

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

3

Auszug aus dem Urteil der Abteilung III
i.S. 46 Krankenversicherer gegen
Luzerner Kantonsspital und Regierungsrat des Kantons Luzern
C-1698/2013 vom 7. April 2014

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

Art. 43, Art. 49 und Art. 53 Abs. 2 KVG. Art. 59c Abs. 1 KVV.

- 1. Neue Beweismittel: Verhältnis der Novenregel gemäss Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG zu den übrigen Verfahrensvorschriften des VwVG, namentlich zum Untersuchungsgrundsatz (E. 1.5).**
- 2. Kognition bei Tariffestsetzungsbeschlüssen (E. 1.4, 3.2.7 und 10.1.4).**
- 3. Bedeutung der spitalindividuellen Kosten bei der Tariffestlegung, Zulässigkeit von Effizienzgewinnen, Gesetzeskonformität von Art. 59c Abs. 1 Bst. a und b KVV (E. 2).**
- 4. Grundsätze zur Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten (E. 3–9).**
- 5. Benchmarking und Preisbildung (E. 10).**

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

Art. 43, art. 49 et art. 53 al. 2 LAMal. Art. 59c al. 1 OAMal.

- 1. Nouveaux moyens de preuve: rapport entre l'art. 53 al. 2 let. a LAMal régissant les faits nouveaux et les autres dispositions de la PA, notamment le principe de la maxime inquisitoire (consid. 1.5).**
- 2. Pouvoir d'examen dans les décisions de fixation des tarifs (consid. 1.4, 3.2.7 et 10.1.4).**

3. **Importance des frais individuels de l'hôpital lors de l'établissement des tarifs, admissibilité des gains d'efficacité, conformité à la loi de l'art. 59c al. 1 let. a et b. OAMal (consid. 2).**
4. **Principes applicables à la détermination des coûts d'exploitation pertinents pour le benchmarking (consid. 3–9).**
5. **Benchmarking et formation des prix (consid. 10).**

Assicurazione malattia. Fissazione di una tariffa secondo le regole del nuovo finanziamento ospedaliero. Sentenza di principio.

Art. 43, art. 49 e art. 53 cpv. 2 LAMal. Art. 59c cpv. 1 OAMal.

1. **Nuovi mezzi di prova: rapporto tra la regola sulla deduzione di fatti nuovi prevista all'art. 53 cpv. 2 lett. a LAMal e le altre norme procedurali della PA, in particolare il principio inquisitorio (consid. 1.5).**
2. **Potere cognitivo nell'esame delle decisioni di fissazione delle tariffe (consid. 1.4, 3.2.7 e 10.1.4).**
3. **Importanza dei costi del singolo ospedale nell'ambito della determinazione delle tariffe, ammissibilità degli utili risultanti da un'accresciuta efficienza, conformità alla legge dell'art. 59c cpv. 1 lett. a e b OAMal (consid. 2).**
4. **Principi applicabili alla determinazione dei costi d'esercizio rilevanti per il benchmarking (consid. 3–9).**
5. **Benchmarking e formazione dei prezzi (consid. 10).**

Mit Beschluss vom 26. Februar 2013 setzte der Regierungsrat den (definitiven) Tarif für die stationäre Spitalbehandlung von obligatorisch krankenversicherten Patientinnen und Patienten im Luzerner Kantonsspital (LUKS) – betreffend die von tarifsuisse AG vertretenen Krankenversicherer – mit Wirkung ab 1. Januar 2012 auf Fr. 10 325.– (Basispreis bzw. Fallpauschale für Schweregrad 1.0, inkl. Anlagenutzungskosten, zzgl. Fallbeitrag an SwissDRG AG) fest.

Dagegen liess tarifsuisse AG im Namen von 46 Krankversicherern am 27. März 2013 Beschwerde erheben und beantragen, es sei – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Gesetz – der angefochtene Beschluss aufzuheben und rückwirkend ab 1. Januar 2012 ein Basispreis von Fr. 8 974.– (inkl. Anlagenutzungskosten) festzusetzen. Nach Eingang

der Vernehmlassung der Vorinstanz und der Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin holte das Gericht je eine Stellungnahme der Preisüberwachung und des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) sowie einen Bericht der SwissDRG AG ein.

Das Bundesverwaltungsgericht hebt den angefochtenen Beschluss auf und weist die Sache zur erneuten Festsetzung des Tarifs an die Vorinstanz zurück.

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Gemäss Art. 53 Abs. 1 KVG (SR 832.10) kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 47 KVG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Den angefochtenen Beschluss vom 26. Februar 2013 hat die Vorinstanz gestützt auf Art. 47 Abs. 1 KVG erlassen. Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 90a Abs. 2 KVG).

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 VGG (SR 173.32) und Art. 53 Abs. 2 Satz 1 KVG grundsätzlich nach den Vorschriften des VwVG (SR 172.021). Vorbehalten bleiben allfällige Abweichungen des VGG und die besonderen Bestimmungen des Art. 53 Abs. 2 KVG.

1.3 (...)

1.4 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 sind vom Bundesverwaltungsgericht mit voller Kognition zu überprüfen (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG e contrario; BVGE 2010/24 E. 5.1).

1.4.1 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 (BGE 133 II 35 E. 3). Das Bundesverwaltungsgericht darf demzufolge sein Ermessen nicht ohne

triftigen Grund an die Stelle desjenigen der Vorinstanz setzen (vgl. BGE 126 V 75 E. 6). Insbesondere dann, wenn die Ermessensausübung, die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe oder die Sachverhaltswürdigung hoch stehende, 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 m.H.; BVGE 2010/25 E. 2.4.1 m.w.H.). 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).

1.4.2 Im Bereich der Tariffestsetzungen gilt es indessen zu beachten, dass die Kantonsregierung die Preisüberwachung zunächst 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. Kranken- und Unfallversicherung: Rechtsprechung und Verwaltungspraxis [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 2010/25 E. 2.4.2; 2012/18 E. 5.4). 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 2010/25 E. 2.4; Urteil des BVGer C-7967/2008 vom 13. Dezember 2010 E. 2.4.2, teilweise publiziert in BVGE 2010/62; vgl. auch STAFFELBACH/ENDRASS, 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 Preisüberwa-

chung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI, 2. Aufl. 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 beziehungsweise Beurteilung durch das Bundesverwaltungsgericht (BVGE 2012/18 E. 5.4; 2010/25 E. 2.4.3).

1.5 Die Beschwerdegegnerin beantragt, die folgenden, mit der Beschwerde eingereichten Beweismittel (...) aus dem Recht zu weisen: Jahresbericht des LUKS 2011 (...), REKOLE® Zertifikatsregister (...), Auszug Jahresrechnung Kanton Luzern 2011 (...) und Auszug Vorschlag Kanton Luzern 2012 (...). Zur Begründung macht sie im Wesentlichen geltend, die Beschwerdeführerinnen hätten im vorinstanzlichen Verfahren ihre Mitwirkungspflicht verletzt und die Vorbringen betreffend unvollständiger Sachverhaltsabklärung seien als unzulässige Noven im Sinne von Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG zu betrachten. Namentlich hätten sich die Beschwerdeführerinnen jeweils nur knapp zu den Stellungnahmen des LUKS geäußert und insbesondere nicht darauf hingewiesen, dass einzelne Sachverhaltselemente einer weiteren Abklärung bedürften. Wenn sie nun erst im Beschwerdeverfahren geltend machten, was die Vorinstanz noch alles hätte abklären müssen, verhielten sie sich treuwidrig. Ein solches Vorgehen widerspreche dem Geist von Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG (...).

1.5.1 Der von der Beschwerdegegnerin 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) – weitere Abweichungen von der Verfahrensordnung des VwVG vor. Nach Bst. b sind die Art. 22a (Stillstand der Fristen) und Art. 53 (Ergänzende Beschwerdeschrift) VwVG 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). In Beschwerdeverfahren gegen Spitalistenbeschlüsse (Art. 39 KVG) ist die Rüge der Unangemessenheit nicht zulässig (Bst. e).

1.5.2 Weitergehende Ausnahmen zum VwVG sieht Art. 53 Abs. 2 KVG nicht vor. Dies bedeutet, dass auch in Beschwerdeverfahren nach Art. 53 KVG der in Art. 12 VwVG verankerte Grundsatz gilt, wonach das Bundesverwaltungsgericht den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat und nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden ist (vgl. MOSER et al., *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl. 2013, Rz. 1.49). Sodann können gemäss Art. 32 Abs. 2 VwVG selbst verspätete Parteivorbringen berücksichtigt werden, wenn sie ausschlaggebend erscheinen.

1.5.3 Die in Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG verankerte Novenregelung ist nicht ohne Weiteres in Einklang zu bringen mit den vorliegend anwendbaren Verfahrensvorschriften des VwVG, namentlich mit dem Untersuchungsgrundsatz (vgl. auch MEYER/DORMANN, in: *Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz*, 2. Aufl. 2011, Art. 99 N. 1 ff., insb. N. 6). Weil der Untersuchungsgrundsatz die Parteien nicht von ihrer Mitwirkungspflicht befreit, kommt dieser bei der Abgrenzung von zulässigen und unzulässigen Vorbringen entscheidende Bedeutung zu. Mitwirkungspflichtig sind die Parteien für umstrittene und beweisbedürftige Tatsachen, die in ihrem Einflussbereich liegen (MEYER/DORMANN, a.a.O., Art. 99 N. 6). In Ausnahmefällen kann es sich indessen im Beschwerdeverfahren auch dann als notwendig erweisen, zusätzliche Abklärungen vorzunehmen, wenn die Parteien im vorinstanzlichen Verfahren ihrer Mitwirkungspflicht nicht vollumfänglich nachgekommen sind. Daher wäre es jedenfalls nicht sachgerecht, Beweismittel förmlich aus dem Recht zu weisen (zumal das Bundesverwaltungsgericht nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden ist) und sie – sollten sie sich als erheblich erweisen – zu einem späteren Zeitpunkt gestützt auf Art. 12 VwVG wieder einzuholen. Einem solchen Vorgehen würde nicht nur Art. 32 Abs. 2 VwVG, sondern auch das mit Art. 53 Abs. 2 KVG angestrebte Ziel der Verfahrensbeschleunigung entgegenstehen.

1.5.4 Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG entspricht im Wesentlichen Art. 99 BGG. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bestimmt sich die Neuheit eines Begehrens im Sinne von Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG analog der Praxis des Bundesgerichts zu Art. 99 BGG (Urteil des BVGer C–220/2012 vom 4. Juni 2012 E. 2.2; BVGE 2012/18 E. 3.2). Gleiches hat grundsätzlich auch für die Beurteilung neuer Tatsachen und Beweismittel im Sinne von Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG zu gelten. Massgebend ist der Vergleich mit den Vorbringen im vorinstanzlichen Verfahren beziehungsweise den Akten der Vorinstanz (vgl. Urteil des BVGer

C–195/2012 vom 24. September 2012 E. 5.1.2; BVGE 2012/18 E. 3.2). Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die Novenregelung in Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG in einem anderen Kontext steht als diejenige in Art. 99 BGG, denn das Bundesgericht ist grundsätzlich an den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt gebunden (Art. 105 Abs. 1 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 BGG) beziehungsweise kann diesen in einzelnen Rechtsgebieten zwar frei überprüfen (Art. 105 Abs. 3 i.V.m. Art. 97 Abs. 2 BGG) und von Amtes wegen berichtigen (vgl. BGE 135 V 194 E. 3.4), es stellt aber nicht den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen fest. Zu beachten ist ferner, dass das Bundesgericht in zweiter Instanz Gerichtsurteile überprüft, Art. 53 KVG hingegen Beschwerdeverfahren betrifft, in welchen das Bundesverwaltungsgericht als einzige Gerichtsinstanz urteilt (vgl. Art. 83 Bst. r BGG). Diesen verfahrensrechtlichen Unterschieden ist ebenso Rechnung zu tragen wie dem vom Gesetzgeber mit Erlass von Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG (als *lex specialis*) vorgenommenen Wertungsentscheid.

Das Verhältnis der Novenregelung (Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG) und des Grundsatzes der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen (Art. 12 VwVG) ist in dem Sinne zu interpretieren, dass Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG zwar den Untersuchungsgrundsatz im Beschwerdeverfahren nicht aufhebt, diesen jedoch in den Hintergrund treten lässt. Das Bundesverwaltungsgericht wird daher nur – aber immerhin – in besonderen Fällen ergänzende Sachverhaltsabklärungen vornehmen. Der Untersuchungsgrundsatz führt jedoch nicht dazu, dass die Novenregelung nach Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG nicht oder nur beschränkt anwendbar wäre. Daher können sich die Parteien im Beschwerdeverfahren nur auf neue Tatsachen und Beweismittel berufen, soweit erst der angefochtene Beschluss dazu Anlass gibt. Für diese Auslegung spricht im Bereich der Tarifstreitigkeiten auch, dass den Tarifparteien nicht erst im vorinstanzlichen Tariffestsetzungsverfahren, sondern bereits im Rahmen der Tarifverhandlungen erhebliche Mitwirkungspflichten (bspw. die Verhandlungspflicht, vgl. BVGE 2010/24 E. 5.2 und 6) zukommen. Zudem hat das Bundesverwaltungsgericht den der Vorinstanz zustehenden Ermessensspielraum in dieser ausgesprochen fachtechnischen Materie zu respektieren (vgl. E. 1.4.1), was einer umfassenden Sachverhaltsabklärung durch das Gericht – mit dem Ziel, ein reformatorisches Urteil zu fällen – in vielen Fällen entgegensteht.

1.5.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass im Sinne von Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG verspätet eingereichte Beweismittel zwar nicht förmlich aus

dem Recht zu weisen sind, dass sich eine Partei aber nicht darauf berufen kann.

1.5.6 Daraus folgt für das vorliegende Verfahren, dass die von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Beweismittel (...) nicht aus dem Recht zu weisen sind. Der Verfahrensantrag der Beschwerdegegnerin ist daher abzuweisen. Ob die fraglichen Beweismittel und einzelne Vorbringen als verspätet und daher unzulässig zu betrachten sind, ist – soweit diese grundsätzlich erheblich sind – bei der Beurteilung der einzelnen Rügen zu prüfen.

1.6 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], AS 2008 2056). Der angefochtene Beschluss ist somit aufgrund des revidierten KVG und dessen Ausführungsbestimmungen zu beurteilen.

2. Die Beschwerdeführerinnen rügen zunächst, der angefochtene Beschluss verletze Art. 59c Abs. 1 Bst. a und b KVV (SR 832.102). Vorinstanz und Beschwerdegegnerin erachten Art. 59c Abs. 1 KVV hingegen als mit den Grundsätzen der neuen Spitalfinanzierung nicht mehr vereinbar. Die Verordnungsbestimmung verstosse gegen Art. 49 Abs. 1 KVG und sei daher nicht mehr anwendbar.

2.1 Unter dem Titel « Tarifgestaltung » bestimmt Art. 59c Abs. 1 KVV: Die Genehmigungsbehörde im Sinne von Artikel 46 Absatz 4 des Gesetzes prüft, 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 den Art. 43 Abs. 3, Art. 47 oder 48 des Gesetzes sinngemäss anzuwenden.

2.2 Art. 59c KVV wurde mit der KVV-Änderung vom 27. Juni 2007 (in Kraft seit 1. August 2007, AS 2007 3573) eingefügt. Dabei stützte sich der Bundesrat – was aus der KVV nicht hervorgeht – auf Art. 43 Abs. 7 KVG, wonach er Grundsätze für eine wirtschaftliche Bemessung und eine sachgerechte Struktur sowie für die Anpassung der Tarife aufstellen kann (vgl. Kommentar des BAG vom Juni 2007 betreffend die

Änderungen der KVV für den 1. August 2007 und 1. Januar 2008 S. 6, nachfolgend: Kommentar KVV-Änderungen 2007). In der Verordnung sollten einige der vom Bundesrat als Rechtsprechungsbehörde entwickelten Grundsätze verankert werden, namentlich im Hinblick auf den Übergang der Rechtsprechungskompetenz an das Bundesverwaltungsgericht (Kommentar KVV-Änderungen 2007 S. 6).

2.3 Das Bundesverwaltungsgericht kann – wie das Bundesgericht – Verordnungen des Bundesrates vorfrageweise auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit prüfen (BGE 136 II 337 E. 5.1). Einer Verordnungsbestimmung, welche übergeordnetem Recht widerspricht oder in diesem keine Grundlage findet, hat das Gericht nach einer vorfrageweisen Prüfung die Anwendung zu versagen, sofern diese nicht gesetzes- oder verfassungskonform ausgelegt werden kann (BVGE 2011/15 E. 3.2 m.w.H.).

2.3.1 Vollziehungsverordnungen haben den Gedanken des Gesetzgebers durch Aufstellung von Detailvorschriften näher auszuführen und auf diese Weise die Anwendbarkeit der Gesetze zu ermöglichen. Sie dürfen das auszuführende Gesetz – wie auch alle anderen Gesetze – weder aufheben noch abändern; sie müssen der Zielsetzung des Gesetzes folgen und dürfen dabei lediglich die Regelung, die in grundsätzlicher Weise bereits im Gesetz Gestalt angenommen hat, aus- und weiterführen. Durch eine Vollziehungsverordnung dürfen dem Bürger oder der Bürgerin grundsätzlich keine neuen Pflichten auferlegt werden, selbst wenn diese durch den Gesetzeszweck gedeckt wären (BGE 136 I 29 E. 3.3; 130 I 140 E. 5.1).

2.3.2 Bei unselbstständigen Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, ist zu prüfen, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, befindet das Gericht auch über die Verfassungsmässigkeit der unselbstständigen Verordnung. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weites Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich; es setzt in diesem Falle bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates, sondern beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist (BGE 136 II 337 E. 5.1 m.w.H.; vgl. auch BGE 137 III 217 E. 2.3; 133 V 569 E. 5.1).

2.4 Ob eine Delegationsnorm vorliegt und in welchem Rahmen dem Bundesrat die Kompetenz zur Rechtsetzung eingeräumt wurde, ist durch Auslegung zu ermitteln (vgl. WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, 2012, Rz. 442).

2.4.1 Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts der Wortlaut der massgeblichen Norm. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Rechtssätzen kommt ihr eine besondere Bedeutung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen. Vom Wortlaut darf abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt. Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht. Allerdings findet auch eine verfassungskonforme Auslegung ihre Grenzen im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung (BGE 138 II 440 E. 13; 138 IV 232 E. 3, je m.H.). Obwohl dem Wortlaut somit erhebliche Bedeutung zukommt, hat sich die Gesetzesauslegung vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis (BGE 139 II 78 E. 2.4).

2.4.2 Die vom Bundesrat als massgebend erachtete Delegationsnorm ist in Art. 43 KVG enthalten, welcher die Grundsätze zu Tarifen und Preisen festhält. Nach dessen Abs. 1 erstellen die (zugelassenen) Leistungserbringer ihre Rechnungen nach Tarifen oder Preisen. Laut Abs. 4 werden Tarife und Preise in Verträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern (Tarifvertrag) vereinbart oder in den vom Gesetz bestimmten Fällen von der zuständigen Behörde festgesetzt. Dabei ist auf eine betriebswirtschaftliche Bemessung und eine sachgerechte Struktur der Tarife zu achten. Weiter verpflichtet Abs. 6 die Vertragspartner und die zuständigen Behörden, darauf zu achten, dass eine qualitativ hoch stehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst

günstigen Kosten erreicht wird. Gemäss Abs. 7 kann der Bundesrat 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.

2.4.3 Zunächst ist auf die Frage einzugehen, worauf sich die in Art. 43 Abs. 7 KVG angeführte Kompetenz des Bundesrates, « Grundsätze für eine wirtschaftliche Bemessung » aufzustellen, bezieht. Die Formulierung in Art. 43 Abs. 7 KVG entspricht weitgehend derjenigen in Art. 43 Abs. 4 KVG, ausser dass Abs. 4 von *betriebswirtschaftlicher Bemessung* spricht, Abs. 7 dagegen von *wirtschaftlicher Bemessung*. Nach REGULA KÄGI-DIENER ist in beiden Fällen eine betriebswirtschaftliche Bemessung gemeint (nicht publiziertes Gutachten betreffend Verfassungs- und Gesetzmässigkeit von Art. 59c Abs. 1 KVV vom 8. Februar 2009 Ziff. 2.4, nachfolgend: Gutachten KÄGI-DIENER; publizierte Zusammenfassung des Gutachtens von HANSPETER KUHN, Schweizerische Ärztezeitung 2009 S. 611 ff.; gleicher Ansicht: EVA DRUEY JUST, Das Prinzip betriebswirtschaftlicher Tarifbemessung im KVG, Jusletter 19. August 2013 Rz. 9). Im Entwurf des Bundesrates (vgl. BBl 1992 I 269 [Art. 37 E-KVG]) war der 2. Satz von Art. 43 Abs. 4 KVG, wonach auf eine betriebswirtschaftliche Bemessung und eine sachgerechte Struktur der Tarife zu achten ist, noch nicht enthalten. Nachdem im Rahmen der Beratungen zunächst eine Formulierung mit dem Begriff « wirtschaftliche Bemessung » aufgenommen worden war, nahm die ständerätliche Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) die Präzisierung der « betriebswirtschaftlichen Bemessung » vor, um den Unterschied der Wirtschaftlichkeit zu verdeutlichen. Mit dem Grundsatz der betriebswirtschaftlichen Bemessung wollte der Gesetzgeber eine im gewöhnlichen Geschäftsverkehr verankerte und damit jederzeit nachvollziehbare Bemessungsgrundlage gewährleisten (vgl. STAFFELBACH/ENDRASS, Rz. 82 mit Hinweis auf das Protokoll der SGK vom 28. April 1992; vgl. auch LUDWIG BAPST, Tarifpolitik zwischen Markt und Macht, Bd. 102, 2010, Sachwörter- und Abkürzungsverzeichnis, S. 3; siehe auch BEATRICE GROSS HAWK, Selbständige nichtärztliche Medizinalpersonen in der freien Praxis – wie viel Freiheit belässt ihnen das Krankenversicherungsrecht?, 2008, Rz. 106).

2.4.4 Im Entwurf des Bundesrates bereits enthalten war hingegen die Delegationsbestimmung gemäss Art. 43 Abs. 7 KVG (BBl 1992 I 269 [Art. 37 Abs. 6 E-KVG]). Die Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates vom 6. November 1991 über die Revision der Krankenversiche-

rung (BBl 1992 I 93 ff. [nachfolgend: Botschaft KVG 1991]) legen nahe, dass mit der *wirtschaftlichen Bemessung* eher die Wirtschaftlichkeit (oder die Effizienz) gemeint sein dürfte: « Welches auch die gewählte Tarifierungsart sei, die Vertragspartner und die zuständigen Behörden müssen stets darauf achten, dass die Tarifierung dazu beiträgt, eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten sicherzustellen [...]. Diese Bestimmung zielt im Tarifbereich auf die genau gleiche Zwecksetzung hin wie Artikel 26 (entspricht Art. 32 KVG, wonach Leistungen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein müssen) bei der Umschreibung der Pflichtleistungen und die Artikel 48–51 bei der Erbringung der einzelnen Leistungen. Auf allen drei Ebenen – Leistungsdefinition, Tarifierung und Leistungserbringung – liegt die Sicherstellung hoher Qualität und Wirtschaftlichkeit letztlich im Interesse der Versichertengemeinschaft, und zwar der Patienten wie der Gesunden. Damit die Tarife der angegebenen Zielsetzung möglichst gerecht werden, kann der Bundesrat auf Verordnungsstufe Grundsätze für eine wirtschaftliche Bemessung und eine sachgerechte Struktur der Tarife sowie für ihre Anpassung aufstellen » (Botschaft KVG 1991 S. 174).

Der Ständerat folgte der Mehrheit der SGK nicht, welche den 1. Satz von Art. 43 Abs. 7 KVG (bzw. von Art. 37 Abs. 6 E-KVG) streichen wollte. Die (im Rat unterliegende) Kommissionsmehrheit sah mit dieser Bestimmung die Vertragsfreiheit beeinträchtigt; ihrer Ansicht nach wäre es Aufgabe der Tarifpartner gewesen, die überzeugendsten und wirtschaftlichsten Tarife auszuhandeln. Die Kommissionsminderheit – welcher sich auch der zuständige Bundesrat und die Mehrheit des Rates anschlossen – erachtete diese Kompetenz des Bundesrates hingegen als unverzichtbar im Hinblick auf die angestrebte Kostendämpfung (vgl. AB 1992 S 1310 f.).

2.4.5 Aus den Materialien ergibt sich somit, dass die Begriffe der betriebswirtschaftlichen Bemessung (in Art. 43 Abs. 4 KVG) und der wirtschaftlichen Bemessung (in Art. 43 Abs. 7 KVG) nicht dasselbe bedeuten beziehungsweise sich Art. 43 Abs. 7 KVG nicht auf Art. 43 Abs. 4 KVG bezieht. Vielmehr sollte dem Bundesrat die Kompetenz erteilt werden, Grundsätze für eine wirtschaftliche Bemessung im Sinne der Wirtschaftlichkeit der Tarife festzulegen.

2.4.6 Der – insbesondere auch in Art. 32 KVG verankerte – Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bedeutet, dass die Leistungen in einem angemessenen Kosten-/Nutzenverhältnis stehen müssen (vgl. Botschaft KVG

1991 S. 159). Für die Tarifverträge, die namentlich den Zweck haben, die Wirtschaftlichkeit der Leistungen zu gewährleisten (Urteil des BGER 9C_252/2011 vom 14. Juli 2011 E. 5.2), ist der Grundsatz auch in Art. 43 Abs. 6 KVG verankert. Die Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe – worunter die Wirtschaftlichkeit ohne Zweifel fällt – steht dem Bundesrat auch aufgrund seiner Vollzugskompetenz (vgl. Art. 96 KVG) zu (vgl. WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., Rz. 419 m.w.H.). Für die Wirtschaftlichkeitsprüfung im Sinne von Art. 56 KVG (einzelnefallbezogene Prüfung a posteriori) hat das Bundesgericht diese Konkretisierung vorgenommen (vgl. GEBHARD EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2010, Art. 56 Rz. 1 ff.). Diese lässt sich indessen kaum auf die Tarifgestaltung übertragen.

2.5 Im Sinne einer Zwischenbilanz kann festgehalten werden, dass Art. 59c KVV, soweit die Verordnung das Gebot der wirtschaftlichen Tarifgestaltung im Sinne von Art. 43 Abs. 6 KVG (oder einen anderen Tarifgestaltungsgrundsatz des KVG) konkretisiert, nicht als gesetzwidrig bezeichnet werden kann. Ob eine solche Konkretisierung vorliegt, ist im Folgenden zu prüfen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich der Bundesrat als Ordnungsgeber – unabhängig davon, ob Art. 43 Abs. 7 KVG dem Bundesrat lediglich gesetzesvollziehende Befugnisse einräumt (vgl. Gutachten KÄGI-DIENER) oder ihm die Kompetenz zum Erlass einer gesetzesvertretenden Verordnung delegiert wurde – an die Regelungsidee des Gesetzgebers zu halten hatte (vgl. BGE 130 I 26 E. 5.2.2 i.V.m. E. 5.1).

2.6 Wie bereits erwähnt, wurde Art. 59c KVV per 1. August 2007 in Kraft gesetzt (vgl. E. 2.2). Die Bestimmung hat aufgrund der KVG-Revision zur Spitalfinanzierung keine Änderung erfahren.

2.6.1 Im Kommentar KVV-Änderungen 2007 wird zu Art. 59c Abs. 1 Bst. a KVV lediglich festgehalten, die Transparenz der Kosten und Leistungen sei ein zentrales Kriterium für eine wirtschaftliche Tarifgestaltung. Zu beurteilen seien die Kostengrundlagen und die durch geeignete Methoden durchgeführte Ermittlung der Kosten der Leistungen (Kommentar KVV-Änderungen 2007 S. 6). Zur Vorgabe, dass der Tarif *höchstens* die transparent ausgewiesenen Kosten der Leistung decken darf, enthält der Kommentar keine Ausführungen.

2.6.2 Mit den Erläuterungen des BAG wird primär die betriebswirtschaftliche Bemessung der Tarife angesprochen, nicht der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit. Eine betriebswirtschaftliche Bemessung ist zwar Vor-

aussetzung für die Überprüfung der Wirtschaftlichkeit; nach der Rechtsprechung des Bundesrates handelt es sich jedoch um verschiedene (konkurrierende) Tarifgestaltungsgrundsätze (vgl. RKUV 1997 Nr. KV 5 E. II.4 S. 137; RKUV 2001 Nr. KV 179 E. II.6.1 S. 384 f.).

2.6.3 Die Wirtschaftlichkeit wird hingegen bei Art. 59c Abs. 1 Bst. b und c KVV angesprochen. Zu Bst. b, wonach der Tarif höchstens die für eine effiziente Leistungserbringung erforderlichen Kosten decken darf, wird Folgendes ausgeführt: « Für die Bestimmung eines wirtschaftlichen Tarifs dürfen von den transparent ausgewiesenen Kosten ausschliesslich diejenigen vergütet werden, die einer effizienten Leistungserbringung entsprechen. Die effiziente Leistungserbringung ist aufgrund von Aspekten wie Auslastung sowie von Instrumenten oder Methoden wie Quervergleiche[n] zu beurteilen. Mit den im Spitalbereich durchgeführten Betriebsvergleichen werden vergleichbare Kosten bei vergleichbarer Leistungserbringung gegenübergestellt, um die Effizienz zu beurteilen. Für den ambulanten Bereich gelten für alle Leistungserbringer häufig dieselben Tarife, die aufgrund einer Stichprobe der Kosten von Praxen oder Laboratorien berechnet werden. In diesen Fällen ist es wichtig, dass unter Berücksichtigung der Qualität auf die Kosten einer effizienten Leistungserbringung abgestellt wird und nicht auf Durchschnittskosten » (Kommentar KVV-Änderungen 2007 S. 6).

2.6.4 Wie die für eine effiziente Leistungserbringung erforderlichen Kosten zu ermitteln sind, regelt Art. 59c KVV nicht. Aus dem Kommentar KVV-Änderungen 2007 geht vielmehr hervor, dass Art. 59c Abs. 1 Bst. b KVV beziehungsweise die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Effizienz mit Bezug auf den in Frage stehenden Bereich (ambulant oder stationär) weiter zu konkretisieren sind. Unter den Begriff der Kosten im Sinne von Art. 59c Abs. 1 Bst. a und b KVV fallen sowohl Norm-Kosten (solche liegen bspw. dem Tarifwerk TARMED zugrunde) als auch individuell, bezogen auf einzelne Leistungserbringer ermittelte Kosten (wie im Anwendungsbereich des aArt. 49 Abs. 1 KVG [vgl. dazu E. 2.7.2 ff.]; vgl. zum [unklaren] Kostenbegriff des Art. 59c Abs. 1 KVV auch WILLY OGGIER, in: Recht und Ökonomie in KVG-Tarifgestaltung, 2010, S. 93 f., nachfolgend: Tarifgestaltung). Weiter ist zu bemerken, dass die Verordnungsbestimmung offenbar zum Teil absoluter formuliert wurde als eigentlich beabsichtigt, wie die Erläuterungen zu Art. 59c Abs. 1 Bst. c KVV zeigen. Nach dieser Bestimmung darf ein Wechsel des Tarifmodells keine Mehrkosten verursachen. Im Kommentar dazu wird der Wortlaut etwas präzisiert (oder relativiert) und insbesondere auf die

Rechtsprechung des Bundesrates verwiesen: « Der Grundsatz der Kostenneutralität, das heisst, dass ein Wechsel des Tarifmodells dann nicht zu Mehrkosten führen darf, wenn Qualität und Menge der erbrachten Leistungen im Vergleich zum alten Modell mehr oder weniger gleich bleiben [...], ist bereits in der Praxis gut verankert (z.B. TARMED und Änderungen von Spitalvergütungssystemen) » (Kommentar KVV-Änderungen 2007 S. 7). Die Tragweite des Art. 59c KVV kann – wie das Bundesverwaltungsgericht bereits im Urteil C–5543/2008 vom 1. April 2011 (E. 6.3) festgestellt hat – nicht isoliert, sondern nur im Zusammenhang mit den Regelungen im KVG (und dessen Ausführungsbestimmungen) ermittelt werden.

2.7 Für die stationäre Spitalbehandlung sind insbesondere die besonderen Tarifgestaltungsgrundsätze des Art. 49 KVG zu berücksichtigen. Obwohl sich diese Bestimmung (mit dem Titel « Tarifverträge mit Spitälern ») nach ihrem Wortlaut an die Tarifparteien richtet, sind die darin verankerten Grundsätze auch bei einer hoheitlichen Festsetzung im Sinne von Art. 47 KVG zu beachten (Urteil des BVGer C–4961/2010 vom 18. September 2013 E. 4.4 m.w.H.).

2.7.1 Gemäss Art. 49 Abs. 1 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 tarifierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen.

Diese Pauschalen dürfen keine Kostenanteile für gemeinwirtschaftliche Leistungen enthalten. Dazu gehören insbesondere die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen sowie die Forschung und universitäre Lehre (Art. 49 Abs. 3 KVG).

2.7.2 In der bis zum Inkrafttreten der neuen Spitalfinanzierung gültigen Fassung bestimmte aArt. 49 Abs. 1 KVG Folgendes: « Für die Vergütung der stationären Behandlung einschliesslich Aufenthalt in einem Spital (Art. 39 Abs. 1) vereinbaren die Vertragsparteien Pauschalen. Diese decken für Kantonseinwohner und -inwohnerinnen bei öffent-

lichen oder öffentlich subventionierten Spitälern höchstens 50 Prozent der anrechenbaren Kosten je Patient oder Patientin oder je Versicherten-gruppe in der allgemeinen Abteilung. Die anrechenbaren Kosten werden bei Vertragsabschluss ermittelt. Betriebskostenanteile aus Überkapazität, Investitionskosten sowie Kosten für Lehre und Forschung werden nicht angerechnet. »

2.7.3 Die anrechenbaren Kosten bildeten aufgrund des Wortlauts von aArt. 49 Abs. 1 KVG (insb. bei den öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitälern) die primäre Bestimmungsgrösse rechtskonformer Spitaltarife. Der vom Bundesrat als Rechtsprechungsbehörde entwickelte Grundsatz, dass der Spitaltarif höchstens die (transparent ausgewiesenen) anrechenbaren Kosten decken darf, bezog sich – wie die nachfolgenden Zitate zeigen – auf die gesetzlich verankerte maximale Deckungsquote nach aArt. 49 Abs. 1 Satz 2 KVG.

2.7.3.1 « Ein Spital mit privater Trägerschaft gilt dann als öffentlich subventioniert im Sinne von Artikel 49 Absatz 1 KVG, wenn es vom Kanton Beiträge an die Betriebskosten erhält. Für diese Lesart spricht, dass bei öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern für die anrechenbaren Kosten im Sinne von Artikel 49 Absatz 1 Satz 2 KVG im wesentlichen auf die Betriebskosten abzustellen ist. Dies ergibt sich aus Satz 4 desselben Absatzes, wonach die Kosten aus Überkapazität, Investitionskosten sowie Kosten für Lehre und Forschung nicht angerechnet werden dürfen [...]. Die Aussage über die Deckungsquote in Satz 2 kann sich daher im wesentlichen nur auf die Betriebskosten beziehen und ist demnach so zu verstehen, dass die Spitaltarife höchstens 50 % der als anrechenbar anerkannten Betriebskosten decken dürfen und die zuständigen Kantone bzw. Gemeinwesen mindestens 50 % der Betriebskosten tragen müssen » (vgl. RKUV 6/1997 KV 16 E. II.5.1 S. 354). Im Zusammenhang mit der (noch) ungenügenden Kostentransparenz wird auf « die Gefahr » hingewiesen, dass Spitalpauschalen festgesetzt werden könnten, « welche die Deckungsquote von 50 % übersteigen, was dem Artikel 49 Absatz 1 KVG widerspräche » (RKUV 6/1997 KV 16 E. II.7.1.1 S. 355). « Solange von den Spitälern die Kostenstellenrechnung und die Leistungsstatistik im Sinne von Artikel 49 Absatz 6 KVG nicht verlangt werden können, bedarf es daher einer Übergangslösung, die zwischen den gegenläufigen Interessen vermittelt. Eine solche Lösung orientiert sich zweckmässigerweise am Grundsatz, dass die Annäherung der Spitalpauschalen an die maximale Deckungsquote von 50 % einerseits und die Anforderungen an den Nachweis der Kosten andererseits im Gleichschritt

steigen müssen. Im Gegenzug kann das zuständige Gemeinwesen seine eigene Beteiligung an den Kosten der stationären Behandlung reduzieren [...]. Die maximale Deckungsquote von 50 % aus den Spitalpauschalen lässt sich demgemäss nur und erst dann rechtfertigen, wenn praktisch volle Kostentransparenz besteht » (RKUV 6/1997 KV 16 E. II.7.1.2 S. 356).

2.7.3.2 In RKUV 4/1997 KV 8 hatte der Bundesrat die Frage zu klären, inwieweit aArt. 49 Abs. 1 KVG auf nicht öffentlich subventionierte Privatspitäler anwendbar sei. Zunächst stellte er fest, dass aufgrund des Wortlauts von Satz 2 die maximale Deckungsquote von 50 % für Privatspitäler ohne öffentliche Betriebsbeiträge nicht gelte (vgl. E. II.7, II.8.1 und II.8.7). Zu keinem einheitlichen und eindeutigen Ergebnis führte hingegen die Auslegung des 4. Satzes von aArt. 49 Abs. 1 KVG. Der Bundesrat erwo, diese Bestimmung müsse jedenfalls insoweit auch für Privatspitäler ohne öffentliche Betriebsbeiträge gelten, als es sich rechtfertige, diese bei den anrechenbaren Kosten gleich wie die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler zu behandeln. Gleich zu behandeln waren solche Privatspitäler hinsichtlich Kosten aus Überkapazität sowie für Lehre und Forschung, nicht aber bei den Investitionskosten (vgl. RKUV 4/1997 KV 8 E. II.8.6).

2.7.3.3 Bei nicht öffentlich subventionierten Privatspitälern durften die Pauschalen im Sinne von aArt. 49 Abs. 1 KVG daher maximal 100 % der (transparent ausgewiesenen) anrechenbaren Kosten decken (vgl. RKUV 2+3/2003 KV 245 E. II.6.3 und II.7.2; Urteil des BVGer C-2142/2010 vom 21. September 2011 E. 5.4.3; BVGE 2012/18 E. 16.4).

2.7.4 Im Unterschied zu aArt. 49 Abs. 1 KVG nimmt der neue (vorliegend anwendbare) Art. 49 Abs. 1 KVG nicht mehr Bezug auf die anrechenbaren Kosten, das heisst, er bestimmt weder, dass sich die Vergütung nach den (anrechenbaren) Kosten zu richten habe, noch welches die allenfalls anrechenbaren Kosten sein sollen. Im letzten Satz von Art. 49 Abs. 1 KVG wird im Sinne einer Preisbildungsregel indessen festgehalten, dass sich die Spitaltarife an der Entschädigung jener Spitäler zu orientieren haben, welche die tarifierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen. Ob daraus abgeleitet werden kann, dass die individuellen Kosten eines Spitals bei einer Tariffestsetzung keine Rolle mehr spielen, ist anschliessend (vgl. E. 2.8) zu prüfen.

2.7.5 Zuerst ist auf einen weiteren wesentlichen Unterschied einzugehen: Die – nach bisheriger Rechtsprechung entscheidende – Regelung, welcher Anteil von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) (maximal) zu vergüten ist (Deckungsquote), ist nicht mehr in Art. 49 KVG (Tarifverträge mit Spitälern) verankert. Die Frage der Abgeltung der stationären Leistungen (durch Kanton und Versicherer) wird durch den neuen Art. 49a KVG geregelt; sie wird – nach der Systematik des Gesetzes – erst aktuell, wenn die Höhe der Vergütung feststeht. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KVG werden die Vergütungen nach Art. 49 Abs. 1 KVG vom Kanton und den Versicherern anteilmässig übernommen, wobei der kantonale Anteil (grundsätzlich) (vgl. Abs. 5 der KVG-Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Dezember 2007 [Spitalfinanzierung], AS 2008 2056, nachfolgend: KVG UeB) mindestens 55 % zu betragen hat (Art. 49a Abs. 2 KVG). Hatte früher eine tiefere Deckungsquote für eine Vielzahl der Spitäler (alle öffentlichen oder öffentlich subventionierten) zur Folge und auch zum Ziel, dass der Kanton einen höheren Anteil der Kosten übernehmen musste, würde sich nach neuem Recht nicht nur der Anteil des Versicherers, sondern auch der kantonale Anteil verringern (Art. 49a Abs. 1 KVG; zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen vgl. E. 2.8.4.3 sowie E. 6 und 7).

2.7.6 Eine Regel, wonach ein Spitaltarif höchstens die transparent ausgewiesenen Kosten (des betreffenden Spitals) der Leistung decken darf, lässt sich – zumindest aufgrund des Wortlauts – nicht auf Art. 49 Abs. 1 KVG stützen.

2.8 In einem nächsten Schritt ist auf die Ziele der neuen Spitalfinanzierung und die Bedeutung der (anrechenbaren) Kosten im neuen Finanzierungssystem einzugehen.

2.8.1 Nach Ansicht von Vorinstanz und Beschwerdegegnerin sollen nicht mehr die individuellen Kosten pro Betrieb den Preis bestimmen, sondern « Norm-Kosten » (...) beziehungsweise der Benchmark-Preis (...). Beide betonen, mit der neuen Spitalfinanzierung sollten für Spitäler Anreize geschaffen werden, besonders kostengünstig zu arbeiten. Solche Anreize bestünden nur, wenn überdurchschnittlich effiziente Spitäler Gewinne erzielen könnten (vgl. auch Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren GDK, verabschiedet durch den Vorstand der GDK am 5. Juli 2012 S. 9, nachfolgend: GDK-Empfehlungen).

2.8.2 Mit der KVG-Revision zur Spitalfinanzierung sollte laut Botschaft des Bundesrates das bisher nicht erreichte Ziel der Kosteneindämmung angestrebt werden. Dazu sei « eine Abkehr vom im geltenden Gesetz enthaltenen Prinzip der Kostendeckung » erforderlich. « Ausgangspunkt für die Ermittlung des von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gedeckten maximalen Anteils bilden nach geltendem Recht die anrechenbaren Betriebskosten. Weil die von den Spitälern im Rahmen der Tarifverhandlungen unterbreiteten Unterlagen zumeist die Kosten der Leistungen nach KVG nicht mit genügender Transparenz ausweisen, lassen sich die anrechenbaren Betriebskosten häufig nicht genau ermitteln. Weil der von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu deckende Teil an den anrechenbaren Betriebskosten nicht fixiert ist und weil in Bezug auf die Ermittlung letzterer häufig eine Grauzone besteht, lässt es das heutige System zu, dass die Finanzierungspartner auf den eigenen Vorteil fokussiert sind. Kosteneindämmend wirken würde indessen die Fokussierung auf die Optimierung des Verhältnisses zwischen Kosten und Leistungen. Die vermehrte Ausrichtung der wirtschaftlichen Anreize auf das Ziel der Kosteneindämmung bedingt zudem, dass unternehmerische Kriterien im Spitalbereich vermehrt zum Tragen kommen. Einerseits bedeutet dies für die Entscheidungsträger mehr Eigenverantwortung, andererseits ein erhöhtes Risiko » (vgl. Botschaft vom 15. September 2004 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [Spitalfinanzierung], BBl 2004 5555, nachfolgend: Botschaft KVG-Revision). Diese Ausführungen implizieren, dass bei der Festlegung der Basisfallwerte (Baserate; vgl. zu den verwendeten Begriffen auch die schematische Darstellung im Anhang) nicht mehr auf die anrechenbaren Betriebskosten abzustellen ist oder diesen jedenfalls nicht mehr die gleiche Bedeutung zukommt wie nach altem Recht.

2.8.3 Der letzte Satz von Art. 49 Abs. 1 KVG, wonach sich die Spitaltarife an der Entschädigung jener Spitälern orientieren, welche die tarifliche obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen, wurde vom Ständerat – auf Vorschlag seiner Kommission (SGK) – eingefügt. Der Ständerat stimmte dieser Ergänzung diskussionslos zu (vgl. AB 2006 S 57 ff.). Die SGK erachtete diese « Preisbildungsregel » als wesentlich, weil damit verdeutlicht werden sollte, dass nicht (mehr) ein System der Kostendeckung gelte, sondern sich die Preise am Markt beziehungsweise an denjenigen Spitälern zu orientieren hätten, welche einigermassen effizient und günstig arbeiteten (...). Die Förderung des Wettbewerbs unter den Spitälern wurde nicht nur vom Bundesrat (vgl. Botschaft KVG-Revision, BBl 2004 5569), sondern

auch vom Parlament als wesentliches Ziel der Revision betrachtet (vgl. bspw. AB 2007 N 417 ff.). Das Parlament ist aber nicht von der Annahme ausgegangen, die Marktmechanismen würden unmittelbar mit der Einführung des neuen Systems zu einer Angleichung der Preise beziehungsweise zu einer Kosteneindämmung führen. Dies zeigt beispielsweise folgende Erläuterung von Kommissionssprecherin Erika Forster zu den Grundsätzen der Finanzierung: « Mit der Einführung des DRG werden zwei Faktoren wichtig: zum einen der Normkostenpreis, zum anderen der DRG-Faktor. Der Faktor DRG, zum Beispiel für eine unproblematische Blinddarmoperation, wird in der ganzen Schweiz derselbe sein. Der Normkostenpreis hingegen wird für dieselbe Operation zu Beginn von Spital zu Spital und von Kanton zu Kanton unterschiedlich sein. Der Unterschied ist auf die unterschiedlichen Kostenstrukturen an den Spitälern zurückzuführen. Mit der Zeit – genauer: je länger der Wettbewerb spielt – gleichen sich die Preisunterschiede an » (AB 2007 S 752; vgl. auch AB 2007 S 754 [Votum Ständerat Christoffel Brändli]; AB 2007 N 1773 [Votum Bundesrat Pascal Couchepin]). Um den Wettbewerb überhaupt zu ermöglichen, sollte zunächst Transparenz und Vergleichbarkeit hergestellt werden (vgl. AB 2006 S 58 [Votum Kommissionssprecherin Christiane Brunner], AB 2007 N 417 ff. [insb. Voten von Nationalrätin Franziska Teuscher, Nationalräte Felix Gutzwiller und Toni Bortoluzzi]).

2.8.4 Nachfolgend ist zu erörtern, welche Bedeutung den individuellen Kosten eines Spitals bei der Preisbildung im Rahmen der neuen Spitalfinanzierung zukommt.

2.8.4.1 Diese Frage wurde in den Räten nicht diskutiert. Den Materialien ist aber zu entnehmen, dass der Gesetzgeber keinen Einheitsbasispreis für alle Spitäler des gesamten Landes, eines Kantons oder einer Region einführen wollte, sondern einen mit jedem Spital individuell vereinbarten Tarif (vgl. AB 2007 S 752 [Kommissionssprecherin Erika Forster]; AB 2007 N 1773 [Bundesrat Pascal Couchepin] ...). Allerdings wurde später in parlamentarischen Vorstössen zur Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung auch geltend gemacht, nach dem klaren Willen des Gesetzgebers müsse der Grundsatz « gleicher Preis für gleiche Leistung » beziehungsweise « eine Baserate pro Kanton » gelten (vgl. Motion [12.3245] von Nationalrätin Ruth Humbel [Gesetzeskonforme Umsetzung der Spitalfinanzierung] vom 15. März 2012, parlamentarische Initiative [12.474] von Nationalrätin Ruth Humbel [Leistungsfinanzierung statt Kostenrückerstattung bei der Spitalfinanzierung] vom 27. September 2012). Hingegen spricht die Interpellation (12.3865) von National-

rätin Ruth Humbel (Ungereimtheiten bei der Umsetzung der Spitalfinanzierung) vom 27. September 2012 wiederum dafür, dass die Materialien den Willen des Gesetzgebers zutreffend wiedergeben. Hier stellt die Interpellantin dem Bundesrat die Frage, ob es nicht im Widerspruch zur neuen Spitalfinanzierung – welche den Wettbewerb fördern wolle – stehe, wenn ein Kanton keine unterschiedlichen Tarife für ein Spital akzeptiere und aus diesem Grund die Genehmigung von Tarifverträgen verweigere.

2.8.4.2 Mit der neuen Spitalfinanzierung soll zwar der Wettbewerb zwischen den Spitälern gestärkt werden. Das KVG enthält jedoch weiterhin auch Planungs- und Regulierungselemente (vgl. BERNHARD RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, 2011, S. 42; BGE 138 II 398 E. 3.5.2). Im Spitalbereich gilt nicht ein freier Markt beziehungsweise ein freier Wettbewerb, in dem sich die Preise primär durch Angebot und Nachfrage bestimmen.

Im Übrigen ist nicht anzunehmen, dass ein Spital im Hinblick auf Tarifverhandlungen keine Preiskalkulation vornehmen und als Verhandlungsziel nicht einen Preis anstreben wird, der mindestens die Kosten deckt. Eine vollständige und korrekte Leistungserfassung und Kostenrechnung, umfassend Kostenarten-, Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung, ist für die Spitalführung unabdingbar (vgl. ANGELA ESCHER-GREITER, Wie zuverlässig sind die Bordinstrumente?, Competence 6/2013 S. 26 f.). Das Problem scheint auf der Seite der Spitäler denn auch nicht darin zu bestehen, dass keine betriebswirtschaftliche Kalkulation aufgrund der eigenen Kosten vorhanden ist, sondern dass die Kostendaten nicht herausgegeben werden sollen, weil man sonst « Gefahr (läuft), dass man darauf mit dem Preis festgenagelt wird » (Interview mit Willy F. Rufer, « Wozu denn überhaupt noch verhandeln? », Competence 9/2013 S. 11; zur Berechtigung der Versicherer, Einsicht in die Kostendaten zu nehmen, vgl. E. 2.8.4.5 bzw. Art. 49 Abs. 7 KVG).

2.8.4.3 Gemäss Art. 49 Abs. 3 KVG dürfen die Vergütungen nach Abs. 1 keine Kostenanteile für gemeinwirtschaftliche Leistungen enthalten. Die Bestimmung wurde von der SGK des Ständerates neu formuliert. Wie die Kommissionssprecherin im Ständerat darlegte, soll Art. 49 Abs. 3 KVG ebenfalls der Transparenz und Vergleichbarkeit der Spitaltarife dienen (vgl. AB 2006 S 58). Spitäler sollten nicht deshalb als ineffizient gelten beziehungsweise Wettbewerbsnachteile erleiden, weil sie aufgrund eines Auftrags des Kantons zusätzliche staatliche Aufgaben zu erfüllen haben (...). In der Kommission wurde die Befürchtung ge-

äussert, eine Bezugnahme auf die Kosten könnte implizieren, dass (wieder) ein Kostendeckungsprinzip gelte. Dem wurde entgegengehalten, dass sich die Vergütungen auch bei einer leistungsorientierten Finanzierung auf etwas (nämlich auf die Kosten der Leistung) beziehen müssten (...).

Ob eine Fallpauschale (bzw. der Basisfallwert) Kostenanteile für gemeinschaftliche Leistungen enthält – und damit KVG-widrig ist – lässt sich nur überprüfen, wenn die der Berechnung zugrunde liegenden Kosten transparent ausgewiesen werden.

2.8.4.4 Tarifverträge müssen – auch nach Inkrafttreten der KVG-Revision zur Spitalfinanzierung – mit dem Gebot der Wirtschaftlichkeit in Einklang stehen (vgl. Art. 46 Abs. 4 und Art. 43 Abs. 6 KVG). Die Wirtschaftlichkeitsprüfung erfolgt nach neuem Recht durch den Vergleich der schweregradbereinigten Fallkosten (benchmarking-relevante Basiswerte) der Spitäler, wobei der Referenzwert zur Bestimmung des Basisfallwerts durch die Orientierung an denjenigen Spitälern festgelegt wird, welche die obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen (Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG; zum Benchmarking und zur Preisbildung siehe E. 10). Diese Prüfung ist ohne Kenntnis der individuellen Kosten der Spitäler nicht möglich. Davon gehen dem Grundsatz nach nicht nur die Krankenversicherer, die Preisüberwachung und das BAG aus, sondern auch die GDK und der Verband der Spitäler H+ (vgl. GDK-Empfehlungen; H+ Die Spitäler der Schweiz, Empfehlungen und Argumentarium zur Wirtschaftlichkeitsprüfung unter der KVG-Revision Spitalfinanzierung vom 7. Dezember 2012; siehe auch DRUEY JUST, a.a.O., Rz. 33 [betreffend Effizienz]).

2.8.4.5 Ebenfalls nichts geändert hat die neue Spitalfinanzierung am Grundsatz, dass die Tarifparteien beziehungsweise die Tariffestsetzungsbehörden auf eine betriebswirtschaftliche Bemessung und eine sachgerechte Struktur der Tarife zu achten haben. Es bestehen keine Hinweise dafür, dass der Gesetzgeber den stationären Bereich vom Anwendungsbereich des Art. 43 Abs. 4 KVG ausnehmen wollte. Dagegen spricht namentlich die erhebliche Bedeutung, die das Parlament der Transparenz und Vergleichbarkeit zugemessen hat, sowie Art. 49 Abs. 7 KVG. Nach dieser – im Rahmen der KVG-Revision ergänzten und präzisierten Bestimmung – müssen die Spitäler über geeignete Führungsinstrumente verfügen; insbesondere führen sie nach einheitlicher Methode zur Ermittlung ihrer Betriebs- und Investitionskosten und zur Erfassung ihrer Leistungen eine Kostenrechnung und eine Leistungsstatistik. Diese beinhalten

ten 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.

2.8.5 Im System der neuen Spitalfinanzierung bilden die individuellen Kosten eines Spitals somit die Grundlage für die Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten und des benchmarking-relevanten Basiswerts. Für die Durchführung der Betriebsvergleiche und die Bestimmung des Referenzwerts ist auf die möglichst genau ermittelten Leistungs- und Kostendaten der Vergleichsspitäler abzustellen. Der Basisfallwert (Baserate) hat aber nicht diesen Kosten zu entsprechen, da kein Kostenabgeltungsprinzip gilt. Die frühere Praxis zu den anrechenbaren Kosten gestützt auf aArt. 49 Abs. 1 KVG ist somit nicht mehr anwendbar.

2.9 Unbestritten ist, dass der vereinbarte oder festgesetzte Tarif unter den spitalindividuell kalkulierten Fallkosten (Schweregrad 1.0) liegen kann. Kontrovers diskutiert wird hingegen die Frage, ob ein Spitaltarif auch mehr als die spitalindividuell kalkulierten Fallkosten decken darf und ein Spital somit im OKP-Bereich Gewinne erzielen kann.

2.9.1 Die Beschwerdeführerinnen, die Preisüberwachung und das BAG vertreten die Meinung, ein Tarif dürfe grundsätzlich nicht über den spitalindividuell kalkulierten Fallkosten liegen.

2.9.1.1 Die Beschwerdeführerinnen berufen sich auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Danach war es nicht zulässig, den Tarif auf den Benchmark anzuheben, wenn die effektiv ermittelten anrechenbaren Kosten tiefer lagen (BVGE 2010/25 E. 7.4.1; vgl. auch 2012/18 E. 18.5). Diese Rechtsprechung bezog sich auf aArt. 49 Abs. 1 KVG, der die Tarife auf höchstens 50 respektive 100 % der anrechenbaren Kosten beschränkte (vgl. E. 2.7.3).

2.9.1.2 Das BAG verweist ebenfalls auf BVGE 2010/25 E. 7.4.1. Bei Art. 59c KVV handle es sich um eine Präzisierung der vor der neuen Spitalfinanzierung entwickelten Rechtsprechung zur Tarifgestaltung. Diese habe auch nach der KVG-Revision zur Spitalfinanzierung ihre Gültigkeit.

Der Bundesrat bezog sich in seiner schriftlichen Antwort auf die Motion von Nationalrätin Ruth Humbel (12.3245), mit welcher sinngemäss die Aufhebung von Art. 59c KVV verlangt wurde, insbesondere auf die

Grundsätze der betriebswirtschaftlichen Bemessung (Art. 43 Abs. 4 KVG), der Wirtschaftlichkeit und der Effizienz. Daher dürften die Tarife nicht höher sein als die effektiven, transparent ausgewiesenen Kosten eines Spitals. Im Nationalrat führte Bundesrat Alain Berset unter anderem Folgendes aus: « S'il est fait mention de l'article 49 alinéa 1 LAMal, c'est parce que cet article reprend le principe d'économicité prescrit dans la loi qui prévoit que les tarifs hospitaliers doivent être déterminés en fonction de la rémunération des hôpitaux qui fournissent une prestation de la qualité nécessaire, mais aussi de manière efficiente et avantageuse. Dans l'avis exprimé par le Conseil fédéral, ce sont donc les tarifs d'hôpitaux efficients qui doivent servir de référence pour déterminer les tarifs conformes à la loi pour les autres hôpitaux. Si l'on veut faire cette comparaison des coûts entre les hôpitaux comme l'exige la loi, il faut que les coûts des hôpitaux soient justifiés de manière transparente sur la base d'une comptabilité analytique. Le Conseil fédéral est d'avis que dans ce cadre les tarifs hospitaliers négociés ou non négociés doivent refléter les coûts. Nous estimons que ces tarifs ne doivent pas permettre aux hôpitaux de faire des bénéfices systématiques aux frais de l'assurance obligatoire des soins. Donc, la disposition de l'ordonnance que vous contestez constitue, à notre sens, une concrétisation du principe général d'économicité » (vgl. AB 2013 N 1343).

2.9.1.3 Die Preisüberwachung macht in ihrer Stellungnahme vom 27. Juni 2013 (...) geltend, es sei nicht an der sozialen Krankenversicherung, den Spitätern pekuniäre Anreize in Form von Gewinnelementen für eine möglichst effiziente Behandlung zu setzen. Möglich und zulässig sei es indessen, aus der Behandlung von Zusatzversicherten Gewinne zu erzielen. Weiter sei es auch den Krankenversicherern nicht erlaubt, in der Grundversicherung Gewinne zu generieren. Aus Symmetriegründen sei es deshalb richtig, wenn dies auch für Spitäler gelte. Schliesslich enthalte auch Art. 59c Abs. 1 Bst. b KVV einen Anreiz für effiziente Spitäler, effizient zu bleiben, weil ihnen (nur) dann die gesamten Kosten vergütet würden. Gelingt es dem Spital, die Kosten im Tarifjahr gegenüber dem Tarifermittlungsjahr (Tarifjahr minus 2) aufgrund von Effizienzsteigerung zu senken, könne es auch einen Überschuss erzielen. Art. 59c KVV stehe nach Ansicht der Preisüberwachung nicht im Widerspruch zu den tarifrechtlichen Bestimmungen des KVG.

2.9.2 Die Literatur spricht sich vorwiegend für die Zulässigkeit von Gewinnen aus:

2.9.2.1 Nach WILLY OGGIER hat der Wechsel zur Preisorientierung zur Folge, dass Preise nicht nur unter-, sondern auch oberhalb der anfallenden Kosten liegen können. Überschüsse könnten zur Reservenbildung, zur Gewinnausschüttung oder anderweitig eingesetzt werden (vgl. WILLY OGGIER, Zusatz- und Innovationsentgelte unter SwissDRG, Band 113, 2012, S. 23 und 26 f. [nachfolgend: Zusatzentgelte]; *derselbe*, Tarifgestaltung, a.a.O., S. 94). Das Preissystem müsse Spitäler mit besserer Wirtschaftlichkeit (bei welcher auch die Qualität zu berücksichtigen sei) belohnen (vgl. OGGIER, Zusatzentgelte, a.a.O., S. 26). Würde der Tarif bei effizienten Spitätern (mit spitalindividuell kalkulierten Fallkosten unterhalb des Referenzwertes) auf die ausgewiesenen Kosten beschränkt, gingen die Anreize bei diesen Leistungserbringern mittel- bis langfristig nicht mehr in die Prozessoptimierung, die Ausschöpfung von Synergiepotenzialen und in andere Massnahmen zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit, sondern in die Dokumentation höherer Kosten. Dies führe (bei im Übrigen unveränderten Umständen) zu einer Erhöhung des Benchmarks und somit zu kontinuierlich steigenden Spitaltarifen (vgl. OGGIER, Zusatzentgelte, a.a.O., S. 28).

2.9.2.2 Für die Zulässigkeit von Gewinnen sprechen sich auch DRUEY JUST (a.a.O., Rz. 6); DANIA TREMP, Stationäre Spitaltarife, 2012: Eine Herausforderung für die Spitalwelt, Rz. 41 ff., Jusletter 28. Januar 2013 und MARKUS MOSER (Interview in Competence 9/2013 S. 16) aus. In der PricewaterhouseCoopers-Studie «Schweizer Spitäler: So gesund waren die Finanzen 2012» S. 6, werden Gewinne im neuen System der Spitalfinanzierung als notwendige Voraussetzung (insb. zur Bildung von Reserven und zur Verzinsung des Eigenkapitals) betrachtet. Es gehe auch darum, dass nicht die öffentliche Hand die Spitäler in schlechten Jahren unterstützen müsse (vgl. auch WIDMER/TELSER, Die Spitalversorgung im Spannungsfeld der kantonalen Spitalpolitik, Studie im Auftrag von comparis.ch, S. 38 und 42).

2.9.2.3 Nach LUDWIG BAPST (Tarifpolitik zwischen Markt und Macht, Band 101, 2010, Kap. B S. 58) dürfen Tarife keinen kalkulatorischen Gewinnzuschlag enthalten. Gerechtfertigt seien nur Gewinne, die aus einer rationellen und wirtschaftlichen Leistungserbringung resultieren. Solche Effizienzgewinne sollten als wirtschaftliche Anreize wirken. Sie bildeten aber auch Grundlage für spätere Tarifkorrekturen.

2.9.3 Die GDK erachtet die Möglichkeit, bei hoher Effizienz einen Gewinn erzielen zu können, als notwendiges Element im System der neuen Spitalfinanzierung: Der aufgrund eines Benchmarks festgelegte

Tarif komme bei allen in den Vergleich einbezogenen Spitäler zur Anwendung. Dies sei in der Logik eines leistungsorientierten, pauschalisierten Abgeltungssystems und der Schaffung von verstärkten wettbewerblichen Bedingungen mit den entsprechenden Anreizen zur effizienten Leistungserbringung zwingend. Voraussetzung sei die vollständige Vergleichbarkeit der im Benchmark beruckichtigten Spitäler, die auf einer genauen kostenwiderspiegelnden Tarifstruktur beruht (vgl. GDK-Empfehlungen S. 9).

2.9.4 Dieser Ansicht ist auch aus den nachfolgend angeführten Gründen zuzustimmen.

2.9.4.1 Das KVG enthält keine Bestimmung, wonach generell alle Leistungserbringer im Sinne von Art. 35 Abs. 2 KVG aus ihrer Tätigkeit zu Lasten der OKP keine Gewinne erzielen dürfen. Bei Leistungserbringern, die nicht im stationären Spitalbereich tätig sind – wie Ärztinnen und Ärzte in eigener Praxis, Apothekerinnen und Apotheker oder Laboratorien –, steht ein Gewinnverbot denn auch nicht zur Diskussion. Mit der Neuformulierung des Art. 49 Abs. 1 KVG ist nun die Sonderregel für Spitäler weggefallen, welche die Vergütung auf höchstens 50 % beziehungsweise 100 % der anrechenbaren Kosten beschränkte. Es bestehen keine Hinweise dafür, dass es sich dabei um ein Versehen handelte und der Gesetzgeber mit der KVG-Revision das Erzielen von Gewinnen im OKP-Bereich für Spitäler hätte ausschliessen wollen. Vielmehr dürfte auch das Parlament davon ausgegangen sein, dass nach dem Systemwechsel in der Spitalfinanzierung Gewinne der Spitäler nicht ausgeschlossen seien (vgl. bspw. AB 2007 N 417 [Votum Nationalrat(in) Jacqueline Fehr] und AB 2007 N 428 [Votum Nationalrat Roland Borer]).

2.9.4.2 Die Krankenkassen im Sinne von Art. 12 KVG dürfen – im Unterschied zu den Leistungserbringern – von Gesetzes wegen keinen Erwerbszweck verfolgen (Art. 12 Abs. 1 KVG) und die Versicherer im Sinne von Art. 13 KVG dürfen die Mittel der sozialen Krankenversicherung nur zu deren Zwecken verwenden (Art. 13 Abs. 1 Bst. a KVG; vgl. auch EUGSTER, a.a.O., Art. 12 Rz. 1 und Art. 13 Rz. 3). Eine Gleichbehandlung von Leistungserbringern und Versicherern hinsichtlich der Zulässigkeit von Gewinnen hat der Gesetzgeber somit nicht legiferiert.

2.9.4.3 Bereits unter der Herrschaft des aArt. 49 KVG war das Erzielen von Effizienzgewinnen nicht ausgeschlossen, wie sich aus der Botschaft KVG 1991 ergibt. Zur Bestimmung, wonach die anrechenbaren Kosten

im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu ermitteln seien (vgl. aArt. 49 Abs. 1 Satz 3 KVG), wurde Folgendes ausgeführt: « Sollten diese Kosten im Zeitpunkt der Leistungserbringung höher sein, berührt dies die Krankenversicherung somit nicht. Sind die Kosten dannzumal dagegen günstiger, so hat der Spitalträger hievon den Vorteil. Diese Regelung soll die Spitalträger zu kostenbewusstem und kostensparendem Verhalten veranlassen » (vgl. BBl 1992 I 184; Urteil C–4961/2010 E. 8.1.1 m.w.H.).

2.9.4.4 Das Vorbringen der Preisüberwachung, wonach ein Spital dann einen Überschuss erzielen könne, wenn es ihm gelinge, die Kosten im Tarifjahr gegenüber dem Tarifiermittlungsjahr (Tarifjahr minus 2) aufgrund von Effizienzsteigerung zu senken, betrifft somit die Rechtslage nach aArt. 49 KVG. Der Ansicht der Preisüberwachung ist aber insoweit zuzustimmen, als auch nach der revidierten Spitalfinanzierung lediglich Effizienzgewinne zulässig sind, ansonsten der Grundsatz der qualitativ hoch stehenden und zweckmässigen gesundheitlichen Versorgung zu möglichst günstigen Kosten (Art. 43 Abs. 6 KVG) nicht eingehalten würde. Mit der neuen Spitalfinanzierung hat sich indessen der Referenzpunkt für die Beurteilung einer Effizienzsteigerung geändert. Referenz bilden nicht mehr die anrechenbaren Kosten des betreffenden Spitals im Tarifiermittlungsjahr, sondern der Benchmark plus Zuschläge (Referenzwert) eines hinreichend effizienten Vergleichsspitals.

2.9.5 Liegt der benchmarking-relevante Basiswert (d.h. die auf einen Fall mit Schweregrad 1.0 umgerechneten benchmarking-relevanten Betriebskosten; auch als schweregradbereinigte Fallkosten bezeichnet) eines Spitals unterhalb des – gesetzeskonform bestimmten – Benchmarks, verstösst es somit nicht gegen die Grundsätze des KVG, wenn die zuständige Kantonsregierung einen Tarif genehmigt oder festlegt, der mehr als die tarifrelevanten Kosten des Spitals deckt.

2.9.6 Nicht vom Bundesverwaltungsgericht zu beurteilen ist die von der Preisüberwachung aufgeworfene Frage, ob es Aufgabe der sozialen Krankenversicherung (und der Kantone bzw. der Steuerpflichtigen) sein soll, Gewinne der Spitäler (ohne Zweckbindung) mitzufinanzieren. Wie bereits festgestellt, sind hinsichtlich der Zulässigkeit von Gewinnen keine Hinweise für eine echte Gesetzeslücke, welche durch das Gericht zu füllen wäre, auszumachen. Daher könnte nur eine unechte oder rechtspolitische Lücke vorliegen. Eine solche unechte Lücke zu korrigieren, ist dem Gericht nach traditioneller Auffassung grundsätzlich verwehrt, es sei denn, die Berufung auf den als massgeblich erachteten Wortsinn der Norm stelle einen Rechtsmissbrauch dar (BGE 138 II 1 E. 4.2 m.w.H.).

Mit der Frage, ob Spitäler allfällige Gewinne aus dem OKP-Bereich zwingend wieder im OKP-Bereich einsetzen müssen, wird sich denn auch der Gesetzgeber befassen (vgl. Interpellation von Nationalrätin Bea Heim vom 20. Juni 2010 [13.3559]).

2.10 Art. 59c Abs. 1 Bst. a und Bst. b KVV sind auch nach Inkrafttreten der neuen Spitalfinanzierung einer gesetzeskonformen Auslegung zugänglich.

2.10.1 Wie bereits ausgeführt (vgl. E. 2.6), legt Art. 59c Abs. 1 KVV nicht fest, dass sich die « ausgewiesenen Kosten der Leistung », welche ein Tarif gemäss Bst. a höchstens decken darf, auf die individuellen Kosten eines Leistungserbringers beziehen müssen. Vielmehr führte der Bundesrat bereits beim Erlass der Verordnungsbestimmung aus, im ambulanten Bereich würden die Kosten in der Regel aufgrund von Modellinstitutionen ermittelt (vgl. E. 2.6.3). Ähnliches gilt nun für den stationären Bereich. Daher handelt es sich bei den « ausgewiesenen Kosten der Leistung » im Sinne von Art. 59c Abs. 1 Bst. a KVV nicht um die individuellen Kosten des Spitals, dessen Tarif zu beurteilen ist, sondern um die Kosten des Spitals, welches den Benchmark bildet (und an dessen Tarif sich die Spitaltarife gemäss Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG zu orientieren haben). Dieser Benchmark ist gestützt auf die transparent ausgewiesenen benchmarking-relevanten Betriebskosten der einzelnen Spitäler zu ermitteln (vgl. E. 2.8).

2.10.2 Dass der Tarif gemäss Art. 59c Abs. 1 Bst. b KVV höchstens die für eine effiziente Leistungserbringung erforderlichen Kosten decken darf, entspricht im Wesentlichen dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und der Vorgabe von Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG. Weil Art. 59c Abs. 1 Bst. b KVV ein normativer Kostenbegriff zugrunde liegt, besteht kein Widerspruch zu einem leistungsorientierten Abgeltungssystem. Als « die für eine effiziente Leistungserbringung erforderlichen Kosten » haben grundsätzlich die Kosten des Spitals, welches den Benchmark bildet, zu gelten.

2.10.3 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Art. 59c Abs. 1 Bst. a und Bst. b KVV nicht gegen die Grundsätze der neuen Spitalfinanzierung verstossen. Allerdings kommt den beiden Verordnungsbestimmungen in diesem Bereich kaum Bedeutung zu, weil die vom Gesetzgeber verankerten Grundsätze eigentlich nicht weiter ausgeführt oder konkretisiert werden.

3. Im Folgenden ist auf die Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten einzugehen.

3.1 Nach der Praxis zu aArt. 49 Abs. 1 KVG wurden zunächst die anrechenbaren Kosten (oder die standardisierten betriebswirtschaftlichen Kosten) ermittelt (vgl. zum Ganzen auch: Preisüberwachung, Spitaltarife, Praxis des Preisüberwachers bei der Prüfung von stationären Spitaltarifen, Dezember 2006, nachfolgend: PUE-Praxis 2006; das Berechnungsmodell der Preisüberwachung wurde in der Regel auch von den Kantonsregierungen angewendet [vgl. bspw. BVGE 2012/18 E. 8; 2010/62 E. 4.2]).

3.1.1 Ausgangspunkt bildeten grundsätzlich die ausgewiesenen Betriebskosten für OKP-relevante stationäre Leistungen (nur grundversicherte sowie zusatzversicherte Patientinnen und Patienten, soweit die Behandlungskosten von der OKP zu übernehmen waren [BVGE 2010/62 E. 4.12.1], d.h. nur Pflichtleistungen, ohne Mehrkosten für Zusatzversicherte [vgl. BVGE 2012/18 E. 13]). Investitionskosten waren nur bei Privatspitälern ohne öffentliche Betriebsbeiträge anrechenbar (vgl. dazu BVGE 2012/18 E. 10). Üblicherweise wurde auf die Daten zwei Jahre vor dem Tarifjahr (X-2) abgestellt (vgl. aArt. 49 Abs. 1 Satz 3 KVG; BVGE 2012/18 E. 6; Urteil C-4961/2010 E. 8.1), ausnahmsweise auf die unmittelbar vorangegangene Rechnungsperiode (X-1; BVGE 2012/18 E. 6.2.2 S. 365). Von den Betriebskosten abgezogen wurden (vgl. aArt. 49 Abs. 1 Satz 4 KVG) insbesondere die Kosten für Lehre und Forschung, wobei Normabzüge zur Anwendung kamen, wenn die Kosten nicht (hinreichend) ausgewiesen waren (BVGE 2010/25 E. 5.2). Weiter wurden ein Abzug für Überkapazitäten (sofern die geforderte Auslastung nicht erreicht war; vgl. BVGE 2010/25 E. 6) sowie ein Abschlag für Zusatzversicherte vorgenommen. Hinzugerechnet wurden die Zinsen auf dem Umlaufvermögen und eine allfällige Teuerung für das Jahr X-1 (Urteil C-4961/2010 E. 8.1.4 m.H.; vgl. zum Ganzen auch RKUV 6/1997 KV 16 E. 8).

3.1.2 Von den Abzügen für nicht anrechenbare Kosten zu unterscheiden war die Reduktion des Kostendeckungsgrades. Diese Praxis beruhte auf der Vorgabe, dass die Pauschalen im Sinne von aArt. 49 Abs. 1 KVG höchstens 50 % (öffentliche und öffentlich subventionierte Spitäler) beziehungsweise 100 % (Privatspitäler) der anrechenbaren Kosten decken durften. Weil bei ungenügender Kostentransparenz (Intransparenz der Kostendaten) die Gefahr bestand, dass die Spitalpauschalen mehr als das gesetzlich vorgesehene Maximum deckten, wurde – abgestuft nach

Kostentransparenz – ein reduzierter Kostendeckungsgrad gewährt (vgl. die Zusammenfassung der Rechtsprechung in BVGE 2012/18 E. 16.4; Urteil C-4961/2010 E. 7.1.3). Vollständige Kostentransparenz wurde dann als gegeben erachtet, wenn ein Spital – wie seit 2003 von der Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung (VKL, SR 832.104) ausdrücklich verlangt – auf der Basis einer Kostenartenrechnung eine gute Kostenstellenrechnung sowie eine vollständige, qualitativ gute, ausreichend detaillierte Kostenträgerrechnung (inkl. Leistungserfassung) vorlegte (BVGE 2010/25 E. 4.1; Urteil C-2142/2010 E. 5.1). Die Reduktion des Kostendeckungsgrades aufgrund ungenügender Kostentransparenz wurde auch als Intransparenzabzug bezeichnet.

3.2 Dem KVG und den Ausführungsverordnungen (in den seit 1. Januar 2012 anwendbaren Fassungen) lässt sich zur Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten Folgendes entnehmen:

3.2.1 Die Fallpauschalen im Sinne von Art. 49 Abs. 1 KVG dürfen keine Kostenanteile für gemeinwirtschaftliche Leistungen enthalten. Dazu gehören insbesondere die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen sowie die Forschung und universitäre Lehre (Art. 49 Abs. 3 KVG). Die Vertragsparteien können vereinbaren, dass besondere diagnostische oder therapeutische Leistungen nicht in der Pauschale enthalten sind, sondern getrennt in Rechnung gestellt werden (Art. 49 Abs. 1 Satz 4 KVG).

3.2.2 Nach Art. 49 Abs. 7 KVG müssen die Spitäler über geeignete Führungsinstrumente verfügen; 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.

3.2.3 Die VKL regelt nach deren Art. 1 Abs. 1 die einheitliche Ermittlung der Kosten und Erfassung der Leistungen im Spital- und Pflegeheimbereich. Zu den Zielen der Kosten- und Leistungserfassung gehören gemäss Art. 2 Abs. 1 VKL namentlich die Schaffung der Grundlagen für die Bestimmung der Leistungen und der Kosten der OKP in der stationären Behandlung im Spital und im Geburtshaus (Bst. b) und die Ausschei-

dung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Sinne von Art. 49 Abs. 3 KVG und von deren Kosten (Bst. g). Weiter sollen dadurch unter anderem Betriebsvergleiche, Tarifberechnungen und Wirtschaftlichkeitsprüfungen ermöglicht werden (Art. 2 Abs. 2 Bst. b, c und f VKL).

3.2.3.1 Art. 3 VKL definiert die stationäre Behandlung, Art. 7 VKL die Kosten für die universitäre Lehre und für die Forschung (vgl. dazu E. 6), Art. 8 VKL die Investitionen.

3.2.3.2 Die Ermittlung der Kosten und Erfassung der Leistungen ist im 3. Abschnitt (Art. 9 ff.) der VKL geregelt. Nach Art. 9 VKL müssen Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime eine Kostenrechnung führen, in der die Kosten nach dem Leistungsort und dem Leistungsbezug sachgerecht ausgewiesen werden (Abs. 1). Die Kostenrechnung muss insbesondere die Elemente Kostenarten, Kostenstellen, Kostenträger und die Leistungserfassung umfassen (Abs. 2). Sie muss den sachgerechten Ausweis der Kosten für die Leistungen erlauben. Die Kosten sind den Leistungen in geeigneter Form zuzuordnen (Abs. 3). Das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) kann nähere Bestimmungen über die technische Ausgestaltung der Kostenrechnung erlassen. Es hört dabei die Kantone, Leistungserbringer und Versicherer an (Abs. 6).

3.2.3.3 Art. 10 VKL trägt den Titel «Anforderungen an Spitäler und Geburtshäuser». Abs. 1 verpflichtet die Spitäler und Geburtshäuser, eine Finanzbuchhaltung zu führen. Spitäler müssen die Kosten der Kostenstellen nach der Nomenklatur der nach dem Anhang zur Verordnung vom 30. Juni 1993 über die Durchführung von statistischen Erhebungen des Bundes durchgeführten Krankenhausstatistik ermitteln (Abs. 2). Die Spitäler und Geburtshäuser müssen eine Lohnbuchhaltung führen (Abs. 3). Es ist eine Kosten- und Leistungsrechnung zu führen (Abs. 4). Zur Ermittlung der Kosten für Anlagenutzung müssen die Spitäler und Geburtshäuser eine Anlagebuchhaltung führen. Objekte mit einem Anschaffungswert von Fr. 10 000.– und mehr gelten als Investitionen nach Art. 8 VKL (Abs. 5).

Art. 10a VKL enthält unter dem Titel «Angaben der Spitäler und Geburtshäuser» weitere Vorgaben zur Anlagebuchhaltung, namentlich zur Bewertung von Anlagen (Abs. 2), zu den Abschreibungen (Abs. 3) sowie der kalkulatorischen Verzinsung (Abs. 4).

3.2.4 Der bis Ende Dezember 2008 geltende Art. 10 Abs. 1 VKL (Satz 2, in der Fassung vom 3. Juli 2002 [AS 2002 2835]) hatte den Spitälern noch vorgeschrieben, dass die Finanzbuchhaltung auf der No-

menklatur des Kontenrahmens von H+ Die Spitäler der Schweiz (unveränderte Ausgabe 1999) beruhen müsse. Satz 2 von Art. 10 Abs. 1 VKL wurde bei der Verordnungsrevision vom 22. Oktober 2008 (in Kraft seit 1. Januar 2009) gestrichen, mit der Begründung, die erwähnten Kostenrechnungsgrundlagen seien seit Erlass der VKL überarbeitet und weiterentwickelt worden (BAG, VKL Änderungen per 1. Januar 2009, Änderungen und Kommentar im Wortlaut, S. 5). Die Anhörungsversion hatte noch vorgesehen, nur den Verweis auf die Version von 1999 zu streichen. Der Grundsatz, wonach die Nomenklatur des Kontenrahmens von H+ die Basis der Finanzbuchhaltung bilde, sollte hingegen weiter gültig sein (VKL, Vorgesehene Änderungen per 1. Januar 2009, S. 7).

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

3.2.6 Den Spitalern kann nicht vorgeworfen werden, dass sie Kosten und Leistungen nicht nach einer einheitlichen Methode erfasst haben, soweit dazu keine bundesrechtlichen Vorschriften (oder allenfalls eine Vereinbarung der Tarifparteien auf nationaler Ebene) bestehen (bzw. im massgebenden Zeitpunkt bestanden haben). Den Beschwerdeführerinnen ist aber insoweit zuzustimmen, als im Hinblick auf das für die Preisbestimmung wesentliche Benchmarking die vom Gesetzgeber geforderte Einheitlichkeit zweifellos erforderlich wäre.

3.2.7 Die GDK-Empfehlungen (zur Wirtschaftlichkeitsprüfung) vermögen zumindest eine gewisse Einheitlichkeit bei der Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten zu gewährleisten. Hat sich die Vorinstanz an diese Empfehlungen gehalten und erscheint die Interpretation der gesetzlichen Bestimmungen als vertretbar, ist der Vorinstanz bei der Bestimmung der benchmarking-relevanten Betriebskosten – mangels bundesrechtlicher Vorgaben zumindest für eine erste Phase der Einführung der Fallpauschalen – ein sehr weiter Spielraum zuzugestehen.

3.3 Zur Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten empfiehlt die GDK folgendes Vorgehen (wobei die GDK den Begriff « baserate-relevante Betriebskosten » verwendet):

- « a) Ausgangspunkt bilden die Kosten gemäss Betriebsbuchhaltung (Vollkostenrechnung) für die stationären KVG-Leistungen nach erfolgter interner Leistungsverrechnung (Umlagen).
- b) Bezüglich Umlagen gelten die Vorgaben gemäss REKOLE. Die Umlageschlüssel müssen von den Institutionen auf Verlangen hin ausgewiesen werden können.
- c) Die erfolgten sachlichen Abgrenzungen gegenüber der Finanzbuchhaltung müssen ausgewiesen und nachvollziehbar sein. Betroffen sind insbesondere Sachaufwand (Kontengruppen 41–49) inklusive Anlagenutzungskosten (Kontengruppe 44) und Zinsaufwand (Kontengruppe 46).
- d) Vom Total der Kosten gemäss Betriebsbuchhaltung für die stationären KVG-Leistungen sind die Kosten für die Überlieger aus dem Vorjahr hinzuzufügen und die Kosten der Überlieger ins Folgejahr abzuziehen.
- e) Schliesslich sind alle zur Bestimmung der Baserate für stationäre KVG-Leistungen nicht anrechenbaren Kosten abzuziehen. Dazu gehören neben den nicht KVG-pflichtigen Leistungen auch die Kosten für Leistungen, die bisher in der Tarifstruktur nach SwissDRG nicht abgebildet werden (unbewertete DRG) oder für welche Spezialabgeltungen erfolgen » (GDK-Empfehlungen S. 2).

3.4 Die GDK-Empfehlungen stützen sich auf REKOLE[®] und ITAR_K (beide von H+). Nach Ansicht der GDK ist das (schrittweise) Vorgehen nach ITAR_K sinnvoll, wobei festgehalten wird, dass das gleiche Vorgehen auch mit Hilfe eines anderen Modells (z.B. Modell GDK-Ost) erfolgen könnte (vgl. GDK-Empfehlungen S. 3). Von der GDK übernommen wurde jedoch nur das Vorgehen, nicht generell die Berechnung einzelner Positionen.

3.4.1 Die Beschwerdeführerinnen kritisieren, die beiden Rechnungslegungs- beziehungsweise Tarifierleitungsmodelle REKOLE[®] und ITAR_K seien einseitig von den Spitälern erarbeitet worden. Sie machen aber nicht geltend, es hätten rechtzeitig andere Modelle zur Verfügung gestanden, mit welchen eine einheitliche Kostenermittlung und Leistungserfassung besser gewährleistet und eine rechtskonforme Tarifbildung möglich gewesen wäre.

3.4.2 Die Krankenhausstatistik, auf deren Nomenklatur Art. 10 Abs. 2 VKL verweist, stützt sich auf REKOLE[®] (vgl. BFS, Krankenhausstatistik, Detailkonzept, Version 1.1, S. 28 ff.). Weiter hat der Verwaltungsrat der SwissDRG AG für die Kostenträgerrechnung ab dem Rechnungsjahr 2013 REKOLE[®] verbindlich vorgeschrieben, um dem Problem der Kostenheterogenität bei ihren Erhebungen zu begegnen (vgl. SwissDRG AG, Umsetzung der Massnahmen zur Verbesserung der Datenqualität, Version 1.0/5.12.2011).

3.4.3 Angesichts der Bedeutung und der Verbreitung, welche REKOLE[®] und ITAR_K zwischenzeitlich erlangt haben, erscheint es nicht sinnvoll, deren Anwendbarkeit grundsätzlich in Frage zu stellen. Zu prüfen ist jedoch, ob einzelne in diesen Modellen enthaltene Berechnungsvorgaben gesetzeskonform sind.

3.5 Der Grundsatz, wonach ein Tarif auf den Ergebnissen einer vorangegangenen Rechnungsperiode beruhen muss, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen, ergibt sich – im Unterschied zum früheren Recht (vgl. aArt. 49 Abs. 1 Satz 3 KVG; BVGE 2012/18 E. 6.2.2) – nicht mehr aus dem Gesetzeswortlaut. Unter den Verfahrensbeteiligten ist jedoch zu Recht unbestritten, dass dies auch unter der Herrschaft des revidierten KVG zu gelten hat. Für die Tarife 2012 ist demnach grundsätzlich auf die Kostendaten des Jahres 2010 (Jahr X-2 = Basisjahr) abzustellen.

3.5.1 Ebenfalls weiterzuführen ist die zu aArt. 49 KVG entwickelte Rechtsprechung, wonach ein Tarif ausnahmsweise gestützt auf die Zahlen der seinem Geltungsbeginn unmittelbar vorangegangenen Rechnungsperiode (X-1) festgelegt werden kann (vgl. dazu BVGE 2012/18 E. 6.2.2).

3.5.2 Die Daten späterer Rechnungsperioden (d.h. Kosten, die in der Tarifperiode anfallen) konnten nach bisheriger Praxis bei Tariffestlegungen grundsätzlich nicht berücksichtigt werden, es sei denn, es handle sich um budgetierte Mehrkosten (insb. im Personalbereich), welche vor dem Geltungsbeginn des Tarifs rechnerisch genau ausgewiesen waren und im Tarifjahr tatsächlich anfielen (BVGE 2012/18 E. 6.2.2 m.w.H.; Urteil C-4961/2010 E. 8.1.3 und 8.3.1). Auch diese Praxis kann grundsätzlich weitergeführt werden. Allerdings ist sie mit Blick auf die übergangsrechtliche Problematik in dem Sinne zu präzisieren, dass auch Mehr- oder Minderkosten, die sich aufgrund einer Gesetzesänderung ergeben, soweit zu berücksichtigen sind, als sie sich im Tarifjahr verwirklichen und vor Geltungsbeginn klar bestimmbar sind.

3.6 Gemäss Empfehlung 1 der GDK verlangen die Kantone von den Spitälern den Kostenausweis, der die benchmarking-relevanten Betriebskosten – und die Ergebnisse pro vorgegebenem Ermittlungsschritt – separat für den Kostenträger « stationäre KVG-Leistungen » ausweist (vgl. GDK-Empfehlungen S. 3).

3.6.1 Im ITAR_K werden die einzelnen administrativen Fälle (vgl. Handbuch REKOLE[®] S. 255 ff.) nach Versicherungsart gruppiert und zusammengefasst. Wenn in den nachfolgenden Ausführungen vom « Kostenträger stationäre KVG-Leistungen » gesprochen wird, sind damit die in der ITAR_K-Gesamtübersicht (Arbeitsblatt 1) in Spalte G « reine stationäre KVG-Fälle » (d.h. nur Grundversicherte) und Spalte H « stationärer Tarif KVG ZV » (Zusatzversicherte) zusammengefassten Fälle gemeint. Die weiteren in der ITAR_K-Gesamtübersicht vorgesehenen Spalten I und J betreffen die Unfall-, Invaliden- und Militärversicherung (als Tarif ZMT [oder MTK] bezeichnet), Spalte K die Selbstzahlerinnen und -zahler. Die Spalte L « Total akut-stationär » soll die gesamten Kosten der akut-stationären Versorgung (soweit mit DRG-Casemix-Punkten fakturiert) enthalten, das « Total » in Spalte S alle aufgeführten Kostenträger, das heisst beispielsweise auch « Langzeit », « Lehre und Forschung » sowie « ambulante Behandlung total » (vgl. zum Ganzen auch Anleitung für das Ausfüllen des ITAR_K [Version 1.0] von H+ [nachfolgend: Anleitung ITAR_K]).

3.6.2 Im angefochtenen Entscheid wird (...) zwar erwähnt, dass die Preisüberwachung beanstandet habe, das LUKS habe sich darauf beschränkt, alle stationären Patienten in einer einzigen Spalte auszuweisen, und es fehlten insbesondere die ausgewiesenen Kosten für « reine stationäre KVG-Fälle » und « stationärer Tarif KVG ZV » (...). Anschliessend wird die Stellungnahme des LUKS zitiert, wonach der Preisüberwachung mit Schreiben des GSD vom 20. Juni 2012 das vollständige ITAR_K (mit den Spalten « reine stationäre KVG-Fälle » und « stationärer Tarif KVG ZV ») zugestellt worden sei. Es sei – wird das LUKS weiter zitiert – nicht nachvollziehbar, weshalb die Preisüberwachung die ihr nachweislich vorliegenden vollständigen Kostendaten nicht berücksichtigt habe (...). In der Folge verneint der Regierungsrat eine Intransparenz der Daten (...), stellt aber – wie die vom LUKS kritisierte Preisüberwachung – für die Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten nicht auf den Kostenträger stationäre KVG-Leistungen (ITAR_K Spalten G « reine stationäre KVG-Fälle » und H « stationärer Tarif KVG ZV »),

sondern auf das Total der Kosten aller akut-stationären Fälle (Spalte L) ab (...).

3.6.3 Die Vorinstanz begründet nicht, weshalb sie von der Empfehlung der GDK und der bisherigen Praxis (vgl. E. 3.1.1) abweicht. Der Grundsatz, wonach die ausgewiesenen Betriebskosten für OKP-relevante stationäre Leistungen (vgl. BVGE 2010/62 E. 4.12.1) Grundlage für die Berechnungen bilden, hat unter der neuen Spitalfinanzierung weiterhin Gültigkeit. Weil die Vorinstanz insbesondere beim Intransparenzabzug nicht der Preisüberwachung gefolgt ist, kann sie auch nicht geltend machen, sie habe auf die Zahlen der Preisüberwachung abgestellt. Denn die von der Preisüberwachung beanstandete Intransparenz bezog sich gerade (auch) auf diese nicht KVG-konforme Datengrundlage. Zudem weist die Vorinstanz – grundsätzlich zu Recht – auf ihre Pflicht hin, soweit erforderlich ergänzende Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen (...). Reicht ein Spital nicht die für die Tariffestsetzung (oder Tarifgenehmigung) massgebenden Daten ein, hat die Kantonsbehörde diese zu verlangen.

3.7 Unbestritten ist, dass die Arzthonorare für Zusatzversicherte in Abzug zu bringen (vgl. ITAR_K Gesamtübersicht Zeile 23) und die kalkulatorischen Zinsen auf dem Umlaufvermögen hinzuzurechnen sind (vgl. ITAR_K Gesamtübersicht Zeile 13). Die Vorinstanz ist – wie die Preisüberwachung – von einem anrechenbaren Zinssatz von 0.162 % ausgegangen (Zinssatz von 1.48 % [auf Basis der Durchschnittsrendite 2011 von Obligationen der Eidgenossenschaft, Laufzeit 10 Jahre] und einer Zahlungsfrist von 40 Tagen). Dies entspricht der bisherigen Praxis (vgl. RKUV 6/1997 KV 16 S. 343 ff. E. 8.6; RKUV 5/2001 KV 179 S. 377 ff. E. 7.2.2) sowie der Empfehlung der GDK (vgl. GDK-Empfehlungen S. 4) und ist nicht zu beanstanden. Nicht bestritten ist sodann der Abzug für Mehrkosten bei der Behandlung von Zusatzversicherten (insb. Hotellerie), welchen die Vorinstanz in Anwendung der bisherigen Praxis (vgl. Urteil C-4961/2010 E. 7.3.3.2 m.w.H.) vorgenommen hat.

3.8 Im Grundsatz ist ebenfalls unbestritten, dass die Anlagenutzungskosten abzuziehen sind, weil diese gemäss Abs. 4 der Schlussbestimmungen der Änderung der KVV vom 22. Oktober 2008 (nachfolgend: SchlB KVV) für das Jahr 2012 mit einem normativen Zuschlag auf den verhandelten Basispreis von 10 % abzugelten sind.

3.8.1 Die Preisüberwachung und in der Folge auch die Vorinstanz haben auf den von der Beschwerdegegnerin ausgewiesenen Betrag von

Fr. (...) abgestellt. Dieser beruht jedoch auf dem Total der Kosten aller akut-stationären Fälle (...) und ist insoweit zu korrigieren.

3.8.2 Die Beschwerdeführerinnen beanstanden, die Beschwerdegegnerin habe keine VKL-konforme Anlagebuchhaltung vorgelegt. Abs. 4 SchlB KVV ändere nichts daran, dass die Spitäler eine den Vorgaben von Art. 10a VKL entsprechende Anlagebuchhaltung führen müssten (...).

Die Beschwerdegegnerin bestreitet den Vorwurf, ihre Anlagebuchhaltung erfülle die Vorgaben der VKL nicht, und macht gleichzeitig geltend, die Frage sei irrelevant, weil die Anlagenutzungskosten ohnehin mittels Normzuschlag (Abs. 4 SchlB KVV) festgelegt würden.

3.8.3 Es trifft zu, dass Abs. 4 SchlB KVV die Spitäler nicht davon befreit, eine der VKL entsprechende Anlagebuchhaltung zu führen. Es muss insbesondere gewährleistet sein, dass keine Anlagenutzungskosten in die benchmarking-relevanten Betriebskosten eingeflossen sind. Aufgrund von Abs. 4 SchlB KVV, wonach die Abgeltung der Anlagenutzungskosten im Jahr 2012 mit einem Zuschlag von 10 % auf den vereinbarten Basispreis zu erfolgen hat, sind die ausgewiesenen Anlagenutzungskosten grundsätzlich nicht tarifrelevant. Denn die in ITAR_K Zeile 12 ausgewiesenen Kosten werden in einem zweiten Schritt wieder abgezogen (vgl. ITAR_K Zeile 24; GDK-Empfehlungen S. 4). Auf die Rügen betreffend Anlagenutzungskosten ist daher nicht weiter einzugehen.

3.9 Einig sind sich die Beteiligten sodann, dass vorliegend kein Überkapazitätsabzug vorzunehmen ist. Die Frage, ob im System der neuen Spitalfinanzierung ein Überkapazitätsabzug grundsätzlich noch zulässig ist, braucht daher hier nicht beantwortet zu werden.

3.10 Streitig und durch das Bundesverwaltungsgericht zu beurteilen sind jedoch folgende Berechnungselemente: die Anrechnung der Erträge aus der Kontengruppe 65 (E. 4), die Berücksichtigung der Debitorenverluste (E. 5), der Abzug für universitäre Lehre und Forschung (E. 6) und weitere gemeinwirtschaftliche Leistungen (E. 7), die Anrechnung der Teuerung (E. 8) sowie der Intransparenzabzug (E. 9).

4. Erträge aus der Kontengruppe 65

4.1 Bei den Erträgen aus der Kontengruppe 65 geht es um Erträge für übrige, nicht OKP-versicherte Leistungen an Patientinnen und Patienten. Streitig ist, in welchem Umfang diese Erträge (als Abzüge) zu berücksichtigen sind.

4.1.1 Die Vorinstanz ist der Auffassung der Beschwerdegegnerin gefolgt, wonach die Erträge zu 50 % anzurechnen seien. Sie begründete dies unter anderem damit, dass es wenig wahrscheinlich sei, dass das LUKS diese Leistungen zum Selbstkostenpreis anbiete. Weiter wird auf die GDK-Empfehlungen verwiesen, wonach eine Marge von maximal 50 % anzurechnen sei (...).

4.1.2 Die Beschwerdeführerinnen machen – unter Hinweis auf die Stellungnahme der Preisüberwachung – im Wesentlichen geltend, eine Gewinnmarge dürfe nur berücksichtigt werden, wenn diese bewiesen sei, was vorliegend nicht zutrefte. Es handle sich lediglich um eine normative Annahme von H+ als Systemanbieter von REKOLE® und ITAR_K.

4.1.3 Die Beschwerdegegnerin bringt vor, beim Konto 65 handle es sich um Erträge ihrer Nebenbetriebe. Es treffe zu, dass die Gewinnmarge hier nicht auf einer exakten Kostenausscheidung beruhe. Eine solche wäre mit verhältnismässigem Aufwand aber nicht möglich.

4.2 Die GDK führt in ihren Empfehlungen dazu aus, Erträge aus der Kontengruppe 65 (und 68) sollten nur in Ausnahmefällen auf den Kostenträgern « stationäre Leistungen KVG » erscheinen. In diesem Fall wirkten die Erträge kostenmindernd, allenfalls jedoch nicht die mit diesen Leistungen erzielte Marge. In Empfehlung 2 wird festgehalten, das Vorgehen gemäss ITAR_K sei nachvollziehbar. Als Marge sei « allenfalls höchstens » 50 % anzuerkennen (vgl. GDK-Empfehlungen S. 6 f.).

4.3 Die Empfehlung der GDK zur Kontengruppe 65 ist vergleichsweise vage formuliert (« allenfalls » und « höchstens ») und stellt nicht eine klare, einer einheitlichen Handhabung dienende Vorgabe dar. Mit den Beschwerdeführerinnen ist daher nach der allgemeinen Regel zur Beweislastverteilung (vgl. Art. 8 ZGB) vorzugehen, wonach diejenige Partei die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat, welche aus den behaupteten und unbewiesen gebliebenen Tatsachen Rechte ableiten wollte (vgl. Urteil des BVer C-4308/2007 vom 13. Januar 2010 E. 6.6.2, teilweise publiziert in BVGE 2010/14). Verzichtet ein Spital auf eine exakte Kostenausscheidung für übrige Dienstleistungen, weil es eine solche als mit einem unverhältnismässigen Aufwand verbunden erachtet, kann keine Gewinnmarge bewiesen werden. Ob es als wahrscheinlich oder eher unwahrscheinlich erscheint, dass solche Dienstleistungen zum Selbstkostenpreis angeboten werden, ist nicht entscheidend. Demnach sind vor-

liegend die Erlöse der Kontengruppe 65 zu 100 % (und nicht zu 50 %) in Abzug zu bringen.

5. Zuschläge für Debitorenverluste

5.1 Die Beschwerdeführerinnen beanstanden, die Vorinstanz habe die von der Beschwerdegegnerin ausgewiesenen Debitorenverluste (Fr. [...]) zu Unrecht zu den Kosten hinzugerechnet. Dies widerspreche der Rechtsprechung. Zudem gelte im stationären Bereich das System des tiers payant (vgl. Art. 42 Abs. 2 Satz 2 KVG), weshalb im stationären OKP-Bereich keine Debitorenverluste entstünden. Im Übrigen erscheine der Betrag derart gerundet, dass auch Zweifel an der Stichhaltigkeit des geltend gemachten Betrages angebracht werden könnten (...).

5.2 In ihrer Vernehmlassung macht die Vorinstanz geltend, dass auch die Preisüberwachung bei der Ermittlung der Betriebskosten (netto 1) die Debitorenverluste addiert habe (...). Da die Beschwerdeführerinnen die Berechnung der Preisüberwachung anerkannt und als KVG-konform bezeichnet hätten, habe sie willkürfrei davon ausgehen dürfen, dass die Anrechnung der Debitorenverluste nicht strittig sei.

Die Preisüberwachung hat sich weder in ihrer Empfehlung an die Vorinstanz noch in ihrer im Beschwerdeverfahren abgegebenen Stellungnahme dazu geäußert, weshalb sie die Debitorenverluste hinzugerechnet hat.

5.3 Nach der Rechtsprechung des Bundesrates durften Inkassoverluste selbst dann nicht auf die OKP überwält werden, wenn der Leistungserbringer im System des tiers garant die Vergütung seiner Leistungen selber bei den Versicherten einfordern musste und er daher tatsächlich ein Inkassorisiko trug (vgl. RKUV 5/2001 KV 179 E. 7.2.2 m.H.). Umso weniger erachtete der Bundesrat die Berücksichtigung von Debitorenverlusten als gerechtfertigt, wenn das System des tiers payant zur Anwendung gelangte (vgl. auch EUGSTER, Rechtsprechung KVG, a.a.O., Art. 43 Rz. 8).

5.4 Laut Anleitung ITAR_K sind Debitorenverluste, die nicht bereits in die Kostenstellenrechnung eingeflossen sind, zu addieren. Es wird jedoch festgestellt, dass sich für die stationären KVG- und UVG-Versicherten in der Regel keine Zuschläge ergeben dürften. Zur Begründung wird auf den neuen Art. 64a KVG (in der seit 1. Januar 2012 gültigen Fassung) verwiesen und festgehalten, dass der Kanton 85 % der Versichertenschuld übernehme (vgl. Art. 64a Abs. 4 KVG) und – de

facto – der Versicherer die Restschuld von 15 % trage (Anleitung ITAR_K S. 8 zu Zeile 37).

5.5 Aufgrund der Bestimmungen in Art. 64a KVG betreffend säumige Versicherte und dem zwingend vorgeschriebenen System des tiers payant (Art. 42 Abs. 2 Satz 2 KVG) erscheint fraglich, ob im stationären KVG-Bereich grundsätzlich mit Debitorenverlusten zu rechnen ist. Die neue Spitalfinanzierung bildet somit nicht Anlass zu einer Praxisänderung, weshalb allfällige Debitorenverluste bei der Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten nicht zu berücksichtigen sind.

5.6 Daran ändert – entgegen der Annahme der Vorinstanz (...) – nichts, dass die Regelung gemäss Art. 64a Abs. 4 KVG erst seit 1. Januar 2012 gilt und die benchmarking-relevanten Betriebskosten grundsätzlich auf der Basis der Kostendaten von 2010 zu ermitteln sind. Einerseits wirken sich Art. 42 Abs. 2 Satz 2 und Art. 64a Abs. 4 KVG unmittelbar auf die im Jahr 2012 anfallenden Kosten aus. Andererseits wird nicht vom Grundsatz abgewichen, dass auf die Kostendaten von 2010 abzustellen ist, wenn in Fortführung der bisherigen, vor dem Jahr 2010 begründeten Rechtsprechung Debitorenverluste nicht berücksichtigt werden.

6. Forschung und universitäre Lehre

6.1 Grundsätzlich unbestritten ist, dass die Kosten für Forschung und universitäre Lehre – als gemeinwirtschaftliche Leistungen (vgl. Art. 49 Abs. 3 Bst. b KVG) – nicht zu den benchmarking-relevanten Betriebskosten gehören. Streitig ist jedoch, ob auf den von der Beschwerdegegnerin ausgewiesenen beziehungsweise den vom Kanton vergüteten Betrag abzustellen oder ein normativer Abzug vorzunehmen ist.

6.1.1 Nach aArt. 49 Abs. 1 KVG waren die Kosten für Lehre und Forschung von den auf die Pauschalen anrechenbaren Kosten abzuziehen. Der neue Art. 49 Abs. 3 Bst. b KVG schliesst nur noch die *universitäre* Lehre und wie bisher die Forschung aus. Als Kosten für die universitäre Lehre im Sinne von Art. 49 Abs. 3 Bst. b KVG gelten laut Art. 7 Abs. 1 VKL die Aufwendungen für die theoretische und praktische Ausbildung der Studierenden eines im Medizinalberufegesetz vom 23. Juni 2006 (MedBG, SR 811.11) geregelten Medizinalberufes bis zum Erwerb des eidgenössischen Diploms (Bst. a) und die Weiterbildung der Studierenden nach Bst. a bis zur Erlangung des eidgenössischen Weiterbildungstitels (Bst. b).

6.1.2 Im Wesentlichen unverändert geblieben sind die Definitionen in Art. 7 Abs. 2 und 3 VKL: Als Kosten für die Forschung nach Art. 49 Abs. 3 des Gesetzes gelten die Aufwendungen für systematische schöpferische Arbeiten und experimentelle Entwicklung zwecks Erweiterung des Kenntnisstandes sowie deren Verwendung mit dem Ziel, neue Anwendungsmöglichkeiten zu finden. Darunter fallen Projekte, die zur Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnisse sowie zur Verbesserung der Prävention, der Diagnostik und Behandlung von Krankheiten ausgeführt werden (Abs. 2). Als Kosten für die universitäre Lehre und für die Forschung gelten auch die indirekten Kosten sowie die Aufwendungen, die durch von Dritten finanzierte Lehr- und Forschungstätigkeiten verursacht werden (Abs. 3).

6.1.3 Die Konkretisierung des Begriffs universitäre Lehre in Art. 7 Abs. 1 VKL entspricht dem Willen der SGK des Ständerates, wonach nicht nur die Ausbildung der Ärztinnen und Ärzte, sondern auch die Weiterbildung der Assistenzärztinnen und -ärzte weiterhin nicht über die Krankenversicherung finanziert werden soll. Die praktische Ausbildung der Pflegenden hingegen soll durch die Spitäler finanziert und demzufolge über die Fallpauschalen abgegolten werden (...).

6.1.4 Die zu aArt. 49 Abs. 1 KVG entwickelte Rechtsprechung ging von einem weiten Begriff der Lehre und Forschung aus. Ein Abzug für Lehre war immer vorzunehmen, wenn Angestellte gemäss Pflichtenheft zumindest während eines Teils ihrer Arbeitszeit als Ausbilderin oder Ausbilder tätig waren. Die Spitäler waren verpflichtet, die effektiven Kosten für Lehre und Forschung auszuweisen. Kamen sie dieser Verpflichtung nicht nach, wurden folgende – nach Spitalgrösse und Spitaltyp abgestufte – pauschale Abzüge vorgenommen: bei Universitätsspitälern 25 % (vom Bruttoaufwand), bei mittelgrossen und grossen Spitälern (über 125 Betten) 5 %, bei Spitälern mit 75–124 Betten 2 % und bei kleineren Spitälern 1 % (jeweils vom Personalaufwand). Die Pauschalabzüge für Lehre und Forschung stellten nach der Rechtsprechung lediglich ein Korrektiv dar, welches anzuwenden war, wenn die Spitäler ihrer Pflicht, die effektiven Kosten auszuscheiden, nicht nachgekommen waren. Daher wurden an die Berechnungen der Pauschalabzüge keine sehr differenzierten Anforderungen gestellt (zum Ganzen: BVGE 2012/18 E. 11.2; 2010/25 E. 5, je m.w.H.).

6.2 Die Beschwerdeführerinnen, die Preisüberwachung und das BAG vertreten die Ansicht, es sei ein normativer Abzug von 3.5 % vorzunehmen. Nach der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin ist hinge-

gen auf den vom Spital ausgewiesenen beziehungsweise den vom Kanton vergüteten Betrag für Forschung und universitäre Lehre abzustellen.

6.2.1 Die Preisüberwachung hielt in ihrer Stellungnahme an den Regierungsrat fest, das LUKS habe als Kosten für Forschung und universitäre Lehre Fr. 6 430 000.– abgezogen, ohne diese im Detail auszuweisen. In einem Schreiben vom 29. Februar 2012 an den Kanton habe das Spital den Betrag sogar als blosser Annahme im Rahmen der Tarifverhandlungen bezeichnet (...). Daher sei ein normativer Abzug vorzunehmen. Für Spitäler der Grösse des LUKS (mehr als 125 Betten) gelte nach der neuen Praxis der Preisüberwachung ein Abzugssatz von 3.5 % der Personalkosten (ohne Konto 38). Aufgrund der neuen gesetzlichen Regelung, wonach nur noch die universitäre Lehre auszuscheiden sei, habe sie den früher geltenden Satz von 5 % auf 3.5 % reduziert (...).

In ihrer Stellungnahme an das Gericht führte die Preisüberwachung zudem aus, das Abstellen auf die kantonalen Abgeltungen würde die Vergleichbarkeit der benchmarking-relevanten Basiswerte erschweren, weil die Kantone diese Abgeltungen sehr unterschiedlich berechneten. Die Fortführung der bisherigen Praxis mit einem prozentualen Abzug bei fehlendem Kostenausweis führe hingegen zu einer schweizweit einheitlichen Berechnung (...).

6.2.2 Die Vorinstanz erwog, das LUKS weise gemäss ITAR_K Kosten für Forschung und universitäre Lehre von Fr. 6 430 000.– aus. Entgegen der Auffassung der Preisüberwachung seien diese Kosten auch genügend auf die einzelnen Patientengruppen aufgeschlüsselt (rein stationäre Fälle: Fr. [...]; stationäre KVG-Fälle mit Zusatzversicherung: Fr. [...] [...]; Langzeitbereich [...], ambulante Behandlung Fr. [...]). Die Kosten entsprächen ferner dem Beitrag, welcher der Kanton Luzern an das LUKS für Forschung und universitäre Lehre leiste. Für die Vornahme eines normativen Abzugs bestehe damit kein Anlass (...).

In der Vernehmlassung wird ergänzend ausgeführt, das LUKS betreibe keine Forschung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 VKL. Der Kanton habe dem Spital keinen Leistungsauftrag für Forschung erteilt; entsprechend erhalte das LUKS unter diesem Titel auch keine Vergütungen. Die vom Kanton gewährten Beiträge seien für externe Lehrtätigkeit (pauschal Fr. 729 000.–) und für die Weiterbildung von Assistenzärztinnen und -ärzten (Fr. 20 000.– pro Vollzeitäquivalent, insgesamt 285 Weiterbildungsstellen). Die Pauschale von Fr. 20 000.– entspreche dem damaligen

Stand der Projektarbeiten im Hinblick auf eine einheitliche Abgeltung für die ärztliche Weiterbildung (...).

6.2.3 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, das LUKS habe nicht die effektiv angefallenen Kosten für Forschung und universitäre Lehre ausgewiesen, sondern lediglich die vom Kanton zugesprochenen Subventionen aufgeführt. Daher hätte praxisgemäss ein normativer Abzug vorgenommen werden müssen. Mit Blick auf die Forschungstätigkeiten, welche das LUKS in seinen Jahresberichten 2010 und 2011 ausweise, sei der von der Preisüberwachung vorgesehene Abzug von 3.5 % der Personalkosten vermutlich sogar zu tief. Im Übrigen sei nicht im Detail nachvollziehbar, wie die Vorinstanz die Abgeltung von Fr. 6 430 000.– bemessen und berechnet habe (...).

6.2.4 Die Beschwerdegegnerin erläutert – wie die Vorinstanz – die Abgeltung des Kantons und beantragt, die von den Beschwerdeführerinnen in Zusammenhang mit dem Thema Forschung und universitäre Lehre eingereichten Beweismittel (Jahresberichte LUKS und Auszug aus der Rechnung 2011 des Kantons Luzern) aus dem Recht zu weisen. Den Abgeltungsbetrag von Fr. 6 430 000.– hätten die Beschwerdeführerinnen bereits im vorinstanzlichen Verfahren gekannt und dessen Berechnung nicht in Frage gestellt (...). In ihrer Schlussstellungnahme macht sie geltend, die Kosten für universitäre Lehre und Forschung seien (unter dem Titel subsidiärer Abzug) « ausgewiesen und abgezogen » worden (...).

6.2.5 Die Beschwerdeführerinnen hatten bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht, es sei ein normativer Abzug (von 3 %) vorzunehmen (...). Dieser Ansicht war zunächst offenbar auch die Beschwerdegegnerin (...). Erst später stellte sie sich auf den Standpunkt, es sei der vom Kanton vergütete Betrag in Abzug zu bringen (...). In ihrer abschliessenden Stellungnahme an den Regierungsrat schlossen sich die Beschwerdeführerinnen den Ausführungen der Preisüberwachung (die einen Abzug von 3.5 % vorgenommen hatte) an (...). Neu ist somit lediglich das Vorbringen, ein Abzug von 3.5 % sei (möglicherweise) sogar zu tief. Die in diesem Zusammenhang eingereichten Beweismittel sind jedenfalls insoweit nicht als unzulässig im Sinne von Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG zu qualifizieren, als die Beschwerdeführerinnen damit beweisen wollen, dass die Vorinstanz die Tatsache, dass das LUKS auch Forschung betreibt, zu Unrecht nicht berücksichtigt und den Sachverhalt diesbezüglich unrichtig festgestellt habe.

6.3 Die GDK stellt in ihren Empfehlungen zunächst fest, dass das ITAR_K für die universitäre Lehre und Forschung einen eigenen Kostenträger (Spalte P) 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. Sie empfiehlt den Kantonen, sich vom Spital bestätigen zu lassen, dass im entsprechenden Kostenträger alle Bereiche der universitären Lehre und Forschung 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 » in Abzug zu bringen. Ein normativer Abzug sei dann vorzunehmen, wenn der Kostenträger Lehre und Forschung gar nicht geführt werde. Der Abzug entspreche bei Nicht-Universitätsspitalern mindestens der Höhe der separaten kantonalen Abgeltung für die ärztliche Weiterbildung, bei Universitätsspitalern maximal 12 % aller Nettobetriebskosten (GDK-Empfehlungen S. 4 f.).

6.3.1 Aus den Erwägungen im angefochtenen Beschluss wird nicht klar, ob die Vorinstanz einen normativen Abzug in der Höhe der kantonalen Abgeltung vorgenommen oder den Kostenausweis als hinreichend betrachtet und einen normativen Abzug daher verworfen hat (...). Nicht weiter begründet wird sodann, weshalb hier auf das Total (inkl. Langzeit und ambulante Behandlung) abgestellt wurde und nicht wie bei den übrigen Positionen auf das Total akut-stationär (bzw. recte auf den Kostenträger stationäre KVG-Leistungen).

6.3.2 Die Beschwerdegegnerin hat im ITAR_K keinen Kostenträger « Lehre und Forschung » ausgewiesen; die dafür vorgesehene Spalte P enthält bereits das « Total » aller Kostenträger (...). Der hier in Frage stehende Abzug wurde in Zeile 28, als subsidiärer Abzug (wenn nicht die effektiven Kosten ausgeschieden wurden), vorgenommen.

6.3.3 Sowohl nach der bisherigen Rechtsprechung als auch nach den GDK-Empfehlungen wäre vorliegend ein normativer Abzug vorzunehmen.

6.4 Die GDK empfiehlt bei Nicht-Universitätsspitalern einen Abzug in « mindestens der Höhe der separaten kantonalen Abgeltung für die ärztliche Weiterbildung » (vgl. GDK-Empfehlungen S. 5). Eine einheitliche Praxis wird dadurch nicht gewährleistet, wie die Preisüberwachung zu Recht geltend macht.

6.4.1 Die GDK hat sich bisher nicht auf eine für die Kantone verbindliche Pauschale für die Abgeltung der Kosten für die Weiterbildung von Assistenzärztinnen und -ärzten geeinigt. Eine solche ist auch in der geplanten interkantonalen Vereinbarung über die Finanzierung der ärztlichen Weiterbildung (WFV), zu der Anfang Dezember 2013 eine zweite Vernehmlassung eröffnet wurde, nicht vorgesehen. Laut Entwurf vom 21. November 2013 richten die Standortkantone den Spitälern pro Jahr und Ärztin und Arzt in Weiterbildung (Vollzeitäquivalent) pauschal Fr. 15 000.– aus. Dabei soll es sich um eine « Mindestpauschale » handeln, welche nicht die Deckung der tatsächlichen Weiterbildungskosten bezweckt (vgl. GDK Zentralsekretariat, Erläuternder Bericht vom 5. Dezember 2013 betreffend Vereinbarung über die kantonalen Beiträge an die Spitäler zur Finanzierung der ärztlichen Weiterbildung und deren Ausgleich unter den Kantonen, Version 2. Vernehmlassung, S. 8, nachfolgend: Bericht WFV). Die interkantonale Vereinbarung soll frühestens im Jahr 2017 in Kraft treten (vgl. Bericht WFV S. 21). Der GDK ist es offenbar nicht gelungen, eine realistische und allgemein akzeptierte Kostenschätzung hinsichtlich der (strukturierten) Weiterbildung vorzunehmen (vgl. Bericht WFV S. 6 f.).

Die bisherige Praxis der Kantone zur Abgeltung der Weiterbildungskosten ist sehr unterschiedlich (vgl. auch Empfehlungen zur Sicherung der Finanzierung und Qualität der ärztlichen Weiterbildung, Schlussbericht der [im Rahmen des Dialogs Nationale Gesundheitspolitik von Bund und Kantonen eingesetzten] Themengruppe « Finanzierung der ärztlichen Weiterbildung » vom April 2012, S. 5 f., nachfolgend: Empfehlungen Themengruppe NGP).

6.4.2 Auf die vom Kanton gewährten Beiträge kann auch deshalb nicht abgestellt werden, weil die benchmarking-relevanten Betriebskosten grundsätzlich (vgl. E. 3.5) im Basisjahr 2010 zu ermitteln sind, die in Frage stehenden Abgeltungen indessen das Jahr 2012 betreffen.

Zudem werden durch die kantonale Abgeltung lediglich gewisse Kosten, die im Bereich Forschung und universitäre Lehre anfallen, vergütet. So werden beispielsweise gemäss Leistungsauftrag vom 29. November 2011 ([...]; der im Jahr 2010 anwendbare Leistungsauftrag ist nicht in den Akten) lediglich externe Lehrtätigkeiten abgegolten. Es dürften aber auch Kosten für interne Lehrtätigkeiten im Bereich Ausbildung anfallen, zumal das LUKS auch Stellen für Unterassistentinnen und -assistenten anbietet. Soweit die Vorinstanz behauptet, das LUKS betreibe keine Forschung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 VKL, widerspricht dies offensichtlich

den Tatsachen (...). Es ist vielmehr festzustellen, dass das LUKS in einem erheblichen Umfang Forschung betreibt.

6.4.3 Im Zusammenhang mit dem Benchmarking macht die Beschwerdegegnerin geltend, sie erbringe zum Teil Leistungen, welche in anderen Kantonen von den Universitätsspitalern erbracht würden. Ob dies auch für die Leistungen im Bereich Forschung und universitäre Lehre gilt, lässt sich aufgrund der Akten nicht beurteilen. Angesichts der erheblichen Forschungstätigkeit lässt sich eine gewisse « Nähe » zu Universitätsspitalern jedoch nicht ausschliessen. Auch hatte die GDK für die geplante WFV-Vereinbarung zunächst vorgeschlagen, für Universitätsspitäler und grosse Zentrumsspitäler eine höhere Pauschale vorzusehen (vgl. Bericht WFV S. 7). Ob bei Nicht-Universitätsspitalern ein allein nach Anzahl Betten abgestufter Normabzug noch sachgerecht ist, erscheint fraglich. Vorliegend bestehen jedenfalls Zweifel, ob der von der Preisüberwachung vorgenommene Abzug von 3.5 % (von den Personalkosten) genügt, um sicherzustellen, dass in den benchmarking-relevanten Betriebskosten (und letztlich in der Fallpauschale bzw. im Basisfallwert) keine Kosten für Forschung und universitäre Lehre enthalten sind.

6.4.4 Die Spitäler sind verpflichtet, die Kosten für OKP-pflichtige Leistungen transparent auszuweisen. Dies ist nur möglich, wenn auch die Kosten für nicht OKP-pflichtige Leistungen transparent ausgeschieden werden. Den Spitalern steht es somit nicht frei, ob sie die Kosten für Forschung und universitäre Lehre ausscheiden wollen oder einen normativen Abzug bevorzugen. Weiter ist zu berücksichtigen, dass es bei der Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten nicht – wie nach altem Recht bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten – primär um den Tarif des betreffenden Spitals geht, sondern um das Benchmarking, auf dessen Grundlage der Basisfallwert eines hinreichend effizienten Spitals im Sinne von Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG festgestellt werden kann. Für das Benchmarking sind daher möglichst genaue (realitätsgerechte) Kostendaten erforderlich. Im Übrigen ist das Ausweisen der tatsächlichen Kosten für Forschung und universitäre Lehre (oder für andere gemeinwirtschaftliche Leistungen) auch wesentlich für die SwissDRG Tarifstruktur, ansonsten nicht erklärbare Kostenunterschiede anfallen können (...).

6.5 Ein normativer Abzug ist deshalb nur dann vorzunehmen, wenn es der zuständigen Kantonsbehörde nicht gelingt, vom betreffenden Spital die entscheidenderheblichen (transparenten) Daten zu erhalten. In diesem Fall muss der normative Abzug so angesetzt sein, dass das Spital mit

Sicherheit keinen Vorteil daraus ziehen kann, dass es – entgegen den Vorschriften – keine transparenten Daten geliefert hat. Wie hoch dieser Normabzug anzusetzen wäre, und ob die Kostendaten des betreffenden Spitals dennoch in ein Benchmarking einzubeziehen wären, ist vorliegend nicht zu beurteilen, denn es kann – wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt – angenommen werden, dass die Vorinstanz die massgebenden Daten von der Beschwerdegegnerin erhalten wird.

6.5.1 Die Beschwerdegegnerin führt ihre Betriebsrechnung nach REKOLE[®] und hat im Juni 2013 die REKOLE[®]-Zertifizierung erlangt. Mit der Zertifizierung wird – gemäss Zertifizierungsrichtlinien – die Übereinstimmung des betrieblichen Rechnungswesens mit den REKOLE[®]-Vorgaben festgestellt. Massgebend sei das Handbuch REKOLE[®] (3. Aufl. 2008; vgl. < <http://www.hplus.ch> > Dienstleistungen > Betriebswirtschaft > Rechnungswesen Spital > Zertifizierungsrichtlinien, abgerufen am 08.01.2014).

Laut Handbuch REKOLE[®] soll die Betriebsrechnung alle Leistungsbe-
reiche des Spitals abbilden. Bei der Lehre und Forschung sind die
gesamten Kosten zu identifizieren und zu ermitteln, die Kosten sind aber
nicht aus der Betriebsrechnung REKOLE[®] auszuscheiden (S. 272). Es ist
mindestens ein Kostenträger Lehre und ein Kostenträger Forschung zu
führen (S. 273). Weiter ist eine Bewertung der Aktivitäten von Lehre und
Forschung mittels gewichteten Beschäftigungsgradanalysen des betrof-
fenen Personals auf Kostenstellenebene durchzuführen; die Kalkulations-
methodik wird in 9 Schritten dargestellt (S. 276 ff.). Zentral ist Schritt 2,
mit dem eine Analyse des Beschäftigungsgrades aller Mitarbeitenden und
die Ermittlung der gewichteten Lohnkostenanteile bezogen auf deren
Aktivitäten vorzunehmen ist.

6.5.2 Aufgrund der REKOLE[®]-Vorgaben dürfte die Beschwerdegeg-
nerin ohne Weiteres in der Lage sein, die für die Kostenausscheidung
massgebenden Daten zu liefern. Diese wurden von der Vorinstanz jedoch
nicht verlangt. Was die Kosten für universitäre Lehre und Forschung
betrifft, erweist sich der Sachverhalt demnach als unvollständig abge-
klärt.

6.6 Es bleibt allerdings festzuhalten, dass das Handbuch REKOLE[®]
eine Regelung auf nationaler Ebene zur einheitlichen Ausscheidung der
Kosten für universitäre Lehre und Forschung nicht ersetzen kann. Insbe-
sondere weil sich die Tätigkeiten in den Bereichen Lehre, Forschung und
Patientenversorgung teilweise überlappen (sog. Kuppelproduktion; vgl.

Handbuch REKOLE[®], S. 276; siehe auch DUBACH/SPYCHER, Vorstudie zur Erhebung der Kosten der ärztlichen Weiterbildung, Dezember 2006, S. 12 ff.) und die Zuordnung zu einem der drei Bereiche zum Teil auf einer Wertungsentscheidung beruht, sind normative Vorgaben zur Kostenausscheidung unerlässlich. Generell zu regeln sind namentlich die Fragen, ob nur die strukturierte oder auch die unstrukturierte Lehre, und ob nur die erteilte oder auch die erhaltene Lehre als nicht-OKP-Leistung zu qualifizieren sind (vgl. dazu Empfehlungen Themengruppe NGP, Anhang 2: GIOVANNI TEOTINO/ADRIAN FÜGLISTER, Kosten der akademischen Lehre und Forschung in den Universitätsspitalern, Detailkonzept zum Pilotprojekt, Juni 2009). Solche normativen Vorgaben sind vom Verordnungsgeber zu erlassen oder allenfalls von den Tarifpartnern festzulegen; jedenfalls gehört es nicht zu den Aufgaben des Anbieters eines Handbuchs für das betriebliche Rechnungswesen, solche Wertungsentscheidungen zu treffen.

6.6.1 Das Handbuch REKOLE[®] enthält die Vorgabe (bzw. Empfehlung), dass Assistenzärztinnen und -ärzte grundsätzlich zu je 50 % der Aktivität *Lehre* und der Aktivität *Patientenversorgung* zuzuordnen seien, sofern sie nicht in einem Forschungsprogramm tätig seien (S. 277). Die Ansichten zur Produktivitätsbemessung von Assistenzärztinnen und -ärzten beziehungsweise zu den Kosten für deren Weiterbildung sind sehr kontrovers (vgl. DUBACH/SPYCHER, a.a.O., S. 14 ff.; Ergebnisse der H+ Mitgliederumfrage von Mai 2011 betreffend Finanzierung der ärztlichen Weiterbildung und mutmassliche Entwicklung der Personalstruktur in Spitalern und Kliniken, S. 7 ff. [abrufbar unter < www.hplus.ch > Politik > Politische Tätigkeiten > Bildungs- und Personalpolitik > Finanzierung betriebliche Bildung, abgerufen am 18.02.2014]; Empfehlungen Themengruppe NGP S. 5 ff.).

6.6.2 Der Bundesrat geht offenbar von der Annahme aus, dass ausschliesslich die erteilte Lehre als gemeinwirtschaftliche Leistungen im Sinne von Art. 49 Abs. 3 Bst. b KVG zu qualifizieren und die Löhne der Assistenzärztinnen und -ärzte vollumfänglich als Betriebskosten der Spitäler anzurechnen seien (vgl. Antworten des Bundesrates auf die Motionen von Nationalrätin Ruth Humbel vom 19. Dezember 2008 [08.4034] und von Nationalrat Ignazio Cassis vom 17. Dezember 2008 [08.3847]; siehe auch BVGE 2012/18 E. 11.3 m.H. auf einen nicht publizierten Entscheid des Bundesrates vom 25. Juni 2008 [betreffend nicht universitäre Lehre]). Davon ging auch die Themengruppe « Finanzierung der ärztlichen Weiterbildung » aus (vgl. Empfehlungen Themengruppe NGP

S. 7 f.). Unter Hinweis auf die Beantwortung der beiden erwähnten Motionen wird schliesslich in der Anleitung ITAR_K ebenfalls festgehalten, dass die Löhne der Assistenzärztinnen und -ärzte als OKP-Kosten anrechenbar beziehungsweise nur die Kosten für erteilte Lehre auszuscheiden seien (Anleitung ITAR_K S. 6 zu Zeile 28).

6.6.3 Mit Blick auf das Ziel einer einheitlichen Ausscheidung der Kosten für universitäre Lehre rechtfertigt es sich, Art. 49 Abs. 3 Bst. b KVG in diesem Sinne auszulegen, solange der Verordnungsgeber keine abweichenden Vorgaben erlässt. Demnach sind nur die Kosten für erteilte universitäre Weiterbildung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. b VKL als gemeinwirtschaftliche Leistungen auszuscheiden. Die Löhne der Assistenzärztinnen und -ärzte gehören hingegen zu den benchmarking-relevanten Betriebskosten.

7. Weitere gemeinwirtschaftliche Leistungen

7.1 Zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen (nachfolgend: gwL) – deren Kosten nicht in die Fallpauschale (bzw. in den Basisfallwert) einfließen dürfen – gehören nicht nur die universitäre Lehre und Forschung, sondern auch die Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen (Art. 49 Abs. 3 Bst. a KVG). Die Aufzählung im Gesetz ist jedoch nicht abschliessend, wie sich aus dem Wort « insbesondere » ergibt.

7.2 Die Vorinstanz hat keinen Abzug für weitere gwL vorgenommen. Der angefochtene Beschluss enthält dazu auch keine Ausführungen. Nur aus dem im Sachverhalt (...) zitierten Rechtsbegehren des LUKS vom 13. November 2012 wird ersichtlich, dass der Beschwerdegegnerin (gemäss Budgetbeschluss des Kantons Luzern vom 20. März 2012) für das Erbringen von gwL 4,838 Millionen Franken ausgerichtet werden sollten.

7.2.1 Die Preisüberwachung hat in ihrer Stellungnahme und ihrer Berechnung lediglich die universitäre Lehre und Forschung, aber keine weiteren gwL berücksichtigt. Die Empfehlung datiert vom 10. Oktober 2012 und stützte sich – wie in der Stellungnahme ausgeführt wird – auf die Unterlagen, welche das Gesundheits- und Sozialdepartement (GSD) der Preisüberwachung am 12. Januar und 1. März 2012 zugestellt hatte, sowie ein Antwortschreiben des LUKS an die Preisüberwachung vom 15. Mai 2012 (...). Die Akten des Tariffestsetzungsverfahrens – welches Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet – wurden der Preisüberwachung erst mit Schreiben des GSD vom 20. Juni 2012 über-

wiesen und demnach in der Empfehlung nicht berücksichtigt. In den früheren Tarifikalkulationsversionen des LUKS war ein Abzug für weitere gwL noch nicht vorgesehen (...).

7.2.2 In ihrer Eingabe vom 4. April 2012 an die Vorinstanz hielt die Beschwerdegegnerin zur Ergänzung des Sachverhalts fest, der Kanton habe am 20. März 2012 sein Budget für das Jahr 2012 verabschiedet, weshalb nun auch die Beiträge für Lehre und Forschung sowie für übrige gwL bekannt seien. Daher seien die Vergütungen für folgende übrige gwL in der Berechnung der Tarife 2012 « in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorgaben in Abzug zu bringen » (...): Service Public (Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen) Fr (...), Kinderschutz Fr (...), geschützte Operationsstelle Fr (...), Dispositiv besondere Lagen Fr (...), Explantation Fr (...), insgesamt 4,838 Millionen Franken. Weiter wird auf den Entwurf der Leistungsvereinbarung zwischen dem LUKS und dem GDS verwiesen. Der dem Schreiben beigelegte ITAR_K-Auszug enthält in Zeile 29 (neu) einen subsidiären Abzug für übrige gwL.

7.3

7.3.1 Laut GDK-Empfehlungen führt der Leistungserbringer « idealerweise » die Kosten für gwL als eigenen Kostenträger in der Kostenträgerrechnung. Soweit diese in ihrer Höhe plausibel seien, erübrige sich damit ein Abzug dieser Kosten in den Kostenträgern « stationäre KVG-Leistungen ». Werde jedoch kein eigener Kostenträger geführt oder seien die entsprechend ausgewiesenen Kosten zu gering, sei ein Abzug (ITAR_K Zeile 29) vorzunehmen. Die GDK empfiehlt den Kantonen, die Leistungserbringer aufzufordern, die Kosten für die gwL separat auszuweisen und zu begründen. Die Entschädigung des Kantons für gwL soll höchstens den in einem eigenen Kostenträger ausgewiesenen oder bei den Kostenträgern « stationäre KVG-Leistungen » in Abzug gebrachten Kosten entsprechen.

7.3.2 Auch das ITAR_K geht vom Grundsatz aus, dass die Kosten für gwL separat zu erfassen (als Auftrag oder eigener Kostenträger) und in der Kostenträgerrechnung auszuscheiden sind (vgl. ITAR_K Spalte Q, Anleitung ITAR_K S. 6). Subsidiär soll ein normativer Abzug vorgenommen werden (vgl. ITAR_K Zeilen 29 und 62).

7.3.3 Die Beschwerdegegnerin weist in ihrem (detaillierten) ITAR_K keinen Kostenträger für gwL aus. Im vorinstanzlichen Verfahren vertrat sie die Ansicht, der (subsidiäre) Abzug für gwL müsse zwingend der kan-

tonalen Abgeltung entsprechen (vgl. E. 7.2.2). Aus den benchmarking-relevanten Betriebskosten auszuschneiden sind jedoch die Kosten der im Jahr 2010 geleisteten gwL, nicht die kantonale Abgeltung für im Jahr 2012 erbrachte Leistungen (vgl. auch E. 6.4.2). Unabhängig von der zeitlichen Inkongruenz würde das Abstellen auf die kantonale Abgeltung vorliegend bedeuten, dass nicht überprüft werden könnte, ob die kantonale Abgeltung mehr, weniger oder exakt die angefallenen Kosten deckt. Werden aber durch die kantonalen Entschädigungen mehr als die effektiven Kosten für gwL abgedeckt, besteht keine Transparenz hinsichtlich der tatsächlichen Kosten und der vom Gesetzgeber angestrebte Wettbewerb kann verzerrt werden (vgl. WIDMER/TELSER, a.a.O., S. 28 ff.). Decken die Entschädigungen hingegen weniger als die effektiven Kosten, widerspricht dies Art. 49 Abs. 3 KVG. Bereits im Zusammenhang mit der universitären Lehre und Forschung wurde sodann darauf hingewiesen, dass auch die Abbildungsgenauigkeit der SwissDRG-Tarifstruktur beeinträchtigt wird, wenn Abgeltungen statt Kosten ausgeschieden werden (vgl. E. 6.4.4).

7.3.4 Vorinstanz und Beschwerdegegnerin machen nicht geltend, das LUKS habe im Jahr 2010 neben universitärer Lehre und Forschung keine weiteren gwL erbracht. Den Akten lässt sich nicht entnehmen, ob die im Leistungsauftrag vom 29. November 2011 aufgeführten (weiteren) gwL denjenigen entsprechen, die das LUKS bereits früher geleistet hat, und ob die Abgeltungen gestützt auf einen Kostennachweis des Spitals festgelegt wurden. Welchen Betrag für übrige gwL die Vorinstanz bei der Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten hätte abziehen müssen, lässt sich daher nicht feststellen.

7.4 Zum Leistungsauftrag vom 29. November 2011 ist – obwohl für die Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten 2010 grundsätzlich nicht massgebend – Folgendes zu bemerken:

7.4.1 Der Auftrag für « Service Public » wird im Anhang 3 dahingehend konkretisiert, dass es um Leistungen geht, « die aus regionalpolitischen Gründen erbracht werden beziehungsweise Kostenwirkungen, die aus bewussten politischen Entscheidungen resultieren (Aufrechterhaltung von Kapazitäten und der Versorgungssicherheit in abgelegenen Regionen) ». Um welche Leistungen es genau geht beziehungsweise wo/welche Kapazitäten aus regionalpolitischen Gründen aufrechterhalten werden, lässt sich den Akten nicht entnehmen.

7.4.2 Wird nicht festgelegt, welche Leistungen ein Spital aus regionalpolitischen Gründen zu erbringen hat, lässt sich auch nicht feststellen, welche Kosten für gWL ausgeschrieben werden müssten. Die vom Gesetzgeber angestrebte Transparenz wird dadurch erheblich beeinträchtigt.

7.4.3 Zudem kann sich dann auch die vom BAG aufgeworfene Frage stellen, ob das Erbringen von hochkomplexen Leistungen durch das LUKS (welche von der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz zur Begründung für die Auswahl der Vergleichsspitäler angeführt werden) nicht der Aufrechterhaltung von Spitalkapazitäten aus regionalpolitischen Gründen dient (bzw. ob diese Leistungen nicht besser von einem Universitätsspital zu erbringen wären, [...]). Soweit die Beschwerdegegnerin dazu vorbringt, diese « schwerwiegende Unterstellung » an die Adresse des LUKS beziehungsweise des Kantons Luzern werde nicht im Ansatz belegt, verkennt sie, dass nicht zu beweisen ist, dass gWL (bzw. nicht-OKP-Leistungen) erbracht werden, sondern dass die ausgewiesenen Kosten ausschliesslich OKP-pflichtige Leistungen betreffen. Wie bereits festgestellt (vgl. E. 6.4.4), ist ein solcher Nachweis nur möglich, wenn die Kosten der gWL transparent ausgeschrieben und ausgewiesen werden.

7.4.4 Vor diesem Hintergrund erscheint die Forderung der Beschwerdeführerinnen, wonach die Kosten und Leistungen für die drei Spitalstandorte (Luzern, Sursee und Wolhusen) aufzuschlüsseln seien, berechtigt. Ob auch Art. 9 Abs. 1 VKL, der vorsieht, dass die Kosten nach dem *Leistungsort* und dem Leistungsbezug sachgerecht ausgewiesen werden, in diesem Sinne zu interpretieren ist (das BAG hat sich in seiner Stellungnahme nicht zu dieser Frage geäussert), kann offenbleiben.

8. Teuerung

8.1 Die Vorinstanz hat entsprechend der bisherigen Praxis nur die im Jahr 2011 aufgelaufene Teuerung hinzugerechnet und ist der Auffassung der Beschwerdegegnerin (...), wonach die Teuerung auch für das Jahr 2012 auszugleichen sei, zu Recht nicht gefolgt (vgl. E. 3.5.2). Die nach Geltungsbeginn des Tarifs auflaufende (oder bei rückwirkender Festsetzung bereits aufgelaufene) Teuerung kann nicht berücksichtigt werden, weil diese im Zeitpunkt der Tarifverhandlungen nur grob geschätzt werden könnte und Teuerungsprognosen immer mit erheblichen Unsicherheiten behaftet sind (vgl. Urteil des BVer C-536/2009 vom 17. Dezember 2009 E. 6.3). Massgebend ist somit weiterhin die gewichtete Teuerung für das Jahr X-1 beziehungsweise vorliegend für das Jahr 2011; dabei ist für den Personalaufwand auf den Nominallohnindex 2011

und für den Sachaufwand auf den Landesindex der Konsumentenpreise 2011 abzustellen (vgl. zur Berechnung auch PUE-Praxis 2006 S. 14 f.).

8.2 Die Vorinstanz hat – wie die Preisüberwachung – die Teuerung vor dem Benchmarking zu den benchmarking-relevanten Betriebskosten hinzugerechnet. Das ITAR_K und die GDK-Empfehlungen sehen hingegen vor, dass allfällige Zuschläge – insbesondere für die Teuerung – erst nach dem Benchmarking vorzunehmen sind. Grundsätzlich wären beide Varianten zulässig. Wesentlich ist aber ein einheitliches Vorgehen. Ein Solches ist (ohne entsprechende Regelung in der Verordnung) mit den GDK-Empfehlungen und dem ITAR_K eher gewährleistet. Deshalb sollte der Teuerungszuschlag erst nach dem Benchmarking hinzuge-rechnet werden.

9. Intransparenzabzug

9.1 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vorinstanz hätte einen Intransparenzabzug von mindestens 4 % (wie von der Preisüberwachung empfohlen), eventualiter von 6 % (wie von tarifsuisse im vorinstanzlichen Verfahren beantragt), vornehmen müssen. Die Kosten- und Leistungsdaten des Spitals seien in verschiedener Hinsicht nicht transparent und genügten den Anforderungen nicht.

9.1.1 Die Vorinstanz erachtete den von der Preisüberwachung und den Krankenversicherern geforderten Intransparenzabzug als nicht gerechtfertigt, weil das LUKS eine gute Kostenträgerrechnung vorgelegt habe. Überdies bestehe im Rahmen der neuen Spitalfinanzierung keine Rechtfertigung mehr für einen Intransparenzabzug. Weil die Kosten nicht mehr massgebend seien, müsse auch nicht mehr sichergestellt werden, dass der Tarif nicht mehr als die anrechenbaren Kosten decke (...). In der Vernehmlassung wird zudem auf den Festsetzungsbeschluss des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 13. März 2013 (RRB 278/2013 E. 8.3, nachfolgend: RRB ZH 278) verwiesen, welcher den Regierungsrat in seiner Auffassung bestätige.

In RRB ZH 278 wird erwogen, im wettbewerblich ausgerichteten System der neuen Spitalfinanzierung und der Festlegung von Tarifen auf der Grundlage eines Benchmarks sei es nicht länger sachgerecht, spitalindividuelle Korrekturen (Überkapazitätsabzüge oder Intransparenzabzüge) vor dem Benchmarking vorzunehmen, da solche Abzüge beim Benchmark-Spital im Endeffekt zu einem tieferen Tarif für die übrigen Spitäler führen würden. Vielmehr sei in einem Preissystem die Unwirtschaftlichkeit über das Benchmarking zu korrigieren (RRB ZH 278 E. 8.3).

9.1.2 Diese Haltung wird auch von der GDK vertreten. Sie empfiehlt, bei ungenügender Datenqualität oder fehlender Datentransparenz einen Intransparenzabzug nach und nicht vor einem Benchmarking vorzunehmen. Die Daten der Spitäler, welche diese vollständig und transparent liefern, würden bei diesem Vorgehen höher gewichtet und die Intransparenz einzelner Spitäler gehe nicht zu Lasten der übrigen Spitäler. Die Schaffung von Anreizen für Spitäler, die Kostendaten in der notwendigen Qualität und Differenziertheit zu erheben und transparent und vollständig auszuweisen, sei aber notwendig und legitim (vgl. GDK-Empfehlungen S. 9).

9.1.3 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, für Intransparenzabzüge bestehe unter der neuen Spitalfinanzierung, die auf einer Preissicht basiere, kein Raum mehr. Weil Art. 59c Abs. 1 Bst. a KVV gesetzwidrig sei, fehle es auch an einer gesetzlichen Grundlage. Die von den Beschwerdeführerinnen und der Preisüberwachung angewendete Methode führe dazu, dass sich eine Intransparenz der Kostenrechnung von Vergleichsspitälern zulasten des zu benchmarkenden Spitals auswirke, obwohl jedes Spital ja nur bei seiner eigenen Kostenrechnung für Transparenz sorgen könne. Die Festsetzungsbehörde habe, wenn sie die Datenqualität eines Vergleichsspitals als ungenügend erachte, nur die Möglichkeit, dieses aus dem Benchmarking auszuschliessen (davon gehe auch RRB ZH 278 [S. 28] aus). Ansonsten müsse sie die Kostendaten unverändert ins Benchmarking einfließen lassen. Abzulehnen sei aber auch die Vornahme eines Intransparenzabzuges nach der Durchführung des Benchmarkings. Das Gesetz sehe keine solche Sanktionierung vor, wenn ein Spital seiner Pflicht, transparente Kostenrechnungen zu führen, nicht nachkomme (...).

9.1.4 Die Preisüberwachung nimmt bei ihrer kostenbasierten Kalkulation der Baserate weiterhin einen (gegenüber der früheren Praxis leicht reduzierten) Intransparenzabzug vor, wenn sie die vorgelegten Daten als nicht hinreichend transparent erachtet. Sie begründet dies damit, dass auch bei unsicherer Datenlage gewährleistet sein müsse, dass die Krankenversicherer nicht zu viel bezahlen müssten (...). Im vorliegenden Fall habe die Preisüberwachung die detaillierteren Daten erst auf (mehrmaliges) Nachfragen und auch dann nicht vollständig erhalten. Dies zeige, dass die Datentransparenz offenbar nur mit Intransparenzabzügen verbessert werden könne (...).

9.2 Dass die von der Beschwerdegegnerin vorgelegten Kosten- und Leistungsdaten den Anforderungen nicht genügen, steht aufgrund der

vorstehenden Erwägungen fest. Zu prüfen bleibt, ob bei den benchmarking-relevanten Betriebskosten ein Intransparenzabzug vorzunehmen ist.

9.2.1 Nach der Rechtsprechung zu aArt. 49 Abs. 1 KVG ging es beim Intransparenzabzug nicht um einen Abzug bei den anrechenbaren Kosten, sondern um eine Reduktion des Kostendeckungsgrades (vgl. E. 3.1.2). Bereits dieser Umstand spricht dagegen, bei der Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten einen Intransparenzabzug vorzunehmen. Sodann bilden diese Kosten für das Spital zwar Grundlage für Tarifverhandlungen (oder -festsetzungsbegehren), der zu vereinbarende oder festzusetzende Tarif hat aber nicht diesen Kosten zu entsprechen, sondern sich am Tarif des Spitals, welches den Benchmark bildet, zu orientieren (vgl. E. 2.8.5 ff.). Die in das Benchmarking einflussenden Kostendaten eines einzelnen Spitals haben somit Auswirkungen auf die Vergütungen der übrigen Spitäler. Deshalb muss gewährleistet sein, dass der Benchmark soweit möglich auf den effektiven und transparent ausgewiesenen Kosten der in das Benchmarking einbezogenen Spitäler ermittelt wird.

9.2.2 Demnach ist bei der Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten (also vor dem Benchmarking) kein Intransparenzabzug vorzunehmen. Weiter ist der Beschwerdegegnerin grundsätzlich zuzustimmen, dass diejenigen Spitäler, die keine hinreichend transparente und vollständige Kostenrechnung vorlegen, idealerweise nicht in das Benchmarking einbezogen werden sollten. Wie zu verfahren wäre, wenn keine oder zu wenige Spitäler eine den Anforderungen entsprechende Kostenrechnung vorgelegt hätten und deshalb kein rechtskonformes Benchmarking möglich wäre, ist vorliegend nicht zu entscheiden. Diese Frage stellt sich erst, wenn es den zuständigen Kantonsregierungen nicht gelingt, im Rahmen der Tarifgenehmigungs- oder -festsetzungsverfahren die entscheidenderheblichen Tatsachen festzustellen.

10. Benchmarking und Preisbildung

10.1 Die Spitaltarife orientieren sich an der Entschädigung jener Spitäler, welche die tarifizierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen (Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG). Bei der Vereinbarung und bei der Festsetzung der Tarife ist auf eine betriebswirtschaftliche Bemessung zu achten (Art. 43 Abs. 4 KVG). Gemäss Art. 49 Abs. 8 KVG ordnet der Bundesrat in Zusammenarbeit mit den Kantonen schweizweit Betriebsvergleiche zwischen Spitalern an,

insbesondere zu Kosten und medizinischer Ergebnisqualität. Die Spitäler und die Kantone müssen dafür die nötigen Unterlagen liefern. Der Bundesrat veröffentlicht die Betriebsvergleiche.

10.1.1 Weder das KVG noch die gestützt darauf erlassenen Verordnungen regeln näher, wie die Preisbildung zu erfolgen hat. Dem Gesetz lässt sich lediglich entnehmen, dass sich die Tarifparteien (bzw. die Festsetzungsbehörde) an einem Referenzwert im Sinne von Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG zu orientieren haben. Fest steht auch, dass dieser Referenzwert aufgrund eines Benchmarkings der schweregradbereinigten Fallkosten (bzw. der benchmarking-relevanten Basiswerte) – bei qualitätskonformer Leistung – zu bestimmen ist.

Im Anhörungsverfahren zur Umsetzung der Spitalfinanzierung auf Verordnungsstufe (Teilrevisionen der KVV und der VKL) hatten verschiedene Akteure – insbesondere die GDK – vorgebracht, die zentrale Frage der Preisfindung sei nach wie vor offengeblieben, und beantragten, die KVV mit einer entsprechenden Bestimmung zu ergänzen (vgl. GDK, Detaillierte Stellungnahme vom 8. April 2008 S. 7 f.; BAG, Bericht zu den Ergebnissen der Anhörung zur Änderung der KVV und der VKL vom September 2008, insb. S. 96 ff.). Davon hat der Bundesrat jedoch abgesehen.

10.1.2 Die gemäss Art. 49 Abs. 8 KVG vorgesehenen Ergebnisse von Betriebsvergleichen auf nationaler Ebene stehen noch nicht zur Verfügung. Wie sich aus der Antwort des Bundesrates (vom 8. März 2013) auf die Interpellation (12.4176) von Nationalrat Toni Bortoluzzi vom 13. Dezember 2012 ergibt, ist mit einer Veröffentlichung von Betriebsvergleichen frühestens im Jahre 2015 zu rechnen.

10.1.3 Die SwissDRG-Tarifstruktur Version 1.0 kann noch nicht alle Kostenunterschiede zwischen Spitälern sachgerecht abbilden. Mindestens in den ersten Jahren nach Einführung der Fallpauschalen ist nach Ansicht der SwissDRG AG eine Preisdifferenzierung zwingend, sodass unterschiedlich hohe Basispreise (Basisfallwerte) in bestimmten Fällen systeminhärent notwendig und gewollt sind (vgl. Medienmitteilungen der SwissDRG AG vom 11. Mai 2012 und vom 14. Dezember 2012; Bericht der SwissDRG AG zuhanden des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. September 2013 [...]).

10.1.4 Vor diesem Hintergrund wird das Bundesverwaltungsgericht – zumindest für das erste Jahr nach Einführung der leistungsbezogenen Fallpauschalen – den Vorinstanzen bei der Umsetzung der Preisbildungs-

regel nach Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG einen sehr weiten 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.

10.1.5 Idealtypisch müssen Fallkosten-Betriebsvergleiche eine möglichst grosse und für alle Spitäler repräsentative Vergleichsmenge umfassen, und die zu vergleichenden benchmarking-relevanten Kosten- und Leistungsdaten müssen nach einheitlicher Methode möglichst genau und realitätsnahe ermittelt worden und frei von Wettbewerbsverzerrungen sein. Da der Betriebsvergleich gesamtschweizerisch vorzunehmen ist, resultiert idealtypisch ein schweizweit einheitlicher Benchmark. Nach Aufrechnung weiterer tarifrelevanter Kostenanteile, die bei der Berechnung der benchmarking-relevanten Basiswerte noch nicht berücksichtigt wurden (z.B. Anlagenutzungskosten und Teuerung), resultiert der Referenzwert, welcher die Ausgangsbasis für die Preisgestaltung bildet. Bei der Preisgestaltung ist es nicht ausgeschlossen, dass die Tarifpartner nebst dem Referenzwert in begründeten Fällen noch spitalindividuelle Besonderheiten berücksichtigen.

10.1.6 Da verschiedene Voraussetzungen fehlen, lässt sich ein idealtypisches Benchmarking zurzeit und insbesondere im Einführungsjahr nicht realisieren. Auch in dieser Übergangszeit ist jedoch ein sachgerechtes, auf die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele ausgerichtetes Benchmarking zwingend erforderlich. Zentrales Element eines sachgerechten Benchmarkings ist namentlich die Auswahl des massgebenden Benchmarkspitals aus einer genügend repräsentativen Vergleichsmenge. Insbesondere die positive Selektion von Vergleichsspitälern anhand von bestimmten Kriterien kann die Repräsentativität eines Vergleichs beeinträchtigen. Ein sachgerechtes Benchmarking muss zudem auf soliden Daten der in den Vergleich einbezogenen Spitäler basieren (vgl. auch E. 9.2.1, 6.4.4 und 7.3.3). Die Anforderungen an eine korrekte Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten (und des darauf beruhenden benchmarking-relevanten Basiswerts) sind umso höher, je geringer die Anzahl der in den Betriebsvergleich einbezogenen Spitäler ist. Erhöhte Anforderungen an die Kostenwahrheit sind insbesondere an die Daten derjenigen Spitäler zu stellen, welche als Benchmarkspital in Frage kommen.

10.2 Die Vorinstanz ist beim Benchmarking der Argumentation der Beschwerdegegnerin gefolgt und hat den Betriebsvergleich auf drei

Spitäler (LUKS, KSA und KSSG) beschränkt und den Benchmark beim 40. Perzentil (aufgrund gewichteter Fälle) beziehungsweise beim LUKS gesetzt. Ein Benchmarking mit einer solch kleinen und zudem positiv selektierten Vergleichsgruppe kann kaum noch als vertretbar erachtet werden, zumal die Vorinstanz weder überprüfen konnte, ob der benchmarking-relevante Basiswert der übrigen Spitäler rechtskonform ermittelt worden ist, noch deren Effizienz beurteilen konnte. Nicht mit Art. 49 Abs. 1 KVG vereinbar ist jedenfalls, wenn – wie vorliegend – der Benchmark bei einem Spital gesetzt wird, dessen benchmarking-relevante Betriebskosten (und demzufolge dessen benchmarking-relevanter Basiswert) nicht KVG-konform ermittelt wurden und das betreffende Spital aufgrund intransparenter Daten eigentlich gar nicht in das Benchmarking einbezogen werden sollte.

10.3 Die Vorinstanz beantragt in ihrer abschliessenden Stellungnahme, im Falle einer Rückweisung sei vom Bundesverwaltungsgericht insbesondere darzulegen, « aufgrund welcher Rechtsgrundlage die einzelne Kantonsregierung eine Wirtschaftlichkeitsprüfung vornehmen kann, die auch Spitäler umfasst, die keinen Leistungsauftrag des Kantons haben und deswegen nicht auf der kantonalen Spitalliste aufgeführt sind » (...).

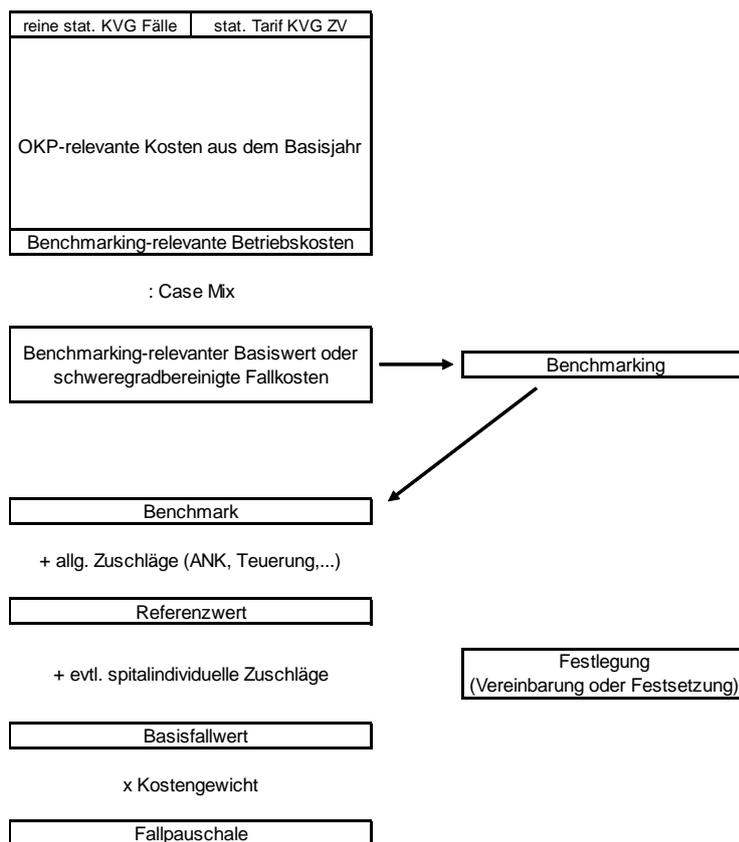
10.3.1 Die Kantone haben für ihre Wohnbevölkerung nicht nur eine hinreichende Spitalversorgung zu gewährleisten, sondern sind auch dafür verantwortlich, dass die von ihnen in die Spitalliste aufgenommenen Spitäler über einen rechtskonformen Tarif verfügen (BVGE 2013/17 E. 2.5). Für die Genehmigung eines Tarifvertrages (Art. 46 Abs. 4 KVG) ist daher diejenige Kantonsregierung zuständig, die dem betreffenden Spital einen Leistungsauftrag erteilt hat (wobei bei konkurrierender Zuständigkeit diejenige des Standortkantons vorgeht). Gleiches gilt bei einer Tariffestsetzung nach Art. 47 Abs. 1 KVG (zum Ganzen: BVGE 2013/8). Sowohl im Genehmigungs- als auch im Festsetzungsverfahren hat die zuständige Kantonsregierung zu prüfen, ob der Tarif mit dem Gebot der Wirtschaftlichkeit in Einklang steht (vgl. Art. 46 Abs. 4 Satz 2 KVG; betreffend Tariffestsetzung nach Art. 47 Abs. 1 KVG: BVGE 2010/24 E. 4.3; Urteil C-4961/2010 2013 E. 4.2). Eine Wirtschaftlichkeitsprüfung durch eine andere (nicht im Sinne von Art. 46 Abs. 4 und Art. 47 Abs. 1 KVG zuständige) Kantonsregierung sieht das KVG nicht vor.

10.3.2 Daraus folgt, dass sich der Regierungsrat für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit derjenigen Spitäler, welchen er keinen Leistungsauftrag erteilt hat, nur auf die Wirtschaftlichkeitsprüfung der jeweils zuständigen Kantonsregierung stützen kann. Da mit dem Betriebsvergleich

die Effizienz beurteilt werden soll, hat das Benchmarking grundsätzlich kostenbasiert und nicht aufgrund der verhandelten Preise zu erfolgen. Solange für einzelne Kantone verwertbare Kostendaten fehlen, ist während einer Übergangsphase die Orientierung an rechtskräftig festgesetzten oder genehmigten Tarifen anderer Spitäler nicht grundsätzlich unzulässig.

10.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass der angefochtene Beschluss mit den bundesrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar und daher aufzuheben ist. Ein reformatorischer Entscheid – wie von den Beschwerdeführerinnen und der Vorinstanz erbeten – kann nicht gefällt werden, weil über verschiedene Ermessensfragen zu entscheiden ist, wofür primär die Kantonsregierung und nicht das Gericht zuständig ist. Dies gilt insbesondere in Fällen wie dem vorliegenden, in welchen das Bundesverwaltungsgericht den Vorinstanzen einen weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum einzuräumen hat (vgl. E. 3.2.7 und 10.1.4).

Schematische Darstellung der verwendeten Begriffe



Erklärung weiterer Begriffe

Tarifrelevante Kosten enthalten in Analogie zu den *anrechenbaren Kosten* nach aArt. 49 Abs. 1 KVG nicht nur die benchmarking-relevanten Betriebskosten, sondern auch die allgemeinen Zuschläge.

Spitalindividuell kalkulierte Fallkosten (Schweregrad 1.0) entsprechen den tarifrelevanten Kosten, umgelegt auf den Basisfallwert (ohne Benchmarking).