



## **Urteil vom 21. August 2015**

---

Besetzung

Richter Daniel Stufetti (Vorsitz),  
Richterin Caroline Bissegger,  
Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz,  
Gerichtsschreiberin Karin Wagner.

---

Parteien

**A. \_\_\_\_\_ AG (vormals B. \_\_\_\_\_ AG Bern und Stiftung  
A. \_\_\_\_\_ Bern),**  
vertreten durch Dr. iur. Thomas Eichenberger und MLaw  
Claudio Helmle, Kellerhals Anwälte, Effingerstrasse 1, Post-  
fach 6916, 3001 Bern,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Regierungsrat des Kantons Bern**, Postgasse 68,  
3000 Bern 8,  
handelnd durch Gesundheits- und Fürsorgedirektion des  
Kantons Bern, Rathausgasse 1, 3011 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Aufnahme in die Spitalliste 2012; Verfügungen des Regie-  
rungsrates des Kantons Bern Nr. 519 vom 4. April 2012 und  
Nr. 255/2014 vom 26. Februar 2014.

**Sachverhalt:****A.**

Der Regierungsrat des Kantons Bern hat mit Beschluss vom 20. Dezember 2006 die Spitalliste 2007 erlassen (RRB Nr. 2271/2006), welchen der Bundesrat mit Urteil vom 25. Februar 2009 (BRE 25.02.2009) auf Beschwerde hin aufgehoben hat. Mit Regierungsratsbeschluss vom 10. Dezember 2008 wurde die Spitalliste 2009 (RRB Nr. 2060/2008) erlassen und mit Regierungsratsbeschluss vom 6. Mai 2009 wieder aufgehoben (RRB 840/2009). In der Folge wurden die hängigen Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht (C-497/2009 und C-685/2009) betreffend die Spitalliste 2009 am 17. Juni 2009 als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

Auf Antrag der Gesundheits- und Fürsorgedirektion (GEF) hat der Regierungsrat des Kantons Bern (*im Folgenden*: Regierungsrat oder Vorinstanz) mit Beschluss Nr. 2132 vom 16. Dezember 2009 gestützt auf die Versorgungsplanung 2007-2010 die Spitalliste ab 1. Januar 2010 festgesetzt und die seit 1. Januar 2005 gültige Spitalliste aufgehoben (RRB Nr. 2132/2009; act. 1 Beilage 1 des Verfahrens C-325/2010). Dagegen erhoben diverse Spitäler Beschwerde, welche das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil C-325/2010 vom 7. Juni 2012 insoweit guthiess, als der angefochtene RRB Nr. 2132/2009 aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde. Dies mit der Begründung, die Wirtschaftlichkeitsprüfung aufgrund eines Benchmarks betreffend den Anteil teilstationärer Behandlungen und der durchschnittlichen Aufenthaltsdauer entspreche nicht den bundesrechtlichen Anforderungen.

**B.**

Am 24. August 2011 hat die GEF die "Versorgungsplanung 2011-2014 gemäss Spitalversorgungsgesetz" verabschiedet (vgl. <[http://www.gef.be.ch/gef/de/index/gesundheit/gesundheit/spitalversorgung/Versorgungsplanunggemaessspvg/projekt\\_versorgungsplanung2011-2014.assetref/dam/documents/GEF/SPA/de/Versorgungsplanung/20112014/VP11\\_14\\_Korrekturversion2013\\_d\\_20130612.pdf](http://www.gef.be.ch/gef/de/index/gesundheit/gesundheit/spitalversorgung/Versorgungsplanunggemaessspvg/projekt_versorgungsplanung2011-2014.assetref/dam/documents/GEF/SPA/de/Versorgungsplanung/20112014/VP11_14_Korrekturversion2013_d_20130612.pdf)> abgerufen am 14. Juli 2015). Der Regierungsrat hat gestützt darauf mit Beschluss Nr. 519 vom 4. April 2012 (im Folgenden: RRB 519/2012 oder Verfügung vom 4. April 2012) die Spitalliste für die Bereiche somatische Akutversorgung, Psychiatrie und Rehabilitation ab 1. Mai 2012 festgesetzt und die seit 1. Januar 2005 gültige Spitalliste aufgehoben (C-2389/2012 act. 1 Beilage 1).

Die Vorinstanz erteilte der Stiftung A. \_\_\_\_\_ Bern und der B. \_\_\_\_\_ AG Bern (heute: A. \_\_\_\_\_ AG) diverse Leistungsaufträge in den Leistungsbereichen Dermatologie (DER), Hals-Nasen-Ohren (HNO), Neurochirurgie (NCH), Neurologie (NEU), Ophthalmologie (AUG), Endokrinologie (END), Gastroenterologie (GAE), Viszeralchirurgie (VIS), Hämatologie (HAE), Herz- und Gefässchirurgie (HER/GEF), Kardiologie und Angiologie (KAR/ANG), Nephrologie (NEP), Urologie (URO), Pneumologie (PNE), Thoraxchirurgie (THO), Bewegungsapparat chirurgisch (BEW), Rheumatologie (RHE), Gynäkologie (GYN), Geburtshilfe (GEB), Neugeborene (NEO), (Radio)Onkologie (RAO/ONK), schwere Verletzungen (UNF), Infektiologie (INF), Psychiatrie und Toxikologie (PSY/TOX) und sonstige (Radiologie [RAD], Kieferchirurgie [KIE], Verlegung und Todesfälle [VERL/TOD], Kindermedizin [KIN], Akutgeriatrie [GER]), teilweise mit Auflagen und Vorbehalten, wie dem Ausschluss von hochspezialisierten Behandlungsverfahren und der Zusammenarbeit mit dem D. \_\_\_\_\_ spital oder beschränkt auf einen bestimmten Standort (RRB 519/2012 E. 3.5 S. 19ff.). Ausserdem wurden diverse Einzelanträge in den Leistungsbereichen Kardiologie und Angiologie, Dermatologie, Neurochirurgie, Bewegungsapparat, Hämatologie, Herz- und Gefässchirurgie, Gynäkologie, Thoraxchirurgie, (Radio)Onkologie, Viszeralchirurgie und sonstige (KIE) abgelehnt (RRB 519/2012 E. 4.1 S. 30ff.).

In ihren Erläuterungen zur Spitalliste 2012 (C-2389/2012 act. 1 Beilage 4; *im Folgenden*: Erläuterungen) hielt die Vorinstanz fest, die Evaluation der Leistungserbringer der somatischen Akutversorgung bezüglich Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungserbringung sei mit einem schweizweiten Benchmark pro Leistungsbereich und pro Spitalunternehmen erfolgt. Als Indikator für die Wirtschaftlichkeit sei die durchschnittliche Aufenthaltsdauer gewählt worden. Die Medizinische Statistik der Krankenhäuser des Jahres 2009 habe die Datengrundlage gebildet. Bei der Evaluation bezüglich der Qualität seien in erster Linie Struktur- und Prozessqualitätskriterien überprüft worden (vgl. Erläuterungen Ziff. 5.2.3). Eine weitere Strategie der Versorgungsplanung 2011-2014 bestehe darin, die hochspezialisierte medizinische Versorgung im Universitätsspital zu konzentrieren, wobei in Kooperation die Auslagerung von Spezialitäten in die Regionen zugelassen werde. Für Spitallistenentscheide bedeute dies, dass das Universitätsspital und Netzwerke bei der Auswahl der Leistungserbringung für HSM-Behandlungsverfahren bevorzugt würden (vgl. Erläuterungen Ziff. 5.2.5).

Für die Vergabe der Leistungsaufträge in der Spitalliste 2012 habe der Kanton Bern für die somatische Akutversorgung gegenüber der Spitalliste

2005 eine neue Leistungsgruppensystematik verwendet, die auf einer wesentlich feineren Gliederung des akutsomatischen Leistungsspektrums basiere. Die Anforderungen würden die Basisausstattung für ein Spital mit Notfall (BA) oder ein Spital ohne Notfall (BAE, nur für elektive Leistungen), die erforderlichen Fachärzte / Fachärztinnen (Weiterbildungstitel und zeitliche Verfügbarkeit), Anforderungen an die Intensivstation, Anforderungen an die Notfallstation, Verknüpfungen von verschiedenen Leistungsgruppen, unterteilt in "Inhouse-Verknüpfungen" und solche, die in Kooperation möglich seien, sowie das Vorhandensein eines Tumorboards, betreffen. Für die Spitalliste 2012 komme neu die Leistungsgruppensystematik Version 2.1 zum Einsatz, welche die bei der Anhörung verwendete Version 1.1 ersetze (vgl. RRB 519/2012 E. 3.4).

### C.

Gegen den RRB Nr. 519/2012 erhoben die Stiftung A. \_\_\_\_\_ Bern und die B. \_\_\_\_\_ AG Bern, zwischenzeitlich A. \_\_\_\_\_ AG (*im Folgenden* auch Beschwerdeführerin) am 30. April 2012 Beschwerde (C-2389/2012 act. 1), mit Beschwerdeergänzung vom 21. Mai 2012 (C-2389/2012 act. 7), beim Bundesverwaltungsgericht und beantragten, die Verfügung der Vorinstanz vom 4. April 2012 sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin in sämtlichen vor Vorinstanz beantragten Bereichen ein Leistungsauftrag ohne Auflagen oder Einschränkungen zu erteilen, eventualiter sei die Verfügung vom 4. April 2012 aufzuheben und zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen, subeventualiter sei zur Umsetzung der Spitalliste 2012 gerichtlich eine Übergangsfrist von 6 Monaten anzuordnen. Als Verfahrensantrag stellte die Beschwerdeführerin das Begehren, es sei eine Frist zur nachträglichen Stellungnahme mit Bezug auf die sich aus der bei der Vorinstanz beantragten, aber noch nicht gewährten Akteneinsicht ergebenden weiteren Aspekten zu gewähren. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen (vgl. C-2389/2012 act. 7 S. 4).

Die Beschwerdeführerin beantragte zusätzlich zu den erteilten Leistungsaufträgen die Erteilung uneingeschränkter Leistungsaufträge für die folgenden Leistungsbereiche und Leistungsgruppen, wobei wo nicht näher bestimmt, die Anträge sowohl für die Stiftung A. \_\_\_\_\_ Bern als auch für die B. \_\_\_\_\_ AG Bern (zwischenzeitlich A. \_\_\_\_\_ AG) gelten würden (vgl. Beschwerdeergänzung C-2389/2012 act. 7 S. 46ff.):

Leistungsbereich Dermatologie

Leistungsgruppe DER 1.1: Dermatologische Onkologie: ohne Auflagen oder Einschränkungen

Leistungsbereich Hals-Nasen-Ohren

Leistungsgruppe HNO2: Schild- und Nebenschilddrüsenchirurgie: ohne Auflagen oder Einschränkungen

Leistungsbereich Neurochirurgie

Leistungsgruppe NCH1.1: spezialisierte Neurochirurgie: ohne Auflagen oder Einschränkungen (Stiftung A. \_\_\_\_\_ Bern)

Leistungsbereich Neurologie

Leistungsgruppe NEU2.1: primäre Neubildung des Nervensystems: ohne Auflagen oder Einschränkungen

Leistungsbereich Ophthalmologie

Leistungsgruppe AUG1: Ophthalmologie: ohne Auflagen oder Einschränkungen

Leistungsgruppe AUG1.1: Strabologie: ohne Auflagen oder Einschränkungen

Leistungsgruppe AUG1.2: Orbitaprobleme: ohne Auflagen oder Einschränkungen

Leistungsgruppe AUG1.6: Katarakt: ohne Auflagen oder Einschränkungen (B. \_\_\_\_\_ AG Bern)

Leistungsgruppe AUG1.7: Glaskörper/Netzhautprobleme: ohne Auflagen oder Einschränkungen (B. \_\_\_\_\_ AG Bern)

Leistungsbereich Viszeralchirurgie

Leistungsgruppe VIS1.1: grosse Pankreaseingriffe: ohne Auflagen oder Einschränkungen

Leistungsgruppe VIS1.2: grosse Lebereingriffe: ohne Auflagen oder Einschränkungen

Leistungsgruppe VIS1.3: Oesophaguschirurgie: ohne Auflagen oder Einschränkungen (Stiftung A. \_\_\_\_\_ Bern)

Leistungsgruppe VIS1.5: tiefe Rektumeingriffe: ohne Auflagen oder Einschränkungen (Stiftung A. \_\_\_\_\_ Bern)

Leistungsbereich Hämatologie

Leistungsgruppe HAE1: Aggressive Lymphome und akute Leukämien: ohne Auflagen oder Einschränkungen

Leistungsgruppe HAE2: Indolente Lymphome und chronische Leukämien: ohne Auflagen oder Einschränkungen (Stiftung A. \_\_\_\_\_ Bern)

Leistungsbereich Herz- und Gefässchirurgie

Leistungsgruppe GEF2: Gefässchirurgie intraabdominale Gefässe: ohne Auflagen oder Einschränkungen (Stiftung A. \_\_\_\_\_ Bern)

Leistungsbereich Kardiologie und Angiologie

Leistungsgruppe ANG2: Interventionen an den intraabdominalen Gefässen: ohne Auflagen oder Einschränkungen (Stiftung A. \_\_\_\_\_ Bern)

Leistungsgruppe ANG3: Interventionen an der Carotis und den extrakraniellen Gefässen: ohne Auflagen oder Einschränkungen (Stiftung

A. \_\_\_\_\_ Bern)

Leistungsgruppe KAR1.3: Implantierbarer Cardioverter Defibrillator/Biventrikuläre Schrittmacher (CRT): ohne Auflagen oder Einschränkungen

Leistungsbereich Urologie

Leistungsgruppe URO2.3: komplexe Chirurgie der Niere (Tumornephrektomie und Nierenteilsektion): ohne Auflagen oder Einschränkungen

Leistungsbereich Thoraxchirurgie

Leistungsgruppe THO1.1: maligne Neoplasien des Atmungssystems (kurative Resektion durch Lobektomie und Pneumonektomie): ohne Auflagen oder Einschränkungen (Stiftung A. \_\_\_\_\_ Bern)

Leistungsbereich Bewegungsapparat chirurgisch

Leistungsgruppe BEW9: Knochentumore: ohne Auflagen oder Einschränkungen

Leistungsbereich Gynäkologie

Leistungsgruppe GYN1.1: maligne Neoplasien der Vulva und Vagina: ohne Auflagen oder Einschränkungen (Stiftung A. \_\_\_\_\_ Bern)

Leistungsgruppe GYN1.3: maligne Neoplasien des Corpus uteri: ohne Auflagen oder Einschränkungen (Stiftung A. \_\_\_\_\_ Bern)

Leistungsbereich Geburtshilfe

Leistungsgruppe GEB1: Grundversorgung Geburtshilfe (ab 34 SSW und  $\geq 2000g$ ): ohne Auflagen oder Einschränkungen (B. \_\_\_\_\_ AG Bern)

Leistungsgruppe GEB1.1: Geburtshilfe (ab 32. SSW  $\geq 1250g$ ) und spezialisierte Geburtshilfe: ohne Auflagen oder Einschränkungen

Leistungsbereich schwere Verletzungen

Leistungsgruppe UNF1: Unfallchirurgie/-medizin: ohne Auflagen oder Einschränkungen (B. \_\_\_\_\_ AG Bern)

Leistungsbereich Sonstige

Leistungsgruppe KIE1: Kieferchirurgie: ohne Auflagen oder Einschränkungen (Stiftung A. \_\_\_\_\_ Bern)

Querschnittsbereiche

Leistungsgruppe GER: Akutgeriatrie: ohne Auflagen oder Einschränkungen (B. \_\_\_\_\_ AG Bern)

Zusammenfassend wurde in formeller Hinsicht vorgebracht, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör verletzt, da die angefochtene Verfügung neue, die Beschwerdeführerin einschränkende Aspekte enthalte, sogenannte Leistungsgruppen mit Einschränkungen und Vorbehalten, zu denen sie sich nicht habe äussern können und die Zuteilungsentscheide im Bereich der "kantonalen hochspezialisierten Medizin" nicht begründet worden

seien (Beschwerde S. 8, 9; Beschwerdeergänzung S. 36, 37). Sie könne erst dann die Auswirkungen der Spitalliste umfassend beurteilen, wenn ihr die CHOP-Code-Liste bekannt gegeben werde (Beschwerdeergänzung S. 5).

In materieller Hinsicht brachte die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz habe mit der Spitalliste 2012 eine "kantonale hochspezialisierte Medizin" geschaffen, was nicht zulässig sei, da die hochspezialisierte Medizin in Anwendung von Art. 39 Abs. 2<sup>bis</sup> KVG schweizweit zu regeln sei (Beschwerde S. 6, 7). Der Kanton Bern beabsichtige die Tumorchirurgie in den Bereichen Neurochirurgie, Thoraxchirurgie, Viszeralchirurgie, Gynäkologie und Urologie am D. \_\_\_\_\_spital zu zentralisieren, obwohl die Beschwerdeführerin die entsprechenden Voraussetzungen ebenfalls erfülle (Beschwerde S. 9, 10).

Es fehle eine angemessene Übergangsfrist (Beschwerde S. 10). Die Vorinstanz verstosse gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und den Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 5 und 3 BV, indem sie keine Übergangsfrist für den Entzug der Leistungsaufträge angeordnet habe und damit einerseits die Versorgungssicherheit und den wirtschaftlichen Fortbestand der Beschwerdeführerin als auch die berufliche Tätigkeit der bei der Beschwerdeführerin tätigen Ärzte gefährde bzw. verunmögliche. Das Fehlen einer Übergangsbestimmung sei auch nicht mit der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit vereinbar (Beschwerdeergänzung S. 41, 42).

Die Überarbeitung der Spitalliste sei zu früh erfolgt, da die Hauptelemente der neuen Spitalfinanzierung noch nicht eingeführt worden seien. Zuerst müssten die Definition der Diagnosis Related Groups (DRG) und ihre Einführung erfolgen, bevor die Spitalliste nach Betriebsvergleichen zu Qualität und Wirtschaftlichkeit erlassen werden könne (Beschwerde S. 12, Beschwerdeergänzung S. 45).

#### **D.**

Mit Zwischenverfügung vom 8. Mai 2012 (C-2389/2012 act. 3) wurde die Beschwerdeführerin zur Bezahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 4'000.- aufgefordert, welcher am 9. Mai 2012 bei der Gerichtskasse einging (C-2389/2012 act. 4).

#### **E.**

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 23. Juli 2012 (C-

2389/2012 act. 9), die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen.

Vorab hielt die Vorinstanz fest, die Beschwerdeführerin habe geltend gemacht, sie könne zur Spitalliste erst Stellung nehmen, wenn ihr die Entscheidungsgrundlagen, insbesondere die CHOP-Code-Liste bekannt gegeben werde. Diese Liste sei jedoch bereits bekannt. Die Leistungsgruppen der Akutsomatik (ausgenommen die Basisleistungsgruppen bzw. das Basispaket und die Querschnittbereiche) seien präzise definiert durch die Schweizerische Operationsklassifikation, bzw. die SwissDRG-Codes. Die Zuordnungstabellen und die Beschreibungen des Groupers würden sich auf der Website der GDK finden lassen. Dies sei bereits in der Anhörungsphase vor der Verfügung der Spitalliste 2012 so gewesen (Vernehmlassung S. 3, 4).

Hinsichtlich der Verletzung des rechtlichen Gehörs seien die Einschränkungen hinsichtlich der hochspezialisierten Behandlungsverfahren bereits im Bericht "zur Abgrenzung hochspezialisierter Behandlungsverfahren im Kanton Bern" des Fachausschusses für hochspezialisierte Medizin der Spitalversorgungskommission vom 16. Juli 2008 vorgesehen gewesen. Es treffe also nicht zu, dass die Beschwerdeführerin nicht Gelegenheit gehabt habe, sich dazu zu äussern (Vernehmlassung S. 15). Die Begründung, warum die Beschwerdeführerin einen Leistungsauftrag nicht erhalten habe, sei aus der Evaluation der Sachverhaltsabklärung ersichtlich und sei nach Überprüfung der Anhörungsergebnisse in der angefochtenen Verfügung beschrieben worden (Vernehmlassung S. 7).

Im Weiteren wies die Vorinstanz daraufhin, dass sie die Kriterien für die Planung selber bestimmen müssen, da die Planungskriterien durch den Bundesrat nicht konkretisiert worden seien. Art. 58b KVV schreibe den Kantonen nicht vor, nach welchen Kriterien die Qualität der Leistungsbezüge zu beurteilen sei. Das Bundesverwaltungsgericht habe in seiner Entscheidung C-325/2010 vom 7. Juni 2010 E. 5.2.3 festgehalten, die Spitalliste 2010 entspreche hinsichtlich der Prüfung der Wirtschaftlichkeit und der Qualität nicht den bundesrechtlichen Anforderungen. Ungeklärt sei aber geblieben, mit welchen Methoden bzw. Indikatoren die Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsvergleiche durchgeführt werden sollten (vgl. Vernehmlassung S. 5, 6).

Die Spitalliste 2012 sei auf der Grundlage der Versorgungsplanung 2011-2014 vom 24. August 2011 erfolgt, welche nach Massgabe des Spitalversorgungsgesetzes erstellt worden sei. Art. 12 des Spitalversorgungsgesetzes vom 5. Juni 2005 (*im Folgenden*: aSpVG; BAG 05-106) verlange als Versorgungsgrundsatz die Konzentration hochspezialisierter Leistungen, wobei grundsätzlich die Universitätsspitäler als Versorgungseinheit vorgesehen seien. Die Pflicht zur Konzentration bestehe, solange kein Spitallistenentscheid des HSM-Beschlussorgans vorliege. Der Bereich der hochspezialisierten Medizin sei den Kantonen daher nicht vollständig entzogen. Mit dem Entscheid, gewisse hochspezialisierte Leistungen beim D.\_\_\_\_\_spital zu konzentrieren, habe die Vorinstanz einen Ermessensentscheid gefällt. Einige Behandlungsverfahren seien in Zusammenarbeit mit dem D.\_\_\_\_\_spital weiterhin möglich (Vernehmlassung S. 7, 10ff.).

#### **F.**

Das als Fachbehörde zur Stellungnahme eingeladenes Bundesamt für Gesundheit (*im Folgenden*: BAG) reichte am 1. Oktober 2012 seine Bemerkungen ein (C-2389/2012 act. 12). Zunächst legte es den Sachverhalt dar (Stellungnahme S. 1ff.) und führte insbesondere aus, mit der Änderung des KVG sei der Bundesrat beauftragt worden, einheitliche Kriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit zu erlassen. Der Bundesrat sei seiner Aufgabe mit der Änderung in der Verordnung über die Krankenversicherung nachgekommen (KVV, SR 832.102) nachgekommen, welche seit dem 1. Januar 2009 in Kraft sei. Die neuen Planungskriterien seien in den Artikeln 58a bis 58e KVV verankert. Die Spitalliste bilde im Sinne einer Publizitäts- und Transparenzvoraussetzung das letzte Glied der Zulassungsordnung. Eine Liste genüge bundesrechtlich nicht und müsse aufgehoben werden, wenn sie sich nicht auf eine ordnungsgemässe Planung zu stützen vermöge (Stellungnahme S. 3, 5).

Im Weiteren hielt das BAG hinsichtlich der Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit bei der Auswahl der Angebote fest, die Anwendung des Kriteriums Aufenthaltsdauer als Indikator für die Wirtschaftlichkeit sei nicht ausreichend, um die Wirtschaftlichkeit und Effizienz der Leistungserbringung zu widerspiegeln. Entscheidend für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit bzw. ob die Leistungserbringung eines Spitals wirtschaftlich sei, sei vielmehr der Vergleich der Fallkosten der einzelnen Spitäler unter Berücksichtigung des jeweiligen Patientenmixes (Stellungnahme S. 8).

Hinsichtlich der "kantonalen hochspezialisierten Medizin" und der Konzentration auf das D.\_\_\_\_\_spital wies das BAG darauf hin, es sei in Art. 39

Abs. 3 KVG das Prinzip verankert, dass im Bereich der hochspezialisierten Medizin die Kantone gemeinsam eine gesamtschweizerische Planung beschliessen würden. Nach KVG gäbe es demnach keine hochspezialisierte Medizin, welche kantonal zu planen sei, vielmehr müssten Planungskriterien gemäss KVG berücksichtigt werden (Stellungnahme S. 8). Die Vorinstanz habe die Kriterien Wirtschaftlichkeit und Qualität nicht im Sinne des Gesetzes angewendet und die Planung sei nicht transparent bezüglich der Evaluation der Institution im Bereich der "kantonalen hochspezialisierten Medizin". Daher sei davon auszugehen, dass das Vorgehen bei der Vergabe der entsprechenden Leistungen an das D. \_\_\_\_\_spital nicht im Sinne des KVG erfolgt sei. In diesem Sinne trage Art. 12 aSpVG, welcher dem Kanton die Kompetenz gebe, die "kantonale hochspezialisierte Medizin" unabhängig von der Beachtung der Planungskriterien beim D. \_\_\_\_\_spital anzusiedeln, dem Bundesrecht nicht Rechnung (Stellungnahme S. 8ff.).

Aus diesen Erwägungen zog das BAG den Schluss, die Verfügung vom 4. April 2012 sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an den Regierungsrat zurückzuweisen (Stellungnahme S. 11).

#### **G.**

In ihren Schlussbemerkungen vom 28. Januar 2013 (C-2389/2012 act. 20) bestätigte die Vorinstanz ihre bisherigen Anträge und deren Begründung. Sie nahm eingehend zum Bericht des BAG Stellung und räumte ein, der Einbezug von Fallkosten für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit sei zwar sinnvoll, jedoch würden die dazu erforderlichen Daten fehlen. Die Fallkosten seien – obwohl als sinnvoller Indikator betrachtet – nicht als Indikator zugezogen worden, da die Datengrundlagen unzureichend seien und einen Vergleich nicht zulassen würden. Noch heute könnten nicht alle bernischen Spitäler Kostendaten in zertifizierter Form liefern. Könnten aber nicht alle Spitäler die nötigen Daten liefern, seien keine zuverlässigen Fallkostenvergleiche möglich. Die Wirtschaftlichkeitsprüfung sei anhand der Aufenthaltsdauer vorgenommen worden. Die Aufenthaltsdauer sei international als Indikator für die Wirtschaftlichkeit anerkannt (Schlussbemerkungen S. 19, 20).

#### **H.**

Die Beschwerdeführerin bestätigte in ihren Schlussbemerkungen vom 8. Mai 2013 (C-2389/2012 act. 24) ihre bisherigen Anträge und deren Begründung. Ergänzend wies sie daraufhin, mit Vermögensübertragungsver-

trag vom 10./12. November 2012 habe die Stiftung A.\_\_\_\_\_ Bern rückwirkend per 1. Januar 2012 alle für die Erbringung der Spitaldienstleistungen relevanten Aktiven und Passiven der A.\_\_\_\_\_ AG übertragen (vormals B.\_\_\_\_\_ AG). Damit sei die A.\_\_\_\_\_ AG in alle Rechte und Pflichten des vorliegenden Verfahrens eingetreten (Schlussbemerkungen S. 3).

**I.**

Am 21. Mai 2013 wurde der Schriftenwechsel geschlossen (C-2389/2012 act. 26).

**J.**

Auf Antrag der Vorinstanz (2389/2012 act. 28) wurde das vorliegende Verfahren vom 17. September 2013 bis zum 17. November 2014 sistiert, da eine neue Spitalliste in Aussicht gestellt worden war (C- 2389/2012 act. 31, 33).

**K.**

Die Vorinstanz ist mit Regierungsratsbeschluss Nr. 255/2014 vom 26. Februar 2014 auf ihre Verfügung vom 4. April 2012 zurückgekommen (RRB 255/2014; C-1841/2014 act. 1 Beilage 1) und hat der Beschwerdeführerin gegenüber der Spitalliste 2012 zahlreiche zusätzliche Leistungsaufträge erteilt (RRB 255/2014 E. 2.2.3.1 und E. 2.2.3.2). Es wurden in den folgenden Leistungsbereichen Leistungsaufträge erteilt: Basispaket (BP oder BPE [Basispaket elektiv]), Dermatologie (DER), Hals-Nasen-Ohren (HNO), Kieferchirurgie (KIE), Neurochirurgie (NCH), Neurologie (NEU), Ophthalmologie (AUG), Endokrinologie (END), Gastroenterologie (GAE), Viszeralchirurgie (VIS), Hämatologie (HAE), Gefässe (GEF, ANG, RAD [Radiologie]), Herz (HER/KAR), Nephrologie (NEP), Urologie (URO), Pneumologie (PNE), Thoraxchirurgie (THO), Bewegungsapparat chirurgisch (BEW), Rheumatologie (RHE), Gynäkologie (GYN), Geburtshilfe (GEB), Neugeborene (NEO), Onkologie (ONK, RAO [Radio-Onkologie], NUK [Nuklearmedizin]), schwere Verletzungen (UNF), Querschnittsbereiche (KIN, GER, AVA [Akutsomatische Versorgung Abhängigkeitskranker]). Ausserdem wurden diverse Einzelanträge der Beschwerdeführerin in den Leistungsbereichen Herz, Urologie, (Radio-)Onkologie, Dermatologie, Neurologie, Viszeralchirurgie und Endokrinologie abgelehnt (RRB 255/2014 E. 2.2.3.3).

Den Erwägungen ist zu entnehmen, dass die mit Regierungsratsbeschluss RRB 255/2014 verfügte Spitalliste 2014 auf den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens die Spitalliste 2012 Akutsomatik vom 4. April 2012 ersetzen soll (RRB 255/2014 E. 2.1).

Im Weiteren wird im RRB 255/2014 darauf hingewiesen, dass die Spitalliste 2014 für den Bereich Akutsomatik eine Anpassung gegenüber der Spitalliste 2012 darstelle und nach wie vor die strategischen Grundsätze gemäss der Versorgungsplanung 2011-2014 gelten sollen. Die bestehende Spitalliste 2012 ist mittels der Zürcher Leistungsgruppensystematik (Kriterien für die Zuteilung von Leistungsaufträgen) in eine neue Spitalliste 2014 für den Bereich Akutsomatik überführt worden. Zudem wurde auf die kantonalen Einschränkungen und Ausschlüsse betreffend die hochspezialisierte Medizin verzichtet (RRB 255/2014 E. 1.1).

#### L.

Gegen den Regierungsratsbeschluss Nr. 255 vom 26. Februar 2014 erhob die Beschwerdeführerin am 7. April 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (C-1841/2014 act. 1) und beantragte, was folgt:

1. Die Verfügung der Vorinstanz vom 26. Februar 2014 sei insoweit aufzuheben, als die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die gemäss Rechtsbegehren Nr. 2 beantragten Leistungsaufträge am betreffenden Standort nicht erteilt hat, und insoweit als der Leistungsauftrag RAD1 ("Interventionelle Radiologie [bei Gefässen nur Diagnostik]") auf die Diagnostik bei Gefässen eingeschränkt wurde (Rechtsbegehren Nr. 3), sowie insoweit, als beim Leistungsauftrag GEB1 die Anforderungen nicht an die Empfehlung der Schweizerischen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (SGGG) betreffend zeitliche Verfügbarkeit der Fachärzte angepasst wurden (Rechtsbegehren 4).
2. Der Beschwerdeführerin seien folgende Leistungsaufträge zu erteilen:
  - a) am Standort des A. \_\_\_\_\_spitals
    - KAR1.1.1 ("Interventionelle Kardiologie [Spezialeingriffe]") begrenzt auf die Teilleistungsaufträge Schirmverschlüsse (PFO, ASD) und Nierenarteriendenervation
  - b) am Standort des C. \_\_\_\_\_spitals
    - ONK1 ("Onkologie")
    - RAO1 ("Radio-Onkologie") begrenzt auf den Teilleistungsauftrag "Intraoperative Radiotherapie (IORT)"
    - GYN1.1 ("Maligne Neoplasien der Vulva und Vagina") und GYN1.2 ("Maligne Neoplasien der Zervix")
    - VIS1 ("Viszeralchirurgie")

3. Beim Leistungsauftrag RAD1 ("Interventionelle Radiologie [bei Gefässen nur Diagnostik]") sei die Einschränkung "(bei Gefässen nur Diagnostik)" zu streichen.
4. In Bezug auf den Leistungsauftrag GEB1 seien die Anforderungen an die zeitliche Verfügbarkeit an die Empfehlung der SGGG anzupassen:

*"Das Auftreten erster Anzeichen einer akuten fetalen Gefährdung bis zur fetalen Schädigung ist ein kontinuierlicher Prozess, was die Definition eines für Mutter und Kind sicheren Zeitintervalls zwischen Alarmierung und Entbindung verunmöglicht. Bei Schwangerschaften mit niedrigem Risikoprofil dürfen bei Auftreten einer akuten fetalen Gefährdung von der Alarmierung des Arztes mit Facharztstreife bis zur Entbindung des Kindes 30 Minuten nicht überschritten werden.*

*Bei Risikoschwangerschaften oder Geburten mit Warnzeichen müssen substanziell kürzere Alarmierungs-Entbindungszeiten erreicht werden. Schwangerschaften mit hohem Risikoprofil dürfen nur in Kliniken mit entsprechender Ausstattung an Personal und Infrastruktur betreut werden.*

*Notfallabläufe sollen für die Klinik definiert und zyklisch eingeübt werden."*

5. Eventualiter zu 1. - 4.: Die Verfügung vom 26. Februar 2014 sei aufzuheben und zur Neu Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -

In formeller Hinsicht brachte die Beschwerdeführerin vor, der Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden, indem die Vorinstanz auf Kriterien abgestellt habe, welche auf keiner generell-abstrakten Grundlage beruhen würden, und gleichzeitig die Zuteilungen für sämtliche Leistungsbereiche verfügt habe (Beschwerde S. 13). Zudem sei die Begründungspflicht verletzt worden, da die Vorinstanz betreffend die Leistungsgruppe KAR1.1.1 nicht dargetan habe, inwiefern die Anforderungen gemäss Leistungssystematik "Leistungsgruppen und Anforderungen (Version 2.2)" als nicht erfüllt betrachtet würden (Beschwerde S. 23). Im Weiteren sei die Vorinstanz auf den Antrag der Beschwerdeführerin, die Anforderungen an die Verfügbarkeit von Fachärzten betreffend die Leistungsgruppe GEB1 den Empfehlungen der SGGG anzupassen, nicht eingegangen (Beschwerde S. 27).

In materieller Hinsicht machte die Beschwerdeführerin geltend, Art. 58b Abs. 4 lit. a KVV sehe zwingend eine Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität vor. Dies könne nur anhand eines Vergleichs der Fallkosten der einzelnen Spitäler unter Berücksichtigung des jeweiligen Patientenmixes

erfolgen. Es werde Seitens der Vorinstanz nicht bestritten, dass auf eine Wirtschaftlichkeitsprüfung verzichtet worden sei (Beschwerde S. 13).

Die Vergabe von Leistungen lediglich an einzelne Standorte von Spitalunternehmungen sei unzulässig. Die Spitalliste als hoheitliche Verfügung könne sich nur an Rechtssubjekte richten. Vorliegend sei die Leistungserbringerin die A. \_\_\_\_\_ AG. Eine Auflage, wonach bestimmte Leistungen nur an einem oder an zwei Standorten erbracht werden dürften, mache weder Sinn, noch finde sich dafür in der Krankenversicherungsgesetzgebung eine gesetzliche Grundlage (Beschwerde S. 16).

Aufgrund der Bevorzugung des D. \_\_\_\_\_spitals seien die Grundrechte Wirtschaftsfreiheit und Rechtsgleichheit verletzt worden (Beschwerde S. 19ff.).

Mit der Leistungsgruppensystematik würden betreffend die Leistungsgruppen KAR1.1.1, GYN1.1, GYN1.2, GEB1, RAD1, ONK1, RAO1, VIS1 Anforderungen, wie zum Beispiel "Notfallstation Level 2" und "Intensivstation Level 2", gestellt, welche überhaupt nicht geeignet und nicht erforderlich seien, um das öffentliche Interesse der öffentlichen Gesundheit zu schützen, daher seien diese Anforderungen unhaltbar (Beschwerde S. 23ff.).

#### **M.**

Mit Zwischenverfügung vom 16. April 2014 (C-1841/2014 act. 2) wurde die Beschwerdeführerin zur Bezahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 4'000.- aufgefordert, welcher am 22. April 2014 bei der Gerichtskasse einging (C-1841/2014 act. 4).

#### **N.**

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 30. Juni 2014 (C-1841/2014 act. 6) die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolgen. Zur Begründung verwies sie auf die angefochtene Verfügung vom 26. Februar 2014.

Ergänzend brachte sie vor, entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin stütze sich die Spitalliste 2014 auf die Versorgungsplanung 2011-2014. Es seien nur technische Anpassungen der Leistungsgruppensystematik vorgenommen worden. Die in der angefochtenen Verfügung angewandte Leistungsgruppensystematik sei ein reines Planungsinstrument. Die Leistungsgruppensystematik bedürfe keiner Verankerung in einem Erlass (Vernehmlassung S. 4).

Die Vorinstanz räumte ein, das Erfordernis der Wirtschaftlichkeit nicht in die Leistungsgruppensystematik aufgenommen zu haben. Die Wirtschaftlichkeit sei nicht alleiniges Beurteilungskriterium. Da die Beschwerdeführerin die medizinisch-fachlichen Anforderungen der Leistungsgruppensystematik nicht erfülle, was in E. 2.2.3.3 der angefochtenen Verfügung erörtert worden sei, könne offenbleiben, ob die Beschwerdeführerin wirtschaftlich arbeiten würde (Vernehmlassung S. 3, 9). Dennoch führte sie hinsichtlich der Wirtschaftlichkeitsprüfung aus, aufgrund des Wechsels der Spitalfinanzierung am 1. Januar 2012 seien bei der Erstellung der Spitalliste 2014 im Herbst/Winter 2013 noch keine belastbaren Fallkostendaten verfügbar gewesen. Aufgrund der fehlenden bzw. nicht ausreichenden und damit nicht verwertbaren Datenbasis sei kein Fallkostenvergleich möglich gewesen. Zukünftig, das heisse, bei Vorliegen einer ausreichenden Datenbasis sei vorgesehen, anstelle des bisherigen Indikators "mittlere Aufenthaltsdauer", die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit mittels eines Vergleichs der Fallkosten der einzelnen Spitalstandorte, wenn immer möglich schweregradbereinigt, vorzunehmen (Vernehmlassung S. 5).

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin könne die Vorinstanz Auflagen für einzelne Standorte verfügen. Das Bundesverwaltungsgericht habe in seiner Entscheidung C-6088/2011 vom 6. Mai 2014 festgehalten, dass der Standort und nicht die Trägerschaft für die Erteilung eines Leistungsauftrags entscheidend sei. Die Standortabhängigkeit ergebe sich zudem aus dem Grund, dass die Anforderung an die Spitalstandorte gemäss Leistungsgruppensystematik die Sicherheit der Patientinnen und Patienten gewährleiste (Vernehmlassung S. 6, 7). Die Patientensicherheit stelle ein ausreichendes öffentliches Interesse dar, um die Wirtschaftsfreiheit einzuschränken. Es liege keine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit vor (Vernehmlassung S. 7, 8). Ebenso wenig liege eine Wettbewerbsverzerrung vor, denn das D. \_\_\_\_\_spital betreibe nur einen einzigen Standort und nicht wie die Beschwerdeführerin mehrere Standorte (Vernehmlassung S. 8).

Betreffend das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach die Leistungsgruppensystematik nicht sinnvoll sei, hielt die Vorinstanz gegen, bei der Leistungsgruppensystematik sei nicht die spitalinterne Organisation der Beschwerdeführerin massgebend, sondern es seien generelle Anforderungen an die Leistungserbringer zu definieren (Vernehmlassung S. 9).

#### **O.**

Das als Fachbehörde zur Stellungnahme eingeladenes BAG reichte am 18. September 2014 seine Bemerkungen ein (C-1841/2014 act. 8). Zunächst

erörterte es den Sachverhalt (Stellungnahme S. 1ff.). Im Weiteren führte es aus, der Regierungsrat habe die ab dem 1. Mai 2014 gültige Spitalliste 2014 der Akutsomatik am 26. April 2014 erlassen, obwohl die Beschwerdeführerin bereits gegen die am 4. April 2012 erlassene und für ein Inkrafttreten am 1. Mai 2012 vorgesehene Spitalliste 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben habe und daher für sie weiterhin die Spitalliste 2005 gelte. Die Nichtgesetzeskonformität der Planung der Spitalliste 2012 habe das BAG in seiner Stellungnahme vom 1. Oktober 2012 im Detail aufgeführt und die Aufhebung der Verfügung vom 4. April 2012 beantragt. Der Regierungsrat habe eine neue Spitalliste 2014 erlassen, mit dem Argument, dass die Spitalliste 2012 mittels der Zürcher Leistungsgruppensystematik in eine neue Spitalliste 2014 überführt werde (Stellungnahme S. 5).

Hinsichtlich der Anforderungen an die Leistungsgruppen hielt das BAG fest, für Leistungen für welche die Vorinstanz der Beschwerdeführerin keinen Leistungsauftrag erteilt habe, erfüllten die Spitäler A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_, und C.\_\_\_\_\_ gemäss der angefochtenen Verfügung die Anforderungen der Leistungssystematik "Leistungsgruppen und Anforderungen" (Version 2.2) – namentlich Notfallstation Level 1 oder 2 sowie Intensivstation Level 2 oder 3 nicht. Bei diesen und weiteren Kriterien handle es sich um personelle und technische Voraussetzungen gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. a-c KVG. Einem Spital dürfe grundsätzlich keine Betriebsbewilligung für die Leistungen erteilt werden, für welche die personellen und technischen Voraussetzungen nicht erfüllt seien. In diesem Kontext spiele es keine Rolle, ob das Spital wirtschaftlicher als andere Spitäler arbeite, bzw. ob die Spitalplanung für den Rest gesetzeskonform erstellt worden sei (Stellungnahme S. 6, 7).

Das BAG führte weiter aus, im vorliegenden Fall sei unbestritten, dass das Erreichen der Intensivstation im A.\_\_\_\_\_spital voraussetze, dass die Patienten über öffentliche Strassen transportiert werden müssten. Innerhalb des D.\_\_\_\_\_spitals könnten die Patienten hingegen durch die unterirdischen Gänge verlegt werden. Die Situation sei somit nicht vergleichbar. In diesem Sinne erscheine der Entscheid des Kantons Bern in Sachen Erfüllung der Bedingungen zur Intensivstation fundiert (Stellungnahme S. 8, 9).

Die Vorinstanz habe das Angebot ohne neue Planung reduziert. Wenn die Spitalliste 2012 aufgrund einer gesetzeskonformen Planung erstellt worden wäre – was gemäss Stellungnahme vom 1. Oktober 2012 nicht der Fall sei – würde das in der Spitalliste 2012 festgesetzte Angebot demjenigen

für die Gewährleistung der Versorgung gemäss den Planungskriterien des Bundesrates (Art. 58b Abs. 1 und 3 KVV) entsprechen. Eine Reduktion oder Erhöhung dieses Angebots würde daher grundsätzlich zu einer Unter- oder Überversorgung in die betroffenen Leistungsgruppen führen. In diesem Sinne widerspreche der Regierungsrat seiner Planung, weil er bei der Überführung der Spitalliste 2012 in eine Spitalliste 2014 mittels Leistungssystematik das Angebot für die Beschwerdeführerin reduziere, ohne entsprechend die Planung überarbeitet zu haben (Stellungnahme S. 9).

Als Schlussfolgerung hielt das BAG fest, die Beschwerde sei in dem Sinne abzuweisen, dass die Leistungen, für welche die Beschwerdeführerin die personellen und technischen Kriterien nicht erfülle, nicht für eine Zulassung im Sinne des KVG in Frage komme.

**P.**

In ihren Schlussbemerkungen vom 13. Februar 2015 (C-1841/2012 act. 10) nahm die Vorinstanz zum Bericht des BAG Stellung.

Hinsichtlich der Prüfung von personellen und technischen Voraussetzungen seien zwei Ebenen zu unterscheiden. Für die Zulassung als Leistungserbringer habe ein Spital nach Art. 39 Abs. 1 Bst. a bis c KVG bestimmte gesundheitspolizeiliche Dienstleistungen und Infrastrukturen (personelle und technische) zu gewährleisten, welche die Typik eines Akutspitals oder einer Rehabilitationsklinik ausmachen würden. Dieser Gewährleistung diene die vom BAG erwähnte kantonale Betriebsbewilligung, welche den gesundheitspolizeilichen Schutz der Patientinnen und Patienten sicherstellen und im Kanton Bern in Art. 120 SpVG (BSG 812.11) geregelt sei. Der Kanton habe der A. \_\_\_\_\_ AG die Betriebsbewilligung erteilt. Diese sei nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Andererseits habe ein Spital für die Erteilung eines Leistungsauftrages auf der Spitalliste nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG zudem auch die spezifischen personellen und technischen Voraussetzungen zu erfüllen, die in der Leistungssystematik enthalten seien. Diese Voraussetzungen prüfe der Kanton im Rahmen der Spitallistenverfügungen (Schlussbemerkungen S. 2).

Das BAG führe zurecht aus, dass im vorliegenden Verfahren die personellen und technischen Voraussetzungen und nicht die Planung entscheidend sei. Der Kanton dürfe einem Spital trotz Bedarf an Leistungen keinen Leistungsauftrag erteilen, wenn das Spital nicht in der Lage sei, die Leistungen in der nach Art. 58b Abs. 1 KVV verlangten Qualität zu erbringen. Soweit

ein Spitalstandort einen bestimmten Leistungsauftrag zugeteilt erhalten wolle, müsse er somit die Anforderungen der Leistungsgruppensystematik für den entsprechenden Leistungsauftrag erfüllen. Dabei handle es sich um Qualitätsanforderungen. Erfülle er diese qualitativen Anforderungen nicht, könne offenbleiben, ob diese Leistungen wirtschaftlich erbracht worden wären und ob ein Bedarf nach ihnen bestanden hätte (Schlussbemerkungen S. 2, 4).

**Q.**

In ihren Schlussbemerkungen vom 12. Februar 2015 (C-1841/2014 act. 11) ergänzte die Beschwerdeführerin ihre Rechtsbegehren dahingehend, dass subeventualiter zu den bisherigen Rechtsbegehren zur Umsetzung der Spitalliste 2014 gerichtlich eine angemessene Übergangsfrist anzuordnen sei (Schlussbemerkungen S. 4).

Sie hielt an der bisherigen Begründung ihrer Rechtsbegehren fest und führte ergänzend aus, entgegen den Vorbringen der Vorinstanz mache sie nicht geltend, dass die Anforderungen an die Leistungserbringer nicht ihren betrieblichen Prozessen entsprechen würden, sondern dass die Anforderung einer "Notfallstation Level 2" beziehungsweise einer "Intensivpflegestation Level 2" angesichts der starken und standortübergreifenden Zusammenarbeit unnötig und damit unverhältnismässig sei (Schlussbemerkungen S. 13, 14).

**R.**

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

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 53 Abs. 1 KVG (SR 832.10) kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Die angefochtenen Regierungsratsbeschlüsse RRB Nr. 519 vom 4. April 2012 (Verfahren C-2389/2012) und RRB Nr. 255/2014 vom 26. Februar 2014 (Verfahren C-1841/2014) wurden gestützt auf Art. 39 KVG erlassen. Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zur Beurteilung der Beschwerden zuständig (vgl. auch Art. 90a Abs. 2 KVG).

**1.2** Da die zwei Beschwerdeverfahren C-2389/2012 und C-1841/2014 dieselben Parteien betreffen, sich gleiche Rechtsfragen stellen und ein enger sachlicher Zusammenhang besteht, rechtfertigt es sich, die zwei Beschwerdeverfahren, zu vereinigen und darüber in einem gemeinsamen Urteil zu befinden.

### **1.3**

**1.3.1** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 VGG (SR 173.32) und Art. 53 Abs. 2 Satz 1 KVG nach dem VwVG (SR 172.021), soweit das VGG oder das KVG keine abweichende Regelung enthält.

**1.3.2** Die Bestimmungen des ATSG (SR 830.1) sind auf die Krankenversicherung anwendbar, soweit das KVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht (vgl. Art. 1 Abs. 1 KVG). Sie finden keine Anwendung im Bereich Zulassung und Ausschluss von Leistungserbringern (Art. 35-40 KVG und 59 KVG; vgl. Art. 1 Abs. 2 Bst. a KVG).

**1.3.3** Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht mangels anders lautender Übergangsbestimmungen grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben.

**1.3.4** In materiell-rechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (vgl. BGE 130 V 329 E. 2.3, BGE 134 V 315 E. 1.2). Bei den materiellen Bestimmungen des KVG ist darum grundsätz-

lich auf die seit dem 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Gesetzes- und Verordnungsänderungen (Revision des KVG vom 21. Dezember 2007 zur Spitalfinanzierung; AS 2008 2049 2057; BBl 2004 5551) abzustellen, soweit die Übergangsbestimmungen nichts Abweichendes vorsehen.

**1.3.5** Die vorinstanzlichen Spitallistenbeschlüsse datieren vom 4. April 2012 und 26. Februar 2014, weshalb grundsätzlich die am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Gesetzes- und Verordnungsänderungen des Krankenversicherungsrechts (KVG-Revision zur Spitalfinanzierung) anwendbar sind, soweit die Übergangsbestimmungen nichts Abweichendes vorsehen.

Betreffend das kantonale Recht ist für den Spitallistenbeschluss vom 4. April 2012 das Spitalversorgungsgesetz vom 5. Juni 2005 anwendbar (aSpVG) und für den Spitallistenbeschluss vom 26. Februar 2014 das Spitalversorgungsgesetz vom 13. Juni 2013 (SpVG, BSG 812.11). Art. 12 aSpVG (Universitätsspitäler, Hochspezialisierte Versorgung), welcher, wie zu zeigen sein wird, für den Erlass der Spitalliste 2012 ausschlaggebend war, entspricht Art. 15 Abs. 3 SpVG (Versorgungsbereiche).

**1.4** Anfechtungsgegenstand ist nicht die Spitalliste als solche. In BVGE 2012/9 hat das Bundesverwaltungsgericht erkannt, dass die Spitalliste im Sinne von Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG als Rechtsinstitut sui generis zu qualifizieren ist und – was für die Bestimmung des Anfechtungs- und Streitgegenstandes entscheidend ist – aus einem Bündel von Einzelverfügungen besteht (BVGE 2012/9 E. 3.2.6). Ein Leistungserbringer kann grundsätzlich nur die an ihn gerichtete Verfügung anfechten, d.h. diejenige Verfügung, welche das ihn betreffende Rechtsverhältnis regelt (BVGE 2012/9 E. 3.3). Der Antrag der Beschwerdeführerin, die Verfügung vom 4. April 2012 sei aufzuheben, ist dahingehend einzuschränken, als die Beschwerdeführerin als Adressatin der Verfügung direkt betroffen ist.

**1.5** Zur Beschwerde berechtigt ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b), und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Stiftung A. \_\_\_\_\_ Bern und die B. \_\_\_\_\_ AG Bern, bzw. später die A. \_\_\_\_\_ AG, haben an den vorinstanzlichen Verfahren C-2389/2012 und C-1841/2014 teilgenommen, sind als Spitalunternehmung, der aufgrund der neuen Spitallisten 2012 und 2014 gewisse Leistungsaufträge nicht erteilt worden sind, durch den angefochtenen Beschluss ohne Zweifel besonders berührt und haben ein

schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung derjenigen Verfügung, welche das sie betreffende Rechtsverhältnis regelt. Die erfolgte Übernahme der B.\_\_\_\_\_ AG Bern (mit den Standorten B.\_\_\_\_\_ - und C.\_\_\_\_\_spital) durch die Stiftung A.\_\_\_\_\_ Bern und die Auslagerung des Spitalbetriebs in eine Aktiengesellschaft namens A.\_\_\_\_\_ AG mit den Spitalstandorten A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ - und C.\_\_\_\_\_spital (vgl. <[http://www.A.\\_\\_\\_\\_\\_bern.ch/de/stiftung/geschichte/index.php](http://www.A._____bern.ch/de/stiftung/geschichte/index.php)>; Jahresbericht 2012 der Stiftung A.\_\_\_\_\_ Bern <[http://www.A.\\_\\_\\_\\_\\_bern.ch/wAssets/docs/2012\\_12\\_Jahresbericht\\_der\\_Stiftung\\_A.\\_\\_\\_\\_\\_](http://www.A._____bern.ch/wAssets/docs/2012_12_Jahresbericht_der_Stiftung_A._____) Druckversion.pdf>; Internethandelsregisterauszüge betreffend Stiftung A.\_\_\_\_\_ Bern (...), B.\_\_\_\_\_ AG (...) und A.\_\_\_\_\_ AG (...), besucht am 14. Juli 2015) nach Erlass der Spitalliste 2012 vermag daran nichts zu ändern, zumal für die Erteilung eines Leistungsauftrages der Standort und nicht die Trägerschaft des Spitals entscheidend ist (Art. 39 Abs. 1 KVG; vgl. dazu auch Botschaft des Bundesrates über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 [BBl 1992 I 93 S. 166]; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6088/2011 vom 6. Mai 2014 E. 1.3). Die Beschwerdeführerin (A.\_\_\_\_\_ AG) ist daher – im Rahmen des Anfechtungs- und Streitgegenstandes – zur Beschwerde legitimiert.

**1.6** Im Übrigen wurden die Beschwerden frist- und formgerecht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) eingereicht und die einverlangten Kostenvorschüsse innert Frist geleistet, weshalb – im Rahmen des Streit- und Anfechtungsgegenstandes – auf die Beschwerden einzutreten ist.

## **2.**

Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs von Ermessen), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 VwVG).

**2.1** In Abweichung von Art. 49 Bst. c VwVG ist allerdings die Rüge der Unangemessenheit in Beschwerdeverfahren gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG nicht zulässig (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG). Die Beschwerdeführerin kann daher nur geltend machen, der angefochtene Beschluss verletze Bundesrecht (einschliesslich Über- bzw. Unterschreitung oder Missbrauch des Ermessens) oder beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. a und b VwVG).

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der angefochtene Beschluss dazu Anlass gibt. Neue Begehren sind unzulässig (Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG).

**2.2** Das Bundesverwaltungsgericht ist nach dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 212).

### **3.**

**3.1** Die Beschwerdeführerin beantragte mit Beschwerdeergänzung vom 21. Mai 2015 (C-2389/2012 act. 7 S. 46) die Erteilung eines Leistungsauftrages für die Leistungsgruppe GER für das B.\_\_\_\_\_spital ohne Auflagen oder Einschränkungen. Der Antrag wurde nicht begründet. Dem B.\_\_\_\_\_spital wurde betreffend die Spitalliste 2012 ein Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe GER mit der Auflage erteilt, dass die Facharztanforderung (Schwerpunktsträger Geriatrie) bis zum 1. Juni 2013 erfüllt sein müsse. Weitere Auflagen wurden nicht verfügt. Daher ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin gegen diese Auflage monieren wollte. Obwohl diese Auflage bereits in der Anhörungsversion vorhanden war (C-2389/2012 Ordner 1 Reg. 7), ist nicht aktenkundig, dass die Beschwerdeführerin im Verfahren vor der Vorinstanz dagegen opponiert hätte. Gemäss Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG sind neue Begehren unzulässig. Da die Beschwerdeführerin erstmals vor Bundesverwaltungsgericht geltend machte, die Leistungsgruppe GER sei ohne Auflagen oder Einschränkungen zu erteilen, ist auf diesen Antrag nicht einzutreten.

**3.2** Grundsätzlich geht mit Einreichung der Beschwerde die Zuständigkeit in der Sache auf die Beschwerdeinstanz über (vgl. Art. 54 VwVG). Davon macht Art. 58 Abs. 1 VwVG insofern eine Ausnahme als die Vorinstanz die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung ziehen und neu verfügen kann. Der Wiedererwägungsentscheid ersetzt den ursprünglichen Entscheid. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Behandlung der Beschwerde fortzusetzen, soweit diese durch die neue Verfügung nicht gegenstandslos geworden ist (Art. 58 Abs. 3 VwVG). Es hat über die ungelöst gebliebenen Streitfragen zu befinden (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3663/2007 vom 11. Juni 2009 E. 1.2, A-2250/2007 vom 11. März

2009 E. 2, A-5998/2010 vom 29. März 2012 E. 2, A-322/2009 vom 14. Juni 2011 E. 6.1, A-1724/2012 vom 20. September 2012 E. 3.1, A-416/2013 vom 6. August 2013 E. 1.3).

**3.2.1** Die Verfügung hinsichtlich der neuen Spitalliste 2014, soll gemäss Dispositivziffer 3 die Verfügung hinsichtlich der Spitalliste 2012 ersetzen und stellt damit eine Wiedererwägung der angefochtenen Verfügung vom 4. April 2012 dar. Der Beschwerdeführerin wurden neue Leistungsaufträge erteilt, womit sich der Anfechtungsgegenstand hinsichtlich der angefochtenen Verfügung vom 4. April 2012 entsprechend schmälert (vgl. Art. 58 Abs. 3 VwVG).

**3.2.2** Die Rüge der Beschwerdeführerin bezüglich der "kantonalen hochspezialisierten Medizin" und der diesbezüglichen Verletzung des rechtlichen Gehörs ist gegenstandslos geworden, da die Vorinstanz gemäss E. 1.2 der Verfügung vom 26. Februar 2014 auf die separate Planung der hochspezialisierten Medizin verzichtet hat. Dies bedeutet, dass die entsprechenden Vorbehalte und Auflagen wie "ausgeschlossen hochspezialisierte Behandlungsverfahren", "Reevaluation hochspezialisierte Behandlungsverfahren" und "Zusammenarbeit mit D. \_\_\_\_\_ spital für hochspezialisierte Behandlungsverfahren" in der Spitalliste 2014 nicht mehr enthalten sind und der Beschwerdeführerin damit diverse Leistungsaufträge ohne Vorbehalte und Auflagen erteilt wurden. Die Rüge hinsichtlich der Leistungsgruppen DER1.1, HNO2, NCH1.1, AUG1, AUG1.1, AUG1.2, AUG1.6, AUG1.7, HAE1, HAE2, KAR1.3, URO2.3 (Spitalliste 2014 = URO1.1.3), KIE1 ist damit gegenstandslos geworden.

**3.2.3** Die Erteilung von Leistungsaufträgen der Leistungsgruppen VIS1.1, VIS1.2, VIS1.3 und VIS1.5 an das A. \_\_\_\_\_ spital unter dem Vorbehalt der Beschlüsse der Organe der IVHSM für den Bereich der hochspezialisierten Viszeralchirurgie ist keine Auflage im eigentlichen Sinn, sondern nur eine Repetition der gesetzlichen Bestimmungen, womit auch die Rüge hinsichtlich VIS1.1, VIS1.2, VIS1.3 und VIS1.5 betreffend das A. \_\_\_\_\_ spital gegenstandslos geworden ist, nicht jedoch für den Standort B. \_\_\_\_\_. In der Spitalliste 2012 wurde dem B. \_\_\_\_\_ spital für die Leistungsgruppen VIS1.1, VIS1.2 und VIS1.5 ein Leistungsauftrag unter dem Vorbehalt des Ausschlusses der hochspezialisierten Behandlungsverfahren Nrn. 7.5, 7.6, 7.7 und 7.9 erteilt. In der Spitalliste 2014 hingegen wurden dem B. \_\_\_\_\_ spital für die Leistungsgruppen VIS1.1, VIS1.2 und VIS1.5 überhaupt keine Leistungsaufträge mehr erteilt. In ihrer Stellungnahme vom 10.

Januar 2014 (C-1841/2014 Ordner Reg. 5 S. 4) hielt die Beschwerdeführerin fest, die GEF habe ihr zugesichert, dass sie die im B.\_\_\_\_\_spital angebotenen Leistungen "anteriore Rektumresektionen Z48.63.99 ohne maligne Tumore des Rektums" sowie "Fisteln Z46.76.11 und Z46.76.12" über die Leistungsgruppe VIS1 abrechnen könne. Die Rüge betreffend die Leistungsgruppe VIS1.5 ist damit gegenstandslos geworden. Somit bleibt hinsichtlich der Viszeralchirurgie die Rüge betreffend die Leistungsgruppen VIS1.1 und VIS1.2 betreffend das B.\_\_\_\_\_spital erhalten.

**3.2.4** Die Zuteilung von Leistungsaufträgen an das A.\_\_\_\_\_spital für die Leistungsgruppe THO1.1 wurde antragsgemäss ohne Vorbehalt der "kantonalen hochspezialisierten Behandlungsverfahren" erteilt, jedoch wurde der Leistungsauftrag auf zwei Jahre befristet, mit der Auflage der Überprüfung der Mindestfallzahlen. Die Beschwerdeführerin hielt in ihrer Stellungnahme vom 10. Januar 2014 fest (C-1841/2014 Ordner Reg. 5 S. 2), dass sie mit der Auflage einverstanden sei, womit die Rüge betreffend die Leistungsgruppe THO1.1 gegenstandslos geworden ist.

**3.2.5** Der Beschwerdeführerin wurde in der Spitalliste 2012 für die Leistungsgruppe BEW9 für die Standorte B.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_spital ein Leistungsauftrag erteilt, mit der Auflage der Beurteilung mit dem Universitätsspital im Sinne eines Tumorboards. In der Spitalliste 2014 wurde der Leistungsauftrag nur an das C.\_\_\_\_\_spital erteilt und auf zwei Jahre befristet, mit der Auflage der Überprüfung der Mindestfallzahlen nach zwei Jahren. Die Beschwerdeführerin hielt in ihrem Schreiben vom 31. Oktober 2013 (C-1841/2014 Ordner Reg. 6 S. 14) fest, der Leistungsauftrag sei an das C.\_\_\_\_\_spital zu erteilen, womit die Rüge betreffend die Leistungsgruppe BEW9 gegenstandslos geworden ist.

**3.2.6** Dem A.\_\_\_\_\_spital wurde antragsgemäss für die Leistungsgruppe NEU2.1 ein uneingeschränkter Leistungsauftrag erteilt, womit die entsprechende Rüge gegenstandslos geworden ist. Nicht jedoch betreffend das B.\_\_\_\_\_spital, welchem in der Spitalliste 2012 ein eingeschränkter Leistungsauftrag, hingegen in der Spitalliste 2014 überhaupt kein Leistungsauftrag mehr erteilt wurde.

**3.2.7** Der Beschwerdeführerin wurde für die Leistungsgruppen GEF2, ANG2 und ANG3 für den Standort A.\_\_\_\_\_spital und für die Leistungsgruppe UNF1 für den Standort B.\_\_\_\_\_spital antragsgemäss uneingeschränkte Leistungsaufträge erteilt, womit die entsprechenden Rügen gegenstandslos geworden sind.

**3.2.8** Der Beschwerdeführerin wurde antragsgemäss für das A.\_\_\_\_\_spital uneingeschränkte Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen GYN1.1 und GYN1.3 erteilt, womit die entsprechenden Rügen gegenstandslos geworden sind.

**3.2.9** Die Beschwerdeführerin erhielt mit der Spitalliste 2014 für die Leistungsgruppen GEB1 und GEB1.1 für die Standorte A.\_\_\_\_\_ - und C.\_\_\_\_\_spital uneingeschränkte Leistungsaufträge. Soweit die Beschwerdeführerin die Verfügung von Vorbehalten und Auflagen der Spitalliste 2012 monierte, ist die Rüge gegenstandslos geworden. Jedoch sind die Voraussetzungen der Leistungsgruppensystematik der Spitalliste 2012 und 2014 an die zeitliche Verfügbarkeit des Facharztes betreffend die Leistungsgruppen GEB1 und GEB1.1 identisch. Die Beschwerdeführerin brachte in ihrem Schreiben vom 26. April 2011 (C-2389/2012 Ordner 2 Reg. 10) und in ihrer Beschwerdeergänzung vom 21. Mai 2012 vor (C-2389/2012 act. 7 S. 33), der Kanton verlange in seinen Richtlinien für Sectios eine maximale Zeit von 15 Minuten zwischen Entscheid zu einer Sectio und Extraktion des Kindes. Diese Zeitvorgabe sei einmalig auf der Welt und von keiner einzigen Studie gestützt. Der Vorstand der Schweizerischen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe habe zu diesen Zeiten festgehalten, dass bei Schwangerschaften mit einem niedrigen Risikoprofil empfohlen werde, dass 30 Minuten nicht überschritten werden sollten und bei Risikoschwangerschaften kürzere Zeiten gelten würden.

Die Erteilung eines Leistungsauftrages beinhaltet nicht nur das Recht die Leistungen über die obligatorische Krankenpflegeversicherung abrechnen zu können, sondern auch die Pflicht, die entsprechenden Anforderungen der Leistungsgruppe einzuhalten. Die Nichteinhaltung der mittels der Leistungsgruppensystematik vorgeschriebenen 15 Minuten, kann für die Beschwerdeführerin rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, womit sie trotz der Erteilung von Leistungsaufträgen beschwert ist.

**3.2.10** Konkret ist somit hinsichtlich der Spitalliste 2012 weiterhin umstritten, die Nichterteilung eines uneingeschränkten Leistungsauftrages für die Leistungsgruppen VIS1.1, VIS1.2 und NEU2.1 an das B.\_\_\_\_\_spital, sowie die Voraussetzungen der Leistungsgruppensystematik betreffend die Leistungsgruppen GEB1 und GEB1.1.

**3.3** Es folgen Ausführungen zum Anfechtungsgegenstand hinsichtlich der Spitalliste 2014.

**3.3.1** Die Beschwerdeführerin beantragt in ihrer Beschwerde vom 7. April 2014 beim Leistungsauftrag RAD1 sei die Einschränkung "bei Gefässen nur Diagnostik" zu streichen (Rechtsbegehren 3).

Gemäss Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG sind neue Begehren unzulässig, womit sich die Frage stellt, ob die Beschwerdeführerin dieses Vorbringen bereits gegenüber der Vorinstanz geltend machte oder erstmals vor Bundesverwaltungsgericht.

Die Beschwerdeführerin äusserte sich in ihrer Stellungnahme vom 31. Oktober 2013 zum Spitallistenentwurf und hielt fest (C-1841/2014 Ordner Reg. 6 S. 9), die Leistungsgruppe RAD1 setze keine intensivmedizinische Struktur voraus, vielmehr reiche eine Überwachungsstation aus. Der Beschwerdeführerin wurde daraufhin für die Standorte A.\_\_\_\_\_ - und B.\_\_\_\_\_spital ein Leistungsauftrag erteilt. In ihrer zweiten Stellungnahme vom 10. Januar 2014 zum Vernehmlassungsentwurf (C-1841/2014 Ordner Reg. 5) äusserte sie sich nicht mehr zur Leistungsgruppe RAD1. Dies obwohl bereits im Vernehmlassungsentwurf (C-1841/2014 Ordner Reg. 6) die Leistungsgruppe RAD 1 beschrieben wurde als "Interventionelle Radiologie (bei Gefässen nur Diagnostik)". Beim Rechtsbegehren 3 handelt es sich somit um ein unzulässiges neues Begehren, womit darauf nicht einzutreten ist.

**3.3.2** Hinsichtlich der Spitalliste 2014 ist somit die Nichterteilung eines Leistungsauftrages für die Leistungsgruppe KAR1.1.1 an das A.\_\_\_\_\_spital, sowie ONK1, RAO1 (Teilleistungsauftrag), GYN1.1, GYN1.2 und VIS1 an das C.\_\_\_\_\_spital umstritten. Betreffend die Leistungsgruppe GEB1 ist gleich wie betreffend die Spitalliste 2012 die Frage umstritten, ob die Voraussetzungen an die Facharztverfügbarkeit rechtmässig sind.

#### **4.**

Es folgen Ausführungen zur Spitalfinanzierung.

**4.1** Art. 39 Abs. 1 KVG bestimmt in Verbindung mit Art. 35 Abs. 1 KVG, unter welchen Voraussetzungen Spitäler zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) zugelassen werden. Demnach muss ein Spital für die Zulassung unter anderem der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen, wobei private Trägerschaften angemessen in die Planung einzubeziehen sind (Bst. d). Zudem müssen die

Spitäler, in der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons aufgeführt sein (Bst. e).

Art. 39 Abs. 1 Bst. d statuiert eine Bedarfsdeckungs- und Koordinationsvoraussetzung und Bst. e eine Publizitäts- und Transparenzvoraussetzung (an welche Rechtswirkungen geknüpft werden). Die Voraussetzungen gemäss Bst. d und e sollen eine Koordination der Leistungserbringer, eine optimale Ressourcennutzung und eine Eindämmung der Kosten bewirken (BVGE 2010/15 E. 4.1 mit Hinweis auf die Botschaft des Bundesrates über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 [BBl 1992 I 166 f.]).

**4.2** Seit dem 1. Januar 2009 sind die Kantone nach Art. 39 KVG zudem (ausdrücklich) verpflichtet, ihre Planung zu koordinieren (Abs. 2) und im Bereich der hochspezialisierten Medizin gemeinsam eine gesamtschweizerische Planung zu beschliessen (Abs. 2<sup>bis</sup>). Der Bundesrat hat einheitliche Planungskriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit zu erlassen, wobei er zuvor die Kantone, die Leistungserbringer und die Versicherer anzuhören hat (Abs. 2<sup>ter</sup>). Diesem Auftrag ist der Bundesrat mit dem Erlass der Art. 58a ff. KVV (in Kraft seit 1. Januar 2009) nachgekommen.

## **5.**

Streitig ist zunächst, ob die Vorinstanz befugt war, eine neue Spitalliste zu erlassen.

**5.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend die Überarbeitung der Spitalliste sei zu früh erfolgt. Eine Anpassung der kantonalen Spitalplanung und der Spitalliste könne sinnvollerweise erst stattfinden, nachdem alle Elemente der neuen Spitalfinanzierung eingeführt worden seien und sich die öffentlichen Spitäler und die Privatkliniken unter dem neuen System während einer gewissen Zeit in einem transparenten Leistungswettbewerb hätten messen können (Beschwerdeergänzung C-2389/2012 act. 7 S. 45).

**5.2** Gemäss Abs. 3 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des KVG vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung, AS 2008 2056, im *Folgenden*: UeB KVG) müssen die kantonalen Spitalplanungen spätestens bis 1. Januar 2015 den Anforderungen des Art. 39 KVG entsprechen (Satz 1). Dabei müssen sie auf Betriebsvergleiche zu Qualität und Wirtschaftlichkeit abgestützt sein (Satz 2).

Nach dem Wortlaut regelt die Übergangsbestimmung nur die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die kantonalen Spitalplanungen den neuen gesetzlichen Anforderungen entsprechen müssen, nicht aber, wann die Kantone frühestens eine neue Planung bzw. eine neue Spitalliste erlassen dürfen.

Das Bundesverwaltungsgericht erkannte in seinem Urteil vom 7. Juni 2012 (C-325/2010 E. 4.5.7), dass Abs. 3 UeB KVG den Kantonen nicht verbiete, vor dem 1. Januar 2012 eine neue Spitalliste zu erlassen. Dies gilt für Spitallisten, welche wie vorliegend nach dem 1. Januar 2012 erlassen wurden, erst recht.

## 6.

Die Beschwerdeführerin brachte vor, die Vorinstanz habe die angefochtenen Verfügungen vom 4. April 2012 betreffend die Spitalliste 2012 und vom 26. Februar 2014 betreffend die Spitalliste 2014 nicht hinreichend begründet und damit das rechtliche Gehör verletzt.

Ob das rechtliche Gehör hinsichtlich der Spitallisten 2012 und 2014 verletzt wurde, kann vorliegend offen bleiben, da wie zu zeigen sein wird, die Versorgungsplanung 2011-2014, auf welche sich die Spitallisten 2012 und 2014 stützen, nicht rechtskonform ist, womit die Spitallisten 2012 und 2014 ihrerseits rechtswidrig sind und die angefochtenen Verfügungen bereits aus diesem Grund aufzuheben sind.

## 7.

Es folgen Ausführungen zu den Planungskriterien.

**7.1** Nach Art. 58b Abs. 1-3 KVV ermitteln die Kantone den Bedarf nach stationärer Behandlung im Spital (oder in einem Geburtshaus sowie der Behandlung in einem Pflegeheim) in nachvollziehbaren Schritten, wobei sie sich namentlich auf statistisch ausgewiesene Daten und Vergleiche stützen (Abs. 1). Sie ermitteln das Angebot, das in Einrichtungen beansprucht wird, die nicht auf der von ihnen erlassenen Liste aufgeführt sind (Abs. 2). Sie bestimmen das Angebot, das durch die Aufführung von inner- und ausserkantonalen Einrichtungen auf der Spitalliste gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG zu sichern ist, damit die Versorgung gewährleistet ist. Dieses Angebot entspricht dem nach Art. 58b Abs. 1 KVV festgestellten Versorgungsbedarf abzüglich des nach Art. 58b Abs. 2 KVV ermittelten Angebots (Abs. 3). Bei der Beurteilung und Auswahl des auf der Liste zu sichernden Angebotes berücksichtigen die Kantone insbesondere die Wirt-

schaftlichkeit und Qualität der Leistungserbringung, den Zugang der Patientinnen und Patienten zur Behandlung innert nützlicher Frist sowie die Bereitschaft und Fähigkeit der Einrichtung zur Erfüllung des Leistungsauftrages (Abs. 4). Weiter werden die Kriterien festgelegt, welche bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit und Qualität zu beachten sind, nämlich die Effizienz der Leistungserbringung, der Nachweis der notwendigen Qualität und im Spitalbereich die Mindestfallzahlen und die Nutzung von Synergien (Abs. 5).

## 7.2

**7.2.1** Art. 58b Abs. 4 Bst. a KVV schreibt den Kantonen ausdrücklich vor, bei der Beurteilung und Auswahl des auf der Liste zu sichernden Angebotes die Wirtschaftlichkeit zu berücksichtigen. Abs. 3 UeB KVG sieht ebenso ausdrücklich vor, dass die kantonalen Spitalplanungen auf Betriebsvergleiche zu Qualität und Wirtschaftlichkeit abgestützt sein müssen. Eine Wirtschaftlichkeitsprüfung muss somit zwingend durch Betriebsvergleiche vorgenommen werden (vgl. zum Ganzen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-325/2010 vom 7. Juni 2012 E. 5.2.3, 5.3 und 5.4 und C-5647/2011 vom 16. Juli 2013 E. 5.3.1).

**7.2.2** Im Rahmen der Prüfung der Wirtschaftlichkeit müssen gestützt auf die erhobenen finanziellen Daten die leistungsbezogenen Kostenunterschiede der verschiedenen Spitäler untersucht werden. Die Wirtschaftlichkeitsprüfung kann mit einem Benchmarking vorgenommen werden. Tarifvergleiche zwischen Spitälern sind dabei zulässig, wenn bestimmte Anforderungen erfüllt sind. So muss eine taugliche Vergleichsbasis bestehen, was nur dann der Fall ist, wenn Kosten einander gegenübergestellt werden, die auf vergleichbare Leistungen entfallen. In diesem Sinne sind zunächst die Leistungen eines Spitals sowie die darauf entfallenden Kosten zu bestimmen und diese sodann den Leistungen und Kosten eines oder mehrerer anderer Spitäler (Referenzspitäler) gegenüberzustellen. Der an Hand der Zahlen der Referenzspitäler ermittelte Wert wird als Benchmark (oder als Referenz- oder Vergleichswert) bezeichnet. Das zu beurteilende Spital und die Referenzspitäler müssen über dieselben rechnerischen Grundlagen in Form von Kostenrechnungen verfügen. Zudem müssen die Leistungen und Kosten des zu beurteilenden Spitals und der Referenzspitäler an Hand der wesentlichen Kriterien fassbar und vergleichbar sein (je nach Art des Kostenvergleichs beispielsweise hinsichtlich Versorgungsstufe, Leistungsangebot in Diagnostik und Therapie, Zahl und Art sowie Schweregrad der Fälle oder hinsichtlich Leistungen in Hotellerie/Service

und Pflege). Wenn die Leistungen vergleichbar sind, so ist zu vermuten, dass auch deren Kosten gleich hoch liegen werden. Falls dies im Einzelfall nicht zutrifft und das zu beurteilende Spital für bestimmte Leistungen höhere Kosten aufweist als die Referenzspitäler, kann das Spital diese Vermutung umstossen, indem es die höheren Kosten stichhaltig begründet. Wenn dies nicht gelingt, ist anzunehmen, dass die höheren Kosten mindestens teilweise auf einer unwirtschaftlichen Leistungserbringung beruhen (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-5647/2011 vom 16. Juli 2013 E. 5.3.2 und C-2907/2008 vom 26. Mai 2011 E. 8.4.6.2; BVGE 2010/25 E. 7.1; RKUV 3/2005 159 ff. E. 11.1).

**7.2.3** Liegen einheitliche Patientenklassifikationssysteme im Sinne von "Diagnosis Related Groups" (DRG-Systeme) vor, werden im Rahmen von Wirtschaftlichkeitsvergleichen diese zur Leistungsermittlung herangezogen. Ansonsten können die medizinische Statistik des Bundesamts für Statistik (BFS) oder allenfalls kantonale Leistungsstatistiken bei innerkantonalen Vergleichen als einheitliche Grundlagen herangezogen werden. Die anrechenbaren Kosten werden aufgrund von Kostenrechnungen ermittelt, welche insbesondere die Elemente Kostenarten, Kostenstellen, Kostenträger und die Leistungserfassung umfassen müssen (vgl. Art. 49 KVG in Verbindung mit Art. 9 der Verordnung über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung vom 3. Juli 2002 [VKL, SR 832.104]).

## **8.**

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Vorinstanz bei Erlass des RRB 519/2012 betreffend die Spitalliste 2012 den bundesrechtlichen Planungskriterien im erforderlichen Umfang Rechnung getragen und insbesondere eine rechtsgenügende Wirtschaftlichkeitsprüfung vorgenommen hat.

**8.1** Es findet sich in den Akten kein Hinweis auf die Durchführung eines Kosten-/Leistungsvergleichs. Die Vorinstanz macht auch nicht geltend, einen solchen durchgeführt zu haben. Im Gegenteil räumt sie in ihrer Schlussbemerkung vom 28. Januar 2013 ein (Schlussbemerkungen C-2389/2012 act. 20 S. 19, 20), da Kostendaten der Leistungserbringer unzureichend gewesen seien und einen Vergleich nicht zugelassen hätten, sei der Vergleich der Wirtschaftlichkeit anhand der durchschnittlichen Aufenthaltsdauer vorgenommen worden.

Das Bundesverwaltungsgericht hielt bereits in seinem Entscheid C-325/2010 vom 7. Juni 2012 E. 5.2.3 betreffend die Spitalliste 2010 des

Kantons Bern fest, dass die Wirtschaftlichkeitsprüfung anhand der durchschnittlichen stationären Aufenthaltsdauer den bundesrechtlichen Anforderungen nicht genügt.

Bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung geht es um Kostenvergleiche. Die Höhe der schweregradbereinigten Fallkosten eines Spitals widerspiegelt den Effizienz- und Wirtschaftlichkeitsgrad seiner Leistungserbringung. Dieser wird durch die spezifische Situation des Spitals beeinflusst. Die Anwendung des Kriteriums Aufenthaltsdauer als Indikator für die Wirtschaftlichkeit ist nicht ausreichend, um die Wirtschaftlichkeit und Effizienz der Leistungserbringung zu widerspiegeln. Entscheidend für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit bzw. ob die Leistungserbringung eines Spitals wirtschaftlich ist, ist vielmehr der Vergleich der Fallkosten der einzelnen Spitäler unter Berücksichtigung des jeweiligen Patientenmixes.

**8.2** Die Vorinstanz begründete die Unterlassung der Wirtschaftlichkeitsprüfung anhand von Kostenvergleichen mit dem Fehlen von verwertbaren Fallkostendaten sämtlicher Spitäler im Kanton Bern (Schlussbemerkungen C-2372/2012 act. 20 S. 20; Vernehmlassung C-1869/2014 act. 5 S.6). Die Vorinstanz macht mit andern Worten geltend, es sei ihr gar nicht möglich gewesen, einen Kostenvergleich vorzunehmen.

In der Tat bestand im Zeitpunkt des Erlasses der Spitalliste 2012 bzw. der angefochtenen Verfügung bis zum Vorliegen der Grundlagen im Hinblick auf die Einführung von SwissDRG per 1. Januar 2012 keine einheitliche innerkantonale Rechnungsstruktur der Spitäler im Kanton Bern. Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob die Vorinstanz überhaupt einen Kostenvergleich und damit letztendlich eine Wirtschaftlichkeitsprüfung anstellen konnte.

Verschiedene Spitäler im Kanton Bern rechneten bereits vor der Einführung der leistungsbezogenen Pauschalen nach Art. 49 Abs. 1 KVG mittels Fallpauschalen ab (z.B. D. \_\_\_\_\_spital, Spital E. \_\_\_\_\_, Spitäler F. \_\_\_\_\_ AG, Regionalspital G. \_\_\_\_\_, Spital H. \_\_\_\_\_ AG, Spital I. \_\_\_\_\_ AG, vgl. <[http://www.apdrgsuisse.ch/public/de/liste\\_hopitaux\\_facturant\\_apdrd\\_d.pdf](http://www.apdrgsuisse.ch/public/de/liste_hopitaux_facturant_apdrd_d.pdf)>, besucht am 14. Juli 2015; J. \_\_\_\_\_ Kliniken Bern, vgl. \_\_\_\_\_ Jahresbericht/Qualitätsbericht 2011/12 <[https://www.j.\\_\\_\\_\\_\\_.ch/content/dam/global/Allgemeine%20Seite/PDF/DE/Ueber%20uns/Geschaefts-%20und%20Qualitaetsbericht/J.\\_\\_\\_\\_\\_.Jahresbericht\\_Qualit%C3%A4tsbericht\\_DE\\_2011\\_12.pdf](https://www.j._____.ch/content/dam/global/Allgemeine%20Seite/PDF/DE/Ueber%20uns/Geschaefts-%20und%20Qualitaetsbericht/J._____.Jahresbericht_Qualit%C3%A4tsbericht_DE_2011_12.pdf)>, besucht am 14. Juli 2015; B. \_\_\_\_\_ AG Bern

[Klinik B.\_\_\_\_\_, Klinik C.\_\_\_\_\_] , vgl. Geschäftsbericht der B.\_\_\_\_\_ AG Bern 2009, <[http://www.orthopaedieB.\\_\\_\\_\\_\\_.ch/content/documents/soho\\_GB2009.pdf](http://www.orthopaedieB._____.ch/content/documents/soho_GB2009.pdf)> S. 8, besucht am 14. Juli 2015; Klinik K.\_\_\_\_\_ AG vgl. <[http://www.bag-anw.admin.ch/kuv/spitalstatistik/data/download/kzp09\\_publication.pdf?webgrab=ignore](http://www.bag-anw.admin.ch/kuv/spitalstatistik/data/download/kzp09_publication.pdf?webgrab=ignore)>, besucht am 14. Juli 2015). Mit dem Patientenklassifikationssystem "All Patient Diagnosis Related Groups" (APDRG-System) ist es grundsätzlich möglich, die Spitäler inner- und ausserkantonale direkt zu vergleichen, unabhängig vom Tätigkeitsbereich und der Krankenhaustypologie (vgl. Urteil des BVGer C-2907/2008 vom 26. Mai 2011 E. 8.4.6.2; BVGE 2010/62 E. 6.11).

Spitäler, die im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung bereits das Patientenklassifikationssystem APDRG eingeführt hatten, hätte die Vorinstanz ohne weiteres mit ausserkantonalen Spitalern, die ebenfalls nach APDRG abrechneten, vergleichen können (vgl. E. 7.2.3 hiavor). Bei Spitalern, welche das APDRG-System nicht kannten, hätte die Vorinstanz im Rahmen des Kostenvergleichs stattdessen beispielsweise die medizinische Statistik des BFS oder allenfalls kantonale Leistungsstatistiken als einheitliche Grundlagen heranziehen können (vgl. E. 7.2.3 hiavor). Der Vorinstanz wäre es somit durchaus möglich gewesen, eine Wirtschaftlichkeitsprüfung vorzunehmen.

**8.3** Wenn die Vorinstanz im Übrigen der Ansicht ist, eine Wirtschaftlichkeitsprüfung erst nach Vorliegen der Grundlagen für SwissDRG durchführen zu können, dann hat sie die Spitalliste verfrüht erlassen. Art. 58a Abs. 2 KVV schreibt den Kantonen zwar eine periodische Überprüfung der Planung vor, gemäss Abs. 3 der UeB KVG sind die Kantone jedoch nicht verpflichtet, sondern lediglich berechtigt, ihre Spitalplanungen vor dem 31. Dezember 2014 den neuen gesetzlichen Anforderungen anzupassen (vgl. Urteil des BVGer C-325/2010 vom 7. Juni 2012 E. 4.5.1). Die Vorinstanz hätte somit durchaus in einem ersten Schritt die nötigen Grundlagen im Hinblick auf die Einführung der leistungsbezogenen Pauschalen nach Art. 49 Abs. 1 KVG (SwissDRG) schaffen und erst in einem zweiten Schritt gestützt darauf einen Wirtschaftlichkeitsvergleich durchführen und die Spitalliste erlassen können. Bei den Grundlagen im Hinblick auf die Schaffung der Fallpauschalen handelt es sich um eine einheitliche Rechnungslegung, die es den Kantonen im Zusammenhang mit dem Erlass der Spitalliste und der Erteilung von Leistungsaufträgen eben gerade ermöglicht, einen Kostenvergleich durchzuführen.

**8.4** Zusammenfassend ergibt sich, dass die von der Vorinstanz vorgenommene Wirtschaftlichkeitsprüfung gestützt auf die durchschnittliche stationäre Aufenthaltsdauer den bundesrechtlichen Anforderungen nicht entspricht. Damit ist die gesamte Versorgungsplanung 2011-2014 der Vorinstanz, welche Grundlage für die Spitalliste 2012 bildet, bundesrechtswidrig erfolgt, sodass die angefochtene Verfügung ihrerseits rechtswidrig ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-5647/2011 vom 16. Juli 2013 E. 6.1). Die angefochtene Verfügung vom 4. April 2012 ist damit betreffend die Beschwerdeführerin aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf die weiteren von der Beschwerdeführerin hinsichtlich der am 4. April 2012 verfügten Spitalliste 2012 vorgebrachten Rügen einzugehen.

## **9.**

Es folgen Ausführungen zum RRB Nr. 255/2014 vom 26. Februar 2014 betreffend die Spitalliste 2014.

**9.1** Vorab ist auf das Vorbringen des BAG einzugehen, wonach einem Spital keine Betriebsbewilligung für die Leistungen erteilt werden dürfe, für welche die personellen und technischen Voraussetzungen nicht erfüllt seien (vgl. Stellungnahme BAG C-1841/2014 act. 8 S. 6, 7).

Das BAG brachte damit sinngemäss vor, die Beschwerdeführerin erfülle die Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 Bst. a-c KVG nicht, womit sie bereits aus diesem Grund nicht auf die Spitalliste aufgenommen werden könne.

**9.1.1** Um zur Tätigkeit zu Lasten der sozialen Krankenversicherung zugelassen zu werden, muss ein Spital eine ausreichende ärztliche Betreuung gewährleisten sowie über das erforderliche Fachpersonal und zweckentsprechende medizinische Einrichtungen verfügen (Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzung, Art. 39 Abs. 1 Bst. a - c KVG). Die Prüfung der Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzung erfolgt in erster Linie durch die Behörden des Standortkantons, welche aufgrund ihrer besonderen Kenntnisse der lokalen Verhältnisse dazu am besten in der Lage sind.

**9.1.2** Ob eine Einrichtung ein Spital ist und die bundesrechtlichen Voraussetzungen erfüllt, prüft somit in erster Linie der Kanton, in welchem diese

Einrichtung liegt. Einrichtungen, die über eine kantonale Betriebsbewilligung als Spital verfügen, genügen in der Regel diesen Voraussetzungen. Anlass zur Überprüfung gibt es hingegen dann, wenn eine Einrichtung, deren Aufnahme auf die Spitalliste umstritten ist, nicht über eine kantonale Betriebsbewilligung als Spital verfügt oder sich aus den Akten Hinweise darauf ergeben, dass sie den vom KVG aufgestellten Erfordernissen betreffend Dienstleistungen und Infrastruktur nicht entspricht (Urteil des Bundesrates vom 1 November 2006, KV 385 E. 2.1).

Die Vorinstanz hält in ihren Schlussbemerkungen zurecht fest (C-1841/2014 act. 10 S. 2), die Betriebsbewilligung sei in Artikel 120 SpVG verankert und regle lediglich die Grundvoraussetzungen eines Spitalbetriebs nach Art. 39 Abs. 1 Bst. a-c KVG, nicht aber die spezifischen Anforderungen, die ein Spital erfüllen müsse, um einen Leistungsauftrag nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG auf der Spitalliste zu erhalten. Die Prüfung der Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 Bst. a-c KVG erfolgt in erster Linie im Rahmen des Betriebsbewilligungsverfahrens durch den Standortkanton. Die erteilte Betriebsbewilligung deckt nur die ersten drei Erfordernisse von Art. 39 Abs. 1 KVG ab, die erfüllt sein müssen, um über die obligatorische Krankenpflegeversicherung Behandlungen in Rechnung stellen zu dürfen.

Gemäss Art. 120 SpVG wird eine Betriebsbewilligung als Spital erteilt, wenn der Leistungserbringer unter anderem Gewähr für die fachgerechte medizinische Behandlung und Pflege der Patientinnen und Patienten bietet (Bst. a), über zweckentsprechende Räumlichkeiten und medizinische Einrichtungen (Bst. b) verfügt, eine zweckentsprechende pharmazeutische Versorgung gewährleistet (Bst. c) sowie über ein sachgerechtes Notfallkonzept (Bst. f) verfügt. Es ist davon auszugehen, dass ein Spital, welches eine Betriebsbewilligung im Sinne von Art. 120 SpVG hat, die Voraussetzungen gemäss Art. 39 Bst. a-c KVG erfüllt. Der Kanton Bern überprüft periodisch, ob die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, falls dies nicht der Fall ist, wird die Betriebsbewilligung entzogen (vgl. Art. 118 Abs. 2 SpVG i.V.m. Art. 123 Abs. 1 SpVG).

Die Beschwerdeführerin verfügt unbestrittenermassen über eine Betriebsbewilligung als Spital. Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise, dass die A.\_\_\_\_\_ AG mit den Standorten A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_spital den vom KVG aufgestellten Erfordernissen betreffend Dienstleistungen und Infrastrukturen im Verfügungszeitpunkt vom 26. Februar 2014 nicht entsprochen hätte, womit davon auszugehen ist, dass die

Beschwerdeführerin die Voraussetzungen gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. a-c KVG erfüllt.

**9.2** Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Vorinstanz bei Erlass des RRB Nr. 255/2014 vom 26. Februar 2014 betreffend die Spitalliste 2014 den genannten bundesrechtlichen Kriterien (vgl. E. 7.1, 7.2 hiervor) im erforderlichen Umfang Rechnung getragen hat.

**9.2.1** Die Vorinstanz brachte vor, die Wirtschaftlichkeit sei nicht alleiniges Beurteilungskriterium. Ein Spitalstandort könne nicht aufgrund einer wirtschaftlichen Leistungserbringung die Zuteilung eines Leistungsauftrages für eine bestimmte Leistungsgruppe verlangen, wenn er die medizinisch-fachlichen Anforderungen der Leistungsgruppensystematik für diese Leistungsgruppe nicht erfülle. Diese Anforderungen seien Ausfluss der in der Krankenversicherungsgesetzgebung geforderten Qualität der Leistungserbringung. Die Beschwerdeführerin erfülle diese Anforderungen nicht. Daher könne offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin bei diesen Leistungsaufträgen wirtschaftlich arbeiten würde (vgl. Vernehmlassung C-1841/2014 act. 6 S. 3).

**9.2.2** Wie die Vorinstanz selber vorbrachte, ist die Spitalplanung ein zweistufiger Prozess (Schlussbemerkungen C-2389/2012 act. 10 S. 2). Zuerst erfolgt die Planung und danach gestützt auf die Planung die Spitalliste. Beruht die Spitalliste auf einer nicht gesetzeskonformen Planung, ist sie ihrerseits nicht gesetzeskonform und damit für das Beschwerde führende Spital nicht anwendbar. Daher spielt es keine Rolle, ob eine Leistungserbringerin die Anforderungen der Leistungsgruppensystematik für eine bestimmte Leistungsgruppe der Spitalliste erfüllt oder nicht, wenn die Spitalliste auf einer nicht gesetzeskonformen Planung beruht.

**9.2.3** Die Spitalliste 2014 stützt sich auf die Versorgungsplanung 2011-2014. Wie weiter oben erörtert (vgl. E. 8 hiervor) ist die Versorgungsplanung 2011-2014 bundesrechtswidrig erfolgt, da die von der Vorinstanz vorgenommene Wirtschaftlichkeitsprüfung gestützt auf die durchschnittliche Aufenthaltsdauer den bundesrechtlichen Anforderungen nicht genügt.

Hinzukommt, dass Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG von den Kantonen eine bedarfsgerechte Versorgungsplanung verlangt. Wie das BAG daher zurecht festhält (vgl. Stellungnahme C-1841/2014 act. 8 S. 9), ist vor Erlass einer neuen Spitalliste der Sachverhalt mit Blick auf die Beurteilung der Versorgung nochmals abzuklären und die Planung zu überarbeiten. Wenn die

Spitalliste 2012 aufgrund einer gesetzeskonformen Planung erstellt worden wäre, was wie erörtert nicht der Fall ist (vgl. E. 8 hiavor), würde das in der Spitalliste 2012 festgesetzte Angebot demjenigen für die Gewährleistung der Versorgung gemäss den Planungskriterien des Bundesrates (Art. 58b Abs. 3 und 1 KVV) entsprechen. Eine Reduktion oder Erhöhung dieses Angebots würde daher zu einer Unter- oder Überversorgung in die betroffenen Leistungsgruppen führen. In diesem Sinn widerspricht der Regierungsrat seiner Planung, weil er bei der Überführung der Spitalliste 2012 in eine Spitalliste 2014 mittels Leistungsgruppensystematik das Angebot verändert, ohne entsprechend die Planung überarbeitet zu haben.

**9.2.4** Damit ist die Spitalliste 2014, mangels gesetzeskonformer Planung, rechtswidrig erfolgt, der angefochtene RRB Nr. 255/2014 vom 26. Februar 2014 betreffend die Beschwerdeführerin aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf die weiteren von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen hinsichtlich der Verfügung vom 26. Februar 2014 einzugehen und zu beurteilen, ob die Leistungsgruppensystematik dem Bundesrecht entspricht und die Beschwerdeführerin die Anforderungen an die Leistungsgruppen der Spitalliste 2014 erfüllen würde.

## **10.**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die angefochtenen Regierungsratsbeschlüsse RRB 519/2012 vom 4. April 2012 und RRB 252/2014 vom 26. Februar 2014 betreffend die Beschwerdeführerin aufzuheben sind und die Sache entsprechend dem Eventualbegehren der Beschwerdeführerin zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Im Rahmen der Neubeurteilung wird die Vorinstanz eine bundesrechtskonforme Planung und dabei insbesondere eine Wirtschaftlichkeitsprüfung anhand von Kostenvergleichen durchführen müssen. In diesem Sinne sind die Beschwerden vom 30. April 2012 und vom 7. April 2014 gutzuheissen, soweit darauf eingetreten wurde und sie nicht gegenstandslos geworden sind.

## **11.**

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteienschädigung.

**11.1** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Der

grossmehrheitlich unterliegenden Vorinstanz können allerdings keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Der grossmehrheitlich obsiegenden Beschwerdeführerin werden reduzierte Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- auferlegt. Diese werden den geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 4'000.- im Verfahren C-2389/2012 und C-1841/2014, das heisst insgesamt Fr. 8'000.- entnommen. Der Restbetrag von Fr. 7'000.- ist ihr zurückzuerstatten. Die Beschwerdeführerin ist aufzufordern, dem Bundesverwaltungsgericht eine Zahlstelle bekannt zu geben.

**11.2** Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen.

Der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin ist eine Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen. Mangels Kostennote ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwandes erscheint eine Entschädigung von Fr. 13'000.- (einschliesslich Auslagenersatz und Mehrwertsteuer) im Verfahren C-2389/2012 und Fr. 7'000.- (einschliesslich Auslagenersatz und Mehrwertsteuer) im Verfahren C-1841/2014 als angemessen. Diese wird im Rahmen des Obsiegens auf Fr. 12'000.- (einschliesslich Auslagenersatz und Mehrwertsteuer) im Verfahren C-2389/2012 und Fr. 6'500.- (einschliesslich Auslagenersatz und Mehrwertsteuer) im Verfahren C-1841/2014 festgelegt.

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

Es folgt das Urteilsdispositiv.

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Die Verfahren C-2389/2012 und C-1841/2014 werden vereinigt.

### **2.**

Die Beschwerden werden, soweit sie nicht gegenstandslos geworden sind und soweit darauf eingetreten wird, in dem Sinne gutgeheissen, als die angefochtenen Verfügungen vom 4. April 2012 (RRB 519/2012) und vom 26. Februar 2014 (RRB 255/2014) betreffend die Beschwerdeführerin aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

### **3.**

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- auferlegt. Diese werden dem geleisteten Kostenvorschuss von insgesamt Fr. 8'000.- entnommen. Der Restbetrag von Fr. 7'000.- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

### **4.**

Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz in der Höhe von Fr. 12'000.- im Verfahren C-2389/2012 und Fr. 6'500.- im Verfahren C-1841/2014 zugesprochen. In der Parteientschädigung sind der Auslagenersatz und der Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE mitenthalten.

### **5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahlstelle)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 0519, Spitalliste 2012; Ref-Nr. 0255/2014, Spitalliste 2014; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Gesundheit

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Stufetti

Karin Wagner

Versand: