitälern keine Forschung betrieben wer-

de. Deren Forschungsaufwand werde in der Herleitung der benchmarking-relevanten Basiswerte nicht ausgewiesen und Forschungskosten seien – rechtswidrig – nicht ausgeschieden worden. Im Vergleich zu den Abzügen, welche gemäss bisheriger Rechtsprechung auf der Basis eines Prozentsatzes von den Personalkosten vorgenommen worden seien, würde die neue Praxis der Vorinstanz zu einer erheblichen Mehrbelastung der Krankenversicherer führen. In ihrer Vernehmlassung zur Beschwerde der tarifsuisse führte die Vorinstanz aus, ausgehend von mittleren Werten sei der normative Abzug von Fr. 10 000.– pro Assistenzärztin respektive Assistenzarzt und Jahr sachgerecht und entspreche den Subventionen, welche den Spitälern ausgerichtet würden. Gemäss den Vorgaben zur Kostenrechnung seien die Kosten der Forschung, soweit diese an nicht-universitären Spitälern betrieben werde, in einer separaten Nebenkostenstelle zu erfassen. Entsprechende Kosten seien nicht auf die stationären Fälle umgelegt worden und daher nicht in den benchmarking-relevanten Betriebskosten enthalten. Die Preisüberwachung und das BAG bemängeln die Praxisänderung der Vorinstanz. Zur Ermittlung der Kosten der universitären Lehre und Weiterbildung dürfe nicht auf die erhaltenen Finanzierungsbeiträge abgestellt werden. Es bestehe keine Transparenz der Kostenrechnungen der Spitäler betreffend die Kosten der universitären Aus- und Weiterbildung und die Kosten der Forschung. Sowohl die Preisüberwachung als auch das BAG befürworten die Beibehaltung der bisherigen Praxis (Abzug eines [reduzierten] Prozentsatzes von den Personalkosten). Nur so könne eine gesamtschweizerisch einheitliche Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten gewährleistet werden.

**16.1.2** Als Kosten für die universitäre Lehre im Sinne von Art. 49 Abs. 3 Bst. b KVG gelten laut Art. 7 Abs. 1 VKL die Aufwendungen für die theoretische und praktische Ausbildung der Studierenden eines im Medizinalberufegesetz vom 23. Juni 2006 (MedBG, SR 811.11) geregelten Medizinalberufes bis zum Erwerb des eidgenössischen Diploms (Bst. a) und die Weiterbildung der Studierenden nach Bst. a bis zur Erlangung des eidgenössischen Weiterbildungstitels (Bst. b). Dazu gehören auch die indirekten Kosten sowie die Aufwendungen, die durch von Dritten finanzierte Lehrtätigkeiten verursacht werden (Abs. 3). Die zu Art. 49 Abs. 1 KVG entwickelte Rechtsprechung ging von einem weiten Begriff der Lehre und Forschung aus. Ein Abzug für Lehre ist immer vorzunehmen, wenn Angestellte gemäss Pflichtenheft zumindest während eines Teils ihrer Arbeitszeit als Ausbilderin oder Ausbilder tätig sind (BVGE 2014/3 E. 6.1.4; 2012/18 E. 11.2). Von diesem Begriff der

Kosten der universitären Lehre geht auch der Bundesrat aus. Darunter würden namentlich die Sachkosten zur aus- und weiterbildenden Tätigkeit sowie die Lohnbestandteile von Personen, die gemäss Pflichtenheft ganz oder teilweise ausbildnerische Aufgaben haben, verstanden (vgl. Stellungnahmen des Bundesrates zu den Motionen von Nationalrätin Ruth Humbel vom 19. Dezember 2008 [08.4034] und Nationalrat Ignazio Cassis vom 17. Dezember 2008 [08.3847]). Nach der Rechtsprechung sind nur die Kosten für *erteilte* universitäre Weiterbildung als gemeinwirtschaftliche Leistungen auszuscheiden (BVGE 2014/3 E. 6.6.3). Demgegenüber verursacht der Aufwand der Personen, welche weitergebildet werden (empfangene Lehre), keine zusätzlich auszuweisenden Kosten, da davon auszugehen ist, dass er bereits mit der leistungsentsprechenden Entlohnung kompensiert ist. Die Löhne der Assistenzärztinnen und -ärzte gehören zu den benchmarking-relevanten Betriebskosten (vgl. auch Stellungnahmen des Bundesrates zu den Motionen 08.3847 und 08.4034). Die von Art. 49 Abs. 3 Bst. b KVG erfasste universitäre Lehre umfasst nach Art. 7 Abs. 1 VKL nicht nur die Aus- und Weiterbildung von Ärztinnen und Ärzten, sondern auch diejenige anderer universitärer Medizinalberufe (z.B. Chiropraktorerinnen und Chiropraktoren und die Spitalpharmazie).

**16.1.3** Die Kosten für die Forschung umfassen die Aufwendungen für systematische schöpferische Arbeiten und experimentelle Entwicklung zwecks Erweiterung des Kenntnisstandes sowie deren Verwendung mit dem Ziel, neue Anwendungsmöglichkeiten zu finden. Darunter fallen Projekte, die zur Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnisse sowie zur Verbesserung der Prävention, der Diagnostik und Behandlung von Krankheiten ausgeführt werden (Art. 7 Abs. 2 VKL). Als Kosten für die Forschung gelten auch die indirekten Kosten sowie die Aufwendungen, die durch von Dritten finanzierte Forschungstätigkeiten verursacht werden (Art. 7 Abs. 3 VKL). Zu diesen Kosten gehören somit sämtliche Kosten, welche beim Spital durch Forschung seiner Mitarbeiter entstehen.

**16.1.4** Die Spitäler sind verpflichtet, die Kosten der OKP-pflichtigen Leistungen transparent auszuweisen. Dies ist nur möglich, wenn auch die Kosten für nicht OKP-pflichtige Leistungen transparent ausgeschieden werden (vgl. BVGE 2014/3 E. 6.4). Sowohl durch die Spitäler als auch durch die Festsetzungs- und Genehmigungsbehörde ist daher sicherzustellen, dass transparent und nachvollziehbar dargestellt wird, mit welcher Methode und in welcher Höhe diese Kostenanteile abgegrenzt wur-

den. ITAR-K sieht für die universitäre Lehre und Forschung eigene Kostenträger vor, und auch die GDK empfiehlt die Erfassung dieser Kosten auf einem separaten Kostenträger. Soweit die entsprechenden Kostenträger nicht alle Kosten für universitäre Lehre und Forschung enthielten, müsse ein entsprechender Abzug auf dem Kostenträger « Stationäre Leistungen KVG » vorgenommen werden (GDK-Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung S. 4 f.). Auch im Verwaltungsverfahren zur Festsetzung oder Genehmigung von Spitaltarifen muss für die Parteien transparent nachvollziehbar sein, wie die nicht OKP-pflichtigen Kosten ausgeschieden wurden.

**16.1.5** Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesrates und des Bundesverwaltungsgerichtes waren die effektiven Kosten der Lehre und Forschung abzuziehen, sofern diese bekannt waren. Andernfalls waren normative Abschlagsätze anzuwenden. Die normativen Abschlagsätze für Lehre und Forschung der Nichtuniversitätsspitäler betragen je nach Spitalgrösse 1–5 % der Personalkosten (5 % bei grossen Spitälern mit über 125 Betten; 2 % bei Spitälern mit 75–124 Betten; 1 % bei kleineren Spitälern; vgl. BVGE 2014/3 E. 6.1.4; 2012/18 E. 11.2; 2010/25 E. 5.2). Die Pauschalabzüge für Lehre und Forschung stellten nach der Rechtsprechung lediglich ein Korrektiv dar, welches anzuwenden war, wenn die Spitäler ihrer Pflicht, die effektiven Kosten auszuscheiden, nicht nachgekommen waren. Daher wurden an die Berechnungen der Pauschalabzüge keine sehr differenzierten Anforderungen gestellt (zum Ganzen: BVGE 2014/3 E. 6.1 m.H.). Die Preisüberwachung vertritt die Ansicht, aufgrund der neuen gesetzlichen Regelung seien die früher geltenden Abschlagsätze zu reduzieren. Bei grossen Spitälern sei für Forschung und Lehre ein normativer Abzug von 3.5 % auf den Personalkosten vorzunehmen. Tarifsuisse und das BAG schliessen sich dieser Auffassung an. Da der neue Art. 49 Abs. 3 Bst. b KVG nur noch die *universitäre* Lehre ausschliesst, steht fest, dass die Abschlagsätze gemäss früherer Rechtsprechung nicht mehr angewendet werden können.

**16.1.6** Die Ausscheidung der Kosten von Lehre und Forschung diene unter altem Recht einer anderen Zielsetzung. Damals war im Rahmen der Bestimmung der anrechenbaren Kosten die Höchstlimite der OKP-Beteiligung zu bestimmen, wobei sichergestellt werden musste, dass die Krankenversicherung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr als die tatsächlich anrechenbaren Kosten mittragen musste. aArt. 49 Abs. 1 Satz 2 KVG bildete eine gesetzliche Grundlage für eine Reduktion des Kostendeckungsgrades bei unklarer Datenlage, und eine « nicht kosten-

deckende » OKP-Beteiligung war diesfalls systemimmanent zulässig (vgl. BVGE 2014/3 E. 9.2.1; 2012/18 E. 16.4 m.H.). Bei der Bestimmung der benchmarking-relevanten Betriebskosten unter neuem Recht geht es darum, die zur effizienten, günstigen und qualitätskonformen Leistung erforderlichen Kosten möglichst sachgerecht zu ermitteln. Während eine Ausscheidung zu niedriger Lehr- und Forschungskosten nach altem Recht einzig die OKP-Beteiligung eines einzelnen Spitals erhöht hätte, bewirkt die mangelhafte Ausscheidung nach neuem Recht eine Verfälschung des Referenzwertes. Nach dieser veränderten Zielsetzung müsste ein Normabzug die Kosten der universitären Lehre und Forschung möglichst realitätsnahe abbilden. Nicht sachgerecht wäre es, die unvollständige Datenlieferung der Spitäler mit diesem Abzug zu sanktionieren. Soweit die frühere Rechtsprechung des Bundesrates Elemente einer Sanktionierung von mangelhafter Datentransparenz beinhaltet, wäre deren Übernahme nach neuem Recht nicht KVG-konform. Für das Benchmarking sind möglichst genaue (realitätsgerechte) Kostendaten erforderlich (vgl. E. 4.4 und 6.2; BVGE 2014/3 E. 6.4.4). Zur Ausscheidung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen sind die tatsächlichen Kosten der universitären Lehre und Forschung möglichst realitätsnahe zu ermitteln oder datenbasiert abzuschätzen. Den Spitälern steht es nicht frei, ob sie die Kosten für Forschung und universitäre Lehre ausscheiden wollen oder einen normativen Abzug bevorzugen (BVGE 2014/3 E. 6.4.4). Nicht relevant für die Ausscheidung dieser Kostenanteile ist die Höhe der unter diesem Titel empfangenen Leistungsvergütung, welche die Spitäler vom Kanton oder anderen Stellen erhalten.

**16.1.7** Art. 49 Abs. 7 KVG gebietet die Erfassung der benchmarking-relevanten Betriebskosten – und damit auch die Ausscheidung der Kostenanteile für universitäre Lehre und Forschung – *nach einheitlicher Methode*. Die bisherige Praxis zur Identifizierung und Ermittlung der Kosten der Lehre und Forschung ist sehr unterschiedlich, und es besteht in weiten Bereichen keine einheitliche Auffassung dazu, welche Tätigkeiten in welchem Umfang der universitären Lehre und Forschung oder der Patientenversorgung zuzurechnen sind. Insbesondere weil sich die Tätigkeiten in den Bereichen Lehre, Forschung und Patientenversorgung teilweise überlappen (« gemischte Tätigkeiten », in der Betriebswirtschaftslehre als Kuppelproduktion bezeichnet; vgl. H+ Die Spitäler der Schweiz, REKOLE® Betriebliches Rechnungswesen im Spital, 2013, S. 225, 260 ff., nachfolgend: Handbuch REKOLE®; siehe auch DUBACH/SPYCHER, Vorstudie zur Erhebung der Kosten der ärztlichen Weiterbildung, 2006, S. 12, < [622](http://www.buerobass.ch/projekte_d.php?id_</a></p></div><div data-bbox=)

subkern=17 >, abgerufen am 04.05.2014) und die Zuordnung zu einem der drei Bereiche zum Teil auf einer Wertungsentscheidung beruht, ist die Vorgabe von Abgrenzungskriterien unerlässlich (vgl. BVGE 2014/3 E. 6.6). Es besteht ausserdem kein allgemein anerkannter Standard dazu, nach welcher Methode die Mehrkosten infolge universitärer Lehre und Forschung zu erheben und zu messen sind. Solche normativen Vorgaben zu Abgrenzungskriterien und Erhebungsmethode sind vom Verordnungsgeber zu erlassen oder von den Tarifpartnern zu vereinbaren. Insbesondere hinsichtlich der Auswahlfunktion der Kostenermittlung (vgl. E. 6.2) steht das Erfordernis der Einheitlichkeit der Methode im Vordergrund.

**16.1.8** In ihrer Beschwerdeschrift (...) vergleicht tarifsuisse die Abzüge, welche von der Vorinstanz für universitäre Lehre und Forschung gemacht wurden, mit den entsprechenden Abzügen, wie sie nach der Empfehlung der Preisüberwachung gemacht worden wären. Ausgehend von einem Normabzug in der Höhe von 3.5 % der Personalkosten wurden für die meisten Spitäler im Vergleich zum angefochtenen Beschluss wesentlich höhere Kosten der universitären Lehre und Forschung berechnet. Der von tarifsuisse berechnete Abzug umfasst nebst der universitären Lehre auch die Forschung, während bei der Berechnung der Vorinstanz unklar bleibt, ob die Kosten der Forschung auf einem anderen Weg bereits ausgeschieden wurden. Da die Ausscheidung der Kosten von Lehre und Forschung unter altem Recht einer anderen Zielsetzung diene (vgl. E. 16.1.6) und mit den Normabzügen auch Intransparenzen sanktioniert werden durften (vgl. aArt. 49 Abs. 1 Satz 2 KVG), ist die Übertragung dieser Praxis auf das neue Recht problematisch. Ausserdem beruht der neu empfohlene Abzugssatz von 3.5 % auf einer Schätzung, deren zahlenmässige Herleitung nicht belegt ist, und auch die als Berechnungsbasis eingesetzten Werte für Personalkosten der Spitäler beruhen auf Annahmen. In dieser Situation kann auf die Berechnungen der tarifsuisse nicht abgestellt werden.

**16.1.9** Zu den Kosten erteilter Lehre gehören Kosten (und Mehrkosten), welche bei der Weiterbildung infolge unproduktiver Spitalanlagen und unproduktiven Personals (hinsichtlich OKP-Leistungen) entstehen. Insoweit ist der Auffassung der Vorinstanz zuzustimmen. Bei dem von der Vorinstanz vorgenommenen Betriebsvergleich fehlen die zur Ausscheidung der tatsächlichen Kosten der universitären Lehre und Forschung notwendigen, transparenten und möglichst genauen Ermittlungen der Spitäler. Die Höhe des pro Assistenzarztstelle vorgenommenen Normabzuges beruht auf einer Annahme. Mangels entsprechenden

Datenmaterials kann die tatsächliche Höhe der Kosten der universitären Lehre und Forschung der Zürcher Spitäler nicht beurteilt werden. Hinsichtlich ihrer Referenzfunktion (vgl. E. 6.2) ist die von der Vorinstanz bei der Bestimmung der benchmarking-relevanten Betriebskosten vorgenommene Ausscheidung der Kosten der universitären Lehre und Forschung ungenau. Andererseits ist die Auffassung der Vorinstanz, wonach die für die Lehre anfallenden Kosten mit der Anzahl der Assistenzärztinnen und -ärzte, welche sich in Weiterbildung befinden, zusammenhänge, vertretbar. Indem mit dem Abzug pro Assistenzärztin oder -arzt von Fr. 10 000.– für alle nicht-universitären Spitäler eine einheitliche Ausscheidungsmethode angewendet wurde, ist zumindest der Auswahlfunktion der Kostenermittlung (E. 6.2) Rechnung getragen worden. Die Ausscheidungsmethode der Vorinstanz führt nur, aber immerhin, zu einer relativen Kostenwahrheit (vgl. E. 6.2).

**16.1.10** Bei der Beurteilung des Vorgehens der Vorinstanz ist zu berücksichtigen, dass der in Art. 49 Abs. 8 KVG vorgesehene gesamtschweizerische Betriebsvergleich zurzeit nicht besteht und die Vorinstanz veranlasst war, auf einen kantonalen Betriebsvergleich und die vorhandenen Zahlen abzustellen. Richtlinien dazu, nach welcher Methode und nach welchen Kriterien gemeinwirtschaftliche Kosten auszuschneiden wären, fehlen bisher. In der Einführungsphase darf aus diesen Gründen zur Prüfung des Vorgehens der Vorinstanz kein zu strenger Massstab angelegt werden. Im Rahmen des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes kann es nicht dem Gericht obliegen, die Rechnungslegung der Spitäler im Detail zu prüfen oder die effektiven Kosten der universitären Lehre und Forschung der Vergleichsspitäler zu ermitteln, zumal auch von den Parteien keine geeigneten Beweismittel beigebracht wurden. Würde die Höhe der Ausscheidung der Kosten der universitären Lehre und Forschung nicht toleriert, hätte dies die Rückweisung zur erneuten Ermittlung der benchmarking-relevanten Kosten, zur erneuten Durchführung des Benchmarkings und zur Neufestlegung sämtlicher Tarife der nicht-universitären Zürcher Spitäler zur Folge. Da keine nach einheitlichen Kriterien vorgenommenen Kostenrechnungen und Erhebungen vorliegen, ist eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuberechnung der benchmarking-relevanten Basiswerte im vorliegenden Fall nicht zielführend. Die nur relativ wahre Ermittlung der gemeinwirtschaftlichen Kosten kann die Höhe des Benchmarks beeinflussen. Im Rahmen der Preisfindung stehen aber weitere Faktoren mit Ermessensspielräumen der Vorinstanz zur Disposition (z.B. Wahl des Effizienzmassstabs), welche die Höhe des Referenzwertes beeinflussen. Unter Berücksichtigung der Ge-

samtsituation und des Umstandes, dass der angefochtene Entscheid in der schwierigen Einführungsphase des neuen Rechts in vielen Bereichen eine gute Qualität aufweist, wird die von der Vorinstanz vorgenommene Ausscheidung der Kosten der universitären Lehre und Forschung im Einführungszeitraum toleriert.

**16.2** Hinsichtlich zukünftiger Tariffestlegungsverfahren ist Folgendes anzumerken:

**16.2.1** Die universitäre Lehre umfasst nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a VKL nicht nur die Weiterbildung von Assistenzärztinnen und Assistenzärzten (Bst. b), sondern auch die theoretische und praktische Ausbildung der *Studierenden* eines Medizinalberufes bis zum Erwerb des eidgenössischen Diploms (Bst. b) und die Weiterbildung von Personen mit *anderen universitären Medizinalberufen*. Bei künftigen Tariffestlegungsverfahren sind auch die Kosten der Lehre, welche Studierenden und Lernenden anderer universitärer Medizinalberufe erteilt wird, nachvollziehbar auszuscheiden.

**16.2.2** Um im System der neuen Spitalfinanzierung die Finanzierung der Weiterbildung der Ärztinnen und Ärzte an den Spitälern abzusichern und einen interkantonalen Lastenausgleich sicherzustellen, plant die GDK eine interkantonale Vereinbarung (Interkantonale Vereinbarung über die kantonalen Beiträge an die Spitäler zur Finanzierung der ärztlichen Weiterbildung und deren Ausgleich unter den Kantonen, abgekürzt: Weiterbildungsfinanzierungsvereinbarung, nachfolgend: WFV). Die mit der Ausarbeitung des Vereinbarungsentwurfs beauftragte Arbeitsgruppe orientierte sich zur Bemessung der Jahresbeiträge, die die Spitäler pro Assistenzstelle und Jahr erhalten sollten, an Kostenschätzungen des BFS und Zahlen, die von den Vertretern der Spitäler eingereicht wurden. Gestützt auf diese Zahlen wurden Jahresbeiträge für die strukturierte Weiterbildung von Fr. 30 000.– für Universitätsspitäler und Fr. 20 000.– für nicht-universitäre Spitäler vorgeschlagen. Nach einem Austausch mit den kantonalen Verantwortlichen schlug die Plenarversammlung der GDK am 22. November 2012 die folgenden Beiträge für strukturierte Weiterbildung vor: Fr. 24 000.– für Universitätsspitäler, Fr. 18 000.– für grosse Zentrumsspitäler, Fr. 15 000.– für die übrigen Spitäler (GDK Zentralsekretariat, Erläuternder Bericht vom 24. April 2013 betreffend Vereinbarung über die kantonalen Beiträge an die Spitäler zur Finanzierung der ärztlichen Weiterbildung und deren Ausgleich unter den Kantonen, < <http://www.gdk-cds.ch/index.php?id=883> >, abgerufen am 03.04.2014). Aufgrund des finanzpolitischen

Widerstands diverser Kantone im Vernehmlassungsverfahren wurde die vorgeschlagene Beteiligung auf Fr. 15 000.– pro Assistenzstelle und Jahr für alle Spitäler reduziert. Dabei soll es sich um eine « Mindestpauschale » handeln, mit der sich die Kantone an den Kosten der erteilten *strukturierten* Weiterbildung ihrer Spitäler *beteiligen* (GDK Zentralsekretariat, Erläuternder Bericht vom 5. Dezember 2013 betreffend Vereinbarung über die kantonalen Beiträge an die Spitäler zur Finanzierung der ärztlichen Weiterbildung und deren Ausgleich unter den Kantonen, S. 8, < [http://www.gdk-cds.ch/index.php?id=402&no\\_cache=1&tx\\_ttnews%5Btt\\_news%5D=320&cHash=6ea34174eba9e8bfae5d3e7a7871b41f](http://www.gdk-cds.ch/index.php?id=402&no_cache=1&tx_ttnews%5Btt_news%5D=320&cHash=6ea34174eba9e8bfae5d3e7a7871b41f) >, abgerufen am 03.04.2014). Der Betrag von Fr. 15 000.– bezweckt offensichtlich nicht die Deckung der tatsächlichen Weiterbildungskosten, und die Kostenbeteiligung bezieht sich lediglich auf die Kosten der strukturierten Weiterbildung der Assistenzärztinnen und Assistenzärzte. Zusätzlich ist festzuhalten, dass die Kosten für erteilte Lehre der Studierenden im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. a VKL und für andere Medizinalberufe nicht Gegenstand der WFV sind. Mit Blick auf die Überlegungen der GDK im Zusammenhang mit der Weiterbildungsfinanzierung wird es in künftigen Tariffestlegungsjahren geboten sein, die Höhe der Ausscheidung der Kosten der Lehre und Forschung detaillierter nachzuweisen.

**16.2.3** Die GDK empfiehlt die Ausscheidung der Kosten der erteilten *strukturierten* ärztlichen Weiterbildung (GDK-Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung S. 4). Nach dieser Auffassung wären die Kosten der nicht strukturierten universitären Weiterbildung Gegenstand der von der OKP zu leistenden Vergütungen. Die unstrukturierte Weiterbildung umfasst gemäss der Definition des BFS « Tätigkeiten in den Bereichen Betreuung und Lernen in direktem Zusammenhang mit den Patienten der Assistenzärzte und Oberärzte ohne eidgenössischen Weiterbildungstitel, wie es im Spezialisierungsstudiengang zur Erlangung des eidgenössischen Weiterbildungstitels vorgesehen ist » (wiedergegeben im Schlussbericht vom 4. April 2012 der Themengruppe « Finanzierung der ärztlichen Weiterbildung » zur Sicherung der Finanzierung und Qualität der ärztlichen Weiterbildung, nachfolgend: Empfehlungen zur Weiterbildungsfinanzierung, Anhang 2, < <http://www.fmh.ch/bildung-siwf/themen/finanzierung-aerztliche-wb.html> >, abgerufen am 01.05.2014). Damit wird das Lernen während des Arbeitsprozesses berücksichtigt (Kuppelproduktion; DUBACH/SPYCHER, a.a.O., S. 12 ff.). Gemäss der Auflistung in Anhang 2 der Empfehlung zur Weiterbildungsfinanzierung bildet die « praktische Bildung » einen Bestandteil der unstrukturierten

Weiterbildung. Nach Art. 49 Abs. 3 Bst. b KVG dürfen die Vergütungen der OKP keine Kostenanteile für universitäre Lehre enthalten. Gemäss Art. 7 Abs. 1 VKL umfasst die universitäre Lehre auch die Weiterbildung und nebst der theoretischen auch die praktische Ausbildung. Eine Grundlage für die von der GDK getroffene Unterscheidung zwischen strukturierter und nicht strukturierter Lehre findet sich in der Rechtsordnung nicht. Im Rahmen der Empfehlungen zur Weiterbildungsfinanzierung wurde festgehalten, die Kosten der in Kuppelproduktion mit der Patientenversorgung erbrachten Bildungsleistung seien – zumindest innert nützlicher Frist und ohne unverhältnismässigen Aufwand – nicht zu quantifizieren (Empfehlungen zur Weiterbildungsfinanzierung Ziff. 4 S. 7 f.). Anzumerken ist, dass diese Ausführungen im Zusammenhang mit der Begründung der finanziellen Beteiligung der Kantone an den Weiterbildungskosten erfolgten, wobei eine möglichst genaue Quantifizierung in jenem Kontext eine Grundvoraussetzung bilde. Auch in der Vorstudie zur Erhebung der Kosten der ärztlichen Weiterbildung wird darauf hingewiesen, dass die Grenzkosten der Lehre bei gemischten Tätigkeiten empirisch nicht ermittelt werden könnten, und die mit solcher Lehrtätigkeit verbundenen Produktionseinbussen von den beteiligten lehrenden Ärztinnen und Ärzten nur geschätzt werden könnten (vgl. DUBACH/SPYCHER, a.a.O., S. 14). Nach Art. 8 ZGB hat diejenige Partei die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, welche aus den behaupteten und unbewiesenen gebliebenen Tatsachen Rechte ableitet (vgl. BVGE 2014/3 E. 4.3; in BVGE 2010/14 [Urteil C-4308/2007 vom 13. Januar 2010] nicht publizierte E. 6.6.2). Es ist daher im vorliegenden Kontext nicht zu beweisen, dass gemeinwirtschaftliche (bzw. Nicht-OKP-)Leistungen erbracht werden, sondern dass die ausgewiesenen Kosten ausschliesslich OKP-pflichtige Leistungen betreffen (BVGE 2014/3 E. 7.4.3). Aus dem Umstand, dass Mehrkosten aus Kuppelproduktion nur schwer erfassbar sind, kann somit nicht abgeleitet werden, dass solche Kostenanteile nicht auszuschneiden seien und damit Gegenstand der von der OKP zu leistenden Vergütungen sein sollen. Soweit durch die universitäre Aus- und Weiterbildung zusätzliche Kosten entstehen, sind diese demnach grundsätzlich als gemeinwirtschaftliche Leistungen auszuschneiden, auch wenn diese in der Form von Mehrkosten im Zusammenhang mit gemischten Tätigkeiten entstehen. Um die Einheitlichkeit der Berechnung der benchmarking-relevanten Kosten mit Blick auf die Auswahlfunktion (vgl. E. 6.2) zu gewährleisten, sind einheitliche Vorgaben oder Richtlinien zu einer möglichst praktikablen Erfassung unabdingbar (vgl. E. 16.1.7; BVGE 2014/3 E. 6.6).

**16.2.4** Sowohl für die Umsetzung der Verpflichtung zu schweizweiten Betriebsvergleichen nach Art. 49 Abs. 8 KVG als auch für zukünftige Tariffestsetzungs- oder Genehmigungsbeschlüsse wird es unabdingbar sein, die Kosten der universitären Lehre und Forschung realitätsgetreu zu ermitteln oder abzuschätzen, wobei sich für die Tarifpartner und die Festsetzungs- und Genehmigungsbehörden ein strengerer Prüfungsmassstab aufdrängt. Gemäss REKOLE<sup>®</sup>-Vorgaben handelt es sich bei den Kosten für Forschung und universitäre Lehre um Betriebskosten. Dabei ist es aber unter anderem aus Finanzierungsgründen notwendig, die gesamten Kosten für Forschung und universitäre Lehre zu identifizieren, zu unterscheiden und zu ermitteln (Handbuch REKOLE<sup>®</sup> S. 226). Es ist mindestens ein Kostenträger für universitäre Ausbildung, einer für universitäre Weiterbildung und ein Kostenträger für Forschung zu führen (Handbuch REKOLE<sup>®</sup> S. 231–232). Die Ermittlung der Kosten für Forschung und universitäre Lehre baut auf einer Tätigkeitserhebung auf (Handbuch REKOLE<sup>®</sup> S. 229 ff.). Diese Tätigkeitserhebung hat nach national einheitlich festgelegten Minimalanforderungen zu erfolgen. H+ empfiehlt ihren Mitgliedern, sich von den Ansätzen, die das BFS oder das Universitätsspital Zürich festgelegt haben, inspirieren zu lassen. Beide Ansätze bauen auf denselben Grundsätzen auf (Handbuch REKOLE<sup>®</sup> S. 232). Aufgrund geeigneter Richtlinien zur massgebenden Erhebungsmethode und zu den massgebenden Kriterien sowie der REKOLE<sup>®</sup>-Vorgaben wird es möglich werden, die für die Kostenausscheidung massgebenden Daten zu erheben. Ob die Kosten der universitären Lehre und Forschung aufgrund der gewonnenen Erfahrungen und unter Berücksichtigung neuer Erkenntnisse zukünftig durch datenbasierte Normabzüge sachgerecht ausgeschieden werden können, wird sich zeigen.

**16.2.5** Im Verwaltungsverfahren um Festsetzung oder Genehmigung von Spitaltarifen muss für die Parteien transparent nachvollziehbar sein, wie die Kosten der OKP-pflichtigen Leistungen berechnet und die nicht OKP-pflichtigen Kosten ausgeschieden wurden. Die Verpflichtung zur transparenten Ausscheidung dieser Kostenanteile beschlägt daher nicht nur die Spitäler, sondern auch die Festsetzungs- und Genehmigungsbehörden.

**16.3** Zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen – deren Kosten nicht in die Fallpauschale (bzw. in den Basisfallwert) einfließen dürfen – gehören nebst der universitären Lehre und Forschung auch die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen (Art. 49 Abs. 3 Bst. a KVG). Wie sich aus dem Wort « insbesondere » ergibt, ist

die Aufzählung im Gesetz nicht abschliessend, sodass weitere gemeinwirtschaftliche Kosten auszuscheiden sind.

**16.3.1** Im angefochtenen Beschluss wurde die Ausscheidung von Kosten für die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen nicht thematisiert. Tarifsuisse macht in ihrer Beschwerde geltend, bei den Notfall-Vorhalteleistungen handle es sich um gemeinwirtschaftliche Leistungen, welche nicht ausgeschieden worden seien. Eine Auseinandersetzung mit den Kosten der Notfallstationen folgt unter E. 21.

**16.3.2** Tarifsuisse macht weiter geltend, die Palliativ-Pflege, die patientenbezogene Prävention, der Sozialdienst, die Spitalseelsorge, die Epidemie-Vorsorge, die Rechtsmedizin, der Betrieb eines geschützten Spitals sowie die medizinische Vorsorge für Notlagen und Katastrophen würden zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen gehören, und deren Kosten hätten entgegen dem angefochtenen Beschluss ausgesondert werden müssen. Die Vorinstanz bringt dagegen vor, gemäss den Vorgaben der Gesundheitsdirektion seien diese Kosten in einer Nebenkostenstelle oder als separate Kostenträger ausgewiesen worden. Aus den Leistungs- und Kostendaten der Spitäler sei ersichtlich, dass die Kosten gemeinwirtschaftlicher Leistungen nicht in die Kosten der stationären Behandlungen einflössen. Die Kosten der Palliativpflege im Akutspital seien hingegen KVG-Pflichtleistungen.

**16.3.3** Unbestritten ist der Grundsatz, dass gemeinwirtschaftliche Leistungen auszuscheiden sind und nicht in die Kosten der stationären Behandlung einfliessen dürfen. Die Argumentation der Vorinstanz ist nachvollziehbar, weshalb darauf abzustellen ist.

**17.** Ob die Bestimmung des Benchmarks durch die Vorinstanz sachgerecht erfolgte, ist in einer Gesamtwürdigung zu beurteilen. Unter altem Recht wirkten sich Differenzen bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten *direkt* auf die (Kosten-)Tarife aus. Im neuen System sind die Kostenermittlungen demgegenüber Ausgangsbasis für das Benchmarking und wirken sich *indirekt* auf die Tarife der einzelnen Spitäler aus (vgl. E. 6.2; Referenzfunktion). Eine sachgerechte Bestimmung der benchmarking-relevanten Betriebskosten ist auch nach revidiertem Recht nach wie vor erforderlich. Zurzeit fehlen allerdings notwendige Voraussetzungen zur Bestimmung der schweregradbereinigten Fallkosten, und ein idealtypisches Benchmarking kann von den Kantonsregierungen in dieser Situation nicht verlangt werden. Im Rahmen des Benchmarkings stehen

verschiedene Faktoren mit Bewertungs- und Ermessensspielräumen zur Disposition (vgl. E. 5.4; BVGE 2014/3 E. 10.1.4), und selbst bei Über- oder Unterbewertungen einzelner Positionen kann im Ergebnis ein vertretbarer Benchmark resultieren. Auch wenn beim Benchmarking der Vorinstanz Mängel festzustellen sind, weist der angefochtene Entscheid insgesamt eine gute Qualität auf. Unter Berücksichtigung der Schwierigkeiten in der Einführungsphase des neuen Rechts und der Gesamtsituation ist das von der Vorinstanz vorgenommene Benchmarking der nicht-universitären Spitäler daher nicht zu beanstanden. Nach der Einführungsphase werden bei der Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten an den Nachweis der buchhalterischen Abgrenzungen verschärfte Anforderungen zu stellen sein. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass der von der Vorinstanz ermittelte Benchmark von Fr. 8 408.– nicht zu beanstanden ist.

**18.** Zur Ermittlung des Referenzwertes nahm die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss verschiedene Anpassungen in der Form von prozentualen Zuschlägen zum Benchmark vor. Dabei handelt es sich um tarifrelevante Positionen, welche nicht in die benchmarking-relevanten Basiswerte eingeflossen sind (Normzuschlag für Anlagenutzungskosten, Teuerung zwischen Basisjahr und Folgejahr, Kostensteigerung infolge der Zürcher Besoldungsrevision und Mehrkosten infolge von Fallzusammenführungen). Keine Zuschläge wurden gemacht für Innovationen, Qualitätssicherung und für eine Schwankungsreserve zur Bildung von Risikokapital.

**18.1** Unbestritten sind die von der Vorinstanz berücksichtigten Zuschläge für die Anlagenutzungskosten und Teuerung.

**18.2** Umstritten ist der von der Vorinstanz vorgenommene Zuschlag für die Steigerung der Personalkosten aufgrund der im Jahre 2010 in Kraft getretenen Besoldungsrevision.

**18.2.1** Die Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse rügt, der Zuschlag für die Besoldungsrevision sei nicht rechtmässig. Soweit sich die Besoldungsrevision ausgewirkt habe, seien deren Folgekosten bereits in den Betriebskosten des Jahres 2010 enthalten. Soweit sie sich im Jahr 2010 nicht ausgewirkt habe, dürften die Folgekosten nicht der OKP belastet werden. Die Preisüberwachung und das BAG äussern Zweifel an der Zulässigkeit eines gleichmässigen Zuschlages für alle Spitäler unter diesem Titel. Die Vorinstanz führt aus, die Besoldungsrevision führe im Tarifjahr 2012 bei den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitä-

lern im Vergleich zum Datenjahr 2010 zu einer Erhöhung der Personalkosten. Die gewählte Berechnungsmethode sei sachgerecht.

**18.2.2** Nach der Praxis des Bundesrates waren bei der Bestimmung der anrechenbaren Kosten grundsätzlich die Betriebskosten des Basisjahres massgebend. Darüber hinaus wurden aber auch Kosten als anrechenbar betrachtet, die auf Budgetdaten basierten, sofern diese Kosten bei Erlass des Tarifs durch den Regierungsrat ausgewiesen waren und im Tarifjahr wirksam wurden (...). Die Berücksichtigung von prospektiven Kosten, welche im Tarifjahr mit Sicherheit anfallen, ist auch bei der Ermittlung des Referenzwertes nach neuem Recht sachgerecht (BVG 2014/3 E. 3.5.2). Per 1. Juli 2010 ist im Kanton Zürich die strukturelle Besoldungsrevision in Kraft getreten (Regierungsratsbeschluss vom 2. Dezember 2009 zur Änderung der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz, LS 177.111). Die mit der Besoldungsrevision verbundene Steigerung der Personalkosten wirkte sich nur in der zweiten Hälfte des Basisjahres 2010 aus. Im Tarifjahr 2012 wirkte sich die Besoldungsrevision demgegenüber während des ganzen Jahres aus. Es ist daher sachgerecht, diese prospektiven Mehrkosten zur Bestimmung des Referenzwertes aufzurechnen. Die von der Vorinstanz angewendete Methode, die Mehrkosten mit einem zahlenbasiert ermittelten prozentualen Zuschlag zu berechnen, liegt im sachgerechten Ermessen der Vorinstanz (vgl. E. 5.4).

**18.3** Umstritten ist weiter der von der Vorinstanz vorgenommene Zuschlag für Fallzusammenführungen.

**18.3.1** Der Zuschlag für Fallzusammenführungen wird von der Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse bemängelt. Dieser Zuschlag widerspreche dem Grundsatz, wonach ein Wechsel des Tarifmodells keine Mehrkosten verursachen dürfe (Art. 59c Abs. 1 Bst. c KVV). Den Zuschlag begründet die Vorinstanz mit der Notwendigkeit, bei der Einführung des Tarifsystems SwissDRG Fälle zusammenzuführen. Dies führe zu einer Minderung der Fallzahlen im Jahr 2012 und damit zu einer Erhöhung der Kosten pro Fall. Ein Zuschlag von 1 % pro Fall sei notwendig und sachgerecht. Aufgrund der Reduktion der Fallzahlen blieben die Gesamtkosten bei der gewählten Berechnungsmethode unberührt. Das BAG führt dazu aus, die Tarifstruktur SwissDRG 1.0 sehe auch Ausnahmen von der Fallzusammenführungsregel vor. Es sei zweifelhaft, ob die Leistungserbringung bei zusammengeführten Fällen wirtschaftlich sei, und die aus Fallzusammenführungen entstehenden zusätzlichen Kosten dürfen nicht der OKP belastet werden.

**18.3.2** Gewisse Konstellationen führen dazu, dass die verschiedenen Aufenthalte im betreffenden Spital zu einem Fall zusammengefasst werden und eine Neugruppierung in eine Fallpauschale vorgenommen wird. Die Diagnosen und Behandlungen der zusammengeführten Fälle sind dabei so zu kodieren, wie wenn die gesamte Behandlung nur in einem Aufenthalt erfolgt wäre (vgl. dazu: SwissDRG AG, Regeln und Definitionen zur Fallabrechnung unter SwissDRG, 2011, S. 11 f., < [http://www.swissdr.org/de/07\\_casemix\\_office/Tarifdokumente\\_Archiv.asp](http://www.swissdr.org/de/07_casemix_office/Tarifdokumente_Archiv.asp) >, abgerufen am 04.06.2014). Die Fallzusammenführungen und die damit verbundene veränderte Fallzählung bewirken, dass die Fallzahlen im Tarifjahr 2012 – bei gleicher Behandlungsmenge – tiefer ausfallen als im Basisjahr 2010. Da bei der Herleitung der benchmarking-relevanten Basiswerte die (höheren) Fallzahlen des Jahres 2010 verwendet wurden, kann ein Zuschlag gerechtfertigt werden. Die von tarifsuisse vorgebrachte Rüge, der Zuschlag widerspreche dem Grundsatz, wonach ein Wechsel des Tarifmodells keine Mehrkosten verursachen dürfe, ist nicht begründet. Das Vorgehen der Vorinstanz ist vertretbar, und die mangels genauer Datengrundlagen erfolgte Schätzung des Zuschlagsfaktors liegt in deren sachgerechtem Ermessen (vgl. E. 5.4).

**18.4** Für Zürcher Spitäler errechnete die Vorinstanz ein Total der allgemeinen Zuschläge von 12.49 %. Nach Aufrechnung dieser Zuschläge zum Benchmark von Fr. 8 408.– gelangte sie zu einem Referenzwert für nicht-universitäre Spitäler von gerundet Fr. 9 460.–.

**19.** Die Preisüberwachung empfahl für die Zürcher nicht-universitären Spitäler einen Referenzwert in der Höhe von maximal Fr. 8 974.–. Die Vorinstanz ist im angefochtenen Entscheid von den Tarifempfehlungen der Preisüberwachung abgewichen. In diesem Fall prüft das Gericht, ob die Kantonsregierung die Abweichung nachvollziehbar begründet hat.

**19.1** Gemäss den Ausführungen der Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse ist der Stellungnahme der Preisüberwachung bei der Tarifgestaltung ein hohes Gewicht einzuräumen, namentlich mit Blick auf deren Unabhängigkeit von den an den Tarifverhandlungen nicht beteiligten Versicherten und Prämienzahlern. Durch die einheitliche Methode und das schweizweite Benchmarking könne sichergestellt werden, dass eine einheitliche Bemessung unter den verschiedenen Kantonen stattfinde. Die Festsetzung der Basisfallwerte über dem Niveau der Empfehlungen der Preisüberwachung sei bundesrechtswidrig. Zur Begründung der Abweichung von der Tarifempfehlung der Preisüberwachung führt die Vorinstanz aus,

das Benchmarking der Preisüberwachung sei nicht aufgrund einer repräsentativen Vergleichsbasis erfolgt und daher für die Tariffindung nicht geeignet. Die Orientierung der Preisüberwachung am effizientesten und günstigsten Leistungserbringer widerspreche dem Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG und würde die Spitalversorgung gefährden.

**19.2** Die Vorinstanz hat für das Gericht nachvollziehbar begründet, warum sie nicht der Tarifempfehlung der Preisüberwachung und deren Methode des Benchmarkings gefolgt ist (vgl. E. 9.2 und 14; BVGE 2014/3 E. 3 ff.).

**20.** Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz im Rahmen des ihr in der Einführungsphase zugestandenen Ermessens (vgl. E. 5.4) bei der Tariffestsetzung von einem Referenzwert für die nicht-universitären Spitäler von Fr. 9 460.– ausgehen durfte.

**21.** Ausgehend vom ermittelten Referenzwert nahm die Vorinstanz für Spitäler ohne Notfallstation einen Abzug von Fr. 200.– und für Spitäler mit Notfallstation einen Zuschlag von Fr. 20.– vor, sodass der Basisfallwert für Spitäler mit Notfallstation auf Fr. 9 480.– und derjenige für Spitäler ohne Notfallstation auf Fr. 9 280.– festgesetzt wurde. Diese Tariffdifferenzierung ist umstritten.

**21.1** Tarifsuisse macht geltend, von den Notfalleleistungen seien die Notfall-Vorhalteleistungen der Spitäler zu unterscheiden. Da die OKP-Vergütungen nicht das « Warten auf Leistungen » decken würden, dürften Vorhalteleistungen nicht der OKP belastet werden. Die Mehrkosten der Spitäler mit Notfallaufnahme seien gemeinwirtschaftliche Leistungen, die von den benchmarking-relevanten Betriebskosten abzugrenzen seien. Eine Tariffdifferenzierung sei systemwidrig. Für die Regelung tarifstruktureller Fragen sei die SwissDRG AG (mit Genehmigung durch den Bundesrat) und nicht die Vorinstanz zuständig. Diese Auffassung wird auch vom BAG gestützt. Auch die Preisüberwachung vertritt die Ansicht, von einer Preisdifferenzierung zwischen Spitälern mit und ohne Notfallstation sei abzusehen, billigt den Spitälern mit Notfallaufnahme aber eine tiefere Mindestauslastung zu (85 % statt 90 %).

**21.2** Die Vorinstanz macht demgegenüber geltend, die Bereitstellung eines Notfalldienstes gehöre zu den Pflichtleistungen der Spitalversorgung. Sofern im Rahmen der Spitalplanung sichergestellt sei, dass keine Überversorgung bestehe, handle es sich bei den Mehrkosten der Spitäler mit Notfallstation nicht um gemeinwirtschaftliche Leistungen. Die Leistungsaufträge der Zürcher Spitäler mit Notfallaufnahme würden auf einer

Planung für bedarfsgerechte Versorgung beruhen, weshalb keine Überkapazitäten bestünden. In einer Mehrheit der Fälle kämen sowohl bei Notfallbehandlungen als auch für die elektiven Behandlungen die gleiche DRG zur Anwendung. Bei der Ausarbeitung der Tarifstruktur seien die Kostengewichte dieser DRG durch einen Mix von Notfallbehandlungen und elektiven Eingriffen bestimmt worden. Statistische Auswertungen hätten gezeigt, dass die schweregradbereinigten Fallkosten von Notfallbehandlungen rund Fr. 400.– über denjenigen vergleichbarer elektiver Behandlungen lägen. Dabei handle es sich nicht um Kosten von Vorhalteleistungen oder um Stillstandskosten, sondern um Mehrkosten, die durch die Ausrichtung eines Spitals auf Dringlichkeit verursacht würden. Es sei ausgewiesen, dass dadurch Mehrkosten entstünden, auch wenn diese betragsmässig kaum bestimmbar seien. Andere Erklärungen für diese Kostenunterschiede seien nicht gefunden worden. Obwohl in der Notfallsituation zusätzliche Kosten entstünden, resultiere die gleiche Vergütung wie bei der Elektivbehandlung. Dies führe systematisch zu überhöhten Vergütungen bei Spitälern ohne Notfallstation. Die Problematik sei in Deutschland erkannt und mit einer Spezialnorm geregelt worden. Auch die GDK habe empfohlen, eine entsprechende Tariffdifferenzierung vorzunehmen. Die Preisüberwachung anerkenne indirekt, dass Spitäler mit Notfallaufnahme höhere Kosten hätten, indem diesen eine geringere Mindestauslastung zugebilligt werde. Die im angefochtenen Beschluss erfolgte Lösung sei sachgerecht.

**21.3** Zu prüfen ist vorerst, ob im Zusammenhang mit der Behandlung von Notfällen Kosten gemeinwirtschaftlicher Leistungen auszuscheiden sind.

**21.3.1** Das KVG und die KVV äussern sich nicht direkt dazu, ob stationäre Behandlungen bei einem medizinischen Notfall als OKP-Pflichtleistungen zu vergüten sind. Die Formulierung von Art. 58e Abs. 3 KVV lässt darauf schliessen, dass der Leistungsauftrag zur Führung einer Notfallstation beziehungsweise zum « Notfalldienst » nach den Regeln der obligatorischen Krankenversicherung zu finanzieren ist. Das Gesetz regelt ausserdem die Vergütungspflicht bei Notfallbehandlungen in Spitälern, die nicht auf der Spitalliste des Wohnkantons aufgeführt sind (Art. 41 Abs. 2 und 3<sup>bis</sup> KVG), und auf Verordnungsebene ist die Vergütung der Kosten von Behandlungen, die in Notfällen im Ausland erbracht werden, geregelt (Art. 36 Abs. 2 KVV). Wenn das Gesetz in diesen Fällen die Vergütungspflicht für Notfallbehandlungen auch in Abweichung vom Listenprinzip (Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG) vorsieht, muss vorausge-

setzt sein, dass eine Vergütungspflicht für stationäre Notfallbehandlungen grundsätzlich besteht. Hinweise zur Leistungspflicht bei Notfallbehandlungen finden sich auch in Art. 41a Abs. 2 KVG (Aufnahmepflicht bei Notfällen) und Art. 64a Abs. 7 KVG (Leistungsaufschub bei Prämienausständen). Somit sind auch stationäre Behandlungen bei einem medizinischen Notfall als OKP-Pflichtleistungen und damit durch die Fallpauschalen abzugelten.

**21.3.2** Da es sich bei den stationären Notfallbehandlungen um über die Spitaltarife abzugeltende OKP-Pflichtleistungen handelt, sind deren Kosten für die Tarifberechnung relevant. Dies zeigt sich auch darin, dass zur Bewertung der Kostengewichte für die Tarifstruktur SwissDRG sowohl die Daten von Elektivbehandlungen als auch von Notfallbehandlungen erhoben worden sind. Da die Kosten der stationären Notfallbehandlungen tarifrelevant sind, ist eine Ausscheidung solcher Kostenanteile als gemeinwirtschaftliche Leistungen nicht sachgerecht.

**21.3.3** Damit ein Spital medizinische Notfälle versorgen kann, muss es seine Organisation auf dringende Fälle ausrichten. Dazu benötigt es erhöhte Flexibilität und Verfügbarkeit, dauernd freie Aufnahmekapazitäten, Pikettdienst und zusätzliche Personalaufwände. Spitäler, welche nicht über eine Notfallaufnahme verfügen, haben demgegenüber den Vorteil, dass keine dringenden Fälle behandelt und keine entsprechenden organisatorischen Vorkehrungen getroffen werden müssen. Deren Planbarkeit des Einsatzes von Personal, Material und Infrastruktur ist erhöht. Dies führt beim Spital, welches sich ausschliesslich auf Elektivbehandlungen ausrichten kann, notwendigerweise zu einer Effizienzsteigerung und zu tieferen Betriebskosten. Aus diesem Grund wurde den Spitälern mit Notfallaufnahme nach der unter altem Recht entwickelten Praxis im Zusammenhang mit den Überkapazitätsabzügen eine tiefere Minimalauslastung zugebilligt (BVGE 2012/18 E. 12.2; 2010/25 E. 6.1 m.H. auf RKUV 6/1997 S. 388; RKUV 6/1997 S. 359 f.; [...] vgl. auch RKUV 3/2002 KV 220 [nur elektronische Publikation] E. 10.2). Auch REKOLE® geht davon aus, dass die aus der Notfallbehandlung entstehenden Kosten aus Sicht des betrieblichen Rechnungswesens zu den fallabhängigen Leistungen beziehungsweise Kosten gehören (Handbuch REKOLE® S. 289).

**21.3.4** Als Kosten von OKP-Pflichtleistungen sind auch diese Mehrkosten der Notfallspitäler grundsätzlich nicht als gemeinwirtschaftliche Leistungen auszuscheiden. Ob darüber hinausgehende Mehrkosten, welche zum Beispiel als Folge der Aufrechterhaltung einer an sich zu klei-

nen oder schlecht ausgelasteten Notfallstation entstehen, als gemeinwirtschaftliche Leistungen auszuscheiden wären, ist vorliegend nicht zu entscheiden. Die Ausführungen der Vorinstanz, wonach die Leistungsaufträge der Zürcher Spitäler für die Führung einer allgemein zugänglichen Notfallstation auf der Planung einer bedarfsgerechten Versorgung beruhen und keine Überkapazitäten bestehen, sind plausibel. Auch seitens der Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse werden keine substantiierten Einwände geltend gemacht, welche die Aussage der Vorinstanz, die Notfallstationen seien zur Versorgung der Bevölkerung nötig und überdies ausgelastet, widerlegen. Da im Zusammenhang mit der Notfallversorgung von den Zürcher Spitalern keine gemeinwirtschaftlichen Leistungen erbracht werden, ist die Ausscheidung von solchen Kostenanteilen vorliegend nicht geboten.

**21.4** Weiter ist zu prüfen, ob die von der Vorinstanz vorgenommene Tariffdifferenzierung für Spitäler mit und ohne Notfallaufnahme rechtmässig ist.

**21.4.1** Wenn Notfallbehandlungen gegenüber elektiven Behandlungen, welche nach derselben DRG abgerechnet werden, mit höheren Kosten verbunden sind, werden Spitäler, welche ausschliesslich Elektivbehandlungen anbieten, privilegiert. Die SwissDRG AG führt in ihrem Bericht aus, sowohl elektive Behandlungen wie auch Notfallbehandlungen gehörten zum normalen Leistungsspektrum eines Spitals. Das Kriterium sei jedoch nicht weiter untersucht worden. Die Empfehlungen der GDK zur Wirtschaftlichkeitsprüfung erwähnen Spitäler ohne Notfallstation als Beispiel, welches Tariffdifferenzierungen als Folge des noch nicht ausreichenden Differenzierungsgrades der Tarifstruktur rechtfertigen könne (Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung S. 8). Auch das deutsche Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze vom 29. Juni 1972 (Krankenhausfinanzierungsgesetz, KHG) sieht in § 17b Abs. 1 einen Abschlag pro Fall für Krankenhäuser ohne Notfallstation vor. Für die Zukunft erscheinen in diesem Zusammenhang Abklärungen und gegebenenfalls Anpassungen und Weiterentwicklungen der Tarifstruktur auf nationaler Ebene geboten (Art. 49 Abs. 2 KVG). Der Entscheid der Vorinstanz, für Spitäler mit und ohne Notfallaufnahme verschiedene Basisfallwerte festzulegen, bedeutet keinen systemwidrigen Eingriff in die Tarifstruktur (vgl. E. 22.7) und ist zumindest in der Einführungsphase vertretbar.

**21.5** Zur Quantifizierung der Differenzierung stützt sich die Vorinstanz auf Statistiken über die Fallkostenunterschiede von Spitalern mit

und ohne Notfallstationen und über die Verteilung von Elektiv- und Notfallpatientinnen und -patienten in den Spitälern mit Notfallstation. Die Berechnung der Vorinstanz ist nachvollziehbar, und der Zuschlag von Fr. 20.–, welcher für die beiden Stadtspitäler zum Referenzwert hinzugefügt wurde, ist nicht zu beanstanden.

**22.** Die Vorinstanz verglich nicht-universitäre Zürcher Spitäler in einer Benchmarking-Gruppe und ermittelte für diese Gruppe einen einheitlichen Referenzwert. Spitalindividuelle Tariffdifferenzierungen erfolgten nur für Spitäler ohne Notfallaufnahme. Umstritten ist, ob die der Tarifstruktur SwissDRG 1.0 zugrunde liegende Datenlage genügt, um darauf basierende Vergleiche der schweregradbereinigten Fallkosten anzustellen. Weiter ist umstritten, ob aufgrund von Mängeln der Tarifstruktur oder besonderen Leistungen der Spitäler Korrekturmassnahmen bei den Basisfallwerten vorzunehmen sind.

**22.1** In diesem Zusammenhang wird von den Parteien Folgendes vorgetragen:

**22.1.1** In ihren Eingaben bringt die Stadt Zürich vor, die Datenqualität der Tarifstruktur SwissDRG 1.0 sei uneinheitlich und wenig ausgereift. Wegen Mängeln in der Abbildungsgenauigkeit könne sie nicht als taugliche Grundlage für ein Benchmarking unter Spitälern herangezogen werden. Bei dieser Beurteilung stützt sich die Stadt Zürich auf das von ihr beigebrachte Parteigutachten OGGIER. Als Indikator für die Gesamtgüte des Systems könne die Varianzreduktion ( $R^2$ ) dienen. Der  $R^2$ -Wert der Tarifstruktur SwissDRG 1.0 betrage 0.75, wenn nur die Inlier-Fälle (Normallieger bzw. Fälle, deren Aufenthaltsdauer mindestens bei der unteren Grenzverweildauer und maximal bei der oberen Grenzverweildauer liegt) berücksichtigt, und 0.6 wenn alle Fälle (inkl. Outlier-Fälle, d.h. Patienten mit einer Aufenthaltsdauer unterhalb der unteren Grenzverweildauer [Kurzlieger/Low Outlier] und oberhalb der oberen Grenzverweildauer [Langlieger/High Outlier]) einbezogen würden. Da für die Maximalversorger auch die Outlier-Fälle entscheidend seien, sei zur Beurteilung des Systems der Wert für die gesamten Fälle relevant. Ein Vergleich mit der deutschen Tarifstruktur zeige, dass der entsprechende Wert dort 0.761 betrage. Mit einem relevanten  $R^2$ -Wert von 0.6 sei die SwissDRG-Tarifstruktur 1.0 ungenügend. Da verschiedene Leistungen mit den Kostengewichten der SwissDRG-Tarifstruktur 1.0 unterbewertet seien, würden Spitäler, welche vermehrt in solchen Bereichen Leistungen erbrächten, unterentschädigt. Die Mängel der Tarifstruktur würden durch die Verteilung der Patientinnen und Patienten nicht kompensiert. In der

Medizin gebe es keine Normalverteilung der Patientinnen und Patienten nach dem Zufallsprinzip. Medizin funktioniere nach dem Zuweisungsprinzip. Medizinisch schwierigere Fälle würden denjenigen Spitälern zugewiesen, welche für die Behandlung solcher Fälle als besonders geeignet erachtet würden. Diese Spitäler hätten überproportional schwere Fälle zu behandeln. Die Einführung einheitlicher und tragfähiger Pauschalen in der Tarifstruktur nehme noch Zeit in Anspruch. Es liege an den Tarifpartnern beziehungsweise an der Tariffestsetzungs- und Genehmigungsbehörde, die Unzulänglichkeiten des heutigen SwissDRG-Systems auszugleichen. Zum Ausgleich von solchen Systemunzulänglichkeiten seien bei der Einführung der DRG in Deutschland differenzierte Baserates festgelegt worden. Die Problematik sei auch von der SwissDRG AG ausdrücklich anerkannt worden. Auch die Vorinstanz gehe von einem Verzerrungseffekt aus, indem zumindest für Universitätsspitäler andere Basisfallwerte festgesetzt und genehmigt worden seien.

**22.1.1.1** Mit Bezug auf das STZ macht die Stadt Zürich in ihrer Beschwerde geltend, dieses habe unter den Leistungserbringern des Kantons Zürich eine besondere Stellung und erfülle einen besonderen Versorgungsauftrag. Es erbringe Leistungen auf universitärem Niveau und behandle überdurchschnittlich viele ältere Patientinnen und Patienten. Für einen relevanten Anteil von Leistungen erfülle das STZ die Funktion eines Endversorgerspitals, welches von anderen Spitälern erhalte, die es nicht weiterweisen könne. Der durchschnittliche Schweregrad der Behandlungen habe im Jahr 2010 bei 1.0528 gelegen. Die hochdefizitären Fälle (Verlust > Fr. 30 000.–) seien ungleich auf die Spitäler verteilt, und das STZ behandle gegenüber den übrigen Grund- und Zentrumsspitalern wesentlich mehr solche Fälle. Die teiluniversitären und hochspezialisierten Leistungen sowie das besondere Patientengut (hoher Anteil von älteren Patientinnen und Patienten) des STZ führten im Vergleich zu den übrigen Zentrumsspitalern zu Mehraufwand. Die damit verbundenen Mehrkosten würden durch die Tarifstruktur nicht genügend aufgefangen. Der hohe Anteil hochdefizitärer Fälle führe zu einem Sockeldefizit von rund Fr. 1 000.– pro Fall. Unter Anwendung der alten Tarifordnung habe dies – im Vergleich zu Grundversorger- und Zentrumsspitalern – zu höheren Tarifen für das STZ geführt. Es sei daher notwendig, für Spitäler, welche eine Position zwischen den Zentrumsspitalern und den Universitätsspitalern einnehmen würden, tarifarisch eine weitere Kategorie anzuerkennen. Für andere Spitäler in vergleichbarer Situation (LUKS, KSA, KSSG) seien höhere Tarife vereinbart worden, und der Regierungsrat des Kantons Luzern habe für das

LUKS einen Basisfallwert von Fr. 10 325.– festgelegt. Die Nichtberücksichtigung der Mehrleistungen bei der Tarifierung führe zu einer rechtsungleichen Behandlung.

**22.1.1.2** Mit Bezug auf das SWZ macht die Stadt Zürich geltend, dieses behandle als einzige Klinik im Kanton Zürich mit einem Leistungsauftrag in Akutgeriatrie überdurchschnittlich viele ältere Patientinnen und Patienten. Rund ein Drittel der im SWZ behandelten Personen seien 80 Jahre alt und älter. Das Spital erfülle in dieser Hinsicht die Funktion eines Endversorgerspitals. Die durchschnittliche Aufenthaltsdauer der von anderen Spitälern zugewiesenen Patientinnen und Patienten betrage über 24 Tage, die mittlere Aufenthaltsdauer der direkt zugewiesenen Patientinnen und Patienten hingegen nur 17.5 Tage. Die Endversorgerstellung des SWZ sei vom Kanton mit der Staatsbeitragsregelung anerkannt worden. Mit der Behandlung älterer Patienten seien zusätzliche Belastungen (Multimorbidität, kognitive und funktionelle Defizite, längere Genesungsphase etc.) verbunden. Insbesondere die Behandlungen dementer Personen, welche in der Akutgeriatrie gehäuft seien, führten im Durchschnitt zu erheblich höherem Aufwand. Der mit dem höheren Alter einhergehende erhöhte Pflegeaufwand sei in der SwissDRG-Tarifstruktur nicht sachgerecht abgebildet. Pflegekomplexbehandlungen würden erst in Zukunft mit neuen Pflegecodices erfasst, und diese flössen frühestens per 2016 in die DRG-Tarifstruktur ein. Die Fallkosten der Klinik für Akutgeriatrie seien im Verhältnis zu den durchschnittlichen Fallkosten der Benchmark-Spitäler erheblich höher. Die Behandlungen der Patientinnen und Patienten des SWZ seien in der Tarifstruktur nicht adäquat abgebildet, unter anderem, da bei der Berechnung der mittleren Fallkosten die Langlieger (High Outlier) nicht berücksichtigt und die mit der Altenpflege verbundenen Zusatzbelastungen nicht bewertet worden seien. Auch im SWZ betrage das Sockeldefizit infolge hochdefizitärer Fälle rund Fr. 1 000.– und sei wesentlich höher als dasjenige der anderen Grund- und Zentrumspitäler. Spitäler mit überdurchschnittlich vielen älteren Patienten und Langliegern erhielten systembedingt eine mangelhafte Vergütung, weshalb das Gleichbehandlungsgebot die Festsetzung einer höheren Baserate gebiete.

**22.1.2** Tarifsuisse führt in ihrer Beschwerdeantwort zur Beschwerde der Stadt Zürich und in der Schlussstellungnahme aus, die unterschiedliche Fallschwere sei in den Kostengewichten berücksichtigt. Mit einer Varianzreduktion ( $R^2$ ) von 0.75 der Inlier-Fälle weise die Tarifstruktur SwissDRG 1.0 bereits eine gute Leistungsabbildung aus. Die Abbil-

dingungsgenauigkeit sei genügend, um ein gesamtschweizerisches Benchmarking vorzunehmen, unabhängig von der Grösse und Breite des Behandlungsspektrums oder der Forschungsintensität der Spitäler. Es sei zwar möglich, dass sich in der Tarifstruktur noch Ungenauigkeiten versteckten. Eine Aussage darüber, ob effektiv relevante Abbildungsungenauigkeiten bestünden, könne jedoch nicht gemacht werden. Die Stadt Zürich postuliere einen Eingriff in die Tarifstruktur, wofür der Vorinstanz und dem Bundesverwaltungsgericht die Zuständigkeit fehle. Es sei von der vom Bundesrat genehmigten Tarifstruktur als rechtsrelevante Basis auszugehen. Da am STZ insgesamt Fälle mit einer durchschnittlichen Fallschwere behandelt würden, wirke sich der von der SwissDRG AG beschriebene Kompressionseffekt nicht zulasten dieses Spitals aus. Trotz eines Gesamtverlustes habe der Bereich « Herzmedizin » gut rentiert. Tarifsuisse führt aus, sie bestreite den Umstand nicht, dass die Akutgeriatrie mit höheren Kosten verbunden sei. Sie macht jedoch geltend, die Stadt Zürich könne nicht substantzieren, inwiefern die höhere Behandlungsintensität und die längere Aufenthaltsdauer in den massgebenden Kostengewichten nicht berücksichtigt seien.

**22.1.3** Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung zur Beschwerde der Stadt Zürich und in den Schlussbemerkungen aus, die Tarifstruktur sehe für zahlreiche spezialisierte und hochspezialisierte Leistungen höhere Kostengewichte vor, was zu entsprechend höheren Vergütungen führe. Allein aus der Tatsache, dass ein Spital teilweise komplexe Leistungen erbringe, könne nicht abgeleitet werden, dass das Benchmarking mit anderen nicht-universitären Spitalern nicht sachgerecht sei. Untersuchungen zeigten, dass zwischen universitären und nicht-universitären Spitalern grosse Kostenunterschiede bestünden, welche die SwissDRG-Tarifstruktur noch nicht abbilde. Diese liessen sich namentlich durch die Häufung hochdefizitärer Fälle erklären, die bei den Universitätsspitalern als Letztversorger hängen blieben. Innerhalb der Kategorie der nicht-universitären Spitäler trete keine Häufung von Fällen auf, welche von der Tarifstruktur noch nicht hinreichend abgebildet würden. Das Sockeldefizit für hochdefizitäre Fälle betrage im Durchschnitt über alle Spitäler gesehen rund Fr. 1 100.–. Das Sockeldefizit des USZ liege um Fr. 1 700.– über diesem Durchschnittswert, was für jenes Spital eine höhere Baserate rechtfertige. Die Stadtspitäler verfügten hingegen nicht über einen universitären Leistungsauftrag.

**22.1.3.1** Zum STZ führt die Vorinstanz aus, dieses erbringe zwar – wie andere Spitäler auch – spezialisierte Leistungen. Es stehe aber nicht am

Ende der Versorgerkette und sei nicht mit einem Universitätsspital vergleichbar. Zahlreiche komplexe Behandlungen könnten nur am Universitätsspital erbracht werden und das STZ könne entsprechende Fälle überweisen. Selbst im Leistungsbereich Herz (Herzchirurgie und Kardiologie) erbringe das STZ keine Leistungen auf universitärem Niveau, welche eine höhere Baserate rechtfertigen würden. Das STZ weise kein überdurchschnittliches Sockeldefizit für hochdefizitäre Fälle aus. Der Anteil der High-Outlier (Aufenthaltsdauer über der oberen Grenzwelldauer) am STZ betrage 6 % und sei nicht signifikant höher als der entsprechende Anteil bei anderen Spitälern (5.5 % im Durchschnitt). Das STZ sei auch nicht mit den von ihr aufgeführten Kantonsspitälern (KSA, LUKS und KSSG) vergleichbar, da jenen Spitälern eine regionale Endversorgerfunktion zukomme. Diese Funktion würde im Grossraum Zürich vom USZ wahrgenommen. Ein Quervergleich der Kosten anderer nicht hochspezialisierter Leistungsbereiche des STZ mit entsprechenden Kosten anderer Spitälern zeige, dass das Potenzial wirtschaftlicher Leistungserbringung beim STZ noch nicht ausgeschöpft sei. Das Benchmarking der Einkaufsgemeinschaft HSK zeige, dass die schweregradbereinigten Fallkosten der Zentrumsspitäler nicht massgeblich über den schweregradbereinigten Fallkosten der übrigen Spitälern lägen. Zahlenbasierte Argumente, welche einen höheren Tarif für Zentrumsspitäler rechtfertigten, lägen nicht vor.

**22.1.3.2** Zum SWZ führt die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung aus, die SwissDRG-Tarifstruktur sehe verschiedene Massnahmen vor, um Multimorbidität und den mit dem höheren Alter einhergehenden höheren Behandlungsaufwand adäquat abzubilden. Vielen Diagnosen seien bei älteren Patientinnen und Patienten höhere Kostengewichte zugeordnet als bei entsprechenden Diagnosen jüngerer Patienten. Multimorbiditäten wie beispielsweise Demenz seien als Komplikationsgrund berücksichtigt, was zu einer anderen DRG führen könne. Ein datengestützter, repräsentativer Nachweis, dass die SwissDRG-Tarifstruktur die Behandlungskosten für ältere Personen nicht sachgerecht abzubilden vermöge, sei nicht erbracht worden.

**22.1.4** Die Preisüberwachung und das BAG vertreten die Ansicht, die differenzierte Bewertung unterschiedlicher Leistungen sei durch die Tarifstruktur, welche tarifpartnerschaftlich vereinbart und vom Bundesrat genehmigt worden sei, vorgegeben. In einem DRG-Abgeltungssystem sei ein separates Benchmarking systemfremd. Nur in der Einführungsphase werde ein separates Benchmarking der Universitätsspitäler akzeptiert.

Die Preisüberwachung führt aus, bei Mängeln der Tarifstruktur sei diese anzupassen, und bei der Festlegung der Basisfallwerte seien keine entsprechenden Anpassungen vorzunehmen. Das BAG attestiert, dass die Tarifstruktur in der Einführungsphase vermutlich noch nicht so ausgereift sei, dass die Leistungserbringung aller Spitäler sachgerecht vergütet werde. Es obliege jedoch den Spitälern, die Abbildungsungenauigkeiten der Tarifstruktur zu erklären sowie nachzuweisen, dass Fälle behandelt worden seien, welche aufgrund der Tarifstruktur nicht sachgerecht vergütet würden, wobei nebst den defizitären auch die profitablen Fälle ausgewiesen werden müssten.

**22.2** Umstritten ist, ob für Vergleiche der schweregradbereinigten Fallkosten auf die Tarifstruktur SwissDRG 1.0 abgestellt werden kann. Zur Erarbeitung und Weiterentwicklung der Tarifstruktur wurde die SwissDRG AG von den Tarifpartnern gemeinsam mit den Kantonen eingesetzt (Art. 49 Abs. 2 KVG). Die Tarifstruktur SwissDRG 1.0 wurde dem Bundesrat zur Prüfung unterbreitet und von diesem am 6. Juli 2011 genehmigt. Mit der Einführung der Fallgruppen (DRG) wurde ein Patientenklassifikationssystem bereitgestellt, das Patienten anhand von medizinischen und weiteren Kriterien (z.B. Diagnosen, Behandlungen, Aufenthaltsdauer) in möglichst homogene Gruppen einteilt. Jeder DRG wird ein empirisch ermitteltes, relatives Kostengewicht zugeordnet, das den durchschnittlichen Behandlungsaufwand der betreffenden Fallgruppe beschreibt. Dieses Patientenklassifikationssystem bedingt zwangsläufig eine Pauschalisierung und in diesem Rahmen eine Gleichbehandlung gewisser Ungleichheiten. Es kann nicht verhindert werden, dass damit bestimmte Leistungen unter- und andere überbewertet werden. Dennoch ist grundsätzlich von der Annahme auszugehen, dass die Tarifstruktur, welche tarifpartnerschaftlich vereinbart und vom Bundesrat genehmigt worden ist, ein brauchbares Patientenklassifikationssystem darstellt und die massgebenden Kostenunterschiede abbildet. Darauf ist vorliegend abzustützen.

**22.3** Weiter ist umstritten, ob für die Zürcher Stadtspitäler Korrekturmassnahmen bei den Basisfallwerten vorzunehmen sind zur Berücksichtigung spezifischer Kostenfaktoren, die nach Auffassung der Stadt Zürich in der Tarifstruktur nicht abgebildet sind. Die Bildung von Benchmarking-Kategorien ist zur Korrektur möglicher tarifstruktur-bedingter Verzerrungen kaum oder nur bedingt geeignet (vgl. E. 6.6 und 8). Um der spezifischen Situation der Leistungserbringer bei der Tarifgestaltung Rechnung zu tragen, dürfen und müssen aus Billigkeitsgründen (vgl.

Art. 46 Abs. 4 KVG) unter Umständen differenzierte Basisfallwerte festgesetzt werden. Zu prüfen ist, ob Tariffdifferenzierungen auch zur Korrektur tarifstruktur-bedingter Verzerrungen geboten sind.

**22.4** Nach Einschätzung der SwissDRG AG genügt die Tarifstruktur aufgrund verschiedener Faktoren den Anforderungen an ein differenziertes DRG-Entgeltsystem noch nicht vollständig. In der Tarifstruktur SwissDRG 1.0 seien die Kostengewichte für einfachere Behandlungsfälle tendenziell zu hoch und für aufwändigere Behandlungen tendenziell zu niedrig abgebildet (Kompressionseffekt). Das SwissDRG-Fallpauschalensystem berücksichtige Erkrankungen und Behandlungen sowie weitere zum Beispiel sozioökonomische Faktoren, welche bei der Datenerhebung mit bestehenden Diagnosen und Prozedurencodes ungenügend kodierbar gewesen seien, ungenügend (Bsp.: begleitende Massnahmen in der Kindermedizin). Ungenügend bewertete Leistungen führten dazu, dass in Wahrheit vorliegende Aufwandunterschiede nicht erkannt werden könnten. Bei unterschiedlicher Verteilung aufwändiger Behandlungsfälle auf die einzelnen Leistungserbringer resultiere eine Fehlallokation der Erlöse auf die Spitäler. Mindestens in den ersten Jahren nach Einführung der Fallpauschalen sei eine Preisdifferenzierung nötig, sodass unterschiedlich hohe Basisfallwerte in bestimmten Fällen systeminhärent notwendig und gewollt seien (vgl. Medienmitteilungen der SwissDRG AG vom 11. Mai 2012 und vom 14. Dezember 2012). Als mögliche Korrekturmassnahme zum Ausgleich von Unschärfen der Tarifstruktur nennt die SwissDRG AG die spitalindividuelle Verhandlung der Basisfallwerte. Als Beispiele von Spitalern, welche unter dem Druck stünden, höhere Basisfallwerte zu beanspruchen, nennt die SwissDRG AG selbstständige Kinderspitäler sowie Spitäler mit überproportional hohen Anteilen an hochkomplexen Fällen, Langliegerfällen oder schwerbehinderten Patienten (...).

**22.5** Folgende Grundkonstellationen, welche die Gefahr einer Fehlallokation der Erlöse beinhalten, sind zu unterscheiden:

- Kostengewichte der DRG-Tarifstruktur sind falsch bewertet (über- oder unterbewertet), und diese falsch bewerteten DRG häufen sich bei einzelnen Spitalern einseitig und überproportional (Fehlbewertung; E. 4.7, vgl. auch E. 5.3).
- Bei DRG mit einer breiten Streuung von Fällen (inhomogene DRG) verteilen sich profitable Fälle und defizitäre Fälle derselben DRG nicht gleichmässig auf alle Spitäler, sodass einzelne Spitäler einen überproportionalen Anteil defizitärer Fälle und andere einen über-

proportionalen Anteil profitabler Fälle versorgen (in der Folge wird in diesem Zusammenhang der Begriff DRG-interne Fallverteilung verwendet; E. 4.8, vgl. auch E. 5.3).

**22.6** Aufgrund verschiedener Mitteilungen der SwissDRG AG ist davon auszugehen, dass nicht alle Kostengewichte der DRG-Tarifstruktur die Kosten der entsprechenden Behandlungen realitätsgerecht abbilden. Im Sinne einer Tendenz nennt die SwissDRG AG den Kompressions-effekt, wonach Kostengewichte einfacherer Behandlungsfälle zu hoch und aufwändigerer Behandlungen zu niedrig abgebildet sein können. Damit ist die Fehlbewertung (vgl. E. 4.7) angesprochen. Korrekturmassnahmen aus dem Grund der Häufung fehlbewerteter DRG setzen voraus, dass bekannt wäre, welche Behandlungen unter- oder überbewertet sind. Ausserdem müsste feststehen, dass der betreffende Leistungserbringer eine überproportionale Häufung solcher Fälle aufweist. In quantitativer Hinsicht müssten das Ausmass der Häufung und der Umfang der Fehlbewertung der DRG bekannt sein. Eine Aussage dazu, welche Diagnosen und Behandlungen in welchem Umfang unter- oder überbewertet sind, lässt sich jedoch nicht machen. Entsprechend fehlen auch Zahlen dazu, wie sich fehlbewertete Behandlungen auf die Spitäler verteilen. Für die Erarbeitung und Weiterentwicklung sowie die Anpassung und Pflege der Tarifstruktur ist die SwissDRG AG zuständig, und die erarbeitete Struktur sowie deren Anpassungen sind von den Tarifpartnern dem Bundesrat zur Genehmigung zu unterbreiten (Art. 49 Abs. 2 KVG). Die Festsetzung unterschiedlicher Basisfallwerte einzig aus der Motivation, die Fehlallokation der Vergütungen infolge mutmasslich fehlbewerteter DRG zu korrigieren, bedeutete einen Eingriff in die Tarifstruktur. Dazu fehlt sowohl der Kantonsregierung als auch dem Bundesverwaltungsgericht die Zuständigkeit. Bei entsprechenden Mängeln ist primär die Tarifstruktur anzupassen. Die Argumentation, ein Spital erbringe Leistungen, welche aufgrund fehlbewerteter Kostengewichte der Tarifstruktur SwissDRG 1.0 nicht ausreichend vergütet würden, ist somit nicht geeignet, einen höheren Basisfallwert zu rechtfertigen. Soweit geltend gemacht wird, die Stadtspitäler würden hochkomplexe Behandlungen erbringen, deren DRG unterbewertet seien, kann sich daraus kein Anspruch auf einen höheren Basisfallwert ergeben.

**22.7** In der Folge ist zu prüfen, ob die Festsetzung unterschiedlicher Basisfallwerte durch die einseitige DRG-interne Fallverteilung (vgl. E. 4.8) gerechtfertigt sein kann. Bei einer DRG-internen Betrachtungsweise würden Endversorgungsspitäler, die überproportional gehäuft kom-

plexere Fälle behandeln, gegenüber Spitälern, welche sich auf die Behandlung von profitablen Fällen ausrichten (cherry picking), bei einem einheitlichen Basisfallwert benachteiligt. Mit zunehmender Differenzierung der Tarifstruktur und homogeneren DRG kann die Problematik zwar entschärft, aber nicht eliminiert werden. Sie ist als Folge der Pauschalierung und des Umstands, dass die Spitäler in der medizinischen Versorgungskette unterschiedliche Funktionen haben, systemimmanent. Die Festlegung differenzierter Basisfallwerte als Korrektiv dieses Effekts bildet daher keinen systemwidrigen Eingriff in die Tarifstruktur.

**22.7.1** Die Stadt Zürich begründet die Notwendigkeit höherer Basisfallwerte für die Stadtspitäler damit, dass überdurchschnittlich viele komplexe Fälle behandelt würden und der durchschnittliche Schweregrad der Behandlungen (CMI) über dem Durchschnitt der nicht-universitären Spitäler liege. Die Tarifstruktur sieht für spezialisierte und hochspezialisierte Leistungen höhere Kostengewichte vor, was zu entsprechend höheren Vergütungen führt. Alleine aus der Tatsache, dass ein Spital vermehrt komplexe Leistungen erbringt, kann die Notwendigkeit zur Festlegung eines höheren Basisfallwertes nicht abgeleitet werden.

**22.7.2** Zur Begründung der beantragten Basisfallwerte wird auf Aufstellungen über die Höhe der in den betreffenden Spitälern angefallenen Betriebskosten verwiesen. In einer Fallkostenanalyse kann ein Spital auf die einzelnen DRG bezogen seine tatsächlichen schweregradbereinigten Fallkosten mit den zu erwartenden Erträgen aus den Fallpauschalen vergleichen. Wenn die Analyse zeigt, dass die spitaleigenen Behandlungsfälle generell teurer sind als die zu erwartenden Erträge, kann dies einerseits darauf zurückzuführen sein, dass gehäuft Fälle behandelt werden, welche gegenüber der Norm eine höhere Behandlungsleistung erfordern, andererseits aber auch auf ineffiziente Behandlungen (WOLFRAM FISCHER, *Wie gut ist « unser » DRG-System?*, 2013, S. 2). Eine geringere Effizienz, namentlich auch die Überbehandlung, kann keine Erhöhung der Baserate rechtfertigen. Auch aus dem Umstand alleine, dass ein Spital im Verhältnis zur Norm höhere Kosten ausweist, kann nicht auf eine Korrekturnotwendigkeit geschlossen werden.

**22.7.3** Als Argument zur Festlegung höherer Basisfallwerte wird von der Stadt Zürich eine Häufung von Patientinnen und Patienten mit überdurchschnittlich langer Aufenthaltsdauer in den Stadtspitälern aufgeführt. Eine signifikant höhere durchschnittliche Aufenthaltsdauer bei den Stadtspitälern wird von der Vorinstanz bestritten. Die Tarifstruktur SwissDRG 1.0 trägt der erhöhten Aufenthaltsdauer mit erhöhten Kostengewichten

teilweise Rechnung. Eine längere Aufenthaltsdauer kann einerseits medizinisch indiziert, andererseits aber auch Folge anderer Faktoren sein. Die systematische Häufung von Langliegern in einem Spital kann zwar ein Indiz für eine DRG-interne Fehlverteilung der Patientinnen und Patienten sein, ist für sich alleine aber kein Kriterium, welches auf die Notwendigkeit von Korrekturen schliessen lässt.

**22.7.4** Die Stadt Zürich macht geltend, an den Stadtspitälern würden überproportional viele ältere Patientinnen und Patienten behandelt, was im Verhältnis zu anderen nicht-universitären Spitälern zu höheren schwe-regradbereinigten Fallkosten führe. Die Tarifstruktur SwissDRG 1.0 sieht für die Behandlungen von älteren Patientinnen und Patienten verschiedene Differenzierungen bei den DRG vor und weist diesen Behandlungsleistungen höhere Kostengewichte zu. Eine Kostendifferenzierung nach Alter wurde bei 309 von insgesamt 1 052 DRG umgesetzt (...). In diesen Fällen ist davon auszugehen, dass die erhöhten Fallkosten mit entsprechend höheren Vergütungen kompensiert werden. Bei DRG, welche keine Differenzierung nach Alter vorsehen, besteht bei einheitlichen Basisfallwerten die Gefahr einer Fehlallokation der Erlöse, wenn davon ausgegangen wird, dass ältere Patientinnen und Patienten einen höheren Leistungsaufwand beanspruchen und diese sich zusätzlich ungleich auf die Spitäler verteilen. Im Rahmen der Entwicklung der Tarifstruktur SwissDRG 1.0 wurde nach Angabe der SwissDRG AG systematisch überprüft, ob eine Differenzierung von DRG nach Alter der Patienten zur Varianzaufklärung der Fallkosten beitrage (...). Zahlenbasierte Untersuchungen, ob und wie sich der von älteren Patientinnen und Patienten beanspruchte Behandlungsaufwand von demjenigen jüngerer Patienten unterscheidet, sind für DRG, welche keine Differenzierung nach Alter vorsehen, nicht bekannt. Es ist zwar durchaus möglich, dass sich der Behandlungsaufwand für ältere Personen auch im Bereich von DRG, welche keine entsprechende Differenzierung vorsehen, von demjenigen für jüngere Personen unterscheidet; ein datengestützter, repräsentativer Nachweis fehlt jedoch.

**22.7.5** Als Grund für die Festlegung höherer Basisfallwerte führt die Stadt Zürich eine Häufung von mehrfacherkrankten Patientinnen und Patienten in den Stadtspitälern an. Nach den Ausführungen der SwissDRG AG wurde im Rahmen der Entwicklung der Tarifstruktur SwissDRG 1.0 ebenfalls systematisch geprüft, ob eine Differenzierung von DRG nach Begleiterkrankungen zur Varianzaufklärung der Fallkosten beiträgt. Bei 444 von insgesamt 1 052 DRG wurde eine Differen-

zierung nach dem patientenbezogenen Gesamtschweregrad (Patient Clinical Complexity Level) umgesetzt. Zusätzlich wurden zahlreiche DRG nach dem Vorhandensein von bestimmten Haupt- und Nebendiagnosen oder der Durchführung von Kombinationseingriffen und -behandlungen differenziert (...). Demnach wurde dem erhöhten Behandlungsaufwand für mehrfacherkrankte Personen mit der Tarifstruktur SwissDRG 1.0 in verschiedener Hinsicht Rechnung getragen. Darüber hinausgehende zahlenbasierte Untersuchungen, ob und wieweit diese Differenzierung realitätsgerecht und ausreichend ist, sind nicht bekannt.

**22.7.6** Aus den von der Stadt Zürich vorgetragenen Argumenten zur Komplexität der behandelten Fälle, zur Höhe der Betriebs- und Fallkosten und zur Häufung von älteren und mehrfacherkrankten Patientinnen und Patienten lässt sich nicht zwingend ableiten, dass den Stadtspitälern eine Endversorgerstellung zukommt und die Behandlung komplexer Fälle in einem Missverhältnis zu einfacheren Fällen derselben DRG steht. Leistungsstatistiken, welche konkret belegen, welche Mehrleistungen zur Versorgung des Patientengutes notwendig sind, liegen nicht vor. Ausserdem bestehen keine Erhebungen über die konkreten kostenmässigen Auswirkungen solcher Mehrleistungen in den Stadtspitälern.

**22.8** Soweit ein Spital aus besonderen Gründen spitalindividuelle Tarife für sich beanspruchen möchte, obliegt es diesem, diese besonderen Gründe durch überprüfbare Fakten nachzuweisen. Im System der revidierten Spitalfinanzierungsordnung obliegt es nicht der Kantonsregierung, individuell zu beurteilen, ob in einem Spital allfällige Ineffizienzen bestehen. Auch in diesem Verfahren ist darüber nicht Beweis zu führen, und dem mit Eingaben der Stadt Zürich vom 29. August 2013, vom 21. Januar 2014 und vom 19. Februar 2014 gestellten Antrag auf Edition verschiedener Akten bei der GD ist – soweit nicht bereits berücksichtigt – keine weitere Folge zu geben.

**22.9** Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten: Einerseits können Korrekturen allenfalls fehlbewerteter DRG nicht über die Basisfallwerte erfolgen (E. 22.6). Die Vorinstanz erachtet andererseits den Nachweis, dass den Stadtspitälern bedingt durch eine einseitige DRG-interne Fallverteilung eine tarifrelevante Endversorgerstellung zukomme (vgl. E. 22.7), nicht als erbracht. Da die Sachverhaltswürdigung vorliegend hochstehende, spezialisierte Kenntnisse erfordert und die verfügende Behörde aufgrund ihrer sachlichen und örtlichen Nähe den Sachverhalt besser beurteilen kann als die Beschwerdeinstanz, ist eine Zurückhaltung des Gerichts bei der Überprüfung in diesem Zusammenhang angezeigt

(...). Insgesamt besteht kein Anlass, den Entscheid der Vorinstanz, wonach im Rahmen der Festsetzung für die Stadtspitäler keine Tariffdifferenzierungen vorgenommen wurden, zu beanstanden. Die von der Stadt Zürich gestellten Anträge auf Aufhebung des Festsetzungsentscheides (Antrag 1a) und Neufestsetzung durch das Gericht (Antrag 2) sind insoweit abzuweisen.

**23.** (...)

**24.** Umstritten ist die nicht erfolgte Genehmigung der zwischen der Stadt Zürich und der Einkaufsgemeinschaft HSK sowie der Assura und Supra für das STZ vereinbarten Tarife und die Festsetzung dieser Tarife im selben Beschluss.

**24.1** Die Parteien führen dazu Folgendes aus:

**24.1.1** Zur Begründung ihres Antrags auf Genehmigung der das STZ betreffenden Verträge macht die Stadt Zürich geltend, bei der Genehmigung sei die Vertragsautonomie der Tarifpartner zu respektieren. Mit der Revision des KVG habe der Gesetzgeber das Wettbewerbssystem in den Vordergrund gestellt und mithin das Verhandlungsprimat gestärkt. Genauso wie die Vorinstanz einen Gestaltungsspielraum für das Festsetzungsverfahren besitze, verfügten die Tarifpartner über einen solchen. Durch die Praxis der Vorinstanz werde das Instrument des Tarifvertrages zu stark eingeschränkt. Die Kontrolle der Genehmigungsbehörde müsse sich auf die Wirtschaftlichkeit und die Billigkeit beschränken. Nicht geprüft werden könne die Rechtsanwendung innerhalb des Auslegungsspielraums. In den Nachbarkantonen Aargau, Luzern und St. Gallen seien Verträge mit vergleichbaren Basisfallpreisen, wie sie für das STZ vereinbart worden seien, genehmigt worden. Die Vorinstanz benütze das Genehmigungsverfahren dazu, ihre eigenen finanzpolitischen Ziele zu verfolgen. Als Träger des USZ und als Instanz zur Finanzierung ungedeckter Spitalkosten gemäss dem kantonalen Spitalfinanzierungsgesetz einerseits und als Genehmigungsbehörde andererseits bestehe ein Rollenkonflikt des Kantons.

**24.1.2** Die Vorinstanz führt in der Vernehmlassung aus, die Vergütungen würden nach Art. 49a Abs. 1 KVG von den Krankenversicherungen und den Kantonen anteilmässig übernommen. Obwohl der Kanton verpflichtet sei, mehr als die Hälfte zu übernehmen, sei er an der Aushandlung der Tarife nicht beteiligt, und die Wirtschaftlichkeitskontrolle bilde ein Korrelat zur fehlenden Mitwirkungsmöglichkeit. Die Tarifautonomie bestehe nur innerhalb des gesetzlichen Rahmens, und die Geneh-

migungsbehörde habe dafür zu sorgen, dass die Tarifgestaltungsgrundsätze eingehalten würden. Die Autonomie der Tarifpartner werde respektiert, indem diesen eine nicht begründungspflichtige Verhandlungsmarge von 2 % zugestanden und ausserdem die Möglichkeit gegeben worden sei, mit einer gesetzeskonformen Begründung in noch grösserem Umfang vom Richtwert abzuweichen. Die Prüfung des vom STZ mit verschiedenen Versicherern ausgehandelten Tarifs habe ergeben, dass dieser nicht KVG-konform sei. Die Einkaufsgemeinschaft HSK, die Assura sowie die Supra seien im vorliegenden Verfahren nicht als Prozessparteien aufgeführt. Ein Entscheid des Gerichts dürfe daher keine Auswirkungen auf die Tarife dieser Versicherungen haben. Die Frage, ob den Tarifpartnern bei einer Nichtgenehmigung erneut Gelegenheit zum Abschluss einer Vereinbarung gegeben werden soll, könne daher nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein (...).

**24.1.3** Die Einkaufsgemeinschaft HSK macht in ihren Schlussbemerkungen geltend, die Festsetzung eines Tarifs im Rahmen des Nichtgenehmigungsbeschlusses sei KVG-widrig. Nach Art. 47 Abs. 1 KVG setze die Kantonsregierung nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest, wenn zwischen Leistungserbringern und Versicherern kein Vertrag zustande komme. Die Kantonsregierung sei somit erst dann zur Tariffestsetzung berechtigt, wenn sich die Vertragsparteien nicht auf einen Tarif einigen könnten. Als Genehmigungsbehörde könne die Kantonsregierung die Genehmigung nur erteilen oder verweigern. Die Möglichkeit, den von den Parteien vereinbarten Tarif im Rahmen des Genehmigungsverfahrens durch einen neuen zu ersetzen, bestehe nicht. Durch die im Rahmen des Genehmigungsverfahrens erfolgte Tariffestsetzung sei den Vertragsparteien die Möglichkeit genommen worden, einen genehmigungsfähigen Tarif auszuhandeln. Der Wettbewerb werde so im Keim erstickt und die Vertragsautonomie in krasser Weise verletzt.

**24.2** Die Einkaufsgemeinschaften HSK und Assura/Supra waren im Verwaltungsverfahren beteiligt. Im vorliegenden Anfechtungsstreitverfahren haben sie keine eigene Beschwerde eingereicht. In ihrer Beschwerde beantragte die Stadt Zürich die Aufhebung der Nichtgenehmigungsentscheide betreffend die mit diesen Einkaufsgemeinschaften geschlossenen Verträge und des diese Krankenversicherer betreffenden Festsetzungsentscheides. Aufgrund der Beschwerde der Stadt Zürich wurden diese Elemente des angefochtenen Beschlusses Gegenstand des Streits. Da die Einkaufsgemeinschaften HSK und Assura/Supra vom Ausgang dieses Beschwerdeverfahrens betroffen sind, wurden sie als

« weitere Verfahrensbeteiligte » aufgeführt und erhielten Gelegenheit, sich zu den Beschwerden und weiteren Eingaben zu äussern. Der Einwand der Vorinstanz, die Nichtgenehmigungs- und Festsetzungsent-scheide bezüglich der Einkaufsgemeinschaften HSK und Assura/Supra könnten nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein, ist unzu-treffend.

**24.3** Zum Verhältnis von Vertragsautonomie, Tarifgenehmigung und Tariffestsetzung rechtfertigen sich vorab einige grundsätzliche Überle-gungen.

**24.3.1** Spitaltarife werden in der Regel durch Verträge zwischen den Versicherern und den Leistungserbringern festgelegt. Das Eingreifen der Kantonsregierung bildet die Ausnahme bei Lücken im Vertragssystem, bei Verständigungsschwierigkeiten zwischen den Tarifpartnern oder allenfalls bei einer krisenartigen Situation (Botschaft zum KVG 1991 S. 172; Urteil des BVGer C-4292/2007 vom 25. Januar 2010 E. 3.2). Das Gesetz geht somit vom Vertragsprimat aus, und die Vertragsfreiheit zwischen Versicherungsträgern und Leistungserbringern sollte mit dessen Einführung gestärkt werden (Botschaft zum KVG 1991 S. 118). Das KVG stellt das Prinzip der Vertragsfreiheit in den Vordergrund und « lässt den Tarifpartnern die Freiheit, den bestmöglichen Rahmen für ihre Tarifordnungen weitgehend selber abzustecken » (Botschaft zum KVG 1991 S. 179). Auch das Bundesgericht hat die Bedeutung der Vertrags-freiheit hervorgehoben. Es führte aus, Tarifverträge hätten unter anderem zum Zweck, die Wirtschaftlichkeit der Leistungen zu gewährleisten (Urteil des BGer 9C\_252/2011 vom 14. Juli 2011 E. 5.2), und den Ver-tragsparteien stehe bei der Tariffestsetzung ein weiter Ermessensspiel-raum zu, weil sie am ehesten zu beurteilen vermöchten, was unter den gegebenen Umständen als angemessen und notwendig zu erachten sei (BGE 126 V 344 E. 4.a.; vgl. EUGSTER, KVG, a.a.O., Art. 43 Rz. 6; ALFRED MAURER, Das neue Krankenversicherungsrecht, 1996, S. 83). Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der Revision der Spitalfinanzierungsordnung die Vertragsautonomie ein-schränken wollte, und deren Zielsetzungen – Stärkung dieses Wettbe-werbsgedankens, Leistungsfinanzierung und Transparenz – (vgl. Bot-schaft zum KVG 2004 5569; AB 2005 S 684; AB 2007 N 419) dienen unter anderem auch einer vertragsautonomen Tariffestlegung. Die Ver-tragsautonomie der Tarifpartner hat im KVG ein grosses Gewicht, gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Grenze der Vertragsfreiheit bildet die Übereinstimmung mit dem Gesetz und den Geboten der Wirtschaft-

lichkeit und Billigkeit, was im Rahmen der Genehmigung zu prüfen ist (Art. 46 Abs. 4 KVG). Die Tatsache alleine, dass die Tarifpartner sich auf einen Tarif einigen konnten, kann nicht schon als Nachweis für dessen Wirtschaftlichkeit genügen (Urteil des BVGer C–8011/2009 vom 28. Juli 2011 E. 5).

**24.3.2** Zu beachten sind auch die Auswirkungen der Tariffestlegungspraxis auf die Anreize für die Tarifpartner, autonome Lösungen zu suchen. Im Rahmen der Tariffestsetzungs- und -genehmigungspraxis ist darauf zu achten, dass die Bereitschaft, Tarife vertragsautonom zu gestalten, erhalten bleibt (vgl. Urteil C–4292/2007 E. 3.2; RKUV 1997 KV 61 E. II/3; GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, 2007, Rz. 862). Dabei sind weder eine generell tiefe noch eine generell hohe Festsetzungspraxis per se geeignet, Verhandlungslösungen zu fördern. Solche Anreize würden nur die eine Seite der Tarifpartner betreffen. Die Gegenseite würde dadurch einen Anreiz erhalten, die Tarife festsetzen zu lassen. Der Bundesrat hat betont, dass den Tarifparteien im vertragslosen Zustand gewisse Nachteile zuzumuten seien, die nur durch Verträge behoben werden könnten (RKUV 2004 KV 265 E. 9.1 m.H.; EUGSTER, KVG, a.a.O., Art. 47 Rz. 3). Entsprechende Anreize könnten insbesondere dann schwinden, wenn den Tarifpartnern kaum Spielraum für die Vereinbarung spitalindividueller Lösungen belassen würde (vgl. Interview mit WILLY F. RUFER, « Wozu denn überhaupt noch verhandeln? », Competence 9/2013 S. 11). Auch aus diesen Überlegungen ist den Tarifpartnern bei der Festlegung spitalindividueller Basisfallwerte im Rahmen des rechtlich Zulässigen und der Gebote der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit der notwendige Ermessensspielraum zuzugestehen.

**24.3.3** Im Genehmigungsverfahren hat die zuständige Behörde zu prüfen, ob der von den Tarifpartnern bestimmte Tarif mit dem Gesetz und den Geboten der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit im Einklang steht (Art. 46 Abs. 4 KVG). Im Festsetzungsverfahren hat die Behörde demgegenüber selbst einen Tarif zu bestimmen (Art. 47 Abs. 1 KVG), wobei auch dieser mit den genannten Geboten in Einklang stehen muss (BVGE 2010/25 E. 7; Urteil des BVGer C–6571/2007 vom 21. Juni 2010 E. 4.3; RKUV 6/2004 KV 311 E. 3.3). Bei der Festsetzung einerseits und bei der Genehmigung andererseits haben die zuständigen Behörden damit unterschiedliche Aufgaben. Über das Benchmarking wird zwar ein einheitlicher Referenzwert ermittelt, an welchem sich die Basisfallwerte der Spitäler orientieren sollen. Bei der konkreten Bestimmung der Basisfall-

werte können jedoch weitere Faktoren (insb. auch spitalindividuelle) relevant sein, zu deren Bestimmung tatsächliche Einschätzungen und Wertungen erforderlich sind. Bei der Preisfindung steht sowohl den Tarifpartnern als auch der Festsetzungsbehörde innerhalb der gesetzlichen Schranken (Art. 46 Abs. 4 KVG) je ein Ermessensspielraum zu, den Tarifpartnern aufgrund der Vertragsautonomie, der Festsetzungsbehörde insbesondere in der Einführungsphase (vgl. E. 5.4). Als Folge der jeweiligen Ermessensspielräume und allenfalls unterschiedlicher Würdigungen des Sachverhalts können die Tarifpartner einerseits und die Festsetzungsbehörde andererseits zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Es ist somit davon auszugehen, dass weder ein von der Behörde festgesetzter noch ein von den Tarifpartnern vereinbarter Tarif der « einzig richtige » ist. Bei der Genehmigung darf sich die Behörde daher nicht nur an jenem Wert orientieren, welchen sie im Rahmen der Festsetzung als angemessen erachtet. Vielmehr hat die Genehmigungsbehörde zu prüfen, ob auch der von den Parteien vereinbarte Tarif mit den Geboten der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit im Einklang steht (Art. 46 Abs. 4 KVG). Unter Respektierung der Verhandlungsaufonomie der Vertragspartner soll die Genehmigungsbehörde nicht ihr Ermessen an die Stelle eines sachgerecht ausgeübten Ermessens der Vertragspartner stellen. Gleiches gilt bezüglich der Tatsachenwürdigungen. Der Bundesrat führte in seiner Rechtsprechung aus, die Vertragsparteien dürften innerhalb der Grenzen des KVG den Tarifvertrag nach ihrem Gutdünken inhaltlich frei ausgestalten, weshalb eine nachträgliche Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Genehmigungsverfahren nicht in Frage komme (RKUV 5/2001 KV 177 E. 3.2). Daran ist auch bei Anwendung der Bestimmungen zur neuen Spitalfinanzierung festzuhalten. Solange die unter pflichtgemässen Ermessen und pflichtgemässer Sachverhaltsermittlung und -würdigung vereinbarten Tarife mit den Geboten der Gesetzmässigkeit, Wirtschaftlichkeit und Billigkeit im Einklang stehen, sind sie zu genehmigen (vgl. dazu auch EUGSTER, KVG, Art. 43 Rz. 12).

**24.4** Kommt zwischen den Parteien kein Vertrag zustande, so setzt die Kantonsregierung nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest (Art. 47 Abs. 1 KVG). Dabei besteht die Möglichkeit, den bestehenden Vertrag um ein Jahr zu verlängern (Art. 47 Abs. 3 KVG). Fraglich ist, ob die Kantonsregierung den Tarif auch festsetzen darf, wenn ein Tarif vereinbart war, jedoch nicht genehmigt wird.

**24.4.1** Nach der Rechtsprechung des Bundesrates herrscht nach Art. 47 KVG ein vertragsloser Zustand, wenn zwischen Leistungserbringern und

Krankenversicherungen kein Vertrag zustande kommt. Die Feststellung, dass kein Vertrag zustande gekommen ist, setzt voraus, dass zwischen den Parteien Vertragsverhandlungen geführt wurden, diese indes zu keinem Ergebnis geführt haben (...). Vorliegend wurden zwischen den Tarifpartnern Vertragsverhandlungen geführt, welche zu einer Einigung über die Basisfallwerte geführt haben. Das von der Rechtsprechung eingeführte Kriterium des fehlenden Ergebnisses ist damit nicht gegeben.

**24.4.2** Nach der Rechtsprechung hat die Genehmigung konstitutive Wirkung (Urteil des BGer 9C\_413/2009 vom 27. Januar 2010 E. 5; BVGE 2013/8 E. 2.1.4; vgl auch EUGSTER, KVG, Art. 46 Rz. 11; THOMAS BERNHARD BRUMANN, Der Tarifvertrag im Krankenversicherungsrecht, in: Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2012, S. 132). Ob die von Art. 47 Abs. 1 KVG statuierte Voraussetzung der Tariffestsetzung durch die Kantonsregierung – das fehlende Zustandekommen eines Vertrages – bei einem unter den Tarifpartnern abgeschlossenen, von der Behörde aber nicht genehmigten Vertrag erfüllt sei, musste jedoch bisher nicht entschieden werden. Nach der Vertragslehre kommt ein Vertrag mit dem Austausch übereinstimmender Willensäusserungen zustande. *Gültig* kommt ein Vertrag zustande, wenn zusätzlich keine Gültigkeitsmängel bestehen. Die notwendige, aber fehlende Zustimmung eines Dritten gilt in diesem Zusammenhang als Gültigkeitsmangel (PETER GAUCH et al., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2008, Nr. 230–233). Bei dieser Betrachtung bleibt ein vereinbarter, jedoch nicht genehmigter Vertrag zwar ohne Rechtsfolgen, gilt aber als zustande gekommen. Es kann somit nicht zwingend gefolgert werden, bei fehlender Genehmigung sei der Vertrag nicht zustande gekommen, und die Voraussetzungen, welche nach Art. 47 Abs. 1 KVG zur Tariffestsetzung berechtigen würden, seien erfüllt.

**24.4.3** Der Bundesrat hat in seiner Rechtsprechung im Zusammenhang mit einer Vertragsverlängerung festgehalten, da den Vertragsparteien innerhalb der Grenzen des KVG eine Vertragsautonomie zukomme, welche auch durch die Genehmigung nicht beschränkt werden dürfe, könne die Genehmigungsbehörde dem Tarifvertrag nur die Genehmigung erteilen oder verweigern (RKUV 2001 KV 177 E. 3.2; vgl. auch BVGE 2010/25 E. 4.3.3). Die Kompetenz der Genehmigungsbehörde beschränkt sich grundsätzlich auf die Erteilung oder die Verweigerung der Genehmigung (Urteil des BVer C–536/2009 vom 17. Dezember 2009 E. 5.1.2 ff. m.H.). Nicht zulässig ist auch nach der Literatur eine Korrektur des vereinbarten Tarifes durch die Genehmigungsbehörde, da ein solches

Eingreifen die Vertragsautonomie der Tarifpartner verletzen würde (BRUMANN, a.a.O., S. 132; BERNHARD RÜTSCHKE, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, 2011, S. 86; ISABELLE HÄNER, Rechtsgutachten vom 13. Februar 2013 zur Übereinstimmung von § 8 des aargauischen Spitalgesetzes mit dem Bundesrecht, erstellt im Auftrag der Helsana, Rz. 39, < <http://www.ecc-hsk.info/index.php?id=89&L=0> >, abgerufen am 21.05.2014). Die Genehmigungsbehörde dürfe einen nicht genehmigten Tarif nicht durch einen neuen ersetzen (EUGSTER, KVG, Art. 43 Rz. 11). Die Tarifgenehmigung habe rein kassatorische Natur (RÜTSCHKE, a.a.O., S. 86).

**24.4.4** Entscheidend ist vorliegend, dass die Kantonsregierung grundsätzlich erst dann berechtigt ist, einen Tarif festzusetzen, wenn die Parteien Gelegenheit hatten, vorher zu verhandeln (RKUV 3/2002 KV 214 E. 5.2), und dass die Parteien vor der Tariffestsetzung anzuhören sind (Art. 47 Abs. 1 KVG). Anhand der Abfolge im Verwaltungsverfahren ist zu prüfen, ob diese verfahrensrechtlichen Voraussetzungen vorliegend erfüllt wurden.

**24.4.5** Im Festsetzungsverfahren eröffnete die Vorinstanz den Tarifpartnern mit Schreiben vom 21. November 2012 die « Eckwerte der Tariffestsetzung » sowie die für die einzelnen Spitäler geplanten Basisfallwerte. Am 26. November 2012 teilte die Vorinstanz denjenigen Tarifpartnern, welche Tarifverträge mit dem STZ vereinbart hatten, den maximalen Toleranzwert für vertraglich vereinbarte Fallpauschalen mit und eröffnete diesen die Gelegenheit, die Verträge anzupassen und den Basisfallwert auf eine genehmigungsfähige Höhe zu reduzieren, ansonsten die Verträge nicht genehmigt werden könnten. Sowohl im Schreiben vom 21. November 2012 als auch im Schreiben vom 26. November 2012 wurde erwähnt, dass vereinbarte Tarife, welche den Referenzwert um mehr als 2 % überschritten, hergeleitet und begründet sein müssten. Aufgrund dieser Mitteilung konnten die Parteien im Genehmigungsverfahren davon ausgehen, dass die vereinbarten Tarife mit einer geeigneten Begründung genehmigungsfähig sein können. Dies bestätigte die Vorinstanz auch in ihrer Vernehmlassung vom 1. Juli 2013, indem sie ausführte, sie beharre nicht auf einem Einheitstarif. Verhandlungsergebnisse, welche nicht mehr als 2 % vom Zürcher Benchmark abwichen, würden begründungsfrei genehmigt. Darüber hinaus müssten vereinbarte Tarife aber für Dritte nachvollziehbar hergeleitet werden.

**24.4.6** Mit dem angefochtenen Beschluss erfolgten die Nichtgenehmigung und die Festsetzung in der Folge gleichzeitig. Dieses Vorgehen der

Vorinstanz bewirkte, dass die Tarifpartner nach der Nichtgenehmigung keine weitere Möglichkeit hatten, aufgrund der neuen Ausgangslage zu disponieren, ob der Nichtgenehmigungsentscheid durch Beschwerde angefochten, Nachverhandlungen eingeleitet oder ein Antrag auf Festsetzung gestellt werden sollte.

**24.4.7** Da die Behörde bei der Genehmigung einerseits und bei der Festsetzung andererseits eine andere Aufgabe hat (vgl. E. 24.3), differieren auch die Obliegenheiten der Parteien zur Begründung ihres Antrages im Festsetzungs- und im Genehmigungsverfahren. Insbesondere wenn der vereinbarte Tarif von behördlich festgesetzten Tarifen oder vom Referenzwert abweicht, werden die Vertragsparteien im Genehmigungsverfahren daran interessiert sein darzulegen, dass der von ihnen vereinbarte Tarif mit den Geboten der Rechtmässigkeit, Wirtschaftlichkeit und Billigkeit im Einklang steht (Art. 46 Abs. 4 KVG). Demgegenüber stehen im Festsetzungsverfahren die gegenläufigen Interessen der Versicherer und der Spitäler zur Disposition, und die Parteien haben in diesem kontradiktorischen Verfahren je ihr eigenes Interesse darzulegen, warum die Festsetzungsbehörde den Tarif in ihrem Sinne festlegen soll. Bei einer Vereinigung der beiden Verfahren werden diese Mitwirkungsrechte beeinträchtigt.

**24.4.8** Eine Regelung oder eine Praxis, wonach keine Tarife zu genehmigen sind, die den vom Kanton ermittelten Referenzwert um mehr als 2 % überschreiten, verletzt die Autonomie der Tarifpartner. Zu schützen ist jedoch der Lösungsansatz der Vorinstanz, vereinbarte Tarife ohne Begründung nur in einem gewissen Rahmen und ausserhalb dieses Rahmens nur mit einer geeigneten Begründung zu genehmigen. Dies setzt voraus, dass den Parteien Gelegenheit geboten wird, eine geeignete Begründung vorzutragen und durch die Genehmigungsbehörde in einem eigenständigen Verfahren prüfen zu lassen.

**24.4.9** Einerseits wird der in Art. 47 Abs. 1 KVG ausdrücklich verankerte Gehörsanspruch der Beteiligten erheblich beschränkt, wenn der Entscheid über die Genehmigung im Zeitpunkt der Anhörung zur hoheitlichen Festsetzung noch in der Schwebe steht. Andererseits wird die Vertragsautonomie der Tarifpartner und die Gelegenheit zum Verhandeln eingeschränkt, wenn die Behörde bereits vor dem Genehmigungsentscheid die Toleranzgrenzen der Genehmigung in einem engen Rahmen vorgibt. Die unterschiedlichen Aufgaben und Anforderungen im Genehmigungs- und im Festsetzungsverfahren und die Respektierung der Vertragsautonomie der Tarifpartner erfordern eine Beurteilung der Ge-

nehmung und der Festsetzung in separaten Verfahren. Im Genehmigungsverfahren hat sich die Behörde somit darauf zu beschränken, den unterbreiteten Vertrag zu genehmigen oder nicht zu genehmigen. Aufgrund dieser Verfahrensmängel ist der Festsetzungsentscheid (...) aufzuheben, soweit er die Basisfallwerte des STZ für die Einkaufsgemeinschaften HSK und Assura/Supra betrifft.

**24.5** Zu prüfen ist im Folgenden, ob der Entscheid der Vorinstanz, den zwischen der Stadt Zürich und den Einkaufsgemeinschaften HSK und Assura/Supra für das STZ vereinbarten Vertrag nicht zu genehmigen, rechtmässig erfolgte.

**24.5.1** Da sowohl der Festsetzungsbehörde wie auch den Vertragspartnern eines Tarifvertrages ein erheblicher Ermessensspielraum zugestanden wird, können unterschiedliche Sachverhaltswürdigung und unterschiedliche Handhabung des Ermessens bei den beiden Festlegungsverfahren zu unterschiedlichen Tarifen führen (vgl. E. 24.3.3). Dies kann sich insbesondere bei spitalindividuellen Tariffdifferenzierungen aus Billigkeitsgründen ergeben (vgl. E. 22). Die auf die Gesetzmässigkeit, Wirtschaftlichkeit und Billigkeit begrenzte Prüfoptik führt dazu, dass auch vereinbarte Tarife, welche von festgesetzten Tarifen abweichen, genehmigungsfähig sein können und eine Nichtgenehmigung nicht einzig mit der Abweichung des vereinbarten Tarifs vom Referenzwert begründet werden kann. Für den Genehmigungsentscheid bedarf es einer eigenen Prüfung mit der entsprechenden Prüfoptik. Dazu ist eine Auseinandersetzung mit der Herleitung des vereinbarten Tarifs und der Argumentation der Vertragspartner notwendig.

**24.5.2** In ihren Schlussstellungen vom 9. und 10. Januar 2013 im Verwaltungsverfahren hielten die Einkaufsgemeinschaft HSK, der VZK und das Gesundheits- und Umweltdepartement an ihren Anträgen um Genehmigung der abgeschlossenen Tarifverträge fest. Dabei wurden verschiedene Gründe genannt, welche nach Ansicht der Tarifpartner die Genehmigung des für das STZ vereinbarten Basisfallwertes von Fr. 10 300.– rechtfertigen, und Beweismittel beigebracht. Im angefochtenen Entscheid beschränkte sich die Vorinstanz darauf festzustellen, dass die zwischen der Stadt Zürich und den Einkaufsgemeinschaften HSK und Assura/Supra vereinbarten Basisfallwerte mehr als 2 % über dem Referenzwert lägen, und versagte die Genehmigung. Aus dem angefochtenen Entscheid ist nicht ersichtlich, ob und wie die spitalindividuelle Begründung des für das STZ vereinbarten Basisfallwertes geprüft wurde, und ob eine weitergehende Auseinandersetzung damit, ob dieser

Basisfallwert aus den vorgetragenen Gründen im Rahmen des Genehmigungsverfahrens als gesetzmässig, wirtschaftlich und billig zu qualifizieren sei, erfolgt ist.

**24.5.3** Soweit als Massstab der Wirtschaftlichkeitsprüfung ausschliesslich der 2-prozentige Toleranzbereich angelegt wurde und spitalindividuelle Gründe unbeachtet blieben, verletzt der Nichtgenehmigungsentcheid die Vertragsautonomie der Tarifpartner (vgl. E. 24.3). Sofern die Genehmigungsbehörde die spitalindividuelle Begründung zwar geprüft hat, ihr aber nicht gefolgt ist, fehlt dazu die Begründung im angefochtenen Entscheid, womit unter dem Aspekt der Begründungspflicht der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wäre (vgl. BVGE 2013/46 E. 6.2.5). Die Voraussetzungen für eine Heilung der Verletzung des Gehörsanspruchs sind vorliegend nicht gegeben (vgl. BGE 127 V 431 E. 3 d/aa). Sowohl die Verletzung der Vertragsautonomie als auch die Gehörsverletzung führen zur Aufhebung des Nichtgenehmigungsentcheides.

**24.6** Sowohl die Stadt Zürich als auch die Einkaufsgemeinschaft HSK beantragen in ihren Eingaben die Genehmigung der abgeschlossenen Tarifverträge durch das Bundesverwaltungsgericht. Art. 46 Abs. 4 KVG sieht für die Vertragsgenehmigung die Zuständigkeit der Kantonsregierung vor. Die Durchführung des Genehmigungsverfahrens durch das Bundesverwaltungsgericht wäre im vorliegenden Fall nicht sachgerecht. Im Zusammenhang mit Tarifgenehmigungsverfahren entscheidet das Bundesverwaltungsgericht als letzte Instanz, und gegen einen materiellen Gerichtsentscheid über die Genehmigung würde den Parteien kein Rechtsmittel zur Verfügung stehen. Zur Durchführung des Genehmigungsverfahrens bezüglich den Basisfallwerten des STZ für die Einkaufsgemeinschaften HSK und Assura/Supra im Sinne der Erwägungen ist die Sache daher an die Vorinstanz zurückzuweisen.