Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-325/2010

Urteil vom 7. Juni 2012

Besetzung

Richter Stefan Mesmer (Vorsitz),
Richter Vito Valenti,
Richter Francesco Parrino,
Gerichtsschreiberin Susanne Fankhauser.

Parteien

1. **Verband der Privatspitäler des Kantons Bern (VPSB),**
2. **Klinik A._____,**
vertreten durch Dr. Andreas Jost, Rechtsanwalt,
3. **B._____ AG,**
vertreten durch Dr. iur. Francesco Bertossa, Rechtsanwalt,
4. **Stiftung C._____,**
5. **D._____ AG,**
6. **E._____ AG,**
7. **F._____ AG,**
8. **G._____ AG,**
9. **H._____ AG,**
10. **Stiftung I._____,**
11. **J._____ AG,**
12. **Stiftung K._____,**
13. **L._____ AG,**
Beschwerdeführende,

gegen

Regierungsrat des Kantons Bern, Postgasse 68,
3000 Bern 8,
Vorinstanz.

Gegenstand

Spitalliste 2010 (Regierungsratsbeschluss Nr. 2132 vom 16. Dezember 2009).

Sachverhalt:

A.
Auf Antrag der Gesundheits- und Fürsorgedirektion (GEF) hat der Regierungsrat des Kantons Bern (nachfolgend Regierungsrat oder Vorinstanz) mit Beschluss Nr. 2132 vom 16. Dezember 2009 die Spitalliste ab 1. Januar 2010 festgesetzt und die seit 1. Januar 2005 gültige Spitalliste aufgehoben (RRB Nr. 2132; act. 1 Beilage [B] 1). Den einzelnen Leistungserbringern werden Leistungsaufträge erteilt und Bettenkapazitäten zugeordnet. Die Leistungsaufträge sind – ausser derjenige an die Klinik A._____ – nicht befristet. Die Begründung lässt sich dem Vortrag der GEF an den Regierungsrat betreffend den Regierungsratsbeschluss über die Spitalliste ab 1. Januar 2010 vom 9. Dezember 2009 (nachfolgend Vortrag) entnehmen (act. 1 B 1).

A.a Gemäss Ziff. 3.1 des Vortrages basiert die revidierte Spitalliste auf der – vom Regierungsrat am 27. Juni 2007 beschlossenen – Versorgungsplanung 2007-2010 (vgl. act. 20 B 18). Laut Vortrag betreffen die wesentlichsten Änderungen die Neustrukturierungen der Leistungsaufträge, den Verzicht auf die Erteilung von Leistungsaufträgen bei Fallzahlen unter 10, die Festlegung von Kapazitäten in Form von Bettenzahlen für die Erbringung stationärer Spitalleistungen pro Leistungserbringer, den Verzicht auf die Benennung der einzelnen Standorte der Leistungserbringer, die Befristung der Leistungsaufträge der Klinik A._____, die Streichung einer nicht mehr existierenden Klinik sowie die Aufnahme sämtlicher ausserkantonaler Leistungserbringer, die einen erheblichen Anteil der kantonalen Nachfrage decken.

A.b Zur Ausgangslage lässt sich dem Vortrag entnehmen, dass der Regierungsrat bereits am 20. Dezember 2006 eine neue Spitalliste erlassen habe, weil sich aus dem neuen bernischen Spitalversorgungsgesetz vom 5. Juni 2005 (SpVG, BSG 812.11) strukturelle Veränderungen ergeben hätten. Eine dagegen erhobene Beschwerde habe der Bundesrat mit Entscheid vom 25. Februar 2009 teilweise gutgeheissen und der angefochtene Beschluss sei aufgehoben worden, im Wesentlichen mit der Begründung, die Spitalliste genüge den von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen nicht, weil den Leistungserbringern keine Kapazitäten zugewiesen worden seien. Gestützt auf die Versorgungsplanung 2007-2010 habe der Regierungsrat zudem am 10. Dezember 2008 eine ab 1. Januar 2009 gültige Spitalliste beschlossen, welche beim Bundesverwaltungsgericht angefochten worden sei. Da auch diese Spital-

liste keine verbindliche Kapazitätszuweisung enthalten habe, habe der Regierungsrat seinen Beschluss vom 10. Dezember 2008 aufgrund des Bundesratsentscheides am 6. Mai 2009 aufgehoben (Vortrag Ziff. 2).

B.
Gegen den RRB Nr. 2132 wurden beim Bundesverwaltungsgericht drei Beschwerden eingereicht (act. 1 Dossier C-325/2010, C-353/2010 und C-397/2010).

B.a Mit Datum vom 18. Januar 2010 erhoben der Verband der Privatspitäler des Kantons Bern (VPSB; Beschwerdeführer 1) sowie zehn Spitäler, nämlich die Stiftung C._____ (Beschwerdeführerin 4 [C._____spital]), die D._____ AG (Beschwerdeführerin 5), die E._____ AG (Beschwerdeführerin 6), die F._____ AG (Beschwerdeführerin 7), die G._____ AG (Beschwerdeführerin 8), die H._____ AG (Beschwerdeführerin 9 […]), die Stiftung I._____ (Beschwerdeführerin 10 […]), die J._____ AG (Beschwerdeführerin 11), die Stiftung K._____ (Beschwerdeführerin 12 […]) sowie die L._____ AG (Beschwerdeführerin 13 [Privatklinik L._____]) Beschwerde (C-325/2010, act. 1) und beantragten – unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Vorinstanz – die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses. Eventualiter sei der Beschluss aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; subeventuell seien den Privatspitälern die Bettenzahlen gemäss Betriebsbewilligung und den öffentlichen Spitälern die Bettenzahlen gemäss offizieller Statistik 2008 zuzuweisen. Im Weiteren sei die Spitalliste wie folgt zu ändern:

1) Beim C._____spital sei der Bereich Strahlentherapie-Radioonkologie/ Nuklearmedizin in die Spitalliste aufzunehmen; die Anmerkung 44 (Psychosomatik) sei ersatzlos zu streichen.

2) Beim F._____ seien die Bereiche Hals-, Nasen-, Ohrenheilkunde, Augenheilkunde, Pädiatrie sowie Haut- und Geschlechtskrankheiten aufzunehmen.

3) Bei der Klinik E._____ seien zudem die Bereiche Pädiatrie sowie Haut- und Geschlechtskrankheiten aufzunehmen.

4) Bei der Privatklinik L._____ sei die Anmerkung 15 ersatzlos zu streichen.

Zur Begründung wird im Wesentlichen geltend gemacht, aufgrund der per 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Revision des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10)

betreffend Spitalfinanzierung sei der Erlass einer neuen Spitalliste vor dem 1. Januar 2012, also vor der Einführung des neuen Tarifsystems, nicht zulässig. Dies ergebe sich klar aus den Materialien zu den Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Dezember 2007 (UeB KVG), wie das Gutachten von Beat Meyer vom 3. September 2009 (act. 1 B 9) aufzeige.

Weiter wird gerügt, seit dem 1. Januar 2009 dürften den Spitälern keine Kapazitätslimiten mehr vorgegeben werden, vielmehr habe die Spitalplanung nun die Bedeutung einer Minimalplanung. Zudem sei das von der Vorinstanz gewählte Berechnungsmodell zur Kapazitätsfestsetzung willkürlich und benachteilige die Privatspitäler. Beim Entscheid seien schliesslich die Kriterien Wirtschaftlichkeit und Qualität nicht berücksichtigt worden. Es gebe keinen Grund zur Annahme, dass die Privatspitäler bei einem Benchmark hinsichtlich Wirtschaftlichkeit und Qualität schlechter abschneiden würden als öffentliche Spitäler.

B.b Die Klinik A._____ (Beschwerdeführerin 2), vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Jost, liess mit Beschwerde vom 18. Januar 2010 (C-353/2010, act. 1) beantragen, sie sei wie auf der seit 1. Januar 2005 geltenden Spitalliste auch auf der neuen Liste aufzunehmen, ohne sachliche und zeitliche Einschränkung der Leistungsaufträge.

Vorab wurde festgehalten, der angefochtene Beschluss sei unter gravierenden Verfahrensfehlern sowie gestützt auf unzureichende Sachverhaltsfeststellungen und in falscher Rechtsanwendung zustande gekommen. Da der Sachverhalt und die Rechtslage in der Beschwerde jedoch eingehend dargelegt werde, sei ein reformatorisches Urteil – trotz eingeschränkter Kognition des Gerichts – möglich.

In materieller Hinsicht machte die Klinik A._____ namentlich geltend, sie verfüge im Bereich Krampfadernoperation über sehr hohe Fachkompetenz und Erfahrung, was in Fachkreisen anerkannt sei. Zudem würden seit mehreren Jahren auch Leistungen im Bereich orthopädische Chirurgie angeboten. Ein rechtskonformer Benchmark würde ohne Weiteres zeigen, dass sie hinsichtlich Qualität und Wirtschaftlichkeit führend sei. Die Anzahl stationärer Patientinnen und Patienten, die obligatorisch krankenversichert gewesen seien, sei zwischen 2004 und 2007 kontinuierlich angestiegen. Bei rechtskonformer Beurteilung hätte die Klinik A._____ weiterhin auf der Spitalliste aufgenommen bzw. belassen werden müssen. Die Befristung der Leistungsaufträge bis zum

31. Dezember 2011 und der Entzug des Leistungsauftrages im Bereich orthopädische Chirurgie seien unverhältnismässig und verletzten mehrere Grundrechte, namentlich die Wirtschaftsfreiheit.

B.c Mit Beschwerde vom 20. Januar 2010 (C-397/2010, act. 1) liess die B._____ AG (Beschwerdeführerin 3), vertreten durch Rechtsanwalt Francesco Bertossa, beantragen, der RRB Nr. 2132 sei aufzuheben; eventualiter seien der Beschwerdeführerin 25 Betten zuzuteilen. Zur Begründung verwies sie zunächst auf die Beschwerde des VPSB. Weiter beanstandete sie, dass sich die Vorinstanz auf die Medizinische Statistik aus den Jahren 2004 bis 2006 gestützt habe, obwohl ihr neuere Zahlen vorgelegen hätten. Zudem sei nicht berücksichtigt worden, dass die Klinik B._____ ihren Betrieb am Wochenende und während den Ferien reduziere. Indem ihr die Vergleichszahlen betreffend das Spital M._____ als direkter Konkurrent vorenthalten worden seien, habe die Vorinstanz auch den Anspruch der Beschwerdeführerin 3 auf rechtliches Gehör verletzt.

C.
Mit Zwischenverfügung vom 28. Januar 2010 wurden die Verfahren C-325/2010, C-353/2010 und C-397/2010 vereinigt. Weiter wurden die Beschwerdeführenden zur Bezahlung eines Kostenvorschusses von insgesamt Fr. 5'000.- aufgefordert (act. 2), wobei den Beschwerdeführenden 1 und 4-13 (in solidarischer Haftung) Fr. 4'000.-, den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 je Fr. 500.- auferlegt wurden. Die Kostenvorschüsse gingen am 11. bzw. 15. und 19. Februar 2010 bei der Gerichtskasse ein (act. 4 und 15; Dossier C-353/2010).

D.
Die zur Stellungnahme eingeladene santésuisse liess sich am 26. März 2010 vernehmen (act. 19). Sie erachte den Erlass einer kantonalen Spitalliste vor dem 1. Januar 2012 als zulässig. Weiter formulierte sie ihre generellen Erwartungen an die Spitalliste und nahm zu einzelnen Vorbringen der Beschwerdeführenden Stellung. Im Anhörungsverfahren habe sie sich für die Festlegung von Mindest- anstatt Maximalfallzahlen ausgesprochen. Die nun erfolgte Zuweisung von Kapazitäten durch Betten (anstatt Fälle, wie ursprünglich vorgesehen) erachte sie insofern als geeigneter, als innerhalb der vorgegebenen Betten durch Senkung der Aufenthaltsdauer durchaus noch Mengenwachstum möglich sein könne. Allerdings entspreche diese kapazitätsorientierte Planung im

Bereich Akutsomatik zukünftig nicht dem gesetzlichen Auftrag, eine leistungsorientierte Spitalliste zu erstellen.

E.

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 26. März 2010, die Beschwerden seien unter Kostenfolge abzuweisen (act. 20). Aufgrund einer (insbesondere grammatikalischen, historischen und teleologischen) Auslegung der Übergangsbestimmung ergebe sich, dass der Erlass einer neuen Spitalliste vor dem 1. Januar 2012 durch das KVG nicht ausgeschlossen werde. Mit dem angefochtenen Beschluss würden die Vorgaben des KVG zur Spitalplanung sowie der Entscheid des Bundesrates vom 25. Februar 2009 umgesetzt. Die Versorgungsplanung 2007-2010 sei wesentliche Grundlage für die Spitalliste gewesen. Die Kapazitäten auf der Spitalliste hätten aber aus verschiedenen Gründen nicht auf der Basis der Leistungsdaten der Versorgungsplanung festgelegt werden können. Namentlich seien seit deren Publikation Verordnungsänderungen in Kraft getreten und es seien neuere Daten zur Verfügung gestanden, welche einzubeziehen gewesen seien. Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführenden seien die Kriterien Wirtschaftlichkeit und Qualität bei der Revision der Spitalliste berücksichtigt worden. Das für die Kapazitätsermittlung verwendete Modell übernehme die geeignetsten und aktuellsten verfügbaren Daten, berücksichtige Schwankungen in der Leistungserbringung und werde für alle Leistungserbringer gleich angewendet. Die Bettenzahlen gemäss Betriebsbewilligung seien für die Spitalliste unerheblich. Die Festlegung von Mindestfallzahlen sei gesetzeskonform. Da die einem Leistungserbringer zugewiesene Bettenkapazität nicht von den Kapazitäten der anderen Leistungserbringer abhängig sei, sei auch die Rüge der Beschwerdeführerin 3 betreffend rechtliches Gehör unbegründet.

F.

Das als Fachbehörde zur Stellungnahme eingeladene Bundesamt für Gesundheit (BAG) reichte am 17. Mai 2010 seine Bemerkungen ein (act. 22). Zunächst legte es differenzierend dar, welche der Planungskriterien, die seit dem 1. Januar 2009 in Art. 58*a* ff. der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV, SR 832.102) verankert sind, bereits vor der Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung zu berücksichtigen seien. Die Revision einer Spitalliste zum hier in Frage stehenden Zeitpunkt sei nicht unzulässig, zumal Spitalplanung ein kontinuierlicher Prozess sei. Die vorliegende Spitalliste bzw. Spitalplanung genüge indessen den Anforderungen nicht. Es fehlten wesent-

liche Elemente einer tatsächlichen Versorgungsplanung, wie Prognosen zur Bedarfsermittlung. Eine Festsetzung von Mindestfallzahlen sei zwar zulässig, diese müsse jedoch mit Wirtschaftlichkeits- und Qualitätskriterien begründet werden. Aus den Unterlagen gehe nicht hervor, dass zunächst im Rahmen der Planung eine Ermittlung des Bedarfs erfolgt und in einem zweiten Schritt das zu sichernde Angebot – aufgrund einer Evaluation – den wirtschaftlichsten und qualitativ besseren Leistungserbringern zugewiesen worden seien (act. 22 S. 10).

G.
Die Verfahrensbeteiligten erhielten Gelegenheit, bis zum 21. Juni 2010 ihre Schlussbemerkungen einzureichen (act. 23).

G.a Santésuisse führte in ihrer abschliessenden Stellungnahme vom 15. Juni 2010 (act. 24) aus, sie erachte die Ausführungen des BAG als nachvollziehbar. Insbesondere weise das BAG zu Recht darauf hin, dass die Kantone bei der Auswahl der Leistungserbringer die Kriterien Wirtschaftlichkeit und Qualität zu beachten hätten und dass bei der Ermittlung des Bedarfs auch die Patientenströme einzubeziehen seien.

G.b Beschwerdeführerin 3 (B._____ AG) hielt mit Eingabe vom 21. Juni 2010 (act. 25) an ihrem Rechtsbegehren betreffend Aufhebung des angefochtenen Beschlusses fest. Da der Kanton über die Zuteilung von Kapazitäten zu eigenen Betrieben und Betrieben Privater entscheide, stehe er in einem Interessenkonflikt. In einer solchen Situation müssten höhere Anforderungen an die Transparenz bzw. die Begründung des Entscheides gestellt werden. Vorliegend habe der Kanton sein Ermessen missbräuchlich ausgeübt.

G.c Auch der Beschwerdeführer 1 (VPSB) und die Beschwerdeführenden 4 bis 13 hielten in ihren Schlussbemerkungen vom 21. Juni 2010 (act. 26) an ihren Rechtsbegehren fest und reichten ein Gutachten der Wettbewerbskommission vom 19. April 2010 sowie eine Stellungnahme von Philippe Ducor und Nicolas Wisard vom 17. März 2010 ein. Die Ansicht der Vorinstanz, wonach der Erlass einer neuen Spitalliste vor Ende 2011 nicht unzulässig sei, stehe im Widerspruch zu den in verschiedenen Gutachten und der Literatur vertretenen Meinungen sowie den diesbezüglich klaren Materialien. Die Beschwerdeführerenden nehmen sodann zu den weiteren Ausführungen der Vorinstanz sowie zu den Eingaben des BAG und der santésuisse Stellung. Insbesondere wird gel-

tend gemacht, eine Mengensteuerung bzw. Maximalplanung verstosse gegen das (revidierte) KVG.

G.d Die Beschwerdeführerin 2 (Klinik A._____) hielt mit Stellungnahme vom 21. Juni 2010 (act. 27) ebenfalls an ihrem Rechtsbegehren fest und betonte, der angefochtene Beschluss verletze die einschlägigen KVG-Vorschriften, weil eine Bedarfsermittlung und eine Evaluation der Wirtschaftlichkeit und der Qualität der Leistungserbringer fehle. Bei korrekter Planung hätte die Klinik A._____ weiterhin in die Spitalliste aufgenommen werden müssen.

G.e Die Vorinstanz nahm in ihren Schlussbemerkungen vom 18. Juni 2010 (act. 28) ausschliesslich zum Bericht des BAG Stellung und hielt an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerden fest. Entgegen der vom BAG geübten Kritik erfüllten die Versorgungsplanung und die gestützt darauf erlassene Spitalliste 2010 die Anforderungen nach KVG und KVV. Bei der Planung sei der (zukünftige) Bedarf stationärer Leistungen ermittelt worden, dabei seien auch die Patientenströme analysiert worden. Die Versorgungsplanung 2007-2010 zeige auf, wie die bedarfsgerechte Spitalversorgung für die Einwohnerinnen und Einwohner des Kantons Bern in den Jahren 2007 bis 2010 sichergestellt werden könne. Weiter sei auch die Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungserbringer berücksichtigt worden. Die Wirtschaftlichkeitsprüfung beruhe auf zwei Benchmarks (Anteil stationäre Behandlungen sowie durchschnittliche Aufenthaltsdauer). Dass bei Fallzahlen unter zehn keine Leistungsaufträge erteilt würden, sei offensichtlich qualitativ und wirtschaftlich begründet. Betreffend die Beschwerdeführerin 2 (Klinik A._____) führte die Vorinstanz zudem aus, sie sei – aufgrund der von der Klinik eingereichten Unterlagen zur Anerkennung als Aus- und Weiterbildungsstätte – nicht von einem Wegfall des Leistungsauftrages für orthopädische Chirurgie ausgegangen, sondern davon, dass in diesem Bereich gar keine Leistungen erbracht würden.

H.
Mit Verfügung vom 24. Juni 2010 schloss der Instruktionsrichter den Schriftenwechsel ab (act. 29).

I.
Die Beschwerdeführerin 2 (Klinik A._____) reichte am 20. Juli 2010 eine Kopie ihrer Stellungnahme an die Vorinstanz vom 20. Juli 2010 zu den Akten, in welcher sie geltend machte, die GEF hätte wissen müssen,

dass die Klinik A._____ auch Leistungen im Bereich orthopädische Chirurgie erbringe (act. 30).

J.
Mit Datum vom 21. Juli 2010 beantragte die GEF, das von der Beschwerdeführerin 2 eingereichte Schreiben vom 20. Juli 2010 sei aus den Akten zu weisen (act. 31).

K.
Mit Verfügung vom 11. August 2010 wies der Instruktionsrichter den Antrag der Vorinstanz vom 21. Juli 2010 ab und setzte den Verfahrensbeteiligten Frist an, um eine allfällige Stellungnahme einzureichen (act. 32).

L.
In ihrer Stellungnahme vom 16. September 2010 machte die Vorinstanz geltend, die Beschwerdeführerin selber habe sich als spezialisierte Klinik für Gefässchirurgie bezeichnet und habe nie darüber informiert, dass sie auch Leistungen im Bereich orthopädische Chirurgie erbringe, obwohl sie dazu verpflichtet gewesen wäre. Es sei nicht Aufgabe der GEF, den Katalog der FMH zu konsultieren, um das Angebot einer Klinik zu ergründen. Im Übrigen würde eine Tätigkeit im Bereich orthopädische Chirurgie nichts daran ändern, dass der Klinik mangels Versorgungsnotwendigkeit in diesem Bereich kein Leistungsauftrag mehr erteilt worden sei (act. 33).

M.
Die übrigen Verfahrensbeteiligten verzichteten auf eine Stellungnahme bzw. liessen sich nicht vernehmen (vgl. act. 34 und 35).

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Gemäss Art. 53 Abs. 1 KVG kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Der angefochtene RRB Nr. 2132 vom 16. Dezember 2009 wurde gestützt auf Art. 39 KVG erlassen. Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 90*a* Abs. 2 KVG).

2.
Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) und Art. 53 Abs. 2 Satz 1 KVG grundsätzlich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Vorbehalten bleiben allfällige Abweichungen des VGG und die besonderen Bestimmungen des Art. 53 Abs. 2 KVG.

2.1. Anfechtungsgegenstand ist nicht die Spitalliste als solche. In seinem Entscheid C-5301/2010 vom 2. April 2012 hat das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) erkannt, dass die Spitalliste im Sinne von Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG als Rechtsinstitut sui generis zu qualifizieren ist und – was für die Bestimmung des Anfechtungs- und Streitgegenstandes entscheidend ist – aus einem Bündel von Einzelverfügungen besteht (E. 3.2.6). Ein Leistungserbringer kann grundsätzlich nur die an ihn gerichtete Verfügung anfechten, d.h., diejenige Verfügung, welche das ihn betreffende Rechtsverhältnis regelt (E. 3.3). Soweit die Beschwerdeführenden beantragen, es sei die Spitalliste als solche aufzuheben, oder sich ihre Anträge auf eine einen anderen Leistungserbringer betreffende Verfügung beziehen, ist auf die Beschwerden nicht einzutreten (vgl. Entscheid des BVGer C-5301/2010 vom 2. April 2012 E. 4.2.3).

Da die von den Beschwerdeführenden aufgeworfenen Grundsatzfragen alle vorliegend streitigen Rechtsverhältnisse betreffen und – wie nachfolgend darzulegen ist – die vorinstanzliche Spitalliste dem Bundesrecht widerspricht, rechtfertigt es sich, die verschiedenen Beschwerden gemeinsam zu beurteilen, zumal die Verfahren bereits im Rahmen der Instruktion vereinigt wurden.

2.2. Zur Beschwerde berechtigt ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a); durch die angefochtene Verfügung

besonders berührt ist (Bst. b); und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

2.2.1. Die einzelnen Spitäler sind – im Rahmen des jeweiligen Anfechtungsgegenstands – ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert. Näher zu prüfen ist hingegen, ob auch Beschwerdeführer 1 (als Verband der Privatspitäler des Kantons Bern, VPSB) zur Beschwerde berechtigt ist. Dieser macht geltend, er vertrete die Interessen seiner Mitglieder und sei daher zur Verbandsbeschwerde legitimiert.

2.2.2. Nach der Rechtsprechung ist ein Verband zur (egoistischen) Verbandsbeschwerde berechtigt, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Der Verband muss juristische Persönlichkeit besitzen, statutarisch zur Wahrung der in Frage stehenden Interessen der Mitglieder befugt sein, wobei diese Interessen der Mehrheit oder doch einer Grosszahl seiner Mitglieder gemeinsam sein müssen, und jedes dieser Mitglieder müsste selbst zur Geltendmachung dieser Interessen durch Beschwerde befugt sein (BGE 136 II 539 E. 1.1 mit Hinweisen, Urteil des BVGer C-6540/2010 vom 3. März 2011 E. 4.4).

2.2.3. Die Voraussetzung, wonach die Mehrheit oder eine grosse Zahl der Mitglieder zur Beschwerde gegen eine – ein bestimmtes Spital betreffende – Verfügung der Spitalliste befugt wäre, ist vorliegend nicht erfüllt. Der Umstand, dass mehrere Spitäler (bzw. Verbandsmitglieder) gemeinsam Beschwerde erhoben haben, ändert nichts daran, dass nur sie die sie individuell betreffende Verfügung der Spitalliste anfechten können – nicht dagegen andere Spitäler und damit die Grosszahl der Mitglieder des Beschwerdeführers 1 (vgl. E. 2.1 hiervor). Auf dessen Beschwerde ist deshalb mangels Legitimation nicht einzutreten.

2.3. Im Übrigen ist auf die frist- und formgerecht (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) eingereichten Beschwerden der Beschwerdeführerinnen 2-13, nachdem auch die Kostenvorschüsse rechtzeitig geleistet wurden, einzutreten.

2.4. In Abweichung von Art. 49 Bst. c VwVG ist die Rüge der Unangemessenheit in Beschwerdeverfahren gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG nicht zulässig (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG; in Kraft seit 1. Januar 2009). Die Beschwerdeführerinnen können daher nur geltend machen, der angefochtene Beschluss verletze Bundesrecht (einschliesslich Über- bzw. Unterschreitung oder Missbrauch

des Ermessens) oder beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. a und b VwVG).

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

3.
Der vorinstanzliche Spitallistenbeschluss datiert vom 16. Dezember 2009, weshalb grundsätzlich die am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Gesetzes- und Verordnungsänderungen (KVG-Revision zur Spitalfinanzierung) anwendbar sind, soweit die Übergangsbestimmungen nichts Abweichendes vorsehen.

3.1. Art. 39 Abs. 1 KVG, welcher – in Verbindung mit Art. 35 Abs. 1 KVG – bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Spitäler zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) zugelassen werden, hat mit der Revision zur Spitalfinanzierung keine Änderung erfahren. Demnach muss ein Spital eine ausreichende ärztliche Betreuung gewährleisten, über das erforderliche Fachpersonal und zweckentsprechende medizinische Einrichtungen verfügen und eine zweckentsprechende pharmazeutische Versorgung gewährleisten (Bst. a-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.

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 mit Hinweis auf die Botschaft des Bundesrates über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 [BBl 1992 I 166 f.]).

3.2. Seit dem 1. Januar 2009 sind die Kantone nach Art. 39 KVG zudem (ausdrücklich) verpflichtet, ihre Planung zu koordinieren (Abs. 2) und im Bereich der hochspezialisierten Medizin gemeinsam eine gesamtschweizerische Planung zu beschliessen (Abs. 2bis). 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. 2ter). Diesem Auftrag ist der Bundesrat mit dem Erlass der Art. 58*a* ff. KVV (in Kraft seit 1. Januar 2009) nachgekommen.

3.3. Gemäss Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des KVG vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung [nachfolgend: UeB KVG]) müssen die Einführung der leistungsbezogenen Pauschalen nach Art. 49 Abs. 1 KVG sowie die Anwendung der Finanzierungsregelung nach Art. 49*a* KVG mit Einschluss der Investitionskosten spätestens am 31. Dezember 2011 abgeschlossen sein. Nach Abs. 3 UeB KVG müssen die kantonalen Spitalplanungen spätestens drei Jahre nach dem Einführungszeitpunkt der Regelungen gemäss Abs. 1 UeB KVG den Anforderungen von Art. 39 KVG entsprechen. Dabei müssen sie auf Betriebsvergleiche zu Qualität und Wirtschaftlichkeit abgestützt sein. Kantone und Versicherer beteiligen sich laut Abs. 4 UeB KVG bis zum Einführungszeitpunkt nach Abs. 1 UeB KVG entsprechend der vor der Gesetzesänderung geltenden Finanzierungsregelung an den Kosten der stationären Behandlungen. Während der Frist zur Anpassung der Spitallisten gemäss Abs. 3 UeB KVG haben die Kantone ihren Kostenanteil in allen Spitälern, die auf den aktuell gültigen Spitallisten aufgeführt sind, zu übernehmen.

4.
Streitig ist zunächst, ob die Vorinstanz befugt war, im Jahr 2009 eine neue Spitalliste zu erlassen.

4.1. Die Beschwerdeführerinnen (mit Ausnahme der Beschwerdeführerin 2) machen geltend, der Erlass einer neuen Spitalliste vor dem 1. Januar 2012 sei aufgrund der Übergangsbestimmungen zur neuen Spitalfinanzierung unzulässig. Die Vorinstanz hingegen zieht unter Hinweis auf ihre grammatikalische, historisch-teleologische, verfassungsmässige und systematische Auslegung der Übergangsbestimmung den Schluss, der Erlass einer neuen Spitalliste bereits im Dezember 2009 widerspreche dem KVG nicht.

4.1.1. Nach Ansicht der erwähnten Beschwerdeführerinnen entspricht es dem Willen des Gesetzgebers, dass neue Spitallisten erst dann erlassen werden, wenn aufgrund der neu eingeführten Finanzierungsregelung tatsächlich ein Vergleich der Leistungserbringer möglich ist. Nach neuem Recht müssten diejenigen Leistungserbringer bei der Aufnahme in die Spitalliste Priorität haben, die wirtschaftlicher und qualitativ besser arbeiteten. Da die Übergangsregelung im Parlament sehr umstritten gewesen sei, lasse sich den Materialien klar entnehmen, welchen Sinn der Gesetzgeber dieser Bestimmung habe geben wollen. Dass die kantonalen Spitalplanungen vor dem 31. Dezember 2011 nicht revidiert werden könnten, werde auch durch das Gutachten von Beat Meyer vom 3. September 2009 (nachfolgend: Gutachten Meyer) bestätigt (act. 1 S. 21 f.). Gleicher Auffassung seien UELI KIESER (Spitalliste und Spitalfinanzierung, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2010 S. 61 ff.), die Wettbewerbskommission (Gutachten vom 19. April 2010 [act. 26 B 1]) und Philippe Ducor (Gutachten vom 17. März 2010 [act. 26 B 2]). Nach Meinung wesentlicher Rechtsexperten habe das Parlament sicherstellen wollen, dass eine neue Spitalliste erst auf der Grundlage eines fairen Benchmarks erlassen werden. Es widerspreche dem Willen des Gesetzgebers, wenn kurz bevor der vermehrte Wettbewerb seine Wirkung entfalten könne, noch einige Leistungserbringer ohne sachliche Gründe aus dem Wettbewerb eliminiert oder – namentlich durch eine Kapazitätsbeschränkung – in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt würden (act. 26 S. 3 f.).

4.1.2. Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung u.a. aus, die UeB KVG legten nur fest, wann die kantonalen Spitalplanungen spätestens den neuen gesetzlichen Anforderungen entsprechen müssten. Die Anpassung der Planung zu einem früheren Zeitpunkt werde – nach dem Wortlaut – nicht ausgeschlossen. Diese Meinung habe auch das BAG in seinem Schreiben vom 14. Mai 2009 (Vorakten 158) vertreten. Die Analyse der Entstehungsgeschichte der UeB KVG führe zu keinem anderen Ergebnis. Durch die Etappierung (Einführung der leistungsbezogenen Fallpauschalen bis spätestens 31. Dezember 2011, Anpassung der Spitalplanungen spätestens drei Jahre danach) habe der Nationalrat im Wesentlichen verhindern wollen, dass die Kantone ihre Spitallisten noch vor Einführung objektiver Kriterien zu Qualität und Kosten änderten. Zudem sollte den Kantonen genügend Zeit für die Anpassung eingeräumt werden. Da die vom Bundesrat erlassenen Planungskriterien, welche für eine bedarfsgerechte Planung zu beachten seien, bereits am 1. Januar 2009 in Kraft getreten seien, werde der Regelungszweck der

UeB KVG gewahrt. Es sei nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen, dass die Kantone ihre Spitalliste erst überarbeiten dürften, nachdem die einzelnen Institutionen mehrere Jahre unter dem neuen System miteinander verglichen worden seien. Insbesondere könne es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, dass die Kantone drei Jahre zuwarten müssten, bis sie – entsprechend den Planungskriterien gemäss Art. 58*a* KVV – ihre Spitallisten dem Bedarf ihrer Bevölkerung anpassen könnten (act. 20 Ziff. 2.1).

4.1.3. Das BAG weist in seiner Stellungnahme vom 17. Mai 2010 insbesondere darauf hin, dass Spitalplanung ein kontinuierlicher Prozess sei und sich die Spitallisten auch in der Übergangszeit auf eine aktuelle Planung stützen müssten, damit eine bedarfsgerechte Versorgung sichergestellt werden könne. Bei einer Überarbeitung der Spitalliste in der Übergangszeit müsse zwar den geltenden Bestimmungen Rechnung getragen werden, jedoch sei im Zusammenhang mit der Einführung der Leistungsfinanzierung und der Erweiterung der Wahlfreiheit den Planungskriterien im Lichte der jeweils bestehenden Situation Rechnung zu tragen. Eine leistungsorientierte Planung im Akutbereich (Art. 58*c* Bst. a KVV) beispielsweise sei mit dem neuen System der Leistungsfinanzierung verknüpft und müsse nach Massgabe der UeB KVG erst bis Ende 2014 umgesetzt werden. Gewisse Planungskriterien (z.B. Art. 58*b* Abs. 4 und Abs. 5, Art. 58*d* KVV) seien hingegen bereits vollumfänglich anwendbar. Bis zur Einführung der neuen Leistungsfinanzierung und der freien Spitalwahl sei weiterhin eine Mengensteuerung (z.B. aufgrund verbindlicher Bettenzahlen) erforderlich, danach seien die Kantone – gemäss den Planungskriterien – nicht mehr zu einer Mengensteuerung verpflichtet (act. 22 S. 4 f.).

4.1.4. Das BAG geht somit davon aus, dass in der Übergangsphase von 2009-2011 zwar eine neue Spitalliste erlassen werden konnte, die neuen gesetzlichen Vorschriften (insbesondere auch Art. 58*a* ff. KVV) jedoch noch nicht vollumfänglich anwendbar waren. Die Meinungsdifferenzen zwischen Vorinstanz und Beschwerdeführerinnen betreffen hingegen in erster Linie die Frage, ob es grundsätzlich möglich ist, eine den Anforderungen des revidierten KVG entsprechende Spitalliste vor Einführung des neuen Finanzierungssystem zu erlassen; dabei scheint nicht bestritten, dass die Spitalliste Art. 58*a* ff. KVV entsprechen muss.

4.2. Um die Frage zu beantworten, ob bzw. in Anwendung welcher Bestimmungen im Jahr 2009 eine neue Spitalliste erlassen werden

konnte, ist in einem ersten Schritt zu analysieren, inwiefern sich die Anforderungen an die Spitalplanung bzw. Spitalliste aufgrund der KVG-Revision zur Spitalfinanzierung (grundlegend) geändert haben. Deshalb werden nachfolgend die unter altem Recht geltende Praxis (E. 4.3) und die wesentlichen Neuerungen per 1. Januar 2009 (E. 4.4) dargelegt. Anschliessend ist auf die Übergangsbestimmungen einzugehen (E. 4.5).

4.3. Nach der Rechtsprechung zu dem bis Ende Dezember 2008 geltenden Recht hatte die – laufend zu überprüfende – Planung der bedarfsgerechten Spitalversorgung und deren Umsetzung auf der Ebene der Spitalliste in mehrere Stufen zu erfolgen (vgl. etwa BVGE 2010/15 E. 3 ff. mit Hinweisen):

1) Ermittlung des Angebots und des Bedarfs an stationärer medizinischer Versorgung,

2) Evaluation der Angebote der in Frage kommenden Spitäler,

3) Zuweisung und Sicherung der benötigten Kapazitäten durch Leistungsaufträge an die in die Liste aufgenommenen Spitäler.

4.3.1. Die Kantone mussten sowohl für die allgemeinen Abteilungen wie auch für die Halbprivat- und Privatabteilungen der Spitäler eine Spitalplanung im Sinne von Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG durchführen. Das bedeutete namentlich, dass das Angebot und der Bedarf für alle Versicherungsklassen gesamthaft zu ermitteln waren. Unter allgemeiner Abteilung wurde jenes Leistungspaket verstanden, das die KVG-Versicherten unter voller Kostendeckung zu Lasten der OKP beanspruchen konnten (BVGE 2010/15 E. 4.3). Bei der Wahl des Spitallistenmodells verfügten die Kantone über einen Ermessensspielraum; sie konnten daher eine sogenannte *unterteilte* Spitalliste (Liste A für allgemeine Abteilungen und Liste B für Halb- und Privatabteilungen) oder – wie vorliegend der Kanton Bern – eine *integrale* Spitalliste (ohne Unterscheidung nach allgemeinen, privaten und halbprivaten Abteilungen) erlassen. Im Modell der integralen Liste waren von den auf der Spitalliste aufgenommenen Spitälern alle Abteilungen zur Tätigkeit zulasten der sozialen Krankenversicherung zugelassen. Jeder Klinik wurde eine feste Bettenzahl zugewiesen, die sich nach dem in der Planung ermittelten Bedarf bestimmte. Bei den unterteilten Listen hingegen war nur den Spitälern auf der Liste A eine feste Bettenzahl zuzuweisen (BVGE 2010/15 E. 4.4 mit Hinweisen). Die Kantone waren weiter verpflichtet, einen Abbau der Überkapazitäten an Spitalbetten in der allgemeinen Abteilung anzustreben (Urteil des BVGer C-2907/2008 vom 26. Mai 2011 E. 6.3).

4.3.2. Eine sorgfältige und als Basis konkreter Planungsmassnahmen dienende Ist-Analyse verlangte die Erhebung der für den Bettenbedarf massgebenden Determinanten wie insbesondere die Hospitalisationsrate, die durchschnittliche stationäre Aufenthaltsdauer, die Einwohnerzahl des Versorgungsgebiets und die Bettenbelegung. Weiter musste die Planung im Hinblick auf die Evaluation der Spitäler und die Erteilung von Leistungsaufträgen über die im Kanton vorhandenen Spitäler und deren Angebot, Infrastruktur, Kenndaten und den von ihnen wahrgenommenen Versorgungsgrad Auskunft geben. Nur so konnte für den Entscheidungsträger erkennbar sein, in welchen Bereichen und bei welchen Determinanten im Hinblick auf eine bedarfsgerechte Planung Handlungsbedarf bestand und auf welche Weise auf die vorhandene Spitalstruktur Einfluss genommen und das Angebot gesteuert werden sollte (Urteil des BVGer C-2907/2008 vom 26. Mai 2011 E. 7).

4.3.3. Für die Zuweisung und Sicherung der Kapazitäten waren die Angebote der Leistungserbringer zu evaluieren. Die Evaluation musste aufgrund objektiver Kriterien erfolgen, und es sollte dabei möglichst grosse Kostenwahrheit herrschen. Die Auswahl der Spitäler durfte sich nicht allein nach Kriterien der Wirtschaftlichkeit richten; ein blosser Zahlenvergleich hätte weiteren wichtigen Kriterien, wie der Bereitschaft und Fähigkeit der Kliniken zur Tarifbindung und zur Aufnahme schwieriger Fälle, nicht Rechnung getragen. Nur ein umfassender Vergleich der Angebote kam dem Gebot der Gleichbehandlung nach (BVGE 2010/15 E. 4.2 mit Hinweis).

4.3.4. Aus dem in Art. 43 Abs. 6 KVG verankerten Ziel, eine qualitativ hochstehende und zweckmässige Versorgung der Bevölkerung zu möglichst günstigen Kosten sicherzustellen, wurden weitere Beurteilungskriterien abgeleitet. Dazu gehörten namentlich die Qualität der medizinischen Leistungen eines Anbieters, seine geographische Lage (einschliesslich allfälliger sprachlicher Aspekte) und die Möglichkeit, seine Dienste im Rahmen eines sachgerechten Versorgungskonzepts heranzuziehen. Unerlässlich für die Erteilung eines Leistungsauftrages wurde schliesslich die Bereitschaft der Leistungserbringer erachtet, die damit verbundenen Verpflichtungen zu übernehmen (Urteil des BVGer C-2907/2008 vom 26. Mai 2011 E. 6.2 mit Hinweisen). Aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und der Leistungsqualität war – nach neuerer Rechtsprechung – zudem das Kriterium der kritischen Menge der Fallzahlen zu beachten (Urteil des BVGer C-2907/2008 vom 26. Mai 2011 E. 6.2).

4.4. Mit der KVG-Revision zur Spitalfinanzierung wurde ein Systemwechsel von der objektbezogenen zur leistungsbezogenen Finanzierung vorgenommen, womit insbesondere der Wettbewerbsgedanke gestärkt werden sollte (Botschaft betreffend die Änderung des KVG [Spitalfinanzierung] vom 15. September 2004 [BBl 2004 5551], nachfolgend: Botschaft Spitalfinanzierung, S. 5569).

4.4.1. Neu eingeführt wurden namentlich leistungsbezogene (Fall)Pauschalen (vorerst im Bereich der Akutsomatik), welche auf gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen beruhen müssen (Art. 49 Abs. 1 KVG), eine neue Abgeltung der stationären Leistungen (Art. 49*a* KVG) und eine freie(re) Spitalwahl (Wahl eines Spitals, welches sich auf der Spitalliste des Wohnkantons oder auf der Liste des Standortkantons befindet; Art. 41 Abs. 1bis KVG). Die Vergütungen nach Art. 49 Abs. 1 KVG werden vom Kanton und den Versicherern anteilmässig übernommen (Art. 49*a* Abs. 1 KVG). Einen Kantonsbeitrag erhalten somit alle Listenspitäler (vgl. auch Art. 41 Abs. 1bis KVG) und – im Unterschied zum alten Recht – nicht mehr nur die öffentlichen (oder öffentlich subventionierten) Spitäler (vgl. zum alten Recht Art. 49 Abs. 1 KVG in der Fassung vom 18. März 1994 [AS 1995 1328]; vgl. auch Botschaft Spitalfinanzierung, S. 5570, 5577 ff.). Weiter können die Versicherer gemäss Art. 49*a* Abs. 4 KVG auch mit Nicht-Listenspitälern Verträge abschliessen (sogenannte Vertragsspitäler).

4.4.2. Insbesondere, aber nicht nur die mit dem Systemwechsel bei der Finanzierung einhergehende Einführung von leistungsbezogenen Pauschalen wirkt sich auch auf die Spitalplanung der Kantone aus (vgl. Botschaft Spitalfinanzierung, S. 5568; Kommentar des BAG, KVV Änderungen per 1. Januar 2009, Änderungen und Kommentar im Wortlaut [abrufbar unter: www.bag.admin.ch > Themen > Krankenversicherung > Revisionen > abgeschlossene Revisionen > Spitalfinanzierung; besucht am 2. Mai 2012], nachfolgend: Kommentar KVV-Änderungen, Ziff. II.2). Wie die Finanzierung soll auch die Spitalplanung im Bereich Akutsomatik leistungsbezogen erfolgen. Weiter können nur noch integrale Spitallisten erlassen werden, unterteilte Listen sind nicht mehr zulässig (Botschaft Spitalfinanzierung, S. 5574; vgl. auch S. 5566 zum Verzicht auf den Begriff "allgemeine Abteilung").

4.4.3. Mit dem Erlass der Planungskriterien gemäss Art. 58*a* ff. KVV sollten einerseits neue Anforderungen, welche sich aufgrund der KVG-Revision ergeben, formuliert und andererseits wesentliche Grundsätze

der bereits unter der Herrschaft des alten Rechts entwickelten Rechtsprechung verankert werden (vgl. Botschaft Spitalfinanzierung, S. 5568). Letzteres wird insbesondere bei den Vorgaben zur Versorgungsplanung (Art. 58*b* KVV) deutlich. Danach ermitteln die Kantone den Bedarf in nachvollziehbaren Schritten, wobei sie sich namentlich auf statistisch ausgewiesene Daten und Vergleiche stützen (Abs. 1). Sie ermitteln das Angebot, das in Einrichtungen beansprucht wird, die nicht auf der von ihnen erlassenen Liste aufgeführt sind (Abs. 2). Sie bestimmen das Angebot, das durch die Aufführung von inner- und ausserkantonalen Einrichtungen auf der Spitalliste gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG zu sichern ist, damit die Versorgung gewährleistet ist. Dieses Angebot entspricht dem nach Art. 58*b* Abs. 1 KVV ermittelten Versorgungsbedarf abzüglich des nach Art. 58*b* Abs. 2 KVV ermittelten Angebots (Abs. 3). Bei der Beurteilung und Auswahl des auf der Liste zu sichernden Angebotes berücksichtigen die Kantone insbesondere die Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungserbringung, den Zugang der Patientinnen und Patienten zur Behandlung innert nützlicher Frist sowie die Bereitschaft und Fähigkeit der Einrichtung zur Erfüllung des Leistungsauftrages (Abs. 4). Weiter werden die Kriterien festgelegt, welche bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit und Qualität zu beachten sind, nämlich die Effizienz der Leistungserbringung, der Nachweis der notwendigen Qualität und im Spitalbereich die Mindestfallzahlen und die Nutzung von Synergien (Abs. 5).

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 habe ihre Planung periodisch zu überprüfen (Art. 58*a* KVV). Im Rahmen der Verpflichtung zur interkantonalen Koordination der Planungen (Art. 39 Abs. 2 KVG) müssen die Kantone gemäss Art. 58*d* KVV insbesondere die nötigen Informationen über die Patientenströme auswerten und diese mit den betroffenen Kanntonen austauschen (Bst. a) sowie die Planungsmassnahmen mit den davon in ihrer Versorgungssituation betroffenen Kantonen koordinieren (Bst. b).

4.4.4. Grundlegend neu ist somit die Verpflichtung der Kantone, eine integrale Spitalliste zu erlassen und im Bereich der Akutsomatik eine leistungsorientierte (statt eine kapazitätsorientierte) Planung vorzunehmen. Die Bedarfsermittlung muss nicht nur auf statistisch ausgewiesene Daten, sondern auch auf Vergleiche abgestützt sein (vgl. Kommentar KVV-Ände-

rungen, Ziff. III. zu Art. 58*b*: "Orientierung am Besten" statt Fortschreibung der bestehenden Trends). Zudem müssen die Kantone ihre Planungen (vermehrt) interkantonal koordinieren.

Bei der Bedarfsplanung haben die Kantone ab 1. Januar 2012 zwar zu berücksichtigen, dass die Versicherten auch ein ausserkantonales Listenspital wählen können oder sich allenfalls in einem Vertragsspital behandeln lassen (vgl. Kommentar KVV-Änderungen, Ziff. II.2). Die in Art. 58*b* Abs. 1-3 verankerten Grundsätze zur Ermittlung des Angebots, das auf der Spitalliste zu sichern ist, entsprechen aber (abgesehen von der geforderten Abstützung auf Vergleiche [Abs. 1]) der bisherigen Rechtsprechung. Wie das BAG in seiner Stellungnahme (act. 22 S. 4 f.) zutreffend ausführt, stimmen auch die in Art. 58*b* Abs. 4 und Abs. 5 KVV aufgeführten Kriterien zur Beurteilung und Auswahl der Spitäler bzw. zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität mit der bisherigen Rechtsprechung überein.

4.5. Gemäss Abs. 3 UeB KVG müssen die kantonalen Spitalplanungen spätestens bis Ende 2014 den Anforderungen des Art. 39 KVG entsprechen (Satz 1). Dabei müssen sie auf Betriebsvergleiche zu Qualität und Wirtschaftlichkeit abgestützt sein (Satz 2).

4.5.1. Nach dem Wortlaut regelt die Übergangsbestimmung nur die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die kantonalen Spitalplanungen den neuen gesetzlichen Anforderungen entsprechen müssen, nicht aber, wann die Kantone frühestens eine neue Planung bzw. eine neue Spitalliste erlassen dürfen. Die Beschwerdeführerinnen interpretieren Satz 2 der Bestimmung offenbar als Konkretisierung der Anforderungen des Art. 39 KVG und gehen von der Annahme aus, dass mit der Einführung der leistungsbezogenen Pauschalen und dem Erlass einheitlicher Planungskriterien zuerst die Vergleichbarkeit der Leistungserbringer (hinsichtlich Qualität und Wirtschaftlichkeit) hergestellt werden musste, bevor die Spitallisten angepasst werden können.

Die Beschwerdeführerinnen stützen ihre Argumentation insbesondere auf das Gutachten Meyer; dieses gelangt aufgrund einer Analyse der parlamentarischen Beratungen zum Schluss, der Gesetzgeber habe aus vollzugstechnischen Gründen ganz bewusst eine gestaffelte Gesetzesrevision gewollt und er habe auch die Gefahr erkannt, dass einzelne Kantone andernfalls versucht sein könnten, die Spitallisten noch vor Einführung objektiver Kriterien anzupassen. Zuerst müsse – aufgrund der

bundesrechtlichen Vorgaben – Qualität und Wirtschaftlichkeit transparent, messbar und vergleichbar gemacht werden. Erst dann könne ein gesetzeskonformes Benchmarking erfolgen, auf das sich die Spitalplanung bzw. die Spitalliste stützen müsse (S. 18 f.).

4.5.2. Mit Abs. 3 UeB KVG wollte das Parlament den Kantonen genügend Zeit einräumen und zugleich verhindern, dass ein Kanton eine neue Spitalliste erlässt, bevor der Bundesrat einheitliche Planungskriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit (Art. 39 Abs. 2ter KVG) erlassen hat, und "nicht-objektive" Kriterien für die Streichung von Spitälern ausschlaggebend sein könnten (vgl. AB 2007 N 529 [Votum Markwalder], AB 2007 N 531 [Votum Humbel] und AB 2007 N 1769 [Differenzen; Votum Humbel]). Da sich die Beschwerdeführerinnen bzw. das Gutachten Meyer namentlich auf die Voten Humbel und Markwalder berufen, ist darauf hinzuweisen, dass der vom Nationalrat am 22. März 2007 angenommene Antrag Markwalder vorsah, dass die Spitalplanungen auf den gleichen Zeitpunkt wie die Einführung der Fallpauschalen anzupassen seien und nicht – wie von der Kommissionsmehrheit vorgeschlagen – bereits ein Jahr vorher (weitere Revisionselemente sollten hingegen erst später umgesetzt werden). Die Kommissionssprecherin Humbel erachtete – mit Blick auf die Zeit, welche für den Erlass der Planungskriterien erforderlich sei und die anschliessend den Kantonen zur Umsetzung zur Verfügung stehen müsse – eine Frist von drei statt zwei Jahren als eher realistisch. Sie betonte aber: "Wenn gewisse Kantone schneller sind, wäre das gut" (AB 2007 N 531). Erst bei der Differenzbereinigung schlug die nationalrätliche Kommission den nun in Abs. 3 verankerten Text vor, wonach die Spitalplanungen spätestens drei Jahre nach dem Einführungszeitpunkt nach Abs. 1 (und nicht nach dem Einführungszeitpunkt des Gesetzes, wie die Kommissionssprecherin fälschlicherweise ausführte [vgl. AB 2007 N 1769]) den Anforderungen nach Art. 39 entsprechen müssen. Wahrscheinlich ging die nationalrätliche Kommission von der Annahme aus, dass erst aufgrund der Planungskriterien die Vergleichbarkeit der Spitäler hergestellt werden könne und der Benchmark Grundlage für die Auswahl der Listenspitäler sein müsse. Die Materialien sind diesbezüglich aber nicht klar.

4.5.3. Soweit ersichtlich wurde anlässlich der Diskussion in den Räten nicht berücksichtigt, dass bereits nach der bisherigen Rechtsprechung die Auswahl der Leistungserbringer aufgrund objektiver Kriterien (im Sinne von Art. 58*b* Abs. 4 KVV) erfolgen musste (vgl. vorne E. 4.3.3, 4.3.4 und 4.4.4). Die Wirtschaftlichkeitsprüfung konnte mit einem Benchmarking

vorgenommen werden, sofern gewährleistet war, dass nur Kosten einander gegenüber gestellt wurden, die auf vergleichbare Leistungen entfielen (BVGE 2010/25 E. 7.1 mit Hinweis; vgl. auch Art. 49 Abs. 7 KVG in der bis Ende 2008 gültigen Fassung). Verschiedene Spitäler rechneten bereits vor der Einführung der leistungsbezogenen Pauschalen nach Art. 49 Abs. 1 KVG mittels Fallpauschalen ab. Insbesondere mit dem Patientenklassifikationssystem "All Patient Diagnosis Related Groups" (APDRG-System) war es grundsätzlich möglich, die Spitäler inner- und ausserkantonal direkt zu vergleichen, unabhängig vom Tätigkeitsbereich und der Krankenhaustypologie (vgl. BVGE 2010/62 E. 6.11). Ein verlässlicher Vergleich der Spitäler zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit ihrer Leistungserbringung (in Form eines Benchmarking) wird zwar in den meisten Kantonen erst mit der Einführung der "Swiss Diagnosis Related Groups" (SwissDRG) möglich sein (vgl. Urteil C-2907/2008 vom 26. Mai 2011 E. 8.4.6.2). Sofern ein Kanton die dafür erforderlichen Grundlagen geschaffen bzw. Massnahmen getroffen hatte (vgl. Leitfaden zur leistungsorientierten Spitalplanung, Bericht des Arbeitsausschusses „Leistungsorientierte Spitalplanung“ zuhanden des Vorstandes der Schweizerischen Gesundheitsdirektorenkonferenz [GDK] vom Juli 2005; nachfolgend: GDK-Leitfaden [abrufbar unter www.gdk-cds.ch > Themen > Spitalplanung > Leistungsorientierte Spitalplanung; besucht am 2. Mai 2012]), erscheint es durchaus möglich, dass ein Kanton bereits vor Ende 2011 eine den Anforderungen von Art. 58*a* ff. KVV entsprechende Spitalliste erlassen konnte, und die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit auf einem Benchmark beruhte.

4.5.4. Nach welchen Kriterien die Qualität der Leistungserbringung zu beurteilen und allfällige Betriebsvergleiche vorzunehmen sind, schreibt Art. 58*b* KVV den Kantonen nicht vor. Die gemäss Art. 22*a* Abs. 1 Bst. f in Verbindung mit Abs. 3 KVG veröffentlichten Angaben zu den Qualitätsindikatoren (Fallzahlen und Mortalität) bilden nur ein Element der Qualität ab (vgl. dazu Qualitätsindikatoren der Schweizer Akutspitäler 2008/2009, Statistiken zur Krankenversicherung, BAG 2012 [www.bag.admin.ch/kvspi > Qualitätsindikatoren > Dokumentation; besucht am 2. Mai 2012], S. 8 ff.; siehe auch www.hplus.ch > Qualität & Patientensicherheit [besucht am 2. Mai 2012]). Laut den GDK-Empfehlungen halten die Kantone die Spitäler im Leistungsauftrag an, dem Nationalen Verein zur Qualitätsentwicklung in Spitälern und Kliniken (ANQ) beizutreten und an den dort koordinierten nationalen Messungen teilzunehmen (Empfehlung 8). Von der ANQ liegen bisher erst die Messergebnisse 2009 zur Patientenzufriedenheit sowie Zahlen aus diesem Jahr zur Rate der potentiell

vermeidbaren Rehospitalisationen vor. Weitere Ergebnisse sollen im Verlaufe des Jahres 2012 publiziert werden (siehe www.anq.ch > Akutsomatik > Messergebnisse [besucht am 2. Mai 2012]). Der Bund will zudem seine Führungsrolle im Bereich Qualitätssicherung (vgl. Art. 58 KVG und Art. 77 KVV) im Gesundheitswesen vermehrt wahrnehmen (siehe dazu Bericht des BAG an den Bundesrat zur Konkretisierung der Qualitätsstrategie des Bundes im Schweizerischen Gesundheitswesen vom 25. Mai 2011 [www.bag.admin.ch > Themen > Krankenversicherung > Leistungen > Qualitätssicherung; besucht am 2. Mai 2012]). Die Instrumente für Betriebsvergleiche zur Qualität auf nationaler Ebene sind demnach immer noch in Entwicklung.

4.5.5. Wäre Abs. 3 UeB KVG so auszulegen, dass die Kantone keine neue Spitalliste erlassen dürften, bevor aufgrund der per 1. Januar 2012 eingeführten Fallpauschalen Betriebsvergleiche zu Wirtschaftlichkeit und Qualität möglich sind, müssten die Kantone zuwarten, bis dazu verlässliche Zahlen vorliegen, weshalb nicht vor 2013 mit einer neuen Spitalplanung begonnen und diese angesichts ihrer Komplexität in vielen Fällen nicht vor Ende 2014 abgeschlossen werden könnten. Dies liefe ohne Zweifel den Intentionen des Gesetzgebers zuwider, der denn auch keine Vorschriften für den Fall erlassen hat, dass die kantonalen Spitalplanungen nicht fristgerecht erstellt werden (vgl. KIESER, a.a.O., S. 74). Allein schon aus diesem Grunde kann nicht von einem gesetzlichen Verbot des Erlasses von Spitallisten vor der Einführung der Fallpauschalen ausgegangen werden.

Zu beachten ist zudem, dass die Spitalplanungen (und -listen) laufend überprüft und allenfalls dem veränderten Bedarf angepasst werden müssen (vgl. RKUV 4/2002 S. 233, E. 2.2; BVGE 2010/15 E. 4.2). Dies gilt auch während der hier in Frage stehenden Übergangszeit (seit dem 1. Januar 2009), denn die Kantone sind für diese Zeitspanne nicht von ihrer Pflicht entbunden, die Spitalversorgung zu gewährleisten. Deshalb müsste sich ein generelles Verbot, vor einem bestimmten Zeitpunkt (z.B. 1. Januar 2012 oder 2013) eine neue Spitalliste zu erlassen, unmissverständlich aus dem Gesetz ergeben, was vorliegend jedoch nicht zutrifft.

4.5.6. Den eidgenössischen Räten war im Übrigen durchaus bewusst, dass es schwierig ist, bei einem solchen Systemwechsel eine sachgerechte und kohärente Übergangsbestimmung zu erlassen (vgl. bspw. AB 2007 N 529 f. [Voten Bortoluzzi, Markwalder, Gutzwiller], AB 2007 S 1038 [Votum Forster]; siehe auch KIESER, a.a.O., S. 70 f.). Dass diese

sehr umstritten war und sich die beiden Räte erst in der Einigungskonferenz auf den schliesslich verabschiedeten Text geeinigt haben, bedeutet vorliegend nicht, dass der Wille des Gesetzgebers aufgrund der Materialien klar zum Ausdruck kommt. Vielmehr wird deutlich, dass die Einführung jedes einzelnen Reform-Elements (idealerweise) voraussetzen würde, dass die übrigen Elemente bereits implementiert wären.

4.5.7. Zusammenfassend ergibt sich, dass Abs. 3 UeB KVG den Kanntonen nicht verbietet, vor dem 1. Januar 2012 eine neue Spitalliste zu erlassen.

4.6. Entgegen der Annahme des BAG muss eine nach dem 1. Januar 2009 erlassene Spitalliste jedoch den damals in Kraft getretenen Art. 58*a* ff. KVV vollumfänglich entsprechen. Die Schlussbestimmungen der KVV-Änderung vom 22. Oktober 2008 sehen diesbezüglich keine Ausnahme vor, weshalb vom Grundsatz auszugehen ist, dass das neue Recht ab seinem Inkrafttreten anwendbar ist (vgl. etwa ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 310). Es liegen keine Hinweise dafür vor, dass der Verordnungsgeber Übergangsbestimmungen zu Art. 58*a* ff. KVV erlassen wollte, dies aber aus einem Versehen unterlassen hat. Das BAG macht denn auch nicht geltend, die Schlussbestimmungen wiesen eine vom Gericht zu füllende Lücke auf.

Der Erlass einer Spitalliste, die im Bereich Akutsomatik auf einer kapazitätsorientierten Spitalplanung beruht, ist gemäss Art. 58*c* Bst. a KVV nicht mehr zulässig. Nach dem GDK-Leitfaden, auf den auch im Kommentar KVV-Änderungen verwiesen wird, wäre eine leistungsorientierte Spitalplanung bereits unter dem bis Ende 2008 gültigen Recht möglich gewesen (Leitsatz [LS] 4 sowie S. 17 ff.), wobei darauf hingewiesen wurde, dass eine vorgängige kantonale Einführung eines leistungsorientierten Abgeltungssystems die Konzeption und Umsetzung einer leistungsbezogenen Spitalplanung stark vereinfache (LS 3, S. 16). Dass im Jahr 2009 wesentliche Elemente der KVG-Revision zur neuen Spitalfinanzierung noch nicht eingeführt waren, schliesst die Anwendung von Art. 58*c* Bst. a KVV jedenfalls nicht grundsätzlich aus. Der angefochtene Beschluss ist deshalb im Lichte der seit 1. Januar 2009 geltenden Bestimmungen zu beurteilen.

5.

5.1. Wie bereits ausgeführt, schreibt Art. 58*c* Bst. a KVV vor, dass die Planung für die Versorgung der versicherten Personen in Spitälern zur Behandlung von akutsomatischen Krankheiten (sowie in Geburtshäusern) leistungsorientiert zu erfolgen hat.

5.1.1. Die Verordnung definiert nicht, was unter einer leistungsbezogenen Versorgungsplanung zu verstehen ist bzw. inwiefern sie sich von einer kapazitätsbezogenen Planung (vgl. Art. 58*c* Bst. b und c KVV) unterscheidet. Im Kommentar KVV-Änderungen (Ziff. II.2) wird im Wesentlichen auf den GDK-Leitfaden verwiesen. Dieser wurde zwar vor der KVG-Revision zur Spitalfinanzierung publiziert, jedoch bereits im Hinblick auf die geplante Revision entwickelt, und stellt gemäss den Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung (vom Vorstand der GDK am 14. Mai 2009 verabschiedet; nachfolgend: GDK-Empfehlungen [abrufbar unter www.gdk-cds.ch > Themen > Spitalplanung; letztmals besucht am 2. Mai 2012]) weiterhin eine mögliche Methode zur leistungsorientierten Planung im Sinne von Art. 58*c* Bst. a KVV dar (vgl. Empfehlung 1a). Im GDK-Leitfaden wird der Begriff "im Sinne einer Annäherung" wie folgt definiert: "Eine leistungsorientierte Planung ist Output-orientiert und richtet sich primär auf die effektiv erbrachten medizinischen Leistungen der stationären Versorgungseinrichtungen aus. Zur Verwirklichung der im Rahmen eines politischen Prozesses festgelegten Planungsziele werden Leistungen und finanzielle Ressourcen bestimmt und im Rahmen einer Strategie umgesetzt, welche grossen Wert auf die Effizienz, Kostenstruktur und die Qualität eines jeden Leistungserbringers legt" (S. 14 f.). Weiter wird im Leitsatz 2 des GDK-Leitfadens festgehalten: "Eine leistungsorientierte Spitalplanung hat zum Zweck, (1) die Versorgungslandschaft durch leistungsdatenbasierte Planung einzelner Versorgungsgebiete und den Mitteleinsatz in der stationären Akutversorgung durch Herstellung der Verbindung zwischen Output (medizinische Leistung) und Input (eingesetzte Ressourcen) zu optimieren, (2) die Steuerungsmöglichkeiten der Politik auch nach der Einführung von leistungsbezogenen Abgeltungsformen zu gewährleisten, (3) der Trennung zwischen operativer, strategischer und politischer Ebene im Bereich der stationären Gesundheitsversorgung Vorschub zu leisten und (4) eine bedarfsgerechte Versorgung durch Erstellen von Bedarfsanalysen und -prognosen sicherzustellen" (S. 16).

5.1.2. Bei der leistungsorientierten Spitalplanung stehen – bereits bei der Bedarfsermittlung – die Leistungsdaten (insbesondere diagnosebezogene

Falldaten) im Vordergrund – im Unterschied zu den Betriebsdaten (wie Aufenthaltsdauer oder Bettenbelegung) bei einer kapazitätsbezogenen Planung (Kommentar KVV-Änderung S. 7). Den einzelnen Spitälern wird auf der Spitalliste ein bestimmtes Leistungsspektrum zugewiesen (Art. 58*e* Abs. 2 KVV). Gemäss den GDK-Empfehlungen soll das Leistungsspektrum im akut-stationären Bereich in der Regel auf der Grundlage der gesamtschweizerisch einheitlichen Tarifstruktur (SwissDRG) klassiert werden, sofern nicht eine detailliertere Fallgruppen-Kategorisierung erforderlich sei. Solange noch keine zuverlässigen, mit SwissDRG gruppierten Daten verfügbar seien, könne auch auf APDRG abgestellt werden (Empfehlung 2a). Am 27. Januar 2011 beschloss der Vorstand der GDK, das von einzelnen Kantonen entwickelte Leistungsgruppenkonzept den Kantonen zur Anwendung zu empfehlen (vgl. dazu www.gdk-cds.ch > Themen > Spitalplanung > Leistungsgruppenkonzept [besucht am 2. Mai 2012]).

5.1.3. Mit der bernischen Versorgungsplanung 2007-2010 (nachfolgend: Versorgungsplanung) hat die Vorinstanz eine leistungsorientierte Planung vorgenommen (vgl. act. 20 Ziff. 2.2; Versorgungsplanung Ziff. 3.1). Diese sei auf der Grundlage des GDK-Leitfadens erstellt worden (www.gef.be.ch > Gesundheit > Spitalversorgung > Versorgungsplanung > Versorgungsplanung 2007-2010 [besucht am 2. Mai 2012]). In der Vernehmlassung wird zudem ausgeführt, die Versorgungsplanung genüge "wesentlichen Anforderungen" der GDK-Empfehlungen (Ziff. 2.2).

5.2. Die vorliegende Versorgungsplanung und damit die Spitalliste erfüllen die Anforderungen gemäss Art. 58*a* ff. KVV (und der bisherigen Rechtsprechung) nicht, wie das BAG in seiner Stellungnahme zu Recht dargelegt hat. Dessen Kritik trifft weitgehend auch für eine leistungsorientierte Planung zu, weshalb hier unerheblich ist, dass das Amt annahm, es sei eine kapazitätsbezogene Planung vorzunehmen.

5.2.1. Die Bedarfsermittlung der Vorinstanz beruht vorwiegend auf einem Benchmark betreffend mögliche Verlagerung von stationären zu teilstationären Behandlungen (vgl. Versorgungsplanung S. 31 ff.). Unabhängig von der Frage, ob das ermittelte Substitutionspotenzial hinsichtlich ambulanter Behandlung identisch ist (die Kategorie "teilstationäre Behandlung" ist per 1. Januar 2009 weggefallen, vgl. zur Definition der beiden Kategorien Art. 4 der Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler und Pflegeheime in der Krankenversicherung [VKL, SR 832.104] in der Fassung

gemäss AS 2002 2835), kann dies nur einer von verschiedenen Faktoren sein, welche sich auf den zukünftigen Bedarf auswirken. Zu berücksichtigen wären namentlich auch Prognosen zu demographischen, epidemiologischen und medizintechnischen Entwicklungen in den verschiedenen Leistungsbereichen (vgl. auch GDK-Leitfaden, Ziff. 5.5 S. 39 ff. [das Substitutionspotenzial wird hier bei der Strukturanalyse behandelt, vgl. Ziff. 5.4.1]). Ob bzw. wie diese weiteren Faktoren ermittelt und berücksichtigt wurden, lässt sich der Versorgungsplanung nicht entnehmen. Nur im Zusammenhang mit dem Bedarf im Bereich Akut-Geriatrie wird bspw. – wenn auch sehr kurz – erwähnt, dass vor allem bei den Major Diagnostic Categories "Nervensystem" und "Bewegungsapparat" Veränderungen bei den Fallzahlen zu erwarten seien (Versorgungsplanung S. 55) und für die nächsten Jahre "eine klare Zunahme" der über 75-jährigen prognostiziert werde (Versorgungsplanung S. 59). Allein der Hinweis, die Bedarfsschätzung trage der medizinisch-technischen und demographischen Entwicklung Rechnung und berücksichtige die Ergebnisse der Versorgungsforschung (vgl. Versorgungsplanung S. 31), genügt jedenfalls nicht. Selbst wenn diese weiteren Faktoren bei der Bedarfsermittlung berücksichtigt worden sein sollten, ist dies nicht ersichtlich und damit – entgegen Art. 58*b* Abs. 1 KVV – auch nicht nachvollziehbar.

5.2.2. Dem Hinweis des BAG, die Bedarfsermittlung habe namentlich auch unter Berücksichtigung der Patientenströme zu erfolgen (act. 22 S. 10), entgegnet die Vorinstanz in ihren Schlussbemerkungen mit einem Verweis auf Tabelle 5 (Versorgungsplanung S. 37) und ein auf S. 193 erwähntes Gutachten von Roth/Krauss/Rütschmann, welches sich jedoch nicht bei den Akten befindet. Die erwähnte Tabelle enthält eine – nicht nach Leistungsbereichen differenzierte – Prognose zu den Spitalbehandlungen nach Herkunft der Patientinnen und Patienten im Jahr 2010 (im Vergleich zu 2002). Die Prognose scheint sich insbesondere auf das Substitutionspotential in diesem Bereich zu beziehen. Eine Analyse der Patientenströme (oder eine nachvollziehbare Zusammenfassung davon) enthält die Versorgungsplanung nicht.

5.2.3. Eine Evaluation des Angebotes, welches durch die Aufnahme von Leistungserbringern in die Spitalliste gesichert werden sollte, wurde in der Versorgungsplanung nicht bzw. nicht gemäss Art. 58*b* Abs. 4 KVV vorgenommen – was auch die Vorinstanz einräumt (vgl. Vortrag Ziff. 3.2). Laut Versorgungsplanung sollte sich die Bezeichnung der benötigten Leistungserbringer nach deren Anteil an der bedarfsgerechten Versorgung

richten (S. 108). Im Vortrag wird ausgeführt, die GEF habe die in Art. 58*b* Abs. 4 KVV aufgeführten Kriterien (Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungserbringung, Zugang zur Behandlung, Erfüllen des Leistungsauftrages) "miteinbezogen". Die Ergebnisse hätten gezeigt, dass aufgrund der vorhandenen Datenlage derzeit keine Aussagen möglich seien, die einen Ausschluss eines Leistungserbringers respektive die Streichung weiterer Leistungsaufträge rechtfertigten (Ziff. 3.2, vgl. auch Vernehmlassung S. 14). Auf welche Ergebnisse hier Bezug genommen wird, lässt sich dem Vortrag nicht entnehmen. In der Vernehmlassung wird auf die Qualitätsvergleiche des Projekts QABE sowie die Antwort des Regierungsrates auf die Interpellation Fritschy vom 31. August 2009 (276/2009) verwiesen. Bei den Qualitätsvergleichen (aufgrund von Befragungen der Patientinnen und Patienten) seien die Leistungen der bernischen Spitäler in jeder Beziehung als sehr gut bewertet worden. Lediglich einzelne Spitäler hätten einen signifikant schlechteren oder besseren Wert aufgewiesen (Vernehmlassung S. 14). Zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit führte der Regierungsrat in seiner Interpellationsantwort aus, die Zahlen der öffentlichen und privaten Spitäler seien aufgrund der heute noch unterschiedlichen Abgeltungsmodelle für die Investitionen nicht vergleichbar (Vorakten 270). Die Prüfung der Wirtschaftlichkeit erfolgte demnach allein aufgrund der Benchmarks betreffend den Anteil teilstationärer Behandlungen und die durchschnittliche Aufenthaltsdauer (vgl. Schlussbemerkungen S. 6). Wie das BAG zutreffend ausführte, genügt dies den bundesrechtlichen Anforderungen jedoch nicht.

5.2.4. Gemäss Art. 58*b* Abs. 3 KVV ist im Rahmen der Versorgungsplanung das Angebot zu bestimmen, das durch die Aufführung von inner- und ausserkantonalen Einrichtungen auf der Spitalliste zu sichern ist. Vorliegend beruht die vom Regierungsrat erlassene Spitalliste jedoch nur zum Teil auf der Versorgungsplanung. Die Vorinstanz führt zur Begründung unter anderem an, dass in der Zwischenzeit die Falldefinitionen gemäss VKL geändert worden seien und sich seit 2004 strukturelle Veränderungen ergeben hätten, die Versorgungsplanung aber auf den Referenzjahren 2002-2004 beruhe. Zudem sei die Bedarfsplanung – abweichend von Art. 58*a* Abs. 1 KVV – nicht nur mit Blick auf die Wohnbevölkerung des Kantons Bern erfolgt (Vernehmlassung S. 12). Die Versorgungsplanung wurde demnach mit dem Erlass der Spitalliste in wesentlichen Teilen revidiert, ohne dass dies transparent und nachvollziehbar dargelegt worden wäre.

5.3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die von der Vorinstanz beschlossene Spitalliste den bundesrechtlichen Anforderungen nicht entspricht. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf die weiteren, von den einzelnen Kliniken vorgebrachten Rügen einzugehen. Es kann insbesondere offen bleiben, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine Zuteilung von (maximalen) Bettenkapazitäten bei einer leistungsorientierten Planung noch zulässig wäre.

5.4. Die vorliegend angefochtenen Verfügungen sind demnach aufzuheben und die Sache ist zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In diesem Sinne sind die Beschwerden – soweit darauf einzutreten ist – gutzuheissen.

6.
Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

6.1. Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Den Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). In Anwendung von Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) sind auch vom Beschwerdeführer 1 keine Verfahrenskosten zu erheben.

Den obsiegenden Beschwerdeführerinnen 2 und 3 ist der geleistete Kostenvorschuss von je Fr. 500.-, den Beschwerdeführenden 1 und 4-13 von insgesamt Fr. 4'000.- zurückzuerstatten. Letztere sind aufzufordern, dem Bundesverwaltungsgericht eine gemeinsame Zahlstelle bekannt zu geben.

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

6.2.1. Den nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen 4-13 sind keine verhältnismässig hohe Kosten erwachsen, weshalb ihnen keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

6.2.2. Den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen 2 und 3 ist eine Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen. Mangels

Kostennote ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwandes erscheint eine Entschädigung von je Fr. 5'000.- (einschliesslich Auslagenersatz und Mehrwertsteuer) als angemessen.

7.
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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) unzulässig. Das vorliegende Urteil ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 wird nicht eingetreten.

2.
Die Beschwerden der Beschwerdeführerinnen 2 bis 13 werden, soweit darauf einzutreten ist, in dem Sinne gutgeheissen, dass die angefochtenen Verfügungen aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

3.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Die geleisteten Kostenvorschüsse werden wie folgt zurückerstattet:

- den Beschwerdeführerinnen 2 und 3: je Fr. 500.-,
- dem Beschwerdeführer 1 und den Beschwerdeführerinnen 4 bis 13 insgesamt Fr. 4'000.-.

Die Beschwerdeführenden 1 und 4 bis 13 werden aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht eine gemeinsame Zahlstelle zu nennen.

4.
Den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 wird eine Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz in der Höhe von je Fr. 5'000.- (inkl. Auslagenersatz und Mehrwertsteuer) zugesprochen.

5.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer 1 (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdeführerinnen 2 bis 13 (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. RRB 2132/2009; Gerichtsurkunde)
– das Bundesamt für Gesundheit

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Stefan Mesmer	Susanne Fankhauser

Versand: