



## Urteil vom 21. August 2015

---

Besetzung

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

---

Parteien

**Klinik A.\_\_\_\_\_ GmbH**  
(vormals Privatklinik A.\_\_\_\_\_, Dr. B.\_\_\_\_\_),  
vertreten durch Dr. Andreas Jost, Fürsprecher, und Sirkka  
Messerli, Rechtsanwältin, Gesellschaftsstrasse 27, Postfach  
6858, 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 und 2014;  
RRB Nr. 519 vom 4. April 2012 und RRB Nr. 258/2014 vom  
26. Februar 2014 des Regierungsrates des Kantons Bern.

**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 die Privatklinik A.\_\_\_\_\_, Dr. B.\_\_\_\_\_, (heute Klinik A.\_\_\_\_\_ GmbH; *im Folgenden*: Klinik A.\_\_\_\_\_ oder Beschwerdeführerin) und weitere 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\\_versorgungplanung2011-2014.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_versorgungplanung2011-2014.assetref/dam/documents/GEF/SPA/de/Versorgungsplanung/20112014/VP11_14_Korrekturversion2013_d_20130612.pdf)> zuletzt besucht am 14. Juli 2015). Der Regierungsrat hat gestützt darauf mit Beschluss Nr. 519 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 (RRB Nr. 519/2012,

C-2386/2012 act. 5 Beilage 1). Den einzelnen Leistungserbringern werden gemäss Anhang Leistungsaufträge erteilt. Die Leistungsaufträge sind – ausser derjenige an die Klinik A. \_\_\_\_\_ – nicht befristet. Die Begründung für die Nichterteilung von beantragten Leistungsaufträgen ergibt sich im Einzelnen je Spital aus den Erwägungen zu diesem als Verfügung bezeichneten RRB Nr. 519/2012.

In ihren Erläuterungen zur Spitalliste 2012 (C-2386/2012 act. 1 Beilage 2/3; *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 als Datengrundlage gedient. Bei der Evaluation bezüglich der Qualität seien in erster Linie Struktur- und Prozessqualitätskriterien überprüft worden (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 (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 angewendet, 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 zur Anwendung, welche die bei der Anhörung verwendete Version 1.1 ersetze (vgl. RRB 519/2012 E. 3.4).

Die Vorinstanz hat die von der Klinik A.\_\_\_\_\_ beantragten Leistungsaufträge in den Leistungsbereichen Dermatologie, Herz- und Gefässchirurgie, Orthopädie sowie Unfallchirurgie abgewiesen mit der Begründung, dass die Klinik A.\_\_\_\_\_ nicht versorgungsnotwendig sei oder die Anforderungen nicht ausreichend erfülle. Es wurde ihr eine Übergangsfrist von 12 Monaten ab Beschluss gewährt (vgl. RRB 519/2012 S. 36).

### C.

Gegen den RRB Nr. 519/2012 erhob die Klinik A.\_\_\_\_\_ am 30. April 2012 Beschwerde (C-2386/2012 act. 1), mit Beschwerdeergänzung vom 21. Mai 2012 (C-2386/2012 act. 5), beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte, der Beschluss des Regierungsrates des Kantons Bern vom 4. April 2012 sei aufzuheben, eventualiter sei sie wie auf der seit 1. Januar 2005 geltenden Spitalliste auch auf der neuen Liste aufzunehmen, das heisse ohne sachliche und zeitliche Einschränkung der Leistungsaufträge (vgl. C-2386/2012 act. 1 S. 2).

Zusammenfassend wurde in formeller Hinsicht vorgebracht, der angefochtene Beschluss sei unter Verfahrensfehlern, wie der Verletzung des rechtlichen Gehörs (indem die Vorinstanz die Beschwerdeführerin bei der Erarbeitung des Konzepts Versorgungsplanung 2011-2014 nicht begrüsst und den für die Sachverhaltsermittlung dienende Fragebogen der Beschwerdeführerin erst nach der Durchführung des Konsultationsverfahrens zugestellt habe), sowie gestützt auf unrichtige und unvollständige Sachverhaltsfeststellungen (wie mangels ausreichender Daten, fehlende Erhebung von Effizienz- und Kostenvergleiche) und in falscher Rechtsanwendung zustande gekommen (vgl. Beschwerde S. 4ff.). Die Beschwerdeführerin habe bereits die Spitalliste 2010 angefochten. Das Verfahren sei bei Erlass der Spitalliste 2012 hängig gewesen, womit die Vorinstanz aufgrund des Devolutiveffekts bezüglich derjenigen Spitäler, welche die Spitalliste 2010 angefochten hätten, nicht zuständig gewesen sei, eine ab 1. Mai 2012 geltende Spitalliste zu beschliessen (Beschwerde S. 37).

In materieller Hinsicht machte die Beschwerdeführerin unter anderem geltend (Beschwerde S. 8ff.), sie verfüge im Bereich Krampfaderoperation über sehr hohe Fachkompetenz und Erfahrung, was in Fachkreisen anerkannt sei. Zudem würden seit mehreren Jahren auch Leistungen im Bereich orthopädische Chirurgie angeboten. Indem die Vorinstanz die Klinik A.\_\_\_\_\_ ab 2013 von der Spitalliste streiche, mit der Begründung, sie sei aufgrund der Fallzahlen nicht bedarfsnotwendig, ohne jedoch die

Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungen dieser Klinik mit denjenigen anderer Spitäler verglichen zu haben, verletze sie die einschlägigen bundesrechtlichen Vorgaben des KVG (Beschwerde S. 27).

Die Vorinstanz habe die Mehrheit der in der Klinik A.\_\_\_\_\_ durchgeführten Eingriffe in der Leistungsgruppe "Allgemeine Herz & Gefässchirurgie" und nicht in der Leistungsgruppe der peripheren arteriellen und venösen Chirurgie erfasst. Hinzukomme, dass auch die unter "Dermatologie" aufgeführten Fälle richtigerweise zur Venenchirurgie zu zählen seien, woraus eine höhere Fallzahl resultiere (Beschwerde S. 27). Die Klinik A.\_\_\_\_\_ sei hinsichtlich Qualität und Wirtschaftlichkeit führend, was dem neuen Tarifvertrag ab 1. Januar 2012 entnommen werden könne (Beschwerdeergänzung S. 2). Die Befristung der Leistungsaufträge und der Entzug des Leistungsauftrages im Bereich orthopädische Chirurgie seien unverhältnismässig und verletzen mehrere Grundrechte, namentlich die Wirtschaftsfreiheit, die Eigentumsgarantie und die Rechtsgleichheit (Beschwerde S. 34ff.).

#### **D.**

Mit Zwischenverfügung vom 8. Mai 2012 (C-2386/2012 act. 2) wurde die Beschwerdeführerin zur Bezahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 4'000.- aufgefordert, welcher am 14. Mai 2012 bei der Gerichtskasse einging (C-2386/2012 act. 3).

#### **E.**

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 20. Juli 2012 (C-2386/2012 act. 8), die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Vorab wies sie daraufhin, dass sie die Kriterien für die Planung selber bestimmen müssen, da die Planungskriterien durch den Bundesrat nicht konkretisiert worden seien. Art. 58b KVV (SR 832.102) schreibe den Kantonen nicht vor, nach welchen Kriterien die Qualität der Leistungsbereiche zu beurteilen sei. Das Bundesverwaltungsgericht habe in seiner Entscheid 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. Die Kantone hätten folglich die Prüfung dieser Kriterien selbst konzipieren müssen (vgl. Vernehmlassung S. 3 und 4).

Hinsichtlich der Wirtschaftlichkeitsprüfung wies die Vorinstanz darauf hin, dass der von der Beschwerdeführerin geforderte Kostenvergleich als Kriterium zum Vergleich der Wirtschaftlichkeit mangels genügender Datengrundlagen nicht habe angestellt werden können. Der Vergleich der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung zwischen den evaluierten Spitälern in der Akutsomatik sei deshalb anhand der durchschnittlichen Aufenthaltsdauer vorgenommen worden (vgl. Vernehmlassung S. 4 und 5).

Die Vorinstanz hielt fest, dass sie kein Bundesrecht verletzt habe (vgl. Vernehmlassung S. 12). Sie habe sich weder treuwidrig und widersprüchlich verhalten, noch das Grundrecht der Eigentumsgarantie der Beschwerdeführerin verletzt (vgl. Vernehmlassung S. 13 und 14).

#### **F.**

Das als Fachbehörde zur Stellungnahme eingeladene Bundesamt für Gesundheit (*im Folgenden*: BAG) reichte am 1. Oktober 2012 seine Bemerkungen ein (C-2386/2012 act. 11). Zunächst legte es den Sachverhalt dar 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 KVV 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 und 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. 7).

Aus diesen Erwägungen zog das BAG den Schluss, die angefochtene Verfügung des Regierungsrates des Kantons Bern vom 4. April 2012 sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an den Regierungsrat zurückzuweisen (Stellungnahme S. 8).

**G.**

Die Beschwerdeführerin hielt in ihrer Schlussbemerkung vom 24. Januar 2012 (recte 24. Januar 2013) an ihren Rechtsbegehren fest und betonte, die Vorinstanz habe versäumt, ausreichend Daten zu erheben (C-2386/2012 act. 15 S. 3). Die Klinik A. \_\_\_\_\_ arbeite medizinisch optimal und wirtschaftlich günstig. Entgegen der Behauptung der Vorinstanz bilde sie seit Jahren Assistenzärzte aus. Zudem sei sie von der Laserkommission FMCH anerkannt als Weiterbildungsstätte für Laserbehandlungen der Haut und der hautnahen Schleimhäute und bilde seit Jahren auch paramedizinisches Personal aus. Sie sei durchaus in der Lage, in ihrem Leistungsbereich Notfälle aufzunehmen und zu behandeln. Demnächst würden ein Internist (ab 1. Februar 2013) sowie ein Anästhesist (ab 1. April 2013) je ihre Praxis im Hause betreiben (Schlussbemerkungen S. 4ff.).

**H.**

In ihren Schlussbemerkungen vom 28. Januar 2013 (C-2386/2012 act. 16) nahm die Vorinstanz zum Bericht des BAG Stellung. Die angefochtene Spitalliste stütze sich auf die geltenden gesetzlichen Bestimmungen. Dabei sei die Versorgungsplanung von der Spitalliste zu unterscheiden. Grundlage der angefochtenen Verfügung bilde die Versorgungsplanung 2011-2014 gemäss Spitalversorgungsgesetz vom 24. August 2011. Die Versorgungsplanung sei Gegenstand einer öffentlichen Konsultation gewesen. Sie fusse auf Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG (SR 832.10). Demgegenüber basiere die Spitalliste auf Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG. Die Vorinstanz legte dar, weshalb sie der Ansicht ist, dass der Kanton Bern alle Pflichten, die Art. 39 KVG den Kantonen übertrage, erfülle (Schlussbemerkungen S. 3 und 4).

Hinsichtlich des rechtlichen Gehörs brachte die Vorinstanz vor, die Anhörung zur Spitalliste im Herbst 2011 sei korrekterweise nach erfolgter Genehmigung der Versorgungsplanung 2011-2014 erfolgt. Das kantonale Verfahren schreibe eine Anhörung vor. Erst danach könne die Spitalliste unter Berücksichtigung der Anträge und Bemerkungen der angehörten Leistungserbringer verfügt werden (Schlussbemerkungen S. 9). Die Kritik des BAG, es fehle ein umfassendes und erläuterndes Planungsdokument sei nicht nachvollziehbar. Mit der Versorgungsplanung 2011-2014 habe der Kanton Bern ein umfassendes Dokument vorgelegt. Der Kanton Bern habe Änderungen zwischen der Planung und der angefochtenen Verfügung transparent gemacht (Schlussbemerkungen S. 9).

Hinsichtlich dem Vorbringen des BAG wonach, die Prüfung der Aufenthaltsdauer für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung nicht ausreichend, sondern Fallkosten unter Berücksichtigung des Patientenmixes erforderlich sei, brachte die Vorinstanz vor, 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. 15).

**I.**

Am 13. März 2013 wurde der Schriftenwechsel geschlossen (C-2386/2012 act. 18). Eine von der Vorinstanz am 19. Juni 2013 beantragte Verfahrenssistierung (C-2386/2012 act. 19) wurde mit Zwischenverfügung vom 17. September 2013 (C-2386/2012 act. 24) abgewiesen.

**J.**

Die Vorinstanz ist mit Beschluss Nr. 258/2014 vom 26. Februar 2014 auf ihren Entscheid vom 4. April 2012 zurückgekommen (C-1874/2014 act. 1 Beilage 2) und hat der Beschwerdeführerin per 1. Mai 2014 Leistungsaufträge im Bereich Basispaket für elektive Leistungserbringer (BPE), limitiert auf Venenchirurgie und Wundpatienten (DER2), erteilt.

**K.**

Gegen den Beschluss Nr. 258/2014 vom 26. Februar 2014 erhob die Klinik A.\_\_\_\_\_ am 7. April 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (C-1874/2014 act. 1) und beantragte, der Beschluss des Regierungsrates des Kantons Bern vom 26. Februar 2014 sei aufzuheben, eventuell sei der Beschluss des Regierungsrates des Kantons Bern vom 26. Februar 2014 so zu ändern, dass der Klinik A.\_\_\_\_\_, in Ergänzung der ihr erteilten Leistungsaufträge für ein elektives Basispaket (BPE), limitiert auf Venenchirurgie, und für die Leistungsgruppe Wundpatienten (DER2), ein Leistungsauftrag für die Behandlung aller Erkrankungen im Bereich der peripheren Venen und damit zusammenhängender Erkrankungen sowie ein auf fünf Jahre befristeter Leistungsauftrag für orthopä-

dische sowie hand- und allgemeinchirurgische Eingriffe erteilt werde, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (Beschwerde S. 2).

In formeller Hinsicht brachte die Beschwerdeführerin vor, wegen des Devolutiveffekts ihrer Beschwerde vom 30. April 2012 gegen den RRB Nr. 519/2012 betreffend die Spitalliste 2012 sei der Regierungsrat nicht zuständig gewesen, bezüglich derjenigen Spitäler, welche die Spitalliste 2012 angefochten hätten, eine ab 1. Mai 2014 geltende Spitalliste zu beschliessen (Beschwerde S. 4). Sie rügte weiter eine Verletzung des rechtlichen Gehörs indem sich die Vorinstanz nicht mit ihren Anliegen auseinandergesetzt und ihre Verfügung nicht hinreichend begründet habe sowie der Beschwerdeführerin erst zu einem Zeitpunkt, als die Versorgungsplanung bereits praktisch abgeschlossen gewesen sei, Gelegenheit gegeben habe, sich zu äussern (Beschwerde S. 21).

In materieller Hinsicht rügte die Beschwerdeführerin eine unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, da die Vorinstanz keine Wirtschaftlichkeitsprüfung und keine Betriebsvergleiche zu Qualität und Wirtschaftlichkeit vorgenommen habe. Ausserdem seien die Grundrechte Wirtschaftsfreiheit, Eigentumsgarantie und Rechtsgleichheit verletzt (Beschwerde S. 22, 24, 25, 27ff.).

Im Weiteren brachte die Beschwerdeführerin vor, sie gewährleiste durch sehr qualifiziertes Fachpersonal eine ärztliche Betreuung von höchster Qualität. Sie verfüge über zweckentsprechende medizinische Einrichtungen und gewährleiste eine einwandfreie pharmazeutische Versorgung. Die Leistungen seien wirtschaftlich und kostengünstig (Beschwerde S. 14, 15).

#### **L.**

Mit Zwischenverfügung vom 16. April 2014 (C-1874/2014 act. 2) wurde die Beschwerdeführerin zur Bezahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 4'000.- aufgefordert, welcher am 24. April 2014 bei der Gerichtskasse einging (C-1874/2014 act. 4).

#### **M.**

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 30. Juni 2014 (C-1874/2014 act. 6) die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolgen.

Zur Begründung verwies sie auf die angefochtene Verfügung vom 26. Februar 2014. Sie räumte ein, das Erfordernis der Wirtschaftlichkeit nicht in der Leistungsgruppensystematik aufgenommen zu haben. Die

Wirtschaftlichkeit sei nicht alleiniges Beurteilungskriterium. Da die Beschwerdeführerin die medizinisch-fachlichen Anforderungen der Leistungsgruppensystematik nicht erfülle, könne offenbleiben, ob die Beschwerdeführerin wirtschaftlich arbeiten würde. 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 (Vernehmlassung S. 3, 6, 7).

Die Umsetzung der Planungskriterien der Wirtschaftlichkeit sei gemäss der Versorgungsplanung 2011-2014 bisher durch die Beurteilung des Anteils der teilstationären Fälle (Verlagerungspotential) sowie durch den Vergleich der Aufenthaltsdauer der stationären Fälle erfolgt, dies aufgrund der noch nicht ausreichenden Datenbasis nach unmittelbarer Einführung der neuen Spitalfinanzierung am 1. Januar 2012. 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. 7).

Im Weiteren brachte die Vorinstanz vor, das rechtliche Gehör sei Bestandteil des Verwaltungsverfahrens. Die Versorgungsplanung sei hingegen nicht in einem Verwaltungsverfahren entstanden; sie sei keine individuell-konkrete Anordnung einer Behörde und somit keine Verfügung. Daher bestehe kein Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs im Rahmen der Versorgungsplanung (Vernehmlassung S. 8).

Hinsichtlich der Rüge der Beschwerdeführerin, die Begründung für die Ablehnung der beantragten Leistungsaufträge sei ungenügend, brachte die Vorinstanz vor, die Beschwerdeführerin erfülle die medizinisch-fachlichen Anforderungen der Leistungsgruppensystematik insoweit, dass eine Zuteilung des Basispakets elektiv mit Einschränkungen zulässig sei. Dieses Basispaket sei der Beschwerdeführerin zugeteilt worden. Den von der Beschwerdeführerin beantragten Leistungsauftrag "Chirurgie" gäbe es als solchen in der Leistungsgruppensystematik nicht. Die Vorinstanz habe deshalb den Antrag aufgeschlüsselt und festgestellt, dass darin die folgenden Leistungsgruppen enthalten seien: Viszeralchirurgie also die Leistungsgruppe VIS1 und Chirurgie des Bewegungsapparats inklusive orthopädische Chirurgie, das heisse, die Leistungsgruppen BEW1, BEW2, BEW3, BEW4, BEW5, BEW6, BEW7, BEW8, BEW8.1, BEW9

und BEW10. Bei all diesen Leistungsgruppen sei eine Intensivstation Level 1 (Intermediate Care) erforderlich. Die Beschwerdeführerin verfüge über keine solche Station, auch nicht über eine blossе Überwachungsstation (Vernehmlassung S. 8, 9).

Zusammenfassend hielt die Vorinstanz fest, die Erteilung eines Leistungsauftrages, werde nicht mit der Begründung fehlender Wirtschaftlichkeit verweigert, sondern weil die Beschwerdeführerin Anforderungen der Leistungsgruppensystematik und damit qualitative Erfordernisse nicht erfülle. Die Wirtschaftlichkeitsprüfung könne daher unterbleiben bzw. habe sich nicht auf die Zuteilung der Leistungsaufträge ausgewirkt (Vernehmlassung S. 13).

#### **N.**

Das als Fachbehörde zur Stellungnahme eingeladenе BAG reichte am 18. September 2014 seine Bemerkungen ein (C-1874/2014 act. 8). 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 (Stellungnahme S. 5).

Die neue Spitalliste 2014 stütze sich weiterhin auf die Versorgungsplanung 2011-2014 und ersetze die Spitallisten 2005 und 2012. Das BAG habe bereits in seiner Stellungnahme vom 1. Oktober 2012 im Detail aufgezeigt, dass die Versorgungsplanung 2011-2014 nicht gesetzeskonform sei und daher die Aufhebung der Verfügung des Regierungsrats des Kantons Bern vom 4. April 2012 beantragt (Stellungnahme S. 3).

Die bestehende Spitalliste 2012 sei mittels der Zürcher Leistungsgruppensystematik in eine neue Spitalliste 2014 überführt worden (Stellungnahme S. 3). Für Leistungen für welche die Kantonsregierung der Beschwerdeführerin keinen Leistungsauftrag erteilt habe, erfülle die Klinik A.\_\_\_\_\_ gemäss der Verfügung der Vorinstanz die Leistungsgruppenanforderungen nicht. In der Leistungsgruppensystematik seien namentlich Anforderungen betreffend Verfügbarkeit, Notfallstation und Intensivstation aufgeführt. Bei diesen und weiteren Kriterien handle es sich um personelle und technische Voraussetzungen gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. a-c KVG. Die personellen und technischen Voraussetzungen würden sich auf die zu erbringenden Leistungen beziehen. Eine Institution komme für

eine Aufnahme auf die Spitalliste für die Leistungen nicht in Frage, für deren Erbringung sie die personellen und technischen Voraussetzungen nicht erfülle. 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 werde. Auf weitere Bemerkungen über die Gesetzeskonformität der Spitalplanung werde im vorliegenden Fall verzichtet, da vorliegend die personellen und technischen Voraussetzungen und nicht die Planung für die Zulassung der Institution entscheidend sei (Stellungnahme S. 6, 7).

Weiter hielt das BAG fest, weder in der Beschwerde noch in der Vernehmlassung würde präzisiert, welchen Leistungsgruppen der Leistungsgruppensystematik (Version 2.2) die von der Beschwerdeführerin ersuchte Zulassung für die Behandlung aller Erkrankungen im Bereich der peripheren Venen entsprechen würde. In ihrer Vernehmlassung argumentiere die Vorinstanz mit der Leistungsgruppensystematik, sodass davon auszugehen sei, dass für diesen Leistungsauftrag die Anforderungen zur Verfügbarkeit, Notfallstation und/oder Intensivstation gelten würden. Die Beschwerdeführerin bemerke zurecht, dass die Vorinstanz in ihrer abweisenden Verfügung nicht erklärt habe, um welche Anforderungen es sich handle und inwieweit diese angeblich nicht erfüllt seien. In Ziffer 2.2.3.3 der Verfügung würden tatsächlich die Verweise zu den betroffenen Leistungsgruppen fehlen. Es sei deshalb nicht möglich, gestützt auf die Leistungsgruppensystematik (Version 2.2), die Information zu den nicht erfüllten Anforderungen zu gewinnen. Die Vorinstanz schreibe in ihrer Vernehmlassung, dass die Leistungsaufträge nicht erteilt worden seien, weil die Beschwerdeführerin über keine Intensivstation, die den Anforderungen der Spitalleistungsgruppensystematik entsprechen würde, verfüge. Es sei aus der Vernehmlassung nicht zu entnehmen, welche Leistungsgruppen in Sachen Erkrankung im Bereich der peripheren Venen betroffen seien (Stellungnahme S. 7).

Betreffend die orthopädischen sowie hand- und allgemeinchirurgischen Eingriffe sehe die Version 2.2 der "Leistungsgruppen und Anforderungen", für die Leistungsgruppen BEW2 und BEW3 die Erreichbarkeit des Facharztes jederzeit und die Intervention innerhalb einer Stunde vor. Ob die Anforderungen der Verfügbarkeit erfüllt seien, was für die erteilte Leistungsgruppe BPE der Fall sein müsse, und wenn ja, warum die Beschwerdeführerin für die Leistungserbringung in den Leistungsgruppen

Handchirurgie BEW2 und BEW2 (recte BEW3) nicht in Frage komme, sei nicht klar (Stellungnahme S. 8).

Zusammenfassend führte das BAG aus, wenn die Ablehnung gemäss der Leistungsgruppensystematik erfolgt sei, sei die Beschwerde in dem Sinne abzuweisen, dass die Leistungen für welche das Spital die personellen und technischen Kriterien nicht erfülle, nicht für eine Zulassung im Sinne des KVG in Frage komme (Stellungnahme S. 9).

#### **O.**

Auf Anfrage des Bundesverwaltungsgerichts (C-1874/2014 act. 9) teilte die Vorinstanz mit Schreiben vom 23. Dezember 2014 mit (C-1874/2014 act. 10), dass die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügungen vom 4. April 2012 und vom 26. Februar 2014 über eine bernische Betriebsbewilligung für ein Spital verfügt habe. Da die Klinik A.\_\_\_\_\_ per 1. September 2014 (recte. 2. Juli 2014 vgl. unten) von Dr. B.\_\_\_\_\_ auf Dr. C.\_\_\_\_\_ übertragen und die Betriebsbewilligung auf Dr. B.\_\_\_\_\_ persönlich ausgestellt worden sei, sei vorgesehen, bei Ausbleiben des Antrags auf eine Betriebsbewilligung seitens von Herrn Dr. C.\_\_\_\_\_, die Betriebsbewilligung (für ein Spital) für die Klinik A.\_\_\_\_\_ rückwirkend per 1. September 2014 zu entziehen.

Gemäss aktuellem Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Bern ist die frühere Privatklinik A.\_\_\_\_\_, Dr. B.\_\_\_\_\_, per 2. Juli 2014 (Mutationsdatum im Handelsregister, vgl. <[http://be.powernet.ch/webservices/inet/HRG/HRG.aspx/getHRGPDF?c\\_hnr=0364060934&amt=036&toBeModified=0&validOnly=0&lang=1&sort=0](http://be.powernet.ch/webservices/inet/HRG/HRG.aspx/getHRGPDF?c_hnr=0364060934&amt=036&toBeModified=0&validOnly=0&lang=1&sort=0)> zuletzt besucht am 14. Juli 2015) auf die neu gegründete Klinik A.\_\_\_\_\_ GmbH an derselben Adresse übergegangen. Auf Anfrage des Bundesverwaltungsgerichts reichte die Rechtsvertreterin der ehemaligen Privatklinik A.\_\_\_\_\_, Dr. B.\_\_\_\_\_, am 19. Februar 2015 eine Vertretungsvollmacht für die Rechtsnachfolgerin Klinik A.\_\_\_\_\_ GmbH ein (C-1874/2014 act. 18).

#### **P.**

In ihren Schlussbemerkungen vom 13. Februar 2015 (C-1874/2014 act. 15) hielt die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren und deren Begründung fest und betonte, die Klinik A.\_\_\_\_\_ erfülle sämtliche personellen und technischen Anforderungen für die Durchführung der beantragten Eingriffe und gewährleiste die Patientensicherheit (Schlussbemerkungen S. 2). Die Vorinstanz habe dadurch, dass sie während des lau-

fenden Beschwerdeverfahrens gegen die Spitalliste 2012 eine neue Spitalliste 2014 erlassen habe, die sie per 1. Mai 2014 in Kraft habe setzen wollen, die Verfügung betreffend die Spitalliste 2012 in Wiedererwägung gezogen. Die Beschwerde gegen die Spitalliste 2012 sei daher als gegenstandslos geworden abzuschreiben, unter voller Entschädigung zulasten der Vorinstanz (Schlussbemerkungen S. 5).

#### **Q.**

In ihren Schlussbemerkungen vom 13. Februar 2015 (1874/2014 act. 16) 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 sicherstelle und im Kanton Bern in Art. 120 SpVG geregelt sei. Der Kanton Bern habe der Privatklinik A.\_\_\_\_\_ 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 Leistungsgruppensystematik enthalten seien. Diese Voraussetzungen prüfe der Kanton im Rahmen der Spitallistenverfügungen. Der Kanton dürfe einem Spital trotz Bedarf an den 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.

#### **R.**

Mit Verfügung RRB 408/2015 vom 22. April 2015 (C-2386/2012 act. 32), hob die Vorinstanz die Verfügung des Regierungsrates vom 26. Februar 2014 betreffend Spitalliste Klinik A.\_\_\_\_\_ rückwirkend ab dem 1. Sep-

tember 2014 auf. Davon gab die Vorinstanz dem Bundesverwaltungsgericht mit Schreiben vom 5. Juni 2015 Kenntnis.

## **S.**

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-2386/2012) und RRB Nr. 258/2014 vom 26. Februar 2014 (Verfahren C-1874/2014) wurden gestützt auf Art. 39 KVG erlassen. Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 90a Abs. 2 KVG).

**1.2** Da die zwei Beschwerdeverfahren C-2386/2012 und C-1874/2014 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 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). Die vorinstanzlichen Spitallistenbeschlüsse datieren vom 4. April 2012 und 26. Februar 2014, weshalb grundsätzlich 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 ist, soweit die Übergangsbestimmungen nichts Abweichendes vorsehen.

**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). Soweit die Beschwerdeführerin beantragt, es sei der Beschluss des Regierungsrates des Kantons Bern vom 4. April 2012 bzw. vom 26. Februar 2014 aufzuheben, kann darauf nur insoweit eingetreten werden, als die Beschwerdeführerin direkt betroffen ist, da die Aufhebung der Spitalliste 2012 bzw. 2014 als solche nicht beantragt werden kann (vgl. BVGE 2012/9 E. 4.2.3).

**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 Beschwerdeführerin hat an den vorinstanzlichen Verfahren C-2386/2012 und C-1874/2014 teilgenommen, ist als Spitalunternehmung, der aufgrund der neuen Spitallisten 2012 und 2014 gewisse Leistungsaufträge nicht erteilt worden sind, durch die angefochtenen Beschlüsse ohne Zweifel besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung derjenigen Verfügung, welche das sie betreffende Rechtsverhältnis regelt. Die

erfolgte Übernahme der Klinik durch die Klinik A.\_\_\_\_\_ GmbH (Rechtsnachfolge) 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 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 der je einverlangte Kostenvorschuss innert Frist geleistet, weshalb – im Rahmen des Anfechtungsgegenstandes – auf die Beschwerden einzutreten ist.

## **1.7**

**1.7.1** 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).

**1.7.2** Mit RRB 258/2014 hat die Vorinstanz eine neue Spitalliste 2014 erlassen und die Spitalliste 2012 hinsichtlich der Beschwerdeführerin in Wiedererwägung gezogen. Der Beschwerdeführerin wurden neue Leistungsaufträge in den Leistungsgruppen BPE, limitiert auf Venenchirurgie, und Wundpatienten DER2 erteilt, womit sich der Anfechtungsgegenstand hinsichtlich der angefochtenen Verfügung vom 4. April 2012 (RRB 519/2012) entsprechend schmälert (vgl. Art. 58 Abs. 3 VwVG). Darüber hinaus wurde ihr Antrag auf Leistungsaufträge für all diejenigen Spitalplanungsleistungsgruppen, welche die Behandlung von Erkrankungen im Bereich der peripheren Venen und der damit zusammenhängenden Er-

krankungen beinhaltet abgelehnt. Ebenso abgelehnt wurde der Antrag auf Erteilung von Leistungsaufträgen für allgemein-chirurgische, orthopädische und handchirurgische Eingriffe (RRB 258/2014 E. 2.2.3.2).

**1.7.3** Die Vorinstanz hob mit Verfügung vom 22. April 2015 (RRB 408/2015) ihren RRB 258/2014 betreffend die Beschwerdeführerin rückwirkend per 1. September 2014 auf, da sie ab diesem Zeitpunkt über keine Betriebsbewilligung mehr verfügte. Das vorliegende Verfahren beschränkt sich somit auf den Zeitraum vom 4. April 2012 bis 1. September 2014.

## **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).

**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** 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 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).

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 (BVG 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.]).

**3.2** 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.

#### **4.**

Im Folgenden ist zunächst zu prüfen, ob die Vorinstanz zum Erlass der Spitalliste 2012 zuständig war.

**4.1** Die Beschwerdeführerin brachte vor, die Verfügung der Vorinstanz hinsichtlich der Spitalliste 2012 datiere vom 4. April 2012. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts hinsichtlich der Spitalliste 2010 sei am 7. Juni 2012 erfolgt. Somit habe die Vorinstanz während dem hängigen Verfahren eine neue Spitalliste 2012 erlassen, was aufgrund des Devolutiveffekts nicht zulässig sei.

**4.2** Dem Kanton kommt hinsichtlich seiner Spitalplanung grosses Ermessen zu und es steht ihm frei, seine Planung jederzeit zu überprüfen und anzupassen.

Gemäss Art. 58a Abs. 1 KVV überprüfen die Kantone ihre Planung periodisch. Woraus folgt, dass die Spitalliste der geänderten Planung anzupassen ist. Der Kanton Bern passt seine Versorgungsplanung gemäss kantonalem Spitalversorgungsgesetz alle vier Jahre an (vgl. Art. 5 des Spitalversorgungsgesetzes vom 5. Juni 2005 bzw. Art. 7 des Spitalversorgungsgesetzes vom 13. Juni 2013, BSG 812.11). Die Spitalliste 2010 beruhte auf der Versorgungsplanung 2007-2010 und die Spitalliste 2012

beruht auf der Versorgungsplanung 2011-2014. Die Spitallisten 2010 und 2012 stützen sich somit auf verschiedene Versorgungsplanungen. Sie betreffen verschiedene Sachverhalte und sind voneinander unabhängig. Die Spitalliste 2012 wurde nicht im Sinne einer Wiedererwägung zur Spitalliste 2010 erlassen, sondern gestützt auf eine neue Planung. Daher hat der Kanton Bern korrekterweise in der Verfügung vom 4. April 2012 zur Spitalliste 2012 nicht die Spitalliste 2010, welche für die Beschwerdeführerin bekanntlich nicht gilt, aufgehoben, sondern festgehalten, die neue Spitalliste 2012 ersetze auf den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens die bis dahin gültige Spitalliste 2005.

Die angefochtenen Verfügungen hinsichtlich die Spitalliste 2010 wurden mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-325/2010 vom 7. Juni 2012 aufgehoben. Da die Spitalliste 2012 keine Wiedererwägung zur Spitalliste 2010 darstellt, sondern sich auf eine neue Versorgungsplanung stützt, kann von vornherein keine Verletzung des Grundsatzes des Devolutiveffekts der Beschwerde vorliegen.

## **5.**

Die Beschwerdeführerin rügte weiter eine Verletzung des rechtlichen Gehörs beim Erlass der Spitalliste 2012, mit der Begründung, die GEF habe ihr zwar Gelegenheit geboten, sich zur Versorgungsplanung 2011-2014 zu äussern, jedoch erst zu einem Zeitpunkt, als die Versorgungsplanung, auf der die Spitalliste 2012 basiere, bereits praktisch abgeschlossen gewesen sei. Bei der Erarbeitung des Konzepts der Versorgungsplanung 2011-2014 habe die GEF die Beschwerdeführerin in keiner Weise begrüsst. Befremdlich sei sodann, dass die GEF den für die Sachverhaltsermittlung dienenden Fragebogen der Beschwerdeführerin erst nach der Durchführung des Konsultationsverfahrens zugestellt habe (C-2386/2012 act. 1 S. 23).

**5.1** Die Spitalplanung erfolgt in einem zweistufigen Prozess. Zuerst wird der Bedarf anhand einer Versorgungsplanung ermittelt und danach werden in einem zweiten Schritt mittels Spitalliste die Leistungsaufträge erteilt. Die Versorgungsplanung 2011-2014 bildet die Voraussetzung und die Ausgangslage für die Zuteilung der Leistungsaufträge in der Spitalliste 2012. Die Versorgungsplanung war Gegenstand einer öffentlichen Konsultation und fusst auf Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG. Der Regierungsrat verabschiedete mit Regierungsratsbeschluss Nr. 1428 vom 24. August 2011 die Versorgungsplanung 2011-2014 (vgl. Schlussbemerkungen Vorinstanz vom 28. Januar 2013, C-2386/2012 act. 16 S. 3). Mit der Versor-

gungsplanung 2011-2014 wird nicht individuell-konkret über Leistungsaufträge entschieden - dies geschieht erst mit der Spitalliste - sondern es wird die Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung im Kanton Bern in generell-abstrakter Weise festgelegt.

Anspruch auf rechtliches Gehör besteht immer dann, wenn ein Hoheitsakt unmittelbar die Rechtstellung eines Einzelnen berührt (vgl. BGE 129 I 232 E. 3.2), was mit der Versorgungsplanung 2011-2014 nicht der Fall ist, vielmehr gleicht das Verfahren einem politischen Vernehmlassungsverfahren bei der Rechtsetzung. Damit besteht kein Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. analog BVGE 2013/45 E. 6.3.6.4. und 6.4; analog BVGE 2013/46 E. 1.1.2, E. 6.2.1.2 und E. 6.3.5).

**5.2** Ob das rechtliche Gehör hinsichtlich der Spitalliste 2012 betreffend die Beschwerdeführerin gewährt wurde, kann vorliegend offen bleiben, da, wie zu zeigen sein wird, die Versorgungsplanung 2011-2014, auf welche sich die Spitalliste 2012 stützt, nicht rechtskonform ist, womit die Spitalliste 2012 ihrerseits rechtswidrig ist und die angefochtene Verfügung bereits aus diesem Grund aufzuheben ist.

## **6.**

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Vorinstanz beim Erlass des Regierungsratsbeschlusses RRB 519/2012 vom 4. April 2012 den bundesrechtlichen Planungskriterien im erforderlichen Umfang Rechnung getragen hat.

**6.1** Nach Art. 58b Abs. 1-3 KVV ermitteln die Kantone den Bedarf nach stationärer Behandlung im Spital 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 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).

**6.2** Die nachstehenden Ausführungen befassen sich mit der Wirtschaftlichkeitsprüfung. Wie sogleich zu zeigen ist, sind die Kantone im Rahmen des Erlasses der Spitalliste verpflichtet, eine solche durchzuführen (vgl. E. 6.2.1 hiernach). Anschliessend wird erläutert, wie die Wirtschaftlichkeitsprüfung konkret durchzuführen ist (vgl. E. 6.2.2 bis 6.2.4 hiernach).

**6.2.1** 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 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des KVG vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung, AS 2008 2056, *im Folgenden: 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).

**6.2.2** 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 hinsicht-



kantonalen 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]).

**6.3** Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz bei der Zuweisung und Sicherung der Kapazitäten in der Spitalliste die Angebote der Leistungserbringer tatsächlich evaluiert und in diesem Zusammenhang unter anderem eine rechtsgenügende Wirtschaftlichkeitsprüfung vorgenommen hat.

**6.3.1** 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 räumte sie in ihrer Vernehmlassung vom 20. Juli 2012 ausdrücklich ein, da Kostendaten der Leistungserbringer in ausreichender Qualität gefehlt hätten, um Kostenvergleiche anzustellen, sei der Vergleich der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung zwischen den evaluierten Spitälern in der Akutsomatik anhand der durchschnittlichen Aufenthaltsdauer vorgenommen worden (Vernehmlassung C-2386/2012 S. 5).

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.

**6.3.2** Die Vorinstanz begründete die Unterlassung der Wirtschaftlichkeitsprüfung anhand von Kostenvergleichen mit dem Fehlen einer einheitlichen Rechnungslegung der Spitäler im Kanton Bern. Die Vorinstanz macht mit andern Worten geltend, es sei ihr gar nicht möglich gewesen, einen Kostenvergleich vorzunehmen.

Die Vorinstanz wäre ohne weiteres in der Lage gewesen, Spitäler, die im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung bereits das Patientenklassifikationssystem APDRG eingeführt hatten, mit Spitälern, die ebenfalls nach APDRG abrechneten, zu vergleichen (vgl. E. 6.2.3 hier-  
vor). Bei Spitälern, 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. 6.2.4  
hiervor). Der Vorinstanz wäre es somit durchaus möglich gewesen, eine Wirtschaftlichkeitsprüfung vorzunehmen.

**6.3.3** 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 BVer 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.

**6.4** 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, welche Grundlage für die Spitalliste 2012 bildet, bundesrechtswidrig erfolgt, so dass 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 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf die weiteren von der Beschwerdeführerin hinsichtlich der angefochtenen Verfügung vom 4. April 2012 vorgebrachten Rügen einzugehen.

## **7.**

Es folgen Erwägungen zur Verfügung vom 26. Februar 2014 betreffend die Spitalliste 2014.

**7.1** Die Beschwerdeführerin machte eine Verletzung des rechtlichen Gehörs hinsichtlich der Verfügung vom 26. Februar 2014 geltend.

Die Spitalliste 2014 beruht auf derselben Versorgungsplanung 2011-2014 wie die Spitalliste 2012. Ob das rechtliche Gehör hinsichtlich der Spitalliste 2014 gewährt wurde, kann vorliegend offen bleiben, da die Versorgungsplanung 2011-2014, auf welche sich die Spitalliste 2014 stützt (vgl. Verfügung vom 26. Februar 2014 E. 1.1), nicht rechtskonform ist (vgl. E. 6.4 hiavor), womit die angefochtene Verfügung vom 26. Februar 2014 betreffend die Spitalliste 2014, wie zu zeigen sein wird, bereits aus diesem Grund aufzuheben ist.

**7.2** Das BAG brachte 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 (vgl. Stellungnahme BAG C-1874/2014 act. 8 S. 6, 7).

**7.2.1** 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.

**7.2.2** 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 Betriebs-

bewilligung als Spital verfügen, genügen in der Regel diesen Voraussetzungen. Anlass zur Überprüfung gibt es hingegen dann, wenn eine Einrichtung, deren Aufnahme in 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 Ziffer 2 ihrer Schlussbemerkungen vom 13. Februar 2015 zu Recht fest (C-1874/2014 act. 16 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 erfolge in erster Linie im Rahmen des Betriebsbewilligungsverfahrens durch den Standortkanton. Die erteilte Betriebsbewilligung decke nur die ersten drei Erfordernisse von Art. 39 Abs. 1 ab, die erfüllt sein müssten, 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).

Auf Anfrage teilte die Vorinstanz dem Bundesverwaltungsgericht mit, die Beschwerdeführerin habe im Zeitpunkt des Erlasses der Spitallisten 2012 und 2014 über eine (bernische) Betriebsbewilligung verfügt. Diese sei nach Art. 123 Abs. 2 SpVG erst am 1. September 2014 dahingefallen, als Herr Dr. B.\_\_\_\_\_ seine Tätigkeit aufgegeben habe. Ausschlaggebend ist vorliegend einzig, dass die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt des Erlasses der Spitallisten 2012 und 2014 über eine Betriebsbewilligung ver-

fügte und damit davon auszugehen ist, dass sie die Voraussetzungen gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. a-c erfüllte. Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise, dass die Klinik A.\_\_\_\_\_ den vom KVG aufgestellten Erfordernissen betreffend Dienstleistungen und Infrastruktur im Verfügungszeitpunkt vom 4. April 2012 bzw. 26. Februar 2014 nicht entsprochen hätte. Dass diese Voraussetzungen zu einem späteren Zeitpunkt mit dem Wegfall der Betriebsbewilligung per 1. September 2012 nicht mehr gegeben waren, ist für die Beurteilung des vorliegenden Falles irrelevant.

**7.3** 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-1874/2014 act. 6 S. 3).

**7.3.1** Die Spitalplanung ist ein zweistufiger Prozess. 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.

**7.3.2** Die Spitalliste 2014 stützt sich auf die Versorgungsplanung 2011-2014. Wie weiter oben erörtert (vgl. E. 6.4), 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. Vor Erlass einer neuen Spitalliste ist 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 wä-

re, was wie erörtert nicht der Fall ist (vgl. E. 6.4), 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 den betroffenen Leistungsgruppen führen. In diesem Sinn widerspricht der Regierungsrat seiner Planung, wenn er bei der Überführung der Spitalliste 2012 in eine Spitalliste 2014 mittels Leistungsgruppensystematik das Angebot verändert, ohne zuerst die Planung entsprechend überarbeitet zu haben.

**7.3.3** Damit ist die Spitalliste 2014, mangels gesetzeskonformer Planung, rechtswidrig erfolgt, der angefochtene RRB Nr. 258/2014 vom 26. Februar 2014 betreffend die Beschwerdeführerin aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf die weiteren von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen hinsichtlich dem RRB Nr. 258/2014 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.

## **8.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtenen Regierungsratsbeschlüsse vom 4. April 2012 und vom 26. Februar 2014 betreffend die Beschwerdeführerin aufzuheben sind und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Im Rahmen der Neuurteilung 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 die angefochtenen Verfügungen vom 4. April 2012 und vom 26. Februar 2014 nicht gegenstandslos geworden sind.

## **9.**

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

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

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

Der obsiegenden Beschwerdeführerin sind die geleisteten Kostenvorschüsse von je Fr. 4'000.- im Verfahren C-2386/2012 und C-1874/2014, das heisst insgesamt Fr. 8'000.-, zurückzuerstatten. Diese ist aufzufordern, dem Bundesverwaltungsgericht eine Zahlstelle bekannt zu geben.

**9.2** 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 für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE).

Das Bundesverwaltungsgericht trifft den Entscheid über die Parteientschädigung von Amtes wegen aufgrund der Kostennote, sofern vorhanden, sowie den Akten. Auch bei der Festsetzung der Parteientschädigung auf der Basis einer Kostennote ist es Aufgabe des Gerichts, zu überprüfen, in welchem Umfang die geltend gemachten Kosten als notwendig für die Vertretung anerkannt werden können (Art. 10 ff. VGKE). Die eingereichte Kostennote muss einen ausreichenden Detaillierungsgrad aufweisen (Art. 14 Abs. 1 VGKE), so dass aus ihr ersichtlich ist, welche Arbeiten durchgeführt worden sind, wieviel Zeit vom Vertreter zu welchem Tarif aufgewendet und wie sich der geltend gemachte Aufwand auf die einzelnen Arbeiten verteilt hat.

Die Beschwerdeführerin reichte mit Schreiben vom 13. Februar 2015 die Kostennoten für das Verfahren C-2386/2012 und für das Verfahren C-1874/2014 ein. Beide Kostennoten enthalten lediglich den Gesamtbetrag sowie sehr summarisch gewisse Arbeiten, die ausgeführt worden sind (z.B. Besprechungen mit Klient, telefonische Kontakte und Korrespondenzen mit Klientschaft, rechtliche Abklärungen, Prüfen Beschluss betreffend Spitalliste), ohne weitere Angabe darüber, mit welchem Zeitaufwand diese Arbeiten erledigt worden sind. Teilweise ist nicht einmal ersichtlich, wann die Arbeiten ausgeführt worden sind. Daher kann von einer detaillierten Kostennote keine Rede sein. Bei Fehlen einer (detaillierten) Kos-

tennote ist die Entschädigung aufgrund der Akten und nach freiem gerichtlichem Ermessen zu bestimmen (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Die Beschwerdeführerin machte für das Verfahren C-2386/2012 einen Aufwand von 46 Stunden geltend. Mangels detaillierter Kostennote ist dieser Aufwand nicht nachvollziehbar. Unter Würdigung der eingereichten Rechtsschriften sowie unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwandes ist im vorliegenden Fall ein zeitlicher Aufwand von maximal 40 Stunden gerechtfertigt. Der Stundenansatz für Anwälte und Anwältinnen beträgt gemäss Art. 8ff. VGKE mindestens Fr. 200.- und höchstens Fr. 400.- (exkl. Mehrwertsteuer). Aufgrund der Komplexität des vorliegenden Sachverhaltes und dem hohen Abklärungsaufwand erscheint ein Stundenansatz von Fr. 280.- als gerechtfertigt. In Anbetracht dieser Umstände ist die Kostennote insoweit zu kürzen, als im vorliegenden Fall ein Gesamtaufwand von maximal 40 Stunden angemessen erscheint und das anwaltliche Honorar bei einem Stundenansatz von Fr. 280.- auf Fr. 11'200.- (exkl. Mehrwertsteuer) zuzüglich Fr. 115.- Auslagen (exkl. Mehrwertsteuer) bestimmt wird, was insgesamt eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 12'220.20 (inkl. Mehrwertsteuer) ergibt.

Für das Verfahren C-1874/2014 machte die Beschwerdeführerin einen Aufwand von 44.5 Stunden geltend. Mangels detaillierter Kostennote ist dieser Aufwand nicht nachvollziehbar. Dieser ausserordentlich hohe Aufwand ist in keiner Weise gerechtfertigt, zumal die Beschwerdeführerin auf Materialien aus dem Verfahren hinsichtlich der Spitalliste 2012 abstellen konnte, sich gleiche Rechtsfragen wie im Verfahren C-2386/2012 stellen und sich die Spitalliste 2014 auf dieselbe Versorgungsplanung 2011-2014 wie die Spitalliste 2012 bezieht. Unter Würdigung der eingereichten Rechtsschriften sowie unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwandes ist im vorliegenden Fall die Kostennote insoweit zu kürzen als ein zeitlicher Gesamtaufwand von maximal 25 Stunden gerechtfertigt ist, womit das anwaltliche Honorar bei einem erhöhten Stundenansatz von Fr. 280.- auf Fr. 7'000.- (exkl. Mehrwertsteuer) zuzüglich Fr. 97.- Auslagen (exkl. Mehrwertsteuer) bestimmt wird, was insgesamt eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 7'664.80 (inkl. Mehrwertsteuer) ergibt.

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.

Für das Urteilsdispositiv wird auf die nächste Seite verwiesen.

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Die Verfahren C-2386/2012 und C-1874/2014 werden vereinigt.

### **2.**

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

### **3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss in den beiden Verfahren von insgesamt Fr. 8'000.- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

### **4.**

Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz in der Höhe von Fr. 12'220.20.- im Verfahren C-2386/2012 und Fr. 7'664.80 im Verfahren C-1874/2014 zugesprochen. In der Parteientschädigung sind der Auslagenersatz und der Mehrwertsteuerzuschlag i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE mitenthaltend.

### **5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahlstelle)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 0519, Spitalliste 2012; Ref-Nr. 0258/2014, Spitalliste 2014; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Gesundheit

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Stufetti

Karin Wagner

Versand: