



## Urteil vom 15. Mai 2019

---

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),  
Richterin Caroline Gehring, Richter Michael Peterli,  
Gerichtsschreiberin Brigitte Blum-Schneider.

---

Parteien

1. **Helsana Versicherungen AG,**  
2. **Progrès Versicherungen AG,**  
3. **indivo Versicherungen AG,**  
4. **Sanitas Grundversicherungen AG,**  
5. **Compact Grundversicherungen AG,**  
6. **KPT Krankenkasse AG,**  
alle vertreten durch Einkaufsgemeinschaft HSK AG,  
diese vertreten durch Helsana Versicherungen AG,  
Recht & Compliance,  
Beschwerdeführende,

und

1. **Aquilana Versicherungen,**  
2. **Moove Sympany AG,**  
3. **SUPRA 1846 SA,**  
4. **Kranken- und Unfallkasse Bezirkskrankenkasse  
Einsiedeln,**  
5. **PROVITA Gesundheitsversicherung AG,**  
6. **Sumiswalder Krankenkasse,**  
7. **Genossenschaft Krankenkasse Steffisburg,**  
8. **CONCORDIA Schweizerische Kranken- und  
Unfallversicherung AG,**  
9. **Atupri Gesundheitsversicherung,**

- 
10. **Avenir Krankenversicherung AG,**
  11. **Krankenkasse Luzerner Hinterland,**
  12. **ÖKK Kranken- und Unfallversicherungen AG,**
  13. **Vivao Sympany AG,**
  14. **KVF Krankenversicherung AG,**
  15. **Kolping Krankenkasse AG,**
  16. **Easy Sana Krankenversicherung AG,**
  17. **Genossenschaft Glarner Krankenversicherung,**
  18. **Cassa da malsauns LUMNEZIANA,**
  19. **KLuG Krankenversicherung,**
  20. **EGK Grundversicherungen AG,**
  21. **sanavals Gesundheitskasse,**
  22. **Krankenkasse SLKK,**
  23. **sodalis gesundheitsgruppe,**
  24. **vita surselva,**
  25. **Krankenkasse Visperterminen,**
  26. **Caisse-maladie de la Vallée d'Entremont société coo-  
pérative,**
  27. **Krankenkasse Institut Ingenbohl,**
  28. **Krankenkasse Wädenswil,**
  29. **Krankenkasse Birchmeier,**
  30. **Krankenkasse Stoffel Mels,**
  31. **Krankenkasse Simplon,**
  32. **SWICA Krankenversicherung AG,**
  33. **GALENOS Kranken- und Unfallversicherung,**
  34. **rhenusana,**
  35. **Mutuel Assurance Maladie SA,**
  36. **Fondation AMB,**
  37. **Philos Krankenversicherung AG,**
  38. **Assura-Basis SA,**
  39. **Visana AG,**
  40. **Agrisano Krankenkasse AG,**
  41. **sana24 AG,**
  42. **vivacare AG,**

alle vertreten durch Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse ag,  
diese vertreten durch Dr. iur. Vincent Augustin,  
Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

1. **Spital Einsiedeln,**  
handelnd durch Stiftung Krankenhaus Maria zum finstern  
Wald,
2. **Spital Lachen AG,**
3. **Spital Schwyz,**

handelnd durch Krankenhausgesellschaft Schwyz,  
alle vertreten durch lic. iur. Michael Waldner, Rechtsan-  
walt, und lic. iur. Adrian Gautschi, Rechtsanwalt, Vischer AG,  
Beschwerdegegnerinnen,

**Regierungsrat des Kantons Schwyz,**  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

KVG, Spitaltarif; Beschluss des Regierungsrates des  
Kantons Schwyz vom 4. Juli 2017 (Nr. 548/2017).

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Mit Schreiben vom 11. Dezember 2015 teilte das Spital Schwyz namens und in Vertretung der Schwyzer Spitäler (Einsiedeln, Lachen, Schwyz; nachfolgend auch: Schwyzer Spitäler oder Beschwerdegegnerinnen) dem Amt für Gesundheit und Soziales des Kantons Schwyz (nachfolgend: Amt) mit, dass trotz diverser Verhandlungsrunden zwischen den Versicherern der Einkaufsgemeinschaft Helsana/Sanitas/KPT (nachfolgend: Einkaufsgemeinschaft HSK oder Beschwerdeführerinnen HSK oder HSK) und den Spitälern Schwyz, Einsiedeln und Lachen keine Einigung bezüglich des Tarifs 2016 im Bereich der stationären Akutsomatik zustande gekommen sei. Deshalb ersuchten die Schwyzer Spitäler mit Antrag an den Regierungsrat, es sei ein provisorischer Arbeitstarif 2016 für die Krankenversicherer der Leistungseinkaufsgruppe HSK ab dem 1. Januar 2016 auf Fr. 9'690.- festzusetzen (Akten Vorinstanz im Verfahren C-4374/2017 [V-act. HSK] 1).

**A.b** Mit Verfügung Nr. 334/15 vom 16. Dezember 2015 (V-act. HSK 2) legte das Departement des Innern des Kantons Schwyz (nachfolgend: Departement) die provisorische OKP-Baserate 2016 für HSK-versicherte Patienten bei stationärer Behandlung in den Schwyzer Akutspitälern Einsiedeln, Lachen und Schwyz als vorsorgliche Massnahme, gültig ab 1. Januar 2016, fest. Bis zur Festsetzung oder Genehmigung gelte die provisorische Baserate von Fr. 9'650.- für das Spital Einsiedeln, Fr. 9'675.- für das Spital Lachen und Fr. 9'690.- für das Spital Schwyz.

**A.c** Mit Schreiben vom 25. Januar 2016 teilte die Helsana Versicherungen AG im Namen und in Vertretung der Einkaufsgemeinschaft HSK dem Departement mit, dass bezüglich des Tarifs 2016 mit den Schwyzer Spitälern keine Einigung zustande gekommen sei und die Tarifverhandlungen in der Folge als gescheitert zu betrachten seien. Die Einkaufsgemeinschaft HSK beantragte deshalb beim Regierungsrat die hoheitliche Festsetzung des Tarifs 2016 mit folgenden Rechtsbegehren:

1. Es sei die Baserate für die stationäre Akutsomatik zwischen den Gesuchstellerinnen 1-9 (der Einkaufsgemeinschaft HSK angeschlossene Versicherer) und den Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 (Spitäler Einsiedeln und Lachen) für das Jahr 2016 zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung auf Fr. 9'550.- festzusetzen.

2. Es sei die Baserate für die stationäre Akutsomatik zwischen den Gesuchstellerinnen 1-9 (der Einkaufsgemeinschaft HSK angeschlossenen Versicherer) und der Gesuchgegnerin 3 (Spital Schwyz) für das Jahr 2016 zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung auf Fr. 9'570.- festzusetzen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchgegnerinnen 1-3 (Schwyzer Spitäler).

**A.d** Mit Schreiben vom 17. März 2016 teilten die Schwyzer Spitäler dem Amt mit, dass trotz diverser Verhandlungsrunden zwischen den Versicherern der Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse ag (nachfolgend tarifsuisse oder Beschwerdeführerinnen tarifsuisse) und den Spitälern Schwyz, Einsiedeln und Lachen ebenfalls keine Einigung bezüglich des Tarifs 2016 im Bereich der stationären Akutsomatik zustande gekommen sei und somit die Verhandlungen als gescheitert zu betrachten seien. Deshalb ersuchten die Schwyzer Spitäler mit Antrag an das Departement um hoheitliche Festsetzung der Baserate mit folgenden Rechtsbegehren (Akten Vorinstanz im Verfahren C4461/2017 [V-act. tarifsuisse] 1):

1. Für die Entschädigung der stationären Leistungen im Akutbereich der Spitäler sei für das Jahr 2016 eine definitive Baserate gemäss SwissDRG Version 5.0 von Fr. 10'312.- festzulegen.
2. Die rückwirkende Geltendmachung zugunsten der Spitäler der Tariffdifferenz zwischen der provisorischen Baserate von Fr. 9'690.- und der definitiven Baserate bleibe vorbehalten.
3. Das Verfahren sei zu sistieren, bis das Tariffestsetzungsverfahren für die Baserate 2015 rechtsgültig entschieden ist. Die Formulierung weiterer formeller wie materieller Eingaben, Einwendungen und Anträge der Spitäler bleibe vorbehalten.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Gesetz zulasten der tarifsuisse ag.

**A.e** Mit Verfügung Nr. 81 vom 23. März 2016 sistierte der Regierungsrat das Tariffestsetzungsverfahren 2016 für HSK-versicherte Patienten bis zur Entscheidung des Regierungsrats in der Sache Baserate 2015 für tarifsuisse-versicherte Patienten (V-act. HSK 4).

**A.f** Mit Regierungsratsbeschluss Nr. 544 vom 21. Juni 2016 genehmigte der Regierungsrat des Kantons Schwyz einerseits die Tarifverträge betreffend das Jahr 2015 zwischen der Einkaufsgemeinschaft HSK und den Schwyzer Spitälern (Spital Einsiedeln: Fr. 9'650.-, Spital Lachen: Fr. 9'675.- und Spital Schwyz: Fr. 9'690.-). Weil sich die Tarifpartner tarifsuisse und die Schwyzer Spitäler nicht auf einen Tarif einigen konnten, setzte der Regierungsrat andererseits die Baserate 2015 von Fr. 9'585.- fest (Akten im Beschwerdeverfahren Verfahren C-4374/2017 [B-act. HSK] 6 Beilage 3 und Akten im Beschwerdeverfahren C-4461/2017 [B-act. tarifsuisse] 5 Beilage 3).

**A.g** Mit Schreiben vom 3. August 2016 forderte das Departement die Tarifparteien auf, basierend auf dem Entscheid des Regierungsrats in Sachen Baserate 2015, für das Jahr 2016 nochmals in Verhandlungen zu treten und dem Departement bis 30. September 2016 über den Verhandlungsfortschritt Bericht zu erstatten (V-act. HSK 6 und V-act. tarifsuisse 2).

**A.h** Mit E-Mail vom 30. September 2016 teilte das Spital Schwyz im Namen der Schwyzer Spitäler dem Amt mit, dass die erneuten Verhandlungen zur Baserate 2016 sowohl mit der Einkaufsgemeinschaft HSK (V-act. HSK 8) als auch mit tarifsuisse (V-act. tarifsuisse 3) gescheitert seien. Das Scheitern der Verhandlungen wurde von HSK mit E-Mail vom 30. September 2016 (V-act. HSK 8) bestätigt.

**A.i** Mit Schreiben vom 25. Oktober 2016 nahm tarifsuisse Stellung zu den Anträgen der Schwyzer Spitäler vom 17. März 2016 und stellte ihrerseits folgende Rechtsbegehren (V-act. tarifsuisse 6):

1. Es sei das Rechtsbegehren der Gesuchsteller abzuweisen.
2. Es sei für die stationären Leistungen im Bereich der Akutsomatik für die Spitäler Einsiedeln, Schwyz und Lachen ab 1. Januar 2016 eine definitive Baserate gemäss SwissDRG Version 4.0 (Cost Weight 1.0) in gesetzlicher bzw. maximaler Höhe (inklusive Anlagennutzungskosten) wie folgt festzusetzen:

Begehren: Baserate gemäss Benchmarking tarifsuisse ag Fr. 9'499.-.

Darüberhinausgehende Anträge der Spitäler Einsiedeln, Schwyz und Lachen seien abzuweisen.

3. Es bleibe zugunsten der Versicherer die rückwirkende Geltendmachung einer allfälligen Tariffdifferenz zwischen dem provisorisch gültigen Tarif und dem definitiv festgesetzten Tarif vorbehalten.
4. Die Formulierung weiterer formeller wie materieller Eingaben, Einwendungen und Anträge der Versicherer bleibe vorbehalten.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Gesetz zulasten der Schwyzer Spitäler.

**A.j** Mit Schreiben vom 7. November 2016 nahmen die Schwyzer Spitäler Stellung zu den Anträgen der HSK vom 25. Januar 2016 und stellten ihrerseits die folgenden Rechtsbegehren (V-act. 13):

1. Für die Entschädigung der stationären Leistungen im Akutbereich der Spitäler sei für das Jahr 2016 eine definitive Baserate gemäss SwissDRG Version 5.0 von Fr. 9'998.- festzulegen.
2. Die rückwirkende Geltendmachung zugunsten der Spitäler der Tariffdifferenz zwischen der provisorischen Baserate von Fr. 9'650.- für das Spital Einsiedeln, Fr. 9'675.- für das Spital Lachen und Fr. 9'690.- für das Spital Schwyz und der definitiven Baserate bleibe vorbehalten.
3. Die Formulierung weiterer formeller wie materieller Eingaben, Einwendungen und Anträge der Spitäler bleibe vorbehalten.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Gesetz zulasten der HSK.

**A.k** Mit Schreiben vom 22. November 2016 nahmen die Schwyzer Spitäler Stellung zur Eingabe von tarifsuisse vom 25. Oktober 2016. Im Weiteren korrigierten sie ihr Rechtsbegehren (vgl. Rechtsbegehren 2 in Absatz A.d) bezüglich der Entschädigung der stationären Leistungen im Akutbereich der Spitäler. Gemäss neuem Begehren sei für das Jahr 2016 eine definitive Baserate gemäss SwissDRG Version 5.0 von Fr. 9'998.- festzulegen (V-act. tarifsuisse 8).

**A.l** Mit Schreiben vom 24. Januar 2017 gab die Preisüberwachung ihre Empfehlungen zur Festsetzung des Tarifs zwischen den Schwyzer Spitalern und den Einkaufsgemeinschaften HSK und tarifsuisse AG. Die Preisüberwachung empfahl, maximal eine SwissDRG-Baserate von Fr 9'598.-

(100% inkl. Anlagenutzung) ab dem Jahr 2016 zu genehmigen oder festzusetzen (V-act. HSK 20 und V-act. tarifsuisse 13).

**A.m** Die Schwyzer Spitäler hielten mit Schreiben vom 17. Februar 2017 unverändert an ihren Rechtsbegehren fest und beantragten, die Empfehlung der Preisüberwachung sei abzulehnen, weil die Empfehlung sachlich unbegründet, inhaltlich teilweise falsch, tendenziös und politisch gefärbt sei (V-act. HSK 22 und V-act. tarifsuisse 15).

## **B.**

**B.a** Mit Beschluss vom 4. Juli 2017 (Regierungsratsbeschluss Nr. 548 [nachfolgend: RRB 548]; B-act. HSK 1 Beilage 4, B-act. tarifsuisse 1 Beilage 1) legte der Regierungsrat rückwirkend ab 1. Januar 2016 eine Base-rate (gemäss SwissDRG, Schweregrad 1.0, inkl. Anlagenutzungskosten) in der Höhe von Fr. 9'828.- für Leistungen der obligatorischen Krankenversicherungen von Versicherten der Einkaufsgemeinschaften tarifsuisse ag und HSK in den Spitälern Einsiedeln, Lachen und Schwyz fest (RRB 548 Ziff. 1 des Dispositivs). Gemäss Ziff. 2 des Dispositivs des RRB 548 werden die Kosten für den Festsetzungsentscheid auf 6'000.- festgesetzt, die den drei involvierten Parteien zu gleichen Teilen auferlegt werden.

**B.b** In der Begründung führte der Regierungsrat insbesondere aus, weil die Voraussetzungen eines idealtypischen, schweizweiten Benchmarkings für eine Festsetzung der Tarife 2016 mit Daten von 2014 fehlten, erscheine es sachgerecht, erneut auf den Fallkostenvergleich des Kantons Zürich abzustützen und diesen mit den benchmarking-relevanten Fallkosten der Schwyzer Spitäler zu vergleichen. Da die Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten der Schwyzer Spitäler sich mit jener des Zürcher Fallkostenvergleichs decke, sei auch die Voraussetzung der einheitlichen Methode bestmöglich erfüllt (RRB 548 E. 3.4.2.4).

**B.c** Für die Berechnung der Tariffestsetzung stützte sich die Vorinstanz auf die angeforderten Kosten- und Leistungsdaten der Schwyzer Akutspitäler des Jahres 2014. Die benchmarking-relevanten Kosten pro Fall beliefen sich gemäss dieser Daten für das Spital Einsiedeln auf Fr. 9'975.-, für das Spital Lachen auf Fr. 10'641.- und für das Spital Schwyz auf Fr. 9'587.-. Zusammen mit den 17 Zürcher Akutspitälern führte der Vergleich der Fallkosten 2014 der nunmehr 20 Akutspitäler (Schweregrad 1.0, inkl. Anlagenutzungskosten) bei Festlegung des Benchmarks auf dem 40. Perzentil und mit Bezug auf die Anzahl Behandlungsfälle zu Fallkosten von Fr.



9'772.-. Unter Berücksichtigung der Lohn- und allgemeinen Landesteuerung für das Jahr 2014 (von insgesamt 0.56%) beläuft sich der Tarif 2016 auf Fr. 9'828.- (RRB 548 E. 3.2.5, 3.4.3 und 3.5).

### C.

Im Namen der sechs im Rubrum aufgeführten Krankenversicherer liess die Einkaufsgemeinschaft HSK AG und diese vertreten durch Helsana Versicherungen AG am 3. August 2017 Beschwerde mit den folgenden Anträgen erheben (B-act. HSK 1):

1. Es sei die Dispositiv-Ziffer Nr. 1 des Beschlusses des Regierungsrats des Kantons Schwyz vom 4. Juli 2017 (Beschluss Nr. 548/2017) aufzuheben.
2. Es sei das Verfahren an die Vorinstanz mit der Anweisung zurückzuweisen, den entscheidrelevanten Sacherhalt zu vervollständigen, eine neue Wirtschaftlichkeitsprüfung durchzuführen sowie eine neue Baserate für das Jahr 2016 festzusetzen.
3. Es sei die Dispositiv-Ziffer Nr. 2 des Beschlusses des Regierungsrats des Kantons Schwyz vom 4. Juli 2017 (Beschluss Nr. 548/2017) aufzuheben.
4. Das vorliegende Beschwerdeverfahren sei in Bezug auf den Antrag Nr. 3 zu sistieren, bis im diesbezüglichen Parallelverfahren C-2417/2017 ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts gefällt wurde.
5. Alles unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerinnen 1-3.

Zur Begründung ihrer Anträge liess die Einkaufsgemeinschaft HSK im Wesentlichen ausführen:

- die Feststellung der Vorinstanz sei unzutreffend, dass ein schweizweites Benchmarking vorliegend nicht möglich sei,
- die vom Regierungsrat festgesetzte Baserate orientiere sich nicht an der Entschädigung jener Spitäler, welche die tarifierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig zu erbringen hätten (Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG),

- das Benchmarking der Vorinstanz genüge nicht den hohen Anforderungen, die an die Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten gestellt würden; so sei nicht bekannt, wie die benchmarking-relevanten Betriebskosten der Zürcher Spitäler berechnet worden seien und es sei auch nicht sichergestellt, ob die Ermittlung der Betriebskosten im Benchmarking der Vorinstanz (Daten der Zürcher und Schwyzer Spitäler) nach einheitlicher Methode erfolgt sei,
- die Vorinstanz habe es unterlassen, eine Plausibilisierung ihres selektiven Benchmarking vorzunehmen,
- die Einführungsphase von SwissDRG sei abgeschlossen, daher sei es nicht sachgerecht, ein selektives Benchmarking wie jenes der Vorinstanz (innerkantonale Daten gemischt mit jenen des Kantons Zürich) im Jahre 2016 anzuwenden und dabei ein derart weiches (fallgewichtetes) Perzentil zu wählen,
- ein Abweichen vom Benchmark nach unten sei gerechtfertigt, da spitalindividuelle Gründe vorliegen, die bei der Preisfindung zu berücksichtigen seien,
- der von der Vorinstanz gewährte Gewinn sei nicht sachgerecht, da es sich nicht um einen Effizienzgewinn handelt,
- mit der Gewährung des Teuerungszuschlags von 0.56% (Fr. 55.-) verstosse die Vorinstanz gegen die Grundsätze der Preisbildung bzgl. des Tarifs im Sinne von Art. 49 Abs. 1 KVG,
- gestützt auf § 24 der kantonalen Gebührenverordnung vom 20. Januar 1975 (SRSZ 173.111) sei die Festlegung der Gebühr für die Tariffestsetzung nicht gegeben.

#### **D.**

Als Vertreterin der 42 im Rubrum aufgeführten Krankenversicherer liess tarifsuisse ag, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Vincent Augustin, am 9. August 2017 Beschwerde (Akten im Beschwerdeverfahren C-4461/2017 [B-act. tarifsuisse] 1) mit den folgenden Rechtsbegehren erheben:

1. Der angefochtene Beschluss des Regierungsrates des Kantons Schwyz Nr. 548/2017 vom 4./12.07.2017 sei, soweit derselbe die

eine Beschwerde erhebenden Krankenversicherer der Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse betrifft, aufzuheben und die Rechtssache zu neuer Entscheidung im Sinne der bundesverwaltungsgerichtlichen Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Gesetz.

Zur Begründung ihrer Anträge liess tarifsuisse im Wesentlichen ausführen:

- der angefochtene Beschluss sei nicht im Einklang mit Art. 49 und Art. 43 Abs. 6 KVG; insbesondere sei der rechtserhebliche Sachverhalt unvollständig festgestellt worden, woraus letztlich eine unrichtige und das KVG verletzende Baserate resultiere,
- der den Berechnungen zu Grunde gelegte Fallkostenvergleich mit den Zürcher Spitälern entspreche nicht einer zwingend notwendigen, repräsentativen Teilmenge,
- die Ausrichtung des Benchmarking am 40. Perzentil sei auf Grund der fehlenden Repräsentativität der gewählten Teilmenge (Zürcher Spitäler) nicht wirtschaftlich und das Kantonsspital Winterthur (KSW) nicht als valables Referenzspital heranzuziehen, weil dieses seit 2012 nicht mehr wirtschaftlich arbeite,
- die Vorinstanz habe das ihr von Gesetz und Praxis zugestandene Ermessen ebenso überschritten, wie der festgesetzte Tarif unangemessen sei.

**E.**

Die mit Zwischenverfügung vom 14. und 15. August 2017 von HSK und tarifsuisse eingeforderten Kostenvorschüsse über je Fr. 5'000.- gingen am 24. August 2017 (B-act. tarifsuisse 3) bzw. am 7. September 2017 (B-act. HSK 4) bei der Gerichtskasse ein.

**F.**

Die Vorinstanz reichte am 19. September 2017 ihre Vernehmlassung zur Beschwerde von tarifsuisse (C-4461/2017) ein und beantragte deren Abweisung (B-act. tarifsuisse 5). Zur Begründung verwies sie auf den angefochtenen Beschluss und führte ergänzend aus:

- sie habe sich eingehend mit den repräsentierten Benchmarks der Parteien auseinandergesetzt, diese jedoch wegen fehlender Transparenz, Datenqualität und KVG-Konformität nicht berücksichtigen können,
- die Abstützung auf den Fallkostenvergleich des Kantons Zürich zwei Jahre nach Einführung der Spitalfinanzierung könne vorliegend als zulässig betrachtet werden,
- mit dem Benchmark auf dem 40. Perzentil sei ein stetiger Kostendruck geschaffen worden, womit dem hinter der KVG-Revision stehenden Wettbewerbsgedanken Rechnung getragen werde,
- die Gewährung von Effizienzgewinnen sei solange zulässig und KVG-konform, als die geringeren Kosten nicht aus einem überproportionalen Anteil profitabler Fälle bzw. einem vergleichsweise geringen Anteil defizitärer Fälle resultiere.

#### **G.**

Die Beschwerdegegnerinnen (Schwyzer Spitäler) des Verfahrens C-4461/2017 liessen, vertreten durch die Rechtsanwälte Michael Waldner und Adrian Gautschi, in ihrer Beschwerdeantwort vom 29. September 2017 (B-act. tarifsuisse 6) beantragen, die Beschwerde sei – unter Kosten- und Entschädigungsfolge – vollumfänglich abzuweisen. Im Weiteren stellten die Beschwerdegegnerinnen den Verfahrens Antrag, die gesamten Vorakten der Vorinstanz für das Verfahren C-4374/2017 der Beschwerdeführerinnen HSK seien auch für das Verfahren C-4461/2017 (tarifsuisse) beizuziehen.

#### **H.**

In ihrer Vernehmlassung vom 2. Oktober 2017 zur Beschwerde von HSK (C-4374/2017) beantragte die Vorinstanz deren Abweisung (B-act. HSK 6). Zur Begründung verwies sie auf den angefochtenen Beschluss und führte ergänzend aus (vgl. Ergänzungen der Vernehmlassung im Verfahren tarifsuisse in Bst. F),

- im Gegensatz zum Benchmark des Kantons Zürich sei der von den Beschwerdeführerinnen erwähnte Benchmark des Kantons Aargau bisher vom Bundesverwaltungsgericht nicht auf dessen Sachgerechtigkeit und KVG-Konformität beurteilt worden,

- die Verfahrenskosten im Verfahren vor dem Regierungsrat gehörten nicht zu den in Art. 1 Abs. 3 VwVG aufgezählten Ausnahmen, die sich nach dem Verfahrensrecht des Bundes richten, deshalb sei für die Auflage und Verlegung der Verfahrenskosten ausschliesslich kantonales Verfahrensrecht massgebend,
- gestützt auf § 72 Abs. 1 des kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetzes trage in der Regel die Partei die Kosten, welche den Erlass verlangt habe, deshalb sei für die Gebührenerhebung die gesetzliche Grundlage gegeben.

#### **I.**

Die Beschwerdegegnerinnen (Schwyzer Spitäler) liessen ebenso im Verfahren C-4374/2017, vertreten durch die Rechtsanwälte Michael Waldner und Adrian Gautschi, in ihrer Beschwerdeantwort vom 13. Oktober 2017 (B-act. HSK 7) beantragen, die Beschwerde sei – unter Kosten- und Entschädigungsfolge – vollumfänglich abzuweisen (vgl. die Anträge in der Beschwerdeantwort im Verfahren tarifsuisse in Bst. G).

#### **J.**

Auf Einladung hin reichte die Preisüberwachung am 14. November 2017 ihre Stellungnahme ein (B-act. HSK 9, B-act. tarifsuisse 8). Sie erläuterte zunächst ihre Prüfmethodik bei SwissDRG-Baserates.

**J.a** In einem ersten Schritt müssten auf Basis betriebsindividueller Kosten- und Leistungsdaten unter Einhaltung der Vorgaben aus Gesetz und Rechtsprechung die benchmarking-relevanten Betriebskosten und daraus abgeleitet die benchmarking-relevanten Baserates möglichst vieler Spitäler ermittelt werden. In einem zweiten Schritt sei basierend auf den ermittelten Baserates ein Benchmarking durchzuführen. Daraus resultiere eine Referenz-Baserate, an welcher sich die anderen Spitäler zu orientieren hätten.

**J.b** Für das Tarifjahr 2016 seien ausgehend von den durch das Bundesamt für Statistik (BFS) erhobenen und geprüften Betriebskosten und Leistungsdaten des Jahres 2014 für eine grosse Mehrheit der Häuser (160 Spitäler inkl. Universitätsspitäler) je ein solider benchmarking-relevanter Basispreis von Fr. 9'598.- berechnet worden (100%, inkl. Anlagenutzung und Teuerung, 20 Perzentil).

**J.c** Bezugnehmend auf die Kritik des Regierungsrats des Kantons Schwyz zur Tarifkalkulation und am Benchmarking der Preisüberwachung äusserte sich die Preisüberwachung im Wesentlichen wie folgt:

- die Methodik zur Ermittlung des Benchmark-Wertes der Preisüberwachung sei transparent,
- aus Datenschutzgründen sei die berechnete benchmarking-relevante Baserate gegenüber dem Kanton Schwyz nur in anonymisierter Form dargestellt worden, dies sei jedoch irrelevant; relevant sei einzig, welche unterschiedlichen Kosten verwendet worden seien,
- die in der Krankenhausstatistik aufgeführten Anlagenutzungskosten beruhten auf den Angaben der Spitäler, welche verpflichtet seien, diese Angaben gemäss Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler und Pflegeheime in der Krankenversicherung (VKL, SR 832.104) korrekt auszuweisen,
- das Benchmarking beruhe auf den effektiven Daten des Jahres 2014, die in der medizinischen Statistik und der Krankenhausstatistik des BFS ausgewiesen seien.

**J.d** Die Preisüberwachung hielt an der Tarifempfehlung vom 24. Januar 2017 an den Regierungsrat fest.

#### **K.**

Auf Einladung des Instruktionsrichters nahm das Bundesamt für Gesundheit (BAG) am 21. Dezember 2017 als Fachbehörde zu den Beschwerden der Einkaufsgemeinschaften HSK und tarifsuisse Stellung (B-act. HSK 11, B-act. tarifsuisse 10).

**K.a** In seinen Ausführungen nahm das BAG zu folgenden Themen der Beschwerde (von HSK [C-4374/2017] und tarifsuisse [C-4461/2017]) Stellung: Rahmenbedingungen der Tariffestsetzung, Art des Benchmarkings, Einheitliche Methode (Beschwerde HSK), Plausibilisierung des Benchmarkings, Perzentilwert, Effizienzgewinne, Lohnniveau (Beschwerde tarifsuisse), Ermittlung der relevanten Kosten der Schwyzer Spitäler (Beschwerde tarifsuisse) und Teuerungszuschlag.

**K.b** Zum Benchmarking führte das BAG u.a. aus, dass das Benchmarking der Vorinstanz grundsätzlich zu stützen sei. Es begründete dies damit, dass die Vorinstanz sich mit verschiedenen Benchmarkings auseinandergesetzt habe und zum Schluss gekommen sei, dass das auf die Schwyzer Spitäler und die Spitäler des Zürcher Fallkostenvergleichs abgestützte Benchmarking das geeignetste sei. Im Weiteren sei das Benchmarking der

Vorinstanz kostenbasiert, was die Berücksichtigung einer eventuellen Verzerrung des Tarifs nach unten als Resultat der Verhandlungen ausschliesse. Unabhängig davon führe das Benchmarking zu einer Tarifiereduktion von 2 Prozent für das Spital Einsiedeln und von 8.9 Prozent für das Spital Lachen, was zeige, dass der Kostenvergleich effektive Folgen habe (B-act. HSK 11 Ziff. 4.3).

**K.c** Das BAG weist in der Stellungnahme verschiedentlich darauf hin, dass aufgrund der fehlenden Schweizweit vom Bund und in Zusammenarbeit mit den Kantonen durchzuführenden Betriebsvergleiche, den Tariffestsetzungsbehörden ein erheblicher Spielraum einzuräumen sei. Daher könne auch die Anwendung des 40. Perzentils der Kantonsregierung als vertretbar erachtet werden (B-act. HSK 11 Ziff. 5.2).

**K.d** Insgesamt empfiehlt das BAG den Beschluss – u.a. mit der Begründung des Ermessensspielraums der Festsetzungsbehörde während der Einführungsphase – zu stützen, einzig sei der Beschluss hinsichtlich der Gewährung des Teuerungszuschlags reformatorisch zu korrigieren.

**L.**

Mit Schreiben vom 29. Januar 2018 teilte die Vorinstanz den Verzicht auf eine weitere Stellungnahme mit (B-act. HSK 13, B-act. tarifsuisse 12).

**M.**

Mit Eingabe vom 1. Februar 2018 reichte die HSK ihre Schlussstellungnahme ein (B-act. HSK 14) und hielt an den mit ihrer Beschwerde vom 3. August 2017 gestellten Rechtsbegehren fest. Im Gegensatz zum BAG vertrete sie die Meinung, die Einführungsphase von SwissDRG sei abgeschlossen und daher sei der Tariffestsetzungsbehörde kein erheblicher Ermessensspielraum mehr zu gewähren. Demgemäss sei das selektive Benchmarking mit einem derart weichen Perzentil abzulehnen.

**N.**

Mit der Schlussstellungnahme vom 5. Februar 2018 hielt tarifsuisse an ihren Ausführungen gemäss Beschwerde vom 9. August 2017 fest und reichte zusätzliche Beweismittel ein (B-act. tarifsuisse 14).

**O.**

Am 2. bzw. 20. Februar 2018 reichten die Beschwerdegegnerinnen (Schwyzer Spitäler) ihre Schlussbemerkungen ein (B-act. HSK 15, B-act. tarifsuisse 16).

**O.a** Im Verfahren C-4374/2017 (B-act. HSK 15) bestritten die Beschwerdegegnerinnen insbesondere, dass die von der Preisüberwachung hergeleiteten benchmarking-relevanten Kosten der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts genügten. Ebenso bestreiten sie den Abschluss der Einführungsphase von SwissDRG. Im Weiteren zeige ihre Analyse, dass das von der Preisüberwachung gewählte Effizienzmass (20. Perzentil gewichtet nach Spitälern) zu stark durch kleine und Kleinstspitäler dominiert werde. Deshalb erweise sich das 40. Perzentil (gewichtet nach Fällen) im aktuellen Umfeld als sachgerecht.

**O.b** Im Verfahren C-4461/2017 (tarifsuisse; B-act. tarifsuisse 16) monierten die Beschwerdegegnerinnen, die Beschwerdeführerinnen hätten ohne sachlichen Grund in der Schlussstellungnahme eine ganze Reihe neuer Beweismittel, insbesondere eine Zusammenstellung über Personalkosten in verschiedenen Spitälern, eingereicht. Diese Liste mit den Lohnkosten pro Person der Zürcher wie auch der Schwyzer Spitäler sei nicht geeignet, da die BAG-Krankenhausstatistik offenkundig Zahlen der Finanzbuchhaltung ausweise, die sich auf die gesamte Leistungserbringung und nicht nur auf den Bereich der OKP-pflichtigen Leistungen beziehen würden.

**O.c** Im Übrigen hielten die Beschwerdegegnerinnen an ihren Ausführungen und Rechtsbegehren fest.

**P.**

Mit Instruktionsverfügung vom 5. bzw. 23. Februar 2018 wurde der Schriftenwechsel abgeschlossen (B-act. HSK 16 bzw. B-act. tarifsuisse 17).

**Q.**

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die eingereichten Akten wird, soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.



## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Da in den zwei Beschwerdeverfahren C-4374/2017 und C-4461/2017 ein und derselbe Beschluss (Nr. 548/2017 vom 4. Juli 2017) des Regierungsrats des Kantons Schwyz zur Festsetzung der Tarife 2016 im Bereich der Akutsomatik durch die Beschwerdeführenden (Einkaufsgemeinschaft HSK, C-4374/2017; Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse ag, C-4461/2017) angefochten wird und sich im Wesentlichen die gleichen Rechtsfragen stellen, rechtfertigt es sich, die zwei Beschwerdeverfahren zu vereinigen und darüber in einem gemeinsamen Urteil zu befinden. Mit der Zusammenführung der beiden Verfahren wird auch dem prozessualen Antrag der Beschwerdegegnerinnen (Schwyzer Spitäler) nachgekommen, die Vorakten der vorinstanzlichen Verfahren zusammenzuführen (B-act. HSK 7 und B-act. tarifsuisse 6).

**1.2** Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist.

**1.3** Den angefochtenen Regierungsratsbeschluss Nr. 548/2017 vom 4. Juli 2017 hat die Vorinstanz gestützt auf Art. 47 Abs. 1 KVG erlassen. Gemäss Art. 53 Abs. 1 KVG kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 47 KVG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 90a Abs. 2 KVG).

**1.4** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 VGG und Art. 53 Abs. 2 Satz 1 KVG grundsätzlich nach den Vorschriften des VwVG. Vorbehalten bleiben allfällige Abweichungen des VGG und die besonderen Bestimmungen des Art. 53 Abs. 2 KVG.

**1.5** Anfechtungs- und Streitgegenstand ist der Regierungsratsbeschluss Nr. 548/2017 vom 4. Juli 2017, mit welchem der Regierungsrat den Basisfallwert (gemäss Tarifstruktur SwissDRG, Schweregrad 1.0, inklusive Anlagennutzungskosten) zwischen den Einkaufsgemeinschaften HSK und tarifsuisse ag einerseits und den Spitälern Einsiedeln, Lachen und Schwyz andererseits, rückwirkend ab 1. Januar 2016, hoheitlich festgesetzt hat.

**1.6** Die Beschwerdeführerinnen (Einkaufsgemeinschaften HSK und tarifsuisse ag) sind primäre Adressatinnen des angefochtenen Beschlusses

und zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht erhobenen Beschwerden ist, nachdem auch der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet wurde, einzutreten (vgl. Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**1.7** Die Beschwerdeführerinnen können im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des Entscheids beanstanden (Art. 49 VwVG). Tariffestsetzungsbeschlüsse nach Art. 47 KVG (SR 832.10) sind vom Bundesverwaltungsgericht mit voller Kognition zu überprüfen (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG e contrario; BVGE 2010/24 E. 5.1).

**1.7.1** Nach der Rechtsprechung hat auch eine Rechtsmittelbehörde, der volle Kognition zusteht, in Ermessensfragen einen Entscheidungsspielraum der Vorinstanz zu respektieren. Sie hat eine unangemessene Entscheidung zu korrigieren, kann aber der Vorinstanz die Wahl unter mehreren angemessenen Lösungen überlassen (vgl. BGE 133 II 35 E. 3). Das Bundesverwaltungsgericht hat daher nur den Entscheid der unteren Instanz zu überprüfen und sich nicht an deren Stelle zu setzen (vgl. BGE 126 V 75 E. 6). Insbesondere dann, wenn die Ermessensausübung, die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe oder die Sachverhaltswürdigung hochstehende, spezialisierte technische, wissenschaftliche oder wirtschaftliche Kenntnisse erfordert, ist eine Zurückhaltung des Gerichts bei der Überprüfung vorinstanzlicher Bewertungen angezeigt (vgl. BGE 135 II 296 E. 4.4.3; 133 II 35 E. 3; 128 V 159 E. 3b/cc). Es stellt daher keine unzulässige Kognitionsbeschränkung dar, wenn das Gericht – das nicht als Fachgericht ausgestaltet ist – nicht ohne Not von der Auffassung der Vorinstanz abweicht, soweit es um die Beurteilung technischer, wissenschaftlicher oder wirtschaftlicher Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt (vgl. BGE 139 II 185 E. 9.3; 135 II 296 E. 4.4.3; 133 II 35 E. 3 mit Hinweisen; BVGE 2010/25 E. 2.4.1 mit weiteren Hinweisen). Dies gilt jedenfalls, soweit die Vorinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (BGE 139 II 185 E. 9.3; 138 II 77 E. 6.4).

**1.7.2** Im Bereich der Tariffestsetzungen gilt es zu beachten, dass die Kantonsregierung vorher die Preisüberwachung anhören (vgl. Art. 14 Abs. 1

PüG [SR 942.20]) und zudem begründen muss, wenn sie deren Empfehlung nicht folgt (Art. 14 Abs. 2 PüG). Nach der Rechtsprechung des Bundesrates kam den Empfehlungen der Preisüberwachung ein besonderes Gewicht zu, weil die auf Sachkunde gestützte Stellungnahme bundesweit einheitliche Massstäbe bei der Tariffestsetzung setze (vgl. RKUV 1997 KV 16 S. 343 E. 4.6). Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt sich praxisgemäss dann eine Zurückhaltung, wenn der Entscheid der Vorinstanz mit den Empfehlungen der Preisüberwachung übereinstimmt (BVGE 2012/18 E. 5.4; 2010/25 E. 2.4.2). Weicht die Kantonsregierung hingegen von den Empfehlungen der Preisüberwachung ab, kommt weder der Ansicht der Preisüberwachung noch derjenigen der Vorinstanz generell ein Vorrang zu (BVGE 2010/62 nicht publizierte E. 2.4.2, vgl. auch ENDRASS/STAFFELBACH, Der Ermessensspielraum der Behörden im Rahmen des Tariffestsetzungsverfahrens nach Art. 47 i.V.m. Art. 53 KVG, 2006 Rz. 231). Nach dem Willen des Gesetzgebers obliegt es – trotz Anhörungs- und Begründungspflicht gemäss Art. 14 PüG – der Kantonsregierung, bei vertragslosem Zustand den Tarif festzusetzen (vgl. auch RKUV 2004 KV 265 S. 2 E. 2.4; RUDOLF LANZ, Die wettbewerbspolitische Preisüberwachung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2007, N 113). Das Gericht hat in diesen Fällen namentlich zu prüfen, ob die Vorinstanz die Abweichung in nachvollziehbarer Weise begründet hat. Im Übrigen unterliegen die verschiedenen Stellungnahmen – auch der weiteren Verfahrensbeteiligten – der freien Beweiswürdigung bzw. Beurteilung durch das Bundesverwaltungsgericht (BVGE 2012/18 E. 5.4, 2010/25 E. 2.4.3).

## **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. Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Dezember 2007 [Spitalfinanzierung]). Der angefochtene Beschluss ist somit aufgrund des revidierten KVG und dessen Ausführungsbestimmungen zu beurteilen.

**2.2** Spitäler sind nach Art. 39 Abs. 1 (in Verbindung mit 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).

**2.3** Gemäss Art. 43 KVG erstellen die (zugelassenen) Leistungserbringer ihre Rechnungen nach Tarifen oder Preisen (Abs. 1). Tarife und Preise werden 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 (Abs. 4). Die Vertragspartner und die zuständigen Behörden achten darauf, dass eine qualitativ hoch stehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten erreicht wird (Abs. 6). Der Bundesrat kann Grundsätze für eine wirtschaftliche Bemessung und eine sachgerechte Struktur sowie für die Anpassung der Tarife aufstellen. Er sorgt für die Koordination mit den Tarifordnungen der anderen Sozialversicherungen (Abs. 7).

**2.4** 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). Die Genehmigungsbehörde prüft, ob der Tarifvertrag mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit in Einklang steht (Art. 46 Abs. 4 Satz 2 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).

**2.5** Art. 49 KVG trägt den Titel «Tarifverträge mit Spitälern». Obwohl sich diese Bestimmung nach ihrem Wortlaut (nur) an die Tarifparteien richtet, sind die darin verankerten Grundsätze auch bei einer hoheitlichen Festsetzung im Sinne von Art. 47 KVG zu beachten (BVGE 2014/3 E. 2.7).

## **2.6**

**2.6.1** Nach Abs. 1 des Art. 49 KVG vereinbaren die Vertragsparteien für die Vergütung der stationären Behandlung einschliesslich Aufenthalt und Pflegeleistungen in einem Spital (Art. 39 Abs. 1) oder einem Geburtshaus (Art. 29) Pauschalen. In der Regel sind Fallpauschalen festzulegen. Die Pauschalen sind leistungsbezogen und beruhen auf gesamtschweizerisch

einheitlichen Strukturen. Die Vertragsparteien können vereinbaren, dass besondere diagnostische oder therapeutische Leistungen nicht in der Pauschale enthalten sind, sondern getrennt in Rechnung gestellt werden. Die Spitaltarife orientieren sich an der Entschädigung jener Spitäler, welche die tarifizierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen.

**2.6.2** Die gestützt auf Art. 49 Abs. 2 KVG von den Tarifpartnern und den Kantonen eingesetzte SwissDRG AG ist für die Erarbeitung und Weiterentwicklung der Tarifstruktur zuständig. Die Tarifstruktur und deren Anpassungen sind vom Bundesrat zu genehmigen (Art. 49 Abs. 2 Satz 5 KVG). Die ab 1. Januar 2016 im akutsomatischen Bereich anwendbare Version 5.0 der Tarifstruktur SwissDRG wurde vom Bundesrat am 4. Dezember 2015 genehmigt (vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 4. Dezember 2015 "Neue Tarifstruktur für stationäre Leistungen und zwei Tarifverträge genehmigt").

**2.6.3** Laut Art. 49 Abs. 3 KVG dürfen die Vergütungen nach Abs. 1 keine Kostenanteile für gemeinwirtschaftliche Leistungen enthalten. Dazu gehören insbesondere die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen (Bst. a) sowie die Forschung und universitäre Lehre (Bst. b).

**2.6.4** Die Spitäler verfügen über geeignete Führungsinstrumente; insbesondere führen sie nach einheitlicher Methode zur Ermittlung ihrer Betriebs- und Investitionskosten und zur Erfassung ihrer Leistungen eine Kostenrechnung und eine Leistungsstatistik. Diese beinhalten alle für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit, für Betriebsvergleiche, für die Tarifierung und für die Spitalplanung notwendigen Daten. Die Kantonsregierung und die Vertragsparteien können die Unterlagen einsehen (Art. 49 Abs. 7 KVG).

**2.6.5** Die benchmarking-relevanten Basiswerte der als Referenzspital in Frage kommenden Leistungserbringer dienen der konkreten und möglichst genauen Bestimmung des Referenzwertes. Die Kosten- und Leistungsdaten müssen daher idealtypisch so realitätsnahe 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 (BVGE 2014/36 E. 4.5).

**2.7** Gemäss Art. 49 Abs. 8 KVG ordnet der Bundesrat in Zusammenarbeit mit den Kantonen schweizweit Betriebsvergleiche zwischen Spitälern an, insbesondere zu Kosten und medizinischer Ergebnisqualität. Die Spitäler und die Kantone müssen dafür die nötigen Unterlagen liefern. Der Bundesrat veröffentlicht die Betriebsvergleiche.

**2.8** Gestützt auf Art. 43 Abs. 7 KVG hat der Bundesrat Art. 59c KVV (SR 832.102) erlassen (in Kraft seit 1. August 2007; AS 2007 3573). Nach dessen Abs. 1 prüft die Genehmigungsbehörde (im Sinne von Art. 46 Abs. 4 KVG), ob der Tarifvertrag namentlich folgenden Grundsätzen entspricht: Der Tarif darf höchstens die transparent ausgewiesenen Kosten der Leistung decken (Bst. a). Der Tarif darf höchstens die für eine effiziente Leistungserbringung erforderlichen Kosten decken (Bst. b). Ein Wechsel des Tarifmodells darf keine Mehrkosten verursachen (Bst. c). Gemäss Art. 59c Abs. 3 KVV sind diese Grundsätze bei Tariffestsetzungen nach Art. 47 KVG sinngemäss anzuwenden.

### **3.**

**3.1** Die Beschwerdegegnerinnen monieren in ihrer Stellungnahme vom 20. Februar 2018 (B-act. tarifsuisse 16) zum Verfahren C-4461/2017, die Beschwerdeführerin habe mit der Schlussstellungnahme vom 5. Februar 2018 neue Beweismittel (B-act. tarifsuisse 14 Beilage 1 und 2) eingereicht. Mit der verspäteten Eingabe habe die Beschwerdeführerin, ohne dass sachliche Gründe vorlägen, diametral der Zielsetzung der Verfahrensstraffung gemäss Art. 53 Abs. 2 lit. a KVG zuwidergehandelt. Zudem habe die Beschwerdeführerin in Verbindung mit den eingereichten Beweismitteln unzutreffende Schlussfolgerungen gezogen. So habe die Vorinstanz gemäss Darstellung der Beschwerdeführerin zu Unrecht angebliche Differenzen im Lohnniveau der Kantone Zürich und Schwyz missachtet.

**3.2** Der von den Beschwerdegegnerinnen angerufene Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG bestimmt, dass neue Tatsachen und Beweismittel nur soweit vorgebracht werden dürfen, als erst der angefochtene Beschluss dazu Anlass gibt, und neue Begehren unzulässig sind. Art. 53 Abs. 2 KVG sieht – insbesondere mit dem Ziel der Verfahrensstraffung (vgl. BVGE 2012/9 E. 4.3.1 sowie BVGE 2014/3 E. 1.5) – weitere Abweichungen von der Verfahrensordnung des VwVG vor. Nach Bst. b sind die Art. 22a VwVG (Stillstand der Fristen) und Art. 53 VwVG (Ergänzende Beschwerdeschrift) nicht anwendbar. Das Gericht hat zur Einreichung einer Vernehmlassung eine nicht erstreckbare Frist von höchstens 30 Tagen zu setzen (Bst. c), wobei

der Begriff der Vernehmlassung hier in einem weiten Sinn zu verstehen ist und die Stellungnahmen von allen Beteiligten im Sinne von Art. 57 VwVG umfasst. Ein weiterer Schriftenwechsel nach Art. 57 Abs. 2 VwVG findet in der Regel nicht statt (Bst. d).

**3.3** Grundsätzlich gilt, dass sich eine Partei im Beschwerdeverfahren nicht auf verspätet vorgebrachte Tatsachenbehauptungen und Beweismittel berufen kann (BVGE 2014/3 E. 1.5.4 f.; 2014/36 E. 1.5.2).

**3.4** Gestützt auf diese Rechtsprechung sind eingereichte Beweismittel zwar nicht förmlich aus dem Recht zu weisen, eine Partei kann sich aber auch nicht darauf berufen. Daraus folgt, dass die im Verfahren C-4461/2017 von der Beschwerdeführerin eingereichten Beweismittel (B-act. tarifsuisse 14 Beilage 1 und 2) nicht aus dem Recht zu weisen sind. Ob die fraglichen Beweismittel und einzelne Vorbringen vorliegend als verspätet und daher unzulässig zu betrachten sind, ist – soweit diese grundsätzlich erheblich sind – bei der Beurteilung der einzelnen Rügen zu prüfen.

#### **4.**

**4.1** Streitig ist die vorinstanzliche Festsetzung eines Basisfallwerts für die leistungsbezogenen und auf der SwissDRG-Tarifstruktur beruhenden Fallpauschalen (Art. 49 Abs. 1 Satz 2 und 3 KVG). In drei Grundsatzurteilen hat das Bundesverwaltungsgericht verschiedene auch im vorliegenden Verfahren umstrittene Fragen beurteilt und beantwortet (BVGE 2014/3, BVGE 2014/36 und BVGE 2015/8).

**4.2** In BVGE 2014/36 wird dargelegt, welche Voraussetzungen zur Vergleichbarkeit der Fallkosten idealtypisch gegeben sein müssen (E. 4) und welche dieser Voraussetzungen noch fehlen beziehungsweise verbessert werden müssen (E. 5). Zu den Voraussetzungen, die fehlen beziehungsweise verbessert werden müssen, gehören 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. Hinsichtlich der künftigen Preisbildung ist es unabdingbar, dass die Verpflichtung zur Erstellung der Betriebsvergleiche, insbesondere hinsichtlich der Kosten, baldmöglichst umgesetzt wird. Solange diese im Sinne von Art. 49 Abs. 8 KVG schweizweiten Betriebsvergleichen fehlen, 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 2014/36 E. 5.4, vgl. auch BVGE 2014/3 E. 10.1.4).

**4.3** Im System der neuen Spitalfinanzierung bilden die individuellen Kosten eines Spitals die Grundlage für das Benchmarking beziehungsweise für die Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten und der schweregradbereinigten Fallkosten (benchmarking-relevanter Basiswert). Der Basisfallwert hat aber nicht diesen Kosten zu entsprechen, da kein Kostenabgeltungsprinzip gilt. Die frühere – gestützt auf aArt. 49 Abs. 1 KVG entwickelte – Praxis zu den anrechenbaren Kosten ist nicht mehr anwendbar (BVGE 2014/3 E. 2.8.5). Effizienzgewinne von Spitalern (mit einem benchmarking-relevanten Basiswert unterhalb des gesetzekonform bestimmten Benchmarks) sind nicht unzulässig (BVGE 2014/3 E. 2.9.4.4 und 2.9.5). Art. 59c Abs. 1 Bst. a KVV, wonach der Tarif höchstens die transparent ausgewiesenen Kosten der Leistung decken darf, ist in dem Sinne gesetzekonform auszulegen, dass es sich bei den "ausgewiesenen Kosten der Leistung" nicht um die individuellen Kosten des Spitals, dessen Tarif zu beurteilen ist, handelt, 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; BVGE 2014/3 E. 2.10.1).

**4.4** Die Tarifbestimmung nach Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG erfolgt aufgrund eines Vergleichs mit anderen Spitalern, welche die versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen. Zur Ermittlung und Auswahl dieser als Referenz massgebenden Spitaler ist grundsätzlich ein Fallkosten-Betriebsvergleich notwendig (vgl. BVGE 2014/36 E. 3.6 und E. 6.7). Für diese gesamtschweizerischen Betriebsvergleiche (Art. 49 Abs. 8 KVG) müssen nach einheitlicher Methode ermittelte schweregradbereinigte Fallkosten vorliegen (BVGE 2014/36 E. 4.3 ff.). Im Weiteren muss auch die Festlegung des Benchmarks mittels einheitlicher Methode erfolgt sein (BVGE 2015/8 E. 4.3.4).



**4.5** Weiter prüfte das Gericht, welche Korrekturmassnahmen in einer Übergangsphase sachgerecht und vertretbar sein können (BVGE 2014/36 E. 6). So kann beispielsweise die Auswahl einer repräsentativen Teilmenge (Stichprobe) vertretbar sein, obwohl für den Betriebsvergleich idealerweise von der Grundgesamtheit aller akutsomatischen Spitäler auszugehen wäre (E. 6.1). Zur Bildung von Benchmarking-Gruppen (z.B. nach Spitalkategorie) hat das Gericht unter anderem erwogen, eine solche stehe im Widerspruch zur Grundidee eines schweizweiten, möglichst breit abgestützten Betriebsvergleichs (E. 6.6.1). Es stellte fest, dass für die zukünftige Entwicklung in der Preisfindungspraxis die Kategorisierung wenig zielführend sei, zumal bereits die Kategorienbildung Probleme verursache (E. 6.6.4). Dennoch könne in einer Einführungsphase der Entscheid einer Kantonsregierung, für spezielle Spitäler (z.B. Universitätsspitäler) auf einen eigenen Betriebsvergleich abzustellen, geschützt werden (E. 6.6.6). Zudem ist bei der Preisgestaltung unter Umständen der spezifischen Situation der Leistungserbringer Rechnung zu tragen, so dass – ausgehend von einem Referenzwert – aus Billigkeitsgründen differenzierte Basisfallwerte verhandelt oder festgesetzt werden müssen (vgl. dazu BVGE 2014/36 E. 6.8, s.a. E. 3.4 und E. 22.3 ff.).

## **5.**

Es stellt sich vorliegend die Frage, ob die in BVGE 2014/3 und BVGE 2014/36 bemängelten fehlenden Voraussetzungen, insbesondere die für die Tariffestlegung notwendigen schweizweit durchzuführenden Betriebsvergleiche (Art. 49 Abs. 8 KVG; BVGE 2014/36 E. 5.1; BVGE 2015/8 E. 4.4.6), inzwischen durchgeführt und zugänglich gemacht worden sind. Es bleibt auch zu prüfen, ob auf die ersatzweise von den Tarifpartnern und der Festsetzungsbehörde verwendeten Daten abzustellen ist sowie ob erkannte Mängel sachgerecht korrigiert wurden.

**5.1** Wie aus der Antwort des Bundesrates (vom 31. August 2016) auf die Interpellation (16.3427) von Nationalrat Alex Kuprecht vom 13. Juni 2016 zu entnehmen ist, fehlt der für 2015 angekündigte schweizweite Betriebsvergleich zwischen den Spitälern zu den schweregradbereinigten Fallkosten noch immer. So hielt auch das Bundesamt für Gesundheit (BAG) mit Stellungnahme vom 21. Dezember 2017 zum vorliegenden Verfahren fest, dass bisher vom Bund keine Betriebsvergleiche betreffend schweregradbereinigte Fallkosten publiziert worden seien; es seien auch keine neuen Bestimmungen zur Kosten- und Leistungsermittlung erlassen worden (B-act. HSK 11 und B-act. tarifsuisse 10, Ziff. 1.5). Der Erlass von Ausführungsbestimmungen zum KVG fällt in die Kompetenz des Bundesrates

(vgl. Art. 96 KVG). Mit Leitentscheid BVGE 2015/8 erwog das Bundesverwaltungsgericht, dass nur wenn der Ordnungsgeber binnen angemessener Frist keine Regelungen zum Benchmarking erlassen sollte, das Gericht gehalten sein könnte, im Rahmen seiner Rechtsprechung die wesentlichen Grundsätze festzulegen. Nicht vom Bundesverwaltungsgericht zu übernehmen sei jedoch die Verpflichtung des Bundesrates, in Zusammenarbeit mit den Kantonen, schweizweit Betriebsvergleiche zwischen Spitälern anzuordnen und deren Ergebnisse zu publizieren. Deshalb könne das Gericht lediglich an den Bundesrat appellieren, den in Art. 49 Abs. 8 KVG verankerten Auftrag baldmöglichst zu erfüllen (BVGE 2015/8 E. 4.4.6).

**5.2** Gemäss Empfehlungen der Schweizerische Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren ([GDK] „Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung“) sollte für die Tarife 2016 (auf Basis der Daten von 2014) erstmals in Zusammenarbeit mit den Kantonen ein entsprechender Datenpool zur Verfügung gestellt werden, der einen Betriebsvergleich ermöglichen sollte (GDK, Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung vom 1. März 2018, S. 3, im Folgenden: GDK-Empfehlungen 2018). Mit Vernehmlassung vom 2. Oktober 2017 hielt die Vorinstanz fest, dass ihr die von der GDK zum Zeitpunkt der Tariffestsetzung gesamtschweizerisch erhobenen Daten zwar zur Verfügung gestanden hätten, diese Daten (2014) jedoch noch nicht in geeigneter Qualität vorgelegen seien. So habe die GDK weitere technische und inhaltliche Anpassungen sowie Optimierungen an den von den Kantonen verwendeten Instrumenten zur Ermittlung der benchmarking-relevanten Kosten der Spitäler vorgenommen (B-act. HSK 6 Ziff. 10).

**5.3** Somit kann zusammenfassend festgehalten werden, dass für die vorliegende Tariffestsetzung 2016 noch immer die vom Bund und in Zusammenarbeit mit den Kantonen durchgeführten schweizweiten Betriebsvergleiche fehlen.

## **6.**

Zu prüfen ist im Folgenden, ob die Vorinstanz die Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten KVG-konform durchgeführt hat.

**6.1** 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 wurden. Dies gilt bereits im Verwaltungsverfahren zur Festsetzung oder Genehmigung von Spitaltarifen, es muss für die Parteien transparent nachvollziehbar sein, wie die nicht OKP-pflichtigen Kosten ausgeschieden wurden (BVGE 2014/36 E. 16.1.4).

**6.2** Zur Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten im Bereich der Akutsomatik dürfen nur Kosten der stationären OKP-Behandlungen berücksichtigt werden. Gemäss Art. 49 Abs. 3 KVG werden Kosten gemeinwirtschaftlicher Leistungen nicht von der OKP getragen. Da auch im Betriebsvergleich nur Kosten der OKP-Leistungen zu vergleichen sind, müssen daher die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Leistungen vor dem Vergleich ausgeschieden werden. Zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen gehören gemäss Art. 49 Abs. 3 KVG namentlich Spitalkapazitäten (Bst. a), welche ausschliesslich aus regionalpolitischen Gründen aufrechterhalten werden, und die Forschung und universitäre Lehre (Bst. b). Die Aufzählung ist nicht abschliessend (vgl. BVGE 2014/36 E. 4.9.3). Im Gegensatz zu den Kosten der universitären Lehre sind die Kosten der nicht-universitären Lehre in den von der OKP zu leistenden Vergütungen enthalten und werden daher in die Festlegung des Basisfallpreises miteinbezogen.

**6.3** In beiden Verfahren (C-4374/2017 und C-4461/2017) ist grundsätzlich unbestritten, dass die Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen nicht für die benchmarking-relevanten Betriebskosten berücksichtigt werden dürfen und deshalb vor Durchführung des Benchmarkings ausgeschieden werden müssen. Streitig im Verfahren tarifsuisse (C-4461/2017) sind jedoch die Höhe und die Methode der vorgenommenen Abzüge. So rügt tarifsuisse die nicht korrekte Ausscheidung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen, insbesondere für die Aufwendungen der universitären Lehre und Forschung (B-act. tarifsuisse 1 Ziff. 15.2 und 15.3).

**6.4** Für die Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten stützte sich die Vorinstanz auf die angeforderten Kosten- und Leistungsdaten (im schweizweit anerkannten Format ITAR-K [Integriertes Tarifmodell Kostenträgerrechnung] Version 5.0, SwissDRG Version 3.0) der Schwyzer Spitäler für das Jahr 2014. Unter Berücksichtigung der GDK-Empfehlungen sowie deren Mindestkriterien zur Prüfung der Plausibilität der Kostendaten prüfte das Amt die Kostenträgerrechnungen. Dabei wurden die Daten insbesondere auf deren Vollständigkeit, Korrektheit, Transparenz und Nachvollziehbarkeit geprüft (RRB 548 E. 3.2.5.1 und 3.2.5.2).

**6.5** Die GDK hält in ihren Empfehlungen in der Version vom 25. Juni 2015, auf die sich die Vorinstanz stützte, fest, dass das ITAR\_K für die universitäre Lehre und Forschung einen eigenen Kostenträger (Spalte CF) vorsehe. Sofern dieser ausschliesslich und abschliessend Kosten der universitären Lehre und Forschung gemäss VKL ausscheide, habe kein weiterer Abzug auf dem Kostenträger "Stationäre Leistungen KVG" zu erfolgen. Die GDK empfiehlt den Kantonen, sich vom Spital bestätigen zu lassen, dass alle Bereiche der Forschung und universitärer Lehre nach der Methode REKOLE<sup>®</sup> ermittelt wurden und nicht in den stationären Fallkosten enthalten seien. Sofern der Kostenträger Lehre und Forschung nur einen Teil der Kosten für universitäre Lehre und Forschung enthalte, sei der Restbetrag anteilmässig auf den Kostenträgern "stationäre Leistungen KVG" in Abzug zu bringen. Werden die Kosten für universitäre Lehre in einem Spital, in welchem offensichtlich universitäre Lehre erteilt wird, nicht in einem separaten Kostenträger ausgewiesen, sei vorläufig – mangels einheitlich erhobener und konsolidierter Kostennachweise – von Normkosten pro Assistenzarzt von Fr. 15'000.- (Vollzeitäquivalente [VZÄ]) auszugehen und diese in Abzug zu bringen sein (GDK-Empfehlungen 2015, S. 5 f.; RRB 548 E. 3.2.2.4).

**6.6** Ausgangspunkt für die Ermittlung der Fallkosten bildet das Total der Kosten gemäss Betriebsbuchhaltung nach REKOLE<sup>®</sup> für die stationären KVG-Leistungen. Von den Schwyzer Spitälern verfügt jedoch gemäss RRB 548 erst das Spital Lachen über eine REKOLE<sup>®</sup>-Zertifizierung. Daher seien nur die ITAR\_K Daten des Spital Lachen als gesichert nach einheitlichem Standard REKOLE<sup>®</sup> zu vermuten, über die korrekte Erfassung nach REKOLE<sup>®</sup> gäbe es für die ITAR\_K Daten der Spitäler Schwyz und Einsiedeln jedoch keine Gewähr. Die Schwyzer Spitäler seien somit nicht in der Lage, die Kosten für die universitäre Lehre gesetzeskonform auf einem separaten Kostenträger auszuscheiden (RRB 548 E. 3.2.1.5). Im Übrigen fehlt bei allen drei Spitälern im ITAR\_K-Formular die Spalte CF für „universitäre Lehre + Forschung. Alle drei Spitäler haben jedoch gemäss ITAR\_K in Zeile 25 einen „Subsidiärer Abzug: Kosten für universitäre Lehre und Forschung“ vorgenommen. Aus diesen Gründen nahm die Vorinstanz pro Assistenzarzt (VZÄ) einen normativen Abzug gemäss GDK-Empfehlungen von Fr. 15'000.- vor. Ebenso in Abzug gebracht wurden die vom Kanton Schwyz erhaltenen Beiträge für Oberärzte und Praxisassistenten, sofern diese Berufsgruppen im jeweiligen Spital angestellt sind (RRB 548 E. 3.2.2.4).

**6.6.1** Gemäss ITAR\_K (B-act. tarifsuisse 5 Beilage 6) weist das Spital Schwyz Kosten für universitäre Lehre und Forschung von insgesamt Fr. 647'958.- aus, darin eingeschlossen sind die Kosten für universitäre Lehre für ambulante Behandlungen und Medizinaltarife UVG (Zeile 25 „Subsidiärer Abzug: Kosten für universitäre Lehre + Forschung“; Spalte CI „Total“); gemäss Spalte K „stat. Tarif KVG Total“ werden für die universitäre Lehre hingegen noch Fr. 450'040.- ausgewiesen. Insgesamt erhielt das Spital Schwyz vom Kanton für die universitäre Lehre Subventionsbeiträge für das Jahr 2014 von Fr. 648'034.-. Das Spital Schwyz weist gemäss Leistungsabrechnung 29 Assistenzärzte (VZÄ) aus. Insgesamt brachte die Vorinstanz daher Fr. 545'334.- (29 x Fr. 15'000.- für VZÄ, Fr. 93'000.- für Oberärzte und Fr. 17'334.- für Praxisassistenten) als Kosten für universitäre Lehre und Forschung in Abzug (RRB 548 E. 3.2.5.5).

**6.6.2** Gemäss ITAR\_K (B-act. tarifsuisse 5 Beilage 6) weist das Spital Lachen Kosten für universitäre Lehre und Forschung von insgesamt Fr. 912'603.- (Zeile 25 „Subsidiärer Abzug: Kosten für universitäre Lehre + Forschung“; Spalte CI „Total“), gemäss Spalte K „stat. Tarif KVG Total“ werden für die universitäre Lehre hingegen noch Fr. 539'873.- ausgewiesen. Gemäss diesem Formular fehlt die separate Spalte CF „universitäre Lehre + Forschung“. Ebenso wurden die vom Kanton Schwyz erhaltenen Subventionsbeiträge für das Jahr 2014 nicht ausgewiesen. Das Spital Lachen weist gemäss Leistungsabrechnung 40.8 Assistenzärzte (VZÄ) aus. Insgesamt brachte die Vorinstanz Fr. 772'963.- (40.8 x Fr. 15'000.- für VZÄ, Fr. 140'740 für Oberärzte und Fr. 20'223.- für Praxisassistenten) als Kosten für die universitäre Lehre und Forschung in Abzug (RRB 548 E. 3.2.5.4).

**6.6.3** Gemäss ITAR\_K (B-act. tarifsuisse 5 Beilage 6) weist das Spital Einsiedeln Kosten für universitäre Lehre und Forschung von insgesamt Fr. 131'100.- aus (Zeile 25 „Subsidiärer Abzug: Kosten für universitäre Lehre + Forschung“; Spalte CI „Total“), gemäss Spalte K „stat. Tarif KVG Total“ werden für die universitäre Lehre hingegen Fr. 90'971.- ausgewiesen. Gemäss diesem Formular fehlt die separate Spalte CF „universitäre Lehre + Forschung“. Insgesamt erhielt das Spital Einsiedeln vom Kanton für die universitäre Lehre Subventionsbeiträge für das Jahr 2014 von Fr. 131'100.-. Das Spital Einsiedeln weist gemäss Leistungsabrechnung 7 Assistenzärzte (VZÄ) aus. Insgesamt brachte die Vorinstanz Fr. 105'000.- (7 x Fr. 15'000.- für VZÄ) als Kosten für die universitäre Lehre und Forschung in Abzug (RRB 548 E. 3.2.5.3).

**6.6.4** Im Weiteren rügen die Beschwerdeführerinnen tarifsuisse auch die von der Vorinstanz angewendete Methode (die in E. 6.6 erläutert wurde). So habe die Vorinstanz die durch die Spitäler ausgewiesenen Kosten für die universitäre Lehre und Forschung teilweise zugunsten der Spitäler korrigiert (B-act. tarifsuisse 1 Ziff. 15.3). So seien die vom Spital Einsiedeln ausgewiesenen Kosten für die universitäre Lehre in Höhe von Fr. 131'000.- bzw. Fr. 135'279.- von der Vorinstanz auf Fr. 105'000.- korrigiert worden. Gleichermassen seien solche Korrekturen auch für das Spital Lachen (von Fr. 912'603.- auf Fr. 772'963.-) sowie für das Spital Schwyz (von Fr. 647'958.- auf Fr. 545'334.- vorgenommen worden [B-act. tarifsuisse 1 Ziff. 15.4]).

**6.6.5** Der von den Beschwerdeführerinnen erwähnte Betrag von Fr. 135'279.- des Spitals Einsiedeln stellt nicht – wie von tarifsuisse behauptet – die Kosten für die universitäre Lehre (Zeile 25) dar, sondern gemäss ITAR\_K steht dieser Betrag für die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Leistungen insgesamt (B-act. tarifsuisse 5 Beilage 6 Blatt, Spital Einsiedeln, Zeile 26 „Subsidiärer Abzug: Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen“; Spalte CI „Total“).

**6.6.6** Der Regierungsrat hält in seinen Erwägungen fest, die Spitäler seien für die Tariffestlegung 2016 nicht in der Lage gewesen sein, die Kosten für die universitäre Lehre, wie gemäss Gesetz gefordert, auf einem separaten Kostenträger auszuscheiden. Die Abzüge seien daher konsequent gemäss GDK-Empfehlung (und mit Bezug auf BVGE 2014/3 E. 6.5) vorgenommen worden. Im Übrigen sei dieses Vorgehen sachgerecht und vertretbar, da die gleichen Abzüge auch im Kanton Zürich für den Fallkostenvergleich vorgenommen worden seien (RRB 548 E. 3.2.2.4; B-act. tarifsuisse 5 Ziff. 21).

**6.6.7** Die Gründe für die nicht übereinstimmenden Kostendaten, die dem Regierungsrat bzw. den Beschwerdeführerinnen vorlagen, lassen sich dadurch erklären, dass den Beschwerdeführerinnen auf REKOLE® basierende ITAR\_K-Daten vorlagen, dem Regierungsrat jedoch die für die Tariffestsetzung einverlangten Kostendaten basierend auf den Vorgaben gemäss VKL (B-act. tarifsuisse 5 Ziff. 19).

**6.6.8** Mit der Begründung der fehlenden separaten Kostenträger für Lehre und Forschung der Spitäler behalf sich im Übrigen auch die Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse im vorinstanzlichen Verfahren. In ihrer Stellung-

nahme vom 25. Oktober 2016 führte tarifsuisse aus, dass ein Pauschalabzug für die Position universitäre Lehre und Forschung nötig gewesen sei, weil sie nicht nachprüfen könne, ob für die gemäss ITAR\_K ausgewiesenen Zahlen für gemeinwirtschaftliche Leistungen auf der Grundlage einer differenzierten Kosten- und Leistungserfassung zustande gekommen seien oder ob es sich dabei lediglich um eine näherungsweise Umlage der ausbezahlten Beiträge auf den Kostenträger KVG handle (V-act. tarifsuisse 6 Materielles Ziff. 6; V-act. tarifsuisse 10 Begründung Ziff. 3). Im Weiteren legte tarifsuisse dar, solange keine weitergehenden einheitlichen Bestimmungen zur Kostenermittlung national vorgegeben seien, müssten sie sich damit behelfen, teilweise auch normative Abzüge zu berücksichtigen (V-act. tarifsuisse 6 Materielles Ziff. 9).

**6.6.9** Die Beschwerdeführerinnen unterliessen es im vorinstanzlichen Verfahren, einen entsprechenden Antrag auf Einsicht in die Datengrundlagen der Spitäler zu stellen. Ihre Rechtsbegehren zielten im Wesentlichen darauf ab, das Rechtsbegehren der Gesuchstellerin (Schwyzer Spitäler) abzuweisen (Rechtsbegehren Ziff. 1) und die Baserate gemäss Benchmarking tarifsuisse auf Fr. 9'499.- festzusetzen (Rechtsbegehren Ziff. 2.). In der formellen Begründung jedoch hielt tarifsuisse fest, dass in den ersten Tarifverhandlungen die Datengrundlage ITAR\_K besprochen worden sei, es hätten jedoch nur geringe Unstimmigkeiten bei den Kosten für Lehre und Forschung bestanden (V-act. tarifsuisse 6 Formelles Ziff. 2., ebenso Protokoll Tarifverhandlung vom 30.11.2015, vgl. V-act. tarifsuisse 6 Urkunde1 Traktandum 2). Einzig aus dem Protokoll der Tarifverhandlung vom 29. September 2016 geht hervor, dass tarifsuisse von den Spitälern diverse zusätzliche Daten eingefordert, diese jedoch nicht erhalten habe (V-act. tarifsuisse 6 Urkunde 2 Traktandum 3). Im hoheitlichen Tariffestsetzungsverfahren unterliess es tarifsuisse dagegen, diese zusätzlichen Daten einzufordern.

**6.6.10** Grundsätzlich gilt, dass die Spitäler die Kosten für Lehre und Forschung von den übrigen gemeinwirtschaftlichen Betriebskosten ausscheiden müssen (siehe vorne E. 6.2). Gestützt auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. BVGE 2014/3 E. 6 m.w.H.) ist auch im vorliegenden Fall der normative Abzug für universitäre Forschung und Lehre gerechtfertigt, weil es der zuständigen Kantonsbehörde nicht gelungen ist, von den Schwyzer Spitälern die vollständigen entscheidereheblichen (transparenten) Daten zu erhalten. Im Übrigen empfiehlt auch die GDK diese Vorgehensweise. Dazu muss betont werden, dass die GDK-

Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung zwar Grundsätze zur Herleitung der benchmarking-relevanten Betriebskosten enthalten, diese jedoch keine einheitliche Kostenermittlung und Leistungserfassung gewährleisten; sie vermögen jedoch eine gewisse Einheitlichkeit zu fördern (BVGE 2014/36 E. 13.2.4). Die GDK-Empfehlungen erreichen des Weiteren nicht Gesetzesrang. Sie stellen auch keine verbindliche Auslegung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung dar (vgl. auch BVGE 2018 V/3 E. 9.8 mit Hinweis auf BGE 138 II 398 E. 2.3.5 beide Erwägungen mit Bezug auf die GDK-Empfehlungen zur Spitalplanung).

**6.7** Im Weiteren macht tarifsuisse geltend, auch Vorhalteleistungen für Notfälle seien gemeinwirtschaftliche Leistungen und könnten daher nur insoweit als OKP-pflichtige Leistungen angesehen werden, als sie transparent ausgewiesen würden und nicht Folge der Aufrechterhaltung von zu kleinen oder schlecht ausgelasteten Notfallstationen darstellen würden (B-act. tarifsuisse 1 Ziff. 15.5).

**6.7.1** Gemäss Vernehmlassung des Regierungsrats sehe das Schwyzer Spitalgesetz (SRSZ 574.110) zwar gestützt auf die „kann“-Bestimmung in §9 Abs. 1 vor, auch Beiträge an Vorhalteleistungen für Notfälle zu leisten. De facto seien jedoch im Jahr 2014 (sowie auch für die Folgejahre) keine Kantonsbeiträge für Vorhaltekosten für Notfälle ausgerichtet worden. Dies wird damit begründet, dass einerseits kein Leistungsauftrag für Notfalldienste (für gemeinwirtschaftliche Leistungen) erteilt worden sei und andererseits die Notfallstationen weder zu klein noch zu schlecht ausgelastet gewesen seien, um sie durch kantonale Subventionen aufrechterhalten zu müssen. Zudem seien die Beiträge, welche die Spitäler vom Kanton erhielten, auf den jeweiligen Kostenträgerrechnungen ausgewiesen wie beispielsweise die Beiträge an das Spital Schwyz für das Pilotprojekt Palliative Care (B-act. 5 tarifsuisse Ziff. 22; B-act. 5 tarifsuisse Beilage 6, ITAR\_K Spital Schwyz, Spalte „BU“).

**6.7.2** Im Bereich der stationären Spitalbehandlung hat das Bundesverwaltungsgericht mit Leitentscheid BVGE 2014/36 entschieden, dass die Kosten der stationären Notfallbehandlungen für die Tariffberechnung relevant seien und nicht unter dem Titel der gemeinwirtschaftlichen Leistungen ausgediebt werden müssten. Die Notfall-Vorhalteleistungen (erhöhte Flexibilität und Verfügbarkeit, dauernd freie Aufnahmekapazitäten, Pikettendienst, zusätzlicher Personalaufwand) sind daher ebenfalls tarifrelevant (BVGE 2014/36 E. 21). Im Grundsatz ist daher davon auszugehen, dass Vorhalteleistungen OKP-pflichtig sind. Gemäss Handbuch zu REKOLE®



gehören Vorhalteleistungen für den Notfall zu den fallabhängigen Leistungen und können in jener Kostenstelle verbucht werden, wo sie anfallen (PASCAL BESSON, REKOLE® Betriebliches Rechnungswesen im Spital, 4. Ausgabe, Bern 2013, S. 289). Dies gilt jedenfalls, soweit es sich nicht um darüber hinausgehende Mehrkosten handelt, welche zum Beispiel als Folge der Aufrechterhaltung einer an sich zu kleinen oder schlecht ausgelasteten Notfallstation entstehen (BVGE 2014/36 E. 21.3.4). Aus dem von tarifsuisse erwähnten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zum Rettungswesen (C-6561/2015 vom 18. Juni 2017) kann nichts anderes abgeleitet werden. Da somit im Zusammenhang mit der Notfallversorgung der Schwyzer Spitäler keine gemeinwirtschaftlichen Leistungen erbracht wurden, ist die Ausscheidung von solchen Kostenanteilen vorliegend nicht geboten. Auch seitens tarifsuisse werden keine substantiierten Einwände geltend gemacht, welche die Aussage der Vorinstanz, die Notfallstationen seien zur Versorgung der Bevölkerung nötig und überdies hinreichend ausgelastet, widerlegen. Insbesondere hat tarifsuisse in ihrer Beschwerde wie auch in der Schlussstellungnahme keine stichhaltige Begründung vorgebracht, inwiefern die Schwyzer Spitäler zu kleine Notfallstationen hätten oder diese schlecht ausgelastet wären.

**6.8** 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 (BVGE 2014/36 E. 4.9.5). Die im eben erwähnten Leitentscheid übergangsrechtlich angewandte Methode, wonach die Anlagenutzungskosten für das Tarifjahr 2012 mittels eines Zuschlags von 10 % auf den in den Tarifverträgen verhandelten Basispreisen pauschal berechnet wurden (Abs. 4 der Schlussbestimmungen der Änderung der KVV vom 22. Oktober 2008), gilt es nicht mehr zu beachten.

**6.8.1** Mit ihrer Beschwerde rügte tarifsuisse die mangelhafte Sachverhaltsabklärung zu den Anlagenutzungskosten, die ihnen selbst nicht gemäss VKL zur Verfügung gestellt worden seien (B-act. tarifsuisse 1 Ziff. 15.6).

**6.8.2** Gemäss Beschluss des Regierungsrats zur Tariffestsetzung 2016 (wie bereits für den Tarif 2015 gemäss Regierungsratsbeschluss Nr. 544/2016 vom 21. Juni 2016 [nachfolgend: RRB 544] E. 3.2) berücksichtigte die Vorinstanz die Anlagenutzungskosten nicht mehr mit einem Normzuschlag, sondern effektiv gemäss VKL-Bewertung in der Herleitung der

benchmarking-relevanten Fallkosten (RRB 548 E. 3.2.3). Gemäss ITAR\_K weist das Spital Lachen die Anlagenutzungskosten gemäss REKOLE®-Bewertung (Spalte K/Zeile 21) aus. Die Bewertung der Anlagenutzungskosten nach REKOLE® weist einen höheren Betrag aus als die Bewertung gemäss Verordnung über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung (VKL). Daher korrigierte die Vorinstanz bei den „Gesamtkosten stationärer Bereich KTR“ die Differenz zwischen den Anlagenutzungskosten nach REKOLE®-Bewertung von Fr. 3'965'322.- (Spalte K/Zeile 41) und den Anlagenutzungskosten nach VKL-Bewertung von Fr. 3'294'472.- (Spalte K/Zeile 45). Die Differenz von Fr. 670'850.- (Fr. 3'965'322 - Fr. 3'294'472) wurde korrigierend in Abzug gebracht. Die Korrektur musste bei den Spitälern Schwyz und Einsiedeln nicht durchgeführt werden, da beide Spitäler gemäss ITAR\_K die Anlagenutzungskosten gemäss VKL ausweisen.

**6.9** Die im Beschluss Nr. 548 des Regierungsrats erlauerte Berechnung der benchmarking-relevanten Betriebskosten erfüllt zwar noch nicht alle Vorgaben an eine transparente und nachvollziehbare Methode, ist aber nach der im Tarifjahr verfügbaren Datenqualität als genügend zu bewerten (vgl. GDK-Empfehlungen, S. 3-6, insbesondere Empfehlungen Nr. 3 und 4). Angesichts der Bedeutung und der Verbreitung, welche REKOLE® und ITAR\_K zwischenzeitlich erlangt haben, erscheint es sinnvoll, die benchmarking-relevanten Betriebskosten für das Benchmarking auf der Grundlage dieser Daten durchzuführen (vgl. BVGE 2014/3 E. 3.4.3), soweit diese Daten KVG-konform sind und zumal die Spitaldaten aller Spitäler, die am Benchmarking teilgenommen haben, nach derselben Methode erhoben wurden.

**6.10** Die Beschwerdeführerinnen im Verfahren C-4461/2017 (tarifsuisse) rügen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs insoweit, als die Vorinstanz für die Tariffestlegung Daten verwendet habe, die ihr weder durch die Vorinstanz noch durch die Spitäler zur Verfügung gestellt worden seien (B-act. tarifsuisse 1 Ziff. 15.2).

**6.10.1** Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 VwVG). Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung einer Person eingreift. Dazu gehört insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern

(Art. 30 VwVG), Einsicht in die Akten zu nehmen (Art. 26 VwVG), mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern (Art. 33 VwVG), wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 140 I 99 E. 3.4, BGE 132 V 368 E. 3.2). Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.w.H; BGE 132 II 485 E. 3.4; vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 1001 ff.).

**6.10.2** Die Beschwerdeführerinnen wurden vor Erlass des angefochtenen Beschlusses angehört (V-act. tarifsuisse 6 und 10). Sie hatten insbesondere Gelegenheit, zu den Anträgen und Ausführungen der Beschwerdeführerinnen Stellung zu nehmen.

**6.10.3** Die Vorinstanz hat ihr Vorgehen im angefochtenen Beschluss genügend begründet. Unter Erwägung 2 des Beschlusses (RRB 548) hat sie sich eingehend mit den Benchmarkings und den Tarifikalkulationen der Tarifpartner sowie denen der Preisüberwachung auseinandergesetzt. In Ziffer 3.2.5 wird eingehend erläutert, welche ausgewiesenen Kosten der Spitäler im Einzelnen nach den Vorgaben der VKL korrigiert wurden und wie die benchmarking-relevanten Betriebskosten der drei Spitäler berechnet wurden.

**6.10.4** Soweit tarifsuisse eine Verletzung des rechtlichen Gehörs mit der Begründung geltend macht, die Vorinstanz habe Daten zur Tariffestlegung verwendet, die ihr nicht zur Verfügung gestellt worden seien, kann ihr nicht gefolgt werden. Denn sie hätte ohne Weiteres Gelegenheit gehabt, im vorinstanzlichen Verfahren im Rahmen ihrer Stellungnahmen vom 25. Oktober 2016 (V-act. tarifsuisse 6) sowie vom 15. Dezember 2016 (V-act. tarifsuisse 6), diese Daten einzufordern.

## 7.

Zu prüfen ist im Folgenden, ob das von der Vorinstanz gewählte Vorgehen – Fallkostenvergleich mit den Zürcher Spitälern als Kompensation (E. 7.4) für noch fehlende Daten aus den Betriebsvergleichen im Sinne von Art. 49 Abs. 8 KVG – zulässig ist. Daraus ableitend stellt sich auch die Frage, ob diese Vorgehensweise im Ermessen der Tariffestsetzungsbehörde (E. 7.1.3.1) liegt, dies insbesondere mit Blick auf die Einführungsphase der neuen Spitalfinanzierung. Gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann während der Einführungsphase der Fallpauschalen unter Umständen auch ein Betriebsvergleich anhand einer repräsentativen Stichprobe vertretbar erscheinen (BVGE 2014/36 E. 6.1 und 9.5). Somit stellt sich als erstes die Frage, ob für die Festsetzung des Tarifs 2016 noch immer von einer Einführungsphase (E. 7.1) ausgegangen werden kann.

**7.1** Die Vorinstanz argumentierte, dass die Voraussetzungen eines idealtypischen, schweizweiten Benchmarkings für die Festsetzung der Tarife 2016 noch immer fehlen würden, daher sei es sachgerecht, sich erneut auf den Fallkostenvergleich des Kantons Zürich abzustützen und diesen mit den benchmarking-relevanten Fallkosten der Schwyzer Spitälern zu ergänzen. Mit diesem Vorgehen sei auch die Voraussetzung erfüllt, dass die Daten der für den Betriebsvergleich einbezogenen Spitälern nach derselben Methode erhoben worden seien, denn das Vorgehen bei der Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten der Schwyzer Spitälern decke sich mit jenem des Zürcher Fallkostenvergleichs (RRB 548 E. 3.4.2.4).

**7.1.1** Laut Einkaufsgemeinschaft HSK ist die Annahme der Vorinstanz, es gebe noch keinen schweizweiten Betriebsvergleich und daher sei noch immer von einer Einführungsphase auszugehen, unzutreffend. Schweizweite Betriebsvergleiche seien diverse vorhanden, so basiere beispielsweise das HSK-Benchmarking auf der Grundlage der Daten von 97 Spitälern. Ein innerkantonales Benchmarking könne für das Tarifjahr 2016 nicht mehr unter die Einführungsphase subsumiert werden, insbesondere nicht bei Grundversorgungsspitalern wie den Schwyzer Spitälern. Daher sei das selektive Benchmarking nicht sachgerecht (B-act. HSK 1 Ziff. 35 und 50ff.). Ebenso bringt die Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse beschwerdeweise mehrmals vor, die Einführungsphase sei abgeschlossen und die Eckwerte der Rechtsprechung BVGE 2014/36 seien nicht mehr oder nicht *tel quel* auf die Tarife 2016 anwendbar. So sei der Zürcher Fallkostenvergleich vom Bundesverwaltungsgericht damals wegen fehlender gesamtschweizerischer Daten als innerkantonales Benchmarking lediglich toleriert worden und auch die

Kategorisierung für zukünftige Entwicklung in der Tarifpraxis wenig zielführend (B-act. tarifsuisse 1 Ziff. 12.2, 13.1, B-act. tarifsuisse 14 S. 4). Schliesslich stützt auch die Preisüberwachung diese Meinung der Krankenversicherer und bringt zusätzlich vor, die Tarifstruktur SwissDRG Version 5.0 sei vier Jahre nach Einführung ausgereift, sie enthalte diverse Zusatzentgelte für besonders teure Medikamente, Implantate und Verfahren. Begründete Kostenunterschiede seien in der Tarifstruktur samt Zusatzentgelten abgebildet. Ausserdem hätten die Spitäler vier Jahre Zeit gehabt, sich auf die neuen Gegebenheiten einzustellen und notwendige Effizienzverbesserungen einzuleiten. Die Besonderheiten, die bisher vom Bundesverwaltungsgericht toleriert worden seien, würden nicht mehr gelten, daher sei ein Benchmarking mit nur zwei Kantonen abzulehnen (B-act. HSK 9 Ziff. 4.4.1).

**7.1.2** Bei der Bezugnahme auf die Einführungsphase ging der Regierungsrat davon aus, dass man sich bei Abstützen auf Daten zwei Jahre nach Einführung der neuen Spitalfinanzierung noch immer in der Einführungsphase befinde und somit ein Abstützen auf den Fallkostenvergleich des Kantons Zürich und den Entscheid BVGE 2014/36 zulässig sei. Zudem habe das Bundesverwaltungsgericht bisher nicht zur Frage der Dauer der Einführungsphase Stellung genommen habe und dazu, ab wann der Ermessensspielraum der Genehmigungs- und Festsetzungsbehörde einzuschränken sei (B-act. tarifsuisse 5 Ziff. 11 und B-act. HSK 6 Ziff. 11). An derselben Begründung halten auch die Schwyzer Spitäler fest (B-act. HSK 7 Ziff. 25 ff.). Zusätzlich argumentieren sie, die Einführungsphase müsse zumindest solange dauern, wie die Tarifstruktur offenkundig von dem von der SwissDRG AG selbst angestrebten und damit als realistisch erachteten „Zielkorridor“ abweiche (B-act. HSK 7 Ziff. 52). Denn gemäss Verwaltungsrat SwissDRG (Mitteilung vom 26. Mai 2016) könne eine ganze Reihe von Kostenunterschieden betreffend die OKP-Pflichtleistungen durch SwissDRG nicht erklärt werden, wie etwa Unterschiede aufgrund diverser Vorhalteleistungen oder von Hochdefizitfällen, daher setze der Verwaltungsrat SwissDRG bis Ende 2019 einen „Korridor“ der normierten Fallkosten von +/-5%. Allerdings fehlten – so die Stellungnahme des Bundesrates vom 13. Dezember 2016 – bei diesem Aktionsplan konkrete Massnahmen, mit welchen dieses Ziel erreicht werden soll. Daher – so schlussfolgern die Schwyzer Spitäler – müsse es auch im Ermessen der Festsetzungsbehörde sein, Abbildungsmängel und -unsicherheiten von SwissDRG angemessen Rechnung zu tragen (B-act. tarifsuisse 6 Ziff. 49 inkl. Beilage 7 und 8). Ähnlich argumentiert auch das BAG, wenn es in sei-

ner Stellungnahme vom 21. Dezember 2017 festhält, der Tarifsetzungsbehörde sei ein erheblicher Spielraum einzuräumen, weil der Bund in Zusammenarbeit mit den Kantonen bisher weder Betriebsvergleiche betreffend schweregradbereinigte Fallkosten publiziert noch Bestimmungen zur Kosten- und Leistungsermittlung erlassen habe. Zwar habe der Bundesrat in seiner Sitzung vom 22. November 2017 die Tarifstruktur SwissDRG Version 7.0 genehmigt, jedoch sei die Tarifstruktur eine Weiterentwicklung der SwissDRG Version 6.0 und habe unter der Annahme einer einheitlichen Baserate weiterhin Differenzierungspotenzial. Weil sich die Rahmenbedingungen nicht relevant verändert hätten, scheine es naheliegend zu sein, die Tariffestsetzung durch den Regierungsrat des Kantons Schwyz zu schützen, vorausgesetzt, er habe sich dabei auf ein vertretbares Benchmarking gestützt (B-act. HSK 11 Ziff. 1.5). Gegen diese Einschätzung des BAG hält die Einkaufsgemeinschaft HSK fest, bei der Weiterentwicklung der Tarifstruktur handle es sich lediglich um eine Verbesserung der Problematik von Hochdefizit- und Hochkostenfällen, davon seien die Grundversorger, wie die Schwyzer Spitäler, kaum betroffen (B-act. HSK 14 Ziff. 6.3).

**7.1.3** Von allen Parteien wurde in beiden Verfahren regelmässig auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hingewiesen, um zu belegen, dass die Einführungsphase der neuen Spitalfinanzierung abgeschlossen sei bzw. weiterhin andauere. Mit den Leitentscheiden BVGE 2014/3, 2014/36 und 2015/8 hatte das Gericht die Tariffestsetzung verschiedener kantonaler Behörden für das erste Tarifjahr (2012) der neuen Spitalfinanzierung zu beurteilen. Die Frage, wie lange die Einführungsphase dauert, wurde jedoch bisher gerichtlich nicht explizit beurteilt. Folglich stellt sich die Frage, ob aus den Leitentscheiden oder aus den Materialien zur Spitalfinanzierung weiterführende Schlussfolgerungen gezogen werden können.

**7.1.3.1** Das Bundesverwaltungsgericht hat in den erwähnten Entscheiden erwogen, insbesondere während dem ersten Einführungsjahr den Festsetzungsbehörden bei der Umsetzung der Preisbildungsregel nach Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG *einen sehr weiten Spielraum* einzuräumen. Sollte während dieser Phase das Vorgehen der Vorinstanz als vertretbar erscheinen, sei der Entscheid selbst dann zu schützen, wenn andere Vorgehensweisen besser geeignet erscheinen würden, um die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele zu erreichen (BVGE 2014/3 E. 10.1.3 f.). Ebenso sei, solange verschiedene Voraussetzungen fehlten, ein idealtypisches Benchmarking – insbesondere während der Einführungsphase – nicht realisierbar. Trotz-

dem sei auch in dieser Übergangszeit ein sachgerechtes, auf die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele ausgerichtete Benchmarking zwingend erforderlich (BVGE 2014/3 E. 10.1.6). Dennoch könnten während der Übergangsphase verschiedene Korrekturmassnahmen sachgerecht und vertretbar sein. So könne die Tariffestsetzung gestützt auf ein Benchmarking einer repräsentativen Teilgruppe aller Schweizer Spitäler (Stichprobe) zulässig sein, sofern die Auswahl der Teilmenge aus der Grundgesamtheit so vorgenommen werde, dass aus dem Ergebnis der Teilerhebung möglichst exakt und sicher auf die Verhältnisse der Grundgesamtheit geschlossen werden könne (BVGE 2014/36 E. 6 und 6.1 sowie BVGE 2014/3 E. 10.1.6).

**7.1.3.2** Der Entwurf des Bundesrates vom 15. September 2004 zu Art. 49 Abs. 8 Satz 1 KVG (BBI 2004 5593, 5596) sah vor, dass die Kantonsregierungen und, wenn nötig, der Bundesrat Betriebsvergleiche zwischen Spitälern anordnet. Dieser Wortlaut entsprach aArt. 49 Abs. 7 KVG. Erst in der Debatte des Nationalrats zur Einführung der neuen Spitalfinanzierung wurde die Verantwortung für die schweizweiten Betriebsvergleiche dem Bundesrat zugewiesen. Aus den nationalrätlichen Voten kann entnommen werden, dass die Kantone dem Auftrag gemäss aArt. 49 Abs. 7 KVG in den vergangenen Jahren nicht nachgekommen seien. Gemäss dem Willen des Parlaments wurde im Zuge der Einführung der Spitalfinanzierung dem Bundesrat die Verantwortung übertragen, in Zusammenarbeit mit den Kantonen schweizweit Betriebsvergleiche anzuordnen und zu publizieren. Vom Parlament nicht festgelegt wurde jedoch der Zeitpunkt, bis wann der Bundesrat diese schweizweiten Betriebsvergleiche ein- und durchzuführen sowie zu publizieren habe (Voten BORTOLUZZI, MARKWALDER BÄR und GUTZWILLER, Amtliches Bulletin [AB] 2007 N 448 und 530).

**7.1.3.3** Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass während der Einführungsphase bzw. solange die Voraussetzungen für ein KVG-relevantes Benchmarking nicht gegeben sind, den Tariffestsetzungsbehörden ein grösserer Ermessensspielraum gewährt werden muss. Dies gilt auch unter Berücksichtigung dessen, dass weder im KVG noch in den Ausführungsbestimmungen definiert wurde, wie lange diese Einführungsphase dauert. Die Schlussbestimmungen zur Änderung vom 21. Dezember 2007 (Abs. 1) halten lediglich fest, dass die leistungsbezogenen Pauschalen nach Art. 49 Abs. 1 KVG bis spätestens 31. Dezember 2011 eingeführt sein müssen. Wie lange sich der Bund in Zusammenarbeit mit den Kantonen Zeit lassen kann, Betriebsvergleiche (Art. 49 Abs. 1 KVG) zu publizieren bzw. um ausführende Bestimmungen zur Kosten- und Leistungsermittlung zu erlassen, wurde nicht festgelegt.

**7.2** Gemäss BVGE 2014/36 bezieht sich das zur Bestimmung des Referenzwerts ideale Benchmarking auf schweregradbereinigte Fallkosten und basiert auf einer Vollerhebung der nach *einheitlicher Methodik* erhobenen Kosten- und Leistungsdaten *aller* in der Schweiz in der Akutsomatik tätigen Leistungserbringer (E. 4.1-4.8). Zu den Voraussetzungen, die für das Tarifjahr 2012 fehlten bzw. für die folgenden Jahre verbessert werden müssen, gehören insbesondere die schweizweit durchzuführenden Betriebsvergleiche zu den Kosten, die *Vereinheitlichung der Kosten- und Leistungsermittlung* und die Verfeinerung der Tarifstruktur (E. 5.1-5.4). Solange diese Voraussetzungen fehlen, kann unter Umständen auch ein Betriebsvergleich anhand einer repräsentativen Stichprobe vertretbar sein (BVGE 2014/36 E. 9.5).

**7.3** Nachfolgend stellt sich die Frage, ob die durch die Tarifpartner bzw. die Verbände oder andere Organisationen durchgeführten schweizweiten Betriebsvergleiche die gesetzlichen Anforderungen an die Betriebsvergleiche erfüllen. Gemäss Stellungnahme der Preisüberwachung ist das Benchmarking des Regierungsrats beruhend auf zwei Kantonen abzulehnen, denn neben der Preisüberwachung hätten auch HSK, tarifsuisse und die GDK ein schweizweites Benchmarking durchgeführt (B-act. HSK 9 Ziff. 4.4.1). Die HSK moniert, der Umstand, dass niemand den Tarif 2015 angefochten habe, der nach derselben Methode ermittelt worden sei wie der Tarif 2016, bedeute noch nicht, dass diese Vorgehensweise korrekt und KVG-konform sei (B-act. HSK 9 Ziff. 4.5.2).

### **7.3.1**

**7.3.1.1** Gemäss Regierungsrat weist das HSK-Benchmarking keinerlei Kostendaten oder Berechnungen aus. Es sei auch nicht ersichtlich, welche Leistungsträger in den Betriebsvergleichen berücksichtigt worden seien (V-act. HSK 3). Da die berücksichtigten Spitäler nur anonymisiert gelistet worden seien, könne auch keine Plausibilisierung und Verifizierung der Daten vorgenommen werden. Im Weiteren berücksichtige die Einkaufsgemeinschaft HSK die Anlagenutzungskosten auf Basis der Datenerhebung der SwissDRG AG von 8.64%; diese seien schliesslich mit 8.6% berücksichtigt worden. Insgesamt weise somit auch das Benchmarking HSK 2015 Mängel bezüglich der Datentransparenz auf. Zudem stehe der behelfsmässige Rückgriff auf die Regeln der SwissDRG im Widerspruch zu Art. 10a Abs. 2 und 3 VKL. Demnach dürften die zur Erfüllung des Leistungsauftrags der Einrichtung betriebsnotwendigen Anlagen höchstens mit ihrem Anschaf-



fungswert berücksichtigt werden (Abs. 2) und die maximal jährlichen Abschreibungen seien bei linearer Abschreibung vom Anschaffungswert über die geplante Nutzungsdauer auf den Restwert Null zu berechnen (RRB 548 E. 2.3). Zur Kritik der Vorinstanz liess sich die Einkaufsgemeinschaft HSK wie folgt vernehmen: Die Spitäler im Benchmarking HSK 2015 seien notwendigerweise aus Datenschutzgründen anonymisiert worden, jedoch seien die Standortkantone sowie die Spitalkategorien ausgewiesen. Im Weiteren hätten sie die beantragte Baserate – auf der Grundlage des HSK-Benchmarkings – ausführlich dargelegt. Sie hätten auch die Kriterien zur Berechnung der benchmarking-relevanten Betriebskosten der in das Benchmarking einbezogenen Spitäler offengelegt (B-act. HSK 1 Ziff. 35 sowie V-act. HSK 3 Ziff. 11-15 und Beilage 12).

**7.3.1.2** Im Weiteren hätten sie im HSK-Benchmarking die Kostendaten von 97 Spitälern, inklusive der drei Schwyzer Spitäler und aller Spitalkategorien, berücksichtigt, damit sei ihr Betriebsvergleich idealtypisch sowie kostenbasiert erfolgt und sei repräsentativ (B-act. HSK 1 Ziff. 35.4). Zudem weise das HSK-Benchmarking gemessen am Case Mix (CM) einen hohen Abdeckungsgrad auf, da 75% des Case Mixes der einbezogenen Spitäler berücksichtigt worden seien. Damit seien die Voraussetzungen gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erfüllt (B-act. HSK 1 Ziff. 35.4). Das Argument der Vorinstanz, sie könne keine Stichprobenkontrollen durchführen, sei daher nicht nachvollziehbar. Es wäre ihnen sehr wohl möglich gewesen, das Benchmarking HSK 2015 zu überprüfen (B-act. HSK 1 Ziff. 35.5). Entgegen der Meinung der Einkaufsgemeinschaft HSK vertritt der Regierungsrat gemäss Vernehmlassung den Standpunkt, die im Jahr 2014 erhobenen Daten seien weiterhin nicht geeignet für ein schweizweites Benchmarking. Dies deshalb, weil die GDK weitere technische und inhaltliche Anpassungen sowie Optimierungen an den von den Kantonen verwendeten Instrumenten zur Ermittlung der benchmarking-relevanten Kosten der Spitäler vorgenommen habe (B-act. HSK 6 Ziff. 10).

**7.3.1.3** Die Beschwerdegegnerinnen attestieren dem Benchmarking HSK 2015 zwar eine gewisse Datentransparenz, dennoch sei die Kostenermittlung des Benchmarkings HSK (wie im Übrigen auch die von tarifsuisse oder desjenigen des Kantons Aargau) nicht korrekt (B-act. HSK 7 Ziff. 32, 37). Das Argument – aus Datenschutzgründen könnten die Spitäler im Benchmarking nicht namentlich genannt werden – sei eine reine Schutzbehauptung. Als Begründung nennen die Beschwerdegegnerinnen den Kanton Zürich, der seit Jahren die Namen und Kostendaten der Zürcher Spitäler veröffentliche. Auch aus der Krankenhausstatistik BAG liessen

sich detaillierte Angaben über die Kosten und Leistungen sämtlicher Spitäler entnehmen (B-act. HSK 7 Ziff.113).

**7.3.1.4** Insgesamt kann festgehalten werden, dass das Benchmarking HSK 2015 die Berechnungen über weite Teile detailliert darstellt, wenn auch die Daten teilweise mangelhaft ausgewiesen und nicht vollständig nachvollziehbar sind. Den Beschwerdegegnerinnen ist in dem Sinne zu folgen, dass das Benchmarking HSK 2015 einige Unstimmigkeiten beinhaltet. So existiere gemäss BAG-Krankenhausstatistik 2014 beispielsweise kein K122-Spital im Kanton Aargau, welches nur annähernd 9'111 Austritte und einen Case Mix Index (CMI) von 1.2027 aufweise (B-act. HSK 7 Ziff. 37 insb. Fussnote 2).

**7.3.1.5** Dieser Schlussfolgerung ist hinzuzufügen, dass mit Bezug auf die Schwyzer Spitäler weitere Unstimmigkeiten auffallen. Gemäss Benchmarking HSK 2015 gehören die Schwyzer Spitäler den Betriebstypen K122 und 123 an, in der Krankenhausstatistik BAG werden jedoch die Betriebstypen K121 dem Spital Schwyz sowie K122 den Spitälern Lachen und Einsiedeln zugewiesen. Werden im Weiteren die Anzahl Fälle sowie der CMI der drei Spitäler gemäss ITAR\_K mit dem Benchmarking HSK 2015 verglichen, so fällt auf, dass gemäss Benchmarking HSK ein Schwyzer Spital 5'814 Fälle und einen CMI von 0.8310 ausweist. Demgegenüber weist das Spital Schwyz gemäss ITAR\_K 5'373 Fälle und einen CMI von 0.8993 aus. Die übrigen Kostendaten im Benchmarking HSK 2015 zum Kanton Schwyz stimmen mit den im ITAR\_K ausgewiesenen Kostendaten der Spitäler Einsiedeln und Lachen überein. Eine Erklärung für die Differenz zum Spital Schwyz geht aus dem Benchmarking HSK 2015 nicht hervor (vgl. V-act. HSK 3 Beilage 12 S. 17 mit B-act. tarifsuisse 5 Beilage 6). Nach dem Gesagten lässt sich das Benchmarking HSK somit nicht im Detail plausibilisieren.

**7.3.2** Gemäss Stellungnahme der Schwyzer Spitäler führten sie die Berechnung des Benchmarkings und der Tarifikalkulationen analog dem Verfahren der Vorinstanz zur Festlegung der Baserate 2015 (RRB 544) durch. Dies führte zu einer Baserate 2016 von Fr. 9'998.- (V-act. HSK 13 Ziff. 16 und V-act. tarifsuisse 8 Ziff. 11). Die Vorinstanz bemängelt jedoch die zahlenmässig nicht belegten Kostendaten. Auch gehe aus dem errechneten Benchmarkingwert nicht hervor, nach welcher Methode die Gewichtung (Anzahl Fälle, Anzahl Spitäler oder Casemix) vorgenommen wurde. Im Weiteren hätten die Spitäler Schwyz für die Aufrechnung der Teuerung den Schweizer Lohnindex 2013 und den Landesindex der Konsumentenpreise

berücksichtigt und nicht die Werte von 2014. Schliesslich habe eine telefonische Nachfrage ergeben, dass die Berechnung der benchmarking-relevanten Betriebskosten anhand der Fallkostenberechnung des Vereins SpitalBenchmark und nicht gemäss Praxis des Regierungsrates erfolgt sei. Diese Vorgehensweise führe zu einer Verzerrung der Berechnungen. Insgesamt weise die Tarifikalkulation der Schwyzer Spitäler somit bereits im Ansatz Mängel bezüglich der Datentransparenz auf, weshalb sich der Regierungsrat beim Benchmarking nicht auf diese Tarifikalkulation stützen könne (RRB 548 E. 2.1 in Verbindung mit E. 2.5).

**7.3.3** Zum Benchmarking und zur Tarifikalkulation von tarifsuisse führte die Vorinstanz aus, diese orientierten sich bei der Ermittlung der tarifrelevanten KVG-Kosten nach der gängigen Vorgehensweise, jedoch wiesen sie keinerlei Kostendaten oder Berechnungen der einzelnen Spitäler zahlenmässig aus (V-act. tarifsuisse 6); es sei auch nicht ersichtlich, welche Leistungserbringer überhaupt in den Betriebsvergleich Eingang gefunden hätten. Dies verunmögliche eine Verifizierung und Plausibilisierung der Daten. Es sei davon auszugehen, dass das Vorgehen bezüglich Ermittlung der Fallkosten in weiten Teilen den Empfehlungen der GDK (GDK-Empfehlungen 2012 S. 1) sowie der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts widerspreche, dies insbesondere bezüglich der Abzüge für Mehrkosten für zusatzversicherte Patienten, der Abzüge für gemeinwirtschaftliche Leistungen einschliesslich universitäre Lehre und Forschung und bei der Perzentilfrage (Effizienzmassstab). Zudem sei die Berücksichtigung der Anlagenutzungskosten nach REKOLE® und somit nicht KVG-konform ausgewiesen. Daher weise auch das Benchmarking von tarifsuisse Mängel auf, indem dieser nicht die notwendige Datentransparenz aufweise (RRB 548 E. 2.2). Diese monierten Mängel bezüglich der notwendigen Datentransparenz seien weder mit der Beschwerde noch in der Stellungnahme vom 5. Februar 2018 durch tarifsuisse berichtigt worden. Die Beschwerdegegnerinnen bemängeln am Benchmarking von tarifsuisse, dass die Kosten der Vergleichsspitäler lediglich in Form eines Säulendiagrammes ausgewiesen worden seien. Zudem liessen sich die Fallkostendaten der Spitäler, die das 25. und 40. Perzentil abdecken, nur ungefähr herauslesen (B-act. 6 tarifsuisse 6 Ziff. 32 Tabelle 2 i.V.m. V-act. tarifsuisse 10 Beilage). Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass aus dem Benchmarking von tarifsuisse keine Berechnungen nachvollzogen werden können.

**7.3.4** Im Weiteren prüfte die Vorinstanz das nationale Benchmarking der Preisüberwachung auf der Basis der Daten von 160 Spitälern (V-act. HSK 20 und V-act. tarifsuisse 13).

**7.3.4.1** Diese verwendeten Daten der Preisüberwachung basieren nach Ansicht der Vorinstanz auf der Grundlage der Krankenhausstatistik 2014 und der Medizinischen Statistik der Krankenhäuser 2014 des Bundesamts für Statistik (BFS) und nicht auf der Grundlage der effektiven Daten der Spitäler. Auch beim Benchmarking der Preisüberwachung bemängelt die Vorinstanz die Ermittlung der Baserate als ungenügend und zu wenig transparent, weil die ins Benchmarking einbezogenen Spitäler nur in anonymisierter Form gelistet worden seien. Daher könne keine Plausibilitätsprüfung vorgenommen werden. Auch könne nicht beurteilt werden, ob die Kosten- und Leistungsdaten der einbezogenen Spitäler nach einheitlicher Methodik und gemäss den durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entwickelten Kriterien erhoben worden seien (RRB 548 Ziff. 2.4). Laut Stellungnahme der Preisüberwachung wäre es durchaus möglich gewesen nachzuvollziehen, welche Spitäler ins Benchmarking einbezogen worden seien. Sie hätten alle in der BFS-Krankenhausstatistik erwähnten akutsomatischen Spitäler und Geburtshäuser ins Benchmarking einbezogen, ausser die namentlich erwähnten Spitäler. Aus Datenschutzgründen hätten sie jedoch die berechneten benchmarking-relevanten Baserates der einzelnen Spitäler gegenüber dem Kanton Schwyz nicht offengelegt (B-act. HSK 9 und B-act. tarifsuisse 8 S. 5).

**7.3.4.2** Insbesondere kritisiert die Vorinstanz, die von der Preisüberwachung angewendete Benchmarking-Methode, nach Bettenzahl abgestufte Abzugssätze zur Ausscheidung der Kosten von universitärer Lehre und Forschung zu berücksichtigen, sei nicht übereinstimmend mit der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (RRB 548 E. 2.4.10). Demgegenüber hält die Preisüberwachung (B-act. HSK 9 und B-act. tarifsuisse 8 S. 6) diese Methode als mit der Rechtsprechung übereinstimmend und bezieht sich insbesondere auf Erwägung 6.5 des Urteils des BVGer C-1698/2013. In dieser Erwägung hielt das Bundesverwaltungsgericht zwar fest, ein normativer Abzug sei (nur) dann vorzunehmen, wenn es der zuständigen Kantonsbehörde nicht gelinge, vom betreffenden Spital die entscheidenderheblichen (transparenten) Daten zu erhalten (E. 6.5 ist publiziert in Leitentscheid BVGE 2014/3). Die Frage, wie hoch ein solcher Normabzug anzusetzen sei, wurde im Leitentscheid BVGE 2014/36 eingehend diskutiert. Bezugnehmend auf Art. 49 Abs. 7 KVG müsse die Erfassung der benchmarking-relevanten Betriebskosten – und damit auch die Ausscheidung der Kostenanteile für universitäre Lehre und Forschung – *nach einheitlicher Methode* erfolgen. Die bisherige Praxis zur Identifizierung und Ermittlung der Kosten der Lehre und Forschung sei sehr unterschiedlich,

und es bestehe in weiten Bereichen noch immer keine einheitliche Auffassung. So bestehe auch kein allgemein anerkannter Standard, nach welcher Methode die Mehrkosten infolge universitärer Lehre und Forschung zu erheben und zu messen seien. Normative Vorgaben zu Abgrenzungskriterien und Erhebungsmethode seien vom Verordnungsgeber zu erlassen oder von den Tarifpartnern gemeinsam zu vereinbaren (BVGE 2014/36 E. 16.1.7).

**7.3.4.3** Die Preisüberwachung empfiehlt, abgestufte Abzugssätze (bei Spitälern mit 1-74 Betten ein Abzug von 0.8%, bei 75-124 Betten ein Abzug von 1% und ab 125 Betten ein Abzug von 3.5%) auf den in der Krankenhausstatistik von 2014 ausgewiesenen Personalkosten vorzunehmen. Auch tarifsuisse nahm zur Berechnung der universitären Lehre und Forschung beim Spital Einsiedeln einen Abzug von 0.8% und bei den Spitälern Lachen und Schwyz einen Abzug von 1.5% vor (V-act. tarifsuisse 6 S. 5). Demgegenüber nahm die Vorinstanz mit Bezug auf die Empfehlungen der GDK – mangels transparenter entscheidrelevanter Daten einen Abzug pro Assistenzärztin oder -arzt von Fr. 15'000.- vor. Nach wie vor fehlen Richtlinien dazu, nach welcher Methode und nach welchen Kriterien gemeinwirtschaftliche Kosten auszuscheiden sind. Auch fehlen insgesamt normative Vorgaben des Verordnungsgebers zur Kosten- und Leistungsermittlung, wie auch das BAG in seiner Stellungnahme vom 21. Dezember 2017 festhielt (B-act HSK 11 und B-act. tarifsuisse 10 Ziff. IV 1.5). Solange diese Vorgaben fehlen, darf bei der 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 (vgl. BVGE 2014/36 E. 16.1.10).

**7.3.4.4** Die Kritik der Vorinstanz, die Preisüberwachung habe das Benchmarking nicht mit effektiven Daten des Jahres 2014 durchgeführt, weist diese zurück. Ihr Benchmarking beruhe zwar nicht auf den ITAR\_K Daten der Spitäler, sondern auf der Grundlage der in der medizinischen Statistik wie auch der Krankenhausstatistik ausgewiesenen effektiven Daten 2014 (B-act. HSK 9 und B-act. tarifsuisse 8 S. 6). Die Verwendung dieser Datengrundlage durch die Preisüberwachung kritisierte auch der Regierungsrat des Kantons Zürich. Diese von der Preisüberwachung verwendeten Daten würden den geforderten Mindestvoraussetzungen an einen Kostenausweis nicht erfüllen, da sie weder in der Form des ITAR-K erhoben worden seien noch Rückschlüsse zu den Kosten der einzelnen Spitäler zuließen (RRB

Nr. 634 Kanton Zürich, Tarifgenehmigung vom 22. Juni 2016, S. 8 f.). Insgesamt lehnte die Vorinstanz die Empfehlung der Preisüberwachung ab (RRB 548 E. 2.4).

**7.3.5** Die Vorinstanz hielt zusammenfassend fest, dass die im Festsetzungsverfahren involvierten Parteien kein sachgerechtes KVG-konformes Benchmarking vorlegen könnten. Mangelhaft seien insbesondere die darin fehlenden detaillierten Zahlen sowie intransparente Angaben, daher seien diese Benchmarkings für die Tariffestsetzung nicht beachtlich gewesen (RRB 548 E. 2.1-2.5; B-act. HSK 6 Ziff. 8 ).

**7.3.6** Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Benchmarkings der Tarifpartner bzw. der Preisüberwachung nach wie vor gewisse Mängel aufweisen. Zwar fällt das HSK-Benchmarking als detailliert und in weiten Teilen auch nachvollziehbar aus, dennoch vermag keines der präsentierten Benchmarkings den Anforderungen zu genügen. Solange die einzelnen Spitäler wegen uneinheitlicher Fallkosten in einem schweizweiten Benchmarking nicht vergleichbar sind, muss dem Ermessen der Festsetzungsbehörde weiterhin ein grosser Spielraum eingeräumt werden. Dies gilt umso mehr, als sich die Vorinstanz vorliegend mit den verschiedenen Benchmarkings der Tarifpartner und der Preisüberwachung eingehend auseinandergesetzt und zudem auch nachvollziehbar erläutert hat, warum sie ihren Beschluss auf ein eigenes Benchmarking abstellte.

**7.4** Folgend soll nun geklärt werden, ob das von der Vorinstanz gewählte Vorgehen – Fallkostenvergleich mit den Zürcher Spitälern als Kompensation der noch fehlenden Daten aus den Betriebsvergleichen, im Sinne von Art. 49 Abs. 8 KVG – zulässig ist.

**7.4.1** Wie der Regierungsrat ausführt, könne erstmals ab Tariffestsetzung 2017 auf das von der GDK gesamtschweizerisch durchgeführte Benchmarking abgestützt werden, da die Spitalkostendaten 2015 durch die GDK plausibilisiert worden seien (RRB 548 E. 3.4.2). An diesen Daten werde sich auch der Regierungsrat für das Tarifjahr 2017 orientieren (B-act. HSK 6 Ziff. 10). Weil diese Daten für die Tarife 2016 (mit Spitalkostendaten 2014) nicht vorliegen würden, sei es sachgerecht, auf den Zürcher Fallkostenvergleich zurückzugreifen (RRB 548 E. 3.4.2). Ab dem Tarifjahr 2017 (Daten 2015) werde mit dem GDK-Benchmarking ein sachgerechtes Instrument zur Bestimmung des gesamtschweizerischen Benchmarkings vorliegen, an dem sich die Tarifpartner orientieren könnten (vgl. auch GDK-

Empfehlungen 2018 S. 3). Wie die Beschwerdeführerinnen tarifsuisse monieren, wäre es die Rechtspflicht der Vorinstanz gewesen, den rechtserheblichen Sachverhalt beispielweise durch Daten via GDK-Plattform einzuholen (B-act. tarifsuisse 1 Ziff. 12.4 und 13.4). Dieser Auffassung könne nicht gefolgt werden. Zudem hätten sich gemäss GDK im 2015 nur etwas mehr als die Hälfte der Kantone an diesem Austausch beteiligt. Im Jahr 2016 würden erste Auswertungen der Daten vorgenommen, gleichzeitig werde darauf hingewirkt, dass sich zukünftig möglichst alle Kantone an der Schaffung einer verbesserten Datenbasis zur Durchführung von Betriebsvergleichen beteiligten (vgl. Jahresbericht 2015 der GDK, S. 5, abrufbar unter [https://www.gdk-cds.ch/fileadmin/docs/public/gdk/gdk/jahresberichte/gdk-jb-2015-de\\_web.pdf](https://www.gdk-cds.ch/fileadmin/docs/public/gdk/gdk/jahresberichte/gdk-jb-2015-de_web.pdf), besucht am 17.12.2018).

**7.4.2** Gemäss Regierungsrat beruhe der Zürcher Fallkostenvergleich auf einer ausgezeichneten Datenbasis, decke sich mit dem von der GDK empfohlenen Vorgehen bezüglich der Durchführung einer Wirtschaftlichkeitsprüfung und eines Benchmarkings und die Methode sei vom Bundesverwaltungsgericht gestützt worden (RRB 548 E. 3.3.1).

**7.4.3** Um den Benchmark zu bestimmen, ermittelte die Vorinstanz die Fallkosten der Spitäler. Dazu forderte die Vorinstanz die Kosten- und Leistungsdaten der Schwyzer Spitäler von 2014 an. Die Anlagenutzungskosten wurden mittels Angaben der Schwyzer Spitäler nach der Bewertung gemäss Art. 10 Abs. 5 VKL ausgewiesen. Für die Prüfung der Kostenträgerrechnungen der einzelnen Spitäler hielt sich die Vorinstanz an die Empfehlungen der GDK zur Wirtschaftlichkeitsprüfung sowie an deren Mindestkriterien zur Prüfung der Plausibilität der Kostendaten (RRB 548 E. 3.2.5.2). Dabei wurde insbesondere deren Vollständigkeit, Korrektheit, Transparenz und Nachvollziehbarkeit geprüft.

**7.4.4** Für die Tarifikalkulation des Spitals Einsiedeln wurden die Kostendaten mit einer Ausnahme aus dem eingereichten ITAR\_K entnommen. Unter Berücksichtigung von Art. 49 Abs. 3 KVG sowie den GDK-Empfehlungen wurden für das Spital Einsiedeln CMI-bereinigte Fallkosten (Casemix-Indizes-Berechnungen = durchschnittlicher Schweregrad der in einem Spital behandelten Fälle, [im Folgenden: CMI]) von Fr. 9'975.- errechnet (RRB 548 E. 3.2.5.3).

**7.4.5** Ebenso konnten für die Tarifikalkulation der Spital Lachen AG Kostendaten aus dem ITAR\_K-Formular entnommen werden. Nach Bereinigung diverser Korrekturen und Abgrenzungen (wie u.a. Anlagenutzungskosten,

Aus- und Weiterbildung, universitäre Lehre und Forschung, Mehrkosten für zusatzversicherte Patienten) wurden CMI-bereinigte Fallkosten der Spital Lachen AG von Fr. 10'641.- berechnet (RRB 548 E. 3.2.5.4).

**7.4.6** Schliesslich wurde die Tarifikalkulation für das Spital Schwyz auf der Grundlage der Kostendaten aus dem ITAR\_K-Formular vorgenommen. Nach Berichtigung der Korrekturen und Abgrenzungen errechnete die Vorinstanz für das Spital Schwyz CMI-bereinigte Fallkosten von Fr. 9'587.- (RRB 548 E. 3.2.5.5).

**7.4.7** Der Zürcher Fallkostenvergleich 2014 umfasse gemäss Regierungsratsbeschluss 17 Akutspitäler. Im Vergleich zum Tarifverfahren 2012 seien im Fallkostenvergleich 2014 zwei methodische Anpassungen vorgenommen worden. So seien die Anlagenutzungskosten nicht mehr pauschal, sondern VKL-konform berechnet worden. Im Weiteren seien für Lehre und Forschung gemäss GDK-Empfehlungen pauschale Normkosten pro Assistenzarzt von Fr. 15'000.- in Abzug gebracht worden (vgl. auch GDK-Empfehlungen 2018, Empfehlung Nr. 4). Der Zürcher Fallkostenvergleich für 2014 sei auf dem 40. Perzentil festgelegt worden, somit liege der Benchmark beim Kantonsspital Winterthur mit bereinigten Fallkosten (Schweregrad 1.0, inklusive Anlagenutzungskosten) bei Fr. 9'772.- (RRB 548 E. 3.3). Unter Einbezug der Schwyzer Spitäler und unter Berücksichtigung der Anzahl Fälle im Benchmarking sei das Benchmarkspital unverändert das Spital Winterthur mit Fr. 9'772.-. Dieses unveränderte Ergebnis sei ein Indiz für die Repräsentativität des Zürcher Fallkostenvergleichs (RRB 548 E. 3.4.3.2).

**7.5** Ob der Fallkostenvergleich mit den Zürcher Spitalern als Kompensation für die noch fehlenden Daten der schweizweiten Betriebsvergleiche zulässig ist, hängt auch eng zusammen mit der Frage, ob der Fallkostenvergleich von zwei Kantonen einer repräsentativen Auswahl entspricht. Bei einer repräsentativen Stichprobe muss die Auswahl der Teilmenge der Grundgesamtheit so vorgenommen werden, dass aus dem Ergebnis der Teilerhebung möglichst exakt und sicher auf die Verhältnisse der Grundgesamtheit geschlossen werden kann (BGVE 2014/36 E. 6.1).

**7.5.1** Gemäss Preisüberwachung trifft dies gerade beim vorliegenden Fallkostenvergleich mit den Zürcher Spitalern nicht zu, weil es sich hierbei nicht um eine repräsentative, sondern um eine ungerechtfertigte, selektive Auswahl handle. Deshalb sei das Vorgehen des Schwyzer Regierungsrats als unzulässig abzulehnen (B-act. HSK 9 Ziff. 4.4.1). Mit einem selektiven



Benchmarking entspreche, so nach Meinung der Beschwerdeführerinnen HSK, die Vorinstanz auch nicht dem Gebot der Wirtschaftlichkeit (B-act. HSK 1 Ziff. 39).

**7.5.2** Tatsache bleibt, dass der Bund in Zusammenarbeit mit den Kantonen dem gesetzlichen Auftrag gemäss Art. 49 Abs. 8 KVG bisher nicht nachgekommen ist und ein einheitliches Modell zur Kosten- und Leistungsdatenerfassung fehlt. Auch die GDK hat für ihr Benchmarking erst von der Hälfte der Spitäler die notwendigen Kostendaten erhalten. Wie der Regierungsrat im angefochtenen Beschluss festgehalten hat, werden die Spitaltarife 2017 auf den von der GDK erhobenen und plausibilisierten Daten 2015 beruhen (RRB 548 E. 3.4.2.2). Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass unter den beschriebenen Umständen das Benchmarking mit nur zwei Kantonen (Schwyz und Zürich) für die Festsetzung des Tarifs 2016 noch zulässig ist.

## **8.**

Gemäss Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG orientieren sich die Spitaltarife an der Entschädigung jener Spitäler, welche die tarifizierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen. Weder das KVG noch die gestützt darauf erlassenen Verordnungen legen fest, an welchem Massstab die Effizienz zu messen ist (BVGE 2015/8 E. 4.2.1). Strittig im vorliegenden Fall sind der Effizienzmassstab und dabei insbesondere die vom Regierungsrat gewählte Festsetzung auf dem 40. Perzentil, mit Gewichtung nach Anzahl Fälle.

**8.1** Gemäss Vorinstanz liege es im Rahmen des erheblichen Ermessens, der den Kantonen zur Umsetzung der Preisbildungsregel als auch bei der Durchführung des Benchmarkings zukomme, im vorliegenden Fall einen Massstab zu definieren, der einerseits einen Anreiz für eine wirtschaftliche Betriebsführung schaffe, andererseits aber auch nicht durch einen zu hohen Spardruck die Spitalversorgung und/oder die Versorgungsqualität gefährde (RRB 548 E. 3.4.1.11). Mit dem Benchmarking auf dem 40. Perzentil werde ein stetiger Kostendruck geschaffen, der dem Wettbewerbsgedanken im Sinne der KVG-Revision Rechnung trage (RRB 548 E. 3.4.1.12). Neben der Versorgungsqualität müsse auch die Versorgungssicherheit gewährleistet bleiben (B-act. HSK 6 Ziff. 17). Die Verwendung eines strengeren Effizienzmassstabs werde jedoch dann neu beurteilt werden, wenn die Kostendaten tatsächlich nicht mehr aus der Einführungsphase stammten und/oder das Benchmarking national breiter abgestützt werde (RRB 548 E. 3.4.1.12).

**8.2** Gemäss dem Verein SpitalBenchmark erhielten bei Verwendung eines tieferen Perzentils (wie dem 20. oder 30.) und der Anwendung eines Benchmarks „nach Anzahl Spitäler“ die Spezialkliniken mit stark eingeschränktem Leistungsangebot oder beschränkter Betriebsdauer (5 Tage-woche) übermässig Gewicht. Dadurch würden 90% der Spitäler unterfinanziert (Verein SpitalBenchmark, Benchmarkingverfahren der Schweizer Spitäler, Kosten des Geschäftsjahres 2017 für die Tarife 2019, S. 14).

**8.3** Die Einkaufsgemeinschaft HSK bezeichnet den festgesetzten Effizienzmassstab auf dem 40. Perzentil mit Gewichtung nach Anzahl Fälle als weich. Hätte die Vorinstanz die Gewichtung nach Anzahl Spitäler festgesetzt, läge der Benchmarkwert bei Fr. 9'738.- und somit tiefer als der vom Regierungsrat verfügte. Eine weitere Schwachstelle des selektiven Benchmarks der Vorinstanz zeige sich darin, dass ein Sprung vom 30. zum 40. Perzentil eine Erhöhung von Fr. 85.- ausmache. Diese bedeute, die Vergleichsmenge für einen Betriebsvergleich sei zu klein und datenmassig zu wenig stabil. Daher sei der selektive Benchmark nicht sachgerecht und halte auch das Wirtschaftlichkeitsgebot (Art. 46 Abs. 4, Art. 43 Abs. 6 bzw. Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG) nicht ein (B-act. HSK 1 Ziff. 54 ff.).

#### **8.4**

**8.4.1** Die Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse rügt die uberhohnte Referenzbaserate von Fr. 9'828.- im Vergleich zu den Baserates der Kantone Aargau (Fr. 9'615.-) und Basel Stadt (Fr. 9'690.-). Daraus leitet tarifsuisse ab, der Effizienzmassstab beim 40. Perzentil sei nicht repräsentativ und mit Bezug auf die äusserst rudimentäre Datenmenge uberhohnt angesetzt worden (B-act. tarifsuisse 1 Ziff. 13.4 f.; sinngemäss so auch die Beschwerde HSK, B-act. HSK 1 Ziff. 36 ff.). Des Weiteren bringt tarifsuisse vor, die Anwendung eines bestimmten Perzentils sage noch nichts über die Wirtschaftlichkeit aus; dies sei auch daher von Bedeutung, da auch die Zürcher Gesundheitsdirektion in ihren neueren Fallkostenvergleichen keinen Effizienzmassstab mehr publiziere (B-act. tarifsuisse 1 Ziff. 12.5). Was genau die Beschwerdeführerinnen damit aussagen wollen, ist nicht nachvollziehbar. Zudem gab der Regierungsrat des Kantons Zürich den Effizienzmassstab zumindest für das vorliegend relevante Tarifjahr 2016 mit dem 40. Perzentil bekannt (RRB Nr. 634 Kanton Zürich, Tarifgenehmigung vom 22. Juni 2016, S. 10).

**8.4.2** Als weiteres Argument, der festgesetzte Tarif sei nicht wirtschaftlich, brachte tarifsuisse vor, dass derselbe Regierungsrat mit analoger Vorgehensweise bei der Festlegung des Tarifs 2015 für die Krankenversicherer der Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse eine Baserate von Fr. 9'585.- als rechtmässig beurteilt habe. Es sei daher nicht nachvollziehbar, warum der Tarif 2016 mit Fr. 9'828.- wesentlich höher festgelegt worden sei, obwohl die Teuerung im Jahr 2015 mit -1.1% negativ gewesen sei. Zudem seien in dieser Zeit nachgewiesenermassen zahlreiche Spitäler in der gleichen Zeit im Stande gewesen, effizienter zu arbeiten und entsprechend Kosten zu senken (B-act. tarifsuisse 1 Ziff. 13.6).

**8.5** Die GDK empfahl 2012 im Übergang zur neuen Spitalfinanzierung die Festsetzung eines Benchmarks zwischen dem 40. und dem 50. Perzentil (GDK-Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung S. 9). In ihren Empfehlungen von 2015 und 2018 verzichtet sie auf eine zahlenmässige Empfehlung zum Perzentil. Inzwischen sei die „AG Wirtschaftlichkeitsprüfung“ beauftragt worden, eine Empfehlung betreffend Quantil (Anmerkung Gericht: Quantile gehören zu den Lagemassen, mit denen angegeben werden kann, in welchen Bereichen der Messskala die Beobachtungseinheiten zu liegen kommen (vgl. THOMAS BENESCH, Schlüsselkonzepte zur Statistik, 2013, S. 25-28), bei welchem der Benchmark zu setzen sei, auszuarbeiten (GDK-Empfehlungen 2015, S. 11, GDK-Empfehlungen 2018, S. 14). Im Weiteren empfiehlt die GDK, der Benchmark sei so zu setzen, dass die Versorgungssicherheit nicht gefährdet werde (GDK-Empfehlungen 2018, S. 14). Das BAG betrachtet die Anwendung des 40. Perzentils als vertretbar, vor allem auch unter dem Aspekt der fehlenden publizierten Betriebsvergleiche und der nach wie vor fehlenden konkretisierenden Kosten- und Leistungsermittlung (B-act. HSK 11 Ziff. 5).

**8.6** Der Vergleich, den die Beschwerdegegnerinnen angestellt haben, zeigt, dass die Berücksichtigung eines tiefen Perzentils zu einer „gravierenden Verzerrung“ führen kann. Diesen Vergleich stellten die Beschwerdegegnerinnen mit dem Benchmarking HSK 2015 (mit insgesamt 97 Spitälern, V-act. HSK 3 Beilage 12 S. 18 f.) an. Mit der deskriptiven Analyse zeigen sie auf, dass es sich bei der Gewichtung des Benchmarkings beim 25. Perzentils bei 64% (d.h. 16 von 25) der Spitäler um Spezialkliniken (K23X) handelt sowie 36% (d.h. 9 von 25) der Spitäler maximal 100 DRGs behandeln (B-act. tarifsuisse 6 Ziff. 55 ff.)

**8.7** Ein ähnliches Bild zeigt sich auch beim Benchmarking der Preisüberwachung. Von insgesamt 181 Spitäler konnten 160 in das Benchmarking

einbezogen werden. Die Liste der im Anhang zur Vernehmlassung der Preisüberwachung aufgeführten Spitäler zeigt jedoch, dass bei dem von der Preisüberwachung befürworteten 20. Perzentil, Geburtshuser (d.h. 10 von 32 Spitälern) gehäuft vorkommen (B-act HSK 9 Anhang 6; vgl. B-act. HSK 15 Ziff. 14 und 17). Grundsätzlich ist ein breites Benchmarking, wie dies beim Benchmarking der Preisüberwachung der Fall ist, durchzuföhren. Befinden sich jedoch in den unteren Perzentilen Geburtshuser wie auch Kleinstspitaler (<1'000 Fälle) oder Spitäler mit einem kleinen Leistungsangebot (<100 DRG) gehäuft, weil sie entsprechend tiefe benchmarking-relevante Betriebskosten aufweisen, und wird bei einem ebensolchen Benchmarking gleichzeitig ein tiefer Effizienzmassstab (z.B. 20. Perzentil) gewählt, kann dies zu einer Verzerrung des Benchmarks von Grund- und Zentrumsspitalern föhren. Zusätzlich werden seit Inkrafttreten der neuen Spitalfinanzierung Leistungen der obligatorischen Krankenpflege im stationären Bereich ausschliesslich durch die leistungsbezogene Pauschalabgeltungen finanziert. Im Zuge dieses Systemwechsels könnte ein allzu strenger Effizienzmassstab, insbesondere in der nicht abgeschlossenen Einföhungsphase, die Finanzierung systemnotwendiger Spitäler und damit die Versorgungssicherheit gefährdet (vgl. BVGE 2014/36 E. 12.2.4). Andererseits kann aus einem zu grosszügigen Effizienzmassstab für günstigste Spitäler eine unangemessen hohe Gewinnmarge resultieren. Auch dies sollte vermieden werden (BVGE 2014/36 E. 12.2.5).

**8.8** Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits im Tariffestsetzungsverfahren des Kantons Glarus (BVGE 2015/8) erwog, kann aus der Tatsache, dass nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch der Bundesrat als Verordnungsgeber davon abgesehen haben, den massgebenden Effizienzmassstab näher zu konkretisieren, geschlossen werden, dass – jedenfalls in der Einföhungsphase – den Tarifparteien und Kantonen ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum eingeräumt werden sollte, um den jeweiligen Umständen Rechnung zu tragen sowie allfällige negative Auswirkungen eines Entscheides fröhzeitig berüchsichtigen und erforderliche Korrekturmassnahmen beschliessen zu können. Es dürfte kaum die Meinung des Gesetz- oder Verordnungsgebers gewesen sein, dass das Bundesverwaltungsgericht den für alle Spitäler "richtigen" Effizienzmassstab ermitteln und festlegen kann und soll (BVGE 2015/8 E. 4.2.6). Die zur Verföhug stehenden Benchmarkings der verschiedenen Akteure sind nach unterschiedlichen Methoden durchgeföhrt worden. Je nachdem, ob beispielsweise Universitätsspitäler und/oder sehr kleine Spitäler und Geburtshuser in den Vergleich einbezogen oder ausgeschlossen werden, verändert sich der Wert des Perzentils X erheblich (vgl. BVGE 2015/8 E. 4.2.6).

**8.9** Zusammenfassend wird daher das Bundesverwaltungsgericht – zumindest solange der Verordnungsgeber keine konkretisierenden Angaben erlässt – den Tarifpartnern und, wie vorliegend im Falle der Nichteinigung, den Festsetzungsbehörden einen erheblichen Ermessensspielraum hinsichtlich des Effizienzmasstabs und der Gewichtung zugestehen (vorne E. 1.7.2 vgl. BVGE 2014/3 E.1.4, BVGE 2014/36 E. 1.4 und BVGE 2015/8 E. 4.2.6). Damit bleibt festzuhalten, dass die Vorinstanz mit der Festlegung des 40. Perzentils ihren grossen Ermessensspielraum nicht überschritten hat.

## **9.**

Die Beschwerdeführerinnen HSK rügen beschwerdeweise, die Vorinstanz habe dem Spital Schwyz einen unzulässigen Gewinn gewährt, der sich aus der Differenz zwischen den berechneten CMI-bereinigten Fallkosten von Fr. 9'587.- und dem Benchmark von Fr. 9'772.- ergäbe (Fr. 9'772 – Fr. 9'587 = Fr. 185.-).

### **9.1**

**9.1.1** Die Beschwerdeführerinnen HSK begründen ihre Rüge damit, dass gemäss Rechtsprechung lediglich Effizienzgewinne zulässig seien, da ansonsten der Grundsatz der qualitativ hoch stehenden und zweckmässigen gesundheitlichen Versorgung zu möglichst günstigen Kosten gemäss Art. 43 Abs. 6 KVG nicht eingehalten würde. Einerseits habe die Vorinstanz nicht geprüft, ob es sich beim Gewinn tatsächlich um einen Effizienzgewinn handle und andererseits auch nicht, ob vorliegend die Voraussetzungen für eine differenzierte spitalindividuelle Baserate gegeben wäre (B-act. HSK 1 Ziff. 58).

**9.1.2** Wie ihre Detail-Analyse ergeben habe, könne das Spital Schwyz in der Mehrheit der Fälle bzw. mit einzelnen wenigen Ausnahmen je DRG, ihre Patienten im Vergleich zu der im Katalog der SwissDRG berechneten mittleren Aufenthaltsdauer früher entlassen. Liege der Quotient eines Spitals unter dem Faktor 1.0 (Verweildauer effektiv < Inliner Verweildauer [MWD] gemäss Katalog SwissDRG) sei dies ein Indiz dafür, dass ein Spital profitabel arbeite. Liege der Quotient höher als Faktor 1.0 (Verweildauer effektiv > MWD gemäss Katalog SwissDRG) sei dies ein Indiz für ein defizitär arbeitendes Spital oder dafür, dass unwirtschaftliche Fälle weiter verlegt würden. Aus den Verweildauer-Quotienten lasse sich schliessen, dass das Spital Schwyz mit einem Faktor 0.92 somit überdurchschnittlich viele profitable Fälle behandle.

**9.1.3** Im Weiteren wiesen die Beschwerdegegnerinnen einen hohen Anteil an DRGs mit 1 oder 2 Nächten Aufenthalt aus, sodass nicht von einem Effizienzgewinn gesprochen werden könne. Damit handle es sich vorliegend um das Phänomen des sog. "cherry picking". Folglich sei die Gewährung eines Effizienzgewinns für das Spital Schwyz nicht sachgerecht, vielmehr verletze der festgesetzte Tarif das Gebot der Billigkeit im Sinne von Art. 46 Abs. 4 KVG sowie den Grundsatz der qualitativ hoch stehenden und zweckmässigen gesundheitlichen Versorgung zu möglichst günstigen Kosten (Art. 43 Abs. 6 KVG [B-act. HSK 1 Ziff. 59]).

## **9.2**

**9.2.1** Die Beschwerdegegnerinnen weisen den Vorwurf des "cherry picking" von sich und begründen dies, nebst grundsätzlichen Überlegungen, mit den Daten der Beschwerdeführerinnen HSK. Die Beschwerdegegnerinnen werfen den Beschwerdeführerinnen vor, widersprüchlich zu argumentieren, wenn sie das Spital Schwyz im eigenen Benchmarking als Endversorgerspital auflisteten, dem Spital aber im Festsetzungsverfahren bzw. im Beschwerdeverfahren "cherry picking" vorwerfen würden.

**9.2.2** Zum Verweildauer-Quotienten des Spitals Schwyz halten sie fest, dass gemäss HSK Benchmarking das Spital Schwyz mit fünf weiteren von insgesamt 97 Spitälern den Faktor 0.92 ausweise, jedoch 58 Spitäler einen Faktor  $< 0.92$  (der Median liege bei einem VWD-Quotienten von 0.88). Somit belege das Spital Schwyz keinesfalls den unteren Rand der ins HSK-Benchmarking einbezogenen Spitäler. Diese Auswertung widerlege somit die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, dass ein Abschlag gegenüber dem Benchmark gerechtfertigt sei. Im Weiteren stellen die Beschwerdegegnerinnen klar, dass eine kurze Aufenthaltsdauer auch ein Ausdruck einer effizienten Betriebsorganisation sein könne.

**9.2.3** Zum Vorwurf des hohen Anteils an DRGs mit 1 oder 2 Nächten Aufenthalt führen die Beschwerdegegnerinnen an, dass gemäss den Angaben der Beschwerdeführerinnen HSK das Spital Schwyz eine klare Mehrzahl von 61% aller Patienten in DRGs ab 3 Nächten behandle. Auch unterliesen die Beschwerdeführerinnen, Zahlen für die Gesamtheit aller Spitäler vorzulegen, um Aussagen über die Stellung des Spitals Schwyz zu machen. Zudem stelle ein blosser Hinweis auf die Behandlung in bestimmten DRGs für sich alleine noch keine Rechtfertigung für Zu- bzw. Abschläge dar, weil die unterschiedlichen Fallgewichte von DRGs mit max. 2 bzw. ab 3 Nächten grundsätzlich über die „cost weights“ berücksichtigt würden.

**9.3** Den Beschwerdeführerinnen HSK ist zwar zuzustimmen, dass das Bundesverwaltungsgericht im Entscheid BVGE 2014/36 festhielt, dass die Festlegung differenzierter Basisfallwerte als Korrektiv dieses Effekts (d.h. beim sog. „cherry picking“) noch keinen systemwidrigen Eingriff in die Tarifstruktur bedeute (BVGE 2014/36 E. 22.7). Mit dem Leitentscheid BVGE 2014/36 hielt das Bundesverwaltungsgericht jedoch auch fest, dass Korrekturmassnahmen aus dem Grund der Häufung fehlbewerteter DRGs voraussetzen würden, dass bekannt sei, welche Behandlungen unter- oder überbewertet seien. Ausserdem müsse feststehen, dass der betreffende Leistungserbringer eine überproportionale Häufung solcher Fälle aufweise. In quantitativer Hinsicht müsse das Ausmass der Häufung und der Umfang der Fehlbewertung der DRGs bekannt sein (BVGE 2014/36 E. 22.6). Wenn nun die Beschwerdeführerinnen HSK die Meinung vertreten, dass das Spital Schwyz mit 39% der Fälle mit max. 2 Nächten bereits überdurchschnittlich viele profitable Fälle behandeln würden, kann dem nicht gefolgt werden. Der Regierungsrat hielt im Beschluss wie auch in der Vernehmlassung die Voraussetzungen für einen differenzierten spitalindividuellen Basisfallwert als nicht gegeben. Er begründete dies damit, dass sich der CMI der Schwyzer Spitäler nur unwesentlich voneinander unterscheiden und deshalb nicht davon ausgegangen werden könne, dass die geringeren Fallkosten des Spitals Schwyz auf einen überproportionalen Anteil profitabler Fälle beziehungsweise einen vergleichsweise geringen Anteil defizitärer Fälle zurückzuführen sei (RRB 548 E. 3.5.2 und B-act. HSK 6 Ziff. 19). Zudem zeigt sich der Regierungsrat zu Recht über den Vorwurf der Beschwerdeführerinnen erstaunt, da die Versicherer bisher das Spital Schwyz als Endversorgerspital bezeichnet hätten (B-act. HSK 6 Ziff. 20).

**9.4** Zudem beinhalten Pauschalisierungen von Tarifen – wird jedoch mit zunehmender Differenzierung der Tarifstruktur durch SwissDRG etwas entschärft – eine gewisse Benachteiligung für Spitäler mit ausgewiesenen höheren CMI-bereinigten Fallkosten bzw. auch eine gewisse Bevorzugung eines einheitlichen Basisfallwertes für Spitäler mit ausgewiesenen tieferen CMI-bereinigten Fallkosten (vgl. BVGE 2014/36 E. 22.7).

**9.5** Im Weiteren hat sich das Bundesverwaltungsgericht mit Leitentscheid BVGE 2014/3 eingehend und unter Berücksichtigung der GDK-Empfehlungen und der Literatur mit der Frage nach der Zulässigkeit von Effizienzgewinnen der Spitäler auseinandergesetzt und diese Frage im Bereich der OKP geklärt sowie diese grundsätzlich bejaht (BVGE 2014/3 E. 2.9). Demgemäss sind Effizienzgewinne von Spitalern (mit einem benchmarking-re-

levanten Basiswert unterhalb des gesetzestkonform bestimmten Benchmarks) nicht unzulässig (BVGE 2014/3 E. 2.9.4.4 und 2.9.5). Art. 59c Abs. 1 Bst. a KVV, wonach der Tarif höchstens die transparent ausgewiesenen Kosten der Leistung decken darf, ist in dem Sinne gesetzestkonform auszulegen, dass es sich bei den "ausgewiesenen Kosten der Leistung" nicht um die individuellen Kosten des Spitals, dessen Tarif zu beurteilen ist, handelt, 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; BVGE 2014/3 E. 2.10.1).

**9.6** Im Übrigen kann mit Blick auf die Regierungsratsbeschlüsse für die Tarife 2015 und 2016 Folgendes festgehalten werden. Werden die CMI-bereinigten Fallkosten 2013 (Fr. 10'306.-) und 2014 (Fr. 9'587.-) der Schweizer Spitäler verglichen, fällt auf, dass das Spital Schwyz die CMI-bereinigten Fallkosten um Fr. 719.- senken konnte. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass es dem Spital Schwyz gelungen ist, effizienter zu arbeiten (RRB 548 E. 3.2.5.5 und RRB 544 E. 3.2.5.5).

**9.7** Insgesamt kann festgehalten werden, dass der Regierungsrat mit der Tariffestlegung 2016 dem Spital Schwyz einen KVG-konformen Effizienzgewinn zugestanden hat.

## **10.**

Die Beschwerdeführerinnen HSK wie auch tarifsuisse rügen die Gewährung eines Teuerungszuschlags von Fr. 55.- auf dem Benchmarkwert von Fr. 9'772.- als rechtswidrig bzw. als Verstoss gegen die Grundsätze der Preisbildung bezüglich des Tarifs im Sinne von Art. 49 Abs. 1 KVG (B-act. HSK 1 Ziff. 63 ff. und B-act. tarifsuisse 1 Ziff. 17). Die Beschwerdeführerinnen HSK fügen dieser Rüge im Weiteren hinzu, ungeachtet dessen, dass die Beschwerdeführerinnen das Benchmarking der Vorinstanz als widerrechtlich ansähen, wäre die Baserate auf der Grundlage dieses (unzulässigen) Benchmarkings höchstens auf Fr. 9'772.- festzusetzen.

**10.1** Zur Festsetzung der Baserate 2016 hat der Regierungsrat die Lohnsteuerung von 2014 (Nettolohnindex = + 0.8%) wie auch die allgemeine Landesteuerung 2014 (Landesindex für Konsumentenpreise LIK = -0%) berücksichtigt, wobei er die Lohnsteuerung zu 70% und die Landesteuerung zu 30% berücksichtigte. Somit kommen gemäss RRB 548 zu den bereinigten Fallkosten der Betrag von Fr. 55.- ( $0.7 \cdot 0.8 + 0.3 \cdot 0 = 56\%$ ) hinzu. Der



Tarif 2016 betrage somit Fr. 9'828.- (Schweregrad 1.0 inklusive Anlagennutzungskosten) für die drei Schwyzer Spitäler für Versicherte der Einkaufsgemeinschaften HSK und tarifsuisse.

**10.2** Das Bundesverwaltungsgericht musste sich bisher nur zur Gewährung eines positiven, nicht jedoch zur Berücksichtigung eines negativen Teuerungsausgleichs äussern. Grundsätzlich besteht ein Recht – nicht jedoch eine Pflicht – die Teuerung zu berücksichtigen. Gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts können zum Benchmark allgemeine Zuschläge hinzugerechnet werden, die alle Spitäler gleichmässig betreffen und nicht bereits in die benchmarking-relevanten Basiswerte eingeflossen sind, wie z.B. die Berücksichtigung der Teuerung (BVGE 2014/36 E. 4.10; BVGE 2014/3 E. 8.2). Wie im Leitentscheid BVGE 2014/3 festgehalten wurde, könne die nach Geltungsbeginn des Tarifs auflaufende (oder bei rückwirkender Festsetzung bereits aufgelaufene) Teuerung nicht berücksichtigt werden, weil diese im Zeitpunkt der Tarifverhandlungen nur grob geschätzt werden könne und Teuerungsprognosen immer mit erheblichen Unsicherheiten behaftet seien (BVGE 2014/3 E. 8.1). Mit Bezug auf diesen Leitentschied hielt das Bundesverwaltungsgericht in einem weiteren Entscheid fest, dass wenn die Tarife für das Jahr X auf den Zahlen aus dem Jahr X-2 beruhten, die Teuerung für das Jahr X-2 nicht nochmals aufzurechnen sei, auch nicht für das Jahr X (BVGE 2015/39 E. 15.2). Massgebend sei somit weiterhin die gewichtete Teuerung für das Jahr X-1 (BVGE 2014/3 E. 8.1; vgl. das Urteil BVGer C-536/2009 vom 17. Dezember 2009 E. 6.2.3).

**10.3** Auf den vorliegenden Fall angewandt, muss somit die Teuerung für das Jahr 2015 berücksichtigt werden; dabei ist für den Personalaufwand auf den Nominallohnindex (NLI) 2015 und für den Sachaufwand auf den Landesindex der Konsumentenpreise (LIK) 2015 abzustellen. Wie die Preisüberwachung korrekterweise festhält, hat die Vorinstanz anstelle der Daten für das Jahr X-1 (2015) die Daten des Jahres X-2 (2014) zur Berechnung der gewichteten Teuerung herangezogen. Unter Berücksichtigung der Daten 2015 berechnet sich die gewichtete Teuerung gemäss der Formel (E. 10.1) wie folgt:  $0.3*(-1.1) + 0.7*0.4 = -0.05$  (vgl. aktualisierte Ausgabe: Preisüberwachung, Spitaltarife, Praxis des Preisüberwachers bei der Prüfung von akut-stationären Spitaltarifen, Oktober 2016, S. 16).

**10.4** . Die Preisüberwachung vertritt die Ansicht (ohne eine Begründung anzuführen), es sei auf einen Abzug aufgrund der negativen Teuerung zu verzichten und die Teuerung 2015 auf 0% zu setzen (B-act. HSK 9 Ziff.

4.5.1). Mit Stellungnahme vom 21. September 2017 vertritt auch das BAG die Ansicht, die Beschwerde sei teilweise gutzuheissen, indem der Beschluss des Regierungsrats ohne Gewährung des Teuerungszuschlags reformatorisch zu korrigieren sei (B-act. HSK 11 Ziff. 2.6, 7 und V. Schlussfolgerung sowie B-act. tarifsuisse 10). Dieser Meinung ist in Berücksichtigung der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts (s. E. 10.2) zu folgen.

## **11.**

Schliesslich ist der Antrag der Beschwerdeführerinnen HSK zu prüfen, die Dispositiv-Ziffer Nr. 2 sei aufzuheben, welche die Kosten für den Festsetzungsentscheid auf insgesamt Fr. 6'000.- festlege, wovon Fr. 2'000.- auf die Beschwerdeführerinnen HSK auferlegt worden seien.

**11.1** Die Vorinstanz legte die Kosten des Festsetzungsverfahrens gestützt auf § 24 der kantonalen Gebührenverordnung vom 20. Januar 1975 (SRSZ 173.111) auf Fr. 6'000.- fest. Demgemäss erhebt der Regierungsrat für den Erlass von Verfügungen (Festsetzungsverfahren) und die Behandlung anderer Geschäfte (Genehmigungsverfahren) Gebühren von Fr. 50.- bis Fr. 20'000.-.

**11.2** Die Beschwerdeführerinnen HSK vertreten die Position, dass der Bund gemäss Art. 117 Abs. 1 BV abschliessend Vorschriften über die Kranken- und Unfallversicherung erlässt. Da diese Norm eine konkurrierende Bundeskompetenz begründe und damit gegenüber kantonalem Recht nachträglich derogierende Wirkung entfalte, sei die Rechtsetzung für Kantone in diesen abschliessend durch den Bund geregelten Sachbereichen ausgeschlossen (B-act. HSK 1 Ziff. 68 f.).

**11.3** Im Weiteren bezeichnen die Beschwerdeführerinnen die festgelegte Gebühr als eine Verwaltungsgebühr, d.h. eine Kausalabgabe, die als Grundlage für eine Gebührenerhebung eines Gesetzes im formellen Sinn bedürfe. Der Gesetzgeber habe in Art. 47 Abs. 1 KVG bezüglich Tariffestsetzungsverfahren keine Gebühren vorgesehen. In einem solchen Gesetz müsste der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand und die Bemessungsgrundlage umschrieben sein, wobei die Bemessungsgrundlage durch das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip ersetzt werden könne und somit für diesen Aspekt eine Grundlage in einer Verordnung reichen würde. Sie seien daher der Meinung, der vorliegende Sachverhalt bedürfe einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn auf Bundesebene (B-act. HSK 1 Ziff. 70). Das KVG sehe für das Verwaltungsverfahren in Bezug auf

das Tariffestsetzungsverfahren gestützt auf Art. 47 Abs. 1 KVG jedoch keine solchen Gebühren vor (B-act. HSK 1 Ziff. 71).

**11.4** Nach Art. 117 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über die Kranken- und Unfallversicherung. Der Bund verfügt dabei über eine umfassende Bundeskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Die Kantone dürfen daher in diesem Bereich nur (noch) soweit gesetzliche Regelungen erlassen, als der Bund seine Kompetenz nicht ausgeschöpft hat (sogenannte konkurrierende Kompetenz; vgl. GÄCHTER/RENOLD-BURCH, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, Art. 117 BV N. 4 S. 1835 m.w.H.).

**11.5** Sofern die Bundesverfassung oder das Bundesgesetz keine andere Regelung trifft, sind nach Art. 46 Abs. 1 BV die Kantone für die Umsetzung des Bundesrechts zuständig. Gemäss Art. 46 Abs. 3 BV belässt der Bund den Kantonen möglichst grosse Gestaltungsfreiheit und trägt den kantonalen Besonderheiten Rechnung. Im Rahmen der Verwaltungsdelegation können die Kantone auch ohne ausdrückliche Ermächtigung zum Erlass der für den Vollzug des Bundesrechts notwendigen Bestimmungen befugt sein (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, N. 1165 ff.). In der Botschaft zur Nachführung der Bundesverfassung wurde festgehalten, dass eine Verfassungsbestimmung, welche dem Bund die Kompetenz zur Regelung des Verfahrens im Bereich des Vollzugs von Bundesverwaltungsrecht durch die Kantone einräumt, entbehrlich sein könne. In Bereichen, wo eine einheitliche Durchsetzung des materiellen Rechts eidgenössische Verfahrensregeln erforderten, könne der Bund solche Verfahrensbestimmungen gestützt auf seine materielle Gesetzgebungskompetenz erlassen. Im Weiteren würde eine eidgenössische Verfahrensordnung im Bereich des Vollzugs von Bundesverwaltungsrecht faktisch zur Aufhebung der *Verfahrensautonomie der Kantone* beim Vollzug ihres eigenen Verwaltungsrechts führen (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 [BBI] 1997 I 557 f.).

**11.6** Art. 46 KVG regelt den Tarifvertrag und Art. 47 KVG das Vorgehen bei gescheiterten Tarifverhandlungen und das darauffolgende Festsetzungsverfahren. Der Gesetzgeber hat die Kompetenz für die Tariffestsetzung nach gescheiterten Tarifverhandlungen den jeweiligen Kantonsregierungen übertragen. Ob kantonale Behörden für das Genehmigungs- beziehungsweise Festsetzungsverfahren Gebühren erheben dürfen, ist aus Art. 46

und 47 KVG nicht zu entnehmen. Ebenso lässt sich aus den Gesetzesmaterialien hierzu nichts ableiten. Somit ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber es den Kantonen für die Umsetzung der Tariffestsetzungsverfahren überlassen wollte, ob sie gestützt auf ihre Verwaltungsrechtsverfahren und Gebührenverordnungen Gebühren erheben wollen (vgl. Urteil des BVGer C-2417 vom 25. März 2019 E. 3.3).

**11.7** Gestützt auf § 59 Abs. 1 Kantonsverfassung vom 24. November 2010 (KV; SRSZ 173.111) erlässt der Regierungsrat Verordnungen, soweit ihn das Gesetz dazu ermächtigt. Die Ermächtigung zum Erlass einer Gebührenordnung für die Verwaltung wird dem Regierungsrat gemäss § 81 des Justizgesetzes vom 18. November 2009 (JG; SRSZ 231.110) zugewiesen. Die Gebühren betragen gestützt auf diesen Paragraphen höchstens Fr. 200'000.- dürfen jedoch bei ausserordentlich hohem Aufwand oder Streitwert auch höher ausfallen. Nach § 71 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 6. Juni 1974 (VRP; SRSZ 234.110) erheben die Behörden für den Erlass von Verfügungen, Entscheiden und Zwischenentscheiden die in der Gebührenordnung und den dazu gehörenden Tarifen vorgesehenen Gebühren und Entschädigungen. Nach § 72 Abs. 1 VRP trägt die Kosten für den Erlass von Verfügungen in der Regel die Partei, welche den Erlass verlangt hat. Die Höhe der Gebühren für den Erlass einer Verfügung durch den Regierungsrat beträgt gemäss § 24 Nr. 24 der Gebührenverordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz vom 20. Januar 1975 (SRSZ 173.111) zwischen Fr. 50.- und Fr. 20'000.-.

**11.8** Die Verpflichtung zu einer öffentlichrechtlichen Geldleistung bedarf einer formell-gesetzlichen Grundlage, welche die Leistungspflicht mindestens in den Grundzügen festlegt (Art. 127 Abs. 1 BV, analog auch auf andere Geldleistungen anwendbar; vgl. statt vieler BGE 141 V 509 E. 7.1.1 und Urteil des BGer 2C\_1061/2015 vom 9. Januar 2017 E. 2). Während Art. 127 Abs. 1 BV für die Regelungselemente des Abgabensubjekts, des Abgabenobjekts und der Bemessungsgrundlagen ein Gesetz im formellen Sinn verlangt, ist dies bei den Bemessungsgrundlagen für Kausalabgaben nicht unbedingt der Fall. Bezüglich deren Bemessung existiert zum Bestimmtheitserfordernis und zur Rechtssetzungsdelegation eine differenzierte Praxis. Wie weit die Bemessung der Exekutive überlassen werden kann, hängt zum einen von der Art der Abgabe ab und zum anderen von der Frage, ob das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip zur Anwendung gelangen (ISABELLE HÄNER, Kausalabgaben – eine Einführung, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Kausalabgaben, 2015, S. 20 f.). Nach bundes-

gerichtlicher Rechtsprechung gilt das Kostendeckungsprinzip für kostenabhängige Kausalabgaben, wo keine (genügend bestimmte) formell-gesetzliche Grundlage besteht oder wo der Gesetzgeber ausdrücklich oder sinngemäss zum Ausdruck gebracht hat, dass die von ihm festgelegte Abgabe kostenabhängig sein soll. Es besagt, dass der Gebührenertrag die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen soll, was eine gewisse Schematisierung oder Pauschalisierung der Abgabe nicht ausschliesst. Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot für den Bereich der Kausalabgaben (Art. 5 Abs. 2 und Art. 8 BV); es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss (BGE 141 V 509 E. 7.1.2; 126 I 180 E. 3 a) aa) und bb).

**11.9** Soweit die Beschwerdeführerinnen HSK mit Rechtsbegehren 3 beantragen, die Dispositiv-Ziffer Nr. 2 sei aufzuheben, wird die Rüge abgewiesen. Die vorliegend auferlegte Gebühr von Fr. 6'000.- bzw. die der HSK auferlegte Gebühr von Fr. 2'000.- steht nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung, hält sich in vernünftigen Grenzen und liegt zudem in der unteren Hälfte der vom Kanton Schwyz für den Erlass von Verfügungen vorgesehenen Gebühr. Zur Begründung wird weiterführend auf die Erwägungen des Entscheids C-2417/2017 in Sachen Einkaufsgemeinschaft HSK gegen den Regierungsratsbeschluss des Kantons Thurgau verwiesen.

## **12.**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Vorgehen der Vorinstanz bei der Festsetzung des umstrittenen Tarifs trotz gewisser Mängel insgesamt eine gute Qualität aufweist. Unter Berücksichtigung der Schwierigkeiten aufgrund der fehlenden schweizweiten Betriebsvergleiche des Bundes (in Zusammenarbeit mit den Kantonen) und fehlender einheitlicher Bestimmungen zur Kosten- und Leistungsermittlung, insbesondere zur Methodik bei der Ermittlung der schweregradbereinigten Fallkosten, ist der Vorinstanz ein erhöhtes Ermessen zur Festlegung des Tarifs 2016 zu gewähren. Dennoch muss nochmals für die kommenden Tarifjahre darauf hingewiesen werden, dass der Bund in Zusammenarbeit mit den Kantonen dem Auftrag gemäss Art. 49 Abs. 8 KVG nachkommen muss, geeignete schweizweite Betriebsvergleiche zu publizieren. Bis der Bund diesem Auftrag nachkommt, liegt es an den Tarifpartnern, zusammen mit weiteren Akteuren (wie der GDK) KVG-konforme Betriebsvergleiche durchzuführen und

sich auf eine einheitliche Methodik zur Ermittlung der schweregradbereinigten Fallkosten zu einigen.

Der von der Vorinstanz berücksichtigte Teuerungszuschlag trotz minimal negativer Teuerung erweist sich als nicht rechtskonform, weshalb dieser nicht berücksichtigt werden kann. Da im vorliegenden Fall zur Tariffestsetzung keine weiteren Sachverhaltsabklärungen erforderlich sind und die Tarifsetzung in den übrigen Punkten innerhalb des Ermessens der Tariffestsetzungsbehörde liegt, sind die Voraussetzungen für ein reformatorisches Urteil gegeben. Der Hauptantrag der beschwerdeführenden Parteien auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz ist daher abzuweisen und der angefochtene Beschluss insofern abzuändern, als die Baserate zwischen den Beschwerde führenden Krankenversicherern und den Schwyzer Spitälern rückwirkend ab 1. Januar 2016 auf Fr 9'772.- (gemäss SwissDRG, Schweregrad 1.0, inklusive Anlagenutzungskosten) festzusetzen ist.

**13.** Zu befinden ist abschliessend über die Verfahrenskosten und allfällige Parteientschädigungen.

**13.1** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Den Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (vgl. Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG; zur Qualifikation als vermögensrechtliche Streitigkeit vgl. BVGE 2010/14 E. 8.1.3). Das für die Kostenverteilung massgebende Ausmass des Unterliegens ist aufgrund der gestellten Rechtsbegehren zu beurteilen (MICHAEL BEUSCH, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Rz. 13 zu Art. 63). Dabei ist auf das materiell wirklich Gewollte abzustellen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.43).

## **13.2**

**13.2.1** Unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanziellen Lage der Parteien sind die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren C-4374/2017 auf Fr. 5'000.- festzusetzen. Diese Verfahrenskosten werden jedoch mit Bezug auf die beiden im Wesentlichen analogen bzw. vereinigten Verfahren zur

Aufhebung des Regierungsratsbeschlusses Nr. 548/2017 (C-4374/2017 und 4461/2017; vgl. vorne E. 1.1) auf Fr. 3'000.- reduziert.

**13.2.2** Die Beschwerdeführerinnen HSK beantragen die Aufhebung des angefochtenen Regierungsratsbeschlusses betreffend die Schwyzer Spitäler und die Rückweisung des Verfahrens zur vollständigen Sachverhaltsabklärung und Durchführung einer neuen Wirtschaftlichkeitsprüfung sowie zur Festsetzung einer neuen Baserate für das Jahr 2016. Mit Bezug auf die festgesetzte Baserate rügen die Beschwerdeführerinnen das Benchmarking der Vorinstanz (u.a. Nichtbeachtung der schweizweiten Betriebsvergleiche, Berechnungsmethode der benchmarking-relevanten Betriebskosten, Perzentilwert, Plausibilisierung des Benchmarkings, Einführungsphase), den Effizienzgewinn des Spitals Schwyz sowie die Gewährung des Teuerungszuschlags als unzulässig. Ebenso beantragten sie in prozessualer Hinsicht die Aufhebung der Gebühren von Fr. 2'000.– für das Festsetzungsverfahren. Mit Ausnahme der Höhe der Baserate infolge der Gewährung des Teuerungszuschlags unterliegen sie überwiegend mit ihren Anträgen. Die Beschwerdegegnerinnen (Schwyzer Spitäler) beantragen die vollständige Abweisung der Beschwerde. Mit diesem Verfahrensausgang obsiegen die Beschwerdegegnerinnen mit ihrem Antrag überwiegend.

**13.2.3** Die Verfahrenskosten sind daher zu fünf Sechsteln der Einkaufsgemeinschaft HSK und zu einem Sechstel den Schwyzer Spitälern aufzuerlegen. Der von der Einkaufsgemeinschaft HSK zu tragende Anteil an den Verfahrenskosten von Fr. 2'500.- ist dem geleisteten Kostenvorschuss zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 2'500.- ist ihr zurückzuerstatten. Den antragstellenden Beschwerdegegnerinnen (Schwyzer Spitäler) ist für das teilweise Unterliegen Fr. 500.- der Verfahrenskosten aufzuerlegen.

### **13.3**

**13.3.1** Ebenso sind auch im Beschwerdeverfahren C-4461/2017 unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanziellen Lage der Parteien die Verfahrenskosten auf Fr. 5'000.- festzusetzen und mit Hinweis auf E. 13.2.1. auf Fr. 3'000.- zu reduzieren (vgl. E. 13.2.1).

**13.3.2** Die Beschwerdeführerinnen tarifsuisse beantragen die Aufhebung des angefochtenen Regierungsratsbeschlusses betreffend die Schwyzer Spitäler sowie die Rückweisung der Rechtssache zu neuer Entscheidung

an die Vorinstanz. Mit Bezug auf die festgesetzte Baserate rügen die Beschwerdeführerinnen tarifsuisse den rechtswidrigen Fallkostenvergleich mit den Spitälern des Kantons Zürich, die fehlende Repräsentativität der gewählten Teilmenge, die berechnete Baserate der Schwyzer Spitäler, den Effizienzgewinn des Spitals Schwyz sowie den rechtswidrigen Teuerungszuschlag. Mit Ausnahme der Gewährung des Teuerungszuschlags unterliegen sie dem Verfahrensausgang gemäss überwiegend. Die Beschwerdegegnerinnen (Schwyzer Spitäler) beantragen die vollständige Abweisung der Beschwerde. Mit Bezug auf die reformatorische Festsetzung einer tieferen Baserate obsiegen sie überwiegend mit ihrem Antrag.

**13.3.3** Die Verfahrenskosten sind daher zu vier Fünfteln der Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse und zu einem Fünftel den Schwyzer Spitälern aufzuerlegen. Der von der Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse zu tragende Anteil an den Verfahrenskosten von Fr. 2'400.- ist dem geleisteten Kostenvorschuss zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 2'600.- ist ihr zurückzuerstatten. Den antragstellenden Beschwerdegegnerinnen (Schwyzer Spitäler) ist für das teilweise Unterliegen Fr. 600.- der Verfahrenskosten aufzuerlegen.

**13.4** Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (vgl. auch Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Obsiegt die Partei nur teilweise, so ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 VGKE). Die Entschädigung wird der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

**13.5** Den nicht anwaltlich vertretenen Krankenversicherern der Einkaufsgemeinschaft HSK (C-4374/2017) sind keine verhältnismässig hohen Kosten erwachsen, weshalb sie keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben (vgl. Urteil des BVGer C-2267/2013 vom 4. September 2015 E. 7.6). Die überwiegend obsiegenden (5/6), anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerinnen haben Anspruch auf eine Parteientschädigung. Da die Beschwerdegegnerinnen keine Kostennote eingereicht haben, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des Verfahrensausgangs, des gebotenen und ak-



tenkundigen Aufwands, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des vorliegend zu beurteilenden Verfahrens ist den Beschwerdegegnerinnen eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 5'000.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag) zulasten der Beschwerdeführerinnen HSK zuzusprechen.

**13.6** Die teilweise obsiegenden (1/5), anwaltlich vertretenen Krankenversicherer der Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse (C-4461/2017) haben Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung. Da keine Kostennote eingereicht wurde, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des Verfahrensausgangs, des gebotenen und aktenkundigen Aufwands, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des vorliegend zu beurteilenden Verfahrens ist den Beschwerdeführerinnen tarifsuisse eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'200.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag) zu Lasten der Schwyzer Spitäler zuzusprechen). Die überwiegend obsiegenden (4/5), anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerinnen haben Anspruch auf eine Parteientschädigung. Da auch die Beschwerdegegnerinnen keine Kostennote eingereicht haben, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des Verfahrensausgangs, des gebotenen und aktenkundigen Aufwands, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des vorliegend zu beurteilenden Verfahrens ist den Beschwerdegegnerinnen eine Parteientschädigung von Fr. 4'800.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag) zulasten der Beschwerdeführerinnen tarifsuisse zuzusprechen. Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

#### **14.**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gegen Entscheide auf dem Gebiet der Krankenversicherung, die das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 33 Bst. i VGG in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 KVG getroffen hat, ist gemäss Art. 83 Bst. r BGG unzulässig. Das vorliegende Urteil ist somit endgültig (vgl. auch BGE 141 V 361).

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1. Beschwerdeverfahren C-4374/2017**

**1.1** Die Beschwerde der HSK wird teilweise gutgeheissen. Die Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Beschlusses betreffend Festsetzung des Basisfallwertes 2016 für die Schwyzer Spitäler in Sachen HSK wird reformatorisch korrigiert und auf Fr. 9'772.- festgesetzt. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

**1.2** Den Beschwerdeführerinnen HSK werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'500.- zur Bezahlung auferlegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 2'500.- wird ihnen zurückerstattet.

**1.3** Den Beschwerdegegnerinnen werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 500.- zur Bezahlung auferlegt.

Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Versand des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

**1.4** Den Beschwerdeführerinnen HSK wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**1.5** Den Beschwerdegegnerinnen wird zulasten der Beschwerdeführerinnen HSK eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 5'000.- zugesprochen.

### **2. Beschwerdeverfahren C-4461/2017**

**2.1** Die Beschwerde der tarifsuisse wird teilweise gutgeheissen. Die Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Beschlusses betreffend Festsetzung des Basisfallwertes 2016 für die Schwyzer Spitäler in Sachen tarifsuisse wird reformatorisch korrigiert und auf Fr. 9'772.- festgesetzt. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

**2.2** Den Beschwerdeführerinnen tarifsuisse werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'400.- zur Bezahlung auferlegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 2'600.- wird an sie zurückerstattet.

**2.3** Den Beschwerdegegnerinnen werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 600.- zur Bezahlung auferlegt.

Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Versand des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

**2.4** Den Beschwerdeführerinnen tarifsuisse werden zulasten der Beschwerdegegnerinnen eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 1'200.- zugesprochen. Den Beschwerdegegnerinnen wird zulasten der Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 4'800.- zugesprochen.

**3.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen HSK (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahladresse)
- die Beschwerdeführerinnen tarifsuisse (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahladresse)
- die Beschwerdegegnerinnen (Gerichtsurkunde; Beilagen: Einzahlungsscheine)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. RRB 548/2017; Gerichtsurkunde)
- die Preisüberwachung (Einschreiben)
- das Bundesamt für Gesundheit (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Beat Weber

Brigitte Blum-Schneider

Versand: