



## **Urteil vom 18. März 2021**

---

Besetzung

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

---

Parteien

**Spitäler Frutigen Meiringen Interlaken AG,**  
vertreten durch Dr. iur. Thomas Eichenberger, Rechtsanwalt,  
und MLaw Christoph Hirschi, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

Krankenversicherung, Berner Spitalliste Akutsomatik 2019  
(RRB Nr. 422 vom 8. Mai 2019).

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

Die Spitäler Frutigen Meiringen Interlaken AG war auf der Spitalliste Akutsomatik 2014 des Kantons Bern mit einem Leistungsauftrag für verschiedene Leistungsbereiche aufgeführt, der neben dem Basispaket Chirurgie und Innere Medizin (BP) unter anderem die Leistungsgruppen VIS1 (Viszeralchirurgie), ANG1 (Intervention periphere Gefässe [arteriell]) und RAD1 (Interventionelle Radiologie [bei Gefässen nur Diagnostik]) umfasste.

**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) richten würde (act. 358 f.). Die Spitäler Frutigen Meiringen Interlaken AG bewarb sich am 4. September 2017 für ihre Standorte Frutigen und Interlaken je um einen Leistungsauftrag für diverse Leistungsgruppen (act. 158 ff.). Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion stellte allen Bewerbern am 30. April 2018 den Entwurf der neuen Spitalliste Akutsomatik 2018 zu und gewährte ihnen das rechtliche Gehör. Dabei teilte es der Spitäler Frutigen Meiringen Interlaken AG mit, dass vorgesehen sei, ihr am Standort Interlaken aufgrund fehlender Versorgungsrelevanz keinen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen VIS1 (und der damit verknüpften Leistungsgruppe VIS1.4 [Bariatrische Chirurgie]), ANG1 und RAD1 zu erteilen (act. 64 ff.). Diese nahm zum Entwurf der neuen Spitalliste am 29. Mai 2018 Stellung und stellte verschiedene Änderungsanträge (act. 56 ff.). Am 11. September 2018 informierte die Gesundheits- und Fürsorgedirektion die Bewerber über weitere vorgesehene Anpassungen an der Spitalliste (act. 50 ff.), wozu sich die Spitäler Frutigen Meiringen Interlaken AG am 25. September 2018 im Rahmen einer zweiten Anhörung äusserte (act. 48 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 An-

hang 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 (SPLG-Systematik Akutsomatik BE, Version 2017\_02.00).

**B.c** Mit Beschluss Nr. 422/2019 vom 8. Mai 2019 erteilte der Regierungsrat der Spitäler Frutigen Meiringen Interlaken AG für die Standorte Frutigen und Interlaken auf der Spitalliste Akutsomatik 2019 je einen Leistungsauftrag für diverse Leistungsgruppen gemäss der SPLG-Systematik Akutsomatik BE. Zum Gesuch um Erteilung eines Leistungsauftrags für die Leistungsgruppen VIS1 und VIS1.4 am Standort Interlaken hielt die Vorinstanz fest, dass dieses die Anforderungen der SPLG-Systematik BE für diese Leistungsgruppen erfülle und daher grundsätzlich für die Erbringung der entsprechenden medizinischen Leistungen geeignet sei. Das Spital Interlaken sei im Bereich Viszeralchirurgie aufgrund der Fallzahlen der Jahre 2014 bis 2016 jedoch als nicht versorgungsrelevant für die Berner Bevölkerung eingestuft worden. Da die Schwelle zur Versorgungsrelevanz nur knapp nicht erreicht worden sei, erteilte der Regierungsrat dem Spital Interlaken jedoch einen bis zum 30. Juni 2020 befristeten Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen VIS1 und VIS1.4, um nach Ablauf dieser Frist die Versorgungsrelevanz anhand der Fallzahlen der Jahre 2017 bis 2019 nochmals überprüfen zu können. Auch für die Leistungsgruppen ANG1 und RAD1 erfülle das Spital Interlaken die Anforderungen der SPLG-Systematik BE. Wegen fehlender Versorgungsrelevanz in diesem Leistungsbereich (Gefässe) erteilte der Regierungsrat dem Spital Interlaken jedoch keinen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen ANG1 und RAD1.

### **C.**

Gegen den RRB Nr. 422/2019 vom 8. Mai 2019 erhob die Spitäler Frutigen Meiringen Interlaken AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) durch ihre Rechtsvertreter mit Eingabe vom 7. 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 in den Bereichen VIS1 (Viszeralchirurgie) und VIS1.4 (Bariatrische Chirurgie) für den Standort Interlaken nicht einen unbefristeten Leistungsauftrag erteilt hat, und insoweit, als ihr am Standort In-

terlaken keine Leistungsaufträge in den Bereichen RAD1 (Interventionelle Radiologie [bei Gefässen nur Diagnostik]) und ANG1 (Interventionen periphere Gefässe [arteriell]) erteilt wurden.

2. Der Beschwerdeführerin sei am Standort Interlaken folgende Leistungsaufträge zu erteilen:
  - a. VIS1 (Viszeralchirurgie) und VIS1.4 (Bariatrische Chirurgie)
  - b. RAD1 (Interventionelle Radiologie [bei Gefässen nur Diagnostik])
  - c. ANG1 (Interventionen periphere Gefässe [arteriell])
3. Eventualiter zu Ziff. 2.a: Der Beschwerdeführerin sei am Standort Interlaken für den Bereich VIS1 (Viszeralchirurgie) und VIS1.4 (Bariatrische Chirurgie) ein befristeter Leistungsauftrag bis zum 30. Juni 2022 zu erteilen.
4. Eventualiter zu Ziff. 2.b: Der Beschwerdeführerin sei am Standort Interlaken für den Bereich RAD1 (Interventionelle Radiologie [bei Gefässen nur Diagnostik]) ein befristeter Leistungsauftrag bis zum 30. Juni 2022 zu erteilen.
5. Eventualiter zu Ziff. 2.c: Der Beschwerdeführerin sei am Standort Interlaken für den Bereich ANG1 (Interventionen periphere Gefässe [arteriell]) ein befristeter Leistungsauftrag bis zum 30. Juni 2022 zu erteilen.
6. Verfahrensantrag: Es sei festzustellen, dass der Leistungsauftrag VIS1.4 befristet bis zum 30. Juni 2020 am Standort Interlaken während des Beschwerdeverfahrens gilt; eventualiter sei im Sinn einer vorsorglichen Massnahme anzuordnen, dass der Leistungsauftrag für den Leistungsbereich VIS1.4 befristet bis zum 30. Juni 2020 während der Dauer des Beschwerdeverfahrens gelte.

#### **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.**

In einer auf den Verfahrensantrag beschränkten Vernehmlassung vom 24. Juni 2019 beantragte die Vorinstanz dessen Abweisung (BVGer-act. 4).

#### **F.**

Mit Zwischenverfügung vom 1. Juli 2019 wurde der Beschwerdeführerin in

Gutheissung ihres prozessualen Eventualantrags der bis zum 30. Juni 2020 befristete Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe VIS1.4 vorsorglich während des Beschwerdeverfahrens erteilt (BVGer-act. 5).

**G.**

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung in der Hauptsache vom 31. Juli 2019 die Abweisung der Beschwerde (BVGer-act. 6).

**H.**

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 abzuweisen sei (BVGer-act. 8).

**I.**

Am 9. Oktober 2019 reichte die Beschwerdeführerin ihre Schlussbemerkungen ein (BVGer-act. 12). Die Vorinstanz liess sich nicht mehr vernehmen.

**J.**

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

**K.**

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. 422/2019 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 angefochtene 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 Spitalistenbeschlusses nicht insgesamt angefochten. Sie hat die Aufhebung beziehungsweise Abänderung des angefochtenen Beschlusses bezüglich der Leistungsgruppen VIS1, VIS1.4, RAD1 und ANG1 beantragt, womit sich der Streitgegenstand hierauf beschränkt. Soweit sich die Beschwerde nur gegen die mit den Leistungsaufträgen VIS1 und

VIS1.4 verbundenen Nebenbestimmung, namentlich gegen die Befristung bis 30. Juni 2020 richtet, bilden aber nicht nur die umstrittene Nebenbestimmung, sondern der mit Nebenbestimmungen erteilte Leistungsauftrag den Streitgegenstand im vorliegenden Beschwerdeverfahren (vgl. BVGE 2018 V/3 E. 3.3; Urteil des BVGer vom 16. Juli 2019 E. 1.4; vgl. auch die im Internet publizierte Zwischenverfügung C-4231/2017 vom 28. November 2017).

### **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** 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). 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.**

Streitig und – unter dem Blickwinkel der eingeschränkten Kognition des Bundesverwaltungsgerichts in Beschwerdeverfahren betreffend Spitallisten – zu prüfen ist, ob die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zu Recht für die Leistungsgruppen RAD1 und ANG1 keinen Leistungsauftrag erteilt bzw. die erteilten Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen VIS1 und VIS1.4 befristet hat. Für diese Beurteilung sind namentlich die nachfolgend aufgeführten bundesrechtlichen Bestimmungen massgebend.

**4.1** Art. 39 Abs. 1 KVG bestimmt in Verbindung mit Art. 35 Abs. 1 KVG, unter welchen Voraussetzungen Spitäler zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) zugelassen werden. Demnach muss ein Spital 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.

**4.2** 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.).

**4.3** Die Kantone sind 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.

**4.4** 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).

**4.5** 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).

**4.6** 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.

**4.7** 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).

**4.8** 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).

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

## **5.**

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).

**5.1** Im vorliegenden Fall ist die erste Stufe der vorinstanzlichen Spitalplanung, das heisst die Bedarfsermittlung, nicht umstritten. Grundlage für die neue Spitalliste 2019 des Kantons Bern bildet gemäss angefochtenem Beschluss die Versorgungsplanung 2016, die zum Ziel hat, 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 Akutso-matik wurde in der Versorgungsplanung 2016 anhand die sieben geographischen Versorgungsräume Bern, Berner Jura, Berner Oberland Ost, Berner Oberland West, Biel, Emmental und Oberaargau 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 Akutso-matik (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.). In der Versorgungsplanung 2016 wird darauf hingewiesen, dass

die Leistungen eines Spitals, das zur Leistungserbringung zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung geeignet sei, für die Versorgung der Berner Kantonsbevölkerung nicht automatisch auch bedarfsnotwendig seien. Sie würden erst dann bedarfsnotwendig, wenn sie tatsächlich zur Deckung des rechnerisch ermittelten Bedarfs nach entsprechenden stationären Leistungen benötigt würden. Nur diejenigen Leistungserbringer, die ein bestimmtes Versorgungsvolumen für die Berner Bevölkerung erreichten, würden für einen Leistungsauftrag in Frage kommen (Versorgungsplanung 2016, S. 79).

**5.2** Strittig ist vorliegend die auf der zweiten Stufe vorzunehmende Auswahl der Leistungserbringer, die den ermittelten Bedarf decken sollen. Hierzu hielt die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss in allgemeiner Weise 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 (schwegradbereinigte 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 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. So werde insbesondere bei einer fehlenden Versorgungsrelevanz kein Leistungsauftrag erteilt. Sofern die angebotenen Leistungen aller interessierten und geeigneten Spitäler 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.

## **6.**

Zunächst ist die Rüge der Beschwerdeführerin zu prüfen, wonach die Kriterien für die Versorgungsrelevanz auf der Basis des abgestuften Versorgungskonzepts der Vorinstanz Bundesrecht verletze. Gerügt wird insbesondere eine Verletzung des Willkürverbots, weil die ländlichen Spitäler benachteiligt würden.

**6.1** Die Vorinstanz verfügt bei der Spitalplanung und beim Erlass der Spitalliste, wie erwähnt, über einen erheblichen Ermessensspielraum (siehe vorne E. 3.1). Die Handhabung dieses Ermessens ist eine Frage der Angemessenheit, die vom Bundesverwaltungsgericht nach Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG im Bereich von Spitallistenbeschlüssen nicht zu überprüfen ist. 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 268 E. 4.2.3). Von Missbrauch des Ermessens wird gesprochen, 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, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 109 Rz. 184).

**6.2** Willkür liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft; dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht; zudem ist erforderlich, dass der Entscheid nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist (BGE 142 V 513 E. 4.2 mit Hinweisen).

**6.3** Im angefochtenen Beschluss hielt die Vorinstanz fest, dass sich der Bedarf an KVG-relevanten stationären Leistungen an der Kantonsbevölkerung unter Berücksichtigung der Versorgungsrelevanz bei einer regionalen, einer überregionalen oder einer kantonalen Versorgungsstufe orientiere.

Für den Kanton Bern sei ein Leistungserbringer aufgrund seines Leistungsvolumens versorgungsrelevant, wenn er kumulativ (siehe auch Versorgungsplanung 2016, S. 80):

- 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.

Für die Beurteilung der Versorgungsrelevanz seien die Jahre 2014-2016 massgebend, in diesem Zeitraum müssten die vorgenannten Anforderungen (Fallzahlen und prozentuale Abdeckung) entweder in den Jahren 2014 und 2015, 2015 und 2016 oder 2014 und 2016 (in 2 von 3 aufeinanderfolgenden Jahren) erbracht worden sein. Ziel dieses abgestuften Versorgungsmodells sei eine stufengerechte medizinische Versorgung in allen Regionen des Kantons Bern, weshalb es gleichermassen für alle Leistungserbringer zur Beurteilung ihrer Versorgungsrelevanz für die von ihnen beantragten medizinischen Leistungen in den entsprechenden Leistungsbereichen zur Anwendung komme. Der Kanton Bern komme mit der Versorgungsplanung 2016 den geltenden Empfehlungen der Schweizerischen Gesundheitsdirektorenkonferenz (GDK) zur Spitalplanung nach. Die GDK empfehle Schwellenwerte für die Versorgungsrelevanz von 5 % bis 10 % pro einzelne Leistungsgruppe. Die Vorgaben der Versorgungsplanung 2016 zur Versorgungsrelevanz differenzierten jedoch stärker zwischen Grund- und Spezialversorgung und würden pro Leistungsbereich und nicht pro Leistungsgruppe gelten. Mit den gewählten niedrigeren Schwellenwerten sowie dem gewählten Bezug auf den Leistungsbereich sei das Kriterium der Versorgungsrelevanz im Kanton Bern ein eher sanfter Steuerungsmechanismus, der primär Gelegenheitseingriffe und eine unbegründete Mengenausweitung vermeiden soll. Bei einer fehlenden Versorgungsrelevanz für den Beitrag zur Deckung des gegenwärtigen Bedarfs werde für den entsprechenden Leistungsbereich kein Leistungsauftrag erteilt.

Schliesslich hielt die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss fest, dass dem Bedürfnis der Beschwerdeführerin, eine wohnortnahe Behandlung vor allem für multimorbide Patientinnen und Patienten anbieten zu können, Rechnung getragen werde, indem solche Behandlungen in medizinisch indizierten bzw. begründeten Einzelfällen (z.B. Notfälle, Palliativsituationen) auch ohne einen Leistungsauftrag in bestimmten Leistungsbereichen (Zerebrovaskuläre Störungen, Ophtalmologie, Basis-Kinderchirurgie) erbracht und zu Lasten der OKP abgerechnet werden dürften. Diese Leistungsbereiche sind nicht vom Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens erfasst, weshalb sich das Bundesverwaltungsgericht zu dieser Ausnahmeregelung hier nicht zu äussern hat (siehe aber Urteil des BVGer C-2818/2019 vom 4. Februar 2021 E. 8.10 und 8.11).

Im angefochtenen Beschluss hat die Vorinstanz das Spital Interlaken in den Leistungsbereichen Viszeralchirurgie und Gefässe aufgrund der folgenden Fallzahlen und prozentualen Abdeckungen als nicht versorgungsrelevant eingestuft und ihr deshalb die Erteilung eines (unbefristeten) Leistungsauftrags verweigert:

Viszeralchirurgie Interlaken	2014	2015	2016
Anzahl Fälle	43	47	61
Prozentualer Anteil	1.9 %	1.8 %	2.3 %

Gefässe Interlaken	2014	2015	2016
Anzahl Fälle	110	33	35
Prozentualer Anteil	5.0 %	1.3 %	1.4 %

**6.4** Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Vorinstanz bei der Beurteilung der Versorgungsrelevanz die peripheren ländlichen Spitäler benachteilige, indem sie bei Leistungsbereichen der überregionalen Versorgungsstufe die prozentuale Abdeckung anhand der Fallzahlen des gesamten Kantons Bern ermittle. Das Einzugsgebiet des Spitals Interlaken sei deutlich weniger dicht besiedelt, als beispielsweise das Einzugsgebiet der Spitäler der Lindenhofgruppe oder der Hirslandengruppe in der Stadt oder Agglomeration Bern. Dies bringe für die Beschwerdeführerin ungerechte Nachteile in der prozentualen Berechnung mit sich und stelle eine krasse Benachteiligung der Randregion im ländlichen und voralpinen Gebiet dar.

Es sei willkürlich und sachlich nicht gerechtfertigt, die prozentuale Berechnung im Bereich der überregionalen Versorgungsstufe anhand sämtlicher Fälle des Kantons Bern vorzunehmen. Die Versorgungsrelevanz habe sich vielmehr an der jeweiligen Versorgungsstufe des zu erteilenden Leistungsauftrags zu orientieren. In ihren Schlussbemerkungen hält die Beschwerdeführerin hierzu ergänzend fest, dass die Gefahr bestünde, dass ein Leistungsbereich zwar als «überregional» qualifiziert werde, im betroffenen überregionalen Gebiet aber keine Institution einen Leistungsauftrag erhalte, weil sie im Hinblick auf sämtliche Fälle im Kanton nicht als versorgungsrelevant eingestuft werde, was zu einer Unterversorgung im betroffenen Gebiet führe. Interlaken gelte als versorgungsnotwendiges Spital, das einen Notfall aufrechtzuerhalten habe. Dies sei jedoch nur mit geeigneten Fachärzten möglich. Ein Wegfall der Viszeralchirurgie würde zum Weggang von zwei fachlich hoch qualifizierten Chirurgen und weiteren Ärzten führen. Mit der drohenden Reduktion der chirurgischen Klinik auf das Basispaket sei eine Notfallversorgung nicht mehr gewährleistet. Die Wegnahme des Leistungsbereichs Viszeralchirurgie käme mit anderen Worten einer vorgezogenen Schliessung des gesamten Standorts Interlaken gleich, was unter dem Aspekt des Zugangs der Patientinnen und Patienten zur Behandlung innert angemessener Frist (Art. 58b Abs. 4 Bst. b KVV) zu berücksichtigen sei.

**6.5** Die Vorinstanz hält dem in ihrer Vernehmlassung entgegen, dass es bei der Versorgungsplanung nicht um das Schicksal einzelner Spitäler bzw. der Beschwerdeführerin gehe. Vielmehr müsse der Kanton eine langfristig bedarfsgerechte, zugängliche, qualitativ gute und finanzierbare Spitalversorgung für die Berner Bevölkerung sicherstellen. Dies sei anhand objektiver und messbarer Kriterien des abgestuften Versorgungsmodells und der SPLG-Systematik Akutsomatik BE geschehen, die den Leistungserbringern bekannt gewesen seien. Habe ein Spitalstandort zu wenig Fälle in einem Leistungsbereich erbracht, so sei er zur Versorgung der Bevölkerung nicht relevant. Der Kanton Bern habe sich für ein flächendeckend abgestuftes Versorgungsmodell entschieden. Bereits die beiden früheren Versorgungsplanungen hätten sich am Ziel der stufengerechten Gesundheitsversorgung der Kantonsbevölkerung ausgerichtet. Die Fortsetzung dieses für den Kanton wichtigen Ziels bilde die Grundlage für eine nach Versorgungsstufen differenzierte Gliederung des stationären Angebots gemäss Versorgungsplanung 2016. Anhand der Versorgungsstufen regional, überregional und kantonale könne die Versorgungssituation in allen Teilen des Kantons besser beobachtet und beurteilt werden. Das abgestufte Ver-

sorgungsmodell ordne den einzelnen Leistungsgruppen bzw. Leistungsbereichen der kantonalen SPLG-Systematik aufgrund ihrer nötigen Erreichbarkeit für die Patientinnen und Patienten entweder eine wohnortnahe (d.h. regionale) oder eine wohnortferne (d.h. überregionale bzw. kantonale) Versorgungsstufe zu. Die Erbringung gewisser Leistungen müsse konzentriert werden, damit eine hohe Behandlungsqualität mit der notwendigen Wirtschaftlichkeit gewährleistet werden könne. Auf der Basis des abgestuften Versorgungsmodells werde die Versorgung mit stationären Leistungen im Kanton Bern in allen Kantonsteilen, d.h. auch dezentral, sichergestellt. Eine flächendeckende bedarfsgerechte Versorgung werde dann erreicht, wenn ausreichende, qualitativ gute und wirtschaftlich tragbare stationäre Leistungen für alle Bernerinnen und Berner erreichbar seien. Deshalb beziehe sich die Versorgungsrelevanz der Beschwerdeführerin nicht nur auf den Versorgungsraum Berner Oberland Ost, sondern auf die gesamte Bevölkerung des Kantons Bern. Die Vorinstanz folge – wie die meisten Kantone – bei der Versorgungsrelevanz grundsätzlich den Empfehlungen der GDK. Die für den Kanton Bern massgebenden Schwellenwerte pro Leistungsbereich seien aber deutlich niedriger und damit auch für die Beschwerdeführerin sanfter, als die von der GDK vorgeschlagenen Werte. Die Vorinstanz weist darauf hin, dass auch andere ländliche Spitalstandorte die versorgungsnotwendigen Leistungen der Inneren Medizin, der Chirurgie und der akutsomatischen Notfallversorgung des Leistungsauftrags Basispaket (BP) erbringen könnten, ohne daneben über einen spezialisierten Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe VIS1 zu verfügen. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführerin anders behandelt werden sollte. Nicht jeder regionale Spitalstandort solle ein vollständiges Angebotsportfolio vorhalten.

**6.6** Das BAG hält dazu fest, dass das abgestufte Versorgungsmodell laut der Versorgungsplanung 2016 durch Konzentration der spezialisierten Leistungen eine hohe Behandlungsqualität mit der notwendigen Wirtschaftlichkeit gewährleisten solle. Eine Angebotskonzentration gemäss dem abgestuften Versorgungsmodell, welches insbesondere die Nutzung von Synergien beabsichtige, sei im Sinne Art. 58b Abs. 4 Bst. a KVV und Art. 58b Abs. 5 Bst. c KVV. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sei eine Angebotskonzentration zugunsten des Spitals mit der grösseren Erfahrung im entsprechenden Bereich und zulasten des Spitals mit dem geringeren Leistungsvolumen KVG-konform. Aus der Rechtsprechung ergebe sich auch, dass das Kriterium der kritischen Grösse zulässig sei, da es dazu diene, die Qualität und Wirtschaftlichkeit

einer Leistung zu beurteilen. Die Berechnung der Versorgungsrelevanz anhand aller Berner Fälle sei daher weder willkürlich noch sachfremd. Die Beschwerdeführerin vermöge nicht aufzuzeigen, dass die Vorinstanz ihr weites Ermessen missbräuchlich ausgeübt habe, zumal sie das Kriterium der Versorgungsrelevanz viel sanfter angewendet habe, als es die GDK empfehle. Jedoch könne das Kriterium der Versorgungsrelevanz nicht auf allfällige Neubewerber angewendet werden, da diese dadurch im Vorhinein von der Vergabe von Leistungsaufträgen ausgeschlossen wären. Das BAG weist weiter darauf hin, dass der Vorinstanz bei der Festlegung der Methode der Berechnung der Versorgungsrelevanz ein weiteres Ermessensspielraum zukomme. Weiter hält es fest, dass aufgrund des geringen Behandlungsvolumens des Spitals Interlaken im Bereich der Viszeralchirurgie nicht ersichtlich sei, dass die Notfallversorgung infolge Nichterteilung des Leistungsauftrags VIS1 und VIS1.4 nicht mehr aufrechterhalten werden könne.

**6.7** Mit der kantonalen Spitalplanung soll einerseits die bedarfsgerechte Spitalversorgung der Bevölkerung gewährleistet (vgl. Art. 58a Abs. 1 KVV), andererseits eine Kosteneindämmung und namentlich der Abbau von Überkapazitäten angestrebt werden. Der vom Gesetzgeber angestrebte Wettbewerb ersetzt nicht die kantonale Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung. Bedarfsgerecht ist die Versorgungsplanung grundsätzlich dann, wenn sie den Bedarf – aber nicht mehr als diesen – deckt (Urteil des BVGer C-1966/2014 vom 23. November 2015 E. 4.5 und E. 4.6.1; BVGE 2018 V/3 E. 9.1; BVGE 2019 V/2 E. 4.2). Die Spitalplanung hat sich nicht auf die Verhinderung einer Unterversorgung zu beschränken (eingehend dazu Urteil des BVGer C-6266/2013 vom 29. September 2015 E. 4). Zur Leistungserbringung zulasten der OKP sind daher grundsätzlich nur so viele Spitäler zuzulassen (bzw. Leistungsaufträge zu erteilen) als für die Deckung des Bedarfs erforderlich sind (Urteil des BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016 E. 5.4.2). Für die Versorgung eines Kantons nicht relevante Spitäler müssen bei der Vergabe eines Leistungsauftrags nicht berücksichtigt werden. Dadurch werden Überkapazitäten vermieden bzw. reduziert (vgl. BVGE 2010/15 E. 6.5.2; Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung vom 25. Mai 2018, GDK-Empfehlung, Empfehlung 2, S. 9). Es ist somit grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz Bewerbern bei fehlender Versorgungsrelevanz keinen Leistungsauftrag erteilt, auch wenn sie die leistungsspezifischen Anforderungen erfüllen, zumal kein Anspruch auf Aufnahme auf die Spitalliste besteht (vgl. Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 11.7.3).

**6.8** Die Versorgungsrelevanz eines Spitals hängt von der Anzahl stationärer Behandlungen pro Leistungsgruppe bzw. Leistungsbereich ab. Bewerber, welche über eine geringe Fallzahl verfügen, sind in der Regel nicht versorgungsrelevant (vgl. Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 11.7.3; RÜTSCHÉ/PICÉCCHI, Basler Kommentar zum Krankenversicherungsgesetz und zum Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, 2020, N 51 zu Art. 39 KVG). Das Bundesverwaltungsgericht erachtete eine kantonale Regelung, wonach ein Spital während einer Referenzperiode über mindestens 5 % von allen Fällen der Kantonseinwohnerinnen und Kantonseinwohner und mindestens über 10 Fälle der betroffenen Leistung aufweisen muss, damit es auf die Spitalliste aufgenommen werden kann, als bundesrechtskonform (Urteil des BVGer C-401/2012 vom 28. Januar 2014 E. 9.4). Weiter hat es ein Spital in einer Leistungsgruppe, indem es einen Versorgungsanteil von 1.7 % der Kantonsbevölkerung aufwies, als nicht versorgungsrelevant betrachtet (Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 11.7.3). Zudem hat es die Nichterteilung eines Leistungsauftrags an einen Leistungserbringer, dessen Anteil in betroffenen Bereich 4.6 % bzw. 8.3 % am innerkantonalen Leistungsvolumens betragen hat, mit Blick auf die angestrebte Konzentration aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und der Leistungsqualität als nachvollziehbar beurteilt (vgl. Urteil des BVGer C-2907/2008 vom E. 8.4.6.1).

**6.9** Laut den Empfehlungen der GDK ist ein innerkantonales Spital zur Deckung des Bedarfs in einer Leistungsgruppe als nicht versorgungsrelevant zu betrachten, wenn der Anteil dieses Spitals in der betroffenen Leistungsgruppe während einer vom Kanton festgelegten Periode nicht mindestens 5 Prozent (und zugleich mindestens 10 Fälle) der stationären Behandlungen von Kantonseinwohnerinnen und -einwohnern beträgt. In begründeten Fällen, insbesondere aus versorgungspolitischen Gründen im Sinne einer dezentralen Gesundheitsversorgung, kann ein innerkantonales Spital zur Deckung des Bedarfs als versorgungsrelevant betrachtet werden, wenn der Anteil dieses Spitals in der betroffenen Leistungsgruppe weniger als 5 Prozent der stationären Behandlungen von Kantonseinwohnerinnen und -einwohnern beträgt. Die in der kantonalen Gesetzgebung festgeschriebenen Anforderungen für die Erteilung von Leistungsaufträgen bleiben vorbehalten.

**6.10** Die beiden im vorliegenden Fall interessierenden Leistungsbereiche Viszeralchirurgie und Gefässe gehören gemäss der Berner Versorgungsplanung 2016 zur überregionalen Versorgungsstufe. In dieser Versorgungsstufe ist ein Leistungserbringer gemäss den Kriterien der Vorinstanz

aufgrund seines Leistungsvolumens versorgungsrelevant, wenn er in zwei von drei aufeinanderfolgenden Referenzjahren mindestens 10 Berner Fälle und mindestens 2 % aller Berner Fälle aufweist. Zur Angemessenheit der Höhe der festgesetzten Schwelle für die Versorgungsrelevanz, die vorliegend im Rahmen der Empfehlung der GDK und den bisher vom Bundesverwaltungsgericht beurteilten Fälle liegt, hat sich das Gericht nicht zu äussern (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG). Es hat daher nicht zu beurteilen, ob die Festsetzung eines tieferen Schwellenwerts bzw. die Berechnung der prozentualen Abdeckung auf der Basis der Fälle der Versorgungsregion für Spitäler aus dem ländlichen Raum zweckmässiger wäre. Problematisch wäre der festgesetzte Schwellenwert bzw. der Berechnungsmodus erst dann, wenn er zu einer versorgungsgefährdenden Angebotseinschränkung führen würde (vgl. BVGE 2018 V/3 E. 12.2.4 im Zusammenhang mit Mindestfallzahlen pro Operateur).

**6.11** Die Bestimmung der Versorgungsrelevanz auf der Basis des gesamten innerkantonalen Leistungsvolumens («alle Berner Fälle») erscheint sachgerecht, weil sich die Spitalplanung am Bedarf der ganzen Kantonsbevölkerung richten muss, und entspricht den Empfehlungen der GDK, welche die Schwellenwerte zur Ermittlung der Versorgungsrelevanz ebenfalls anhand der stationären Behandlungen aller Kantoneinwohnerinnen und -einwohnern festlegt. Es ist zudem nicht ersichtlich, dass die Vorgehensweise der Vorinstanz zu einer Gefährdung der Versorgung in den ländlichen Gebieten des Kantons Bern führt. Im abgestuften Versorgungsmodell wird die Versorgungsrelevanz für die regionale, die überregionale oder die kantonale Versorgungsstufe differenziert betrachtet. So sieht es für die Bejahung der Versorgungsrelevanz bei Leistungen der regionalen Versorgungsstufe (Leistungsbereiche Basispaket, Hals-Nasen-Ohren, Neurologie, Endokrinologie, Bewegungsapparat chirurgisch [Basisleistungen], Rheumatologie, Gynäkologie, Geburtshilfe, Neugeborene und Kindermedizin) keinen prozentualen Mindestanteil der Berner Fälle vor, sondern setzt lediglich voraus, dass der Leistungserbringer in zwei von drei aufeinanderfolgenden Referenzjahren mindestens 10 Berner Fälle aufweist. Damit wird das Leistungsvolumen für die Versorgungsrelevanz im Bereich der Grund- und Notfallversorgung im Kanton Bern – im Vergleich zur Empfehlung der GDK – sehr tief angesetzt, weshalb die Versorgung der Berner Bevölkerung mit stationären Leistungen der Grund- und Notfallversorgung, die laut der Versorgungsplanung wohnortnah erbracht und nach Möglichkeit in jedem Versorgungsraum angeboten werden sollen, auch im ländlichen Gebiet nicht gefährdet erscheint (vgl. Versorgungsplanung 2016, S. 69).

**6.12** Es ist – auch mit Blick auf Art. 58b Abs. 4 Bst. b KVV (Zugang der Patientinnen und Patienten zur Behandlung innert nützlicher Frist) – nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz davon ausgeht, dass die hier im Streit liegenden spezialisierten (und teilweise elektiven) Leistungen VIS1, VIS1.4, ANG1 und RAD1 der überregionalen Leistungsstufe nicht in jeder Versorgungsregion bzw. nicht in jedem Fall wohnortnah angeboten werden müssen (vgl. Urteil des BVGer C-2887/2019 vom 26. Januar 2021 E. 7.6 mit Hinweisen auf die GDK-Empfehlung, Empfehlung 6, S. 14 und EUGSTER, a.a.O., S. 658 Rz. 814). Im vorliegenden Fall ist für das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen seiner eingeschränkten Kognition auf der Spitalliste 2019 keine Unterversorgung in den strittigen Leistungsgruppen VIS1 und VIS1.4 (13 Listenspitäler, wovon 10 einen unbefristeten Leistungsauftrag erhalten haben), RAD1 (11 Listenspitäler) und ANG1 (9 Listenspitäler) erkennbar. Eine von der Beschwerdeführerin vorgebrachte – aber nicht näher begründete und zahlenmässig belegte – Unterversorgung im Versorgungsraum Berner Oberland Ost ist ebenfalls nicht ersichtlich, zumal das Spital Thun, das sich im angrenzenden Versorgungsgebiet Berner Oberland West und Nahe an der Grenze zum Versorgungsgebiet Berner Oberland Ost befindetet, über einen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen VIS1, VIS1.4, RAD1 und ANG1 verfügt.

**6.13** Es steht auch in Einklang mit den Zielen der Spitalplanung, dass die Vorinstanz mit dem abgestuften Versorgungsmodell eine Konzentration von spezialisierten Leistungen vornimmt (vgl. auch 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), und damit neben der Qualitätssicherung auch den Abbau bzw. die Vermeidung von Überkapazitäten anstrebt (vgl. Urteil des BVGer C-4232/2014 vom E. 5.4.4; C-6266/2013 vom 29. September 2015 E. 4.3.7 und E. 4.5). Dass diese Angebotskonzentration bei jenen Spitälern mit den höheren Fallzahlen im Bereich der Leistungsgruppen Viszeralchirurgie und Gefässe 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 und eine bundesrechtswidrige Benachteiligung von Landspitälern ist nicht ersichtlich. Würde dagegen, wie von der Beschwerdeführerin verlangt, die Versorgungsrelevanz nur in Bezug auf den Versorgungsraum Berner Oberland Ost beurteilt, bestünde die Gefahr, dass Überkapazitäten aufrechterhalten werden, was einem der Ziele der Spitalplanung widersprechen würde. Nicht zu äussern hat sich das Gericht zur Frage der An-

gemessenheit einer Konzentration des Angebots im Bereich Viszeralchirurgie und Gefässe (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG; vgl. Urteil des BVGer C-6007/2016 vom 7. Februar 2018 E. 8.8).

**6.14** Dass infolge der Nichterteilung der Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen VIS1, VIS1.4, ANG1 und RAD1 im Spital Interlaken die Notfallversorgung nicht mehr aufrechterhalten werden kann oder gar eine Schliessung des Spitals Interlaken droht, scheint aufgrund des geringen wegfallenden Leistungsvolumens nicht naheliegend. Im SPLG-Konzept ist denn auch nicht vorgesehen, dass der Leistungsauftrag für das Basispaket nur in Verknüpfung mit einem Leistungsauftrag für die spezialisierten Leistungsgruppen VIS1, VIS1.4, ANG1 und RAD1 erteilt werden kann. Die Vorinstanz hat darauf hingewiesen, dass auch andere ländliche Spitalstandortorte in der Lage sind, die versorgungsnotwendigen Leistungen des Basispakets zu erbringen, ohne dabei über einen spezialisierten Leistungsauftrag VIS1 zu verfügen. Im Übrigen wurde der Beschwerdeführerin für die Leistungsgruppen VIS1 und VIS1.4 ein befristeter Leistungsauftrag erteilt, wodurch sie Gelegenheit erhält, bis zum 30. Juni 2020 nachzuweisen, dass sie die erforderlichen Fallzahlen und die prozentuale Abdeckung erbringen kann. Die Beschwerdeführerin ist zudem darauf hinzuweisen, dass sie aufgrund des ihr auf der Spitalliste 2019 erteilten Leistungsauftrags für das Basispaket (BP) nicht bloss berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, die entsprechenden Behandlungen durchzuführen (vgl. Art. 41a Abs. 1 KVG).

**6.15** Es ist insgesamt nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz Spitäler, welche in einer Leistungsgruppe, die der überregionalen Versorgungsstufe zugeordnet wird, nicht mindestens 2 Prozent aller Berner Fälle der entsprechenden Leistungsgruppe aufweisen, als nicht versorgungsrelevant betrachtet und grundsätzlich von der Vergabe des entsprechenden Leistungsauftrags ausschliesst. Aus der Empfehlung der GDK, wonach die Kantone in begründeten Fällen, insbesondere aus versorgungspolitischen Gründen im Sinne einer dezentralen Gesundheitsversorgung, ein innerkantonales Spital zur Deckung des Bedarfs als versorgungsrelevant betrachten können, auch wenn der Anteil dieses Spitals in der betroffenen Leistungsgruppe weniger als 5 % der stationären Behandlungen von Kantoneinwohnerinnen und Kantoneinwohner beträgt, kann die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Erteilung eines Leistungsauftrags für die Leistungsgruppen VIS1, VIS1.4, ANG1 und RAD1 ableiten. Es liegt vielmehr im Ermessen der Vorinstanz, in welches das Gericht nicht eingreift, allenfalls von einer derartigen Ausnahme auszugehen.

## 7.

Weiter rügt die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz das Kriterium der Versorgungsrelevanz bundesrechtswidrig angewendet habe, weil sie die positiven Entwicklungen im Spital Interlaken in den Leistungsbereichen Viszeralchirurgie und Gefässe nicht berücksichtigt und nicht auf den Durchschnitt der Fallzahlen der Jahre 2014 bis 2016 abgestellt habe.

**7.1** In der Beschwerde wird vorgebracht, dass sich im Spital Interlaken im Bereich der Viszeralchirurgie eine stark positive Entwicklung abzeichne, was sich bereits an den Fallzahlen 2016 erkennen liesse. Per 1. Juli 2017 sei ein neuer Chefarzt im Bereich Chirurgie angestellt worden, der im Jahr 2017 den Schwerpunkttitel Viszeralchirurgie erworben habe. Seit 1. August 2018 sei zudem in der Funktion als stellvertretender Chefarzt ein weiterer Facharzt für Chirurgie mit Schwerpunkt Viszeralchirurgie am Spital Interlaken beschäftigt. Das Ziel der Stärkung dieses Bereichs sei somit im Jahr 2018 umgesetzt worden. Der Entscheid über die Erteilung von Leistungsaufträgen im Jahr 2019 könne nicht (alleine) auf Zahlen aus den Jahren 2014, 2015 und 2016 basieren. Eindeutige positive Entwicklungen seien ebenfalls zu berücksichtigen. Auch im Leistungsbereich Gefässe zeichne sich eine positive Entwicklung ab. So habe für den Standort Interlaken zusätzlich eine Fachärztin Angiologie gewonnen werden können, womit eine Steigerung der Fallzahlen und der prozentualen Abdeckung zu erwarten sei. Ferner sei zu beachten, dass das Spital Interlaken im Durchschnitt der Jahre 2014 bis 2016 die vorausgesetzte Versorgungsrelevanz von 2 % aller Berner Fälle überschritten habe. Über die genannten Referenzjahre sei das Spital Interlaken daher als versorgungsrelevant anzusehen. Die Vorinstanz müsse sich eine überspitzt formalistische Handhabung des Kriteriums der Versorgungsrelevanz vorwerfen lassen.

**7.2** Die Vorinstanz hält fest, dass sich die Beurteilung der Versorgungsrelevanz auf die in den Referenzjahre 2014 bis 2016 erbrachten Leistungen stütze. Zukünftige Fälle könnten nicht berücksichtigt werden. Sie habe dem Spital Interlaken aber aufgrund der Anstrengungen zur Gewinnung von Fachpersonal sowie der nur sehr knapp verfehlten Versorgungsrelevanz einen bis zum 30. Juni 2020 befristeten Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen VIS1 und VIS1.4 erteilt, um nach Ablauf dieser Frist die Versorgungsrelevanz aufgrund der Fallzahlen 2017 bis 2019 nochmals prüfen zu können. In ihrer Vernehmlassung hält die Vorinstanz fest, dass der Durchschnitt der Fallzahlen der Jahre 2014 bis 2016 für die Prüfung der Versorgungsrelevanz nicht massgebend sei. Das Bundesrecht mache zur Bestimmung der Versorgungsrelevanz keine Vorgaben, weshalb ihr in diesem

Bereich ein grosses Ermessen zustehe. Dass die Versorgungsrelevanz unter Umständen auch auf der Basis des Durchschnitts der Fälle der Jahre 2014 bis 2016 hätte ermittelt werden können, bedeute noch keine Rechtsverletzung.

**7.3** Das BAG ist der Ansicht, dass der Vorinstanz bezüglich der Wahl der Berechnungsmethode der Versorgungsrelevanz ein weiter Ermessensspielraum zustehe. Die Beschwerdeführerin zeige nicht auf, dass die Vorinstanz ihr weites Ermessen missbräuchlich ausgeübt hätte, zumal sie das Kriterium der Versorgungsrelevanz und deren Berechnung viel sanfter angewendet habe, als es die GDK empfehle.

**7.4** Die Evaluation des Angebots der Leistungserbringer und damit auch die Beurteilung der Versorgungsrelevanz kann systembedingt nur retrospektiv erfolgen, wobei in der Regel auf die aktuellsten offiziellen Zahlen abzustellen ist (vgl. 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). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Prüfung der Versorgungsrelevanz aufgrund der in den Referenzjahren 2014 bis 2016 erbachten Leistungen vorgenommen hat (vgl. zur Zulässigkeit der retrospektiven Beurteilung der Erfüllung von Mindestfallzahlen Urteil des BVGer C-2887/2019 vom 26. Januar 2021 E. 8.5), zumal im Zeitpunkt der Ausschreibung der Leistungsaufträge und der Bewerbungen erst die Fallzahlen bis ins Jahr 2016 verfügbar waren. Da die Frage, welcher Beurteilungszeitraum für die Ermittlung der Versorgungsrelevanz heranzuziehen ist, die Angemessenheit des angefochtenen Beschlusses betrifft, hat sich das Bundesverwaltungsgericht nicht dazu zu äussern, ob es zweckmässiger wäre, einen anderen Beurteilungszeitraum zu betrachten bzw. auch eine Prognose der künftigen Fallentwicklung vorzunehmen (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG; vgl. Urteil des BVGer C-5573/2018 vom 21. November 2018 E. 10.4), weil in dieser Hinsicht keine Rechtsverletzung ersichtlich ist. Im Übrigen hat die Vorinstanz, wie dargelegt, die Entwicklungen ab 2017 bei ihrer Beurteilung nicht unberücksichtigt gelassen. Es ist damit nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz die Kriterien für das Erreichen der Versorgungsrelevanz überspitzt formalistisch (Art. 29 Abs. 1 BV) angewendet hat.

**7.5** Daran ändert grundsätzlich auch nichts, dass die Beschwerdeführerin die leistungsspezifischen Anforderungen hinsichtlich Infrastruktur und erforderlichem Fachpersonal erfüllt und allenfalls künftig in der Lage wäre, die für die Versorgungsrelevanz erforderlichen Fallzahlen zu erreichen. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Stärkung des

Bereichs der Viszeralchirurgie Bemühungen betreffend Anstellung von zusätzlichen Fachärzten unternommen hat, verschafft ihr allein noch keinen Anspruch auf Erteilung eines Leistungsauftrags zu Lasten der OKP (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). Die Vorinstanz hat diesen Bemühungen aber Rechnung getragen, indem sie der Beschwerdeführerin für die Leistungsgruppen VIS1 und VIS1.4 einen befristeten Leistungsauftrag erteilt hat. Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich darauf hinweist, dass die angestellten Ärzte ausgewiesene Fachleute seien, lässt dies an sich die Verweigerung der Erteilung eines unbefristeten Leistungsauftrags zu Lasten der OKP nicht als unverhältnismässig erscheinen (vgl. Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 12). Insoweit zeigen die Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht auf, dass die Vorinstanz ihr weites Ermessen missbräuchlich ausgeübt hat.

## **8.**

Weiter ist die Rüge zu prüfen, es sei willkürlich und treuwidrig, dass die Vorinstanz die Versorgungsrelevanz der Beschwerdeführerin im Bereich der Viszeralchirurgie auf der Basis von Fallzahlen gemäss der Versionen 2014.1, 2015.1 und 2016.1 der SPLG-Systematik beurteilt hat, obwohl sich bei Erlass der Spitalliste 2019 aufgrund der SPLG-Systematik Version 2019.1 nun deutlich mehr Eingriffe in der Leistungsgruppe VIS1 befunden hätten, als dies in den Referenzjahren 2014 bis 2016 der Fall gewesen sei.

**8.1** Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass über die Jahre 2014 bis 2019 immer mehr viszeralchirurgische Eingriffe vom Basispaket in die spezialisierte Leistungsgruppe VIS1 überführt worden seien. So hätten sich im Jahr 2014 mit Ausnahme der Rektumresektionen keine resezierenden Koloneingriffe in der Leistungsgruppe VIS1 befunden. Diese Eingriffe seien damals noch alle dem Basispaket zugeordnet gewesen. Im Jahr 2017 seien dann zuerst die erweiterten Kolonteilresektionen und im Jahr 2019 sämtliche Kolonresektionen in die Leistungsgruppe VIS1 überführt worden. Eine ähnliche Veränderung sei bei den Eingriffen am Magen, den transrektalen Resektionen und den Eingriffen am Dünndarm ersichtlich. Folglich hätten sich bei Erlass der Spitalliste 2019 deutlich mehr Eingriffe in der Leistungsgruppe VIS1 befunden, als noch in den Referenzjahren 2014 bis 2016. Diese verschobenen Leistungen, insbesondere die im Spital Interlaken durchgeführten Koloneingriffe, seien bei der Berechnung der Fallzahlen VIS1 der Jahre 2014 bis 2016 nicht berücksichtigt worden, da sie damals ja noch dem Basispaket zugeordnet gewesen seien. Die Beurteilung der Versorgungsrelevanz für das Jahr 2019 anhand der Fallzahlen der

Jahre 2014 bis 2016 führe daher (zu Lasten der Beschwerdeführerin) zu einer fehlerhaften prozentualen Abdeckung und sei im Ergebnis willkürlich. Die Versorgungsrelevanz müsse anhand jener Leistungen beurteilt werden, die sich im Zeitpunkt bei Erlass der neuen Spitalliste 2019 in der Leistungsgruppe VIS1 befunden hätten. Wende man auf die Fälle der Referenzjahre 2014 bis 2016 die Kriterien des SPLG-Groupers 2019 an, würde sich im Bereich Viszeralchirurgie im Spital Interlaken deutlich höhere Fallzahlen ergeben, was die Vorinstanz hätten berücksichtigen müssen. Es gehe nicht an, dass sich die Behörde bei der Umteilung der Eingriffe von einem Leistungsbereich in einen anderen auf ihr Ermessen berufen könne, aber gleichzeitig die umgeteilten Eingriffe bei der Berechnung der Versorgungsrelevanz ebenfalls unter Berufung auf ihr Ermessen nicht berücksichtige. Dies sei willkürlich und verletze den Grundsatz von Treu und Glauben (Verbot widersprüchlichen Verhaltens). Laut der gerichtsnotorischen Medizinischen Statistik seien im Jahr 2016 im Kanton Bern 1401 Koloneingriffe durchgeführt worden. Die Beschwerdeführerin habe 75 dieser Eingriffe am Standort Interlaken durchgeführt, was einem Versorgungsanteil von 5.35 % entspreche (2015: 3.82 %; 2014: 3.5 %). Würden diese Zahlen zu den VIS1-Fällen der Jahre 2014 bis 2016 hinzugerechnet, so überschreite die Beschwerdeführerin in allen drei Referenzjahren die versorgungsrelevante Schwelle von 2 %.

**8.2** Die Vorinstanz beruft sich in ihrer Vernehmlassung auf ihr grosses Ermessen, dass ihr beim Erlass einer Spitalliste zukomme, insbesondere in Bereichen, in denen die Steuerung durch Rechtsnormen gering sei oder (wie bei der Zuteilung der ICD- und CHOP-Codes zu den einzelnen SPLG-Leistungsgruppen) ganz fehle. Sie weist darauf hin, dass sie die Zürcher SPLG-Systematik gestützt auf die Empfehlungen der Arbeitsgruppe ASLA punktuell an die Berner Verhältnisse angepasst habe. Die so bereinigten SPLG-Anforderungen seien dem Bewerbungsverfahren der Spitalliste 2019 zugrunde gelegt worden. Basierend auf der Medizinischen Statistik würden mit einer Software die ICD- und CHOP-Kataloge der stationär behandelten Patientinnen und Patienten den einzelnen SPLG-Leistungsgruppen zugeordnet. Diese Zuteilung erfolge mit dem sogenannten «Spitalplanungs-Leistungsgruppen-Grouper». Die Verwendung dieser vom Kanton Zürich entwickelten und jährlich weiterentwickelten Software werde von der GDK empfohlen. Der Kanton Bern habe die SPLG-Grouper-Software unverändert vom Kanton Zürich übernommen. Dass unter Umständen auch eine andere Grouper-Software hätten verwendet werden können, bedeute noch keine Rechtsverletzung.

**8.3** Das BAG hält fest, dass sich bezüglich der Frage, welchen Grouper die Vorinstanz zur Beurteilung der Versorgungsrelevanz des Leistungsbeereichs Viszeralchirurgie hätte verwenden müssen, aus dem Willkürverbot nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerin ableiten lasse. Die Vorinstanz habe sich bei der Beurteilung der Versorgungsrelevanz auf sachliche Empfehlungen der GDK und der ASLA gestützt. Angesichts ihres weiten Ermessensspielraums sei es nicht Sache des Gerichts, zu entscheiden, ob die Auswahl des Groupers angemessen sei, oder ob es zweckmässiger wäre, einen anderen Grouper zu verwenden. Problematisch wäre die Beurteilung der Versorgungsrelevanz erst dann, wenn der verwendete Grouper zu einer Unterversorgung führen würde und damit gegen das bundesrechtliche Gebot der bedarfsgerechten Planung verstossen würde. Aus den Akten würden sich hierfür jedoch keine Anhaltspunkte ergeben.

**8.4** Zunächst ist das Spitalplanung-Leistungsgruppenkonzept (SPLG), das von der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich in Zusammenarbeit mit Fachärzten der Zürcher Spitäler mit der Umstellung auf die leistungsorientierte Spitalplanung im Jahr 2012 erarbeitet wurde (vgl. Beschluss des Regierungsrats des Kantons Zürich [RRB] Nr. 1134 vom 21. September 2011 betreffend Festsetzung der Zürcher Spitalliste 2012 Akutsomatik und Rehabilitation, S. 6; abrufbar unter [www.zh.ch](http://www.zh.ch)), näher zu betrachten.

**8.4.1** Die SPLG-Systematik unterteilt die akutsomatischen Leistungen in 27 Leistungsbereiche und fasst diese in rund 150 Leistungsgruppen mit leistungsspezifischen Anforderungen zusammen. Die Liste der Leistungsgruppen ist in elektronischer Form auf der Homepage der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich publiziert ([www.zh.ch](http://www.zh.ch) > Gesundheit > Spitäler und Kliniken > Spitalplanung). Die rund 20 Leistungsgruppen der Grundversorgung sind in einem Basispaket (BP) vereinigt. Diese Leistungen werden im Spitalalltag in der Regel von den Fachärztinnen und Fachärzten für Innere Medizin und Chirurgie ohne Beizug von weiteren Fachärztinnen und Fachärzten erbracht. Das Basispaket bildet die Grundlage für alle Spitäler mit einer Notfallstation und ist für diese obligatorisch. Das Basispaket ist zudem eine Voraussetzung für alle Leistungsgruppen mit einem hohen Anteil an Notfallpatientinnen und Notfallpatienten. Da Notfallpatientinnen oder Notfallpatienten oft mit unklaren Beschwerden ins Spital kommen, ist nicht nur das Führen einer adäquaten Notfallstation, sondern auch das Angebot einer breiten Basisversorgung wichtig. Nur dies garantiert, dass bei Notfallpatientinnen und Notfallpatienten mit unklaren Beschwerden eine umfassende Differentialdiagnose und gegebenenfalls eine sofortige Erstbehand-

lung vorgenommen werden kann. Als wichtige Basis sind am Spital die Abteilungen Innere Medizin und Chirurgie vertreten (Anforderungen und Erläuterungen SPLG Akutsomatik BE [Version 2017\_02.00], S. 28).

**8.4.2** Die Zuteilung von Leistungen zu den Spitalplanungs-Leistungsgruppen erfolgt anhand der Schweizerischen Operationsklassifikation (CHOP) und des internationalen Diagnoseverzeichnisses (ICD). Die einzelnen konkreten Fälle werden aufgrund der ICD- und CHOP-Codes und gewissen zusätzlichen Variablen durch einen Algorithmus (SPLG-Grouper-Software) der entsprechenden Leistungsgruppe zugewiesen (vgl. Anwendungshandbuch SPLG-Grouper 10, S. 4 [abrufbar unter [www.zh.ch](http://www.zh.ch)]). Das SPLG-Konzept (Systematik und Anforderungen) wird laufend unter der Federführung der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich weiterentwickelt. Dabei werden technische Anpassungen (vor allem Nachvollzug CHOP-Anpassungen, Grouper) jährlich vorgenommen. Konzeptionelle Anpassungen im Rahmen einer Aktualisierung (SPLG, Anforderungen) werden in der Regel alle 3 Jahre durchgeführt. Eine konzeptionelle Totalrevision (komplett neues Konzept/Systematik) wird sodann in der Regel alle 9-10 Jahre geprüft (vgl. Empfehlung der GDK vom 25. Mai 2018 zur Anwendung einer Spitalleistungsgruppensystematik im Rahmen der kantonalen Spitalplanung). Jedes Jahr wird parallel zur neuen SPLG-Definition auch eine neue Version des SPLG-Grouper veröffentlicht, in der die angepasste SPLG-Definition hinterlegt wird (vgl. Anwendungshandbuch SPLG-Grouper 10, S. 4; Factsheet SPLG-Grouper [abrufbar unter [www.zh.ch](http://www.zh.ch)]).

**8.4.3** Aus Sicht der GDK handelt es sich beim Zürcher SPLG-Konzept um ein gutes Instrument für die Klassifikation der akutsomatischen Spitalleistungen im Rahmen der leistungsorientierten Spitalplanung. Zwecks interkantonaler Koordination der Spitalplanungen empfiehlt die GDK den Kantonen, die SPLG-Leistungsgruppen bei der Definition des Leistungsspektrums im Rahmen der Leistungsaufträge anzuwenden (vgl. Empfehlung der GDK vom 25. Mai 2018 zur Anwendung einer Spitalgruppensystematik im Rahmen der kantonalen Spitalplanung). Die Spitalliste des Kantons Bern basiert auf der Zürcher SPLG-Systematik, die vom Kanton Bern nahezu integral übernommen und nur wo nötig – gestützt auf Empfehlungen der Arbeitsgruppe ASLA – an die Verhältnisse des Kantons Bern angepasst wurde. Ebenso verwendet der Kanton Bern die gleiche Software wie der Kanton Zürich zum Gruppieren der Leistungen entsprechend der Zürcher SPLG-Systematik (Anforderungen und Erläuterungen SPLG Akutsomatik BE [Version 2017\_02.00], S. 4). Die Vorinstanz hat im angefochtenen Be-

schluss festgehalten, dass die ICD- und CHOP-Kataloge (inkl. der entsprechenden Grouper-Software) des Kantons Zürichs für die Spitalliste des Kantons Bern verbindlich seien. Diese seien von der Überprüfung durch die Arbeitsgruppe ASLA ausgeschlossen und würden nicht an bernische Verhältnisse angepasst (S. 8 des angefochtenen Beschlusses).

**8.5** Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz bei der Ausschreibung der Leistungsaufträge für die neue Spitalliste die interessierten Leistungserbringer aufgefordert, in ihrer Bewerbung die Leistungsmengen pro Leistungsbe- reich (Anzahl abgeschlossenen stationären Fälle [A-Fälle]) zu deklarieren, die (pro Standort) in den betreffenden Leistungsgruppen in den Referenz- jahren 2014 bis 2016 der Berner OKP-Patientinnen und OKP-Patienten er- bracht wurden (act. 185). Gestützt auf diese deklarierten Fallzahlen, die auf den SPLG-Grouperversionen 2014, 2015 und 2016 basieren, hat die Vorinstanz die Erfüllung des Kriteriums der Versorgungsrelevanz geprüft (act. 140). Die Beschwerdeführerin hat erstmals in ihrer Beschwerde da- rauf hingewiesen, dass im Jahr 2017 und im Jahr 2019 in der SPLG-Sys- tematik viszeralchirurgische Leistungen (insbesondere Darmeingriffe) aus dem Basispaket (BP) in die spezialisierte Leistungsgruppe VIS1 verscho- ben wurden. Laut einer mit der Beschwerde eingereichten Auflistung han- delt es sich dabei um 9 Eingriffe im Jahr 2017 und 28 Eingriffe im Jahr 2019 (Beilage 12 zu BVGer-act. 1), was sich bei einem Vergleich der Zusam- mensetzung des Basispakets und der Leistungsgruppe VIS in den jeweili- gen Versionen bestätigt. Mit der Beschwerdeführerin ist daher davon aus- zugehen, dass zumindest 37 viszeralchirurgische Eingriffe, die in den Jah- ren 2014 bis 2016 (SPLG Versionen 2014.1, 2015.1 und 2016.1) noch dem Basispaket zugeordnet waren, seit 2017 (SPLG Version 2017.1) bzw. seit 2019 (SPLG Version 2019.1) nur noch mit einem spezialisierten Leistungs- auftrag für die Leistungsgruppe VIS1 zu Lasten der OKP erbracht und ab- gerechnet werden können. Das heisst, die Versorgung der Berner Bevöl- kerung mit diesen verschobenen Leistungen kann auf der neuen Spitalliste 2019 nicht mehr mit Leistungsaufträgen für das Basispaket gesichert, son- dern muss mittels der Vergabe von Leistungsaufträgen für die Leistungs- gruppe VIS1 sichergestellt werden.

**8.6** Die Vorinstanz hat zu gewährleisten, dass bei Erlass der neuen Spital- liste 2019 der Bedarf ihrer Bevölkerung nach viszeralchirurgischen Leis- tungen gemäss der SPLG-Systematik Version 2019.1 gedeckt ist. Die Be- urteilung der Versorgungsrelevanz wäre daher idealtypisch auf der Basis jener Leistungen erfolgt, deren Versorgung auf der neuen Spitalliste sicher-

gestellt werden muss. Dazu hätten die in den Jahren 2014 bis 2016 erbrachten Fälle (aller Spitäler) mit der im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Beschlusses aktuellsten Grouper-Software (Version 2019.1) neu den einzelnen SPLG-Leistungsgruppen zugeordnet werden müssen. Indem die Vorinstanz die Versorgungsrelevanz im Bereich Viszeralchirurgie aber anhand den von den Spitälern eingereichten Fallzahlen, die den SPLG-Versionen 2014.1, 2015.1 und 2016.1 entsprechen, geprüft hat, hat sie nicht alle im Spital Interlaken in den Jahren 2014 bis 2016 erbrachten viszeralchirurgischen Leistungen, die im Zeitpunkt bei Erlass der Spitalliste Akutsomatik 2019 gemäss SPLG-Version 2019.1 in die Leistungsgruppe VIS1 gehören, berücksichtigt. Die Aussagekraft der von der Vorinstanz so verwendeten Fallzahlen der Jahre 2014 bis 2016 ist für die Frage nach der Versorgungsrelevanz im Bereich der Viszeralchirurgie im Zeitpunkt bei Erlass der Spitalliste daher eingeschränkt. Es fragt sich, ob das Abstellen auf diese Leistungsdaten Bundesrecht verletzt, namentlich willkürlich ist.

**8.7** Wie bereits erwähnt, kann die Evaluation des Angebots der Leistungserbringer und damit auch die Prüfung der Versorgungsrelevanz systembedingt nur retrospektiv erfolgen (vgl. 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). Das bringt grundsätzlich mit sich, dass gewisse Abstriche bei der Aktualität der verwendeten Leistungsdaten hinzunehmen sind. Zu beachten ist weiter, dass eine Spitalplanung ein zeitaufwändiger und komplexer Prozess ist, der in mehreren Schritten zu erfolgen hat (vgl. Urteil des BVGer C-6007/2016 vom 7. Februar 2018 E. 7.8), weshalb eine gewisse Pauschalisierung und Schematisierung bei einer Spitalplanung praktisch unvermeidlich ist. Zudem ist auch dem Bedürfnis des planenden Kantons nach Praktikabilität Rechnung zu tragen (vgl. Urteil des BGer 2C\_572/2010 vom 23. März 2011 E. 5.4 und E. 5.5.4; 8C\_612/2013 vom 30. Dezember 2013 E. 6.4 mit Hinweis). Wenn der planende Kanton nicht jede Änderung der SPLG-Leistungsgruppen, die erst im Laufe eines Spitalplanungsverfahrens vorgenommen wird, bei der Prüfung der Versorgungsrelevanz berücksichtigt bzw. auf Leistungsdaten vergangener Jahre abstellt, die nicht mit der aktuellsten Version der Groupersoftware gruppiert wurden, kann das nicht von vornherein als stossend bezeichnet werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um bloss technische Anpassungen am SPLG-Konzept handelt, die jährlich vorgenommen werden (siehe vorne E. 8.4.2). Konzeptionelle Anpassungen an den Leistungsgruppen können aber dazu führen, dass die bei der Prüfung der Versorgungsrelevanz verwendeten Leistungsdaten bereits bei Erlass der Spitalliste offensichtlich überholt bzw. nicht mehr aussagekräftig sind (vgl. dazu auch 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), weshalb es zur Vermeidung willkürlicher Ergebnisse (ausnahmsweise) geboten sein kann, die aktuellste Version der SPLG-Leistungsgruppen in die laufende Planung miteinzubeziehen, zumal der SPLG-Grouper neben dem Gruppieren des aktuellsten Datenjahres auch Daten der Vorjahre gruppieren kann (vgl. Factsheet SPLG-Grouper 10). Zu prüfen ist daher vorliegend, ob die Prüfung der Versorgungsrelevanz des Spitals Interlaken im Bereich Viszeralchirurgie auf der Basis von Fallzahlen gemäss den SPLG Versionen 2014.1, 2015.1 und 2016.1 zu einem derart fehlerhaften Ergebnis führt, dass das Bundesverwaltungsgericht korrigierend eingreifen muss.

**8.8** Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin aufgezeigt, dass die Verschiebung von Leistungen aus dem Basispaket in die spezialisierte Leistungsgruppe VIS1 zur Folge hat, dass eine nicht unbedeutende Anzahl von Darmeingriffen, die sie in den Jahren 2014 bis 2016 im Spital Interlaken im Rahmen des damaligen Basispakets durchgeführt hat, bei der Beurteilung der Versorgungsrelevanz für die Leistungsgruppe VIS1 nicht berücksichtigt worden sind, obwohl diese Eingriffe bei Erlass der Spitalliste 2019 zur spezialisierte Leistungsgruppe VIS1 gemäss SPLG-Version 2019.1 gehören. Die Beschwerdeführerin hat zwar keine eigenen Leistungsdaten eingereicht, aus denen ersichtlich ist, wie viele der von ihr in den Jahren 2014 bis 2016 durchgeführten Eingriffe von der konzeptionellen Verschiebung aus dem Basispaket in die Leistungsgruppe VIS1 konkret betroffen sind. Sie hat aber im Rahmen ihrer Schlussbemerkungen anhand von Zahlen aus der medizinischen Statistik aufgezeigt, dass ihr Versorgungsanteil bei Eingriffen bei Erkrankungen von Dickdarm und Enddarm (Indikator E.4.1.M «Kolorektale Resektionen insgesamt») bei 5.35 % (2016), 3.82 % (2015) und 3.5 % (2014) und damit über der Schwelle von 2 % lag. Zwar ist es aufgrund der vorliegenden Akten und der vom BAG im Internet publizierte Fallzahlen nicht möglich, abschliessend zu prüfen, ob es sich bei den Eingriffen «Kolorektale Resektionen insgesamt» ausschliesslich um Eingriffe handelt, die von der Verschiebung vom Basispaket in die Leistungsgruppen VIS1 betroffen waren. Aus der von der Beschwerdeführerin eingereichten Aufstellung lässt sich daher entgegen ihrer Ansicht nicht ohne Weiteres auf die Versorgungsrelevanz des Spitals Interlaken im Bereich der Viszeralchirurgie schliessen. Da es sich bei den «Kolorektale Resektionen insgesamt» aber – mit Ausnahme der Rektumresektionen – grösstenteils um Eingriffe handeln dürfte, die in den Referenzjahren 2014 bis 2016 noch dem Basispaket zugeordnet waren, bestehen doch

gewichtige Hinweise darauf, dass die Beschwerdeführerin als nicht versorgungsrelevant eingestuft wurde, obwohl ihr Beitrag an die viszeralchirurgische Versorgung des Berner Bevölkerung gemäss den Kriterien der SPLG Version 2017.1 bzw. 2019.1 in den Jahren 2014 bis 2016 faktisch mehr als 2 % betragen hat.

**8.9** Insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die Beschwerdeführerin gemäss dem angefochtenen Beschluss die prozentuale Schwelle der Versorgungsrelevanz im Bereich Viszeralchirurgie nur sehr knapp nicht erreicht hat, erscheint es im vorliegenden Fall nicht haltbar, dass die Vorinstanz darauf verzichtet hat, den Einfluss der Veränderung in der Zusammensetzung der Leistungsgruppe auf die Versorgungsrelevanz abzuklären. Sie hat sich dazu überdies weder im angefochtenen Beschluss noch in der Vernehmlassung geäussert. Auch wenn die jährlichen Anpassungen der SPLG-Leistungsgruppen und der Grouper-Software von der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürichs vorgenommen werden, liegt es im Verantwortungsbereich der Vorinstanz, dass deren Anwendung nicht zu einer rechtsverletzenden Entziehung von Leistungsaufträgen führt. Der massgebende Sachverhalt erweist sich damit als ungenügend abgeklärt. Die von der Vorinstanz vorgenommene Beurteilung der Versorgungsrelevanz im Bereich der Viszeralchirurgie ist daher anhand der mittels der Kriterien des SPLG-Grouper 2019 neu gruppierten Fälle der Referenzjahre 2014 bis 2016 nachzuprüfen. Sollte diese Nachprüfung zum Ergebnis führen, dass die Beschwerdeführerin die prozentuale Schwelle der Versorgungsrelevanz erreicht, wäre es nicht haltbar, sie aufgrund fehlender Versorgungsrelevanz von der Vergabe eines unbefristeten Leistungsauftrags im Bereich VIS1 auszuschliessen. Sollte sich das bisherige Ergebnis bestätigen, ist die Versorgungsrelevanz, wie von der Vorinstanz angekündigt (vgl. oben E. 7.1), aufgrund der Fallzahlen 2017 bis 2019 nochmals zu prüfen. Die Sache ist daher an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie die entsprechenden Abklärungen vornehme. Die hierzu erforderlichen Daten hat sie von der Beschwerdeführerin und allen anderen Berner Listenspitälern einzufordern, sofern sie nicht bereits vorliegen. Dabei sind jedoch nicht nur die von der Beschwerdeführerin aufgeführten 37 Eingriffe mit in die Beurteilung miteinzubeziehen, sondern darüber hinaus auch sämtliche anderen Leistungen, die im Zeitraum von 2014 bis 2019 aus einem anderen Leistungsbereich in den Leistungsbereich Viszeralchirurgie verschoben wurden. So ergibt ein Vergleich der Leistungsgruppen VIS1 in den Versionen 2014.1 und 2019.1, dass auch verschiedene Eingriffe aus den Leistungsgruppen NCH1 (Neurochirurgie), HNO1.1 (Hals- und Gesichtschirurgie)

gie) und GEF2 (Gefässchirurgie intraabdominale Gefässe) in die Leistungsgruppe VIS1 verschoben wurden. Der Umstand, dass in diesem Zeitraum auch Eingriffe aus den HSM-Leistungsgruppen VIS1.1 (Grosse Pankreaseingriffe), VIS1.2 (Grosse Lebereingriffe), VIS1.3 (Oesophaguschirurgie) und VIS1.5 (Tiefe Rektumresektion) in die Leistungsgruppe VIS1 (Version 2019.1) verschoben wurden, ist für die Prüfung der Versorgungsrelevanz nicht von Belang, da hierfür die ganze Leistungsgruppe und nicht nur einzelne Leistungsgruppen betrachtet werden.

## **9.**

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass für die Leistungsgruppe RAD1 die Kriterien für die Versorgungsrelevanz nicht angewendet werden dürften, weshalb ihr ein Leistungsauftrag für diese Leistungsgruppe zu erteilen sei.

**9.1** Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass Leistungen aus der Leistungsgruppe RAD1 allgemein für sämtliche CT-gesteuerten Eingriffe (Punktionen, Biopsien und Drainagen) durchgeführt würden. Eingriffe aus dieser Leistungsgruppe seien deshalb nicht nur im Leistungsbereich der Gefässe erforderlich. Die Leistungsgruppe RAD1 könne deshalb in der Versorgungsplanung nicht dem Leistungsbereich Gefässe (überregionale Versorgungsstufe) unterstellt werden. Die seitens der Vorinstanz aufgestellten Anforderungen an die Versorgungsrelevanz seien deshalb für diesen Bereich nicht anwendbar. Ferner sei aus der SPLG-Systematik Akutsomatik ersichtlich, dass für die Leistungsgruppe RAD1 einzig die leistungsspezifischen Anforderungen (Facharzttitel, Verfügbarkeit, Notfallstation und Intensivstation) erfüllt werden müssten. Fallzahlen und die 2 %-Schwelle der Versorgungsrelevanz müssten demgegenüber nicht erfüllt werden. Analog zum Standort Frutigen, für den die Beschwerdeführerin einen Leistungsauftrag RAD1 erhalten habe, sei ihr deshalb auch am Standort Interlaken ein Leistungsauftrag für diese Leistungsgruppe zu erteilen.

**9.2** Die Vorinstanz hält dazu in ihrer Vernehmlassung fest, dass die Leistungsgruppe RAD1 nur ein Teilgebiet der von der Beschwerdeführerin namentlich angeführten umfassenderen diagnostischen Radiologie (Punktionen, Biopsien und Drainagen) sei. Die Leistungsgruppe RAD1 umfasse die bildgesteuerten Eingriffe bei Gefässkrankheiten, weshalb die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich sie sachlich begründet dem SPLG-Leistungsbereich Gefässe zuordnet habe. Die von der Beschwerdeführerin angeführten CT-gesteuerten Eingriffe (Punktionen, Biopsien und Drainagen)

könne sie im Rahmen ihrer vorhandenen Leistungsaufträge (z.B. Basispaket) durchführen. Im abgestuften Versorgungsmodell sei der Leistungsbereich Gefässe – und damit auch der Leistungsauftrag RAD1 – der überregionalen Versorgungsstufe zugeteilt worden. Soweit die Beschwerdeführerin davon ausgehe, dass für den Leistungsauftrag RAD1 einzig die Eignung, d.h. die leistungsspezifischen Anforderungen erfüllt sein müssten, nicht dagegen die Schwelle von 2 % erreicht werden müsse, habe sie die im angefochtenen Beschluss erwähnten Prüfschritte nicht beachtet. Erfülle der Leistungserbringer die Eignung zur Leistungserbringung, werde in einem weiteren Schritt geprüft, ob er auch das Kriterium der Versorgungsrelevanz gemäss dem abgestuften Versorgungsmodell erfülle. Die Beschwerdeführerin habe die erforderliche prozentuale Abdeckung nicht erreicht, weshalb ihr der Leistungsauftrag RAD1 nicht erteilt worden sei. Aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführerin am Standort Frutigen ein Leistungsauftrag RAD1 erteilt worden sei, könne sie nichts zu ihren Gunsten ableiten, da die Erteilung von Leistungsaufträgen standortbezogen erfolge. Die Voraussetzungen zur Erteilung eines beantragten Leistungsauftrags müssten für jeden Standort einzeln erfüllt sein.

**9.3** Das BAG geht davon aus, dass die Beschwerdeführerin die genannten Eingriffe, vorbehaltlich der anderen nötigen Leistungsaufträge, gemäss den Ausführungen der Vorinstanz weiter ausführen könne. Die Leistungsgruppe RAD1 umfasse nach SPLG-Systematik nur die bildgesteuerten Eingriffe bei Gefässkrankheiten und sei daher sachlich nachvollziehbar dem Leistungsbereich Gefässe zugeordnet. Das abgestufte Versorgungsmodell der Versorgungsplanung 2016 ordne diesen Bereich der überregionalen Stufe zu. In der SPLG-Systematik seien weiter nur die Eignungskriterien festgehalten. Die Anforderungen der Versorgungsrelevanz werde in der Versorgungsplanung 2016 erläutert und sehe für den Leistungsbereich eine 2%-Schwelle vor. Die Beschwerdeführerin verfüge am Standort Frutigen bereits über einen Leistungsauftrag RAD1. Laut Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts könne sie daraus jedoch keinen Anspruch auf Erteilung eines entsprechenden Leistungsauftrags für den Standort Interlaken ableiten. Dass die Vorinstanz bei der Spitalplanung verschiedene Standorte als separate Leistungserbringer betrachte und unterschiedliche Leistungsaufträge erteile, sei gemäss Rechtsprechung KVG-konform. Daher sei der Beschwerdeführerin kein unbefristeter Leistungsauftrag RAD1 am Standort Interlaken zu erteilen.

**9.4** In der SPLG-Systematik ist die Leistungsgruppe RAD1 dem Leistungsbereich Gefässe zugeordnet. Dabei handelt es sich gemäss dem abgestuften Versorgungskonzept der Vorinstanz um Leistungen mit überregionaler Versorgungsfunktion (Versorgungsplanung S. 69). Ein Leistungserbringer wird in einem überregionalen Versorgungsbereich als versorgungsrelevant betrachtet, wenn er kumulativ in zwei von drei aufeinanderfolgenden Referenzjahren (2014-2016) mindestens 10 Berner Fälle und mindestens 2 Prozent aller Berner Fälle aufweist. Die Beschwerdeführerin erfüllt diese Kriterien am Standort Interlaken nicht. Wie bereits dargelegt, ist es zulässig, dass die Vorinstanz einer Bewerberin keinen Leistungsauftrag für einen Leistungsbereich erteilt, wenn sie die Kriterien der Versorgungsrelevanz nicht erfüllt, unabhängig davon, ob sie die leistungsspezifischen Anforderungen erfüllt (siehe oben E. 6).

**9.5** Was die Kritik der Beschwerdeführerin an der Zuteilung der Leistungsgruppe RAD1 in den Leistungsbereich «Gefässe» anbelangt, ist festzuhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der eingeschränkten Kognition nicht zu beurteilen hat (vgl. Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG), ob die Leistungsgruppensystematik bezüglich Zuteilung der einzelnen Leistungsgruppen zu den Leistungsbereichen zweckmässig ist. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die von der Vorinstanz verwendete Systematik dem Spitalplanungs-Leistungsgruppen-Konzept (SPLG) entspricht, das von der GDK den Kantonen zur Anwendung empfohlen wird (Empfehlung der GDK zur Anwendung einer Spitalleistungsgruppensystematik im Rahmen der kantonalen Spitalplanung vom 25. Mai 2018; GDK-Empfehlungen zur Spitalplanung, Empfehlung 3, S. 10). Festzuhalten ist, dass gemäss den Ausführungen der Vorinstanz, welchen die Beschwerdeführerin in ihren Schlussbemerkungen nichts entgegengehalten hat, die von der Beschwerdeführerin aufgeführten CT-Eingriffe (Punktionen, Biopsien und Drainagen) im Rahmen der ihr für den Standort Interlaken erteilten Leistungsaufträge (z.B. Basispaket) durchgeführt werden können. Nichts zu ihren Gunsten für den Standort Interlaken kann die Beschwerdeführerin jedoch aus dem Umstand ableiten, dass ihr am Standort Frutigen ein Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe RAD1 erteilt worden ist, sind doch die einzelnen Standorte als separate Leistungserbringer in der Spitalliste aufgeführt. Das ist im Lichte von Art. 35 KVG und Art. 39 Abs. 1 KVG zulässig (Urteil des BVGer C-2290/2013, C-3619/2013 vom 16. Juni 2015 E. 8.4.3; C-5575/2017 vom 9. Oktober 2018 E. 12.10). Daher muss die Beschwerdeführerin die Kriterien der (überregionalen) Versorgungsrelevanz für jeden Standort separat erfüllen. Insgesamt ist damit nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz mit der

Nichterteilung eines Leistungsauftrags RAD1 an die Beschwerdeführerin für den Standort Interlaken Bundesrecht verletzt hat.

## 10.

Schliesslich bleibt entsprechend dem Eventualstandpunkt der Beschwerdeführerin zu prüfen, ob sie Anspruch auf Erteilung von befristeten Leistungsaufträgen für die Leistungsgruppen ANG1 und RAD1 hat.

**10.1** Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sie auch in der Leistungsgruppe ANG1 eindeutige Perspektiven ausweise, die es bei der Vergabe des Leistungsauftrags zu berücksichtigen gelte. Durch den neuen Chefarzt Chirurgie sowie wegen der zusätzlich angestellten Fachärztin Angiologie werde sie die erforderliche prozentuale Abdeckung im Bereich der Versorgungsrelevanz künftig erreichen. In den «Anforderungen und Erläuterungen zu den Leistungsaufträgen gemäss den Spitalplanungsleistungsgruppen» (Version 2017 02.00, S. 8) sei explizit vorgesehen, dass unter bestimmten Voraussetzungen Befristungen erteilt werden könnten, so insbesondere, wenn einzelne Anforderungen der SPLG Systematik Akutsomatik BE noch nicht erfüllt seien. Die Vorinstanz könne einem Leistungserbringer in solchen Fällen eine Übergangsfrist zur Erfüllung einräumen. Erfülle das Listenspital die Auflagen nach der eingeräumten Frist, könne der Leistungsauftrag anschliessend unbefristet erteilt werden. Auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebiete es, dass vorliegend ein befristeter Leistungsauftrag erteilt werde, damit die Beschwerdeführerin die Gelegenheit erhalte, den Nachweis der vorausgesetzten Versorgungsrelevanz zu erbringen. Eine Befristung wäre eine mildere Massnahme als die Verweigerung des Leistungsauftrags. Da die Beschwerdeführerin Entwicklungen – namentlich die Anstellung einer Fachärztin Angiologie – nachzuweisen vermöge, die sich positiv auf die Fallzahlen auswirkten, sei eine Befristung vorliegend die mildere Massnahme. Überwiegende entgegenstehende öffentliche Interessen lägen nicht vor, da die Beschwerdeführerin zur Erbringung dieser medizinischen Leistungen geeignet sei, was auch die Vorinstanz anerkenne. Eine gänzliche Verweigerung des Leistungsauftrags in diesem Bereich käme überdies einer rechtsungleichen Behandlung gleich, zumal die Vorinstanz den Leistungsauftrag VIS1, bei dem die Beschwerdeführerin ebenfalls eine positive Entwicklung nachzuweisen könne, befristet erteilt habe. Zur Begründung ihres Eventualbegehrens auf Erteilung eines befristeten Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe RAD1 verweist die Beschwerdeführerin auf ihre vorstehenden Ausführungen zur Leistungsgruppe ANG1.

**10.2** Die Vorinstanz hält dem in ihrer Vernehmlassung entgegen, dass für den Nachweis der Versorgungsrelevanz die Fallzahlen der Jahre 2014 bis 2016 massgebend seien. Wäre sie dazu verpflichtet, einem Spital trotz nicht gegebener Versorgungsrelevanz einen befristeten Leistungsauftrag zu erteilen, so könnte der Kanton Bern die nach Artikel 39 Abs. 1 Bst. d KVG und nach Art. 58b Abs. 3 und Art. 58c Bst. a KVV verlangte bedarfsgerechte Versorgungsplanung nicht gewährleisten, denn das Angebot würde den Bedarf an Leistungen übertreffen, d.h. der Kanton würde ein Überangebot schaffen. Aus den gleichen Überlegungen dürfe der Beschwerdeführerin auch kein befristeter Leistungsauftrag erteilt werden, weil sie neue Ärztinnen und Ärzte angestellt habe, von welchen sie sich eine Steigerung der Fallzahlen erhoffe. Eine andere Vorgehensweise als beim Leistungsauftrag VIS1 rechtfertige sich, weil die Beschwerdeführerin in dieser Leistungsgruppe die prozentuale Schwelle der Versorgungsrelevanz nur knapp nicht erreicht habe, bei der Leistungsgruppen ANG1 und RAD1 jedoch deutlich nicht. Die «Anforderungen und Erläuterungen zu den Leistungsaufträgen gemäss den Spitalplanungsleistungsgruppen» äusserten sich entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin nicht zur Versorgungsrelevanz und folglich auch nicht zu angeblichen Befristungen bei nicht gegebener Versorgungsrelevanz.

**10.3** Das BAG weist darauf hin, dass die Versorgungsrelevanz kein Eignungskriterium der SPLG-Systematik sei, weshalb die Beschwerdeführerin aus den «Anforderungen und Erläuterungen zu den Leistungsaufträgen gemäss den Spitalplanungsleistungsgruppen» keinen Anspruch auf Erteilung eines befristeten Leistungsauftrags ableiten könne. Ein befristeter Leistungsauftrag möge eine mildere Massnahme darstellen, jedoch könne die Vorinstanz nicht jedem Bewerber, der das Kriterium der Versorgungsrelevanz nicht erfülle, einen befristeten Leistungsauftrag erteilen. Diese mildere Massnahmen würde zu Überkapazitäten führen und sei daher nicht geeignet, das Ziel einer bedarfsgerechten Versorgung zu erreichen. Die Verweigerung des Leistungsauftrags sei daher nicht unverhältnismässig. Da die Fallzahlen in der Leistungsgruppe ANG1 rückläufig seien und in den Jahren 2015 und 2016 deutlich unter der Schwelle von 2 % gelegen hätten, liege der Fall anders als in den Leistungsgruppen VIS1 und VIS1.4.

**10.4** Die Vorinstanz und das BAG weisen zu Recht darauf hin, dass eine (gleichsam automatische) Erteilung von befristeten Leistungsaufträgen an Bewerber, welche die Schwelle der Versorgungsrelevanz nicht erreichen, zur Schaffung bzw. Aufrechterhaltung von zumindest befristeten Überkapazitäten führen würde, was nicht KVG-konform wäre (vgl. Urteil des

BVGer C-5379/2018 vom 2. Juli 2019 E. 5.7). Die Vorinstanz hat zudem nachvollziehbar dargelegt, welche Gründe sie dazu bewogen hatten, der Beschwerdeführerin für die Leistungsgruppen VIS1 und VIS1.4 im Gegensatz zu den Leistungsgruppen ANG1 und RAD 1 befristete Leistungsaufträge zu erteilen. Aus den «Anforderungen und Erläuterungen zu den Leistungsaufträgen gemäss den Spitalplanungsleistungsgruppen» lässt sich ebenfalls nicht ableiten, dass Spitäler, welche die Schwelle der Versorgungsrelevanz nicht erreichen, zunächst ein befristeter Leistungsauftrag erteilt werden muss, bevor ein Entzug eines Leistungsauftrags möglich ist. Aufgrund des erheblichen Ermessensspielraums der Vorinstanz ist es insgesamt nicht zu beanstanden, dass sie der Beschwerdeführerin keinen befristeten Leistungsauftrag für die Leistungsbereiche RAD1 und ANG1 erteilt hat (vgl. Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 10.4.2; C-2887/2019 vom 26. Januar 2021 E. 9).

#### **11.**

Zusammenfassend steht damit fest, dass es aufgrund des anwendbaren Rechts nicht bundesrechtswidrig ist, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin infolge Nichterfüllens der Kriterien für die Versorgungsrelevanz keinen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen ANG1 und RAD1 erteilt hat. Es ist diesbezüglich nicht entscheidend, ob die Beschwerdeführerin die leistungsspezifischen Anforderungen hinsichtlich Infrastruktur und erforderlichem Fachpersonal erfüllt und künftig in der Lage wäre, die Schwelle für die Versorgungsrelevanz zu erreichen. Das Gesetz gibt den einzelnen Spitälern keinen Rechtsanspruch auf Aufnahme in die Spitalliste zur Leistungserbringung zu Lasten der OKP. 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). Die Anträge der Beschwerdeführerin um Erteilung eines unbefristeten, eventualiter befristeten Leistungsauftrags für die Leistungsgruppen ANG1 und RAD1 durch das Bundesverwaltungsgericht sind daher abzuweisen. Die Beschwerde erweist sich diesbezüglich als unbegründet. In Bezug auf den Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen VIS1 und VIS1.4 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). Die

Sache ist daher zur Vornahme weitere Abklärungen im Sinne der Erwägungen sowie zum anschliessenden neuen Beschluss an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **12.**

**12.1** 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).

**12.2** Soweit die Beschwerdeführerin die Erteilung von Leistungsaufträgen für die Leistungsgruppen ANG1 und RAD1 beantragt, unterliegt sie. Bezüglich der Rückweisung der Sache betreffend der Leistungsgruppen VIS1 und VIS1.4 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).

**12.3** 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).

**12.4** Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz. Der Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Parteientschädigung 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 ein Betrag von pauschal Fr. 8'000.– als 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).

### **13.**

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 insofern und insoweit aufgehoben, als der Beschwerdeführerin am Standort Interlaken nicht ein unbefristeter Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen VIS1 und VIS1.4 erteilt worden ist. Die Sache wird zur Vornahme weiterer Abklärungen und zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen und anschliessend neuem Beschluss an die Vorinstanz zurückgewiesen. Darüberhinausgehend wird die Beschwerde abgewiesen.

### **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 422/2019; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Gesundheit (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christoph Rohrer

Michael Rutz

Versand: