



## **Urteil vom 4. Februar 2021**

---

Besetzung

Richter Christoph Rohrer (Vorsitz),  
Richter Daniel Stufetti, Richter Michael Peterli,  
Gerichtsschreiber Michael Rutz.

---

Parteien

**Lindenhofgruppe AG,**  
vertreten durch Dr. iur. Thomas Eichenberger, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

Krankenversicherung, Berner Spitalliste Akutsomatik 2019  
(RRB Nr. 428 vom 8. Mai 2019).

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

Die Lindenhofgruppe AG (vormals Lindenhof AG) war auf der Spitalliste Akutsomatik 2014 des Kantons Bern mit einem Leistungsauftrag für verschiedene Leistungsbereiche aufgeführt. Im Leistungsbereich Gynäkologie verfügte sie über einen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen GYN1 (Gynäkologie), GYN1.1 (Maligne Neoplasien der Vulva und Vagina), GYN1.2 (Maligne Neoplasien der Zervix), GYN1.3 (Maligne Neoplasien des Corpus uteri), GYN1.4 (Maligne Neoplasien des Ovars) sowie GYN2 (Maligne Neoplasien der Mamma). Zudem umfasste ihr Leistungsauftrag im Bereich der Geburtshilfe die Leistungsgruppen GEB1 (Grundversorgung Geburtshilfe; ab 34. SSW und GG  $\geq$  2000g) und GEB1.1 (ab 32. SSW und GG  $\geq$  1250g) sowie NEO1 (Grundversorgung Neugeborene ab 34 SSW und  $\geq$  2000g) und NEO1.1 (Neonatologie ab 32. SSW und  $\geq$  1250g). Im Bereich Neurologie hatte sie einen Leistungsauftrag für die Bereiche NEU1 (Neurologie), NEU2 (Sekundäre bösartige Neubildung des Nervensystems) sowie NEU3 (Zerebrovaskuläre Störungen).

**B.**

**B.a** Am 30. Juni 2017 eröffnete die Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern das Bewerbungsverfahren für die neue Spitalliste Akutsomatik 2018 des Kantons Bern. Sie wies darauf hin, dass sich die Bewerbung und Aufnahme in die neue Spitalliste nach der «SPLG-Systematik Akutsomatik BE» (leistungsspezifische Anforderungen; Version 2017\_02.00) und den «Anforderungen und Erläuterungen SPLG Akutsomatik BE» (Version 2017\_02.00) richte (act. 358 f.). Die Lindenhofgruppe bewarb sich am 8. September 2017 für ihre Standorte Lindenhof, Sonnenhof und Engeried je um einen Leistungsauftrag für diverse Leistungsgruppen (act. 171 ff.). Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion stellte den Bewerbern am 30. April 2018 den Entwurf der neuen Spitalliste Akutsomatik 2018 zu und gewährte ihnen das rechtliche Gehör (act. 114 ff.). Die Lindenhofgruppe nahm am 30. Mai 2018 unter Beilage verschiedener Beweismittel Stellung (act. 37 ff.). Am 11. September 2018 teilte die Gesundheits- und Fürsorgedirektion der Lindenhofgruppe mit, dass vorgesehen sei, weitere Anpassungen an der Spitalliste vorzunehmen (act. 34 f.), wozu diese am 24. September 2018 im Rahmen einer zweiten Anhörung Stellung nahm (act. 31 ff.).

**B.b** Der Regierungsrat des Kantons Bern (nachfolgend: Regierungsrat oder Vorinstanz) erliess an seiner Sitzung vom 8. Mai 2019 gestützt auf die

Versorgungsplanung 2016 die ab 1. Juli 2019 anwendbare neue Spitalliste Akutsomatik für den Kanton Bern (Spitalliste Akutsomatik 2019). Im Anhang zur neuen Spitalliste wurden auf der Basis der SPLG-Systematik verschiedene Leistungsgruppen mit leistungsspezifischen Anforderungen, insbesondere bezüglich Personal und Infrastruktur, definiert. Für 26 Leistungsgruppen wurden Mindestfallzahlen pro Spital festgelegt. Die bisherigen Leistungsgruppen GYN1.1, GYN1.2, GYN1.3 und GYN1.4 wurden zur neuen Leistungsgruppe GYNT (Gynäkologische Tumore) zusammengefasst, wobei auch die Erteilung eines auf die bisherigen Leistungsgruppen GYN1.3 und GYN1.4 eingeschränkten Teilleistungsauftrags GYNT ermöglicht wurde.

**B.c** Mit Beschluss Nr. 428/2019 vom 8. Mai 2019 erteilte der Regierungsrat der Lindenhofgruppe AG für die Standorte Lindenhof, Sonnenhof und Engeried auf der Spitalliste Akutsomatik 2019 je einen Leistungsauftrag für diverse Leistungsbereiche gemäss der SPLG-Systematik Akutsomatik BE. Das Gesuch um Erteilung eines vollständigen Leistungsauftrags GYNT für den Standort Lindenhof wies er ab, erteilte jedoch einen auf die bisherigen Leistungsgruppen GYN1.3 und GYN1.4 beschränkten Teilleistungsauftrag. Im Bereich der Geburtshilfe erteilte der Regierungsrat am Standort Lindenhof nur noch Leistungsaufträge für die Bereiche GEB1 und NEO1, nicht aber für die Bereiche GEB1.1 und NEO1.1 (vgl. dazu genauer E. 8.1 unten). Er wies darauf hin, dass stationäre Behandlungen in Bereichen ohne Leistungsauftrag – wie vorliegend im Bereich GEB1.1 – in begründeten Einzelfällen jedoch erbracht und zu Lasten der OKP abgerechnet werden könnten, wenn diese medizinisch indiziert seien (insbesondere bei Rückverlegungen bei Geburten ab 34 0/7 SSW und GG > 2000g ohne Risikokonstellation). Weiter wies der Regierungsrat das Gesuch um Erteilung eines Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe NEU3 am Standort Sonnenhof ab mit dem Hinweis, dass auch in diesem Bereich in begründeten Einzelfällen stationären Leistungen erbracht und zulasten der OKP abgerechnet werden könnten, wenn diese medizinisch indiziert seien, insbesondere bei Rückverlegungen aus einem Stroke Center, in Palliativsituationen oder Notfällen.

### **C.**

Gegen den RRB Nr. 428/2019 vom 8. Mai 2019 erhob die Lindenhofgruppe (nachfolgend: Beschwerdeführerin) durch ihren Rechtsvertreter mit Eingabe vom 6. Juni 2019 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer-act. 1). Sie stellt die folgenden Rechtsbegehren:

1. Die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Mai 2019 sei insoweit aufzuheben, als die Vorinstanz der Beschwerdeführerin im Bereich GYNT (Gynäkologische Tumore) für den Standort Lindenhof nicht den gesamten Leistungsauftrag erteilt hat, und insoweit als ihr kein Leistungsauftrag im Bereich GEB1.1 (Geburtshilfe [ab 32 0/7 SSW und GG  $\geq$  1250 g]) am Standort Lindenhof erteilt wurde, sowie soweit, als ihr im Bereich NEU3 (Zerebrovaskuläre Störungen) am Standort Sonnenhof kein Leistungsauftrag erteilt wurde, und insoweit als ihr am Standort Engeried kein Leistungsauftrag im Bereich URO1 (Urologie ohne Schwerpunkttitel Operative Urologie) erteilt wurde.
2. Der Beschwerdeführerin seien folgende Leistungsaufträge zu erteilen:
  - a. Am Standort Lindenhof:
    1. GYNT (Gynäkologische Tumore)
    2. Teilleistungsauftrag für den Bereich GEB1.1 (Geburtshilfe ab 34 0/7 SSW und GG  $\geq$  2000g ohne Risikokonstellation [lungengereift, gut gewachsen, keine Zusatzpathologie])
  - b. Am Standort Sonnenhof:

NEU3 (Zerebrovaskuläre Störungen) mit der Auflage, dass in begründeten Einzelfällen stationäre Behandlungen erbracht und zu Lasten der OKP abgerechnet werden können, wenn diese medizinisch indiziert sind, insbesondere bei Rückverlegungen aus einem Stroke Center, in Palliativsituationen oder Notfällen.
  - c. Am Standort Engeried:

Teilleistungsauftrag für den Bereich URO1 (Urologie ohne Schwerpunkttitel Operative Urologie) mit der Auflage, dass in begründeten Einzelfällen stationäre Behandlungen erbracht und zu Lasten der OKP abgerechnet werden können, wenn diese medizinisch indiziert sind, insbesondere bei den folgenden uro-gynäkologischen Eingriffen: Vaginale Hysterektomien mit vorderer/hinterer Kolporaphie, TVT-O, Kolpokleisis und Kolposakropexie.
3. Dispositiv Ziff. 1 der Verfügung vom 8. Mai 2019 bzw. der Anhang zur Verfügung betreffend den Leistungsauftrag NEU3 (Zerebrovaskuläre Störungen) am Standort Lindenhof sei dahingehend zu berichtigen, dass auf die Auflage zur Einreichung eines Kooperationskonzepts mit dem Stroke Center (Inselspital) bis zum 31. Oktober 2019 (in Fussnote 5 [«A5»]) verwiesen wird.

4. Eventualiter zu Ziff. 2.a.1: Der Beschwerdeführerin sei für den Bereich GYN1.1 und GYN1.2 ein befristeter Leistungsauftrag bis zum 31. Dezember 2021 zu erteilen.
5. Eventualiter zu Ziff. 2.a.2: Der Beschwerdeführerin sei am Standort Lindenhof für den Bereich GEB1.1 ein Teilleistungsauftrag zu erteilen mit der Auflage, dass in begründeten Einzelfällen stationäre Behandlungen erbracht und zu Lasten der OKP abgerechnet werden können, wenn diese medizinisch indiziert sind, insbesondere bei Rückverlegungen bei Geburten ab 34 0/7 SSW und GG > 2000g ohne Risikokonstellation (lungengereift, gut gewachsen, keine Zusatzpathologie).
6. Subeventualiter: Die Verfügung vom 8. Mai 2019 sei aufzuheben und zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **D.**

Der mit Zwischenverfügung vom 12. Juni 2019 bei der Beschwerdeführerin eingeforderte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– (BVGer-act. 2) wurde am 13. Juni 2019 geleistet (BVGer-act. 3).

#### **E.**

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 19. Juli 2019, dass die Beschwerde insoweit gutzuheissen sei, als der Leistungsauftrag NEU3 für den Standort Lindenhof nicht mit der verfügbaren Befristung, sondern mit der Auflage erteilt wird, bis am 31. Oktober 2019 ein Kooperationskonzept mit dem Stroke Center (Inselspital) einzureichen. Im Übrigen sei die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (BVGer-act. 6).

#### **F.**

Auf entsprechende Einladung des Instruktionsrichters vom 19. August 2019 (BVGer-act. 7) nahm das Bundesamt für Gesundheit (BAG) am 19. September 2019 als Fachbehörde Stellung. Es äusserte sich dahingehend, dass die Beschwerde im Sinne des Antrags der Vorinstanz teilweise gutzuheissen (NEU3, Standort Lindenhof), im Übrigen aber abzuweisen sei (BVGer-act. 8).

#### **G.**

Am 8. Oktober 2019 reichte die Beschwerdeführerin ihre Schlussbemerkungen ein (BVGer-act. 12). Die Vorinstanz liess sich nicht mehr vernehmen.

**H.**

Mit Instruktionsverfügung vom 5. November 2019 wurde der Schriftenwechsel abgeschlossen (BVGer-act. 13).

**I.**

Mit Eingabe vom 20. Januar 2021 liess die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht den Beschluss Nr. 1045/2020 der Vorinstanz vom 16. September 2020 zukommen, mit der die angefochtene Spitalliste 2019 (teilweise) in Wiedererwägung gezogen worden sei. So sei der Leistungsauftrag NEU3 (Zerebrovaskuläre Störungen) am Standort Lindenhof rückwirkend unbefristet erteilt worden. Zudem sei der Leistungsauftrag THO1.1 (Neoplasien des Atmungssystems) am Standort Lindenhof rückwirkend befristet bis zum 30. Juni 2021 erteilt worden, um vor Ablauf dieser Frist zu prüfen, ob die erforderliche Mindestfallzahl von neu 30 im Zeitraum 2019-2020 erreicht worden sei. Damit anerkenne die Vorinstanz die Mangelhaftigkeit ihrer ursprünglichen Spitallistenverfügung in diesen beiden Punkten, was bei der Kostenverteilung im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen sei (BVGer-act. 14).

**J.**

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

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

Nach Art. 53 Abs. 1 KVG kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Der angefochtene Beschluss Nr. 428/2019 des Regierungsrats des Kantons Bern vom 8. Mai 2019 wurde gestützt auf Art. 39 KVG erlassen. 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 den angefochtenen Regierungsratsbeschluss besonders berührt und hat insoweit an dessen 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, einzutreten (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4 VwVG).

## **2.**

Zunächst ist der Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zu bestimmen.

**2.1** Streitgegenstand im System der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, welches – im Rahmen des durch die Verfügung bestimmten Anfechtungsgegenstandes – den auf Grund der Beschwerdebegehren effektiv angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet. Nach dieser Begriffsumschreibung sind Anfechtungsgegenstand und Streitgegenstand identisch, wenn die Verfügung insgesamt angefochten wird. Bezieht sich demgegenüber die Beschwerde nur auf einen Teil des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses, gehören die nicht beanstandeten Teilaspekte des verfügungsweise festgelegten Rechtsverhältnisses zwar wohl zum Anfechtungs-, nicht aber zum Streitgegenstand (BGE 125 V 413 E. 1b). Solche Teilaspekte hat das angerufene Gericht nur zu überprüfen, wenn sie in einem engen Sachzusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen; im Übrigen gilt der Dispositionsgrundsatz (ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, N 51 zu Art. 49 VwVG).

**2.2** Nach der Rechtsprechung ist die Spitalliste als Rechtsinstitut sui generis zu qualifizieren. Für die Bestimmung des Anfechtungsgegenstandes ist wesentlich, dass die Spitalliste aus einem Bündel von Individualverfügungen besteht (BVGE 2013/45 E. 1.1.1; 2012/9 E. 3.2.6). Anfechtungsgegenstand im vorliegenden Beschwerdeverfahren – und damit Begrenzung des Streitgegenstands – bildet nur die Verfügung, welche das die Beschwerdeführerin betreffende Rechtsverhältnis regelt. Die nicht angefochtenen Verfügungen der Spitalliste erwachsen in Rechtskraft (BVGE 2012/9 E. 3.3; Urteil des BVGer C-4302/2011 vom 15. Juli 2015 E. 2.2.1).

**2.3** Die Beschwerdeführerin hat die sie betreffende Verfügung des vorinstanzlichen Spitallistenbeschlusses nicht insgesamt angefochten. Sie hat die Aufhebung beziehungsweise Abänderung des angefochtenen Beschlusses bezüglich der Leistungsgruppen GYNT (Standort Lindenhof), GEB1.1 (Standort Lindenhof) sowie NEU3 (Standorte Lindenhof und Sonnenhof) beantragt. Der angefochtene Beschluss Nr. 428/2019 vom 8. Mai 2019 wurde mit Beschluss Nr. 1045/2020 vom 16. September 2020 lite pendente wiedererwägungsweise teilweise aufgehoben, indem der Beschwerdeführerin der Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe NEU3 am Standort Lindenhof rückwirkend unbefristet erteilt wurde. Damit wurde der

Beschwerdeführerin mehr zugesprochen, als sie beschwerdeweise verlangt hat. Soweit die Beschwerdeführerin die Berichtigung des angefochtenen Beschlusses bzw. seines Anhangs betreffend den Leistungsauftrag NEU3 am Standort Lindenhof beantragt (Rechtsbegehren Nr. 3), ist die Beschwerde daher gegenstandslos geworden. Der Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens beschränkt sich somit auf die Leistungsgruppen GYNT (Standort Lindenhof), GEB1.1 (Standort Lindenhof) sowie NEU3 (Standort Sonnenhof). Die mit Beschluss Nr. 1045/2020 vom 16. September 2020 wiedererwägungsweise Zusprache eines befristeten Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe THO1.1 am Standort Lindenhof betrifft den Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens nicht, zumal in der Beschwerde vom 6. Juni 2019 kein Rechtsbegehren in Bezug auf die Leistungsgruppe THO1.1 gestellt wurde, sondern lediglich im Rahmen der Beschwerdebegründung darauf hingewiesen wurde, dass die Begründung des angefochtenen Beschlusses fehlerhaft sei.

**2.4** Weiter hat die Beschwerdeführerin beschwerdeweise die Erteilung eines Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe URO1 am Standort Engeried beantragt. Die Vorinstanz beantragt, dass auf dieses Rechtsbegehren nicht einzutreten sei, weil im vorliegenden Beschwerdeverfahren kein neues Gesuch um Erteilung eines Leistungsauftrags gestellt werden dürfe. Vielmehr stehe es der Beschwerdeführerin frei, ein erneutes Gesuch beim Kanton Bern einzureichen und damit formell ein neues Gesuchsverfahren auszulösen, damit der zuständige Gesamregierungsrat darüber befinden könne.

**2.4.1** Gemäss Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG sind in einem Beschwerdeverfahren betreffend einen Spitalistenbeschluss neue Begehren unzulässig. Die Neuheit eines Begehrens im Sinne von Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG bestimmt sich analog der Praxis des Bundesgerichts zu Art. 99 BGG (SR 173.110) nach dem Streitgegenstand. Dieser kann vor Bundesverwaltungsgericht nur noch eingeschränkt, aber nicht ausgeweitet oder geändert werden. Massgebend ist der Vergleich der im Beschwerdeverfahren und der im Verfahren vor der Vorinstanz gestellten Anträge (Urteil des BVGer C-220/2012 vom 4. Juni 2012 E. 2.2; vgl. auch BGVE 2014/3 E. 1.5.4).

**2.4.2** Im vorinstanzlichen Verfahren hat sich die Beschwerdeführerin zwar am 8. September 2017 zunächst um einen Leistungsauftrag im Bereich URO1 für den Standort Engeried beworben (act. 211 ff.), hat dieses Gesuch dann aber in ihrer Stellungnahme vom 30. Mai 2018 ohne Angabe von Gründen ausdrücklich zurückgezogen (act. 37 ff.). Die Vorinstanz hatte



daher im Rahmen des angefochtenen Beschlusses nicht über ein Gesuch um Erteilung eines Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe URO1 am Standort Engeried zu entscheiden und hat sich dazu denn auch in Ziffer 2.11.2 («Nicht erteilte Leistungsaufträge») nicht geäußert, sondern hat lediglich in Ziffer 2.11.3 den Rückzug des Antrags um Erteilung eines Leistungsauftrags URO1 vermerkt. Die Abweisung des Gesuchs um Erteilung eines Leistungsauftrags URO1 war daher nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Beschlusses, der den Streitgegenstand im vorliegenden Beschwerdeverfahren begrenzt. Soweit die Beschwerdeführerin vor Bundesverwaltung die Zusprechung eines Teilleistungsauftrags URO1 mit Auflagen am Standort Engeried beantragt, geht sie damit über den zulässigen Streitgegenstand hinaus und stellt damit ein neues und somit unzulässiges Begehren im Sinne von Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG, weshalb darauf nicht einzutreten ist (vgl. Urteil des BVGer C-220/2012 vom 4. Juni 2012 E. 2.2).

### **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 (BVGE 2018 V/3 E. 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 Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, N 48 zu Art. 62).

**3.3** Mit Blick auf Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG, wonach echte tatsächliche Noven unzulässig sind, hat das Bundesverwaltungsgericht bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit eines Spitallistenbeschlusses in der Regel auf den bis zum Beschlusszeitpunkt eingetretenen Sachverhalt abzustellen (zum Verhältnis von Novenverbot und Untersuchungsgrundsatz vgl. BVGE 2014/3

E. 1.5.3 f.; 2014/36 E. 1.5.2). Dieser Grundsatz gilt allgemein in der Sozialversicherungsrechtspflege (vgl. BGE 132 V 215 E. 3.1.1; 130 V 138), nicht aber für übrige Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 117 Rz. 2.204 ff.; SEETHALER/PORTMANN, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, N 78 zu Art. 52). In Beschwerdeverfahren nach Art. 53 Abs. 1 KVG soll das Bundesverwaltungsgericht nicht mit neuen Tatsachen oder Beweismitteln konfrontiert werden, welche der vorinstanzlichen Beurteilung nicht zugrunde lagen; ein Ausnahmefall im Sinne von Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG liegt vor, wenn erst der angefochtene Beschluss dazu Anlass gibt (vgl. BVGE 2014/36 E. 1.5.2; Urteil des BVGer C-195/2012 vom 24. September 2012 E. 5.1.2).

#### **4.**

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV.

**4.1** Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, weshalb seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGE 137 I 195 E. 2.2; 135 I 187 E. 2.2 mit Hinweisen; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, N 28 f. zu Art. 29). Diese Rüge ist deshalb vorweg zu behandeln.

**4.2** Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Zum Gehörsanspruch gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 135 I 279 E. 2.3; 135 II 286 E. 5.1; 132 V 368 E. 3.1 mit Hinweisen).

**4.3** Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 143 III 65 E. 5.2 mit Hinweisen).

**4.4** Die im Einzelfall erforderliche Begründungsdichte richtet sich unter anderem nach der Komplexität der zu beurteilenden Fragen, dem Ermessensspielraum der entscheidenden Behörde und der Dichte der Parteivorbringen (vgl. BVGE 2013/46 E. 6.2.5; BGE 142 II 324 E. 3.6 mit Hinweisen; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz. 103 zu Art. 29). Bei Spitalistenbeschlüssen ist zudem die Besonderheit zu berücksichtigen, dass es sich dabei nicht um eine einzelne Individualverfügung handelt (vgl. zur Rechtsnatur der Spitalliste vorne E. 2.2; BVGE 2012/9 E. 3.2.6). Es wird mithin – sofern es nicht nur um eine Anpassung oder Ergänzung der Spitalliste geht – gleichzeitig über die Gesuche aller Spitäler, die sich um einen Leistungsauftrag beworben haben, entschieden. Wird wie bei Spitalistenentscheiden ein breites Anhörungsverfahren durchgeführt, ist es nicht praktikabel, auf die Stellungnahmen aller Anhö rungsteilnehmenden detailliert einzugehen. Auch können Sachverhalte und Überlegungen, welche verschiedene Rechtssubjekte gleichermaßen betreffen, zusammenfassend dargestellt werden (vgl. BVGE 2013/46 E. 6.2.6; Urteil BVGer C-5573/2017 vom 21. November 2018 E. 5.5).

**4.5** Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sie in ihrer Stellungnahme vom 30. Mai 2018 dargelegt habe, dass sie erhebliche infrastrukturelle und personelle Investitionen in den Aufbau eines Klinikarztsystems in der Leistungsgruppe GYNT vorgenommen habe, welche zum Teil erst Ende 2017 erfolgt seien oder hätten abgeschlossen werden können. Sie habe in diesem Zusammenhang diverse Beweismittel offeriert und Beweisanträge gestellt. Die Vorinstanz habe jedoch nicht einmal die Durchführung des beantragten Parteiverhörs gestattet und habe die Ablehnung nicht begründet. Im angefochtenen Beschluss sei die Vorinstanz auch in keiner Weise auf

die vorgebrachten Argumente eingegangen. Vielmehr habe sie die steigende Tendenz der Fallzahlen pauschal mit einem Hinweis auf die Fallzahlen des Jahres 2017 von der Hand gewiesen. Dabei sei klar, dass die Fallzahlen der Jahre 2018, 2019 und 2020 hätten berücksichtigt werden müssen. Auch eine Auseinandersetzung mit den diesbezüglich eingereichten Beweismitteln habe nicht stattgefunden.

**4.6** Die Vorinstanz hält dem in ihrer Vernehmlassung entgegen, dass sich der Anspruch auf rechtliches Gehör nur auf den rechtserheblichen Sachverhalt beziehe. Im vorliegenden Verfahren seien lediglich die Fallzahlen aus den Jahren 2014 bis 2016 massgeblich und nicht die von der Beschwerdeführerin erwähnten Fallzahlen der Jahre 2017 bis 2019 bzw. das sogar erst in der Zukunft liegende Jahr 2020. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin zu den Fallzahlen nach 2016 hätten daher im angefochtenen Beschluss nicht aufgegriffen werden müssen. Die angebotenen Beweise würden ebenfalls nicht den massgebenden Sachverhalt, sprich die Jahre 2014 bis 2016, betreffen, weshalb sie sich damit nicht habe befassen müssen.

**4.7** Aus den vorliegenden Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen der ersten Anhörung zur neuen Spitalliste in ihrer Stellungnahme vom 30. Mai 2018 unter anderem kritisierte, dass die Vorinstanz bei der Ermittlung der massgeblichen Fallzahlen das Jahr 2017 weggelassen habe, obwohl die entsprechenden Zahlen vorlägen (act. 39 f.). Ihre Fallzahlen aus dem Jahr 2017 reichte sie dabei ein (act. 72 f.). Weiter wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass aufgrund der Erweiterung ihres Belegarztsystems um ein Klinikarztsystem per November 2017 und der Anstellung von zwei erfahrenen gynäkologischen Chirurgen zum Aufbau des Frauenzentrums der Lindenhofgruppe mit einer deutlichen Zunahme von GYNT-Fällen am Lindenhofspital zu rechnen sei. Zudem sei geplant, ein gynäkologisches Krebszentrum nach den Richtlinien der Deutschen Krebsgesellschaft einzurichten und zertifizieren zu lassen. Mit dem Wegfall eines Teilbereichs GYNT würde die sehr gut angelaufene Entwicklung und Professionalisierung der onkologischen Frauenmedizin an der Lindenhofgruppe bereits kurz nach ihrem erfolgreichen Start gefährdet. Ein ernst zu nehmendes gynäkologisches Krebszentrum müsse über das gesamte Leistungsspektrum von GYNT verfügen. Es trifft zwar zu, dass sich die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss zu den Argumenten der Beschwerdeführerin bezüglich ihrer infrastrukturellen und personelle Investitionen in den Aufbau eines Klinikarztsystems im Bereich GYNT nicht ausdrücklich geäußert hat. Sie hat aber ihr Vorgehen bei der Auswahl der

Leistungserbringer erläutert und hinreichend deutlich gemacht, von welchen Überlegungen sie sich bei ihrem Entscheid hat leiten lassen. So geht aus der Begründung des angefochtenen Beschlusses klar hervor, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin den vollen Leistungsauftrag GYNT verweigert hat, weil sie in der Beurteilungsperiode 2014 bis 2016 die entsprechenden Mindestfallzahlen nicht erfüllt hat. Aus der Begründung des angefochtenen Beschlusses ergibt sich weiter, dass die Vorinstanz für die Beurteilung der Mindestfallzahlen die Jahre 2014 bis 2016 als massgebend erachtet und sie die Fallzahlen des Jahres 2017, die im Zeitpunkt der Bewerbungen noch nicht vorlagen, für eine Trendbeurteilung ebenfalls berücksichtigt hat. Damit musste der Beschwerdeführerin klar sein, dass die Vorinstanz für die Prüfung der Mindestfallzahlen eine mögliche Entwicklung der Fallzahlen in der Zukunft nicht als massgebend erachtete. Es stellt daher keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, wenn die Vorinstanz Beweisanträge, die sich auf die künftige Entwicklung der Fallzahlen beziehen, abgewiesen hat, hätten diese bei dieser Ausgangslage am Ergebnis nichts mehr ändern können (antizipierte oder vorweg genommene Beweiswürdigung; BGE 134 I 140 E. 5.3; 124 V 90 E. 4b). Die Beschwerdeführerin war zudem ohne Weiteres in der Lage, den Beschluss sachgerecht anzufechten. So zielen denn auch die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin primär auf ein reformatorisches Urteil ab (vgl. Urteil des BVGer C-1319/2018, C-1439/2018, C-1470/2018 vom 6. September 2019 E. 3.2). Eine Verletzung der Begründungspflicht ist daher – auch mit Blick auf die Besonderheiten eines Spitalistenbeschlusses – zu verneinen. Ob das Vorgehen der Vorinstanz bei der Verweigerung des vollen Leistungsauftrags GYNT bundesrechtskonform ist, wird im Rahmen der nachfolgenden materiellen Beurteilung zu prüfen sein.

## **5.**

In materieller Hinsicht ist streitig, und – unter dem Blickwinkel der eingeschränkten Kognition des Bundesverwaltungsgerichts in Beschwerdeverfahren betreffend Spitalisten – zu prüfen, ob die Vorinstanz der Beschwerdeführerin Leistungsaufträge für weitere Leistungsgruppen hätte erteilen müssen. Für diese Beurteilung sind namentlich die nachfolgend aufgeführten bundesrechtlichen Bestimmungen massgebend.

**5.1** 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 eine ausreichende ärztliche Betreuung gewährleisten

(Bst. a), über das erforderliche Fachpersonal (Bst. b) und zweckentsprechende medizinische Einrichtungen verfügen und eine zweckentsprechende pharmazeutische Versorgung gewährleisten (Bst. c). Im Weiteren 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). Bst. e setzt schliesslich voraus, dass die Spitäler oder die einzelnen Abteilungen in der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons aufgeführt sind.

**5.2** Art. 39 Abs. 1 Bst. a-c KVG regeln die Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen, welche in erster Linie durch die Behörden des Standortkantons 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 des BVGer C-6266/2013 vom 29. September 2015 E. 3.2, je m.w.H.).

**5.3** Seit dem 1. Januar 2009 sind die Kantone nach Art. 39 KVG zudem 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.

**5.4** 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).

**5.5** 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 Spitalliste  
gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG zu sichern ist, damit die Versorgung ge-  
währleistet ist. Dieses Angebot entspricht dem nach Art. 58b Abs. 1 KVV  
ermittelten Versorgungsbedarf abzüglich des nach Art. 58b Abs. 2 KVV er-  
mittelten 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 so-  
wie die Bereitschaft und Fähigkeit der Einrichtung zur Erfüllung des Lei-  
stungsauftrages (Abs. 4). Weiter werden die Kriterien festgelegt, welche bei  
der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit und Qualität zu beachten sind, näm-  
lich die Effizienz der Leistungserbringung, der Nachweis der notwendigen  
Qualität und im Spitalbereich die Mindestfallzahlen und die Nutzung von  
Synergien (Abs. 5).

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

**5.7** Nach Art. 58d KVV müssen die Kantone im Rahmen der Verpflichtung  
zur interkantonalen Koordination der Planungen nach Art. 39 Abs. 2 KVG  
insbesondere die nötigen Informationen über die Patientenströme auswer-  
ten und diese mit den betroffenen Kantonen austauschen (Bst. a) und die  
Planungsmassnahmen mit den davon in ihrer Versorgungssituation be-  
troffenen Kantonen koordinieren (Bst. b).

**5.8** Art. 58e KVV sieht vor, dass die Kantone auf ihrer Liste nach Art. 39  
Abs. 1 Bst. e KVG die inner- und ausserkantonalen Einrichtungen auffüh-  
ren, die notwendig sind, um das nach Art. 58b Abs. 3 KVV bestimmte An-  
gebot 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 Leistungsauf-  
trag nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG. Dieser kann insbesondere die Pflicht  
zum Notfalldienst beinhalten (Abs. 3).

**5.9** 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. spä-

testens auf den 1. Januar 2015) den Anforderungen von Art. 39 KVG entsprechen. Dabei müssen sie auf Betriebsvergleiche zu Qualität und Wirtschaftlichkeit abgestützt sein.

## **6.**

Bei der Spitalplanung lassen sich zwei Etappen unterscheiden: die Bedarfsermittlung und die Bedarfsdeckung. Zuerst hat der planende Kanton für seine Einwohnerinnen und Einwohner den Bedarf an stationärer Behandlung zu ermitteln. Nach der Bedarfsermittlung erfolgt die Phase der Bedarfsdeckung mit der Auswahl der Leistungserbringer (vgl. Urteil des BVGer C-6266/2013 vom 29. September 2015 E. 4.2).

**6.1** Im vorliegenden Fall ist die erste Stufe der vorinstanzlichen Spitalplanung, das heisst die Bedarfsermittlung, grundsätzlich nicht umstritten.

**6.1.1** Grundlage für die neue Spitalliste 2019 des Kantons Bern bildet gemäss angefochtenem Beschluss die Versorgungsplanung 2016, die zum Ziel habe, im Kanton Bern für eine ausreichende und wirtschaftlich tragbare medizinische und pflegerische Versorgung der Bevölkerung und die Bereitstellung der dafür notwendigen Einrichtungen zu sorgen. Der gegenwärtige und künftige Bedarf der Berner Bevölkerung an stationären Leistungen im Bereich der Akutsomatik wurde in der Versorgungsplanung 2016 anhand die sieben geografischen Versorgungsräume Bern, Berner Jura, Berner Oberland Ost, Berner Oberland West, Biel, Emmental und Ob- und Nid aargau ermittelt (Versorgungsplanung 2016, S. 52 f.). Zur Erreichung des Ziels einer stufengerechten Gesundheitsversorgung der Kantonsbevölkerung wurde das stationäre Angebot in die drei Versorgungsregionen regional, überregional und kantonal gegliedert (abgestuftes Versorgungsmodell). Diesen Versorgungsregionen wurden die stationären Leistungen der Akutsomatik (Leistungsgruppen bzw. Leistungsbereiche der kantonalen SPLG-Systematik) zugeordnet. Je allgemeiner eine stationäre Leistung sei und damit auch häufiger in Anspruch genommen werde, desto wohnortnäher könne sie in der Regel durch Spitäler erbracht werden. Je seltener eine stationäre Leistung erbracht werde, desto höher sei in der Regel der Spezialisierungsgrad. Bei spezialisierten Leistungen, aber auch bei Leistungen, deren Vorhaltekosten vergleichsweise hoch seien, könne und solle die Leistungserbringung nicht in jedem Fall wohnortnah erfolgen (Versorgungsplanung 2016 S. 68 ff.).

**6.1.2** Für den Kanton Bern ist ein Leistungserbringer aufgrund seines Leistungsvolumens versorgungsrelevant, wenn er:



- im Bereich der stationären Leistungen mit einer regionalen Versorgungsstufe in zwei von drei aufeinanderfolgenden Referenzjahren mindestens 10 Berner Fälle aufweist,
- im Bereich der stationären Leistungen mit einer überregionalen Versorgungsstufe in zwei von drei aufeinanderfolgenden Referenzjahren mindestens 10 Berner Fälle und mindestens 2 Prozent aller Berner Fälle aufweist,
- im Bereich der stationären Leistungen mit einer kantonalen Versorgungsstufe in zwei von drei aufeinanderfolgenden Referenzjahren mindestens 10 Berner Fälle und mindestens 5 Prozent aller Berner Fälle aufweist.

Bei einer fehlenden Versorgungsrelevanz für den Beitrag zur Deckung des gegenwärtigen Bedarfs erteile der Kanton Bern in der Regel keinen Leistungsauftrag (Versorgungsplanung 2016, S. 80).

**6.2** Strittig ist die Auswahl der Leistungserbringer, die den ermittelten Bedarf decken sollen, namentlich die Nichterteilung des vollständigen Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe GYNT (Standort Lindenhof), für die Leistungsgruppe GEB1.1 (Standort Lindenhof) sowie für die Leistungsgruppe NEU3 (Standort Sonnenhof) an die Beschwerdeführerin.

**6.2.1** Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Beschluss fest, dass für die Auswahl der Leistungserbringer, denen ein Leistungsauftrag erteilt werde, die Kriterien Fähigkeit (Eignung), Bedarf (an KVG-relevanten stationären Leistungen, Versorgungsrelevanz), Qualität (insbesondere Struktur und Prozessanforderungen sowie konsequente Einhaltung der Vorgaben zu Mindestfallzahlen), Wirtschaftlichkeit (schweregradbereinigte Fallkosten pro Spitalstandort) und Zugang (regionale Erreichbarkeit der stationären Leistungen) massgebend seien. Die Leistungserbringer für die neue Spitalliste seien in einem zweistufigen Verfahren ausgewählt worden. Dabei sei zunächst anhand der generellen und leistungsspezifischen Anforderungen gemäss der «SPLG-Systematik Akutsomatik BE» (Version 2017\_02.00) und den «Anforderungen und Erläuterungen SPLG Akutsomatik BE» (Version 2017\_02.00) die Eignung eines Spitals zur Leistungserbringung geprüft worden. Das Eignungskriterium der Mindestfallzahlen, das in 26 Leistungsgruppen Mindestfallzahlen vorgeschrieben worden sei, stelle sicher, dass das Spital nach objektiven medizinischen Kriterien zur Deckung des tatsächlich vorhandenen und daher zu versorgenden Bedarfs

beitragen könne. Aus der Eignung eines Spitals allein entstehe aber kein Anspruch auf einen kantonalen Leistungsauftrag. Sofern die angebotenen Leistungen aller interessierten und geeigneten Spitäler aber dem ermittelten Bedarf entsprechen würden, erhielten alle interessierten und geeigneten Spitäler einen kantonalen Leistungsauftrag. Sofern jedoch die Gesamtheit der zur Leistungserbringung geeigneten Spitäler insgesamt zu einem Überangebot führen würden, müsse der Kanton eine Auswahl treffen. In diesem Fall werde das Auswahlverfahren auf einer zweiten Stufe fortgesetzt. Auf dieser zweiten Stufe würden insbesondere die Kriterien der Wirtschaftlichkeit, Qualität und Zugang zur Anwendung kommen. Zudem prüfe der Kanton, welches Spital den Versorgungszielen insgesamt und den Planungsgrundsätzen am besten gerecht werde.

## 7.

Der Beschwerdeführerin wurde für die Leistungsgruppe GYNT im angefochtenen Beschluss nur ein Teilleistungsauftrag (beschränkt auf die ehemaligen Leistungsgruppen GYN1.3 und GYN1.4) erteilt. Sie macht einen Anspruch auf die Erteilung eines gesamten Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe GYNT, eventualiter auf eine befristete Zuteilung der ehemaligen Leistungsgruppen GYN1.1 und GYN1.2 geltend.

**7.1** Die SPLG-Systematik Akutsomatik BE sieht im Bereich Gynäkologie unter anderem einen Leistungsauftrag GYNT (Gynäkologische Tumore) mit einer Mindestfallzahl von 20 pro Spital vor. In einer Fussnote der SPLG-Systematik Akutsomatik BE wird darauf hingewiesen, dass im Kanton Bern der Leistungsauftrag GYNT mit einer Einschränkung erteilt werden kann: «Der Leistungsauftrag GYNT umfasst nur «Maligne Neoplasien des Corpus uteri» (bisher GYN1.3) und «Maligne Neoplasien des Ovar» (bisher GYN1.4). «Maligne Neoplasien der Vulva und der Vagina» (bisher GYN1.1) und «Maligne Neoplasien der Zervix» (bisher GYN1.2) sind vom Leistungsauftrag ausgeschlossen» (act. 294 f.). In einer weiteren Fussnote wird festgehalten, dass beim Leistungsauftrag GYNT die vorgegebene Mindestfallzahl (S 20) in jedem Fall d.h. auch bei der Erteilung eines Teilleistungsauftrags zu erbringen ist (act. 294).

**7.2** Im angefochtenen Beschluss wird festgehalten, dass zur Beurteilung der Frage, ob die Beschwerdeführerin die geforderten Mindestfallzahlen erreicht habe, die in den Jahren 2014-2016 in den ehemaligen Leistungsgruppen GYN1.1, GYN1.2, GYN1.3 und GYN1.4 erreichten Fallzahlen herangezogen worden seien. Mit dem Betrachtungszeitraum von drei Jahren (2014-2016) werde sichergestellt, dass keine zufälligen Schwankungen die

Betrachtung der Mindestfallzahlen verfälschen würden. Die Nichterteilung des ganzen Leistungsauftrags GYNT wird im angefochtenen Beschluss damit begründet, dass die Beschwerdeführerin die geforderten Mindestfallzahlen am Standort Lindenhof in den massgebenden Jahren 2014 bis 2016 nicht erreicht habe. Im Kanton Bern seien die sehr wenigen und spezialisierten Fälle in den ehemaligen Leistungsgruppen GYN1.1 und GYN1.2 (2014: 28 Fälle; 2015: 33 Fälle, 2016: 25 Fälle) praktisch ausschliesslich am Inselspital behandelt worden. In der Arbeitsgruppe ASLA habe Einigkeit darüber bestanden, dass diese Leistungen am Inselspital konzentriert werden müssten. Die gemäss SPLG-Systematik Akutsomatik BE geforderten Mindestfallzahlen (S 20) für den Leistungsauftrag GYNT würden wie folgt angewendet: Für die ehemaligen Leistungsgruppen GYN1.1 und GYN1.2 seien gesamthaft 20 Fälle und auch für die ehemaligen Leistungsgruppen GYN1.3 und GYN1.4 seien gesamthaft 20 Fälle erforderlich, damit der ganze Leistungsauftrag GYNT erteilt werden könne. Die Beschwerdeführerin habe in den Jahren 2014 bis 2016 die folgenden Fallzahlen erreicht:

Fallzahlen Lindenhof	2014	2015	2016
GYN1.1 und GYN1.2	0	0	0
GYN1.3 und GYN1.4	57	34	41

Die Beschwerdeführerin habe daher die geforderte Mindestfallzahl für den ganzen Leistungsauftrag GYNT nicht erreicht. Auch im Jahr 2017 (2 Fälle) lasse sich keine Tendenz feststellen, wonach die Beschwerdeführerin deutlich mehr Fälle in den Bereichen GYN1.1 und GYN1.2 behandelt hätte. Da sie aber in den ehemaligen Leistungsgruppen GYN1.3 und GYN1.4 in den Jahren 2014 bis 2016 durchschnittlich 44 Fälle pro Jahr behandelt habe, sei ihr der Teilleistungsauftrag zu erteilen.

**7.3** In der Beschwerde wird vorgebracht, dass bei der der Ausschreibung zur Bewerbung noch eine Mindestfallzahl von 20 für den ganzen Bereich GYNT (GYN1.1, GYN1.2, GYN1.3 und GYN1.4) vorgegeben gewesen sei. Die Vorinstanz habe die Anforderungen für die Erteilung eines ganzen Leistungsauftrags GYNT nachträglich erhöht, indem sie die Mindestfallzahl auf 40 (20 Fälle für GYN1.1 und GYN1.2 sowie 20 Fälle für GYN1.3 und GYN1.4) verdoppelt habe. Dies sei in den leistungsspezifischen Anforderungen jedoch nicht vorgesehen und könne den Bewerbern nicht entgegengehalten werden. Eine derartige Änderung der Spielregeln während des Verfahrens verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV). Die nachträgliche Verdoppelung der Mindestfallzahlen

führe dazu, dass der vollständige Leistungsauftrag GYNT nur noch dem Inselspital erteilt werden könne. Damit werde auch die vorgenommene Zusammenführung der ehemaligen Leistungsgruppen GYN1.1-1.4 in die neue Leistungsgruppe GYNT faktisch wieder rückgängig gemacht. Die Unterteilung des Bereichs GYNT in die einzelnen Leistungsgruppen GYN1.1-1.4 sei überdies aus medizinischer Sicht nicht nachvollziehbar und willkürlich. Aus der Konzentration der Leistungsgruppen GYN1.1 und GYN1.2 auf das universitäre Zentrumsspital resultiere eine Ungleichbehandlung, die auf keinen ernsthaften sachlichen Gründen beruhe. Es möge zwar sinnvoll sein, komplexe Eingriffe zwecks Qualitätssicherung auf grössere Kliniken zu konzentrieren, dass diese aber auch Lehre und Forschung betreiben müssten, sei indes kein sachliches Kriterium. Die seitens der Vorinstanz angeführten Gründe zur ausschliesslichen Zuteilung der Bereiche GYN1.1 und GYN1.2 an das Inselspital, würden auch von der Beschwerdeführerin erfüllt. Die gewünschte Behandlung der Patientinnen durch ein interdisziplinäres und interprofessionelles Team könne auch durch die Beschwerdeführerin gewährleistet werden. Privaten Trägerschaften werde durch die vorgesehene Konzentration am Inselspital der Zugang zur Leistungsgruppe GYNT sehr stark eingeschränkt. Mit Bezug auf die betroffenen Ärzte, namentlich Prof. Dr. med. A.\_\_\_\_\_, der per Ende 2017 neu zur Beschwerdeführerin hinzugestossen sei, komme dies zudem einem partiellen Berufsverbot gleich, welches aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht über die dafür notwendige gesetzliche Grundlage verfüge, nicht im öffentlichen Interesse liege und auch nicht verhältnismässig sei. Prof. Dr. med. A.\_\_\_\_\_ verfüge über die erforderliche Expertise, um sämtliche Eingriffe aus dem Bereich GYNT, namentlich auch aus den Bereichen GYN1.1 und GYN1.2, durchzuführen. Die von der Vorinstanz gewünschte Konzentration der Bereiche GYN1.1 und GYN1.2 am Inselspital und die daraus resultierende Änderung der Anwendung der Mindestfallzahlen seien daher rechtlich unzulässig. Gemäss Ausschreibung bestehe ein Rechtsanspruch auf Zuteilung der gesamten Leistungsgruppe GYNT (inkl. GYN1.1 und GYN1.2), sofern die erforderliche Mindestfallzahl von 20 Fällen für den gesamten Bereich erreicht werde. Es komme hinzu, dass die Beschwerdeführerin die infrastrukturellen und personellen Anforderungen für GYN1.1 und GYN1.2 nachweise. Am Standort Lindenhof sei im massgeblichen Zeitraum für die Leistungsgruppe GYNT im Mittel 44 Fälle pro Jahr erreicht worden, weshalb das Kriterium der Fallzahlen erfüllt sei und ihr daher für die gesamte Leistungsgruppe GYNT ein Leistungsauftrag hätte erteilt werden müssen. Aufgrund der erheblichen infrastrukturellen und personellen Investitionen, welche zum Teil erst Ende 2017 erfolgt seien oder hätten abgeschlossen werden können, hätte ihr für die Leistungsgruppen GYN1.1

und GYN1.2 zumindest ein befristeter Leistungsauftrag erteilt werden müssen. Die Möglichkeit der befristeten Erteilung eines Leistungsauftrags sei ausdrücklich in den Anforderungen und Erläuterungen zu den Leistungsgruppen vorgesehen und sei auch nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verhältnismässigkeitsprinzip angezeigt.

**7.4** Die Vorinstanz hält dem in ihrer Vernehmlassung entgegen, dass die beiden Leistungsgruppen GYN1.1 und GYN1.2 hochkomplexe, selten vorkommende Fälle enthalte. Der Entscheid, diese beiden Leistungsgruppen einem einzigen Leistungserbringer zuzuweisen, beruhe auf einer Empfehlung der Arbeitsgruppe ASLA und sei nicht willkürlich erfolgt. Die Arbeitsgruppe ASLA sei ein medizinisches Fachgremium, das dafür eingesetzt worden sei, die Zürcher SPLG-Leistungsgruppensystematik zu überprüfen und an die Berner Verhältnisse anzupassen. In der Arbeitsgruppe ASLA habe darüber Einigkeit bestanden, dass die ehemaligen Leistungsgruppen GYN1.1 und GYN1.2 aufgrund ihrer Seltenheit und hohen Spezialisierung an das Zentrumsspital, d.h. ans Universitätsspital Insel, gehörten. Die Konzentration auf den einzigen bisherigen Leistungserbringer, welcher die Mindestfallzahl erreicht habe, sei für die Qualität der stationären Behandlung angezeigt. Durch allfällige zusätzliche Leistungsaufträge GYN1.1 und GYN1.2 gingen Fälle am Universitätsspital verloren. Zudem würde wegen der geringen Fallzahlen gar kein Leistungserbringer mehr die Mindestfallzahl erreichen. Eine Ausdehnung der Leistungsaufträge würde so zu einer Ausdünnung der Erfahrung für diese komplexen Fälle und zu einer erhöhten Gefahr von nicht medizinisch indizierten Mengenausweitungen führen. Weiter hält die Vorinstanz fest, dass es nicht zutrefte, dass sie die Spielregeln während des Verfahrens geändert habe. Die Empfehlungen der Arbeitsgruppe ASLA und die daraus entstandene SPLG-Systematik für den Kanton Bern seien den Spitälern vor Gesuchseinreichung bekannt gegeben worden. Im Verfügungsentwurf, welcher der Beschwerdeführerin am 30. April 2018 zur Stellungnahme zugeschickt worden sei, sei auf die Handhabung der Mindestfallzahlen im Bereich GYNT hingewiesen worden. Es sei zudem nicht die Aufgabe des Kantons, mit der Erteilung von Leistungsaufträgen die Berufstätigkeit einzelner Fachärzte an einem bestimmten Spital sicherzustellen. Mit der Nichterteilung des vollen Leistungsauftrags GYNT werde Prof. Dr. med. A. \_\_\_\_\_ ohnehin kein Berufsverbot auferlegt. Er könne seinen Beruf nach wie vor ausüben, sei es an einem Spital, welches den entsprechenden Leistungsauftrag habe, sei es am einem Spital, bei welchem die Patientinnen die Behandlung wegen des fehlenden Leistungsauftrags selbst bezahlen. Die Kritik der Beschwerdeführerin, wo-

nach die Konzentration im Bereich GYN1.1 und GYN1.2 beim Universitäts-  
spital einseitig die Privatspitäler betreffe, treffe nicht zu. Betroffen seien  
auch alle übrigen Leistungserbringer.

**7.5** Das BAG weist in seinem Fachbericht darauf hin, dass die Vorinstanz die neu geltenden Mindestfallzahlen der Beschwerdeführerin nach dem Start des Bewerbungsverfahrens am 8. September 2017 kommuniziert habe. Zum Zeitpunkt der Bewerbung habe die Beschwerdeführerin zwar davon ausgehen dürfen, dass sie die Anforderungen für die Mindestfallzahl für den ganzen Leistungsauftrag GYNT erfülle. Dies bedeute aber nicht, dass sie ein Anrecht auf Erteilung des entsprechenden Leistungsauftrags habe. Ein Kanton dürfe während eines Planungsprozesses die Parameter für die Auswahl der Leistungserbringer im Rahmen seines Ermessensspielraum und in Bezug auf das Ziel der bedarfsgerechten Spitalversorgung verfeinern. Ein Spital müsse erwarten, dass sich die Auswahl auf strengere Kriterien stütze, wenn der Kanton eine grosse Angebotsauswahl zur Verfügung habe, als wenn er wegen einer drohenden Unterversorgung einen kleinen Spielraum habe. Unerlässlich sei jedoch, dass ein Kanton die gleichen Kriterien für allen Leistungsbewerber anwende und somit eine Ungleichbehandlung vermeide. Es sei auch richtig, dass die Vorinstanz den Empfehlungen der Arbeitsgruppe ASLA Rechnung trage. Die Beschwerdeführerin wisse, dass sie nur für die OKP tätig sein könne, wenn sie auf der Spitalliste aufgeführt sei. Es liege daher in ihrer Verantwortung, die Konsequenzen der getätigten Personaleinstellungen und Investitionen zu tragen.

**7.6** Zunächst ist nochmals darauf hinzuweisen, dass das Gesetz den einzelnen Spitälern keinen Rechtsanspruch auf Aufnahme in die Spitalliste gibt. Vielmehr haben die zuständigen kantonalen Behörden vorhandene Synergien zu nutzen (Art. 58b Abs. 5 Bst. c KVV). Sie haben einen erheblichen Ermessensspielraum (auch bezüglich der Auswahl der Leistungserbringer), welcher in Bezug auf die Angemessenheit der Entscheidung vom Bundesverwaltungsgericht nicht überprüft werden kann (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG; BGE 133 V 123 E. 3.3; C-6007/2016 E. 8.9; EUGSTER, a.a.O., S. 655 f. Rz. 803). Angemessenheit ist die den Umständen angepasste Lösung im rechtlich nicht normierten Handlungsspielraum. Hält sich die Behörde an den Ermessensspielraum und übt ihr Ermessen unzweckmässig aus, handelt sie unangemessen, aber nicht rechtswidrig. Übt sie dagegen ihr Ermessen in einer Weise aus, dass die getroffene Anordnung dem Zweck der gesetzlichen Ordnung widerspricht, liegt Ermessensmissbrauch vor (vgl. BGE 142 II E. 4.2.3). Von Missbrauch des Ermessens wird ge-

sprochen, wenn die Behörde zwar im Rahmen des ihr vom Gesetz eingeräumten Ermessens handelt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt und insbesondere allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot der Willkür oder von rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., 2. Aufl. 2013, S. 109 Rz. 184).

**7.7** Hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin kritisierten Aufteilung des Leistungsauftrags GYNT ergibt sich aus den Ausführungen der Vorinstanz und den Akten, dass diese ihren Entscheid, im Bereich der Leistungsgruppe GYNT in Abweichung von der Zürcher Leistungsgruppensystematik auch einen Teilleistungsauftrag (eingeschränkt auf GYN1.3 und GYN1.4) vorzusehen, auf eine Empfehlung der Arbeitsgruppe ASLA abgestützt hat. Diese Arbeitsgruppe, setzt sich aus (ärztlichen) Vertretern der beiden Berner Spitalverbände «Netzwerk die spitäler.be» und des Verbands der Privatspitäler des Kantons Bern (VPSB) sowie Vertretern der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (GEF) zusammen. Sie hat den Auftrag zu prüfen, inwiefern die Anforderungen der Zürcher Leistungsgruppensystematik an die Verhältnisse im Kanton Bern anzupassen sind, und entsprechende Empfehlungen zu erarbeiten (act. 349 ff.). Die Arbeitsgruppe hielt an einer Sitzung vom 13. Juni 2017 fest, dass Operationen im Bereich GYN1.1 und GYN1.2 seltener vorkommen würden als Operationen im Bereich GYN1.3 und GYN1.4, weshalb sich die Frage stelle, ob bei dieser Leistungsgruppe ein Teilleistungsauftrag zu erteilen sei. Es wurde geäussert, dass es nicht sinnvoll sei, GYN1.1 und GYN1.2 zusammen in einen Topf mit GYN1.3 und GYN1.4 zu werfen und dass die Bereiche GYN1.1 und GYN1.2 ans Zentrum gehörten. Die Arbeitsgruppe sprach sich dafür aus, dass der Leistungsauftrag entweder ganz oder mit der Einschränkung «ohne GYN1.1 und GYN1.2» erteilt werden kann (vgl. Sitzungsprotokoll vom 13. Juni 2017 [act. 342 ff.]). Die Aufteilung des Leistungsauftrags GYNT stützt sich daher auf sachliche und nachvollziehbare Gründe, weshalb nicht ersichtlich ist, weshalb das Vorgehen der Vorinstanz willkürlich sein sollte. Willkürlich ist ein Entscheid nicht bereits dann, wenn eine andere Lösung – hier eine ausschliessliche Erteilung von vollständigen Leistungsaufträgen im Bereich GYNT – allenfalls vertretbar erschiene 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. Will-

kür liegt nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheides, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist (BGE 135 V 2 E. 1.3 mit Hinweisen). Davon kann hier keine Rede sein. Zudem ist nicht ersichtlich, dass die leistungsspezifischen Anforderungen an den Leistungsauftrag GYNT rechtswidrig angewendet wurden. Im Übrigen wurden die Bewerber für einen Leistungsauftrag bereits mit den Bewerbungsunterlagen, die am 30. Juni 2017 versandt wurden, darüber informiert, dass im Bereich GYNT auch Teilleistungsaufträge vergeben werden können. Aus dem Dargelegten folgt, dass keine ermessensmissbräuchliche Aufteilung des Leistungsauftrags im Bereich GYNT vorliegt. Angesichts des weiten Gestaltungsspielraums der Vorinstanz ist es nicht Sache des Gerichts zu entscheiden, ob die Aufteilung des Leistungsauftrags GYNT angemessen ist oder ob es zweckmässiger wäre, in dieser Leistungsgruppe nur ungeteilte Leistungsaufträge zu erteilen.

**7.8** Weiter ist es grundsätzlich zulässig, dass die Vorinstanz für die Erteilung eines Leistungsauftrags für eine bestimmte Leistungsgruppe das Erreichen einer Mindestfallzahl verlangt (vgl. dazu Urteil des BVGer C-2887/2019 vom 26. Januar 2021 E. 6).

**7.8.1** Mindestfallzahlen pro Spital gemäss Art. 58b Abs. 5 KVV sind anerkannte Qualitätsindikatoren (BVGE 2018 V/3 E. 7.6.6; Urteil des BVGer C-5573/2017 vom 21. November 2018 E. 11.3). Durch die Behandlung einer Mindestzahl von Fällen erhält ein Spital bzw. das Behandlungsteam Routine und Erfahrung, wodurch die Behandlungsqualität sichergestellt werden soll (vgl. Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 11.7.4). In der Schweiz werden zunehmend Mindestfallzahlen für Spitalbehandlungen gefordert. Verschiedene Studien belegen grundsätzlich einen Zusammenhang zwischen Fallzahlen und Qualität. Je mehr Fälle, desto höher die Qualität. Allerdings lässt sich bei den meisten Behandlungen kein exakter Schwellenwert ableiten, das heisst es können keine Aussagen darüber gemacht werden, ab welcher Fallzahl die Qualität deutlich steigt bzw. unterhalb welcher Fallzahl die Qualität eines bestimmten Eingriffs mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr genügt (BGE 145 V 170 E. 6.4). Die Vorgabe von Mindestfallzahlen soll aber nicht nur die Qualität, sondern auch die Effizienz und Wirtschaftlichkeit fördern (Urteile des BVGer C-6266/2013 vom 29. September 2015 E. 4.3.4; C-401/2012 vom 28. Januar 2014 E. 9.2 und E. 14; vgl. BGE 138 II 398 E. 7.2.2).

**7.8.2** Ein Kanton kann für bestimmte Leistungsgruppen im Rahmen der leistungsspezifischen Anforderungen Mindestfallzahlen festsetzen (BVGE



2018 V/3 E. 7.6.6.2; vgl. Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung, Empfehlung 6, S. 14). Gemäss der Rechtsprechung ist die Mindestfallzahl ein zulässiges Kriterium für den Ausschluss bestimmter Leistungserbringer, zumal die damit verbundene Konzentration des Leistungsangebots zur Steigerung der Qualität beiträgt und auch der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung förderlich ist (Urteil des BVGer C-401/2012 vom 28. Januar 2014 E. 9.2). Die Einhaltung von Mindestfallzahlen kann daher als Voraussetzung für die Zuteilung bestimmter Leistungen vorgesehen werden (vgl. auch BERNHARD RÜTSCHÉ, Rechtsgutachten vom 20. Juni 2011 zuhanden des Kantons Bern: Steuerung der Leistungsmenge im Spitalbereich, S. 53 f. [nachfolgend: Rechtsgutachten]; Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung 2018, Empfehlung 7, S. 14 f.). Mit dem Kriterium der Mindestfallzahlen haben die Kantone zudem einen Hebel, um auf eine Konzentration des Angebots hinzuwirken (vgl. RÜTSCHÉ/PICECCHI, in: Basler Kommentar zum Krankenversicherungsgesetz und zum Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, 2020, N 44 zu Art. 39).

**7.8.3** Die Höhe der Mindestfallzahlen betrifft die Frage nach der Angemessenheit des angefochtenen Beschlusses, die vom Bundesverwaltungsgericht nicht überprüft werden kann (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG; vgl. Urteil des BVGer C-5575/2017 vom 9. Oktober 2018 E. 11.3). Das Gericht hat daher nicht zu beurteilen, ob es zweckmässig ist, dass die Vorinstanz für die Erteilung eines ganzen Leistungsauftrags GYNT verlangt, dass in den ehemaligen Leistungsgruppen GYN1.1 und GYN1.2 mindestens gesamthaft 20 Fälle und auch für die ehemaligen Leistungsgruppen GYN1.3 und GYN1.4 mindestens gesamthaft 20 Fälle erbracht wurden.

**7.9** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die nachträgliche Verdoppelung der Mindestfallzahlen für den ganzen Leistungsauftrag GYNT könne ihr aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben nicht entgegengehalten werden.

**7.9.1** Der Grundsatz von Treu und Glauben statuiert ein Verbot widersprüchlichen Verhaltens und verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden (vgl. Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV). Voraussetzung für eine Berufung auf den Vertrauensschutz ist, dass die betroffene Person sich berechtigterweise auf die Vertrauensgrundlage verlassen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann. Die

Berufung auf Treu und Glauben scheitert, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (BGE 137 I 69 E. 2.5.1; 131 II 627 E. 6; 129 I 161 E. 4.1; je mit Hinweisen; Urteil des BGer 1C\_139/2017 vom 6. Februar 2018 E. 3.2).

**7.9.2** Zunächst ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin aus dem Grundsatz von Treu und Glauben von vorneherein keinen Anspruch auf Erteilung eines ganzen Leistungsauftrags GYNT ableiten kann, besteht doch auch bei Erreichen der Mindestfallzahlen entgegen ihrer Ansicht kein Rechtsanspruch auf Erteilung eines Leistungsauftrags (vgl. Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 10.4.1).

**7.9.3** Gemäss den leistungsspezifischen Anforderungen zur SPLG-Systematik Akutsomatik BE (Fussnote «Mindestfallzahlen»), die den Spitälern mit Eröffnung des Bewerbungsverfahrens am 30. Juni 2017 zugestellt wurden, sind beim Leistungsauftrag GYNT «die vorgegebenen Mindestfallzahlen (S 20) in jedem Fall, d.h. auch bei der Erteilung eines Teilleistungsauftrags zu erbringen». Diese Anforderung durfte die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt ihrer Bewerbung rein grammatikalisch betrachtet zwar durchaus so verstehen, dass für die Erteilung eines ganzen Leistungsauftrags GYNT lediglich eine Mindestfallzahl von 20 zu erreichen ist. Im Entwurf des angefochtenen Beschlusses, den die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zur Gewährung des rechtlichen Gehörs am 30. April 2018 zugestellt hat, legte die Vorinstanz dann aber dar, dass sie die Mindestfallzahlen im Bereich GYNT wie folgt anwende: Für die ehemaligen Leistungsgruppen GYN1.1 und GYN1.2 seien gesamthaft 20 MFZ und auch für die ehemaligen Leistungsgruppen GYN1.3 und GYN1.4 seien gesamthaft 20 MFZ erforderlich, um den ganzen Leistungsauftrag GYNT zu erteilen. Der Beschwerdeführerin war daher bereits vor Erlass des angefochtenen Beschlusses bekannt, wie die Vorinstanz die Mindestfallzahlen im Bereich GYNT anwendet und dass auch in den Bereichen GYN1.1 und GYN1.2 eine Fallzahl von 20 nachgewiesen werden muss. Vor dem Hintergrund, dass die Arbeitsgruppe ASLA (Protokoll vom 13. Juni 2017) bereits vor Eröffnung des Bewerbungsverfahrens aufgrund der Seltenheit und Komplexität der Eingriffe eine Konzentration der Leistungsgruppen GYN1.1 und GYN1.2 beim Inselspital empfahl, ist nicht davon auszugehen, dass die Vorinstanz treuwidrig die leistungsspezifischen Anforderungen erst im Laufe des Verfahrens zu Lasten der Beschwerdeführerin abänderte.

**7.10** Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Anwendung der Mindestfallzahlen im Bereich GYNT sei willkürlich, weil sie dazu führe, dass

nur noch dem Inselehospital ein ganzer Leistungsauftrag erteilt werde, ist dem entgegenzuhalten, dass es nicht grundsätzlich KVG-widrig ist, dass die vorinstanzlichen Anwendung der Mindestfallzahlen im Bereich GYNT zu einer Konzentration des Leistungsangebots in den ehemaligen Leistungsgruppen GYN1.1 und GYN1.2 führt (vgl. BVGE 2018 V/3 E. 7.6.6.3 E. 9.6; Urteil des BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016 E. 5.4.3 mit Hinweisen). Dass diese Angebotskonzentration bei jenem Spital mit der grösseren Erfahrung im Bereich GYN1.1 und GYN1.2 stattfindet und zulasten der Beschwerdeführerin mit dem geringeren Leistungsvolumen geht, ist nicht zu beanstanden (vgl. Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 11.4.4). Ein willkürliches Vorgehen ist somit auch diesbezüglich nicht ersichtlich. Nicht zu äussern hat sich das Gericht zur Frage der Angemessenheit einer Konzentration des Angebots im Bereich GYN1.1 und GYN1.2 beim Inselehospital (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG; vgl. Urteil des BVGer C-6007/2016 vom 7. Februar 2018 E. 8.8).

**7.11** Zur von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Ungleichbehandlung von Konkurrenten 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; vgl. Urteil C-5603/2017 vom 14. September 2018 [nicht in BVGE 2018 V/3 publizierte] E. 16.6; C-490/2016 vom 10. Mai 2017 E. 7.4; EUGSTER, a.a.O., S. 656 Rz. 804). Hinweise auf eine rechtsungleiche Behandlung der Beschwerdeführerin oder eine Verletzung des Grundsatzes, wonach Privatspitäler angemessen zu berücksichtigen sind (vgl. Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG), sind vorliegend nicht ersichtlich (vgl. dazu auch EUGSTER, a.a.O., S. 660 Rz. 822 f.), wurde das Auswahlkriterium der Mindestfallzahl im Bereich GNYT doch auf alle interessierten Leistungserbringer, unabhängig ihrer Trägerschaft, gleich angewendet.

**7.12** Was den Einwand der Beschwerdeführerin anbelangt, die Konzentration von GYN1.1 und GYN1.2 am Inselehospital bedeute für ihre betroffenen Ärzte, namentlich Prof. Dr. med. A. \_\_\_\_\_, ein partielles Berufsverbot, ist darauf hinzuweisen, dass der angefochtene Spitalistenbeschluss weder die Zulassung eines einzelnen Spitalarztes zur Berufsausübung noch seine Zulassung zur Tätigkeit (in einem bestimmten Teilbereich) zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zum Gegenstand hat. Ein

vom Spital angestellter Arzt kann sich nicht auf einen Anspruch berufen, zulasten der OKP tätig zu sein (vgl. BVGE 2018 V/3 E. 11.7; C-426/2012, C-452/2012 E. 1.4.3; BGE 138 II 398 E. 3.9.2; 132 V 6 E. 2.5.2), weshalb die Beschwerdeführerin in dieser Hinsicht nichts zu ihren Gunsten ableiten kann.

**7.13** Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Errichtung eines Krebszentrums bereits Investitionen in Infrastruktur und Personal getätigt habe, wie auch die geltend gemachte drohende Nichtanerkennung als Krebszentrum verschaffen ihr keinen Anspruch auf Erteilung eines vollständigen Leistungsauftrags GYNT bzw. einen (befristeten) Leistungsauftrag für GYN1.1 und GYN1.2 (vgl. Urteil des BVGer C-5379/2019 vom 2. Juli 2019 E. 5.7; Urteil C-5603/2017 vom 14. September 2018 [nicht in BVGE 2018 V/3 publizierte] E. 16.5). Soweit die Beschwerdeführerin darauf hinweist, dass Prof. Dr. med. A. \_\_\_\_\_ ein ausgewiesener Fachmann sei, vermag dies die Verweigerung der Erteilung eines vollständigen Leistungsauftrags GYNT schliesslich nicht als unverhältnismässig erscheinen lassen (vgl. Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 12).

**7.14** Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, Fallzahlen aus der Vergangenheit seien nicht als Ausschlusskriterium geeignet.

**7.15** Die Evaluation des Angebots der Leistungserbringer kann systembedingt nur retrospektiv erfolgen, wobei in der Regel auf die aktuellsten offiziellen Zahlen abzustellen ist. Es ist zwar denkbar, dass nach Abschluss eines Spitalplanungsverfahrens die der Spitalplanung zugrundeliegenden Zahlen bereits überholt sind, zumal die Durchführung eines solchen Verfahrens erfahrungsgemäss oft länger als ein Jahr dauern kann. In Fällen, bei denen die Spitalplanung aufgrund von zwischenzeitlich eingetretenen erheblichen Änderungen innert kurzer Zeit nach deren Erlass revidiert werden müsste, erscheint es aus verfahrensökonomischen Gründen an sich sinnvoll, diese Änderungen in die laufende Planung einzubeziehen bzw. die Spitalplanung entsprechend zu überarbeiten (Urteil des BVGer C-2907/2008 vom 26. Mai 2011 E. 8.3.5.1; C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 10.4.1).

**7.15.1** Durch die Behandlung einer Mindestzahl von Fällen erhält ein Spital bzw. das Behandlungsteam Routine und Erfahrung, wodurch die Behandlungsqualität sichergestellt werden soll (vgl. Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 11.7.4). Die Anzahl behandelter Fälle respektive

durchgeführter ausgewählter Eingriffe gilt somit als ein allgemeiner Indikator für die bestehende Expertise in einem Spital. Dementsprechend ist es nachvollziehbar, dass die Vorinstanz gestützt auf die in der Vergangenheit erbrachten Leistungen prüft, ob ein Leistungserbringer die massgebenden Mindestfallzahlen erreicht (vgl. GDK-Empfehlungen zur Spitalplanung, Empfehlung 7, S. 15). Mit der retrospektiven Beurteilung der Fallzahlen kann entsprechend sichergestellt werden, dass ein Spital bzw. deren Behandlungsteam über ausreichende Erfahrung in einem Leistungsbereich verfügt, weshalb sich das Vorgehen nicht bloss als systembedingt, sondern auch als sachgerecht erweist. Indem die Vorinstanz überdies die Fallzahlen 2017 betrachtete (2 Fälle in den Bereichen GYN1.1 und GYN1.2), die keine Tendenz aufzeigten, dass in diesem Teilbereich deutlich mehr Fälle erbracht werden, erweist sich das Abstellen auf die Beurteilungsperiode 2014-2016 auch nicht als unhaltbar (vgl. Urteil des BVGer C-2887/2019 vom 26. Januar 2021 E. 8.5).

**7.16** Die Beschwerdeführerin beantragt, dass das Bundesverwaltungsgericht überprüft, wie die Fallzahlen GYN1.1 und GYN1.2 berechnet wurden und mit welcher Berechnung die Vorinstanz zum Schluss gelangt ist, dass das Inselspital die Fallzahlen für den Bereich GYN1.1 und GYN1.2 erfülle. In diesem Zusammenhang verlangt sie im Sinne eines Beweisantrags die Edition der «Grundlage Fallzahlen des Inselspitals im Bereich GYN1.1 und GYN1.2 in den Referenzjahren 2014-2016». Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass es ihr bei Abweisung dieses Editionsantrags verunmöglicht werde, zu überprüfen, ob das Kriterium der Fallzahlen im gesamten Bereich GYN1.1 und GYN1.2 rechtsgleich gehandhabt worden sei. Wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, geht es im vorliegenden Verfahren aber nicht um die Frage, ob das Inselspital die Fallzahlen in den Jahren 2014 bis 2016 erfüllt, sondern um die Frage, wie viele Fälle die Beschwerdeführerin in diesen Jahren erbracht hat. Der Leistungsauftrag des Inselspitals ist nicht Gegenstand des angefochtenen Beschlusses und damit nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens. Zudem ergeben sich aus den Akten keine Anhaltspunkte darauf, dass das Kriterium der Mindestfallzahl beim Inselspital anders angewendet wurde als bei der Beschwerdeführerin, weshalb der Beweisantrag der Beschwerdeführerin (Edition der Fallzahlen des Inselspitals) abzuweisen ist.

## **8.**

Weiter macht die Beschwerdeführerin – zusätzlich zum erteilten Grundleistungsauftrag GEB1 – einen Anspruch auf Erteilung eines Teilleistungsauftrags GEB1.1 für Geburtshilfe ab 34 0/7 SSW (und GG  $\geq$  2000g) geltend.

**8.1** Gemäss den leistungsspezifischen Anforderungen der SPLG-Systematik Akutsomatik BE (Version 2017\_02.00) werden für die Leistungsgruppe GEB1 (Grundversorgung Geburtshilfe; ab 35 0/7 SSW und GG  $\geq$  2000g) eine Facharztverfügbarkeit 4.1 (FA Geburtshilfe stellt eine Entbindungszeit von  $\leq$  30 min sicher) sowie Verknüpfungen mit NEO1 (Grundversorgung Neugeborene ab 35 0/7 SSW und GG  $\geq$  2000g; Inhouse) und mit NEO1.1 (Neonatologie ab GA 32 0/7 SSW und GG 1250g; Inhouse oder in Kooperation) verlangt. Im Vergleich zur Vorversion der SPLG-Systematik wurde das Gestationsalter für die die Leistungsgruppen GEB1 und NEO1 von «ab 34. SSW» auf «ab 35 0/7 SSW» angehoben. Für die Leistungsgruppe GEB1.1 (Geburtshilfe ab 32 0/7 SSW und GG  $\geq$  1250g) ist eine Facharztverfügbarkeit Level 4.2 (FA Geburtshilfe  $\leq$  10 min im Spital bzw. FA Neonatologie oder FA Pädiatrie mit Erfahrung in Neonatologie  $\leq$  15 min [gemäss Standards for Levels Neonatal Care in Switzerland]) sowie eine Verknüpfung mit NEO1.1 (Inhouse) sowie mit GEB1.1.1 (Spezialisierte Geburtshilfe; Inhouse oder in Kooperation) vorgeschrieben. In der Spalte Mindestfallzahlen wird zudem eine Zielgrösse von 1'000 Fällen in den Bereichen GEB1 und GEB1.1 vorgegeben.

**8.2** Die Beschwerdeführerin bewarb sich um einen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen GEB1, GEB1.1, NEO1 und NEO1.1. Der Standort Lindenhof wies in den Bereichen GEB1 und GEB1.1 gemäss Angaben in der Bewerbung die folgenden Fallzahlen auf (act. 200):

Fallzahlen Lindenhof	2014	2015	2016
GEB1	1'237	1'270	1'350
GEB1.1	1	2	1

Mit Schreiben vom 18. April 2018 teilte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz während des Bewerbungsverfahrens mit, dass sie mit ihrem Belegarztsystem die Facharztverfügbarkeit gemäss Level 4.2 nicht zu jedem Zeitpunkt garantieren könne. Zudem brachte sie vor, dass die für die Leistungsgruppe GEB1.1 geforderte Neonatologie Level IIb (NEO1.1) eine sehr hohe Anforderung sei. Ihre gelebte Praxis seien Geburten ab 34 0/7 SSW (GG >2000g) mit einer Neonatologie Level I. Falls die Gesundheits- und Fürsorgedirektion bestätige, dass diese Praxis auch unter der neuen Spitalliste weitergeführt werden könne, ziehe sie ihre Bewerbung für die Leistungsgruppen GEB1.1 und NEO1.1 zurück (act. 134). Nachdem die Gesundheits- und Fürsorgedirektion am 30. April 2018 die Abweisung der Gesuche um Erteilung der Leistungsaufträge für die Bereiche GEB1.1 und

NEO1.1 in Aussicht gestellt hatte (act. 115), beantragte die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 30. Mai 2018 für den Standort Lindenhof die teilweise Zuteilung der Leistungsgruppe GEB1.1 und/oder die Ausdehnung der Leistungsgruppe GEB1 auf Geburten ab 34 0/7 SSW (GG > 2000g) und eventualiter die befristete teilweise Zuteilung der Leistungsgruppe GEB1.1 und/oder die befristete Ausdehnung der Leistungsgruppe GEB1 betreffend Geburten ab 34 0/7 SSW (act. 37). Am 12. Oktober 2018 wurde diese Thematik zwischen Vertretern der Beschwerdeführerin und der Gesundheits- und Fürsorgedirektion besprochen (act. 139), ehe die Vorinstanz die Gesuche um Erteilung von Leistungsaufträgen für die Bereiche GEB1.1 und NEO1.1 abwies.

**8.3** Im angefochtenen Beschluss begründete die Vorinstanz die Nichterteilung des Leistungsauftrags GEB1.1 für den Standort Lindenhof damit, dass die Beschwerdeführerin die für diese Leistungsgruppe geforderte Facharztverfügbarkeit Level 4.2 nicht sicherstellen könne. Sie erfülle daher die leistungsspezifischen Anforderungen für diesen Leistungsauftrag nicht. Hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Varianten eines Teilleistungsauftrags GEB1.1 oder einer Anpassung des ihr erteilten Leistungsauftrags GEB1 hielt die Vorinstanz fest, dass diese in der SPLG-Systematik Akutsomatik BE nicht vorgesehen seien. Solche grundlegenden Anpassungen an einen Leistungsauftrag könnten nicht im Laufe eines Spitalplanungsverfahrens erfolgen, sondern müssten vor einer allfälligen Einführung in dem dafür vorgesehenen Fachgremium (ASLA) diskutiert werden, um auch die Gleichbehandlung aller Bewerber zu garantieren. Die Beschwerdeführerin habe in den Jahren 2014 bis 2016 zudem im Bereich GEB1.1 nur eine sehr kleine Anzahl Fälle behandelt (2014: 1 Fall; 2015: 2 Fälle; 2016: 1 Fall). Die Vorinstanz hielt fest, dass die Beschwerdeführerin jedoch in begründeten Einzelfällen stationäre Behandlungen im Bereich GEB1.1 erbringen und zulasten der OKP abrechnen dürfe, wenn diese medizinisch indiziert seien, insbesondere bei Rückverlegungen bei Geburten ab 34 0/7 SSW und GG >2000 Gramm ohne Risikokonstellation (lungengereift, gut gewachsen, keine Zusatzpathologie). Sie behalte sich vor, im Rahmen des Leistungscontrollings schriftliche Begründungen von der Beschwerdeführerin einzufordern.

**8.4** Die Beschwerdeführerin weist in ihrer Beschwerde zunächst darauf hin, dass sie am Standort Lindenhof eine Geburtshilfe mit einer Neonatologie Level I mit 8 Behandlungsplätzen betreibe. Der Support mit gynäkologischen und pädiatrischen Belegärzten sei jederzeit lückenlos sichergestellt und das benötigte erfahrene Pflegefachpersonal aller Disziplinen sei

vorhanden. Die Frist von 10 bzw. 15 Minuten für Geburtshelfer bzw. Neonatologen könne zwar in den meisten Fällen, aber nicht in allen Fällen eingehalten werden. Die Einführung eines 24-Stunden Präsenzsystems sei vorgesehen, zum aktuellen Zeitpunkt werde aber auf eine vollständige Zuteilung der Leistungsgruppe GEB1.1 verzichtet. Dies auch deshalb, weil die Anforderungen an den Betrieb einer mit GEB1.1 verknüpften Inhouse-Neonatologie «Level IIb» ausgesprochen hoch seien und weder aus versorgungspolitischen noch wirtschaftlichen Gründen sinnvoll sei. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die vollständige Nichterteilung eines Leistungsauftrags GEB1.1 die eingespielte, ergänzende Versorgungsfunktion, welche sie für das Inselspital übernehme, künftig verunmögliche. Nach der bisherigen gelebten Praxis hätten am Standort Lindenhof Geburten ab 34 0/7 SSW und GG > 2'000g ohne Risikokonstellation (lungenge-reift, gut gewachsen, keine Zusatzpathologie) stattfinden können. Die Neonatologie des Inselspitals sei erheblich entlastet worden, da unter anderem auch Neugeborene vom Inselspital ins Lindenhofspital hätten verlegt werden können. Müssten künftig nun auch Geburten ohne klare Indikation für eine Zentrumsbehandlung immer im Inselspital durchgeführt werden, führe das dort zu Kapazitätsengpässen und verschlechtere die Versorgungslage. Auch aus Sicht der Neonatologie des Inselspitals sei die Beibehaltung des bisherigen Angebots für die Betreuung von Neugeborenen im Raum Bern von grosser Wichtigkeit. Diese bewährte Organisation sei daher auf der aktuellen Spitalliste mittels eines entsprechenden Teilleistungsauftrags umzusetzen. Die Vorinstanz habe diesen Aspekt aber bei der Spitalplanung offensichtlich nicht berücksichtigt. Auch wenn in der Systematik der aktuellen Spitalliste der entsprechende Teilleistungsbereich nicht abgebildet sei, sei die Verweigerung eines (befristeten) Teilleistungsauftrags unverhältnismässig. Neben dem überwiegenden privaten Interesse der Beschwerdeführerin an der Weiterführung der bisherigen Praxis, bestehe auch ein öffentliches Interesse an der Verhinderung einer Gefährdung der neonatologischen Versorgung im Raum und Kanton Bern. Es verstosse auch gegen Art. 58b Abs. 5 Bst. c KVV, die bestehenden Synergien nicht mehr weiter zu nutzen. Eventualiter sei die Möglichkeit, dass in begründeten Einzelfällen Geburten ab 34 0/7 SSW und GG > 2'000g ohne Risikokonstellation zu Lasten der OKP abgerechnet werden dürften als Auflage in das Dispositiv des angefochtenen Beschlusses bzw. in den Anhang aufzunehmen.

**8.5** Die Vorinstanz weist in ihrer Vernehmlassung darauf hin, dass es nicht entscheidend sei, welche Zusammenarbeit die Beschwerdeführerin und das Inselspital als geeignet betrachten würden und wie man ihrer Meinung



nach die Leistungsaufträge auch noch anders hätte definieren können. Vielmehr würden sich die Leistungsaufträge und deren Anforderungen nach der SPLG-Systematik Akutsomatik BE richten, die von der Arbeitsgruppe ASLA überprüft und – wo nötig – an die Berner Verhältnisse angepasst worden seien. Listenspitäler, welche die Eignungskriterien der SPLG-Systematik Akutsomatik BE nicht erfüllen, fielen für die Erteilung eines Leistungsauftrags ausser Betracht. Die von der Beschwerdeführerin dargelegte Praxis zwischen ihr und dem Inselspital sei in der Systematik der aktuellen Spitalliste nicht abgebildet. Es liege im Ermessen des Kantons, die Anforderungen der Leistungsaufträge festzulegen. Dass auch andere Anforderungen denkbar wären, heisse nicht, dass die gewählten Anforderungen gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip verstossen würden. Das Gestationsalter und das Geburtsgewicht seien die wichtigsten Kriterien für den Bedarf einer spezialisierten Behandlung. Im Interesse der betroffenen Mütter und Kinder sei an den Vorgaben im Bereich GEB1 und NEO1 bzw. GEB1.1 und NEO1.1 festzuhalten. Um den Richtlinien der Neonatologischen Fachgesellschaft zu entsprechen, sei bei den Leistungsgruppen GEB1 und NEO1 entsprechend den reduzierten Anforderungen dieser Leistungsgruppen (z.B. Pädiater bei der Geburt nicht zwingend anwesend) die untere Grenze für das Gestationsalter der Neugeborenen von GA 34 0/7 SSW auf GA 35 0/7 SSW angehoben worden. Dies sei aus Sicht der Fachgesellschaft sinnvoll, weil Neugeborene mit GA 34 0/7 bis 34 6/7 SSW schweizweit von den Spitälern mit Leistungsauftrag GEB1 und NEO1 häufig in Spitäler mit höherer Spezialisierung verlegt werden müssten. Diese erhöhte Verlegungsrate bei Geburten vor GA 35 0/7 SSW sei nicht im Sinne der Behandlungsqualität und mit erheblichen Kosten verbunden. Die von der Beschwerdeführerin angeführte «gelebte Praxis» habe den bisherigen SPLG-Anforderungen Akutsomatik aus dem Jahr 2014 entsprochen, bevor der Kanton Zürich das Gestationsalter angehoben habe. Es bestehe kein Anspruch darauf, die bisherige Praxis entgegen den neuen Anforderungen weiterführen zu können. Es sei unbestritten, dass die Beschwerdeführerin die Anforderungen der Facharztverfügbarkeit bei den Leistungsgruppen GEB1.1 und NEO1.1 nicht erfülle. Auch bei einem allfälligen Teilleistungsauftrag, der vorliegend jedoch in der SPLG-Systematik Akutsomatik BE nicht vorgesehen sei, müsste die Eignung betreffend Personal, Strukturen und Prozessen gegeben sein. Mit der Erteilung von Teilleistungsaufträgen bestünde die Gefahr, dass die Aufnahmepflicht nach Art. 41a KVG und das Gleichbehandlungsprinzip verletzt werden könnten, soweit einzelne Listenspitäler mit einem Teilleistungsauftrag selektiv nur bestimmte (rentable) Fälle einer Leistungsgruppe behandeln würden, wodurch die Anbieter, die einen vollen Leistungsauftrag hätten und wegen

der Aufnahmepflicht alle Fälle behandeln müssten, benachteiligt würden. Die bestehenden Leistungsgruppen der SPLG-Systematik Akutsomatik BE würden daher grundsätzlich nicht weiter unterteilt.

**8.6** Das BAG hält fest, es sei im Sinne der vom KVG geforderten Qualität der Leistungserbringung, dass die Vorinstanz ihre Praxis an die Richtlinien der Neonatologischen Gesellschaft angepasst habe. Betreffend die von der Vorinstanz erwähnten möglichen Behandlung von Einzelfällen in Ausnahmesituationen, handle es sich um keine Leistung, die im Sinne des KVG erfolge, weil keine Aufnahme auf die Spitalliste und keine Erteilung eines Leistungsauftrags nach Art. 39 KVG erfolgt sei. Der Kanton und nicht die OKP würde in diesen Fällen die Finanzierung übernehmen. Es bestünden dabei zwei Probleme: das erste betreffe die Sicherheit und die Qualität der erbrachten Leistungen durch einen Leistungserbringer, der gemäss den für die Leistungsgruppe geltenden Kriterien nicht die nötigen Voraussetzungen erfülle; das zweite betreffe die Finanzierung der Kosten, weil das Spital für die Erbringung dieser Leistungen nicht nach KVG zugelassen sei und deswegen keine Finanzierung durch die OKP erhalte. In diesem Zusammenhang müssten die KVG-Versicherten sowohl medizinisch als auch finanziell in dem Sinne geschützt werden, dass sie nicht in die Institution der Beschwerdeführerin transferiert würden. In Bezug auf die bedarfsgerechte Versorgung ergebe sich aus der Planung und aus der Vernehmlassung der Vorinstanz nicht, dass die Entlastungsfunktion der Beschwerdeführerin für die Versorgung in der Leistungsgruppe GEB1.1 unerlässlich sei, da die Vorinstanz von Ausnahmefällen und von einer kleinen Anzahl Fälle spreche. Man könne daher davon ausgehen, dass die Spitalliste gesetzeskonform sei. Ansonsten hätte der Kanton die Beschwerdeführerin auffordern müssen, die nötigen Massnahmen für die Erfüllung der Qualitätskriterien zur Erbringung der Leistungen zu treffen und hätte einen befristeten Leistungsauftrag mit der Auflage erteilen müssen, dass die Mindestfallzahlen in den nächsten Jahren erfüllt werden.

**8.7** Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin die leistungsspezifischen Anforderungen der SPLG-Systematik Akutsomatik BE für den Bereich GEB1.1 (wie auch NEO1.1) bezüglich der Facharzt-Verfügbarkeit Level 4.2 weder im Zeitpunkt der Bewerbung noch im Zeitpunkt des Erlasses der Spitalliste erfüllte. Eine solche Anforderung an die Personaldotation als Voraussetzung für die Erteilung eines Leistungsauftrags ist mit dem Bundesrecht vereinbar, soweit sie Art. 39 Abs. 1 Bst. a-c KVG auf verhältnismässige Weise konkretisiert (vgl. RÜTSCHÉ, Rechtsgutachten, S. 54 Rz. 171).

Im vorliegenden Fall stützt sich diese Anforderung – bezüglich der Verfügbarkeit eines Neonatologen – auf die Richtlinien der Schweizerischen Gesellschaft für Neonatologie und dient der Qualitätssicherung sowie der Patientensicherheit. Von einer unverhältnismässigen Anforderung ist daher nicht auszugehen. Weiter ist zu beachten, dass die Beschwerdeführerin auch nicht über die erforderliche Inhouse-Verknüpfung mit der Leistungsgruppe NEO1.1 verfügt, wurde ihr doch auch für diesen Bereich ein Leistungsauftrag verweigert (was jedoch unangefochten blieb). Folglich ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin für die Leistungsgruppe GEB1.1 keinen Leistungsauftrag erteilt hat (vgl. Urteil des BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016 E. 5.4.6).

**8.8** Durch die Anhebung des Gestationsalters für die Leistungsgruppe GEB1 (und NEO1) von «ab 34. SSW» auf «ab 35 0/7 SSW» wird die bisherige Praxis der Beschwerdeführerin (Geburten ab 34 0/7 SSW und GG > 2'000g ohne Risikokonstellation) nicht mehr durch den Grundleistungsauftrag GEB1 (und NEO1) abgedeckt. Die Anhebung des Gestationsalters für die Grundleistungsaufträge GEB1 und NEO1 steht in Einklang mit den «Standards for Levels of Neonatal Care in Switzerland» und wurde vom Kanton Zürich, der bei der Weiterentwicklung des SPLG-Konzepts (Systematik und Anforderungen) federführend ist, bereits auf den 1. Januar 2018 umgesetzt (vgl. Beschluss Nr. 746/2017 vom 23. August 2017 des Regierungsrats des Kantons Zürich, abrufbar unter: [www.zh.ch](http://www.zh.ch)). Bevor der Kanton Bern die Anforderungen der Zürcher Leistungsgruppensystematik übernommen hat, wurden sie von der Arbeitsgruppe ASLA geprüft und gegebenenfalls auf deren Empfehlung hin an die Bernischen Verhältnisse angepasst. Im Bereich der Geburtshilfe und Neonatologie hat die ASLA offenbar keinen Anpassungsbedarf erkannt. Von einer willkürlichen und damit ermessensmissbräuchlichen Anpassung der Leistungsgruppensystematik ist daher nicht auszugehen.

**8.9** Die SPLG-Systematik Akutsomatik BE (Version 2017\_02.00) sieht keinen Teilleistungsauftrag GEB1.1 bzw. eine Erweiterung des Grundleistungsauftrags GEB1 vor, welcher der Beschwerdeführerin erlauben würde, weiterhin gemäss der bisherigen gelebten Praxis Geburten ab 34 0/7 SSW und GG > 2'000g ohne Risikokonstellation zu Lasten der OKP abzurechnen. Die Vorinstanz hat grundsätzlich nachvollziehbar dargelegt, dass bei Geburten ab 34 0/7 SSW erhöhte Anforderungen an die Facharztverfügbarkeit sachgerecht sind, weil Neugeborene mit Gestationsalter 34 0/7 bis 34 6/7 SSW schweizweit von den Spitälern mit Leistungsauftrag GEB1 und

NEO1 häufig in Spitälern mit höherer Spezialisierung verlegt werden müssten. Die Beschwerdeführerin erfüllt, wie bereits erwähnt, die Anforderung an die Facharztverfügbarkeit Level 4.2 nicht und verfügt auch nicht über eine Inhouse-Neonatologie Level IIb (NEO1.1). Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin in der Begründung des angefochtenen Beschlusses aber dennoch zugestanden, im Bereich GEB1.1 (und auch im Bereich NEO1.1) bei Geburten ab 34 0/7 SSW und GG >2000g ohne Risikokonstellation in begründeten Einzelfällen Leistungen zulasten der OKP zu erbringen. Diese Regelung fand weder Eingang in den Anhang des angefochtenen Beschlusses, der Bestandteil des Dispositivs bildet, noch in die Spitalliste, worauf auch die Beschwerdeführerin hinweist.

**8.10** Die Spitalliste hat die Aufgabe, Transparenz und Publizität und damit Rechtssicherheit in der Frage zu schaffen, welche Einrichtungen zu den zugelassenen Spitälern gehören und welches deren Leistungsaufträge sind (GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 663 Rz. 831). Auf der Spitalliste ist daher für jedes Spital das dem Leistungsauftrag entsprechende Leistungsspektrum aufzuführen (Art. 58e Abs. 2 KVV; vgl. Urteil des BVGer C-5628/2017 vom 6. November 2018 E. 7.4; EUGSTER, a.a.O., S. 663 Rz. 832). Ein Leistungsauftrag in diesem Sinne ist eine auf der Planung nach Art. 58a Abs. 2 KVV beruhende hoheitliche Anordnung, mit welcher durch die Bezeichnung der zugeteilten Leistungsspektren das Leistungsangebot der Einrichtungen auf der Spitalliste gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG und Art. 58b Abs. 3 bzw. Art. 58e KVV gesichert wird. Es handelt sich insofern um einen Auftrag, als die Spitälernach Massgabe von Art. 41a Abs. 1 KVG eine entsprechende Aufnahme- und Behandlungspflicht trifft (BGE 145 V 57 E. 8.2 mit Hinweisen).

**8.11** Einzig Spitälern, die auf einer Spitalliste figurieren, können – von den Vertragsspitälern nach Art. 49a Abs. 4 KVG abgesehen – für die obligatorische Krankenpflegeversicherung tätig sein, und dies nur im Rahmen der ihnen erteilten Leistungsaufträge; für stationäre Behandlungen ausserhalb seines Leistungsauftrags gilt ein Spital als nicht zugelassener Leistungserbringer (Urteil des BVGer C-354/2014 vom 15. Januar 2016 E. 9.2; BVGE 2009/23 E. 4.1.2; ferner Urteil des BVGer C-5017/2015 vom 16. Januar 2019 E. 7.3.3-7.3.5). Die Krankenversicherer sind daher für stationär durchgeführte Behandlungen lediglich leistungspflichtig, wenn die versicherte Person in einem Spital behandelt wird, das auf einer kantonalen Spitalliste aufgeführt ist. Ein zugelassener Leistungserbringer kann grund-

sätzlich nur jene Leistungen zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abrechnen, welche von seiner Zulassung erfasst werden (BGE 145 V 57 E. 8.2 mit Hinweisen; BVGE 2016/7 E. 9.2; Urteil des BVGer C-7498/2008 vom 31. August 2012 E. 5.4). Das von der Vorinstanz im Rahmen der Begründung des angefochtenen Beschlusses gemachte Zugeständnis an die Beschwerdeführerin, in begründeten Einzelfällen auch Geburten ab 34 0/7 SSW und GG >2000g ohne Risikokonstellation ausserhalb der Leistungsgruppe GEB1 zulasten der OKP abzurechnen, ist – allenfalls von medizinischen Notfällen abgesehen – im KVG nicht vorgesehen, worauf auch das BAG hinweist. Allfällige versorgungsrelevante Leistungen können somit nicht auf diese Weise gewährleistet werden.

**8.12** Die Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch darauf, dass sie ihre bisherige Behandlungspraxis bei Geburten ab 34 0/7 SSW und GG > 2000g ohne Risikokonstellation im Bereich der OKP weiterführen kann. Falls ihr diesbezügliches Angebot, das bislang unter dem Grundleistungsauftrag GEB1 erbracht und zu Lasten der OKP abgerechnet werden durfte, als Ergänzung zum Angebot des Inselspitals im Bereich GEB1.1 aber versorgungsnotwendig ist, hätte die Vorinstanz dieses in geeigneter Form auf der kantonalen Spitalliste sicherstellen müssen.

**8.12.1** Im von der Beschwerdeführerin im Bewerbungsverfahren eingereichten Bericht vom 3. April 2018 zur aktuellen Situation der Betreuung Neugeborener, verfasst von der Leitung der Neonatologie des Inselspitals und der Leitung der Fachgruppe Pädiatrie der Lindenhofgruppe, wurde festgehalten, dass es wichtig sei, dass die Beschwerdeführerin weiterhin Frühgeborene ab der 34 0/7 SSW und ab einem Geburtsgewicht von 2000g betreue. Das Lindenhofspital verfüge über eine Neonatologie mit sechs Plätzen für Frühgeborene ab der 34. SSW. Im Jahr 2016 seien 153 Neugeborene intern im Lindenhofspital in die Neonatologie verlegt worden. Im Jahr 2017 seien es 174 gewesen. Für die Neonatologie des Inselspitals wäre es nicht möglich gewesen, diese Kinder zu übernehmen. Hierzu würden die Kapazitäten fehlen. Es sei sogar so, dass Neugeborene aus der Neonatologie aus dem Inselspital zur Entlastung ins Lindenhofspital verlegt würden. Im Jahr 2016 seien es 63 Neugeborene und im Jahr 2017 53 Neugeborene gewesen. Die Aufnahme im Lindenhofspital sei sehr kurzfristig, insbesondere auch an Sonn- und Feiertagen möglich. Das trage massgeblich dazu bei, dass kleine Frühgeborene aus der Region in die Neonatologie des Inselspitals aufgenommen werden könnten und nicht ausserkantonale ein Platz gesucht werden müsse. Eine ausserkantonale Platzierung sollte aus Kostengründen, wie auch aus organisatorischen Gründen für die

betroffenen Familien vermieden werden (act. 110). Dieser Bericht äussert sich primär zur Versorgung von Neugeborenen, nicht jedoch zur Versorgungssituation bei der Geburtshilfe bei Geburten ab 34 0/7 SSW und GG > 2000g. Einer allfälligen Gefährdung der neonatologischen Versorgung bei Frühgeburten ab der 34. Schwangerschaftswoche im Raum und Kanton Bern wäre nicht mit einem Leistungsauftrag im Bereich GEB1.1, sondern mit einem Leistungsauftrag im Bereich NEO1.1 zu entgegnen. Im vorliegenden Fall ist die Frage nach der Versorgung von Neugeborenen zwischen der 34 0/7 SSW und der 34 6/7 SSW nicht Streitgegenstand, zumal die Beschwerdeführerin gegen die Nichterteilung eines Leistungsauftrags NEO1.1 bzw. eines Teilleistungsauftrags NEO1.1 keine Beschwerde erhoben hat.

**8.12.2** Zur Frage, ob das bisherige Angebot der Beschwerdeführer betreffend Geburtshilfe mit einer Neonatologie Level I ab 34 0/7 SSW und GG > 2000g ohne Risikokonstellation versorgungsrelevant ist, ist dem Protokoll der Besprechung vom 12. Oktober 2018 zu entnehmen, dass die Gesundheits- und Fürsorgedirektion eine «spezielle Versorgungsfunktion» der Beschwerdeführerin im Bereich Geburtshilfe und Neonatologie ab 34 0/7 SSW GG  $\geq$  2000g anerkannt hat (act. 141). In ihrer Vernehmlassung führt die Vorinstanz zudem aus, dass die Beschwerdeführerin in absoluten Einzelfällen eine Entlastungsfunktion für das Inselspital wahrnehme. Weiter hält sie fest, dass die neonatologische Versorgung durch die pragmatische Lösung, die der Beschwerdeführerin erlaube, in Ausnahmefällen Leistungen aus dem Bereich GEB1.1 zulasten der OKP zu erbringen, sichergestellt und nicht gefährdet sei. Sie weist darauf hin, dass die Beschwerdeführerin in den Jahren 2014 bis 2016 insgesamt nur vier Fälle im Bereich GEB1.1 behandelt habe, was verschwindend wenig sei. Das BAG geht davon aus, dass die Entlastungsfunktion der Beschwerdeführerin in der Leistungsgruppe GEB1.1 nicht unerlässlich sei, weil die Vorinstanz nur von einer kleinen Anzahl Fälle ausgehe. Die Vorinstanz und das BAG scheinen aber zu übersehen, dass die hier zur Diskussion stehenden Frühgeburten ab 34 0/7 SSW bis 34 6/7 SSW und GG > 2000g ohne Risikokonstellation bislang nicht in die Leistungsgruppe GEB1.1, sondern in die Leistungsgruppe GEB1 fielen. Aus den Fallzahlen der Beschwerdeführerin des Bereichs GEB1.1 der Jahre 2014 bis 2016 lassen sich daher keine Rückschlüsse auf die Anzahl Geburten ab 34 0/7 SSW bis 34 6/7 SSW und GG > 2000g ohne Risikokonstellation zu. Es ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz abgeklärt hat, wie viele Fälle ab 34 0/7 SSW durch die Anhebung des Gestationsalters nicht mehr im Grundleistungsauftrag GEB1, sondern im spezialisierten Leistungsauftrag GEB1.1 behandelt werden

müssen und inwieweit dadurch ein Bedarf nach einer Entlastung des Inselspitals in diesem Bereich entstanden ist.

**8.12.3** Insgesamt kann es damit nicht ausgeschlossen werden, dass die Entlastungsfunktion, welche die Beschwerdeführerin für das Inselspital eingenommen hat, für die Versorgung im Bereich von Geburten ab 34 0/7 SSW bis 34 6/7 und GG > 2000g ohne Risikokonstellation und der damit eng verknüpften neonatologischen Behandlungen von Relevanz ist. Die Vorinstanz hat jedoch nicht abgeklärt, wie sich die Anhebung des Gestationsalter beim Grundleistungsauftrag GEB1 (und dem damit eng verknüpften Grundleistungsauftrag NEO1) auf die Versorgungssituation auswirkt. Die Sache ist zur Vornahme dieser Abklärungen an die Vorinstanz zurückweisen. Sollte sich dabei ergeben, dass das Angebot der Beschwerdeführerin betreffend Geburtshilfe mit einer Neonatologie Level I ab 34 0/7 SSW und GG > 2000g ohne Risikokonstellation im Sinne einer Entlastungsfunktion für das Inselspital versorgungsrelevant ist, hat die die Vorinstanz dies in geeigneter Form auf der Spitalliste sicherzustellen. Dieses Vorgehen liesse sich entgegen den von der Vorinstanz geäusserten Bedenken mit der Rechtsgleichheit vereinbaren, ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren doch nur der Leistungsauftrag der Beschwerdeführerin zu beurteilen. Zudem beschränkt sich die zu klärenden Frage auf eine lokale Versorgungssituation rund um das Inselspital, wobei auch die bereits bestehenden Synergien zu berücksichtigen sind (vgl. Art. 58b Abs. 5 Bst. c KVV).

## **9.**

Die Beschwerdeführerin macht weiter einen Anspruch auf Erteilung eines Teilleistungsauftrags für die Leistungsgruppe NEU3 (Zerebrovaskuläre Störungen) am Standort Sonnenhof mit der Auflage, nur bestimmte Einzelfälle zu behandeln, geltend.

**9.1** Gemäss den leistungsspezifischen Anforderungen der SPLG-Systematik Akutsomatik BE (Version 2017\_02.00) wird für die Leistungsgruppe NEU3 eine Intensivstation Level 2 sowie eine Verknüpfung (Inhouse oder in Kooperation) mit der Leistungsgruppe NEU3.1 (Zerebrovaskuläre Störungen im Stroke Center [IVHSM]) vorgeschrieben. Gemäss den «sonstigen Anforderungen» wird weiter die telemedizinische Anbindung an ein Stroke Center, CT oder MRI mit Möglichkeit zur Angiographie rund um die Uhr, NIH-Stroke Scale Zertifizierung der behandelnden Ärzte, Erfassung aller Stroke Patienten in einem einheitlichen nationalen Register (voraussichtlich Swiss Stroke Register) verlangt.

**9.2** Die Vorinstanz hat die Nichterteilung eines Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe NEU3 an den Standort Sonnenhof im angefochtenen Beschluss damit begründet, dass die Beschwerdeführerin die leistungsspezifischen Anforderungen nicht erfülle, zumal der Standort Sonnenhof nur über eine Intensivstation Level 1 verfüge. Zudem seien auch die erforderliche Verknüpfung mit den Leistungsauftrag NEU3.1 sowie die «sonstigen Anforderungen» nicht nachgewiesen. Der Standort Sonnenhof sei somit für die Erbringung von medizinischen Leistungen im Bereich NEU3 zu Lasten der OKP nicht geeignet. Daher sei auch die befristete Erteilung des Leistungsauftrags oder die Erteilung des Leistungsauftrags unter Auflagen nicht möglich. Die Vorinstanz wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass stationäre Behandlungen in Bereichen ohne Leistungsauftrag – wie vorliegend im Bereich NEU3 – jedoch in begründeten Einzelfällen erbracht und zu Lasten der OKP abgerechnet werden könnten, wenn diese medizinisch indiziert seien, insbesondere bei Rückverlegungen aus einem Stroke Center, in Palliativsituationen oder Notfällen. Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion behalte sich in solchen Fällen vor, im Rahmen des Leistungsauftragscontrollings schriftliche Begründungen der Beschwerdeführerin einzufordern.

**9.3** In der Beschwerde wird vorgebracht, dass die Vorinstanz ihr zugestanden habe, in begründeten Einzelfällen Leistungen im Bereich NEU3 zu erbringen. Im Anhang des angefochtenen Beschlusses, der einen Bestandteil des Dispositivs bilde, fehle aber jeglicher Hinweis auf diese Ausnahme. Die Rechte und Pflichten der Verfügungsadressatin müssten sich aus dem Dispositiv ergeben. Auch ihr Recht zur ausnahmsweisen Vornahme von stationären Behandlungen im Bereich NEU3 müsse daher ins Dispositiv aufgenommen werden. Ihr sei daher für den Bereich NEU3 ein Leistungsauftrag zu erteilen, mit der Auflage, dass am Standort Sonnenhof in begründeten Einzelfällen stationäre Leistungen erbracht und zulasten der OKP abgerechnet werden dürften, wenn diese medizinisch indiziert seien, insbesondere bei Rückverlegungen aus einem Strokecenter, in Palliativsituationen oder Notfällen. Weil das Abgrenzungskriterium bezüglich Handhabung des Teilleistungsauftrags mit «nicht gegebener Indikation für eine Zentrumsbehandlung» weniger klar umschrieben sei, als beim Teilleistungsauftrag GEB1.1 für den Standort Lindenhof, könne sie die Auflage hier akzeptieren. Es bestehe aber wie gesagt zumindest ein Anspruch auf Aufnahme des Teilleistungsauftrags mit Auflage im Dispositiv.

**9.4** Die Vorinstanz hält dem in der Vernehmlassung entgegen, dass sie der Beschwerdeführerin am Standort Sonnenhof im Bereich NEU3 aus den im



angefochtenen Beschluss erwähnten Gründen weder einen vollen noch einen Teilleistungsauftrag mit einer Auflage erteilt habe. Im angefochtenen Beschluss werde ihr lediglich in Aussicht gestellt, dass der Kanton im Einzelfall beurteile, ob er unter Umständen ausnahmsweise trotz fehlendem Leistungsauftrag den kantonalen Vergütungsanteil nach Art. 49a KVG an die Beschwerdeführerin entrichten könne. Es falle ausser Betracht, solchermaßen Unbestimmtes ins Dispositiv aufzunehmen. Die Beschwerdeführerin verfüge am Standort Sonnenhof über keine Intensivstation Level 2, welche für einen Leistungsauftrag NEU3 zwingend erforderlich sei. Im Interesse der betroffenen Patientinnen und Patienten sei an dieser Vorgabe festzuhalten. Für besondere Einzelfälle werde aber eine Möglichkeit offengelassen, unter Umständen den kantonalen Vergütungsanteil zu erhalten. Auch bei einem allfälligen Teilleistungsauftrag, der in der SPLG-Systematik Akutsomatik BE jedoch nicht vorgesehen sei, müsste die Eignung betreffend Personal, Strukturen und Prozesse gegeben sein. Mit der Erteilung von Teilleistungsaufträgen bestünde die Gefahr, dass die Aufnahmepflicht nach Art. 41a KVG und das Gleichbehandlungsprinzip verletzt werden könnten.

**9.5** Das BAG hält fest, dass es sich bei der ausnahmsweisen Durchführung von stationären Behandlungen im Bereich NEU3 nicht um eine Leistungserbringung nach KVG handle.

**9.6** Wie bereits dargelegt wurde, ist es im KVG nicht vorgesehen, dass in begründeten Einzelfälle im stationären Bereich ausserhalb eines Leistungsauftrags zulasten der OKP – allenfalls von medizinischen Notfällen abgesehen – Leistungen erbracht werden. Versorgungsrelevante Angebote sind daher mittels entsprechender Leistungsaufträge, allenfalls versehen mit Befristungen oder Auflagen, auf der Spitalliste sicherzustellen (siehe oben E. 8.1). Die Beschwerdeführerin wies im Bewerbungsverfahren darauf hin, dass sie im Bereich NEU3 eine Entlastungsfunktion für das Inselspital übernehme. Ohne Erteilung eines Leistungsauftrags NEU3 wären Rückverlegungen vom Inselspital in den Sonnenhof nicht mehr möglich. Das sei medizinisch nicht sinnvoll, da am Inselspital die erforderlichen Kapazitäten gar nicht zur Verfügung stünden. In fachlichen Belangen bestehe zwischen den Kaderärzten der Inneren Medizin und der Neurologischen Klinik des Inselspitals seit langem eine sehr enge Zusammenarbeit. Akute Schlaganfälle würden nach vorgängiger Absprache umgehend dem Stroke-Center zugewiesen. Es bestehe aus Sicht des Inselspitals ein grosses Interesse daran, die Patienten möglichst peripher zu halten, sobald

diese die Infrastruktur des Stroke-Centers des Inselspitals nicht mehr benötigten. Dieses Patientenkollektiv bedürfe auch keiner SGI-IPS Leistungen mehr (Stellungnahme vom 30. Mai 2018; act. 40, act. 46). Im Gesprächsprotokoll vom 12. Oktober 2018 wird hierzu festgehalten, dass die Eignung gemäss SPLG-Systematik ein hartes Kriterium sei, weshalb der Beschwerdeführerin kein Leistungsauftrag für den Bereich NEU3 erteilt werden könne, auch wenn sie über eine SGI zertifizierte Intermediate Care Station verfüge. Rückverlegungen im Rahmen des Leistungscontrollings sollten aber weiterhin möglich sein, das heisse, diese würden vom Kanton vergütet. Der Vertreter der Beschwerdeführerin wies darauf hin, dass nicht nur Rückverlegungen betroffen seien, sondern auch Stroke-Notfälle (z.B. bei älteren Patienten oder bei länger zurückliegendem Beginn der klinischen Symptome). Das Inselspital nehme solche Fälle aus Kapazitätsgründen nicht auf, was auch Sinn mache, weil diese gut im Sonnenhof behandelt werden könnten. Zudem sei nicht jeder Stroke-Patient qualifiziert für eine Verlegung in ein Stroke Unit. Andere Personen wollten zudem gar nicht verlegt werden. Die Vertreterin der Gesundheits- und Fürsorgedirektion hielt dazu fest, dass die Stroke-Notfälle zu den begründeten Einzelfällen zu zählen seien, die ebenfalls weiterhin bezahlt würden (Versorgungsthema) (act. 140). Aus diesem Gesprächsprotokoll ergeben sich Anhaltspunkte darauf, dass das Angebot der Beschwerdeführerin betreffend die Behandlung von Stroke-Notfällen versorgungsrelevant ist. Dazu lässt sich aber weder dem angefochtenen Beschluss noch der Vernehmlassung etwas entnehmen. Der rechtserhebliche Sachverhalt erweist sich in dieser Hinsicht als ungenügend abgeklärt. Die Sache ist daher an zu Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie klärt, ob die Beschwerdeführerin für die Versorgung der Berner Bevölkerung im Bereich NEU3, insbesondere von Stroke-Notfällen, relevant ist. Sollte dies der Fall sein, hat die Vorinstanz das entsprechende Angebot in geeigneter Form auf ihrer Spitalliste sicherzustellen und kann sich nicht mit einem Hinweis auf die Möglichkeit von Behandlungen von besonderen Einzelfällen begnügen.

**10.**

Zusammenfassend steht damit fest, dass es aufgrund des anwendbaren Rechts nicht bundesrechtswidrig ist, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin auf der Spitalliste 2019 keinen vollständigen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe GYNT erteilt hat. Es ist nicht entscheidend, ob die Beschwerdeführerin die leistungsspezifischen Anforderungen hinsichtlich Infrastruktur und erforderlichem Fachpersonal erfüllt und künftig in der Lage wäre, ihre Fallzahlen zu steigern. Das Gesetz gibt den einzelnen Spitälern keinen Rechtsanspruch auf Aufnahme in die Spitalliste. Die Kantone haben wie bereits erwähnt auch bei der Auswahl der Leistungserbringer einen erheblichen Ermessensspielraum, welcher in Bezug auf die Angemessenheit der Entscheidung vom Bundesverwaltungsgericht nicht überprüft werden kann (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG; C-5603/2017 E. 16.5 mit Hinweisen; Urteil des BVGer C-5573/2017 vom 21. November 2018 E. 12.8). Aufgrund ihres erheblichen Ermessensspielraums ist es auch nicht zu beanstanden, dass sie der Beschwerdeführerin keinen befristeten Leistungsauftrag für die ehemaligen Leistungsgruppen GYN1.1 und GYN1.2 erteilt hat (vgl. C-3413/2013/2014 vom 11. Mai 2017 E. 10.4.2). Die Beschwerde erweist sich diesbezüglich als unbegründet. In Bezug auf die Leistungsgruppen GEB1.1 (Lindenhof) und NEU3 (Sonnenhof) hat die Vorinstanz den massgebenden Sachverhalt hinsichtlich der Versorgungsrelevanz des Angebots der Beschwerdeführerin ungenügend abgeklärt. Im Rahmen des in Beschwerdeverfahren nach Art. 53 KVG geltenden eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes kann es nicht dem Gericht obliegen, diesbezüglich ergänzende Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen (vgl. BVGE 2014/3 E. 1.5; 2014/36 E. 1.5). Der Subeventualantrag der Beschwerdeführerin, der angefochtenen Beschluss sei aufzuheben und im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen, ist daher in Bezug auf die Leistungsgruppen GEB1.1 und NEU3 gutzuheissen. Das Rechtsbegehren um Änderung des Dispositivs betreffend den Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe NEU3 am Standort Lindenhof war nicht zu behandeln, da die Beschwerde in diesem Punkt infolge Wiedererwägung gegenstandslos geworden ist.

**11.**

**11.1** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das für die Kostenverteilung massgebende Ausmass des Unterliegens ist aufgrund der gestellten Rechtsbegehren zu beurteilen (MICHAEL BEUSCH, in: Kommentar

zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019, Rz. 13 zu Art. 63). Dabei ist auf das materiell wirklich Gewollte abzustellen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 256 Rz. 4.43).

**11.2** Soweit die Beschwerdeführerin die Erteilung von Leistungsaufträgen in den Bereichen GYNT (vollständiger Leistungsauftrag) und URO1 beantragt hat, unterliegt sie. Bezüglich der Rückweisung der Sache betreffend der Leistungsgruppen GEB1.1 und NEU3 (Sonnenhof) sowie der Gegenstandslosigkeit betreffend der Leistungsgruppe NEU3 (Lindenhof) liegt ein Obsiegen der Beschwerdeführerin vor (vgl. BGE 141 V 281 E. 11.1; Urteil des BGer 2C\_844/2018 vom 12. Juni 2020 E. 6). Insgesamt ist von einem hälftigen Unterliegen der Beschwerdeführerin auszugehen. Unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (vgl. Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG; zur Qualifikation als vermögensrechtliche Streitigkeit vgl. BVGE 2010/14 E. 8.1.3) sind die Verfahrenskosten auf Fr. 5'000.– festzusetzen. Diese sind entsprechend dem Verfahrensausgang im Umfang von Fr. 2'500.– der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Der einbezahlte Kostenvorschuss ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden. Der Restbetrag von Fr. 2'500.– ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten. Der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

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

**11.4** Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz. Der Rechtsvertreter hat keine Kostennoten eingereicht, weshalb die Parteientschädigungen aufgrund der Akten zu bestimmen ist (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwands, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des vorliegend zu beurteilenden Verfahrens erscheint eine

volle Parteientschädigung von pauschal Fr. 8'000.– angemessen. Die Parteientschädigung ist nach Massgabe des Obsiegens auf Fr. 4'000.– zu kürzen. Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

## **12.**

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).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:****1.**

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Beschluss in Bezug auf die Nichterteilung eines Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe GEB1.1 am Standort Lindenhof sowie NEU3 am Standort Sonnenhof aufgehoben und die Sache zur Vornahme weiterer Abklärungen und zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. Darüberhinausgehend wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird und soweit sie nicht infolge Wiedererwägung gegenstandslos geworden ist.

**2.**

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 2'500.– auferlegt. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 2'500.– wird zurückerstattet.

**3.**

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahladresse)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. RRB 428/2019; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Gesundheit (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christoph Rohrer

Michael Rutz

Versand: