

---

Abteilung III  
C-2907/2008

## Urteil vom 26. Mai 2011

---

Besetzung

Richter Michael Peterli (Vorsitz),  
Richter Philippe Weissenberger,  
Richter Stefan Mesmer,  
Gerichtsschreiberin Lucie Schafroth.

---

Parteien

**Daler Spital**, Stiftung Jules Daler Spital,  
route de Bertigny 34, 1700 Fribourg,  
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Tomas Poledna,  
Bellerivestrasse 241, Postfach 865, 8034 Zürich,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Clinique Générale Garcia-St-Anne S.A.**,  
rue Hans-Geiler 6, 1700 Fribourg,  
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Ariane Ayer,  
av. de la Gare 2, case postale 89, 1701 Fribourg,  
Beschwerdegegnerin,

**Staatsrat des Kantons Freiburg**,  
rue des Chanoines 17, 1700 Fribourg,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Spitalliste des Kantons Freiburg  
(Verordnung vom 31. März 2008).

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

Mit Entscheid vom 15. Februar 2006 hiess der Bundesrat eine Beschwerde der santésuisse gegen die Spitalliste des Kantons Freiburg vom 13. Dezember 2004 mit der Begründung teilweise gut, die Spitalplanung erfülle die gemäss Rechtsprechung erforderlichen Kriterien nicht, weshalb innert 18 Monaten eine neue, den im Entscheid genannten Anforderungen entsprechende Spitalliste zu erlassen sei (vgl. Bundesratsentscheid [BRE] vom 15. Februar 2006 betreffend Spitalliste Freiburg [05-09]; Vernehmlassungsbeilage 4).

**B.**

Mit Verordnung vom 31. März 2008 über die Liste der Spitäler des Kantons Freiburg hat der Staatsrat des Kantons Freiburg (nachfolgend: Staatsrat oder Vorinstanz) gestützt auf den Spitalplanungsbericht gleichen Datums eine neue Spitalliste für den Kanton Freiburg erlassen und dem Daler Spital, Stiftung Jules Daler Spital (nachfolgend: Daler Spital), einer nicht öffentlich subventionierten Privatklinik, die folgenden Leistungsaufträge zugeteilt: Ophthalmologie, Kardiologie und Gefässsystem (Chirurgie mit den Hinweisen, dass sich der Leistungsauftrag für Herz- und Gefässchirurgie ausschliesslich auf die Leistungen Veneligatur und Stripping sowie Revaskularisation der unteren Gliedmassen beschränke, das Spital pädiatrische Fälle in den verschiedenen Fachbereichen versorge und kein Notfalldienst sichergestellt sein soll, jedoch unprogrammierte Fälle versorgt werden könnten), Verdauungstrakt, Gynäkologie, Dermatologie, Endokrinologie (Chirurgie), Urologie und Nephrologie, Geburtshilfe, Neonatologie (Innere Medizin), Radiologie, Anästhesiologie und Reanimation (vgl. Ziffer 2.6.4 und 2.6.6 des Anhangs zur Verordnung vom 31. März 2008 über die Liste der Spitäler des Kantons Freiburg). Hinsichtlich der Bettenkapazitäten des Daler Spitals beschloss der Staatsrat, dass die Zahl der bewilligten Betten im Jahresdurchschnitt 61 betrage, darunter 60 KVG-Betten (vgl. Ziffer 2.6.5 des Anhangs zur Verordnung vom 31. März 2008 über die Liste der Spitäler des Kantons Freiburg).

**C.**

Gegen diese Verordnung erhob das Daler Spital (nachfolgend auch: Beschwerdeführer oder beschwerdeführendes Spital), vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Tomas Poledna, mit Eingabe vom 2. Mai 2005 (recte: 2. Mai 2008) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und

beantragte folgende Änderungen der angefochtenen Verordnung: In Ergänzung zu Ziffer 2.6.4 des Anhangs zur Verordnung vom 31. März 2008 über die Liste der Spitäler des Kantons Freiburg sei dem beschwerdeführenden Spital der Leistungsauftrag für die Orthopädie, die Oto-Rhino-Laryngologie (ORL), die pneumologische Chirurgie, die Implantation und die Revision von Herzschrittmachern zu erteilen; in Ziffer 2.6.5 sei der Zusatz "darunter 60 KVG-Betten" zu streichen, sodass die Zahl der bewilligten Betten im Jahresdurchschnitt 61 Betten betrage; unter Kosten und Entschädigungsfolge.

Der Beschwerdeführer rügte insbesondere die unrichtige Feststellung des Sachverhalts, die falsche Anwendung von Planungskriterien und die Verletzung der Rechtsgleichheit. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, dass ihm aufgrund der angefochtenen Spitalliste über 15 % der Aktivitäten gestrichen worden seien, während die Clinique Générale Garcia-St-Anne S.A. faktisch nichts habe abgeben müssen und ihr die Leistungsaufträge für die Orthopädie und die ORL zugewiesen worden seien. Ferner werde das Kriterium der kritischen Menge bei den Fallzahlen der beiden Privatspitäler nicht einheitlich und nachvollziehbar angewandt; der Konzentrationsprozess werde nur zu Lasten des Beschwerdeführers betrieben.

Hinsichtlich des der Clinique Générale Garcia-St-Anne S.A. zugeteilten Leistungsauftrages der Orthopädie monierte der Beschwerdeführer ausserdem die falsche Evaluation des Angebots, die fehlende Wirtschaftlichkeit sowie das erhöhte Versorgungsrisiko. Bei der Chirurgie Verdauungstrakt hätte eine Konzentration zu seinen Gunsten erfolgen müssen, zumal das beschwerdeführende Spital deutlich mehr Eingriffe vornehme als die Clinique Générale Garcia-St-Anne S.A.. Dasselbe gelte für den Leistungsauftrag der chirurgischen Gynäkologie. Was die einzig dem beschwerdeführenden Spital zugeteilten Leistungsaufträge der Geburtshilfe und der Urologie angeht, habe die Clinique Générale Garcia-St-Anne S.A. faktisch keine Aktivität eingebüsst, da sie ihre Geburtenabteilung bereits im März 2007 aus eigenem Interesse geschlossen habe und bei ihr die Urologie bereits zuvor praktisch inexistent gewesen sei. Ferner sei die Konzentration der ORL zugunsten der Clinique Générale Garcia-St-Anne S.A. nicht stichhaltig begründet. Diesbezüglich sei insbesondere die Ermittlung des Leistungsumfanges zu beanstanden. Hinzu komme, dass der ehemalige Chefarzt ORL des Kantonsspitals im Frühjahr 2007 seine Praxis im Daler Spital eröffnet und er seither erhebliche Investitionen getätigt habe, die auch im stationären

Bereich genutzt werden könnten. Im Übrigen betreffe der neu exklusiv dem beschwerdeführenden Spital zugeteilte Leistungsauftrag der Ophthalmologie weniger als zehn Fälle pro Jahr. Der Staatsrat habe mit der Streichung der genannten Leistungsaufträge in Kauf genommen, dass das Daler Spital in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerate.

Ferner machte der Beschwerdeführer geltend, dass die in Ziffer 2.6.5 des Anhangs der angefochtenen Verordnung gewählte Formulierung "darunter 60 KVG-Betten" rechtlich nicht haltbar oder zumindest missverständlich sei. Werde die Formulierung als Abgrenzung zu den Betten ausserhalb der Krankenversicherung verstanden, so fehle einer solchen die Rechtsgrundlage, sei doch die Steuerung von Betten für Versicherte ausserhalb der Krankenversicherung nicht Teil der Spitalplanung. Verstehe man unter "KVG-Betten" diejenigen der allgemeinen Abteilung, so verstosse dies gegen die bisherige Bedarfsabdeckung und stelle den Beschwerdeführer vor grosse strukturelle und finanzielle Probleme, seien doch zur Zeit 26 % seiner Patientinnen und Patienten zusatzversichert. Demgegenüber sei der Clinique Générale Garcia-St-Anne S.A. der Betrieb von neun Zusatzversicherungsbetten zugesprochen worden.

**D.**

Am 8. Mai 2008 forderte der zuständige Instruktionsrichter den Beschwerdeführer auf, einen Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leisten. Der einverlangte Kostenvorschuss ging am 16. Mai 2008 bei der Gerichtskasse ein.

**E.**

Mit Eingabe vom 23. Mai 2008 ersuchte die Clinique Générale Garcia-St-Anne S.A. (nachfolgend: Beschwerdegegnerin oder beschwerdegegnerisches Spital), vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Ariane Ayer, um Teilnahme als Partei am vorliegenden Beschwerdeverfahren, da sie durch die Spitalplanung direkt betroffen sei.

**F.**

Am 16. Juni 2008 teilte der Staatsrat mit, dass er nichts gegen die Teilnahme der Beschwerdegegnerin als Partei am vorliegenden Verfahren einzuwenden habe.

Der Beschwerdeführer beantragte mit Eingabe vom 21. Juli 2008, der Beschwerdegegnerin sei die Parteistellung abzusprechen.

Am 25. August 2008 hielt die Beschwerdegegnerin ihren Antrag auf Teilnahme als Partei am vorliegenden Beschwerdeverfahren aufrecht.

### **G.**

Mit Vernehmlassung vom 8. Juli 2008 beantragte der Staatsrat in der Hauptsache die Abweisung der Beschwerde unter Kosten und Entschädigungsfolge. Zur Begründung führte er aus, das beschwerdeführende Spital habe parallel zum Ausbau der Geburtenabteilung auch praktisch alle anderen Bereiche ausgebaut, um ein "fait accompli" für das laufende Spitalplanungsverfahren zu schaffen. Im Jahr 2007 habe seine Bettenauslastung 112.53 % betragen. Der Beschwerdeführer könne sich demnach nicht über einen Abbau dieser widerrechtlich geschaffenen Überkapazitäten beklagen und sich auch nicht auf die entsprechenden Fallzahlen berufen. Der Beschwerdeführer habe keine konstruktiven Vorschläge zur Konzentration der Leistungsaufträge der Privatkliniken gemacht, sondern konsequent auf der Maximalforderung, das gesamte bisherige Leistungsspektrum beibehalten zu können, beharrt. Ferner sei das Leistungsspektrum der orthopädischen Eingriffe im beschwerdegegnerischen Spital deutlich grösser, weshalb die Kosten in diesem Bereich nicht verglichen werden könnten. Das Versorgungsrisiko der Beschwerdegegnerin in diesem Bereich werde als ausgesprochen gering eingeschätzt.

Massgebend für den Entscheid des Staatsrats sei nicht nur das Tätigkeitsvolumen (Eingriffe) jedes einzelnen Spitals in absoluten Zahlen, sondern auch die relative Verteilung auf alle Spitäler des Kantons gewesen. Dieser Aspekt sei entscheidend für die Beurteilung der kantonalen Versorgungssicherheit in einem bestimmten Bereich. Hinsichtlich der Bereiche Chirurgie, Verdauungstrakt und Gynäkologie sei die Aktivität, sowohl was die Anzahl Eingriffe als auch den prozentualen Beitrag an der Versorgung angehe, bei den beiden Freiburger Privatkliniken vergleichbar, während die Beschwerdegegnerin im Fachbereich Orthopädie eine in jeder Beziehung hervorragende Stellung für die chirurgisch-orthopädische Versorgung des Kantons Freiburg inne habe. Schliesslich sei es unerheblich, ob ein neu akkreditierter Facharzt im ambulanten Bereich erhebliche Investitionen getätigt habe. Die Spitalplanung müsse den Bedürfnissen der Bevölkerung und nicht denjenigen eines einzelnen Arztes oder Spitals gerecht werden.

Die Zweisprachigkeit sei keine Exklusivität des Beschwerdeführers. Entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers seien bei der

Beschwerdegegnerin neben der Geburtenabteilung und der Urologie-Nephrologie zudem auch die Kraniotomien, die pneumologische Chirurgie und die endokrinologische Chirurgie aufgehoben worden. Eine Benachteiligung des Beschwerdeführers liege somit nicht vor.

Die im Anhang der angefochtenen Verordnung aufgeführten "KVG-Betten" seien nicht mit Grundversicherungsbetten gleichzusetzen. Im Rahmen der Planung im Sinne von Art. 39 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10) sei für den Beschwerdeführer somit die Zahl von 60 Betten verbindlich. Die bei den Privatspitälern zusätzlich aufgeführten Betten beträfen den Bereich der eidgenössischen Versicherungen (Unfall-, Invaliden- und Militärversicherung [UV, IV, MV]) sowie derjenige der Selbstzahler.

#### **H.**

Mit Eingabe vom 18. Juli 2008 liess sich santésuisse, die Schweizer Krankenversicherer (nachfolgend: santésuisse), vernehmen und beantragte in der Hauptsache die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung der angefochtenen Verordnung. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass der Beschwerdeführer in den umstrittenen Fachbereichen im Vergleich zur Beschwerdegegnerin und anderen Spitälern des Kantons Freiburg eine marginale Aktivität aufweise. Mit Blick auf den ermittelten Bettenbedarf und die Kriterien der Qualität und der Wirtschaftlichkeit sei es nicht möglich, dieselben Leistungsaufträge in vier Spitälern im Umkreis von fünf Kilometern beizubehalten.

#### **I.**

Mit Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2008 hiess der zuständige Instruktionsrichter das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Gewährung der Parteirechte im vorliegenden Verfahren gut.

#### **J.**

Mit Eingabe vom 15. Dezember 2008 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung der angefochtenen Spitalliste unter Kosten und Entschädigungsfolge. Zur Begründung schloss sie sich im Wesentlichen den Ausführungen der Vorinstanz an und führte aus, dass sie sich schrittweise nach der Spitalplanung ausgerichtet habe; in diesem Sinne habe sie Renovationsarbeiten vorgenommen und ihre Geburtenabteilung im Jahr 2007 geschlossen, da ihr die Spitalplanung einen Geburtshilfeleistungsauftrag nicht erteile. Ferner habe sie auf die Urologie

und die Ophthalmologie verzichtet. Nebst den freiwillig aufgegebenen Fachgebieten (Geburtenabteilung, Neonatologie, Kinderheilkunde und Urologie) seien ihr durch die angefochtene Spitalliste die Kraniotomien, die pneumologische Chirurgie und die endokrinologische Chirurgie entzogen worden. Demnach könne nicht von einer Aufrechterhaltung des Status quo gesprochen werden. Demgegenüber habe der Beschwerdeführer die Spitalplanung nicht berücksichtigt, als er diverse Fachbereiche weiterentwickelt und damit eine Überkapazität geschaffen habe. Mit dem Verzicht auf die Geburtenabteilung habe sie "freiwillig und antizipiert" ca. 20 % ihrer Aktivitäten eingebüsst. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers sei nicht sie, sondern er von der Spitalplanung begünstigt worden, seien die Bettenkapazitäten des beschwerdeführenden Spitals zwischen 2007 und 2008 doch um neun Betten gestiegen, während das beschwerdegegnerische Spital in dieser Zeit 25 Betten eingebüsst habe.

**K.**

Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) vertrat mit Eingabe vom 12. März 2009 die Auffassung, dass die Beschwerde abzuweisen sei. Zur Begründung führte es insbesondere aus, die Verwendung der Fallzahlen des Jahres 2007 wäre nicht zulässig gewesen. Der Beschwerdeführer habe einen bedeutenden Teil der Pflage tage im Jahr 2007 ausserhalb der nach KVG zugelassenen Kapazitäten erbracht, was negativ auf die Fallzahlen der anderen Spitäler gewirkt und vermutlich eine Mengenausweitung durch Schaffung einer Überkapazität verursacht habe. Dies entspräche nicht dem Sinn und Zweck der Spitalplanung nach KVG, welche die Koordination der Leistungserbringer und den Abbau von Überkapazitäten gewährleisten müsse. Die Spitalplanung habe sich auf die letzten verfügbaren offiziellen und geprüften Zahlen gestützt. Damit seien sowohl der künftige Bedarf im Detail ermittelt als auch die Aktivität der Leistungserbringer evaluiert worden. Ferner erweise sich die angefochtene integrale Spitalliste des Kantons Freiburg auch hinsichtlich der zugeteilten Betten als gesetzeskonform.

**L.**

Mit Eingabe vom 31. März 2009 teilte die Vorinstanz mit, dass sie auf eine weitere Stellungnahme verzichte.

**M.**

Santésuisse liess sich nicht mehr vernehmen.

**N.**

Mit Stellungnahme vom 2. April 2009 hielt der Beschwerdeführer seine bisher gestellten Anträge aufrecht. Hinsichtlich der genannten Bettenauslastung von 112.53 % führte er aus, dass dies eine Folge des sogenannten "Mitternachtszensus" sei. Danach zähle ein Bett, das am selben Austritts- wie Eintrittstag belegt werde, doppelt (200 %). Bei einer hohen Auslastung und eher kurzen Aufenthaltsdauer von rund fünf Tagen führe dies zu einer statistischen Belegung von über 100 %, ohne dass jedoch die bewilligte Bettenzahl überschritten worden wäre. Ferner rügte er die fehlende Unabhängigkeit der Vorinstanz. Aufgrund der Ausführungen in der Stellungnahme der Beschwerdegegnerin bestehe Anlass zur Vermutung, dass jene seitens der Vorinstanz frühzeitig und vor Durchführung des Spitalplanungsverfahrens über den Ausgang des Verfahrens orientiert worden sei. Entsprechend sei die Unabhängigkeit der Vorinstanz zu überprüfen und je nach Ausgang der Prüfung zu entscheiden, ob die Vorinstanz als befangen zu erklären und die Sache zur Beurteilung an eine unabhängige Instanz des Kantons Freiburg zurückzuweisen sei.

**O.**

Die Beschwerdegegnerin hielt mit Eingabe vom 3. April 2009 an ihren bisher gestellten Anträgen fest. In ihrer Stellungnahme vom 29. April 2009 beantragte sie zudem die Abweisung des Verfahrensantrags des Beschwerdeführers betreffend Befangenheit der Vorinstanz. Es ergäbe sich aus dem Entscheid des Bundesrats vom 15. Februar 2006, dass die Leistungsaufträge den Spitalern je nach Spezialisierung erteilt werden müssten. Nachdem die Spitalplanung an den Staatsrat zurückgewiesen worden sei, habe dieser die Privatkliniken "formell angesprochen". Er habe sie über die Spitalplanungstendenzen und die Änderungen der Spitalfinanzierung informiert, welche dazu führen würden, dass den verschiedenen Spitalern Leistungsaufträge in Abhängigkeit ihrer Aktivitäten erteilt würden. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers hätten die beiden Privatkliniken jeweils über den gleichen Wissensstand verfügt. Die Beschwerdegegnerin habe das Risiko auf sich genommen, dass die Leistungsaufträge der Spitalplanung ihren vorweggenommenen Umstrukturierungsentscheidungen nicht entspreche.

**P.**

Mit Eingabe vom 12. Mai 2009 liess sich der Staatsrat zum Verfahrensantrag des Beschwerdeführers vernehmen und beantragte,

nicht darauf einzutreten, weil das gegen ihn gerichtete Ausstandsbegehren formell unzulässig sei. In materieller Hinsicht erwiesen sich die Anschuldigungen des Beschwerdeführers als haltlos.

**Q.**

In seiner Stellungnahme vom 9. Juni 2009 wiederholte der Beschwerdeführer den Antrag auf Überprüfung der Befangenheit der Vorinstanz.

**R.**

Mit Verfügung vom 14. Juli 2009 hiess der zuständige Instruktionsrichter den Verfahrens Antrag des Beschwerdeführers insoweit gut, als er die Beschwerdegegnerin sowie die Vorinstanz aufforderte, detailliert zu den Unstimmigkeiten Stellung zu nehmen.

**S.**

In ihrer Stellungnahme vom 5. August 2009 beantragte die Beschwerdegegnerin die Feststellung der Unabhängigkeit der Vorinstanz sowie die Abweisung des Ausstandsgesuchs. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass sie ihre Entscheidungen im Rahmen der Restrukturierung sowohl nach den wahrscheinlichsten politischen und ökonomischen Entwicklungen im Gesundheitssektor als auch nach den eigenen Möglichkeiten, eine qualitätsgesicherte medizinische Versorgung zu gewährleisten, ausgerichtet habe. Das Umfeld dieser Restrukturierung sei durch den Entscheid des Bundesrats vom 15. Februar 2006 und die KVG-Revision geprägt gewesen. Ferner räumte sie ein, ihre Stellungnahme vom 15. Dezember 2008 weise grammatikalische und orthographische Fehler auf.

**T.**

Auch der Staatsrat wies mit Stellungnahme vom 14. August 2009 auf die "sprachlich ungeschickte" Formulierung der Beschwerdegegnerin hin. Nach dem Bundesratsentscheid vom 15. Februar 2006 habe es den Privatspitälern schon vor der neuen Spitalplanung klar sein müssen, dass gewisse Abteilungen keinen Leistungsauftrag erhalten würden, obschon damals noch ungewiss gewesen sei, welche Abteilungen in welchem Spital konkret betroffen sein würden. Ohne irgendwelche Zusagen zu machen, habe sich der Staatsrat aufgeschlossen gezeigt, allfällige Vorschläge bezüglich Konzentration oder Aufgaben-Neuverteilung unter den beiden Privatkliniken zu prüfen.

**U.**

Mit Stellungnahme vom 19. Oktober 2009 zur Eingabe der santésuisse vom 18. Juli 2008 wiederholte der Beschwerdeführer seine bisher gestellten Anträge.

**V.**

Auf die weiteren Parteivorbringen und die eingereichten Unterlagen wird – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1.** Gemäss Art. 53 Abs. 1 KVG in Verbindung mit Art. 90a Abs. 2 KVG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG. Der Staatsrat hat am 31. März 2008 einen Beschluss im Sinne der aufgeführten Bestimmung erlassen.

**1.2.** Zur Beschwerde berechtigt ist nach Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a); durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (lit. b); und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (lit. c). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Spital, dem aufgrund der neuen Spitalliste gewisse Leistungsaufträge nicht mehr erteilt worden sind, durch die angefochtene Verordnung ohne Zweifel besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Er ist daher zur Beschwerde legitimiert.

**1.3.** Gemäss glaubwürdiger und unbestrittener Angabe des Beschwerdeführers wurde ihm die angefochtene Spitalliste vom 31. März 2008 am 3. April 2008 eröffnet. Demnach ist die 30-tägige Beschwerdefrist am 5. Mai 2008 abgelaufen (Art. 50 i. V. m. Art. 20 VwVG). Die Beschwerde erfolgte somit fristgerecht.

**1.4.** Da die Beschwerde im Übrigen formgerecht (Art. 52 VwVG) eingereicht und der Kostenvorschuss innert Frist geleistet wurde, ist darauf einzutreten.

**2.**

Mit Verfügung vom 26. Mai 2008 hat der zuständige Instruktionsrichter santésuisse um Stellungnahme zur vorliegenden Beschwerdesache ersucht. Am 18. Juli 2008 liess sich santésuisse vernehmen.

Mit Urteil vom 8. September 2010 hat das Bundesverwaltungsgericht die Legitimation der santésuisse in Beschwerdeverfahren betreffend Spital- und Pflegeheimlisten verneint (vgl. zur Publikation vorgesehenes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-623/2009 vom 8. September 2010). Vorliegend sind die Eingaben der santésuisse demnach als Auskünfte im Sinne von Art. 12 lit. c VwVG zu berücksichtigen.

**3.**

Aufgrund der Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe das beschwerdegegnerische Spital frühzeitig und vor Durchführung des Spitalplanungsverfahrens über den Ausgang des Verfahrens orientiert, ist vorab zu prüfen, ob der angefochtene Beschluss bereits schon wegen Befangenheit des Staatsrats bzw. bestimmter Mitglieder desselben aufzuheben ist.

**3.1.** Gemäss Lehre und Rechtsprechung hat sich die Rüge der Befangenheit gegen einzelne, natürliche Personen und nicht gegen eine Gesamtbehörde zu richten (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Freiburg 2A 04 47 vom 2. September 2004, E. 3a mit Hinweisen; BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002, S. 75 f.).

**3.2.** Soweit sich die Rüge der Befangenheit des Beschwerdeführers gegen einzelne Mitglieder des Staatsrats (insbesondere das vorstehende Staatsratsmitglied der Direktion für Gesundheit und Soziales [GSD]) und damit gegen einzelne, natürliche Personen richtet, ist darauf einzutreten.

**3.3.** Der Anspruch auf unbefangene Entscheidungsträger der Verwaltung ergibt sich aus Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101). Danach hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist.

Da diese Regelung nur Mindestanforderungen für das Verfahren festlegt, über die der kantonale Gesetzgeber hinausgehen kann, ist deshalb zu prüfen, ob das kantonale Verfahrensrecht den Privaten mehr Rechte einräumt als Art. 29 BV. Dabei gilt es indes zu beachten, dass mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur der Beschwerdegrund der Verletzung von Bundesrecht, nicht aber der Verletzung von kantonalem Recht vorgetragen werden kann (Art. 49 lit. a VwVG). Bundesrecht ist aber auch dann verletzt, wenn das kantonale Verfahrensrecht willkürlich angewendet worden ist; dann ist die Bundesverfassung missachtet, deren Art. 9 Anspruch darauf gibt, von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden. Soweit das kantonale Verfahrensrecht über die bundesrechtlichen Mindestanforderungen hinausgeht, ist daher weiter zu prüfen, ob eine Verletzung von Art. 9 BV vorliegt.

Kantonale Regelungen betreffend Ausstand finden sich vorliegend in Art. 21 ff. des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Freiburg (VRG; SGF 150.1). Nach Art. 21 Abs. 1 VRG muss eine Person, die eine Angelegenheit zu instruieren, einen Entscheid zu treffen oder dabei mitzuwirken hat, von Amtes wegen oder auf Antrag in den Ausstand treten, wenn sie selbst, ihr Ehegatte, ihr eingetragener Partner, ihr Verlobter, ihre Verwandten oder Verschwägerten in gerader Linie oder bis und mit dem vierten Grad in der Seitenlinie, der Ehemann oder die eingetragene Partnerin der Schwester oder die Ehefrau oder der eingetragene Partner des Bruders ihres Ehegatten, ihres eingetragenen Partners oder die Person, deren Vormund oder Beistand sie ist oder die mit ihr in gemeinsamem Haushalt lebt, an der Sache ein unmittelbares Interesse hat (lit. a); sie einem Organ einer juristischen Person oder einer Gesellschaft, die ein unmittelbares Interesse an der Sache hat, angehört (lit. b); sie in anderer Eigenschaft früher in der Sache tätig war (lit. c); sie Vertreter oder Beistand einer Partei ist oder mit dem Vertreter oder Beistand in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder dessen Ehegatte oder eingetragener Partner ist (lit. d); zwischen ihr und einer Partei enge Freundschaft oder persönliche Feindschaft oder ein besonderes Pflicht- oder Anhängigkeitsverhältnis besteht (lit. e); andere ernsthafte Gründe Zweifel an ihrer Unparteilichkeit aufkommen lassen können (lit. f).

Die Ausstandsgründe gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a bis e VRG fallen vorliegend offensichtlich nicht in Betracht. Hinsichtlich der Ausstandspflicht nach lit. f der genannten Bestimmung ist festzuhalten,

dass diese aufgrund eines bestimmten Verhaltens oder von gewissen funktionellen oder organisatorischen Gegebenheiten vorliegen kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den bundesverfassungsrechtlichen Normen und zu Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG – welche zur Beurteilung des Ausstandsgrundes nach Art. 21 Abs. 1 lit. f VRG sinngemäss herangezogen werden kann – muss das Misstrauen in die Unparteilichkeit einer am Entscheid beteiligten Person objektiv und durch vernünftige Gründe gerechtfertigt sein. Es genügt nicht, dass eine Partei die Person als befangen empfindet (vgl. BGE 97 I 91, 119 V 456 E. 5b; VPB 59.84 mit Hinweisen; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Freiburg 2A 04 47 vom 2. September 2004, E. 4b mit Hinweisen).

**3.4.** Nach der gesetzlichen Ordnung liegt die Zuständigkeit für die Spitalplanung und den Erlass der Spitalliste auf kantonaler Ebene. Dies bedeutet, dass die zuständigen kantonalen Behördenmitglieder sich zwangsläufig auch mit der Bedarfsplanung für die kantonseigenen Spitäler befassen müssen, um den bundesrechtlichen Auftrag zur Spitalplanung erfüllen zu können (Art 39 Abs. 1 lit. d und e KVG). Insoweit nehmen sie öffentliche Interessen wahr, was für sich allein keine Befangenheit zu begründen vermag (vgl. BRE vom 5. Juli 2000 betreffend Spitalplanung und Spitalliste Thurgau [98-14] E. II. G. 7.1.2 mit Hinweisen, publiziert in RKUV 5/2001 438).

**3.5.** Der Beschwerdeführer macht insbesondere geltend, aufgrund der Ausführungen in der Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin bestehe Anlass zur Vermutung, dass die Beschwerdegegnerin seitens der Vorinstanz frühzeitig und vor Durchführung des Spitalplanungsverfahrens über den Ausgang des Verfahrens orientiert worden sei. So habe sie ausgeführt, dass sie bereits im März 2007, also weit vor Einleitung der Vernehmlassung der Spitalplanung, über den Inhalt der Spitalplanung orientiert gewesen sei. Die Absichten des Kantons seien erst nach den strukturellen Änderungen der Beschwerdegegnerin (Schliessung der Geburtenabteilung und des Standorts Clinique Garcia) bekannt geworden. Diese hätten nicht als verbindlich betrachtet werden können. Als gewinnorientiertes Unternehmen habe sich die Beschwerdegegnerin bei ihrer Umstrukturierung wohl nicht auf reine Planungsabsichten des Kantons berufen können, wenn sie nicht Sicherheit gehabt habe, dass diese unumstösslich seien. Vermutlich habe die Vorinstanz der

Beschwerdegegnerin die Ergebnisse der Spitalplanung vorzeitig kommuniziert und ihr Zusicherungen gemacht.

**3.6.** Mit Entscheid vom 15. Februar 2006 hat der Bundesrat festgestellt, dass der Staatsrat innert 18 Monaten eine neue Spitalliste erlassen müsse. Die neue Liste müsse bezogen auf die aktuelle Situation und die voraussichtliche Entwicklung der relevanten Kriterien ermittelt werden. Der Pflegebedarf der Bevölkerung des Kantons Freiburg sei an den verschiedenen Leistungstypen unter Berücksichtigung der Planungsparameter zu analysieren. Es sei eine Evaluation der Angebote durchzuführen. Entsprechend dem Resultat dieser Analyse und basierend auf objektiven Überlegungen seien danach die Bettenkapazitäten und die Leistungsaufträge zuzusprechen (vgl. BRE vom 15. Februar 2006 betreffend Spitalliste Freiburg [05-09], insbesondere E. 7). Den Spitälern des Kantons Freiburg musste folglich klar sein, dass die neue Spitalplanung den spezifischen Möglichkeiten der Leistungserbringer Rechnung zu tragen und eine bedarfsgerechte Spitalversorgung zu gewährleisten hat. Es war daher durchaus nachvollziehbar, dass sich die Beschwerdegegnerin im Vorfeld und im Hinblick auf die neue Planung umstrukturiert hat. Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers lässt dies keineswegs darauf schliessen, dass die Beschwerdegegnerin über Informationen verfügte, die den anderen Spitälern noch nicht bekannt waren. Vielmehr handelt es sich dabei um legitime, strategische Entscheide eines Unternehmens im Gesundheitswesen.

Ferner sind weder aus den Vorakten noch aus den einverlangten Beweismitteln (diverse Korrespondenz und Protokolle) Anhaltspunkte für die behauptete Befangenheit einzelner oder sämtlicher Mitglieder des Staatsrats oder eines Sachbearbeiters ersichtlich.

Hinzu kommt, dass die Aussage der Beschwerdegegnerin, die Unstimmigkeiten in ihrer Beschwerdeantwort seien auf sprachliche Mängel zurückzuführen, plausibel erscheint. Ihre Aussage, sie habe sich mit der Schliessung der Geburtenabteilung im März 2007 "nach der Spitalplanung ausgerichtet, weil diese ihr einen Geburtshilfesauftrag nicht erteilt", ist nämlich im Kontext der gesamten Rechtsschrift zu verstehen. Wiederholt führt die Beschwerdegegnerin darin aus, dass sie mit ihrer Restrukturierung der Spitalplanung vorgegriffen habe. Am 8. Mai 2007 habe sie zur Spitalplanung Stellung genommen und gegenüber der GSD ihre Wünsche geäussert und präzisiert. Auch hat die

Beschwerdegegnerin in ihren Stellungnahmen vom 3. April 2009 und 5. August 2009 betont, dass sie jeweils über den gleichen Wissensstand verfügt habe wie der Beschwerdeführer. Sie habe das Risiko auf sich genommen, dass die Leistungsaufträge der Spitalplanung ihren vorweggenommenen Umstrukturierungsentscheidungen nicht entsprechen könnten. Ihre Entscheidungen im Rahmen der Restrukturierung habe sie sowohl nach den wahrscheinlichsten politischen und ökonomischen Entwicklungen im Gesundheitssektor als auch nach den eigenen Möglichkeiten, eine qualitätsgesicherte medizinische Versorgung zu gewährleisten, ausgerichtet. Das Umfeld dieser Restrukturierung sei durch den Entscheid des Bundesrats vom 15. Februar 2006 und die KVG-Revision geprägt gewesen.

**3.7.** Demnach erweist sich die Rüge der Befangenheit des Beschwerdeführers als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **4.**

Nachfolgend ist zu prüfen, welche Rechtsnormen im vorliegenden Verfahren zur Anwendung gelangen.

**4.1.** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) und Art. 53 Abs. 2 Satz 1 KVG grundsätzlich nach dem VwVG, soweit das VGG oder das KVG keine abweichende Regelung enthält.

**4.2.** Die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) sind auf die Krankenversicherung anwendbar, soweit das KVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht (vgl. Art. 1 Abs. 1 KVG). Sie finden keine Anwendung im Bereich Zulassung und Ausschluss von Leistungserbringern (Art. 35-40 und 59 KVG; vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a KVG).

**4.3.** Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht mangels anders lautender Übergangsbestimmungen grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben. Gemäss konstanter Rechtsprechung gilt die Regel der sofortigen Anwendbarkeit neuer Verfahrensbestimmungen dann nicht, wenn hinsichtlich des verfahrensrechtlichen Systems zwischen dem alten und

dem neuen Recht keine Kontinuität besteht und mit dem neuen Recht eine grundlegend neue Verfahrensordnung geschaffen worden ist (BVGE 2010/15 E. 2.3 mit Hinweisen).

**4.3.1.** Gemäss Art. 49 VwVG kann mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich Über- bzw. Unterschreitung oder Missbrauch des Ermessens), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen. Der seit dem 1. Januar 2009 in Kraft stehende Art. 53 Abs. 2 lit. e KVG erklärt jedoch die Rüge der Unangemessenheit in Beschwerdeverfahren gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG für unzulässig. Als spezielle Norm geht Art. 53 Abs. 2 lit. e KVG der allgemeinen Regel von Art. 49 VwVG vor. Die Frage, ob die in Art. 53 Abs. 2 lit. e KVG normierte Kognitionsbeschränkung in einem Verfahren zur Anwendung gelangt, obwohl die Beschwerde vor der erwähnten Rechtsänderung eingereicht worden ist, wurde bereits in BVGE 2009/48 geprüft und die sofortige Anwendung des neuen Rechts bejaht. Die in Art. 53 Abs. 2 lit. e KVG festgelegte Kognitionsbeschränkung ist somit im vorliegenden Verfahren anwendbar.

#### **4.3.2.**

**4.3.2.1** Das Bundesverwaltungsgericht hat die angefochtene Verfügung somit nur auf ihre Übereinstimmung mit dem Bundesrecht einschliesslich Über- bzw. Unterschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie auf die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts zu überprüfen.

Die nunmehr gesetzlich normierte Beschränkung der Kognition entspricht im Ergebnis weitgehend der Praxis des Bundesrats, welcher bis zum Inkrafttreten der neuen Bundesrechtspflege gemäss Art. 53 Abs. 1 KVG (in der bis Ende Dezember 2006 gültigen Fassung) für die Beurteilung von Beschwerden gegen Beschlüsse im Sinne von Art. 39 KVG zuständig war, bei der Beurteilung von Beschwerden betreffend Aufnahme bzw. Nichtaufnahme auf die Spitalliste (BVGE 2010/15 E. 2.3.2 mit Hinweis).

**4.3.2.2** Bei der Spitalplanung und beim Erlass der Spitalliste verfügt der Kanton über einen erheblichen Ermessensspielraum (RKUV 5/2001 438 E. 1.7.3).

Unter Ermessen versteht man den Handlungsspielraum, den der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden bei der Anordnung von Rechtsfolgen einräumt. Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen Entschliessungs- und Auswahlermessen. Entschliessungsermessen liegt vor, wenn ein Rechtssatz der Behörde freistellt, ob überhaupt eine bestimmte Rechtsfolge anzuordnen sei. Auswahlermessen ist gegeben, wenn es ein Rechtssatz der Behörde überlässt, welche von mehreren gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen anzuordnen ist.

Das Ermessen ist immer pflichtgemäss, d.h. verfassungs- und gesetzeskonform auszuüben. Wird das Ermessen nicht pflichtgemäss ausgeübt, kann dies – je nach Schwere des Fehlers – blosser 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. Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn die Behörde Ermessen beansprucht, wo gar keines besteht. Sie trifft eine im Gesetz nicht vorgesehene Anordnung oder überschreitet einen Ermessensrahmen. 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. Ermessensmissbrauch ist gegeben, wenn die Behörde sich zwar formell an die gesetzlichen Ermessenschranken hält, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt oder allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot von Willkür und von rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt (BGE 123 V 150 E. 2 mit Hinweisen; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 26 Rz. 3 ff.; vgl. dazu auch BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2010, § 3, insbesondere Ziff. 221 ff. und Ziff. 238 ff.). Eine Über- bzw. Unterschreitung des Ermessens der Vorinstanz fällt vorliegend nicht in Betracht.

**4.4.** 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). Bei den materiellen Bestimmungen des KVG ist darum auf die bis zum 31. Dezember 2008 gültig gewesene Fassung abzustellen.

Nicht anwendbar ist hingegen die Revision des KVG vom 21. Dezember 2007, die am 1. Januar 2009 in Kraft getreten ist (Spitalfinanzierung; AS 2008 2049 2057; BBI 2004 5551).

## **5.**

Vorliegend ist strittig und vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob der Staatsrat dem Beschwerdeführer mit der Spitalliste vom 31. März 2008 zu Recht Leistungsaufträge gestrichen bzw. nicht zugewiesen und 60 "KVG-Betten" zugeteilt hat. Die Beschwerde ist im Lichte von Art. 39 Abs. 1 KVG zu beurteilen.

## **6.**

**6.1.** Um zur Tätigkeit zu Lasten der sozialen Krankenversicherung zugelassen zu werden, muss ein Spital eine ausreichende ärztliche Betreuung gewährleisten sowie über das erforderliche Fachpersonal und zweckentsprechende medizinische Einrichtungen verfügen (Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzung, Art. 39 Abs. 1 lit. a - c KVG). Die Prüfung der Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzung erfolgt in erster Linie durch die Behörden des Standortkantons, welche aufgrund ihrer besonderen Kenntnisse der lokalen Verhältnisse dazu am besten in der Lage sind. Bezüglich des beschwerdeführenden Spitals sind diese Voraussetzungen unbestrittenermassen erfüllt.

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 (Bedarfsdeckungs- und Koordinationsvoraussetzung; Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG). Im Sinne einer Publizitäts- und Transparenzvoraussetzung – an welche Rechtswirkungen geknüpft werden – setzt die Zulassung nach Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG schliesslich voraus, dass die Spitäler oder die einzelnen Abteilungen in der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons aufgeführt sind. Diese

Voraussetzungen sollen eine Koordination der Leistungserbringer, eine optimale Ressourcennutzung und eine Eindämmung der Kosten bewirken (BVGE 2010/15 E. 4.1 mit Hinweis).

**6.2.** Die Planung der bedarfsgerechten Spitalversorgung und deren Umsetzung auf der Ebene der Spitalliste umfassen mehrere Stufen: Ermittlung des Angebots und des Bedarfs an stationärer medizinischer Versorgung; Evaluation der Angebote der in Frage kommenden Spitäler; Zuweisung und Sicherung der benötigten Kapazitäten durch Leistungsaufträge an die in die Liste aufgenommenen Spitäler. Für die Zuweisung und Sicherung der Kapazitäten sind die Angebote der Leistungserbringer zu evaluieren. Die Evaluation muss aufgrund objektiver Kriterien erfolgen, und es soll dabei möglichst grosse Kostenwahrheit herrschen. Die Auswahl der Spitäler darf sich nicht allein nach Kriterien der Wirtschaftlichkeit richten; ein blosser Zahlenvergleich trägt weiteren wichtigen Kriterien, wie der Bereitschaft und Fähigkeit der Kliniken zur Tarifbindung oder zur Aufnahme schwieriger Fälle, nicht Rechnung. Nur ein umfassender Vergleich der Angebote kommt dem Gebot der Gleichbehandlung nach. Zusätzlich bedarf die Planung einer laufenden Überprüfung (BVGE 2010/15 E. 4.2).

Gemäss bundesrätlicher Rechtsprechung, welche fortzuführen ist, ergeben sich weitere Kriterien aus dem Ziel des KVG, eine qualitativ hochstehende und zweckmässige Versorgung der Bevölkerung zu möglichst günstigen Kosten sicherzustellen (Art. 43 Abs. 6 KVG). In diesem Rahmen spielen die Qualität der medizinischen Leistungen eines Anbieters eine Rolle, aber beispielsweise auch seine geographische Lage (einschliesslich allfälliger sprachlicher Aspekte) und die Möglichkeit, seine Dienste im Rahmen eines sachgerechten Versorgungskonzepts heranzuziehen. Unerlässlich für die Erteilung eines Leistungsauftrages ist schliesslich die Bereitschaft der Leistungserbringer, die damit verbundenen Verpflichtungen zu übernehmen. Sie müssen also bereit sein, im Umfang dieses Auftrages stationäre Behandlungen zu einem Tarif für die allgemeine Abteilung durchzuführen und den gemäss Art. 44 KVG gebotenen Tarifschutz zu beachten (vgl. unpublizierter BRE vom 20. März 2000 betreffend Spitalliste Bern [98-68] E. 8.1 sowie BRE vom 15. Februar 2006 betreffend Spitalliste Freiburg [05-09] E. 6.2.1 und 6.2.5).

Präzisierung ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und der Leistungsqualität zudem das Kriterium der kritischen Menge der Fallzahlen zu beachten ist.

**6.3.** Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG ergibt sich, dass nach dem Willen des Parlaments der Abbau von Überkapazitäten im Spitalbereich auch ohne formellen Bedürfnisnachweis geboten ist (vgl. Amtl. Bull. 1993 N 1727 und 1863 f.; Amtl. Bull. 1993 S 1077 f. und 1994 94). Zwar haben die eidgenössischen Räte diesen Nachweis bei den ausserordentlichen Massnahmen zur Eindämmung der Kostenentwicklung gestrichen (Amtl. Bull. 1992 S 1318 ff. und 1322; Amtl. Bull. 1993 N 1865 und 1870). Angesichts der Vorgeschichte kann dieser Umstand indes die Annahme nicht stützen, dass die Räte für ausserordentliche Lagen eine Steuerung des Angebots nicht gewollt hätten, bedeute, dass dies erst recht für die Planung des Normalfalls im Spitalbereich gelten müsse. Die Kantonsregierung kann und muss daher gemäss Bundesrecht einen Abbau der Überkapazitäten an Spitalbetten in der allgemeinen Abteilung anstreben (zur Spitalliste Zürich vgl. RKUV 3/1999 225 E. 3.4.2-3.4.4). Im Sinne einer Präzisierung ist festzuhalten, dass dies nicht nur für die erstmalige Zulassung neuer oder bestehender Privatspitäler zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und für die Aufnahme solcher Spitäler in eine Spitalliste gilt, sondern auch dann, wenn ein Kanton in einer neuen Spitalliste die Leistungsaufträge von Spitälern gegenüber der alten Spitalliste einschränkt, wie dies vorliegend zutrifft.

**6.4.** Die Kantone müssen sowohl für die allgemeinen Abteilungen wie auch für die Halbprivat- und Privatabteilungen der Spitäler eine Spitalplanung im Sinne von Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG durchführen. Das bedeutet namentlich, dass das Angebot und der Bedarf für alle Versicherungsklassen gesamthaft zu ermitteln sind. Aufgrund des Versicherungsobligatoriums können nämlich nicht nur Patientinnen und Patienten, die sich in der allgemeinen Abteilung behandeln lassen, sondern auch solche, welche die Halbprivat- und Privatabteilungen beanspruchen, einen Sockelbeitrag aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung beziehen. Was den Begriff der allgemeinen Abteilung angeht, folgt das Bundesverwaltungsgericht der Rechtsprechung des Bundesgerichts, welches den Begriff funktional auslegt und nicht den tatsächlichen Aufenthalt in einer örtlich ausgeschiedenen Abteilung fordert. Der Gesetzgeber hat mit dem Begriff der allgemeinen Abteilung den Leistungsumfang der obligatorischen

Krankenpflegeversicherung umschrieben und weder eine örtlich abgetrennte Abteilung noch eine spezielle Patientenkategorie geschaffen. Diese bezeichnet vielmehr den Leistungsumfang der obligatorischen Krankenpflegeversicherung bei stationärer Behandlung in einem Spital (vgl. Art. 25 Abs. 2 lit. e KVG). Unter allgemeiner Abteilung wird daher im Folgenden jenes Leistungspaket verstanden, das die KVG-Versicherten unter voller Kostendeckung zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung beanspruchen können (BVGE 2010/15 E. 4.3 mit Hinweisen; vgl. auch Art. 41 Abs. 1 und 2, Art. 44 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 4 KVG).

## 7.

**7.1.** Gemäss bundesrätlicher Rechtsprechung, welche weiterzuführen ist, verlangt eine sorgfältige und als Basis konkreter Planungsmassnahmen dienende Ist-Analyse die Erhebung der für den Bettenbedarf massgebenden Determinanten wie insbesondere die Hospitalisationsrate, die durchschnittliche stationäre Aufenthaltsdauer, die Einwohnerzahl des Versorgungsgebiets oder die Bettenbelegung. Weiter muss die Planung im Hinblick auf die Evaluation der Spitäler und die Erteilung von Leistungsaufträgen über die im Kanton vorhandenen Spitäler und deren Angebot, Infrastruktur, Kenndaten und den von ihnen wahrgenommenen Versorgungsgrad Auskunft geben. Nur so ist für den Entscheidungsträger erkennbar, in welchen Bereichen und bei welchen Determinanten im Hinblick auf eine bedarfsgerechte Planung Handlungsbedarf besteht und auf welche Weise auf die vorhandene Spitalstruktur Einfluss genommen und das Angebot gesteuert werden kann (vgl. hierzu auch BRE vom 20. Dezember 2000 betreffend Spitalplanung und Spitalliste Graubünden [98-36] E. 5.2.7).

**7.2.** Nach der Spitalplanung des Kantons Freiburg vom 31. März 2008 wurden die Daten für die Bedarfsermittlung vom hierfür beauftragten Service cantonal de recherche et d'information statistiques des Kantons Waadt (SCRIS) bearbeitet. Das Modell stützt sich auf die Erhebung der medizinischen Statistik 2005 des Bundesamtes für Statistik (BFS) für die Freiburger Spitäler und die ausserhalb der Kantonsgrenzen hospitalisierten Freiburger Patientinnen und Patienten sowie auf die Erhebung der medizinischen Statistik 2004 über sämtliche Schweizer Patientinnen und Patienten und Kantone für die Ermittlung der Standarddauer von Spitalaufenthalten (vgl. Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008, S. 38 ff.).

Zur Ermittlung des Bettenbedarfs in der somatischen Akutversorgung wurden insbesondere die folgenden Determinanten erhoben: die Bevölkerungsentwicklung, die Spitalpflege-Beanspruchung durch die verschiedenen Altersklassen, die Aufenthaltsdauer nach Pathologietyp sowie der normative Bettenbelegungsgrad (vgl. Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008, S. 46 ff.).

Im Jahr 1998 betrug der Bettenbedarf in den Spitälern des Kantons Freiburg unter Berücksichtigung der (inner- und ausserkantonalen) Patientenströme 855 Betten. Dieser reduzierte sich bis im Jahr 2004 auf 719 Betten. Gemäss den Prognosen über die künftige Entwicklung reduziert sich der Bettenbedarf kontinuierlich. Im Jahr 2008 wurde er auf 666 bis 678 festgesetzt, während für die Folgejahre weiterhin eine Reduktion des Bettenbedarfs prognostiziert wurde. Erst im Jahr 2020 ist aufgrund der Spitalplanung wieder mit einem Anstieg des Bettenbedarfs zu rechnen (vgl. Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008, S. 54, 163 und 167).

**7.3.** Hinsichtlich der somatischen Akutversorgung ist festzuhalten, dass das Vorgehen des Staatsrats bei der Ermittlung des Bedarfs und des Angebots an stationärer medizinischer Versorgung sowie bei der Evaluation der innerkantonalen Angebote der in Frage kommenden Spitäler grundsätzlich vor dem Bundesrecht standhält. Vorliegend wird die Ermittlung des Angebots und des Bettenbedarfs von den Parteien denn auch nicht bestritten.

## **8.**

**8.1.** Bei der Spitalplanung weiter gefordert ist wie erwähnt eine Evaluation des Angebots der Leistungserbringer sowie gestützt darauf die Zuteilung der künftigen Leistungsaufträge (vgl. E. 6.2 hiervor).

**8.2.** Während des vorinstanzlichen Spitalplanungsverfahrens brachte der Beschwerdeführer vor, die im Planungsentwurf enthaltenen Daten des Jahres 2005 seien zumindest im Falle des beschwerdeführenden Spitals grösstenteils fehlerhaft (vgl. Beschwerdebeilage 4, S. 14 ff). Da dies im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht mehr gerügt wurde und die verlangten Korrekturen gemäss unbestrittenen Angaben des Staatsrats in der definitiven Fassung der Spitalplanung berücksichtigt worden sind (vgl. Vernehmlassung der Vorinstanz vom 8. Juli 2008, S. 9), sieht das

Bundesverwaltungsgericht keine Anhaltspunkte für eine mögliche Fehlerhaftigkeit der in der angefochtenen Spitalplanung enthaltenen Daten.

### **8.3.**

**8.3.1.** Vorliegend rügt der Beschwerdeführer insbesondere, die Planung stütze sich auf überholte Zahlen aus dem Jahr 2005. So habe beim beschwerdeführenden Spital seit dem Jahr 2005 in verschiedenen Bereichen (Orthopädie, ORL) eine starke Zunahme der Aktivitäten stattgefunden, welche sich auch im Jahr 2008 fortgesetzt habe. Zudem hätten sich bei den Privatspitälern in den Jahren 2005 bis 2007 beträchtliche Strukturveränderungen ergeben (Schliessung der Clinique Garcia, Schliessung der Geburtenabteilung im beschwerdegegnerischen Spital). Durch die Verwendung der Fallzahlen des Jahres 2005 sei diesen bedeutenden Entwicklungen der letzten Jahre in keiner Weise Rechnung getragen worden.

**8.3.2.** Dem entgegnet die Vorinstanz, dass sich die Spitalplanung auf die medizinische Statistik des Bundesamtes für Statistik (BFS) der Jahre 2002 bis 2006, die Verwaltungsstatistik des BFS der Jahre 2005 und 2006 sowie die Kostenrechnungen der Spitäler der Jahre 2001 bis 2006 stütze. Für die Bedarfsermittlung hätten jedoch lediglich die Daten der medizinischen Statistik des Jahres 2005 herangezogen werden können, da diese im Zeitpunkt der Erstellung des Berichts die aktuellsten vollständigen Daten darstellten, welche auch ausserkantonale Spitalaufenthalte von Freiburger Patientinnen und Patienten berücksichtigten. Die Daten der medizinischen Statistik 2006 seien damals nur für die Spitalaufenthalte in den Spitälern des Kantons Freiburg verfügbar gewesen (innerkantonale Daten). Die vom Beschwerdeführer und einem weiteren Spital eingereichten ergänzenden Informationen zu den ersten Monaten, Quartalen oder dem ersten Halbjahr 2007 seien zwar in die Diskussion der Entscheidgremien einbezogen worden. Für die Evaluation des Angebots der Leistungserbringer hätten diese Zahlen jedoch nicht herangezogen werden können, da sie jeweils für unterschiedlich lange Zeiträume und überdies nicht für alle Spitäler verfügbar gewesen seien. Hinzu komme, dass die Zunahme der Fallzahlen beim Beschwerdeführer teilweise auf die Schliessung der Geburtenabteilung der Beschwerdegegnerin im März 2007 zurückzuführen sei. Ferner habe der Beschwerdeführer parallel zum Ausbau der Geburtenabteilung ohne Rücksicht auf die bewilligten

Kapazitäten praktisch alle anderen Bereiche ausgebaut, um zu versuchen, ein "fait accompli" für das laufende Spitalplanungsverfahren zu schaffen. Der Beschwerdeführer könne sich daher weder über einen Abbau dieser widerrechtlich geschaffenen Überkapazitäten beklagen noch auf die entsprechenden Fallzahlen berufen.

**8.3.3.** Die Beschwerdegegnerin führt diesbezüglich aus, dass die im Jahr 2007 erfolgte Zunahme der Aktivität des beschwerdeführenden Spitals hauptsächlich auf ihre Renovierungsarbeiten und die damit einhergehende Verlegung der Patientinnen und Patienten sowie auf die Schliessung ihrer Geburtenabteilung zurückzuführen sei und eine rechtswidrig geschaffene Überkapazität darstelle.

**8.3.4.** Auch das BAG macht geltend, dass das beschwerdeführende Spital einen bedeutenden Teil der Pflage im Jahr 2007 ausserhalb der zugelassenen Kapazitäten erbracht habe, weshalb sich der Beschwerdeführer nicht auf diese Zahlen berufen könne.

#### **8.3.5.**

**8.3.5.1** Die Evaluation des Angebots der Leistungserbringer kann systembedingt nur retrospektiv erfolgen, wobei in der Regel auf die aktuellsten offiziellen Zahlen abzustellen ist. Es ist zwar denkbar, dass nach Abschluss eines Spitalplanungsverfahrens die der Spitalplanung zugrunde liegenden Zahlen bereits überholt sind, zumal die Durchführung eines solchen Verfahrens erfahrungsgemäss oft länger als ein Jahr dauern kann. In Fällen, bei denen die Spitalplanung aufgrund von zwischenzeitlich eingetretenen erheblichen Änderungen innert kurzer Zeit nach deren Erlass revidiert werden müsste, erscheint es aus verfahrensökonomischen Gründen an sich sinnvoll, diese Änderungen in die laufende Planung einzubeziehen bzw. die Spitalplanung entsprechend zu überarbeiten. Es ist in diesem Zusammenhang allerdings darauf hinzuweisen, dass im Falle von strukturellen Veränderungen bei Leistungserbringern (z.B. Schliessung einer Abteilung) die betroffenen Spitäler vorab beim Kanton ein Gesuch um Anpassung der Spitalliste zu stellen haben, da der bisher erteilte Leistungsauftrag nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet.

**8.3.5.2** Eine KVG-konforme Spitalplanung bedarf einer verlässlichen planungsrechtlichen Gesamtanalyse, welche nur gestützt auf vollständige offizielle Daten aller betroffenen Spitäler erfolgen kann. Vorliegend wies

der Bundesrat den Staatsrat mit Entscheid vom 15. Februar 2006 an, innert 18 Monaten eine neue, den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Spitalliste zu erlassen. In diesen vom Bundesrat vorgegebenen Zeitrahmen musste der Staatsrat das Spitalplanungsverfahren abschliessend durchführen. In casu waren die der Vorinstanz vorliegenden Zahlen des Jahres 2007 unbestrittenermassen unvollständig. Gemäss Spitalplanungsbericht stammen die letzten Daten, die sämtliche Patientenströme berücksichtigten, aus dem Jahr 2005. Hinsichtlich der Daten des Jahres 2006 fehlten einzig jene der ausserkantonalen Spitalaufenthalte von Freiburger Patientinnen und Patienten (vgl. Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008, S. 4). Da die ausserkantonalen Spitalaufenthalte indes insbesondere für die Gesamtbedarfsermittlung – und nicht für die Evaluation des Angebots der Spitäler des Kantons Freiburg – von Bedeutung sind und jene vorliegend nicht bestritten ist (vgl. E. 7.3 hiervor), ist nicht zu beanstanden, dass sich die Vorinstanz auf die Fallzahlen der Jahre 2002 bis 2006 gestützt und die vom beschwerdeführenden Spital während des vorinstanzlichen Verfahrens eingereichten (nicht näher geprüften) Daten des Jahres 2007 sowie die im Jahr 2007 bei der Beschwerdegegnerin erfolgten strukturellen Veränderungen bei der Evaluation des Angebots der Leistungserbringer nicht mehr berücksichtigt hat.

**8.3.5.3** Der Beschwerdeführer kann sich demnach nicht auf die Fallzahlen der Jahre 2007 und 2008 berufen. Bezüglich dieser Fallzahlen sind somit sämtliche Rügen des Beschwerdeführers unbegründet.

Demnach kann insbesondere auch seine Rüge, dass dem beschwerdeführenden Spital mit der angefochtenen Spitalliste vom 31. März 2008 über 15 % seiner "bestehenden" Aktivitäten gestrichen worden seien, während das beschwerdegegnerische Spital faktisch kein Gebiet habe abgeben müssen, jedoch die Orthopädie und die ORL als einzige Privatklinik im Kanton Freiburg betreuen dürfe, nicht gehört werden.

Vollständigkeitshalber bleibt anzumerken, dass diese Rüge ohnehin unberechtigt erscheint, wurden dem beschwerdeführenden Spital mit der angefochtenen Spitalliste doch trotz Verringerung des Leistungsspektrums neu 60 Betten zugewiesen, was gegenüber den bisher zugeteilten 52 Betten eine Zunahme der Aktivität von etwa 15 %

darstellt. Demgegenüber wurden dem beschwerdegegnerischen Spital weniger Betten zugeteilt als zuvor.

#### **8.4.**

**8.4.1.** Zu prüfen bleiben somit die Rügen hinsichtlich der in der angefochtenen Spitalplanung berücksichtigten Fallzahlen (2002 bis 2006). Diesbezüglich führt der Beschwerdeführer insbesondere Folgendes auf:

Zwischen 2005 und 2006 sei eine Steigerung der Fallzahlen in der Orthopädie erfolgt. Trotzdem sei ihm der Leistungsauftrag in der Orthopädie gestrichen worden, während die öffentlichen Spitäler in diesem Gebiet keine Einbussen hätten hinnehmen müssen (Beschwerdeschrift Ziffer 27 ff. S. 7 f.). Ferner sei ihm – trotz Steigerung der Fallzahlen – auch der Leistungsauftrag im Bereich der ORL gestrichen worden. Zur Begründung für die Streichung dieser Leistungsaufträge habe der Staatsrat das für die Privatkliniken geltende Ziel der Konzentration der Tätigkeiten sowie die relativ beschränkte Versorgung durch das beschwerdeführende Spital aufgeführt. Allerdings sei in den Bereichen der Chirurgie Verdauungstrakt und der Chirurgie Gynäkologie keine Konzentration zu seinen Gunsten erfolgt, obwohl das beschwerdeführende Spital in diesen Bereichen bedeutend mehr Eingriffe vorgenommen habe als die Beschwerdegegnerin und alle öffentlichen Spitäler, welche in diesem Gebiet tätig seien. Die Vorinstanz habe die Planungskriterien somit unterschiedlich angewandt und den Konzentrationsprozess nur in eine Richtung betrieben. Dadurch würden dem Beschwerdeführer künftige Entwicklungsmöglichkeiten verwehrt und wirtschaftliche Schwierigkeiten in Kauf genommen.

Nicht nachvollziehbar sei weiter, weshalb entgegen den Entwicklungen bis 2006 im Bereich der Chirurgie Gynäkologie eine starke Zunahme der Fallzahlen bei der Beschwerdegegnerin und eine Abnahme beim beschwerdeführenden Spital prognostiziert werde, zumal diese Eingriffe in den beiden mehrheitlich deutschsprachigen Spitälern des Freiburger Spitalnetzes (FSN) Standort Tifers und Meyriez künftig wegfallen würden und die Wahl von deutschsprachigen Patientinnen und Patienten aus Sprachgründen nicht selten auf das beschwerdeführende Spital fallen würde.

Ferner hätten die Kosten in der Orthopädie im Jahr 2006 beim

Beschwerdeführer 18.25 % weniger betragen als beim beschwerdegegnerischen Spital. Auch im Vergleich mit den übrigen Spitälern des Kantons Freiburg seien seine Kosten in der Orthopädie am tiefsten ausgefallen. Demnach hätte die geplante Konzentration eine Verlagerung der Behandlungen an einen teureren Standort zur Folge. Die Anzahl der verschiedenen Eingriffsarten in der Orthopädie seien kein Hinweis für die durchschnittliche Schwere bzw. die Durchschnittskosten pro Fall. Diesbezüglich erweise sich der Sachverhalt als ungenügend abgeklärt.

Hinzu komme, dass die vorgesehene Konzentration eine Risikokumulierung mit sich bringe, da das Risiko einer Gefährdung der "kurzfristigen Gewährleistung der Kapazitäten und Fortbestand der Versorgung" bei der Beschwerdegegnerin höher eingestuft worden sei als beim beschwerdeführenden Spital.

**8.4.2.** Die Vorinstanz bringt diesbezüglich vor, die Erhöhung der Aktivitäten im Bereich der Orthopädie und in der ORL beruhe auf einer planungswidrigen Ausweitung der Kapazitäten. Zudem sei es nicht zutreffend, dass die öffentlichen Spitäler keine Einbussen in der Orthopädie hätten hinnehmen müssen. So sei dieser Bereich auch am FSN-Standort Meyriez gestrichen worden. Ferner hätten die öffentlichen Spitäler bereits zu einem früheren Zeitpunkt auf zahlreiche Leistungen verzichten müssen, während die Leistungsaufträge der Privatspitäler seit 1996 unverändert geblieben seien. Für den Spitalplanungsentscheid sei nebst dem Tätigkeitsvolumen der einzelnen Spitäler in absoluten Zahlen insbesondere auch die relative Verteilung der Fallzahlen auf alle Spitäler des Kantons massgebend gewesen. Während in den Fachbereichen der Chirurgie Verdauungstrakt und der Chirurgie Gynäkologie die Anzahl Eingriffe und der prozentuale Beitrag der beiden Privatspitäler an der Versorgung relativ nahe beieinander lägen, habe die Beschwerdegegnerin im Fachbereich der Orthopädie eine "in jeder Beziehung hervorragende" Stellung für die chirurgisch-orthopädische Versorgung des Kantons Freiburg inne. Mit der angefochtenen Spitalplanung seien dem beschwerdegegnerischen Spital nebst der Geburtenabteilung und der Urologie-Nephrologie die Kraniotomien, die pneumologische Chirurgie sowie die endokrinologische Chirurgie gestrichen worden.

Die gelebte Zweisprachigkeit des beschwerdeführenden Spitals sei keine Exklusivität. Die Beschwerdegegnerin weise einen vergleichbaren Anteil

an Patientinnen und Patienten aus mehrheitlich deutschsprachigen Bezirken aus.

Der Kostenvergleich des Beschwerdeführers hinsichtlich der Eingriffe im Bereich der Orthopädie sei nicht aussagekräftig, da er ohne Rücksicht auf die Art der Eingriffe und das unterschiedliche Patientengut der einzelnen Spitäler erfolgt sei. Da die Beschwerdegegnerin in diesem Bereich ein deutlich grösseres Spektrum an verschiedenartigen Eingriffen aufweise, könnten die Kosten allein schon deshalb nicht verglichen werden. Hinzu komme, dass bei der Konzentration eines Fachbereichs an einem Standort, der in diesem Bereich bereits Leistungen erbringe, lediglich die variablen Kosten relevant seien. Die Fixkosten der Beschwerdegegnerin variierten aufgrund der Übernahme der orthopädischen Aktivität des beschwerdeführenden Spitals nicht, da die zusätzliche Aktivität im Vergleich zur bereits bestehenden marginal sei. Folglich ziehe jeder zusätzliche Eingriff nur zusätzliche Grenzkosten und nicht die Gesamtkosten pro Fall nach sich.

Im Bereich der Orthopädie nehme die Beschwerdegegnerin eine hervorragende Stellung in Bezug auf die gesamte Versorgung des Kantons Freiburg ein. Das Risiko, dass die Beschwerdegegnerin eine ihrer Kernkompetenzen aufgeben dürfe, dürfe als ausgesprochen gering eingeschätzt werden. Ferner sei die Einschätzung des Versorgungsrisikos ohnehin nur ein Element der Spitalplanung unter vielen anderen.

**8.4.3.** Santésuisse führt aus, dass es unter Berücksichtigung des ermittelten Bettenbedarfes, der Kriterien der Qualität und der Wirtschaftlichkeit nicht möglich sei, die gleichen Leistungsaufträge in vier Spitälern im Umkreis von fünf Kilometern beizubehalten. Die Streichung der fraglichen Leistungsaufträge beim beschwerdeführenden Spital sei zu Recht erfolgt, da dessen Aktivität in diesen Bereichen im innerkantonalen Vergleich marginal gewesen sei.

**8.4.4.** Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass ihr mit der angefochtenen Spitalplanung nebst den Leistungsaufträgen in der Geburtenabteilung und in der Urologie-Nephrologie jene der Kraniotomien, in der pneumologische Chirurgie sowie in der endokrinologische Chirurgie gestrichen worden seien, wobei bereits die Schliessung der Geburtenabteilung eine Umsatzverminderung von 20 % verursacht habe. Demnach könne keinesfalls von einer Aufrechterhaltung

des Status quo gesprochen werden. Ihr Prozentsatz an deutschsprachigen Patientinnen und Patienten sei vergleichbar mit jenem des Beschwerdeführers. Im Bereich der Orthopädie würden ihre Kosten pro Fall höher ausfallen als jene des Beschwerdeführers, weil sie komplexere und schwerere Fälle durchführe als das beschwerdeführende Spital.

**8.4.5.** Das BAG führt in diesem Zusammenhang aus, die Zunahme im Bereich der Orthopädie sei auf eine wiederrechtlich geschaffene Überkapazität zurückzuführen. Da die Beschwerdegegnerin im Bereich der Orthopädie ein doppelt so grosses Spektrum wie der Beschwerdeführer aufweise, sei ein Vergleich der gesamten Kosten pro Fall nicht aussagekräftig.

#### **8.4.6.**

**8.4.6.1** Der Beschwerdeführer rügt im Wesentlichen, die Vorinstanz habe das Kriterium der kritischen Menge der Fallzahlen unterschiedlich angewandt und den Konzentrationsprozess nur in eine Richtung betrieben.

Wie zuvor festgestellt, kann vorliegend einzig auf die Fallzahlen bis zum Jahr 2006 abgestellt werden. In diesem Rahmen wurde dem beschwerdegegnerischen Spital mit dem angefochtenen Beschluss die folgenden Leistungsaufträge nicht mehr erteilt: Medizin Nervensystem, Kraniotomien, Ophthalmologie, Pneumologie, Medizin Kardiologie und Gefässsystem, Endokrinologie, Urologie-Nephrologie, Geburtshilfe, Neugeborene, Hämatologie, Medizin Psychiatrie, Toxikologie, Vergiftungen und Alkohol, Mehrfachtraumen und schwere komplexe Traumen (vgl. Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008, S. 89 ff.). Von einer Aufrechterhaltung des Status quo hinsichtlich des beschwerdegegnerischen Spitals kann somit nicht die Rede sein.

Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers fand bei diesem keine Zunahme der Fallzahlen im Bereich der ORL statt. Vielmehr sind seine Fallzahlen im Bereich der Chirurgie ORL seit 2002 rückläufig und im Bereich der Medizin ORL marginal. Im Jahr 2006 betrug der Beitrag der Beschwerdegegnerin im Bereich der Chirurgie ORL 32,5 % am gesamten innerkantonalen Leistungsvolumen, während sich derjenige des Beschwerdeführers lediglich auf 4,6 % belief (vgl. Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008, S. 98 ff.). Mit Blick auf die

angestrebte und vom Bundesrat mit Entscheid vom 15. Februar 2006 verlangte Konzentration ist es aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und der Leistungsqualität durchaus nachvollziehbar, dass die Vorinstanz mit der angefochtenen Spitalliste dem Beschwerdeführer den Leistungsauftrag in der ORL nicht mehr erteilte. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass auch den öffentlichen Spitälern HIB-Payerne, FSN-Tafers und FSN-Meyriez im Bereich der Chirurgie ORL kein Leistungsauftrag mehr zugewiesen wurde.

Hinsichtlich der Chirurgie Orthopädie und Rheumatologie ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2006 zwar eine relativ starke Zunahme der Fallzahlen verzeichnen konnte. Trotzdem betrug sein Anteil am innerkantonalen Leistungsvolumen lediglich 8,3 % (2005: 3,7 %; 2004: 2,2 %; 2003: 1,8 %; 2002: 2,7 %). Demgegenüber leistete das beschwerdegegnerische Spital seit dem Jahr 2002 innerkantonal den grössten Beitrag auf diesem Gebiet; dieser belief sich im Jahr 2006 auf 35,4 %. Zudem erfüllte der Beschwerdeführer im Bereich der Medizin Orthopädie und Rheumatologie das Kriterium der kritischen Menge nicht, da sein Beitrag marginal war (vgl. Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008, S. 115 ff.). Die mit der angefochtenen Spitalplanung erfolgte Konzentration zulasten des Beschwerdeführers ist somit nicht zu beanstanden. Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers wurde im Übrigen auch dem öffentlichen Spital FSN-Meyriez im Bereich Chirurgie Orthopädie und Rheumatologie kein Leistungsauftrag mehr erteilt.

Im Bereich der Chirurgie Verdauungstrakt nahm der Beschwerdeführer im Jahr 2006 zwar fast doppelt so viele Eingriffe vor wie die Beschwerdegegnerin; das beschwerdeführende Spital leistete einen Beitrag in der Höhe von 23 %. Im innerkantonalen Vergleich ist der Beitrag der Beschwerdegegnerin jedoch nicht zu unterschätzen; dieser betrug 11,6 %. Zudem führten drei öffentliche Spitäler weniger Eingriffe durch als das beschwerdegegnerische Spital. In Anbetracht der Tätigkeitsvolumen und einer relativ ausgewogenen Verteilung hat der Staatsrat die Leistungsaufträge in diesem Bereich in beiden Privatkliniken beibehalten. Nicht mehr erteilt wurde dieser Leistungsauftrag indessen dem öffentlichen Spital FSN-Meyriez (vgl. Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008, S. 108 ff.). Dass die Vorinstanz diesbezüglich auf eine Konzentration im Bereich der Privatkliniken verzichtete, ist insbesondere mit Blick auf den Umstand, dass der Konzentrationsprozess zulasten eines öffentlichen Spitals erfolgte, nicht zu beanstanden. Darin kann

weder eine rechtsungleiche Behandlung des Beschwerdeführers noch ein Ermessensmissbrauch durch die Vorinstanz erblickt werden.

Dasselbe kann für den Bereich der Chirurgie Gynäkologie gesagt werden. Aus Gründen der kritischen Menge wurde der Leistungsauftrag in diesem Bereich den öffentlichen Spitälern FSN-Tafers und FSN-Meyriez nicht mehr zugewiesen. Demgegenüber hat der Staatsrat aufgrund des Tätigkeitsvolumens und der relativ ausgewogenen Verteilung zwischen der Beschwerdegegnerin und dem Beschwerdeführer diesen Leistungsauftrag in beiden Privatkliniken beibehalten. Während der Beschwerdeführer einen Beitrag von 31,1 % leistete, betrug derjenige der Beschwerdegegnerin 19,8 % (vgl. Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008, S. 112 f.). Es ist somit nicht zu beanstanden, dass der Staatsrat von einer Konzentration zugunsten des Beschwerdeführers abgesehen hat. In Bezug auf die vom Beschwerdeführer beanstandete Prognose im Bereich der Chirurgie Gynäkologie bleibt festzuhalten, dass diese gestützt auf die Fallzahlen des Jahres 2005 erfolgte, da die Daten des Jahres 2006 hinsichtlich der ausserkantonalen Patientenströme unvollständig waren (vgl. Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008, S. 90). Wie zuvor erwähnt, ist für die Gesamtbedarfsermittlung – und damit auch für eine verlässliche Prognose – das Vorliegen von Daten, welche sämtliche Patientenströme berücksichtigen, erforderlich (vgl. E. 8.3.5.2 hiervor). Die Vorinstanz hat demnach, was die Prognose im Bereich der Chirurgie Gynäkologie angeht, zu Recht auf die Fallzahlen des Jahres 2005 abgestellt. Hinzu kommt, dass die Zunahme der Fallzahlen des Beschwerdeführers in diesem Bereich 2006 wohl zumindest auch auf die Renovierungsarbeiten der Beschwerdegegnerin, welche vom 1. Juli 2006 bis zum 31. Mai 2007 stattfanden (vgl. Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 3. April 2009), zurückzuführen sind, weshalb schon aus diesem Grund nicht darauf abgestellt werden kann.

Hinsichtlich des sprachlichen Aspekts gilt anzumerken, dass der Anteil an deutschsprachigen Patientinnen und Patienten, welche vorwiegend aus dem Sense- und dem Seebezirk stammen, beim Beschwerdeführer im Vergleich mit der Beschwerdegegnerin nicht höher ist (vgl. Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008, S. 64 f.), weshalb die diesbezüglichen Vorbringen des Beschwerdeführers ins Leere stossen.

Soweit die integrale oder teilweise Nichtaufnahme der allgemeinen Abteilungen von Spitälern nötig ist, um die Ziele des KVG und namentlich den Abbau von Überkapazitäten zu erreichen, sind die damit

verbundenen wirtschaftlichen Einbussen den betroffenen Spitälern zuzumuten und daher nicht unverhältnismässig (RKUV 5/2001 438 E. II. G. 7.1.5).

**8.4.6.2** Mit dem Beschwerdeführer und der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass dem Kriterium der Wirtschaftlichkeit bei der Evaluation der Angebote der Leistungserbringer grundsätzlich erhebliche Bedeutung zukommt, da die Kosteneindämmung im Gesundheitswesen ein Hauptziel des KVG darstellt (vgl. Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008, S. 69 ff.).

In der angefochtenen Spitalplanung ist ein Kostenunterschied zwischen dem beschwerdeführenden Spital und der Beschwerdegegnerin in der Orthopädie von ca. 18 % ersichtlich; allerdings wird auf diverse Unsicherheiten hinsichtlich der Vergleichbarkeit der erhobenen finanziellen Daten hingewiesen. Insbesondere wird aufgeführt, dass der zuverlässige Nachweis von Kostenabweichungen für identische Leistungen erst später möglich sei, "wenn im FSN und in den Privatkliniken die Kostenrechnung nach endgültigem Kostenträger (Kosten je Patient) und eine Finanzierung nach Pathologie (nationales Projekt SwissDRG [Swiss Diagnosis Related Groups]) flächendeckend eingeführt" seien (vgl. Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008, S. 69 ff.).

Die Vorinstanz hat sich bei der Analyse der Versorgung nach Fachbereichen der Leistungserbringer auf die von den Spitälern in den Jahren 2002 bis 2006 erbrachten Leistungen nach dem Patientenklassifikationssystem All Patient Diagnosis Related Groups (nachfolgend: APDRG) gemäss Kostengewichtsversion 4.1 gestützt (vgl. Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008, S. 58 f. und S. 89 f. sowie dessen Anhang 5). Gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist es mit dem APDRG-System grundsätzlich möglich, die Spitäler inner- und ausserkantonale direkt zu vergleichen, unabhängig vom Tätigkeitsbereich und der Krankenhaustypologie (vgl. zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7967/2008 vom 13. Dezember 2010 E. 6.11). Im zu beurteilenden Fall erachtete das Bundesverwaltungsgericht jedoch eine Toleranzmarge von 4 % auf der Basis des Patientenklassifikationssystems APDRG mit der Kostengewichtsversion 5.1 als sachgerecht; diese Toleranzmarge sei zum massgebenden Benchmark (Baserate der Referenzspitäler) zu addieren. In der angefochtenen Spitalplanung konnte wie gesagt lediglich

die ältere Kostengewichtsversion 4.1 berücksichtigt werden, weshalb eine Toleranzmarge im vorliegenden Fall höher ausfallen würde als 4 %. Demnach war die Ungenauigkeit des festgestellten Kostenunterschieds zwischen dem beschwerdeführenden Spital und der Beschwerdegegnerin in der Orthopädie im Zeitpunkt des Erlasses der Spitalliste nicht vermeidbar. Ein verlässlicher Vergleich der Spitäler zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit ihrer Leistungserbringung (in Form eines Benchmarking) wird erst mit der Einführung von SwissDRG möglich sein.

Aus tarifrechtlicher Sicht ist vollständigshalber darauf hinzuweisen, dass die Privatkliniken im Jahr 2006 mit Fallpauschalen nach Abteilungen abrechneten. Die Fallpauschale der Beschwerdegegnerin im Bereich der Orthopädie betrug Fr. 7'333.-, während sich jene des Beschwerdeführers auf Fr. 7'362.- belief (vgl. Tarifordner der santésuisse bezüglich der stationären Tarife im Spital [allgemeine, halbprivate und private Abteilungen], Version 3.2006, S. 4). Die Erfahrung mit Vergleichen zwischen Spitälern zeigt allerdings, dass sich daraus schlüssige Ergebnisse nicht gewinnen lassen, wenn einfach die blossen Tarife einander gegenüber gestellt werden. Eine taugliche Vergleichsbasis besteht nur, wenn die Kosten einander gegenüber gestellt werden, die sich auf vergleichbare Leistungen beziehen (vgl. RKUV 3/2005 159 ff. E. 11.1).

Nebst den genannten Unsicherheiten des Kostenvergleichs gilt in diesem Zusammenhang ausserdem zu beachten, dass der Leistungsauftrag im Bereich der Orthopädie derjenigen Privatklinik mit der grösseren Erfahrung in diesem Bereich zugeteilt wurde (das beschwerdegegnerische Spital hat unbestrittenermassen ein doppelt so grosses Leistungsspektrum in der orthopädischen Chirurgie wie der Beschwerdeführer [Anzahl der verschiedenartigen Eingriffe pro Spital: Beschwerdeführer: 72; Beschwerdegegnerin: 144]). Ferner ist davon auszugehen, dass die Fixkosten der Beschwerdegegnerin aufgrund der Übernahme der orthopädischen Aktivität des beschwerdeführenden Spitals nicht in relevanter Weise variieren dürften, da die zusätzliche Aktivität im Vergleich zur bereits bestehenden relativ gering ist (vgl. Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008, S. 115 ff.). Hinzu kommt, dass sich die Auswahl der Spitäler wie gesagt nicht allein nach wirtschaftlichen Kriterien richtet. Insbesondere auch mit Blick auf den Umstand, dass dem Bundesverwaltungsgericht eine freie Ermessensprüfung im Sinne einer Angemessenheitskontrolle verwehrt ist, ergibt sich aus dem Gesagten,

dass der Entscheid des Staatsrats, den Leistungsauftrag der Orthopädie dem Beschwerdeführer nicht mehr zu erteilen, nicht zu beanstanden ist.

**8.4.6.3** Soweit der Beschwerdeführer mit dem Argument der Risikoerhöhung etwas zu seinen Gunsten abzuleiten versucht, kann ihm ebenfalls nicht gefolgt werden. Es stimmt zwar, dass das Versorgungsrisiko der Beschwerdegegnerin im innerkantonalen Vergleich als "mässig bis erheblich" eingestuft wurde und jenes des beschwerdeführenden Spitals als "gering bis mässig". Da das Versorgungsrisiko der öffentlichen Spitäler allerdings tiefer eingeschätzt wurde, nämlich "null" bzw. "gering" (vgl. Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008, S. 76), müsste dies nach der Argumentation des Beschwerdeführers eine Konzentration zugunsten der öffentlichen Spitäler zur Folge haben. Das Versorgungsrisiko stellt jedoch nur eines der Kriterien für die Auswahl der Spitäler dar und hängt vor allem von der Rechtsform des Spitals ab, weshalb dieser Argumentation nicht gefolgt werden kann. Sowohl ein "geringes bis mässiges" als auch ein "mässiges bis erhebliches" Risiko kann den Einbezug eines Spitals in die Spitalplanung nicht per se ausschliessen. Vielmehr ist dieses Kriterium im Gesamtkontext zu würdigen und entsprechend zu berücksichtigen. Mit der Vorinstanz ist zudem davon auszugehen, dass insbesondere das Versorgungsrisiko der Beschwerdegegnerin im Bereich der Orthopädie kleiner als "mässig bis erheblich" sein dürfte, ist dies doch einer der Kernbereiche des beschwerdegegnerischen Spitals.

**8.4.6.4** Weiter rügt der Beschwerdeführer, dass die Fallzahlen der ambulanten Eingriffe in den Bereichen der Chirurgie Orthopädie und Chirurgie ORL in der angefochtenen Spitalplanung nicht berücksichtigt worden seien, obwohl für die ambulanten wie für die stationären Patientinnen und Patienten dieselben Ärzte tätig seien sowie dieselbe Infrastruktur und dieselben Instrumente benutzt würden. Um die Leistungsfähigkeit des Spitals, die Wirtschaftlichkeit der spezifischen Geräte sowie die medizinische Qualität (aufgrund der Fallzahlen) zu beurteilen, müssten sowohl die stationären als auch die ambulanten Fallzahlen berücksichtigt werden.

Die Planungspflicht der Kantone im Bereich der Spitalversorgung gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG erstreckt sich einzig auf den stationären Bereich. Demgegenüber besteht im ambulanten sowie im bis zum 31. Dezember 2008 existierenden teilstationären (vgl. Art. 4 der Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch

Spitäler und Pflegeheime in der Krankenversicherung [VKL; SR 832.104] in der bis zum 31. Dezember 2008 gültig gewesenen Fassung) Bereich keine Planungspflicht (vgl. unpublizierter BRE vom 20. Dezember 2000 betreffend Spitalliste Graubünden [98-36] E. 6.3.2).

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass seit dem 1. Januar 2009 als ambulante Behandlungen nach Art. 49 Abs. 6 KVG alle Behandlungen gelten, die nicht stationär sind, mithin also auch die bis zum 31. Dezember 2008 als teilstationär bezeichneten Behandlungen (vgl. Art. 3 bis 4 VKL in der seit dem 1. Januar 2009 gültigen Fassung).

Mit dem Beschwerdeführer ist davon auszugehen, dass der ambulante (und teilstationäre) Bereich einen indirekten Einfluss auf die Qualität der Behandlungen im stationären Bereich haben kann. Insoweit kann dieser Bereich im Rahmen der Evaluation in die Spitalplanung einbezogen werden. Ob ein solcher Einbezug im konkreten Fall zu erfolgen hat, liegt grundsätzlich im Ermessen der Kantone (vgl. E. 4.3.2.2 hiervor). In den Fällen, in welchen ein Spital im Vergleich zu den anderen Spitälern bedeutend höhere Fallzahlen im ambulanten Bereich aufweist, dürfte sich ein solcher Einbezug jedoch als notwendig erweisen.

Der Beschwerdeführer bemängelt, die Fallzahlen der ambulanten Eingriffe seien in der Spitalplanung nicht berücksichtigt worden. Aus den Akten ist ersichtlich, dass vorliegend die Fallzahlen des "teilstationären" Bereichs in die Spitalplanung eingeflossen sind (vgl. Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008, S. 76 f.). Ob es sich dabei – wie von der Vorinstanz behauptet – um die Fallzahlen des ambulanten oder um jene des ehemals teilstationären Bereichs handelt, kann vorliegend jedoch offenbleiben, könnte der Vorinstanz doch selbst bei fehlendem Einbezug der ambulanten Fallzahlen in die Spitalplanung keine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung vorgeworfen werden, zumal nicht aktenkundig ist, dass der Beschwerdeführer im Vergleich zu den übrigen Spitälern im ambulanten Bereich der Chirurgie Orthopädie und Chirurgie ORL bedeutend höhere Fallzahlen aufweist und der Beschwerdeführer dies auch nicht vorbringt. Die Beschwerde ist somit auch in diesem Punkt abzuweisen.

**8.4.6.5** Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass in der von der Vorinstanz vorgenommenen Zuteilung der Leistungsaufträge weder eine rechtsungleiche oder unverhältnismässige Behandlung des Beschwerdeführers noch ein Ermessensmissbrauch der Vorinstanz

erblickt werden kann. Soweit der Beschwerdeführer beantragt, Ziff. 2.6.4 des Anhangs der angefochtenen Verordnung insoweit abzuändern, als ihm Leistungsaufträge für die Bereiche Orthopädie und ORL zu erteilen seien, ist die Beschwerde demnach abzuweisen.

**8.4.7.** Im Weiteren beantragt der Beschwerdeführer, ihm sei der Leistungsauftrag für die pneumologische Chirurgie sowie die Implantation und die Revision von Herzschrittmachern zu erteilen.

Der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen schliesst keine aufsichtsrechtliche Überprüfung des angefochtenen Entscheids mit ein (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 213; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 1017). Der Untersuchungsgrundsatz 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 (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 270).

Da der Beschwerdeführer den erwähnten Antrag in keiner Weise begründet, kommt er seiner Substantiierungspflicht nicht nach; die Beschwerde ist somit auch in diesem Punkt abzuweisen.

## **9.**

Der Beschwerdeführer beantragt ferner, Ziff. 2.6.5 des Anhangs der angefochtenen Verordnung insofern abzuändern, als ihm im Jahresdurchschnitt insgesamt 61 Betten – ohne Festlegung einer fixen Anzahl von "KVG-Betten" – zuzuweisen seien.

Zur Begründung bringt er im Wesentlichen vor, dass die in Ziffer 2.6.5 des Anhangs der angefochtenen Verordnung gewählte Formulierung "darunter 60 KVG-Betten" rechtlich nicht haltbar oder zumindest missverständlich sei. Werde die Formulierung als Abgrenzung zu den Betten ausserhalb der Krankenversicherung verstanden, so fehle einer solchen die Rechtsgrundlage, sei doch die Steuerung von Betten für

Versicherte ausserhalb der Krankenversicherung nicht Teil der Spitalplanung. Verstehe man unter "KVG-Betten" diejenigen der allgemeinen Abteilung, so verstosse dies gegen die bisherige Bedarfsabdeckung und stelle den Beschwerdeführer vor grosse strukturelle und finanzielle Probleme, seien doch zur Zeit 26 % seiner Patientinnen und Patienten Zusatzversichert. Demgegenüber sei der Beschwerdegegnerin der Betrieb von neun Zusatzversicherungsbetten zugesprochen worden.

**9.1.** Die Vorinstanz entgegnet, dass die erwähnten "KVG-Betten" nicht mit Grundversicherungsbetten gleichzusetzen seien. Für den Beschwerdeführer im Rahmen der Planung im Sinne von Art. 39 KVG verbindlich sei somit die Zahl von 60 Betten. Die bei den Privatspitälern zusätzlich aufgeführten Betten beträfen den Bereich der eidgenössischen Versicherungen (UV, IV, MV) sowie derjenige der Selbstzahler. Die Differenz zur Beschwerdegegnerin erkläre sich dadurch, dass im Fachbereich der Orthopädie relativ viele Eingriffe zu Lasten der UV anfielen.

**9.2.** Das KVG spezifiziert nicht näher, in welcher Form die vorgeschriebene Spitalplanung von den Kantonen umzusetzen ist. Es regelt insbesondere nicht, wie die Spitallisten auszugestaltet sind. Einige Kantone haben das Modell der unterteilten Spitalliste gewählt. Diese besteht aus einer Liste A, auf welcher den allgemeinen Abteilungen der öffentlichen und privaten Spitäler eine feste Bettenzahl zugewiesen wird, und einer Liste B, auf welcher die Halbprivat- und Privatabteilungen ohne Festsetzung von Bettenzahlen aufgeführt werden. Andere Kantone haben sich für das Modell der integralen Liste entschieden. Diese unterscheidet nicht nach allgemeinen, privaten und halbprivaten Abteilungen. Von jenen Spitälern, welche auf die Spitalliste aufgenommen werden, sind daher unterschiedslos alle Abteilungen zur Tätigkeit zulasten der sozialen Krankenversicherung zugelassen. Die Liste arbeitet mit der Zuweisung von Gesamtbettenzahlen. Jeder Klinik wird eine feste Bettenzahl zugewiesen, die sich nach dem in der Planung ermittelten Bedarf bestimmt. Die Grenzen zwischen den Abteilungen werden nicht fix bestimmt. Das Bundesrecht lässt den Kantonen die Wahl zwischen verschiedenen Lösungen und deren konkreten Ausgestaltung. Die Kantone verfügen somit nach konstanter Rechtsprechung bei der Wahl des Spitallistenmodells über einen grossen Ermessensspielraum. Diese Praxis trägt dem Umstand Rechnung, dass für den Bereich des Gesundheitswesens nach der verfassungsmässigen

Kompetenzaufteilung primär die Kantone zuständig sind (BVGE 2010/15 E. 4.4 mit Hinweisen).

Im Spitalplanungsbericht findet sich eine Definition der von der Vorinstanz in der angefochtenen Spitalliste verwendeten Bezeichnung der "KVG-Betten". Dabei handelt es sich um die Betten der allgemeinen, halbprivaten und privaten Abteilungen. Davon explizit ausgenommen wurden die Betten im UV-, IV- und MV-Bereich (vgl. Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008, S. 20). Da sich die angefochtene Spitalliste auf den Spitalplanungsbericht vom 31. März 2008 stützt und dieser sowohl dem Beschwerdeführer als auch den übrigen betroffenen Spitälern vorlag, kann diese Definition als bekannt vorausgesetzt werden.

**9.3.** Aus dem Spitalplanungsbericht geht somit eindeutig hervor, dass der Kanton Freiburg durch die Festsetzung einer Gesamtbettenzahl über alle Abteilungen das Modell der integralen Spitalliste gewählt hat (vgl. auch E. 6.4 hiervor). Demnach wurden dem Beschwerdeführer mit der angefochtenen Spitalliste 60 Betten im Leistungsbereich nach KVG sowie ein Bett ausserhalb dieses Bereichs zugeteilt.

**9.4.** Zu prüfen bleibt somit, ob eine Zuteilung von Betten ausserhalb des Geltungsbereichs nach KVG – wie vorliegend im UV-, IV- und MV-Bereich – zulässig ist.

**9.4.1.** Die Planungspflicht der Kantone für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung nach Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG erstreckt sich einzig auf den Geltungsbereich des KVG (Art. 1a KVG). Von der Planungspflicht ausgenommen sind damit jene stationär durchgeführte Behandlungen und Massnahmen, für welche die soziale Krankenversicherung (obligatorische Krankenpflegeversicherung und freiwillige Taggeldversicherung) keine Leistungen gewährt, wie in den Bereichen der UV, IV und MV sowie bei selbstzahlenden Patientinnen und Patienten.

**9.4.2.** Gemäss bundesrätlicher Rechtsprechung, ist es den Kantonen nicht verwehrt, auch ausserhalb des KVG-Leistungsbereichs Angebot und Bedarf an stationär-medizinischen Leistungen zu ermitteln. Demgegenüber besteht ausschliesslich für den KVG-Leistungsbereich eine gesetzliche Grundlage, Angebot und Nachfrage mittels hoheitlichen Planungsmassnahmen wie Zulassung von Spitälern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Erteilung von

Leistungsaufträgen und Zuweisung von Kapazitäten bedarfsgerecht zu steuern. Beabsichtigen die Kantone, Angebot und Bedarf darüber hinausgehend zu ermitteln, müssen sie den KVG-Leistungsbereich getrennt erfassen. Dies ist jedenfalls dann zu verlangen, wenn der nicht von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erfasste stationäre Bereich für sich allein betrachtet bzw. im Verhältnis zum KVG-Leistungsbereich im Sinne der Verhältnismässigkeit eine gewisse Relevanz aufweist (vgl. unpublizierter BRE vom 20. Dezember 2000 betreffend Spitalliste Graubünden [98-36] E. 5.2.5.2).

Diese Rechtsprechung ist fortzuführen, zumal die Bereiche der UV, IV und MV einen indirekten Einfluss auf die Qualität der Behandlungen (zum Beispiel durch Erhöhung der Fallzahlen) im stationären KVG-Bereich haben können. Insoweit sind diese Bereiche im Rahmen der Evaluation in die Spitalplanung einzubeziehen. Eine hoheitliche Zuweisung von Kapazitäten ausserhalb des KVG-Leistungsbereichs ist aufgrund der fehlenden gesetzlichen Grundlage indes ausgeschlossen.

**9.4.3.** Die mittels angefochtener Spitalliste erfolgte hoheitliche Zuweisung von einem Bett im UV-, IV- und MV-Bereich erweist sich demnach als unzulässig. Die Beschwerde ist in diesem Punkt gutzuheissen und Ziffer 2.6.5 der angefochtenen Spitalliste ist insofern aufzuheben, als damit eine Zuweisung von Kapazitäten ausserhalb des KVG-Leistungsbereiches erfolgte.

## **10.**

Zu entscheiden bleibt die Frage, auf welchen Zeitpunkt die Nichtzuweisung bzw. Streichung der fraglichen Leistungsaufträge in Kraft treten und damit ihre Rechtswirkungen entfalten soll.

**10.1.** Da die vorliegende Beschwerde für den Beschwerdeführer aufschiebende Wirkung hat, wurde die Streichung der fraglichen Leistungsaufträge von der Liste des Kantons Freiburg einstweilen nicht wirksam und jener blieb bis zum Entscheid über die Beschwerde im bisherigen Umfang als Leistungserbringer zugelassen.

**10.2.** Diesbezüglich ist die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bei einer Nichtaufnahme eines Spitals auf die Spitalliste heranzuziehen. Danach hat die Nichtaufnahme eines Spitals auf die Spitalliste aufgrund der auf dem Spiel stehenden Interessen (Beschwerdeführer, Kanton, Versicherer, Versicherte, Spitalpersonal)

nicht rückwirkend zu erfolgen. Den betroffenen Spitälern kann eine Übergangsfrist von bis zu sechs Monaten eingeräumt werden. Die Übergangsfrist soll einerseits dazu dienen, die Behandlung bereits aufgenommener Patientinnen und Patienten in den fraglichen Kliniken abschliessen zu können, und andererseits den betroffenen Kliniken ermöglichen, allenfalls erforderliche Anpassungen in betrieblicher Hinsicht (z.B. betreffend Infrastruktur und Personal) vorzunehmen. Dazu ist eine Übergangsfrist grundsätzlich geeignet (BVGE 2010/15 E. 8.2 mit Hinweisen).

**10.3.** Diese Praxis ist auch bei Nichtzuweisung bzw. Streichung von Leistungsaufträgen zutreffend und entsprechend anzuwenden. Vorliegend erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine Übergangsfrist von vier Monaten allerdings als ausreichend.

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

**10.5.** Der Beschwerdeführer ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, während der genannten vier Monate im bisherigen aufgrund der Spitalliste des Kantons Freiburg zugewiesenen Umfang zu arbeiten. Soweit andere Vorschriften und Verpflichtungen nicht entgegenstehen, ist es daher der Trägerschaft des Spitals unbenommen, die stationäre Versorgung von allgemein nach KVG Versicherten in den fraglichen Leistungsbereichen vor Ablauf der Frist einzustellen.

## **11.**

Der vorliegende Entscheid bringt eine Änderung der angefochtenen Spitalliste und betrifft grundsätzlich alle Versicherten, weshalb eine Veröffentlichung des Dispositivs im kantonalen Amtsblatt geboten ist.

## **12.**

**12.1.** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorliegend sind die Verfahrenskosten auf Fr. 4'000.- festzusetzen. Der Beschwerdeführer obsiegt im Vergleich zu den von ihm erhobenen Rügen in untergeordneter Weise; er hat deshalb als unterliegend zu

gelten, weshalb ihm die gesamten Verfahrenskosten aufzuerlegen sind. Der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 VwVG). Die dem Beschwerdeführer auferlegten Verfahrenskosten von Fr. 4'000.- werden mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

**12.2.** Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (vgl. auch Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Entschädigung wird der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Die Beschwerdegegnerin ist im vorliegenden Verfahren anwaltlich vertreten. Ihr ist daher zulasten des Beschwerdeführers eine Parteientschädigung für die ihr entstandenen notwendigen Kosten zuzusprechen. Da der Rechtsvertreter keine Kostennote eingereicht hat, ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 12'000.- (inkl. MWST und Auslagen) erscheint als angemessen.

Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

### **13.**

Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 lit. r des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es tritt mit Eröffnung in Rechtskraft.

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und Ziffer 2.6.5 der angefochtenen Spitalliste des Kantons Freiburg wird insofern aufgehoben, als damit eine Zuweisung von Kapazitäten ausserhalb des

KVG-Leistungsbereiches erfolgte. Dies bedeutet, dass die zugewiesene Bettenkapazität des Beschwerdeführers 60 Betten umfasst.

**2.**

Weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**3.**

Die Ziffern 2.6.4 und 2.6.6 der angefochtenen Spitalliste des Kantons Freiburg werden vier Monate ab Eröffnung dieses Urteils rechtswirksam.

**4.**

Die Vorinstanz wird angewiesen, die Ziffern 1 bis 3 dieses Dispositivs im kantonalen Amtsblatt zu veröffentlichen.

**5.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

**6.**

Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin innert 30 Tagen nach Eröffnung des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 12'000.- (inkl. MWST und Auslagen) zu bezahlen.

**7.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Einschreiben)
- santésuisse
- das BAG

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Michael Peterli

Lucie Schafroth

Versand: