



## Urteil vom 11. Mai 2017

---

Besetzung

Richter Daniel Stufetti (Vorsitz),  
Richter Michael Peterli, Richter Beat Weber,  
Gerichtsschreiberin Karin Wagner.

---

Parteien

**Asana Gruppe AG**, Spital Leuggern, Kommendeweg,  
5316 Leuggern,  
vertreten durch Prof. Dr. iur. Urs Saxer, Rechtsanwalt, und  
lic. iur. Sophie Arnold, Rechtsanwältin, Steinbrüchel Hüssy  
Rechtsanwälte, Grossmünsterplatz 8, 8001 Zürich,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Regierungsrat des Kantons Aargau**,  
Staatskanzlei, 5001 Aarau,  
handelnd durch Departement Gesundheit und Soziales  
des Kantons Aargau, Bachstrasse 15, 5001 Aarau,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Spitallisten 2015 des Kantons Aargau Akutsomatik,  
Rehabilitation und Psychiatrie;  
Regierungsratsbeschluss Nr. 2014-000518 vom 7. Mai 2014.

## Sachverhalt:

### A.

Der Regierungsrat des Kantons Aargau (*im Folgenden:* auch Regierungsrat oder Vorinstanz) setzte auf Antrag des Grossen Rats mit Beschluss Nr. 2011-001349 vom 7. September 2011 die Spitalliste Akutsomatik ab dem 1. Januar 2012 fest und erteilte darin einzelnen Leistungserbringern bis zum 31. Dezember 2014 befristete Leistungsaufträge. In dem als Verfügung bezeichneten Anhang vom 7. September 2011 wurden mehrere beantragte Leistungsaufträge der Asana Gruppe AG für das Regionalspital Leuggern mit der Begründung der Angebotskonzentration bzw. der fehlenden Infrastrukturanforderungen abgewiesen. Die dagegen erhobene Beschwerde vom 7. Oktober 2011 wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil C-5579/2011 vom 2. Dezember 2013 dahingehend gutgeheissen, als die angefochtene Verfügung aufgehoben wurde, soweit es die Verweigerung der Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen VIS1 (Viszeralchirurgie), URO1.1 (Urologie mit Schwerpunkttitle „operative Urologie“), URO1.1.1 (Radikale Prostatektomie) und URO1.1.8 (Perkutane Nephrostomie) betraf. Die Sache wurde in diesem Umfang zur Neubeurteilung nach Durchführung einer bundesrechtskonformen Versorgungsplanung mit genügender Wirtschaftlichkeitsprüfung an den Regierungsrat des Kantons Aargau zurückgewiesen.

### B.

#### B.a

Auf Antrag des Grossen Rats setzte der Regierungsrat des Kantons Aargau mit Beschluss Nr. 2014-000518 vom 7. Mai 2014 die Spitallisten Akutsomatik, Rehabilitation und Psychiatrie ab dem 1. Januar 2015 fest (RRB Nr. 2014-000518, *im Folgenden:* RRB vom 7. Mai 2014; vgl. BVGer-act. 1/2). Den einzelnen Leistungserbringern wurden darin Leistungsaufträge erteilt. Diese sind bis zum 31. Dezember 2018 befristet. Die Begründung für die Nichterteilung von beantragten Leistungsaufträgen ergibt sich im Einzelnen je Spital aus den Erwägungen dieses Regierungsratsbeschlusses.

Die Vorinstanz gab an, bei der Vergabe der Leistungsaufträge die gesetzlichen Kriterien gemäss dem Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10), der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV, SR 832.102), dem aargauischen Spitalgesetz vom 25. Februar 2003 (SpiG, SAR 331.200) und der aargauischen Verordnung über die Spitalliste vom 6. März 2013 (SpilIV,

SAR 331.215), sowie die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Wirtschaftlichkeitsprüfung berücksichtigt zu haben (vgl. S. 3ff. des RRB vom 7. Mai 2014).

Zudem hielt sie sinngemäss fest, für die Aufnahme in die Spitalliste und die Erteilung von Leistungsaufträgen seien, im Hinblick auf die in der Strategie 6 der Gesundheitspolitischen Gesamtplanung (GGpl) verankerten Angebotskonzentration, insbesondere die Erfahrung des Spitals beziehungsweise der Behandlungsteams sowie die Höhe der Fallzahlen in der entsprechenden Leistungsgruppe massgebend gewesen (vgl. Ziff. 4 des RRB vom 7. Mai 2014).

**B.b** Die Vorinstanz wies die von der Asana Gruppe AG für das Spital Leuggern beantragten Leistungsaufträge betreffend die Leistungsgruppen URO1.1 (Urologie mit Schwerpunkttitle „Operative Urologie“), URO1.1.1 (Radikale Prostatektomie) und URO1.1.8 (Perkutane Nephrostomie mit Desintegration von Steinmaterial) mit der Begründung der angestrebten Angebotskonzentration ab (vgl. Ziff. 9.4.7 des RRB vom 7. Mai 2014).

**B.c** Mit Schreiben vom 10. Juni 2014 stellte die Beschwerdeführerin einen Antrag auf Wiedererwägung des RRB vom 7. Mai 2014 und ersuchte um zusätzliche Erteilung eines Leistungsauftrages für die Leistungsgruppen URO1.1, URO1.1.1 und URO1.1.8. Die Vorinstanz trat mit RRB Nr. 2014-000781 vom 2. Juli 2014 auf das Gesuch nicht ein ([https://www.ag.ch/media/kanton\\_aargau/dgs/dokumente\\_4/gesundheit\\_1/gesundheitsversorgung/spitaeler\\_\\_\\_kliniken/RRB\\_02072014\\_Anhaenge1-3.pdf](https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/dgs/dokumente_4/gesundheit_1/gesundheitsversorgung/spitaeler___kliniken/RRB_02072014_Anhaenge1-3.pdf), besucht am 22.03.2017).

### **C.**

Gegen den RRB vom 7. Mai 2014 erhob die Asana Gruppe AG (*im Folgenden: Beschwerdeführerin*) am 16. Juni 2014 (Posteingang am 23. Juni 2014, BVGer act. 1) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte:

1. Es sei der Beschluss der Vorinstanz vom 7. Mai 2014, Regierungsratsbeschluss Nr. 2014-000518, hinsichtlich folgender Leistungsaufträge aufzuheben und die Beschwerdeführerin hinsichtlich dieser Leistungsaufträge „regulär“ auf die Spitalliste 2015 des Kantons Aargau aufzunehmen.

Asana Spital Leuggern

URO1.1 Urologie mit Schwerpunkttitle „Operative Urologie“

URO1.1.1 Radikale Prostatektomie

URO1.1.8 Perkutane Nephrostomie mit Desintegration von Steinmaterial

2. Eventualiter sei der Beschluss der Vorinstanz vom 7. Mai 2014, Regierungsratsbeschluss Nr. 2014-000518, hinsichtlich der in Ziffer 1 vorstehend genannten Leistungsaufträge aufzuheben, und es sei die Beschwerdeführerin hinsichtlich dieser Bereiche mit einem bedingten Leistungsauftrag auf die Spitalliste 2015 des Kantons Aargau aufzunehmen.
3. Subeventualiter sei der Entscheid im in Ziffer 1 vorstehend beantragten Umfang aufzuheben und zur ergänzenden Sachverhaltsfeststellung sowie Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz bzw. der Gerichtskasse.

Die Beschwerdeführerin stellte zudem den Verfahrensantrag, die mit Ziffer 4 des regierungsrätlichen Beschlusses vom 7. Mai 2014 entzogene aufschiebende Wirkung sei wiederherzustellen. Zur Begründung dieses Antrags führte sie im Wesentlichen aus, es bestehe keine besondere Dringlichkeit zur Aufhebung der Spitalliste 2007 (vgl. Beschwerde Rn. 46). Sie habe ein überwiegendes Interesse an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Beschwerde Rn. 48), da sie andernfalls daran gehindert werde, die Vorwärtsstrategie im Bereich Urologie weiterzuverfolgen und ihre Fallzahlen weiter zu steigern. Dadurch würde mangels genügender Fallzahlen der Entscheid in der Hauptsache präjudiziert, was nicht Ergebnis einer vorsorglichen Massnahme sein dürfe (vgl. Beschwerde Rn. 52).

In formeller Hinsicht machte die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör verletzt, indem sie den Antrag der Beschwerdeführerin auf bedingte Erteilung eines Leistungsauftrages nicht behandelt und die diesbezüglichen Vorbringen nicht berücksichtigt habe (vgl. Beschwerde Rn. 10).

In materieller Hinsicht rügte die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe eine bundesrechtswidrige Spitalliste erlassen, indem sie den Planungskriterien von Art. 58 Abs. 5 KVV zu wenig Beachtung geschenkt, und dafür eine der interkantonalen Ebene vorbehaltene innerkantonale Konzentration der spezialisierten Medizin vorgenommen habe. Weiter sei das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Rechtsgleichheit verletzt, da die Vorinstanz ihr keinen – auch keinen bedingten – Leistungsauftrag erteilt habe, womit sie die Beschwerdeführerin im Vergleich zu anderen Bewerbern deutlich benachteiligt habe (vgl. Beschwerde Rn. 10).

**D.**

Mit Zwischenverfügung vom 26. Juni 2014 (vgl. BVGer act. 3) wurde die Beschwerdeführerin zur Bezahlung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 4'000.- aufgefordert, welcher am 30. Juni 2014 bei der Gerichtskasse einging (vgl. BVGer act. 6).

**E.**

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 11. August 2014 (eingegangen am 13. August 2014; BVGer act. 8), die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin vollumfänglich abzuweisen. Ebenso sei der Verfahrens Antrag auf Wiederherstellung der mit RRB vom 7. Mai 2014 entzogenen aufschiebenden Wirkung abzuweisen, da kraft expliziter Anordnung im Bundesrecht alle Kantone ab dem 1. Januar 2015 über eine Spitalliste verfügen müssten, die den Anforderungen der KVG-Revision vom 21. Dezember 2007 entspreche, was hinsichtlich der Spitalliste 2007 nicht der Fall sei, bei der Spitalliste 2015 hingegen schon (vgl. Vernehmlassung S. 12, 13, 15).

Hinsichtlich der Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs hielt die Vorinstanz dagegen, dieses sei während dem Bewerbungsverfahren zur Spitalliste 2015 und beim Erlass des angefochtenen Beschlusses stets gewahrt gewesen, insbesondere habe sie die gestellten Anträge und die wesentlichen Vorbringen geprüft, gewürdigt und ihren Entscheid so begründet, dass dessen Tragweite beurteilt und in Kenntnis der Umstände habe angefochten werden können, wie dies die vorliegende Beschwerde belege (vgl. Vernehmlassung Rn. 19).

In materieller Hinsicht brachte die Vorinstanz vor, sie habe eine den Anforderungen des Bundesrechts entsprechende Spitalliste 2015 erlassen, die Rechtsgleichheit beachtet und das Verhältnismässigkeitsprinzip eingehalten (vgl. Vernehmlassung Rn. 19).

**F.**

Mit Zwischenverfügung vom 23. Oktober 2014 (vgl. BVGer act. 9), wurde die aufschiebende Wirkung der Beschwerde, aufgrund des überwiegenden Interesses der Beschwerdeführerin, wiederhergestellt.

**G.**

Das als Fachbehörde zur Stellungnahme eingeladenes Bundesamt für Gesundheit (BAG) reichte am 22. Dezember 2014 (eingegangen am 24. Dezember 2014; BVGer act. 13) seine Stellungnahme zum RRB vom 7. Mai

2014 ein. In formeller Hinsicht hielt es fest, die Durchsicht der Akten gebe keinen Anlass dazu anzunehmen, das rechtliche Gehör sei in Bezug auf die unbedingten bzw. „regulären“, „unbefristeten“ Leistungsgruppen verletzt worden (vgl. Stellungnahme Rn. III. 1.3).

In materieller Hinsicht führte das BAG aus, eine Liste genüge bundesrechtlich nicht und müsse aufgehoben werden, wenn sie sich nicht auf eine ordnungsgemässe Planung zu stützen vermöge. Es stelle sich daher die Frage, ob Planungsgrundlagen vorhanden seien, welche die neue Spitalliste 2015 transparent erläutern würden. Dazu sei auch die Erteilung von bedingten Leistungsaufträgen zu zählen (vgl. Stellungnahme Rn. III. 1.4). Das BAG erkannte, für die Leistungsgruppen URO1.1.1 sei eine Mindestfallzahl vorgesehen, jedoch nicht für die Leistungsgruppen URO1.1 und URO1.1.8. Damit fehle es an einer Planungsgrundlage für die Verweigerung des Leistungsauftrages der Leistungsgruppen URO1.1 und URO1.1.8 aufgrund von Mindestfallzahlen (vgl. Stellungnahme Rn. III. 2.3). Das BAG kam zum Schluss, da die Spitalplanung Akutsomatik 2015 des Kantons Aargau den Entscheid der Vorinstanz vom 7. Mai 2014 nur teilweise zu begründen vermöge, sei die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die Sache an die Vorinstanz zur Überprüfung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen (vgl. Stellungnahme S. 8).

#### **H.**

Mit Schlussbemerkungen vom 16. Februar 2015 (vgl. BVGer act. 15) hielt die Beschwerdeführerin an ihren bisherigen Rechtsbegehren und deren Begründung fest und äusserte sich eingehend zur Stellungnahme des BAG.

#### **I.**

Die Vorinstanz reichte am 16. Februar 2015 (vgl. BVGer act. 16) ihre Schlussbemerkungen ein, worin sie an ihren Anträgen und deren Begründung festhielt. Ergänzend führte sie aus, hinsichtlich Prostatakarzinomen seien verschiedene Therapieformen möglich. Im Spital der Beschwerdeführerin sei ein Urologe mit operativem Schwerpunkt Urologie tätig, jedoch kein Facharzt für medizinische Onkologie und kein Radioonkologe. Auch würden spezialisierte onkologische Pflegekräfte und Psychoonkologen fehlen. Vor diesem Hintergrund sei fraglich, ob eine ausgewogene Information über alle möglichen Behandlungsoptionen – auch nicht-operative bzw. konservative Behandlungen – gewährleistet sei (vgl. Schlussbemerkungen S. 3f.).

**J.**

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 27. April 2015 (vgl. BVGer act. 18) nahm die Beschwerdeführerin zu den Schlussbemerkungen der Vorinstanz Stellung und hielt insbesondere fest, die Behandlung ihres Facharztes für Urologie orientiere sich an den nationalen und internationalen Leitlinien und Empfehlungen. Es sei selbstverständlich, dass die Patienten über alle möglichen Behandlungsmethoden mündlich und anhand von interdisziplinären Behandlungsbroschüren umfassend aufgeklärt würden, und dass Fachpersonen verschiedener Disziplinen gemeinsam mit dem Patienten einen dem Einzelfall gerecht werdenden Therapieplan erarbeiten würden (vgl. unaufgeforderte Eingabe S. 4). Selbstverständlich verfüge sie über die geforderten Tumorboards (vgl. unaufgeforderte Eingabe S. 5).

**K.**

Das Bundesverwaltungsgericht stellte am 30. April 2015 die unaufgeforderte Eingabe der Vorinstanz zu (vgl. BVGer act. 19), welche sich nicht vernehmen liess.

**L.**

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

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG (SR 832.10) kann beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden (Art. 53 Abs. 1 KVG). Der angefochtene Beschluss vom 7. Mai 2014 wurde gestützt auf Art. 39 KVG erlassen. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist daher gegeben (vgl. auch Art. 90a Abs. 2 KVG).

**1.2** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 VGG (SR 173.32) und Art. 53 Abs. 2 Satz 1 KVG grundsätzlich nach den Vorschriften des VwVG (SR 172.021). Vorbehalten bleiben allfällige Abweichungen des VGG und die besonderen Bestimmungen des Art. 53 Abs. 2 KVG.

Art. 53 Abs. 2 KVG sieht – insbesondere mit dem Ziel der Verfahrensstrafung (vgl. BVGE 2012/9 E. 4.3.1) – verschiedene Abweichungen von der

Verfahrensordnung des VwVG vor. Nach dessen Bst. a dürfen neue Tatsachen und Beweismittel nur soweit vorgebracht werden, als erst der angefochtene Beschluss dazu Anlass gibt; neue Begehren sind unzulässig. Nach Bst. b sind die Art. 22a VwVG (Stillstand der Fristen) und Art. 53 VwVG (Ergänzende Beschwerdeschrift) nicht anwendbar. Das Gericht hat zur Einreichung einer Vernehmlassung eine nicht erstreckbare Frist von höchstens 30 Tagen zu setzen (Bst. c), wobei der Begriff der Vernehmlassung hier in einem weiten Sinn zu verstehen ist und die Stellungnahmen von allen Beteiligten im Sinne von Art. 57 VwVG umfasst (vgl. BVGE 2014/3 E. 1.5.1). Ein weiterer Schriftenwechsel nach Art. 57 Abs. 2 VwVG findet in der Regel nicht statt (Bst. d). In Beschwerdeverfahren gegen Spitalistenbeschlüsse (Art. 39 KVG) ist die Rüge der Unangemessenheit nicht zulässig (Bst. e).

**1.3** Nach der Rechtsprechung ist die Spitalliste als Rechtsinstitut sui generis zu qualifizieren. Für die Bestimmung des Anfechtungsgegenstandes ist wesentlich, dass die Spitalliste aus einem Bündel von Individualverfügungen besteht (vgl. BVGE 2012/9 E. 3.2.6). Ein Leistungserbringer kann nur die Verfügung, welche das ihn betreffende Rechtsverhältnis regelt, anfechten. Die nicht angefochtenen Verfügungen einer Spitalliste erwachsen in Rechtskraft (vgl. BVGE 2012/9 E. 3.3; Urteil BVGer C-4302/2011 vom 15. Juli 2015 E. 2.2.1).

**1.4** Die Beschwerdeführerin ist von der Verfügung, welche das sie betreffende Rechtsverhältnis regelt (Erteilung bzw. Nicht-Erteilung von Leistungsaufträgen), zweifellos besonders berührt und sie kann sich auf ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung berufen. Weiter hat sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Die Beschwerdelegitimation ist daher gegeben (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist, nachdem auch der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet wurde, einzutreten (vgl. Art. 50 Abs. 1 VwVG, Art. 52 Abs. 1 VwVG und Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**1.5** Mit Beschwerde gegen einen Spitalistenentscheid im Sinne von Art. 39 Abs. 1 KVG kann die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Nicht zulässig ist hingegen, wie bereits erwähnt (vgl. E. 1.2 hiavor), die Rüge der Unangemessenheit (vgl. Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG i.V.m. Art. 49 VwVG). Bei der Spitalplanung und beim Erlass der Spitalliste verfügt der Kanton über einen erheblichen Ermessensspielraum (vgl. Urteil



BVGer C-401/2012 vom 28. Januar 2014 E. 3.2; Urteil BVGer C-6088/2011 vom 6. Mai 2014 E. 2.5.3.2; C-4302/2011 vom 15. Juli 2015 E. 4.1; vgl. auch BGE 132 V 6 E. 2.4.1 mit Hinweisen).

**1.6** Das Bundesverwaltungsgericht ist nach dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (vgl. Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 212; THOMAS HÄBERLI, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz. 48 zu Art. 62).

## **2.**

Nachfolgend ist der Streitgegenstand zu bestimmen.

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

**2.2** Vorliegend hat die Beschwerdeführerin die Spitalliste 2015 nur hinsichtlich der nichterteilten Leistungsaufträge der Leistungsgruppen URO1.1, URO1.1.1 und URO1.1.8 angefochten, womit sich der Streitgegenstand hierauf beschränkt.

## **2.3**

**2.3.1** Mit Blick auf Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG, wonach echte tatsächliche Noven unzulässig sind (vgl. E. 1.2 hiavor), hat das Bundesverwaltungsgericht bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit eines Spitallistenbeschlusses

in der Regel auf den bis zum Beschlusszeitpunkt eingetretenen Sachverhalt abzustellen (zum Verhältnis von Novenverbot und Untersuchungsgrundsatz vgl. BVGE 2014/3 E. 1.5.3 f.; 2014/36 E. 1.5.2). Dieser Grundsatz gilt allgemein in der Sozialversicherungsrechtspflege (vgl. BGE 132 V 215 E. 3.1.1; BGE 130 V 138), nicht aber für übrige Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 117 Rz. 2.204 ff.; SEETHALER/PORTMANN, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz. 78 zu Art. 52). In Beschwerdeverfahren nach Art. 53 Abs. 1 KVG soll das Bundesverwaltungsgericht nicht mit neuen Tatsachen oder Beweismitteln konfrontiert werden, welche der vorinstanzlichen Beurteilung nicht zugrunde lagen, ausser es liege ein Ausnahmefall im Sinne von Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG vor (vgl. BVGE 2014/36 E. 1.5.2; Urteil BVGer C-195/2012 vom 24. September 2012 E. 5.1.2). Gemäss Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG dürfen neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden, sofern erst der angefochtene Beschluss dazu Anlass gibt, was vorliegend nicht zutrifft.

**2.3.2** Die von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegte Beilage 9 „Jahresbericht des nationalen Programmes von Swissnoso zur Erfassung postoperativer Wundinfektionen“ kann vorliegend nicht berücksichtigt werden, da sie erst nach Aktenschluss des vorinstanzlichen Verfahrens vom 6. Dezember 2013 im Februar 2014 publiziert wurde und daher der Vorinstanz nicht bekannt sein konnte (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 38, BVGer act. 1 Beilage 9). Die Daten der Beilage 10 „potenziell vermeidbare Rehospitalisationsraten pro Spital und Standort“ (vgl. BVGer act. 1 Beilage 10) standen der Vorinstanz ebenfalls nicht zur Verfügung (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 38), womit auch diese Beilage im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden kann. Die Resultate der „nationalen Patientenbefragung“ (vgl. BVGer act. 1 Beilage 11) standen der Vorinstanz nur in anonymisierter Form zur Verfügung, womit die entsprechenden Informationen von ihr nicht verwendet werden konnten (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 38). Somit können sie auch vorliegend nicht berücksichtigt werden.

**2.3.3** Hinzu kommt, dass die Vorinstanz die Bewerber im Dokument „Grundlagen und Vorgehen zum Bewerbungsverfahren“ (vgl. Vorakten 46) auf Seite 8 ausdrücklich darauf hinwies, dass der Aktenschluss am 6. Dezember 2013 erfolgen und verspätet Eingebrauchtes nicht mehr berücksichtigt werde.

**2.3.4** Zusammenfassend ergibt sich, dass sich die Beschwerdeführerin nicht auf die anlässlich der Beschwerde eingereichten Unterlagen (BVGer act. 1 Beilagen 9 bis 11) berufen kann, da sie der Vorinstanz bei Aktenabschluss am 6. Dezember 2013 (vgl. Vorakten 40, 46) nicht bzw. nur in anonymisierter Form zur Verfügung standen (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rz. 37, 38).

### **3.**

In formeller Hinsicht machte die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und insbesondere der Begründungspflicht geltend.

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

Wesentlicher Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist zudem die Begründungspflicht. Diese soll verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und dem Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (vgl. BGE 136 I 229 E. 5.2 m.H.; Urteil BGer 9C\_257/2011 vom 25. August 2011 E. 5.1 je m.H.).

Die im Einzelfall erforderliche Begründungsdichte richtet sich unter anderem nach der Komplexität der zu beurteilenden Fragen, dem Ermessensspielraum der entscheidenden Behörde und der Dichte der Parteivorbringen (vgl. BVGE 2013/46 E. 6.2.5 m.w.H.; WALDMANN/BICKEL, in: Praxis-kommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz. 103 zu Art. 29).

**3.2** Hinsichtlich der Verletzung der Begründungspflicht rügte die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihren Antrag auf Erteilung eines bedingten Leistungsauftrages nicht geprüft und nicht beurteilt. Die Vorinstanz habe sich auf Fallzahlen von 2011 und 2012 abgestützt, obwohl sie ihr mitgeteilt habe, dass die Urologie ausgebaut und die Fallzahlen gesteigert würden, was für 2013 bereits ausgewiesen sei (vgl. Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 10ff.). Der Entscheid sei lapidar, cursorisch und pauschal begründet worden, mit dem Nichterreichen der Fallzahlen und den innerkantonalen Konzentrationsbestrebungen. Hinsichtlich der Begründungsdichte genüge eine derartige Begründung nicht. Namentlich würden Erwägungen allgemeiner Art nicht genügen (vgl. Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 16).

**3.3** Die Vorinstanz hielt dagegen, sie habe in ihrem Beschluss eingehend erläutert, aus welchen Gründen sie die spezialisierten Urologieleistungen bei ihrer Spitalplanung konzentriere (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 20). Die Beschwerdeführerin habe sich bereits im Bewerbungsverfahren zu einer vorläufigen Einschätzung der Bewerbung schriftlich wie mündlich eingehend äussern können (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 22). Bei einem breiten Anhörungsverfahren wie dem Bewerbungsverfahren zur Aargauer Spitalliste sei es nicht praktikabel, auf die Stellungnahmen aller Bewerber detailliert einzugehen. Eine zusammenfassende, summarische Begründung der Planungsentscheide sei mit der Begründungspflicht vereinbar (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 23). Die Begründung im angefochtenen Beschluss habe es der Beschwerdeführerin erlaubt, sich von der Tragweite des Entscheids und den entscheidenderheblichen Gründen, insbesondere den Fallzahlen, ein Bild davon zu machen, wovon sich die Behörde bei ihrem Entscheid habe leiten lassen. Auf die wesentlichen Vorbringen der Beschwerdeführerin sei sie eingegangen. Gesonderte Ausführungen zum Antrag auf Erteilung eines bedingten Leistungsauftrags nach Art. 7 Abs. 4 SpiliV seien entbehrlich, da in den Bereichen der spezialisierten Medizin, die konzentriert angeboten werden soll, ein bedingter Leistungsauftrag nicht opportun sei (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 25).

### 3.4

**3.4.1** Mit Schreiben vom 8. Mai 2013 (vgl. Vorakten 48) informierte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin und weitere Bewerber über den Beginn des Bewerbungsverfahrens und stellte ihr die auszufüllenden Bewerbungsunterlagen zu. Ausserdem wies sie auf das Dokument „Grundlagen und Verfahren zum Bewerbungsverfahren für die Spitalliste 2015“ (vgl. Vorakten 46) hin.

In diesem Dokument wird auf Seite 5, 6, 10 und 11 auf die Konzentrationsbestrebungen hingewiesen und festgehalten, aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und Qualität sei vorgesehen, bei Behandlungen mit geringen Fallzahlen nicht alle Bewerber, welche die Mindestanforderungen aufweisen würden, zu berücksichtigen, sondern den Planungsentscheid auf die Anbieter mit den höchsten Fallzahlen zu konzentrieren. Weiter wird auf Seite 7 auf den Aktenschluss am 6. Dezember 2013 aufmerksam gemacht. Ausserdem wird auf Seite 14 festgehalten, dass mit der Teilrevision der SpiliV vom 1. Mai 2013, § 7 Abs. 4 SpiliV, die Möglichkeit von bedingten Leistungsaufträgen eingeführt worden sei. Bedingte Leistungsaufträge könnten für eine beschränkte Zeit unter Auflagen und Bedingungen erteilt werden, wenn namentlich die Anforderungen an die Mindestfallzahlen noch nicht erfüllt seien. Schliesslich wird auf Seite 9 festgehalten, dass für die Versorgungsplanung auf die Daten 2011 der medizinischen Statistik der Krankenhäuser des Bundesamtes für Statistik (BFS) zurückgegriffen werde. Für die Beurteilung der Bewerbungen würden auf der Ebene des BFS nur die Zahlen 2011 vorliegen. Von den Aargauer Spitälern seien die Daten 2012 bei der Statistik Aargau vorhanden und könnten für Analysen verwendet werden.

Der Beschwerdeführerin war somit bereits aufgrund der Bewerbungsunterlagen bekannt, dass die Vorinstanz eine Angebotskonzentration anstrebt und bei der Auswahl unter mehreren Bewerbern, welche allesamt die Mindestanforderungen erfüllen, auf Fallzahlen abstellen wird. Sie teilte der Vorinstanz denn auch mit Schreiben vom 3. Juli 2013 beim Einreichen der Bewerbungsunterlagen mit (vgl. Vorakten 135), dass ihre Fallzahlen im Bereich URO1.1, URO1.1.1. und URO1.1.8 steigen würden, da Dr. X.\_\_\_\_\_ seine Tätigkeit im Jahr 2014 vollständig ins Spital Leuggern verlegen werde.

**3.4.2** Mit Schreiben vom 12. September 2013 (vgl. Vorakten 162) informierte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin über die vorläufige Einschätzung zu den bestrittenen Leistungsgruppen. Darin wurde festgehalten,

dass die Einhaltung der Fallzahlen aufgrund des medizinischen Datensatzes der Krankenhäuser des BFS und der Statistik Aargau überprüft und keine von den Bewerbern ergänzte Datensätze berücksichtigt würden. Weiter wurde darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin keinen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen URO1.1, URO1.1.1 und URO1.1.8 erhalte. Als Begründung wurden die Konzentrationsbestrebungen (URO1.1 und URO1.1.8) und das Nichterreichen der Mindestfallzahlen (URO1.1.1) aufgeführt.

Damit brachte die Vorinstanz hinreichend zum Ausdruck, dass weder ein „regulärer“ 4-jähriger Leistungsauftrag, noch ein bedingter Leistungsauftrag vorgesehen war. Der Beschwerdeführerin war es bewusst, dass sie keinen bedingten Leistungsauftrag erhalten würde, hielt sie in ihrer Eingabe vom 20. September 2013 (vgl. Vorakten 169) auf Seite 2 doch fest, dass die Vorinstanz für die Leistungsgruppen URO1.1, URO1.1.1 und URO1.1.8 keinen Leistungsauftrag, auch keinen bedingten, vorsehe. Sie stellte daher das Gesuch, ihr mindestens einen bedingten Leistungsauftrag zu erteilen und bat um ein Gespräch. Das Gespräch fand am 15. November 2013 statt (vgl. Vorakten 190) und die Vorinstanz erörterte, warum kein Leistungsauftrag erteilt wurde. Die Beschwerdeführerin beantragte mit Schreiben vom 2. Dezember 2013 eine Ergänzung des Gesprächsprotokolls (Vorakten 216) und führte aus, wenn sie nur einen Leistungsauftrag für die Grundversorgung erhalte und nicht auch für die Spezialgebiete, sei die Tätigkeit am Spital Leuggern für ihren Urologen nicht mehr attraktiv und er werde das Spital verlassen, womit auch der Grundversorgungsauftrag nicht mehr erfüllt werden könne. Die Vorbringen und Überlegungen der Beschwerdeführerin fanden Eingang im Gesprächsprotokoll (vgl. Vorakten 234).

**3.4.3** Der Beschwerdeführerin waren die Beweggründe der Vorinstanz bekannt und sie konnte sich mehrmals einlässlich dazu äussern. Es war ihr denn auch möglich, den RRB vom 7. Mai 2014 sachgerecht anzufechten, wie aus der Beschwerdeschrift ersichtlich ist. Ob der Beschwerdeführerin zu Recht aufgrund der Fallzahlen keine „regulären“ oder bedingten Leistungsaufträge erteilt wurden, ist eine materielle Frage; ebenso die Frage, welche Fallzahlen die Vorinstanz hätte berücksichtigen müssen.

Wenn die Vorinstanz trotz der Vorbringen der Beschwerdeführerin an der Angebotskonzentration festhält, weil sie diese als Konkretisierung der bundesrechtlichen und kantonrechtlichen Anforderungen betrachtet, ist darin keine Verletzung der Begründungspflicht zu erblicken; vielmehr wird im

Rahmen der materiellen Beurteilung zu prüfen sein, ob die von der Vorinstanz angewandten Kriterien bundesrechtskonform sind.

Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs insbesondere der Begründungspflicht ist vorliegend nicht auszumachen.

#### **4.**

Für die materielle Beurteilung sind namentlich die nachfolgend aufgeführten bundesrechtlichen Bestimmungen massgebend, wobei die im Rahmen der KVG-Revision zur Spitalfinanzierung vorgenommenen und am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Änderungen des KVG (Änderung vom 21. Dezember 2007, AS 2008 2049) und der Ausführungsbestimmungen (insbesondere KVV [SR 832.102], Änderung vom 22. Oktober 2008, AS 2008 5097) zu beachten sind (vgl. auch Urteil BVGer C-325/2010 vom 7. Juni 2012 E. 3; C-4302/2011 vom 15. Juli 2015 E. 3.2).

**4.1** 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 KVG-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 (vgl. BVGE 2010/15 E. 4.1; Urteile des BVGer C-401/2012 vom 28. Januar 2014 E. 6.1 und C-6266/2013 vom 29. September 2015 E. 3.2, je m.w.H.).

**4.2** Seit dem 1. Januar 2009 sind die Kantone nach Art. 39 KVG zudem (ausdrücklich) verpflichtet, ihre Planung zu koordinieren (Abs. 2) und im Bereich der hochspezialisierten Medizin gemeinsam eine gesamtschweizerische Planung zu beschliessen (Abs. 2<sup>bis</sup>). Weiter hat der Bundesrat einheitliche Planungskriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit zu erlassen, wobei er zuvor die Kantone, die Leistungserbringer und die Versicherer anzuhören hat (Abs. 2<sup>ter</sup>). Diesem Auftrag ist der Bundesrat mit dem Erlass der Art. 58a ff. KVV (in Kraft seit 1. Januar 2009) nachgekommen.

**4.2.1** Die Spitalplanung für eine bedarfsgerechte Versorgung im Sinne von Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG umfasst die Sicherstellung der stationären Behandlung im Spital für Einwohnerinnen und Einwohner der Kantone, die die Planung erstellen. Die Kantone haben ihre Planung periodisch zu überprüfen (Art. 58a KVV).

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

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



**4.2.4** Art. 58e KVV sieht vor, dass die Kantone auf ihrer Liste nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG die inner- und ausserkantonalen Einrichtungen aufführen, die notwendig sind, um das nach Art. 58b Abs. 3 KVV bestimmte Angebot sicherzustellen (Abs. 1). Auf den Listen wird für jedes Spital das dem Leistungsauftrag entsprechende Leistungsspektrum aufgeführt (Abs. 2). Die Kantone erteilen jeder Einrichtung auf ihrer Liste einen Leistungsauftrag nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG. Dieser kann insbesondere die Pflicht zum Notfalldienst beinhalten (Abs. 3).

**4.3** Gemäss Abs. 3 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des KVG vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung [nachfolgend: UeB KVG]) müssen die kantonalen Spitalplanungen spätestens drei Jahre nach dem Einführungszeitpunkt der Regelungen gemäss Abs. 1 UeB KVG (d.h. spätestens auf den 1. Januar 2015) den Anforderungen von Art. 39 KVG entsprechen. Dabei müssen sie auf Betriebsvergleiche zu Qualität und Wirtschaftlichkeit abgestützt sein.

## **5.**

Mit Urteil C-5579/2011 vom 2. Dezember 2013 wies das Bundesverwaltungsgericht die Angelegenheit betreffend Spitalliste 2012 an die Vorinstanz zurück, damit diese nach Durchführung einer bundesrechtskonformen Versorgungsplanung mit genügender Wirtschaftlichkeitsprüfung neu verfüge. Aufgrund dieser Rückweisung galt für die Beschwerdeführerin in Bezug auf die damals beschwerten Leistungsgruppen weiterhin die Spitalliste 2007, die durch die Spitalliste 2015 ersetzt wird. Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob nun hinsichtlich der Spitalliste 2015 eine bundesrechtskonforme Versorgungsplanung (vgl. E. 6 hiernach) und eine genügende Wirtschaftlichkeitsprüfung (vgl. E. 7 hiernach) vorliegt.

## **6.**

**6.1** Die erste Stufe der Versorgungsplanung, das heisst, die Bedarfsermittlung (vgl. E. 4.2.2 hiervor und Art. 58b Abs. 1 – 3 KVV), ist vorliegend nicht umstritten und, wie nachfolgend zu zeigen ist, auch nicht zu beanstanden.

**6.2** Die Beschwerdeführerin erstellte gemeinsam mit den Kantonen Basel-Stadt, Basel-Landschaft und Solothurn einen Versorgungsbericht (vgl. <https://www.baselland.ch/politik-und-behorden/direktionen/volkswirtschafts-und-gesundheitsdirektion/amt-fur-gesundheit/spitaler-und-therapieeinrichtungen/spitalversorgung/versorgungsbericht> mit Link zum Versorgungsbericht des Kantons Aargau, S. 8, besucht am 22.03.2017), in

welchem eine Angebotsanalyse vorgenommen und der Bedarf an Leistungen unter Berücksichtigung der Patientenströme (Patientenimport und -export) ermittelt wurde. Die Bedarfsermittlung im Versorgungsbericht des Kantons Aargau entspricht damit Art. 39 Abs. 2 KVG i.V.m. Art. 58d KVV indem eine Koordination zwischen den betroffenen Kantonen unter Berücksichtigung der Patientenströme vorgenommen wurde. Die Versorgungsplanung wurde somit bundesrechtskonform erstellt.

## **7.**

Die zweite Stufe ist die Evaluation der Angebote der in Frage kommenden Spitäler, welche aufgrund der objektiven Kriterien gemäss Art. 58b Abs. 4 und 5 KVV erfolgen muss.

**7.1** Für die Auswahl der Spitäler, welchen ein Leistungsauftrag erteilt werden soll, muss zwingend eine Wirtschaftlichkeitsprüfung durch Betriebsvergleiche vorgenommen werden (vgl. Urteile des BVGer C-4302/2011 vom 15. Juli 2015 E. 5.3 und C-5647/2011 vom 16. Juli 2013 E. 5.3.1). Nach der Rechtsprechung sind die im Zusammenhang mit der (neuen) Spitalfinanzierung entwickelten (bzw. zu entwickelnden) Grundsätze der Wirtschaftlichkeitsprüfung auch bei der Spitalplanung zu berücksichtigen (vgl. Urteile des BVGer C-4302/2011 vom 15. Juli 2015 E. 5.2 und C-5647/2011 vom 16. Juli 2013 E. 5.3 in fine).

**7.1.1** Im Rahmen der Prüfung der Wirtschaftlichkeit müssen gestützt auf die erhobenen finanziellen Daten die leistungsbezogenen Kostenunterschiede der verschiedenen Spitäler untersucht werden. Die Wirtschaftlichkeitsprüfung kann mit einem Benchmarking vorgenommen werden. Tarifvergleiche zwischen Spitälern sind dabei zulässig, wenn bestimmte Anforderungen erfüllt sind. So muss eine taugliche Vergleichsbasis bestehen, was nur dann der Fall ist, wenn Kosten einander gegenübergestellt werden, die auf vergleichbare Leistungen entfallen. Zunächst sind die Leistungen eines Spitals sowie die darauf entfallenden Kosten zu bestimmen und diese sodann den Leistungen und Kosten eines oder mehrerer anderer Spitäler (Referenzspitäler) gegenüberzustellen. Der an Hand der Zahlen der Referenzspitäler ermittelte Wert wird als Benchmark (oder als Referenz- oder Vergleichswert) bezeichnet. Das zu beurteilende Spital und die Referenzspitäler müssen über dieselben rechnerischen Grundlagen in Form von Kostenrechnungen verfügen. Zudem müssen die Leistungen und Kosten des zu beurteilenden Spitals und der Referenzspitäler an Hand der wesentlichen Kriterien fassbar und vergleichbar sein (je nach Art des Kos-

tenvergleichs beispielsweise hinsichtlich Versorgungsstufe, Leistungsangebot in Diagnostik und Therapie, Zahl und Art sowie Schweregrad der Fälle oder hinsichtlich Leistungen in Hotellerie/Service und Pflege). Wenn die Leistungen vergleichbar sind, so ist zu vermuten, dass auch deren Kosten gleich hoch liegen werden. Falls dies im Einzelfall nicht zutrifft und das zu beurteilende Spital für bestimmte Leistungen höhere Kosten aufweist als die Referenzspitäler, kann das Spital diese Vermutung umstossen, indem es die höheren Kosten stichhaltig begründet. Wenn dies nicht gelingt, ist anzunehmen, dass die höheren Kosten mindestens teilweise auf einer unwirtschaftlichen Leistungserbringung beruhen (vgl. Urteil des BVGer C-5647/2011 vom 16. Juli 2013 E. 5.3.2 m.H.).

**7.1.2** Liegen, wie hier, einheitliche Patientenklassifikationssysteme im Sinne von "Diagnosis Related Groups" (DRG-Systeme) vor, werden im Rahmen von Wirtschaftlichkeitsvergleichen diese zur Leistungsermittlung herangezogen. Die anrechenbaren Kosten werden aufgrund von Kostenrechnungen ermittelt, welche insbesondere die Elemente Kostenarten, Kostenstellen, Kostenträger und die Leistungserfassung umfassen müssen (vgl. Art. 49 KVG in Verbindung mit Art. 9 der Verordnung über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung vom 3. Juli 2002 [VKL, SR 832.104]; Urteil des BVGer C-5647/2011 vom 16. Juli 2013 E. 5.3.4).

## **7.2**

**7.2.1** Als Basis zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit im Rahmen des Bewerbungsverfahrens für die Spitalliste 2015 lagen der Vorinstanz die folgenden Daten vor (vgl. Beilage [Seite 11: Vorakten 36, 46] zum Schreiben der Vorinstanz vom 8. Mai 2013 [Vorakten 48]):

- Medizinischer BFS-Datensatz des Jahres 2012
- Jahresbericht des Jahres 2012 [Jahresbericht Asana Gruppe 2012 (Vorakten 78 mit Verweis auf [http://asana.ch/fileadmin/user\\_upload/Dokumente/Asana/Downloads/Geschaeftsberichte/Jahresbericht\\_Asana\\_2012.pdf](http://asana.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Asana/Downloads/Geschaeftsberichte/Jahresbericht_Asana_2012.pdf), besucht am 22.03.2017]
- detailliert ausgewiesene Kosten gemäss REKOLE® (Kostenrechnung) des Jahres 2012 (integriertes Tarifmodell Kostenträgerrechnung (ITAR\_K) CH Version 3.0, Tabellenblatt „KTR-Ausweis Gesamtansicht“) [Kostenträgerrechnung der Asana Gruppe ITAR\_K CH „KTR-Ausweis Gesamtansicht“, Vorakten 87, 88]

- Tabellenblatt „ITAR\_K Gesamtansicht“ in der ITAR\_K CH Version 3.0 (Daten des Jahres 2012) [ITAR\_K Gesamtansicht der Asana Gruppe in der ITAR\_K CH Version 3.0, Vorakten 89, 90, 172, 173]
- die detaillierte Erfolgsrechnung des Jahres 2012 gemäss REKOLE® [Betriebsrechnung 2012 Asana Gruppe gemäss REKOLE®, Vorakten 91; Jahresrechnung 2012 Asana Gruppe, Vorakten 98]

**7.2.2** Aus dem RRB vom 7. Mai 2014 geht hervor, dass die Vorinstanz eine Wirtschaftlichkeitsprüfung in mehreren Schritten durchführte (vgl. RRB vom 7. Mai 2014 S. 15 Vorakten 354; BVGer act. 1 Beilage 2).

**7.2.2.1** Die Vorinstanz erklärte, zuerst seien die Angaben in den von den Bewerbern abgegebenen ITAR\_K-Tabellen mittels eines Vergleichs der Zahlen aus der publizierten Erfolgsrechnung des jeweiligen Leistungserbringers mit den Angaben der Finanzbuchhaltung im Tabellenblatt „ITAR\_K Gesamtansicht“ plausibilisiert worden. Anschliessend sei die Überprüfung der im ITAR\_K vom Leistungserbringer vorgenommenen Korrekturen erfolgt und die Betriebskosten um sämtliche nicht KVG-relevanten Kosten bereinigt worden. Dazu gehörten insbesondere Arzthonorare für zusatzversicherte Patienten, Anlagenutzungskosten, Kosten für universitäre Lehre und Forschung, Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen nach Art. 49 Abs. 3 KVG, Abzug für Mehrkosten aus Leistungen für zusatzversicherte Patienten, Kostenanteile von nicht KVG-relevanten Erlöse, Abzug der Umlaufvermögen-Zinsen und ein Zuschlag für nicht berücksichtigte Zinsen auf dem Umlaufvermögen, sofern keine REKOLE® Zertifizierung vorliege. Die zusätzlichen Kosten für zusatzversicherte Patienten nach KVG seien über diese Abzüge bereinigt worden. Damit verbleibe lediglich der Anteil der Kosten aus dem Grundversicherungsanteil für Zusatzversicherte und könne deshalb mit den Kosten der grundversicherten Patienten nach KVG zusammengezogen werden (vgl. RRB vom 7. Mai 2014 S. 16, Vorakten 354; BVGer act. 1 Beilage 2).

**7.2.2.2** Weiter führte die Vorinstanz aus (vgl. RRB vom 7. Mai 2014 S. 18, Vorakten 354; BVGer act. 1 Beilage 2), die Berechnung der benchmarking-relevanten Baserate für akutsomatische Spitäler beziehe sich auf akutso-matische Leistungen für KVG Grund- und Zusatzversicherte. Aus dem BFS-Datensatz könne der Case Mix-Index (CMI) ermittelt werden. Der CMI werde darüber hinaus aus der im ITAR\_K vorgenommenen Berechnung übernommen und ergebe sich aus dem Case Mix dividiert durch die Fallzahl. Der Vergleichswert (benchmarking-relevante Basiswert) errechne sich über die benchmarking-relevanten Betriebskosten aller Fälle dividiert

durch den CM. Es handle sich deshalb um einen schweregradbereinigten Vergleichswert (schweregradbereinigte Baserate).

**7.2.2.3** Zudem hielt die Vorinstanz fest (vgl. RRB vom 7. Mai 2014 S. 17 und 18, Vorakten 354; BVGer act. 1 Beilage 2), bei der Ermittlung der Vergleichsspitäler sei zu berücksichtigen gewesen, dass die Abbildungsgenauigkeit innerhalb der Tarifstruktur SwissDRG problematisch sei. Da REKOLE® noch nicht in allen Spitälern eingeführt sei, sei keine einheitliche Ermittlung der Kosten- und Leistungsdaten möglich. Es finde eine Verdichtung der Kalkulationsergebnisse auf wenige Variablen bei gleichzeitig fehlender standardisierter Vorgabe zu Art und Ort der Verbuchung statt. Dies führe zu einem Kompressionseffekt. Die durchschnittlichen Kosten und davon abgeleitet das Kostengewicht der DRG werde tendenziell für einfache Behandlungsfälle zu hoch und für aufwändige Behandlungsfälle zu niedrig ausgewiesen. Auch führe die unterschiedliche Verbuchung von gemeinschaftlichen Leistungen zu einer Verzerrung der Vergleichspreise durch zu hohe oder zu tiefe Kostengewichte. Um die Aussagekraft der Betriebsvergleiche aufgrund der vorgängig beschriebenen Situation zu verstärken, habe sie vor dem Benchmarking eine Abgrenzung der Leistungserbringer in verschiedene Benchmark-Kategorien vorgenommen. Die noch ungenügende Tarifstruktur habe zur Konsequenz, dass nach wie vor unterschiedliche Baserates je Benchmark-Kategorie zugelassen werden müssten, um dem verfassungsrechtlichen Differenzierungsgebot Genüge zu tun und die Versorgungssicherheit weiterhin zu gewährleisten.

Die Vorinstanz ergänzte (vgl. RRB vom 7. Mai 2014 S. 19, Vorakten 354; BVGer act. 1 Beilage 2), da bei der Abbildung von (hoch)komplexen Fällen, noch nicht alle Kostenunterschiede ausgeglichen werden könnten, sei es notwendig, vorab die Spitäler in verschiedene Benchmark-Kategorien einzuteilen und über differenzierte Baserates diese Unebenheiten auszugleichen. Bei den Benchmark-Kategorien werde eine grobe Einteilung hinsichtlich Komplexität der Patientenstruktur in Verbindung mit der Anzahl von Fällen vorgenommen. Die Abgrenzung der verschiedenen Benchmark-Kategorien orientiere sich an der Krankenhaustypologie des BFS. Grundsätzlich werde unterteilt in „Allgemeine Krankenhäuser“ und „Spezialkliniken“ anhand der Anzahl Leistungsstellen innerhalb eines Spitals und der ausgewiesenen Pflage tage pro Leistungsstelle. Die Pflage tage eines Betriebs könnten auf eine oder auf mehrere Leistungsstellen verteilt sein. Eine weitere Unterteilung erfolge über die Anzahl der Fälle und der Summe der

gewichteten FMH-Weiterbildungskategorien der jeweiligen Leistungsstellen des Spitals. Die „Allgemeinen Krankenhäuser“ seien in „Grundversorger“, „Zentrumsversorger“ und „Universitätsspitäler“ unterteilt worden.

Die Vorinstanz bildete damit im Bereich Akutsomatik vier Benchmark-Kategorien: „Universitätsspitäler“, „Zentrumsspitäler“, „Grundversorger“ und „Kinderspitäler“.

**7.2.2.4** Innerhalb der jeweiligen Benchmark-Kategorie stellte die Vorinstanz die entsprechenden Leistungserbringer einander gegenüber (vgl. RRB vom 7. Mai 2014 S. 20, Vorakten 354; BVGer act. 1 Beilage 2). Der Vergleichspreis, der letztlich den Benchmark bildet, ermittelte sie beim 40. Perzentil der jeweiligen Benchmark-Kategorie. Die Vorinstanz erörterte, sie habe sich für das 40. Perzentil entschieden, da ein tieferer Ansatz den Kostendruck auf die Spitäler immens erhöhen würde und nicht angemessen sei.

**7.2.2.5** Schliesslich bestimmte die Vorinstanz eine Abweichungstoleranz von maximal 10 % (vgl. RRB vom 7. Mai 2014 S. 20, Vorakten 354; BVGer act. 1 Beilage 2), das heisst, sie erachtete ein Spital als wirtschaftlich, wenn dessen benchmarking-relevante Basiswert maximal 10 % über dem Benchmark der jeweiligen Benchmark-Kategorie lag.

**7.2.3** Die Beschwerdeführerin fällt in die Benchmark-Kategorie „Grundversorger“ mit einem benchmarking-relevanten Basiswert von Fr. 8'836.-. Für die Asana Gruppe wurde ein Benchmark von Fr. 8'287.- und damit 6.2 % unter dem benchmarking-relevanten Basiswert ermittelt, womit sie von der Vorinstanz als wirtschaftlich eingestuft wurde (vgl. RRB vom 7. Mai 2014 S. 26, Vorakten 354; BVGer act. 1 Beilage 2).

**7.3** Die Beschwerdeführerin äusserte sich nicht zur Wirtschaftlichkeitsprüfung und focht insbesondere das Vorgehen der Vorinstanz nicht an.

**7.4** Das BAG hielt betreffend die Wirtschaftlichkeitsprüfung fest (vgl. Stellungnahme BVGer act. 13), die Vorinstanz ordne für die neue Spitalliste 2015 die akutsomatischen Spitäler vorab nach schweregradbereinigten Fall(-betriebs)kosten auf Grundlage von SwissDRG in die Spitalkategorien des Bundesamtes für Statistik (BFS) ein und vergleiche die Spitäler aufgrund einer Abweichung über 10 % vom jeweiligen 40%-Quantil (vgl. Stellungnahme Rn. III. 2.4). Aufgrund der nicht idealen Voraussetzungen sei die vorgenommene Wirtschaftlichkeitsprüfung in einer Einführungsphase von SwissDRG zu schützen. Schweregradbereinigte Fallkosten inklusive

Anlagennutzungskosten seien erst künftig möglich, da ab 2015 die SwissDRG Version 4.0 Anlagennutzungskosten in der Struktur mitberücksichtige (vgl. Stellungnahme Rn. III. 2.7).

## 7.5

**7.5.1** Für die Berechnung des benchmarking-relevanten Basiswertes verwendete die Vorinstanz die Systeme REKOLE® und ITAR\_K. Dabei hielt sie sich an die Empfehlungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren GDK (verabschiedet durch den Vorstand der GDK am 5. Juli 2012; < <http://www.gdk-cds.ch> > Themen > Spitalfinanzierung [abgerufen am 22.03.2017]) und die Gerichtspraxis (vgl. BVGE 2014/3 E. 3.1.1), indem sie von den ausgewiesenen Betriebskosten für OKP-relevante stationäre Leistungen ausging (vgl. ITAR\_K Spalte H „reine stationäre KVG-Fälle“ und Spalte I „stationärer Tarif KVG ZV“; Vorakten 90 und 173).

**7.5.1.1** Das Bundesverwaltungsgericht erachtete in Erwägung 3.4.3 des Urteils BVGE 2014/3 die Systeme REKOLE® und ITAR\_K als grundsätzlich anwendbar. Die in jenem Urteil erwähnten Beanstandungen hinsichtlich Berücksichtigung der Debitorenverluste (E. 5), Abzug für universitäre Lehre und Forschung (E. 6) und weitere gemeinwirtschaftliche Leistungen (E. 7), sind vorliegend nicht relevant, da die Beschwerdeführerin weder separate Debitorenverluste (Tabelle Vorakten 90 und 173, Zeile 31) noch Abzüge für universitäre Lehre und weitere gemeinwirtschaftliche Leistungen (Tabelle Vorakten 90 und 173, Zeile 25, 26) geltend gemacht hat. Ausserdem werden die Systeme stetig weiterentwickelt, so dass die Debitorenverluste in der neuen Versionen 4.0 nicht mehr enthalten sein werden (vgl. PASCAL BESSON, REKOLE®, betriebliches Rechnungswesen im Spital, 4. Ausgabe, Bern 2013, S. 53).

**7.5.1.2** Aus der Kostenträgerrechnung ITAR\_K (vgl. Vorakten 90, 173) ist ersichtlich, dass die Anlagennutzungskosten für die Berechnung des benchmarking-relevanten Basiswertes abgezogen wurden (vgl. Spalte A, Zeile 21), was vom BAG beanstandet wurde (vgl. Stellungnahme BVGer act. 13 Rn. III. 2.7).

Das Bundesverwaltungsgericht erwog im Tariffall BVGE 2014/36 E. 4.9.5, Anlagennutzungskosten, die zur Erfüllung der Behandlung von OKP-Versicherten notwendig seien, würden nach dem System der neuen Spitalfinanzierung mit den Fallpauschalen abgegolten. Zur sachgerechten Beurteilung der Effizienz seien auch die Anlagennutzungskosten im Vergleich zu

schweregradbereinigten Fallkosten relevant. Da die Anlagenutzungskosten noch nicht in die Tarifstruktur hätten einbezogen werden können, bestehe für das Jahr 2012 eine Übergangsregelung (vgl. Bundesamt für Gesundheit, Kommentar vom 2. November 2011 zu den per 1. Dezember 2011 eingeführten Änderungen der KVV). Gemäss Abs. 4 der Schlussbestimmungen der Änderungen der KVV vom 22. Oktober 2008 erfolge die Abgeltung der Anlagenutzungskosten mittels eines Zuschlags von 10 % auf den in den Tarifverträgen verhandelten Basispreisen. Da die Anlagenutzungskosten im Jahr 2012 pauschal berechnet würden, seien sie im Vergleich der schweregradbereinigten Fallkosten für dieses Jahr nicht zu berücksichtigen. Dasselbe gilt im vorliegenden Spitallistenfall. Da die hier anwendbare SwissDRG Version noch keine Anlagenutzungskosten in der Struktur berücksichtigte, ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz diese nicht in die Berechnung des benchmarking-relevanten Basiswertes einbezog.

**7.5.1.3** Als Zwischenfazit ergibt sich, dass die vorliegend verwendeten Versionen 3.0 von REKOLE® und ITAR\_K noch nicht in allen Teilen den rechtssprechungsgemässen Vorgaben entsprechen, jedoch in einer Einführungsphase des DRG-Systems nicht zu hohe Anforderungen zu stellen sind. Die Berechnung des benchmarking-relevanten Basiswertes und die Festsetzung des benchmarking-relevanten Basiswertes auf Fr. 8'287.- für die Asana Gruppe (Kostenträgerrechnung ITAR\_K Spalte I, Zeile 41) ist daher vorliegend nicht zu beanstanden.

## **7.5.2**

**7.5.2.1** Die Vorinstanz ermittelte die Vergleichsspitäler durch die Bildung von Benchmark-Gruppen analog der Krankenhaustypologie des Bundesamtes für Statistik.

**7.5.2.2** aArt. 49 Abs. 7 KVG legte ausdrücklich fest, dass Betriebsvergleiche nur unter vergleichbaren Spitälern vorgenommen werden konnten. Voraussetzung war ein vergleichbares Leistungsangebot und Patientengut. Das neue Recht enthält diese Bestimmung nicht mehr. Aufgrund der gesamtschweizerisch einheitlichen Tarifstruktur (SwissDRG; Art. 49 Abs. 1 Satz 2 und 3 KVG) werden die Leistungen gesamtschweizerisch vergleichbar und transparent, was Betriebsvergleiche über die Grenzen der Spitaltypen und -kategorien hinaus ermöglicht (vgl. BVGE 2014/36 E. 3.8).



**7.5.2.3** Die SwissDRG-Tarifstruktur kann noch nicht alle Kostenunterschiede zwischen den Spitälern sachgerecht abbilden. Vor diesem Hintergrund wird das Bundesverwaltungsgericht – zumindest in der Phase der Einführung der leistungsbezogenen Fallpauschalen – den Vorinstanzen bei der Umsetzung der Preisbildungsregel nach Art. 49 Abs. 1 Satz 5 KVG beziehungsweise bei der Durchführung des Benchmarkings einen erheblichen Spielraum einzuräumen haben. Erscheint das Vorgehen der Vorinstanz als vertretbar, ist der Entscheid selbst dann zu schützen, wenn andere Vorgehensweisen als besser geeignet erscheinen, die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele zu erreichen (vgl. BVGE 2014/36 E. 5.4; BVGE 2014/3 E. 10.1.4; Urteil des BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016 E. 5.1.4).

**7.5.2.4** Das Bundesverwaltungsgericht hielt in BVGE 2014/3 Erwägung 10.1.5 fest, dass idealtypisch Fallkosten-Betriebsvergleiche eine möglichst grosse und für alle Spitäler repräsentative Vergleichsmenge umfassen müssen, und die zu vergleichenden benchmarking-relevanten Kosten- und Leistungsdaten nach einer einheitlichen Methode möglichst genau und realitätsnah ermittelt worden und frei von Wettbewerbsverzerrungen sein müssen. Da der Betriebsvergleich gesamtschweizerisch vorzunehmen ist, resultiert idealtypisch ein schweizweit einheitlicher Benchmark. Zugleich hielt das Bundesverwaltungsgericht fest (vgl. BVGE 2014/3 E. 10.1.6), da verschiedene Voraussetzungen fehlen würden, lasse sich ein idealtypisches Benchmarking in der Einführungsphase von SwissDRG nicht realisieren. Auch in der Übergangszeit sei ein sachgerechtes, auf die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele ausgerichtete Benchmarking zwingend erforderlich. Zentrales Element eines sachgerechten Benchmarkings sei namentlich die Auswahl des massgebenden Benchmarkspitals aus einer genügend repräsentativen Vergleichsmenge. Insbesondere die positive Selektion von Vergleichsspitälern anhand von bestimmten Kriterien könne die Repräsentativität eines Vergleichs beeinträchtigen.

**7.5.2.5** Im Urteil C-3425/2013 vom 29. Januar 2015 (auszugsweise publiziert in BVGE 2015/8) hat das Bundesverwaltungsgericht das Vorgehen des Regierungsrates des Kantons Glarus, das Fehlen eines gesamtschweizerischen Betriebsvergleichs mit dem Beizug verschiedener Benchmarkings zu kompensieren, angesichts der im Zeitpunkt des Festsetzungsentscheides in einem kleinen Kanton zur Verfügung stehenden Entscheidungsgrundlagen als grundsätzlich sachgerecht bezeichnet. Dies gilt auch vorliegend für den Kanton Aargau, auch wenn er hinsichtlich der Einwohnerzahl als viertgrösster Kanton nicht als „kleiner Kanton“ bezeichnet werden

kann (vgl. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung.assetdetail.1401562.html>, besucht am 22.03.2017).

**7.5.2.6** Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass angesichts der Einführungsphase des DRG-Systems und dem erheblichen Ermessensspielraum der Vorinstanz, im vorliegenden Fall betreffend die Spitalliste 2015 des Kantons Aargau die Bildung von Benchmark-Gruppen sachgerecht erscheint und toleriert werden kann.

**7.5.3** Für die Auswahl des Referenzspitals und der Bestimmung des Referenzwertes wählte die Vorinstanz als Benchmark das 40. Perzentil, was vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil BVGE 2014/36 Erwägung 10.3 als vertretbar erachtet wurde und auch vorliegend nicht zu beanstanden ist.

**7.5.4** Die Vorinstanz setzte die Abweichungstoleranz vom Referenzwert bei 10 % fest. Das Bundesverwaltungsgericht erkannte im Urteil C-6088/2011 vom 6. Mai 2014 Erwägung 7.6 eine Toleranzmarge von 15 % erscheine eher hoch, erweise sich jedoch nicht als bundesrechtswidrig (so auch C-4232/2014 vom 26. April 2016 E. 5.3.1). Die von der Vorinstanz festgesetzte Toleranzmarge von 10 % gibt daher zu keinen Beanstandungen Anlass.

**7.6** Als Zwischenfazit ergibt sich, dass die vorliegend vorgenommene Wirtschaftlichkeitsprüfung während der Einführungsphase des SwissDRG unter Berücksichtigung des erheblichen Ermessensspielraums der Vorinstanz tolerierbar ist.

## **8.**

Im Folgenden ist weiter zu prüfen (vgl. E. 9-14 hiernach), ob die Vorinstanz eine rechtskonforme Qualitätsprüfung vorgenommen hat, was von der Beschwerdeführerin bestritten wird, erachtet sie doch die vorgenommene Konzentrationspolitik gestützt auf Fallzahlen als bundesrechtswidrig und sieht den Verhältnismässigkeits- sowie den Rechtsgleichheitsgrundsatz verletzt, indem keine mindestens bedingten Leistungsaufträge erteilt wurden.

## **9.**

Zunächst ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin betreffend die Leistungsgruppe URO1.1.8 das Kriterium der Verknüpfung mit der Leistungsgruppe RAD1 (interventionelle Radiologie) nicht erfüllt, verfügt sie

doch nicht über einen Leistungsauftrag in diesem Bereich. Damit erfüllt sie eine zwingende Infrastrukturvoraussetzung nicht.

Die Vorinstanz verweigerte somit zu Recht die Erteilung eines „regulären“ Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe URO1.1.8. Einen bedingten Leistungsauftrag konnte die Vorinstanz nicht erteilen, da ein solcher, wie zu zeigen sein wird (vgl. E. 10.4.2 hiernach), vorliegend nur bei Nichterreichung von Mindestfallzahlen und nur bei bestimmten Leistungsgruppen vorgesehen ist.

Die Verweigerung eines Leistungsauftrags für den Leistungsbereich URO1.1.8 ist somit nicht mit der Angebotskonzentration zu begründen, sondern mit der Nichterfüllung der infrastrukturellen Mindestanforderungen (Verknüpfung mit RAD1). Die Verweigerung eines Leistungsauftrags für den Bereich URO1.1.8 ist mit einer substituierten Begründung zu Recht erfolgt.

## **10.**

Weiter erweist sich das Kriterium der Angebotskonzentration nicht als primäre Begründung für die Verweigerung eines Leistungsauftrags hinsichtlich URO1.1.1, sondern, wie nachfolgend zu zeigen ist, die Nichterreichung der Mindestfallzahlen im Bewerbungszeitpunkt.

**10.1** Die Beschwerdeführerin brachte vor, Mindestfallzahlen dürften zwar berücksichtigt werden, aber nicht allein ausschlaggebend sein. Denn grundsätzlich seien die Kriterien gemäss Art. 39 Abs. 2<sup>ter</sup> KVG i.V.m. Art. 58b Abs. 4 und 5 KVV massgeblich, insbesondere die Qualität und die Wirtschaftlichkeit. Dies bedeute, dass grundsätzlich alle Spitäler, die die Anforderungen erfüllen und qualitativ gut sowie wirtschaftlich arbeiten würden, zur Abrechnung zulasten der OKP zugelassen werden müssten (vgl. Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 20).

Fallzahlen seien ein wichtiges Kriterium für die Qualitätssicherung und damit für die Vergabe der Aufträge. Dabei dürfe nicht auf statistische Werte der Vergangenheit abgestellt werden, sondern es sei bei neuen Leistungserbringern auf das Zukunftspotenzial abzustellen (vgl. unaufgeforderte Eingabe BVGer act. 18 Rn. 16). Da der Markt für private Anbieter geöffnet worden sei, sollten diese eine reelle Chance haben, sich zu etablieren, daher sei es zwingend, dass neueste Zahlen und Entwicklungen berücksichtigt würden. Dies sei auch vor dem Hintergrund der Qualitätssicherung un-

problematisch, sehe doch die Spitalplanung zu diesem Zweck das Instrument des bedingten Leistungsauftrages vor (Schlussbemerkungen act. 15 Rn. 4). Bei Berücksichtigung der neueren Zahlen hätte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin einen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe URO1.1.1 erteilen müssen, habe sie doch 15 Fälle im Jahr 2013 durchgeführt (vgl. Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 40, 43).

Sie habe wiederholt dargelegt und auch nachgewiesen, dass der bis anhin teilzeitlich tätige Urologe seine Tätigkeit am Spital Leuggern deutlich ausgebaut habe, und dass unter anderem deswegen eine substantielle Erhöhung der Fallzahlen bereits eingetreten und auch künftig zu erwarten sei. Allein für das Jahr 2013 habe sie ein allgemeines Patientenwachstum in der Urologie von 36 %, und 10 bereits durchgeführte sowie 5 geplante Prostatektomien (URO1.1.1) nachweisen können. Damit liege sie deutlich über der von der Vorinstanz festgelegten Mindestfallzahl von 10 (vgl. Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 13).

Die Rechtsprechung anerkenne neben den Fallzahlen diverse andere Qualitätsfaktoren. Auch die Vorinstanz erläutere in ihrem Beschluss die verschiedenen Qualitätsindikatoren und suggeriere, diese bei ihren Zuteilungsentscheiden berücksichtigt zu haben. Umso mehr erstaune es, dass all diese Faktoren, die die hohe Qualität der Leistungen der Beschwerdeführerin belegen würden, beim Entscheid betreffend Erteilung bzw. Nichterteilung keine Rolle gespielt hätten. So zum Beispiel der Umstand, dass urologische Eingriffe im Spital der Beschwerdeführerin praktisch nie zu Komplikationen führen würden und die nosokomialen Infektionsraten äusserst tief seien, ebenso die Rate der potentiell vermeidbaren Wiedereintritte (vgl. Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 23).

**10.2** Die Vorinstanz hielt dagegen, die Beschwerdeführerin verkenne, dass die Einhaltung von Mindestfallzahlen bei der Vergabe von Leistungsaufträgen ausschlaggebend sein könnte. Die Mindestfallzahlen nach der SPLG-Systematik seien Teil der verbindlichen Bewerbungsunterlagen nach § 4 Abs. 2 lit. c SpiliV gewesen, was die Beschwerdeführerin gewusst habe (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 39).

Die Höhe der Mindestfallzahlen von 10 sei im internationalen Vergleich konservativ tief angesetzt worden. Mindestfallzahlen sollten eine medizinisch oder ökonomisch unzweckmässige Fragmentierung in der Leistungserbringung verhindern (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 34)

Dem Regierungsrat obliege ein relativ grosses Ermessen, ob er nach § 7 Abs. 4 SpiliV ausnahmsweise bedingte Leistungsaufträge erteile oder nicht, wenn nicht alle Anforderungen gemäss § 2 Abs. 2 SpiliV und der Bewerbungsunterlagen erfüllt seien. Ein bedingter Leistungsauftrag in der spezialisierten Medizin komme kaum in Frage, da ansonsten der im öffentlichen Interesse liegende Konzentrationsprozess in Frage gestellt wäre (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 42).

Bei den Leistungsgruppen, die auf der Spitalliste 2015 Akutsomatik des Kantons Aargau an einige Spitäler mit der Bedingung erteilt worden seien, dass die Mindestfallzahlen innert zwei Jahren erreicht werden müssten, handle es sich bis auf zwei Ausnahmen um Leistungsgruppen ohne operativ-chirurgischen Schwerpunkt, nämlich NEU4 (Epileptologie: Komplexdiagnostik), NEU4.1 (Epileptologie: Komplexbehandlung) und DER1.1 (Dermatologische Onkologie). Die Leistungsgruppe VIS1.1 (Grosse Pankreas-eingriffe) würde ausschliesslich Eingriffe der hochspezialisierten Medizin beinhalten, die dereinst der Verfügungsgewalt des Kantons entzogen werden sollten. Der Grund für die bedingte Erteilung der Leistungsgruppe BEW8.1 (spezialisierte Wirbelsäulenchirurgie) an das Spital Zofingen sei, eine Verlagerung von Behandlungskapazitäten vom Kantonsspital Aarau ins Spital Zofingen zu ermöglichen (vgl. Schlussbemerkungen Vorinstanz BVGer act. 16 Rn. 5-7).

Das massgebliche Datenjahr für die Beurteilung der Bewerbungen sei in den Bewerbungsunterlagen im Hinblick auf die Beurteilung der Versorgungsrelevanz und des Konzentrationsentscheids auf das Jahr 2011 fixiert worden (vgl. Vernehmlassung act. 8 Rn. 24). Die Fallzahlen 2011 seien im Bewerbungszeitraum die aktuellsten vollständigen offiziellen Daten, die auch kantonale Patientenströme beinhalten würden, gewesen. Die Fallzahlen 2012 (ohne Patientenströme), seien in einem zweiten Schritt für die Beurteilung von je nach Leistungsgruppe notwendigen Mindestfallzahlen verwendet worden. Dieses Vorgehen entspreche den Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts, wonach bei der Versorgungsplanung auf die vollständigen, aktuellsten, offiziellen Fallzahlen abzustellen sei, die auch Patientenströme berücksichtigen würden (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 52).

Es liege in der Natur der Sache, dass Prognosen immer mit Unwägbarkeiten verbunden seien. Noch unpräziser würden solche Prognosen, wenn, wie vom BAG vorgeschlagen, noch zusätzlich das künftige Potential der

sich für einen Leistungsauftrag bewerbenden Spitäler berücksichtigt werden müsste. Die kantonale Planungsbehörde wäre mangels objektiver Datengrundlage gezwungen, sich auf die Aussagen der Spitäler über mögliche Strategien zu verlassen, und hätte weder die Möglichkeit, diese Angaben auf einen objektiven Wahrheitsgehalt hin zu überprüfen, noch ihre Umsetzung zu erzwingen (vgl. Schlussbemerkungen Vorinstanz BVGer act. 16 Rn. 18).

Es bestehe im Bundesrecht keine Vorschrift, welche eine bestimmt geartete Fallzahlenentwicklung oder die Berücksichtigung von Prognosen bei der Spitalplanung fordere. Art. 58*b* Abs. 1 KVV fordere im Gegenteil, dass sich die Kantone auf statistisch ausgewiesene Daten und Vergleiche abstützen müssten (vgl. Schlussbemerkungen Vorinstanz BVGer act. 16 Rn. 19).

**10.3** In seiner Stellungnahme vom 22. Dezember 2014 (vgl. BVGer act. 13) wies das BAG daraufhin, dass die Spitallisten im Sinne einer Publizitäts- und Transparenzvoraussetzung das letzte Glied der Zulassungsordnung darstellten. Eine Liste genüge bundesrechtlich nicht und müsse aufgehoben werden, wenn sie sich nicht auf eine ordnungsgemässe Planung zu stützen vermöge. Es stelle sich daher die Frage, ob eine Planungsgrundlage vorhanden sei, welche die neue Spitalliste 2015 transparent erläutere. Dazu zähle auch die Nachvollziehbarkeit der Erteilung von bedingten Leistungsaufträgen (vgl. Stellungnahme BVGer act. 13 Rn. III. 1.4).

Die Vorinstanz präzisiere in ihrer Vernehmlassung vom 18. November 2014 auf Seite 6, dass bei der spezialisierten Medizin grundsätzlich kein Platz für einen bedingten Leistungsauftrag bestehe, jedoch seien z.B. in der spezialisierten Leistungsgruppe NEU4.1, bei denen Mindestfallzahlen nicht erreicht worden seien, ein bedingter Leistungsauftrag erteilt worden. Es sei nicht ersichtlich, warum die einen Spitäler innerhalb der einen Leistungsgruppe eine bedingte Möglichkeit erhalten und in anderen Leistungsgruppen Spitäler diese Möglichkeit nicht erhalten würden (vgl. Stellungnahme BVGer act. 13 Rn. III. 1.5).

Hinsichtlich der Datenbasis ist das BAG der Ansicht, es erscheine vordergründig als sachgerecht, sich auf die bei der Erstellung der Bewerbungsunterlagen aktuellsten Daten der medizinischen Statistik des BFS zu stützen. Da Art. 58*a* Abs. 1 KVV eine bedarfsgerechte Versorgung anstrebe, sei jedoch nicht ausschliesslich auf ein vergangenes Betrachtungsjahr ab-

zustellen, ohne die Entwicklungen namentlich der Fallzahlen unter transparent zu machenden, objektiven und nachvollziehbaren Voraussetzungen zu beachten (vgl. Stellungnahme BVGer act. 13 Rn. III. 1.6).

Bei der Anwendung des Kriteriums nach Fallzahlen im Sinne eines Mindestmarktanteils sei dem künftigen Potential der Institutionen Rechnung zu tragen. Ein reines Abstellen auf statistische Werte der Vergangenheit für die Beurteilung z.B. der Fallzahlen würde die Zulassung der einzelnen Leistungsgruppen auf die bisherigen Anbieter einschränken (vgl. Stellungnahme BVGer act. 13 Rn. III. 1.6).

## **10.4**

**10.4.1** Das Bundesverwaltungsgericht hielt im Urteil C-2907/2008 vom 26. Mai 2011 Erwägung 8.3.5.1 fest, die Evaluation des Angebots der Leistungserbringer könne systembedingt nur retrospektiv erfolgen, wobei in der Regel auf die aktuellsten offiziellen Zahlen abzustellen sei. Es sei zwar denkbar, dass nach Abschluss eines Spitalplanungsverfahrens die der Spitalplanung zugrunde liegenden Zahlen bereits überholt seien, zumal die Durchführung eines solchen Verfahrens erfahrungsgemäss oft länger als ein Jahr dauern könne. In Fällen, bei denen die Spitalplanung aufgrund von zwischenzeitlich eingetretenen erheblichen Änderungen innert kurzer Zeit nach deren Erlass revidiert werden müsse, erscheine es aus verfahrensökonomischen Gründen an sich sinnvoll, diese Änderung in die laufende Planung einzubeziehen.

Die Beschwerdeführerin hatte im Bereich URO1.1.1 fünf Fälle im Jahr 2011 und sechs Fälle im Jahr 2012 zu verzeichnen (vgl. RRB vom 7. Mai 2014 S. 37). Im Jahr 2013 hatte sie gemäss eigenen Angaben 15 Fälle (vgl. Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 40) und gemäss Berechnung der Vorinstanz 13 Fälle (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 62), womit sie die Mindestfallzahlen einhalten würde. Aber, auch bei Einhaltung der Mindestfallzahlen von 10 und damit der Mindestanforderungen besteht, entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 20), kein Anspruch auf Aufnahme auf die Spitalliste (vgl. E. 11.4.1 hiernach).

Die Erhöhung der Fallzahlen beim Spital Leuggern erweist sich vorliegend im Vergleich zu den Spitälern, welchen ein Leistungsauftrag erteilt wurde (mit Ausnahme des Spitals Zofingen vgl. hierzu E. 13.4.1 hiernach), nicht als erheblich. Die berücksichtigten Spitäler (Kantonsspital Aarau, Kantonsspital Baden, Hirslanden Klinik Aarau und Gesundheitszentrum Frick-

tal) hatten im Jahr 2011 zwischen 19 und 137 Fälle und im Jahr 2012 zwischen 10 und 130 Fälle. Daten für die Jahre 2013 sind von den berücksichtigten Spitälern nicht aktenkundig. Es ist aber davon auszugehen, dass die Fallzahlen bei den berücksichtigten Spitälern ebenfalls gestiegen oder zumindest gleichgeblieben sind und die Beschwerdeführerin im Jahr 2013, wenn überhaupt, nur geringfügig mehr Fälle als andere Spitäler (z.B. Gesundheitszentrum Fricktal) aufwies.

Die Beschwerdeführerin konnte ihre Fallzahlen zwischen 2011 (5 Fällen) und 2013 (13 bzw. 15 Fälle) verdreifachen, sie weist aber bei einem Gesamtbedarf der Aargauer Bevölkerung von 251 Fällen im Jahr 2011, welcher im Jahr 2013 wohl höher sein dürfte, immer noch einen marginalen Versorgungsanteil auf. Diese im Gesamtzusammenhang der Spitalliste nicht erhebliche Änderung der Fallzahlen war folglich nicht bereits bei der Planung für die Spitalliste 2015 zu beachten.

Das Bundesverwaltungsgericht erwog im Urteil 2907/2008 vom 26. Mai 2011 Erwägung 8.3.5.2 weiter, eine KVG-konforme Spitalplanung bedürfe einer verlässlichen planungsrechtlichen Grundlage, welche nur gestützt auf vollständige offizielle Daten aller betroffenen Spitäler erfolgen könne.

Vorliegend stützte sich die Vorinstanz für die Beurteilung der Mindestfallzahlen der innerkantonalen Spitäler betreffend URO1.1.1 auf die neuesten verfügbaren Daten, nämlich den Datensatz 2011 der Medizinstatistik des BFS und für die Daten 2012 auf die Statistik des Kantons Aargau. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass sich die Vorinstanz hinsichtlich dem Leistungsbereich URO1.1.1 zu Recht auf die Daten des Jahres 2011 bzw. 2012 abstütze und einen „regulären“ Leistungsauftrag für den Leistungsbereich URO1.1.1 zu Recht verweigerte, da die Mindestfallzahlen von 10 Fällen in den Jahren 2011 und 2012 nicht erreicht wurden.

**10.4.2** Nach § 7 Abs. 4 SpiliV können Leistungsaufträge auch Spitälern erteilt werden, die nicht sämtliche Anforderungen gemäss § 2 Abs. 2 SpiliV und der Bewerbungsunterlagen erfüllen. Im Dokument „Grundlagen und Vorgehen zum Bewerbungsverfahren für die Spitalliste 2015“ (vgl. Vorakten 46) wird auf Seite 14 konkretisiert, dass ein bedingter Leistungsauftrag nur erteilt werde, wenn namentlich die Anforderungen an Mindestfallzahlen nicht erreicht seien. Die technischen, infrastrukturellen und personellen Ressourcen müssten hingegen zwingend vorhanden sein.



Der Leistungsbereich URO1.1.1 sieht Mindestfallzahlen vor, womit ein bedingter Leistungsauftrag grundsätzlich möglich wäre. Da Spitäler keinen Anspruch auf Aufnahme auf die Spitalliste haben (vgl. E. 11.4.1 hiernach), auch jene nicht, welche die Mindestfallzahlen erfüllen, besteht auch kein Anspruch auf Erteilung eines bedingten Leistungsauftrags.

Die Vorinstanz erteilte keinem Spital im Leistungsbereich URO1.1.1 einen bedingten Leistungsauftrag (vgl. Anhang 2 zum RRB vom 7. Mai 2014, Vorakten 283). Sie erläuterte nachvollziehbar, dass sie im operativen Bereich grundsätzlich keine bedingten Leistungsaufträge erteilt habe, da die Gefahr der angebotsbedingten Indizierung von medizinischen Leistungen, sich vor allem in den operativen Disziplinen ergebe (vgl. Schlussbemerkungen Vorinstanz BVGer act. 16 Rn. 8).

Aufgrund des erheblichen Ermessensspielraums der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden, dass für die Leistungsgruppe URO1.1.1 kein bedingter Leistungsauftrag vorgesehen ist und damit auch der Beschwerdeführerin kein solcher erteilt wurde.

**10.4.3** Zusammenfassend ergibt sich, dass vorliegend nicht zu beanstanden ist, dass die Beschwerdeführerin keinen „regulären“ oder bedingten Leistungsauftrag im Leistungsbereich URO1.1.1 erhielt.

## **11.**

Schliesslich wurde die Erteilung eines Leistungsauftrags im Leistungsbereich URO1.1 mit der Begründung der Angebotskonzentration verweigert.

**11.1** Die Beschwerdeführerin rügt, die von der Vorinstanz verfolgte Konzentrationspolitik sei unzulässig (vgl. Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 17), denn eine Konzentration sei nur für die hochspezialisierte, jedoch nicht für die spezialisierte Medizin zulässig (vgl. Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 18).

Die Rechtsprechung anerkenne neben den Fallzahlen diverse andere Qualitätsfaktoren. Urologische Eingriffe im Spital der Beschwerdeführerin würden praktisch nie zu Komplikationen führen, und die nosokomiale Infektionsrate sei äusserst tief, ebenso wie die Rate der potentiell vermeidbaren Wiedereintritte. Im kantonalen Benchmark der Gesamtzufriedenheit der Patienten innerhalb der gleichen Spitalkategorie erziele sie gar den höchsten Wert (vgl. Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 23). Sie leiste qualitativ einwandfreie Arbeit. Dies zeige schon der Umstand, dass kaum je Komplikationen auftreten würden und die Patientenzufriedenheit nachweislich auf

überaus hohem Niveau sei (vgl. unaufgeforderte Eingabe BVGer act. 18 Rn. 18).

Sie bestreite nicht, dass Fallzahlen ein wichtiges Kriterium für die Qualitätssicherung und damit für die Vergabe der Aufträge sei, jedoch dürfe bei diesem Kriterium nicht auf einen reinen statistischen Wert der Vergangenheit abgestützt werden, sondern es sei bei neuen Leistungserbringern auf das Zukunftspotential abzustellen (vgl. unaufgeforderte Eingabe BVGer act. 18 Rn. 16).

Es sei zutreffend, dass weder das KVG noch die KVV vorschreiben würden, dass aktuelle Entwicklungen zu berücksichtigen seien. Die KVG-Reform sei jedoch mit dem expliziten Ziel einer Öffnung für die wirtschaftlich und qualitativ besten Anbieter erfolgt. Entgegen der Behauptung der Vorinstanz biete das KVG und die KVV eine Grundlage für die Berücksichtigung aktueller Entwicklungen bei neuen Bewerbern (vgl. unaufgeforderte Eingabe BVGer act. 18 Rn. 12).

Leistungsgruppen, für welche keine Mindestfallzahlen festgelegt worden seien, dürften nicht unter Berufung auf Mindestfallzahlen verweigert werden (vgl. unaufgeforderte Eingabe BVGer act. 18 Rn. 15).

**11.2** Die Vorinstanz hielt dagegen, es sei geradezu Sinn und Zweck einer Spitalplanung, Angebote an einem Ort aus Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsüberlegungen zu konzentrieren. Koordination der Leistungserbringung, die optimale Ressourcennutzung und die Eindämmung der Kosten seien wesentliche Ziele des KVG und der mit dem KVG eingeführten Spitalplanung, die eine Konzentration des Angebots beinhalte (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 28). Das Mittel der Konzentration werde unter Beachtung der Planungskriterien von Art. 58b Abs. 4 und 5 KVV anhand des anerkannten Kriteriums der kritischen Menge (Fallzahlen/Versorgungsanteile) zur Erreichung der Ziele des KVG eingesetzt. Eine methodisch so vorgenommene Spitalplanung entspreche den Anforderungen des Bundesrechts (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 30). Ausgehend von diesem bundesrechtlichen Rahmen sei der Kanton Aargau befugt, eine Konzentration der spezialisierten Medizin vorzunehmen, wie dies in § 3 Abs. 1 lit. d SpiG sowie in der Strategie 6 und 25 der GGpl 2010 vorgesehen sei. Letzteres sei behördenverbindliche Richtlinie (§ 5 Abs. 2 SpiG) und gemäss § 7 Abs. 3 lit. b SpiliV bei der Erstellung der Spitalliste zu berücksichtigen (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 31).

Spezialisierte medizinische Angebote seien grundsätzlich in jenen Spitälern konzentriert worden, die entsprechend hohe stationäre Fallzahlen aufweisen würden (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 20). Es bestehe ein signifikanter Zusammenhang zwischen der Fallzahlenhöhe und der medizinischen Qualität (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 21).

Die Versorgungsanteile der Beschwerdeführerin würden weniger als 2 % betragen und ihre absoluten Fallzahlen würden je nach Leistungsgruppe bei 0 bis 5 Fällen pro Jahr liegen, wobei andere Bewerber deutlich höhere Fallzahlen und Versorgungsanteile aufweisen würden (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 32).

Die fachliche Qualität des bei der Beschwerdeführerin beschäftigten Urologen Dr. X. \_\_\_\_\_ werde nicht bezweifelt. Die erforderliche personelle Voraussetzung, Facharzttitel Urologie inkl. Schwerpunkt operative Urologie, sei gegeben. Jedoch sei es unerheblich, wenn der behandelnde Arzt noch an anderen Spitälern entsprechende Eingriffe vornehme, da es auch auf die (gleiche) Zusammensetzung des gesamten Behandlungsteams ankomme, um eine hohe medizinische Qualität zu erzielen (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 40). Die Beschwerdeführerin gebe selber an, sie habe im Bereich Urologie erst ab Mitte Mai 2012, mit der vermehrten Tätigkeit von Dr. X. \_\_\_\_\_, über steigende Fallzahlen verfügt (vgl. Vernehmlassung Rn. 36).

Die von der Beschwerdeführerin angegebenen Zahlen seien nicht korrekt, so habe sie im Bereich URO1.1 im Jahr 2012 über 3 (Angabe Beschwerdeführerin 13 Fälle, Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 40) und im Jahr 2013 über 5 Fälle (Angabe Beschwerdeführerin 25 Fälle, Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 40) verfügt (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 55).

Im Dokument „Grundlagen und Vorgehen zum Bewerbungsverfahren für die Spitalliste 2015“ werde in Kapitel 7.1 „Planungskriterium Qualität“ explizit erläutert, wie die Planungsentscheide zwischen mehreren Bewerbern, die alle die Mindestanforderungen erfüllen würden, gefällt würden. Bei der Beurteilung werde eine Reihe von qualitätsrelevanten Daten berücksichtigt. In der Aufzählung dieser Datenquellen würden die Fallzahlen an erster Stelle stehen (vgl. Schlussbemerkungen Vorinstanz BVGer act. 16 Rn. 24).

**11.3** Das BAG ist der Ansicht, eine Angebotskonzentration, welche insbesondere die Nutzung von Synergien zwecks Erfüllung der Kriterien der

Qualität und der Wirtschaftlichkeit beabsichtige, sei im Sinne von Art. 58b Abs. 5 KVV zu befürworten (vgl. Stellungnahme BVGer act. 13 Rn. III. 2.3).

Bei der Anwendung des Kriteriums nach Fallzahlen im Sinne eines Mindestmarktanteils solle dem künftigen Potential der Institution Rechnung getragen werden. Ein reines Abstützen auf statistische Werte der Vergangenheit für die Beurteilung der Fallzahlen würde die Zulassung in den einzelnen Leistungsgruppen auf die bisherigen Anbieter einschränken (vgl. Stellungnahme BVGer act. 13 Rn. III. 2.5).

**11.4** Hinsichtlich der Kostenproblematik im Gesundheitswesen und der Zulässigkeit der Angebotskonzentration lassen sich der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts das Folgende entnehmen:

**11.4.1** Das Bundesverwaltungsgericht hielt im Urteil C-4232/2014 vom 26. April 2016 Erwägung 5.4.2 (mit Hinweisen) fest, mit der kantonalen Spitalplanung solle nicht nur die bedarfsgerechte Spitalversorgung der Bevölkerung gewährleistet werden, sondern auch eine Kosteneindämmung und namentlich der Abbau von Überkapazitäten angestrebt werden. Daran habe die KVG-Revision zur neuen Spitalfinanzierung nichts geändert. Insbesondere habe sich die Spitalplanung nicht auf die Verhinderung einer Unterversorgung zu beschränken. Es treffe zwar zu, dass der Gesetzgeber den Wettbewerb unter den Leistungserbringern fördern wollte; der Wettbewerb ersetze aber nicht die kantonale Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung. Zur Leistungserbringung zulasten der OKP seien daher grundsätzlich nur so viele Spitäler zuzulassen (bzw. Leistungsaufträge zu erteilen), als für die Deckung des Bedarfs erforderlich seien (vgl. auch GEBHARD EUGSTER, in: Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, E. Krankenversicherung, Rz. 796). Ein Rechtsanspruch auf Aufnahme in die Spitalliste bestehe nicht (vgl. EUGSTER, a.a.O., Rz. 803 m.w.H.).

Weiter erwog das Bundesverwaltungsgericht (vgl. Urteil des BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016 E. 5.4.2 und E. 5.4.3 je m.H.), die angestrebte Kosteneindämmung setze insbesondere eine optimale Ressourcennutzung voraus. Diese könne nur gewährleistet werden, wenn die Kantone ihre Planungen koordinieren (vgl. Art. 39 Abs. 2 KVG) und soweit angezeigt eine Konzentration des Angebotes vornehmen würden. Nach der Rechtsprechung ist schliesslich auch eine Mengensteuerung – selbst bei einer leistungsorientierten Spitalplanung – nicht grundsätzlich unzulässig.

Zudem befand das Bundesverwaltungsgericht (vgl. Urteil des BVGer C-4232/2014 26. April 2016 E. 5.4.2), eine auf optimale Ressourcennutzung ausgerichtete Spitalplanung könne sich nicht darauf beschränken, die Wirtschaftlichkeit eines einzelnen Anbieters zu berücksichtigen, vielmehr sei der planende Kanton auch verpflichtet, die Kostenentwicklung im Spitalbereich zu analysieren und zulässige Steuerungsmöglichkeiten zu prüfen. In diesem Sinne sei eine "übergeordnete Wirtschaftlichkeitsprüfung" nicht nur zulässig, sondern bundesrechtlich geboten.

Weiter wurde in Erwägung 5.4.4 erkannt, der von der Vorinstanz angewendete Grundsatz, dass in Leistungsbereichen mit hohen Vorhalte-, Infrastruktur- und Personalkosten die Anzahl Leistungsaufträge minimal zu halten sei, zielle auf eine Angebotskonzentration und sei daher kein grundsätzlich KVG-widriges Kriterium.

**11.4.2** Im Urteil C-5647/2011 vom 16. Juli 2013 Erwägung 5.4.3 hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, Fallzahlen seien in erster Linie ein Kriterium für die Beurteilung der Qualität einer Leistung (vgl. Urteil des BVGer C-2907/2008 E. 8.4.6.4 und E. 9.4.2; BERNHARD RÜTSCHKE, Rechtsgutachten zuhanden des Kantons Bern: Steuerung der Leistungsmenge im Spitalbereich vom 20. Juni 2011, S. 53). Ob Fallzahlen auch ein mögliches Kriterium für eine Angebotskonzentration sind, wurde nicht beurteilt.

**11.4.3** Das Bundesverwaltungsgericht erwog im Urteil C-2907/2008 vom 26. Mai 2011, aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und der Leistungsqualität sei das Kriterium der kritischen Menge der Fallzahlen zu berücksichtigen (E. 6.2). In Erwägung 8.4.6 wurde erkannt, bei einem Leistungsvolumen von 4.6 % sei im Hinblick auf die vom Bundesrat verlangte Konzentration aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und Leistungsqualität nachvollziehbar, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin den Leistungsauftrag nicht mehr erteilt habe. Die Konzentration zulasten der Beschwerdeführerin sei nicht zu beanstanden (vgl. E. 8.4.6.1). Weiter erwog das Bundesverwaltungsgericht, es sei in diesem Zusammenhang zu beachten, dass der Leistungsauftrag im Bereich der Orthopädie derjenigen Privatklinik mit der grösseren Erfahrung in diesem Bereich zugeteilt worden sei. Hinzukomme, dass sich die Auswahl der Spitäler nicht allein nach wirtschaftlichen Kriterien richte. Insbesondere auch mit Blick auf den Umstand, dass dem Bundesverwaltungsgericht eine freie Ermessensprüfung im Sinne einer Angemessenheitskontrolle verwehrt sei, ergebe sich aus dem Gesagten, dass

der Entscheid des Staatsrats, den Leistungsauftrag der Orthopädie der Beschwerdeführerin nicht mehr zu erteilen, nicht zu beanstanden sei (E. 8.4.6.2).

**11.4.4** Zusammenfassend lässt sich aus der Rechtsprechung herleiten, dass eine Angebotskonzentration als KVG-konform betrachtet wird und die Konzentration zugunsten des Spitals mit der grösseren Erfahrung im entsprechenden Bereich und zulasten des Spitals mit dem geringeren Leistungsvolumen nicht zu beanstanden ist.

**11.5** Aus den Akten geht hervor, dass die Vorinstanz mit der Auswahl unter den geeigneten Bewerbern mittels Fallzahlen eine Angebotskonzentration anstrebte, was nach dem Gesagten kein KVG-widriges Kriterium darstellt.

**11.6** Nachfolgend ist zu prüfen, ob die von der Vorinstanz mit RRB vom 7. Mai 2014 verfügte Angebotskonzentration auf einer hinreichenden Planungsgrundlage beruht, was von der Beschwerdeführerin bestritten wird (vgl. Schlussbemerkungen BVGer act. 15 Rn. 16, 17).

**11.6.1** Es liegen insbesondere die folgenden Planungsgrundlagen vor:

**11.6.1.1** Die Kantone Aargau, Basel-Stadt, Basel-Landschaft und Solothurn erstellten einen gemeinsamen Versorgungsbericht (vgl. <https://www.baselland.ch> < Politik und Behörden < Direktionen < Volkswirtschafts- und Gesundheitsdirektion < Amt für Gesundheit < Spitäler und Therapieeinrichtungen < Spitalversorgung < Versorgungsbericht < Nordwestschweiz, besucht am 22.03.2017) und erarbeiteten gemeinsame Versorgungskriterien, welche sie in der Vereinbarung vom 18. Oktober 2010 festhielten (vgl. <https://www.baselland.ch> < Politik und Behörden < Direktionen < Volkswirtschafts- und Gesundheitsdirektion < Amt für Gesundheit < Spitäler und Therapieeinrichtungen < Spitalversorgung < Versorgungsbericht < Kriterien Spitalliste, besucht am 22.03.2017). Auf Seite 3 der Vereinbarung „Interkantonale Versorgungskriterien der Kantone Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn“ wird auf die Planungskriterien gemäss Art. 58a KVV bis Art. 58e KVV verwiesen und die Kriterien Wirtschaftlichkeit, Qualität, Zugang, Bereitschaft und Fähigkeit zur Erfüllung des Leistungsauftrages, Effizienz der Leistungserbringung, Nachweis der notwendigen Qualität, Mindestfallzahlen, Nutzung von Synergien, Pauschalpreise, Investitionssicherheit und -schutz festgehalten. Als Systemziel wurde auf Seite 5 unter anderem der Abbau und die Vermeidung von Überkapazitäten und Doppelspurigkeiten von Leistungen in der spezialisierten

Versorgung aufgeführt und festgehalten, die Spitalplanung sei nach versorgungssektor-, bereichs- und leistungsgruppenspezifisch einheitlichen Qualitätskriterien/-standards zur beurteilen.

**11.6.1.2** Das aargauische Spitalgesetz vom 25. Februar 2003 (SpiG; SAR 331.200) bestimmt in § 3 Abs. 1 SpiG unter anderem, dass der Wettbewerb unter den Leistungserbringern gefördert (lit. c) und eine verstärkte Nutzung von Synergien durch Konzentration der spezialisierten Medizin angestrebt werden soll (lit. d). § 5 SpiG verweist auf die GGpl.

**11.6.1.3** Die GGpl 2010 sieht als übergeordnete Strategie eine Konzentration von spezialisierten Leistungen vor (vgl. GGpl 2010 S. 50). Als Begründung wird vorgebracht, die fortschreitende Spezialisierung der Medizin erzeuge nicht nur Handlungsbedarf aufgrund der steigenden Kosten und Mengen an Leistungen, sondern auch bezüglich Qualität und Sicherstellung ausreichender Fallzahlen. Eine Konzentration des Leistungsangebotes berücksichtige sowohl volks- und betriebswirtschaftliche Aspekte als auch die Ziele der Versorgungssicherheit und -qualität. Zudem könne eine allfällige Überkapazität eliminiert werden. Der Zusammenschluss von Leistungserbringern zum Zwecke einer koordinierten medizinischen Versorgung gewinne unter dem Kostendruck zunehmend an Bedeutung.

In der Strategie 6 wird festgehalten (vgl. GGpl 2010 S. 69), dass eine Konzentration der Angebote, wo dies aus betriebswirtschaftlichen, volkswirtschaftlichen oder finanzpolitischen Überlegungen sinnvoll erscheint, zu prüfen sei. Der Kanton berücksichtige dabei integrierte Versorgungssysteme, Mindestmengen bei den Angeboten und koordiniere bei mengenkritischen Angeboten diese nach Möglichkeit auch interkantonal.

In der Strategie 25, welche am 4. September 2012 gemäss Beschluss des Grossen Rates (GRB 2012-2087) zur Botschaft „Finanzierbarkeit Aargauer Gesundheitspolitik“, eingefügt wurde (vgl. [http://www.ag.ch/gross-rat/temp/61672qb62ad99k2s3gs1slq042298039923415460\\_12053047.pdf](http://www.ag.ch/gross-rat/temp/61672qb62ad99k2s3gs1slq042298039923415460_12053047.pdf), besucht am 22.03.2017), wird unter anderem festgehalten, der Kanton verfolge eine Gesundheitspolitik, die in Bezug auf die Finanzierbarkeit auf kantonaler, interkantonaler und Bundesebene Massnahmen anstrebe, auslöse und umsetze, die zur Kostendämpfung beitragen (Alinea 1) sowie die spezialisierte Versorgung optimieren und nach Massgabe von Strategie 6 der GGpl 2010 konzentrieren würden (Alinea 6).

**11.6.1.4** Im Anhang (vgl. Vorakten 46) zum Schreiben vom 8. Mai 2013 (vgl. Vorakten 48) an die Bewerber begründete die Vorinstanz auf den Seiten 5 und 6 ihre Konzentrationsbestrebungen dahingehend, dass eine Konzentration des Leistungsangebots sowohl volks- und betriebswirtschaftliche Aspekte als auch die Ziele der Versorgungssicherheit und -qualität berücksichtige. In Einklang mit Strategie 6 der GGpl 2010 werde ein besonderes Gewicht auf die Konzentration von Angeboten gelegt, was bei Behandlungen mit geringen Fallzahlen die Beschränkung der Anzahl innerkantonaler Anbieter und letztlich auch die ausschliessliche Beauftragung ausserkantonaler Leistungserbringer bedeuten könne. Der Kanton plane im Sinne dieser Strategie Behandlungen aus dem Gebiet der spezialisierten Medizin zu konzentrieren. Dies könne dazu führen, dass Angebote mit geringen Mengen innerhalb des Kantons nur noch dann sinnvoll erscheinen würden, wenn sie an einem Standort zusammengefasst würden. Weiter hielt die Vorinstanz ausdrücklich fest, dass sie sich im Bereich der spezialisierten Medizin eine weitere Konzentration vorbehalte. Zudem wies die Vorinstanz auf Seite 10 darauf hin, bei der Vergabe der Leistungsaufträge könnten Planungskriterien in den Bereichen Qualität und Wirtschaftlichkeit berücksichtigt werden, insbesondere wenn sich mehrere Bewerber für einen Leistungsauftrag bewerben würden, welche allesamt die Mindestanforderungen erfüllen würden, aber aus Gründen der Angebotskonzentration nicht alle berücksichtigt werden könnten. Ein wichtiges Auswahlkriterium seien die Fallzahlen innerhalb einer Leistungsgruppe.

**11.6.2** Dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach sich die Verweigerung der Erteilung eines Leistungsauftrags im Bereich URO1.1 nicht auf eine entsprechende Planungsgrundlage stützen könne (vgl. Schlussbemerkungen BVGer act. 15 Rn. 16, 17), kann nicht gefolgt werden. Aus der Auflistung der vorhandenen Unterlagen in Erwägung 11.6.1 hiervor ist ersichtlich, dass sich die Vorinstanz nicht nur auf den GGpl 2010 und die darin enthaltenen Strategien 6 und 25 stützte, sondern auch auf die Versorgungsberichte (für den Kanton Aargau und die Nordwestschweiz), die Vereinbarung vom 18. Oktober 2010 „interkantonale Versorgungskriterien der Kantone Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn“ und das Dokument „Grundlagen und Vorgehen zum Bewerbungsverfahren für die Spitalliste 2015“. Diese Unterlagen bilden eine hinreichende Planungsgrundlage für die im RRB vom 7. Mai 2014 vorgenommene Angebotskonzentration gestützt auf Fallzahlen und der Verweigerung eines Leistungsauftrags im Bereich URO1.1.



**11.6.3** Das BAG und die Beschwerdeführerin gehen davon aus (vgl. unaufgeforderte Eingabe BVGer act. 18 Rn. 15, Schlussbemerkungen BVGer act. 15 Rn. 17; Stellungnahme BVGer act. 13 Rn. III. 2.3.), dass die Nichterteilung eines Leistungsauftrags im Bereich URO1.1 mit Mindestfallzahlen in Zusammenhang steht, was nicht zutrifft, denn, wie die Beschwerdeführerin (vgl. Schlussbemerkungen BVGer act. 15 Rn. 17, 18) und das BAG (vgl. Stellungnahme BVGer act. 13 Rn. III. 2.3) selber zu Recht festhielten, sind für diesen Bereich keine Mindestfallzahlen vorgesehen. Da für den Bereich URO1.1 keine Mindestfallzahlen vorgesehen sind, sind solche für diesen Bereich zu Recht auch nicht in den Planungsgrundlagen enthalten.

## **11.7**

**11.7.1** Vorliegend ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin sämtliche Mindestanforderungen des Leistungsbereichs URO1.1 erfüllt. Der Leistungsauftrag wurde denn auch mit der Begründung der Angebotskonzentration gestützt auf Fallzahlen verweigert.

**11.7.2** Sowohl mit dem Kriterium der Mindestfallzahlen als auch der Auswahl der geeigneten Bewerber aufgrund von Fallzahlen, soll die Effizienz gefördert und Synergien berücksichtigt werden. Wird auf eine Angebotskonzentration verzichtet und ein Leistungsauftrag an zwei Spitäler statt an ein Spital erteilt, fallen bei beiden Spitälern zusammen höhere Kosten für Infrastruktur und Personal an (vgl. hierzu Urteil des BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016 E. 5.4.4). Dies wäre mit dem Kostendämpfungsziel nicht vereinbar.

**11.7.3** Die Auswahl anhand von Fallzahlen unter den Bewerbern, welche die Mindestanforderungen erfüllen, ist auch unter dem Gesichtspunkt der Versorgungsrelevanz gerechtfertigt, denn Bewerber, welche über eine geringe Fallzahl verfügen, sind in der Regel nicht versorgungsrelevant. Da kein Anspruch auf Aufnahme auf die Spitalliste besteht (vgl. E. 11.4.1 hier-vor), muss es der Vorinstanz möglich sein, entsprechende Bewerber nicht auf der Spitalliste zu berücksichtigen. Die Beschwerdeführerin wies gemäss RRB vom 7. Mai 2014 im Jahr 2011 5 Fälle hinsichtlich der Leistungsgruppe URO1.1 auf, bei einem Gesamtbedarf der Aargauer Bevölkerung von 295 Fällen, was einer Versorgungsrelevanz von 1.7 % entspricht. Die Beschwerdeführerin kann somit vorliegend für die Leistungsgruppe URO1.1 nicht als versorgungsrelevant betrachtet werden.

Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach ihre Fallzahlen in den Jahren 2012, 2013 und 2014 kontinuierlich gestiegen seien (vgl. Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 40), ist vorliegend irrelevant, denn ob sie in den Jahren 2012 bis 2014 versorgungsrelevant war, müsste im Vergleich mit den anderen Spitälern untersucht werden, womit auch die entsprechenden Daten der anderen Spitäler berücksichtigt werden müssten, was mit erheblichem Mehraufwand verbunden gewesen wäre. Ob dies im vorliegenden Fall praktikabel und zielführend gewesen wäre, braucht nicht abschliessend beurteilt zu werden, da die Beschwerdeführerin die neuen Zahlen erst im vorliegenden Verfahren behauptete und sie deshalb nichts zu ihren Gunsten daraus ableiten kann (vgl. E. 2.3.4 hiavor). Ausserdem begründete die Beschwerdeführerin die Höhe der Fallzahlen für die Jahre 2012 bis 2014 nicht substantiiert und reichte auch keine Belege mit Beweiswert ein. Die Aufstellung vom 10. Februar 2015 (vgl. Schlussbemerkungen BVGer act. 15 Beilage 1) genügt nicht als Beweismittel. Die erhebliche Abweichung der errechneten Fallzahlen der Vorinstanz von denjenigen der Beschwerdeführerin lässt sich vorliegend nicht erklären und ist nicht nachvollziehbar. Die von der Beschwerdeführerin behaupteten höheren Fallzahlen im Bereich URO1.1 sind somit auch im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes (vgl. E. 2.3.1 hiavor) nicht relevant.

Die Frage, ob Fallzahlenentwicklungen bei der Angebotskonzentration gestützt auf den Marktanteil, bei Erfüllung der Mindestanforderungen, zu berücksichtigen wären, kann vorliegend offenbleiben.

**11.7.4** Fallzahlen sind Qualitätsindikatoren und geben Hinweise auf die Erfahrung eines Spitals mit der betreffenden Behandlung bzw. mit dem Patienten des betreffenden Krankheitsbildes. (vgl. <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/service/zahlen-fakten/zahlen-fakten-zu-spitaelern/qualitaetsindikatoren-der-schweizer-akutspitaeler/qualitaetsindikatoren-wegleitung.html>, besucht am 22.03.2017). Dies wird von der Beschwerdeführerin auch anerkannt (vgl. unaufgeforderte Eingabe BVGer act. 18 Rn. 16).

Es ist gerichtsnotorisch, dass die Erfahrung des Arztes und seines Teams mit der Anzahl von erledigten Fällen wächst. Mindestfallzahlen dienen unbestrittenenmassen der Qualitätssicherung. Werden keine Mindestfallzahlen definiert, ist nicht erkennbar, wie viele Fälle pro Jahr notwendig sind, um die Qualität zu gewährleisten. Vorliegend wird die Erfahrung von Dr. X. \_\_\_\_\_ nicht in Frage gestellt, jedoch hängt die Qualität eines Eingriffs

nicht nur vom Arzt, sondern auch vom Behandlungsteam ab. Wie die Beschwerdeführerin selber einräumte (vgl. Beschwerde BVGer act.1 Rn. 39), war sie im Bewerbungsprozess erst daran, ein solches Team aufzubauen, womit feststeht, dass das Team (abgesehen von Dr. X. \_\_\_\_\_) im Verfügungszeitpunkt noch keine einschlägige Erfahrung in der Leistungsgruppe URO1.1 aufwies oder dies zumindest von der Beschwerdeführerin nicht hinreichend nachgewiesen wurde.

Vorliegend ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz aufgrund der Fallzahlen Rückschlüsse auf die Erfahrung des Spitals zog und die Leistungsaufträge für den Bereich URO1.1 an Spitäler mit höheren Fallzahlen (mit Ausnahme des Spitals Zofingen vgl. hierzu E. 13.4.1 hiernach) und damit mehr Erfahrung erteilte (vgl. RRB vom 7. Mai 2014 E. 9.4.7).

**11.7.5** Der Ergänzungsbotschaft des Regierungsrates des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 10. Januar 2013 (GR 13.3; vgl. [http://www.ag.ch/grossrat/iga\\_grw\\_ges.php?GesNr=852281&AbfDetail-New=1](http://www.ag.ch/grossrat/iga_grw_ges.php?GesNr=852281&AbfDetail-New=1), besucht am 22.03.2017) sind die Eigenheiten des Kantons Aargau zu entnehmen, welche bei Erlass der Spitalliste zu berücksichtigen waren:

**11.7.5.1** Es bestehe ein gewisser Binnenwettbewerb zwischen den Kantonsspitalern, während die Regionalspitäler sich aufgrund ihrer Positionierung nicht gegenseitig konkurrieren würden (vgl. Ergänzungsbotschaft des Regierungsrates des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 10. Januar 2013 S. 25). Die Spitäler im Umfeld des Kantons Aargau seien daran, sich an die veränderten Wettbewerbsverhältnisse anzupassen. Sie würden ihr Wirkungsgebiet vergrössern und auf die aargauischen Regionen abzielen (vgl. Ergänzungsbotschaft des Regierungsrates des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 10. Januar 2013 S. 26).

Die Konzentrationsbestrebungen der Vorinstanz zielen somit auch auf den Erhalt und die Wettbewerbsfähigkeit der Spitäler im Kanton Aargau ab. Indem die Leistungsaufträge auf diejenigen Spitäler konzentriert werden, die über die höchsten Fallzahlen im Bereich URO1.1 verfügen, findet eine Stärkung dieser kantonsinternen Spitäler statt, womit sie gegenüber ausserkantonalen Spitalern konkurrenzfähiger werden.

**11.7.5.2** Weiter ist das Argument der Vorinstanz nicht von der Hand zu weisen, wonach sich am Markt ein zunehmender Mangel an hochqualifizierten Fachkräften abzeichne und die Ausbildung von Ärzten im eigenen Land

aus quantitativer Optik ebenso ungenügend sei wie jene des Pflegepersonals. Auf Kantonsebene könne dem nur durch Konzentration der Kräfte und Bündelung des Fachwissens begegnet werden, wo immer dies möglich sei (vgl. Ergänzungsbotschaft des Regierungsrates des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 10. Januar 2013 S. 32).

**11.7.6** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz ihre Konzentrationspolitik auf nachvollziehbare und sachliche Gründe stützte, welche mit dem Ziel des Abbaus von Überkapazitäten, der Kosteneindämmung, der Versorgungssicherheit, der optimalen Ressourcennutzung, der Förderung der Effizienz und der Nutzung von Synergien im Zusammenhang steht. Vorliegend ist nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdeführerin kein „regulärer“ Leistungsauftrag im Bereich URO1.1 erteilt wurde.

**11.8** Dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, ihr müsse mindestens ein bedingter Leistungsauftrag erteilt werden, ist entgegenzuhalten, dass bedingte Leistungsaufträge nur für bestimmte Leistungsbereiche mit Mindestfallzahlen vorgesehen sind (vgl. E. 10.4.2 hiavor). Da der Leistungsbereich URO1.1 keine Mindestfallzahlen vorschreibt, fällt die Erteilung eines bedingten Leistungsauftrages von vornherein ausser Betracht.

## **12.**

**12.1** Weiter rügte die Beschwerdeführerin, die Nichterteilung eines Leistungsauftrages sei unverhältnismässig, weil mit Dr. X. \_\_\_\_\_ ein ausgewiesener urologischer Spezialist mit viel Erfahrung am Spital Leuggern tätig sei. Die Verweigerung der Leistungsaufträge aus Qualitätsgründen sei daher sachlich nicht erforderlich und auch nicht verhältnismässig (vgl. Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 29).

Selbst wenn jedoch die Vorinstanz zu Recht habe annehmen dürfen, dass die ehemals geringen Fallzahlen des Spitals Leuggern unter Qualitätsaspekten ein Risiko darstellten, hätte sie zumindest die Erteilung eines bedingten Leistungsauftrages prüfen müssen (vgl. Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 30). § 7 SpiliV sehe die Erteilung von bedingten Leistungsaufträgen vor (vgl. Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 31).

Indem die Vorinstanz der Beschwerdeführerin keinen bedingten Leistungsauftrag erteilt habe, habe sie ihr Ermessen in rechtswidriger Weise unterschritten und das Gebot der Verhältnismässigkeit verletzt (vgl. Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 43).

**12.2** Die Vorinstanz hielt dagegen (vgl. Vernehmlassung BVGer act. Rn. 19), sie habe das Verhältnismässigkeitsgebot beachtet, indem sie sachliche Gründe für eine differenzierte Behandlung der einzelnen Bewerbungen im Bereich Urologie angeführt habe. Ihre diesbezüglichen Planungsentscheide seien geeignet und erforderlich, die im öffentlichen Interesse stehenden Ziele zur Sicherstellung der Versorgungssicherheit sowie zur Kostendämpfung zu erreichen und diese Massnahmen seien den betroffenen Spitälern auch zumutbar.

### **12.3**

**12.3.1** Das verfassungsmässige Prinzip der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) verlangt, dass staatliches Tun geeignet und erforderlich sein muss und dass die angestrebte Wirkung nicht in einem Missverhältnis zu anderen zu beachtenden Interessen stehen darf (vgl. Urteil des BGer 8C\_500/2013 vom 15. Januar 2014 E. 7.3 m.H.).

**12.3.2** Gemäss § 2 Abs. 2 SpiliV müssen die Spitäler für die Erteilung eines Leistungsauftrages die allgemeinen Anforderungen wie Einhaltung der Mindestmengen und Infrastrukturvorgaben gemäss den Angaben in den Bewerbungsunterlagen, die sich an anerkannten Standards orientieren, erfüllen. Die einzelnen Anforderungen gemäss § 2 Abs. 2 SpiliV können in den Bewerbungsunterlagen spezifiziert oder mit einer Übergangsfrist von maximal drei Jahren verknüpft werden. Letzteres entspricht einem bedingten Leistungsauftrag.

**12.3.3** Dem Kanton kommt erhebliches Ermessen hinsichtlich der Ausgestaltung der Spitalliste zu. Die Vorinstanz bewegt sich innerhalb dieses Ermessens, wenn sie bedingte Leistungsaufträge nur erteilt, wenn die notwendigen infrastrukturellen und personellen Ressourcen vorhanden sind, es sich um nicht operative Disziplinen handelt und Mindestfallzahlen vorgesehen sind, welche jedoch nicht erreicht werden (vgl. E. 10.4.2 hiavor).

Die Nichterteilung eines bedingten Leistungsauftrages für die Leistungsgruppen URO1.1, URO1.1.1 und URO1.1.8 ist sachlich gerechtfertigt und für die Erreichung des Konzentrationsziels der Vorinstanz geeignet und erforderlich, sowie für die Beschwerdeführerin zumutbar, da die Leistungsbereiche URO1.1, URO1.1.1 und URO1.1.8 nur einen geringen Teil ihres Leistungsvolumens im Bereich Urologie ausmachen. Es liegt daher keine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips vor.

**13.**

**13.1** Zudem brachte die Beschwerdeführerin vor, der Entscheid verstosse gegen die Rechtsgleichheit, da das Spital Zofingen, welches keinen einzigen Eingriff im relevanten Zeitraum durchgeführt habe, einen unbefristeten Leistungsauftrag im Bereich URO1.1 erhalten habe (vgl. Beschwerde BVGer act. 1 Rn. 34). Weshalb das Spital Zofingen Vorrang vor den anderen Leistungserbringern geniessen solle, sei nicht ersichtlich und habe auch keine Rechtsgrundlage (vgl. unaufgeforderte Eingabe BVGer act. 18 S. 3).

**13.2** Die Vorinstanz hielt dagegen, die Rechtsgleichheit sei nicht verletzt worden, da es sachliche Gründe für eine differenzierte Behandlung der einzelnen Bewerber gebe (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 19). Zur Entlastung der knappen Ressourcen und Kapazitäten des Kantonsspitals Aarau sei die fallzahlenmässig bedeutsame Leistungsgruppe URO1.1 der Spital Zofingen AG erteilt worden, damit im Kantonsspital Aarau mehr Kapazitäten für die spezialisierte Versorgung frei würden. Für die Erteilung dieser Leistungsgruppe ans Spital Zofingen würden die Synergiepotentiale und die Gewährleistung der hohen Qualität des Zentrumsspitals auch bei einer Behandlung im Spital Zofingen sprechen (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 47).

Dem Gesundheitszentrum Fricktal seien Leistungsgruppen der spezialisierten Urologie erteilt worden, da es kantonsweit betrachtet über bedeutend höhere Fallzahlen als die Beschwerdeführerin verfüge. Zudem gehe es auch um die Sicherstellung der Versorgung des Fricktals mit stationären urologischen Leistungen, so dass die Betroffenen zur stationären Behandlung nicht über den Jurahöhenzug nach Aarau oder in ausserkantonale Spitäler gehen müssten. Dies entspreche dem Planungskriterium des Zugangs zur Behandlung innert nützlicher Frist gemäss Art. 58b Abs. 4 lit. b KVV (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 Rn. 48).

**13.3** Das BAG wies daraufhin, dass das Spital Zofingen einen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe URO1.1 erhalten habe, obwohl es eine niedrigere (bzw. gar keine) Fallzahl als die Beschwerdeführerin aufweise (vgl. Stellungnahme BAG BVGer act. 13 Rn. III. 3.4).

**13.4**

**13.4.1** Wie die Beschwerdeführerin und das BAG zu Recht vorbrachten, erhielt das Spital Zofingen für die Leistungsgruppe URO1.1 unbedingte

Leistungsaufträge, obwohl es im relevanten Zeitpunkt noch über keine Fallzahlen verfügte (vgl. RRB vom 7. Mai 2014 S. 35, Vorakten 354; BVGer act. 1 Beilage 2).

Vorliegend ist jedoch nicht entscheidend, ob das Spital Leuggern gleich wie das Spital Zofingen behandelt wurde, sondern ob eine Gleichbehandlung im Vergleich mit den anderen Bewerbern besteht. Dem Anhang 2 zum RRB vom 7. Mai 2014 ist zu entnehmen, dass keinem Spital für die Leistungsgruppen URO1.1, URO1.1.1 und URO1.1.8 bedingte Leistungsaufträge erteilt wurden (vgl. Vorakten 283). Ausserdem erhielten auch die Spitäler Gesundheitszentrum Fricktal, Kreisspital für das Freiamt Muri, Klinik Villa im Park, Universitätsspital Basel, Universitätsspital Zürich und Inselsspital Bern, gleich wie die Beschwerdeführerin, keinen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen URO1.1, URO1.1.1 bzw. URO1.1.8, mit der Begründung der Angebotskonzentration, des Nichterreichens der Mindestfallzahlen bzw. der fehlenden Versorgungsrelevanz (vgl. RRB vom 7. Mai 2014 S. 35, 36, 39, 40, 42, 43, 45; Vorakten 354; BVGer act. 1 Beilage 2).

Die Vorinstanz begründete die Erteilung des Leistungsauftrags an das Spital Zofingen mit dem Gewinn von Synergien aufgrund des Kooperationsvertrags mit dem Kantonsspital Aarau (vgl. E. 13.1 hiervor). Die Nutzung von Synergien ist als Planungskriterium in Art. 58b Abs. 5 Bst. c KVV enthalten. Zudem ist in § 3 Abs. 1 Bst. d SpiG eine verstärkte Nutzung von Synergien durch Kooperation mit inner- und ausserkantonalen Spitälern als Ziel formuliert und in § 8 SpiG wird vom Regierungsrat verlangt, dass er durch geeignete Massnahmen für eine Koordination unter den Spitälern und die verstärkte Nutzung von Synergien sorgt. Beim Erlass der Spitalliste bzw. der Vergabe der Leistungsaufträge hat er gemäss § 7 Abs. 3 Bst. a SpiliV die Planungskriterien des Bundesrechts einschliesslich der Spezifikationen in den Bewerbungsunterlagen zu berücksichtigen. Der Bewerbungsunterlage „Grundlagen und Vorgehen zum Bewerbungsverfahren für die Spitalliste 2015“ (vgl. Vorakten 46) ist auf Seite 6 zu entnehmen, dass der Kanton plant, im Sinne der Strategie 6 der GGpl 2010, Disziplinen auf dem Gebiet der spezialisierten Medizin konzeptionell durch die Spitäler gemeinsam anbieten zu lassen und dabei an einem Standort zu konzentrieren. Dieser Vorgabe entspricht die Zusprache eines Leistungsauftrags an das Spital Zofingen gestützt auf einen Kooperationsvertrag mit dem Kantonsspital Aarau, der beinhaltet, dass einfachere urologische Eingriffe vom Kantonsspital Aarau ins Spital Zofingen ausgelagert werden, um die knapp bemessenen Operationskapazitäten des Kantonsspitals zu entlasten und Synergieeffekte zu erzielen.

Schliesslich wird im Anhang 5 Seite Ziffer 4 zum RRB vom 7. Mai 2014 (vgl. Vorakten 258) festgehalten, dass Kooperationen zwischen Spitälern gebildet werden können und welche Anforderungen an eine Kooperationsvereinbarung gestellt werden. Der Beschwerdeführerin wäre es in diesem Rahmen frei gestanden, ebenfalls einen Kooperationsvertrag mit einem anderen Spital einzugehen, um Synergien zu gewinnen.

**13.4.2** Inwiefern eine Ungleichbehandlung gegenüber dem Gesundheitszentrum Fricktal bestehen soll, wurde von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert vorgebracht und ist denn auch nicht zu erkennen. Auch das Gesundheitszentrum Fricktal erhielt keinen Leistungsauftrag für URO1.1.8 (vgl. RRB vom 7. Mai 2014 S. 35, Vorakten 354; BVGer act. 1 Beilage 2).

Hinsichtlich dem Leistungsauftrag URO1.1.1 erreichte das Gesundheitszentrum Fricktal im Jahr 2011 mit 19 Fällen und im Jahr 2012 mit 10 Fällen die Mindestfallzahl von 10 (vgl. RRB vom 7. Mai 2014 S. 40, Vorakten 354; BVGer act. 1 Beilage 2), hingegen nicht das Spital Leuggern, welches zu diesem Zeitpunkt erst 5 bzw. 6 Fälle zu verzeichnen hatte (vgl. RRB vom 7. Mai 2014 S. 37, Vorakten 354; BVGer act. 1 Beilage 2).

Im Leistungsbereich URO1.1 verfügte das Gesundheitszentrum Fricktal im Jahr 2011 über 23 Fälle (vgl. RRB vom 7. Mai 2014 S. 40, Vorakten 354; BVGer act. 1 Beilage 2), während die Beschwerdeführerin 5 Fälle aufwies (vgl. RRB vom 7. Mai 2014 S. 37, Vorakten 354; BVGer act. 1 Beilage 2).

**13.5** Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass keine Verletzung der Rechtsgleichheit auszumachen ist.

#### **14.**

Aus dem Gesagten ergibt sich zusammenfassend, dass die von der Vorinstanz angestrebte Angebotskonzentration gestützt auf Fallzahlen zu keinen Beanstandungen Anlass gibt. Die Nichterteilung eines (bedingten) Leistungsauftrags für die Leistungsbereiche URO1.1, URO1.1.1 und URO1.1.8 ist nachvollziehbar und verhältnismässig. Es liegt keine Verletzung der Rechtsgleichheit vor. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **15.**

Zu entscheiden bleibt die Frage, auf welchen Zeitpunkt die Nichterteilung bzw. Streichung der Leistungsaufträge in den Leistungsbereichen URO1.1, URO1.1.1 und URO1.1.8 in Kraft treten und damit Rechtswirkungen entfalten soll.



**15.1** Da die vorliegende Beschwerde für die Beschwerdeführerin aufschiebende Wirkung hat, wurde die Nichterteilung bzw. Streichung der fraglichen Leistungsaufträge von der Liste des Kantons Aargau einstweilen nicht wirksam und jene blieb bis zum Entscheid über die Beschwerde im bisherigen Umfang als Leistungserbringerin zugelassen (vgl. hierzu auch Urteil des BVGer C-2907/2008 vom 26. Mai 2011).

**15.2** Diesbezüglich ist die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bei einer Nichtaufnahme eines Spitals auf die Spitalliste heranzuziehen (vgl. Urteil des BVGer C-2907/2008 E. 10.2 mit Verweis auf BVGE 2010/15). Danach hat die Nichtaufnahme eines Spitals auf die Spitalliste aufgrund der auf dem Spiel stehenden Interessen (Beschwerdeführer, Kanton, Versicherer, Versicherte, Spitalpersonal) nicht rückwirkend zu erfolgen. Den betroffenen Spitälern kann eine Übergangsfrist von bis zu sechs Monaten eingeräumt werden. Die Übergangsfrist soll einerseits dazu dienen, die Behandlung bereits aufgenommener Patientinnen und Patienten in den fraglichen Kliniken abschliessen zu können, und andererseits den betroffenen Kliniken zu ermöglichen, allenfalls erforderliche Anpassungen in betrieblicher Hinsicht (z.B. betreffend Infrastruktur und Personal) vorzunehmen. Dazu ist eine Übergangsfrist grundsätzlich geeignet (BVGE 2010/15 E. 8.2 mit Hinweisen).

Diese Praxis ist auch bei Nichtzuweisung bzw. Streichung von Leistungsaufträgen zutreffend und entsprechend anzuwenden (vgl. Urteil des BVGer C-2907/2008 E. 10.3). Im vorliegenden Fall hatte die Beschwerdeführerin bis heute gestützt auf die Spitalliste 2007 einen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen URO1.1, URO1.1.1 und URO1.1.8. Sie war somit nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die entsprechenden Behandlungen durchzuführen und musste daher weiterhin die hierfür benötigte Infrastruktur aufrechterhalten und das entsprechende Personal weiterbeschäftigen. Allerdings war ihr bereits aufgrund der aufgehobenen Spitalliste 2012 bewusst, dass der Kanton Aargau gedenkt, ihr in Zukunft keine Leistungsaufträge für diese Bereiche zu erteilen. Ausserdem betreffen die Bereiche URO1.1 mit 5 Fällen im Jahr 2011 und 3 Fällen im Jahr 2012, URO1.1.1 mit 5 Fällen im Jahr 2011 und 6 Fällen im Jahr 2012 und URO1.1.8 mit keinem Fall im Jahr 2011 und 2012 gegenüber einem Gesamtvolumen der Beschwerdeführerin von 132 URO-Fällen im Jahr 2011 und 101 URO-Fällen im Jahr 2012 (vgl. Vernehmlassung BVGer act. 8 S 13), nur einen kleinen Teil des Leistungsvolumens. Wie im Urteil C-2907/2008 erachtet das Bundesverwaltungsgericht auch im vorliegenden Fall eine Übergangsfrist von vier Monaten als ausreichend.

**15.3** Bei der Übergangsfrist handelt es sich um eine Frist, die erst nach Abschluss des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht ihre rechtlichen Wirkungen entfaltet. Die Vorschrift über den Stillstand der Fristen (Art. 22a VwVG) ist darauf nicht anwendbar (Art. 53 Abs. 2 lit. b KVG).

**15.4** Die Beschwerdeführerin ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, während der genannten vier Monate im bisherigen Rahmen Leistungen im Bereich URO1.1, URO1.1.1 und URO1.1.8 zu Lasten der OKP abzurechnen. Soweit andere Vorschriften und Verpflichtungen nicht entgegenstehen, ist es ihr unbenommen, die entsprechenden Leistungen auch vor Ablauf der Frist einzustellen.

## **16.**

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

**16.1** Als unterliegende Partei wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (vgl. Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG). Für das vorliegende Verfahren sind die Verfahrenskosten auf CHF 4'000.- festzusetzen. Dieser Betrag wird dem in dieser Höhe geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

**16.2** Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten. Der obsiegenden Vorinstanz ist jedoch keine Entschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

## **17.**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gegen Entscheide auf dem Gebiet der Krankenversicherung, die das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 33 Bst. i VGG in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 KVG getroffen hat, ist gemäss Art. 83 Bst. r BGG unzulässig. Das vorliegende Urteil ist somit endgültig (vgl. auch BGE 141 V 361).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Ziffer 9.4.7 in Verbindung mit Dispositivziffer 2 der angefochtenen Spitalliste 2015 des Kantons Aargau betreffend die Nichterteilung bzw. Streichung der Leistungsaufträge in den Bereichen URO1.1, URO1.1.1 und URO1.1.8 wird vier Monate ab Eröffnung dieses Urteils rechtswirksam.

**3.**

Die Verfahrenskosten von CHF 4'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. RRB 2014-000518; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Gesundheit (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Stufetti

Karin Wagner

Versand: