

# **BVGer C-2380/2012 vom 17. September 2015**

Bundesverwaltungsgericht, 2015-09-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-2380\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-2380_2012)

FR: TAF C-2380/2012 du 17 septembre 2015

IT: TAF C-2380/2012 del 17 settembre 2015

## **Regeste**

Tarife der Leistungserbringer

## **Erwägungen**

### **E. 4**

Die Parteien haben sich vorliegend vertraglich nicht geeinigt, weshalb der Regierungsrat zu Recht den Tarif hoheitlich festgesetzt hat. Der Regierungsrat hat vor der Tariffestsetzung die PUE konsultiert. Diese hat am 17. Mai 2011 die Empfehlung abgegeben, den TPW auf Fr. 0.80 festzusetzen. Der Regierungsrat hat in seinem Entscheid begründet, warum er dem Antrag der PUE nicht gefolgt ist. Die Tariffestsetzung durch den Regierungsrat ist somit aus Sicht des KVG und des PüG formal nicht zu beanstanden. 5.1 TARMED ist die gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur für die Berechnung der Vergütung der auf Einzelleistungstarifbasis im Sinne Art. 43 Abs. 5 KVG von einem Spital ambulant erbrachten KVG-Leistungen. Die Tarifstruktur hat den langjährigen Spitalleistungskatalog (SLK) abgelöst und ist per 1. Januar 2004 in Kraft getreten. 5.1.1 Der Bundesrat hat am 30. September 2002 gestützt auf Art. 46 Abs. 4 KVG den Rahmenvertrag zwischen santésuisse und "H+ Die Spitäler der Schweiz" (nachfolgend: H+) vom 13. Mai 2002 (nachfolgend: Rahmenvertrag) inklusiv den Anhängen als integrierende Bestandteile genehmigt und den Kantonsregierungen Empfehlungen zur Umsetzung des Rahmenvertrages gegeben. Gemäss Art. 9 Abs. 2 des Rahmenvertrages werden die Taxpunktwerte auf kantonaler Ebene vereinbart. Ferner gilt es festzustellen, dass gemäss diesen Empfehlungen die Festsetzung unterschiedlicher Taxpunktwerte für einzelne Fachbereiche sowie für Leistungserbringer mit eingeschränktem Leistungsspektrum abzulehnen ist, da ansonsten daraus de facto ein Taxpunktwert nach Fachgebiet resultieren würde. Es ist zwar nicht grundsätzlich unzulässig, verschiedene Taxpunktwerte für einzelne Leistungserbringerbereiche in einem Kanton festzusetzen. Voraussetzung für einen eigenen Taxpunktwert ist jedoch, dass dadurch die vom TARMED gewollte Strukturanpassung nicht rückgängig gemacht wird, das heisst, dass nicht ein Taxpunktwert für einzelne Fachbereiche geschaffen wird. Demzufolge muss sich die Berechnung des Taxpunktwertes auf ein möglichst breites Leistungsspektrum verbunden mit einem zumindest durchschnittlichen Mengengerüst abstützen, damit der Taxpunktwert bei dessen Umsetzung in der Praxis nicht zu unerwünschten Verzerrungen führt (vgl. BVGE 2010/14 nicht publizierte E. 5.3.1 mit Hinweis [=Urteil des BVGer C-4308/2007 vom 13. Januar 2010]). 5.1.2 Das Inkrafttreten des Systems TARMED per 1. Januar 2004 war vom Prinzip der Kostenneutralität beherrscht. Die Kostenneutralitätsphase dauerte vom April des Einführungsjahres bis zum April des Folgejahres, also von April 2004 bis April 2005. Das Ziel der Kostenneutralitätsphase war, eine Kostensteigerung aufgrund des Wechsels des Rechnungsmodells zu verhindern. Das Prinzip der Kostenneutralität ist, nachdem einmal ein Tarif nach dem neuen TARMED-Modell

festgelegt worden und damit der Systemwechsel vollzogen worden ist, nicht mehr anwendbar (vgl. Urteil des BVGer C-6229/2011 vom 5. Mai 2014 E. 11.2.3). 5.1.3 Die Tarifstruktur TARMED basiert auf einer Vollkostenrechnung. In den technischen Leistungen sind somit Personal- und Sachkosten inklusiv Anlagenutzungskosten, Eigenkapitalverzinsung, Abschreibungen und Debitorenverluste vollumfänglich berücksichtigt (vgl. BVGE 2010/14 nicht publizierte E. 4.3.1 mit Hinweisen [=Urteil des BVGer C-4308/2007 vom 13. Januar 2010]). 5.2 Die Berechnung des TPW für die Leistungserbringer hat unter Beachtung des KVG und der Praxis des Bundesrates, welcher bis zum Inkrafttreten der neuen Bundesrechtspflege gemäss Art. 53 Abs. 1 KVG (in der bis zum 31. Dezember 2006 gültigen Fassung) für die Beurteilung von Beschwerden gegen Beschlüsse im Sinne von Art. 47 Abs. 1 KVG zuständig war, zu erfolgen. Ferner ist auch die inzwischen ergangene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, welches diejenige des Bundesrates weiterführt, zu beachten (BVGE 2010/14 nicht publizierte E. 3 [=Urteil des BVGer C-4308/2007 vom 13. Januar 2010]). Da die Kantonsregierung weder an Vorverträge noch an gemeinsame Absichtserklärungen der Parteien gebunden ist, ist sie nicht verpflichtet, bei einer hoheitlichen Festsetzung die Berechnungsmodule der Tarifpartner sowie den Anpassungsmechanismus anzuwenden. Vielmehr hat der Kanton auf Grund der einschlägigen Gesetze und Verordnungen zu entscheiden (vgl. RKUV 6/2004 S. 510 f. E. 6 und RKUV 4/2005 S. 252 E. 2.4). Der Bundesrat hat in seiner Rechtsprechung festgehalten, dass das Gesetz keine genauen Angaben zu den Daten enthält, die bei der Berechnung eines Tarifs beizuziehen sind. Ferner hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass das Gesetz überdies keine präzisen Angaben zur Festlegung eines Tarifs enthält (vgl. dazu das Urteil des BVGer C 6229/2011 vom 5. Mai 2014 E. 11.1 mit Hinweisen).

## **E. 6**

Strittig und zu prüfen ist, ob der von der Vorinstanz festgesetzte TPW von Fr. 1.16 "für die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler, Kliniken und Institutionen" den gesetzlichen Vorgaben entspricht und mit den Geboten der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit im Einklang steht. Im Sinne einer Vorbemerkung ist in Bezug auf die durch die Vorinstanz verwendete Bezeichnung "öffentliche und öffentlich subventionierte Spitäler, Kliniken und Institutionen" festzuhalten, dass seit dem 1. Januar 2009 mit dem Inkrafttreten von Ziff. I des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 2007 über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung; AS 2008 2049; BBl 2004 5551) nicht mehr zwischen öffentlichen Spitälern und Privatspitälern unterschieden wird. Nachfolgend werden deshalb für die Bezeichnung der vorliegend involvierten Kliniken und Institutionen die Begriffe "Leistungserbringer" oder "Beschwerdegegner" verwendet.

### **E. 6.1**

Der Regierungsrat führte in seinem Beschluss aus, bisher existierte keine einheitliche und anerkannte Methode für die Tarifberechnungen im ambulanten Bereich. Vorliegend habe man als Basis auf die nach ITAR\_K ermittelten Kosten abgestellt. Von den eingereichten Kostendaten seien die Anlagenutzungskosten ausgeschieden worden, da im Erfassungsjahr noch nicht alle Leistungserbringer über eine VKL-konforme Anlagebuchhaltung verfügten. Die Anlagenutzungskosten seien deshalb nach erfolgter Wirtschaftlichkeitsprüfung mittels normativem Zuschlag berücksichtigt worden. Kosten, die nicht direkt einem ambulanten Tarifwerk (Arzt-, Physiotherapie- oder Laborleistungen) zugerechnet werden konnten, seien nach dem Kostenvolumen anteilmässig berücksichtigt worden. Von den totalen Kosten für

die ambulante Leistungserbringung seien allfällige Kosten für wertvermehrende Unterhalts- und Reparaturarbeiten, für Gebäude- und Sachversicherungsprämien etc. abgezogen und die nicht als Kostenminderung geltenden Erlöse der Kontogruppe 66 dazugeschlagen worden. Die so ermittelten Kosten seien schliesslich um die nicht anrechenbaren Kosten für Lehre und Forschung gekürzt worden. Die bereinigten, anrechenbaren Kosten jedes der für die Tarifiermittlung massgebenden Spitäler würden dann durch die jeweiligen gesamten fakturierten Taxpunkte geteilt. Das Resultat seien spitalindividuelle, rechnerische Taxpunktwerte. Die rechnerischen Kosten pro Taxpunkt der Leistungserbringer des Kantons Bern seien schliesslich miteinander verglichen worden (innerkantonales Benchmarking). Die RSE AG sei mit einem rechnerischen Taxpunkt von Fr. 1.03 das günstigste Spital im Kanton Bern und bilde somit den Benchmarkwert. Unter Einrechnung einer Toleranzmarge von 2% ergebe sich ein massgebender Benchmarkwert von Fr. 1.05. Nach Zuschlag der in einem vorangehenden Berechnungsschritt ausgeschiedenen Anlagenutzungskosten von pauschal 10%, analog des im Modell Typ DRG angewandten Satzes, ergebe sich somit ein TPW von Fr. 1.16.

## **E. 6.2**

Die Beschwerdeführerinnen kritisierten in Bezug auf die Berechnungsmethode der Vorinstanz im Wesentlichen, dass keine "Parallelisierung" vorgenommen worden sei, obwohl dies von der Rechtsprechung bereits verschiedentlich gutgeheissen worden sei. Die Beschwerdeführerinnen argumentierten, dass der Vergleich mit dem TPW der frei praktizierenden Ärztinnen und Ärzte (Fr. 0.86) trotz Vorliegen von Kostendaten möglich gewesen wäre, da die Unterschiede zwischen den verschiedenen Leistungserbringern (namentlich: frei praktizierende Ärztinnen und Ärzte sowie Spitalambulatorien) bereits in der TARMED-Struktur berücksichtigt worden seien und diese somit nicht mittels Anwendung verschiedener Taxpunktwerte zu erfolgen habe. Ferner gaben die Beschwerdeführerinnen zu bedenken, dass auch nach Ablauf der Einführungsphase von TARMED eine Kostensteigerung unzulässig sei und deshalb der von der Vorinstanz festgesetzte TPW, welcher deutlich über Fr. 1. liege, nicht geschützt werden könne. 7.1 In casu haben sich die Leistungserbringer mit den Krankenversicherern mit Anhang 1 vom 5. Oktober 2007 zum Vertrag vom 14. November 2005 über einen TPW geeinigt. Nachdem santésuisse den Anhang am 25. Juni 2008 gekündigt hatte, verlängerte der Regierungsrat gestützt auf Art. 47 Abs. 3 KVG die Geltungsdauer des Anhangs 1 um ein Jahr. Die Einigung der Parteien über einen TPW bedeutete somit das Ende der Kostenneutralitätsphase, so dass bei der vorliegenden Überprüfung des festgesetzten TPW das Prinzip der Kostenneutralität nicht zu berücksichtigen ist (vgl. Urteil des BVGer C-6229/2011 vom 5. Mai 2014 E. 11.2.3). Somit unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt - entgegen der Ansicht der PUE - von demjenigen im Urteil des BVGer C-427/2008 vom 30. Juni 2009 (vgl. E. 4.2.2 und 11.2.3), wo mangels Vorliegens entsprechender Kostendaten und mangels Mitwirkung des betroffenen Leistungserbringers noch kein kostenneutraler Start-TPW festgelegt werden konnte, so dass das Gericht festhalten musste, dass diesfalls die Festsetzung des TPW trotz Beendigung der Kostenneutralitätsphase unter Beachtung des Prinzips der Kostenneutralität zu erfolgen habe. 7.2 Die TPW-Berechnungsmethode der PUE berücksichtigt - wie aus der Empfehlung vom 17. Mai 2011 ersichtlich ist - nur die teuerungsbedingte Kostensteigerung, da sie die teuerungsbedingt indextierten Kosten mit den effektiven Kosten pro Versicherten des entsprechenden Jahres vergleicht. Aus dem Vergleich dieser Kosten schliesst die PUE, dass, wenn die Kosten pro Versicherten im Vergleich mit der auf Grund der Teuerung zu

erwartenden Kostensteigerung überproportional gestiegen sind, der TPW zu senken ist. Wie bereits im Urteil des BVGer C 6229/2011 vom 5. Mai 2014 E. 11.3.2 festgehalten wurde, führt diese Methode zu unbefriedigenden Resultaten, da damit die Leistungserbringer die Kostensteigerung auf Grund der Entwicklung und dem Fortschritt der Medizin, der Alterung der Bevölkerung sowie ausserordentlicher Ereignisse (beispielsweise eine Pandemie) alleine zu tragen haben. Eine Methode, die einen einzigen Tarifpartner derart benachteiligt und den übrigen, vielfältigen Faktoren, die einen Tarif beeinflussen, nicht angemessen Rechnung trägt, ist nicht zu befürworten. Die PUE hat in ihrer Empfehlung in Bezug auf den für das Jahr 2010 errechneten TPW von Fr. 0.69 denn auch eingeräumt, dass dieser einem Vergleich mit dem für die meisten Kliniken im Kanton Bern geltenden TPW aus dem Jahr 2009 von Fr. 0.91 und dem TPW für die frei praktizierenden Ärztinnen und Ärzte im Kanton Bern von Fr. 0.86 nicht standhalte. Sie hat mit Blick auf die grosse Differenz zwischen dem errechneten TPW und anderen im Kanton geltenden TPW und in der Absicht, keine falschen Anreize zu setzen und falsche Preissignale auszusenden, ihre Empfehlung angepasst, indem sie einen TPW von Fr. 0.80 empfahl. Sie begründete den empfohlenen TPW von Fr. 0.80 damit, dass dieser sich in der Mitte von Fr. 0.69 und Fr. 0.91 befinde und die Differenz zum TPW der frei praktizierenden Ärzte (Fr. 0.86) vertretbar sei. Wie soeben festgestellt, hat die Berechnungsmethode der PUE grundsätzliche Mängel und kann deshalb nicht angewandt werden. Überdies beruht das weitere Vorgehen der PUE bei der Bestimmung des TPW (Korrektur des errechneten TPW) nicht auf einer systematischen Vorgehensweise, was ebenfalls problematisch ist. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Berechnungsmethode der PUE abzulehnen ist. Somit ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von der Empfehlung der PUE abgewichen ist.

7.3 Nachfolgend ist zu prüfen, ob die TPW-Berechnung der Vorinstanz den Anforderungen des Gesetzes und der Rechtsprechung standhält. Einleitend ist festzustellen, dass - wie die Vorinstanz in ihrem Entscheid zutreffend ausgeführt hat - tatsächlich kein einheitliches kostenbasiertes Berechnungsmodell für die Kosten im ambulanten Bereich existiert, auf welches man abstellen könnte (vgl. Urteil des BVGer C 6229/2011 vom 5. Mai 2014 E. 11.1 mit Hinweisen), was aber nicht heisst, dass der TPW nicht unter Berücksichtigung der tatsächlichen und ausgewiesenen Kosten nach betriebswirtschaftlichen Kriterien festzusetzen ist. Den Parteien ist zuzustimmen, wenn sie geltend machen, die TARMED-Struktur sei veraltet und weise diverse Mängel auf (vgl. den Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle [EFK] vom November 2010, S. 76 ff.). Eine mangelhafte Struktur, die die tatsächlichen Gegebenheiten nicht (mehr) korrekt abbildet, kann auf Seiten der Leistungserbringer zu falschen Anreizen und einem Ausnützen der strukturellen Vorgaben zum eigenen Vorteil führen (vgl. dazu Ludwig Bapst, Tarifpolitik zwischen Markt und Macht, Band 2, Kapitel G. Umsetzung der Tarifpolitik: Tarifeinführung und Tarifwartung, S. 52 ff.). Diesbezüglich ist allerdings festzuhalten, dass Fehler in der Struktur nicht über die Taxpunktswerte, sondern über eine Revision der Struktur zu korrigieren sind (vgl. BVGE 2014/36 E. 5.3). Somit sind die Argumente der Parteien, die auf eine Kritik an der Struktur hinauslaufen, vorliegend nicht zu hören. Die Überarbeitung der TARMED-Struktur ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens und der hier strittige TPW ist - unabhängig von der Kritik an der vorhandenen Struktur - aufgrund von sachlogischen Kriterien festzusetzen.

7.3.1 Wie der bisherigen Rechtsprechung zu entnehmen ist, gibt das Gesetz bezüglich der Berechnung eines TPW weder vor, welche Zahlen bei der Berechnung zu berücksichtigen sind, noch wie diese zu erfolgen hat (vgl. Urteil des BVGer C-6229/2011 vom 5. Mai 2014 E. 11.1). In Bezug auf die vorliegend

durch die Vorinstanz durchgeführte Berechnung ist festzuhalten, dass jene aus den Kostenrechnungen der Leistungserbringer die für die ambulante Leistungserbringung massgebenden Zahlen herausgefiltert und gestützt darauf die Berechnung des TPW vorgenommen hat. Vorliegend ist unbestritten, dass die Leistungserbringer detaillierte Kosten-Leistungs-Daten im schweizweit anerkannten Format ITAR\_K, welche nach einheitlichem Standard (REKOLE; Revision der Kostenrechnung und der Leistungserfassung) erhoben worden sind, geliefert haben. Ob die gelieferten Daten in concreto den Anforderungen von Gesetz und Rechtsprechung entsprechen, und ob die Vorinstanz die Daten korrekt verarbeitet und daraus den richtigen Schluss für die Höhe des festzusetzenden TPW gezogen hat, wird zu prüfen sein.

7.3.2 Der Regierungsrat hat die vorliegend von den Leistungserbringern eingereichten Kostendaten plausibilisiert und insbesondere mit Blick auf die ihm in Bezug auf den stationären Bereich bekannten Zahlen überprüft, ob die ausgewiesenen Kosten jeweils entweder dem stationären oder dem ambulanten Bereich zugewiesen worden sind und eine doppelte Zuordnung ausgeschlossen werden kann. Von den ausgewiesenen Gesamtkosten schied er die Anlagenutzungskosten aus, um die Vergleichbarkeit der Leistungserbringer zu gewährleisten, da im Erfassungsjahr nicht alle Leistungserbringer über eine VKL-konforme Anlagebuchhaltung verfügten. Ferner schlug der Regierungsrat diejenigen Kosten dazu, die nicht explizit einem ambulanten Tarifwerk (z.B. Arzt-, Physiotherapie- oder Laborleistungen) zugeordnet werden konnten, da diese nicht separat tarifiert werden (wie z.B. Patientenadministration). Schliesslich zog der Regierungsrat allfällige Kosten für wertvermehrnde Unterhalts- und Reparaturarbeiten, für Gebäude- und Sachversicherungsprämien, für separat verrechenbare Medikamente, Materialien und Fremdleistungen, Arzthonorare aus dem Zusatzversicherungsbereich, Zinskosten, Erlöse der Kontogruppen 65 und 68 ab, und die nicht als Kostenminderung geltenden Erlöse der Kontogruppe 66 rechnete er dazu. Die so ermittelten Kosten wurden anschliessend um die nicht anrechenbaren Kosten für Lehre und Forschung gekürzt. Die vorgängig ausgeschiedenen Kosten aus Zinsen auf dem Umlaufvermögen wurden hernach normativ wieder dazugeschlagen. Die kumulierten Abzüge wurden sodann anteilmässig nach dem Kostenvolumen von den anrechenbaren Kosten der verschiedenen ambulanten Tarifwerke abgezogen. Die bereinigten Kosten jedes für die Tarifiermittlung massgebenden Leistungserbringers wurden durch die jeweiligen fakturierten Taxpunkte geteilt, so dass daraus die spitalindividuellen, rechnerischen TPW hervor gingen. Das obgenannte Vorgehen hat grosse Ähnlichkeit mit dem Vorgehen bei der Ermittlung der benchmarking-relevanten Betriebskosten im stationären Bereich (vgl. BVGE 2014/3 E. 3-9). Dies ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, da es für die Bestimmung eines TPW von Gesetzes wegen keine vorgegebene Berechnungsmethode gibt, die beachtet werden müsste. Auch die Rechtsprechung hat bisher noch keine Methode zur Bestimmung eines TPW entwickelt (vgl. E. 5.2 hiervor). Zur Berechnung des TPW bietet es sich daher an, sich an die im stationären Bereich entwickelten Grundsätze zu halten und diese analog anzuwenden, um damit dem Umstand Rechnung zu tragen, dass bei den Leistungserbringern sowohl stationäre als auch ambulante Kosten anfallen und deshalb das System als Ganzes zu betrachten ist. Das Vorgehen der Vorinstanz ist somit von der Stossrichtung her nicht zu beanstanden, da es nachvollziehbar ist und sich an das für den stationären Bereich entwickelte Vorgehen anlehnt. Bei genauerer Betrachtung der vorinstanzlichen Berechnung sind namentlich folgende Punkte problematisch: Wie die Vorinstanz einräumte, verfügten nicht alle Leistungserbringer über eine Anlagebuchhaltung nach Art. 10a VKL. Damit ist nicht gewährleistet, dass die Anlagenutzungskosten

vollständig ausgeschieden wurden, bevor der normative Zuschlag von 10% vorgenommen wurde. Überdies ist ohnehin fraglich, ob der normative Zuschlag hier zulässig ist, da er einerseits nur für das Vergütungsmodell vom Typus DRG vorgesehen ist (vgl. KVV, Schlussbestimmungen der Änderung vom 22. Oktober 2008, Abs. 4) und auch nicht den effektiven Kosten entspricht, was dem TARMED, einem System mit Vollkostenrechnung, widerspricht. Weiter ist zu bemängeln, dass keine Kostenträgerrechnung für universitäre Lehre und Forschung vorliegt, weshalb nicht überprüft werden kann, ob diese Kosten korrekt ausgeschieden wurden. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass im vorliegenden Fall, trotz der eingereichten Unterlagen die Datenlage insbesondere in Bezug auf die Abzüge und (normativen) Zuschläge mangelhaft ist und die tatsächlich angefallenen Kosten aufgrund der vorgenannten Punkte nicht zweifelsfrei ermittelt werden können. Die vorhandenen Daten sind demnach als ungenügend zu qualifizieren und daher ist nicht darauf abzustellen. Bei diesem Ergebnis kann demnach offenbleiben, ob das von der Vorinstanz durchgeführte Benchmarking als genügend zu qualifizieren ist. 7.4 Es bleibt somit ein TPW festzusetzen, der nicht auf den eingereichten Zahlen beruht, sondern aufgrund anderer, behelfsweise beigezogenen, pragmatischen Kriterien zu ermitteln ist. Die Beschwerdeführerinnen machten in dieser Hinsicht geltend, der festgesetzte TPW weiche erheblich von anderen, im Kanton Bern geltenden Taxpunktwerten ab. So rechneten die Privatspitäler im Jahr 2011 mit einem TPW von Fr. 0.90 ab und für das Jahr 2012 sei sogar eine vertragliche Absenkung auf Fr. 0.89 vorgesehen. Aus diesen Vertragsverhandlungen sei bekannt, dass einige Privatspitäler im Kanton Bern, notabene trotz überhöhten Anlagenutzungskosten von 12%, sogar mit Taxpunktwerten von Fr. 0.77 (Spital Lindenhof) und Fr. 0.84 (Spital Linde) auskommen würden. Dies zeige, dass die Kosten der Spitalambulatorien durchaus mit den Kosten der Ärztinnen und Ärzte in freier Praxis vergleichbar seien. Die Beschwerdegegner wandten ein, die vereinbarten TPW seien immer das Ergebnis von Verhandlungen und unter Berücksichtigung der konkreten Situation der beteiligten Parteien entstanden. Daher könnten diese TPW nicht unbesehen auf andere Leistungserbringer angewandt werden. Insbesondere seien die TPW im Anwendungsbereich der LeiKoV, also diejenigen der frei praktizierenden Ärztinnen und Ärzte, durch die ihr inhärente Globalbudget-Logik nicht geeignet, um vergleichsweise beigezogen zu werden. Überdies stünden den frei praktizierenden Ärztinnen und Ärzten die Möglichkeit offen, bei zu tiefem Einkommen mehr zu arbeiten oder sich auf lukrativere Leistungen zu konzentrieren, um damit einen (zu) niedrigen TPW zu kompensieren. Diese Möglichkeit stünde den Beschwerdegegnern nicht offen, da diese sich an das Lohnsystem des Kantons Bern zu halten hätten und an das Arbeitsgesetz gebunden seien. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits in ähnlichen Verfahren dargelegt hat (vgl. Urteile des BVer C 6229/2011 vom 5. Mai 2014 E. 11.6 und C 1390/2008 vom 9. März 2011 E. 7.5), ist davon auszugehen, dass frei praktizierende Ärztinnen und Ärzte mit den vereinbarten TPW ihre Kosten zu decken vermögen, da sie weder subventioniert werden, noch andere Einnahmequellen haben. Das Argument der Beschwerdegegner, die davon ausgehen, die Ärztinnen und Ärzte in freier Praxis könnten bei zu niedrigem Einkommen einfach ihr Pensum erhöhen oder auf andere, lukrativere Tätigkeiten ausweichen, erscheint nicht realistisch, da weder die Arbeitszeiten beliebig ausgedehnt werden können, noch die Fachrichtungen und Tätigkeitsbereiche ohne weitere Aus- und Weiterbildungen flexibel angepasst werden können. Es ist zwar richtig, dass zwischen Kliniken, die ambulante Leistungen erbringen, und frei praktizierenden Ärztinnen und Ärzten Unterschiede bestehen, allerdings müssen diese in der Struktur berücksichtigt werden und sollen nicht im

TPW zum Ausdruck kommen. Wie die Beschwerdegegner zutreffend ausführten, sind die Ärztinnen und Ärzte in freier Praxis über die LeiKoV bei der Verhandlung des TPW in gewisser Weise Vorgaben unterworfen. Dennoch handelt es sich beim für diese geltenden TPW um einen verhandelten und nicht um einen autoritativ festgesetzten TPW. Überdies gilt der TPW für die frei praktizierenden Ärztinnen und Ärzte in einem Kanton jeweils für sehr viele Fachbereiche, so dass diese in ihrer Gesamtheit als Vergleichsgrösse geeignet sind. Würde man als Vergleichsgrösse auf die Privatspitäler abstellen, so wäre dieser Vergleich sehr schwierig, da dort - wie erwähnt - bei diesen oftmals nicht das ganze Spektrum des medizinischen Angebots vorhanden ist. Bei den in freier Praxis tätigen Ärztinnen und Ärzten fällt dieser Aspekt weniger ins Gewicht, da dort eine bessere Abdeckung verschiedener Fachbereiche gewährleistet ist. Überdies erscheint der Vergleich mit den Privatspitälern mit Blick auf die nicht mehr aktuelle Unterscheidung von öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken und Privatspitälern (vgl. E. 6 hiervor) nicht mehr zeitgemäss und daher auch für zukünftige Fälle nicht praktikabel, weshalb unter diesem Aspekt sowie auch der Rechtssicherheit und Beständigkeit der Vergleich mit den frei praktizierenden Ärztinnen und Ärzten vorzuziehen ist. Für die frei praktizierenden Ärzte im Kanton Bern gilt für das Jahr 2010 ein vertraglich vereinbarter TPW von Fr. 0.86. Es ist nicht ersichtlich und wurde von den Leistungserbringern auch nicht dargelegt, weshalb ihnen ein höherer TPW als den im Kanton Bern frei praktizierenden Ärztinnen und Ärzten zugestanden werden sollte, solange nicht nachgewiesen ist, dass die geltend gemachten und auch belegten Kosten auf einer wirtschaftlichen Leistungserbringung basieren. An der bisherigen Praxis ist somit festzuhalten und es ist ein TPW mittels "Parallelisierung" festzulegen. Dass bei diesem Vorgehen der vereinbarte TPW der frei praktizierenden Ärztinnen und Ärzte von Fr. 0.86 unbesehen übernommen wird und er nicht zusätzlich auf seine Wirtschaftlichkeit überprüft wird, ist ausnahmsweise hinzunehmen, da nicht davon auszugehen ist, dass für das Jahr 2008, das für die Festsetzung des TPW ab 2010 als Datengrundlage dient (vgl. BVGE 2014/3 E. 3.5), genügend Daten der frei praktizierenden Ärztinnen und Ärzte vorhanden wären, um ein sinnvolles Benchmarking durchzuführen (vgl. BVGE 2014/36 E. 6.7). Anders verhielte es sich wohl, wenn als Datengrundlage Zahlen aus den Jahren 2012 oder später dienten, da mit der verbreiteten Einführung von REKOLE und ITAR\_K bei den Leistungserbringern gesichertere Daten vorhanden sein müssten, die ein entsprechendes Benchmarking erlaubten. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Beschwerde im Eventualbegehren gutzuheissen ist, soweit darauf einzutreten ist, und der angefochtene Regierungsratsbeschluss aufzuheben ist. Der TPW für die Beschwerdegegner ist mit Wirkung ab 1. Januar 2010 auf Fr. 0.86 festzusetzen.

## **E. 8**

Es bleibt noch über die Verfahrens- und Parteikosten zu befinden. 8.1.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten richten sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt in Streitigkeiten ohne Vermögensinteresse Fr. 100.- bis 5'000.- und in den übrigen Streitigkeiten Fr. 100.- bis 50'000.- (Art. 63 Abs. 4bis VwVG). Im Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) wird die Bemessung der Gebühren im Einzelnen geregelt (Art. 63 Abs. 5 VwVG). Die Gerichtsgebühr in Streitigkeiten ohne Vermögensinteresse wird in Art. 3 VGKE, in Streitigkeiten mit Vermögensinteresse in Art. 4 VGKE konkretisiert. Die

Frage, ob es sich - entgegen der Rechtsprechung des Bundesrates - bei Tariffestsetzungs- und Tarifgenehmigungsverfahren um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handelt, wurde bereits in BVGE 2010/14 E. 8 bejaht. Gleichzeitig wurde jedoch festgestellt, dass für die Bestimmung des Streitwerts in Tarifgenehmigungs- und Tariffestsetzungsverfahren regelmässig keine verlässlichen Grundlagen vorhanden sind, weshalb lediglich auf die allgemeinen Bemessungsregeln nach Art. 63 Abs. 4bis VwVG abgestellt werden kann. Dabei ist auch der Praxis Rechnung zu tragen, wonach in sozialversicherungsrechtlichen Streitigkeiten die Spruchgebühren generell eher tief angesetzt werden. Demnach ist der Streitwert im vorliegenden Verfahren als nicht bestimmbar zu qualifizieren. Unter Berücksichtigung der Schwierigkeit der Streitsache und des Aufwands des Gerichts werden die Verfahrenskosten auf Fr. 4'000.- festgesetzt.

8.1.2 Die Beschwerdeführerinnen obsiegen vorliegend im Eventualbegehren, wobei das Mass des Obsiegens mit Blick auf den von der Vorinstanz festgesetzten TPW von Fr. 1.16 und den von den Beschwerdeführerinnen im Hauptantrag beantragten TPW von Fr. 0.80 und des vorliegend festgesetzten TPW von Fr. 0.86 auf 5/6 zu veranschlagen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten von Fr. 4'000. in der Höhe von Fr. 3'335. den unterliegenden Beschwerdegegnern aufzuerlegen, die sich mit eigenen Anträgen am Beschwerdeverfahren beteiligt haben (Art. 63 VwVG; Michael Beusch, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Rz. 12 zu Art. 63 mit Hinweisen). Den Beschwerdeführerinnen sind demzufolge die verbleibenden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 665. aufzuerlegen und dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'000. zu entnehmen. Der Restbetrag (Fr. 3'335. ) ist den Beschwerdeführerinnen auf ein von ihnen bekannt zu gebendes Konto zurückzuerstatten. Die Beschwerdegegner sind zu verpflichten, innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung des vorliegenden Urteils die ihnen auferlegten Verfahrenskosten von Fr. 3335. zu Gunsten der Gerichtskasse zu leisten.

8.2.1 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (vgl. auch Art. 7 ff. VGKE). Die Entschädigung wird der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse kann das Anwaltshonorar oder die Entschädigung für eine nichtanwaltliche berufsmässige Vertretung angemessen erhöht werden (Art. 10 Abs. 3 VGKE).

8.2.2 Da die Beschwerdeführerinnen vorliegend zu 5/6 obsiegen und die Beschwerdegegner entsprechend unterliegen, ist den Beschwerdeführerinnen zu Lasten der Beschwerdegegner eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und 3 VwVG). Da keine Honorarnote eingereicht wurde, ist den Beschwerdeführerinnen eine Entschädigung nach Ermessen des Gerichts zuzusprechen (vgl. Art. 14 Abs. 1 und 2 VGKE). Die Parteientschädigung für volles Obsiegen wäre unter Berücksichtigung des aktenkundigen und angemessenen Aufwands auf pauschal Fr. 7'500. festzulegen. Vorliegend handelt es sich um eine Streitigkeit mit Vermögensinteresse, aber mit unbestimmbarem Streitwert. Da es sich um einen erheblichen Streitwert handelt, ist eine angemessene Erhöhung des Honorars als gerechtfertigt anzusehen (vgl. BVGE 2010/14 E. 8.2.2). Vorliegend erscheint ein Zuschlag von Fr. 2'500. angemessen. Nach Kürzung der Entschädigung von insgesamt Fr. 10'000. im Rahmen des Unterliegens resultiert für die Beschwerdeführerinnen somit eine Entschädigung von Fr. 8'335. (inkl. Auslagen und 8% MWST). Den anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnern sind im Rahmen ihres Obsiegens

(1/6) ebenfalls Parteientschädigungen zuzusprechen. Da dem Gericht auch von diesen keine Honorarnote eingereicht wurde, ist ihnen ebenfalls eine Entschädigung nach Ermessen des Gerichts auszurichten. Die Parteientschädigung für volles Obsiegen wäre unter Berücksichtigung des aktenkundigen und angemessenen Aufwands je auf pauschal Fr. 6'000. zuzüglich Streitwertzuschlag von Fr. 2'000. , insgesamt also Fr. 8'000. festzulegen. Nach Kürzung der Entschädigung im Rahmen des Unterliegens (5/6) resultieren für die Beschwerdegegner somit Entschädigungen von je Fr. 1'335. (inkl. Auslagen und 8% MWST), die den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen sind.

#### **E. 9**

Der vorliegende Entscheid ersetzt den angefochtenen, im Internet publizierten Entscheid, weshalb sich auch hier eine entsprechende Veröffentlichung aufdrängt.

#### **E. 10**

Die Beschwerde an das Bundesgericht gegen dieses Urteil ist unzulässig (Art. 83 lit. r BGG [SR 173.110]), weshalb dieses endgültig ist.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.