



## Urteil vom 10. Mai 2017

---

Besetzung

Richterin Franziska Schneider (Vorsitz),  
Richterin Michela Bürki Moreni,  
Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz,  
Gerichtsschreiber Michael Rutz.

---

Parteien

**Stiftung Diaconis**,  
vertreten durch Romana Cancar, Rechtsanwältin, und  
Dr. Karl Ludwig Fahrländer, Fürsprecher,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Regierungsrat des Kantons Bern**,  
handelnd durch Gesundheits- und Fürsorgedirektion des  
Kantons Bern (GEF),  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Krankenversicherung, Spitalliste, Leistungsauftrag «Spezialisierte Palliative Care im Spital», Regierungsratsbeschlüsse vom 9. Dezember 2015.

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

Im Rahmen des Erlasses der Spitalliste 2014 erteilte der Regierungsrat des Kantons Bern (nachfolgend: Regierungsrat oder Vorinstanz) der Stiftung Diaconis mit Beschluss Nr. 250/2014 vom 26. Februar 2014 einen provisorischen, zeitlich unbefristeten Leistungsauftrag «Palliative Care Kompetenzzentrum» (Beilage zu BVGer-act. 6).

**B.**

Nachdem die Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern in einem Faktenblatt darüber informiert hatte, dass der bisherige Leistungsauftrag «Palliative Care Kompetenzzentrum» durch einen neuen Leistungsauftrag «Spezialisierte Palliative Care im Spital» ersetzt wird (Beilage 11 zu BVGer-act. 1), bewarb sich die Stiftung Diaconis am 25. März 2015 um einen solchen neuen Leistungsauftrag auf der Spitalliste 2014 für die beiden Stationen Oranienburg und Belvoir (Beilage 3 zu BVGer-act. 1). Mit Beschluss Nr. 1494/2015 vom 9. Dezember 2015 erteilte der Regierungsrat der Stiftung Diaconis für den Standort Oranienburg ab dem 15. Dezember 2015 bis am 31. Dezember 2016 einen Leistungsauftrag «Spezialisierte Palliative Care im Spital». Der bisherige Leistungsauftrag «Palliative Care Kompetenzzentrum» wurde auf den 15. Dezember 2015 aufgehoben. Mit gleichentags erlassenen Beschluss Nr. 1495/2015 wurde der Stiftung Diaconis für den Standort Belvoir der Leistungsauftrag «Spezialisierte Palliative Care im Spital» nicht erteilt (Beilagen 1 und 2 zu BVGer-act. 1).

**C.**

Gegen die Regierungsratsbeschlüsse Nr. 1494/2015 und Nr. 1495/2015 vom 9. Dezember 2015 erhob die Stiftung Diaconis (nachfolgend: Beschwerdeführerin) durch ihre Rechtsvertreterin mit Eingabe vom 22. Januar 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und stellte folgende Rechtsbegehren:

- 1.a Die Verfügungen der Vorinstanz (RRB Nr. 1494/2015 und RRB Nr. 1495/2015) vom 9. Dezember 2015 seien aufzuheben und der Beschwerdeführerin sei für die beantragte Leistungsgruppe «Spezialisierte Palliative Care im Spital» ein unbefristeter Leistungsauftrag zu erteilen.
- 1.b Eventualiter seien die Verfügungen der Vorinstanz (RRB Nr. 1494/2015 und RRB Nr. 1495/2015) vom 9. Dezember 2015 aufzuheben und der Beschwerdeführerin sei für die beantragte Leistungsgruppe «Spezialisierte

Palliative Care im Spital» je ein unbefristeter Leistungsauftrag für die Stationen Oranienburg und Belvoir zu erteilen.

- 1.c Subeventualiter seien die Verfügungen der Vorinstanz (RRB Nr. 1494/2015 und RRB Nr. 1495/2015) vom 9. Dezember 2015 aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
- 1.d Subsubeventualiter sei der Beschwerdeführerin eine Übergangsfrist von sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts bis zum Inkrafttreten der Verfügung der Vorinstanz betreffend die Station Belvoir (RRB Nr. 1494/2015) vom 9. Dezember 2015 einzuräumen.
2. Es sei festzustellen, dass der der Beschwerdeführerin provisorisch erteilte Leistungsauftrag «Palliative Care Kompetenzzentrum» bis zum Abschluss des Verfahrens vorläufig weitergilt.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Die Beschwerdeführerin machte zusammengefasst geltend, dass die Trennung des Verfahrens für die beiden Stationen Oranienburg und Belvoir unzulässig sei, weil sie bloss einen Standort führe. Weiter rügt sie eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, die Bundesrechtswidrigkeit der Versorgungsplanung sowie der Spitalliste und die unzulässige Nichtgewährung einer Übergangsfrist.

#### **D.**

Der mit Zwischenverfügung vom 28. Januar 2016 bei der Beschwerdeführerin eingeforderte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'000.– (BVGer-act. 2) wurde am 3. Februar 2016 geleistet (BVGer-act. 4).

#### **E.**

In ihrer Vernehmlassung vom 19. Februar 2016 zum Feststellungsantrag der Beschwerdeführerin (Rechtsbegehren Nr. 2) hielt die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin während der Hängigkeit des Beschwerdeverfahrens gemäss rechtskräftigem Regierungsratsbeschluss Nr. 250/2014 vom 26. Februar 2014 ihre Leistungen erbringen könne. Dieser Beschluss unterscheide nicht nach Standorten. Da der Beschwerde aufschiebende Wirkung zukomme, gelte dieser Beschluss auch während des Beschwerdeverfahrens. Eine vorsorgliche Massnahme erübrige sich daher. Weiter führte die Vorinstanz aus, dass sie bei Erlass der angefochtenen Verfügungen davon ausgegangen sei, dass die Beschwerdeführerin zwei Standorte

betreibe. Im Rahmen eines am 17. Februar 2016 durchgeführten Augenscheins habe sie jedoch festgestellt, dass tatsächlich nur ein Standort bestehe. Den beiden angefochtenen Verfügungen liege somit ein falscher Sachverhalt zugrunde, der sich auch in rechtlicher Hinsicht auswirke. Die angefochtenen Verfügungen seien daher in Wiedererwägung zu ziehen. Es stehe aber noch nicht fest, ob der beantragte Leistungsauftrag befristet oder unbefristet erteilt werde. Sobald die neue Verfügung vorliege, werde diese dem Bundesverwaltungsgericht zugestellt, mit dem Antrag das Beschwerdeverfahren fortzusetzen oder abzuschreiben. Diesbezüglich werde eine Frist bis Ende Mai 2016 beantragt (BVGer-act. 6).

#### **F.**

Mit Zwischenverfügung vom 24. Februar 2016 wurde auf das Rechtsbegehren Nr. 2 der Beschwerdeführerin nicht eingetreten, weil der provisorische, zeitlich unbefristete Leistungsauftrag «Palliative Care Kompetenzzentrum» gemäss Regierungsratsbeschluss Nr. 250/2014 vom 26. Februar 2014 aufgrund der aufschiebenden Wirkung weitergelte und deshalb kein schutzwürdiges Interesse an einer gerichtlichen Feststellung bestehe. Gleichzeitig wurde der Vorinstanz die beantragte Frist zur Wiedererwägung der angefochtenen Verfügungen bis 31. Mai 2016 gewährt (BVGer-act. 7).

#### **G.**

Nach entsprechender Aufforderung (Verfügung vom 9. Juni 2016; BVGer-act. 9) reichte die Vorinstanz mit Eingabe vom 17. Juni 2016 den Regierungsratsbeschluss Nr. 632/2016 vom 1. Juni 2016 ein, mit dem die Regierungsratsbeschlüsse Nr. 1494/2015 und Nr. 1495/2015 vom 9. Dezember 2015 aufgehoben wurden und der Beschwerdeführerin (Standorte Oranienburg und Belvoir) für die Zeit vom 1. Juli 2016 bis am 30. Juni 2017 der Leistungsauftrag «Spezialisierte Palliative Care im Spital» erteilt wurde. Der Regierungsratsbeschluss Nr. 250/2014 vom 26. Februar 2014 betreffend Leistungsauftrag «Palliative Care Kompetenzzentrum» wurde aufgehoben. In Bezug auf die Weiterführung des Beschwerdeverfahrens beantragte die Vorinstanz, dass der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen sei, ob sie an ihrem Antrag auf einen unbefristeten Leistungsauftrag festhalten wolle. Gegebenenfalls sei das Beschwerdeverfahren hinsichtlich der strittigen Befristung fortzusetzen. Diesfalls beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde (BVGer-act. 10).

#### **H.**

Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe vom 12. Juli 2016 Stellung und stellte folgende Rechtsbegehren:

Am Rechtsbegehren Nr. 1 gemäss Beschwerde vom 22. Januar 2016 wird festgehalten, sofern ihm durch die neue Verfügung der Vorinstanz vom 1. Juni 2016 (RRB Nr. 632/2016) nicht entsprochen wurde:

- a. Die neue Verfügung der Vorinstanz (RRB Nr. 632/2016) vom 1. Juni 2016 sei abzuändern und der Beschwerdeführerin sei für die beantragte Leistungsgruppe «Spezialisierte Palliative Care im Spital» ein unbefristeter Leistungsauftrag zu erteilen.
- b. Eventualiter sei die neue Verfügung der Vorinstanz (RRB Nr. 632/2016) vom 1. Juni 2016 aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Die Beschwerdeführerin hielt fest, dass das Rechtsbegehren, wonach ihr für beide Stationen ein gemeinsamer Leistungsauftrag zu erteilen sei, gegenstandslos geworden sei. Allerdings sei mit der neuen Verfügung bloss ein befristeter Leistungsauftrag erteilt worden. In diesem Punkt sei dem Rechtsbegehren nicht entsprochen worden, weshalb das Verfahren fortzusetzen sei (BVGer-act. 12).

#### **I.**

Mit Instruktionsverfügung vom 18. Juli 2016 wurde der Schriftenwechsel abgeschlossen (BVGer-act. 13).

#### **J.**

Mit unaufgefordert eingereicherter Eingabe vom 19. Januar 2017 beantragte die Beschwerdeführerin, dass ihr eventualiter ein befristeter Leistungsauftrag bis zur Verfügung der neuen Spitalliste zu erteilen sei, weil der Zeitpunkt der Verfügung der neuen Spitalliste nach wie vor ungewiss sei (BVGer-act. 14).

#### **K.**

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Stellungnahme vom 21. Februar 2017, dass die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin abzuweisen seien. Sofern für die Zeit ab dem 1. Juli 2017 weiterhin Bedarf nach den Leistungen der Beschwerdeführerin bestehe und somit eine unüberbrückbare Versorgungslücke bis zu den neu erteilten Leistungsaufträgen entstehe, werde der Leistungsauftrag der Beschwerdeführerin gegebenenfalls verlängert (BVGer-act. 17).

**L.**

Mit Instruktionsverfügung vom 27. Februar 2017 wurde der Schriftenwechsel erneut abgeschlossen (BVGer-act. 18).

**M.**

Die Beschwerdeführerin reichte mit Eingabe vom 28. April 2017 unaufgefordert weitere Unterlagen im Zusammenhang mit der neuen Spitalliste des Kantons Bern ein (BVGer-act. 19). Die Eingabe vom 28. April 2017 wurde der Vorinstanz inklusive Beilagen am 2. Mai 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt (BVGer-act. 20).

**N.**

Auf den weiteren Inhalt der Akten sowie der Rechtsschriften ist – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 VGG und Art. 53 Abs. 2 Satz 1 KVG (SR 832.10) grundsätzlich nach den Vorschriften des VwVG. Vorbehalten bleiben allfällige Abweichungen des VGG und die besonderen Bestimmungen des Art. 53 Abs. 2 KVG.

**2.**

**2.1** Nach Art. 53 Abs. 1 KVG kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Die angefochtenen Beschlüsse des Regierungsrats des Kantons Bern wurden gestützt auf Art. 39 KVG erlassen (vgl. zum Anfechtungsgegenstand bei Spitallistenbeschlüssen BVGE 2012/9 E. 3.2.6). Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 90a Abs. 2 KVG). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Adressatin durch die angefochtenen Regierungsratsbeschlüsse besonders berührt und hat insofern an deren Aufhebung beziehungsweise Abänderung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert. Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist, nachdem

auch der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet wurde, grundsätzlich einzutreten, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**2.2** Die beiden ursprünglich angefochtenen Beschlüsse Nr. 1494/2015 und Nr. 1495/2015 vom 9. Dezember 2015 wurden im Rahmen einer Wiedererwägung *lite pendente* mit Beschluss der Vorinstanz Nr. 632/2016 vom 1. Juni 2016 aufgehoben. Im neuen Beschluss wurde dem Antrag der Beschwerdeführerin, die beiden Stationen Oranienburg und Belvoir als einen Standort zu behandeln und vom Leistungsauftrag «Spezialisierte Palliative Care im Spital» zu erfassen, nachgekommen. Entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz diesen Leistungsauftrag jedoch nur befristet erteilt.

**2.3** Erlässt die Verwaltung *lite pendente* eine Wiedererwägungsverfügung im Sinne von Art. 58 Abs. 1 VwVG, so tritt diese an die Stelle der früheren Verfügung (ANDREA PFLEIDERER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2016, N 44 zu Art. 58). Sofern diese neue Verfügung wie hier die Begehren der beschwerdeführenden Person nur teilweise erfüllt, ist eine Abschreibung infolge Gegenstandslosigkeit unzulässig und die neue Verfügung gilt als mitangefochten im fortzusetzenden Verfahren (vgl. dazu AUGUST MÄCHLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, N 18 zu Art. 58; PFLEIDERER, a.a.O., N 52 zu Art. 58). Über die in der neuen Verfügung der Vorinstanz materiell ungelöst gebliebenen Streitfragen hat das Bundesverwaltungsgericht zu befinden, ohne dass die Beschwerdeführerin die zweite Verfügung anzufechten braucht (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 163 Rz. 3.46).

**2.4** Soweit die Vorinstanz im neuen Beschluss Nr. 632/2016 vom 1. Juni 2016 den Leistungsauftrag «Spezialisierte Palliative Care im Spital» erteilt und dabei die beiden Stationen, wie von der Beschwerdeführerin verlangt, als einen Standort behandelt hat, ist die Beschwerde gegenstandslos geworden. Auf die in diesem Zusammenhang in der Beschwerde gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs (vorgängige Anhörung und Begründungspflicht) muss daher nicht eingegangen werden. Ebenfalls hinfällig ist die Frage nach der Einräumung einer Übergangsfrist für die Station Belvoir, zumal sich eine solche erst bei einem Entzug bzw. bei einer verweigerten Wiedererteilung des Leistungsauftrags stellen würde. Die Befristung des

Leistungsauftrags ist jedoch nach wie vor umstritten, weshalb das Beschwerdeverfahren entsprechend dem ausdrücklichen Antrag der Beschwerdeführerin diesbezüglich fortzuführen ist.

### **3.**

**3.1** Mit Beschwerde gegen einen Spitallistenentscheid im Sinne von Art. 39 Abs. 1 KVG kann die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Nicht zulässig ist hingegen die Rüge der Unangemessenheit (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG i.V.m. Art. 49 VwVG). Bei der Spitalplanung und beim Erlass der Spitalliste verfügt der Kanton über einen erheblichen Ermessensspielraum (Urteil des BVGer C-401/2012 vom 28. Januar 2014 E. 3.2; C-6088/2011 vom 6. Mai 2014 E. 2.5.3.2; C-4302/2011 E. 4.1; vgl. auch BGE 132 V 6 E. 2.4.1 mit Hinweisen).

**3.2** 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. Aufl. 1983, S. 212; THOMAS HÄBERLI, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2016, N 48 zu Art. 62).

### **4.**

**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. a-c KVG regeln die Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen, welche in erster Linie durch die Behörden des Standort-

kantons zu prüfen sind. 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; C-401/2012 E. 6.1; Urteil BVGer C-6266/2013 vom 29. September 2015 E. 3.2, je m.w.H.).

**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>). Weiter hat der Bundesrat 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 (SR 832.102; in Kraft seit 1. Januar 2009) nachgekommen.

**4.3** Die Spitalplanung für eine bedarfsgerechte Versorgung im Sinne von Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG umfasst die Sicherstellung der stationären Behandlung im Spital für Einwohnerinnen und Einwohner der Kantone, die die Planung erstellen. Die Kantone haben ihre Planung periodisch zu überprüfen (Art. 58a KVV).

**4.4** Gemäss Art. 58b KVV ermitteln die Kantone den Bedarf in nachvollziehbaren Schritten. Sie stützen sich namentlich auf statistisch ausgewiesene Daten und Vergleiche (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 Auf- führung von inner- und ausserkantonalen Einrichtungen auf der Spital- liste 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 ermittelten 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 Wirtschaftlichkeit 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).

**4.5** Für die Versorgung der versicherten Personen in Spitälern zur Behandlung von akutsomatischen Krankheiten sowie in Geburtshäusern schreibt Art. 58c Bst. a KVV eine leistungsorientierte Planung vor.

**4.6** Art. 58e KVV sieht vor, dass die Kantone auf ihrer Liste nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG die inner- und ausserkantonalen Einrichtungen aufführen, die notwendig sind, um das nach Art. 58b Abs. 3 KVV bestimmte Angebot sicherzustellen (Abs. 1). Auf den Listen wird für jedes Spital das dem Leistungsauftrag entsprechende Leistungsspektrum aufgeführt (Abs. 2). Die Kantone erteilen jeder Einrichtung auf ihrer Liste einen Leistungsauftrag nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG. Dieser kann insbesondere die Pflicht zum Notfalldienst beinhalten (Abs. 3).

**4.7** Gemäss Abs. 3 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des KVG vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung [nachfolgend: UeB KVG]) müssen die kantonalen Spitalplanungen spätestens drei Jahre nach dem Einführungszeitpunkt der Regelungen gemäss Abs. 1 UeB KVG (d.h. spätestens auf den 1. Januar 2015) den Anforderungen von Art. 39 KVG entsprechen. Dabei müssen sie auf Betriebsvergleiche zu Qualität und Wirtschaftlichkeit abgestützt sein.

## **5.**

**5.1** Im Beschluss Nr. 632/2016 vom 1. Juni 2016 hat die Vorinstanz zunächst ihr Vorgehen bei der Versorgungsplanung und der Erteilung der Leistungsaufträge erläutert. Dabei hielt sie fest, dass sie sich bis zum Vorliegen der Folgeplanung noch auf die Versorgungsplanung 2011-2014 abstütze. Zudem habe sie der Spitalliste grundsätzlich die Struktur und Prozessqualitätskriterien der Zürcher Leistungsgruppensystematik zu Grunde gelegt. Im Fall des Leistungsauftrags «Spezialisierte Palliative Care in einem Spital» hat die Vorinstanz in Bezug auf die Definition und die Anforderungen jedoch eine Anpassung an die bernischen Verhältnisse als notwendig erachtet und zur Erarbeitung dieses Leistungsauftrags ein Gutachten bei der Hochschule Luzern eingeholt. Eine zentrale Anforderung für den Leistungsauftrag sei, dass die Notfallaufnahme von Palliativpatientinnen und Palliativpatienten rund um die Uhr gewährleistet sein müsse. Die Notfallaufnahme werde im Kanton Bern allein durch den Leistungsauftrag «Ba-

«Basispaket» geregelt. Aufgrund der gutachterlichen Empfehlungen sei festgelegt worden, dass Spitäler ohne den bernischen Leistungsauftrag «Basispaket» nur dann spezialisierte Palliative Care gemäss diesem Leistungsauftrag erbringen könnten, wenn sie an ein Akutspital mit dem Leistungsauftrag «Basispaket» organisatorisch oder durch eine rechtlich verbindliche Kooperation angebunden seien.

**5.2** Nicht umstritten sind die Feststellungen der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen nach Art. 58b Abs. 4 KVV sowie die leistungsgruppenspezifischen Voraussetzungen für die Erteilung des Leistungsauftrags «Spezialisierte Palliative Care im Spital» gemäss Faktenblatt (Beilage 11 zu BVGer-act. 11) in Bezug auf beide Stationen (Oranienburg und Belvoir) erfüllt. Die Beschwerdeführerin verfügt zwar über keinen eigenen Leistungsauftrag «Basispaket», hat aber mit einem Spital mit einem Leistungsauftrag «Basispaket» eine Leistungsvereinbarung über die Triage von Palliativpatientinnen und -patienten abgeschlossen. Ebenfalls nicht umstritten ist, dass ein grundsätzlicher Bedarf nach den Leistungen der Beschwerdeführerin im Bereich spezialisierte Palliative Care besteht. Insofern ist davon auszugehen, dass die der Spitalliste zugrundeliegende Versorgungsplanung trotz gerügter Bundesrechtswidrigkeit nicht umstritten ist. Gemäss übereinstimmendem Standpunkt der Parteien ist daher davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin die Anforderungen für die Erteilung des Leistungsauftrags «Spezialisierte Palliative Care im Spital» erfüllt. Umstritten ist einzig die Befristung dieses Leistungsauftrags.

## **6.**

Im Rahmen der eingeschränkten Kognition des Bundesverwaltungsgerichts ist zu prüfen, ob die Befristung des Leistungsauftrags «Spezialisierte Palliative Care im Spital» gegen Bundesrecht verstösst.

**6.1** Im Beschluss vom 1. Juni 2016 hält die Vorinstanz fest, dass sie den Leistungsauftrag «Spezialisierte Palliative Care im Spital» an Spitäler, welche nicht über den Leistungsauftrag «Basispaket» verfügten, nur befristet bis zum 30. Juni 2017 erteilt habe. Als Grund dafür gab sie an, dass geplant sei, gestützt auf die neue Versorgungsplanung auf Mitte des Jahres 2017 neue Spitallisten zu verfügen. Im Zuge der Versorgungsplanung 2016 werde dann geprüft, ob noch ein Bedarf bestehe, Leistungserbringern einen Leistungsauftrag «Spezialisierte Palliative Care in einem Spital» zu erteilen, die selber über keinen Leistungsauftrag «Basispaket» verfügten. Die Beschwerdeführerin verfüge über keinen eigenen Leistungsauftrag «Basispaket», weshalb ihr der Leistungsauftrag «Spezialisierte Palliative Care in

einem Spital» nur befristet bis am 30. Juni 2017 erteilt werden könne. In ihren Stellungnahmen vom 17. Juni 2016 und vom 21. Februar 2017 hält die Vorinstanz ergänzend fest, dass kein bundesrechtlicher Anspruch der Leistungserbringer auf unbefristete Leistungsaufträge bestehe.

**6.2** Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass eine Befristung des Leistungsauftrags aus dem Grund, dass ein Leistungsauftrag «Basispaket» fehle, rechtswidrig sei. Sie macht geltend, dass nicht ersichtlich sei, weshalb die bernischen Verhältnisse von den Leistungserbringern das Basispaket bzw. die Anbindung an ein Akutspital erforderten. Die Zürcher Leistungsgruppensystematik sehe dies nicht vor. Das Erfordernis des Basispakets diene nicht der Leistungsqualität, sondern der Kapazitätsbeschränkung. Es bestünden keine sachlichen Gründe für die Befristung, weil die Qualität der Leistungserbringung nicht davon abhängen würde, ob das «Basispaket» von der Leistungserbringerin selbst oder von einem anderen Spital, mit dem die Leistungserbringerin einen Kooperationsvertrag habe, erbracht werde. Im Gutachten, auf das die Vorinstanz abgestellt habe, werde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Notfallaufnahme auch mittels Kooperation sichergestellt werden könne. Des Weiteren liege eine rechtsungleiche Behandlung von Leistungserbringern mit eigenem «Basispaket» und solchen, die das «Basispaket» in Kooperation mit einem anderen Spital erbringen, vor. Es entstehe der Eindruck, dass die Vorinstanz künftig die stationäre spezialisierte Palliative Care nur noch in Akutspitalern anbieten wolle. Die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass sie von allen Bewerbern über die längste Erfahrung im Bereich der stationären spezialisierten Palliative Care verfüge und mit Ausnahme des Inselspitals alle anderen Bewerber keine Spezialkenntnisse in diesem Bereich hätten. Die Befristung des Leistungsauftrags erscheine geradezu willkürlich und stelle daher eine Rechtsverletzung dar. Auch sei der Bedarf an ergänzenden Leistungserbringern ohne Leistungsauftrag Basispaket nicht geprüft worden. Im Kanton Bern bestehe kein Überangebot im Bereich der akuten spezialisierten Palliativversorgung, weshalb allein deshalb schon ein unbefristeter Leistungsauftrag erteilt werden müsste. Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, dass zu befürchten sei, dass die neue Spitalliste in Bezug auf den Leistungsauftrag «Spezialisierte Palliative Care im Spital» nicht auf Mitte des Jahres 2017 verfügt werde und die Leistungserbringung zulasten der OKP für die Beschwerdeführerin nur noch bis Ende Juni 2017 möglich sei. Für die Leistungserbringer mit einem unbefristeten Leistungsauftrag wäre die Leistungserbringung auch nach Ende Juni 2017 möglich. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Begründungspflicht in Bezug auf die angeordnete Befristung.

## 7.

**7.1** Im Verwaltungsrecht gehört die Befristung – wie die Auflagen und Bedingungen – zu den sogenannten Nebenbestimmungen von Verfügungen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 906 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 28 Rz. 90 ff.). Die Befristung begrenzt die zeitliche Rechtswirksamkeit einer Verfügung (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., Rz. 91). Nach Ablauf der Frist fallen die behördlichen Anordnungen (bzw. die eingeräumten Rechte oder auferlegten Pflichten, vgl. Art. 5 VwVG) dahin, ohne dass es einer neuen (aufhebenden) Verfügung bedarf (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 31 Rz. 22). Das KVG und die KVV sehen die Möglichkeit der Befristung eines Leistungsauftrags nicht ausdrücklich vor. Das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt zwar auch für die Befristung. Diese braucht jedoch nicht ausdrücklich in einem Rechtssatz vorgesehen zu sein; wo eine solche ausdrückliche Grundlage fehlt, kann die Zulässigkeit der Befristung aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck, aus einem mit der Hauptanordnung zusammenhängenden öffentlichen Interesse hervorgehen. Unzulässig ist eine Befristung hingegen dann, wenn sie sachfremd ist (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., S. 205 Rz. 918; FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, 1986, S. 292 f.; vgl. auch Urteil des BVGer C-5818/2012 vom 1. September 2015 E. 7.4).

**7.2** Dem Kanton kommt hinsichtlich seiner Spitalplanung grosses Ermessen zu und er ist verpflichtet, seine Planung periodisch zu überprüfen und anzupassen (vgl. Art. 58a Abs. 1 KVV; Urteil des BVGer C-2386/2012, C-1874/2014 vom 21. August 2015 E. 4.2). Die Zulassung als Spital steht damit unter dem Vorbehalt der laufenden Überprüfung und Anpassung der Spitalplanung und der Spitalliste (vgl. GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 665 R. 838 mit Hinweisen). Leistungsaufträge können langfristig oder auch nur kurz- bis mittelfristig erteilt werden (EUGSTER, a.a.O., S. 664 Rz. 834). Wenn die Vorinstanz den Leistungsauftrag an die Beschwerdeführerin zwecks Sicherstellung einer späteren Überprüfung des Bedarfs nach ihrem Angebot nur befristet erteilt hat, kann unter diesen Umständen nicht gesagt werden, dass dies gegen Bundesrecht verstösst und unhaltbar wäre. Zudem ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht, dass die Befristung des Leistungsauftrags dem Zweck der Spitalplanung, der Sicherstellung einer bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung sowie der Eindämmung der Kosten bzw. der

Vermeidung von Überkapazitäten (Urteil des BVGer C-6266/2013 vom 29. September 2015 E. 4.5) widerspricht.

**7.3** Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, dass die Befristung des Leistungsauftrags gegen die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot verstosse, weil das Fehlen des Leistungsauftrags «Basispaket» kein sachliches Kriterium für eine Befristung sei, ist festzuhalten, dass der Rechtsgleichheit im Zusammenhang mit der Spitalplanung nur eine eingeschränkte Bedeutung zukommt. Es liegt in der Natur einer Planung, dass potentielle Leistungserbringer, die sich unter Umständen in der gleichen Lage befinden, verschieden behandelt werden können. Es genügt daher, dass eine Planung objektiv vertretbar, das heisst nicht willkürlich ist. Mit anderen Worten fällt hier der Grundsatz der Rechtsgleichheit mit dem Willkürverbot zusammen (BGE 138 II 398 E. 3.6; EUGSTER, a.a.O., S. 656 Rz. 804). Zu beachten ist auch, dass es sich beim Entscheid, ob ein Spital in die Spitalliste aufzunehmen sei, um einen politischen Entscheid handelt und dementsprechend kein gesetzlicher Anspruch eines einzelnen Spitals auf Aufnahme in die Spitalliste besteht (vgl. BGE 133 V 123 E. 33; BVGE 2013/46 E. 6.3.3). Dies muss umso mehr für die Frage der Befristung eines erteilten Leistungsauftrags gelten.

**7.4** Willkürlich ist ein Entscheid rechtsprechungsgemäss nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst dann, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Willkür liegt nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheides, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist (vgl. BGE 142 V 513 E. 4.2 m.H.). Vorliegend kann es nicht als unhaltbar bezeichnet werden, wenn die Vorinstanz bezüglich der Befristung des Leistungsauftrags in Ausübung ihres weiten Ermessens zwischen Spitälern mit eigenem Leistungsauftrag «Basispaket» und Spitälern, die eine Notfallaufnahme über ein Partnerspital sicherstellen, unterscheidet. Die Vorinstanz hat ein sachliches Kriterium herangezogen und dieses auf alle Leistungserbringer, die um einen Leistungsauftrag «Spezialisierten Palliative Care im Spital» ersucht haben, angewendet. Sie hat zudem bereits im Faktenblatt «Leistungsauftrag für spezialisierte Palliative Care in einem Spital» transparent gemacht, dass die Leistungsaufträge «Spezialisierte Palliative Care im Spital» für Spitälern ohne Leistungsauftrag «Basispaket» befristet erteilt werden und der Bedarf im Zug der Versorgungsplanung 2016 geprüft werden. Angesichts des weiten Gestaltungsspielraums

der Vorinstanz im Rahmen der Spitalplanung ist es nicht Sache des Gerichts zu entscheiden, ob die Anwendung dieses Kriteriums angemessen ist oder ob es zweckmässiger wäre, beide Gruppen gleich zu behandeln. Ob es zulässig ist, den Leistungsauftrag «Spezialisierte Palliative Care im Spital» künftig nur noch an Spitäler zu vergeben, die eine Notfallaufnahme mit einem eigenen Leistungsauftrag «Basispaket» sicherstellen können, ist hier nicht zu entscheiden. Auch auf die abweichenden Anforderung in Bezug auf die Sicherstellung einer Notfallaufnahme für Palliativpatientinnen und Palliativpatienten beim Leistungsauftrag «Palliative Care Kompetenzzentrum» gemäss der Zürcher Leistungsgruppensystematik ist nicht einzugehen. Die Nichterteilung des Leistungsauftrags ist hier nicht Prozess-thema. Zudem ist auch keine Verletzung der Begründungspflicht ersichtlich, hat doch die Vorinstanz die Gründe für die Befristung genannt und die sachgerechte Anfechtung der Regierungsratsbeschlüsse war ohne Weiteres möglich.

**7.5** Nicht ersichtlich ist weiter, inwiefern die Beschwerdeführerin mit dem Argument, es bestehe im Bereich der stationären spezialisierten Palliative Care im Kanton Bern kein Überangebot bzw. der Bedarf nach Leistungserbringern ohne den Leistungsauftrag «Basispaket» sei nicht abgeklärt, eine Bundesrechtswidrigkeit der Befristung des Leistungsauftrags ableiten will, zumal ihr der Leistungsauftrag erteilt wurde und der Entscheid, ob auch künftig noch Bedarf an ihrem Angebot im Bereich spezialisierte Palliative Care besteht, noch nicht getroffen wurde. Der Beschwerdeführerin steht es offen, rechtzeitig um eine weitere Erteilung des Leistungsauftrags «Spezialisierte Palliative Care im Spital» zu ersuchen. Auch unter dem Aspekt des Bedarfs kann somit die Befristung des Leistungsauftrags durch die Vorinstanz nicht als rechtsfehlerhaft qualifiziert werden. Nicht zu äussern hat sich hingegen das Gericht zur Frage der Angemessenheit einer Befristung (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG).

**7.6** Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist, als unbegründet und ist daher abzuweisen.

## 8.

**8.1** Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Wird ein Verfahren gegenstandslos, so werden die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**8.2** Die Vorinstanz hat ihre angefochtenen Verfügungen nach ergänzender Sachverhaltsabklärung aufgrund eines nach Erhebung der Beschwerde durchgeführten Augenscheins in Wiedererwägung gezogen, weshalb sie die teilweise Gegenstandslosigkeit des Verfahrens zu vertreten hat. Soweit der Leistungsauftrag «Spezialisierte Palliative Care im Spital» auch auf die Station Belvoir ausgeweitet wurde, ist die Beschwerdeführerin als obsiegend zu betrachten (vgl. Art. 5 VGKE). Im Übrigen gilt sie als unterliegend, nachdem die Beschwerde – soweit sie noch hinsichtlich der Frage der Befristung materiell zu beurteilen war – abzuweisen ist und auf das Feststellungsbegehren nicht eingetreten wurde. Unter diesen Umständen sind die Verfahrenskosten, die unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (vgl. Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG) auf Fr. 4'000.– festzusetzen sind, im Umfang von Fr. 1'333.– der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Dieser Betrag ist dem geleisteten Kostenvorschuss zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 2'667.– ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstaten. Der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

**8.3** Die Beschwerdeführerin hat bei diesem Verfahrensausgang Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 15 VGKE). Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin hat in der Kostennote vom 19. Januar 2017 für das gesamte Beschwerdeverfahren eine Entschädigung von Fr. 16'632.– (55 Arbeitsstunden à Fr. 280.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) geltend gemacht (BVGeract. 5), was nicht unangemessen erscheint. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerin mit einer um einen Drittel reduzierten Parteientschädigung von Fr. 11'088.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

**9.**

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 (vgl. auch BGE 141 V 361).

(Urteilsdispositiv auf der nächsten Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird und soweit sie nicht infolge Wiedererwägung gegenstandslos geworden ist.

**2.**

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 1'333.– auferlegt. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 2'667.– wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

**3.**

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 11'088.– zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahladresse)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. RRB 1494/2015; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Gesundheit (Einschreiben)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Franziska Schneider

Michael Rutz

Versand: