**Bundesverwaltungsgericht**
**Tribunal administratif fédéral**
**Tribunale amministrativo federale**
**Tribunal administrativ federal**

Abteilung III
C-4034/2014

# Urteil vom 4. Februar 2016

Besetzung

Richter Christoph Rohrer (Vorsitz),
Richter Beat Weber,
Richter David Weiss,
Gerichtsschreiberin Susanne Fankhauser.

Parteien

**Stiftung A._____,** Spital B._____,
vertreten durch Prof. Dr. iur. Urs Saxer, Rechtsanwalt, und lic. iur. Sophie Arnold, Rechtsanwältin,
Beschwerdeführerin,

gegen

**Beschlussorgan der Interkantonalen Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin (HSM Beschlussorgan),**
Speichergasse 6, Postfach 684, 3000 Bern,
vertreten durch lic. iur. Andrea Gysin, Advokatin,
Vorinstanz,

**Regierungsrat des Kantons Zürich,** Staatskanzlei des Kantons Zürich, Neumühlequai 10, Postfach, 8090 Zürich,
handelnd durch Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich, Stampfenbachstrasse 30, Postfach, 8090 Zürich,
Beigeladener.

Gegenstand

Krankenversicherung, HSM, Erlass einer Feststellungsverfügung (Verfügung vom 27. Juni 2014).

## Sachverhalt:

**A.**
Das Spital B._____, das von der Stiftung A._____ getragen wird (nachfolgend als Klinik bezeichnet, auch wenn die Stiftung als Trägerin gemeint ist), ist auf der Zürcher Spitalliste Akutsomatik. Ab 1. Januar 2012 wurden der Klinik unter anderem Leistungsaufträge im Bereich Viszeralchirurgie erteilt, wobei der Leistungsauftrag für tiefe Rektumeingriffe bis Ende 2014 befristet wurde (vgl. act. 10 Beilage [B] 2; <http://www.gd.zh.ch/internet/gesundheitsdirektion/de/themen/behoerden/spitalplanung_spitallisten/akutsomatik/archiv_ spitallisten_akutsomatik_2012.html> [besucht am 5.1.2016]).

**A.a** Mit Beschluss vom 4. Juli 2013, publiziert im Bundesblatt am 10. September 2013 (BBl 2013 6817), ordnete das Beschlussorgan der Interkantonalen Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin (HSM-Beschlussorgan) medizinische Eingriffe im Bereich tiefe Rektumresektion der hochspezialisierten Medizin (HSM) zu und erteilte mit Wirkung ab 1. Januar 2014 35 Spitälern provisorische (bis 31. Dezember 2015 befristete) Leistungsaufträge (act. 10 B 6; nachfolgend: HSM-Beschluss 2013). Der Klinik wurde kein Leistungsauftrag erteilt, insbesondere weil sie die geforderte Mindestfallzahl (von 10 Eingriffen pro Jahr) nicht vorweisen konnte (vgl. Anlage III zum HSM-Beschluss 2013).

**A.b** Gegen den HSM-Beschluss 2013 erhoben 21 Spitäler (nicht aber die Klinik) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. In einem Grundsatzurteil vom 26. November 2013 (BVGE 2013/45) befasste sich das Gericht mit dem Verfahren bei Erlass von HSM-Spitallisten und stellte fest, dass die Zuordnung eines Bereichs zur HSM mit gleichzeitiger Zuteilung der Leistungsaufträge (und ohne Durchführung einer gesetzeskonformen Versorgungsplanung) in einem einzigen Entscheid rechtswidrig sei. In der Folge wurden die Beschwerden der 21 Spitäler – unter Hinweis auf BVGE 2013/45 – teilweise gutgeheissen und der HSM-Beschluss 2013 aufgehoben, soweit er die Nichtzuteilung eines Leistungsauftrags im Bereich tiefe Rektumresektion an die Beschwerdeführenden betraf. In diesem Umfang wies das Bundesverwaltungsgericht die Sache zur Durchführung einer bundesrechtskonformen Versorgungsplanung und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück (vgl. bspw. Urteile C-5745/2013, C-5796/2013 und C-5703/2013 vom 20. Februar 2014).

**A.c** Mit Eingabe vom 27. Februar 2014 an das HSM-Projektsekretariat ersuchte die Klinik darum, in das Wiedererwägungsverfahren im Bereich Viszeralchirurgie einbezogen zu werden (act. 1 B 4/1). Mit Schreiben vom 17. März 2014 teilte ihr das HSM-Beschlussorgan sinngemäss mit, an einem neuen – den Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts entsprechenden Verfahren – könne sie sich beteiligen. Da die Klinik am Verfahren 2012 nicht teilgenommen habe, sei es ihr jedoch vorerst noch nicht möglich, im entsprechenden HSM-Gebiet Leistungen zulasten der OKP abzurechnen (act. 1 B 4/2). Die Klinik machte daraufhin geltend, sie verfüge über einen kantonalen Leistungsauftrag, der erst Ende 2014 auslaufe. Wenn nur noch diejenigen Spitäler, welche gegen den HSM-Beschluss 2013 erfolgreich Beschwerde geführt hätten, zu Lasten der OKP abrechnen dürften, würden die übrigen Spitäler faktisch von einem späteren Bewerbungsverfahren ausgeschlossen, weil die Mindestfallzahlen nicht erreicht werden könnten (Schreiben vom 20. März 2014; act. 1 B 4/3). Das HSM-Beschlussorgan teilte der Klinik mit Schreiben vom 7. April 2014 mit, die HSM-Spitalliste sei in Rechtskraft erwachsen, soweit dagegen nicht (erfolgreich) Beschwerde geführt worden sei. Als interkantonale Spitalliste gehe sie den kantonalen Spitallisten vor (act. 1 B 4/4).

**A.d** Mit Eingabe vom 23. Mai 2014 stellte die Klinik folgende Anträge:

> "1. Es sei festzustellen, dass das Spital B._____ auf der Basis des bestehenden kantonalen Leistungsauftrages weiterhin Eingriffe im Bereich der hochspezialisierten Viszeralchirurgie zulasten der OKP abrechnen kann, bis über die Neuzuteilung der Leistungsaufträge durch die HSM-Organe rechtskräftig entschieden worden ist;
>
> 2. Es sei das Spital B._____ zuzulassen, sich im Bereich Viszeralchirurgie um einen Leistungsauftrag zu bewerben; eventualiter: es sei festzustellen, dass das Spital B._____ nach der erfolgten Zuordnung des HSM-Bereichs sich um einen Leistungsauftrag im Bereich Viszeralchirurgie bewerben kann" (act. 1 B 4/5).

**A.e** Am 27. Juni 2014 erliess das HSM-Beschlussorgan eine Verfügung, wonach auf das Gesuch nicht eingetreten werde. Zur Begründung wurde namentlich festgehalten, die mit HSM-Beschluss 2013 erlassene HSM-Spitalliste sei für die Klinik in Rechtskraft erwachsen. Per 1. Januar 2014 sei damit der entsprechende kantonale Leistungsauftrag aufgehoben worden. Seither sei die Klinik nicht mehr berechtigt, im HSM-Bereich der tiefen Rektumchirurgie über die OKP abzurechnen. Der HSM-Beschluss 2013 könne nun nicht auf dem Weg einer Feststellungsverfügung hinterfragt werden. Es bestehe kein schutzwürdiges Interesse an einer neuen Entscheidung.

Betreffend den zweiten Antrag fehle es (auch) an einem aktuellen Interesse, denn die Ausscheidung des HSM-Bereichs sei noch nicht erfolgt (act. 1 B 4/6).

**B.**
Mit Beschwerde vom 18. Juli 2014 liess die Klinik, vertreten durch Rechtsanwalt Urs Saxer und / oder Rechtsanwältin Sophie Arnold, folgende Rechtsbegehren stellen (act. 1):

> "1. Es sei festzustellen, dass das Spital B._____ auf der Basis des bestehenden kantonalen Leistungsauftrags weiterhin Eingriffe im Bereich der hochspezialisierten Viszeralchirurgie zulasten der OKP abrechnen kann, bis über die Neuzuteilung der Leistungsaufträge durch die HSM-Organe rechtskräftig entschieden worden ist;
>
> 2. Eventualiter sei die Vorinstanz zu verpflichten, eine Feststellungsverfügung gemäss Ziffer 1 vorstehend zu erlassen;
>
> 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz bzw. der Gerichtskasse."

Zur Begründung hielt die Beschwerdeführerin zunächst fest, die Vorinstanz habe zwar formell eine Nichteintretensverfügung erlassen, jedoch zur streitigen Frage durchaus eine Feststellung getroffen, indem sie festgehalten habe, das Spital B._____ sei seit dem 1. Januar 2014 nicht mehr berechtigt, im HSM-Bereich der tiefen Rektumchirurgie über die OKP abzurechnen.

Eine interkantonale Planung gehe zwar – wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt habe – der kantonalen vor. Dies gelte indessen nur, wenn eine gültige interkantonale Regelung bestehe, was vorliegend nicht der Fall sei. Es bestehe weder eine gültige Zuteilung, noch sei der zu spezialisierende Bereich hinreichend bestimmt, wie sich aus den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts ergebe. Der HSM-Beschluss 2013 könne keine Ausschlusswirkung entfalten.

Wenn die Klinik bis zur Eröffnung eines neuen, bundesrechtskonformen Zuteilungsverfahren keine Leistungen im fraglichen Bereich zulasten der OKP abrechnen könne, werde ihr die Teilnahme an diesem Bewerbungsverfahren faktisch verunmöglicht, weil sie die dannzumal erforderlichen Mindestfallzahlen nicht vorweisen könne.

**C.**
Der mit Zwischenverfügung vom 23. Juli 2014 auf CHF 5'000.- festgesetzte Kostenvorschuss ging am 7. August 2014 bei der Gerichtskasse ein (act. 2 und 3).

**D.**
Der zum Verfahren beigeladene Regierungsrat des Kantons Zürich verzichtete auf eine Stellungnahme (act. 7 und 8).

**E.**
Die Vorinstanz liess, vertreten durch Advokatin Andrea Gysin, beantragen, auf die Beschwerde sei – unter o/e-Kostenfolge – nicht einzutreten; eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen (act. 10). Streitgegenstand könne nur die Frage sein, ob die Vorinstanz zu Recht nicht auf das Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung eingetreten sei. Daher sei auf das Hauptbegehren nicht einzutreten. Sodann habe es die Beschwerdeführerin unterlassen, die Aufhebung der angefochtenen Verfügung zu beantragen.

Die Beschwerdeführerin habe sich mit ihrer Anmeldung vom 25. Juli 2011 für einen Leistungsauftrag beworben und somit am Verfahren teilgenommen. Allerdings habe sie sich im Verlaufe des Verfahrens nicht mehr vernehmen lassen. Wie aus Anhang III zum HSM-Beschluss 2013 hervorgehe, sei der Klinik kein Leistungsauftrag erteilt worden, weil sie die Mindestfallzahlen (von 10 Eingriffen pro Jahr) nicht erreicht habe. Gegen die Nichtberücksichtigung auf der HSM-Spitalliste habe sie keine Beschwerde erhoben. Der HSM-Beschluss 2013 (eine Gestaltungsverfügung) sei gegenüber der Beschwerdeführerin in Rechtskraft erwachsen. Die Beschwerdeführerin versuche nun mit einem – subsidiären – Feststellungsbegehren diesen Beschluss infrage zu stellen, was auch dem Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes widerspreche.

**F.**
Mit Eingabe vom 13. November 2014 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren gemäss Beschwerdeschrift fest und nahm eingehend zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung. Es sei zwar korrekt, dass sich die Beschwerdeführerin ursprünglich für einen Leistungsauftrag interessiert, und daher 2011 das Bewerbungsformular ausgefüllt habe. Am weiteren Verfahren habe sie dann aber – aufgrund der restriktiven Kriterien – nicht mehr teilgenommen. Weiter sei darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz diese Kriterien im Verlaufe des Verfahrens mehrfach geändert

habe. Hätte die Beschwerdeführerin die später geltenden Spielregeln erahnen können, hätte sie ihre Bewerbung zweifellos vorangetrieben. Weiter hielt die Beschwerdeführerin unter anderem fest, es gehe ihr nicht darum, sich einen Platz auf der HSM-Liste zu erstreiten. Es sei ihr bewusst, dass sie dies – wenn sie es denn gewollt hätte – mittels Anfechtung des HSM-Beschlusses hätte tun sollen. Da nun aber aufgrund der Urteile des Bundesverwaltungsgerichts ein neues Zuteilungsverfahren durchgeführt werden müsse, wolle die Beschwerdeführerin ihre Rechte im Hinblick auf dieses neue Verfahren wahrnehmen.

**G.**
Die Vorinstanz nahm am 10. Dezember 2014 unaufgefordert zu den Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerin Stellung und hielt an ihren Anträgen fest (act. 19).

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

## Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

**1.**
Gegen Beschlüsse des HSM-Beschlussorgans im Sinne von Art. 39 Abs. 2$^{bis}$ KVG (SR 832.10) kann beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde nach Art. 53 Abs. 1 KVG geführt werden (BVGE 2012/9 E. 1; vgl. auch Art. 12 Abs. 1 der interkantonalen Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin vom 14. März 2008 [IVHSM], < http://www.gdk-cds.ch > Themen > Hochspezialisierte Medizin, besucht am 12.01.2016). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 VGG und Art. 53 Abs. 2 Satz 1 KVG grundsätzlich nach den Vorschriften des VwVG. Vorbehalten bleiben allfällige Abweichungen des VGG und die besonderen Bestimmungen des Art. 53 Abs. 2 KVG.

**1.1** Angefochten ist vorliegend nicht ein Beschluss im Sinne von Art. 39 Abs. 2$^{bis}$ KVG. Die vom HSM-Beschlussorgan erlassene Verfügung (Nichteintreten auf das Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung) betrifft jedoch die Frage der Tragweite eines solchen Beschlusses beziehungsweise der in diesem Bereich ergangenen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts. Die in der Sache zuständige Behörde ist auch zum Erlass einer

allfälligen Feststellungsverfügung zuständig (vgl. Art. 25 Abs. 1 VwVG). Feststellungsverfügungen sind analog bei derjenigen Rechtsmittelbehörde anzufechten, welche im betreffenden Bereich auch die Gestaltungs- oder Leistungsverfügungen zu beurteilen hat. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist demnach gegeben (vgl. auch Urteil BVGer C-877/2014 vom 10. Juni 2014 E. 1).

**1.2** Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist als direkte Adressatin der angefochtenen Verfügung zweifellos zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist, nachdem auch der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet wurde, grundsätzlich (vgl. nachfolgend) einzutreten (vgl. Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**1.3** Angefochten ist eine Verfügung, mit welcher die Vorinstanz auf das Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerin nicht eingetreten ist (vgl. Dispositiv Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung). Weil der Anfechtungsgegenstand den möglichen Streitgegenstand beschränkt, hat das Bundesverwaltungsgericht in einem solchen Fall grundsätzlich nur zu beurteilen, ob die Vorinstanz zu Recht nicht auf das Begehren eingetreten ist. Auf darüber hinausgehende Anträge ist daher nicht einzutreten (vgl. BGE 132 V 74 E. 1.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 30 Rz. 2.7 f.).

**1.3.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe zwar formell eine Nichteintretensverfügung, materiell aber eine Feststellungsverfügung erlassen. Sie habe – wenn auch mit für die Beschwerdeführerin negativem Ergebnis – genau die Feststellung getroffen, welche die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren verlangt habe. Da die Vorinstanz über die Streitfrage bereits befunden habe, käme eine Rückweisung durch das Bundesverwaltungsgericht mit der Anweisung, auf das Begehren einzutreten, einem prozessualen Leerlauf gleich. Aufgrund der besonderen Konstellation rechtfertigten sich eine materielle Prüfung und der Erlass einer Feststellungsverfügung durch das Bundesverwaltungsgericht.

**1.3.2** Die Begründung der Vorinstanz, weshalb ein Feststellungsinteresse zu verneinen sei, enthält tatsächlich eine – negative – Feststellung betreffend Zulassung zur Erbringung von OKP-Leistungen im Bereich der tiefen Rektumchirurgie. Allein daraus kann aber noch nicht der Schluss gezogen

werden, dass materiell eine Verfügung vorliege, denn auch Feststellungsverfügungen müssen die einzelnen Elemente des Verfügungsbegriffs aufweisen und insbesondere eine Begründung enthalten (vgl. Art. 5 Abs. 1 und Art. 35 Abs. 1 VwVG; BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Rz. 2 zu Art. 25). Zudem ist nur die Entscheidformel (das Dispositiv) einer Verfügung der formellen und materiellen Rechtskraft zugänglich und kann Bindungswirkung entfalten, woraus folgt, dass auch nur das Dispositiv einer Verfügung anfechtbar ist (vgl. BGE 140 I 114 E. 2.4.2 mit Hinweisen). Die Frage kann indessen offenbleiben, weil die Beschwerde – wie nachfolgend darzulegen ist – ohnehin abzuweisen ist.

**2.**

**2.1** Gemäss Art. 25 Abs. 1 VwVG kann die in der Sache zuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen (vgl. auch Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG). Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Art. 25 Abs. 2 VwVG).

**2.1.1** Feststellungsverfügungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG haben – gleich wie Gestaltungs- und Leistungsverfügungen – stets individuelle und konkrete Rechte und Pflichten, das heisst Rechtsfolgen zum Gegenstand. Mit Feststellungsverfügungen können nur Rechtsfragen geklärt, nicht aber Tatsachenfeststellungen getroffen werden. Nicht feststellungsfähig ist namentlich auch eine abstrakte Rechtslage, wie sie sich aus einem Rechtssatz für eine Vielzahl von Personen und Tatbeständen ergibt. Ferner werden mit behördlichen Zusicherungen, Auskünften, Empfehlungen oder Belehrungen keine Rechtsfolgen verbindlich festgelegt; solche Mitteilungen stellen demnach keine Verfügungen dar und sind folglich nicht anfechtbar (zum Ganzen: BGE 130 V 388 E. 2.5 m.w.H.).

**2.1.2** Unter einem schutzwürdigen Interesse im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG ist nach der Rechtsprechung ein rechtliches oder tatsächliches und aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses zu verstehen, dem keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen, und welches nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann (BGE 130 V 388 E. 2.4 m.w.H.; vgl. auch BGE 137 II 199 E. 6.5 f.). Ist eine Frage

bereits formell rechtskräftig entschieden, bestehen keine Rechtsungewissheit und damit von vornherein kein schutzwürdiges Interesse an einer Rechtsklärung (WEBER-DÜRLER, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 25).

**2.2** Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, die von der Beschwerdeführerin im Feststellungsverfahren aufgeworfene Frage sei bereits aufgrund des HSM-Beschlusses 2013 und den dazu ergangenen Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts geklärt beziehungsweise rechtskräftig entschieden.

**2.2.1** Spitäler sind gemäss Art. 39 Abs. 1 KVG (i.V.m. Art. 35 KVG) zur Tätigkeit zu Lasten der OKP zugelassen, wenn sie die Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen im Sinne von Bst. a-c erfüllen, der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen (Bst. d) und in der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons aufgeführt sind (Bst. e). Nach Abs. 2$^{bis}$ (in Kraft seit 1. Januar 2009) beschliessen die Kantone im Bereich der hochspezialisierten Medizin gemeinsam eine gesamtschweizerische Planung. Kommen sie dieser Aufgabe nicht zeitgerecht nach, so legt der Bundesrat fest, welche Spitäler für welche Leistungen auf den kantonalen Spitallisten aufzuführen sind.

**2.2.2** Um die gesamtschweizerische Planung zu gewährleisten, haben die Kantone am 14. März 2008 die IVHSM beschlossen, die – nachdem alle Kantone beigetreten sind – am 1. Januar 2009 in Kraft getreten ist (vgl. BVGE 2012/9 E. 1.2.2 m.w.H.). Das Beschlussorgan bestimmt gemäss Art. 3 Abs. 3 IVHSM die Bereiche der hochspezialisierten Medizin, die einer schweizweiten Konzentration bedürfen, und trifft die Planungs- und Zuteilungsentscheide. Hierzu erstellt es eine Liste der Bereiche der hochspezialisierten Medizin und der mit der Erbringung der definierten Leistungen beauftragten Zentren. Die Liste wird periodisch überprüft. Sie gilt als gemeinsame Spitalliste der Vereinbarungskantone gemäss Art. 39 KVG. Die Zuteilungsentscheide werden befristet (Art. 3 Abs. 4 IVHSM). Art. 9 Abs. 1 IVHSM hält zudem fest, dass die Vereinbarungskantone ihre Zuständigkeit gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG zum Erlass der Spitalliste für den Bereich der hochspezialisierten Medizin dem HSM-Beschlussorgan übertragen. Ab dem Zeitpunkt der Bestimmung eines HSM-Bereiches und seiner Zuteilung an HSM-Zentren gelten abweichende Spitallistenzulassungen der Kantone im entsprechenden Umfang als aufgehoben (Art. 9 Abs. 2 IVHSM).

**2.3** Mit dem HSM-Beschluss 2013 hat die Vorinstanz die im Anhang I aufgeführten Eingriffe im Bereich tiefe Rektumresektion der HSM zugeordnet und befristete Leistungsaufträge an 35 Spitäler (für die Periode vom 1. Januar 2014 – 31. Dezember 2015) erteilt. Für diese Zeitperiode derogiert die gesamtschweizerische Spitalliste des HSM-Beschlussorgans – soweit sie in Rechtkraft erwachsen ist – allfällige Leistungsaufträge gemäss kantonaler Spitalliste im entsprechenden Bereich.

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

**2.3.2** Entsprechend dieser Rechtsprechung hat das Bundesverwaltungsgericht mit seinen Urteilen betreffend HSM-Beschluss 2013 jeweils nur die Verfügungen aufgehoben, welche die Nichtzuteilung eines Leistungsauftrages an die Beschwerde führenden Spitäler betrafen (vgl. vorne A.b). Die nicht angefochtenen Verfügungen sind in Rechtskraft erwachsen. Dazu gehören namentlich die Verfügungen, mit welchen das HSM-Beschlussorgan verschiedenen Spitälern einen Leistungsauftrag im Bereich tiefe Rektumresektion (gemäss Definition im Anhang I des Beschlusses) erteilt hat. Ebenfalls in Rechtskraft erwachsen ist die negative Verfügung gegenüber der Beschwerdeführerin, wonach ihr kein Leistungsauftrag zu erteilen sei. Soweit die gesamtschweizerische Spitalliste gemäss HSM-Beschluss 2013 in Rechtskraft erwachsen ist, geht sie – wie bereits festgestellt – kantonalen Spitallisten beziehungsweise entsprechenden Leistungsaufträgen eines Kantons vor. Für die Periode vom 1. Januar 2014 – 31. Dezember 2015 verfügte die Beschwerdeführerin demnach über keinen Leistungsauftrag im HSM-Bereich tiefe Rektumresektion und war insoweit nicht zur Tätigkeit zu Lasten der OKP zugelassen.

**2.3.3** An diesem Ergebnis ändert der Umstand, dass das Bundesverwaltungsgericht das von der Vorinstanz geführte Verfahren auf Erlass von HSM-Spitallisten als rechtswidrig qualifizierte und ein zweistufig ausgestaltetes Verfahren verlangte (BVGE 2013/45 E. 6 ff., insbes. E. 7.3), nichts. Die beanstandeten Mängel führen nicht zu einer Nichtigkeit des HSM-Beschlusses, wie das Bundesverwaltungsgericht bereits in Urteil C-877/2014

(E. 3.3 ff.) festgestellt hat. Dies wird im Grundsatz auch von der Beschwerdeführerin anerkannt. Ist aber ein Verwaltungsakt nicht nichtig, wird er bei Nichtanfechtung rechtsgültig (vgl. C-877/2014 E. 3.2 m.w.H.).

**2.4** Ist – wie vorliegend – bereits eine Verfügung ergangen, kann deren Gültigkeit nicht mit einem Feststellungsbegehren infrage gestellt werden. Hierzu stehen die ordentlichen Rechtsmittel zur Verfügung. Das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes schliesst eine nochmalige Überprüfung einer individuell-konkreten, formell rechtskräftigen Anordnung in einem späteren Verwaltungsverfahren grundsätzlich aus (C-877/2014 E. 4.2; zum Rechtsbehelf des Wiedererwägungsgesuchs vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 1828 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 715 ff.; C-877/2014 E. 5). Das Feststellungsbegehren kann – wie die Vorinstanz zutreffend ausführt – nicht dazu benützt werden, die nachteiligen Konsequenzen einer verpassten Beschwerdefrist zu umgehen (WEBER-DÜRLER, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 25).

**2.5** Demnach ist die Vorinstanz zu Recht nicht auf das Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung eingetreten. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

**3.**
Zu befinden ist abschliessend über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

**3.1** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (vgl. Art. 63 Abs. 4$^{bis}$ VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Vorliegend sind die Verfahrenskosten auf CHF 2'000.- festzusetzen. Der Betrag wird dem Kostenvorschuss von CHF 5'000.- entnommen. Der Restbetrag von CHF 3'000.- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

**3.2** Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten. Der obsiegenden Vorinstanz ist jedoch keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**3.3** Der zum Verfahren beigeladene Regierungsrat des Kantons Zürich hat sich am Verfahren nicht beteiligt. Es ist ihm weder eine Parteientschädigung zuzusprechen noch sind ihm Verfahrenskosten aufzuerlegen (vgl. auch Art. 63 Abs. 2 VwVG; Urteil BVGer C-1966/2014 vom 23. November 2015 E. 2.3).

**4.**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gegen Entscheide auf dem Gebiet der Krankenversicherung, die das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 33 Bst. i VGG in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 KVG getroffen hat, ist gemäss Art. 83 Bst. r BGG (SR 173.110) unzulässig (vgl. auch BGE 141 V 361). Das vorliegende Urteil ist somit endgültig.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**
Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**
Die Verfahrenskosten werden auf CHF 2'000.- festgesetzt. Der Betrag wird dem Kostenvorschuss von CHF 5'000.- entnommen. Der Restbetrag von CHF 3'000.- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

**3.**
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahladresse)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. _____; Gerichtsurkunde)
– den Regierungsrat des Kantons Zürich als Beigeladener (Gerichtsurkunde)
– das Bundesamt für Gesundheit (Einschreiben)

| Der vorsitzende Richter: | Die Gerichtsschreiberin: |
|---|---|
| Christoph Rohrer | Susanne Fankhauser |

Versand: