

Kurzgutachten

vom 28. Februar 2020

im Auftrag von

H+ Die Spitäler der Schweiz
Lorrainestrasse 4 A, CH-3013 Bern

betreffend

**Gesetzeskonformität von geplanten Änderungen
der Krankenversicherungsverordnung (KVV)
betreffend die Tarifierung stationärer Spitalleis-
tungen**

Erstellt durch:

Michael Waldner, Rechtsanwalt

Michael Waldner
lic. iur. et Dipl. Natw. ETH
Rechtsanwalt
Tel +41 58 211 34 85
mwaldner@vischer.com
www.vischer.com

Eingetragen im Anwaltsregister
des Kantons Zürich

VISCHER AG

Zürich
Schützengasse 1
Postfach
8021 Zürich
Schweiz
Tel +41 58 211 34 00

Basel
Aeschenvorstadt 4
Postfach
4010 Basel
Schweiz
Tel +41 58 211 33 00

Genf
Rue du Cloître 4
Postfach
1204 Genf
Schweiz
Tel +41 58 211 35 00

Notariat im Kanton
Basel-Stadt

Inhaltsverzeichnis

II.	MANAGEMENT SUMMARY	3
III.	AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG.....	4
IV.	RECHTLICHES.....	5
A.	Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen	5
1.	Grundzüge der geltenden gesetzlichen Regelung.....	5
2.	Vorgesehener Regelungsinhalt	6
B.	Rechtliche Beurteilung	7
1.	KVG-widriges Effizienzmass (25. Perzentil, gewichtet nach Anzahl Spitäler)	7
a)	Betriebsvergleiche zur Effizienzmessung	7
b)	Problematik der Betriebsvergleiche unter SwissDRG (und TARPSY).....	8
c)	25. Perzentil als Effizienzmassstab verletzt Art. 49 Abs. 1 KVG.....	9
2.	Unterminierung der Anreizregulierung durch Ausschalten von Effizienzgewinnen.....	12
3.	Unterminierung der Tarifpartnerschaft (Art. 43 Abs. 4 KVG)	13
4.	Verletzung der Gleichbehandlung der Tarifpartner	14
5.	Unterminierung des Ermessens der Kantone	15
6.	Unterminierung des gesetzlichen Kostenteilers (Art. 49a KVG)	15
V.	FAZIT	15

II. MANAGEMENT SUMMARY

- 1 Am 12. Februar 2020 hat der Bundesrat einen Entwurf für eine Revision der Krankenversicherungsverordnung ("KVV", SR 832.102) in die Vernehmlassung geschickt, mit welcher er u.a. detaillierte Regelungen zur Berechnung der stationären Spitaltarife (insbesondere zum "Benchmarking") erlassen will¹.
- 2 Eine rechtliche Analyse der vorgesehenen Bestimmungen ergibt, dass der Bundesrat mit dem Ordnungsprojekt seine **Kompetenz in mehrfacher Hinsicht überschreitet**, und die vorgesehenen Regelungen gesetzgeberischen Zielsetzungen zuwiderlaufen oder diese untergraben:
 - So will der Bundesrat mit dem **25. Perzentil** (gewichtet nach Anzahl Spitälern) einen **Effizienzmassstab** für das Benchmarking vorschreiben, welchen das Bundesverwaltungsgericht eben erst in einem Urteil aus dem Jahr 2019 als "**gravierend verzerrt**" verworfen hat. Das vorgegebene Effizienzmass würde absehbar zu einer finanziellen Auszehrung weiter Teile der Spitallandschaft führen. Damit verletzt der Bundesrat zunächst Art. 49 Abs. 1 KVG, welcher nach dem Willen des historischen Gesetzgebers faire Preise für "einigermassen effiziente" Spitäler vorschreibt. Zugleich verletzt er den politischen Konsens, wonach die neue Spitalfinanzierung wohl zum Ausscheiden ineffizienter Spitäler führen kann, sie das Rückgrat der Spitalversorgung aber nicht in seiner Existenz gefährden soll.
 - Weiter verletzt der Bundesrat mit der Vorgabe eines fixen Effizienzmassstabes den im Gesetz verankerten und von der Rechtsprechung geschützten **Grundsatz der Tarifautonomie**. Mit seinen detaillierten Vorgaben zur Berechnung von Spitaltarifen und der Fixierung des Effizienzmassstabes schaltet der Bundesrat faktisch jegliches Ermessen der Tarifpartner aus. Gleiches gilt für das im Gesetz ebenfalls vorgesehene Ermessen der Kantone, denen die Instrumente zur Sicherstellung der Versorgungssicherheit durch die Festsetzung angemessener Spitaltarife weitgehend aus den Händen genommen werden.
 - Schliesslich untergräbt der Bundesrat mit seinem, für die nachhaltige Finanzierung der Spitäler absehbar zu tiefen Effizienzmassstab auch den politisch errungenen Kompromiss für eine dual-fixe Finanzierung mit einem **Kostenteiler von 55% (Kantone) zu 45% (Krankenversicherungen)**. Reichen Fallpauschalen für die Finanzierung der versorgungsrelevanten Spitäler nicht aus, werden die Kantone nicht umhinkommen, wenigstens die in ihrer Hand befindlichen Spitäler zu subventionieren, womit der Verteilschlüssel zu Lasten der öffentlichen Hand verschoben wird. Für eine solche – auch bloss mittelbare – Verschiebung der Finanzierungslast hat der

¹ Unterlagen abrufbar unter: <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/pendent.html>.

Bundesrat aktuell kein Mandat, zumal die wettbewerbsverzerrende Subventionierung von Spitälern im System der neuen Spitalfinanzierung verpönt ist.

- Die vorgesehenen Änderungen eliminieren weitgehend die Möglichkeit von Effizienzgewinnen und führen stattdessen zu einem Abstellen auf spitalindividuelle Kosten. Dies stellt eine **Wiederannäherung an die alte Objektfinanzierung** dar, von der sich der Gesetzgeber mit der neuen Spitalfinanzierung bewusst verabschiedet hatte.

3 Insgesamt kritisch zu beurteilen ist, dass sich der Bundesrat für diesen einschneidenden Eingriff soweit ersichtlich auf keinerlei Daten stützt und er anscheinend keinerlei Folgeabschätzung vorgenommen hat. Sein Vorgehen scheint einzig von der Aussicht auf eine Kostenersparnis zugunsten der Obligatorischen Krankenpflegeversicherung ("OKP") und zulasten der Spitäler geleitet zu sein². Besonders kritisch zu beurteilen ist sodann der Umstand, dass der Bundesrat in einem Zeitpunkt in den Kostenteiler zwischen Kantonen und OKP eingreift, in welchem mit der "**Einheitlichen Finanzierung ambulant-stationär**" ("EFAS") ein Grossprojekt kontrovers diskutiert wird, welches im Kern gerade diesen Kostenteiler betrifft. Der Bundesrat droht damit die entsprechenden Diskussionen zu präjudizieren bzw. zu erschweren.

4 Indem der Bundesrat Massnahmen anordnet, für die keine gesetzliche Grundlage besteht, bzw. die dem geltenden politischen Konsens widersprechen, stellt er letztlich auch die verfassungsrechtliche Gewaltenteilung in Frage. Diese gestattet es dem Bundesrat lediglich, das geltende Gesetz zu vollziehen (Art. 182 Abs. 1 BV) oder es ausnahmsweise zu ergänzen, was allerdings eine vorgängige Kompetenzdelegation durch den Gesetzgeber voraussetzt (Art. 164 Abs. 2 BV).

III. AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG

5 Am 1. Januar 2012 ist die neue Spitalfinanzierung in Kraft getreten. Es zeigte sich schnell, dass die geringe Regelungsdichte des Gesetzes hinsichtlich der Herleitung der Tarife für stationäre Spitalleistungen ("Benchmarking") zu schwierigen Umsetzungsfragen führen würde.

6 Die bis heute fortdauernden Anwendungsschwierigkeiten finden ihre Ursache im Wesentlichen darin, dass die neue Tarifstruktur SwissDRG entgegen den impliziten Erwartungen des Gesetzgebers nicht "ideal" ist. Vielmehr leidet sie auch gegen Ende der Ausreifungsphase an erheblichen Abbildungsgrenzen, die einem fairen Vergleich unterschiedlicher Spitäler entgegenstehen.

² Vgl. Erläuternder Bericht des Bundesrats, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/pendent.html>, S. 17.

- 7 Das Bundesverwaltungsgericht konnte in einer Reihe von Leitentscheiden (BVGE 2014/3; BVGE 2014/36; BVGE 2015/8) wohl einige Anwendungsfragen klären. Allerdings ermahnte es auch mehrfach den Bundesrat, auf dem Verordnungsweg konkretisierende Vorschriften zur Tarifierung und zum Benchmarking zu erlassen (zuletzt in BVGer-Urteil C-4374/2017, C-4461/2017, E. 8.9).
- 8 Am 12. Februar 2020 hat der Bundesrat nun einen Entwurf für eine Ergänzung der relevanten Vorschriften der KVV in die Vernehmlassung geschickt. Die Vernehmlassung läuft bis am 20. Mai 2020.
- 9 Wie nachfolgend darzulegen sein wird, gefährden die vorgesehenen Verordnungsbestimmungen zur Herleitung der stationären Spitaltarife (E-Art. 59c^{bis} KVV) die nachhaltige Spitalfinanzierung und damit die Versorgungssicherheit erheblich.
- 10 Vor diesem Hintergrund möchte "H+ Die Spitäler der Schweiz" rechtlich klären lassen, ob die vorgesehenen Tarifierungsregeln mit den gesetzlichen Vorschriften zur neuen Spitalfinanzierung vereinbar sind, bzw. wo sie gegebenenfalls gegen die geltenden gesetzlichen Vorgaben und die dahinterstehenden politischen Wertungen verstossen.
- 11 Das vorliegende Kurzgutachten konzentriert sich bei der Beantwortung dieser Frage auf die Grundelemente der in **E-Art. 59c^{bis} KVV** vorgesehenen Regelung und erhebt insofern keinen Anspruch auf eine vollständige und abschliessende Beurteilung aller Detailregelungen.

IV. RECHTLICHES

A. Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen

1. Grundzüge der geltenden gesetzlichen Regelung

- 12 Mit der Einführung der neuen Spitalfinanzierung hat der Gesetzgeber einen bewussten Entscheid getroffen, die bisherige Objektfinanzierung (mit der Ausfinanzierung von Defiziten durch die öffentliche Hand) durch eine **Leistungsfinanzierung** basierend auf Fallpauschalen zu ersetzen. Im Fallpauschalensystem werden die stationären Leistungen mittels Pauschalen abgegolten, was einen Anreiz zu effizientem Behandlungsverhalten setzen soll. In diesem Vergütungsmodell ist es systemimmanent, dass die Tarife von den spitalindividuellen Kosten entkoppelt und Gewinne ebenso wie Verluste möglich sind ("**Anreizregulierung**").
- 13 Eine wesentliche Neuerung ist sodann der Übergang zu einer "**dual-fixen**" Finanzierung: "Dual", weil sich die Kantone und die OKP die Finanzierung nach einem politisch austarierten Kostenschlüssel von **55% / 45%** teilen; "fix", weil die Fallpauschalen nach dem Willen des Gesetzgebers die einzige Entschädigung der Spitäler für stationäre Leistungen darstellen sollen, und darüberhinausgehende (v.a. versteckte) **kantonale Subventionen** verpönt sind.

- 14 Die Regelungsdichte hinsichtlich der Herleitung effizienter Fallpauschalen im Gesetz ist gering. In der Praxis der akutstationären Tarife (SwissDRG) hat sich der Vergleich schweregradbereinigter Fallkosten durchgesetzt. Dieser Vergleich ("Benchmarking") soll den nicht oder nur eingeschränkt funktionierenden Wettbewerb simulieren.
- 15 Kernfrage bei der Durchführung des Benchmarkings ist die Bestimmung des **Effizienzmassstabes**. Das Gesetz macht hierzu über das Effizienzgebot (Art. 49 Abs. 1 KVG) hinaus, keine konkretisierenden Vorgaben. Geht man aber davon aus, dass der Gesetzgeber mit der neuen Spitalfinanzierung zwar Druck zu effizientem Verhalten auf die Spitäler ausüben, dass er aber die Versorgungssicherheit nicht in ihren Grundfesten gefährden wollte, so ist der Effizienzmassstab so festzusetzen, dass er wohl zum Ausscheiden ineffizienter Leistungserbringer führen kann, dass er aber nicht jene Spitäler finanziell auszehrt, die die Hauptlast der Versorgungssicherheit tragen.
- 2. Vorgesehener Regelungsinhalt**
- 16 Mit einem neuen E-Art. 59c^{bis} KVV will der Bundesrat detaillierte Regelungen zur Tarifberechnung bei Vergütungsmodellen vom Typus DRG erlassen. Als Modelle vom "Typus DRG" gelten gemäss Ausführungen des Bundesrates derzeit die Tarife basierend auf den Tarifstrukturen SwissDRG und TARPSY, mithin die Tarife für akutstationäre und für stationäre psychiatrische Behandlungen in Spitälern und Geburtshäusern.
- 17 Die Regelung schreibt vor, dass für den Zweck der Tarifberechnung zunächst ein "Benchmark" zu ermitteln ist, der "die Referenz" bildet. Zu diesem Zweck werden in einem ersten Schritt die schweregradbereinigten Fall- oder Tageskosten aller Leistungserbringer in der Schweiz berechnet, die ihre Leistungen nach dem jeweiligen Vergütungsmodell abrechnen (E-Art. 59c^{bis} Abs. 1 lit. a KVV). Der Einbezug "aller" Leistungserbringer, die mit demselben Modell abrechnen, bedeutet im Bereich der SwissDRG-Tarife, dass nebst den Spitälern auch die Geburtshäuser ins Benchmarking einzubeziehen sind.
- 18 In einem zweiten Schritt werden die schweregradbereinigten Fall- oder Tageskosten desjenigen Leistungserbringers als Benchmarkwert ausgewählt, "*der gemessen an der Anzahl Leistungserbringer höchstens dem 25. Perzentilwert*" entspricht (Art. 59c^{bis} Abs. 1 lit. b KVV).
- 19 Der Benchmark entspricht im Grundsatz dem festzusetzenden Tarif. Gemäss E-Art. 59c Abs. 4 KVV sind indes Zuschläge bei jenen Leistungserbringern vorzunehmen, die "*zusätzliche Leistungen*" erbringen, und die u.a. die folgenden Voraussetzungen erfüllen: (1) Die Leistungen werden in der Tarifstruktur nicht sachgerecht abgebildet und (2) die Kosten werden vom Leistungserbringer transparent nachgewiesen. Die Beweislast für das Vorliegen von Mehrkosten und Mehrleistungen liegt nach dem Willen des Bundesrats beim Leistungserbringer.
- 20 Umgekehrt sieht E-Art. 59c^{bis} Abs. 5 KVV die Vornahme von Abzügen vom Benchmark bei Leistungserbringern vor, die "*systematisch weniger*

Leistungen" erbringen, welche die Tarifstruktur nicht sachgerecht abbildet.

- 21 Die Möglichkeit, Effizienzgewinne zu realisieren, wird weitgehend eliminiert: Bei jenen Spitälern, deren Kosten unterhalb des Benchmarks liegen, ist der Effizienzgewinn auf die Differenz zum Benchmark begrenzt (E-Art. 59c^{bis} Abs. 8 lit. a KVV). Bei all jenen Spitälern, die oberhalb des Benchmarks liegen, ist ein Effizienzgewinn ausgeschlossen, selbst wenn sie angesichts ihrer Leistungsbesonderheiten überdurchschnittlich effizient arbeiten (dies gilt jedenfalls dann, wenn E-Art. 59c^{bis} Abs. 4 i.V.m. Abs. 8 lit. b KVV dahingehend zu interpretieren ist, dass ein Zuschlag höchstens im Umfang tatsächlich entstandener Mehrkosten und nicht im Umfang der zu erwartenden Mehrkosten zu gewähren ist).

B. Rechtliche Beurteilung

1. KVG-widriges Effizienzmass (25. Perzentil, gewichtet nach Anzahl Spitäler)

a) Betriebsvergleiche zur Effizienzmessung

- 22 Es entspricht der Konzeption des Gesetzgebers, dass die Preise für effizient erbrachte stationäre Spitalleistungen mittels eines kostenbasierten Betriebsvergleichs bestimmt werden. Dieses sogenannte "Benchmarking" simuliert den im Spitalbereich nicht oder nur eingeschränkt funktionierenden Preiswettbewerb ("*yardstick competition*").
- 23 Als Massstab für die Effizienz strebte der historische Gesetzgeber nicht Bestleistungen an, sondern die Preise von Spitälern, die "*einigermassen effizient und günstig*" arbeiten (BVGE 2014/36, E. 3.1, m.H. auf ein Votum in der SGK). Das Bundesverwaltungsgericht seinerseits stellte fest, dass der Effizienzmassstab zwar "*eher streng*" anzulegen ist, aber doch so, dass die Versorgungssicherheit nicht gefährdet wird (vgl. BVGE 2014/36, E. 10.2.2 ff.; BVGE 2015/8, E. 4.2.4; EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2. Aufl., 2018, Art. 49 N 19).
- 24 In der Praxis setzt sich der Effizienzmassstab aus zwei Elementen zusammen (vgl. BVGE 2015/8, E. 4.3): (1) der Gewichtungsart und (2) dem Perzentil. Als Gewichtungsarten stehen dabei die Gewichtung nach Anzahl Spitälern (auch "ungewichtetes Benchmarking") und die Gewichtung nach Fällen oder Casemix-Punkten zur Diskussion. Während die Gewichtung nach Fällen oder Casemix-Punkten das Leistungsvolumen der einzelnen Leistungserbringer berücksichtigt, ist dies bei der Gewichtung nach Anzahl Spitälern nicht der Fall. Dadurch erlangen Leistungserbringer mit kleinem Leistungsvolumen dasselbe Gewicht wie sehr grosse Häuser.
- 25 Der Bundesrat schreibt nun in E-Art. 59c^{bis} Abs. 1 lit. b KVV vor, dass als Benchmark die schweregradbereinigten Fall- oder Tageskosten desjenigen Leistungserbringers ausgewählt werden, der "*gemessen an der Anzahl Leistungserbringer höchstens dem 25. Perzentilwert entspricht*".

Der Bundesrat legt damit das **25. Perzentil, gewichtet nach Anzahl Spitälern**, als Höchstmass fest.

26 Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, verletzt der Bundesrat damit Art. 49 Abs. 1 KVG und überschreitet zugleich seine Verordnungskompetenz.

b) Problematik der Betriebsvergleiche unter SwissDRG (und TARPSY)

27 Als der Gesetzgeber den neuen Art. 49 Abs. 1 KVG geschaffen und die Tarifierung mittels Benchmarking vorgeschrieben hat, ist er (implizit) davon ausgegangen, dass mit der Tarifstruktur SwissDRG eine "**ideale**" **Tarifstruktur** vorliegen werde. Eine solche "ideale" Tarifstruktur sollte alle Spitäler auf der Grundlage schweregradbereinigter Fallkosten vergleichbar machen, so dass ein gesamtschweizerischer Vergleich zu einem fairen Ergebnis für alle Spitäler führen würde.

28 Die Problematik von Betriebsvergleichen unter SwissDRG besteht jedoch darin, dass SwissDRG (und in gesteigertem Masse TARPSY) in keiner Weise eine "ideale" Tarifstruktur ist. Vielmehr weist sie **erhebliche, vorab systemimmanente Abbildungsgrenzen** auf, die die Vergleichbarkeit der Spitäler erheblich einschränken und die auch nach Abschluss der Ausreifungsphase nicht eliminiert werden können (vgl. BVGE 2014/36, E. 22.5).

29 Faktoren, die die Vergleichbarkeit einschränken sind etwa:

- **Inhomogene DRG-interne Fallverteilung:** Spitäler am oberen Ende der Versorgungskette behandeln innerhalb ein und derselben DRG gehäuft die überdurchschnittlich schweren Fälle. Sie weisen daher bei gleicher Effizienz höhere schweregradbereinigte Fallkosten auf. Umgekehrt gibt es am anderen Ende der Spitallandschaft Spitäler, die sich auf ein enges Leistungsspektrum und gegebenenfalls besonders leichte Behandlungsfälle ausrichten (pejorativ als "*cherry picking*" bezeichnet). Diese Spitäler weisen bei gleicher Effizienz tiefere schweregradbereinigte Fallkosten auf als ein durchschnittliches Spital.
- **Unterschiedliche Vorhaltekosten:** Gewisse Spitäler müssen aufgrund ihres Leistungsauftrags deutlich mehr Personalressourcen und Infrastruktur vorhalten (z.B. Notfall- oder Intensivpflegestation) als andere Spitäler. Diese (schwer fassbaren) Mehrkosten können durch die Tarifstruktur nicht abgebildet werden. Sie belasten namentlich die Endversorgerspitäler stark.
- **Zufällige Schwankungen der Fallzahlen:** Gerade bei kleinen Institutionen führen bereits kleine Schwankungen der Fallzahlen zu grossen Veränderungen der schweregradbereinigten Fallkosten. Solche Schwankungen beruhen oft auf (effizienzfremden) Zufälligkeiten und lassen die betroffenen Institute zu Unrecht als besonders effizient oder ineffizient erscheinen.

- 30 Polynomics konnte im Jahr 2015 in einer Studie im Auftrag des Universitätsspitals Zürich datenbasiert aufzeigen, dass die genannten Faktoren über die gesamte Spitallandschaft hinweg zu **gravierenden Verzerrungen** führen³. Diese Verzerrungen kommen dadurch zustande, dass am unteren Ende des Benchmarkings Spitäler mit einem oder gar mehreren "begünstigenden Faktoren" akkumuliert sind. Diese Spitäler weisen nicht aufgrund höherer Effizienz, sondern aufgrund spitalindividueller Sonderfaktoren tiefe schweregradbereinigte Fallkosten auf und werden den anderen Spitälern zu Unrecht als Effizienzmass entgegengehalten.
- c) **25. Perzentil als Effizienzmassstab verletzt Art. 49 Abs. 1 KVG**
- 31 Aufgrund der oben dargelegten Abbildungsgrenzen von Tarifstrukturen wie SwissDRG ist ein gesamtschweizerisches Benchmarking ein Vergleich zwischen "Äpfeln" und "Birnen" und insofern als solches kritisch zu beurteilen⁴.
- 32 In jedem Fall aber stehen diese Verzerrungen der Wahl eines zu tiefen "Effizienzmassstabes" entgegen. Von einem gesetzeskonformen Effizienzmassstab i.S.v. Art. 49 Abs. 1 KVG ist zu fordern, dass er auf die Leistungen eines "durchschnittlichen Spitals" mit zumindest "durchschnittlichen Leistungen" ausgerichtet ist, d.h. auf jene Spitäler, die eine relevante Versorgungsfunktion wahrnehmen. Gegen diese Vorgabe wird verstossen, wenn ein Effizienzmassstab festgesetzt wird, der von Spezialkliniken, Spitälern ohne Notfall- oder Intensivpflegestation und Geburtshäusern dominiert wird. Diese Spitäler haben wohl ihre Berechtigung im Spitalsystem, der von ihnen gesetzte "Benchmark" ist jedoch kein faires Effizienzmass für die Leistungen eines durchschnittlichen Spitals, das nicht von denselben Sonderfaktoren profitiert.
- 33 Vor diesem Hintergrund hat sich in den Einführungsjahren von SwissDRG ein Benchmarking-Massstab um das **40. - 50. Perzentil** (gewichtet nach Fällen oder Casemix) etabliert. Das Bundesverwaltungsgericht hat solche Effizienzmassstäbe stets geschützt (vgl. BVGE 2014/36, 40. Perzentil nach Casemix; BVGE 2015/8, 50. Perzentil, Medianspital; BVGer-Urteil C-4374/2017, C-4461/2017, 40. Perzentil nach Fällen; BVGer-Urteil C-1319/2018, 45. Perzentil bzw. 40. Perzentil nach Casemix).
- 34 Was nun das **25. Perzentil** (gewichtet nach Anzahl Spitälern) betrifft, so legen alle bisher von den Tarifpartnern vorgelegten, gesamtschweizerischen Benchmarkings nahe, dass es sich dabei um ein **ganz gravie-**

³ Polynomics (2015), Leistungsorientierte Vergütung mit dem Fallpauschalensystem SwissDRG; Polynomics (2015), Das Fallpauschalenmodell: Leistungsbezogene Basispreise mit SwissDRG (beide abrufbar unter: <http://www.usz.ch/news/medienmitteilungen/Seiten/F%C3%BCr-mehr-Chancengleichheit-in-der-Spitalfinanzierung.aspx>).

⁴ Vgl. MICHAEL WALDNER, Neue Spitalfinanzierung am Scheideweg, in: Jusletter 23. November 2015, Rz. 28.

rend verzerrtes Effizienzmass handelt, dessen Anwendung zu existenzgefährdenden Finanzierungslücken auch für effizient arbeitende Spitäler führen wird.

- 35 Illustrativ für die genannten Verzerrungen ist etwa das Benchmarking der Einkaufsgemeinschaft HSK, das jährlich in vergleichsweise hoher Transparenz publiziert wird. Eine Auswertung basierend auf dem HSK-Benchmarking 2019⁵ zeigt, dass beim 25. Perzentil (gewichtet nach Anzahl Spitälern) eine Mehrzahl der Spitäler unterhalb des Benchmarks **Spezialkliniken** und **Kleinstspitäler ohne Notfallstation** sowie Spitäler mit sehr **engem Leistungsspektrum** sind. Diese Spitäler sind unterhalb des Benchmarks deutlich **überrepräsentiert** und dominieren den Benchmark, obwohl sie gemessen an der Gesamtzahl der Fälle nur eine untergeordnete Rolle spielen:

Kategorie	Anteil der Kategorie <u>unter</u> Benchmark	Anteil der Kategorie <u>über</u> Benchmark	Anteil der Kategorie am Falltotal*
Spezialkliniken	61%	22%	9.2%
Geburtshäuser	16%	1%	0.46%
Spital < 1'000 Fälle	29%	13%	1.2%
Spital < 2'000 Fälle	58%	23%	3.8%
Spital < 100 DRG	48%	9%	<i>unbekannt</i>

* Anteil der von der jeweiligen Kategorie erbrachten Anzahl Fälle an der Gesamtzahl aller SwissDRG-Fälle (1'312'819).

Tabelle: Auswertung der Spitäler unterhalb des 25. Perzentils im HSK-Benchmarking 2019 (Gewichtung nach Anzahl Spitälern). Der Benchmark wird zu 61% von Spezialkliniken bzw. zu 58% von Kleinstspitälern mit unter 2'000 Fällen dominiert, obwohl diese gemessen an der Fallzahl des gesamten Spitalsystems nur eine untergeordnete Rolle spielen. Erheblich ist auch das Gewicht der Geburtshäuser, obwohl diese anderen regulatorischen Vorgaben unterstehen und sie mit 0.46% aller Fälle einen bloss marginalen Fallanteil aufweisen. Deutlich übervertreten sind auch die Spitäler mit sehr engem Leistungsspektrum, hier definiert als Spitäler, die weniger als 100 DRG ansteuern (eigene Auswertung, basierend auf: Einkaufsgemeinschaft HSK: Einkaufsgemeinschaft HSK Benchmarking für das Tarifjahr 2019; BAG Kennzahlen der Schweizer Spitäler, 2017).

- 36 Besonders gravierend ist der Einfluss, der den Geburtshäusern bei einer Gewichtung nach Anzahl Institutionen zukommt (ihr Einbezug in den Spitalbenchmark ist nach hier vertretener Auffassung aufgrund unterschiedlicher regulatorischer Vorgaben als solches gesetzwidrig): So erlangen Geburtshäuser, von denen die kleinsten rund 20 Fälle pro Jahr behandeln, dasselbe Gewicht wie ein Endversorger- oder Universitäts-spital mit 40'000 Fällen.
- 37 Ein Blick in die "Kennzahlen der Schweizer Spitäler 2017"⁶ des BAG zeigt zudem folgendes: Das BAG verzeichnet insgesamt 176 Spitäler, die in den Geltungsbereich von SwissDRG fallen. Diese Spitäler behandelten

⁵ Abrufbar unter: https://ecc-hsk.info/application/files/6915/3855/0267/BM_SwissDRG_Tarifjahr_2019_DE.pdf.

⁶ Abrufbar unter: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/zahlen-und-statistiken/zahlen-fakten-zu-spitaelern/kennzahlen-der-schweizer-spitaeler.html>.

insgesamt 1'312'819 stationäre Fälle⁷. Die 44 Spitäler mit den geringsten Fallzahlen (25% aller Spitäler) verzeichneten gemeinsam gerade einmal 14'001 Fälle. Das entspricht lediglich 1.07% aller Fälle im Anwendungsbereich von SwissDRG. Das vom Bundesrat als Maximum vorgeschriebene 25. Perzentil (gewichtet nach Anzahl Spitälern) entspricht damit im Extremfall dem **1. Perzentil gewichtet nach Fällen**.

- 38 Viele dieser Kleinstspitäler haben bislang keinen Eingang in die Benchmarkings gefunden. Ihr (verzerrender) Einfluss auf die Betriebsvergleiche dürfte allerdings künftig zunehmen, wenn die Versicherer diese Institutionen unter dem Hinweis auf drohende Sanktionen (E-Art. 59c^{bis} Abs. 5 lit. b KVV) vermehrt in ihre Benchmarkings aufnehmen werden. Diese – für die Leistungserbringung durch grössere Akuthäuser nicht repräsentativen Spitäler – definieren in der Folge den Benchmark für jene Spitäler, die die Hauptlast der Spitalversorgung tragen.
- 39 Was dies finanziell bedeuten könnte, lässt sich wiederum aus dem HSK-Benchmarking 2019 abschätzen: Liegt das 40. Perzentil (gewichtet nach Casemix-Punkten) gemäss diesem Benchmarking bei CHF 10'007, so liegt das 25. Perzentil (gewichtet nach Anzahl Spitälern) bei CHF 9'418. Die Differenz beträgt CHF 589 pro Casemix-Punkt⁸. Umgerechnet auf die ca. 1.3 Mio. Fälle im Anwendungsbereich von SwissDRG würden dem Spitalsystem damit **jährlich ca. CHF 760 Mio. entzogen** (und nicht lediglich die CHF 200 – 250 Mio., die gemäss Berechnungen des Bundesrats⁹ zugunsten der OKP eingespart werden können).
- 40 Dass dieses Effizienzmass gegen die gesetzgeberischen Zielsetzungen verstösst, sieht auch das Bundesverwaltungsgericht so: So hat das Gericht jüngst in BVGer-Urteil C-4374/2017, C-4461/2017, E. 8.6, festgestellt, dass ein Benchmark beim 25. Perzentil (gewichtet nach Anzahl Spitälern) an einer "*gravierenden Verzerrung*" leidet, was zu einer Gefährdung der Versorgungssicherheit führen könnte (was offenkundig auch nach Auffassung des Gerichts nicht mit den Zielsetzungen des Gesetzes vereinbar wäre).
- 41 Der Umstand, dass der Bundesrat in E-Art. 59c^{bis} Abs. 4 KVV die Möglichkeit von **Zuschlägen** für Spitäler vorsieht, die in der Tarifstruktur nicht abgebildete Mehrleistungen erbringen, ändert nach hier vertretener Auffassung nichts an der Gesetzeswidrigkeit des bundesrätlichen Effizienzmasstabes:

⁷ Summe der Fälle in Spitälern der BFS-Kategorien K111, K112, K121, K122, K123, K231, K232, K233, K234, K235.

⁸ Selbst beim sehr strengen und bereits deutlich verzerrten 30. Perzentil (gewichtet nach Fällen) liegt der Benchmark im HSK-Benchmarking 2019 bei CHF 9'871. Es ergibt sich eine Differenz von CHF 453 bzw. ein Betrag von jährlich ca. CHF 590 Mio., die dem Spitalsystem entzogen werden.

⁹ Vgl. Erläuternder Bericht des Bundesrats, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/pendent.html>, S. 17.

- 42 Denn erstens ist es als solches gesetzeswidrig, wenn ein Benchmark festgesetzt wird, der nicht auf die Leistungen eines zumindest "durchschnittlichen Spitals" ausgerichtet ist, und der damit kein faires Effizienzsignal für ein solches, durchschnittliches Spital bildet.
- 43 Zweitens ist es zumindest "unbillig" (Art. 43 Abs. 4 KVG), wenn das ganze Risiko von Abbildungsmängeln, deren genaue Ursachen und Auswirkungen bisher weder die SwissDRG AG noch die Tarifpartner in einer von allen Stakeholdern anerkannten Form fassen konnten, einseitig den Leistungserbringern angelastet wird.
- 44 Damit zusammenhängend ist es regulatorisch unverantwortlich, die Sicherung der Spitalfinanzierung davon abhängig zu machen, ob es den Spitalern künftig gelingt, den Nachweis von nicht in der Tarifstruktur abgebildeten Mehrleistungen in einer gerichtsfesten Weise zu erbringen, was angesichts der weiterhin sehr grossen Unsicherheiten über die genauen Zusammenhänge zwar nicht ausgeschlossen aber doch sehr ungewiss erscheint.

2. Unterminierung der Anreizregulierung durch Ausschalten von Effizienzgewinnen

- 45 Die in E-Art. 59c^{bis} Abs. 4 und 8 KVV vorgesehene Regelung führt dazu, dass die im System der neuen Spitalfinanzierung vorgesehene Möglichkeit, einen Effizienzgewinn realisieren zu können, weitgehend eliminiert wird:
- 46 Möglich sind gemäss E-Art. 59c^{bis} Abs. 4 und 8 KVV Effizienzgewinne grundsätzlich nur noch bei jenen (wenigen) Spitalern, deren Kosten unterhalb des Benchmarks liegen. Der Effizienzgewinn ist bei diesen Spitalern indes maximal auf die Differenz zwischen effektiven Kosten und Benchmark begrenzt.
- 47 Gänzlich ausgeschaltet ist die Möglichkeit eines Effizienzgewinns dagegen bei jenen 75% der Spitäler, deren Kosten über dem Benchmark liegen. Denn gemäss E-Art. 59c^{bis} Abs. 4 lit. c KVV setzt die Gewährung eines Zuschlags auf den Benchmark den Nachweis effektiv angefallener Mehrkosten voraus (jedenfalls liegt es nahe, E-Art. 59c^{bis} Abs. 4 lit. c KVV in eben diesem Sinne zu verstehen). Dies bedeutet, dass sämtliche Spitäler oberhalb des (gesetzeswidrig tiefen) Benchmarks **maximal ihre eigenen spitalindividuellen Kosten** vergütet erhalten können. Effizienzgewinne sind dagegen selbst dann nicht möglich, wenn die objektiv zu erwartenden, d.h. effizienten Kosten des betroffenen Leistungserbringers höher als seine effektiven Kosten liegen.
- 48 Indem der Bundesrat die Tarife maximal auf die spitalindividuellen Kosten begrenzen will, verschiebt er die neue Spitalfinanzierung ganz wesentlich in **Richtung der alten Objektfinanzierung**.
- 49 Der Bundesrat verfolgt damit ein Anliegen, welches von der Rechtsprechung zurückgewiesen wurde. Denn bereits im Rahmen des Pilotentscheids BVGE 2014/3 "Luzerner Kantonsspital" (E. 2.9.1.2) vertrat das

BAG die Sichtweise, dass die Tarife (weiterhin) auf die spitalindividuellen, effektiven Kosten begrenzt sein müssten.

50 Das Bundesverwaltungsgericht stellte in seinem Urteil jedoch klar, dass sich die Spitaltarife im Rahmen der neuen Leistungsfinanzierung nicht mehr nach den spitalindividuellen Kosten richten und insbesondere nicht auf diese begrenzt sind. Das Gericht verwarf daher die in der alten Objektfinanzierung verhaftete Sichtweise des BAG und stellte klar, dass die Möglichkeit, Effizienzgewinne zu realisieren, mit dem neuen Art. 49 Abs. 1 KVG vereinbar ist (BVGE 2014/3, E. 2.9.4).

51 Soll nun auf dem Weg einer Ordnungsänderung die Möglichkeit von Effizienzgewinnen für 75% aller Spitäler ausgeschaltet werden, so steht dies in einem markanten Widerspruch zur Konzeption der Leistungsfinanzierung, die zumindest massvoller ökonomischer Anreize bedarf. Eine Regelung, die diesen Mechanismus weitgehend ausschaltet, widerspricht der "*Regelungsidee des Gesetzgebers*" und ist daher von Art. 43 Abs. 7 KVG nicht abgedeckt.

3. Unterminierung der Tarifpartnerschaft (Art. 43 Abs. 4 KVG)

52 Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, einen Einheitspreis für alle Spitäler vorzuschreiben. Bereits mit der Formulierung, dass sich die Spitaltarife an der Vergütung effizienter Spitäler "*orientieren*" (Art. 49 Abs. 1 KVG), hat er in einem gewissen Mass einen Ermessensspielraum für Abweichungen vom Benchmark geschaffen.

53 Diesen Ermessensspielraum auszufüllen, fällt im System des KVG primär den Tarifpartnern zu, deren Vertragsfreiheit ("Tarifautonomie") u.a. in Art. 43 Abs. 4 KVG ausdrücklich verankert ist. Das Bundesverwaltungsgericht äusserte sich in seinem zweiten Leitentscheid BVGE 2014/36 "Zürcher Stadtspitäler" eingehend zur zentralen Rolle, die der Tarifautonomie im Kontext der neuen Spitalfinanzierung zukommt (E. 24.3.1):

"24.3.1 [...] Das KVG stellt das Prinzip der Vertragsfreiheit in den Vordergrund und «lässt den Tarifpartnern die Freiheit, den bestmöglichen Rahmen für ihre Tarifordnungen weitgehend selber abzustecken» (Botschaft zum KVG 1991, S. 179). Auch das Bundesgericht hat die Bedeutung der Vertragsfreiheit hervorgehoben. Es führte aus, Tarifverträge hätten unter anderem zum Zweck, die Wirtschaftlichkeit der Leistungen zu gewährleisten (Urteil des BGer 9C_252/2011 vom 14. Juli 2011 E. 5.2), und den Vertragsparteien stehe bei der Tariffestsetzung ein weiter Ermessensspielraum zu, weil sie am ehesten zu beurteilen vermöchten, was unter den gegebenen Umständen als angemessen und notwendig zu erachten sei (BGE 126 V 344 E. 4.a.; vgl. EUGSTER, KVG, a.a.O., Art. 43 Rz. 6; ALFRED MAURER, Das neue Krankenversicherungsrecht, 1996, S. 83). Es bestehen keine Anhalts-

punkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der Revision der Spitalfinanzierungsordnung die Vertragsautonomie einschränken wollte [...]."

- 54 Des Weiteren betonte das Bundesverwaltungsgericht, dass die Wahrung eines Ermessensspielraums u.a. als Anreiz zur autonomen Lösungsfindung im Rahmen von Vertragsverhandlungen wichtig ist (BVGE 2014/36, E. 24.3.2).
- 55 Wenn der Bundesrat nun hoheitlich ein fixes (Höchst-)Effizienzmass festschreibt, von dem die Tarifpartner jedenfalls nach oben nicht abweichen dürfen (eine Abweichung nach unten wird ohnehin nicht in Betracht fallen), so beraubt er damit die Tarifpartner jeglichen Ermessensspielraums, obwohl ein solcher im Gesetz ausdrücklich verankert ist.
- 56 Der Umstand, dass gemäss E-Art. 59c^{bis} Abs. 4 KVV Zu- bzw. Abschläge vom Benchmark vorzunehmen sind, vermag daran nichts zu ändern. Denn gemäss der Konzeption von E-Art. 59c^{bis} Abs. 4 KVV sind die entsprechenden Zu- und Abschläge sowie ihre Höhe verpflichtend vorgeschrieben. Damit verbleibt den Tarifpartnern auch auf der Ebene der Tariffdifferenzierung soweit ersichtlich keinerlei eigenes Ermessen.
- 57 Dadurch verletzt der Verordnungsentwurf Art. 43 Abs. 4 und Art. 49 Abs. 1 KVG. Zudem dürfte der Bundesrat mit seinen detaillierten Regelungen zur Herleitung wirtschaftlicher Tarife auch seine auf "Grundsätze" beschränkte Kompetenz gemäss Art. 43 Abs. 7 KVG überschreiten.

4. Verletzung der Gleichbehandlung der Tarifpartner

- 58 Mit Blick auf das von Gesetzes wegen partnerschaftlich ausgestaltete Tarifsysteem kritisch zu beurteilen ist sodann, dass der Benchmark gemäss E-Art. 59c^{bis} Abs. 3 KVV einseitig von den Versicherern "ermittelt" werden soll. Die Versicherer sollen sich dabei offenbar auf die ihnen vorliegenden (und von ihnen bearbeiteten) Kostendaten der Spitäler stützen.
- 59 Wie der Bundesrat selbst in seinem erläuternden Bericht feststellt, ist die Ermittlung des Benchmarkwerts "*im Rahmen der gesetzlich verankerten Tarifautonomie in erster Linie Sache der Tarifpartner (Art. 46 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 KVG)*"¹⁰. Zu den Tarifpartnern gehören selbstredend auch die Leistungserbringer. Diese stellen nach dem Willen des Gesetzgebers gleichberechtigte Tarifpartner dar, die mit den Krankenversicherern auf Augenhöhe verhandeln können müssen.
- 60 Es widerspricht dem verfassungsmässigen und gesetzgeberischen Gleichbehandlungsgebot (sowie der Billigkeit, Art. 46 Abs. 4 KVG), wenn der Ordnungsgeber den Krankenversicherern in einem zentralen Punkt der Spitalfinanzierung, nämlich der Bestimmung des Benchmarkwerts, einen strukturellen Vorrang einräumt, indem er die von ihnen

¹⁰ Vgl. Erläuternder Bericht des Bundesrats, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/pendent.html>, S. 19.

verwalteten Kostendaten als massgeblich erklärt und ihnen die Ermittlung des Benchmarks überlässt.

5. **Unterminierung des Ermessens der Kantone**

61 In gleicher Weise wie das Ermessen der Tarifpartner wird mit den Vorgaben von E-Art. 59c^{bis} Abs. 4 KVV auch das Ermessen der Kantone eingeschränkt, welches diese von Gesetzes wegen im Rahmen der hoheitlichen Tariffestsetzung (d.h., wenn die Tarifpartner sich nicht vertraglich einigen können) geniessen (BVGE 2014/36, E. 24.3.3).

6. **Unterminierung des gesetzlichen Kostenteilers (Art. 49a KVG)**

62 Wie einleitend erwähnt, ist der Verteilschlüssel von 55% / 45% für die Kostenbeteiligung von Kantonen und OKP einer der Grundpfeiler der neuen Spitalfinanzierung (vgl. oben, Rz. 13).

63 Gerade aus der Vorgabe, dass die Finanzierung "fix" sein soll, d.h., dass daneben keine weiteren Vergütungen geleistet werden sollen, ergibt sich die Forderung, dass die über die Fallpauschalen den Spitälern zufließenden finanziellen Mittel hinreichend sein müssen, um ein effizientes Spitalsystem langfristig vollständig zu finanzieren. Mit der Vorgabe eines Benchmarking-Massstabes, der für grosse Teile der Spitallandschaft zu tief liegt (bzw. nicht "fair" ist, weil er sich nicht auf vergleichbare Leistungen bezieht), ist dieses Erfordernis nicht erfüllt. Die Folge dürfte sein, dass sich die Kantone gezwungen sehen werden, die in ihrer Hand befindlichen Spitäler zur Sicherung der Spitalversorgung mit Subventionen zu unterstützen. Dadurch wird nicht nur die Vorgabe, dass wettbewerbsverzerrende Subventionen verpönt sind, verletzt, sondern es wird auch der politisch fixierte Kostenteiler zwischen Kantonen und OKP zulasten der Ersteren verschoben, ohne dass der Bundesrat für einen derart einschneidenden Eingriff ein Mandat hätte.

V. **FAZIT**

64 Mit den geplanten Eingriffen ins Finanzierungsregime für stationäre Spitalleistungen verletzt der Bundesrat nach hier vertretener Auffassung in mehrfacher Hinsicht das geltende Gesetz. Er unterläuft zudem den politischen Konsens, der der neuen Spitalfinanzierung zugrunde liegt, wonach die Fallpauschalen ein effizientes Spitalsystem ausfinanzieren müssen und nicht zu einer Gefährdung der Versorgungssicherheit führen sollen.

65 Die Vorgabe des 25. Perzentils (gewichtet nach Anzahl Spitälern) hätte absehbar gravierende Auswirkungen auf die Finanzierungssituation der Hauptträger der Spitalversorgung. Legt man aktuelle Benchmarkings zugrunde, so ergibt sich gegenüber dem aktuellen Zustand eine dauerhafte Finanzierungslücke von jährlich deutlich über einer halben Milliarde Schweizer Franken. Diese Finanzierungslücke dürfte namentlich die Spi-

- täler mit wichtiger Versorgungsfunktion treffen, und zu einem Qualitätsabbau oder zu einer Verschiebung der Finanzierungslast auf die Kantone (und in der Folge möglichen Steuererhöhungen) führen.
- 66 Kritisch zu beurteilen ist der Umstand, dass sich der Bundesrat bei der Definition der neuen Vorgaben soweit erkennbar nicht von fundierten, datenbasierten Analysen leiten lässt und er offenbar auch keine Folgeabschätzung vorgenommen hat (solche werden jedenfalls in den erläuternden Dokumenten nicht erwähnt). Im Vordergrund stand offenbar einzig die Aussicht auf eine Kosteneinsparung zugunsten der OKP und zulasten der Spitäler¹¹. Dass eine solche Kosteneinsparung ausgehend von den heute geltenden Tarifen sachlich angezeigt oder gerechtfertigt wäre, wird vom Bundesrat in keiner Weise belegt.
- 67 Besonders kritisch erscheint der jetzt geplante bundesrätliche Eingriff zudem deshalb, weil mit dem Projekt EFAS ein gesundheitspolitisches Grossprojekt diskutiert wird, welches im Kern die künftige Verteilung der Finanzierungslast zwischen Kantonen und OKP betrifft¹². Der Kostenschlüssel ist denn auch einer der wesentlichen, noch ungelösten Streitpunkte zwischen den betroffenen Stakeholdern¹³. Vor diesem Hintergrund erschiene es umso angezeigter, dass sich die Exekutive im jetzigen Zeitpunkt mit Verordnungsgeschäften, die Rückwirkungen auf die Verteilung der Finanzierungslasten haben, zurückhält. Mit der jetzigen Vorlage tut der Bundesrat indes das Gegenteil, indem er einen Effizienzmassstab festsetzt, der die künftige Finanzierungslast zulasten der Kantone verschiebt und damit ausstehende Entscheidungen des Gesetzgebers im Rahmen von EFAS zu präjudizieren droht.
- 68 Die Spitäler und ihr Verband werden gefordert sein, sich mit Nachdruck gegen die geplanten Massnahmen einzusetzen. Dies gilt umso mehr, als die Gesetzmässigkeit einer Verordnung gerichtlich lediglich im konkreten Anwendungsfall und nur als Vorfrage beurteilt werden kann (keine "abstrakte", sondern bloss "konkrete" Normenkontrolle).

* * * * *

¹¹ Vgl. Erläuternder Bericht des Bundesrats, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/pendent.html>, S. 17.

¹² Vgl. Parlamentarische Initiative Finanzierung der Gesundheitsleistungen aus einer Hand. Einführung Monismus (09.528).

¹³ Vgl. die Stellungnahme der GDK: "Pa.Iv. 09.528 Finanzierung der Gesundheitsleistungen aus einer Hand. Einführung Monismus", S. 3, abrufbar unter: https://www.gdk-cds.ch/fileadmin/docs/public/gdk/aktuelles/stellungn/SN_2019/SN_GDK_EFAS_Entwurf_SGK-NR_20190627_d.pdf.