



Urteil vom 24. Juli 2018

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),
Richter Daniel Stufetti, Richterin Caroline Bissegger,
Gerichtsschreiber Daniel Golta.

Parteien

A._____ (Privatklinik),
vertreten durch Prof. Dr. iur. Isabelle Häner, Rechtsanwältin,
Bratschi Wiederkehr & Buob AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Regierungsrat des Kantons B._____,
Vorinstanz.

Gegenstand

KVG, Umfang Leistungsauftrag; Beschluss des
Regierungsrates des Kantons B._____ vom 1. Dezember
2015.

Sachverhalt:

A.

A.a Mit Beschluss vom 13. Dezember 2011 (RRB Nr. [...], Akten der Vorinstanz [Vorakten, VA] 6) verabschiedete der Regierungsrat des Kantons B. _____ die Spitalliste 2012 des Kantons B. _____ (Akut-somatik, Psychiatrie, Rehabilitation), setzte diese per 1. Januar 2012 in Kraft und hob gleichzeitig die Spitalliste vom 29. April 1996 (RRB Nr. [...]) auf. Gemäss diesem Spitalistenbeschluss orientierten sich im Bereich der Akut-somatik die Leistungsgruppen an der Leistungsgruppensystematik der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich (nachfolgend Leistungsgruppen-systematik GD ZH bzw. LGS ZH oder Leistungsgruppenkonzept GD ZH bzw. LGK ZH [Version 2.0; vgl. VA 10]). In die Spitalliste 2012 nahm der Regierungsrat des Kantons B. _____ (nachfolgend Regierungsrat, Vorinstanz) auch die Privatklinik A. _____ auf und erteilte ihr unter anderem Leistungsaufträge für die folgenden Leistungsgruppen (S. 3, Anhang 1):

BPE Basispaket für elektive Leistungserbringer: unbefristet

BP Basispaket Chirurgie und Innere Medizin: befristet bis Ende 2013

VIS1 Viszeralchirurgie: unbefristet

PNE1 Pneumologie: befristet bis Ende 2013

A.b Mit Beschluss vom 28. Mai 2013 (RRB Nr. [...]) verlängerte der Regierungsrat auf Antrag der Beschwerdeführerin unter anderem die bis 31. Dezember 2013 befristeten Leistungsaufträge für die *Leistungsgruppen BP und PNE1* bis zum 31. Dezember 2014 (VA 8).

A.c Nach Korrespondenz und einem Gespräch zwischen der Beschwerdeführerin und dem Gesundheitsamt des Kantons B. _____ (vgl. VA 9-11) beschloss der Regierungsrat am 12. August 2014 (RRB Nr. [...] [VA12]), der Beschwerdeführerin ab 1. Januar 2015 keinen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen Basispaket Chirurgie und Innere Medizin (BP) und Pneumologie (PNE1) zu erteilen. Den Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe Viszeralchirurgie (VIS1) befristete er bis zum 31. Dezember 2015. Zur Begründung führte der Regierungsrat namentlich aus, dass die Beschwerdeführerin für das BP-Leistungspaket die Anforderungen des Leistungsgruppenkonzepts GD ZH aufgrund der vorliegenden Unterlagen nicht erfülle. Daher könne ihr ab 2015 kein definitiver BP-Leistungsauftrag erteilt

werden. Für den PNE1-Leistungsauftrag sei ein BP-Leistungsauftrag Voraussetzung. Zusätzliche Voraussetzung sei mindestens eine – nicht ersichtliche – auswärtige Kooperation mit der Leistungsgruppe THO1.1. Die Beschwerdeführerin erfülle die Anforderungen des LGK ZH somit nicht, weshalb ihr kein definitiver PNE1-Leistungsauftrag ab 2015 erteilt werden könne. Für den VIS1-Leistungsauftrag werde gemäss LGK ZH ein BP-Leistungsauftrag vorausgesetzt. Ohne BP-Leistungsauftrag dürften keine VIS1-Leistungen angeboten werden. Da der Beschwerdeführerin ab Januar 2015 kein definitiver BP-Leistungsauftrag erteilt werden könne, entfalle auch der bisherige unbefristete VIS1-Leistungsauftrag. Im Sinne einer Übergangslösung dürfe die Beschwerdeführerin trotzdem VIS1-Leistungen ab 1. Januar 2015 noch während zwölf Monaten anbieten. Der VIS1-Leistungsauftrag werde deshalb bis 31. Dezember 2015 befristet.

A.d Am 16. September 2014 beschloss der Regierungsrat, dass die Spitalliste des Kantons B._____ ab dem 1. Januar 2015 die Struktur des Leistungsgruppenkonzepts der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich, Version 2015.1 aufweise (RRB [...] [VA 13]).

A.e Nach vorgängiger Korrespondenz (vgl. VA 14-17) reichte die Beschwerdeführerin am 19. Juni 2015 beim Gesundheitsamt des Kantons B._____ (nachfolgend Gesundheitsamt) ein neues Betriebskonzept ein und beantragte die Erteilung der folgenden Leistungsaufträge (gemäss Spitalleistungskonzept GD ZH) ab 1. Januar 2016 (VA 18):

BP	(Basispaket Medizin und Chirurgie)
VIS1	(Viszeralchirurgie)
BEW8	(Wirbelsäulenchirurgie)
PNE1	(Pneumologie).

B.

Mit Regierungsratsbeschluss (RRB) Nr. [...] vom 1. Dezember 2015 (VA 24) verfügte der Regierungsrat des Kantons B._____ Folgendes:

- 3.1 Das Gesuch der Privatklinik A._____ um Erteilung eines unbefristeten Leistungsauftrages für die Leistungsgruppe Viszeralchirurgie (VIS1) wird abgewiesen.
- 3.2 Der befristete Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe VIS1 wird letztmals bis 31. Dezember 2016 verlängert.

3.3 Das Gesuch der Privatklinik A. _____ um Erteilung eines Leistungsauftrages für die Leistungsgruppen Basispaket Chirurgie und Innere Medizin (BP), Pneumologie (PNE1) und Wirbelsäulen Chirurgie (BEW8) wird abgewiesen.

3.4 Nach Ablauf des bis 31. Dezember 2016 befristeten Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe VIS1 wird die auf der Website des Gesundheitsamtes aufgeschaltete Spitalliste des Kantons B. _____ angepasst.

C.

C.a Am 4. Januar 2016 erhob die Beschwerdeführerin gegen diesen Regierungsratsbeschluss Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und stellte die folgenden Rechtsbegehren:

1. Der vorinstanzliche Beschluss Nr. [...] vom 1. Dezember 2015 sei aufzuheben, soweit er das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung unbefristeter Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen Viszeralchirurgie (VIS1), Wirbelsäulen Chirurgie (BEW8) und Pneumologie (PNE1) abweist.
2. Der Beschwerdeführerin seien unbefristete Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen Viszeralchirurgie (VIS1), Wirbelsäulen Chirurgie (BEW8) und Pneumologie (PNE1) zu erteilen.

Eventualiter sei der Beschwerdeführerin zusätzlich das Basispaket Chirurgie und innere Medizin (BP) zu erteilen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Vorinstanz.

C.b Am 15. Januar 2016 leistete die Beschwerdeführerin den ihr vom Bundesverwaltungsgericht auferlegten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 6'000.- (vgl. B-act. 2, 5).

C.c Mit Vernehmlassung vom 20. Februar 2016 beantragte der Regierungsrat die Abweisung der Beschwerde – unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin (B-act. 7).

C.d Vom Bundesverwaltungsgericht dazu aufgefordert, reichte das Bundesamt für Gesundheit (BAG) am 24. März 2016 einen Fachbericht in Form einer Stellungnahme ein (B-act. 9).

C.e In ihren Schlussbemerkungen vom 29. April 2016 (Regierungsrat, B-act. 11) und 2. Mai 2016 (Beschwerdeführerin, B-act. 12) ersuchten die

Parteien um Gutheissung ihrer bereits gestellten Anträge. Diese Schlussbemerkingen liess das Bundesverwaltungsgericht am 6. Mai 2016 der jeweils anderen Partei zukommen und erklärte den Schriftenwechsel als abgeschlossen (B-act. 13).

C.f Am 29. November 2017 informierte der Regierungsrat das Bundesverwaltungsgericht (unter Beilage diverser Unterlagen) darüber, dass er am 26. Juni 2017 (RRB Nr. [...]) die Spitalplanung Akutsomatik 2012-2025 und entsprechende Grundlagenberichte verabschiedet habe (B-act. 15). Ausserdem habe er mit RRB Nr. [...] vom 28. November 2017 die Aktualisierung der Spitalliste Akutsomatik per 1. Januar 2018 beschlossen. Dadurch werde der Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens nicht präjudiziert. Am 11. Dezember 2017 brachte das Bundesverwaltungsgericht das Schreiben des Regierungsrates der Beschwerdeführerin zur Kenntnis (B-act. 16).

D.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 VGG und Art. 53 Abs. 2 Satz 1 KVG (SR 832.10) grundsätzlich nach den Vorschriften des VwVG. Vorbehalten bleiben allfällige Abweichungen des VGG und die besonderen Bestimmungen des Art. 53 Abs. 2 KVG.

2.

Nach Art. 53 Abs. 1 KVG kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Der angefochtene Beschluss Nr. [...] des Regierungsrates des Kantons B._____ vom 1. Dezember 2015 wurde gestützt auf Art. 39 KVG erlassen. Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 90a Abs. 2 KVG). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Adressatin durch den angefochtenen Regierungsratsbeschluss besonders berührt und hat insoweit an dessen Aufhebung beziehungsweise Abänderung ein

schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert. Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist, nachdem auch der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet wurde, einzutreten (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4 VwVG).

3.

3.1 Mit Beschwerde gegen einen Spitallistenentscheid im Sinne von Art. 39 Abs. 1 KVG kann die Verletzung von Bundesrecht (unter Einschluss des Missbrauchs oder der Über- bzw. Unterschreitung des Ermessens) und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Nicht zulässig ist hingegen die Rüge der Unangemessenheit (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG i.V.m. Art. 49 VwVG; vgl. Urteil des BVGer C-6088/2011 vom 6. Mai 2014 E. 2.5.1 f.). Bei der Spitalplanung und beim Erlass der Spitalliste verfügt der Kanton über einen erheblichen Ermessensspielraum (vgl. BVGE 2016/14 E. 1.6.2; Urteil des BVGer C-6007/2016 vom 7. Februar 2018 E. 4.1, 8.9, je m.w.H.; BGE 138 II 191 E. 4.3.1 f.). Die Anwendung kantonalen Rechts wird vom Bundesverwaltungsgericht nicht bzw. bloss daraufhin überprüft, ob dadurch Bundesrecht verletzt wird, wozu auch die willkürliche Anwendung kantonalen Rechts gehört. Eine freie Überprüfung des kantonalen Rechts findet nicht statt (vgl. Urteil des BGer 2C_399/2012 E. 2.7; Urteile des BVGer Urteil C-6007/2016 E. 7.8 und C-623/2009 vom 8. September 2010 E. 3.2, je m.w.H.).

3.2 Unter Ermessen versteht man den Handlungsspielraum, den der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden bei der Anordnung von Rechtsfolgen einräumt. Das Ermessen ist immer pflichtgemäss, d.h. verfassungs- und gesetzeskonform auszuüben. Wird das Ermessen nicht pflichtgemäss ausgeübt, kann dies – je nach Schwere des Fehlers – bloss Unangemessenheit bedeuten oder aber Rechtswidrigkeit. Bleibt eine Behörde innerhalb des rechtlich eingeräumten Ermessensspielraums, übt dieses Ermessen jedoch in einer Weise aus, die den Umständen des Einzelfalls nicht gerecht wird und deshalb unzweckmässig ist, spricht man von Unangemessenheit. Verkennt eine Behörde Vorliegen oder Bedeutung eines Ermessensspielraums, liegt eine Rechtsverletzung vor. Diese Rechtsverletzung kann als Ermessensüberschreitung, Ermessenunterschreitung oder Ermessensmissbrauch in Erscheinung treten. Bei einer Ermessenunterschreitung schöpft die Behörde einen Ermessensspielraum nicht aus, indem sie von vornherein auf die Ermessensausübung verzichtet oder sich als gebunden erachtet, obwohl ihr das Gesetz Ermessen einräumt (vgl. Urteil des BVGer C-6088/2011 E. 2.5.3.3 mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre). Da

gestützt auf Art. 49 Bst. a VwVG lediglich die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden kann, kann die Ermessensunterschreitung sich nur auf Bundesrecht beziehen, hingegen nicht auf kantonales oder interkantonales Recht oder gar eine interkantonale Empfehlung.

3.3 Das Bundesverwaltungsgericht ist nach dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. Urteil C-6007/2016 E. 4.2 m.w.H.).

3.4 Der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen schliesst keine aufsichtsrechtliche Überprüfung des angefochtenen Entscheids mit ein. Der auch in Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach Art. 53 KVG geltende Untersuchungsgrundsatz (vgl. BVGE 2014/3 E. 1.5.2) entbindet den Beschwerdeführer nicht davon, seine Beschwerde zu begründen und die Mängel zu rügen, an denen der angefochtene Beschluss leiden soll. Zwar nimmt der Untersuchungsgrundsatz den Parteien einen wesentlichen Teil der subjektiven Beweisführungslast ab, aber er befreit sie nicht im gleichen Masse von der Behauptungslast, welche von ihnen verlangt, dass sie die Beweismittel beibringen, welche die entscheidende Behörde von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Sachbehauptung überzeugen sollen (vgl. Urteil des BVGer C-2907/2008 vom 26. Mai 2011 E. 8.4.7 m.w.H.).

3.5 Mit Blick auf Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG, wonach echte tatsächliche Noven unzulässig sind, hat das Bundesverwaltungsgericht bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit eines Spitalistenbeschlusses in der Regel auf den bis zum Beschlusszeitpunkt (vorliegend 1. Dezember 2015) eingetretenen Sachverhalt abzustellen (vgl. Urteil C-6007/2016 E. 4.3, Urteil des BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016 E. 2.3).

3.6 In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (vgl. BGE 130 V 329 E. 2.3, BGE 134 V 315 E. 1.2), vorliegend somit die am 1. Dezember 2015 geltenden Rechtssätze.

4.

4.1 In materieller Hinsicht streitig und – unter dem Blickwinkel der eingeschränkten Kognition des Bundesverwaltungsgerichts in Beschwerdeverfahren betreffend Spitallisten – zu prüfen ist, ob die mit dem angefochtenen Beschluss verfügte Weigerung der Erteilung von unbefristeten Leistungsaufträgen für die Leistungsgruppen BEW8, PNE1, VIS1 und eventualiter BP gegen Bundesrecht verstösst. Für diese Beurteilung sind namentlich die nachfolgend aufgeführten Bestimmungen massgebend (zu folgenden E. 4.2-4.9 vgl. auch Urteil C-6007/2016 E. 6).

4.2 Eine Spitalliste muss sich auf eine bundesrechtskonforme Spitalplanung stützen (Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG; vgl. Urteil des BVGer C-1966/2014 vom 23. November 2015 E. 4.2; Urteil C-6007/2016 E. 7.7). Mit der kantonalen Spitalplanung soll einerseits als primäres Ziel die bedarfsgerechte Spitalversorgung der Bevölkerung gewährleistet werden, andererseits eine Kosteneindämmung und namentlich der Abbau von Überkapazitäten angestrebt werden. Daran hat die KVG-Revision zur neuen Spitalfinanzierung nichts geändert. Vielmehr gehören die Kosteneindämmung und namentlich der Abbau von Überkapazitäten weiterhin zu den Zielen der Spitalplanung. Eine interkantonale Koordination der Planung ist für das Erreichen der verschiedenen Ziele (namentlich die Bedarfsdeckung, eine optimale Ressourcennutzung sowie die Eindämmung der Kosten) von erheblicher Bedeutung. Die in Art. 39 Abs. 2 KVG verankerte und in Art. 58d KVV konkretisierte Pflicht zur Koordination der Planungen gilt generell und nicht nur zur Vermeidung einer Unterversorgung (vgl. Urteil C-6266/2013 vom 29. September 2015 E. 4.3.7, 4.5; BVGE 2012/30 E. 4.7). Bedarfsgerecht ist die Versorgungsplanung grundsätzlich dann, wenn sie den Bedarf – aber nicht mehr als diesen – deckt (Urteil C-1966/2014 E. 4 m.H.). Eine weitergehende Planungsverpflichtung, insbesondere zum Schutze von individuellen Interessen der Leistungserbringer, ist dem KVG nicht zu entnehmen. Was die Frage angeht, ob die Planung des Kantons bezüglich dieser öffentlichen Interessen KVG-konform erfolgt ist, fehlt das Individualrechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin (vgl. BVGE 2012/30 E. 4.7 m.w.H.).

4.3 Art. 39 Abs. 1 KVG bestimmt in Verbindung mit Art. 35 Abs. 1 KVG, unter welchen Voraussetzungen Spitäler zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) zugelassen werden. 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. Demnach muss ein Spital eine ausreichende ärztliche Betreuung gewährleisten, über das erforderliche Fachpersonal und zweckentsprechende medizinische Einrichtungen verfügen und eine zweckentsprechende pharmazeutische Versorgung gewährleisten. Gemäss Bst. d muss – im Sinne einer Bedarfsdeckungs- und Koordinationsvoraussetzung – 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. e setzt schliesslich – im Sinne einer Publizitäts- und Transparenzvoraussetzung (an welche Rechtswirkungen geknüpft werden) – voraus, dass die Spitäler oder die einzelnen Abteilungen in der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons aufgeführt sind. Die Voraussetzungen gemäss Bst. d und e sollen eine Koordination der Leistungserbringer, eine optimale Ressourcennutzung und eine Eindämmung der Kosten bewirken (BVGE 2010/15 E. 4.1; C-401/2012 E. 6.1; Urteil C-6266/2013 E. 3.2, je m.w.H.). Seit dem 1. Januar 2009 sind die Kantone nach Art. 39 KVG verpflichtet, ihre Planung zu koordinieren (Abs. 2). 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^{ter}). Diesem Auftrag ist der Bundesrat mit dem Erlass der Art. 58a ff. KVV (SR 832.102), in Kraft seit 1. Januar 2009, nachgekommen.

4.4 Gemäss Art. 58b KVV ermitteln die Kantone den Bedarf in nachvollziehbaren Schritten. Sie stützen sich namentlich auf statistisch ausgewiesene Daten und Vergleiche (Abs. 1). Sie ermitteln das Angebot, das in Einrichtungen beansprucht wird, die nicht auf der von ihnen erlassenen Liste aufgeführt sind (Abs. 2). Sie bestimmen das Angebot, das durch die Auf- führung von inner- und ausserkantonalen Einrichtungen auf der Spitalliste gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG zu sichern ist, damit die Versorgung 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). 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. Nach Art. 58d KVV müssen die Kantone im Rahmen der Verpflichtung zur interkantonalen Koordination der Planungen nach Art. 39 Abs. 2 KVG insbesondere die nötigen Informationen über die Patientenströme auswerten und diese mit den betroffenen Kantonen austauschen (Bst. a) und die Planungsmassnahmen mit den davon in ihrer Versorgungssituation betroffenen Kantonen koordinieren (Bst. b). 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).

4.5 Die in Art. 58b Abs. 1 bis 3 KVV verankerten Grundsätze zur Ermittlung des Angebots, das auf der Spitalliste zu sichern ist, entsprechen der bisherigen Rechtsprechung. Auch die in Art. 58b Abs. 4 und 5 KVV aufgeführten Kriterien zur Beurteilung und Auswahl der Spitäler bzw. zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität stimmen mit der bisherigen Rechtsprechung überein. Eine nach dem 1. Januar 2009 erlassene Spitalliste muss den damals in Kraft getretenen Art. 58a ff. KVV somit vollumfänglich entsprechen (vgl. Urteil des BVGer C-5576/2011 vom 2. Juni 2014 E. 3.5 m.H. auf Urteil des BVGer C-325/2010 vom 7. Juni 2012 E. 4.4.4, 4.6).

4.6 Die Spitalliste entsteht in einem zweistufigen Verfahren: Zunächst muss gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG die Bedarfsplanung (Bedarfsermittlung) vorgenommen werden. In einer zweiten Phase stellt der Kanton die Deckung des ermittelten Bedarfs sicher (Bedarfsdeckung, Bedarfssicherung), indem er eine Auswahl zwischen den verschiedenen möglichen Leistungserbringern trifft (vgl. dazu UELI KIESER, Spitalliste und Spitalfinanzierung, in: AJP 1/2010, S. 61 ff., S. 65; s. auch Art. 58b Abs. 4 KVV). Zu diesem Planungsschritt gehört auch die Überprüfung der Bereitschaft und Fähigkeit zur Erfüllung des Leistungsauftrages (Art. 58b Abs. 4 Bst. c KVV). Bei der Auswahl aus den Listenbewerbern ist der Kanton ausserdem gehalten, diejenigen Leistungserbringer auszuwählen, welche die bundesrechtlichen Auswahlkriterien der Wirtschaftlichkeit und Qualität am besten erfüllen (Art. 58b Abs. 4 und 5 KVV). Auch die Frage der Wirtschaftlichkeit

der Leistungserbringer wird somit erst nach Ermittlung des vorliegend umstrittenen Bedarfs einer angebotenen Leistung, im Rahmen der zweiten Phase, von Bedeutung und ist erst in dieser zweiten Phase zu beurteilen (vgl. Urteile C-5576/2011 E. 4.2 und C-6266/2013 E. 4.3.2).

4.7 Für die Auswahl der Spitäler, welchen ein Leistungsauftrag erteilt werden soll, muss – in der zweiten Phase (Bedarfsdeckung) – zwingend eine Wirtschaftlichkeitsprüfung durch Betriebsvergleiche vorgenommen werden (vgl. Urteile des BVGer C-4302/2011 E. 5.3; Urteil BVGer C-5647/2011 vom 16. Juli 2013 E. 5.3.1). Die im Zusammenhang mit der Spitalfinanzierung entwickelten Grundsätze der Wirtschaftlichkeitsprüfung (grundlegend betreffend Akutsomatik BVGE 2014/36 E. 4 ff.; zur Zusammenfassung wichtiger Grundsätze vgl. bspw. Urteil BVGer C-4310/2013 vom 20. April 2015 E. 3 ff.) sind auch bei der Spitalplanung zu berücksichtigen (vgl. Urteil C-4302/2011 E. 5.2; vgl. zum Ganzen Urteil C-6266/2013 E. 4.3.3).

4.8 Das Bundesrecht schreibt den Kantonen das Verfahren, nach dem die Spitalplanung erfolgen soll, nicht vor. In Art. 39 KVG und Art. 58a ff. KVV werden denn auch lediglich die materiellen Mindestvorgaben, welchen die Spitalplanung in Vollzug von Bundesrecht genügen muss, formuliert. Im Übrigen steht den zum Erlass der kantonalen Spitallisten zuständigen Organen ein weiter Ermessensspielraum zu, wobei die allgemeinen Schranken der Ermessensbetätigung zu beachten sind. Zudem garantieren die Grundsätze des Verfassungs-, Verwaltungs- und Verfahrensrecht die rechtsstaatliche Ausgestaltung des Spitalistenverfahrens. Die pflichtgemässe Ermessensausübung durch die zuständigen Organe sowie die allgemeinen Grundsätze des Verfassungs-, Verwaltungs- und Verfahrensrecht stellen sicher, dass die Spitallisten in einem öffentlichen, transparenten, rechtsgleichen und fairen Verfahren erlassen werden (vgl. Urteil C-5576/2011 E. 5.2. m.H.; s. auch oben E. 3.1 f.).

4.9 Art. 58a KVV schreibt zudem vor, dass die Planung periodisch zu überprüfen ist. Die Planung ist ein Prozess. Sie muss periodisch aufdatiert und an die neuen Bedingungen angepasst werden, damit ihr gesetzliches Ziel, die bedarfsgerechte Versorgung, erreicht werden kann (vgl. S. 7 der Publikation «Änderungen und Kommentar im Wortlaut» des BAG zu den vorgesehenen Änderungen der KVV per 1. Januar 2009). Spitalplanungen und Spitallisten müssen laufend überprüft und allenfalls dem veränderten Bedarf angepasst werden (vgl. Urteil des BVGer C-325/2010 vom 7. Juni 2012 E. 4.5.5 m.H.). Angesichts des Umstandes, dass jeder Spitalliste in-

sofern immer ein provisorischer Charakter innewohnt, als sie stets veränderten Verhältnissen angepasst werden muss, erlangt ein Spital, wenn es in der Spitalliste figuriert, nie eine gesicherte Rechtsposition, unabhängig davon, ob die Liste als provisorische bezeichnet wird oder nicht. Das KVG kennt denn auch keine Differenzierung zwischen definitiven und provisorischen Listen. Die Bezeichnung als provisorische Liste ändert nichts an den Rechtswirkungen. Die Zulassung eines Spitals im Sinne von Art. 39 KVG steht somit in jedem Fall unter dem Vorbehalt der laufenden Überprüfung und Anpassung der Spitalplanung und der Spitalliste, sei es, weil für jenes der Bedarf an stationären Leistungen nicht mehr besteht (Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG), sei es, weil es gewisse Infrastruktur- und Dienstleistungsvoraussetzungen gemäss Absatz 1 Buchstaben a bis c dieser Bestimmung nicht mehr erfüllt (vgl. RKUV 4/2002 233 KV 216 [Entscheid des Bundesrats vom 31. Oktober 2001] E. II.1.1.1 m.H.). Gemäss der – mit Art. 58a ff. kodifizierten (vgl. Urteile C-1966/2014 E. 4.1.1 und C-325/2010 E. 4.4.3) – Praxis des Bundesrates sind Spitalplanungen und Spitallisten nötigenfalls an die neuen Verhältnisse und namentlich an den neuen Bedarf anzupassen, was dazu führen kann, dass einzelne Spitäler von der Liste ausgeschlossen werden müssen, wenn beispielsweise für diese der Bedarf an stationären Leistungen nicht mehr besteht. Die Spitalplanung und die Spitalliste sollen eine Koordination der Leistungserbringer, eine optimale Ressourcennutzung und eine Eindämmung der Kosten bewirken. Dabei handelt es sich um besonders gewichtige öffentliche Interessen, welche eine regelmässige Überprüfung der Spitalplanung und der Spitallisten erfordern. Die Planung muss laufend überprüft werden, um den Stand der Dinge so aktuell wie möglich widerzuspiegeln. Das Gebot, die Spitallisten laufend anzupassen beansprucht ohne weiteres Vorrang vor der Rechtssicherheit (vgl. RKUV 4/2002 KV 216 E. II.2.2 f. m.H.). Eine konkrete zeitliche Vorgabe zur Länge der Planungs- und Überprüfungsperioden findet sich im Bundesrecht nicht. Innerhalb der bundesrechtlichen Vorgaben (Art. 58a-58e KVV) und der Ziele des KVG haben die Kantone bei der Umsetzung der Spitalplanung einen erheblichen Spielraum (vgl. GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 653 Rz. 794; vgl. zum Ganzen Urteil C-6007/2016 E. 7.5). Der Erlass einer neuen Spitalliste setzt allerdings grundsätzlich eine neue Planung entsprechend den Planungskriterien (Art. 58a KVV i.V.m. Art. 39 Abs. 2^{ter} KVG) und eine Wirtschaftlichkeitsprüfung aller Leistungserbringer, die für einen Leistungsauftrag in Frage kommen, voraus (vgl. auch Urteil C-6007/2016 E. 7.5, 8.1).

4.10 In Bezug auf den im Beschwerdeverfahren C-6007/2016 angefochtenen Entscheid betreffend Nichterweiterung eines Leistungsauftrags führte das Bundesverwaltungsgericht aus (E. 8.5 m.H.), dass im Rahmen der langfristigen Spitalplanung die Vergabe von zusätzlichen Leistungsaufträgen ohne umfassende Planung und Neuevaluation in jenem Fall zu einem nicht zulässigen Überangebot führen könnte, was einem der Ziele der Spitalplanung widersprechen würde. Ausserdem bestünde auch die Gefahr, dass die Kantone dabei ihre Pflicht zur Koordination ihrer Spitalplanungen nicht wahrnähmen. Zudem wäre nicht sichergestellt, dass alle interessierten Leistungserbringer in das Bewerbungsverfahren einbezogen würden. Welche Änderungen an einer Spitalliste ausserhalb einer umfassenden Spitalliste zulässig sind, hat das Bundesverwaltungsgericht dort nicht abschliessend geklärt und muss auch hier nicht abschliessend geklärt werden. Immerhin ist davon auszugehen, dass – analog zum Urteil C-6007/2016 – bei einem *klar ausgewiesenen* Versorgungsbedarf oder Unterangebot Anpassungen bei den Leistungsaufträgen möglich sein müssen, zumal ein Kanton im Rahmen seiner Pflicht zur Spitalplanung eine Unterversorgung der in seinem Kantonsgebiet wohnhaften, vom Versicherungsobligatorium erfassten Versicherten verhindern muss (vgl. Art. 58a Abs. 1 KVV).

5.

5.1 Vorweg ist Folgendes festzuhalten: Mit Beschluss vom 27. Januar 2011 hat der Vorstand der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) die damalige Version des LGK ZH gewürdigt und den Kantonen für die Spitalplanung ab 2012 zur Anwendung empfohlen. Wie bereits ausgeführt (s. Sachverhalt A.a) orientiert sich die Spitalliste 2012 des Kantons B. _____ am LGK ZH (ursprünglich in der Version 2.0, ab 1. Januar 2015 in der Version 2015.1). Auch der angefochtene RRB orientiert sich an der Gliederung der Leistungsgruppen gemäss LGK ZH 2015.1, wovon auch die Beschwerdeführerin ausgeht.

5.2 Zu prüfen ist, ob die Weigerung des Regierungsrats, der Beschwerdeführerin einen Leistungsauftrag der Spitalleistungsgruppe Wirbelsäulenchirurgie BEW8 zu erteilen, gegen Bundesrecht verstösst.

5.3 Mit dem angefochtenen Beschluss wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf erstmalige Erteilung eines Leistungsauftrags für die Spitalleistungsgruppe BEW8 ab 1. Januar 2016 abgewiesen. Diese Abweisung begründete der Regierungsrat im Wesentlichen (v.a. S. 6 f.) damit, dass im

Bereich der BEW8-Leistungsgruppe kein ausgewiesener Bedarf in der Versorgungsplanung bestehe. Die im BEW8-Bereich auffällig hohe Hospitalisationsrate sei sogar ein Indiz für eine Überversorgung. Durch einen zusätzlichen Anbieter würde die Gefahr medizinisch unnötiger Eingriffe bzw. einer Überversorgung weiter verstärkt, was im Widerspruch zu massgeblichen Zielen und Vorgaben der Spitalplanung stehe.

5.4 In der Beschwerde (v.a. Rz. 39-50) und ihren Schlussbemerkungen (B-act. 12 v.a. Rz. 15-22) begründete die Beschwerdeführerin ihren Antrag auf Erteilung eines BEW8-Leistungsauftrags hauptsächlich damit, dass in diesem Leistungsbereich kein ausreichendes innerkantonales Leistungsangebot, sondern ein zusätzlich zu deckender Bedarf bestehe. Dies werde namentlich aus der Nettozunahme der Patienten, die sich ausserkantonale operieren liessen und die auffällig hohen Hospitalisationsraten ersichtlich. Sodann werde es jedes Jahr mehr Patientinnen und Patienten geben, welche an einer Wirbelsäulenpathologie behandelt werden müssten. Ausserdem habe der Regierungsrat zu Unrecht das – zu bejahende – Erfüllen der BEW8-leistungsgruppenspezifischen und der qualitativen Anforderungen durch die Beschwerdeführerin nicht beachtet. Obwohl die Wirtschaftlichkeit und die Qualität grundlegende, zwingend zu beachtende Kriterien der Spitalplanung seien, habe der Regierungsrat diesbezüglich rechtswidrig keinen Vergleich vorgenommen.

5.5 In seiner Vernehmlassung vom 20. Februar 2016 (B-act. 7 v.a. S. 6-9, 11) und seinen Schlussbemerkungen (B-act. 11) führte der Regierungsrat zur Hauptsache aus, dass der Antrag auf Erteilung des BEW8-Leistungsauftrages mangels Bedarfs in der Versorgungsplanung abgewiesen worden sei, wie die aufgrund des Gesuchs der Beschwerdeführerin vorgenommene Analyse ergeben, habe. Der Bedarf werde durch die für die Leistungsgruppe BEW8 auf der Spitalliste angeführten Spitäler abgedeckt. Dabei werde die Versorgung – da ausserkantonale Behandlungen per se in keiner Weise unerwünscht seien – auch durch ausserkantonale Listenspitäler sichergestellt. Dass der Bedarf in der Wirbelsäulen Chirurgie aufgrund der demographischen Entwicklung und der Zunahme von degenerativen Erkrankungen der Wirbelsäule im Alter steigen werde, sei unbestritten. Hingegen seien die auffällig hohen Hospitalisationsraten im BEW8-Bereich und die zunehmende Anzahl der Hospitalisationen kein Indiz für einen gesteigerten Bedarf, sondern für eine potentielle Angebotsinduzierung. Diese würde durch ein neues zusätzliches Angebot zweifellos verschärft, was unerwünscht sei. Da es demnach bereits an der Grundvoraussetzung des

ungedeckten Bedarfs fehle, hätten sich eine Prüfung der leistungsspezifischen und qualitativen BEW8-Anforderungen sowie die Durchführung eines Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsvergleichs erübrigt.

6.

6.1 Zu prüfen ist, ob die Spitalplanung des Kantons B. _____ langfristig ausgelegt ist und die Erteilung des BEW8-Leistungsauftrags – im Sinne des Urteils C-6007/2016 – eine ausserplanmässige Vergabe eines zusätzlichen Leistungsauftrags darstellen würde.

6.1.1 Wie aus Dispositivziffer 4.2 der Spitalliste 2012 ersichtlich ist, datierte die vorgängige Spitalliste des Kantons B. _____ vom 29. April 1996 und wurde mit der Inkraftsetzung der Spitalliste 2012 aufgehoben.

6.1.2 Im Februar 2010 hat sich der Kanton B. _____ mit seinen Nachbarkantonen E. _____, F. _____ und G. _____ darauf verständigt, die Bedarfsplanung gemeinsam anzugehen (vgl. Bericht „Spitalplanung 2012 – Versorgungsbericht Kanton B. _____“ [nachfolgend Versorgungsbericht 2012, VA 3]). In der Folge wurden im Rahmen dieser Nordwestschweizer Spitalversorgungsplanung per Oktober 2010 der Versorgungsbericht 2012 mit Prognosen für das Jahr 2020 und per November 2010 im Rahmen der Spitalplanung des Kantons B. _____ eine „Bedarfsanalyse für die Jahre 2015 und 2020 unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung für das Spital D. _____“ erstellt (nachfolgend Bedarfsanalyse 2012 [VA 3]). Die Spitalliste 2012 wurde auf der Basis dieser beiden Berichte zwecks Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung per 1. Januar 2015 erarbeitet (vgl. Spitalliste 2012 S. 2). Beide Berichte und die Spitalliste 2012 basieren auf dem LGK ZH, dessen Verwendung die GDK den Kantonen für die Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung empfohlen hatte (s. Spitalliste 2012 S. 2). Im Rahmen des mit der Spitalliste 2012 in Aussicht genommenen langen Planungshorizonts (2020), verfolgte der Kanton B. _____ die weitere potentiell planungsrelevante Entwicklung im Rahmen des Monitorings der regionalen und überregionalen Patientenströme für den Kanton B. _____ (s. entsprechenden Schlussbericht vom September 2015 [nachfolgend Schlussbericht B. _____ 2015, VA 19] und den im Rahmen desselben Monitorings erstellten „Schlussbericht Nordwestschweiz“ vom September 2015 [nachfolgend Schlussbericht Nordwestschweiz 2015, VA 20]). Die langjährige Anlehnung an das LGK ZH wird auch aus dem RRB [...] vom 16. September 2014 ersichtlich, mit welchem der Regierungsrat ohne Weiteres befand, dass die gesamte Spitalliste ab

1. Januar 2015 die Struktur des LGK ZH Version 2015.1 aufweise (VA 13). Wie aus der Spitalliste 2012 hervorgeht, wurde damit nur im Sinne eines Zwischenziels angestrebt, per 1. Januar 2015 sämtliche neuen Spitalfinanzierungsvoraussetzungen zu erfüllen. Auch dies spricht für eine langjährige Ausrichtung der Spitalplanung ab 2012. Unter diesen Umständen ist die Spitalplanung des Kantons B. _____ auf der Basis der Spitalliste 2012 als langfristig ausgelegt zu beurteilen. Etwas anderes wird von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht, die vielmehr erklärt, die Orientierung am LGK ZH nicht in Frage zu stellen (Beschwerde Rz. 6).

6.1.3 Dass die Spitalliste 2012 auf einer rechtswidrigen Planung beruht oder aus anderen Gründen als bundesrechtswidrig zu werten sei, wird von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht. Für das Bundesverwaltungsgericht besteht kein Anlass, vorliegend die Rechtskonformität der Spitalliste 2012 und der Planung, auf welcher sie beruht, zu hinterfragen.

6.1.4 Im Sinne eines Zwischenresultats ist somit festzuhalten, dass die Spitalplanung des Kantons B. _____ auf der Basis der Spitalliste 2012 – analog zur Spitalplanung im Verfahren C-6007/2016 – langjährig angelegt ist und eine zwischenzeitliche Erteilung eines BEW8-Leistungsauftrages ab 1. Januar 2016 an die Beschwerdeführerin sozusagen ausserplanmässig wäre.

6.1.5 Der Vollständigkeit halber kann darauf hingewiesen werden, dass der Kanton B. _____ die langfristige Spitalplanung mit Blick auf einen Planungshorizont 2025 weiterentwickelt hat, wie aus den Berichten „Grundlagen Spitalplanung Akutsomatik 2012-2025 Kanton B. _____“ und „Bedarfsermittlung 2025: Analyse und Prognose, Spitalplanung Akutsomatik 2012-2025 Kanton B. _____“ (beide vom Mai 2017) ersichtlich wird, die der Regierungsrat im vorliegenden Beschwerdeverfahren nachgereicht hat. Gestützt darauf hat er am 28. November 2017 mit RRB [...] erhebliche Anpassungen der Spitalliste per 1. Januar 2018 vorgenommen (vgl. B-act. 15 inkl. Beilagen).

6.2 Zu prüfen bleibt, ob ein *klar ausgewiesener* Versorgungsbedarf oder ein ebensolches Unterangebot besteht, was – im Sinne des Urteils C-6007/2016 – die Erteilung des beantragten Leistungsantrags notwendig erscheinen liesse.

6.2.1 Diesbezüglich ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin keine substantiierten Angaben dazu macht, wie hoch der angeblich ungedeckte Bedarf sein soll und in welchem Umfang sie diesen konkret decken könnte. Auch die Ausführungen des Regierungsrates sind diesbezüglich wenig spezifisch. Allgemeine Ausführungen zur steigenden Prävalenz älterer Personen an der Wohnbevölkerung des Kantons B._____ und zu einem steigenden Bedarf an Wirbelsäulenoperationen bei älteren Personen sind diesbezüglich jedenfalls zu unspezifisch. Immerhin lässt sich dem Schlussbericht B._____ 2015 (Tabelle 35 auf S. 84 f.) entnehmen, dass im Jahr 2012 die Beschwerdeführerin eine BEW8-Hospitalisation zu verzeichnen hatte, im Jahr 2013 keine. Demgegenüber hatte die C._____ Spitäler AG im Jahr 2012 374 BEW8-Hospitalisationen zu verzeichnen und im Jahr 2013 sogar deren 401. Bei diesen Grössenverhältnissen ist – jedenfalls mangels gegenteiliger Substantiierung der Beschwerdeführerin – davon auszugehen, dass ein allfälliger schwankender Mehrbedarf in dem von ihr angegebenen Umfang durch die B._____ Spitäler AG gedeckt werden könnte. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, in welchem Umfang andere, wenn auch ausserkantonale Listenspitäler Hospitalisationen im BEW8-Leistungsbereich übernehmen. Diese sind zu den Leistungen der C._____ Spitäler AG zu addieren und beeinflussen das Zahlenverhältnis zu Ungunsten der Beschwerdeführerin und vergrössern die Schwankungsreserven. Denn – entgegen der von der Beschwerdeführerin vertretenen Ansicht – ist daraus, dass ein erheblicher Anteil der betroffenen kantonalen Wohnbevölkerung sich in ausserkantonalen Spitälern behandeln lässt, nicht darauf zu schliessen, dass in diesem Umfang ein innerkantonal zu deckender BEW8-Leistungsbedarf besteht. Gemäss Art. 58b Abs. 3 und Art. 58e Abs. 1 KVV erfolgt die Deckung des Bedarfs durch innerkantonale *und ausserkantonale* Einrichtungen (vgl. für die Pflicht zur interkantonalen Koordination der Planung auch Art. 39 Abs. 2 KVG, Art. 58d KVV). Der Einbezug ausserkantonaler Leistungserbringer ist im Bundesrecht somit vorgesehen. Damit ist der Regierungsrat – insbesondere unter Berücksichtigung des ihm zukommenden grossen Ermessens – vorliegend nicht dazu verpflichtet, den BEW8-Bedarf ganz oder primär durch innerkantonale Leistungserbringer zu decken und kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten herleiten. Dass der BEW-Bedarf auch unter Berücksichtigung des ausserkantonalen Listenangebots nicht gedeckt werden kann, wird von der Beschwerdeführerin im Übrigen nicht geltend gemacht.

6.2.2 Dass die hohen Hospitalisationsraten im BEW8-Bereich und die zunehmende Anzahl der Hospitalisationen einen gesteigerten Bedarf beweisen, wurde von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert belegt. Ob stattdessen darin eine potentielle Angebotsinduzierung zu erkennen ist, wie der Regierungsrat geltend macht, braucht daher nicht geprüft zu werden.

6.2.3 Unter diesen Umständen kann nicht als erstellt gelten, dass ein klar ausgewiesener Versorgungsbedarf oder ein solches Unterangebot besteht, das durch Erteilung eines BEW8-Leistungsauftrags an die Beschwerdeführerin gedeckt werden müsste. Im Rahmen seines weiten Ermessens hat der Regierungsrat durch die Abweisung des Aufnahmegehalts der Beschwerdeführerin nicht gegen Bundesrecht verstossen.

6.3 Damit durfte der Regierungsrat – entgegen der Positionen von Beschwerdeführerin und BAG – vorliegend auf die Durchführung des zweiten Spitalplanungsschritts (Bedarfsdeckung, Bedarfssicherung; s. oben E. 4.6) und der dazugehörigen Prüfungen, namentlich einen Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsvergleich verzichten. Auch erübrigt sich damit eine Prüfung, ob die Beschwerdeführerin die für den BEW8-Leistungsauftrag geltenden leistungsspezifischen und qualitativen Anforderungen erfüllt.

7.

Weiter ist zu prüfen, ob die Weigerung des Regierungsrats, der Beschwerdeführerin einen Leistungsauftrag der Spitalleistungsgruppe Basispaket Chirurgie und Innere Medizin (BP; nachfolgend Basispaket) zu erteilen, gegen Bundesrecht verstösst.

7.1 Seit dem 1. Januar 2015 verfügt die Beschwerdeführerin über keinen BP-Leistungsauftrag mehr. Ihr aktueller Antrag auf Neuerteilung eines solchen wurde mit dem angefochtenen Beschluss abgewiesen.

7.2 Der Regierungsrat begründete diese Abweisung im angefochtenen RRB hauptsächlich wie folgt (Beschwerdebeilage 2 S. 4 f.): Dem BP komme eine grundlegende Bedeutung zu. Voraussetzung für einen reibungslosen Spitalbetrieb sei, dass die Basisversorgung während 365 Tagen über 24 Stunden jederzeit gewährleistet sei. Das BP umfasse alle Leistungen der Basisversorgung (Grundversorgung) in sämtlichen Leistungsbereichen. Diese Leistungen würden im Spitalalltag in der Regel von den Fachärzten für Innere Medizin und Chirurgie ohne Beizug von weiteren Fachärzten erbracht. Das BP bilde die Grundlage für alle Spitäler mit einer

Notfallstation und sei für diese obligatorisch. Die Behandlung von Notfallpatienten mit oft unklaren Beschwerden erfordere neben einer adäquaten Notfallstation auch das Angebot einer breiten Basisversorgung. Nur so könne eine umfassende Differentialdiagnose und gegebenenfalls eine sofortige Erstbehandlung vorgenommen werden. Gemäss Berechnungen anhand der medizinischen Statistik der Krankenhäuser sei die Versorgung der kantonalen Bevölkerung mit dem Basispaket und somit die Grundversorgung Medizin und Chirurgie gewährleistet und es bestehe kein Bedarf an einem zusätzlichen Leistungserbringer mit der Leistungsgruppe BP.

7.3

7.3.1 In der Beschwerde (v.a. Rz. 40 f., 51 ff., 61 f.) und in ihren Schlussbemerken (B-act. 12 v.a. Rz. 31) führte die Beschwerdeführerin in Bezug auf ihren Eventualantrag auf zusätzliche Erteilung des BP-Leistungsauftrags in erster Linie hauptsächlich aus, dass ein quantitativer Bedarf an einer breiten medizinischen Basisversorgung der kantonalen Bevölkerung gegeben sei. Darauf deute namentlich, dass im Bereich der Akutsomatik ein grosser und steigender Anteil aller kantonalen Patienten sich medizinisch ausserhalb des Kantons versorgen lasse, dass die Anzahl an Hospitalisationen kontinuierlich ansteige. Dabei erfolge der grösste Teil der Hospitalisationen innerhalb der BP-Gruppe. Ihr BP-Angebot würde somit zu keiner Überversorgung führen. Die Beschwerdeführerin habe noch bis zum 1. Januar 2015 über einen befristeten Leistungsauftrag für die BP-Leistungsgruppe verfügt und erfülle die leistungsgruppenspezifischen und qualitativen Anforderungen des BP-Leistungsauftrags und die qualitativen Voraussetzungen für auf der Spitalliste des Kantons B. _____ aufgeführte Spitäler. Sie führe eine aussagekräftige Kostenrechnung, gewährleiste den Zugang der Patientinnen und Patienten des Kantons B. _____ optimal, verfüge über einen eigenen Notfalldienst und über bestens ausgebildetes Personal und erbringe sämtliche Leistungen um einiges günstiger als ihre Konkurrenz. Sollte das BP-Leistungspaket als Voraussetzung für die Erteilung von VIS1- und PNE1-Leistungsaufträgen gelten, wäre es – nach Ansicht der Beschwerdeführerin – angesichts ihrer grossen Erfahrung in diesen Leistungsbereichen würde die Nichterteilung des BP-Leistungsauftrags ihr wirtschaftliches und medizinisches Entwicklungspotential beschneiden und wäre unverhältnismässig. Die Voraussetzungen für die Erteilung des BP-Leistungsauftrags an die Beschwerdeführerin seien damit gegeben. Wie das BAG in seiner Stellungnahme zu Recht festhalte, müssten daher die Kriterien zur Beurteilung der Auswahl des Angebots nach Art. 58b Abs. 4 und 5 KVV zum Tragen kommen.

7.3.2 In seiner Vernehmlassung (B-act. 7) führte der Regierungsrat in Bezug auf die Nichterteilung eines BP-Leistungsauftrags zunächst und hauptsächlich aus (S.10), dass es diesbezüglich an einem quantitativen Bedarf mangle, welcher Grundlage für die entsprechende Aufnahme auf die Spitalliste bilde. Deshalb sei der Beschwerdeführerin kein BP-Leistungsauftrag erteilt worden. Folglich seien die leistungsspezifischen und qualitativen Anforderungen an die BP-Leistungsgruppe gar nicht überprüft worden. Schliesslich sei die Beschwerdeführerin angesichts ihrer Fallzahlen in den Leistungsgruppen BP und BPE im Verhältnis zur ganzen Spitalversorgung nicht relevant.

7.4 Wie bereits ausgeführt, kann aus einem hohen Anteil ausserkantonalen Behandlungen und generellen Ausführungen betreffend zunehmende Hospitalisierungen der kantonalen Wohnbevölkerung nicht auf einen durch die Beschwerdeführerin zu deckenden Bedarf für die kantonale Kantonsbevölkerung geschlossen werden (s. oben E. 6.2.1). Dass der BP-Bedarf auch unter Berücksichtigung des ausserkantonalen Listenangebots nicht gedeckt werden kann, wird von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht. Weiter hat die Beschwerdeführerin den Nachteil, der bei Nichterteilung des BP-Leistungsauftrags in Bezug auf ihr wirtschaftliches und medizinisches Entwicklungspotential entstehen soll, nicht substantiiert. Ausserdem ist auf die Fallzahlen der Beschwerdeführerin hinzuweisen, wie sie vom Regierungsrat in der Vernehmlassung angeführt und mittels Aufstellung substantiiert werden (Vernehmlassungsbeilage 4), deren Richtigkeit die Beschwerdeführerin nicht bestreitet. Demnach sanken die Fallzahlen der Beschwerdeführerin in den Jahren 2013 und 2014, in welchen sie unter anderem über Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen BPE, BP, VIS1 und PNE1, aber nicht BEW8 verfügte, gegenüber dem Vorjahr (2013 um 5.3 % und 2014 um 6.9 %). Im Jahr 2015, in dem sie über keinen BP-Leistungsauftrag und keinen PNE1-Leistungsauftrag mehr verfügte, konnte sie ihre Fallzahlen hingegen gegenüber dem Vorjahr um 7.1 % steigern. Damit ist nicht davon auszugehen, dass die Nichtzusprache des BP-Leistungspakets und der allenfalls davon abhängenden Leistungsaufträge PNE1 und VIS1 (s. unten E. 8) die Beschwerdeführerin massiv benachteiligen würde. Ausserdem: Im Rahmen der gesamten akutsomatischen Nachfrage an Leistungen der Leistungsgruppen BP und BPE betrug der Anteil der Beschwerdeführerin im Jahr 2012 3.9 % und im Jahr 2013 2.6 % (s. Vernehmlassungsbeilage 4 und Schlussbericht B. _____ 2015 Tabelle 19, S. 48). Selbst bei Nichterteilung des BP-LA verbleibt die BPE-Deckung der Beschwerdeführerin grundsätzlich erhalten und würden die besagten Anteile nur partiell beschränkt. Im Verhältnis zur ganzen Spitalversorgung

kann die Beschwerdeführerin in Bezug auf die BP-Leistungen nicht als notwendige Leistungserbringerin beurteilt werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ihr Anteil durch die anderen BP-Leistungserbringer aufgefangen werden könnte.

7.5 Unter diesen Umständen kann nicht als erstellt gelten, dass ein klar ausgewiesener Versorgungsbedarf oder ein solches Unterangebot besteht, das durch Erteilung eines BP-Leistungsauftrags an die Beschwerdeführerin gedeckt werden müsste. Im Rahmen seines weiten Ermessens hat der Regierungsrat durch die Abweisung des Aufnahmegesuchs der Beschwerdeführerin nicht gegen Bundesrecht verstossen.

7.6

7.6.1 In zweiter Linie machte die Beschwerdeführerin geltend, dass der Regierungsrat mit der Nichterteilung des BP-Leistungsauftrags bundesrechtswidrig gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Vertrauensgrundsatz) verstossen habe. Denn seit dem 27. Dezember 2013 hätten der Regierungsrat bzw. sein Gesundheitsamt ihr gegenüber immer betont, dass der Erhalt des Basispakets BP für sie möglich sei, und sie mehrfach aufgefordert, die nötigen Vorkehrungen zu treffen, um die Vorgaben des Leistungsgruppenkonzepts zu erfüllen und dies zu dokumentieren. Ausserdem habe sie noch bis zum 1. Januar 2015 über einen befristeten Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe BP verfügt. Der Regierungsrat hält dem entgegen, dass der Vorwurf des Verstosses gegen Treu und Glauben nicht gerechtfertigt sei. Insbesondere sei der Beschwerdeführerin von Anfang an mit befristeten Leistungsaufträgen für die BP-Leistungsgruppe signalisiert worden, dass man die Voraussetzungen (und darin selbstverständlich den Bedarf in der Versorgungsplanung) für eine Umsetzung im Sinne der neuen Spitalfinanzierung als zweifelhaft bzw. nicht gegeben erachte und ihr habe Zeit für die entsprechenden Anpassungen des Leistungsspektrums geben wollen. Die Beschwerdeführerin habe selbst erkannt bzw. hätte zumindest erkennen müssen, dass der Ausgang des Entscheids betreffend allfällige Zusprache eines unbefristeten BP-Leistungsauftrags offen gewesen sei und welche Mindestvoraussetzungen hätten erfüllt sein müssen, damit überhaupt ein BP-Leistungsauftrag zugesprochen werden könne.

7.6.2 Nach dem in Art. 9 BV verankerten Grundsatz von Treu und Glauben kann eine unrichtige Auskunft, welche eine Behörde dem Bürger erteilt, unter gewissen Umständen Rechtswirkungen entfalten. Voraussetzung dafür ist, dass: a) es sich um eine vorbehaltlose Auskunft der Behörden handelt;

b) die Auskunft sich auf eine konkrete, den Bürger berührende Angelegenheit bezieht; c) die Amtsstelle, welche die Auskunft gegeben hat, dafür zuständig war oder der Bürger sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; d) der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres hat erkennen können; e) der Bürger im Vertrauen hierauf nicht ohne Nachteil rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat; f) die Rechtslage zur Zeit der Verwirklichung noch die gleiche ist wie im Zeitpunkt der Auskunftserteilung; g) das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige am Vertrauensschutz nicht überwiegt (BGE 137 II 182 E. 3.6.2 S. 193 mit Hinweisen; ARV 2015 S. 334, 8C_306/2015 E. 3.2). Vertrauensschutz setzt nicht zwingend eine unrichtige Auskunft oder Verfügung voraus; er lässt sich auch aus einer blossen behördlichen Zusicherung und sonstigem, bestimmte Erwartungen begründendem Verhalten der Behörden herleiten (BGE 111 Ib 116 E. 4 S. 124; Urteil 8C_914/2015 vom 9. Mai 2016 E. 5.3; vgl. zum Ganzen: BGE 143 V 95 E. 3.6.2; vgl. auch BGE 129 I 161 E. 4.1. m.w.H.). In diesem Zusammenhang ist auf die Rechtsprechung hinzuweisen, wonach jeder Spitalliste insofern immer ein provisorischer Charakter innewohnt, als sie stets veränderten Verhältnissen angepasst werden muss, und ein Spital, wenn es in der Spitalliste figuriert, demnach nie eine gesicherte Rechtsposition erlangt. Die Zulassung eines Spitals im Sinne von Art. 39 KVG steht somit in jedem Fall unter dem Vorbehalt der laufenden Überprüfung und Anpassung der Spitalplanung und der Spitalliste (s. oben E. 4.9). Umso weniger kann ein Spital, das nur über einen befristeten oder sogar keinen Leistungsauftrag verfügt, davon ausgehen, dass es eine gesicherte Rechtsposition erlangen wird. Dementsprechend ist nur mit besonders grosser Zurückhaltung davon auszugehen, dass das Verhalten der Behörden bestimmte, gerechtfertigte Erwartungen betreffend die unbefristete Erteilung eines neuen Leistungsauftrags begründet.

7.6.3 Dass für die Beurteilung eines Leistungsauftrags ein entsprechender Bedarf bestehen muss und die Leistungserbringerin verschiedene Voraussetzungen erfüllen muss, musste der Beschwerdeführerin als OKP-Leistungserbringerin bereits aufgrund der Grundsätze der OKP-Spitalplanung bekannt sein. Ausserdem führte der Regierungsrat bereits in der Spitalliste 2012 (S. 3) aus, dass er die Spitalliste bei verändertem Bedarf anpassen könne. Daraus musste die Beschwerdeführerin schliessen, dass umso mehr die Erteilung eines neuen Leistungsauftrags einen entsprechenden Bedarf voraussetze. Daraus, dass der Regierungsrat ihr entgegengekommen ist und ihr zuerst einen *befristeten* BP-Leistungsauftrag vom 1. Januar 2012 bis 31. Dezember 2013 erteilt und diesen dann bis 31. Dezember

2014 *befristet* verlängert hat (vgl. VA 6, 8), durfte die Beschwerdeführerin nicht darauf schliessen, dass ihr anschliessend ein *unbefristeter* BP-Leistungsauftrag erteilt würde. Dies gilt umso mehr, als der Regierungsrat in den betreffenden Beschlüssen ausgeführt hat, dass – wenn der Leistungsauftrag befristet erteilt werde – ein begründetes Gesuch um Erteilung eines weiteren Leistungsauftrags bis spätestens 12 Monate vor Ablauf der Befristung gestellt werden müsse; ansonsten ende der Leistungsauftrag mit Ablauf der Befristung. Spätestens mit dem RRB Nr. [...] vom 12. August 2014, mit welchem der Regierungsrat der Beschwerdeführerin ab 1. Januar 2015 keinen BP-Leistungsauftrag erteilt hat, ist einer Berufung auf Treu und Glauben die Grundlage entzogen. Dies gilt im Übrigen auch für die in Hinblick auf die genannten RRB geführte Korrespondenz zwischen der Beschwerdeführerin und den Behörden.

Im Übrigen liegt es in der Natur eines Gesuchs, dass sich daraus kein Anspruch auf einen positiven Entscheid ergibt, sondern damit lediglich eine Gesuchsprüfung mit offenem Ausgang ausgelöst wird. Dabei ist die zuständige Behörde nicht dahingehend eingeschränkt, dass sie eine allfällige Abweisung des Gesuchs nur mit Argumenten begründen darf, die sie der Gesuchstellerin bereits zu einem früheren Zeitpunkt bekannt gegeben hat. Darin, dass der Regierungsrat der Beschwerdeführerin mit den angefochtenen RRB erstmals einen fehlenden Bedarf vorgehalten und mit dieser Begründung die Erteilung eines unbefristeten BP-Antrags abgewiesen habe, kann somit kein Verstoss gegen Treu und Glauben erkannt werden.

Auch aus der unsubstantiierten Behauptung, dass einer anderen Privatklinik unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes ein Leistungsauftrag erteilt worden sei, kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten herleiten.

7.6.4 Neben einer begründeten Erwartung setzt eine erfolgreiche Berufung auf den Vertrauensgrundsatz auch voraus, dass die betroffene Person im Vertrauen auf die begründete Erwartung nicht ohne Nachteil rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat (s. oben E. 7.6.2). Dies wird von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert geltend gemacht, womit diese Voraussetzung nicht erfüllt ist.

7.6.5 Folglich kann die Beschwerdeführerin aus dem Vertrauensgrundsatz keinen Anspruch auf Erteilung eines BP-Leistungsauftrags ableiten.

7.7 Der Regierungsrat durfte daher auch in Bezug auf den umstrittenen BP-Leistungsauftrag davon absehen, weitere Abklärungen zur Bedarfsdeckung vorzunehmen (s. oben E. 6.4).

7.8 Demgemäss verstösst die im angefochtenen Regierungsratsbeschluss verfügte Abweisung des Antrags auf Erteilung eines BP-Leistungsauftrags nicht gegen Bundesrecht.

7.9 Soweit der Regierungsrat geltend macht, die Beschwerdeführerin habe in Bezug auf die Beantragung der Erteilung eines BP-Leistungsauftrags gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen, ist ihm nicht zu folgen. Es stand der Beschwerdeführerin grundsätzlich zu, den Abweisungsentscheid vom 12. August 2014 nicht anzufechten und am 19. Juni 2015 einen Antrag auf Erteilung eines BP-Leistungsauftrags ab 1. Januar 2016 zu stellen. Darin kann kein rechtsmissbräuchliches Verhalten erkannt werden. Der Regierungsrat ist denn auch auf den Antrag eingetreten und hat materiell darüber entschieden. Ausserdem ist es nicht bundesrechtswidrig, Anträge um Erteilung von Leistungsaufträgen als Eventualanträge zu stellen und/oder Anträge zu stellen, die in erster Linie der Zusprache anderer Leistungsaufträge dienen.

8.

Weiter ist zu prüfen, ob die Weigerung des Regierungsrats, der Beschwerdeführerin einen Leistungsauftrag der Spitalleistungsgruppe Viszeralchirurgie VIS1 (s. nachfolgend E. 8.1.1) und Pneumologie PNE1 (s. nachfolgend E. 8.1.2) zu erteilen, gegen Bundesrecht verstösst.

8.1

8.1.1 Der Beschwerdeführerin wurde mit der Spitalliste 2012 ein unbefristeter Leistungsauftrag für die Spitalleistungsgruppe VIS1 erteilt. Mit RRB Nr. [...] befristete der Regierungsrat den Leistungsauftrag bis 31. Dezember 2015 (VA 12). Mit dem angefochtenen Beschluss hat der Regierungsrat die Erteilung eines unbefristeten VIS1-Leistungsauftrags abgewiesen und den bis 31. Dezember 2015 befristeten Leistungsauftrag ein letztes Mal bis 31. Dezember 2016 verlängert.

8.1.2 Der Beschwerdeführerin wurde mit der Spitalliste 2012 ein bis 31. Dezember 2013 befristeter Leistungsauftrag für die Spitalleistungsgruppe PNE1 erteilt. Dieser wurde mit RRB [...] bis zum 31. Dezember 2014 verlängert. Seit dem 1. Januar 2015 verfügt die Beschwerdeführerin

über keinen PNE1-Leistungsauftrag mehr. Ihr Antrag auf neue Erteilung eines solchen wurde mit dem angefochtenen Beschluss abgewiesen.

8.1.3 Der Regierungsrat begründete die Abweisung der Anträge auf Erteilung unbefristeter Leistungsaufträge VIS1 und PNE1 im Wesentlichen damit (Beschwerdebeilage 2 S. 6), dass der Beschwerdeführerin mangels Bedarf kein BP-Leistungsauftrag erteilt werden könne. Da dies gemäss Leistungsgruppenkonzept GD ZH aber eine Voraussetzung für die Erteilung der Leistungsaufträge in den Leistungsgruppen VIS1 und PNE1 darstelle, sei es nicht möglich, der Beschwerdeführerin letztere Leistungsaufträge zu erteilen. Die letztmalige Verlängerung des bis 31. Dezember 2015 befristeten Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe VIS1 begründete der Regierungsrat mit der Einräumung einer letzten Frist für die notwendigen (personellen und strukturellen) Anpassungen.

8.1.4 Zur Begründung ihrer Anträge auf Erteilung der Leistungsaufträge VIS1 und PNE1 führte die Beschwerdeführerin in der Beschwerde und ihren Schlussbemerkungen in erster Linie im Wesentlichen Folgendes aus: Sie habe eine Orientierung der Spitalliste des Kantons B. _____ am LGK ZH nicht in Frage gestellt und stelle sie nicht in Frage. Es treffe auch zu, dass gemäss dem LGK ZH das Basispaket BP eine Voraussetzung für die Erteilung von Leistungsaufträgen in den Bereichen VIS1 und PNE1 darstelle. Auch habe die GDK den Kantonen die Anwendung des LGK ZH zur Anwendung empfohlen. Diese Empfehlung sei aber nicht verbindlich. Indem der Regierungsrat vom Gegenteil ausgegangen sei, und dass es ihm daher nicht möglich sei, im Fall der Beschwerdeführerin eine Ausnahme von dieser Voraussetzung zu machen, habe er widerrechtlich das ihm von der eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung eingeräumte Ermessen nicht ausgeübt und unterschritten. Bei der zwingenden Ausübung des eingeräumten Ermessens hätte der Regierungsrat eine Interessensabwägung inkl. Wirtschaftlichkeitsprüfung vornehmen müssen und dabei den verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben, das öffentliche Interesse und die Interessen der Beschwerdeführerin beachten müssen. Die Beschwerdeführer biete seit über 10 Jahren gerade im Bereich VIS1 mit der bestehenden Infrastruktur und auf der Grundlage des BPE Leistungen an. Ihr Interesse an der Erteilung eines unbefristeten Leistungsauftrags im Bereich VIS1 erweise sich als sehr gross und sie verfüge gerade im Bereich VIS1 über ein enormes wirtschaftliches und medizinisches Entwicklungspotential, welches auszuschöpfen ihr von der Vorinstanz auf rechtswidrige Art und Weise versagt werde. Hinzu komme die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin die quantitativen, leistungsgruppenspezifischen und

qualitativen und die für die Aufnahme auf die Spitalliste des Kantons B. _____ gestellten Anforderungen erfülle, ihre Leistungen in höchster Qualität und wirtschaftlich, nämlich günstiger als die Konkurrenz erbringe. Ausserdem bezeichne die GDK die vorgeschlagene Aufteilung zwischen Basisversorgung und spezialisierter Versorgung in ihrer Empfehlung lediglich als „grundsätzlich“ zweckmässig. Die GDK sehe in ihrer Empfehlung ausserdem gewisse Ausnahmen eines BP-Leistungsauftrags als Voraussetzung für gewisse Leistungsgruppen vor. Dabei handle es sich allerdings nur um Beispiele. Es treffe zu, dass die von der Vorinstanz aufgeführten Beispiele betreffend Kleinstspitäler und topographische Gründe von der Beschwerdeführerin nicht dargelegt worden seien. Die Vorinstanz führe indes nicht weiter aus, weshalb diese – und nur diese – Ausnahmegründe auf den vorliegenden Fall gesetzlich zwingend und abschliessend Anwendung finden könnten und warum für die Beschwerdeführerin vorliegend kein anderer Ausnahmegrund zur Anwendung gelange. Immerhin scheine der Regierungsrat – gemäss seiner Vernehmlassung – neuerdings anzuerkennen, dass „ein Abweichen in einem wohlbegründeten Einzelfall“ nicht „völlig ausgeschlossen“ sei.

8.1.5 In seiner Vernehmlassung und seinen Schlussbemerkungen führte der Regierungsrat aus, dass der Vorstandsbeschluss der GDK vom 27. Januar 2011 betreffend Anwendung des LGK ZH aufgrund der Richtlinien des Departementes des Innern des Kantons B. _____ vom 4. November 2011 (Vernehmlassungs-Beilage 3), der Spitalliste 2012 und des RRB Nr. [...] für ihn mehr als blossen Empfehlungscharakter habe. Da das LGK ZH möglichst flächendeckend zur Anwendung kommen solle, seien Ausnahmen restriktiv zu handhaben. Das Vorliegen eines konkreten Ausnahmegrundes (Einschränkungen bei Kleinstspitälern in der Basisversorgung, um nicht Leistungsaufträge entziehen oder erweitern zu müssen bzw. Vorbehalte bei Anforderungen an die Erreichbarkeit der Fachärzte aus topographischen Gründen) werde von der Beschwerdeführerin nicht dargelegt. Im Übrigen habe der Regierungsrat sehr wohl eine Interessenabwägung vorgenommen und sei zum Schluss gekommen, dass das Interesse an einer bedarfsgerechten Spitalplanung vorliegend gegenüber den von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Interessen vorgehe.

8.2 Es trifft zu, dass der Regierungsrat im angefochtenen Beschluss (S. 6) ausgeführt hat, dass der BP-Leistungsauftrag gemäss LGK ZH Voraussetzung für die Leistungsaufträge VIS1 und PNE1 darstellen. Da die Beschwerdeführerin nicht über einen BP-Leistungsauftrag verfüge, sei es

„nicht möglich“, ihr Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen VIS1 und PNE1 zu erteilen.

8.2.1 Für die Beurteilung, ob der Regierungsrat damit eine Ermessensunterschreitung vorgenommen hat, ist diese Aussage im weiteren Zusammenhang mit der Spitalplanung des Kantons B. _____ zu prüfen.

8.2.2 Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass das LGK ZH eine entsprechende Verknüpfung vorsieht und der Vorstand der GDK mit Beschluss vom 27. Januar 2011 den Kantonen empfohlen hat, das LGK ZH bei der Spitalplanung und bei der Formulierung der Leistungsaufträge für alle Spitäler anzuwenden. Zu Recht gehen die Parteien davon aus, dass dieser Empfehlung als solcher keine bindende Wirkung zukommt. Hervorzuheben ist, dass die GDK die Anwendung des LGK ZH nicht einschränkungs- und vorbehaltlos empfiehlt. In ihrer „Beurteilung“ (S. 1 f.) erachtet die GDK das LGK ZH als *praktikables und gut durchdachtes* Instrument, das *möglichst* flächendeckend in allen Kantonen zur Anwendung kommen *sollte*. Die vorgeschlagene Aufteilung zwischen Basisversorgung einerseits und spezialisierter Versorgung andererseits werde als *grundsätzlich zweckmässig* erachtet. In Ausnahmefällen sollten für Kleinstspitäler in der Basisversorgung Einschränkungen gemacht werden können, um nicht Leistungsaufträge entziehen oder erweitern zu müssen. Dies müsste auf dem Weg einer sprachlichen Anpassung der Anforderungen an das Basispaket geschehen. In Bezug auf die leistungsspezifischen Anforderungen sollten in Ausnahmefällen bei den Anforderungen an die Erreichbarkeit der Fachärzte aus topographischen Gründen Vorbehalte möglich sein. Seinen „Beschluss“ (S. 2) formulierte der GKD-Vorstand wie folgt:

„Der Vorstand würdigt nach einer erneuten Beurteilung des nun vollständig vorliegenden Leistungsgruppenkonzepts das Konzept und bekräftigt seine Empfehlung an die Kantone, dieses im Rahmen der leistungsorientierten Spitalplanung und bei der Formulierung der Leistungsaufträge für alle Spitäler anzuwenden.“

Der Vorstand empfiehlt das Leistungsgruppenkonzept *grundsätzlich* unter Einschluss der vorgeschlagenen und medizinisch hergeleiteten leistungsspezifischen Anforderungen. Nur in versorgungsspezifischen und *begründeten* Ausnahmefällen sollte davon abgewichen werden.“

Die Empfehlung der GDK sah somit, anders als vom Regierungsrat vertreten, nicht nur für Kleinstspitäler oder bei den Anforderungen an die Erreichbarkeit der Fachärzte aus topografischen Gründen die Möglichkeit abwei-

chender Ausnahmen vor. Vielmehr sollte (allgemein) in *begründeten Ausnahmefällen* vom LGK ZH abgewichen werden können. Diesbezüglich ist der Beschwerdeführerin zuzustimmen.

8.2.3 Vom Regierungsrat dazu beauftragt, erarbeitete das Departement des Innern des Kantons B. _____ (nachfolgend Departement) eine kantonale Spitalliste. Am 4. November 2011 verabschiedete das Departement „Richtlinien des Departements des Innern zur SpiVo“ [kantonale Verordnung über die Spitalliste vom 27. September 2011 {SpiVo}] (Vernehmlassungsbeilage 3; nachfolgend Richtlinien SpiVo). Am 13. Dezember 2011 verabschiedete der Regierungsrat die Spitalliste 2012.

Die Richtlinien SpiVo sehen vor, dass sich die Leistungsgruppen im Bereich der Akutsomatik – entsprechend den Empfehlungen der GDK vom 27. Januar 2011 – am LGK ZH *orientieren* (Ziff. 1). Dies geht weniger weit als eine (vollständige) Übernahme des LGK ZH oder ein vorbehaltloses Abstellen auf dasselbe. In Ziff. 3 sehen die Richtlinien SpiVo ausserdem Folgendes vor: „In Abweichung des Leistungsgruppenkonzepts Akutsomatik GD ZH gelten die Mindestfallzahlen pro Behandlungsteam.“ Hierbei handelt es sich um eine Sonderregelung, die nicht unter die von der GDK erwähnten Ausnahmen (Kleinstspitäler bzw. Anforderungen an die Erreichbarkeit der Fachärzte aus topografischen Gründen) zu subsumieren ist. Offensichtlich ging das Departement bei der Anwendung des LGK ZH und der GDK-Empfehlung von einem gewissen Ermessensspielraum aus, den es auch genutzt hat.

In der Spitalliste 2012 führte der Regierungsrat aus, dass sich die Leistungsgruppen im Bereich der Akutsomatik – entsprechend den Empfehlungen der GDK vom 27. Januar 2011 – am LGK ZH *orientierten*. Da die Departementsrichtlinien im Nachgang zum Erlass der Spitalliste 2012 überarbeitet wurden, behielten sie auch nach Erlass der Spitalliste 2012 ihre Gültigkeit. Somit ging auch der Regierungsrat – jedenfalls in diesem Zeitpunkt – nicht von einer uneingeschränkten Verbindlichkeit des LGK ZH aus. Wie beide Parteien ausführen, war der Regierungsrat – jedenfalls damals – nicht verpflichtet, sich ausnahmslos am LGK ZH zu orientieren. Dass der Regierungsrat das LGK ZH ebenfalls nicht per sofort als zwingende Vorgabe beurteilt hat, wird auch daraus ersichtlich, dass er verschiedene Leistungsaufträge befristet erteilt hat, damit die jeweiligen Leistungserbringer die notwendigen Schritte ergreifen können, um die Voraussetzungen zu einem späteren Zeitpunkt zu erfüllen.

Auch der Entscheid des Regierungsrats vom 16. September 2014, wonach die gesamte Spitalliste ab 1. Januar 2015 die Struktur des LGK ZH Version 2015.1 aufweise, war in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht ein Ermessensentscheid, mit welchem einerseits die damals geltende Spitalliste bestätigt, diese andererseits in globo angepasst wurde.

Da weder die Empfehlung der GDK noch seine früheren Beschlüsse und auch nicht die Richtlinien des ihm untergeordneten Departements ihn rechtlich binden, hat der Regierungsrat mit dem Entscheid, im angefochtenen Beschluss grundsätzlich auf das LGK ZH abzustützen, einen Ermessensentscheid gefällt. Auch wenn die im angefochtenen Beschluss gewählte Formulierung „nicht möglich“ unglücklich erscheint, wurde sie vom Regierungsrat immerhin in der Vernehmlassung relativiert und ist in der Gesamtsicht dahingehend zu interpretieren, dass der Regierungsrat eine Ermessensausübung vorgenommen hat, indem er sich geweigert hat, gegenüber der Beschwerdeführerin eine Ausnahme von der Verknüpfungsregel zu gewähren. Dass der Regierungsrat in seinem Beschluss – trotz GDK-Empfehlung – ein Ermessen ausgeübt hat, ist im Übrigen auch daraus ersichtlich, dass er der Beschwerdeführerin für das zweite Jahr nach Ablauf der Übergangsfrist für die Anpassungen an die neuen Spitalplanungsbestimmungen erneut eine einjährige Ausnahme von der Verknüpfung für das VIS1-Leistungspaket eingeräumt hat.

Damit liegt keine Ermessensunterschreitung vor. Da im Beschwerdeverfahren eine Ermessensüberprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht ausgeschlossen ist, ist auf die diesbezüglichen Ausführungen der Parteien nicht weiter einzugehen.

8.2.4 Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin zugestanden hat, unter keine der in der GDK-Empfehlung genannten Ausnahmen zu fallen. Gleichzeitig hat sie es versäumt, substantiiert darzulegen, inwiefern ihre Situation dergestalt sein soll, dass eine Ausnahme von dem von ihr grundsätzlich anerkannten LGK ZH anzuerkennen sei. Die von ihr vorgebrachten Argumente sind jedenfalls für einen Spitalplanungsstreit typisch und nicht spezifisch in Bezug auf eine Ausnahmegewährung anders. Sie zielen allgemein auf eine Bevorzugung ihrer Interessen gegenüber den allgemeinen Interessen einer ordnungsgemässen Spitalplanung ab. Unter diesen Umständen musste der Regierungsrat von keiner Ausnahmekonstellation ausgehen.

8.3 Auch in Bezug auf die Nichterteilung eines unbefristeten Leistungsauftrags für die Leistungspakete VIS1 und PNE1 rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb sie seit 2012 einen Leistungsauftrag für den Bereich VIS1 und bis zum 1. Januar 2015 auch für den Bereich PNE1 erhalten habe, obwohl das LGK ZH und die deren Anwendung vorsehende Empfehlung der GDK schon damals das Basispaket als notwendige Voraussetzung für deren Erteilung vorgesehen hätten und der Beschwerdeführerin das Basispaket BP lediglich befristet – letztmals bis zum 31. Dezember 2014 – erteilt worden sei. Wenn der Regierungsrat der Beschwerdeführerin nun im angefochtenen RRB zum Vorwurf mache, nicht über das für die Leistungsbereiche VIS1 und PNE1 notwendige Basispaket BP zu verfügen, handle er widersprüchlich und verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

Die Beschwerdeführerin gesteht selbst ein, dass sie im vorinstanzlichen Beschluss vom 12. August 2014 (VA 12) darauf hingewiesen worden sei, dass für Leistungsaufträge der Leistungsgruppe VIS1 und PNE1 das BP-Leistungspaket notwendige Voraussetzung bilde. Hauptsächlich mit dieser Begründung wurden die Anträge auf Erteilung eines PNE1-Leistungsauftrags und eines VIS1-Leistungsauftrags abgewiesen. Damit musste für die Beschwerdeführerin klar sein, dass das BP-Leistungspaket auch im Fall späterer Anträge betreffend Erteilung eines PNE1- bzw. VIS1-Leistungspakets notwendige Voraussetzung sein werde. Daraus, dass der Regierungsrat der Beschwerdeführerin bis 31. Dezember 2015 im Sinne einer Übergangsfrist Zeit eingeräumt hat, um allfällige organisatorische, infrastrukturelle und personelle Anpassungen vorzunehmen, kann die Beschwerdeführerin nicht herleiten, dass sie darauf vertrauen durfte, dass der Regierungsrat in Zukunft auf die BP-Voraussetzung verzichten werde.

Auch aus der unsubstantiierten Behauptung, dass einer anderen Privatklinik unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes ein Leistungsauftrag erteilt worden sei, kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten herleiten.

Daher ergibt sich auch unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes kein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Erteilung eines VIS1- und/oder eines PNE1-Leistungsauftrages

8.4 Da der Regierungsrat einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Erteilung eines VIS1- und/oder PNE1-Leistungsauftrages mit dem Fehlen eines BP-Leistungsauftrages begründen durfte, musste er nicht prüfen, ob diesbezüglich ein Bedarf bestand, und/oder einen qualitativ / wirtschaftlichen Vergleich und/oder eine infrastruktur-personelle Prüfung betreffend die Beschwerdeführerin durchführen.

9.

Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

10.

Zu entscheiden bleibt die Frage, auf welche Zeitpunkte hin die Nichterteilung der einzelnen Leistungsaufträge je in Kraft treten und damit Rechtswirkung entfalten.

10.1 Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist einem Leistungserbringer, der nicht mehr in die Spitalliste aufgenommen wird oder dem bisherige Leistungsaufträge nicht mehr erteilt bzw. reduziert werden, eine angemessene Übergangsfrist zuzugestehen (vgl. Zwischenverfügung des BVGer C-4231/2017 vom 28. November 2017 [im Internet publiziert] E. 2.2; Urteil des BVGer C-220/2012 vom 4. Juni 2012 E. 2.3.2). Dies wird damit begründet, dass in solchen Konstellationen aufgrund der auf dem Spiel stehenden Interessen (Beschwerdeführerin, Kanton, Versicherer, Versicherte, Spitalpersonal) Entscheide nicht rückwirkend zu erfolgen haben. Dem betroffenen Spital 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 ermöglichen, allenfalls erforderliche Anpassungen in betrieblicher Hinsicht (z.B. betreffend Infrastruktur und Personal) vorzunehmen. Die jeweilige Dauer der Übergangsfrist ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände festzusetzen (vgl. Urteile des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 15.2, C-220/2012 E. 2.3.2, C-2907/2008 vom 26. Mai 2011 E. 10.2 f.; BVGE 2010/15 E. 8.2).

10.2 Vorliegend ist in Bezug auf die beantragte Erteilung des *BEW8*-Leistungsauftrages zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin jedenfalls seit Inkrafttreten der Spitalliste 2012 nie über einen solchen Leistungsauftrag verfügt hat. Unter diesen Umständen entfällt die Notwendigkeit der Einräumung einer Übergangsfrist zur Anpassung an eine Nichtmehrerteilung oder Streichung dieses Leistungsauftrags.

10.3 Die Leistungsaufträge *BP* und *PNE1* wurden der Beschwerdeführerin mit der Spitalliste befristet bis zum 31. Dezember 2013 erteilt. Diese Frist wurde in beiden Fällen bis 31. Dezember 2014 verlängert. Seit dem 1. Januar 2015 verfügt die Beschwerdeführerin nicht mehr über Leistungsaufträge für diese beiden Leistungsgruppen. Damit handelt es sich in beiden Fällen um Anträge auf Neuerteilung solcher Leistungsaufträge. Die Streichung ist durch den – von der Beschwerdeführerin nicht angefochtenen – RRB Nr. [...] vom 28. Mai 2013, unter Einräumung einer Umstellungsfrist bis 31. Dezember 2014, verfügt worden. Diese Streichung ist in Rechtskraft erwachsen. Dementsprechend entfällt auch in Bezug auf diese beiden Leistungsaufträge die Einräumung einer Übergangsfrist.

10.4 Mit dem vorliegend umstrittenen Regierungsratsbeschluss hat der Regierungsrat zwar den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung eines unbefristeten VIS1-Leistungsauftrags abgewiesen, hat aber den gemäss dem vorgängigen Regierungsratsbeschluss bis 31. Dezember 2015 *befristeten* VIS1-Leistungsauftrag letztmals bis 31. Dezember 2016 verlängert (Dispositiv-Ziffer 3.2). Dieser Punkt wurde von der Beschwerdeführerin nicht angefochten, weshalb er in Rechtskraft erwachsen ist. In Dispositiv-Ziff. 3.4 hat der Regierungsrat festgesetzt, dass nach Ablauf des bis 31. Dezember 2016 befristeten Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe VIS1 die auf der Webseite des Gesundheitsamtes aufgeschaltete Spitalliste des Kantons B. _____ angepasst werde. Die per 1. Januar 2018 aktualisierte Spitalliste des Kantons B. _____ (RRB Nr. [...] vom 28. November 2017 [B-act. 15 Beilage]) enthält betreffend die Beschwerdeführerin und die Leistungsgruppe VIS1 den Vermerk: „Befristung bis zur rechtskräftigen Erledigung des hängigen Verfahrens“. Demnach ist die Beschwerdeführerin auch nach dem 31. Dezember 2016 bis zum Abschluss des vorliegenden Beschwerdeverfahrens nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die entsprechenden Behandlungen durchzuführen (vgl. auch B-act. 14). Aufgrund dessen musste sie die hierfür benötigte Infrastruktur bereitstellen und das entsprechende Personal beschäftigen. Allerdings wurde ihr VIS1-Leistungsauftrag mit RRB [...] vom 12. August 2014 bis zum 31. Dezember 2015 befristet und mit dem angefochtenen Regierungsratsbeschluss letztmals bis 31. Dezember 2016 erstreckt. Daher musste ihr seit mehreren Jahren bewusst sein, dass sie den VIS1-Leistungsauftrag in absehbarer Zeit verlieren könnte. Insbesondere seit dem Erlass des angefochtenen Regierungsratsbeschlusses konnte sie für den Fall des Verlustes des VIS1-Leistungsauftrags Vorbereitungen treffen. Unter diesen Umständen erachtet das Bundesverwaltungsgericht – wie in den Urteilen

C-2907/2008 und C-3413/2014 – vorliegend in Bezug auf den VIS1-Leistungsauftrag eine Übergangsfrist von vier Monaten als ausreichend.

10.5 Bei der Übergangsfrist handelt es sich um eine Frist, die erst mit 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 Bst. b KVG; vgl. Urteil C-3413/2014 E. 15.3).

10.6 Die Beschwerdeführerin ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, während der genannten vier Monate im bisherigen Rahmen Leistungen im Bereich VIS1 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 (vgl. analog Urteil C-3413/2014 E. 15.4).

11.

Der vorliegende Entscheid bringt eine (temporäre) Änderung der Spitalliste des Kantons B. _____ mit sich und betrifft grundsätzlich alle Versicherten, weshalb eine Veröffentlichung des Dispositivs im kantonalen Amtsblatt geboten ist.

12.

12.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 und Abs. 3 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (vgl. Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG) sind die Verfahrenskosten vorliegend auf Fr. 6'000.- festzusetzen, der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen und der Betrag aus dem geleisteten Kostenvorschuss zu entnehmen. Der obsiegenden Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

12.2 Vor Bundesverwaltungsgericht obsiegende Parteien haben grundsätzlich Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). In Anbetracht ihres Unterliegens ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf Ausrichtung einer Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

13.

Das vorliegende Urteil ist endgültig und tritt mit seiner Eröffnung in Rechtskraft (vgl. für viele Urteil C-6007/2016 E. 11; vgl. auch BGE 141 V 361).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Der Leistungsauftrag VIS1 der Beschwerdeführerin wird vier Monate ab Eröffnung dieses Urteils rechtswirksam von der Spitalliste des Kantons B. _____ gestrichen.

3.

Die Vorinstanz wird eingeladen, die Ziffer 2 dieses Dispositivs im kantonalen Amtsblatt zu veröffentlichen.

4.

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 6'000.- auferlegt. Diese werden aus dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

5.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6.

Dieses Urteil geht an:

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Beat Weber

Daniel Golta

Versand: