18

Auszug aus dem Urteil der Abteilung III
i.S. Klinik A. gegen Krankenversicherer K., L., M., N., O.,
P., Q., R., S. und Regierungsrat des Kantons Bern
C–5550/2010 vom 6. Juli 2012

Obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP). Hoheitliche Tariffestsetzung vor Inkrafttreten der neuen Spitalfinanzierung.

Art. 11–Art. 13, Art. 44 Abs. 1, Art. 47 Abs. 1, Art. 49 Abs. 1 und Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG. Art. 1, Art. 2 und Art. 9 VKL.

1. **Eine Tatsache ist neu, wenn sie nicht schon vor der Vorinstanz vorgetragen wurde oder nicht auf anderem Weg in prozessual zulässiger Weise Eingang in das Dossier gefunden hat (E. 3.2).**
2. **Neuheit eines Begehrens. Beurteilung analog zu Art. 99 BGG. Vergleich mit den vor der Vorinstanz gestellten Anträgen. Zulässigkeit einer Einschränkung des Streitgegenstandes, nicht einer Ausweitung oder Änderung (E. 3.2).**
3. **Die Begehren, ein anderes Tarifsystem zu verwenden und statt des für einen bestimmten mehrjährigen Zeitraum festgesetzten Tarifs nur für das erste Jahr einen Tarif oder jährlich abgestufte Tarife festzusetzen, stellen keine unzulässige Ausweitung oder Änderung des Streitgegenstandes dar (E. 3.4.3).**
4. **Das Bundesverwaltungsgericht weicht betreffend Tariffestsetzungsbeschlüsse nicht ohne Not von der Vorinstanz ab. Besondere Zurückhaltung übt es aus, wenn der Entscheid der Vorinstanz mit den Empfehlungen der Eidgenössischen Preisüberwachung (PUE) übereinstimmt sowie in Bezug auf die Aufhebung eines ganzen Tarifmodells (E. 5.3, 5.4, 5.9 und 21.4).**
5. **Zeitlich massgebende Datenbasis ist das zwei Jahre vor Geltungsbeginn des Tarifs liegende Jahr (E. 6.2.2).**
6. **Unzulässigkeit der Festsetzung einer Mindestdauer oder einer fixen Tarifdauer (E. 7.4–7.6).**
7. **Die anrechenbaren Kosten bestimmen sich nach dem PUE-Spitaltaxmodell, welches insbesondere eine Plausibilisierung der Investitionskosten sowie Abzüge für Lehre und Forschung, Überkapazitäten und ungenügende Kostentransparenz vorsieht**

(Bestätigung der Rechtsprechung; E. 8.3, 8.4, 10, 11.2–11.4, 12.1, 12.2, 12.4, 16.4–16.6, 16.10 und 16.11).

8. **Es ist zulässig, dass die für anrechenbar befundenen Kosten nicht die gesamten für die OKP-Leistungserbringung entstehenden Kosten decken. Den Privatspitälern stehen verschiedene Kompensationsmöglichkeiten offen (E. 17.2 ff.).**
9. **Aus einem Benchmarking können wirtschaftlich betriebene Kliniken keinen Anspruch auf Erhöhung des Tarifs ableiten (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 18.5).**
10. **Für den Zeitraum, in welchem ein Krankenversicherer nicht über die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung verfügt, kann ihm gegenüber kein OKP-Tarif festgesetzt werden (E. 22.4 und 22.5).**

Assurance obligatoire des soins (AOS). Fixation des tarifs par l'autorité avant l'entrée en vigueur du nouveau financement hospitalier.

Art. 11–art. 13, art. 44 al. 1, art. 47 al. 1, art. 49 al. 1 et art. 53 al. 2 let. a LAMal. Art. 1, art. 2 et art. 9 OCP.

1. **Un fait est nouveau s'il n'a pas déjà été allégué devant l'autorité inférieure ou n'était pas déjà parvenu autrement dans le dossier, par une voie procédurale conforme (consid. 3.2).**
2. **Nouveauté d'une conclusion. Appréciation analogue à l'art. 99 LTF. Comparaison avec les conclusions présentées devant l'autorité inférieure. Admissibilité d'une restriction de l'objet du litige, mais non de son élargissement ou de sa modification (consid. 3.2).**
3. **Des conclusions tendant à l'application d'un autre système tarifaire et à l'établissement, au lieu d'un tarif valable pour une période définie de plusieurs années, d'un tarif pour la première année seulement, ou de tarifs changeant graduellement chaque année, ne constituent pas un élargissement ou une modification irrecevables de l'objet du litige (consid. 3.4.3).**
4. **S'agissant des décisions de fixation des tarifs, le Tribunal administratif fédéral ne s'écarte pas sans nécessité de la décision de l'autorité inférieure. Sa retenue est particulièrement grande lorsque la décision de l'autorité inférieure correspond aux recommandations de la Surveillance des prix (SPR), ainsi qu'en**

ce qui concerne la suppression complète d'un modèle tarifaire (consid. 5.3, 5.4, 5.9 et 21.4).

5. **Les données déterminantes servant de base au tarif sont celles de l'avant-dernière année précédant l'entrée en vigueur du tarif (consid. 6.2.2).**
6. **La fixation d'une durée minimum ou d'une durée fixe du tarif est illicite (consid. 7.4–7.6).**
7. **Les coûts imputables se déterminent selon le modèle de taxes hospitalières de la SPR, lequel prévoit notamment la vérification de la plausibilité des coûts d'investissement ainsi que des déductions pour la formation et la recherche, pour les surcapacités et pour une transparence insuffisante des coûts (confirmation de la jurisprudence; consid. 8.3, 8.4, 10, 11.2–11.4, 12.1, 12.2, 12.4, 16.4–16.6, 16.10 et 16.11).**
8. **Il est admissible que les coûts reconnus imputables ne couvrent pas entièrement les coûts des prestations AOS. Les hôpitaux privés disposent à cet égard de différents moyens de compensation (consid. 17.2 ss).**
9. **Les cliniques gérées de façon économique ne peuvent pas se fonder sur un benchmarking pour en déduire un droit à l'augmentation du tarif (confirmation de la jurisprudence; consid. 18.5).**
10. **Aucun tarif AOS ne peut être établi à l'égard d'un assureur-maladie pour la période où celui-ci ne dispose pas de l'autorisation de pratiquer l'assurance-maladie sociale (consid. 22.4 et 22.5).**

Assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie (AOCMS). Fissazione delle tariffe da parte dell'autorità prima dell'entrata in vigore del nuovo finanziamento ospedaliero.

Art. 11–art. 13, art. 44 cpv. 1, art. 47 cpv. 1, art. 49 cpv. 1 e art. 53 cpv. 2 lett. a LAMal. Art. 1, art. 2 e art. 9 OCPre.

1. **Un fatto è nuovo se non è già stato addotto dinanzi all'autorità inferiore o non ha trovato per altra via ingresso nel fascicolo di causa in modo proceduralmente corretto (consid. 3.2).**
2. **Nuova conclusione. Giudizio per applicazione analogica della prassi relativa all'art. 99 LTF. Raffronto con le conclusioni presentate dinanzi all'autorità inferiore. Ammissibilità di una**

limitazione dell'oggetto litigioso, ma non di una sua estensione o modifica (consid. 3.2).

3. **Le conclusioni tendenti a ottenere l'applicazione di un altro sistema tariffale e la fissazione di una tariffa soltanto per il primo anno o di tariffe a progressione annua, invece della tariffa fissata per un periodo pluriennale, non configurano un'estensione o una modifica inammissibile dell'oggetto litigioso (consid. 3.4.3).**
4. **Per quanto concerne i provvedimenti di fissazione delle tariffe, il Tribunale amministrativo federale non si discosta senza ragioni impellenti dalla decisione dell'autorità inferiore. Se tale decisione collima con le raccomandazioni della Sorveglianza federale dei prezzi (SPR) o riguarda l'abrogazione di un'intera struttura tariffale, si impone un riserbo particolare (consid. 5.3, 5.4, 5.9 e 21.4).**
5. **I dati di base determinanti sono quelli del penultimo periodo di calcolo rispetto all'entrata in vigore della tariffa (consid. 6.2.2).**
6. **Inammissibilità della fissazione di una durata minima o di una durata fissa per la tariffa (consid. 7.4–7.6).**
7. **I costi computabili devono essere determinati in base al modello di tariffa ospedaliera raccomandato dalla SPR, il quale prevede in particolare la verifica della plausibilità delle spese d'investimento e deduzioni per formazione e ricerca, sovraccapacità e insufficiente trasparenza dei costi (conferma della giurisprudenza; consid. 8.3, 8.4, 10, 11.2–11.4, 12.1, 12.2, 12.4, 16.4–16.6, 16.10 e 16.11).**
8. **È ammissibile che i costi ritenuti computabili non coprano tutti i costi generati per le cure prodigate nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie. Gli ospedali privati hanno a disposizione diverse possibilità di compensazione (consid. 17.2 segg.).**
9. **Le cliniche gestite economicamente non possono invocare il diritto a un aumento della tariffa fondandosi sul benchmarking (conferma della giurisprudenza; consid. 18.5).**
10. **Per il periodo durante il quale un assicuratore malattia non dispone dell'autorizzazione a esercitare l'assicurazione sociale malattie, non può essere fissata nei suoi confronti una tariffa AOCMS (consid. 22.4 e 22.5).**

Mit 11 Beschlüssen (Regierungsratsbeschluss, RRB) hat der Regierungsrat des Kantons Bern (nachfolgend: Regierungsrat bzw. Vorinstanz) am 20. September 2006 die Gesuche von 8 Krankenkassen auf Festsetzung der stationären Tarife in den allgemeinen Abteilungen von 11 Privatspitälern – darunter auch die Klinik A. (nachfolgend: Klinik bzw. Beschwerdeführerin) – abgelehnt, soweit sie sich auf den Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis zum 30. September 2006 bezogen, und für diese Betroffenen ab dem 1. Oktober 2006 den Tarif gemäss den von ihm bereits genehmigten Tarifvertrag zwischen santésuisse Bern und dem Verband der Privatspitäler des Kantons Bern (VPSB) festgesetzt. Der Bundesrat hiess die gegen diese Beschlüsse erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 30. Januar 2008 (nachfolgend: vorgängiger BRE) gut und wies die Sache zur Neubeurteilung im Sinne seiner Erwägungen an die Vorinstanz zurück.

Mit Beschluss Nr. […] vom 30. Juni 2010 (nachfolgend: angefochtener RRB) setzte der Regierungsrat den Tarif für die stationäre Behandlung zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) in der Klinik im Verhältnis zu 9 Krankenversicherern (nachfolgend: Krankenversicherer bzw. Beschwerdegegnerinnen) für die Zeit vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2009 in Form einer Tagespauschale auf Fr. 1'136.– pro Tag (inkl. Arztleistungen) fest.

Gegen diesen RRB erhob die Klinik am 4. August 2010 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und stellte die folgenden Anträge:

a) Die Verfügung vom 30. Juni 2010 sei aufzuheben.

b) Für das Jahr 2005 sei für die Krankenversicherer K. bis R. ein Tarif in Form einer Tagespauschale in der Höhe von Fr. 1'502.– festzusetzen. Für den Krankenversicherer S. sei für das Jahr 2005 kein Tarif festzusetzen.

c) Eventualiter seien für das Jahr 2005 Fachgebietspauschalen von Fr. 6'190.– festzusetzen.

d) Subeventualiter sei die Verfügung vom 30. Juni 2010 aufzuheben und die Sache zur Festsetzung von Fachgebietspauschalen 2005, die die nachgewiesenen Kosten vollständig deckten, an die Vorinstanz zurückzuweisen.

e) Subsubeventualiter sei die Verfügung vom 30. Juni 2010 aufzuheben und die Sache zur Festsetzung je eines Tarifs für die Jahre 2005, 2006, 2007, 2008 und 2009, der die nachgewiesenen Kosten vollständig decke, an die Vorinstanz zurückzuweisen.

f) Subsubsubeventualiter sei die Verfügung vom 30. Juni 2010 aufzuheben und es sei je ein Tarif für die Jahre 2005, 2006, 2007, 2008 und 2009 festzusetzen, der die nachgewiesenen Kosten vollständig decke.

Mit Vernehmlassung vom 20. September 2010 beantragte der Regierungsrat die Abweisung der Beschwerde.

Mit Beschwerdeantwort vom 21. September 2010 beantragten die Krankenversicherer die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne.

Am 22. Oktober 2010 nahm die Eidgenössische Preisüberwachung (PUE) Stellung und stützte den vom Regierungsrat festgesetzten Tarif.

Mit Stellungnahme vom 20. Dezember 2010 erklärte das Bundesamt für Gesundheit (BAG), dass die Beschwerde im Sinne seiner Ausführungen abzuweisen sei.

Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde teilweise gut.

Aus den Erwägungen:

3.2

3.2.1 Die Krankenversicherer machen geltend, dass die Klinik im Beschwerdeverfahren entgegen Art. 53 Abs. 2 Bst. a des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10) KVG in unzulässiger Weise neue Begehren stelle beziehungsweise sich auf neue Beweismittel und Tatsachen berufe. Im entsprechenden Umfang sei auf die Beschwerde daher nicht einzutreten.

3.2.2 Die Neuheit eines Begehrens im Sinne von Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG bestimmt sich analog der Praxis des Bundesgerichts zu Art. 99 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) nach dem Streitgegenstand. Dieser kann vor Bundesverwaltungsgericht nur noch eingeschränkt, aber nicht ausgeweitet oder geändert werden. Massgebend ist der Vergleich der im Beschwerdeverfahren und der im Verfahren vor der Vorinstanz gestellten Anträge (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C–220/2012 vom 4. Juni 2012 E. 2.2 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Praxis). Ob eine behauptete Tatsache neu ist, ergibt sich aus dem Vergleich mit den Vorbringen im vorausgehenden (kantonalen) Verfahren: Wurde die vor Bundesverwaltungsgericht behauptete Tatsache nicht schon der Vorinstanz vorgetragen oder fand sie nicht auf anderem Wege in prozessual zulässiger Weise Eingang in das

Dossier, ist sie neu, andernfalls nicht (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C–4303/2007 vom 25. Januar 2010 E. 1.6.2 mit weiteren Hinweisen).

3.3 – 3.4.2 (…)

3.4.3 Der Regierungsrat hat den Tarif festgesetzt, indem er als Tarifeinheit einen Behandlungstag gewählt hat (Tagespauschale) und den Frankenbetrag pro Behandlungstag auf Fr. 1'136.– festgesetzt hat (inkl. Arztleistungen). Entgegen den Ausführungen der Krankenversicherer gehört somit nicht nur der Frankenbetrag, den der Regierungsrat pro Behandlungstag festgesetzt hat, zum Streitgegenstand, sondern auch das vom Regierungsrat ausgewählte Tarifsystem (Tagespauschalen im Gegensatz z.B. zu Fallpauschalen). Dementsprechend steht es in Hinblick auf Art. 53 Abs. 2 Bst. a zweiter Satz KVG der Beschwerdeführerin grundsätzlich frei, Rechtsbegehren betreffend das für die Tariffestsetzung zu verwendende Tarifsystem zu stellen – die Rechtsbegehren beziehen sich auf Tagespauschalen beziehungsweise auf Fachgebietspauschalen beziehungsweise auf einen Tarif im Allgemeinen, ohne ein konkretes Tarifsystem zu bezeichnen. Es handelt sich dabei nicht um ein « Aliud » (welches z.B. darin zu erkennen wäre, dass die Beschwerdeführerin die Festsetzung eines Tarifs für von ihr geleistete ambulante Leistungen zu Lasten der OKP beantragen würde). Soweit die Klinik beantragt, dass für die S. kein Tarif festzusetzen ist, hat sie bereits in ihrem Schreiben vom 14. April 2009 gegenüber der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (GEF BE) moniert, dass es nicht in Frage komme, dass für die S. rückwirkend ein Tarif festgesetzt werde. Es handelt sich somit keineswegs um ein neues Begehren. Im Übrigen ist es bereits im Antrag auf Aufhebung des angefochtenen RRB enthalten. Die Klinik hat auch bereits in ihrem Schreiben vom 14. April 2009 gegenüber der Vorinstanz verlangt, dass lediglich für das Kalenderjahr 2005 ein Tarif festzusetzen sei. Ausserdem führte sie aus, dass es unhaltbar sei, den Spitälern eine längere Dauer (als ein Jahr) des gleichen Tarifs zuzumuten. Auch habe Einigkeit mit den Krankenversicherern bestanden, dass jährlich neue Tarife zu vereinbaren seien. Unter diesen Umständen kann keine Rede davon sein, dass die Begehren der Beschwerdeführerin, soweit sie auf eine zeitliche Limitierung des Tarifs auf das Kalenderjahr 2005 beziehungsweise auf die Festsetzung separater Tarife für die Jahre 2005, 2006, 2007, 2008 und 2009 zielen, im Beschwerdeverfahren neu sind. Eine Limitierung des Tarifs auf das Jahr 2005 entspricht im Übrigen einer Aufhebung für die Jahre 2006–2009, was weniger ist, als die

zulässige Aufhebung des Tarifs für den ganzen Zeitraum (2005–2009). Ausserdem ist die Festsetzung eines jährlich abgestuften Tarifs während fünf Jahren gegenüber einem während fünf Jahren unverändert geltenden Tarif kein Aliud, weshalb ein solches Begehren nicht unzulässig ist.

3.5 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG dem Eintreten auf die Beschwerde nicht entgegensteht.

4. – 5.2 (…)

5.3 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. Insbesondere dann, wenn die Ermessensausübung, die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe oder die Sachverhaltswürdigung hochstehende, spezialisierte, technische, wissenschaftliche oder wirtschaftliche Kenntnisse erfordert, ist eine Zurückhaltung des Gerichts bei der Überprüfung vorinstanzlicher Bewertungen angezeigt. Es stellt daher keine unzulässige Kognitionsbeschränkung dar, wenn das Bundesverwaltungsgericht – 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. BVGE 2010/25 E. 2.4.1 mit weiteren Hinweisen).

5.4 Im Bereich der Tariffestsetzungen gilt es indessen zu beachten, dass die Kantonsregierung die PUE vorgängig zur Tariffestsetzung anhören (vgl. Art. 14 Abs. 1 des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 [PüG, SR 942.20]; BVGE 2010/25 E. 2.3.2) und zudem begründen muss, wenn sie deren Empfehlung nicht folgt (Art. 14 Abs. 2 PüG). Nach der Rechtsprechung des Bundesrates kommt den Empfehlungen der PUE ein besonderes Gewicht zu, weil die auf Sachkunde gestützte Stellungnahme bundesweit einheitliche Massstäbe bei der Tariffestsetzung setzt (vgl. Kranken- und Unfallversicherung: Rechtsprechung und Verwaltungspraxis [RKUV] 6/1997 S. 353). Das Gericht hat sich insbesondere dann eine Zurückhaltung aufzuerlegen, wenn – wie hier – der Entscheid der Vorinstanz mit den Empfehlungen der PUE übereinstimmt (BVGE 2010/25 E. 2.4.2). Weicht die Kantonsregierung hingegen von den Empfehlungen der PUE ab, kommt weder der Ansicht der PUE noch derjenigen der Vorinstanz generell ein Vorrang zu

(vgl. auch DANIEL STAFFELBACH/YVES ENDRASS, Der Ermessensspielraum der Behörden im Rahmen des Tariffestsetzungsverfahrens nach Art. 47 in Verbindung mit Art. 53 KVG, Zürich u.a. 2006, N. 231). Nach dem Willen des Gesetzgebers obliegt es – trotz Anhörungs- und Begründungspflicht gemäss Art. 14 PüG – der Kantonsregierung, bei vertragslosem Zustand den Tarif festzusetzen (vgl. auch RKUV 1/2004 S. 12; RUDOLF LANZ, Die wettbewerbspolitische Preisüberwachung, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, N. 113). Das Gericht hat in diesen Fällen namentlich zu prüfen, ob die Vorinstanz die Abweichung in nachvollziehbarer Weise begründet hat. Im Übrigen unterliegen die verschiedenen Stellungnahmen – auch der weiteren Verfahrensbeteiligten – der freien Beweiswürdigung beziehungsweise Beurteilung durch das Bundesverwaltungsgericht (vgl. BVGE 2010/25 E. 2.4.3 und das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C–8011/2009 vom 28. Juli 2011 E. 1.6).

5.5 Der Regierungsrat hat in casu vor der Festsetzung des umstrittenen Tarifs die PUE konsultiert und ist deren Empfehlung gefolgt. Die Tariffestsetzung durch den Regierungsrat ist somit aus der Sicht des PüG formal nicht zu beanstanden.

5.6 (…)

5.7 Die obligatorische Krankenpflegeversicherung als Hauptbestandteil der sozialen Krankenversicherung (Art. 1*a* Abs. 1 KVG; Grundversicherung) übernimmt nach Art. 24 KVG die Kosten für die Leistungen gemäss den Artikeln 25–31 nach Massgabe der in den Artikeln 32–34 festgelegten Voraussetzungen. Die Grundversicherung übernimmt unter anderem die Kosten für die Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen, wobei die Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen ambulant, bei Hausbesuchen, stationär, teilstationär oder in einem Pflegeheim durchgeführt werden können (Art. 25 Abs. 1 und aAbs. 2 Bst. a KVG), sowie die ärztlich oder unter den vom Bundesrat bestimmten Voraussetzungen von Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen verordneten Analysen, Arzneimittel und der Untersuchung oder Behandlung dienenden Mittel und Gegenstände.

Gemäss Art. 43 KVG erstellen die Leistungserbringer ihre Rechnungen nach Tarifen oder Preisen (Abs. 1). Der Tarif ist die Grundlage für die Berechnung der Vergütung; er kann namentlich einen Zeittarif oder einen

Pauschaltarif vorsehen (Abs. 2 Bst. a und c). 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).

Parteien eines Tarifvertrages sind einzelne oder mehrere Leistungserbringer oder deren Verbände einerseits sowie einzelne oder mehrere Versicherer oder deren Verbände anderseits (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 Frist für die Kündigung eines Tarifvertrages beträgt mindestens 6 Monate (Art. 46 Abs. 5 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). Können sich Leistungserbringer und Versicherer nicht auf die Erneuerung eines Tarifvertrages einigen, so kann die Kantonsregierung den bestehenden Vertrag um ein Jahr verlängern. Kommt innerhalb dieser Frist kein Vertrag zustande, so setzt sie nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest (Art. 47 Abs. 3 KVG). Die Kantonsregierung kann im vertragslosen Zustand nach der Auflösung eines bestehenden Vertrags entweder nach Art. 47 Abs. 1 KVG selbst einen Tarif festsetzen oder nach Art. 47 Abs. 3 KVG den Vertrag um ein Jahr verlängern (RKUV 5/2001 S. 361; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C–3940/2009 vom 20. Juli 2010 E. 3.3 mit Hinweisen, teilweise publiziert in BVGE 2010/25).

5.8 Gemäss Art. 59*c* der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV, SR 832.102) hat die Genehmigungsbehörde zu prüfen, ob der Tarifvertrag namentlich den folgenden Grundsätzen entspricht: Der Tarif darf höchstens die transparent ausgewiesenen Kosten der Leistung und die für eine effiziente Leistungserbringung erforderlichen Kosten decken (Abs. 1 Bst. a und b). Ein Wechsel des Tarifmodells darf keine Mehrkosten verursachen (Bst. c). Die Vertragsparteien müssen die Tarife regelmässig überprüfen und anpassen, wenn die Erfüllung der Grundsätze nach Absatz 1 Buchstaben a und b nicht mehr gewährleistet ist. Die zuständigen Behörden sind über die Resultate der Überprüfungen zu informieren (Abs. 2). Die zuständige Behörde

wendet die Absätze 1 und 2 bei Tariffestsetzungen nach den Artikeln 43 Absatz 5, 47 oder 48 des Gesetzes sinngemäss an (Abs. 3). Da Art. 59*c* KVV im Wesentlichen eine Kodifizierung der bundesrätlichen Rechtsprechung darstellt, ist es für das vorliegende Verfahren ohne Bedeutung, dass Art. 59*c* KVV (erst) am 1. August 2007 in Kraft getreten ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C–5543/2008 vom 1. April 2011 E. 6.1 f. mit weiteren Hinweisen).

5.9 Die besonderen Grundsätze betreffend Tarifverträge mit Spitälern werden in aArt. 49 KVG geregelt. Diese sind auch von der Kantonsregierung zu beachten, wenn sie den Tarif hoheitlich festsetzt (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C–7967/2008 vom 13. Dezember 2010 E. 4.8.5, teilweise publiziert in BVGE 2010/62, C–3940/2009 vom 20. Juli 2010 E. 3.4, teilweise publiziert in BVGE 2010/25, je mit Hinweisen).

Nach aArt. 49 Abs. 1 KVG (in der hier massgeblichen Fassung vor Inkrafttreten der Spitalfinanzierungsrevision) vereinbaren die Vertragsparteien für die Vergütung der stationären Behandlung einschliesslich Aufenthalt in einem Spital (im Sinne von Art. 39 Abs. 1 KVG) Pauschalen. Dabei kann es sich um Tagespauschalen, Fallpauschalen, Teilpauschalen (z.B. eine Tagespauschale und eine Fallpauschale für die Arzthonorare) oder Versichertenpauschalen handeln (vgl. auch GEBHARD EUGSTER, in: Meyer/Koller/Müller/Tanquerel/Zimmerli [Hrsg.], Soziale Sicherheit, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2007, N. 899 mit weiteren Hinweisen). Diese Pauschalen decken für Kantonseinwohner und -einwohnerinnen bei öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitälern höchstens 50 % der anrechenbaren Kosten je Patient oder Patientin oder je Versichertengruppe in der allgemeinen Abteilung. Die anrechenbaren Kosten werden bei Vertragsabschluss ermittelt. Betriebskostenanteile aus Überkapazität, Investitionskosten sowie Kosten für Lehre und Forschung werden nicht angerechnet. Die Vertragsparteien können vereinbaren, dass besondere diagnostische oder therapeutische Leistungen nicht in der Pauschale enthalten sind, sondern getrennt in Rechnung gestellt werden (aArt. 49 Abs. 2 Satz 1 KVG). Diese Grundsätze gelten sinngemäss auch für nicht öffentliche und nicht öffentlich subventionierte Privatspitäler. Allerdings beträgt das gesetzlich vorgesehene Maximum der Deckung durch die OKP 100 % (statt maximal 50 %) der anrechenbaren Kosten. Ausserdem sind bei Privatspitälern ohne öffentliche Betriebsbeiträge Investitionskosten nur soweit nicht anrechenbar, als sie von der öffentlichen

Hand nach dem Recht des zuständigen kantonalen oder kommunalen Gemeinwesens zu tragen sind (vgl. RKUV 4/2003 S. 133 ff., RKUV 4/2003 S. 148 ff., je mit weiteren Hinweisen, RKUV 1/1997 S. 241, RKUV 2004 S. 28 ff. [BRE vom 2. Juli 2003] nicht veröffentlichte E. II.7.2). Die Spitäler ermitteln ihre Kosten und erfassen ihre Leistungen nach einheitlicher Methode; sie führen hiezu eine Kostenstellenrechnung und eine Leistungsstatistik. Die Kantonsregierung und die Vertragsparteien können die Unterlagen einsehen. Der Bundesrat erlässt die nötigen Bestimmungen (aArt. 49 Abs. 6 KVG). Diesem Auftrag, die nötigen Bestimmungen zur Ermittlung der Kosten und Erfassung der Leistungen zu erlassen, ist der Bundesrat mit dem Erlass der Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung (VKL, SR 832.104) nachgekommen (in Kraft seit 1. Januar 2003 [AS 2002 2835]). Die aufgrund der KVG-Revision zur Spitalfinanzierung am 22. Oktober 2008 geänderten Bestimmungen der VKL (AS 2008 5105) sind vorliegend nicht anwendbar.

6.

6.1 Der Regierungsrat ist für die Festsetzung des umstrittenen Tarifs ab dem Jahr 2005 (Tarifjahr = Jahr X) vom Zahlenmaterial der Klinik für das Kalenderjahr 2003 (X-2 Jahre) ausgegangen. Die Klinik hat demgegenüber sowohl vorinstanzlich als auch im Beschwerdeverfahren verlangt, dass stattdessen auf das Zahlenmaterial für das Kalenderjahr 2004 (X-1) abzustützen sei.

6.2 Somit ist zu prüfen, welche Rechnungsperiode vorliegend für die Ermittlung eines neuen Tarifs heranzuziehen ist.

6.2.1 Vorweg ist festzuhalten, dass der Bundesrat in seinem vorgängigen Entscheid vom 30. Januar 2008 – er war gemäss dem am 1. Januar 2007 im Rahmen der Justizreform in Kraft getretenen Art. 53 Abs. 1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) für die Behandlung der vor dem 1. Januar 2007 eingereichten Beschwerde weiterhin zuständig – ausdrücklich festgehalten hat, dass jeweils auf die konkreten Daten jedes einzelnen Spitals abzustützen sei, welche dieses gemäss aArt. 49 Abs. 6 KVG und der darauf erlassenen VKL in den Tariffindungsprozess einzubringen habe. Zur Frage, welche konkreten Daten in zeitlicher Hinsicht einzubringen seien, hat er sich hingegen nicht geäussert.

6.2.2 In seinem Urteil C–536/2009 beziehungsweise C–569/2009 vom 17. Dezember 2009 hat das Bundesverwaltungsgericht unter Übernahme der entsprechenden bundesrätlichen Praxis ausgeführt, dass der gemäss aArt. 49 Abs. 1 Satz 3 KVG massgebende Zeitpunkt für die Ermittlung der anrechenbaren Kosten der Vertragsabschluss sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesrates und des Bundesverwaltungsgerichts sind bei der Festlegung des Tarifs für stationäre Behandlungen insbesondere folgende Grundsätze zu beachten:

Ein neuer Tarif muss auf den Ergebnissen einer ihm vorangegangenen Rechnungsperiode beruhen, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen. Diese auf vorgängigen Zahlen beruhende Festsetzung von Tarifen ist nicht nur im Gesetz vorgeschrieben, sondern verfolgt auch das Ziel, die Spitalträger zu kostenbewusstem und kostensparendem Wirtschaften anzuhalten. Sollte daraus nämlich ein Tarif resultieren, der die Kosten im Moment der Leistungserbringung nicht deckt, so berührt das die Krankenversicherung nicht; im gegenteiligen Fall hat die Trägerschaft des Spitals einen Vorteil (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C–536/2009 vom 17. Dezember 2009 E. 6.2.1 und Entscheid des Bundesrats vom 25. Juni 2008 in Sachen Klinik C. und Gesellschaft der C. Ärztinnen und Ärzte […] gegen den Regierungsrat des Kantons G. sowie santésuisse E. II.8.7.5, je mit weiteren Hinweisen, nachfolgend: BRE C.; vgl. auch EUGSTER, a.a.O., Fn. 1412 zu N. 909).

Aus Gründen der Rechtssicherheit sind Tarife im Normalfall vor deren Inkrafttreten zu vereinbaren und zu genehmigen beziehungsweise festsetzen zu lassen. Das setzt voraus, dass der Tarif des Jahres X im Jahr X-1 gestützt auf die neuesten bekannten und bereits gesicherten Daten – also jene des Jahres X-2 – fixiert wird. Als Basis für die Festlegung eines Tarifs des Jahres X dienen im Normalfall somit die ausgewiesenen Kosten des Jahres X-2 (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C–536/2009 vom 17. Dezember 2009 E. 6.2.2 und BRE C. E. II.8.7.5, je mit weiteren Hinweisen). Weil es in der Praxis aber oft nicht möglich ist, die Tarife vor deren Inkrafttreten zu vereinbaren und genehmigen beziehungsweise festsetzen zu lassen, muss akzeptiert werden, dass Tarife erst im Tarifjahr oder noch später und rückwirkend festgesetzt werden, wobei auch in diesen Fällen von denselben Kosten auszugehen ist, die in die Berechnung mit einbezogen worden wären, wenn der Tarif rechtzeitig zustande gekommen wäre, weil niemand von (absichtlich herbeigeführten) Verfahrensverschleppungen profitieren soll (vgl. BRE C. E. II.8.7.5 mit weiteren Hinweisen).

Dementsprechend sieht auch Art. 9 Abs. 5 VKL vor, dass die Kostenrechnung (und gemäss Art. 12 Abs. 4 VKL die Leistungsstatistik) für das Kalenderjahr ab dem 30. April des auf das Kalenderjahr folgenden Jahres bereitzustellen sind, damit unter anderem die Kantone und Versicherer Einsicht nehmen können. Die Kostenrechnung für das Jahr X-2 muss somit erst am 30. April des Jahres X-1 vorliegen und offengelegt werden, während die Kostenrechnung für das Jahr X-1 erst am 30. April des Tarifjahres, also nach Tarifbeginn, vorliegt.

Ausnahmsweise kann ein Tarif gestützt auf die Zahlen der seinem Geltungsbeginn unmittelbar vorangegangenen Rechnungsperiode, also des Jahres X-1, festgelegt werden, insbesondere, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen oder alle Parteien damit einverstanden sind. Die Daten späterer Rechnungsperioden (d.h. Kosten, die *in* der Tarifperiode anfallen) können bei Tariffestlegungen grundsätzlich nicht berücksichtigt werden, es sei denn, es handle sich um budgetierte Mehrkosten (insbes. im Personalbereich), welche vor dem Geltungsbeginn des Tarifs *rechnerisch genau ausgewiesen* waren und im Tarifjahr *tatsächlich* anfallen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C–536/2009 vom 17. Dezember 2009 E. 6.2.2 mit weiteren Hinweisen; BRE C. E. II.8.7.5, BRE vom 23. Juni 2004 in Sachen santésuisse D. gegen den Regierungsrat des Kantons E. und die F. AG E. II. 6.1.2; […]).

6.3 Entgegen der Leseart der Klinik hat der Bundesrat in dem von ihr angerufenen Entscheid vom 4. März 2005 in Sachen Privatklinik H. und santésuisse Zentralschweiz gegen den Regierungsrat des Kantons G. (unveröffentlicht, nachfolgend: BRE Privatklinik H.) lediglich festgehalten, dass gemäss seiner Praxis für die Festsetzung des Tarifs des Jahres X grundsätzlich *eine* dessen Geltungsbeginn *vorangegangene* Rechnungsperiode, nämlich *maximal* X-1, als Basis diene, nicht, dass es sich dabei um die Rechnungsperiode X-1 handeln müsse.

Soweit sich die Klinik darauf beruft, dass gemäss dem BRE Privatklinik H. strukturelle Veränderungen zu berücksichtigen seien, wenn sich die Verhältnisse zwischen dem Basisjahr und der vorgesehenen Geltungszeit des Tarifs in relevanter Weise geändert haben, ist festzuhalten, dass die Klinik nicht substantiiert dargelegt und nachgewiesen hat, welche strukturellen Veränderungen stattgefunden haben und inwiefern diese die Verhältnisse zwischen dem Jahr 2003 und dem Jahr 2005 in relevanter Weise verändert haben sollen. Die Klinik hat auch nicht substantiiert ausgeführt, weshalb im vorliegenden Fall ausnahmsweise von der Regel der Datenbasis X-2 abgewichen werden muss. Der Pauschaleinwand, dass

damit zu tiefe Kosten berücksichtigt würden, weil die Kosten jedes Jahr höher seien, ist dazu jedenfalls nicht geeignet. Vielmehr entspricht es dem gesetzgeberischen Willen, durch ein Abstützen auf vorgängige Daten die Sparanstrengungen der Spitalbetreiber zu fördern (vgl. E. 6.2.2).

6.4 (…)

6.5 Unter diesen Umständen sieht das Bundesverwaltungsgericht – nicht zuletzt unter Berücksichtigung des dem Regierungsrat einzuräumenden Ermessens und der Zustimmung der PUE zu diesem Vorgehen (vgl. E. 5.4) – keine Veranlassung dazu, von der gefestigten bundesrätlichen Praxis abzuweichen und für die Beurteilung des angefochtenen Tarifs auf die Zahlen für das Jahr 2004 (2005-1) statt der Zahlen für das Jahr 2003 (2005-2) abzustützen.

7.

7.1 Der Regierungsrat setzte im Dispositiv des angefochtenen Beschlusses einen fixen Tarif « für die Zeit vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2009 » fest. Er begründete die Befristung damit, dass er einerseits vom Bundesrat mit Entscheid vom 30. Januar 2008 angewiesen worden sei, auf den 1. Januar 2005 einen Tarif festzusetzen, und dass er andererseits mit Beschluss Nr. 93 vom 27. Januar 2010 für sämtliche im Kanton Bern gelegenen Privatspitäler einen (neuen) Tarif ab dem 1. Januar 2010 festgesetzt habe. Offen und zu regeln bleibe damit der dazwischen liegende Zeitraum – und dies nur in Bezug auf die neun vom angefochtenen RRB betroffenen Krankenversicherer. Der Regierungsrat führte weiter aus, dass es den Parteien auch nach Erlass des umstrittenen Tarifs frei stehe, Tarifverträge abzuschliessen und diese ihm zu unterbreiten. Ein entsprechend genehmigter vertraglicher Tarif gehe aufgrund des Verhandlungsprimats gegenüber dem hoheitlich festgesetzten Tarif vor.

7.1.1 – 7.1.4 (…)

7.2 In Bezug auf die Frage der Befristung des umstrittenen Tarifs ist Folgendes festzuhalten:

7.2.1 Der umstrittene Tarif wurde im angefochtenen RRB für den Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2009 festgelegt. Die Klinik macht nicht geltend, dass der Regierungsrat für einen vor oder nach dieser Zeitspanne liegenden Zeitraum (ebenfalls) einen Tarif hätte festsetzen müssen. Vorliegend ist somit lediglich die Frage der Befristung des Tarifs innerhalb des Zeitraums vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2009 zu prüfen, wovon auch die Verfahrensbeteiligten ausgehen.

7.2.2 Der Bundesrat hat in seinem vorgängigen Entscheid vom 30. Januar 2008 den Regierungsrat angewiesen, *auf den 1. Januar 2005* einen Tarif zu genehmigen oder hoheitlich festzusetzen. Er hat damit lediglich den Beginn der Tarifdauer festgesetzt (*ab* 1. Januar 2005), ohne sich zur Dauer des Tarifs zu äussern. Aus diesem Bundesratsentscheid können die Parteien in Bezug auf die Geltungsdauer des umstrittenen Tarifs somit nichts zu ihren Gunsten ableiten.

7.2.3 Soweit die Klinik geltend macht, dass sie sich mit den Krankenversicherern dahingehend geeinigt habe, zunächst lediglich für das Jahr 2005 ein Tarif zu vereinbaren beziehungsweise hoheitlich festsetzen zu lassen und für die folgenden Jahre jährlich ein Tarif festzusetzen sei, wäre eine entsprechende, vom Regierungsrat nicht genehmigte Vereinbarung (für den Regierungsrat oder das Bundesverwaltungsgericht) nicht verbindlich (vgl. den vorgängigen Bundesratsentscheid vom 30. Januar 2008 E. 2 mit weiteren Hinweisen). Ob eine solche Vereinbarung zustande gekommen ist, was von den Krankenversicherern bestritten wird, braucht somit nicht geprüft zu werden.

7.3 Die Praxis des Bundesrats betreffend die Befristung von OKP-Tarifen nach KVG kann wie folgt zusammengefasst werden: Ein gestützt auf Art. 47 Abs. 1 KVG hoheitlich festgesetzter Tarif gilt grundsätzlich für die Dauer des tarifvertragslosen Zustandes und ist grundsätzlich nicht zu befristen. 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 OKP-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 verlangen. Insbesondere stehe 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 (vgl. RKUV 4/1998 S. 333 f., RKUV 2/1999 S. 180 f., RKUV 3/2002 S. 204 f., RKUV 3/2002 S. 213 f., […], RKUV 4/2003 S. 173, […]).

7.4 Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil C–5543/2008 vom 1. April 2011 festgehalten, dass gemäss Art. 59*c* KVV, welcher zwar erst am 1. August 2007 in Kraft getreten ist, aber im Wesentlichen eine Kodifikation der bundesrätlichen Praxis darstellt, die Vertragsparteien und die für die Tarifgenehmigung und Tariffestsetzung zuständigen Behörden *regelmässig* die KVG-Konformität des geltenden Tarifs zu überprüfen haben, insbesondere dahingehend, ob der Tarif höchstens die transparent ausgewiesenen und für eine effiziente Leistungserbringung erforderlichen Kosten deckt. Sollten die Tarifpartner beziehungsweise die zuständigen Behörden feststellen, dass der bisherige Tarif nicht mehr KVG-konform ist, ist der Tarif entsprechend anzupassen (vgl. E. 6.1 und 7.3 des besagten Urteils mit weiteren Hinweisen). In BVGE 2010/62 E. 6.13 verwies das Bundesverwaltungsgericht ausserdem auf die bundesrätliche Rechtsprechung in RKUV 6/2002 S. 480 ff. und hielt fest, dass eine Tariffestsetzung durch den Regierungsrat von Bundesrechts wegen grundsätzlich nicht zu befristen sei.

7.5 Gemäss der bundesrätlichen, vom Bundesverwaltungsgericht mittels Verweis auf RKUV 6/2002 S. 480 ff. im Wesentlichen bestätigten Praxis zur Befristung von OKP-Tarifen ergibt sich, dass der Regierungsrat nicht dazu verpflichtet war, nur für das Jahr 2005 einen Tarif festzusetzen oder für jedes Jahr einen separaten Tarif beziehungsweise eine neue Tarifhöhe festzusetzen. Vielmehr war er dazu berechtigt, für den Zeitraum *ab 1. Januar 2005* einen *fixen* Tarif festzusetzen. Auch eine *Maximal*befristung dieses Tarifs bis zum 31. Dezember 2009 ist zulässig. Unzulässig im Sinne der bundesrätlichen Rechtsprechung wäre hingegen ein Tarif, der bis zum 31. Dezember 2009 nicht in KVG-konformer Weise angepasst werden könnte, der in diesem Sinne zwingend während fünf Jahren unverändert gelten würde. Ein auf fünf Jahre fixierter Tarif würde auch eine regelmässige Kontrolle, wie sie das Bundesverwaltungsgericht in Bezugnahme auf die bundesrätliche Praxis und Art. 59*c* KVV als vorgeschrieben beurteilt, verhindern. Das BAG erklärt in seiner Stellungnahme, dass ein nach Art. 47 Abs. 1 KVG festgesetzter Tarif (auch) dann ende, wenn die zuständige Behörde aufgrund veränderter Umstände einen neuen Tarif festsetze. Unter Berufung auf die bundesrätliche Praxis geht das BAG schliesslich davon aus, dass die Befristung eines Tarifs triftige Gründe voraussetze. Vorliegend hat der Regierungsrat eine KVG-konforme Anpassung im Rahmen einer neuen Verhandlungsrunde im Dispositiv nicht ausgeschlossen. Er hat in seinen Erwägungen sogar ausdrücklich auf die Möglichkeit neuer Tarifverhandlungen, einer

Tarifeinigung und einer Genehmigung eines entsprechenden Tarifs durch ihn selbst hingewiesen. Dass der Regierungsrat in seinen Erwägungen nicht auf die vom KVG vorgeschriebene Möglichkeit hingewiesen hat, beim Scheitern neuer Tarifverhandlungen eine hoheitliche Tariffestsetzung beantragen zu können, ändert nichts daran, dass auch diese Möglichkeit besteht. In diesem Sinne hat der Regierungsrat zu Recht für den Zeitraum ab 1. Januar 2005 bis *maximal* 31. Dezember 2009 einen einheitlich fixen Tarif festgesetzt.

7.6 Wie sich aus der dargelegten Rechtsprechung ergibt, steht es den Parteien – auch den Krankenversicherern – (unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs) frei, für einen Zeitpunkt nach dem 1. Januar 2005 unter Berufung auf veränderte Verhältnisse eine neue Tarifrunde einzuleiten, Vertragsverhandlungen aufzunehmen und eine entsprechende Vereinbarung vom Regierungsrat genehmigen zu lassen oder beim Scheitern der Verhandlungen die hoheitliche Festsetzung eines neuen Tarifs aufgrund veränderter Umstände zu beantragen. Werden hingegen keine Verhandlungen aufgenommen beziehungsweise kein entsprechend neuer Tarif genehmigt oder hoheitlich festgelegt, bleibt der ab 1. Januar 2005 geltende Tarif bis zum 31. Dezember 2009 in Kraft.

Vorliegend sind keine Fragen betreffend den Inhalt oder das Verfahren einer solchen Tarifrunde zu prüfen. Immerhin sei darauf hingewiesen, dass nicht jede Veränderung der Verhältnisse tarifrelevant ist, dass ein allfälliges neues Tariffestsetzungsverfahren auch zu Ungunsten der den Antrag stellenden Partei ausfallen kann (vgl. E. 7.3), dass im Rahmen eines neuen Tariffestsetzungsverfahrens (auch) die Leistungserbringer Mitwirkungs- und Beweispflichten unterstehen, deren Missachtung sich zu ihren Ungunsten auswirken kann (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C–5543/2008 vom 1. April 2011 E. 7.3 mit weiteren Hinweisen).

7.7 Soweit sich die Beschwerde gegen den zeitlichen Geltungsbereich und die Festsetzung eines fixen Tarifs statt jährlich neu berechneter Tarife richtet, dringt die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen somit nicht durch.

8.

8.1 Der Regierungsrat hat den Tarif auf der Basis des Spitaltaxmodells der Preisüberwachung berechnet (von Letzterer auch als OKP-Tarifkalkulationsmodell bezeichnet, […], nachfolgend: Spitaltaxmodell, PUE-Modell), was er damit begründete, dass Bundesrat und Preisüberwachung bei der Berechnung von OKP-Spitaltarifen in konstan-

ter Praxis auf dieses Modell abgestützt hätten. Die Klinik rügt, dass ein Abstützen auf dieses Modell im vorliegenden Fall unzulässig sei.

8.2 Unter Tarifmodell wird das Modell beziehungsweise die Vorgehensweise verstanden, nach welcher im Rahmen eines bestimmten Tarifsystems (z.B. Tages- oder Fallpauschale) die Höhe des gesetzeskonformen Tarifs (z.B. der Frankenbetrag pro Tag bzw. Fall) ermittelt wird.

8.3 Mit Hilfe des PUE-Modells werden die für die Bemessung des OKP-Tarifs anrechenbaren Betriebskosten bestimmt. Dieses Modell geht von den tatsächlich für die Leistungserbringung aufgebrachten, transparent ausgewiesenen (und belegten) Betriebskosten des stationären Spitalteils aus und bestimmt den Anteil dieser Kosten, der KVG-konform der OKP belastet werden kann. Dabei werden die anrechenbaren Kosten für die meisten Positionen unter Berücksichtigung normativer Zu- und Abschläge ermittelt. Soweit nicht bereits transparent ausgeschieden, sind insbesondere normative Abzüge für die Kosten für Lehre und Forschung vorgesehen sowie zur Ausscheidung der Mehrkosten für zusatzversicherte Patienten. Ausserdem werden die Werte einzelner Kostenarten, soweit nicht transparent ausgewiesen und belegt, durch kalkulatorische beziehungsweise normative Werte ersetzt beziehungsweise werden normative Abzüge vorgenommen. Insbesondere unterzieht das Modell die Anlagenutzungskosten einer Plausibilisierung und sieht Abzüge für Überkapazitäten vor. Ausserdem sieht das Modell vor, dass die Kosten eines Spitals einer Wirtschaftlichkeitskontrolle mittels Vergleichs mit anderen Spitälern unterzogen werden können beziehungsweise müssen (vgl. EUGSTER, a.a.O., N. 909–916 mit weiteren Hinweisen).

8.4 Die Klinik bestreitet nicht, dass für die Berechnung des Tarifs zu Lasten der OKP von den tatsächlichen für die entsprechende Leistungserbringung angefallenen Kosten auszugehen ist. Sie bestreitet neben der Verwendung kalkulatorischer Arzthonorare lediglich die Berechnung der standardisierten betriebswirtschaftlichen Kosten in Bezug auf einzelne im PUE-Modell vorgesehene und vorliegend vorgenommene normative beziehungsweise kalkulatorische « Korrekturen ». Sie rügt, dass die entsprechenden Korrekturen zu ungerechtfertigten Kostenkürzungen in der Höhe von 19 % der effektiven und gemäss Kostenrechnung nachgewiesenen Kosten führten, die sie nicht anderweitig decken könne. Die nachfolgende Prüfung beschränkt sich auf diese umstrittenen Punkte (vgl. E. 9 ff.), da die vorliegenden Akten keinen Anlass dazu geben, die Berechnung der standardisierten betriebswirtschaftlichen Kosten im Übrigen in Frage zu stellen.

8.5 – 9. (…)

10.1 Die Klinik macht geltend, dass als Anlagenutzungskosten nicht die vom Regierungsrat eingesetzten normativen Kosten, sondern die höheren, tatsächlich angefallenen Kosten für die Tarifbildung zu berücksichtigen seien.

10.2 Unbestritten ist, dass Investitionskosten bei Privatspitälern ohne öffentliche Betriebsbeiträge anrechenbar sind, soweit sie – wie vorliegend – nicht von der öffentlichen Hand nach dem Recht des zuständigen kantonalen oder kommunalen Gemeinwesens zu tragen sind (vgl. E. 5.9). Als Investitionen im Sinne von aArt. 49 Abs. 1 KVG gelten Mobilien, Immobilien und sonstige Anlagen, die zur Erfüllung des Leistungsauftrages nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG notwendig sind. Dazu gehören neben den Kaufgeschäften sämtliche Miet- und Abzahlungsgeschäfte (aArt. 8 VKL). Unter Investitionskosten sind die Kosten der Anlagenutzung zu verstehen, welche sich grundsätzlich aus Darlehens- und Kreditzinsen sowie Abschreibungen, Leasing- und Hypothekarzinsen zusammensetzen (vgl. BRE C. E. II.8.4.2).

10.3 Gemäss Praxis des Bundesrates dürfen die geltend gemachten Investitionskosten nicht unbesehen für die Tarifberechnung herangezogen werden. Vielmehr beinhaltet eine betriebswirtschaftliche Bemessung der Tarife in jedem Fall eine Wirtschaftlichkeitsbeurteilung der Leistungserbringung (Art. 43 Abs. 4 und Abs. 6 KVG). Es ist daher für die geltend gemachten Kosten eine Angemessenheitsprüfung vorzunehmen, wobei gemäss der bundesrätlichen Praxis das ganze Konto 44 (Aufwand für Anlagenutzung) einer Plausibilisierung anhand der normativen Investitions- und Grundstückskosten gemäss Spitaltaxmodell der Schweizerischen Vereinigung der Privatkliniken (SVPK) und der Medizinal-Kommission UVG (MTK) für die UVG-Patienten und -Patientinnen (SVPK/MTK-Spitaltaxmodell) zu unterziehen ist, wobei praxisgemäss die Anrechnung einer Toleranzmarge von 5 % auf den normativen Anlagenutzungskosten erfolgt. Dieser Vorgang stellt eine behelfsmässige Plausibilisierung und nicht einen Benchmarking-Ansatz dar (vgl. RKUV 1/2004 S. 30 ff. und BRE C. E. II.8.4.3 mit Hinweisen auf die bundesrätliche Praxis).

10.4 Der Regierungsrat hat im angefochtenen Entscheid eine der bundesrätlichen Praxis entsprechende Angemessenheitsprüfung der von der Klinik geltend gemachten Anlagenutzungskosten vorgenommen. Unter Berücksichtigung der Toleranzmarge von 5 % resultieren seines

Erachten normative Anlagenutzungskosten in der Höhe von Fr. 280'488.–, während die Klinik Anlagenutzungskosten in der Höhe von Fr. 293'554.– geltend macht.

10.5 Die Klinik macht geltend, dass die verwendeten Normwerte für sie als Privatspital keine Bedeutung hätten und ausserdem veraltet seien, was zu einer ungerechtfertigten Kürzung der berücksichtigten Betriebskosten führe. Dabei verkennt sie, dass diese Normwerte auf einem von der Schweizerischen Vereinigung der Privatkliniken mitbegründeten Spitaltaxmodell beruhen, also sehr wohl auf Privatkliniken anwendbar sind und in der bundesrätlichen Praxis auch auf Privatspitäler angewandt wurden. Den Einwand der veralteten Normwerte erhebt die Klinik lediglich pauschal, ohne ihn genauer zu substantiieren. Angesichts der gefestigten Praxis und der Tatsache, dass der Bundesrat noch im BRE C. für den ab 2004 geltenden Tarif auf das SVPK/MTK-Spitaltaxmodell abgestützt hat, vermag dieser Einwand keine Praxisänderung zu bewirken.

10.6 Da die von der Klinik geltend gemachten Anlagenutzungskosten höher sind als der plausibilisierte und um die 5 %-Toleranzmarge erhöhte Wert gemäss SVPK/MTK-Spitaltaxmodell, dessen korrekte Berechnung die Klinik nicht bestreitet, hat der Regierungsrat in Übereinstimmung mit der PUE somit zu Recht für die anrechenbaren Anlagenutzungskosten auf den letztgenannten Wert abgestützt.

11.

11.1 Die Klinik bestreitet die Zulässigkeit der Ausscheidung von Kosten für Lehre und Forschung, wie sie der Regierungsrat mittels eines normativen Abzugs von 1 % vorgenommen hat.

11.2 Nach aArt. 49 Abs. 1 KVG sind die Kosten für Lehre und Forschung von den auf die Pauschalen anrechenbaren Kosten abzuziehen. Die Kosten für die Lehre umfassen laut aArt. 7 Abs. 1 VKL die Aufwendungen für die theoretische und praktische Ausbildung der Studierenden der Medizin bis zum Erwerb des Staatsexamens (Bst. a), die Weiterbildung der Ärzte und Ärztinnen bis zum Erwerb eines Facharzttitels (Bst. b), die Aus- und Weiterbildung des übrigen medizinischen akademischen Personals (Bst. c), die theoretische und praktische Aus- und Weiterbildung des Pflegepersonals (Bst. d) sowie die theoretische und praktische Aus- und Weiterbildung des Personals medizinisch-technischer und medizinisch-therapeutischer Fachbereiche (Bst. e) (vgl. BVGE 2010/25 E. 5.1.1). Die Kosten für die Forschung umfassen die Aufwendungen für systematische schöpferische Arbeiten und experimen-

telle Entwicklung zwecks Erweiterung des Kenntnisstandes sowie deren Verwendung mit dem Ziel, neue Anwendungsmöglichkeiten zu finden. Darunter fallen Projekte, die zur Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnisse sowie zur Verbesserung der Prävention, der Diagnostik und Behandlung von Krankheiten ausgeführt werden (aArt. 7 Abs. 2 VKL; vgl. BVGE 2010/25 E. 5.1.2). Ebenfalls als Kosten für Lehre und Forschung gelten die indirekten Kosten sowie die Aufwendungen, die durch von Dritten finanzierte Lehr- und Forschungstätigkeiten verursacht werden (aArt. 7 Abs. 3 VKL; vgl. BVGE 2010/25 E. 5.1.3). Die Definition der Lehre und Forschung in aArt. 7 VKL entspricht im Wesentlichen der bundesrätlichen Praxis (BRE vom 23. Juni 2004 [02-11-23 TG] E. II.6.3.2), wonach von einem weiten Begriff der Lehre und Forschung auszugehen ist. Ein Abzug für Lehre ist immer vorzunehmen, wenn Angestellte gemäss Pflichtenheft zumindest während eines Teils ihrer Arbeitszeit als Ausbildnerin oder Ausbildner tätig sind; die entsprechenden Kosten sind auszuweisen (nach RKUV 3/2002, KV 220 [nur elektronische Publikation] E. 1.6.3; unveröffentlichte BRE vom 14. April 1999 [98-94 SG] E. II.8.3.2 und Privatklinik H. E. II.16; vgl. BVGE 2010/25 E. 5.1.4).

Nach der Rechtsprechung des Bundesrates, welche vom Bundesverwaltungsgericht in BVGE 2010/25 (E. 5.1.4) fortgeführt wurde, sind die effektiven Kosten für Lehre und Forschung abzuziehen, sofern diese bekannt sind; anderenfalls sind normative Abschlagssätze anzuwenden (nach RKUV 3/2002, KV 220 [nur elektronische Publikation] E. 10.1, RKUV 6/1997 S. 360). Sind die Kosten für Lehre und Forschung nicht ausgewiesen, kommen praxisgemäss folgende, nach Spitalgrösse und -typ abgestufte Abzüge zur Anwendung: bei Universitätsspitälern 25 %, bei mittelgrossen und grossen Spitälern (über 125 Betten) 5 %, bei Spitälern mit 75–124 Betten 2 % und bei kleineren Spitälern 1 % (vgl. BVGE 2010/25 E. 5.2; RKUV 6/1997 S. 387, nach RKUV 3/2002, KV 220 [nur elektronische Publikation] E. 10.1.1). Die Pauschalabzüge für Lehre und Forschung stellen nach der Rechtsprechung des Bundesrates lediglich ein Korrektiv dar, welches anzuwenden ist, wenn die Spitäler ihrer Pflicht, die effektiven Kosten auszuscheiden, nicht nachgekommen sind. Daher sind an die Berechnungen der Pauschalabzüge keine sehr differenzierten Anforderungen zu stellen (vgl. BVGE 2010/25 E. 5.5.2; unveröffentlichter BRE vom 14. April 1999 [98-94, SG] E. II.8.3.4). Entgegen den Ausführungen der Klinik kann aus der per 1. Januar 2012 in Kraft tretenden Spitalfinanzierungsrevision nichts hergeleitet werden,

was die dargelegte Umschreibung der massgeblichen Kosten für Lehre und Forschung als unzutreffend erscheinen liesse.

11.3 Vorliegend bestreitet die Klinik nicht, Aus- und Weiterbildung im Sinne der bundesrätlichen Praxis und der VKL zu betreiben und die entsprechenden Kosten nicht separat ausgewiesen zu haben. Letzteres begründet sie damit, dass die (nicht universitären) Aus- und Weiterbildungskosten zu den anrechenbaren Kosten gehören, da damit produktive Leistungen verbunden seien und daher nicht auszuscheiden seien. Dabei verkennt sie, dass die auszuschliessenden Kosten nicht seitens der Personen ansetzen, welche aus- oder weitergebildet werden (Lernende), sondern bei den Personen, die aus- oder weiterbilden (Lehrende) (vgl. E. 11.2; BRE C. E. II.8.7.1). Dass dem Lernaufwand der Lernenden auch eine gewisse produktive Leistung gegenübersteht, wird von diesem Modell somit nicht in Frage gestellt. Es spielt damit auch keine Rolle, ob die aus- und weiterbildenden Personen daneben produktive Tätigkeiten im Sinne der OKP ausüben oder nur als Aus- beziehungsweise Weiterbildende angestellt beziehungsweise beauftragt werden. In beiden Fällen werden die Kosten nicht von der OKP getragen.

11.4 Die Klinik macht weiter geltend, dass sie von Bund und Kanton dazu aufgefordert beziehungsweise verpflichtet werde, Ausbildung zu betreiben und es nicht sein könne, dass sie die entsprechenden Kosten nicht auf die OKP abwälzen könne. Dabei verkennt sie, dass vorliegend nur zu prüfen ist, ob diese Kosten von der OKP zu tragen sind, was Gesetz und Verordnung klar verneinen. Inwiefern die Klinik aufgrund ausserhalb der OKP liegender Bestimmungen oder Vorgaben verpflichtet ist, Ausbildung zu betreiben und wer für die entsprechenden Kosten aufzukommen hat, ist hier nicht zu prüfen.

11.5 Deshalb hat gemäss der dargelegten Praxis und davon ausgehend, dass die Klinik im Jahr 2003 14 Betten betrieb, der Regierungsrat in Übereinstimmung mit der PUE somit zu Recht unter dem Titel Lehre und Forschung einen Abzug von 1 % vorgenommen.

12.

12.1 Nicht zu den anrechenbaren Kosten gehören gemäss aArt. 49 Abs. 1 KVG Betriebskostenanteile aus Überkapazität.

12.2 Ob in einem Spital Überkapazitäten bestehen, beurteilt sich nach der vom Bundesverwaltungsgericht übernommenen Rechtsprechung des Bundesrates aufgrund der Bettenbelegung. Dabei wurde der Auslastungsschwellenwert für Akutspitäler mit Notfallstation auf 85 % festgelegt.

Für Akutspitäler ohne Notfallstation, für Psychiatrie-, Geriatrie- und Rehabilitationsspitäler gilt hingegen ein Auslastungsschwellenwert von 90 % (vgl. BVGE 2010/25 E. 6.1 mit Hinweis auf RKUV 6/1997 S. 388; RKUV 6/1997 S. 359 f.; unveröffentlichter BRE vom 14. April 1999 [98-94, SG] E. II.8.2.2; vgl. auch nach RKUV 3/2002 KV 220 [nur elektronische Publikation] E. 10.2).

12.3 Der Regierungsrat hat einen Abzug für Überkapazitäten vorgenommen. Er ist dabei für die Beschwerdeführerin – als Akutspital mit einer Notfallaufnahmestation – von einem Auslastungsschwellenwert von 85 % ausgegangen. Diesem stellt sie eine tatsächliche Bettenbelegung von 65 % gegenüber (3'311 tatsächliche Pflegetage; maximal mögliche Pflegetage: 5'110 [14 Betten x 365 Tage]; 3'311:5'110 = 64.79 %, aufgerundet 65 % der maximal möglichen Bettenbelegung). Damit werde auch die von der Klinik nachträglich gemeldete Korrektur der betriebenen Betten aufgrund von Renovationen und Betriebsferien in der Berechnung der Auslastung berücksichtigt.

12.4 Die Klinik bestreitet vom Grundsatz her nicht, dass Überkapazitäten nicht von der OKP zu finanzieren sind. Sie bestreitet auch nicht den vom Regierungsrat angenommenen tatsächlichen Bettenauslastungswert von 65 %. Sie macht allerdings geltend, dass nur zwischen der Bettenauslastung und den Investitionskosten ein Zusammenhang bestehe, nicht auch zwischen der Bettenauslastung und den Betriebskosten. Diese Argumentation ist nicht neu und vermag ein Abweichen von der gefestigten Praxis nicht zu rechtfertigen. So hat der Bundesrat bereits im unveröffentlichten BRE vom 14. April 1999 [98-94, SG] auf den entsprechenden Einwand hin, dass die Bettenauslastung eines Spitals keine Aussagen über allfällige Überkapazitäten erlaube, erklärt, dass allfällige Abzüge wegen Überkapazitäten, die sich an den Bettenauslastungen orientierten, nicht in Frage zu stellen seien (E. 8.2.2 des besagten BRE). Soweit die Klinik geltend macht, dass ein gestützt auf die Bettenauslastung erfolgender Abzug wegen Überkapazitäten dazu führen könne, dass selbst ein Spital, das unter den Benchmark-Werten vergleichbarer Spitäler liege, zusätzlich einer ungerechtfertigten Kürzung unterworfen werde, verkennt sie, dass das Benchmarking eine andere Stossrichtung als der Abzug von Überkapazitäten im Sinne von aArt. 49 Abs. 1 KVG hat, weshalb es durchaus dazu kommen kann und zulässig ist, dass neben dem Benchmarking zusätzlich die Überkapazitäten anhand der Bettenbelegung ermittelt und abgezogen werden (vgl. nach RKUV 3/2002 KV 220 E. 10.2).

12.5 (…)

13. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Regierungsrat in Übereinstimmung mit der PUE – ausgehend von dem aktenkundigen Zusatzversichertenanteil von 38 % – die bundesrätliche Praxis korrekt angewandt hat, indem er wegen den (nicht separat ausgewiesenen) Mehrkosten für die Behandlung von zusatzversicherten Patientinnen und Patienten einen Abzug in der Höhe von 2 % vorgenommen hat – unter Ausschluss der Arzthonorare für Zusatzversicherte (vgl. BRE C. E. II.8.7.2; RKUV 4/2003 S. 135). Die Zulässigkeit dieses Abzugs wird von der Klinik nicht bestritten.

14.
14.1 Der Regierungsrat hat unter dem Titel « gewichtete Teuerung » die anrechenbaren Kosten um 1,07 % heraufgesetzt.

14.2 Die Klinik anerkennt diese Teuerung für das Jahr 2004, rügt aber, dass der Regierungsrat zu Unrecht lediglich die Teuerung für das Jahr 2004 und nicht auch für die Folgejahre berücksichtigt habe.

14.3 Wie bereits ausgeführt wurde, hat der Regierungsrat für die Erörterung der anrechenbaren Kosten für den ab 1. Januar 2005 festgesetzten Tarif zu Recht auf die Daten des Jahres 2003 abgestellt. Gemäss bundesrätlicher Praxis ist die bis zum Zeitpunkt des Beginns der Tarifgeltung ausgewiesene Teuerung zu berücksichtigen (vgl. BRE C. E. II.8.7.5). Dies hat der Regierungsrat getan, indem er die Teuerung für das Jahr 2004 berücksichtigt hat. Zu einem späteren Zeitpunkt eingetretene Änderungen der Umstände sind bei der Tariffestsetzung grundsätzlich nicht zu beachten (vgl. E. 6.2.2). Dies gilt insbesondere auch für die nach Beginn der Geltung des Tarifs auflaufende Teuerung. Es besteht auch kein Anspruch auf einen automatischen Teuerungsausgleich (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C–536/2009 [ebenfalls C–569/2009] vom 17. Dezember 2009 E. 6.2 f. mit Hinweisen).

14.4 Dementsprechend hat der Regierungsrat in Übereinstimmung mit der PUE zu Recht (lediglich) die Teuerung für das Jahr 2004 als anrechenbare Kosten in der Höhe von 1,07 % anerkannt.

15. (…)

16.
16.1 Die Klinik beanstandet den vom Regierungsrat festgesetzten Kostendeckungsgrad von 90 % im Grundsatz und begründet dies zur Hauptsache damit, dass ihre Daten völlig transparent seien und es keinen

Anlass für Zweifel betreffend die dem Spital effektiv entstandenen Kosten gebe.

16.2 Der Regierungsrat führte im angefochtenen Beschluss hingegen aus, es liege im Sinne der bundesrätlichen Praxis (lediglich) eine Kostenstellenrechnung vor, die hinsichtlich Detaillierung beziehungsweise Verständlichkeit Mängel aufweise, was zur Anwendung eines Kostendeckungsgrads von 90 % führe.

16.3 (…)

16.4 Nach der Rechtsprechung des Bundesrates sind die Spitäler – obwohl dies aus dem deutschen Wortlaut des aArt. 49 Abs. 6 KVG nicht klar hervorgeht – gehalten, nebst der Leistungsstatistik eine Betriebsabrechnung vorzulegen, welche die Kostenrechnung (bestehend aus der Kostenarten-, Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung) sowie die Ermittlung des Betriebserfolges umfasst (RKUV 5/2005 S. 343). Legt ein Spital eine gute Kostenstellenrechnung sowie eine vollständige, qualitativ gute, ausreichend detaillierte Kostenträgerrechnung (inkl. Leistungserfassung) vor, ist die Kostentransparenz vollständig gegeben (vgl. BVGE 2010/25 E. 4.1. mit weiteren Hinweisen; BRE C. E. II 6.3).

Bei ungenügender Kostentransparenz (Intransparenz der Kostendaten) besteht die Gefahr, dass die Spitalpauschalen bei öffentlich subventionierten Spitälern mehr als das gesetzlich vorgesehene Maximum (höchstens 50 % der anrechenbaren Kosten) decken. Der Bundesrat hat deshalb den Grad der Kostendeckung (oder Deckungsquote) je nach Kostentransparenz abgestuft. Lag eine gute Kostenstellenrechnung – jedoch keine Kostenträgerrechnung – vor, wurde die Deckungsquote auf 46 % festgesetzt (nach RKUV 3/2002 KV 220 [nur elektronische Publikation] E. 13.2). Eine höhere Deckungsquote von 48 % gewährte der Bundesrat im Fall eines öffentlichen Spitals, welches über eine – allerdings noch nicht restlos genügende – Kostenträgerrechnung verfügte (unveröffentlichter BRE vom 2. Juli 2003 [02-16 VS] E. II.5.2.2; vgl. auch in RKUV 2005 KV 325 S. 159 [BRE vom 30. Juni 2004] nicht veröffentlichte E. II.12.1 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen BVGE 2010/25 E. 4.1). Diese Praxis ist sinngemäss auch auf nicht öffentlich subventionierte Spitäler anzuwenden, wobei das gesetzlich vorgesehene Maximum 100 % (statt maximal 50 %) der anrechenbaren Kosten darstellt (vgl. RKUV 4/2003 S. 133 f. und RKUV 4/2003 S. 148 f., je mit weiteren Hinweisen).

Um die Deckungsquote zu beurteilen, stellte der Bundesrat in seiner Praxis Vergleiche an und zog die im Einzelfall herrschenden Umstände in Betracht. Bei der Beurteilung der Qualität der vorgelegten Unterlagen haben sich aufgrund der Rechtsprechung des Bundesrates ein über weite Bereiche standardisiertes Berechnungsverfahren und normative Beurteilungskriterien herausgebildet. Bei der Gesamtbeurteilung der vorgelegten Unterlagen wird deren Transparenz bewertet. Wenn die Transparenz nicht genügt, wird ein Abzug beim Kostendeckungsgrad vorgenommen, dessen Höhe von den der Tarifberechnung zu Grunde liegenden Unterlagen und deren Qualität abhängt (vgl. BRE C. E. II.6.3).

Der Kostendeckungsgrad bewegt sich gemäss der Praxis des Bundesrates bei Privatspitälern, welche nicht öffentlich subventioniert werden, zwischen 85 %, wenn nur eine Kalkulation besteht und die vorgelegten Unterlagen rudimentär sind, und 92 %, wenn eine Finanzbuchhaltung, eine Kalkulation und eine Kostenstellenrechnung von guter Qualität vorliegen (vgl. BRE C. E. II.6.3. mit weiteren Hinweisen). Vorliegend ist kein Grund ersichtlich, sich für die Bemessung des Kostendeckungsgrades grundsätzlich ausserhalb dieses Rahmens zu bewegen, zumal die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen keine Kostenträgerrechnung eingereicht hat und damit ein Kostendeckungsgrad von 96 % (entsprechend 48 % für öffentlich subventionierte Spitäler, vgl. E. 16.4) ausser Betracht fällt (zu ergänzenden Rügen der Klinik vgl. E. 16.7 ff.).

16.5 Die Ermittlung der Kosten und die Erfassung der Leistungen müssen gemäss den Vorgaben der VKL erfolgen, in welcher die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Nachvollziehbarkeit der Kosten übernommen wurden (vgl. BVGE 2010/25 E. 4.2; Ingress und Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C–7967/2008 vom 13. Dezember 2010 E. 4.8.7.1, teilweise publiziert in BVGE 2010/62, je mit weiteren Hinweisen).

Die VKL regelt die einheitliche Ermittlung der Kosten und Erfassung der Leistungen im Spital- und Pflegeheimbereich (Art. 1 Abs. 1 VKL) und gilt für die nach Art. 39 KVG zugelassenen Spitäler und Pflegeheime (aArt. 1 Abs. 2 VKL) beziehungsweise seit 1. Januar 2009 auch für Geburtshäuser (Art. 1 Abs. 2 VKL in der Fassung vom 22. Oktober 2008).

Die Ermittlung der Kosten und die Erfassung der Leistungen muss gemäss Art. 2 Abs. 1 VKL so erfolgen, dass damit namentlich die Grundlagen geschaffen werden für die Unterscheidung der Leistungen und der Kosten zwischen der stationären, teilstationären (mit dem am 1. Januar

2009 in Kraft getretenen Art. 49 KVG wurde die Kategorie « teilstationäre Behandlung » aufgehoben), ambulanten und Langzeitbehandlung (Bst. a), die Bestimmung der Leistungen und der Kosten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung in der stationären Behandlung im Spital (Bst. b) und die Ausscheidung der nicht anrechenbaren Kosten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung in der stationären Behandlung im Spital (Bst. g). Die Unterscheidung und Bestimmung der in Abs. 1 genannten Kosten und Leistungen soll die Bildung von Kennzahlen (Bst. a), Betriebsvergleiche auf regionaler, kantonaler und überkantonaler Ebene zur Beurteilung von Kosten und Leistungen (Bst. b), die Berechnung der Tarife (Bst. c), die Berechnung von Globalbudgets (Bst. d), die Aufstellung von kantonalen Planungen (Bst. e), die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit der Leistungserbringung (Bst. f) sowie die Überprüfung der Kostenentwicklung und des Kostenniveaus (Bst. g) erlauben (Art. 2 Abs. 2 VKL; vgl. zum Ganzen BVGE 2010/25 E. 4.2.1).

Nach aArt. 9 Abs. 1 und 2 VKL müssen die Spitäler eine Kostenrechnung führen, welche insbesondere die Elemente Kostenarten, Kostenstellen, Kostenträger und die Leistungserfassung umfassen muss. aArt. 10 Abs. 1 VKL verpflichtet die Spitäler zudem, eine Finanzbuchhaltung zu führen (vgl. BVGE 2010/25 E. 4.2.2). Sie muss den sachgerechten Ausweis der Kosten für die Leistungen erlauben. Die Kosten sind den Leistungen in geeigneter Form zuzuordnen (Abs. 3). Grundlage ist die Nomenklatur des Kontenrahmens von H+ Die Spitäler der Schweiz (unveränderte Ausgabe 1999) (aArt. 10 Abs. 1 VKL). Die Spitäler müssen die Kosten der Kostenstellen nach der Nomenklatur des Leistungsangebots der (nach dem Anhang zur Verordnung vom 30. Juni 1993 über die Durchführung von statistischen Erhebungen des Bundes durchgeführten) Krankenhausstatistik ermitteln (Art. 10 Abs. 2 VKL). Zur Ermittlung der Kosten für Anlagenutzung ist eine Anlagebuchhaltung zu führen (aArt. 10 Abs. 3 VKL). Es ist eine Kosten- und Leistungsrechnung zu führen (aArt. 10 Abs. 4 VKL).

16.6 Zur Beurteilung des für den Kostendeckungsgrad vorzunehmenden Abzuges ist somit die Qualität und Transparenz der im vorliegenden Fall aktenkundigen Unterlagen zu bewerten und gemäss den dargelegten Richtlinien zu kategorisieren. Dabei interessieren vorliegend nur die Daten für das Jahr 2003. Soweit die Klinik für andere Jahre Kostendaten eingereicht oder angerufen hat, fallen diese (auch) in Bezug auf die Beurteilung der erreichten Datentransparenz ausser Betracht.

Der Regierungsrat hat im angefochtenen Beschluss unter Berufung auf die bundesrätliche Praxis ausgeführt, dass die Klinik eine Kostenstellenrechnung eingereicht habe, eine Differenzierung der « Hauptkostenstelle stationär » nach den verschiedenen Versicherungsklassen aber nicht vorgenommen werden könne. Deshalb erachte er es als gerechtfertigt, der Klinik in Übereinstimmung mit den Empfehlungen der PUE vom 15. Januar 2010, in welchen diese auf ihre Empfehlung vom 12. März 2007 verwiesen habe, einen Kostendeckungsgrad von 90 % zuzugestehen.

16.7 Dazu ist einleitend Folgendes festzuhalten: Im Rahmen des vorgängigen Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesrat gab die PUE gegenüber dem Bundesamt für Justiz (BJ) Empfehlungen zur Tariffestsetzung ab: am 12. März 2007 in Bezug auf die Klinik I. und am 26. April 2007, auf ergänzende Nachfrage des BJ vom 4. April 2007 hin, in Bezug auf die übrigen zehn am Beschwerdeverfahren beteiligten Kliniken. In der Stellungnahme zur Klinik I. führte die PUE aus, dass lediglich zwei Dokumente klinikspezifische Kostenrechnungszahlen enthielten. Gestützt auf diese Daten könne eine Kalkulation beziehungsweise eine Nachkontrolle von Leistungspauschalen vorgenommen werden. Doch lasse die damit geschaffene Datentransparenz zu wünschen übrig, da zum Beispiel nur eine Kostenstellen- und keine Kostenträgerrechnung vorhanden seien und die Hauptkostenstellen nur in summarischer Form ausgewiesen würden. Der Kostendeckungsgrad zulasten der Krankenversicherer sei daher auf maximal 90 % festzusetzen (= 2 × 45 %; Satz für eine noch mangelhafte Kostenstellenrechnung). In der Stellungnahme zu den übrigen Kliniken äusserte sich die PUE nicht mehr zur Datentransparenz oder dem Kostendeckungsgrad. In Bezug auf die Beschwerdeführerin legte die PUE lediglich eine Berechnung bei, in welcher sie von einem Kostendeckungsgrad von 90 % ausging.

Bei den von der PUE in Bezug auf die Klinik I. erwähnten Dokumenten handelte es sich um eine « Gesamtübersicht sowie Berichtigung/Abgrenzung von Finanzbuchhaltung und Betriebsbuchhaltung BE exkl. Arzthonorare » und eine Aufstellung « Betriebsspezifische Daten zur Klinik », welche von den Krankenversicherern eingereicht worden waren. Auch bei den Dokumenten, welche das BJ der PUE zukommen liess, handelte es sich um dieselben. Die damalige Beurteilung der Datentransparenz und der empfohlene Kostendeckungsgrad von maximal

90 % durch die PUE beruhten somit lediglich auf diesen beiden Dokumenten.

Im Rahmen des neuen Tariffestsetzungsverfahrens ersuchte die GEF BE die PUE mit Schreiben vom 30. Dezember 2009 um eine Stellungnahme zu den von der GEF BE für die 11 Kliniken berechneten Tarifen. Sie legte ihrem Schreiben ihre Tarifberechnungen, ihre Erläuterungen dazu und « Grundlagen: Kostenrechnungen der Institutionen sowie die Tarifberechnungen der Parteien » bei. In ihrer Berechnung ging die GEF BE für alle Kliniken von einem Kostendeckungsgrad von 90 % aus. Dies begründete sie damit, dass dies in Analogie zur Empfehlung der PUE vom 12. März 2007 erfolge, da die Transparenz in der Zwischenzeit nicht verbessert worden sei beziehungsweise habe verbessert werden können. Ob die GEF BE der PUE in Bezug auf die Beschwerdeführerin sämtliche ihr vorliegenden Unterlagen oder nur einzelne ausgewählte Dokumente zugestellt hat, ist angesichts der Umschreibung der beigelegten « Grundlagen » nicht schlüssig. In ihrer Stellungnahme vom 15. Januar 2010 teilte die PUE der GEF BE mit, dass sie mit ihren Tarifberechnungen betreffend die 11 Kliniken grundsätzlich einverstanden sei, zumal diese der allgemeinen Rechtspraxis, dem vorgängigen Bundesratsentscheid und ihrem Amtsbericht vom 12. März 2007 in nahezu allen Punkten Rechnung tragen würden. In drei Punkten empfahl die PUE eine Berichtigung, zur Frage des Kostendeckungsgrades äusserte sich die PUE nicht weiter.

Aus dieser Chronologie ergibt sich, dass die Begründung des im angefochtenen Beschluss auf 90 % festgesetzten Kostendeckungsgrades im Wesentlichen auf den im vorgängigen bundesrätlichen Beschwerdeverfahren von den Krankenversicherern eingereichten « Gesamtübersicht sowie Berichtigung/Abgrenzung von Finanzbuchhaltung und Betriebsbuchhaltung BE » und der Aufstellung « Betriebsspezifische Daten zur Klinik » fusst und darauf, dass seither die Datentransparenz nicht verbessert worden sei.

16.8 Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die PUE, welcher das Bundesverwaltungsgericht sämtliche Vorakten und Beschwerdeakten zukommen liess, am 22. Oktober 2010 in einem Schreiben bezüglich der neun, in verschiedenen Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht involvierten Kliniken Stellung genommen. Die PUE erklärte, dass sie die Tarifberechnungen im angefochtenen Beschluss nachvollziehen und die resultierenden Tagespauschalen, welche der gängigen Rechtspraxis entsprächen, stützen könne. Lediglich in Bezug auf das

Spital J. erklärte sie, dass angesichts der noch unbefriedigenden Datentransparenz, welche der Regierungsrat zu Recht mit einem Kostendeckungsgrad von 90 % sanktioniert habe, eine Tagespauschale statt derer zwei festzusetzen sei. Eine Kostenausscheidung nach Spitalabteilungen, wie sie die Berner Regierung beim Spital J. vorgenommen habe, würde zu einer weiteren Vergrösserung der Unsicherheit bezüglich Tarifhöhe führen, was es zu vermeiden gelte. Zum Kostendeckungsgrad der Beschwerdeführerin äusserte sich die PUE nicht. Aus den Vorakten wird ersichtlich, dass in Bezug auf die mit dem angefochtenen RRB erfolgte Tariffestsetzung für das Spital J. neben einer Tarifkalkulation lediglich eine « Gesamtübersicht sowie Berichtigung/Abgrenzung von Finanzbuchhaltung und Betriebsbuchhaltung 2003 », eine Tabelle « Verdichtung Kosten/Erträge KTR » und eine Abschreibungstabelle vorlagen, woraus die PUE aktuell auf den besagten Kostendeckungsgrad von 90 % schloss.

In den dem Gericht vorliegenden Vorakten befinden sich in Bezug auf die Beschwerdeführerin neben einer Tarifkalkulation die folgenden Unterlagen für das Jahr 2003: ein Erhebungsformular KTR 2003, eine « Gesamtübersicht sowie Berichtigung/Abgrenzung von Finanzbuchhaltung und Betriebsbuchhaltung BE » (Kostenartenrechnung), eine Kostenstellenrechnung für die Hauptstellenrechnung stationär, eine detaillierte und übersichtliche Kostenstellenrechnung (inkl. Umlagen), Umlagetabellen, zwei Anlagespiegel mit Umbuchung (Abschreibungsbücher KHT AG und STEUER), eine Aufteilung Sozialleistungen, einen Bericht der Revisionsstelle (inkl. Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang der Jahresrechnung) und eine Vollständigkeits- und Richtigkeitserklärung zur Rechnungslegung 2003. Ausserdem hat die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Jahre 2004 und 2007 verschiedene Abschreibungstabellen eingereicht, aus welchen auch Abschreibungen für das Jahr 2003 ersichtlich werden. Entgegen den Ausführungen des Regierungsrats und implizite der PUE ist die Datenlage im Vergleich zum vorgängigen Beschwerdeverfahren vor dem Bundesrat somit eine erheblich Bessere. Weder die PUE noch der Regierungsrat sind auf diese veränderte Datenlage eingegangen und haben insbesondere nicht begründet, warum trotz dieser an einem Kostendeckungsgrad von 90 % festzuhalten sei. Aktuell liegt zwar immer noch keine Kostenträgerrechnung vor, womit nicht sämtliche Voraussetzungen gemäss KVG, VKL und Rechtsprechungspraxis betreffend Datentransparenz und -qualität erfüllt sind und sich ein Kostendeckungsgrad von 96 % im Sinne der Praxis (vgl. E. 16.4) rechtfertigen würde. Aber insgesamt ist die Kostenstellenrechnung der

Beschwerdeführerin von so guter Qualität, dass der Kostendeckungsgrad im Sinne der dargelegten Rechtsprechung auf 92 % festzusetzen ist.

16.9 Ergänzend ist Folgendes auszuführen: Soweit die Klinik geltend macht, dass ihrerseits vor dem Jahr 2005 keine Differenzierung der zulasten der OKP und der zulasten der Zusatzversicherungen angefallenen Kosten vorgenommen, sondern diese den Krankenversicherern überlassen worden sei, hat der Bundesrat in seinem vorgängigen Entscheid festgehalten, dass damit vor 2005 kein KVG-konform vereinbarter und genehmigter Tarif vorgelegen habe (E. II.2 des vorgängigen BRE). Aus einem solchen KVG-widrigen Verhalten und dem Verstoss gegen die Datenführungspflichten gemäss der dargelegten Rechtsprechungspraxis und der am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen VKL kann die Klinik nichts zu ihren Gunsten ableiten.

16.10 Die Klinik macht weiter geltend, dass – wenn entgegen ihrer Argumentation ein Intransparenzabzug vorgenommen werde – eine entsprechende Reduktion des Kostendeckungsgrades nicht auf *alle* Kosten bezogen werden dürfe, weil damit im Endeffekt nicht einmal gesetzlich vorgegebene Beitragssätze (z.B. für Sozialversicherungsbeiträge) oder andere gesetzliche beziehungsweise behördliche Vorgaben (wie z.B. Arbeitsgesetzbestimmungen, Gebührenordnungen usw.) vollständig anerkannt würden. Vielmehr seien – falls überhaupt – nur auf jenen Kosten Abzüge vorzunehmen, welche nicht detailliert zugewiesen werden könnten, jedenfalls aber nicht auf den völlig unbestrittenen Kostenteilen.

Die Klinik verkennt mit dieser Argumentation, dass der Intransparenzabzug aufgrund einer *Gesamtbeurteilung* der der Tarifberechnung zugrunde liegenden Unterlagen und deren Qualität (bezüglich Kostendeckungsgrad) vorgenommen wird und einen Mangel in der Datenqualität sanktioniert (vgl. E. 16.4; RKUV 1/2004 S. 28 ff.). Diese Sanktion erfolgt in Bezug auf eine fehlende *umfassende* Kostentransparenz und hat sich somit auch auf die *gesamten* Kosten zu beziehen. Solange keine umfassende ausreichende Datenqualität und -transparenz gegeben ist, ist auch keine (virtuelle) Abgrenzung zwischen (angeblich) vollständig und transparent ausgewiesenen und anderen Daten vorzunehmen.

16.11 Die Klinik macht weiter geltend, ein in Bezug auf die gesamten Kosten erfolgender Intransparenzabzug stelle dort eine doppelte Bestrafung dar, wo er sich auf Kosten beziehe, die bereits einem Pauschalabzug gemäss Spitaltaxmodell unterzogen worden seien (wegen unzureichender

Ausscheidung der Patientenkategorien beziehungsweise der Kosten für Lehre und Forschung sowie zur Plausibilisierung von Anlagenutzungskosten/Investitionen). Dabei verkennt die Klinik, dass das Vorliegen entsprechender Kosten beziehungsweise eines bestimmten Korrekturbedarfs zu vermuten und für deren Berücksichtigung behelfsmässig ein geschätzter Abzug vorzunehmen ist, was keine Sanktionierung der Datenintransparenz darstellt (vgl. RKUV 1/2004 S. 28 ff.).

16.12 Ausserdem rügt die Klinik, dass ein auf alle Kosten bezogener Intransparenzabzug umso weniger gerechtfertigt sei, wenn er auf den – aufgrund eines Benchmarkings – als günstigsten Anbieter ermittelten Leistungserbringer angewandt werde. Die Frage der wirtschaftlichen Leistungserbringung (welche z.B. mittels Benchmarking geprüft wird) ist allerdings von der Frage der Kostentransparenz und eines aufgrund eines allfälligen Intransparenzabzuges reduzierten Kostendeckungsgrades zu trennen (vgl. RKUV 3/2002 S. 195 ff.). Selbst wenn ein aussagekräftiges Benchmarking durchgeführt und für die Klinik günstig ausfallen würde, könnte sie somit deswegen nicht verlangen, dass bei mangelnder Kostentransparenz von einem Intransparenzabzug abgesehen werde (vgl. auch E. 18).

16.13 Der Regierungsrat hat den Kostendeckungsgrad somit zu Unrecht auf 90 % festgesetzt. Dieser ist stattdessen auf 92 % festzusetzen.

17.

17.1 Die Klinik macht weiter geltend, dass bei Berücksichtigung dieser vom Regierungsrat als anrechenbar befundenen Kosten für die Tarifbildung, die ihr für die OKP-Leistungserbringung entstehenden Kosten nicht vollständig gedeckt würden. Dazu dürfe es aber nicht kommen, da sie die ungedeckten Kosten nicht auf Dritte abwälzen könne. So übernehme in ihrem Fall – im Gegensatz zu öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitälern, auf welche das PUE-Modell ausgerichtet sei – die öffentliche Hand diese Kosten nicht (vgl. E. 17.2). Weiter sei es ihr nicht möglich, die Kosten auf Zusatzversicherte abzuwälzen (vgl. E. 17.3). Schliesslich generiere sie auch aus der ambulanten Leistungserbringung keine Mehreinkünfte, welche sie zur Kostendeckung beiziehen könnte (vgl. E. 17.4).

17.2

17.2.1 Es ist unbestritten, dass die öffentliche Hand die Klinik nicht unterstützt und namentlich nicht für allfällige durch den OKP-Tarif nicht gedeckte Kosten aufkommt.

17.2.2 Der Bundesrat hat in ständiger Praxis darin keinen Grund gesehen, weshalb das PUE-Modell nicht auch auf nicht-subventionierte Privatspitäler anzuwenden sei (vgl. E. 5.9; EUGSTER, a.a.O., N. 916 mit weiteren Hinweisen). Er hat insbesondere ausgeführt, dass, soweit eine private Klinik – wie vorliegend die Beschwerdeführerin – keine Kantonsbeiträge erhält, mangels Anwendbarkeit der 50 %-Regel im Sinne von Art. 49 Abs. 1 Satz 2 KVG grundsätzlich Anspruch auf eine Taxe besteht, welche (maximal) 100 % der *anrechenbaren* Kosten deckt, wozu auch die die allgemeine Abteilung betreffenden Investitionskosten zu zählen sind. Vorbehalten bleibe ein allfälliger Abzug wegen Intransparenz (vgl. BRE C. E. II.5; RKUV 4/2003 S. 129 f.). Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat in seinem Urteil K 21/03 vom 6. März 2006 (nicht in BGE 132 V 299 publizierte E. 4.2.4) Folgendes ausgeführt: « Die in die Spitalliste aufgenommenen und zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassenen, nicht öffentlich subventionierten Privatspitäler fallen nach der Praxis des Bundesrates nicht unter die ‹ 50 %-Regel › gemäss Art. 49 Abs. 1 KVG; es steht ihnen mangels einer expliziten gesetzlichen Regelung frei, mit dem Versicherer einen höheren Grad der Kostendeckung zu vereinbaren (Entscheid des Bundesrates vom 26. März 1997, in: RKUV 1997 KV Nr. 8 S. 235 E. 7.1). Für den Fall der behördlichen Tariffestsetzung folgt daraus nicht ohne Weiteres ein (impliziter) Anspruch der Privatkliniken auf 100-prozentige Deckung der nach KVG anzurechnenden Kosten (exkl. Kosten aus Überkapazität, Lehre und Forschung sowie – unter Umständen – Investitionskosten; siehe Art. 49 Abs. 1 Satz 4 KVG und dazu Entscheid des Bundesrates vom 28. März 1997 in Sachen Krankenkassen-Verband des Kantons X. gegen Regierungsrat des Kantons X., in: RKUV 1997 KV Nr. 8 S. 240 ff. E. 8.6 und 8.7). » Das Gericht führte weiter aus, dass einzelne Faktoren für eine vollständige Deckung der *anrechenbaren* Kosten im KVG-Bereich sprechen (also insbesondere stets unter dem Vorbehalt des Ausschlusses von Kosten aus Überkapazität, Lehre und Forschung sowie – unter Umständen – Investitionskosten), liess die Frage eines absoluten Anspruches hingegen offen, stellte aber fest, dass jedenfalls kein im Rahmen des Tariffestsetzungsverfahrens justiziabler Anspruch auf kostendeckende Tarife bestehe (vgl. E. 4.2.4 und 4.3.3 des besagten Urteils).

Dass die Privatkliniken nicht von der öffentlichen Hand unterstützt werden, wird somit dadurch kompensiert, dass im Gegensatz zu öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitälern die 50 %-Regel von aArt. 49 Abs. 1 KVG auf sie keine Anwendung findet und der

maximale Kostendeckungsgrad somit 100 statt 50 % beträgt (vgl. auch EUGSTER, a.a.O., N. 903, 906, 908, je mit weiteren Hinweisen). Ausserdem gehören ihre Investitionskosten (betreffend die allgemeine Abteilung) im Gegensatz zu öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitälern zu den anrechenbaren Kosten (vgl. EUGSTER, a.a.O., N. 916 mit weiteren Hinweisen). Damit sieht das Gesetz bereits einen Mechanismus vor, der seitens der Kostendeckung für einen Ausgleich zwischen den öffentlich und öffentlich subventionierten und den Privatspitälern sorgt. Der entsprechende Einwand der Klinik geht damit grundsätzlich fehl. Ein allfälliger darüber hinausgehender, nicht justiziabler Anspruch auf vollständige Deckung bezieht sich auf die gemäss KVG *anrechenbaren* Kosten und steht gemäss bundesrätlicher und höchstrichterlicher Praxis damit ausdrücklich unter dem Vorbehalt der im PUE-Modell vorgesehenen Abzüge. Diese Argumentation wird auch vom BAG in seiner Stellungnahme vertreten. Das Bundesverwaltungsgericht sieht keinen Anlass dafür, von dieser Praxis abzuweichen.

17.3

17.3.1 Die Klinik macht weiter geltend, dass sie die Kosten, welche von der OKP nicht gedeckt würden, aufgrund des Tarifschutzes gemäss Art. 44 Abs. 1 KVG nicht auf die zusatzversicherten Patienten beziehungsweise die Zusatzversicherungen abwälzen könne. Im Kanton Bern verfügten mindestens ca. 35 % der OKP-Versicherten auch über eine Zusatzversicherung (Halbprivat- oder Privatversicherung). Diese Zusatzversicherten müssten bei Missachtung des Tarifschutzes die von der OKP nicht gedeckten Leistungen aller OKP-Versicherten (100 %) über die Zusatzversicherung finanzieren.

17.3.2 Gemäss Art. 44 Abs. 1 KVG müssen sich die Leistungserbringer an die vertraglich oder behördlich festgelegten Tarife und Preise halten und dürfen für Leistungen nach diesem Gesetz keine weitergehenden Vergütungen berechnen (Tarifschutz). Die Bestimmungen über die Vergütung für Mittel und Gegenstände, die der Untersuchung oder Behandlung dienen (Art. 52 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 KVG), bleiben vorbehalten.

In der allgemeinen Abteilung gilt der Tarifschutz nach Art. 44 Abs. 1 KVG sowohl für die Spitäler als auch für die Ärzte, welche dort praktizieren. Vereinbarungen über Zusatzvergütungen sind nichtig. Das gilt auch für die allgemeine Abteilung eines nicht staatlich subventionierten Privatspitals, das auf der Spitalliste aufgeführt ist (vgl. BGE 135 V 443 E. 3.7.1 mit weiteren Hinweisen). Der Begriff der allgemeinen Abteilung ist nicht ein örtlicher, sondern ein funktionaler Begriff: Er umschreibt

den Umfang der Vergütungspflicht der Krankenkassen im Falle der stationären Behandlung beziehungsweise die Qualität der Behandlung und Pflege. Da Privatpatienten zugleich auch KVG-versichert sind, haben sie bei Hospitalisation in der privaten Abteilung ebenfalls Anspruch auf die Leistungen aus der OKP. In diesem Rahmen gilt der Tarifschutz und dürfen weder das Spital noch die darin tätigen Ärzte von der OKP höhere Vergütungen fordern, als diejenigen nach KVG-Tarifen. Der Tarifschutz nach Art. 44 KVG beschränkt sich hier aber darauf, dass die soziale Krankenversicherung jene Kosten übernehmen muss, die sich beim Aufenthalt in der allgemeinen Abteilung ergeben hätten. Wenn also für eine Behandlung auf der Privatabteilung ein KVG-Tarif angewendet wird, so erfolgt dies nur im Hinblick auf die Berechnung des OKP-Beitrags, auf den auch Privatpatienten Anspruch haben, aber nicht für die Vergütung der auf der Privatabteilung erfolgten ärztlichen Leistung als solcher (vgl. BGE 135 V 443 E. 3.3.2, 3.7.2, je mit weiteren Hinweisen). Demnach sind im stationären Bereich für die Behandlung und Pflege auf der Privat- oder Halbprivatabteilung nicht die KVG-Tarife gemäss aArt. 49 Abs. 1 und 2 KVG verbindlich. Im Rahmen der stationären Behandlung auf der Privatabteilung bezeichnet der Begriff « Leistungen nach diesem Gesetz » im Sinne von Art. 44 Abs. 1 KVG vielmehr nicht ein bestimmtes Paket von medizinischen Massnahmen, welche abschliessend aufgrund des KVG-Tarifs vergütet werden, sondern einen finanziellen Betrag, auf den auch der Privatversicherte Anspruch hat. Soweit der konkret abgeschlossene Aufenthalts- und Behandlungsvertrag (bzw. bei Leistungserbringern des kantonalen öffentlichen Rechts das öffentliche Recht des betreffenden Kantons) es so vorsieht, darf das Spital über den OKP-Tarif hinaus Rechnung stellen. Insoweit unterscheidet sich die tarifrechtliche Rechtslage für die stationäre Behandlung einschliesslich Aufenthalt von den Tarifen für die übrigen im KVG geregelten Behandlungen. Dieser Unterschied ist auch im Rahmen von Art. 44 KVG massgebend (vgl. BGE 135 V 443 E. 3.7.2, 3.7.7; Urteil des Bundesgerichts 9C_383/2009 vom 9. März 2010 E. 2.2 f., je mit weiteren Hinweisen). Es mag stimmen, dass die Spitäler mit den Privatabteilungen beziehungsweise aus den Zusatzversicherungen die Kosten der Pflichtleistungen quersubventionieren. Das ist aus Sicht der Privatpatienten und der Zusatzversicherer unerwünscht, doch wird dadurch die Zielsetzung des KVG nicht tangiert und der Tarifschutz nicht verletzt, da dieser nach dem Gesagten bei stationärer Behandlung in der Privatabteilung nur darin besteht, dass der Patient zu Lasten der OKP diejenige Vergütung erhält, die er erhalten würde, wenn er sich in der Allgemeinab-

teilung aufgehalten hätte (vgl. BGE 135 V 443 E. 3.9; für die diesbezüglich analoge Situation betreffend nicht medizinisch indizierte ausserkantonale [Wahl-]Hospitalisationen vgl. auch BVGE 2009/23 E. 3.1 f., 4.1 mit weiteren Hinweisen).

17.3.3 Angesichts dieser Rechtsprechung steht der Klinik durchaus die Möglichkeit offen, für das Erbringen von OKP-Leistungen auf der (Halb-)Privatabteilung Mehreinkünfte zu generieren, die zum Beispiel zur Querfinanzierung einer allfälligen Unterdeckung in der allgemeinen Abteilung verwendet werden können, was die Zusatzversicherten (die immerhin ihr Einverständnis zur Behandlung auf der Halbprivat- oder Privatabteilung gegeben haben) zu akzeptieren haben. Da von den im Kalenderjahr 2003 gezählten 3'311 Pflegetagen 1'248 Tage auf Zusatzversicherte entfielen (also rund 38 %), bestand diesbezüglich für die Klinik ein erhebliches Potenzial.

17.4 Soweit die Klinik weiter geltend macht, dass eine Deckung der im stationären Bereich vorgenommenen Kürzungen effektiver Kosten durch den ambulanten Bereich nicht möglich sei, weil sie auch dort ihre Kosten nicht tragen könne, verkennt sie, dass eine solche Quersubventionierung dem KVG widersprechen würde, zumal für die ambulante und die stationäre Leistungserbringung separate Tarife festzulegen sind (im ambulanten Bereich gelten die Einzelleistungstarife gemäss TARMED, im stationären Bereich die von den Tarifpartnern zu vereinbarenden oder von den Kantonsregierungen hoheitlich festzusetzenden Pauschaltarife), welche *je* die Voraussetzungen des KVG, insbesondere auch betreffend Wirtschaftlichkeit, erfüllen müssen (vgl. auch aArt. 2 Abs. 1 Bst. a, b und d, aArt. 3 und aArt. 5 VKL).

17.5 Ausserdem steht der Klinik die Möglichkeit offen, ein erhebliches zusätzliches Einkommen zu generieren, indem sie über den Leistungsumfang der OKP hinausgehende Leistungen erbringt (wozu namentlich die luxuriösere Hotellerie in der Privat- oder Halbprivatabteilung, die freie Arztwahl im Spital und Behandlungen, die aus medizinischer Sicht nicht indiziert sind oder von der OKP nicht übernommen werden, gehören). Solche Mehrleistungen dürfen zusätzlich zu den KVG-Tarifen in Rechnung gestellt, aber nicht von der OKP bezahlt werden. Sie sind von den Patienten und Patientinnen zu tragen, die für die Deckung dieser Kosten eine dem Privatrecht unterstehende Zusatzversicherung abschliessen können (vgl. Art. 12 Abs. 2 und Abs. 3 KVG; vgl. BGE 135 V 443 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen, bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 9C_383/2009 vom 9. März 2010 E. 2.2).

17.6 – 17.7 (…)

18.

18.1 Die Klinik macht weiter geltend, der Regierungsrat habe zu Unrecht auf die Durchführung einer Wirtschaftlichkeitsüberprüfung mittels Benchmarking verzichtet. Dabei werde aus einer solchen ersichtlich, dass die Fallkosten in den öffentlichen Spitälern des Kantons Bern erheblich höher seien als in der Klinik. Daraus leitet sie ab, dass der für sie festgesetzte Tarif zu tief ausgefallen und zu korrigieren sei.

18.2 Im Rahmen einer hoheitlichen Tariffestsetzung hat die Kantonsregierung sicherzustellen, dass der festgesetzte Tarif mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit im Einklang steht (vgl. Art. 46 Abs. 4 und Art. 47 KVG). Unter bestimmten Umständen, wozu namentlich eine aussagekräftige Vergleichbarkeit gehört, kann (bzw. muss) die Kantonsregierung dabei zur Wirtschaftlichkeitsprüfung einen Betriebsvergleich zwischen verschiedenen Spitälern (sog. Benchmarking) durchführen (vgl. Art. 46 Abs. 4, Art. 47, aArt. 49 Abs. 7 KVG; BVGE 2010/62 E. 6.6, BVGE 2010/25 E. 3.4.4, 7., je mit weiteren Hinweisen; RKUV 3/2005 S. 164 ff.).

18.3 Der Regierungsrat begründete seinen, in Übereinstimmung mit der PUE erfolgten Verzicht auf Durchführung eines Benchmarkings damit, dass die im Kanton Bern gelegenen und die ausserkantonalen Privatspitäler sehr unterschiedliche Leistungsspektren aufwiesen, was ein aussagekräftiges Benchmarking verunmögliche.

18.4 (…)

18.5 Die Klinik verkennt, dass sich aus einem Betriebsvergleich im Sinne von aArt. 49 Abs. 7 KVG kein Anspruch auf Erhöhung des Tarifs wirtschaftlich betriebener Kliniken ableiten lässt. Mit dem Benchmarking soll lediglich verhindert werden, dass unwirtschaftlich erbrachte Leistungen von der Krankenversicherung finanziert werden, sollen nicht aber die wirtschaftlich arbeitenden Spitäler mit einer Prämie belohnt werden (vgl. BVGE 2010/25 E. 7.4.1; RKUV 3/2002 S. 195 ff.; EUGSTER, a.a.O., N. 816). Die Klinik kann sich somit nicht auf ein Benchmarking berufen, um einen höheren Tarif oder eine geringere Tarifreduktion zu erwirken. Dass ein Benchmarking notwendig sei, um zu gewährleisten, dass lediglich wirtschaftlich erbrachte Leistungen der Klinik von der OKP finanziert würden, wird von den übrigen Beteiligten nicht geltend gemacht. Vielmehr gehen auch die Beschwerdegegnerinnen davon aus, dass ein Benchmarking gar nicht möglich ist. Unter diesen Umständen

sieht das Bundesverwaltungsgericht keinen Anlass zur Durchführung eines Benchmarkings für den vorliegend umstrittenen Zeitraum.

19. – 20. (…)

21.

21.1 Weiter zu prüfen ist, ob die Wahl des Tarifsystems beziehungsweise der Entscheid des Regierungsrats, den Tarif basierend auf Tagespauschalen statt Fallpauschalen festzulegen, zu schützen ist, was von der Klinik teilweise in Frage gestellt wird.

21.2 Vorweg ist festzuhalten, dass der Bundesrat in seinem vorgängigen Entscheid vom 30. Januar 2008 ausdrücklich festgehalten hat, dass die *Art der Abgeltung*, die zu vereinbaren und genehmigen oder festzusetzen sei, auf die konkreten Daten jedes einzelnen Spitals abzustützen habe. Er hat somit die Frage, welche Art der Abgeltung, mithin welches Tarifsystem (insbes. Tagespauschale oder Fallpauschale) anzuwenden sei, offengelassen.

21.3 Die Anträge der Klinik betreffend das anzuwendende Tarifsystem sind unklar. Soweit sie in ihrem 2. Antrag eventualiter die Festsetzung eines Betrages von Fr. 1'502.– beantragt, dürfte es sich um einen Antrag um Festsetzung einer Tagespauschale von Fr. 1'502.– handeln. Soweit sie in ihrem 3. und 4. Antrag subeventualiter die Festsetzung von Fachgebietspauschalen in der Höhe von Fr. 6'190.– beantragt, wird aus der Beschwerdebegründung ersichtlich, dass sie damit auf die Anwendung einer von ihr als « Berner Fallpreispauschalen BFP » bezeichneten Fallpauschaltarifstruktur abzielt (vgl. die Tabelle « Berner Fallpreis-Pauschalen [BFP-Modell] »). Dieses beruhe auf dem Modell, das der Bundesrat in seinem vorgängigen Entscheid « unverständlicherweise » verworfen habe. Mit dem neuen Modell seien die vom Bundesrat gerügten Mängel jedenfalls behoben und seine KVG-Konformität gewährleistet. Während die Klinik als primären Antrag die Festsetzung einer Tagespauschale beantragt, argumentiert sie für deren Festsetzung mit auf dem BFP-Modell beruhenden Fallpauschalen. Sie führt insbesondere aus, dass die Anwendung dieses Modells eine sachgerechte Tarifierung erlaube, da die Tarifstruktur leistungsbezogen sei und eine Rückabwicklung der alten Fälle korrekt und ohne Verfälschung erlaube. Die Klinik führt weiter aus, dass Einheitstagespauschalen demgegenüber gravierende Mängel aufwiesen, da sie die unterschiedlichen Schweregrade der Patientenbehandlungen nicht berücksichtigten. Ausserdem würden sie diejenigen Spitäler bestrafen, welche die Aufenthaltsdauer

von Patienten zum Beispiel mit neuen, aber kostenintensiven Behandlungsmethoden oder Medikamenten verkürzen könnten, da in einem solchen Fall nicht nur die Mehrkosten des Spitals nicht gedeckt würden, sondern auch die Gesamtentschädigung sinke. Tatsächlich habe der Kanton Bern für seine öffentlichen Spitäler schon seit Jahren keine Einheitstagespauschalen akzeptiert, da diese nicht sachgerecht und KVG-widrig seien.

21.4 Wie bereits ausgeführt, räumt das Bundesverwaltungsgericht, wie zuvor schon der Bundesrat, der Vorinstanz im Rahmen der Tariffestsetzung grundsätzlich ein erhebliches Ermessen ein (vgl. E. 5.4). Der Bundesrat hat gerade auch in Bezug auf die verschiedenen Tarifgestaltungsmöglichkeiten ausgeführt, dass die Tarifverantwortlichen über einen grossen Ermessensspielraum verfügen, soweit die Zielsetzung einer qualitativ hochstehenden und zweckmässigen gesundheitlichen Versorgung zu möglichst günstigen Kosten gewahrt bleibe (vgl. RKUV 6/1997 S. 389 f.; EUGSTER, a.a.O., N. 838), umso mehr, wenn auch die PUE die Regelung der Kantonsregierung – wie hier – akzeptiert hat. Dabei auferlegte sich der Bundesrat besondere Zurückhaltung in Bezug auf die Aufhebung eines ganzen Tarifmodells und behielt sich dies lediglich im Sinne eines letzten Mittels für den Fall vor, dass sich allfällige Mängel des Modells nicht anders beheben lassen (vgl. nach RKUV 3/2002 KV 220). Die Kantonsregierung kann im Rahmen der hoheitlichen Tariffestsetzung insbesondere auch ein neues Tarifmodell einführen, ohne sich dafür mit den Versicherern vorgängig ins Einvernehmen zu setzen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C–5543/2008 E. 7.4.4 mit Hinweis auf RKUV 3/2002 KV 220 E. II. 8.2.2; BRE C. E. II.7.1.2; EUGSTER, a.a.O., N. 863 mit weiteren Hinweisen).

Die von der Klinik grundsätzlich in Frage gestellten Tagespauschalen haben im KVG-Tarifwesen eine lange Tradition und wurden vom Bundesrat in seiner Praxis immer wieder bestätigt und nie als grundsätzlich unzulässig verworfen (vgl. z.B. nach RKUV 3/2002 KV 220 E. II. 8.1, 8.2.3; Botschaft des Bundesrats über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 [BBl 1992 I 93 ff., 174], Botschaft des Bundesrats vom 15. September 2004 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [Spitalfinanzierung, BBl 2004 5551 ff.]; EUGSTER, a.a.O., N. 841, 899). Noch im BRE C. wurde ausgeführt, dass als Pauschalen für stationäre Behandlungen und für den Aufenthalt in einem Spital sowohl Tagespauschalen als auch Fallpauschalen in Frage kämen. Im konkreten Fall bestätigte er den von der

Kantonsregierung für die stationäre Behandlung in der allgemeinen Abteilung ab 2004 festgesetzten Pauschaltarif, der sich aus einer Tagespauschale ohne Arzthonorar und ein Tagesarzthonorar zusammensetzte. Das Bundesverwaltungsgericht wiederum hat in verschiedenen Urteilen die Festsetzung von Tagespauschalen nicht in Frage gestellt oder gar als KVG-widrig beurteilt (vgl. z.B. die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C–8011/2009 vom 28. Juli 2011, C–2142/2010 vom 21. September 2011; BVGE 2010/25).

21.5 Das BAG führt in seiner Stellungnahme aus, dass vorliegend unerheblich sei, ob die jetzige Ausarbeitung der sogenannten « Berner Fallpreispauschalen BFP » dem KVG widerspreche oder nicht erheblich sei, dass die Festsetzung einer Tagespauschale durch die Kantonsregierung zulässig sei, zumal eine Kantonsregierung im Rahmen der hoheitlichen Tariffestsetzung auch ein neues Tarifsystem einführen könne. Ausserdem sehe erst die Spitalfinanzierungsrevision zwingend leistungsbezogene Fallpauschalen vor. Da diese Revision vorliegend (noch) nicht zur Anwendung komme, seien Tagespauschalen grundsätzlich nicht ausgeschlossen.

21.6 Soweit die Klinik geltend macht, dass ein Tagespauschaltarif die Gefahr in sich berge, zu tendenziell längeren Spitalaufenthalten zu führen, da sich die Dauer des Aufenthaltes positiv auf das Entgelt auswirke, jedoch keinen Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Leistungserbringung habe, ist darauf hinzuweisen, dass bei Erlass des angefochtenen RRB am 30. Juni 2010 der vom festgesetzten Tarif betroffene Zeitraum bereits abgelaufen war und das Tarifsystem keine Fehlanreize mehr setzen konnte. Selbst wenn der Regierungsrat für die öffentlichen Spitäler seit Jahren keine Tagespauschaltarife mehr festgelegt haben sollte, können die Privatspitäler, namentlich die Klinik, daraus keinen Anspruch ableiten, dass für sie ebenfalls kein Tagespauschaltarif festgesetzt werden dürfe. Die Klinik bringt insgesamt keine überzeugenden Argumente dafür vor, dass von der bisherigen Praxis betreffend die KVG-Konformität von Tagespauschalen abzuweichen ist oder das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Fall in das erhebliche Auswahlermessen des Regierungsrates einzugreifen hat. Auch das von ihr zur Illustration verwendete Beispiel ist fiktiv und beruht nicht auf ihren konkreten Daten. Der Entscheid des Regierungsrates, vorliegend einen Tagespauschaltarif festzusetzen, ist somit zu schützen. Rechnerisch hat der Regierungsrat die Tagespauschale ausgehend von den anrechenbaren

Nettobetriebskosten und einem Kostendeckungsgrad von 90 % korrekt auf Fr. 1'136.– (abgerundet, inkl. Arztleistungen) festgesetzt.

22.

22.1 In Bezug auf die S. beantragt die Klinik, dass der angefochtene Regierungsratsbeschluss aufgehoben und kein Tarif für das Jahr 2005 festgesetzt werde. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, dass S. ihre Tätigkeit erst im Jahr 2006 aufgenommen und die Klinik erst an der Sitzung vom 9. April 2008 überhaupt von der Existenz der S. erfahren habe, welche am vorgängigen Beschwerdeverfahren vor dem Bundesrat nicht beteiligt gewesen sei. Indem der Regierungsrat auch im Verhältnis zur S. einen auf den Zahlen für das Jahr 2003 basierenden Tarif ab dem Jahr 2005 festgesetzt habe, sei diese zu Unrecht besser gestellt worden, als wenn sie ordnungsgemäss im Jahr der Aufnahme ihrer Geschäftstätigkeit Tarifverhandlungen mit der Klinik aufgenommen hätte.

22.2 Der Regierungsrat und die Krankenversicherer halten dem im Wesentlichen entgegen, dass das vorgängige Beschwerdeverfahren vor dem Bundesrat die vorliegend betroffenen Tarifverhandlungen und das Tariffestsetzungsverfahren erst ausgelöst habe. Da die S. an diesen Verhandlungen und am Festsetzungsverfahren beteiligt gewesen sei, sei es nicht relevant, dass sie am Beschwerdeverfahren vor dem Bundesrat nicht beteiligt gewesen sei.

22.3 Das BAG hält in seiner Stellungnahme fest, dass der Regierungsrat, sollte S. mit den anderen Krankenversicherern an den gescheiterten Verhandlungen nach dem vorgängigen Bundesratsentscheid teilgenommen haben, seiner Festsetzungspflicht im vertraglosen Zustand grundsätzlich nachgekommen sei. Das BAG äussert sich hingegen nicht dazu, ob der Regierungsrat konkret dazu berechtigt war, gegenüber der S. den umstrittenen Tarif ab 1. Januar 2005 festzusetzen.

22.4 Die obligatorische Krankenpflegeversicherung wird betrieben durch: a. Krankenkassen im Sinne von Artikel 12; b. private Versicherungseinrichtungen, die dem Versicherungsaufsichtsgesetz vom 23. Juni 1978 (VAG) unterstehen, die Krankenversicherung durchführen und über eine Bewilligung nach Artikel 13 verfügen (aArt. 11 KVG). Krankenkassen sind juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts, die keinen Erwerbszweck verfolgen, hauptsächlich die soziale Krankenversicherung betreiben und vom Eidgenössischen Departement des Innern (Departement) anerkannt sind (Art. 12 Abs. 1 KVG). Das Departement bewilligt den Versicherungseinrichtungen, welche die Anfor-

derungen dieses Gesetzes erfüllen (Versicherer), die Durchführung der sozialen Krankenversicherung (Art. 13 Abs. 1 KVG). Das Bundesamt veröffentlicht die Liste der Versicherer (Art. 13 Abs. 2 KVG). Die Versicherer müssen insbesondere: a. die soziale Krankenversicherung nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit durchführen und die Gleichbehandlung der Versicherten gewährleisten; sie dürfen die Mittel der sozialen Krankenversicherung nur zu deren Zwecken verwenden; b. über eine Organisation und eine Geschäftsführung verfügen, welche die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften gewährleisten; c.–f. (…) (Art. 13 Abs. 2 KVG). Die in Art. 13 des Gesetzes vorgesehene Bewilligung wird auf den Beginn eines Kalenderjahres wirksam. Das entsprechende Gesuch muss dem BAG bis zum 30. Juni des Vorjahres eingereicht werden (Art. 15 Abs. 1 KVV). Das Departement entzieht einem Versicherer die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung, wenn er darum ersucht oder die gesetzlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt. Es sorgt dafür, dass der Entzug erst dann wirksam wird, wenn alle Versicherten von anderen Versicherern übernommen worden sind (Art. 13 Abs. 3 KVG). Das KVG statuiert für die OKP ein reales Verwaltungsmonopol, ausgestaltet als mittelbar rechtliches Monopol (vgl. EUGSTER, a.a.O., N. 176 mit weiteren Hinweisen). Dementsprechend kann nur als OKP-Krankenversicherer wirken und insbesondere OKP-Tarifpartner sein, wem im Sinne dieser Bestimmungen die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung erteilt worden ist (vgl. auch EUGSTER, a.a.O., N. 848). Nur ein solcher Krankenversicherer kann OKP-Tarifvereinbarungen mit OKP-Leistungserbringern (bzw. deren Verbänden) abschliessen, und nur mit Wirkung für einen über eine entsprechende Bewilligung verfügenden Krankenversicherer kann ein hoheitlicher OKP-Tarif festgesetzt werden.

22.5 Die S. wurde gemäss Handelsregisterauszug erst am 21. Juni 2006 im Handelsregister eingetragen. Zu welchem späteren Zeitpunkt beziehungsweise ab welchem Zeitpunkt ihr die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung erteilt wurde, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Das BAG hat sich dazu in seiner Stellungnahme nicht geäussert. Die S. war somit mindestens vor dem 21. Juni 2006 kein zugelassener Krankenversicherer. Da ein hoheitlicher Tarif insbesondere nur gegenüber einem über die entsprechende Bewilligung verfügenden Krankenversicherer festgesetzt werden kann, hat der Regierungsrat zu Unrecht für den Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis zu dem Zeitpunkt, ab welchem der S. die Durchführungsbewilligung erteilt wurde, einen OKP-Tarif zwischen der Klinik und der S. festgesetzt. Da

aus den Akten nicht ersichtlich ist, ab welchem Zeitpunkt die S. zur OKP zugelassen war, ist der angefochtene Beschluss in Bezug auf die Tariffestsetzung zwischen der Klinik und der S. aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese abkläre, ab welchem Zeitpunkt die S. über eine Zulassungsbewilligung verfügte, und ab diesem Zeitpunkt einen Tarif für die stationäre Behandlung in der Klinik zu Lasten der OKP hoheitlich festsetze (bzw. über die Genehmigung einer allfällige Tarifvereinbarung befinde). Dabei wird der Regierungsrat insbesondere zu berücksichtigen haben, dass angesichts des späteren Geltungsbeginns des entsprechenden Tarifs nicht unbesehen auf die im bisherigen Tariffestsetzungsverfahren eingebrachten Daten aus dem Jahre 2003 abgestützt werden kann, zumal in der Regel auf die Daten für das zwei Jahre vor dem Geltungsbeginn des Tarifs liegende Jahr (X-2) abzustellen ist (vgl. E. 6.2).

Da die S. an den – durch das vorgängige Beschwerdeverfahren vor dem Bundesrat ausgelösten – Vertragsverhandlungen und am folgenden Tariffestsetzungsverfahren beteiligt war und unter Vorbehalt des angefochtenen Tarifs zwischen ihr und der Klinik ein tarifloser Zustand besteht, steht einer entsprechenden Tariffestsetzung nicht entgegen, dass die S. am besagten Beschwerdeverfahren nicht beteiligt war.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Regierungsrat zu Unrecht einen OKP-Tarif zwischen der Klinik und der S. festgesetzt hat. Daher ist die Beschwerde insofern gutzuheissen, als der angefochtene Regierungsratsbeschluss Nr. (…) vom 30. Juni 2010 in Bezug auf den zwischen der Klinik und der S. festgesetzten Tarif aufzuheben und die Sache diesbezüglich zur weiteren Abklärung und zum neuen Tarifentscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Im Übrigen hat der Regierungsrat zu Recht ab dem 1. Januar 2005 mit Geltung zwischen den übrigen am Verfahren beteiligten Krankenversicherern und der Klinik für die stationäre Behandlung in der Klinik zu Lasten der OKP auf der Basis eines hypothetischen Kostendeckungsgrads von 100 % einen Tarif in Form einer Tagespauschale in der Höhe von Fr. 1'262.27 berechnet (inkl. Arztleistungen). Unter Berücksichtigung des tatsächlich einzusetzenden Kostendeckungsgrads von 92 % resultiert allerdings eine Tagespauschale in der Höhe von Fr. 1'161.29 beziehungsweise gerundet Fr. 1'161.– (statt Fr. 1'136.–). Die Beschwerde ist daher auch insofern gutzuheissen, als der angefochtene Regierungsratsbeschluss in Bezug auf die übrigen Krankenversicherer aufgehoben und neu eine zwischen ihnen und der Beschwerdeführerin ab 1. Januar 2005 geltende Tagespauschale in der

Höhe von Fr. 1'161.– festgesetzt wird. Im Übrigen ist die Beschwerde im Sinne der Erwägungen abzuweisen.