

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

**17**

Auszug aus dem Urteil der Abteilung III  
i.S. Spital A. AG gegen Regierungsrat des Kantons Aargau  
C-617/2012 vom 13. Juni 2013

**Krankenversicherung. Neue Spitalfinanzierung. Referenztarif für ausserkantonale Wahlbehandlungen. Zulässigkeit einer einzelfallunabhängigen Festlegung; Zuständigkeit. Beschwerdelegitimation. Grundsatzurteil.**

**Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup>, Art. 53 KVG. Art. 48 VwVG.**

- 1. Unter Referenztarifen sind bereits bestehende Tarife anderer zugelassener Spitäler zu verstehen. Es handelt sich daher nicht um einen Tarif, welcher von den Tarifparteien vertraglich zu vereinbaren und von der zuständigen Kantonsregierung – nach Konsultation der Preisüberwachung – zu genehmigen (Art. 46 Abs. 4 KVG) oder im vertragslosen Zustand gemäss Art. 47 Abs. 1 KVG hoheitlich festzusetzen ist (E. 2.3.1).**
- 2. Das KVG schliesst eine einzelfallunabhängige Festlegung des Referenztarifs im Sinne von Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG nicht aus; mit Blick auf den vom Gesetzgeber angestrebten interkantonalen Wettbewerb erscheint eine solche sogar angezeigt. Zuständig zur Festlegung dieses Tarifs sind die Kantonsregierungen (E. 2.5).**
- 3. Beschlüsse der Kantone betreffend Referenztarif im Sinne von Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG sind beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (E. 2.6).**
- 4. Spitäler sind nicht legitimiert, den von einer Kantonsregierung festgelegten Referenztarif für ausserkantonale Wahlbehandlungen anzufechten (E. 3.4).**

**Assurance-maladie. Nouveau financement hospitalier. Tarif de référence pour les traitements hors canton choisis par l'assuré. Admissibilité du tarif déterminé indépendamment du cas particulier; compétence. Qualité pour recourir. Arrêt de principe.**

**Art. 41 al. 1<sup>bis</sup>, art. 53 LAMal. Art. 48 PA.**

1. Par tarifs de référence, il faut comprendre les tarifs déjà appliqués dans d'autres hôpitaux répertoriés. N'entrent donc pas dans cette catégorie les tarifs qui – après consultation de la Surveillance des prix – doivent faire l'objet d'une convention entre les parties concernées et être approuvés par le gouvernement cantonal compétent (art. 46 al. 4 LAMal), ou être fixés souverainement en l'absence de convention tarifaire, conformément à l'art. 47 al. 1 LAMal (consid. 2.3.1).
2. La LAMal n'exclut pas la possibilité de déterminer le tarif de référence au sens de l'art. 41 al. 1<sup>bis</sup> LAMal, sans tenir compte du cas particulier; eu égard à la concurrence intercantonale visée par le législateur, une telle possibilité paraît même indiquée. La compétence de définir ce tarif revient aux gouvernements cantonaux (consid. 2.5).
3. Les décisions des cantons relatives aux tarifs de référence au sens de l'art. 41 al. 1<sup>bis</sup> LAMal peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (consid. 2.6).
4. Les hôpitaux n'ont pas qualité pour recourir contre le tarif de référence déterminé par un gouvernement cantonal pour les traitements hors canton choisis par l'assuré (consid. 3.4).

**Assicurazione malattie. Nuovo finanziamento ospedaliero. Tariffa di riferimento per le cure a libera scelta fuori Cantone. Ammissibilità di una tariffa fissata indipendentemente da un caso concreto, competenza. Legittimazione a ricorrere. Sentenza di principio.**

**Art. 41 cpv. 1<sup>bis</sup>, art. 53 LAMal. Art. 48 PA.**

1. Per tariffe di riferimento si intendono le tariffe già applicabili ad altri ospedali riconosciuti. Non si tratta pertanto di una tariffa che deve essere fissata contrattualmente tra le parti alla convenzione e approvata – previa consultazione della Sorveglianza dei prezzi – dal governo cantonale competente (art. 46 cpv. 4 LAMal) e nemmeno di una tariffa che deve essere stabilita in assenza di

convenzione tariffale a norma dell'art. 47 cpv. 1 LAMal (consid. 2.3.1).

2. La LAMal non vieta di fissare la tariffa di riferimento indipendentemente da un caso concreto ai sensi dell'art. 41 cpv. 1<sup>bis</sup> LAMal; considerato il principio di concorrenza intercantonale auspicato dal legislatore, una tale fissazione sembra persino indicata. La competenza di determinare questa tariffa spetta ai governi cantonali (consid. 2.5).
3. Le decisioni dei Cantoni concernenti le tariffe di riferimento ai sensi dell'art. 41 cpv. 1<sup>bis</sup> LAMal sono impugnabili dinanzi al Tribunale amministrativo federale (consid. 2.6).
4. Gli ospedali non sono legittimati ad impugnare le tariffe di riferimento fissate da un governo cantonale per le cure a libera scelta fuori Cantone (consid. 3.4).

Der Regierungsrat des Kantons Aargau legte mit Beschluss vom 11. Januar 2012 unter anderem die Referenz-Baserate für die ausserkantonale Hospitalisation von Aargauer Kantonsangehörigen, anwendbar ab 1. Januar 2012, neu auf Fr. 10 020.– fest. Die Spital A. AG liess am 1. Februar 2012 Beschwerde erheben und die Aufhebung dieses Beschlusses – soweit die Referenz-Baserate Akutsomatik betreffend – beantragen.

Das Bundesverwaltungsgericht tritt auf die Beschwerde nicht ein.

*Aus den Erwägungen:*

1.

1.1 Gemäss Art. 90a Abs. 2 in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39, Art. 45, Art. 46 Absatz 4, Art. 47, Art. 48 Abs. 1–3, Art. 51, Art. 54, Art. 55 und Art. 55a KVG.

1.2 Die Beschwerdeführerin vertritt die Ansicht, der von ihr angefochtene Beschluss sei gestützt auf Art. 47 Abs. 1 KVG (Tariffestsetzung bei Fehlen eines Tarifvertrages) ergangen, was die Vorinstanz bestreitet. In ihrem Beschluss hat sie sich dazu nicht geäussert. Die Vorinstanz

scheint ihre Zuständigkeit aus Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG abzuleiten beziehungsweise macht sinngemäss eine Gesetzeslücke geltend.

**1.3** Um die Frage der Zuständigkeit zu beantworten, ist zunächst auf den Referenztarif im System des KVG einzugehen und zu prüfen, ob sich der angefochtene Beschluss auf eine Rechtsgrundlage stützen kann.

## **2.**

**2.1** 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. KVG-Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Dezember 2007 [Spitalfinanzierung], AS 2008 2056, nachfolgend: KVG UeB.). Die vorliegend aufgeworfenen Fragen sind somit im Lichte der revidierten KVG-Bestimmungen zu beurteilen.

**2.2** Das KVG regelt im 4. Kapitel zunächst die Zulassung der Leistungserbringer (1. Abschnitt, Art. 35 ff. KVG), danach die Wahl des Leistungserbringers und die Kostenübernahme (2. Abschnitt, Art. 41 f. KVG) und im 4. Abschnitt die Tarife und Preise (Art. 43 ff. KVG). Die Bestimmung über die Abgeltung der stationären Leistungen (Art. 49a KVG) ist ebenfalls im 4. Abschnitt verankert.

**2.2.1** Spitäler sind nach Art. 39 Abs. 1 (i.V.m. Art. 35) KVG zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) zugelassen, wenn sie die Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen gemäss Bst. a–c erfüllen, der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen (Bst. d) und auf der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons aufgeführt sind (Bst. e [zur Rechtsprechung betreffend Art. 39 Abs. 1 KVG vgl. insbes. BVGE 2010/15]).

**2.2.2** In Art. 43 Abs. 1 KVG ist der Grundsatz verankert, wonach die (zugelassenen) Leistungserbringer ihre Rechnungen nach Tarifen oder Preisen erstellen. Nach Art. 43 Abs. 4 KVG werden Tarife und Preise in Verträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern (Tarifvertrag) vereinbart oder in den vom Gesetz bestimmten Fällen von der zuständigen Behörde festgesetzt. Dabei ist auf eine betriebswirtschaftliche Bemessung und eine sachgerechte Struktur der Tarife zu achten. Betreffend Tarifverträge mit Spitälern schreibt Art. 49 Abs. 1 KVG den Vertragsparteien vor, dass sie für die Vergütung der stationären Behandlung einschliesslich Aufenthalt und Pflegeleistungen in einem Spital

(oder einem Geburtshaus) Pauschalen zu vereinbaren haben, wobei (neu, seit Januar 2012) in der Regel Fallpauschalen festzulegen sind. Die Pauschalen müssen leistungsbezogen sein und auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen beruhen.

**2.2.3** Parteien eines Tarifvertrages sind einzelne oder mehrere Leistungserbringer oder deren Verbände einerseits sowie einzelne oder mehrere Versicherer oder deren Verbände andererseits (Art. 46 Abs. 1 KVG). Der Tarifvertrag bedarf der Genehmigung durch die zuständige Kantonsregierung oder, wenn er in der ganzen Schweiz gelten soll, durch den Bundesrat (Art. 46 Abs. 4 Satz 1 KVG). Kommt zwischen Leistungserbringern und Versicherern kein Tarifvertrag zustande, so setzt die Kantonsregierung nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest (Art. 47 Abs. 1 KVG).

**2.2.4** Die Leistungserbringer müssen sich nach Art. 44 Abs. 1 Satz 1 KVG an die vertraglich oder behördlich festgelegten Tarife und Preise halten und dürfen für Leistungen nach diesem Gesetz keine weitergehenden Vergütungen berechnen (Tarifschutz; vgl. auch Art. 49 Abs. 5 KVG).

**2.2.5** Gemäss Art. 49a KVG werden die Vergütungen nach Art. 49 Abs. 1 vom Kanton und den Versicherern anteilmässig übernommen (Abs. 1). Der Kanton setzt jeweils für das Kalenderjahr spätestens neun Monate vor dessen Beginn den für alle Kantonseinwohner geltenden kantonalen Anteil fest. Der kantonale Anteil beträgt (grundsätzlich, vgl. Abs. 5 KVG UeB.) mindestens 55 Prozent (Art. 49a Abs. 2 KVG).

**2.2.6** Die versicherte Person kann für die stationäre Behandlung unter den Spitälern frei wählen, die auf der Spitalliste ihres Wohnkantons oder jener des Standortkantons aufgeführt sind (Listenspital). Der Versicherer und der Wohnkanton übernehmen bei stationärer Behandlung in einem Listenspital die Vergütung anteilmässig nach Art. 49a KVG höchstens nach dem Tarif, der in einem Listenspital des Wohnkantons für die betreffende Behandlung gilt (Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG). Beansprucht die versicherte Person bei einer stationären Behandlung aus medizinischen Gründen ein nicht auf der Spitalliste des Wohnkantons aufgeführtes Spital, so übernehmen der Versicherer und der Wohnkanton die Vergütung anteilmässig nach Art. 49a KVG. Mit Ausnahme des Notfalls ist dafür eine Bewilligung des Wohnkantons notwendig (Art. 41 Abs. 3 KVG).

In der vor der Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung anwendbaren Fassung hatte Art. 41 KVG (von 1994) vorgesehen, dass die Versicherten unter den zugelassenen Leistungserbringern, die für die Behandlung ihrer Krankheit geeignet sind, frei wählen konnten (Abs. 1 Satz 1). Bei stationärer oder teilstationärer Behandlung musste der Versicherer die Kosten höchstens nach dem Tarif übernehmen, der im Wohnkanton der versicherten Person galt (Abs. 1 Satz 3). Beanspruchten Versicherte aus medizinischen Gründen einen anderen Leistungserbringer, so richtete sich die Kostenübernahme nach dem Tarif, der für diesen Leistungserbringer galt (Abs. 2 Satz 1).

### 2.3

**2.3.1** Unter Referenztarifen sind bereits bestehende Tarife anderer zugelassener Spitäler zu verstehen (vgl. Kranken- und Unfallversicherung, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis [RKUV] 5/2001 417 KV 181 E. 3.2.4 S. 428). Es handelt sich daher nicht um einen Tarif, welcher von den Tarifparteien vertraglich zu vereinbaren und von der zuständigen Kantonsregierung – nach Konsultation der Preisüberwachung – zu genehmigen (Art. 46 Abs. 4 KVG) oder im vertragslosen Zustand gemäss Art. 47 Abs. 1 KVG hoheitlich festzusetzen ist.

**2.3.2** Referenztarife werden dann beigezogen, wenn es für eine KVG-pflichtige Leistung eines Spitals keinen verbindlichen Tarif gibt. Unter der Herrschaft des bis Ende 2011 anwendbaren Rechts konnte ein solcher Fall namentlich dann eintreten, wenn das Abschliessen eines OKP-Tarifvertrages gar nicht zulässig war, wie beispielsweise bei ausserkantonalen Wahlhospitalisationen (vgl. dazu BVGE 2009/23) oder bei Privatspitälern, die nur im Bereich Halbprivat- oder Privatabteilung zur Tätigkeit zu Lasten der OKP zugelassen waren (vgl. RKUV 5/2001 417 KV 181; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts K 34/02 vom 12. Februar 2004). Die versicherte Person hatte lediglich (im Sinne der Austauschbefugnis) Anspruch auf einen Sockelbeitrag aus der OKP in der Höhe des jeweils massgebenden Referenztarifs.

Ein Referenztarif ist aber nicht nur dann festzulegen, wenn die versicherte Person keinen Anspruch auf vollständige Kostenerstattung hat, sondern auch dann, wenn die Vertragsparteien und der zuständige Kanton ihren Verpflichtungen nicht nachgekommen sind, dafür zu sorgen, dass entweder ein genehmigter Tarifvertrag vorliegt oder der Tarif hoheitlich festgesetzt wird (vgl. BGE 131 V 133 E. 9.2 und 9.3; Urteil des Bundesgerichts 9C\_61/2009 vom 16. Juli 2009).

**2.3.3** Angesichts der sehr unterschiedlichen Konstellationen, welche die Festlegung eines Referenztarifs erfordern können, lässt sich die Frage, ob Referenztarife nur im Leistungsfall (und somit im konkreten Einzelfall) zu bestimmen sind oder auch abstrakt festgelegt werden können, nicht allgemein beantworten. Wird beispielsweise für ein innerkantonales Listenspital – KVG-widrig – kein Tarif genehmigt oder festgesetzt, stellt sich die Frage des Referenztarifs logischerweise erst im Leistungsfall (ansonsten könnte noch ein ordentlicher Tarif festgesetzt werden). Bei ausserkantonalen Wahlhospitalisationen hingegen erscheint ein unabhängig vom Einzelfall festgelegter Referenztarif – auch aufgrund des Wortlauts von Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG – nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

**2.4** Der Gesetzgeber hat zwar vorgesehen, dass den Versicherten bei ausserkantonalen Wahlhospitalisationen höchstens der Tarif eines Listenspitals des Wohnkantons (als Referenztarif) zu vergüten ist. Er hat aber nicht geregelt, von wem und wie der nach Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG massgebende Tarif zu bestimmen ist, obwohl verschiedene Referenztarife möglich sind, wenn in einem Kanton für die gleiche Leistung mehrere Spitäler mit unterschiedlichen Tarifen zur Auswahl stehen.

**2.4.1** Nachfolgend ist zu prüfen, ob eine durch das Gericht zu füllende Gesetzeslücke beziehungsweise eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes (BGE 138 II 217 E. 4.6) vorliegt. Eine solche *echte Lücke* liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Hingegen bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung, wenn der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen) hat (BGE 138 II 1 E. 4.2 m.w.H.; RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, Bern 2012, Rz. 1196 ff.).

Besteht eine echte Gesetzeslücke, ist diese nach derjenigen Regel zu schliessen, die das Gericht als Gesetzgeber aufstellen würde (vgl. Art. 1 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]; BGE 135 V 163 E. 5.3). Die zu bildende Regel muss sich widerspruchlos in das bestehende Gesetzesrecht und dessen Wertungen und Zielsetzungen einfügen (WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., Rz. 1238). Dieses Verfahren steht damit der teleologischen Auslegung,

die der Ermittlung des Sinnes und des Zwecks einer Gesetzesbestimmung dient, sehr nahe. Um Sinn und Zweck zu ermitteln, muss nach den Interessen gefragt werden, die der Gesetzgeber zu berücksichtigen hatte. Oft wird bei der Lückenfüllung auch auf gesetzliche Regelungen ähnlicher Fragen zurückgegriffen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C–2098/2011 vom 26. März 2013 E. 1.2.3).

**2.4.2** Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG unterscheidet sich von aArt. 41 Abs. 1 KVG (von 1994) vor allem dadurch, dass sich neu auch der Wohnkanton an den Kosten einer ausserkantonalen Wahlhospitalisation zu beteiligen hat. Im Übrigen scheint sich an der Regelung zur freien Spitalwahl und Kostenerstattung kaum etwas geändert zu haben (vgl. auch BEAT MEYER, Ausserkantonale Wahlbehandlung – Tarifschutz und Tarifgestaltung gemäss 3. KVG-Revision, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge [SZS] 2012, S. 397 ff.).

**2.4.2.1** Nach den bis Ende 2011 anwendbaren KVG-Bestimmungen wurde bei den Tarifen zwischen öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern einerseits sowie nicht subventionierten Privatspitälern andererseits unterschieden. Nach aArt. 49 Abs. 1 KVG (von 1994) durften die Vergütungspauschalen für Kantonseinwohner und -inwohnerinnen bei öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitälern höchstens 50 % der anrechenbaren Kosten je Patient oder Patientin oder je Versichertengruppe in der allgemeinen Abteilung decken. Betriebskostenanteile aus Überkapazität, Investitionskosten sowie Kosten für Lehre und Forschung wurden nicht angerechnet. Nach der Rechtsprechung waren jedoch bei Privatspitälern ohne öffentliche Betriebsbeiträge Investitionskosten nur so weit nicht anrechenbar, als sie von der öffentlichen Hand nach dem Recht des zuständigen kantonalen oder kommunalen Gemeinwesens zu tragen waren (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C–2142/2010 vom 21. September 2011 E. 3.4.2 mit Hinweisen). Bei ausserkantonalen Versicherten konnte ein öffentliches Spital regelmässig einen gegenüber Patientinnen und Patienten aus dem Kantonsgebiet höheren Tarif (auf der Basis einer Vollkostendeckung) verlangen (vgl. BGE 134 V 269 E. 2.5), wobei der Wohnkanton gemäss aArt. 41 Abs. 3 KVG (von 1994) die Differenz zwischen innerkantonalem und ausserkantonaalem Tarif zu übernehmen hatte, wenn die ausserkantonale Behandlung aus medizinischen Gründen erfolgte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_835/2010 vom 11. November 2010 E. 2.3 mit Hinweisen). Liess sich die versicherte Person hingegen nicht aus medizinischen Gründen in einem ausserkantonalen Spital behandeln,

hatte sie (bzw. ihre Zusatzversicherung) die Differenz selber zu tragen. Die Frage, ob ein nicht subventioniertes Privatspital für ausserkantonale Versicherte einen höheren Tarif verlangen durfte, wurde nicht durch das KVG geregelt; die ausserkantonale Wahlbehandlung als solche stellte keine OKP-Pflichtleistung dar (vgl. Urteile des Bundesgerichts 9C\_630/2012 vom 17. Dezember 2012 und 9C\_569/2009 vom 22. März 2010 insbes. E. 3.3).

**2.4.2.2** Mit der KVG-Revision zur Spitalfinanzierung wurde der Systemwechsel von einer Objektfinanzierung zur Leistungsfinanzierung vollzogen. Die Neuregelung im Tarifbereich soll zu einer Stärkung des Wettbewerbsgedankens führen (vgl. Botschaft vom 15. September 2004 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [Spitalfinanzierung], nachfolgend: Botschaft KVG-Revision, BBl 2004 5569). Durch die leistungsbezogenen Pauschalen werden grundsätzlich sämtliche Kosten (auch die Investitionskosten) abgegolten, soweit es sich nicht um Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen handelt (vgl. Art. 49 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 5 KVG). Die Abgeltung der stationären Leistungen erfolgt nach einheitlichen Regeln (Art. 49a i.V.m. Art. 49 KVG), unabhängig davon, ob es sich um ein öffentliches oder ein privates Spital handelt. Weil die Pauschalen leistungsbezogen festgelegt werden und auf einer Vollkostenrechnung beruhen, kann es keine unterschiedlichen Tarife für innerkantonale und ausserkantonale Versicherte mehr geben (vgl. Botschaft KVG-Revision, BBl 2004 5569 f.; BVGE 2013/8 E. 2.5.2; GEBHARD EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 41 N. 9). Der Wohnkanton hat seinen kantonalen Anteil (Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 KVG) auch bei ausserkantonalen Wahlbehandlungen zu entrichten.

**2.4.3** Obwohl die ausserkantonale stationäre Wahlbehandlung als solche weiterhin keine OKP-Pflichtleistung darstellt und sich hinsichtlich freie Spitalwahl für die Versicherten wenig geändert hat (vgl. EUGSTER, a.a.O., Art. 41 N. 2; nach MEYER, a.a.O., S. 397, wurde die Wahlfreiheit mit der neuen Regelung sogar etwas eingeschränkt), ist Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG im Kontext einer grundlegend geänderten Spitalfinanzierung neu zu würdigen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit dieser Regelung den interkantonalen Wettbewerb fördern wollte, welcher – längerfristig – zu einer Angleichung der Preise führen sollte. Um zu verhindern, dass sich die Preise nach oben anpassen, beziehungsweise um Druck auf Kantone mit (zu) hohen Spitalpreisen aufzubauen, wurde die Vergütung vorerst auf den Wohnkantonstarif

beschränkt. Die freie Spitalwahl mit voller Kostenübernahme sollte erst später verwirklicht werden, wenn die beabsichtigte Angleichung der Preise stattgefunden hat (vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2007 S 750 ff., siehe auch AB 2007 N 1770 ff.; Botschaft KVG-Revision, BBl 2004 5569 f.).

**2.4.4** Der angestrebte interkantonale Wettbewerb kann nur spielen, wenn die Versicherten von ihrer Wahlmöglichkeit auch Gebrauch machen. Insbesondere Versicherte ohne entsprechende Zusatzversicherung werden jedoch kaum ein ausserkantonales Spital wählen, wenn sie nicht dessen Tarif sowie den Referenztarif kennen. Sie müssen ein allfälliges Kostenrisiko abschätzen können, bevor sie ihre Wahl treffen. Wird erst im Leistungsfall festgelegt, welcher Referenztarif gilt, wird die Spitalwahlfreiheit faktisch erheblich eingeschränkt. Angesichts der erheblichen Bedeutung, welche das Parlament diesem Wettbewerbselement beigemessen hat, kann ausgeschlossen werden, dass der Gesetzgeber ein solches Ergebnis gewollt hätte.

**2.4.5** Aufgrund der Entstehungsgeschichte des Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG ist vielmehr anzunehmen, dass im Gesetzgebungsprozess übersehen wurde, dass die Frage, von wem und wie der Referenztarif für ausserkantonale Wahlbehandlungen zu bestimmen ist, einer Regelung bedarf. Die schliesslich vom Parlament verabschiedete Bestimmung entspricht nicht dem Vorschlag des Bundesrates (wonach lediglich der Krankenversicherer, nicht aber der Kanton einen Beitrag hätte leisten müssen [vgl. Botschaft KVG-Revision, BBl 2004 5576 und 5595]). Art. 41 KVG war im Parlament umstritten und wurde im Verlaufe der Beratungen mehrmals geändert. Erst im Differenzbereinungsverfahren schloss sich der Nationalrat dem Ständerat an und stimmte – auch mit Rücksicht auf die Kantone – für eine maximale Kostenerstattung in der Höhe des Wohnkantonstarifs (AB 2007 N 1770 und 1774).

**2.4.6** Nach der bisherigen Praxis legte der Krankenversicherer beziehungsweise im Beschwerdefall das zuständige Gericht den anwendbaren Referenztarif für ausserkantonale Wahlhospitalisationen im Einzelfall fest (vgl. BGE 133 V 123). Weil der Wohnkanton nur bei ausserkantonalen Behandlungen aus medizinischen Gründen leistungspflichtig wurde, war dieses Vorgehen sachgerecht. Nachdem nun nicht mehr nur der Krankenversicherer, sondern auch der Wohnkanton bei ausserkantonomer Wahlhospitalisation seinen Anteil im Sinne von Art. 49a Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 KVG zu leisten hat, kann nicht mehr nach der bisherigen Praxis vorgegangen werden. Angesichts der dualen

Finanzierung hätte der Gesetzgeber regeln müssen, von wem der Referenztarif im Sinne von Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG festzulegen ist. Das Einholen einer (weiteren) Kostengutsprache beim Wohnkanton wäre kaum praktikabel, weil Kantone und Versicherer unterschiedliche Referenztarife festlegen könnten. Zudem würde dies einen erheblichen administrativen Mehraufwand für die Kantone bedeuten. Weiter sieht das KVG nur für ausserkantonale Behandlungen aus medizinischen Gründen vor, dass – sofern kein Notfall vorliegt – eine Bewilligung des Wohnkantons einzuholen ist (Art. 41 Abs. 3 KVG).

**2.4.7** Der vom Bundesamt für Gesundheit (BAG) angerufene BGE 133 V 123 (bzw. die nicht publizierte E. 1.2 des Urteils des Eidgenössischen Versicherungsgerichts K 144/05) steht im Übrigen einer Regel, wonach die Kantonsregierung den Referenztarif im Sinne von Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG (unabhängig vom Einzelfall) festlegt, nicht entgegen. Das Bundesgericht (bzw. damals Eidgenössisches Versicherungsgericht) prüfte in E. 1 die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Dabei war entscheidend, ob ein Tarif im Sinne von Art. 129 Bst. b des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 (OG, BS 3 521 [in Kraft bis Ende Dezember 2006]) oder die Anwendung eines Tarifs im Einzelfall im Streit lag, denn der Tarif als solcher konnte nicht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden. Das Bundesgericht hat weder in BGE 133 V 123 noch – soweit ersichtlich – in anderen Urteilen entschieden, der Referenztarif für ausserkantonale Wahlbehandlungen dürfe nur individuell im Leistungsfall bestimmt werden.

**2.5** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das KVG eine einzelfallunabhängige Festlegung des Referenztarifs im Sinne von Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG nicht ausschliesst beziehungsweise eine solche mit Blick auf den angestrebten interkantonalen Wettbewerb sogar angezeigt erscheint. Hinsichtlich der Frage, wer für diese Tariffestlegung zuständig ist, weist das Gesetz eine echte Lücke auf, die durch das Gericht zu füllen ist.

Hätte der Gesetzgeber diese Rechtsfrage nicht übersehen, hätte er zweifellos die Kantonsregierung des Wohnkantons als zuständig erklärt. Nicht in Frage kämen jedenfalls die Tarifparteien, weil der Referenztarif nicht Ergebnis von Verhandlungen sein kann (vgl. E. 2.3.1). Der Bundesrat ist in der Regel für die Genehmigung oder Festsetzung gesamtschweizerischer Tarife zuständig, die Kantone hingegen für diejenigen, welche primär für ihr Hoheitsgebiet gelten. Der vorliegend in Frage stehende Referenztarif für ausserkantonale Wahlbehandlungen bezieht sich auf die in

einzelnen Kantonen massgebenden Tarife. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Kantone für ihre Wohnbevölkerung nicht nur eine hinreichende Spitalversorgung zu gewährleisten haben, sondern letztlich auch dafür verantwortlich sind, dass die von ihnen in die Spitalliste aufgenommenen Spitäler über einen rechtskonformen Tarif verfügen und insoweit der Tarifschutz gewährleistet ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4989/2012 vom 29. April 2013 E. 2.4.5 [mit Hinweis auf RKUV 2/2006 KV 359 E. 2.2 und BGE 131 V 133 E. 9.2 und 9.3] sowie E. 2.5 und 2.5.1). Es sind somit die Kantone, welche den Überblick über die für eine Festlegung des Referenztarifs massgebenden Tarife haben. Für die den Kantonen obliegenden Aufgaben im Bereich der Spitaltarife sieht das KVG die Zuständigkeit der Kantonsregierung vor (vgl. Art. 46 Abs. 4 und Art. 47 KVG).

Demnach hat die Kantonsregierung den Tarif festzulegen, welcher in einem Listenspital ihres Kantons gilt (Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG) und für die Vergütung bei ausserkantonalen Wahlhospitalisationen massgebend ist.

**2.6** Hat der Gesetzgeber übersehen, dass er die Zuständigkeit zur Festlegung des Referenztarifs im Sinne von Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG hätte regeln sollen, sind die entsprechenden Beschlüsse logischerweise auch nicht in Art. 53 Abs. 1 KVG aufgeführt. Die Beschlüsse betreffend Referenztarif stehen in einem engen Zusammenhang mit den von den Kantonsregierungen gestützt auf Art. 46 Abs. 4 und Art. 47 KVG erlassenen und vom Bundesverwaltungsgericht zu überprüfenden Beschlüssen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass für Beschlüsse über den Tarif im Sinne von Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG die gleiche Zuständigkeitsordnung gelten soll, wonach das Bundesverwaltungsgericht den Tarif als solchen und das Bundesgericht die Anwendung eines Tarifs im Einzelfall überprüft (vgl. Urteile des Bundesgerichts 9C\_331/2011 vom 24. August 2011 E. 1, 9C\_251/2011 vom 16. August 2011 E. 1; siehe auch BGE 138 V 377 E. 2.2). Beschlüsse der Kantone betreffend Referenztarif im Sinne von Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG sind somit beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar.

**3.** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) und Art. 53 Abs. 2 Satz 1 KVG grundsätzlich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Vorbehalten bleiben allfällige Abweichungen des VGG und die besonderen Bestimmungen des Art. 53 Abs. 2 KVG.

**3.1** Nach Ansicht der Vorinstanz ist der angefochtene Beschluss als Zwischenverfügung im Sinne von Art. 46 Abs. 1 VwVG zu betrachten. Die Beschwerde wäre demnach nur zulässig, wenn der Beschluss einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 Bst. a und b VwVG).

**3.1.1** Zwischenverfügungen sind akzessorisch zu einem Hauptverfahren; sie können nur vor oder während eines Hauptverfahrens erlassen werden und nur für die Dauer desselben Bestand haben beziehungsweise unter der Bedingung, dass ein solches eingeleitet wird. Sie fallen mit dem Entscheid in der Hauptsache dahin. Eine Anordnung, die der (wenn auch befristeten, vorläufigen oder vorübergehenden) Regelung eines Rechtsverhältnisses dient, aber nicht im Hinblick auf ein Hauptverfahren, sondern in einem selbstständigen Verfahren ergeht oder ergehen kann, ist demgegenüber ein Endentscheid (BGE 136 V 131 E. 1.1.2 mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur, vgl. auch BGE 139 V 42 E. 2.3).

**3.1.2** Die beschränkte Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen soll namentlich verhindern, dass die Beschwerdeinstanz Zwischenentscheide überprüfen muss, die durch einen günstigen Endentscheid für die betroffene Person jeden Nachteil verlieren (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-124/2012 vom 23. April 2012 E. 3.2.1 m.w.H.).

**3.1.3** Es erscheint fraglich, ob der angefochtene Beschluss für die Frage der Anfechtbarkeit gleich wie Beschlüsse betreffend provisorische Tarife der Spitäler (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-124/2012 vom 23. April 2012 E. 3.1 ff.) als Zwischenverfügung zu qualifizieren ist und ein nicht wieder gutzumachender Nachteil ohne Weiteres verneint werden kann. Der Referenztarif wurde zwar gestützt auf die provisorischen Tarife der Spitäler festgelegt; insofern kommt ihm ein provisorischer Charakter zu. Indessen ist nicht ersichtlich, in welchem Hauptverfahren der angefochtene Beschluss ergangen sein könnte. Bei einer neuen Festlegung des Referenztarifs ist sodann – im Unterschied zu den Tarifen der Spitäler – keine Rückabwicklung vorgesehen (...). An den seit Januar 2010 vom Kanton Aargau und von verschiedenen Krankenversicherern bezahlten Vergütungen für ausserkantonale Wahlbehandlungen wird ein neuer Beschluss betreffend Referenztarif somit nichts ändern.

**3.1.4** Die Frage nach der Qualifikation des angefochtenen Beschlusses kann jedoch offenbleiben. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, ist die Beschwerdeführerin selbst dann nicht zur Beschwerde legitimiert, wenn es sich um eine Endverfügung handelt.

**3.2** Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Erhebung der Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

**3.2.1** (...)

**3.2.2** (...)

**3.3** Die Beschwerdeführerin leitet ihre Beschwerdelegitimation unter anderem daraus ab, dass sie ohne Zweifel befugt wäre, ihre eigene Baserate anzufechten, welche Bestandteil des Referenztarifs bilde. Weiter macht sie geltend, sie werde gegenüber den ausserkantonalen Spitälern benachteiligt, weil der Referenztarif höher sei als die für sie und die übrigen innerkantonalen Regionalspitäler geltende Baserate. Dadurch erhielten die ausserkantonalen Spitäler, die im gleichen Einzugsgebiet tätig seien, einen Finanzierungsvorteil, der sie in die Lage versetze, attraktiver auf dem Markt aufzutreten. Schliesslich werde sie auch gegenüber dem Kantonsspital Aarau (KSA) benachteiligt, weil dessen Tarif über dem Referenztarif liege und das KSA deshalb nicht mit weniger Patienten und Patientinnen rechnen müsse.

**3.4** Der Referenztarif für ausserkantonale Wahlhospitalisationen bestimmt, welcher Betrag der versicherten Person von Krankenversicherer und Wohnkanton höchstens zu vergüten ist. Die Tatsache, dass für dessen Festlegung auch der (provisorische) Tarif der Beschwerdeführerin einzubeziehen war, führt nicht dazu, dass diese – als innerkantonale Leistungserbringerin – als primäre Adressatin des angefochtenen Beschlusses zu betrachten wäre.

**3.4.1** Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat ein Spital kein schutzwürdiges Interesse daran, dass ein anderes Spital von der Spitalliste im Sinne von Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG gestrichen oder dessen Leistungsauftrag reduziert wird, und ist deshalb nicht legitimiert, eine einen anderen Leistungserbringer betreffende begünstigende Verfügung anzufechten (BVGE 2012/9 E. 4.3.2). Dies gilt auch für ein Vertragsspital im Sinne von Art. 49a Abs. 4 KVG, welches mit seiner

Beschwerde eine mengenmässige Begrenzung der Leistungsaufträge an die Listenspitäler (im Zusatzversicherungsbereich) erwirken will (BVGE 2012/30). Ebenso wenig dürfte ein Spital legitimiert sein, einen ein anderes Spital betreffenden Tarifgenehmigungs- oder Tariffestsetzungsbeschluss (Art. 46 Abs. 4 oder Art. 47 KVG) anzufechten.

**3.4.2** Die vorliegende Beschwerde richtet sich indessen nicht gegen den Tarif eines anderen Leistungserbringers beziehungsweise eines Konkurrenzspitals. Allein der Umstand, dass ein Spital vom Beschluss betreffend Referenztarif für ausserkantonale Wahlbehandlungen (möglicherweise) stärker als die Allgemeinheit betroffen und in diesem Sinne besonders berührt ist, vermag die Legitimation noch nicht zu begründen; zusätzlich ist eine besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streitsache beziehungsweise ein schutzwürdiges Interesse erforderlich (vgl. BVGE 2012/30 E. 4.3, BVGE 2012/9 E. 4.1.2 m.w.H.). Weiter ist darauf hinzuweisen, dass es der Beschwerde führenden Partei obliegt, darzulegen, aus welchen Umständen sich ihre Beschwerdebefugnis ergibt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6540/2010 vom 3. März 2011 E. 4.1 m.w.H.). Vorliegend ist es der Beschwerdeführerin nicht gelungen, die von der Rechtsprechung geforderte besondere Beziehungsnähe zur Streitsache hinreichend zu begründen.

Zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie werde gegenüber den ausserkantonalen Konkurrenzspitalern benachteiligt, ist festzuhalten, dass der Referenztarif für ausserkantonale Wahlbehandlungen keinen Einfluss darauf hat, welchen Preis ein jenseits der Kantonsgrenze (im Kanton Y.) gelegenes Konkurrenzspital X. verlangen darf. Die Baserate für das Spital X. wird vom Kanton Y. als Standortkanton genehmigt (Art. 46 Abs. 4 KVG) oder gestützt auf Art. 47 Abs. 1 KVG festgesetzt (der in BVGE 2013/8 behandelte Ausnahmefall dürfte hier nicht in Frage stehen). Weil es nach neuem Recht keine nach inner- und ausserkantonalen Versicherten differenzierende Tarife mehr geben kann, gilt dieser Tarif auch für Patientinnen und Patienten aus dem Kanton Aargau. Liegt der Tarif des Spitals X. unter dem vom Regierungsrat des Kantons Aargau gestützt auf Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG festgelegten Referenztarif, werden die Kosten für die stationäre Behandlung aargauischer Versicherter – wie bei innerkantonalen Hospitalisationen – entsprechend dem für das Spital geltenden Tarif von Kanton und Versicherer übernommen (Art. 49a Abs. 1 KVG). Hat der Kanton Y. hingegen einen höheren Tarif genehmigt oder festgesetzt, bezahlen zwar Kanton und Versicherer ihren Anteil nur bezogen auf den Referenztarif, für die

verbleibende Differenz zwischen dem Referenztarif und dem Tarif des Spitals X. ist jedoch die versicherte Person (oder ihre Zusatzversicherung) kostenpflichtig. Der Referenztarif hat somit nur einen Einfluss darauf, wer welchen Anteil an die Vergütung zu leisten hat, nicht aber auf die dem ausserkantonalen Spital zustehende Vergütung als solche. Soweit eine höhere Baserate überhaupt einen Wettbewerbsvorteil bewirken könnte, würde dieser durch den Tariffestsetzungs- beziehungsweise Tarifgenehmigungsentscheid des Kantons Y. verursacht, nicht durch die Festlegung des Referenztarifs für ausserkantonale Wahlbehandlungen.

Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, sind die ausserkantonalen Spitäler ebenso wenig direkte Adressaten des angefochtenen Beschlusses wie die innerkantonalen Leistungserbringer.

**3.4.3** Die Beschwerdeführerin beruft sich sinngemäss auf den aus Art. 27 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) fliessenden Anspruch auf Gleichbehandlung der Konkurrenten. Die Legitimation zur Konkurrentenbeschwerde setzt jedoch voraus, dass die Beschwerde führende Partei in direkter Konkurrenz zum Hauptadressaten des angefochtenen Entscheids steht (REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2012, Rz. 1350). Da weder inner- noch ausserkantonale Spitäler direkte Adressaten des Beschlusses betreffend Referenztarif im Sinne von Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG sind, kann sich die Beschwerdeführerin nicht auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten berufen.

**3.5** Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde mangels Beschwerdelegitimation nicht einzutreten ist.