



## **Urteil vom 16. Juli 2019**

---

Besetzung

Richter Michael Peterli (Vorsitz),  
Richterin Michela Bürki Moreni,  
Richter Christoph Rohrer,  
Gerichtsschreiberin Susanne Fankhauser.

---

Parteien

**Klinik Hirslanden, Hirslanden AG,**  
vertreten durch Prof. Dr. iur. Urs Saxer, Rechtsanwalt, und  
Patrizia Gratwohl, Rechtsanwältin,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Regierung des Kantons St. Gallen,**  
handelnd durch Gesundheitsdepartement des Kantons  
St. Gallen,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Krankenversicherung, St. Galler Spitalliste Akutsomatik 2017  
(Beschluss vom 20. Juni 2017).

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

Mit Beschluss vom 17. Juni 2014 erliess die Regierung des Kantons St. Gallen (nachfolgend Regierung oder Vorinstanz) die ab 1. August 2014 anwendbare Spitalliste Akutsomatik für den Kanton St. Gallen (publiziert im Amtsblatt des Kantons St. Gallen am 30. Juni 2014; nachfolgend Spitalliste 2014). Der Klinik Hirslanden in Zürich (Träger: Hirslanden AG; nachfolgend Klinik oder Beschwerdeführerin) wurde ein Leistungsauftrag für den Bereich Herzchirurgie (HER1, HER1.1 und HER1.1.1; ab 1. Januar 2016 auch HER 1.1.3, HER1.1.4 und HER1.1.5) erteilt (V-act. 2). Der Leistungsauftrag wurde befristet bis Mitte 2017.

**B.**

Mit Schreiben vom 16. September 2016 eröffnete das Gesundheitsdepartement resp. das Amt für Gesundheitsversorgung (nachfolgend Amt) das Bewerbungsverfahren betreffend Spitalplanung Akutsomatik 2017 (V-act. 3). Die Klinik bewarb sich am 20. Oktober 2016 für den bisherigen Leistungsauftrag im Bereich Herzchirurgie sowie (neu) für die Leistungsgruppe KAR1.1 (interventionelle Kardiologie, Spezialeingriffe) und reichte ihre Bewerbungsunterlagen ein (V-act. 4). Mit Schreiben vom 14. Dezember 2016 teilte das Amt der Klinik seine erste Einschätzung betreffend Bewerbung mit. Der Antrag für die neue Leistungsgruppe werde negativ, die übrigen sechs hingegen grundsätzlich positiv beurteilt. Allerdings habe die Klinik im Jahr 2015 ihre Aufnahmepflicht nicht erfüllt, da der maximale Zusatzversichertenanteil erheblich überschritten werde. Das Amt plane deshalb, der Klinik lediglich einen provisorischen, bis Ende des Jahres 2018 befristeten Leistungsauftrag, zu erteilen (V-act. 5.2). Dazu nahm die Klinik am 11. Januar 2017 Stellung und machte insbesondere geltend, sie habe verschiedene Massnahmen getroffen, um den gleichwertigen Zugang von St. Galler Allgemeinversicherten zu gewährleisten (V-act. 7). Im Rahmen der Vernehmlassung (vgl. V-act. 8) nahm die Klinik erneut Stellung und beantragte eine Neubeurteilung resp. die Erteilung eines unbefristeten Leistungsauftrages für die Leistungsgruppen HER1, HER1.1, HER1.1.1, HER 1.1.3, HER1.1.4 und HER1.1.5 sowie die Erteilung eines befristeten Leistungsauftrages für KAR1.1 (V-act. 9).

Mit Beschluss vom 20. Juni 2017 (publiziert im Amtsblatt des Kantons St. Gallen vom 3. Juli 2017 [nachfolgend: angefochtener Beschluss]) erliess die Regierung eine neue Spitalliste Akutsomatik (Ziff. I Art. 1 i.V.m. Anhängen 1 und 2), hob den «Regierungsbeschluss über die Spitalliste

Akutsomatik vom 17. Juni 2014» auf (Ziff. III), legte das Inkrafttreten der neuen Spitalliste auf den 1. Juli 2017 fest und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung (Ziff. IV). Der Klinik wurde ein bis Ende 2018 befristeter Leistungsauftrag im Leistungsbereich Herz für die Leistungsgruppen HER1, HER1.1, HER1.1.1, HER1.1.3, HER1.1.4, HER1.1.5 erteilt.

Die von der Regierung an die Spitäler vergebenen Leistungsaufträge wurden in der Regel bis Mitte 2022 befristet. Zur Begründung, weshalb der Klinik nur ein bis Ende 2018 befristeter Leistungsauftrag erteilt wurde, wird in der «Spitalplanung Akutsomatik 2017» des Gesundheitsdepartements (nachfolgend: Spitalplanung 2017) ausgeführt, das Kriterium der Aufnahmepflicht gelte als erfüllt, wenn der Anteil von ausschliesslich grundversicherten St. Galler Patientinnen und Patienten mindestens 57.2 % resp. der Zusatzversicherten-Anteil höchstens 42.8 % betrage (S. 66). Da die Klinik das Kriterium deutlich nicht erfülle, werde der Leistungsauftrag «befristet bis Ende des Jahres 2018 mit der Auflage, bis Mitte 2018 den Zusatzversichertenanteil auf den kantonalen Schwellenwert zu reduzieren». Falls dieses Ziel nicht erreicht werde, erlösche der Leistungsauftrag per Ende des Jahres 2018 (Spitalplanung 2017, S. 66 und 110).

### C.

Mit Beschwerde vom 26. Juli 2017 lässt die Klinik, vertreten durch Rechtsanwalt Urs Saxer und / oder Rechtsanwältin Patrizia Gratwohl, beantragen, der Regierungsbeschluss sei aufzuheben und es sei ihr der Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen HER1, HER1.1, HER1.1.1, HER1.1.3, HER1.1.4, HER1.1.5 bis zum 30. Juni 2022 zu erteilen; eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Weiter stellt sie den prozessualen Antrag, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren (act. 1).

In formeller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Begründungspflicht geltend. Der angefochtene Beschluss sei aber auch in materieller Hinsicht bundesrechtswidrig. Er verstosse gegen verschiedene Bestimmungen des KVG, namentlich die Planungskompetenzen, die Aufnahmepflicht und die Spitalfreiheit, sowie gegen Garantien der Bundesverfassung wie die Wirtschaftsfreiheit und die Rechtgleichheit.

**D.**

Der mit Zwischenverfügung vom 3. August 2017 auf CHF 5'000.- festgesetzte Kostenvorschuss ist am 9. August 2017 bei der Gerichtskasse eingegangen (vgl. act. 2 und 4).

**E.**

**E.a** Die Vorinstanz schliesst in ihrer Stellungnahme vom 17. August 2017 auf Abweisung des prozessualen Antrags betreffend aufschiebende Wirkung und reicht ihre Akten ein (act. 5).

**E.b** Mit Zwischenverfügung vom 30. August 2017 stellt der Instruktionsrichter fest, dass weder im angefochtenen Beschluss noch in der Spitalplanung 2017 begründet wurde, weshalb einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen wurde, was die Beschwerdeführerin zu Recht beanstandete. Der der Beschwerdeführerin in der Spitalliste 2014 erteilte Leistungsauftrag sei jedoch bis Ende Juni 2017 befristet gewesen. Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde würde vorliegend dazu führen, dass die Beschwerdeführerin für die Dauer des Beschwerdeverfahrens über *keinen* Leistungsauftrag verfügen würde, was offensichtlich nicht dem Ziel ihres prozessualen Antrags entspreche. Das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sei daher abzuweisen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin könne sich die Beschwerde nicht nur gegen die Befristung des Leistungsauftrages richten, während der mit dem angefochtenen Beschluss erteilte Leistungsauftrag im Übrigen unberührt bliebe (act. 6).

**F.**

In ihrer Vernehmlassung vom 29. September 2017 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen (act. 7).

**G.**

Mit ergänzender Eingabe vom 24. Oktober 2017 präzisiert die Beschwerdeführerin ihre in der Beschwerde gestellten Anträge dahingehend, dass der angefochtene Beschluss insoweit aufzuheben sei, als der Leistungsauftrag bis Ende Dezember 2018 befristet und mit einer Auflage betreffend Reduktion des Zusatzversichertenanteils verbunden worden seien. Zudem wird subeventualiter beantragt, die vorinstanzlichen Anordnungen betreffend Befristung und Auflage seien ab Endentscheid um ein Jahr zu verlängern. Im Weiteren ersucht die Beschwerdeführerin erneut um Gewährung der aufschiebenden Wirkung und macht geltend, der Streitgegenstand im

vorliegenden Verfahren sei – entgegen den Ausführungen in der Zwischenverfügung vom 30. August 2017 – allein die Befristung des Leistungsauftrages bis 31. Dezember 2018 mit der Auflage, bis Mitte 2018 den Zusatzversichertenanteil auf den kantonalen Schwellenwert zu reduzieren. Eventualiter sei ihr der streitige Leistungsauftrag (ohne Befristung und Auflage) provisorisch zu erteilen (act. 10).

#### **H.**

Auf entsprechende Einladung des Instruktionsrichters (vgl. act. 8) nimmt das Bundesamt für Gesundheit (BAG) mit Eingabe vom 10. November 2017 Stellung. Es vertritt die Ansicht, die Beschwerde sei teilweise begründet und die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 13).

#### **I.**

Mit Zwischenverfügung vom 28. November 2017 stellt der Instruktionsrichter fest, dass sich die aufschiebende Wirkung der Beschwerde vorliegend nicht lediglich auf die umstrittenen Nebenbestimmungen beziehen kann, sondern die gesamte Anordnung (der mit Nebenbestimmungen erteilte Leistungsauftrag) beschlägt. Der (erneute) Antrag betreffend aufschiebende Wirkung wird deshalb abgewiesen. Der Beschwerdeführerin wird der streitige Leistungsauftrag (für HER1, HER1.1, HER1.1.1, HER1.1.3, HER1.1.4 und HER1.1.5) jedoch einstweilen ohne Nebenbestimmungen erteilt (act. 14; vgl. auch die in der Entscheiddatenbank BVGer publizierte Zwischenverfügung C-4231/2017).

#### **J.**

Mit Eingaben vom 22. Dezember 2017 reichen die Beschwerdeführerin (act. 17) und die Vorinstanz (act. 18) ihre Schlussbemerkungen ein und halten an ihren bisherigen Anträgen fest.

#### **K.**

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

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

### **1.**

**1.1** Gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG kann beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden (Art. 53 Abs. 1 KVG). Der angefochtene Beschluss vom 17. Juni 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 und Art. 53 Abs. 2 Satz 1 KVG grundsätzlich nach den Vorschriften des VwVG. Vorbehalten bleiben insbesondere die Abweichungen des Art. 53 Abs. 2 KVG.

**1.2.1** Nach der Rechtsprechung ist die Spitalliste als Rechtsinstitut sui generis zu qualifizieren. Für die Bestimmung des Anfechtungsgegenstandes ist wesentlich, dass die Spitalliste aus einem Bündel von Individualverfügungen besteht (BVGE 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 (BVGE 2012/9 E. 3.3; Urteil BVGer C-4302/2011 vom 15. Juli 2015 E. 2.2.1).

**1.2.2** Die Beschwerdeführerin ist von der Verfügung, welche das sie betreffende Rechtsverhältnis regelt (Erteilung eines mit Nebenbestimmungen verbundenen Leistungsauftrages), 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, Art. 52 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**1.3** Mit Beschwerde gegen einen Spitallistenentscheid im Sinne von Art. 39 Abs. 1 KVG kann die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Nicht zulässig ist hingegen die Rüge der Unangemessenheit (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG i.V.m. Art. 49 VwVG). Bei der Spitalplanung und beim Erlass der Spitalliste verfügt der Kanton über einen erheblichen Ermessensspielraum (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 E. 4.1; vgl. auch BGE 132 V 6 E. 2.4.1 mit Hinweisen).

**1.4** Die vorliegend zu beurteilende Beschwerde richtet sich nicht gegen die Verfügung insgesamt, welche das die Beschwerdeführerin betreffende Rechtsverhältnis regelt, sondern lediglich gegen die mit dem Leistungsauftrag verbundenen Nebenbestimmungen, das heisst, gegen die Befristung des Leistungsauftrages bis 31. Dezember 2018 und die Auflage, bis Mitte 2018 den Zusatzversichertenanteil auf den kantonalen Schwellenwert zu reduzieren. Wie bereits in der Zwischenverfügung vom 28. November 2017 (E. 1.7.1) festgestellt, bilden indessen nicht nur die umstrittenen Nebenbestimmungen, sondern der mit Nebenbestimmungen erteilte Leistungsauftrag den Streitgegenstand im vorliegenden Beschwerdeverfahren (vgl. auch BVGE 2018 V/3 E. 3.3).

## **2.**

Da in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 143 V 446 E. 3.3; 141 V 657 E. 3.5.1; 139 V 335 E. 6.2), ist auf das KVG und die KVV (SR 832.102) in der im Juni 2017 gültigen Fassung abzustellen.

**2.1** Die obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP) übernimmt gemäss Art. 25 KVG die Kosten für die Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen (Abs. 1). Die Leistungen umfassen namentlich die (von Fachpersonen im Sinne von Ziff. 1-3) durchgeführten Untersuchungen und Behandlungen, die Pflegeleistungen in einem Spital (Abs. 2 Bst. a) sowie den Aufenthalt im Spital entsprechend dem Standard der allgemeinen Abteilung (Abs. 2 Bst. e).

**2.2** Art. 39 Abs. 1 KVG bestimmt in Verbindung mit Art. 35 Abs. 1 KVG, unter welchen Voraussetzungen Spitäler zur Tätigkeit zu Lasten der OKP zugelassen werden. Demnach muss ein Spital eine ausreichende ärztliche Betreuung gewährleisten, über das erforderliche Fachpersonal und zweckentsprechende medizinische Einrichtungen verfügen und eine zweckentsprechende pharmazeutische Versorgung gewährleisten (Bst. a-c). Im Weiteren muss ein Spital für die Zulassung der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen, wobei private Trägerschaften angemessen in die Planung einzubeziehen sind (Bst. d). Bst. e setzt schliesslich voraus,

dass die Spitäler oder die einzelnen Abteilungen in der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons aufgeführt sind.

Art. 39 Abs. 1 Bst. a-c KVG regeln die Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen, welche in erster Linie durch die Behörden des Standortkantons zu prüfen sind. Bst. d statuiert eine Bedarfsdeckungs- und Koordinationsvoraussetzung und Bst. e eine Publizitäts- und Transparenzvoraussetzung (an welche Rechtswirkungen geknüpft werden). Die Voraussetzungen gemäss Bst. d und e sollen eine Koordination der Leistungserbringer, eine optimale Ressourcennutzung und eine Eindämmung der Kosten bewirken (BVGE 2010/15 E. 4.1; Urteile BVGer C-6007/2016 vom 7. Februar 2018; C-6266/2013 vom 29. September 2015 E. 3.2).

**2.3** Seit dem 1. Januar 2009 sind die Kantone nach Art. 39 KVG (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.

**2.3.1** 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).

**2.3.2** 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).

**2.4** Nach Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG kann die versicherte Person für die stationäre Behandlung unter den Spitälern frei wählen, die auf der Spitalliste ihres Wohnkantons oder jener des Standortkantons aufgeführt sind (Listenspital). Der Versicherer und der Wohnkanton übernehmen bei stationärer



Behandlung in einem Listenspital die Vergütung anteilmässig nach Art. 49a KVG höchstens nach dem Tarif, der in einem Listenspital des Wohnkantons für die betreffende Behandlung gilt.

**2.5** Im Rahmen ihrer Leistungsaufträge und ihrer Kapazitäten sind die Listenspitäler nach Art. 41a KVG verpflichtet, für alle versicherten Personen mit Wohnsitz im Standortkanton des Listenspitals eine Aufnahmebereitschaft zu gewährleisten (Aufnahmepflicht; Abs. 1). Für versicherte Personen mit Wohnsitz ausserhalb des Standortkantons des Listenspitals gilt die Aufnahmepflicht nur aufgrund von Leistungsaufträgen sowie in Notfällen (Abs. 2). Die Kantone sorgen für die Einhaltung der Aufnahmepflicht (Abs. 3).

### **3.**

Die Beschwerdeführerin macht zunächst eine Verletzung der Begründungspflicht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV geltend.

**3.1** Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, weshalb seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGE 137 I 195 E. 2.2; 135 I 187 E. 2.2 mit Hinweisen; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, N 28 f. zu Art. 29). Diese Rüge ist deshalb vorweg zu behandeln.

**3.2** Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 143 III 65 E. 5.2 mit Hinweisen).

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; BGE 142 II 324 E. 3.6 mit Hinweisen; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz. 103 zu Art. 29). Bei Spitallistenbeschlüssen ist zudem die Besonderheit zu berücksichtigen, dass es sich dabei nicht um eine einzelne Individualverfügung handelt (vgl. zur Rechtsnatur der Spitalliste vorne E. 1.2.1; BVGE 2012/9 E. 3.2.6). Es wird mithin – sofern es nicht nur um eine Anpassung oder Ergänzung der Spitalliste geht – gleichzeitig über die Gesuche aller Spitäler, die sich um einen Leistungsauftrag beworben haben, entschieden. Wird wie bei Spitallistenentscheiden ein breites Anhörungsverfahren durchgeführt, ist es nicht praktikabel, auf die Stellungnahmen aller Anhörungsteilnehmenden detailliert einzugehen. Auch können Sachverhalte und Überlegungen, welche verschiedene Rechtssubjekte gleichermaßen betreffen, zusammenfassend dargestellt werden (vgl. BVGE 2013/46 E. 6.2.6; Urteil BVGer C-5573/2017 vom 21. November 2018 E. 5.5).

**3.3** Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, der angefochtene Beschluss sei überhaupt nicht begründet, auch werde darin nicht auf die Endversion der Spitalplanung 2017 verwiesen, aus welcher sich «teilweise» eine «mögliche Begründung» ergebe (act. 1 S. 13). Diese grundsätzliche Rüge ist unbehelflich. Die Spitalliste ist Ergebnis der Spitalplanung und muss publiziert werden (vgl. vorne E. 2.2 bzw. Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG); sie enthält regelmässig keine Begründung. Da sich die Spitalliste auf eine (bundesrechtskonforme) Spitalplanung stützen muss (vgl. Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG; BVGE 2018 V/3 E. 9.1; Urteil BVGer C-6266/2014 vom 23. November 2015 E. 4.5), ergibt sich die Begründung, weshalb einzelnen Leistungserbringern ein Leistungsauftrag erteilt oder nicht erteilt wird, primär aus der Spitalplanung; ein expliziter Verweis darauf ist nicht erforderlich. Ob die entscheidende Kantonsregierung die gesamte Spitalplanung in einem einzigen Dokument zusammenfasst und darin auch zu den im Anhörungsverfahren vorgebrachten Argumenten Stellung nimmt oder zu Letzterem einen separat begründeten Beschluss erlässt, ist nicht entscheidend.

**3.4** Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe sich in der Spitalplanung 2017 kaum mit den von ihr im Verlaufe des Verfahrens vorgebrachten Einwänden auseinandergesetzt.

**3.4.1** Im Rahmen der Anhörung stellte die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 24. Mai 2017 namentlich fest, dass der Kanton St. Gallen beabsichtige, «wegen einer angeblichen Verletzung der Aufnahmepflicht als Folge eines zu hohen VVG-Anteils der Klinik Hirslanden die Spitalistenaufträge nur noch befristet zu erteilen» (V-act. 9 S. 1). Über die von der Gesundheitsdirektion festgestellte Problematik sei sie bereits im Dezember 2016 in Kenntnis gesetzt worden und habe darauf hingewiesen, dass sie im Bereich Herzchirurgie überwiegend Empfängerin von Zuweisungen des Kantonsspitals St. Gallen sei. Weiter führte sie aus, dass sie aufgrund des Leistungsauftrages gesetzlich verpflichtet sei, den Patientinnen und Patienten aus dem Kanton St. Gallen einen gleichwertigen Zugang zu gewährleisten. Aufgrund der kantonalen Regelung, wonach das Doppelte des VVG-Anteils im Kanton nicht überschritten werden dürfe, habe die Grenze im Jahr 2015 bei 42 % VVG-Anteil gelegen. Die Bestimmung dürfe indessen nicht auf alle ausserkantonal erbrachten Leistungen, sondern nur auf diejenigen, welche in den Bereich des Leistungsauftrages fielen, angewendet werden. Laut Mitteilung der Gesundheitsdirektion betrage der VVG-Anteil im massgebenden Bereich der Herzchirurgie 27 %, weshalb die Schwelle bei 54 % liege. Demnach sei ein OKP-Anteil von 46 % gefordert. Im Jahr 2016 sei eine Steigerung der Fallzahlen gelungen und der VVG-Anteil sei bereits auf 49 % gesunken resp. der OKP-Anteil auf 51 % angestiegen. Damit läge die Klinik nur noch 5 % vom Mittelwert aller Patienten entfernt und die leistungsgruppenspezifische VVG-Schwelle würde mit 3 % unterschritten (V-act. 9).

**3.4.2** In der Spitalplanung 2017 wird unter Ziff. 8.2.4 Folgendes ausgeführt: «Die Hirslanden Klinik Zürich erfüllte das Kriterium der Aufnahmepflicht im Jahr 2015 nicht (siehe auch Kapitel 7.2.3). Anstatt eines maximalen Zusatzversicherten-Anteils von 42 Prozent weist das Spitalunternehmen im Jahr 2015 ein[en] Anteil von 75 Prozent aus. Betrachtet man nur den Herzchirurgie-Bereich, reduziert sich der Anteil der Zusatzversicherten auf 63 Prozent. Damit ist dieser zu hoch, als dass ein gleichwertiger Zugang unabhängig von der Versicherungsdeckung als gesichert angenommen werden kann. In der Vernehmlassung beantragte die Hirslanden Klinik Zürich eine unbefristete Erteilung ihres Leistungsauftrages. Dabei machte sie geltend, dass bei der Berechnung des Mindestanteils an ausschliesslich grundversicherten Patientinnen und Patienten in ihrem konkreten Fall nur diejenigen Patientengruppen berücksichtigt werden sollten, über welche die Klinik einen Leistungsauftrag des Kantons St. Gallen verfüge. Konkret heisse dies, dass der beizuziehende Zusatzversicherungsanteil nicht bei 21, sondern bei 27 Prozent liege und sich damit der minimale Anteil an

ausschliesslich OKP-Versicherten nicht auf 58 Prozent sondern auf 46 Prozent belaufe. Gemäss ihren eigenen Angaben belief sich im Jahr 2016 im Bereich Herzchirurgie der Grundversicherten-Anteil auf 51 Prozent, womit der Schwellenwert [... erreicht] sei. Dazu gilt es festzuhalten, dass den Kantonen – demgemäss auch dem Kanton St. Gallen – gesamtschweizerische Daten ihrer Spitalaufenthalte für das Jahr 2016 noch nicht vorliegen. Die Beurteilung des Kantons St. Gallen muss deshalb auf den Daten des Jahres 2015 erfolgen. Von insgesamt 145 behandelten Patientinnen und Patienten aus dem Kanton St. Gallen im Bereich Herzchirurgie in der Hirslanden Klinik Zürich verfügten 92 über eine Zusatzversicherung (63 Prozent). Unabhängig von der Anwendung der Definition des Ausgangswertes für den minimalen Grundversichertenanteil verfehlte die Hirslanden Klinik Zürich im Jahr 2015 das Kriterium um 9 oder 22 Prozent. Die Leistungsaufträge der Hirslanden Klinik Zürich werden deshalb befristet bis Ende des Jahres 2018 mit der Auflage, bis Mitte 2018 den Zusatzversichertenanteil auf den kantonalen Schwellenwert zu reduzieren. Falls dieses Ziel nicht erreicht wird, erlöschen die Leistungsaufträge per Ende des Jahres 2018» (Spitalplanung 2017, S. 109 f.).

**3.4.3** Es trifft zwar zu, dass die Vorinstanz auf das Argument, als Empfängerin von Zuweisungen könne die Klinik den OKP-Anteil gar nicht steuern, nicht eingegangen ist. Dass es sich dabei um ein aus Sicht der Beschwerdeführerin zentrales Argument handelte, wie nun in der Beschwerde geltend gemacht wird (vgl. Rz. 18 und 31), lässt sich der im Rahmen der Anhörung eingereichten Stellungnahme nicht entnehmen. Auch betont die Klinik, dass es gelungen sei, die Fallzahlen zu erhöhen, und der VVG-Anteil im Jahr 2016 weiter gesunken resp. der OKP-Anteil angestiegen sei. Dies konnte auch dahingehend verstanden werden, dass die Bemühungen der Beschwerdeführerin, den OKP-Anteil zu erhöhen, Erfolg zeigten.

**3.4.4** Als zentral erscheint vielmehr die Argumentation der Klinik, dass bei richtiger Berechnung die Vorgaben betreffend Mindestanteil (jedenfalls für das Jahr 2016) eingehalten würden. Die Vorinstanz hält dazu namentlich fest, dass nicht die Zahlen aus dem Jahr 2016, sondern diejenigen aus dem Jahr 2015 massgebend seien. Unabhängig davon, nach welcher Methode der Mindestanteil nun bestimmt werde, erfülle die Klinik die Vorgabe nicht. Ob der Umstand, dass die Vorinstanz nicht näher auf die von der Klinik vorgeschlagene Berechnungsmethode eingegangen ist, als Verletzung der Begründungspflicht zu betrachten wäre, kann vorliegend offenbleiben. Denn die Beschwerdeführerin rügt zu Recht, dass aus der Spitalplanung 2017 nicht hervorgeht, bezogen auf welches Patientengut der

massgebende Schwellenwert zu bestimmen und deren Einhaltung zu überprüfen ist. Damit erweisen sich die mit Erteilung des (befristeten) Leistungsauftrages verbundenen Nebenbestimmungen, bis Mitte 2018 den Zusatzversichertenanteil auf den kantonalen Schwellenwert zu reduzieren, andernfalls der Leistungsauftrag per Ende des Jahres 2018 erlösche, als unklar (vgl. dazu nachfolgende E. 5.3 ff.). Ist aber eine behördliche Anordnung derart unklar, dass der Adressat nicht weiss, welche Pflichten ihm damit auferlegt werden, leidet sie an einem grundlegenden Mangel, der zur Aufhebung der Anordnung führt, weshalb sich die Frage der hinreichenden Begründung nicht mehr stellt.

#### **4.**

**4.1** Die Vorinstanz stützte sich für ihren Entscheid betreffend Nebenbestimmungen insbesondere auf Art. 12 Abs. 1 des St. Galler Gesetzes über die Spitalplanung und -finanzierung vom 31. Januar 2012 (SPFG; sGS 320.1), wonach der Leistungsauftrag mit Auflagen und Bedingungen verbunden werden kann. In der nicht abschliessenden Liste wird in Bst. g die «Festlegung eines Mindestanteils an Patientinnen und Patienten mit Wohnsitz im Kanton, für deren stationären Behandlungen keine Zusatzleistungen in Rechnung gestellt werden» aufgeführt.

**4.1.1** Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist Art. 12 Abs. 1 Bst. g SPFG bundesrechtswidrig. Der Kanton überschreite seine vom Bundesrecht eingeräumten Planungskompetenzen im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) und nehme eine Planung der Zusatzversicherten Leistungen vor. Da es nicht um untrennbar miteinander verknüpfte Leistungen der Grund- und der Zusatzversicherung gehe, sei die Planung unzulässig (Beschwerde S. 16 ff. mit Hinweis auf BERNHARD RÜTSCHÉ, Spitalplanung und Privatspitäler, 2016 [nachfolgend: RÜTSCHÉ, Privatspitäler], Rz. 5). Die Planungskompetenzen dürften nicht in den Dienst einer Durchsetzung der Aufnahmepflicht und der Steuerung des Angebots von Zusatzversicherten gestellt werden. Die Erwägungen des Bundesgerichts in BGE 138 II 385 (Tessiner Fall) könnten nicht unbesehen auf den vorliegenden Fall übertragen werden, zumal das Bundesgericht lediglich eine abstrakte Normenkontrolle vorgenommen und die überprüfte Norm die Mengensteuerung betroffen habe. Aufgrund der Vorgabe, den Zusatzversichertenanteil zu reduzieren, müsse die Beschwerdeführerin allenfalls Patientinnen und Patienten mit einer Zusatzversicherung (die ja immer auch grundversichert seien) abweisen und könne ihrer Aufnahmepflicht nicht mehr nachkommen. Zudem würde die Spitalwahlfreiheit der Zusatzversicherten verletzt.

Da Art. 12 Abs. 1 Bst. g SPFG gegen Bundesrecht verstosse, sei ihm gemäss Art. 49 Abs. 1 BV die Anwendung zu versagen.

Die verfügte Auflage verstosse zudem gegen die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), unter anderem weil sie sich nicht auf eine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage stützen könne. Der Mindestanteil von nur OKP-Versicherten ergebe sich nicht aus einem Gesetz im formellen Sinn, sondern lediglich aus einer Fussnote auf Seite 66 der Spitalplanung 2017. Aber selbst wenn die Vorgabe eines Mindestanteils grundsätzlich als zulässig zu betrachten wäre, dürften für die Berechnung des Anteils Zusatzversicherter – entgegen der Annahme der Vorinstanz – nur diejenigen St. Galler Patientinnen und Patienten berücksichtigt werden, die aufgrund eines Leistungsauftrages des Kantons St. Gallen behandelt worden seien.

**4.1.2** Die Vorinstanz verweist in ihrer Vernehmlassung auf BGE 138 II 385. Mit diesem Entscheid habe das Bundesgericht eine analoge Regelung des Kantons Tessin als gesetzes- und verfassungskonform beurteilt. Weiter hält sie fest, der seit der KVG-Revision zur neuen Spitalfinanzierung geltende Grundsatz der freien Spitalwahl bedeute, dass alle Spitäler auf einer Spitalliste für alle Versichertenkategorien gleichermassen zugänglich seien. Bei einem Listenspital würden die Erträge aus OKP und Zusatzversicherung die Behandlungskosten deutlich übersteigen, weshalb die Behandlung von Zusatzversicherten für alle Spitäler sehr attraktiv sei. Seit der KVG-Revision würden die Listenspitäler nach einheitlichen Grundsätzen finanziert; damit verbunden seien aber auch gleiche Pflichten. Privatspitäler hätten jedoch weiterhin die Möglichkeit, ihr Angebot auf Zusatzversicherte (oder Selbstzahlende) zu beschränken und den Status als Vertragsspital im Sinne von Art. 49a Abs. 4 KVG anzustreben.

Art. 11 und Art. 12 SPFG würden die Voraussetzungen für die Erteilung eines Leistungsauftrages konkretisieren. Das von der Beschwerdeführerin kritisierte Kriterium des Mindestversorgungsanteils von ausschliesslich OKP-Versicherten habe zum Ziel, den Zugang zu ausreichend bedarfsgerechten Spitalkapazitäten für den (grossen) nur grundversicherten Teil der St. Galler Bevölkerung zu gewährleisten; es gehe mithin nicht um die Steuerung der Zusatzversicherten. Da der Anteil von ausschliesslich Grundversicherten – historisch bedingt – sehr unterschiedlich sei, habe man eine angemessene Marge gegenüber dem kantonalen Durchschnitt vorsehen wollen. Im Strukturbericht der Spitalplanung Akutsomatik 2014 sei deshalb festgehalten worden, dass sich der Mindestanteil an ausschliesslich Grundversicherten eines Spitals aus der Differenz zwischen 100 % und der

doppelten durchschnittlichen Anzahl stationär behandelten Zusatzversicherter St. Galler Patientinnen und Patienten berechne (act. 7 S. 6 mit Hinweis auf V-act. 13, S. 66 Fussnote 19). Für das Jahr 2015 habe damit der Mindestversorgungsanteil von ausschliesslich Grundversicherten 57.2 % betragen.

Soweit die Beschwerdeführerin geltend mache, die Überprüfung des umstrittenen Mindestversorgungsanteils müsste auf der Ebene der Leistungsgruppen erfolgen, sei dies aus Sicht des Kantons St. Gallen nicht praktikabel und unverhältnismässig, da für 138 Leistungsgruppen individuelle Mindestanteile festgelegt werden müssten. Die Anwendung auf Spital-Ebene garantiere hingegen eine transparente und einfach handhabbare Umsetzung der Vorgabe.

**4.1.3** Das BAG verweist in seiner Stellungnahme zunächst ebenfalls auf den Entscheid des Bundesgerichts betreffend den Kanton Tessin (BGE 138 II 385). Weiter führt es aus, das Verhältnis zwischen Zusatzversicherten und nur OKP-Versicherten dürfe sowohl die Zuweisungspraxis (Hausärztinnen, Spezialisten etc.) als auch die Aufnahmepraxis der Beschwerdeführerin widerspiegeln. Dieses Verhältnis dürfe auch aufzeigen, ob und inwieweit eine Patientenselektion und eine selektive Patienteninformation hinsichtlich Versicherungsdeckung praktiziert worden sei. Die Überprüfung der Aufnahmespflicht aufgrund des Kriteriums eines Mindestanteils an ausschliesslich OKP-Versicherten sei von wesentlicher Bedeutung. Dabei sollten aber eigentlich nur diejenigen Patientinnen und Patienten berücksichtigt werden, für welche auch tatsächlich eine Aufnahmespflicht bestehe, denn bei ausserkantonalen Wahlbehandlungen (Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG) sei eine Selektion nicht unzulässig. Da die Beschwerdeführerin aufgrund des Leistungsauftrags lediglich im Bereich der Herzchirurgie eine Aufnahmespflicht treffe, wäre eine Überprüfung auf der Ebene der betroffenen Leistungsgruppen zielführender und auch praktikabel. Ob und gegebenenfalls wie der angewendete Schwellenwert dem Umstand bereits Rechnung trage, dass die Aufnahmespflicht nicht für alle in der Klinik der Beschwerdeführerin behandelten Patientinnen und Patienten aus dem Kanton St. Gallen gelte, lasse sich nicht feststellen. Unter Hinweis auf den grossen Ermessensspielraum der Kantone bei der Überprüfung der Aufnahmespflicht erachtet das BAG eine Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung als angezeigt.

**4.1.4** In ihren Schlussbemerkungen vom 22. Dezember 2017 schliesst sich die Vorinstanz der vom BAG vertretenen Auffassung insoweit an, als für die

Überprüfung des Mindestversorgungsanteils von nur OKP-Versicherten nicht die Gesamtzahlen der von der Klinik behandelten Patientinnen und Patienten aus dem Kanton St. Gallen massgebend sein sollen, sondern nur der Herzchirurgie-Bereich zu berücksichtigen sei. Für die Herleitung des Mindestanteils seien aber alle behandelten Patientinnen und Patienten aus dem Kanton St. Gallen zu berücksichtigen, unabhängig von der Institution und dem Leistungsbereich. Eine Berücksichtigung von je nach medizinischem Bereich unterschiedlichen Zusatzversichertenanteilen würde zu einer Zementierung des ungleichen Zugangs der beiden Patientenkollektive (Grundversicherte und Zusatzversicherte) führen (act. 18 S. 2 f.).

**4.2** Art. 39 KVG regelt die Voraussetzungen für die Zulassung von Spitälern als OKP-Leistungserbringer (Art. 35 Abs. 2 Bst. h KVG) abschliessend (BVGE 2018 V/3 E. 7.4.1; vgl. auch zur Publikation vorgesehene Urteil BGer 9C\_435/2018 vom 14. Februar 2019 E. 7.1). Allerdings verfügen die Kantone bei der Umsetzung der offen formulierten Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 KVG über einen relativ grossen Gestaltungsspielraum; sie dürfen aber in den Leistungsaufträgen nicht zusätzliche, vom KVG nicht abgedeckte Vorgaben festlegen (BVGE 2018 V/3 E. 7.4.2 mit Hinweisen). Sodann ändert Art. 39 KVG und insbesondere dessen Abs. 2<sup>ter</sup> (Planungskriterien) nichts daran, dass die – bundesrechtlich vorgeschriebene – Spitalplanung (für OKP-Leistungen) gemäss verfassungsrechtlicher Kompetenzausscheidung in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fällt. Die Spitalplanung wird durch das kantonale Recht geregelt; dieses muss jedoch den bundesrechtlichen Vorgaben entsprechen (GEBHARD EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2. Aufl. 2018 [nachfolgend: EUGSTER, Rechtsprechung], Art. 39 Rz. 8; vgl. auch BGE 138 II 398 E. 3.3.3.5; BVGE 2018 V/3 E. 7.6.1-7.6.4.2). Der Bundesgesetzgeber hat deshalb darauf verzichtet, in Art. 39 Abs. 2<sup>ter</sup> KVG als weiteres Planungskriterium die Versorgungssicherheit aufzuführen, weil hierfür gemäss Verfassung die Kantone zuständig seien (vgl. dazu die Zusammenfassung der parlamentarischen Debatte in Urteil BVGer C-6266/2013 vom 29. September 2015 E. 4.4.5 sowie BGE 138 II 398 E. 3.3.3.4, je mit Hinweisen). In Art. 39 Abs. 2<sup>ter</sup> KVG sollten nur die zentralen Kriterien der Systemsteuerung, welche die KVG-Revision vorsehe, aufgeführt werden (Urteil BVGer C-6266/2013 E. 4.4.5).

**4.2.1** Gemäss Art. 12 Abs. 1 Bst. g SPFG kann der Leistungsauftrag mit Auflagen und Bedingungen verbunden werden, «insbesondere [...] Festlegung eines Mindestanteils an Patientinnen und Patienten mit Wohnsitz im Kanton, für deren stationären Behandlungen keine Zusatzleistungen in



Rechnung gestellt werden». Aufgrund des Wortlauts dieser Norm und der Systematik erscheint nicht ohne Weiteres klar, ob das kantonale Recht eine gesetzliche Grundlage für die Festlegung des umstrittenen Mindestanteils (resp. eine diesbezügliche Kompetenzdelegation an den Regierungsrat) oder für die Nebenbestimmungen von Leistungsaufträgen bilden soll (zur Bedeutung des Gesetzmässigkeitsprinzips von Nebenbestimmungen vgl. BVGE 2018 V/3 E. 7.2 mit Hinweisen). Die Art. 10 bis 15 SPFG stehen unter dem Titel «Leistungsauftrag». Art. 12 SPFG trägt den Untertitel «Aufgaben und Bedingungen»; die Voraussetzungen (für die Erteilung) eines Leistungsauftrages werden hingegen in Art. 11 Abs. 2 SPFG geregelt. Art. 12 Abs. 1 Bst. g SPFG statuiert sodann keine Pflicht der Listenspitäler, einen (bestimmten oder bestimmbaren) Mindestanteil an nur Grundversicherten (wobei hier nur Patientinnen und Patienten ohne Zusatzversicherung für die halbprivate oder private Abteilung gemeint sind) zu behandeln.

**4.2.2** Die vorliegend umstrittenen Nebenbestimmungen lassen sich daher, zumal das SPFG diesbezüglich keine weiteren Vorschriften enthält, zumindest nicht allein auf kantonales Recht stützen. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob sich die Vorgabe betreffend Mindestanteil aus dem KVG und dessen Ausführungsbestimmungen ableiten lässt.

**4.3** Die Vorinstanz erachtet die Vorgabe betreffend Mindestanteil von nur Grundversicherten als Konkretisierung der in Art. 41a KVG verankerten Aufnahmepflicht. In der Spitalplanung 2017 führt sie dazu Folgendes aus: «Die Aufnahmepflicht für Listenspitäler bedeutet, dass eine Selektion auf Grund des Versichertenstatus oder des individuellen Risikos der zu behandelnden Person nicht gestattet ist. Die Spitäler haben sich im Rahmen des Evaluationsverfahrens schriftlich verpflichtet, keine Patienten- oder Risiko-selektion zu betreiben. Die Einhaltung dieses Kriteriums wird retrospektiv überprüft. Dabei gilt das Kriterium als erfüllt, wenn der Anteil von ausschliesslich grundversicherten St. Galler Patientinnen und Patienten mindestens 57.2 Prozent respektive der Zusatzversicherten-Anteil höchstens 42.8 Prozent betragen» (S. 66 mit Hinweis auf Art. 12 Bst. g SPFG). In der Fussnote wird ergänzend festgehalten: «Der Mindestanteil berechnet sich aus der Differenz zwischen 100 Prozent und der doppelten durchschnittlichen Anzahl stationär behandelten zusatzversicherter St. Galler Patientinnen und Patienten, welcher im Jahr 2015 21.4 Prozent betrug (ohne gesunde Neugeborene)».

**4.4** Art. 41a Abs. 3 KVG verpflichtet die Kantone, für die Einhaltung der Aufnahmespflicht zu sorgen. Wie sie diese zu gewährleisten haben, gibt das Bundesrecht nicht vor.

**4.4.1** Eine bundesrechtlich vorgeschriebene Aufnahmespflicht der Listenspitäler war im Entwurf des Bundesrates vom 15. September 2004 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung [BBI 2004 5593]) noch nicht vorgesehen; Art. 41a KVG wurde erst im Differenzbereinigungsverfahren vom Ständerat eingefügt. Die Kommissionssprecherin führte dazu insbesondere aus, der Nationalrat sei offenbar davon ausgegangen, dass alle Spitäler einer Aufnahmespflicht unterstellt seien. Da nun einerseits die freie Spitalwahl eingeführt werde und andererseits die Kantone zur Planung verpflichtet würden, sei es nach Ansicht der Kommission notwendig zu definieren, wann die Spitäler zur Aufnahme eines Patienten oder einer Patientin verpflichtet seien (AB 2007 S 759 f.). Art. 41a KVG lege die aus dem Bundesrecht fließenden Pflichten fest; im Rahmen ihrer Kompetenz könnten die Kantone die Aufnahmespflicht weiterhin regeln (AB 2007 S 760; vgl. auch Kommissionsprotokoll der Sitzung der ständerätlichen Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit [SGK] vom 2./3. Juli 2007 S. 12 ff.). In der SGK des Ständerates wurde namentlich betont, dass bisher in der Regel nur den öffentlichen Spitälern durch das kantonale Recht eine Aufnahmespflicht auferlegt worden sei. Nun gehe es darum klarzustellen, welche Voraussetzungen ein Leistungserbringer erfüllen müsse, wenn er im Rahmen des KVG tätig sein wolle (vgl. S. 15 f.). Der neue Art. 41a KVG führte im Ständerat zu keiner Diskussion. Im Nationalrat wurden Art. 41 und Art. 41a KVG gemeinsam behandelt; eine Minderheit wollte an der weitergehenden Spitalwahlfreiheit (Prinzip «Cassis de Dijon») festhalten und keine Aufnahmespflicht vorsehen. In der Debatte stand die Frage der freien Spitalwahl im Vordergrund (vgl. AB 2007 N 1770 ff.). Nur die Sprecherin der SP-Fraktion äusserte sich zu Art. 41a KVG und kritisierte, dass die Kommissionsminderheit auf einen Aufnahmezwang verzichten wolle. Dies würde dazu führen, dass Listenspitäler, namentlich Privatspitäler, zwar von den Vorteilen (d.h. von kantonalen Steuergeldern) profitieren könnten, aber nicht an einen Aufnahmezwang gebunden wären. Dies sei aus gesundheitspolitischer Sicht nicht vertretbar (AB 2007 N 1771).

**4.4.2** Die Schweizerische Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und Gesundheitsdirektoren (GDK) hat am 14. Mai 2009 Empfehlungen zur Spitalplanung verabschiedet, diese am 18. Mai 2017 zunächst teil-

weise und am 25. Mai 2018 vollständig revidiert (nachfolgend: GDK-Empfehlungen [2009, 2017 oder 2018]). Die GDK-Empfehlungen sind für die Kantone nicht bindend (GDK-Empfehlungen 2017, S. 2) und enthalten auch keine verbindliche Auslegung des KVG und der KVV (BVGE 2018 V/3 E. 9.8 mit Hinweis auf BGE 138 II 398 E. 2.3.5). Vielmehr sollen sie «eine gemeinsame Sicht auf die kantonale Aufgabe der Spitalplanung anregen und verstehen sich damit auch als einen Beitrag zur interkantonalen Koordination der Spitalplanung im Sinne von Art. 39 Abs. 3 KVG» (GDK-Empfehlungen 2017, S. 2). Die Empfehlung (ab 2009 Nr. 5, ab 2017 Nr. 9) betreffend Aufnahmepflicht wurde erst mit der zweiten Revision (2018) erneuert. Bis zur Revision lautete sie wie folgt:

a) Die Kantone können punktuell Ausnahmen von der allgemeinen Aufnahmepflicht gemäss Art. 41a KVG im kantonalen Leistungsauftrag vorsehen.

b) Die Einhaltung der Aufnahmepflicht wird nachträglich anhand der Patientenstruktur ermittelt. Sie kann als erfüllt gelten, wenn die Leistungen gemäss Leistungsauftrag für mindestens 50% der Patienten ausschliesslich über die obligatorische Krankenpflegeversicherung finanziert werden.

c) Als ausschliesslich allgemein versichert gelten Patienten, für welche die stationären Leistungen bei vollem Tarifschutz einzig über die obligatorische Krankenpflegeversicherung fakturiert werden, d.h. ohne Zuzahlung für erhöhten Hotelleriestandard und / oder erweiterte Wahlfreiheit betreffend Arzt oder Termin.

d) Vorbehalten bleiben Meldungen über Vorkommnisse, welche auf eine Verletzung der Aufnahmepflicht hindeuten.

e) Der Kanton definiert im Leistungsauftrag die Sanktionen bei Nichteinhaltung der Aufnahmepflicht.

f) Es wird empfohlen, die kantonalgesetzliche Verankerung dieser Regelung zu prüfen».

In der Begründung wird zu Bst. b unter anderem ausgeführt, der Wert von 50 % sei bewusst tief angesetzt; er beinhalte eine grosse Sicherheitsmarge. Die Erfüllung einer solchen Auflage sei anhand des empirischen Wertes von 50 % allgemeinversicherten Patientinnen und Patienten zu prüfen. Basis sei die gemäss dem jeweiligen kantonalen Leistungsauftrag erbrachten Leistungen (GDK-Empfehlungen 2017, S. 15).

In der revidierten (und stark gekürzten) Empfehlung wird in Bst. b keine Prozentangabe mehr aufgeführt: «Zur Gewährleistung des Zugangs der allgemeinversicherten Patientinnen und Patienten zu den vorhandenen Spitalkapä-

zitäten der Listenspitäler kann der Kanton einen Mindestanteil an ausschliesslich grundversicherten Patientinnen und Patienten formulieren, den alle Listenspitäler erfüllen müssen» (GDK-Empfehlungen 2018, S. 18).

**4.4.3** In BGE 138 II 398 hat das Bundesgericht erkannt, dass eine kantonale Norm, wonach die Aufnahmepflicht als erfüllt gilt, wenn der Anteil von nur OKP-versicherten Patientinnen und Patienten 50 % beträgt, nicht bundesrechtswidrig ist und insbesondere nicht gegen Art. 41a KVG verstösst. Dabei hat das Bundesgericht namentlich in Erwägung gezogen, dass die Spitalplanung einerseits der Vermeidung von Überkapazitäten und den daraus resultierenden Mehrkosten dient, andererseits – und vor allem – aber die Gewährleistung einer bedarfsgerechten Spitalversorgung für die Kantonsbevölkerung (vgl. Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG; Art. 58a KVV) bezweckt, insbesondere für den grösseren Teil der Bevölkerung, der über keine Zusatzversicherung (für die private oder halbprivate Abteilung) verfügt. Die Spitalplanung müsse daher dafür sorgen, dass genügend Spitalleistungen in der allgemeinen Abteilung angeboten werden. Dies könne vereitelt werden, wenn die Listenspitäler ausschliesslich oder mehrheitlich Patientinnen und Patienten mit Zusatzversicherungen aufnahmen. Die streitige Norm betreffend Mindestanteil Allgemeinversicherter verfolge daher ein legitimes Ziel der Spitalplanung (BGE 138 II 398 E. 5.3).

Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass die Bestimmungen des KVG zur Spitalplanung nur für den Bereich der OKP gelten und nur die Spitalbehandlungen in der allgemeinen Abteilung unter den Leistungskatalog des KVG fallen, nicht aber diejenigen in der halbprivaten und privaten Abteilung. Weil aber jede in der Schweiz wohnhafte Person, die eine Zusatzversicherung abgeschlossen hat, gleichzeitig obligatorisch in der Grundversicherung versichert ist (Art. 3 KVG) und demnach Anspruch auf die Leistungen der OKP hat, betrifft die Planungskompetenz des Kantons auch die Leistungen der Grundversicherung, die in der halbprivaten und privaten Abteilung erbracht werden. Ein Privatspital könne sich den Anordnungen der Planungsbehörden jedoch entziehen, indem es als Nicht-Listenspital (z.B. als Vertragsspital im Sinne von Art. 49a Abs. 4 KVG) tätig sei (BGE 138 II 398 E. 5.4).

Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin ging es in diesem Fall somit nicht (nur) um die Frage einer mengenmässigen Steuerung, sondern wie vorliegend um die Konkretisierung der Aufnahmepflicht gemäss Art. 41a KVG (vgl. auch BGE 138 II 398 E. 5.1).

**4.4.4** BERNHARD RÜTSCHÉ (Spitalplanung und Spitalfinanzierung: Grundsatzurteil des Bundesgerichts, HILL 2012 Nr. 50 [nachfolgend: RÜTSCHÉ, Grundsatzurteil]) pflichtet dem Bundesgericht darin bei, dass sich die kantonale Planungskompetenz auch auf Zusatzversicherte erstreckt. Das könne aber nicht bedeuten, dass die Kantone deshalb die Aufnahme Zusatzversicherter Personen auf einen bestimmten Prozentsatz beschränken dürften. Eine Begrenzung der Aufnahme von Personen bestimmter Versicherungskategorien sei etwas völlig anderes als eine Begrenzung der Leistungsmenge. Die Begrenzung der Leistungsmenge diene dem legitimen Zweck, medizinisch nicht indizierte Behandlungen (Überarztung) zu vermeiden, und beruhe auf entsprechendem statistischen Zahlenmaterial. Demgegenüber habe eine Begrenzung der Aufnahme von Zusatzversicherten überhaupt keinen Zusammenhang mit dem Anliegen, nicht notwendigen Mengenausweitungen zu begegnen. Vielmehr führe eine solche Begrenzung dazu, dass ein Listenspital notwendige Behandlungen von Zusatzversicherten (und damit auch grundversicherten) Patienten nicht durchführen dürfe, wenn in diesem Spital die gesetzte Obergrenze überschritten sei. Dies stehe in Widerspruch zur Aufnahmepflicht gemäss Art. 41a KVG und sei auch kaum mit der Rechtsgleichheit vereinbar (Rz. 38). Wie das Bundesgericht zu Recht betone, müssten die Kantone als Verantwortliche für die Spitalversorgung sicherstellen, dass für die Bevölkerung genügende Spitalkapazitäten vorhanden seien. Dies müsse gleichermassen für alle Personen gelten, unabhängig davon, ob sie Zusatzversichert seien oder nicht. Die Art der Versicherung dürfe für die Spitalplanung keine Rolle spielen (Rz. 39; vgl. auch RÜTSCHÉ, Privatspitäler, Rz. 5 ff.). Schliesslich führt der Autor aus, das Bundesverwaltungsgericht müsse sich bei der Beurteilung einer (konkreten) Spitalplanung nicht zwingend dem Bundesgericht anschliessen, denn die auf die Tessiner Regelung bezogenen Erwägungen des Bundesgerichts bewirkten keine Veränderung der Rechtslage. Auch gehe von diesen Erwägungen keine faktische Bindungswirkung aus, da das Bundesverwaltungsgericht im Bereich Spitallisten letztinstanzlich entscheide und in seiner Rechtsprechung unabhängig sei (RÜTSCHÉ, Privatspitäler, Rz. 28).

**4.4.5** Nach GEBHARD EUGSTER bezweckt Art. 41a KVG die Sicherung der spitalplanungskonformen Versorgung. Da die Listenspitäler von steuerfinanzierten Leistungen profitierten, sollten sie auch den ihnen in der Spitalplanung zgedachten medizinischen Versorgungsanteil erbringen und diese Pflicht nicht durch Aufnahmeverweigerungen unterlaufen können, insbesondere nicht durch die Selektion profitabler oder die Abwehr unren-

tabler Behandlungsfälle (EUGSTER, Krankenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 3. Aufl. 2016 [nachfolgend: EUGSTER, SBVR] S. 666 Rz. 843; vgl. auch EUGSTER, Rechtsprechung, Art. 41a Rz. 1). Die Regelung einiger Kantone, wonach die Aufnahmepflicht als erfüllt gilt, wenn der Anteil von Patientinnen und Patienten, die nur über eine OKP bzw. über keine Zusatzdeckung für die private oder halbprivate Spitalklasse verfügen, mindestens 50 % beträgt, sei zulässig. Solche Bestimmungen dienen der Sicherstellung einer ausreichenden Spitalkapazität für die allgemeine Spitalabteilung (EUGSTER, SBVR, S. 666 Rz. 844).

**4.4.6** Die Kantone haben nicht nur die Kompetenz, sondern auch die Pflicht, eine bedarfsgerechte Spitalversorgung für OKP-Versicherte zu gewährleisten und für die Einhaltung der Aufnahmepflicht im Sinne von Art. 41a KVG zu sorgen. Die Spitalplanung hat – wie BERNHARD RÜTSCHKE zu Recht ausführt – grundsätzlich unabhängig von der Versicherungs-kategorie zu erfolgen. Da sich die Spitalplanung jedoch auf die Leistungen der OKP zu beschränken hat, welche sich nach dem Standard der allgemeinen Abteilung richtet (Art. 25 Abs. 2 Bst. e KVG), muss primär eine bedarfsgerechte Versorgung für Grundversicherte gewährleistet sein. Ein Kanton hat mithin nicht dafür zu sorgen, dass ausreichende Kapazitäten in der Privat- oder Halbprivatabteilung zur Verfügung stehen, denn für diese Versicherungsklassen verfügt der Kanton über keine Planungskompetenz (vgl. BVGE 2012/30 E. 4.8; BGE 138 II 398 E. 5.4; Botschaft des Bundesrates betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [Spitalfinanzierung] vom 15. September 2004 [BBI 2004 5551, S. 5567]). Die Behandlung von Zusatzversicherten ist für Spitäler zweifellos finanziell attraktiver als diejenige von nur Grundversicherten. Ein Kanton hat gemäss Art. 41a Abs. 3 KVG jedoch dafür zu sorgen, dass auch die weniger rentablen Fälle – wie die ausschliesslich Grundversicherten – von den Spitälern aufgenommen werden. Wenn er hierfür einen Mindestanteil von nur OKP-Versicherten vorgibt, entspricht dies grundsätzlich einer bundesrechtskonformen Konkretisierung von Art. 41a KVG. Der maximale Anteil von Zusatzversicherten (oder von Selbstzahlenden) ist eine unvermeidliche (mathematische) Folge des Mindestanteils von nur OKP-Versicherten, bedeutet aber nicht, dass der Kanton eine (unzulässige) Planung für den Bereich der Zusatzversicherten vornimmt und zusatzversicherte Leistungen steuert.

**4.4.7** Nicht gefolgt kann der Beschwerdeführerin auch darin, dass die Vorgabe eines Mindestanteils von nur OKP-Versicherten dazu führen würde, dass sie gegenüber Zusatzversicherten ihrer Aufnahmepflicht nicht mehr

nachkommen könnte und die Zusatzversicherten in der freien Spitalwahl beeinträchtigt würden. Die im KVG verankerte Aufnahmepflicht und die freie Spitalwahl im Sinne von Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG beziehen sich ebenfalls auf die Leistungen der OKP entsprechend dem Standard der allgemeinen Abteilung. Die darüberhinausgehende Spitalwahlfreiheit von Zusatzversicherten richtet sich nach dem entsprechenden Versicherungsvertrag und ist vorliegend nicht von Belang. Die Vorgabe eines Mindestanteils von nur OKP-Versicherten kann nicht zur Folge haben, dass ein Patient oder eine Patientin von einem Spital allein deshalb nicht aufgenommen werden darf, weil er oder sie auch über eine Zusatzversicherung verfügt. Die Regelung betreffend Mindestanteil kann nur vorgeben, dass bei einem bestimmten Prozentsatz der behandelten Patientinnen und Patienten nur die für die OKP-Versicherten massgebende Vergütung verlangt werden darf (vgl. auch die in E. 4.4.2 zitierte Empfehlung der GDK). Der Mindestanteil von nur OKP-Versicherten soll wie erwähnt gewährleisten, dass auch finanziell weniger attraktive Patientinnen und Patienten ungehinderten Zugang zur Spitalversorgung haben. Dass verdeckte Zugangshindernisse für nur OKP-Versicherte – wie die Vorinstanz geltend macht (act. 7 Rz. 10) – im Einzelfall nur schwer beweisbar sind, erscheint ohne Weiteres nachvollziehbar, weshalb die Vorgabe eines Mindestanteils sachgerecht ist.

**4.5** Es besteht demnach für das Bundesverwaltungsgericht kein Anlass, die Frage der Zulässigkeit eines Mindestanteils von nur OKP-Versicherten abweichend zu BGE 138 II 398 zu beurteilen, weshalb auf die Frage nach der Bindungswirkung der bundesgerichtlichen Erwägungen nicht weiter einzugehen ist.

## **5.**

Weiter ist zu prüfen, ob auch die von der Vorinstanz vorgenommene Konkretisierung der Aufnahmepflicht vor Bundesrecht standhält.

**5.1** Bei der Überprüfung der Aufnahmepflicht ist den Kantonen mangels bundesrechtlicher Vorgaben ein weiter Ermessensspielraum zuzugestehen, wie das BAG zutreffend festhält. Dass der Kanton St. Gallen den geforderten Mindestanteil von nur OKP-Versicherten nicht (wie der Kanton Tessin) in einem kantonalen Gesetz verankert hat, ist aus bundesrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, lässt sich eine solche Anforderung an die Listenspitäler auf Art. 41a KVG stützen. Der Erlass einer spezifischen gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht (namentlich zur Gewährleistung der demokratischen Legitimation) ist zwar zulässig, jedoch nicht zwingend erforderlich

(vgl. auch BVGE 2018 V/3 E. 7 [betreffend Einführung von Mindestfallzahlen pro Operateurin oder Operateur]). Wesentlich ist jedoch, dass die Vorgaben betreffend Mindestanteil – wie die übrigen (leistungsgruppenspezifischen und weiteren) Anforderungen – generell für alle Listenspitäler gelten und den Spitälern, welche sich um einen Listenplatz bewerben, bekannt sind (vgl. auch FANKHAUSER/RUTZ, Spitalplanung und Spitalfinanzierung, SZS 3 / 2018 S. 282 ff., 293).

**5.2** Grundsätzlich ist eine kantonale Regelung, die für die Bestimmung eines Mindestanteils am tatsächlichen Verhältnis zwischen nur OKP-Versicherten und Zusatzversicherten anknüpft, nicht unzulässig. Auch die vom Kanton St. Gallen angewendete Regel, welche den Mindestanteil aufgrund des doppelten Prozentsatzes der durchschnittlichen Anzahl Zusatzversicherter bestimmt, ist an und für sich nicht zu beanstanden, weil damit der weite Ermessensspielraum nicht überschritten wird. Die Konkretisierung und Anwendung dieser Regel auf den vorliegenden Fall erweist sich jedoch als bundesrechtswidrig, wie in den nachfolgenden Erwägungen aufzuzeigen ist.

**5.3** Bei ausserkantonalen Spitälern ist dem mit einem Mindestanteil von nur OKP-Versicherten verfolgten legitimen Ziel, die Aufnahmepflicht der Listenspitäler durchzusetzen, besondere Beachtung zu schenken.

**5.3.1** Die Aufnahmepflicht der Listenspitäler gilt gemäss Art. 41a KVG (von Notfällen abgesehen) nur insoweit als sie vom betreffenden Kanton einen Leistungsauftrag für das entsprechende Leistungsspektrum erhalten haben. Bei ausserkantonalen Wahlbehandlungen besteht hingegen keine Aufnahmepflicht (vgl. auch EUGSTER, Rechtsprechung, Art. 41a, Rz. 2 f.).

**5.3.2** Der Beschwerdeführerin wurde von der Vorinstanz ein Leistungsauftrag für ein sehr eingeschränktes Leistungsspektrum (für sechs Leistungsgruppen im Bereich Herzchirurgie) erteilt. Im Übrigen steht den Patientinnen und Patienten aus dem Kanton St. Gallen im Rahmen der Spitalwahlfreiheit nach Art. 41 Abs. 1<sup>bis</sup> KVG das breite Leistungsspektrum der Klinik (entsprechend der Zürcher Spitalliste Akutsomatik) offen für ausserkantonale Wahlbehandlungen. Im Jahr 2015 behandelte die Klinik 643 Versicherte aus dem Kanton St. Gallen, davon 145 aufgrund des Leistungsauftrages im Bereich Herzchirurgie (vgl. Spitalplanung 2017, S. 31, 67 und 109). Somit bestand für weniger als ein Viertel der behandelten Personen eine Aufnahmepflicht, weshalb es nicht angehen kann, für die Überprüfung der Aufnahmepflicht auf das Total aller Patientinnen und Patienten aus dem



Kanton St. Gallen abzustellen. Dies anerkennt nunmehr auch die Vorinstanz, unter Hinweis auf die vom BAG vorgebrachten Einwände, in ihren Schlussbemerkungen (act. 18). Dass bei der Überprüfung der Aufnahmepflicht nur die aufgrund des kantonalen Leistungsauftrages erbrachten Leistungen zu berücksichtigen sind, entspricht im Übrigen auch den GDK-Empfehlungen 2017 (vgl. vorne E. 4.4.2).

**5.3.3** Die in der Spitalplanung 2017 im Zusammenhang mit der Aufnahmepflicht getroffene Feststellung, wonach die Beschwerdeführerin einen Zusatzversichertenanteil von 74.9 % (statt des zulässigen Maximums 42.8 %) aufweise, ist demnach unzutreffend und entsprechend zu korrigieren. In ihren Ausführungen unter Ziff. 8.2.4 sowie in den Schlussbemerkungen vertritt die Vorinstanz die Ansicht, dass es keine Rolle spiele, welche Berechnungsmethode zur Anwendung komme, da die Beschwerdeführerin den vorgegebenen Mindestanteil ohnehin nicht erreiche (vgl. Spitalplanung 2017 S. 110 [um 9 oder 22 % verfehlt], act. 18 S. 3 f. [wobei hier auch die Daten für das Jahr 2016 herangezogen werden und gestützt darauf ein neuer Mindestanteil von 58.2 % berechnet wird]). Diese Folgerung könnte dann zutreffen, wenn einem Spital der Leistungsauftrag ganz zu verweigern wäre, wenn es den vorgegebenen Mindestanteil von nur OKP-Versicherten nicht erreicht. Wird aber wie hier der Leistungserbringer mittels Auflage dazu verpflichtet, den Zusatzversichertenanteil auf den kantonalen Schwellenwert zu reduzieren, und ihm bei Nichterfüllen der Auflage die Nichtverlängerung des Leistungsauftrags resp. dessen Erlöschen angedroht, kann sich die Behörde nicht auf die Feststellung beschränken, der Mindestanteil werde unabhängig von der Berechnungsmethode nicht erreicht.

**5.3.4** Eine Auflage ist die mit einer Verfügung verbundene zusätzliche Verpflichtung zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 919). Die in der Zwischenverfügung vom 28. November 2017 (E. 1.4.2) aufgeworfene Frage, ob es sich vorliegend tatsächlich um eine Auflage und eine Befristung oder allenfalls um eine Resolutivbedingung handle, kann offenbleiben. Unabhängig von der Qualifikation der hier in Frage stehenden Nebenbestimmungen muss für die Beschwerdeführerin als Adressatin klar sein, was sie zu tun hat, um den Leistungsauftrag nicht zu verlieren. Deshalb muss ihr nicht nur der geforderte Mindestanteil (kantonaler Schwellenwert) bekannt sein; sie muss auch wissen, wie dessen Einhaltung überprüft wird. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt, weshalb die erlassenen Nebenbestimmungen an einem erheblichen Mangel leiden.

**5.4** Umstritten ist weiterhin, ob für die Festlegung des kantonalen Schwellenwerts alle (stationär behandelten) Patientinnen und Patienten aus dem Kanton zu berücksichtigen sind, oder ob auch hier nach Leistungsbereichen zu differenzieren ist.

**5.4.1** Nach Ansicht der Beschwerdeführerin müsste der Mindestanteil an nur OKP-Versicherten allein gestützt auf die Fallzahlen der Herzchirurgie bestimmt werden (vgl. act. 17 Rz. 20 und V-act. 9). Demgegenüber will die Vorinstanz für die Herleitung des Mindestanteils auf die Fallzahlen aller Leistungsbereiche abstellen. Der kantonale Schwellenwert müsse für alle Spitalunternehmen identisch sein (act. 18 Rz. 4). Andernfalls müssten für 138 Leistungsgruppen individuelle Mindestanteile festgelegt werden. Aufgrund der geringen Fallzahlen und der Gefahr von Verzerrungen durch Ausreisser wäre die Validität des Kriteriums nicht mehr gewährleistet (vgl. act. 7 Rz. 7).

**5.4.2** Der Vorinstanz kann in ihrer Argumentation, dass der kantonale Schwellenwert aufgrund der geringen Fallzahlen nicht für einzelne Leistungsbereiche festgelegt werden kann, ohne Weiteres gefolgt werden. Andernfalls bestünde ein erhebliches Risiko, dass auf einen im Referenzjahr zufälligerweise höheren oder tieferen Anteil an nur OKP-Versicherten abgestellt wird. Wie gering die Fallzahlen im Bereich Herzchirurgie sind, lässt sich der Spitalplanung 2017 (oder den Eingaben der Vorinstanz) allerdings nicht entnehmen. Für den (erheblich grösseren) Bereich der Herz- und Gefässchirurgie werden im Jahr 2015 insgesamt 1'326 Austritte ausgewiesen (Spitalplanung 2017, S. 48), weshalb allein im Bereich Herzchirurgie (die nur von ausserkantonalen Spitälern angeboten wird, vgl. auch Spitalplanung 2017, S. 26) vermutlich weit unter 1'000 Fälle behandelt wurden, was angesichts der kurzen Beobachtungsperiode keinen validen Wert ergibt.

**5.4.3** Zutreffend ist auch das Vorbringen der Vorinstanz, dass aufgrund der Verdoppelung des Zusatzversichertenanteils eine erhebliche Marge besteht, welche allfällige Unterschiede zwischen den Leistungsbereichen auszugleichen vermag. Hätte der Kanton St. Gallen – wie der Kanton Tessin – keine dynamische, sondern eine fixe Quote bestimmt, würde sich die Frage der Differenzierung nach Leistungsbereichen kaum stellen. Wie bereits festgestellt (vorne E. 5.2), ist indessen das Anknüpfen am tatsächlichen (kantonalen) Verhältnis zwischen nur OKP-Versicherten und Zusatzversicherten für die Festlegung des Schwellenwerts nicht bundesrechtswidrig. Ob eine fixe Quote nicht sachgerechter wäre (zumal auch deutlicher würde, dass es dabei um die Vorgabe eines Mindestanteils von nur OKP-

Versicherten geht und nicht um die Beschränkung des Zusatzversichereranteils), hat das Bundesverwaltungsgericht daher nicht zu beurteilen.

**5.4.4** Zu beanstanden ist jedoch, dass die Herleitung des Mindestanteils von nur OKP-Versicherten nicht nachvollziehbar dargelegt wird. In der Tabelle 2 (Spitalplanung 2017, S. 23) wird der Anteil Zusatzversicherter für den ganzen Kanton St. Gallen mit 20 % ausgewiesen. Auf Seite 66 findet sich dann in der Fussnote 19 die Feststellung (ohne Quellenangabe), dass der Anteil stationär behandelten Zusatzversicherter St. Galler Patientinnen und Patienten – ohne gesunde Neugeborene – 21.4 % betrage. Ob sich die Differenz allein durch das Herausrechnen der gesunden Neugeborenen ergibt, ist nicht ersichtlich. Ist aber der Anteil Zusatzversicherter wie hier derart entscheidend, muss er nachvollziehbar und transparent ausgewiesen werden.

**5.5** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der angefochtene Beschluss den bundesrechtlichen Anforderungen nicht entspricht und daher aufzuheben ist. Mit Blick auf die beschränkte Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und den erheblichen Ermessensspielraum der Kantonsregierung (vgl. vorne E. 1.3 und 5.1) ist eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz angezeigt. Soweit die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen bei diesem Ergebnis nicht hinfällig geworden sind, wird nachfolgend darauf eingegangen.

**5.5.1** Was das Vorbringen der Beschwerdeführerin betrifft, die Patientinnen und Patienten würden ihr mehrheitlich zugewiesen, weshalb sie kaum beeinflussen könne, ob mehr oder weniger Zusatzversicherte behandelt würden, stellt dies die Zulässigkeit einer Auflage, den Grundversichertenanteil zu erhöhen, noch nicht in Frage. Solche Vorbringen wären allenfalls bei der Überprüfung der Auflage (nicht bei deren Anordnung) zu hören (wobei die Beweislast bei der Beschwerdeführerin liegt). Mit dem BAG ist aber davon auszugehen, dass das Verhältnis zwischen Zusatzversicherten und nur OKP-Versicherten nicht nur die Zuweisungspraxis, sondern auch die Aufnahmepraxis der Beschwerdeführerin widerspiegeln dürfte. Die Beschwerdeführerin hat denn auch verschiedentlich darauf hingewiesen, dass es ihr bereits gelungen sei, den OKP-Anteil massgeblich zu erhöhen. Wesentlich ist gemäss BAG insbesondere die hinreichende Information der Patientinnen und Patienten durch die zuweisenden Ärztinnen und Ärzte – auch der Belegärztinnen und Belegärzte.

**5.5.2** Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin stellt die Vorgabe eines Mindestanteils von nur OKP-Versicherten keine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) dar. Wie bereits festgestellt, geht es dabei nicht um eine (unzulässige) Planung für den Zusatzversichertenbereich, sondern um die Durchsetzung der Aufnahmepflicht nach Art. 41a KVG und die Gewährleistung einer bedarfsgerechten Versorgung (vgl. vorne E. 4.4.6). Im Zusammenhang mit ihrer Zulassung zur Tätigkeit zulasten der OKP kann sich die Beschwerdeführerin jedoch nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen (vgl. BGE 130 I 26 E. 4.3; 122 V 85 E. 5b/ bb/aaa; BVGE 2018 V/3 E. 11.3 mit Hinweisen). Nach ständiger Rechtsprechung vermittelt die Wirtschaftsfreiheit keinen Anspruch auf Finanzierung von Leistungen durch den Staat beziehungsweise die Sozialversicherung (BGE 130 I 26 E. 4.1 und E. 4.5; 132 V 6 E. 2.5.2; 138 II 398 E. 3.9.3).

**5.5.3** Ebenso wenig kann die Vorgabe eines Mindestanteils von nur OKP-Versicherten als Verletzung der Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV qualifiziert werden. Die Regelung bezweckt den gleichberechtigten Zugang aller Patientinnen und Patienten zur Spitalversorgung und es ist nicht ersichtlich, weshalb Spitäler mit einem höheren Anteil Zusatzversicherter gegenüber denjenigen mit einem hohen Anteil nur OKP-Versicherten diskriminiert werden könnten (vgl. vorne E. 4.4.6 und 4.4.7). Weiter ist darauf hinzuweisen, dass der Rechtsgleichheit im Zusammenhang mit der Spitalplanung nur eine eingeschränkte Bedeutung zukommt. Es liegt in der Natur einer Planung, dass potentielle Leistungserbringer, die sich unter Umständen in der gleichen Lage befinden, verschieden behandelt werden können (was vorliegend jedoch nicht zutrifft). Es genügt daher, dass eine Planung objektiv vertretbar, das heisst nicht willkürlich ist. Mit anderen Worten fällt hier der Grundsatz der Rechtsgleichheit mit dem Willkürverbot zusammen (BGE 138 II 398 E. 3.6; Urteil BVGer C-490/2016 vom 10. Mai 2017 E. 7.3; EUGSTER, SBVR, S. 656 Rz. 804). Ob die von der Vorinstanz im vorliegenden Fall vorgenommene Konkretisierung, wonach für die Überprüfung der Aufnahmepflicht auf das Total aller von der Beschwerdeführerin behandelten Patientinnen und Patienten aus dem Kanton St. Gallen abzustellen sei, nicht nur KVG-widrig ist (vgl. vorne E. 5.3.2), sondern auch als willkürlich zu qualifizieren wäre, kann offenbleiben.

## **6.**

Die Beschwerde ist demnach im Eventualantrag gutzuheissen. Der angefochtene Beschluss ist aufzuheben und die Sache ist im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie über den streitigen Leistungsauftrag neu entscheide.

**7.**

Vorsorgliche Massnahmen haben grundsätzlich bis zum Eintritt der Rechtskraft der Hauptverfügung Bestand (Urteil BVGer C-2079/2016 vom 18. Dezember 2017 E. 6.3; STEFAN VOGEL, Vorsorgliche Massnahmen, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, 2008, S. 98; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2012, Rz. 471; ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 1997 II, Ziff. 193; HANSJÖRG SEILER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, Art. 56 Rz. 54). Der mit Zwischenverfügung vom 28. November 2017 provisorisch erteilte Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen HER1, HER1.1, HER1.1.1, HER1.1.3, HER1.1.4 und HER1.1.5 gilt für die Dauer des von der Vorinstanz wiederaufzunehmenden Verfahrens daher weiterhin, sofern die Vorinstanz diesbezüglich keine neue Anordnung trifft.

**8.**

Zu befinden ist abschliessend über die Verfahrenskosten und allfällige Parteientschädigungen.

**8.1** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Den Vorinstanzen werden jedoch keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der obsiegenden Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss zurückzuerstatten.

**8.2** Als obsiegende Partei hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Entschädigung ist von der Vorinstanz zu leisten (vgl. Art. 64 Abs. 2 VwVG). Mangels Kostennote ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwandes erscheint eine Entschädigung von CHF 7'000.- (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) angemessen.

**9.**

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 gutgeheissen und der angefochtene Beschluss wird aufgehoben. Die Sache wird zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Beschwerdeführerin wird der geleistete Kostenvorschuss von CHF 5'000.- zurückerstattet.

**3.**

Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung von CHF 7'000.- zu Lasten der Vorinstanz zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Formular Zahladresse)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ABI 2017, 2160 ff.; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Gesundheit (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Michael Peterli

Susanne Fankhauser

Versand: