



Urteil vom 10. April 2018

Besetzung

Richter Michael Peterli (Vorsitz),
Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz,
Richterin Caroline Bissegger,
Gerichtsschreiberin Susanne Fankhauser.

Parteien

1. **Helsana Versicherungen AG**, Zürichstrasse 130,
Postfach, 8600 Dübendorf,
2. **Progrès Versicherungen AG**, Zürichstrasse 130,
8600 Dübendorf,
3. **Sansan Versicherungen AG**, Zürichstrasse 130,
8600 Dübendorf,
4. **Avanex Versicherungen AG**, Zürichstrasse 130,
8600 Dübendorf,
5. **indivo Versicherungen AG**, Zürichstrasse 130,
8600 Dübendorf,
6. **Sanitas Grundversicherungen AG**, Jäbergasse 3,
Postfach 2010, 8021 Zürich,
7. **Compact Grundversicherungen AG**, Jäbergasse 3,
Postfach 2010, 8021 Zürich,
8. **Wincare Versicherungen**, Konradstrasse 14,
Postfach 299, 8401 Winterthur,
9. **KPT Krankenkasse AG**, Wankdorffallee 3,
Postfach, 3001 Bern,
alle vertreten durch Helsana Versicherungen AG,
Recht & Compliance, Postfach, 8081 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

1. Berner Reha Zentrum AG,

Schwendi 299, 3625 Heiligenschwendi,

2. Berner Klinik Montana, 3963 Crans-Montana,

c/o Peter Gasser, Fürsprecher, Postgasse 56, 3011 Bern,

beide vertreten durch lic. iur. Michael Waldner

und Elias Mühlemann, Rechtsanwälte, Vischer AG,

Schützengasse 1, Postfach 5090, 8021 Zürich 1,

Beschwerdegegner,

Regierungsrat des Kantons Bern,

Postgasse 68, 3000 Bern 8,

handelnd durch Gesundheits- und Fürsorgedirektion

des Kantons Bern, Rathausgasse 1, 3011 Bern,

Vorinstanz.

Gegenstand

Krankenversicherung, Festsetzung Tagespauschalen für stationäre Rehabilitation ab 2012 (RRB vom 11. Mai 2016).

Sachverhalt:**A.**

Das Berner Reha Zentrum in Heiligenschwendi (Träger: Berner Reha Zentrum AG; nachfolgend Reha Zentrum) ist in der Spitalliste Rehabilitation des Kantons Bern (gültig ab 1. Mai 2012; Stand 1. Januar 2017) unter anderem mit einem Leistungsauftrag für „Rehabilitation des Stütz- und Bewegungsapparates“ (nachfolgend auch muskuloskelettale Rehabilitation) und für „Rehabilitation des Herz-Kreislaufsystems“ (auch als kardiovaskuläre [oder kardiale] Rehabilitation bezeichnet) aufgeführt. Der Berner Klinik Montana (nachfolgend Klinik Montana) wurde unter anderem ein Leistungsauftrag für „Rehabilitation des Stütz- und Bewegungsapparates“ erteilt (< www.gef.be.ch/gef/de/index/gesundheit/gesundheit/spitalversorgung/spitaeler/spitalliste.html> [besucht am 30.01.2018]).

A.a Mit Eingabe vom 29. Februar 2012 reichte der Verein diespitaeler.be im Namen der drei Rehabilitationskliniken Reha Zentrum, Klinik Montana und Klinik Bethesda bei der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (nachfolgend GEF) ein Begehren um Festsetzung der Tarife 2012 (Tagespauschalen für verschiedene Bereiche der stationären Rehabilitation) ein (GEF-act. 19). Für die muskuloskelettale Rehabilitation im Reha Zentrum respektive in der Klinik Montana sei die Tagespauschale auf CHF 636.- festzusetzen. Für die kardiologische Rehabilitation im Reha Zentrum wurde eine Tagespauschale von CHF 572.- beantragt. Zur Begründung wurde namentlich ausgeführt, es habe weder mit der Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse ag (nachfolgend tarifsuisse) noch mit der Einkaufsgemeinschaft HSK (Helsana/Sanitas/KPT) eine vertragliche Vereinbarung getroffen werden können. Weiter stellten die Kliniken das Begehren, die beantragten Tarife seien im Sinne vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Tariffestsetzungsverfahrens festzusetzen; die rückwirkende Geltendmachung einer allfälligen Tariffdifferenz sei auszuschliessen.

A.b Mit drei Eingaben vom 1. Oktober 2012 nahmen 13 Krankenversicherer (nachfolgend als Einkaufsgemeinschaft HSK bezeichnet), vertreten durch die Helsana Versicherungen AG, zum Festsetzungsbegehren betreffend Klinik Montana (GEF-act. 18/19-59), Reha Zentrum (GEF-act. 18/60-89) und Klinik Bethesda (GEF-act. 18/90-119) Stellung. Für die Klinik Montana beantragten sie unter anderem eine Tagespauschale von CHF 427.- für muskuloskelettale Rehabilitation. Für das Reha Zentrum sei eine Tagespauschale von CHF 364.- für kardiale beziehungsweise CHF

427.- für muskuloskelettale Rehabilitation festzusetzen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte die Einkaufsgemeinschaft HSK, es sei für jede der drei Kliniken ein separates Verfahren (beschränkt auf die Versicherer der HSK) zu führen. Die mit Verfügung vom 8. Februar 2012 (nicht in den Akten) provisorisch festgesetzten Tagespauschalen seien während des Festsetzungsverfahrens zu belassen.

A.c Am 21. Juli 2014 beantragte die Einkaufsgemeinschaft HSK, das Festsetzungsverfahren betreffend Reha Zentrum sei hinsichtlich der Rehabilitationsbereiche „multimorbid“ und „pulmonal“ zu sistieren, da zwischenzeitlich erfolgreich Vertragsverhandlungen geführt worden seien. Mit der gleichen Begründung beantragte sie die Sistierung des Festsetzungsverfahrens betreffend Klinik Montana hinsichtlich der Rehabilitationsbereiche „multimorbid“, „Neurologie“ und „Psychosomatik“ (GEF-act. 17).

A.d Die GEF (bzw. das Spitalamt) ersuchte die Preisüberwachung am 15. Januar 2015 um ihre Stellungnahme zu den von der Verwaltung vorgenommenen Berechnungen der Tagespauschale für muskuloskelettale Rehabilitation in der Klinik Montana sowie für muskuloskelettale und kardiale Rehabilitation im Reha Zentrum. Die Berechnungen würden namentlich auf den Datenlieferungen des Vereins diespitäler.be basieren. Der Preisüberwachung würden zudem die ITAR_K-Modelle inkl. Kostenträgerausweis nach REKOLE übermittelt (GEF-act. 16/132). Im Bereich muskuloskelettale Rehabilitation sei ein Benchmarking zwischen den beiden Kliniken vorgenommen und der Benchmark beim tieferen Wert festgelegt worden. Die Preisüberwachung hielt in ihrer Stellungnahme vom 6. März 2015 fest, sie habe aufgrund einer „groben Prüfung“ der von der GEF berechneten Tagespauschalen keine Indizien für einen Preismissbrauch festgestellt (GEF-act. 16/141).

A.e Im Anhörungsverfahren kritisierte der Verein diespitäler.be einzelne Elemente der Tarifberechnung durch die GEF. Weiter machte er geltend, die Voraussetzungen für einen Betriebsvergleich seien im Bereich Rehabilitation noch nicht gegeben (Stellungnahme vom 10. April 2014 [recte: 2015; GEF-act. 15]).

A.f Die Einkaufsgemeinschaft HSK beanstandete in ihren Stellungnahmen vom 28. Mai 2015 insbesondere, dass für die muskuloskelettale Rehabilitation ein Benchmarking mit nur zwei Kliniken (Reha Zentrum und Klinik Montana) durchgeführt worden sei. Dass für die kardiale Rehabilitation auf ein Benchmarking ganz verzichtet werden soll, sei bundesrechtswidrig. Für

die beiden Rehabilitationsbereiche wurden je vier Referenzkliniken vorgeschlagen (GEF-act. 14/168 und 14/184).

A.g Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts holte die GEF bei den Kliniken ergänzende Angaben zu den Anlagennutzungskosten ein (GEF-act. 13).

B.

Mit Verfügung vom 11. Mai 2016 (RRB 547/2016) setzte der Regierungsrat des Kantons Bern (nachfolgend Regierungsrat oder Vorinstanz) für 13 von der Einkaufsgemeinschaft HSK vertretene Krankenversicherer mit Wirkung ab 1. Januar 2012 folgende Tagespauschalen für stationäre Rehabilitation fest:

Reha Zentrum	
Stütz- und Bewegungsapparat	CHF 655.-
Herz-Kreislaufsystem	CHF 538.-
 Klinik Montana	
Stütz- und Bewegungsapparat	CHF 625.-

Weitere Anträge der Parteien, namentlich den Antrag der beiden Kliniken, die rückwirkende Geltendmachung einer Tariffdifferenz sei auszuschliessen, wies der Regierungsrat ab.

In der Begründung wird das Vorgehen zur Ermittlung des kostenbasierten Tarifs dargelegt. Der Regierungsrat stütze sich für die betriebswirtschaftliche Bemessung der Tarife – unter Beachtung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts – weitgehend auf die Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung der GDK. Zur Wirtschaftlichkeitsprüfung wird insbesondere ausgeführt, für den Regierungsrat sei eine ausreichende Vergleichbarkeit der einbezogenen Spitäler eine zentrale Voraussetzung für ein aussagekräftiges Benchmarking. Für die Rehabilitation liege – im Unterschied zur Akutsomatik – noch kein schweizweites Tarifsystem vor, das die Behandlungsschwere abbilde. Der von der Einkaufsgemeinschaft HSK vorgenommene Tarifvergleich komme einer Tariffestsetzung aufgrund eines Referenzwertes gleich, was einen Vergleich der schweregradbereinigten Fallkosten voraussetzen würde. Nach der Rechtsprechung sei im Bereich Rehabilitation eine Plausibilisierung des ermittelten Tarifs anhand eines Vergleichs mit anderen Spitälern geboten. Da verwertbare Kostendaten vergleichbarer Spitäler fehlten, orientiere sich der Regierungsrat an rechtskräftigen Tarifen anderer Rehabilitationseinrichtungen

mit gleichem Leistungsauftrag. Dabei beschränke er den Vergleich auf Mitglieder von SWISS REHA, was einen bestimmten Qualitätsstandard der Institutionen gewährleiste. Im Bereich Herz-Kreislaufsystem liege der Mittelwert der in die Plausibilisierung einbezogenen Tarife bei CHF 554.-. Der für das Reha Zentrum ermittelte Tarif von CHF 538.- sei daher plausibel. Für den Bereich Stütz- und Bewegungsapparat liege der Mittelwert bei CHF 517.-. Der (kostenbasiert) berechnete Tarif betrage für die Klinik Montana CHF 625.-, für das Reha Zentrum CHF 656.-. Die Abweichungen zum Mittelwert von 21 % resp. 27 %, lägen noch innerhalb des der Tariffestsetzungsbehörde zugestandenen Ermessensspielraums. Der Regierungsrat erachte die ermittelten Tarife als plausibel und gerechtfertigt. Um einen tariflosen Zustand zu vermeiden, setze der Regierungsrat die Tagespauschalen unbefristet ab dem 1. Januar 2012 fest. Den Tarifpartnern bleibe es jedoch unbenommen, erneut Verhandlungen aufzunehmen und rückwirkend neue Tarife zu vereinbaren.

Den im Anhang aufgeführten Berechnungsgrundlagen lässt sich entnehmen, dass für die Wirtschaftlichkeitsprüfung im Bereich Herz-Kreislaufsystem die mit der Einkaufsgemeinschaft tarifsuisse sowie derjenigen von Assura/Supra vereinbarten (und genehmigten) Tarife der RehaClinic Bad Zurzach, der Klinik Barmelweid sowie des (Berner) Reha Zentrums beigezogen wurden. Bei der muskuloskelettalen Rehabilitation stützt sich der Vergleich auf die (mit verschiedenen Einkaufsgemeinschaften vereinbarten und genehmigten) Tarife von 13 Kliniken plus bereits genehmigte Tarife der Klinik Montana und des Reha Zentrums.

C.

Als Vertreterin der neun im Rubrum aufgeführten Krankenversicherer erhob die Helsana Versicherungen AG am 23. Juni 2016 Beschwerde (act. 1). Die Beschwerdeführerinnen beantragen – unter Kostenfolgen zulasten der Beschwerdegegnerinnen – die Aufhebung der Verfügung (RRB 547/2016), soweit damit die Tagespauschalen für stationäre Rehabilitation im Reha Zentrum und der Klinik Montana festgesetzt wurden. Das Verfahren sei mit der Anweisung an die Vorinstanz zurückzuweisen, den entscheiderelevanten Sachverhalt zu vervollständigen, eine neue Wirtschaftlichkeitsprüfung durchzuführen sowie neue Tagespauschalen für das Jahr 2012 festzusetzen.

C.a Die Beschwerdeführerinnen beanstanden insbesondere die von der Vorinstanz vorgenommene Wirtschaftlichkeitsprüfung. Obwohl im Bereich der Rehabilitation noch kein national einheitliches Tarifierungssystem

bestehe, müsse bei der Tariffestsetzung ein rechtskonformer Wirtschaftlichkeitsvergleich vorgenommen werden. Die Vorinstanz habe erst mit der hier angefochtenen Verfügung ihren neuen Wirtschaftlichkeitsvergleich präsentiert. Für die muskuloskelettale Rehabilitation habe sie bei der Plausibilisierung eine enorm hohe Sicherheitsmarge von 21/22 % bzw. 27/28 % berücksichtigt und damit ihr Ermessen überschritten. Sodann seien auch die mit tarifsuisse vereinbarten Tarife der Beschwerdegegnerinnen in den Vergleich einbezogen worden, obwohl im Genehmigungsverfahren keine rechtskonforme Wirtschaftlichkeitsprüfung vorgenommen worden sei; es seien lediglich die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 miteinander verglichen worden. Würden die Tagespauschalen des Reha Zentrums und der Klinik Montana nicht in den Effizienzvergleich einbezogen, würde die Abweichung vom Mittelwert (Sicherheitsmarge) gar 30 % resp. 24 % betragen.

C.b Für den Bereich Herz-Kreislaufsystem sei der Wirtschaftlichkeitsvergleich mit einer zu geringen Anzahl Vergleichskliniken (nur zwei Kliniken) vorgenommen worden. Ein solcher Vergleich sei nicht aussagekräftig. Zudem sei die Auswahl der Vergleichskliniken bzw. der Vergleichstarife nicht rechtskonform. Bei der Reha Clinic Zurzach sei beispielsweise nur die mit tarifsuisse vereinbarte Tagespauschale, nicht aber die mit den Beschwerdeführerinnen vereinbarte, berücksichtigt worden. Sodann sei auch hier ein Tarif der Beschwerdegegnerin 1 einbezogen worden, obwohl bei der Genehmigung keine rechtskonforme Wirtschaftlichkeitsprüfung vorgenommen worden sei. Die (mit anderen Einkaufsgemeinschaften vereinbarte) Tagespauschale der Klinik Barmelweid hätte ebenfalls nicht im Benchmarking berücksichtigt werden dürfen; es lägen starke Anhaltspunkte dafür vor, dass bei der Genehmigung keine rechtskonforme Wirtschaftlichkeitsprüfung durchgeführt worden sei.

C.c Das von den Beschwerdeführerinnen vorgelegte Benchmarking (mit 5 Vergleichskliniken für muskuloskelettale und 4 Vergleichskliniken für kardiovaskuläre Rehabilitation) habe die Vorinstanz zu Unrecht nicht berücksichtigt. Eine Beschränkung auf Mitglieder von SWISS REHA sei nicht sachgerecht, denn eine höhere Behandlungsqualität könne nach der Rechtsprechung keinen höheren Tarif rechtfertigen. Die von den Beschwerdeführerinnen neu erstellten Wirtschaftlichkeitsvergleiche zeigten, dass die Differenz zum Mittelwert jeweils über 30 % liege und die Sicherheitsmarge klar überschritten werde.

C.d Weiter beanstanden die Beschwerdeführerinnen, dass die Vorinstanz den Tarif nicht nur für das Jahr 2012 festgesetzt hat. Den Tarifparteien

werde mit dieser rückwirkenden Festsetzung faktisch die Möglichkeit genommen, auf der Grundlage eines rechtmässig festgesetzten Tarifs 2012, die Tagespauschale der Folgejahre zu verhandeln.

D.

Der mit Zwischenverfügung vom 29. Juni 2016 auf CHF 5'000.- festgesetzte Kostenvorschuss (act. 2) ging am 11. Juli 2016 bei der Gerichtskasse ein (act. 4).

E.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 12. August 2016 liessen die Beschwerdegegnerinnen, vertreten durch die Rechtsanwälte Michael Waldner und Elias Mühlemann, beantragen, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerinnen abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (act. 9).

E.a Die Beschwerdegegnerinnen werfen den Beschwerdeführerinnen insbesondere vor, sie hätten für ihre Tarifvergleiche nur Spitäler mit tieferen Tagespauschalen und zum Teil auch Mischtarife berücksichtigt. Sodann machen sie geltend, die Methode der Plausibilisierung müsse von einem Benchmarking zur Ermittlung des Referenzwertes im Bereich Akutsomatik unterschieden werden. Bei einer Plausibilisierung könnten auch Tarife für spätere Jahre in den Vergleich einbezogen werden, wenn für wichtige Vergleichskliniken für das Jahr 2012 noch keine Tarife (für den massgebenden Rehabilitationsbereich) vorlägen. Würden alle als Vergleichsspitäler geeigneten Kliniken einbezogen, zeige sich, dass der für die kardiologische Rehabilitation festgesetzte Tarif (von CHF 538.-) im Mittelfeld oder sogar unter dem Durchschnitt liege.

E.b Bei den Tarifen für muskuloskelettale Rehabilitation sei wesentlich, dass wichtige Vergleichskliniken (mit höheren Tarifen) erst ab dem Jahr 2015 für diesen Bereich spezifische Tarife aufweisen würden, weil zuvor noch Mischtarife festgelegt worden seien. Sodann würden verschiedene Faktoren den Vergleich zwischen den Kliniken verzerren. Dazu gehörten namentlich die erheblichen Leistungsunterschiede zwischen den Kliniken sowie gewährte Zusatzvergütungen. Im Unterschied zu den beiden anderen Kliniken, welche im Kanton Bern für die muskuloskelettale Rehabilitation zuständig seien, seien die Beschwerdegegnerinnen personell und in Bezug auf ihre Infrastruktur auf die Behandlung eines breiten Spektrums von Patientinnen und Patienten und insbesondere auf die Behandlung schwerer Fälle ausgerichtet. Der überdurchschnittliche Schweregrad zeige

sich namentlich bei der vergleichsweise hohen Anzahl Nebendiagnosen und dem deutlich höheren Durchschnittsalter. Dieser würde auch durch die aktuellen Auswertungen im Rahmen des Projektes zur Erarbeitung der Tarifstruktur im Bereich Rehabilitation (ST Reha) bestätigt.

E.c Die von der Vorinstanz festgesetzten Tarife für kardiologische und muskuloskelettale Rehabilitation seien in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit plausibel. Dies könne auch dann als erstellt gelten, wenn die von den Beschwerdegegnerinnen mit anderen Einkaufsgemeinschaften vereinbarten Tarife nicht in den Vergleich einbezogen würden. Eine Aufhebung und Rückweisung zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung würde bei dieser Ausgangslage dem gesetzlichen Ziel der Verfahrensbeschleunigung zuwiderlaufen.

F.

Die Vorinstanz schloss in ihrer Vernehmlassung vom 15. August 2016 auf Abweisung der Beschwerde (act. 10). Zur Begründung wird zunächst auf die angefochtene Verfügung verwiesen. Sodann nimmt die Vorinstanz zu einzelnen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen Stellung. Zur beanstandeten Sicherheitsmarge wird namentlich ausgeführt, die Festsetzungsbehörden müssten nach der Rechtsprechung allfällige Indizien für wesentliche Unterschiede bei den Schweregraden angemessen berücksichtigen. Die Datenlage habe es der Vorinstanz nicht ermöglicht, die Fallschwere hinreichend genau zu beurteilen, weshalb sich die gewählte Sicherheitsmarge rechtfertige. In die Plausibilisierung seien nur rechtskräftige Tarife einbezogen worden; dies bedeute, dass diese Tarife – nach damaligem Wissensstand – geprüft und als wirtschaftlich beurteilt worden seien. Als vergleichbar zu akzeptieren seien sodann nur diejenigen Kliniken, die wie die Beschwerdegegnerinnen SWISS REHA-Mitglied seien, einen gleichen Leistungsauftrag hätten und einen rechtskräftigen Tarif für das Jahr 2012 aufwiesen. Bei Mitgliedern der SWISS REHA könne davon ausgegangen werden, dass diese Kliniken einen ähnlichen Behandlungsstandard pflegten. In Ermangelung eines besseren Indikators sei diese Mitgliedschaft als Beurteilungskriterium herangezogen worden. Damit seien die von der Rechtsprechung definierten Anforderungen bestmöglich umgesetzt worden. Unerheblich sei, dass eine SWISS REHA-Mitgliedschaft keine Zulassungsvoraussetzung bilde. Zur Wirtschaftlichkeitsprüfung im Bereich Herz-/Kreislaufsystem wird unter anderem ausgeführt, dem von den Beschwerdeführerinnen angeführten Urteil des Bundesverwaltungsgericht lasse sich nicht entnehmen, dass die von der Beschwerdegegnerin mit

anderen Einkaufsgemeinschaften vereinbarten Tarife nicht in die Plausibilisierung einbezogen werden dürften.

G.

Auf entsprechende Einladung des Instruktionsrichters reichte die Preisüberwachung am 20. September 2016 ihre Stellungnahme ein (act. 12). Die vom Regierungsrat am 11. Mai 2016 beschlossenen Tagespauschalen seien höher ausgefallen als diejenigen, welche die GEF der Preisüberwachung am 15. Januar 2018 vorgelegt habe. Aufgrund einer erneuten groben Prüfung der festgesetzten Tarife seien keine Indizien für einen Preismissbrauch gefunden worden. Die Preisüberwachung habe kein Benchmarking vorgenommen, weil sie im Bereich Rehabilitation über zu wenige Daten verfüge. Sie bedaure, dass der Regierungsrat auf das ursprünglich vorgesehene (kostenbasierte) Benchmarking zwischen den beiden Berner Rehakliniken verzichtet habe. Weiter wird ausgeführt, dem Kanton Bern lägen 41 rechtskräftige Tarife im muskuloskelettalen Bereich vor, was ein rechtskonformes Tarifbenchmarking ermöglichen würde. Dieser Vergleich zeige, dass die Tagespauschalen der beiden Kliniken 21 % bzw. 27 % höher lägen als der durchschnittliche Tarif. Vor diesem Hintergrund sei der festgesetzte Tarif als deutlich überhöht zu qualifizieren.

H.

Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) verzichtete auf eine Stellungnahme (act. 15).

I.

Mit Verfügung vom 19. Oktober 2016 wurde den Verfahrensbeteiligten eine Frist von 30 Tagen zur Einreichung allfälliger Schlussbemerkungen angesetzt (act. 16).

I.a Mit Eingabe vom 17. November 2016 erneuerte die Vorinstanz ihren Antrag auf Abweisung der Beschwerde; sie äusserte sich zur Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerinnen und der Stellungnahme der Preisüberwachung. Zu letzterer wird namentlich geltend gemacht, dass von der Preisüberwachung vorgeschlagene Benchmarking, würde voraussetzen, dass schweregradbereinigte Fallkosten verglichen werden könnten, was im Rehabilitationsbereich zurzeit noch nicht möglich sei (act. 20).

I.b Die Beschwerdeführerinnen hielten an ihren Anträgen und Begründungen gemäss Beschwerdeschrift fest und nahmen zur Beschwerdeantwort

der Beschwerdegegnerinnen, der Vernehmlassung der Vorinstanz und der Stellungnahme der Preisüberwachung Stellung (act. 21).

I.c Die eingegangenen Schlussbemerkungen wurden den Verfahrensbeteiligten – mit dem Hinweis, dass die Beschwerdegegnerinnen keine Stellungnahme eingereicht hätten – zur Kenntnis gebracht (Verfügung vom 8. Dezember 2016 [act. 22]).

J.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gemäss Art. 53 Abs. 1 KVG kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 47 KVG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich um einen gestützt auf Art. 47 KVG erlassenen Beschluss einer Kantonsregierung. Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 90a Abs. 2 KVG).

2.

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

2.1 Die Beschwerdeführerinnen sind primäre Adressatinnen des angefochtenen Beschlusses und ohne Zweifel zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist, nachdem auch der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet wurde, einzutreten (vgl. Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4 VwVG).

2.2 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).

2.2.1 Tariffestsetzungsbeschlüsse nach Art. 47 KVG sind vom Bundesverwaltungsgericht mit voller Kognition zu überprüfen (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG e contrario; BVGE 2014/3 E. 1.4; 2010/24 E. 5.1).

2.2.2 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).

2.3 Gemäss Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG dürfen neue Tatsachen und Beweismittel nur soweit vorgebracht werden, als erst der angefochtene Beschluss dazu Anlass gibt; neue Begehren sind unzulässig. Diese Novenregel gilt sinngemäss auch für die Beschwerdegegnerinnen (vgl. Urteil BVGer C-4961/2010 vom 18. September 2013 E. 2.2). Da der angefochtene Beschluss auf neuen (nach dem Anhörungsverfahren erstellten) Wirtschaftlichkeitsprüfungen beruht, sind die sowohl von den Beschwerdeführerinnen als auch von den Beschwerdegegnerinnen im Beschwerdeverfahren neu eingebrachten Tarifvergleiche nicht als unzulässige Noven im Sinne von Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG zu qualifizieren.

3.

Streitig und im vorliegenden Verfahren zu beurteilen sind die von der Vorinstanz mit Wirkung ab 1. Januar 2012 festgesetzten Tagespauschalen für Rehabilitationsleistungen des Reha Zentrums im Bereich Stütz- und Bewegungsapparat sowie im Bereich Herz-/Kreislaufsystem und für Rehabilitationsleistungen der Klinik Montana im Bereich Stütz- und Bewegungsapparat. Da in zeitlicher Hinsicht – vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen – grundsätzlich diejenigen materiellen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 132 V 215 E. 3.1.1; 138 V 475 E. 3.1), ist vorliegend auf das KVG und dessen Ausführungsbestimmungen in der ab 1. Januar 2012 anwendbaren Fassung abzustellen.

3.1 Spitäler sind nach Art. 39 Abs. 1 (in Verbindung mit Art. 35) KVG zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) zugelassen, wenn sie die Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen gemäss Bst. a-c erfüllen, der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen (Bst. d) und auf der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons aufgeführt sind (Bst. e).

3.2 Die OKP übernimmt die Kosten für die Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen (Art. 25 Abs. 1 KVG). Diese Leistungen umfassen unter anderem die ärztlich durchgeführten oder angeordneten Massnahmen der medizinischen Rehabilitation (Art. 25 Abs. 2 Bst. d KVG) sowie den Aufenthalt im Spital entsprechend dem Standard der allgemeinen Abteilung (Art. 25 Abs. 2 Bst. e KVG).

Die medizinische Rehabilitation im Sinn von Art. 25 Abs. 2 Bst. d KVG schliesst an die eigentliche Krankheitsbehandlung an und bezweckt, die durch die Krankheit oder Behandlung selbst bewirkte Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Leistungsfähigkeit mit Hilfe medizinischer Massnahmen ganz oder teilweise zu beheben, oder sie dient insbesondere bei Chronischkranken der Erhaltung und allenfalls Verbesserung des verbliebenen Funktionsvermögens (BGE 126 V 323 E. 2c).

3.3 Gemäss Art. 43 KVG erstellen die (zugelassenen) Leistungserbringer ihre Rechnungen nach Tarifen oder Preisen (Abs. 1). Tarife und Preise werden in Verträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern (Tarifvertrag) vereinbart oder in den vom Gesetz bestimmten Fällen von der zuständigen Behörde festgesetzt. Dabei ist auf eine betriebswirtschaftliche

Bemessung und eine sachgerechte Struktur der Tarife zu achten (Abs. 4). Die Vertragspartner und die zuständigen Behörden achten darauf, dass eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten erreicht wird (Abs. 6). Der Bundesrat kann Grundsätze für eine wirtschaftliche Bemessung und eine sachgerechte Struktur sowie für die Anpassung der Tarife aufstellen. Er sorgt für die Koordination mit den Tarifordnungen der anderen Sozialversicherungen (Abs. 7).

3.4 Parteien eines Tarifvertrages sind einzelne oder mehrere Leistungserbringer oder deren Verbände einerseits sowie einzelne oder mehrere Versicherer oder deren Verbände andererseits (Art. 46 Abs. 1 KVG). Der Tarifvertrag bedarf der Genehmigung durch die zuständige Kantonsregierung oder, wenn er in der ganzen Schweiz gelten soll, durch den Bundesrat (Art. 46 Abs. 4 Satz 1 KVG). Die Genehmigungsbehörde prüft, ob der Tarifvertrag mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit in Einklang steht (Art. 46 Abs. 4 Satz 2 KVG). Kommt zwischen Leistungserbringern und Versicherern kein Tarifvertrag zustande, so setzt die Kantonsregierung nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest (Art. 47 Abs. 1 KVG).

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

3.5.1 Nach Abs. 1 des Art. 49 KVG vereinbaren die Vertragsparteien für die Vergütung der stationären Behandlung einschliesslich Aufenthalt und Pflegeleistungen in einem Spital (Art. 39 Abs. 1) oder einem Geburtshaus (Art. 29) Pauschalen. In der Regel sind Fallpauschalen festzulegen. Die Pauschalen sind leistungsbezogen und beruhen auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen. Die Vertragsparteien können vereinbaren, dass besondere diagnostische oder therapeutische Leistungen nicht in der Pauschale enthalten sind, sondern getrennt in Rechnung gestellt werden. Die Spitaltarife orientieren sich an der Entschädigung jener Spitäler, welche die tarifierte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen.

3.5.2 Die Tarifpartner setzen gemeinsam mit den Kantonen eine Organisation ein, die für die Erarbeitung und Weiterentwicklung sowie die Anpassung und Pflege der Strukturen zuständig ist (Art. 49 Abs. 2 Satz 1 KVG).

Die von der Organisation erarbeiteten Strukturen sowie deren Anpassungen werden von den Tarifpartnern dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreitet (Art. 49 Abs. 2 Satz 5 KVG).

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

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

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

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

3.7 Die Verordnung über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung (VKL, SR 832.104) regelt nach deren Art. 1 Abs. 1 die einheitliche Ermittlung der Kosten und Erfassung der Leistungen im Spital- und Pflegeheimbereich.

4.

Unbestritten ist, dass die Voraussetzungen für eine hoheitliche Tariffestsetzung nach Art. 47 Abs. 1 KVG vorliegend erfüllt waren. Weiter ist festzuhalten, dass die Vorinstanz ihrer Pflicht, die Preisüberwachung anzuhören (vgl. Art. 14 Abs. 1 PüG [SR 942.20]), nachgekommen ist. Da die Preisüberwachung darauf verzichtet hat, zum vorliegend streitigen Tarif eine Empfehlung abzugeben, entfällt die Prüfung, ob die Vorinstanz eine allfällige Abweichung nachvollziehbar begründet hat (vgl. Art. 14 Abs. 2 PüG; BVGE 2014/3 E. 1.4.2; Urteil BVGer C-2664/2014 vom 31. März 2016 E. 7).

5.

Die revidierten Bestimmungen des KVG zur Spitalfinanzierung (Änderung vom 21. Dezember 2007, AS 2008 2049) sind am 1. Januar 2009 in Kraft getreten. Gemäss Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung) müssen die Einführung der leistungsbezogenen Pauschalen nach Art. 49 Abs. 1 KVG sowie die Anwendung der Finanzierungsregelung nach Art. 49a KVG mit Einschluss der Investitionskosten spätestens am 31. Dezember 2011 abgeschlossen sein. Während der Systemwechsel im Bereich der Akutsomatik per 1. Januar 2012 vollzogen und mit SwissDRG eine schweizweit einheitliche Tarifstruktur eingeführt wurde, fehlt eine solche im Bereich der stationären Rehabilitation. Im Auftrag der SwissDRG AG (als Organisation im Sinne von Art. 49 Abs. 2 KVG) wird derzeit die national einheitliche und leistungsorientierte Tarifstruktur ST Reha entwickelt, die auf der Bildung von leistungs- und kostenhomogenen Gruppen basiert, welche die Art und die Intensität der Leistung pauschalisierend abbilden. Die zunächst per 2018 geplante schweizweite Einführung der Tarifstruktur ST Reha (vgl. BVGE 2015/39 E. 9.1; Urteil C-2664/2014 E. 8.1, je mit Hinweisen) hat sich offenbar verzögert. Das bestehende Modell soll mit einer Version 0.5 weiterentwickelt werden. Erst im Frühjahr 2018 soll über die einzuführende Tarifstruktur sowie das weitere Vorgehen entschieden werden (SwissDRG, ST Reha Newsletter Juni 2017 < www.swissdr.org > Rehabilitation > Informationen >, abgerufen am 31.01.2018).

5.1 Die mit BVGE 2014/3 und BVGE 2014/36 im Zusammenhang mit der neuen Spitalfinanzierung aufgestellten Grundsätze betreffend Festsetzung eines Basisfallwerts für leistungsbezogene und auf der SwissDRG-Tarifstruktur beruhende Fallpauschalen können aufgrund der fehlenden schweizweit einheitlichen Tarifstruktur im Bereich der Rehabilitation auf den vorliegenden Fall nur beschränkt Anwendung finden, insbesondere

was den Preisbildungsmechanismus aufgrund eines Vergleichs der schweregradbereinigten Fallkosten (benchmarking-relevante Basiswerte) der Spitäler anbelangt (vgl. BVGE 2014/3 E. 2.8.4.4). Für die Rehabilitation liegt – im Gegensatz zur Akutsomatik – noch keine Methode vor, mit der die unterschiedlichen Schweregrade der einzelnen Fälle sachgerecht abgebildet werden können. Wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, ist eine Preisbestimmung anhand eines Referenzwerts im Sinne von Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG, der aufgrund eines Benchmarkings der schweregradbereinigten Fallkosten bestimmt wird, deshalb vorliegend nicht möglich (vgl. auch BVGE 2015/39 E. 9.2; Urteil C-2664/2014 E. 8.3).

5.2 Als erster Schritt zur Tariffindung ist die Orientierung an den eigenen Betriebskosten des Spitals einstweilen noch zu akzeptieren, wenn wie im Bereich der stationären Rehabilitation (noch) keine schweizweit einheitliche Tarifstruktur im Sinne von Art. 49 Abs. 1 Satz 2 KVG zur Verfügung steht und die Preisbestimmung anhand eines Referenzwertes nicht möglich ist. Die ausgewiesenen spitalindividuellen Betriebskosten sind aber einer strengen Prüfung zu unterziehen. Es ist insbesondere sicherzustellen, dass alle nicht tarifrelevanten Kosten sowie Kosten, die einer ineffizienten Leistungserbringung zuzuschreiben sind, ausgeschieden sind. Es kommen auch Normabzüge (wie Intransparenz- und Überkapazitätsabzüge) in Betracht, die nicht primär auf die „objektive Kostenwahrheit“ ausgerichtet sind, sondern gestützt auf die altrechtlichen Regeln der Spitalfinanzierung zur Vermeidung von Überentschädigungen entwickelt wurden (vgl. dazu BVGE 2014/36 E. 6.4). Der festzusetzende Tarif hat sich aber dennoch am Tarif derjenigen Spitäler zu orientieren, welche die tariferte obligatorisch versicherte Leistung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen (Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG). In einem zweiten Schritt ist daher zumindest eine Wirtschaftlichkeitsprüfung durch Vergleich des spitalindividuell ermittelten Tarifs mit den Tarifen anderer Spitäler vorzunehmen (BVGE 2015/39 E. 9.4; Urteile BVGer C-2141/2013 vom 19. Oktober 2015 E. 9.4; C-4479/2013 vom 12. November 2015 E. 4.4).

6.

Die Verfahrensbeteiligten stimmen darin überein, dass der Tarif mittels Tagespauschalen festzulegen ist. Nach der Rechtsprechung ist die (Weiter-)Verwendung des bisherigen Tarifsystems mit Tagespauschalen im Bereich der Rehabilitation – gleich wie auch im Bereich der stationären Psychiatrie (vgl. Urteil des BVGer C-1632/2013 vom 5. Mai 2015 E. 8.3) – nicht zu beanstanden (BVGE 2015/39 E. 9.3). Nicht beanstandet wird von den Beschwerdeführerinnen auch die Berechnung der spitalindividuellen

(kostenbasierten) Pauschalen. Da keine Hinweise dafür bestehen, dass die Vorinstanz Kosten, die nach der Rechtsprechung nicht anrechenbar sind, einbezogen hat, ist darauf nicht weiter einzugehen.

7.

Soweit die Beschwerdeführerinnen vorbringen, die Vorinstanz hätte die Tarife nur befristet für das Jahr 2012 festsetzen dürfen, kann ihnen nicht gefolgt werden. Nach der Rechtsprechung gilt ein gestützt auf Art. 47 Abs. 1 KVG hoheitlich festgesetzter Tarif grundsätzlich für die Dauer des tarifvertragslosen Zustandes. Das Bundesrecht verpflichtet die Kantonsregierungen nicht dazu, die Geltungsdauer der Tarife im Sinne einer Maximaldauer zu befristen oder jährlich neue Tarife festzusetzen, verbietet dies allerdings auch nicht. Nicht mit dem KVG vereinbar ist es hingegen, für einen Tarif eine Mindestgeltungsdauer oder eine feste Dauer vorzusehen. Vielmehr steht es den Tarifpartnern jederzeit frei, selbst im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens und auch wenn der Tarif einer (Maximal-) Befristung unterliegt, Verhandlungen für einen Tarifvertrag aufzunehmen, einen neuen Tarif zu vereinbaren und den entsprechenden Tarifvertrag von der Kantonsregierung genehmigen zu lassen oder beim Scheitern der Verhandlungen eine neue hoheitliche Tariffestsetzung zu beantragen. Insbesondere steht es den Parteien auch frei, bereits für das dem betroffenen Tarifjahr folgende Tarifjahr eine neue Tarifrunde einzuleiten. Ein aufgrund einer solchen neuen Tarifrunde vereinbarter und genehmigter oder hoheitlich festgesetzter Tarif geht dem vorgängig festgelegten hoheitlichen Tarif vor beziehungsweise tritt an dessen Stelle (BVGE 2012/18 E. 7.3; Urteile BVGer C-3900/2015 vom 20. April 2017 [SVR 2017 KV Nr. 14] E. 3.3; C-8453/2015 vom 18. Januar 2017 E. 18.1). Weiter lässt sich eine auf einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum beschränkte Tariffestsetzung nur bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände rechtfertigen, sofern für die Zeit danach keine Tarife bestehen oder nicht zumindest ein Festsetzungsverfahren hängig ist. Sind diese besonderen Voraussetzungen nicht gegeben, hat die Kantonsregierung zu beachten, dass Tarife – aus Gründen der Rechtssicherheit – im Normalfall vor deren Inkrafttreten zu vereinbaren und zu genehmigen beziehungsweise festzusetzen sind (Urteil C-3900/2015 E. 5.4 mit Hinweisen).

8.

Umstritten ist insbesondere die von der Vorinstanz vorgenommene Wirtschaftlichkeitsprüfung.

8.1 Wie die Vorinstanz zutreffend erkannt hat, liesse sich eine Tariffestsetzung einzig anhand der Kosten eines Spitals nicht vereinbaren mit der Vorgabe von Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG, wonach sich ein Tarif an der Entschädigung jener Spitäler zu orientieren hat, welche die tarifizierte obligatorisch versicherte Leitung in der notwendigen Qualität effizient und günstig erbringen. Deshalb ist der zunächst spitalindividuell (kostenbasiert) ermittelte Tarif in einem zweiten Schritt anhand eines Vergleichs mit anderen Spitälern zu plausibilisieren (BVG 2015/39 E. 19.5 mit Hinweisen).

8.1.1 Die Vorinstanz führt im angefochtenen Beschluss unter anderem aus, der Umstand, dass die Fallschwere bei den Vergleichskliniken allenfalls nur mit einer gewissen Ungenauigkeit geschätzt werden könne, rechtfertige die Berücksichtigung einer Sicherheitsmarge von maximal 30 %. Sie nahm einen auf SWISS Reha-Mitglieder beschränkten Vergleich von rechtskräftigen Tarifen für das Jahr 2012 vor. Bei der kardiovaskulären Rehabilitation zog sie die Tarife der RehaClinic Bad Zurzach, der Klinik Barmelweid sowie der Beschwerdegegnerin 1 heran. Bei der muskuloskelettalen Rehabilitation verglich sie die Tarife von 15 Kliniken (inkl. Beschwerdegegnerin 1 und 2). Pro Klinik wurden jeweils zwei bis drei Tarife (für verschiedene Einkaufsgemeinschaften) berücksichtigt. Die Abweichungen zum Mittelwert von 21 % resp. 27 %, lägen noch innerhalb des der Tariffestsetzungsbehörde zugestandenen Ermessensspielraums. Der Regierungsrat erachte die ermittelten Tarife als plausibel und gerechtfertigt.

8.1.2 Die Beschwerdeführerinnen beanstanden sowohl die Auswahl der Vergleichstarife als auch die hohe Sicherheitsmarge. Die Tarife der Beschwerdegegnerinnen hätten nicht in den Vergleich einbezogen werden dürfen, ebenso wenig Tarife, welche im Genehmigungsverfahren keiner rechtskonformen respektive für die Beschwerdeführerinnen überprüfbaren Wirtschaftlichkeitsprüfung unterzogen worden seien. Die Beschränkung auf Mitglieder von SWISS Reha sei nicht sachgerecht. Bei der kardiovaskulären Rehabilitation sei die Anzahl der Vergleichskliniken viel zu gering. Mit der von der Vorinstanz gewährten Sicherheitsmarge erscheine die Wirtschaftlichkeitsprüfung als reine Farce. Der von den Beschwerdeführerinnen für die muskuloskelettale Rehabilitation neu erstellte Vergleich mit 23 Kliniken (genehmigte HSK-Tarife 2012) ergebe einen Mittelwert von CHF 465.05. Dieser Mittelwert entspreche nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen einer wirtschaftlichen Leistungserbringung. Die von der Vorinstanz festgesetzten Tagespauschalen für die Beschwerdegegnerinnen lägen 40.8 % (Reha Zentrum) respektive 34.4 % (Klinik Montana) über dem Mittelwert, was zweifellos zu hoch sei. Der neue Vergleich mit sechs

Kliniken mit Leistungsauftrag im Bereich Herz-Kreislaufsystem habe einen Mittelwert von CHF 416.20 ergeben. Der um 29.3 % höher festgesetzte Tarif für die Beschwerdegegnerin 1 könne nicht als wirtschaftlich betrachtet werden.

8.1.3 Die Beschwerdegegnerinnen bringen vor, die Beschwerdeführerinnen hätten für ihre Tarifvergleiche gezielt nur Spitäler mit tieferen Tagespauschalen berücksichtigt. Würden alle als Vergleichsspitäler geeigneten Kliniken einbezogen, zeige sich, dass der für die kardiologische Rehabilitation festgesetzte Tarif (von CHF 538.-) im Mittelfeld oder sogar unter dem Durchschnitt liege. Bei den Tarifen für muskuloskelettale Rehabilitation seien zahlreiche Faktoren zu beachten, welche einen Vergleich erschweren. So seien beispielsweise für wichtige Vergleichskliniken (mit höheren Tarifen) für das Jahr 2012 noch Mischtarife festgelegt worden. Daher müssten auch die späteren Tarifentwicklungen berücksichtigt werden, was bei einer Plausibilisierung nicht unzulässig sei. Weiter würden Kantone zum Teil Zusatzvergütungen gewähren oder spezielle Tarife für Frührehabilitation vorsehen. Die Liste der Vergleichsspitäler sei zunächst zu ergänzen (mit weiteren Kliniken, die über einen Leistungsauftrag und einen Tarif für muskuloskelettale Rehabilitation verfügten), anschliessend seien diejenigen Spitäler aus dem Vergleich auszunehmen, welche bestimmte Ausschlusskriterien (z.B. Anzahl Ärzte pro 100 Fälle unter 0.4) aufwiesen. Ein so bereinigter Vergleich zeige, dass die zu erklärenden Differenzen erheblich geringer seien. Der Mittelwert sei von CHF 531.28 im Jahr 2012 auf CHF 562.42 im Jahr 2016 angestiegen. Beim Reha Zentrum reduziere sich die Differenz zum festgesetzten Tarif von 23.29 % im Jahr 2012 auf 16.46 % im Jahr 2016, bei der Klinik Montana von 17.64 % im Jahr 2012 auf 11.13 % im Jahr 2016.

8.2 Sowohl die Vorinstanz als auch die Beschwerdeführerinnen berufen sich für ihre Argumentation auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, insbesondere auf das Urteil C-4479/2013 vom 12. November 2015 betreffend Klinik Barmelweid (Tagespauschale für kardiovaskuläre Rehabilitation). Zur Wirtschaftlichkeitsprüfung im Bereich der Rehabilitation beziehungsweise zur Plausibilisierung eines Tarifs lässt sich der Rechtsprechung Folgendes entnehmen.

8.2.1 Allein die höheren tarifrelevanten Kosten der einen Rehabilitationseinrichtung gegenüber einer anderen Institution begründen noch nicht die Vermutung der unwirtschaftlichen Leistungserbringung. Vielmehr müsste zunächst untersucht werden, inwiefern die Vergleichbarkeit zu bejahen

beziehungsweise aus welchen Gründen sie zu verneinen ist, was eine entsprechend zuverlässige und umfassende Datenbasis erfordert (Urteil BVGer C-1632/2013 vom 5. Mai 2015 E. 17.9). Im Bereich der Rehabilitation erscheint die Durchführung von Betriebsvergleichen zwar grundsätzlich möglich, wegen der Spezialitätenvielfalt und der Verschiedenheit des Patientengutes aber sehr schwierig (Urteil BVGer C-2617/2014 vom 25. Januar 2016 E. 8.5; vgl. auch BVGE 2015/39 E. 19.8 mit Hinweisen; Urteil C-4479/2013 E. 5.6).

8.2.2 Soweit verwertbare Kostendaten vergleichbarer Institutionen fehlen, kann sich die Festsetzungsbehörde ausnahmsweise an rechtskräftig festgesetzten oder genehmigten Tarifen anderer Rehabilitationseinrichtungen orientieren. Zu berücksichtigen ist dabei, dass bei Preisvergleichen die Gefahr besteht, dass sich der Vergleich auf überhöhte oder unwirtschaftliche Verhandlungsergebnisse bezieht. Andererseits könnte ein Spital bereit sein, günstige Tarife der OKP zu akzeptieren, wenn sein Trägerkanton bereit ist, entsprechende Lücken durch Subventionen zu schliessen. Die Orientierung an solchen Tarifen wäre nicht sachgerecht (vgl. BVGE 2014/36 E. 6.7). Diese Ausgangslage sowie der Umstand, dass die Fallschwere der Patientinnen und Patienten in den Vergleichsspitälern allenfalls nur mit einer gewissen Ungenauigkeit geschätzt werden kann, rechtfertigt die Berücksichtigung einer Sicherheitsmarge (BVGE 2015/39 E. 19.9; Urteil C-4479/2013 E. 5.5).

8.2.3 Wird lediglich ein Vergleich zur *Plausibilisierung* des ermittelten kostenbasierten Tarifs verlangt, sind die Anforderungen an die Vergleichbarkeit geringer als bei einem Benchmarking, das Grundlage für die Bestimmung des Referenzwertes im Sinne von Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG und die Tariffestsetzung bildet. Der Hinweis, die Leistungen im Bereich der Rehabilitation seien nicht ohne Weiteres vergleichbar, entbindet die Festsetzungsbehörde daher nicht davon, einen Vergleich mit anderen Einrichtungen, die einen gleichen oder ähnlichen Leistungsauftrag haben, vorzunehmen. Da nun vermehrt auch im Rehabilitationsbereich differenzierende Tagespauschalen festgelegt werden, ist zumindest ein gewisser Vergleich innerhalb einer Gruppe von Kliniken mit vergleichbarem Leistungsauftrag möglich. Liegen Indizien für wesentliche Unterschiede bei den Schweregraden vor, hat die Festsetzungsbehörde diesen Umstand angemessen zu berücksichtigen und die Sicherheitsmarge entsprechend anzupassen. Wie hoch eine solche Sicherheitsmarge anzusetzen ist, kann daher nicht allgemein festgelegt werden. Der Entscheid liegt grundsätzlich im pflichtgemässen Ermessen der Festsetzungsbehörde. Eine Sicherheitsmarge von

30 %, wie von der Vorinstanz in der Vernehmlassung postuliert, würde den (erheblichen) Ermessensspielraum aber zweifellos überschreiten. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass ein solcher Ermessensentscheid hinreichend begründet sein muss (Urteil C-4479/2013 E. 5.7).

8.2.4 Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG verlangt grundsätzlich eine Orientierung an anderen (effizienten) Leistungserbringern. Daher genügt es nicht, wenn die Tagespauschale lediglich mit Tarifen, welche die betreffende Klinik mit anderen Krankenversicherern vertraglich vereinbart hat, verglichen wird (vgl. BVGE 2015/39 E. 19.6; Urteil C-4479/2013 E. 5.3 mit Hinweisen). Die im Urteil C-4479/2013 noch offengelassene Frage, ob ausnahmsweise eine innerbetriebliche Analyse der Kostenentwicklung zu akzeptieren wäre, wenn ein Kosten- oder Preisvergleich mit anderen Kliniken nicht möglich ist, hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil C-2617/2014 vom 25. Januar 2016 bejaht (E. 12.3; vgl. auch Urteil BVGer C-2664/2014 vom 31. März 2016 E. 9.7).

8.3 Entgegen der Annahme der Vorinstanz lässt sich aus dem Urteil C-4479/2013 nicht ableiten, dass eine Sicherheitsmarge unter 30 % grundsätzlich zulässig sei. Im angefochtenen Beschluss wird kaum begründet, weshalb sich vorliegend eine Sicherheitsmarge von bis zu 27 % rechtfertigen soll, was die Beschwerdeführerinnen zu Recht beanstanden. Wie hoch die tatsächlich gewährte Sicherheitsmarge ist, hängt wesentlich vom Vorgehen bei der Plausibilisierung und insbesondere von der Auswahl der Vergleichsspitäler ab, wie die Betriebsvergleiche der Beteiligten illustrieren. Auf die hier umstrittene Auswahl der Vergleichsspitäler ist deshalb näher einzugehen.

8.3.1 Da die Vorinstanz nur rechtskräftige Tarife für das Jahr 2012 von SWISS Reha-Mitgliedern in den Vergleich einbezogen hat, standen ihr im Bereich kardiovaskuläre Rehabilitation lediglich zwei Vergleichskliniken (RehaClinic Zurzach, Klinik Barmelweid) und der mit anderen Einkaufsgemeinschaften vereinbarte Tarif des Reha Zentrums (Beschwerdegegnerin 1) zur Verfügung. Der Vergleich ergab einen Mittelwert von CHF 551.-, worauf die Vorinstanz feststellte, dass der für das Reha Zentrum berechnete Tarif von CHF 538.- unter dem Mittelwert liege und wirtschaftlich sei. Die Beschwerdeführerinnen ziehen für ihren Vergleich sechs Spitäler heran, bei welchen die mit der Einkaufsgemeinschaft HSK vereinbarten Tarife 2012 genehmigt worden waren: Klinik Gais, RehaClinic Zurzach, Rehaklinik Hasliberg, Reha Seewis, Clinique Le Noirmont und Klinik Schloss Mammern. Ausser bei der Rehaklinik Hasliberg handelt es sich um

Mischtarife (in der Regel für internistische-onkologische, psychosomatische und kardiale Rehabilitation), wobei darauf hingewiesen wird, dass ein separater Kostenträgerausweis für kardiale Rehabilitation vorliege. Der Mittelwert beträgt CHF 416.17 (act. 1 S. 25). Die Beschwerdegegnerinnen halten dafür, dass alle Leistungserbringer mit entsprechendem Leistungsauftrag berücksichtigt werden müssten, sofern sie in den Jahren 2012 bis 2016 über einen Tarif für kardiovaskuläre (oder kardiale) Rehabilitation verfügten; Mischtarife seien hingegen nicht in den Vergleich einzubeziehen. Für das Jahr 2012 lägen Tarife von vier Kliniken (RehaClinic Zurzach, Rehaklinik Hasliberg, Klinik Barmelweid, Hôpital Fribourgeois HFR) vor, für das Jahr 2016 sechs (zusätzlich: Luzerner Klinik Montana; Zürcher RehaZentrum Wald). Der Durchschnitt der Tarife liege bei CHF 536.75 für das Jahr 2012 und bei CHF 609.- für das Jahr 2016 (act. 9 S. 17).

Je nach Auswahl der Vergleichstarife schwankt somit der Mittelwert zwischen CHF 416.17 und CHF 607.-, was die für die Beschwerdegegnerin 1 berechnete Tagespauschale von CHF 538.- entweder als zu hoch oder als wirtschaftlich erscheinen lassen kann.

8.3.2 Die im Bereich Stütz- und Bewegungsapparat berechneten Tagespauschalen verglich die Vorinstanz mit denjenigen von 13 Mitgliedern der SWISS Reha, welche über einen Leistungsauftrag für muskuloskelettale Rehabilitation verfügen (Salina Rehaklinik, aarReha Schinznach, RehaClinic Zurzach, RehaClinic Baden, Reha Rheinfelden, Rheinburg-Klinik, RehaClinic Glarus, RehaClinic Braunwald, Kliniken Valens und Walenstadtberg, Clinica Hildebrand, Klinik Adelheid, RehaClinic Zollikerberg, Zürcher RehaZentren [Wald]) sowie den Beschwerdegegnerinnen (Reha Zentrum und Klinik Montana). Dieser Vergleich habe einen Mittelwert von CHF 517.- (nicht CHF 510.- wie im Anhang der Verfügung angegeben [act. 10 S. 3]) ergeben.

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden insbesondere, dass auch die mit anderen Einkaufsgemeinschaften vereinbarten Tarife der Beschwerdegegnerinnen in den Vergleich einbezogen worden seien, obwohl im Genehmigungsverfahren keine rechtskonforme Wirtschaftlichkeitsprüfung vorgenommen worden sei. Sie präsentieren einen neuen Tarifvergleich mit 23 Kliniken, ohne Beschwerdegegnerinnen, Klinik Adelheid und Zürcher RehaZentrum Wald, aber ergänzt mit folgenden Kliniken: Privat-Klinik im Park (Bad Schinznach), Klinik im Hof Weissbad, Berit Paracelsus, Reha Hasliberg, Kurklinik Eden, Reha Schönberg Gunten, RehaClinic Sonnmatt,

Spitäler Schaffhausen, Kneipp-Hof, EOC Ente Ospedaliere und Universitätsspital Balgrist (für 2016 auch Clinique Le Noirmont). Weshalb die Klinik Adelheid und das Zürcher RehaZentrum Wald nicht in den Vergleich einbezogen werden sollen, wird nicht begründet. Für das Jahr 2012 berechneten die Beschwerdeführerinnen einen Mittelwert von CHF 465.05, ohne RehaClinic Glarus und RehaClinic Braunwald, da es sich dabei um Mischtarife handle (vgl. act. 1 S. 23).

Die Beschwerdegegnerinnen fügen zur Liste der Beschwerdeführerinnen zunächst sieben Kliniken hinzu: Rehaklinik Bellikon, Kantonsspital Basel-Land, Bethesda-Spital (Basel-Stadt), Luzerner Höhenklinik Montana, Solothurner Spitäler, RehaZentrum Wald und Klinik Adelheid (act. 9 S. 18). Für einen Tarifvergleich 2012 könnten jedoch die Tagespauschalen von fünf Kliniken noch nicht berücksichtigt werden, da Mischtarife festgelegt worden seien (RehaClinic Glarus, RehaClinic Braunwald, Luzerner Höhenklinik Montana, Solothurner Spitäler, RehaZentrum Wald). Da verschiedene Faktoren den Vergleich zulasten der Beschwerdegegnerinnen verzerrten, seien zudem folgende Ausschlusskriterien festzulegen: Anzahl Ärzte pro 100 Fälle gemäss Krankenhausstatistik unter 0.4; ein Spital verfügt über keinen Leistungsauftrag für Frührehabilitation im muskuloskelettalen Bereich, obwohl der Kanton solche Leistungsaufträge vorsieht; der Anteil Zusatzversicherter beträgt gemäss Krankenhausstatistik über 75 %; Tarife, die in den folgenden zwei Jahren von einem Tarifsprung von insgesamt mehr als 15 % begleitet waren (act. 9 S. 21 ff.). Aufgrund der Ausschlusskriterien seien folgende Leistungserbringer aus dem Vergleich auszuschliessen: Salina Rehaklinik, aarReha Schinznach, Privat-Klinik im Park (Bad Schinznach), Klinik im Hof Weissbad, Berit Paracelsus, Kurklinik Eden, Reha Schönberg Gunten, RehaClinic Sonnmatt, Kneipp-Hof. Die Clinique Le Noirmont könne schon deshalb nicht berücksichtigt werden, weil sie erst im Jahr 2016 einen Leistungsauftrag für muskuloskelettale Rehabilitation erhalten habe. Ein so bereinigter Vergleich zeige, dass die zu erklärenden Differenzen erheblich geringer seien. Der Mittelwert sei von CHF 531.28 im Jahr 2012 auf CHF 562.42 im Jahr 2016 angestiegen. Dabei seien jedoch weitere Verzerrungsfaktoren, insbesondere dass verschiedene Kliniken Zusatztarife für bestimmte Fallkategorien oder Subventionen erhielten, noch nicht berücksichtigt, weshalb auch die verbleibenden Kliniken beziehungsweise deren Tagespauschalen nicht ohne Weiteres vergleichbar seien (act. 9 S. 30).

8.3.3 Was die von der Vorinstanz vorgenommene Beschränkung des Tarifvergleichs auf Mitglieder von SW!SS Reha betrifft, ist mit den Beschwerdeführerinnen festzuhalten, dass Qualitätskriterien grundsätzlich bei der Zulassung der Leistungserbringer und nicht bei der Tariffestsetzung zu berücksichtigen sind. Nach der Rechtsprechung vermag eine höhere Behandlungsqualität weder in der Akutsomatik noch im Rehabilitationsbereich einen höheren Tarif zu rechtfertigen. Bei der Tariffestlegung wird eine qualitativ hochstehende gesundheitliche Versorgung (Art. 43 Abs. 6 KVG) entsprechend dem Standard der medizinischen Wissenschaft vorausgesetzt. Die leistungsspezifischen Anforderungen werden bei der Zulassung zur Tätigkeit zulasten der OKP (vgl. Art. 39 Abs. 1 KVG) definiert und überprüft (Urteil C-4479/2013 E. 5.4 mit Hinweis auf BVGE 2014/36 E. 6.8.5 und 11.3). Die Vorinstanz legt nicht nachvollziehbar dar, weshalb die Vergleichbarkeit der Tarife unter SW!SS Reha-Mitgliedern eher gewährleistet sein könnte. Bei den beiden für kardiovaskuläre Rehabilitation herangezogenen Kliniken bestehen denn auch erhebliche Tariffdifferenzen (von CHF 470.- bis 620.-). Ein Vergleich mit nur zwei anderen Kliniken kann bei einer solchen Heterogenität nicht aussagekräftig sein.

8.3.4 Tarife, die für verschiedene Rehabilitationsbereiche festgelegt werden (Mischtarife), erschweren Betriebsvergleiche erheblich (vgl. BVGE 2015/39 E. 19.8 bzw. vorne E. 8.2.1 und 8.2.3). Eher möglich ist ein Vergleich innerhalb einer Gruppe von Kliniken mit vergleichbarem Leistungsauftrag, wenn für den entsprechenden Rehabilitationsbereich (vorliegend kardiovaskuläre und muskuloskelettale Rehabilitation) eine eigene Tagespauschale festgelegt wurde (vgl. Urteil C-4479/2013 E. 5.7). Die Vorinstanz hat bei ihrem Tarifvergleich für muskuloskelettale Rehabilitation auch zwei Mischtarife (RehaClinic Glarus, RehaClinic Braunwald) berücksichtigt. Die Beschwerdeführerinnen haben diese bei der muskuloskelettalen Rehabilitation ausgeschlossen, ihren Tarifvergleich für kardiovaskuläre Rehabilitation aber wesentlich auf Mischtarife gestützt (vgl. act. 1 S. 23 und 25). Insofern ist die Aussagekraft der beiden Betriebsvergleiche eingeschränkt. Dass den Beschwerdeführerinnen jeweils ein Kostenträgerausweis für kardiale Rehabilitation vorlag, vermag das Abstellen auf Mischtarife nicht zu rechtfertigen. Liegen hinreichende Kosten- und Leistungsdaten vor, ist ein Kostenvergleich durchzuführen; ein Preisvergleich ist nur dann zulässig, wenn verwertbare Kostendaten vergleichbarer Institutionen fehlen (vgl. vorne E. 8.2.2).

8.3.5 Wie die Darstellungen der Beschwerdegegnerinnen zeigen, liesse sich auch mit der Definition von (generellen) Ausschlusskriterien nicht ohne

Weiteres eine homogene Vergleichsgruppe herstellen. Entscheidend ist jedoch, dass bereits für die Auswahl der Vergleichsspitäler gesicherte Erkenntnisse oder zumindest ein allgemeiner Konsens darüber erforderlich wären, welche Faktoren sich in welchem Umfang kostenerhöhend oder -senkend auswirken (vgl. betreffend SwissDRG-Tarife BVGE 2014/36 E. 6.6, insbes. E. 6.6.4; Urteil BVGer C-2255/2013 vom 24. April 2015 E. 4.4), was vorliegend nicht der Fall ist. Dass die Anzahl Ärztinnen und Ärzte (aber auch das Pflegepersonal und das übrige medizinische Personal) ein Indikator für den Schweregrad der behandelten Patientinnen und Patienten ist, erscheint nachvollziehbar. Der Ausschluss von Kliniken, welche einen bestimmten Grenzwert unterschreiten, könnte sich dann rechtfertigen, wenn damit erwiesenermassen die Vergleichbarkeit hergestellt (oder zumindest substantiell erhöht) werden könnte. In den Kennzahlen der Schweizer Spitäler, welche das BAG jährlich publiziert, wird das medizinische Fachpersonal nicht für die einzelnen Rehabilitationsbereiche, sondern für die gesamte Institution ausgewiesen (vgl. act. 9 Beilage 15; online abrufbar unter < www.bag.admin.ch > Service > Zahlen & Fakten > Zahlen & Fakten zu Spitälern > Kennzahlen der Schweizer Spitäler [besucht am 13.2.2018] nachfolgend: BAG-Kennzahlen). Zudem begründen die Beschwerdegegnerinnen nicht, weshalb die Grenze gerade bei 0.4 Stellen festgelegt werden soll; eine solche Grenzziehung erscheint willkürlich. Nicht sachgerecht ist auch das von den Beschwerdegegnerinnen vorgeschlagene Vorgehen, diejenigen Spitäler aus dem Vergleich auszuschliessen, welche in den Folgejahren grosse Tarifsprünge aufweisen. Ein erheblicher Tarifsprung kann zwar ein Indiz dafür sein, dass der für das Jahr 2012 vereinbarte Tarif nicht kostendeckend war; es sind aber auch andere Gründe möglich, z.B. dass sich der durchschnittliche Schweregrad seither verändert hat. Weiter wäre auch hier zu begründen, weshalb die Grenze bei 15 % innerhalb von zwei Jahren gezogen werden soll. Anstatt diese Spitäler nicht in den Vergleich einzubeziehen, wäre es vielmehr angezeigt, auffällige Tarifentwicklungen von Vergleichsspitälern angemessen zu würdigen. Gleiches gilt für die übrigen Faktoren, welche die Beschwerdegegnerinnen anführen, aber auch bei Tarifen von Kliniken, die möglicherweise nicht auf einer bundesrechtskonformen Wirtschaftlichkeitsprüfung beruhen. In Analogie zur Rechtsprechung zum Benchmarking im akutsomatischen Bereich erscheint es sachgerecht, zumindest bei Preisvergleichen von einer möglichst breit abgestützten beziehungsweise repräsentativen Vergleichsgruppe auszugehen und keine positive Selektion der Vergleichsspitäler vorzunehmen (vgl. BVGE 2014/36 E. 4.3 und E. 6.1; Urteil BVGer C-2350/2014 E. 5.1). Die Indizien, welche für einen höheren oder tieferen Schweregrad bei den einzelnen Kliniken sprechen,

sind jedoch – ebenso wie allfällige Verzerrungsfaktoren – bei der Plausibilisierung zu berücksichtigen.

8.3.6 Wird wie vorliegend erst im Jahr 2016 rückwirkend der ab 2012 geltende Tarif für Rehabilitationsbereiche festgesetzt, die ein Tarifbild mit sehr breiter Streuung zeigen, rechtfertigt es sich, nicht nur die Tarife aus dem Jahr 2012 in den Tarifvergleich einzubeziehen. Dies lässt sich einerseits damit begründen, dass für das Jahr 2012 noch mehr Mischtarife festgelegt wurden beziehungsweise die Anzahl möglicher Vergleichstarife in den Folgejahren etwas angestiegen ist, weil für weitere Kliniken bereichsspezifische Tagespauschalen vorliegen. Andererseits können Tarifentwicklungen von Vergleichskliniken wie erwähnt auch Hinweise geben, ob deren Tagespauschalen für ein bestimmtes Jahr eher zu hoch oder zu tief lagen. In ihren Tarifvergleichen haben denn auch nicht nur die Beschwerdeführerinnen, sondern auch die Beschwerdeführerinnen die Tarife von 2012 bis 2016 berücksichtigt (vgl. act. 1 S. 23 und 25).

8.3.7 Die Rechtsprechung zu Preisvergleichen im Rehabilitationsbereich, welche die Berücksichtigung einer Sicherheitsmarge zulässt (vgl. vorne E. 8.2.2 f.), kann nicht dahingehend interpretiert werden, dass zwingend vom arithmetischen Mittelwert der Tarife der Vergleichsspitäler auszugehen ist, unabhängig davon, wie heterogen sich die Tariflandschaft im entsprechenden Bereich präsentiert (vgl. auch Urteil BVGer C-255/2015 vom 19. April 2017 E. 4.3.2). Es ist erneut zu betonen, dass eine Plausibilisierung von einem Benchmarking, wie es für die Festlegung des Basisfallwertes im akutsomatischen Bereich erforderlich ist, zu unterscheiden ist. Mit diesem Benchmarking werden schweregradbereinigte Fallkosten der Spitäler verglichen. Zum Benchmark sind die allgemeinen Zuschläge hinzuzurechnen, was den Referenzwert ergibt. Bei der Festlegung des spitalindividuellen Basisfallwertes ist von diesem Referenzwert auszugehen, wobei unter Umständen spitalindividuelle Zuschläge vorzunehmen sind (BVGE 2014/36 E. 4.10; Urteil C-3497/2013 vom 26. Januar 2015 E. 3.1.3; vgl. auch schematische Darstellung im Anhang zu BVGE 2014/3). Wo der Benchmark – mithin der Effizienzmassstab – zu setzen ist, gibt das KVG nicht vor; er kann nicht allgemein durch die Vorgabe eines bestimmten Perzentils festgelegt werden, zumal auch die im akutsomatischen Bereich von den Beteiligten angewendeten Benchmarking-Methoden sehr unterschiedlich sind (vgl. dazu BVGE 2015/8). Können wie im Bereich der Rehabilitation keine schweregradbereinigten Fallkosten verglichen werden und ist der spitalindividuell berechnete Tarif lediglich im Sinne einer Plausibilisierung mit den Tarifen anderer Spitäler zu vergleichen, kann der

Mittelwert der Vergleichstarife eine gewisse Orientierung bieten. Es handelt sich dabei aber nicht um eine Festlegung des Effizienzmassstabes; dies würde den bestehenden Schwierigkeiten bei den Betriebsvergleichen im Bereich Rehabilitation nicht gerecht.

8.3.8 Bei der Plausibilisierung einer spitalindividuell ermittelten Tagespauschale mittels Preisvergleich geht es zusammenfassend um die Würdigung der gesamten Umstände, welche für oder gegen die Wirtschaftlichkeit des fraglichen Tarifs sprechen. Dafür hat die Festsetzungsbehörde möglichst alle für den entsprechenden Rehabilitationsbereich festgelegten Tagespauschalen, sofern sie in Rechtskraft erwachsen sind, in den Vergleich einzubeziehen. Anschliessend hat sie sowohl das Tarifbild, mögliche Verzerrungsfaktoren sowie Indizien für höhere oder geringere Schweregrade gegenüber den Vergleichskliniken zu analysieren. Ein solches Vorgehen hat nicht nur zur Folge, dass die Festsetzungsbehörde ihre Beurteilung nachvollziehbar begründen muss. Es kommt auch den Tarifparteien im Festsetzungsverfahren eine erhebliche Substantiierungslast zu; sie haben die ihnen vorliegenden massgebenden Daten und Argumente ins Verfahren einzubringen.

8.4 Die von der Vorinstanz vorgenommenen Wirtschaftlichkeitsvergleiche entsprechen nach dem Gesagten den bundesrechtlichen Anforderungen nicht. Zu prüfen bleibt, ob die festgesetzten Tarife einer bundesrechtskonformen Wirtschaftlichkeitsprüfung Stand halten und daher bestätigt werden können. Da auch die Tarifvergleiche der Beschwerdeführerinnen und der Beschwerdegenerinnen auf einer positiven Selektion der Vergleichskliniken beruhen, kann darauf nicht abgestellt werden.

8.5 Für den Bereich kardiovaskuläre Rehabilitation können – soweit aufgrund der publizierten Tarife feststellbar (vgl. < www.gdk-cds.ch/fileadmin/docs/public/gdk/themen/spitalplanung/GDK-UEbersicht_Spitallisten_Spittaltarife.pdf > [besucht am 26.2.2018]) – aus den Jahren 2012 bis 2016 Tagespauschalen von höchstens sieben Kliniken in einen Vergleich einbezogen werden (wobei vorliegend nur die Tarife der beiden grossen Einkaufsgemeinschaften HSK und tarifsuisse berücksichtigt werden, zumal Assura und Supra seit 2014 tarifsuisse angehören):

Für die Klinik Barmelweid wurden Tagespauschalen von CHF 620.- für die Jahre 2012 bis 2013 und von CHF 610.- ab dem Jahr 2014 genehmigt (Vertrag mit tarifsuisse [act. 9 Beilage 4]). Wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht geltend machen, hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil C-4479/2013 festgestellt, dass die Vorinstanz bei ihrer Tariffestsetzung (dem

vertraglich vereinbarten Tarif von CHF 620.- entsprechend) keine Wirtschaftlichkeitsprüfung vorgenommen hat und ihre Berechnung der kostenbasierten Tagespauschale nicht den bundesrechtlichen Anforderungen entsprach (Urteil C-4479/2013 E. 5.9).

Für die RehaClinic Zuzach liegen für die Periode von 2012 bis 2016 rechtskräftige Tarife für die Einkaufsgemeinschaft HSK von CHF 486.- bis CHF 515.- und für tarifsuisse von CHF 470.- bis 530.- vor. Bis Ende 2014 beschränkte sich der Leistungsauftrag auf angiologische Rehabilitation, weshalb zu berücksichtigen ist, dass die Tagespauschale ab dem Jahr 2015 bei CHF 515.- bzw. CHF 520.- lag (vgl. act. 1 S.25; act. 9 Beilage 4; Spitalliste Rehabilitation des Kantons Aargau [abrufbar unter < www.ag.ch/de/dgs/gesundheitsversorgung/spitaelerkliniken/spitallisten_2015/spitallisten.jsp >, besucht am 26.2.2018]).

Für die Rehaklinik Hasliberg wurden die Tarifverträge mit beiden Einkaufsgemeinschaften genehmigt, welche eine Tagespauschale von CHF 385.- bis 405.- (HSK) bzw. CHF 385.- bis 470.- (tarifsuisse) vorsehen (vgl. < www.gef.be.ch/gef/de/index/gesundheitsversorgung/spitaeler/superprovisorischetarife.html > [besucht am 26.2.2018]).

Die Tagespauschale im Freiburger Spital HFR beträgt für tarifsuisse (unverändert seit 2012) CHF 636.- (vgl. < www.fr.ch/ssp/files/pdf92/706_01_170428_tableau_tarifs_stat_def_et_provisoires_publ_avril_2017.pdf > [besucht am 26.2.2018]).

Für die Luzerner Höhenklinik Montana besteht seit 2014 ein Tarif für kardiovaskuläre Rehabilitation (vorher Mischtarif). Für die Einkaufsgemeinschaft HSK beträgt die Tagespauschale CHF 630.- (für 2014 bis 2016), für tarifsuisse CHF 616.- bis 620.- (vgl. < https://gesundheitsversorgung.lu.ch/themen/gesundheitsversorgung/spitalfinanzierung/tarife/stationaere_tarife > [besucht am 26.2.2018]).

Das RehaZentrum Wald verfügt erst für das Jahr 2016 über einen Tarif für kardiovaskuläre Rehabilitation (vorher Mischtarif) von CHF 580.- (HSK) bzw. CHF 570.- (tarifsuisse [vgl. < <https://gd.zh.ch/internet/gesundheitsdirektion/de/themen/behoerden/spitalfinanzierung.html> >, besucht am 26.2.2018]).

Im Kanton Waadt gilt für die kardiovaskuläre Rehabilitation eine Tagespauschale von CHF 450.- (tarifsuisse) bzw. CHF 459.- (übrige Versicherer) im Jahr 2015 sowie – für das Jahr 2016 – eine Pauschale von CHF 460.- bzw. CHF 465.-, wobei aus der Übersicht nicht hervorgeht, für welche Klinik(en) der Tarif gilt (vgl. < www.vd.ch/themes/sante/organisation/hopitaux-et-cliniques >, besucht am 26.2.2018]).

8.5.1 Die von der Vorinstanz auf CHF 538.- festgesetzte Tagespauschale liegt bei den möglichen Vergleichstarifen im Mittelfeld beziehungsweise knapp unter dem Mittelwert, wenn man von den Durchschnittswerten der

einzelnen Kliniken (HSK und tarifsuisse 2012 bis 2016) ausgeht. Das Tarifbild im Bereich der kardiovaskulären Rehabilitation weist eine erhebliche Streuung auf (von CHF 385.- bis 636.-).

8.5.2 Die Frage, weshalb die – ebenfalls im Zuständigkeitsgebiet der Vorinstanz liegende – Rehaklinik Hasliberg einen derart tieferen Tarif vereinbaren konnte, wäre bei der Plausibilisierung zweifellos zu diskutieren gewesen. Dass die Vorinstanz dies unterlassen hat, ist hier indessen nicht ausschlaggebend. Wie sich den BAG-Kennzahlen entnehmen lässt, hat die Rehaklinik Hasliberg für die Jahre 2012 bis 2014 jeweils ein negatives Betriebsergebnis ausgewiesen und etwa in der Höhe des Defizits Beiträge, Subventionen oder Defizitdeckung erhalten (vgl. BAG-Kennzahlen 2012 S. 116; 2014 S. 121). Sodann hat die Rehaklinik Hasliberg – obwohl auch für das 2016 noch ein entsprechender Tarif vereinbart und genehmigt wurde – den Bereich der kardiovaskulären Rehabilitation offenbar bereits im Jahr 2015 aufgelöst (vgl. < www.rehaklinik-hasliberg.ch/portrait/datenfakten > [besucht am 27.2.2018]). Vor diesem Hintergrund kann nicht als erstellt gelten, dass der mit der Rehaklinik Hasliberg vereinbarte Tarif als Vergleichswert für eine effiziente Leistungserbringung im Sinne von Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG herangezogen werden könnte, sofern der durchschnittliche Schweregrad bei den beiden Kliniken Hasliberg und Reha Zentrum übereinstimmt.

Wie es sich mit dem im Kanton Waadt geltenden Tarif verhält, kann nicht geprüft werden, zumal nicht klar ist, für welche Kliniken dieser gilt. Der für die Clinique La Lignière SA (für tarifsuisse) festgesetzten Tagespauschale für kardiovaskuläre Rehabilitation von CHF 459.- lag weder eine bundesrechtskonforme Kostenermittlung noch eine hinreichende Wirtschaftlichkeitsprüfung zugrunde (Urteil BVGer C-2531/2013 vom 2. November 2017 E. 12 - E. 17), weshalb der Festsetzungsbeschluss aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde.

8.5.3 Bei den übrigen Tagespauschalen für kardiovaskuläre Rehabilitation zeigt sich ein weniger uneinheitliches Tarifbild; sie bewegen sich zwischen CHF 515.- (RehaClinic Zurzach ab 2015) und CHF 636.- (Freiburger Spital HFR). Da letztere nur für die Versicherer von tarifsuisse gilt, ist darauf hinzuweisen, dass die Einkaufsgemeinschaft HSK mit der Luzerner Höhenklinik Montana einen geringfügig tieferen Tarif von CHF 630.- vereinbart hat. Dass für die Beschwerdegegnerin 1 mit einer Tagespauschale von CHF 538.- ein Tarif festgesetzt wurde, der in diesem Vergleich im unteren Bereich liegt, erscheint durchaus sachgerecht, wenn man den Indikator

Anteil medizinisches Fachpersonal (Anteil Ärztinnen und Ärzte, Pflegepersonal und übriges medizinisches Personal pro 100 Austritte [vgl. BAG-Kennzahlen 2012 bis 2015]) heranzieht. In diesem Bereich liegt die Beschwerdegegnerin 1 etwa beim Medianwert, die Luzerner Höhenklinik Montana und das RehaZentrum Wald (welche beide einen tieferen Zusatzversichertenanteil aufweisen als die Beschwerdegegnerin 1) hingegen erheblich über dem Medianwert. Den Akten lassen sich aber auch keine Hinweise dafür entnehmen, dass der durchschnittliche Schweregrad der behandelten Fälle bei der Beschwerdegegnerin 1 unterdurchschnittlich sein könnte; solches wird auch von den Beschwerdeführerinnen nicht geltend gemacht.

8.5.4 Eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Vornahme einer rechtskonformen Wirtschaftlichkeitsprüfung erschiene vor diesem Hintergrund unverhältnismässig, zumal es um den seit 1. Januar 2012 anwendbaren Tarif geht. Die für die Beschwerdegegnerin 1 ab dem Jahr 2012 festgesetzte Tagespauschale von CHF 538.- für stationäre Rehabilitation im Bereich Herz-Kreislaufsystem ist daher ausnahmsweise zu akzeptieren, obwohl ihr keine rechtskonforme Wirtschaftlichkeitsprüfung zugrunde liegt.

8.6 Die von der Vorinstanz für die muskuloskelettale Rehabilitation festgesetzten Tarife von CHF 655.- (Reha Zentrum) bzw. CHF 625.- (Klinik Montana) würden selbst dann erheblich über dem Mittelwert liegen, wenn auf die selektionierte Auswahl der Beschwerdegegnerinnen abzustellen wäre (vgl. act. 9 S. 30). Von den 30 Kliniken (ohne Beschwerdegegnerinnen), die zwischen 2012 und 2016 mindestens einen bereichsspezifischen (rechtskräftigen) Tarif aufweisen, war nur in fünf Fällen eine Tagespauschale von CHF 600.- oder mehr festgelegt worden: Rehaklinik Bellikon (wobei hier die Vergleichbarkeit näher zu prüfen wäre), Kantonsspital Basel-Land, Bethesda-Spital, Luzerner Höhenklinik Montana und – ab dem Jahr 2014 – Klinik Adelheid (vgl. act. 9 S. 19). Die höchsten Tagespauschalen weisen mit CHF 640.- die Luzerner Höhenklinik Montana (ab 2015 für tarifsuisse; CHF 630.- für HSK [vgl. < [https:// gesundheit.lu.ch/themen/gesundheitsversorgung/spitalfinanzierung/tarife/stationaere_ tarife](https://gesundheit.lu.ch/themen/gesundheitsversorgung/spitalfinanzierung/tarife/stationaere_tarife) >; besucht am 28.2.2018]) und – für das Jahr 2012 – das Kantonsspital Basel-Land (ab 2013 CHF 630.-) auf. Der für die Beschwerdegegnerin 1 festgesetzte Tarif von CHF 655.- ist der höchste im Bereich der muskuloskelettalen Rehabilitation, worauf die Beschwerdeführerinnen zu Recht hinweisen. Der für die Beschwerdegegnerin 2 festgesetzte Tarif von CHF 625.- liegt im obersten Bereich. Dass die beiden Tarife dennoch einer

effizienten Leistungserbringung entsprechen, lässt sich aufgrund der Akten nicht feststellen.

8.7 Um eine Wirtschaftlichkeitsprüfung nach den in E. 8.3.3 bis 8.3.8 dargelegten Grundsätzen vorzunehmen, sind weitere Abklärungen erforderlich und über Ermessensfragen zu entscheiden. Ein reformatorisches Urteil fällt praxisgemäss nicht in Betracht (vgl. Urteil BVGer C-5749/2013 vom 31. August 2015 E. 7.1 mit Hinweisen; Urteil C-4479/2013 E. 5.10; BVGE 2014/3 E. 10.4). Die Beschwerdeführerinnen haben denn auch die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und Rückweisung an die Vorinstanz zur Vornahme einer rechtskonformen Wirtschaftlichkeitsprüfung und Neu festsetzung der Tarife beantragt.

8.8 Demnach ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Der angefochtene Beschluss ist – soweit damit die Tagespauschalen für stationäre Rehabilitation im Bereich Stütz- und Bewegungsapparat der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 festgesetzt wurden – aufzuheben. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie aufgrund einer bundesrechtskonformen Wirtschaftlichkeitsprüfung neu über die Tarife entscheide. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

9.

Zu befinden ist abschliessend über die Verfahrenskosten und allfällige Parteientschädigungen.

9.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Den Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (vgl. Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; zur Qualifikation als vermögensrechtliche Streitigkeit vgl. BVGE 2010/14 E. 8.1.3). Das für die Kostenverteilung massgebende Ausmass des Unterliegens ist aufgrund der gestellten Rechtsbegehren zu beurteilen (MICHAEL BEUSCH, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Rz. 13 zu Art. 63). Dabei ist auf das materiell wirklich Gewollte abzustellen (MOSER ET AL., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 4.43).

9.1.1 Die Beschwerdeführerinnen obsiegen insoweit als sie die Aufhebung des Tariffestsetzungsbeschlusses hinsichtlich der muskuloskelettalen Rehabilitation und die Rückweisung an die Vorinstanz beantragen. Sie unterliegen mit ihrem entsprechenden Antrag betreffend kardiovaskuläre Rehabilitation sowie mit dem Begehren, die Festsetzung sei auf das Jahr 2012 zu begrenzen. Die Beschwerdegegnerinnen beantragen die Bestätigung des angefochtenen Beschlusses und damit die Bestätigung der von der Vorinstanz festgesetzten Tagespauschalen. Vorliegend ist von einem je hälftigen Obsiegen bzw. Unterliegen auszugehen.

9.1.2 Die Verfahrenskosten sind vorliegend auf CHF 5'000.- festzusetzen und je zur Hälfte den Beschwerdeführerinnen und den Beschwerdegegnerinnen aufzuerlegen. Der von den Beschwerdeführerinnen zu leistende Betrag von CHF 2'500.- wird dem Kostenvorschuss (von CHF 5'000.-) entnommen. Der Restbetrag von CHF 2'500.- wird ihnen zurückerstattet.

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

9.2.1 Den nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen sind keine verhältnismässig hohen Kosten erwachsen, weshalb sie keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben (vgl. auch Art. 9 Abs. 2 VGKE). Auch der Vorinstanz ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

9.2.2 Den teilweise obsiegenden Beschwerdegegnerinnen ist eine reduzierte Parteientschädigung zulasten der Beschwerdeführerinnen zuzusprechen. Da keine Kostennote eingereicht wurde, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwandes erscheint eine Parteientschädigung von pauschal CHF 3'000.- angemessen.

10.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gegen Entscheide auf dem Gebiet der Krankenversicherung, die das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 33 Bst. i VGG in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 KVG getroffen hat, ist gemäss Art. 83 Bst. r BGG (SR 173.110) unzulässig. Das vorliegende Urteil ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutzuheissen. Der angefochtene Beschluss wird – soweit damit die Tagespauschalen für stationäre Rehabilitation im Bereich Stütz- und Bewegungsapparat festgesetzt wurden – aufgehoben. Die Sache wird zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Den Beschwerdeführerinnen werden Verfahrenskosten von CHF 2'500.- auferlegt. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von CHF 2'500.- wird zurückerstattet.

Die Beschwerdegegnerinnen werden zur Bezahlung von Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 2'500.- verpflichtet. Der Betrag ist innert 30 Tagen nach Versand des vorliegenden Urteils zugunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

3.

Den Beschwerdegegnerinnen wird zulasten der Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung von CHF 3'000.- zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahlungsadresse)

- die Beschwerdegegnerinnen (Gerichtsurkunde; Beilage: Einzahlungsschein)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. GEF.2013-0428; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Gesundheit (Einschreiben)
- die Preisüberwachung (Kopie zur Kenntnis)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

  

Michael Peterli

Susanne Fankhauser

Versand: **12. APR. 2018**