



Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion

Rathausplatz 1  
Postfach  
3000 Bern 8  
+41 31 633 79 41 (Telefon)  
+41 31 633 79 56 (Fax)  
info.ra.gsi@be.ch  
www.be.ch/gsi

Referenz: 2021.GSI.2966 / ang

## Beschwerdeentscheid vom 12. Januar 2024

in der Beschwerdesache

A.\_\_\_\_

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt B.\_\_\_\_

gegen

**Gesundheitsamt des Kantons Bern (GA), Rathausplatz 1, Postfach, 3000 Bern 8**

Vorinstanz

betreffend Entzug der Bewilligung zum Betrieb eines Geburtshauses

(undatierte Verfügung der Vorinstanz vom Dezember 2021)

## I. Sachverhalt

1. Der A.\_\_\_\_ (fortan: Beschwerdeführerin) wurde mit Verfügung des damaligen Spitalamts (SPA) vom 15. März 2018 per 1. April 2018 eine unbefristete Betriebsbewilligung für den Betrieb eines Geburtshauses erteilt.<sup>1</sup>

2. Am 26. Februar 2019 beziehungsweise am 5. März 2019 schloss die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Einhaltung von aArt. 44 SpVV<sup>2</sup> einen Kooperationsvertrag mit der D.\_\_\_\_ (fortan: D.\_\_\_\_) ab.<sup>3</sup>

3. Mit Schreiben vom 20. Mai 2021 teilte D.\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin mit, dass sie ihr die Vorhalteleistungen gemäss Kooperationsvertrag ab 1. Januar 2022 in Rechnung stelle oder, falls sie mit dieser Vertragsänderung nicht einverstanden sei, den Kooperationsvertrag per 31. Dezember 2021 kündigen werde.<sup>4</sup>

4. Am 28. Juni 2021 informierte D.\_\_\_\_ die Beschwerdeführerin, dass sie mangels Rückmeldung auf das Schreiben vom 20. Mai 2021 davon ausgehe, dass die Beschwerdeführerin unter den gestellten Bedingungen an einer weiteren Zusammenarbeit nicht interessiert sei. Deshalb kündigte sie den Kooperationsvertrag vom 26. Februar 2019 beziehungsweise vom 5. März 2019 per 31. Dezember 2021. D.\_\_\_\_ bediente das neu zuständige Gesundheitsamt (GA, fortan: Vorinstanz) mit einer Kopie des besagten Schreibens.<sup>5</sup>

5. In der Folge erging ein Austausch zwischen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz bezüglich der Frage, wie die Beschwerdeführerin aArt. 44 SpVV ab dem 1. Januar 2022 erfüllen wolle.<sup>6</sup> Im Rahmen dieses Austauschs wies die Vorinstanz die Beschwerdeführerin bereits mit Schreiben vom 19. Oktober 2021 darauf hin, dass bei Nichterfüllung der Anforderung von aArt. 44 SpVV der unmittelbare Entzug der Betriebsbewilligung drohe und einem allfälligen Entzug die aufschiebende Wirkung entzogen werde.<sup>7</sup>

6. Mit undatierter Verfügung (schätzungsweise vom 23. oder 24. Dezember 2021) verfügte die Vorinstanz was folgt:

1. *Die Betriebsbewilligung der A.\_\_\_\_ vom 15. März 2018 für den Betrieb eines Geburtshauses an der [Adresse] wird per 31. Dezember 2021 entzogen.*

<sup>1</sup> Vgl. Verfügung Vorinstanz (undatiert), S. 1 (Beschwerdebeilage)

<sup>2</sup> Spitalversorgungsverordnung vom 23. Oktober 2013 (SpVV; BSG 812.112), Version in Kraft bis 31. Dezember 2022

<sup>3</sup> Kooperationsvertrag vom 26. Februar 2019 bzw. 5. März 2019 (Vorakten)

<sup>4</sup> Vgl. Schreiben D.\_\_\_\_ vom 28. Juni 2021 (Vorakten)

<sup>5</sup> Schreiben D.\_\_\_\_ vom 28. Juni 2021 (Vorakten)

<sup>6</sup> Vgl. Vorakten

<sup>7</sup> Schreiben Vorinstanz vom 19. Oktober 2021 (Vorakten)

2. *Die A.\_\_\_\_ wird verpflichtet, die Betriebsbewilligung vom 15. März 2018 nach der Schliessung des Geburthauses, spätestens aber am 31. Dezember 2021 an das Gesundheitsamt zurückzusenden.*
  3. *Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.*
  4. *Die A.\_\_\_\_ hat, unter Strafandrohung nach Artikel 292 StGB, den Weiterbetrieb des Geburtshauses ab dem 1. Januar 2022 zu unterlassen. Im Versäumnisfall erfolgt die zwangsweise Schliessung des Betriebs.*
  5. *Die Kosten dieses Verfahrens, bestimmt auf CHF 200.00, werden der Bewilligungsinhaberin auferlegt. Sie werden separat in Rechnung gestellt.*
7. Diese Verfügung hat die Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 30. Dezember 2021 bei der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion des Kantons Bern (GSI) angefochten und folgende Anträge gestellt:
1. *Die Verfügung des Gesundheitsamtes sei in allen 5 Punkten aufzuheben.*
  2. *Bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids in dieser Sache sei der Vollzug der Verfügung aufzuschieben, d.h. Ziffer 3 der Verfügung sei umgehend aufzuheben.*
- unter Kosten- und Entschädigungsfolge
8. Mit Zwischenverfügung vom 4. Januar 2022 hat die Rechtsabteilung des Generalsekretariats (fortan: Rechtsabteilung), welche das Beschwerdeverfahren für die GSI leitet,<sup>8</sup> den sinngemässen Antrag auf superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (Rechtsbegehren 2) abgewiesen.
9. Mit Verfügung vom 5. Januar 2022 hat die Vorinstanz die Vollstreckung angeordnet. Diese Verfügung hat die Beschwerdeführerin am 6. Januar 2022 wiederum mit Beschwerde bei der GSI angefochten (Beschwerdeverfahren 2022.GSI.74). Mit Zwischenverfügung vom 10. Januar 2022 wies die Rechtsabteilung den sinngemässen Antrag auf superprovisorische Aufhebung der Vollstreckungsverfügung vom 5. Januar 2022 ab.<sup>9</sup>
10. Am 17. Januar 2022 hat die Beschwerdeführerin mit D.\_\_\_\_ einen Vertrag betreffend die «Kooperation gemäss Vorgaben des Kantons Bern im Rahmen des Leistungsauftrags der A.\_\_\_\_» abgeschlossen.

<sup>8</sup> Art. 7 Abs. 1 Bst. m der Verordnung vom 30. Juni 2021 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (Organisationsverordnung GSI, OrV GSI; BSG 152.221.121) i.V.m. Art. 14a der Direktionsverordnung über die Delegation von Befugnissen der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion vom 17. Januar 2001 (DeldV GSI; BSG 152.221.121.2) und Art. 6 Abs. 1 Bst. e des Organisationsreglements des Generalsekretariats der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (OrgR GS GSI)

<sup>9</sup> Vgl. Beschwerdeverfahren 2022.GSI.74

11. Gleichentags erteilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Betriebsbewilligung für die Erbringung von Spitalleistungen am Betriebsstandort C.\_\_\_\_\_, gültig ab 17. Januar 2022.<sup>10</sup>
12. Mit Instruktionsverfügung vom 25. Januar 2022 gewährte die Rechtsabteilung den Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit, sich zur beabsichtigten Abschreibung des Verfahrens betreffend Entzug der Betriebsbewilligung inklusive Kostenfolgen zu äussern.
13. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 2. Februar 2022 hat die Beschwerdeführerin die beiden Zwischenverfügungen der Rechtsabteilung vom 4. und 10. Januar 2022 beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern angefochten (Verwaltungsgerichtsverfahren 100.2022.41).
14. Mit Abschreibungsverfügung vom 8. April 2022 hat die Rechtsabteilung das Verfahren 2021.GSI.2966 betreffend Entzug der Bewilligung zum Betrieb des Geburtshauses abgeschrieben. Dagegen hat die Beschwerdeführerin am 9. Mai 2022 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben (Verwaltungsgerichtsverfahren 100.2022.136).
15. Mit Urteil vom 19. Januar 2023 hat das Verwaltungsgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Abschreibungsverfügung vom 8. April 2022 im Verfahren 2021.GSI.2966 gutgeheissen, diese aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die GSI zurückgewiesen.<sup>11</sup> Ebenfalls am 19. Januar 2023 hat das Verwaltungsgericht die Beschwerde gegen die beiden Zwischenverfügungen der Rechtsabteilung vom 4. und 10. Januar 2022 betreffend Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mangels schutzwürdigem Interesse als gegenstandslos abgeschrieben.<sup>12</sup>
16. In der Folge setzte die Rechtsabteilung das Verfahren entsprechend der Anweisung des Verwaltungsgerichts fort und führte den Schriftenwechsel durch. Die Vorinstanz beantragte in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 15. März 2022, die Beschwerde sei abzuweisen.
17. Die Beschwerdeführerin reichte am 19. Mai 2023 eine Replik ein.
18. Auf die Rechtsschriften und Akten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

<sup>10</sup> Vgl. Betriebsbewilligung vom 17. Januar 2022 und Verfügung vom 2. Februar 2022 «Korrektur der erteilten Betriebsbewilligung vom 17. Januar 2022»

<sup>11</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts 100.2022.136 vom 19. Januar 2023

<sup>12</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts 100.2022.41 vom 19. Januar 2023

## **II. Erwägungen**

### **1. Sachurteilsvoraussetzungen**

**1.1** Angefochten ist die undatierte Verfügung der Vorinstanz vom Dezember 2021. Diese Verfügung ist gemäss Art. 137 SpVG<sup>13</sup> i.V.m. Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG<sup>14</sup> bei der GSI als der in der Sache zuständigen Direktion anfechtbar. Somit ist die GSI zur Beurteilung der Beschwerde vom 30. Dezember 2021 zuständig.

**1.2** Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der Verfügung ohne Weiteres zur Beschwerdeführung befugt (Art. 65 VRPG).<sup>15</sup>

**1.3** Der unterzeichnende Anwalt ist gehörig bevollmächtigt.<sup>16</sup>

**1.4** Auf die gemäss Art. 67 VRPG form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

**1.5** Die GSI prüft, ob die Vorinstanz von einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts ausgegangen ist, ob sie Recht verletzt hat (einschliesslich allfälliger Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens) und ob die angefochtene Verfügung unangemessen ist (Art. 66 VRPG). Der GSI steht somit volle Kognition zu.

### **2. Streitgegenstand**

Anfechtungsobjekt ist vorliegend die (undatierte) Verfügung der Vorinstanz vom Dezember 2021. Darin verfügte die Vorinstanz den Entzug der Betriebsbewilligung für den Betrieb des Geburtshauses der Beschwerdeführerin per 31. Dezember 2021. Die Beschwerdeführerin beantragt in ihrer Beschwerde vom 30. Dezember 2021 die Aufhebung der Verfügung. Durch die Erteilung einer unbefristeten Betriebsbewilligung ab 17. Januar 2022 ist vorliegend das Rechtsschutzinteresse an der Behandlung der Beschwerde für die Zeit nach dem 17. Januar 2022 unstrittig dahingefallen. Ein Rechtsschutzinteresse an der Beschwerde für den Zeitraum vom 1. bis 16. Januar 2022 bleibt jedoch bestehen.<sup>17</sup> Streitgegenstand und damit zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Betriebsbewilligung vom 1. bis 16. Januar 2022 zu Recht entzogen hat.

<sup>13</sup> Spitalversorgungsgesetz vom 13. Juni 2013 (SpVG; BSG 812.11)

<sup>14</sup> Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

<sup>15</sup> Betreffend Rechtsschutzinteresse vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. Januar 2023 100.2022.136

<sup>16</sup> Vollmacht vom 30. Dezember 2021 (Beschwerdebeilage) sowie Vollmacht vom 17. Januar 2022

<sup>17</sup> Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts 100.2022.136 vom 19. Januar 2023

### **3. Argumente der Verfahrensbeteiligten**

#### **3.1 Verfügung (undatiert)**

Die Vorinstanz bringt in der angefochtenen Verfügung vor, mit dem ersatzlosen Wegfall des Kooperationsvertrages zwischen der Beschwerdeführerin und D.\_\_\_\_ per 31. Dezember 2021 sei die in Art. 44 SpVV geforderte ärztliche Interventionszeit von 15 Minuten nicht mehr gewährleistet. Somit fehle der Beschwerdeführerin ab dem 1. Januar 2022 eine für die Betriebsbewilligung zwingend notwendige Voraussetzung. Entsprechend sei der Beschwerdeführerin die Betriebsbewilligung per 31. Dezember 2021 zu entziehen.<sup>18</sup> Die Auseinandersetzung mit der Gesetzes- und Verfassungskonformität von geltendem Recht habe über den ordentlichen (politischen) Prozess der Rechtsetzung oder über die Rechtsfortbildung im Rahmen von Rechtsmittelverfahren zu erfolgen.<sup>19</sup>

#### **3.2 Beschwerde vom 30. Dezember 2021**

Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde vom 30. Dezember 2021 zusammengefasst vor, die Vorgabe gemäss Art. 44 SpVV mache Sinn für ärztlich geführte Spitäler, die eine ärztliche Dauerpräsenz sicherstellen müssten. Bei von Hebammen betreuten Einrichtungen und Geburtshäusern jedoch nicht. Dort müsse die fachlich-medizinische Betreuung sinngemäss in der Verantwortung der Hebammen liegen. Die Sanktion aus dem Nichterfüllen einer sachwidrigen Verordnungsbestimmung sei ungesetzlich.<sup>20</sup> Weiter sei der Bewilligungsentzug und die Verfügung der sofortigen Schliessung binnen Wochenfrist, um eine sachwidrige und praktisch nicht umsetzbare Verordnungsbestimmung zu vollziehen, völlig unverhältnismässig und gesundheitspolizeilich nicht zu rechtfertigen.

#### **3.3 Beschwerdevernehmlassung vom 15. März 2023**

Die Vorinstanz führt in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 15. März 2023 aus, den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Argumenten, der Bewilligungsentzug sei unverhältnismässig, sei entgegenzuhalten, dass es vorliegend immerhin um den Schutz der Gesundheit, um die Sicherheit und letztendlich auch um das Leben ihrer Kundinnen und der Ungeborenen oder schon geborenen Kinder gehe. Die Beschwerdeführerin habe mit Wegfall des Kooperationsvertrags eine ärztliche Intervention im Notfall innert der vorgegebenen 15 Minuten nicht mehr garantieren können, was sehr wohl Auswirkungen auf die Gesundheit und Sicherheit ihrer Kundinnen haben könne.<sup>21</sup>

Art. 44 Abs. 1 SpVV sei aus folgenden Gründen mit höherrangigem Recht vereinbar: Es sei unbestritten, dass in einem Geburtshaus Notfallsituationen eintreten könnten, die einer möglichst raschen ärztlichen Intervention bedürfen. Hierbei gebe es grundsätzlich zwei Möglichkeiten: Entweder würden Mutter und/oder Kind unverzüglich mit einem geeigneten Transportmittel in ein Akutspital verlegt, um dort

<sup>18</sup> Verfügung Vorinstanz (undatiert), S. 4 (Beschwerdebeilage)

<sup>19</sup> Verfügung Vorinstanz (undatiert), S. 4 (Beschwerdebeilage)

<sup>20</sup> Beschwerde vom 30. Dezember 2021, III. Ziff. 1

<sup>21</sup> Beschwerdevernehmlassung vom 15. März 2023, S. 3 f.

weiter (notfall)versorgt zu werden, oder die ärztliche Intervention und Notfallversorgung finde vor Ort im Geburtshaus statt. Letztere Variante habe unter anderem die Nachteile, dass in einem Geburtshaus regelmässig nur eine beschränkte medizinische Infrastruktur vorhanden sei und die Intervention gegebenenfalls von einer fachfremden Ärztin oder einem fachfremden Arzt erfolge. Die Beschwerdeführerin habe sich in der Vergangenheit für diese letztere Variante entschieden, obwohl ihr nach Art. 44 SpVV auch erstere Variante offen gestanden habe. Die Regelung von Art. 44 SpVV gewähre der Beschwerdeführerin damit einen erheblichen Spielraum bei der Ausgestaltung und Organisation der geforderten ärztlichen Intervention. Es sei nicht ersichtlich, weshalb diese Regelung unzweckmässig sein solle – erstens sei rasches Handeln in Notfallsituationen oberstes Gebot und zweitens verspreche eine ärztliche Intervention das höchste Mass an medizinischer Fachkompetenz, Befugnissen und Handlungsmöglichkeiten in der konkreten Notfallsituation.<sup>22</sup>

In Erfüllung der Motion «Sachgerechte Anforderungen für Geburtshäuser im Kanton Bern!» habe der Regierungsrat die Berner Fachhochschule beauftragt, evidenzbasiert darzulegen, ob Art. 44 SpVV dem «State of the Art» für eine Notfallversorgung in einem in der Schweiz betriebenen Geburtshaus entspreche. Zusammengefasst sei die Berner Fachhochschule zum Schluss gekommen, dass «State of the art» heute ein Notfallmanagement sei, welches in verschiedene Etappen gegliedert sei und auf einer eingespielten und engen Kooperation mit dem nächstgelegenen Akutspital basiere. Eine 15-Minuten-Regel zur ärztlichen Intervention, wie sie mit Art. 44 SpVV bestehe, scheine nur dann sinnvoll, wenn der seltene Fall auftrete, dass für Mutter oder Kind eine lebensbedrohliche Situation vorliege, die innerhalb von 15 Minuten durch eine Fachärztin bzw. einen Facharzt vor Ort tatsächlich behandelt werden solle und könne.<sup>23</sup>

Dass die «alte» Regelung von Art. 44 SpVV nicht mehr als heutiger «State of the Art» der Notfallversorgung im Geburtshaus bezeichnet werden könne, habe auch der Regierungsrat mit der Anpassung von Art. 44 SpVV anerkannt. Trotzdem sei mit der bisherigen Regelung eine rasche und qualifizierte Notfallversorgung gewährleistet worden, die trotz Schwächen insgesamt zweckmässig und sachgerecht gewesen sei. Offensichtlich sei auch die Beschwerdeführerin Ende November 2022 wiederum dieser Auffassung gewesen, habe sie doch mit ihrer bisherigen Vertragspartnerin einen vom 1. Januar bis zum 31. Mai 2023 befristeten Vertrag über die Gewährleistung einer ärztlichen Intervention im Notfall innert 15 Minuten abgeschlossen, was exakt der von ihr verpönten Regelung entspreche. Dies ungeachtet dessen, dass die ab dem 1. Januar 2023 geltende Übergangsbestimmung T1-3 Abs. 2 SpVV explizit eine Vereinbarung mit einem Listenspital und nicht mit einem anderen, beliebigen Leistungserbringer des Gesundheitswesens fordere, worauf die Beschwerdeführerin an einer Besprechung vom 28. November 2022 unmissverständlich hingewiesen worden sei.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Beschwerdevernehmlassung vom 15. März 2023, S. 4

<sup>23</sup> Beschwerdevernehmlassung vom 15. März 2023, S. 4

<sup>24</sup> Beschwerdevernehmlassung vom 15. März 2023, S. 4 f.

### **3.4 Replik vom 19. Mai 2023**

**3.4.1** Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Replik vom 19. Mai 2023 zur Gesetzmässigkeit von aArt. 44 SpVV zusammengefasst vor, die für Spitäler und Geburtshäuser in gleicher, undifferenzierter Weise aufgestellte Vorschrift sei aus folgenden Gründen zu beanstanden: Spitäler und Geburtshäuser würden aufgrund der punktuell unterschiedlichen Natur ihrer Tätigkeiten in verschiedener Hinsicht einer differenzierten Behandlung bedürfen. Geburtshäuser würden deshalb im Krankenversicherungsgesetz neben den Spitälern als eigenständige Kategorie von Leistungserbringern behandelt und ebenso würden sie im SpVG eine Sonderkategorie darstellen. In diesem Sinne wäre eine Differenzierung auch in Bezug auf den damaligen Art. 44 SpVV sachlich geboten gewesen. Indem der Verordnungsgeber diese nicht vorgenommen habe, habe er wesentlichen Besonderheiten des Betriebs eines Geburtshauses nicht Rechnung getragen. Eine gesetzlich verankerte zeitliche Vorgabe von 15 Minuten für eine ärztliche Interventionsmöglichkeit, sei sachlich nicht geboten. Dies gehe aus dem Schlussbericht «Notfallversorgung in den Geburtshäusern gemäss kantonaler SpVV, Art. 44 im Kanton Bern» vom 20. Juni 2022 klar hervor.<sup>25</sup> Aufgrund dieser klaren Aussagen zum «state of the art» sei aArt. 44 SpVV per 1. Januar 2023 revidiert worden. Aus dem Hinweis der GSI im Vortrag vom 23. November 2022, es werde damit «eine sachgerechte Notfallkonzept-Regelung» definiert «die auf die besondere Situation von Geburtshäusern abgestimmt ist, auf wissenschaftlichen Grundlagen beruht und evidenzbasiert ist», ergebe sich unverkennbar das Eingeständnis, dass der bisherige aArt. 44 SpVV diesen Anforderungen nicht entsprochen habe.<sup>26</sup> Die seinerzeitige Bestimmung von aArt. 44 SpVV erweise sich als willkürlich im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, weil sie sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen liesse beziehungsweise für das Erreichen des anvisierten Ziels zwecklos gewesen sei. Dem seinerzeitigen aArt. 44 SpVV sei deshalb vorliegend die Anwendung zu versagen und die angefochtene Verfügung aufzuheben.<sup>27</sup>

**3.4.2** Selbst wenn der seinerzeitige aArt. 44 SpVV vorliegend hätte angewendet werden dürfen, wäre seine Handhabung durch den Beschwerdegegner zu beanstanden, weil sie überaus rigide gewesen sei und insbesondere übersehen habe, dass eine ärztliche Interventionsmöglichkeit «in der Regel» innerhalb von 15 Minuten zu gewährleisten sei. Diese Formulierung lasse offensichtlich Ermessensspielräume erkennen, welche insbesondere bei sachgemäßem Handeln hätten genutzt werden müssen, weil eine fixe zeitliche Vorgabe in geburtshilflichen Notfällen weder sachgerecht noch evidenzbasiert sei. Die Vorinstanz habe auf eine Ermessensausübung von vornherein verzichtet, obschon die Formulierung von aArt. 44 SpVV dazu berechtigt habe. Somit

<sup>25</sup> Replik vom 19. Mai 2023 Ziff. 1.3

<sup>26</sup> Replik vom 19. Mai 2023 Ziff. 1.4

<sup>27</sup> Replik vom 19. Mai 2023 Ziff. 1.5

habe die Vorinstanz das seinerzeit geltende Recht durch Ermessensunterschreitung rechtsfehlerhaft angewendet.<sup>28</sup>

**3.4.3** An den bisherigen Ausführungen ändere die Tatsache nichts, dass die Beschwerdeführerin den Kooperationsvertrag mit D.\_\_\_\_ nochmals und befristet für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Mai 2023 abgeschlossen habe.<sup>29</sup> Diese Vereinbarung habe die Beschwerdeführerin in vorsorglicher Weise und einzig deshalb abgeschlossen, um während der Übergangsfrist gemäss dem revidierten Art. 44 SpVV bzw. der Übergangsbestimmung TI-3 Abs. 2 SpVV nicht erneuten Versuchen der Vorinstanz ausgesetzt zu sein, ihr die Betriebsbewilligung zu entziehen. Aus dieser Vorsichtsmassnahme könne in keiner Weise darauf geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin sich dem Rechtsstandpunkt des Beschwerdegegners in irgendeiner Weise angeschlossen hätte.<sup>30</sup>

**3.4.4** Weiter habe die Vorinstanz in direkter und sehr schwerwiegender Weise in die verfassungsmässig garantierte Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht der Beschwerdeführerin (Art. 27 BV<sup>31</sup>) eingegriffen. Die Verhältnismässigkeit der angeordneten Massnahmen sei weder geprüft worden noch sei sie gegeben gewesen.<sup>32</sup> Zudem habe die Vorinstanz mit ihrem Handeln auch den ebenfalls verfassungsmässig verankerten Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV), bei welchem es sich um ein grundlegendes rechtsstaatliches Prinzip des Verwaltungsrechts handle, missachtet. Mit einer Frist, die unter Berücksichtigung der bevorstehenden Weihnachtsfeiertage im Ergebnis weniger als eine Woche betragen habe, habe der Beschwerdegegner ohne Interessenabwägung die Schliessung des Geburtshauses angeordnet und damit die Existenz des Betriebs der Beschwerdeführerin und auch rund 40 Arbeitsplätzen unmittelbar gefährdet.<sup>33</sup> Den verfassungsmässigen Anforderungen an die Verhältnismässigkeit habe die Vorinstanz bei ihrem Handeln somit zugleich in zweifacher Hinsicht in keiner Weise Rechnung getragen. Sie habe auch nicht beachtet, dass gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts die subjektive Zurechenbarkeit bzw. ein vorwerfbare Verschulden eine notwendige Voraussetzung für eine verwaltungsrechtliche Sanktionierung darstelle. Ein derartiges Verschulden der Beschwerdeführerin sei vorliegend nicht ersichtlich. Auch deshalb sei die angefochtene Verfügung aufzuheben.<sup>34</sup>

<sup>28</sup> Replik vom 19. Mai 2023 Ziff. 1.6

<sup>29</sup> Replik vom 19. Mai 2023 Ziff. 2.

<sup>30</sup> Replik vom 19. Mai 2023 Ziff. 2.1

<sup>31</sup> Bundesverfassung vom 18. April 1999 der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101)

<sup>32</sup> Replik vom 19. Mai 2023 Ziff. 3.3

<sup>33</sup> Replik vom 19. Mai 2023 Ziff. 3.4

<sup>34</sup> Replik vom 19. Mai 2023 Ziff. 4.

#### **4. Rechtliches**

**4.1** Das SpVG regelt die Spitalversorgung, welche die somatische und psychiatrische Akutversorgung und die rehabilitative Versorgung umfasst, soweit die Leistungen durch Spitäler, Geburtshäuser oder im Rahmen der übrigen institutionellen akutmedizinischen Versorgung erbracht werden (Art. 2 Bst. a SpVG). Wer Leistungen nach dem SpVG erbringt, bedarf einer Betriebsbewilligung (Art. 119 SpVG). Die Beschwerdeführerin betreibt ein Geburtshaus im Sinne von Art. 2 Bst. a SpVG. Sie bedarf demzufolge zum Betrieb des Geburtshauses einer Betriebsbewilligung (Art. 119 SpVG). Die Betriebsbewilligung wird erteilt, wenn die Leistungserbringerin die Voraussetzungen gemäss Art. 120 SpVG erfüllt. Eine Voraussetzung ist, dass die Leistungserbringenden über ein sachgerechtes Notfallkonzept verfügen müssen (Art. 120 Abs. 1 Bst. f SpVG). Die Einzelheiten bezüglich Notfallkonzept hat der Regierungsrat in Art. 44 SpVV geregelt (vgl. Art. 121a Abs. 1 Bst. a SpVG). Art. 44 SpVV wurde betreffend Notfallkonzept von Geburtshäusern per 1. Januar 2023 revidiert. Es stellt sich daher die Frage, welche Version von Art. 44 SpVV vorliegend anwendbar ist.

Nach den allgemeinen Prinzipien des intertemporalen Rechts ist die Rechtmässigkeit von Verwaltungsakten nach der Rechtslage im Zeitpunkt ihres Ergehens zur beurteilen. Wird ein Verwaltungsverfahren durchgeführt, ist demnach das Recht im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung massgebend («erstinstanzlicher» Verwaltungsakt). Neues Recht entfaltet daher keine Rechtswirkungen auf Sachverhalte, die vor seinem Inkrafttreten abgeschlossen waren.<sup>35</sup> Vorliegend ist die Rechtmässigkeit des Entzugs der Betriebsbewilligung vom 1. bis am 16. Januar 2022 und damit ein abgeschlossener Sachverhalt zu beurteilen. Folglich richtet sich die Beurteilung der Beschwerde nach dem im Zeitpunkt des Erlasses der vorliegend angefochtenen Verfügung gelgenden aArt. 44 SpVV<sup>36</sup>. Die Beschwerdeführerin rügt, aArt. 44 SpVV verstosse gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV), gegen das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV), die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sowie gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV) und somit gegen übergeordnetes Recht. Nachfolgend ist daher vorfrageweise zu prüfen, ob aArt. 44 SpVV der konkreten Normenkontrolle stand hält.

#### **5. Konkrete Normenkontrolle**

**5.1** Gemäss Art. 66 Abs. 3 KV<sup>37</sup> dürfen kantonale Erlassen, die höherrangigem Recht widersprechen, nicht von den Justizbehörden angewendet werden. Art. 66 Abs. 3 KV berechtigt und verpflichtet die Justizbehörden, die dem angefochtenen Entscheid zugrundeliegenden kantonalen Erlassen auf ihre Rechts- und Verfassungskonformität zu überprüfen (konkrete Normenkontrolle). Ergibt die vorfrageweise Prüfung, dass kantonale bzw. kommunale Erlassen höherrangigem Recht widersprechen, sind

<sup>35</sup> Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Auflage 2020, Art. 25 N. 8, m.w.H.

<sup>36</sup> Version in Kraft bis 31. Dezember 2022, fortan: aArt. 44 SpVV

<sup>37</sup> Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1)

sie nicht anzuwenden und der gestützt auf sie ergangene Entscheid (Anwendungsakt) ist aufzuheben. Justizbehörden sind alle kantonalen Organe, die auf Beschwerde oder Klage hin Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden haben (Verwaltungsjustiztätigkeit), wogegen verfügende Behörden, offenkundige Fälle gegebenenfalls vorbehalten, keine Pflicht zur Normenkontrolle trifft.<sup>38</sup> Eine Kollision mit höherrangigem Recht liegt dann vor, wenn der Norm nach den anerkannten Auslegungsregeln kein Sinn zugemessen werden kann, der sich mit höherrangigem Recht vereinbaren lässt. Im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle können neben materiellen Gesichtspunkten (z.B. Beachtung der materiellen Vorgaben des übergeordneten Rechts) auch formelle Anforderungen (z.B. Zulässigkeit der Delegation, richtige Erlassstufe oder -form, Fragen der korrekten Publikation) Gegenstand der Prüfung sein.<sup>39</sup> Liegt die Anwendung einer angeblich gesetzwidrigen Verordnungsnorm im Streit, muss gegebenenfalls vorab der Rechtssinn der formellgesetzlichen Grund- oder Delegationsnorm ermittelt werden.<sup>40</sup> Bei Zweifeln über die Konformität mit übergeordnetem Recht ist zu untersuchen, ob der interessierenden Norm nach den anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn zugemessen werden kann, der sie mit dem Recht höherer Stufe vereinbar erscheinen lässt. In sinngemässer Übertragung des Grundsatzes der Normerhaltung des Vorgangs der abstrakten Normenkontrolle ist die verfassungs-, völkerrechts- bzw. gesetzeskonforme Auslegung einer Nichtanwendung von Normen immer vorzuziehen.<sup>41</sup>

**5.2** Bevor im Folgenden zu prüfen ist, ob aArt. 44 SpVV der konkreten Normenkontrolle stand hält, ist darauf hinzuweisen, dass aArt. 44 SpVV übergeordnetes Recht – wenn überhaupt – nicht offenkundig verletzt. Die Vorinstanz war somit als verfügende Behörde nicht verpflichtet, aArt. 44 SpVV vorfrageweise auf die Konformität mit übergeordnetem Recht zu überprüfen.<sup>42</sup> Zudem erweisen sich auch die formellen Anforderungen, insbesondere die Delegation und die Erlassstufe, unbestrittenermassen als unproblematisch.

### **5.3 Verhältnismässigkeitsprinzip**

**5.3.1** Nach Art. 5 Abs. 2 BV muss staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Das in Art. 5 Abs. 2 BV normierte Verhältnismässigkeitsprinzip besteht aus drei Teilgehalten, die jeweils kumulativ erfüllt sein müssen: Eine staatliche Massnahme muss geeignet und erforderlich sein, um das angestrebte, im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen. Überdies muss sie für die Betroffenen zumutbar sein.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> BVR 2014 S. 14, E. 3.1

<sup>39</sup> Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 3. Auflage 2021, S. 200 f.

<sup>40</sup> Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Auflage 2020, Art. 66 N. 52

<sup>41</sup> Herzog, a.a.O., Art. 66 N. 54

<sup>42</sup> Vgl. BVR 2014 S. 14, E. 3.1

<sup>43</sup> Griffel, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Auflage 2022, Rz. 158 mit weiteren Hinweisen

Die Eignung der Massnahme – auch als Zwecktauglichkeit bezeichnet – ist die Grundvoraussetzung. Sie bezieht sich stets auf ein konkretes öffentliches Interesse, d.h. auf einen bestimmten, mit der Massnahme angestrebten Zweck, der im öffentlichen Interesse liegt. Dieser Zweck bildet den Ausgangspunkt und den Massstab für die gesamte Verhältnismässigkeitsprüfung, mithin auch für die Frage der Eignung.<sup>44</sup> Die Anforderungen an die Eignung sind nicht hoch. Verlangt wird lediglich, dass die in Frage stehenden Massnahmen mit Blick auf den angestrebten Zweck Wirkungen zu entfalten vermögen und nicht gänzlich daran vorbei zielen. Erweist sich eine Massnahme jedoch als von vornherein ungeeignet, den im vorstehenden Sinn konkretisierten Zweck zu erreichen, so ist sie unverhältnismässig. Eine Prüfung der weiteren Voraussetzungen erübrigts sich dann.<sup>45</sup> Über die blosse Eignung hinaus muss eine Massnahme stets auch erforderlich sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Es geht hier um ein Übermassverbot, um eine Zweck-Mittel-Relation, wobei der Massstab – der Zweck der Massnahme – wiederum das möglichst konkret umschriebene öffentliche Interesse ist.<sup>46</sup> Die Zumutbarkeit der Massnahme setzt stets voraus, dass diese sowohl geeignet als auch erforderlich ist. Dies genügt jedoch nicht; vielmehr muss das auf dem Spiel stehende öffentliche Interesse schwerer wiegen als das betroffene private Interesse. Es muss letzteres also überwiegen, was eine Interessenabwägung und damit eine Wertung erfordert.<sup>47</sup>

**5.3.2** Gemäss aArt. 44 SpVV gewährleistet das Notfallkonzept des Leistungserbringers in der Regel eine ärztliche Interventionsmöglichkeit innerhalb von höchstens 15 Minuten. Sinn und Zweck von aArt. 44 SpVV war, wie bereits der Titel «Notfallkonzept» dieses Artikels zeigt, die Regelung von Notfallsituationen, um damit einen möglichst hohen Schutz der Gebärenden, Ungeborenen und Neugeborenen zu erreichen. Dem Vortrag ist zudem zu entnehmen, dass die 15 Minuten auch mit dem Ziel festgelegt wurden, die geographische Distanz zwischen Geburtshäusern und ärztlicher Interventionsmöglichkeit einzuschränken.<sup>48</sup>

**5.3.3** Die Berner Fachhochschule (BFH) hat im Auftrag der GSI einen Expertenbericht «Notfallversorgung in den Geburtshäusern gemäss kantonaler SpVV, Art. 44 im Kanton Bern» erstellt. Ziel davon war, evidenzbasiert dazulegen, ob aArt. 44 SpVV mit den vorgegebenen 15 Minuten bis zur Notfallversorgung durch eine ärztliche Fachperson für Geburtshäuser dem Standard für die Notfallversorgung eines in der Schweiz betriebenen Geburtshaus entspricht.<sup>49</sup> Zusammengefasst ist dem Expertenbericht vom 20. Juni 2022 Folgendes zu entnehmen:

<sup>44</sup> Griffel, a.a.O., Rz. 159

<sup>45</sup> Griffel, a.a.O., Rz. 159a

<sup>46</sup> Griffel, a.a.O., Rz. 160

<sup>47</sup> Griffel, a.a.O., Rz. 162

<sup>48</sup> Vortrag der Gesundheits- und Fürsorgedirektion an den Regierungsrat zur SpVV vom 23. Oktober 2013, S. 28

<sup>49</sup> Schlussbericht Notfallversorgung in den Geburtshäusern gemäss kantonaler SpVV, Art. 44 im Kanton Bern, S. 3, einsehbar unter: <<https://www.api.news.apps.be.ch/api/news/0f55e2e6-7bd5-4f07-aaf8-b32693724316/content/4c7560c4-6cf1-47cb-9d6e-08348a2e36cc/assets/preview/92beec79-bb46-4fb5-88a7-ce742f6c5cf0/2022-09-22-kmrr-bericht-bfh-notfallversorgung-gebursth%C3%A4usern.pdf>> (letztmals aufgerufen am 16. Oktober 2023, fortan: Expertenbericht)

Aus der nationalen und internationalen Evidenz ergibt sich, dass der Grossteil der verlegten Frauen und Neugeborenen vom Geburtshaus in ein Spital keine Notfälle sind. In der Schweiz wurden im Jahr 2020 23 % der Gebärenden und 2,3 % der Neugeborenen vom Geburtshaus in ein Spital verlegt. Der häufigste maternale Verlegungsgrund während der Geburt ist mit 43,4 % der Geburtsstillstand (keine Notfallsituation). Nach der Geburt ist die Plazentarettention, die nicht zwingend einen Notfall darstellt, der häufigste Verlegungsgrund (31,7 %). Alle Studien legen nahe, dass Mutter und Kind bei einem Notfall zeitnah in ein Spital verlegt werden müssen. Je länger die Fahrzeit ins Spital ist, desto grösser sind die Risiken für schlechtere Outcomes – sowohl für die Mutter als auch für das Kind. Fahrzeiten von über 30 Minuten bis zum nächsten Spital sind ein hoher Risikofaktor für eine erhöhte neonatale Mortalität. Die Niederlande sind das einzige Land, das eine maximale Fahrtzeit von 20 Minuten von der ausserklinischen in die innerklinische Einrichtung festlegt. In keiner Referenz wird bei einem Notfall eine ärztliche Versorgung vor Ort (ausserklinisch) empfohlen. Bei einem Notfall in einer ausserklinischen Einrichtung ist nicht nur die Fahrtzeit in das Spital ein wichtiger Erfolgsfaktor, sondern auch das Vorliegen von Richtlinien, Notfallplänen inkl. Algorithmen, einer eingespielten interprofessionellen Zusammenarbeit und einer effizienten Kommunikation. In der Schweiz gibt die Konsensgruppe für eine lebensbedrohliche Situation vor, dass der Kaiserschnitt «so schnell wie möglich» stattfinden sollte. Bei einer dringenden, aber nicht lebensbedrohlichen Situation wird ein Kaiserschnitt innerhalb eines Zeitfensters von 60 Minuten empfohlen (von der Alarmierung bis zur Entbindung des Kindes). Alle nationalen und internationalen Richtlinien gehen im Notfall von einer schnellstmöglichen Verlegung in ein Spital aus.<sup>50</sup> Aus den Expert\*innen-Interviews ergibt sich, dass in anderen Kantonen keine zeitlichen Vorgaben für das Notfallmanagement auf Gesetzesstufe bekannt sind. Bei einem unvorhergesehenen lebensbedrohlichen Notfall muss die Verlegung in das Spital so rasch als möglich erfolgen. Uneinigkeit besteht darüber, ob eine zeitliche Vorgabe von 15 Minuten definiert werden sollte. Eine ärztliche Versorgung vor Ort innert 15 Minuten macht nur Sinn, wenn eine Fachärztein bzw. ein Facharzt intervenieren kann. Im Falle eines Notfalls bei der Frau ist der Notarzt in der Regel keine geburshilfliche Fachperson. Daher sollte so rasch als möglich eine Verlegung in das Spital erwogen werden. Bei einem Notfall bei einem Neugeborenen sind zwei Szenarien möglich. Erstens die möglichst rasche Verlegung ins Spital oder zweitens eine Versorgung durch die Neo-Equipe mit einer Fachärztein bzw. einem Facharzt. In diesem Fall müssen die Hebammen bis zum Eintreffen der Neo-Equipe die Erstversorgung des Neugeborenen gewährleisten können. Hebammen, die in Geburtshäusern arbeiten, nehmen durch die Risikoselektion bei Schwangeren gemäss bestehender Ein- und Ausschlusskriterien eine ausserordentlich wichtige Aufgabe in der Risikominimierung ausserklinischer Geburten wahr. Hebammen müssen Notfälle erkennen, diagnostizieren und so rasch als möglich alarmieren. Bis zum Eintreffen der Rettungssanität oder der Neo-Equipe hat die Hebamme die notwendige Notfallversorgung zu gewährleisten. Dazu muss sie gut ausgebildet sein. Regelmässige Weiterbildungen im Not-

<sup>50</sup> Expertenbericht, S. 16

fallmanagement bei Erwachsenen und Neugeborenen sind zwingend. Voraussetzungen für ein erfolgreiches Notfallmanagement sind nebst dem Zeitfaktor, bestehende Kooperationsverträge, solide interprofessionelle Zusammenarbeit, gegenseitiges Vertrauen und Respekt sowie gemeinsame Notfalltrainings/Weiterbildungen. Gemeinsame Fallbesprechungen zwischen inner- und ausserklinischem Setting werden empfohlen. Der Kanton Bern ist der einzige Kanton, welcher eine explizite zeitliche Vorgabe für das Notfallmanagement auf Verordnungsstufe verlangt.<sup>51</sup> Zu den Angaben der befragten Geburtshäuser ist festzuhalten, dass alle befragten Geburtshäuser innerhalb von 15 Minuten Fahrzeit ein Spital erreichen könnten.<sup>52</sup>

**5.3.4** Aus dem Expertenbericht ergibt sich, dass Mutter und Kind bei einem Notfall zeitnah (so rasch als möglich) in ein Spital verlegt werden müssen. Je länger die Fahrzeit, desto grösser sind die Risiken für schlechte Outcomes.<sup>53</sup> Die zeitliche Komponente ist somit gerade in Notfallsituativen von zentraler Bedeutung. Mit aArt. 44 SpVV wird zwar eine zeitliche Vorgabe gemacht, diese bezieht sich jedoch weder auf die Verlegungsdauer noch auf die Fahrzeit, sondern auf die ärztliche Intervention. Hierzu hält der Expertenbericht fest, dass eine ärztliche Intervention vor Ort nur Sinn mache, wenn diese eine Fachärztin oder ein Facharzt durchführe.<sup>54</sup> Der aArt. 44 SpVV gewährleistet jedoch keine fachärztliche, sondern lediglich eine ärztliche Intervention. Zudem steht in Geburtshäusern regelmässig keine Infrastruktur für fachärztliche Behandlungen zur Verfügung, sodass im Endeffekt immer die Verlegung in ein Spital erforderlich ist. Die vorgegebene ärztliche Interventionsmöglichkeit innerhalb von 15 Minuten von aArt. 44 SpVV ist demnach nicht geeignet, Gebärende, Ungeborene und Neugeborene effektiv zu schützen. Aus dem Expertenbericht ergibt sich somit, dass sich die zeitliche Vorgabe von 15 Minuten in aArt. 44 SpVV im Hinblick auf den effektiven Schutz von Gebärenden, Ungeborenen und Neugeborenen als nicht zweckmässig erweist.

**5.3.5** Ein weiteres Ziel von aArt. 44 SpVV war, die geographische Distanz zwischen Geburtshäusern und Spital einzuschränken. Gestützt auf den Expertenbericht sind die Risiken für schlechtere Outcomes umso grösser, je länger die Fahrzeit ins Spital dauert.<sup>55</sup> Eine Begrenzung der maximalen Fahrzeit zwischen Geburtshaus und Spital wäre somit nicht zu beanstanden. Mit der 15-Minuten-Vorgabe wird dieses Ziel jedoch nicht erreicht: Einerseits macht aArt. 44 SpVV keine explizite Vorgabe betreffend Fahrzeit zu einem Spital, andererseits bietet eine ärztliche (nicht fachärztliche) Intervention keine Gewähr für eine Nähe zu einem Spital. Demnach kann aArt. 44 SpVV auch unter diesem Aspekt nicht als zielführend bezeichnet werden.

<sup>51</sup> Expertenbericht, S. 22

<sup>52</sup> Expertenbericht, S. 24

<sup>53</sup> Expertenbericht, S. 16

<sup>54</sup> Expertenbericht, S. 22

<sup>55</sup> Expertenbericht, S. 16

**5.3.6** Nach dem Dargelegten erweist sich aArt. 44 SpVV in Bezug auf die vorliegend geprüfte Leistungserbringerkategorie der Geburtshäuser als ungeeignet zur Erreichung des angestrebten Zwecks und damit als unverhältnismässig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BV. Demnach widerspricht aArt. 44 SpVV übergeordnetem Recht und die Anwendung von aArt. 44 SpVV ist zu versagen. Der Entzug der Betriebsbewilligung gestützt auf aArt. 44 SpVV in Verbindung mit Art. 123 SpVG erweist sich somit als unzulässig.

**5.3.7** An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass der Expertenbericht vom 20. Juni 2022 erst nachdem sich der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt ereignet hat, in Auftrag gegeben und erstellt worden ist. Als Folge davon hat der Verordnungsgeber Art. 44 SpVV umgehend angepasst. Art. 44 SpVV in seiner heutigen Form verlangt ein für Geburtshäuser angemessenes und evidenzbasiertes Notfallkonzept ohne zeitliche Vorgabe für eine ärztliche Intervention. Trotz dieser Neuerung, die per 1. Januar 2023 in Kraft trat und obwohl die Beschwerdeführerin die Wirksamkeit der 15-Minuten-Vorgabe stets vehement bestritten hat, hat sie nota bene *nach* Ergehen des Berichts und trotz absehbarer Verordnungsrevision von Art. 44 SpVV erneut einen Kooperationsvertrag mit D.\_\_\_\_ abgeschlossen, um eben genau diese 15-Minuten-Vorgabe des ehemaligen aArt. 44 SpVV einzuhalten, deren Einhaltung sie vom 1. Januar 2022 bis am 16. Januar 2022 verweigert hat. Ihre Angabe, der neue Vertragsabschluss sei als Vorsichtsmassnahme erfolgt, ist unter den genannten Umständen schlicht nicht nachvollziehbar. Umso weniger verständlich ist, dass die Beschwerdeführerin diese Vorsichtsmassnahme nicht früher ergriffen hat, in einem Zeitpunkt als tatsächlich Vorsicht geboten gewesen wäre, da noch nicht evident erklärt war, ob die 15-Minuten-Vorgabe dem Schutz der Gebärenden und der Neugeborenen dient. Mit Blick auf die Sorgfaltspflicht, die die Beschwerdeführerin gegenüber den Gebärenden, Ungeborenen und Neugeborenen hat, irritiert ihre Vorgehensweise und ihr Verhalten sehr.

## **6. Ergebnis**

Nach dem Geschriebenen erweist sich der Entzug der Betriebsbewilligung (Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung) vom 1. bis 16. Januar 2023 als unrechtmässig und ist aufzuheben. Die Beschwerde vom 30. Dezember 2021 ist gutzuheissen.

## **7. Kosten**

**7.1** Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr. Diese beträgt für Entscheide in Verwaltungsjustizsachen CHF 200.00 bis 4'000.00 (Art. 103 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 GebV<sup>56</sup>). Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn,

<sup>56</sup> Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Behörden im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Anderen Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie in ihren Vermögensinteressen betroffen sind (Art. 108 Abs. 2 VRPG).

**7.2** Vorliegend ist die Vorinstanz unterliegend. Sie ist eine Behörde im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG, ihr werden somit keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 108 Abs. 2 VRPG).

**7.3** Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand. Die Bemessung des Parteikostenersatzes richtet sich nach den Vorschriften der Anwaltsge setzgebung (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Im Beschwerdeverfahren beträgt das Honorar CHF 400.00 bis 11'800.00 pro Instanz (Art. 11 Abs. 1 PKV<sup>57</sup>). Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Aufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG<sup>58</sup>). Der Parteikostenersatz kann von der Höhe des Honorars abweichen (Art. 41 Abs. 5 KAG). Ein Zuschlag von bis zu 100 % auf das Honorar wird gewährt bei Verfahren, die besonders viel Zeit und Arbeit beanspruchen, wie namentlich bei schwieriger und zeitraubender Sammlung oder Zusammenstellung des Beweismaterials, bei grossem Aktenmaterial oder umfangreichem Briefwechsel oder bei besonders komplexen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen (Art. 16 i.V.m. Art. 9 PKV). Sind bedeutende vermögensrechtliche Interessen zu wahren, wird auf dem Honorar ein Zuschlag von bis zu 200 Prozent gewährt (Art. 11 Abs. 2 PKV).

**7.4** Die Honorarnote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin vom 17. November 2023 beläuft sich auf CHF 2'821.75 (Honorar von CHF 2'590.00, Spesenpauschale von CHF 30.00 und Mehrwertsteuer von CHF 201.75). Das vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin in der Kostennote auf geführte Telefongespräch vom 16. November 2023 betreffend Stand der Verhandlungen mit E.\_\_\_\_ sowie das Orientierungsschreiben an die GSI vom 17. November 2023 von 1.15 Stunden (entsprechend CHF 322.00 zzgl. 7.7 % MWST 24.80) sind nicht Teil des vorliegenden Verfahrens und daher von den geltend gemachten Parteikosten abzuziehen. Unter diesen Umständen ist der Parteikostenersatz auf CHF 2'474.95 (inkl. 7,7 % Mehrwertsteuer von CHF 176.95) festzusetzen.

**7.5** Vorliegend ist die Vorinstanz unterliegend. Der Vorinstanz kann jedoch kein Fehlverhalten vorgeworfen werden. So war die Vorinstanz einerseits gar nicht verpflichtet, eine Normenkontrolle

<sup>57</sup> Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811)

<sup>58</sup> Kantonales Anwaltsge setz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

durchzuführen, da aArt. 44 SpVV das übergeordnete Recht nicht offenkundig verletzte, andererseits hat erst der Expertenbericht Klarheit über die Geeignetheit von aArt. 44 SpVV gebracht. Unter diesen besonderen Umständen sind die Parteikosten nach Rechtskraft dieses Entscheides vom Kanton Bern (GSI) zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

### **III. Entscheid**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entzug der Betriebsbewilligung (Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung) aufgehoben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Kanton Bern (GSI) hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von CHF 2'474.95 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) nach Rechtskraft dieses Entscheides zu ersetzen.

### **IV. Eröffnung**

- Rechtsanwalt B.\_\_\_\_, z. Hd. der Beschwerdeführerin, per Einschreiben
- Vorinstanz, per Kurier

Gesundheits-, Sozial- und  
Integrationsdirektion

Pierre Alain Schnegg  
Regierungsrat

#### **Rechtsmittelbelehrung**

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit schriftlicher und begründeter Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in 2 Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und greifbare Beweismittel sind beizulegen.