



## Urteil vom 3. Mai 2022

---

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),  
Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz, Richterin Regina Derrer,  
Gerichtsschreiberin Tanja Jaenke.

---

Parteien

1. **Hôpital fribourgeois - freiburger spital HFR,**  
2. **A. \_\_\_\_\_,**  
c/o HFR Fribourg, Postfach, 1708 Fribourg,  
beide vertreten durch Prof. Dr. iur. Isabelle Häner,  
Rechtsanwältin, und Dr. iur. Livio Bundi, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Beschlussorgan der Interkantonalen Vereinbarung über  
die hochspezialisierte Medizin (HSM Beschlussorgan),**  
vertreten durch lic. iur. Andrea Gysin, Advokatin,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

HSM, Zuteilung der Leistungsaufträge  
(Bereich Oesophagusresektion);  
Beschluss des HSM-Beschlussorgans vom 31. Januar 2019  
und Verfügung des HSM-Beschlussorgans vom 17. April  
2019.

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

**A.a** Im Bereich der hochspezialisierten Medizin (nachfolgend HSM) haben die Kantone zur gemeinsamen Planung die Interkantonale Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin (IVHSM) vom 14. März 2008 abgeschlossen.

**A.b** Mit Beschluss vom 4. Juli 2013, publiziert im Bundesblatt am 10. September 2013 (BBI 2013 6792), hat das Beschlussorgan der IVHSM (nachfolgend HSM-Beschlussorgan oder Vorinstanz) diversen Leistungserbringern definitive vierjährige und provisorische zweijährige Leistungsaufträge für den Bereich der Oesophagusresektion erteilt. Gleichzeitig wurden alle berücksichtigten Leistungserbringer insbesondere zur vollständigen Erfassung aller Oesophagusresektionen im HSM-Bereich in der SGVC/AQC-Klinikstatistik verpflichtet, damit diese künftig für ein systematisches Benchmarking der Spitäler sowie die Neubeurteilung der Leistungsaufträge verwendet werden könne. Dem Hôpital fribourgeois - freiburger spital HFR (nachfolgend HFR) wurde für die Oesophagusresektion ein auf vier Jahre befristeter definitiver Leistungsauftrag erteilt (vgl. auch Vorakten zur Zuordnung [GDK1-act.] 3.01), welcher unangefochten in Rechtskraft erwuchs und bis zum 31. Dezember 2017 Geltung hatte.

**A.c** Mit Grundsatzurteil C-6539/2011 vom 26. November 2013 (publiziert als BVGE 2013/45) betreffend die Behandlung von schweren Verbrennungen bei Kindern hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass in der Planung der hochspezialisierten Medizin ein zweistufig ausgestaltetes Verfahren erforderlich sei, das heisst, dass in einem ersten Schritt der HSM-Bereich definiert werden müsse (sog. Zuordnung), damit dieser Bereich anschliessend geplant werden könne (sog. Zuteilung).

**A.d** In der Sitzung vom 21. Januar 2016 hat das HSM-Beschlussorgan beschlossen, dass die komplexe hochspezialisierte Viszeralchirurgie der hochspezialisierten Medizin zugeordnet werde und dass diese die Bereiche Oesophagusresektion, Pankreasresektion, Leberresektion, tiefe Rektumresektion sowie komplexe bariatrische Chirurgie umfasse (Beschluss publiziert im Bundesblatt am 9. Februar 2016, BBI 2016 813; vgl. auch GDK1-act. 1.146). Gleichzeitig wurde der Schlussbericht vom 21. Januar 2016 für die Zuordnung zur hochspezialisierten Medizin (vgl. GDK1-act. 1.145; nachfolgend Schlussbericht vom 21. Januar 2016) publiziert.

**A.e** Mit Mitteilung vom 25. Oktober 2016 im Bundesblatt (BBI 2016 8021; vgl. auch Vorakten zur Zuteilung [GDK2-act.] 1.001) und Ankündigungsschreiben gleichen Datums (GDK2-act. 1.002) eröffnete das Fachorgan der IVHSM (nachfolgend HSM-Fachorgan) für die Leistungserbringer die Bewerbungsfrist betreffend die komplexe hochspezialisierte Viszeralchirurgie. Das HFR bewarb sich in der Folge am 19. Dezember 2016 um einen Leistungsauftrag für den Bereich der Oesophagusresektion (GDK2-act. 1.006; B-act. 1 Beilage 9).

**A.f** Im August 2017 hat das HSM-Beschlussorgan ein Schreiben verabschiedet, welches die Spitäler und Kantone dahingehend informierte, dass insbesondere für die Oesophagusresektion ab 1. Januar 2018 wieder kantonale Leistungsaufträge Geltung hätten, bis die Neuzuteilungen im laufenden Verfahren rechtskräftig werden würden (vgl. GDK2-act. 4.013 S. 7). Der Kanton Freiburg führt auf seiner Spitalliste verschiedene Leistungserbringer mit einem Leistungsauftrag im Bereich «Oesophaguschirurgie (IVHSM)». Das HFR ist einer dieser Leistungserbringer und verfügt entsprechend über einen subsidiären kantonalen Leistungsauftrag in diesem Bereich (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Anhang 1 der Verordnung über die Liste der Spitäler und Geburtshäuser [SGF 822.0.21]).

**A.g** Das HSM-Fachorgan gewährte den betroffenen Spitälern und interessierten Kreisen mit Mitteilung vom 12. Dezember 2017 im Bundesblatt (BBI 2017 7862; vgl. auch GDK2-act. 4.001) und Schreiben gleichen Datums (GDK2-act. 4.002) das rechtliche Gehör in Bezug auf die vorgesehene Leistungszuteilung im Bereich der Oesophagusresektion. Im Erläuternden Bericht vom 19. Oktober 2017 für die Leistungszuteilung in der komplexen hochspezialisierten Viszeralchirurgie wurde sodann vorgeschlagen, insbesondere das HFR bei der Zuteilung eines Leistungsauftrags für die Oesophagusresektion nicht zu berücksichtigen (GDK2-act. 4.003 S. 86 f. = B-act. 1 Beilage 10 S. 86 f.). Das HFR reichte diesbezüglich mit E-Mail vom 26. Januar 2018 eine Stellungnahme mit Beilagen ein und beantragte weiterhin die Zuteilung eines Leistungsauftrags im Bereich der Oesophagusresektion (GDK2-act. 4.005; B-act. 1 Beilage 13). Es führte insbesondere aus, dass das HFR abgesehen von den Mindestfallzahlen alle Voraussetzungen erfülle. Bei der letzten Erteilung sei gezeigt worden, dass das Erreichen der erforderlichen Fallzahlen möglich sei. Es handle sich leider um eine natürliche Fluktuation der Fallzahlen. Aufgrund der überdurchschnittlich schnell wachsenden Bevölkerung im Kanton Freiburg und der neuen Kooperation mit dem B. \_\_\_\_\_-Spital im Bereich der Pankreas- und Oesophagusresektion (Vereinbarung vom 15. Januar 2018) könnten

die Fallzahlen künftig erreicht werden. Ausserdem weise das Spital eine ausgezeichnete Behandlungsqualität sowie exzellente Ergebnisse betreffend Morbidität und Mortalität auf. Am 26. Februar 2018 reichte das HFR die erweiterte Vereinbarung mit dem B.\_\_\_\_\_ -Spital vom 2. Februar 2018 ein (GKD2-act. 4.005; B-act. 1 Beilage 11).

**A.h** In seiner Sitzung vom 31. Januar 2019 hat das HSM-Beschlussorgan über die Zuteilung der Leistungsaufträge im Bereich der komplexen hochspezialisierten Viszeralchirurgie – Oesophagusresektion bei Erwachsenen entschieden (Beschluss publiziert im Bundesblatt am 19. Februar 2019, BBl 2019 1496; vgl. auch GDK2-act. 4.011 = B-act. 1 Beilage 4) und dem HFR keinen Leistungsauftrag erteilt (e contrario). Für die Begründung wurde auf den Schlussbericht «Komplexe hochspezialisierte Viszeralchirurgie» – Erläuternder Bericht für die Leistungszuteilung vom 31. Januar 2019 (vgl. GDK2-act. 4.013 = B-act. 1 Beilage 5; nachfolgend Schlussbericht vom 31. Januar 2019) verwiesen. Den nicht berücksichtigten Leistungserbringern – unter anderen das HFR – wurden zusätzlich separate individuelle Verfügungen mit der Möglichkeit zur Anfechtung beim Bundesverwaltungsgericht in Aussicht gestellt.

## **B.**

**B.a** Am 21. März 2019 reichten das HFR (nachfolgend auch Beschwerdeführer 1) sowie A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführer 2), beide vertreten durch die Rechtsanwälte Prof. Dr. Isabelle Häner und Dr. Livio Bundi, insbesondere Beschwerde gegen den Beschluss vom 31. Januar 2019 betreffend die komplexe hochspezialisierte Viszeralchirurgie – Oesophagusresektion bei Erwachsenen beim Bundesverwaltungsgericht ein und stellten folgende Rechtsbegehren (vgl. B-act. 1):

1. Die Beschlüsse der Vorinstanz vom 31. Januar 2019 seien insoweit aufzuheben, als der Beschwerdeführer keine Leistungsaufträge in den Bereichen Oesophagusresektion und Pankreasresektion erhält, und der Beschwerdeführer sei auf die Liste der hochspezialisierten Medizin, komplexe hochspezialisierte Viszeralchirurgie, Teilbereiche Oesophagusresektion und Pankreasresektion, aufzunehmen.
2. Eventualiter sei der Beschluss der Vorinstanz vom 31. Januar 2019 aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Vorinstanz.

**B.b** Der mit Zwischenverfügung vom 27. März 2019 bei den Beschwerdeführern eingeforderte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.- (B-act. 2) wurde am 2. April 2019 geleistet (B-act. 3).

**B.c** Nachdem die Beschwerdeführer im durch das Bundesverwaltungsgericht abgetrennten Verfahren C-1405/2019 betreffend den Leistungsauftrag im HSM-Bereich der Pankreasresektion ein Ausstandsgesuch hinsichtlich Richter Michael Peterli-Caruel gestellt hatten, trat dieser auch für das vorliegende Verfahren C-1409/2019 am 11. April 2019 freiwillig in den Ausstand (B-act. 4).

**B.d** Mit individueller Verfügung vom 17. April 2019 erteilte das HSM-Beschlussorgan dem HFR keinen Leistungsauftrag für den Bereich der komplexen hochspezialisierten Viszeralchirurgie – Oesophagusresektion bei Erwachsenen (GDK2-act. 4.015 = B-act. 6 Beilage 1 = B-act. 7 Beilage 1).

**B.e** In der Folge reichten die Beschwerdeführer innert der im Hinblick auf die individuelle Verfügung laufenden Beschwerdefrist eine auf den 20. Mai 2019 datierte Beschwerdeergänzung mit unveränderten Rechtsbegehren ein (B-act. 7).

**B.f** Die Vorinstanz stellte mit Vernehmlassung vom 24. Juni 2019 den Antrag, die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 gegen den Beschluss des HSM-Beschlussorgans vom 31. Januar 2019 sei vollumfänglich abzuweisen, wohingegen auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 2 nicht einzutreten sei. Eventualiter sei auch die Beschwerde des Beschwerdeführers 2 vollumfänglich abzuweisen, alles unter Kostenfolge (B-act. 14). In verfahrensrechtlicher Hinsicht stellte sie die Anträge, die als Beweismittel eingereichten Beilagen 12, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23 und 24 zur Beschwerde seien gestützt auf Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG aus dem Recht zu weisen, eventualiter als verspätet und daher unzulässig zu betrachten.

**B.g** Mit Schreiben vom 8. Juli 2019 stellten die Beschwerdeführer einen Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen (B-act. 18). Sie beantragten dabei insbesondere die Feststellung, dass der von den Beschwerdeführern eingereichten Beschwerde vom 21. März 2019 aufschiebende Wirkung zukomme, sodass der angefochtene Beschluss vom 31. Januar 2019 für den Beschwerdeführer 1 nicht am 1. August 2019 in Kraft trete, und dass entsprechend der Leistungsauftrag im Bereich «Oesophaguschirurgie» für den Beschwerdeführer 1 gemäss Verordnung über die Liste der Spitäler und Geburtshäuser des Kantons Freiburg vom 31. März 2015 (SGF

822.0.21) samt Anhang 1 (Liste der Leistungsaufträge für die Akutpflege) für die Dauer des Verfahrens weiter gelte. In der Folge gab das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 16. Juli 2019 insbesondere dem Feststellungsbegehren der Beschwerdeführer statt und hielt fest, dass der Beschwerde vom 21. März 2019 aufschiebende Wirkung zukomme (B-act. 19).

**B.h** Auf entsprechende Einladung des Bundesverwaltungsgerichts hin äusserte sich das Bundesamt für Gesundheit (nachfolgend BAG) als Fachbehörde mit Stellungnahme vom 23. Juli 2017 [recte: 2019] dahingehend, dass die Beschwerde abzuweisen sei (B-act. 20).

**B.i** Mit Instruktionsverfügung vom 29. Juli 2019 stellte das Bundesverwaltungsgericht den Parteien die Stellungnahme des BAG zu (B-act. 21). Auf Nachfrage der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführer hin stellte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführern mit Schreiben vom 31. Juli 2019 die Vernehmlassung der Vorinstanz vom 24. Juni 2019 samt Beilagen zu (B-act. 24).

**B.j** Die Vorinstanz reichte mit Schreiben vom 27. August 2019 ihre Schlussbemerkungen zu den Ausführungen des BAG ein (B-act. 25), während die Beschwerdeführer ihre Schlussbemerkungen am 29. August 2019 einreichten (B-act. 26).

**B.k** Den Parteien wurden mit Instruktionsverfügung vom 2. September 2019 die eingereichten Schlussbemerkungen zur Kenntnis gebracht und der Schriftenwechsel abgeschlossen (B-act. 27).

### **C.**

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die eingereichten Akten wird – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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

### **1.**

Die vorliegende Beschwerde vom 21. März 2019 gegen den Beschluss vom 31. Januar 2019 beziehungsweise die Beschwerdeergänzung vom 20. Mai 2019 gegen die Verfügung vom 17. April 2019 (vgl. oben Bst. B.a,

B.d und B.e.) richtet sich gegen einen Entscheid des HSM-Beschlussorgans zur Planung der hochspezialisierten Medizin (HSM).

Hinsichtlich der Beschwerde vom 21. März 2019 und der Beschwerdeergänzung vom 20. Mai 2019 ist festzuhalten, dass diese für das vorliegende Verfahren C-1409/2019 sowie für das separate mit Urteil vom 4. April 2022 bereits abgeschlossene Verfahren C-1405/2019 gemeinsam jeweils als eine Eingabe eingereicht worden und entsprechend identisch sind. Soweit sich bei dieser Ausgangslage die Ausführungen und Argumente der Parteien in den beiden Beschwerdeverfahren im Wesentlichen entsprechen oder gar identisch sind, wird nachfolgend jeweils auf die Darstellung der Parteiäusserungen im Urteil C-1405/2019 vom 4. April 2022 verwiesen und lediglich auf bedeutsame Abweichungen gesondert hingewiesen.

**1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden, wobei insbesondere Instanzen des Bundes aufgeführt werden. Verfügungen kantonaler Instanzen sind gemäss Art. 33 Bst. i VGG nur dann beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar, wenn dies in einem Bundesgesetz vorgesehen ist.

**1.2** Art. 90a Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10; jeweils in der Fassung vom 1. Januar 2019) sieht vor, dass das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 53 KVG beurteilt. Zu den gemäss Art. 53 Abs. 1 KVG anfechtbaren Beschlüssen der Kantonsregierungen gehören namentlich die Spital- oder Pflegeheimlisten im Sinne von Art. 39 KVG (vgl. Urteil des BVGer C-5733/2007 vom 7. September 2009 E. 1.1, teilweise publiziert in BVGE 2009/48, sowie Urteil des BVGer C-6062/2007 vom 20. April 2010 E. 1.1, teilweise publiziert in BVGE 2010/15). Mit Grundsatzurteil C-5301/2010 vom 2. April 2012 (publiziert als BVGE 2012/9) hat das Bundesverwaltungsgericht die Frage, ob auch ein Zuteilungsentscheid des HSM-Beschlussorgans beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann, bejaht (E. 1). Damit ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig, die vorliegende Beschwerde vom 21. März 2019 gegen den Beschluss vom 31. Januar 2019 beziehungsweise die Beschwerdeergänzung vom 20. Mai 2019 gegen die Verfügung

vom 17. April 2019 betreffend die Zuteilung der Leistungsaufträge im Bereich der komplexen hochspezialisierten Viszeralchirurgie – Oesophagusresektion bei Erwachsenen zu beurteilen.

**1.3** 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.

## **2.**

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

**2.2** Nach der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Spitalplanung der Kantone ist die Spitalliste als Rechtsinstitut sui generis und in erster Linie als Bündel von Individualverfügungen zu qualifizieren. Zudem enthalten Spitallisten nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG eine allgemein gültige Regelung, indem sie für alle Versicherten anzeigen, in welchen Spitälern sie sich zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung behandeln lassen können. Anfechtungsgegenstand im Beschwerdeverfahren betreffend Spitallisten bildet nur die Verfügung, welche das den Beschwerdeführer 1 betreffende Rechtsverhältnis regelt. Die nicht angefochtenen Verfügungen der Spitalliste erwachsen in Rechtskraft (BVGE 2012/9 E. 3.3; Urteil des BVGer C-4302/2011 vom 15. Juli 2015 E. 2.2.1).

Soweit das HSM-Beschlussorgan einzelnen Spitälern Leistungsaufträge

zuteilt und spezifiziert (Zuteilungsentscheid), entspricht der HSM-Beschluss der vorgängig beschriebenen Rechtsnatur und es handelt sich um Individualverfügungen (BVGE 2013/45 E. 1.1.2). Vorliegend hat das HSM-Beschlussorgan mit der Verfügung vom 17. April 2019 gegenüber dem Beschwerdeführer 1 (zusätzlich) eine individuelle Verfügung erlassen.

**2.3** Angefochten ist der Beschluss beziehungsweise die Verfügung insgesamt, indem deren Aufhebung und die Erteilung eines Leistungsauftrags im HSM-Bereich der Oesophagusresektion bei Erwachsenen an den Beschwerdeführer 1 sowie eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz verlangt wird. Materielles Prozessthema bildet damit die Nichterteilung des Leistungsauftrags im Bereich der komplexen hochspezialisierten Viszeralchirurgie – Oesophagusresektion bei Erwachsenen an den Beschwerdeführer 1.

### **3.**

Vorliegend hat jedoch nicht nur der Beschwerdeführer 1 als Spital und Leistungserbringer, sondern auch der Beschwerdeführer 2 als angestellter Arzt des HFR Beschwerde erhoben. Die Legitimation im Beschwerdeverfahren ist Teil der Eintretensvoraussetzungen, deren Vorliegen von der Rechtsmittelbehörde von Amtes wegen zu prüfen ist (vgl. BVGE 2007/6 E. 1 m.H.).

**3.1** Die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers 1 ist nicht umstritten: Er hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Adressat durch den angefochtenen Beschluss beziehungsweise die individuelle Verfügung des HSM-Beschlussorgans besonders berührt und hat insoweit an deren Aufhebung beziehungsweise Abänderung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Er ist daher zur Beschwerde legitimiert.

**3.2** Umstritten ist hingegen, ob der Beschwerdeführer 2 als angestellter (...) des HFR vorliegend zur Erhebung einer Beschwerde legitimiert ist.

**3.2.1** Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind als Adressaten eines angefochtenen Spitalistenbeschlusses in erster Linie die Spitäler, im konkreten Fall das HFR, beschwerdelegitimiert. Hinsichtlich der Beschwerde angestellter Ärzte eines Spitals, im konkreten Fall die Beschwerde des Beschwerdeführers 2, ist daher das Vorliegen einer materiellen Beschwer zu prüfen (vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer C-5630/2017 vom 16. Mai 2018 E. 3.2 m.w.H.). Die Beschwerdelegitimation von Dritten im Bereich Spitalisten ist nach einem strengen Massstab zu beurteilen (vgl. Urteil C-5630/2017 E. 3.4 mit Hinweis auf BVGE 2012/9

E. 4.3.2 und 2012/30 E. 4.4) und insbesondere sind die vom Spital angestellten Ärztinnen und Ärzte, welche den Spitallistenentscheid ihren Arbeitgeber betreffend anfechten wollen, nicht zur Beschwerde legitimiert (vgl. dazu Urteile des BVGer C-426/2012 bzw. C-452/2012 vom 5. Juli 2013 E. 1.4.3 ff.; C-1570/2016 vom 31. März 2016). Gemäss der Rechtsprechung sind die vom betreffenden Spital angestellten Ärztinnen und Ärzte nicht unmittelbar durch einen Spitallistenbeschluss bezüglich ihres Arbeitgebers betroffen. Zwar sind Anordnungen gegenüber den Spitälern geeignet, auch Wirkungen gegenüber den angestellten Ärztinnen und Ärzten zu entfalten. Dies genügt aber nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, welches diesbezüglich die Rechtsprechung des Bundesrates (vgl. BRE vom 23. Juni 1999 betreffend Gemeinsame Spitalliste der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft) weitergeführt hat, nicht, um eine Beschwerdelegitimation von angestellten Ärztinnen und Ärzten, die den ihren Arbeitgeber betreffenden Spitallistenentscheid anfechten wollen, zu begründen (vgl. Urteil C-426/2012 bzw. C-452/2012 E. 1.4.3). Gleich verhält es sich gemäss der Rechtsprechung, wenn angestellte Ärzte und Ärztinnen nicht nur die Erteilung beziehungsweise die Verweigerung eines Leistungsauftrags an ihren Arbeitgeber anfechten wollen, sondern zusätzlich mit erteilten Leistungsaufträgen verbundene Nebenbestimmungen wie beispielsweise die Mindestfallzahlen pro Operateurin und Operateur umstritten sind (vgl. dazu Urteil C-5630/2017 E. 3.5.4 f.).

**3.2.2** Hinsichtlich der Parteiäusserungen wird im Wesentlichen auf deren Darstellung im Urteil C-1405/2019 vom 4. April 2022 in der Erwägung 3.2.2 verwiesen (vgl. oben E. 1 zweiter Absatz).

**3.2.3** Was den Beschwerdeführer 2 betrifft, der angestellter (...) beim Beschwerdeführer 1 und damit nicht Adressat des angefochtenen Beschlusses beziehungsweise der angefochtenen Verfügung ist, ist die Beschwerdelegitimation gemäss der konstanten bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zu verneinen (vgl. dazu oben E. 3.2.1): Es ist mithin nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer 2 auch nicht dargelegt, weshalb er ein über die Sachverhalte, welche beispielsweise den Urteilen C-426/2012 bzw. C-452/2012, C-1570/2016 und C-5630/2017 zugrunde lagen, hinausgehendes eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Spitallistenbeschlusses haben soll beziehungsweise in einer im Vergleich darüber hinausgehenden beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen soll. Weiter ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die vom Beschwerdeführer 2 angeführte «neuere» Rechtsprechung zu Drittbeschwerden pro Adressat (vgl. B-act. 1

Rz. 8) bereits im Jahr 2009 und in anderen Rechtsgebieten ergangen ist. Entsprechend ist für das Gericht nicht nachvollziehbar, inwieweit dies eine – vom Beschwerdeführer 2 geltend gemachte – Änderung der später ergangenen und konstanten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Beschwerdelegitimation von Dritten im Bereich Spitalliste darstellen soll.

Ebenfalls nichts zu seinen Gunsten ableiten kann der Beschwerdeführer 2 aus der von ihm angeführten Wirtschaftsfreiheit (vgl. B-act. 1 Rz. 9; 26 Rz. 9), denn die (Operations-)Tätigkeit an einem Listenspital im Rahmen der OKP stellt keine privatwirtschaftliche Tätigkeit dar, die vom Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit erfasst wird (vgl. BVGE 2018 V/3 E. 11.6 m.w.H.). Soweit der Beschwerdeführer 2 in diesem Zusammenhang auf BGE 130 I 26 E. 4.4 verweist, wonach die Nichtzulassung als Leistungserbringer faktisch auch die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Arztes berühre (vgl. B-act. 1 Rz. 9; 26 Rz. 9), ist insbesondere auf die weiteren Ausführungen des Bundesgerichts in jenem Urteil hinzuweisen, welche der Beschwerdeführer 2 dabei ausser Acht gelassen zu haben scheint. Das Bundesgericht hat im zitierten Urteil in Erwägung 4.5 festgestellt, dass der Zulassungsstopp zwar in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit (Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden) falle, doch bei der Beurteilung den Besonderheiten Rechnung zu tragen sei, die sich daraus ergeben würden, dass die betreffende privatwirtschaftliche Tätigkeit faktisch über ein System erfolge, das seinerseits der Wirtschaftsfreiheit weitgehend entzogen sei. Gewähre die Wirtschaftsfreiheit keinen Anspruch auf staatliche Förderung von Betrieben, könne sie auch den privat praktizierenden Ärzten kein Recht verschaffen, in beliebiger Höhe Leistungen zu Lasten der sozialen Krankenversicherung zu erbringen (vgl. BGE 130 I 26 E. 4.5 m.w.H.).

**3.3** Zusammenfassend ist die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers 1 zu bejahen, während sie beim Beschwerdeführer 2 zu verneinen ist. Entsprechend ist auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 2 nicht einzutreten, während auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde des Beschwerdeführers 1 (nachfolgend auch: Beschwerdeführer), nachdem auch der verlangte Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet wurde (vgl. B-act. 3), einzutreten ist (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4 VwVG).

#### 4.

**4.1** Mit Beschwerde gegen einen Beschluss des HSM-Beschlussorgans im Sinne von Art. 39 Abs. 2<sup>bis</sup> KVG kann die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Nicht zulässig ist hingegen die Rüge der Unangemessenheit (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG i.V.m. Art. 49 VwVG; vgl. auch Urteil des BVGer C-5305/2010 vom 16. Mai 2013 E. 3; BVGE 2012/9 E. 2). Dem HSM-Beschlussorgan steht – wie den zum Erlass der kantonalen Spitallisten zuständigen Organen – ein weiter Ermessensspielraum zu (vgl. BVGE 2013/45 E. 5.4 m.H.).

Des Weiteren stellt die unrichtige Anwendung von kantonalem oder interkantonalem Recht keinen Beschwerdegrund nach Art. 49 VwVG dar. Mit Beschwerde gegen einen Zuteilungsbeschluss kann eine Verletzung der IVHSM daher nur gerügt werden, wenn gleichzeitig eine Verletzung von Bundesrecht, namentlich des KVG und seinen Ausführungsverordnungen oder des Willkürverbotes (Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV, SR 101]) vorliegt (vgl. BVGE 2010/51 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts [BGer] 2C\_399/2012 vom 8. Juni 2012 E. 2.7; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, S. 366 Rz. 1034; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl. 2013, S. 99 Rz. 2.172). Zwar verlangt die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV grundsätzlich, dass eine Streitigkeit von einem Gericht mit freier Rechts- und Sachverhaltsprüfung beurteilt wird (vgl. BERNHARD WALDMANN, in: *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, 2015, Art. 29a Rz. 14; ANDREAS KLEY, in: *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl. 2014, Art. 29a Rz. 15 f.). Wie das Bundesgericht in seinem Urteil 2C\_399/2012 (E. 2.7) erwogen hat, handelt es sich bei der auch hier anwendbaren Kognitionsregelung um eine bundesgesetzliche Ausnahme von der Rechtsweggarantie, wie sie in Art. 29a BV ausdrücklich vorbehalten ist (vgl. zum Ganzen BVGE 2016/14 E. 1.6.2 zweiter Absatz).

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

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

**4.3** Mit Blick auf Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG, wonach echte tatsächliche Noven unzulässig sind, hat das Bundesverwaltungsgericht bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit eines Spitallistenbeschlusses in der Regel auf den bis zum Beschlusszeitpunkt eingetretenen Sachverhalt abzustellen (zum Verhältnis von Novenverbot und Untersuchungsgrundsatz vgl. BVGE 2014/3 E. 1.5.3 f.; 2014/36 E. 1.5.2). Dieser Grundsatz gilt allgemein in der Sozialversicherungsrechtspflege (vgl. BGE 132 V 215 E. 3.1.1; 130 V 138), nicht aber für übrige Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 117 Rz. 2.204 ff.; SEETHALER/PORTMANN, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Rz. 78 zu Art. 52 VwVG). In Beschwerdeverfahren nach Art. 53 Abs. 1 KVG soll das Bundesverwaltungsgericht nicht mit neuen Tatsachen oder Beweismitteln konfrontiert werden, welche der vorinstanzlichen Beurteilung nicht zugrunde lagen; ein Ausnahmefall im Sinne von Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG liegt vor, wenn erst der angefochtene Beschluss dazu Anlass gibt (vgl. BVGE 2014/36 E. 1.5.2; Urteil des BVGer C-195/2012 vom 24. September 2012 E. 5.1.2).

## **5.**

Der Beschwerdeführer rügt in seiner Beschwerde (vgl. B-act. 1 Rz. 34 ff.) sowie seinen Schlussbemerkungen (vgl. B-act. 26 Rz. 10 ff. und 37) eine schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs.

**5.1** Der aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitete Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachverhaltsaufklärung und stellt andererseits zugleich

ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar. Der Anspruch umfasst insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 E. 3.1 m.H.). Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Daraus folgt auch die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.H.). Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 I 229 E. 5.2; 134 I 83 E. 4.1; 126 I 97 E. 2b).

Die im Einzelfall erforderliche Begründungsdichte richtet sich unter anderem nach der Komplexität der zu beurteilenden Fragen, dem Ermessensspielraum der entscheidenden Behörde und der Dichte der Parteivorbringen (vgl. BVGE 2013/46 E. 6.2.5; BGE 142 II 324 E. 3.6 m.H.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind umso strengere Anforderungen an die Begründung zu stellen, je grösser der der Behörde eingeräumte Ermessensspielraum ist und je vielfältiger die tatsächlichen Voraussetzungen sind, die bei der Betätigung des Ermessens zu berücksichtigen sind (BGE 112 Ia 107 E. 2b; 129 I 232 E. 3.3; BVGE 2012/24 E. 3.2.2). Das Bundesverwaltungsgericht hat im Entscheid C-4156/2011 vom 16. Dezember 2013 festgehalten, dass folgende Umstände für erhöhte Anforderungen an die Begründungsdichte bei HSM-Zuteilungsbeschlüssen sprechen: Es müsse sich einerseits transparent und nachvollziehbar eine Praxis im Rahmen der interkantonalen HSM-Koordination und -Konzentration entwickeln und andererseits stelle der Ausschluss von der Erbringung gewisser OKP-Leistungen bei vorgenommenen erheblichen Investitionen einen bedeutenden Eingriff in die Interessen der Leistungserbringer dar. Weiter verfüge das HSM-Beschlussorgan über ein erhebliches Ermessen (vgl. E. 5.5).

**5.2** Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller beziehungsweise selbständiger Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGE 137 I 195 E. 2.2; 135 I 187 E. 2.2 m.H.). Nach der Rechtsprechung kann eine – nicht besonders schwerwiegende – Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 127 V 431 E. 3d/aa; 115 V 297 E. 2h). Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist im Sinne einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht vereinbar wären (BGE 116 V 182 E. 3d; zum Ganzen ausführlich Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] I 193/04 vom 14. Juli 2006). Von dieser Möglichkeit ist jedoch insbesondere in Fällen, in denen – wie vorliegend – kein doppelter Instanzenzug besteht, nur zurückhaltend Gebrauch zu machen.

**5.3** Art. 12 Abs. 2 IVHSM bestimmt, dass auf Beschlüsse betreffend die Festsetzung der gemeinsamen Spitalliste nach Art. 3 Abs. 3 und 4 [der Vereinbarung] die bundesrechtlichen Vorschriften über das Verwaltungsverfahren sinngemäss Anwendung finden. Demzufolge ist zu prüfen, ob das Zuteilungsverfahren verfassungs- und VwVG-konform ausgestaltet beziehungsweise durchgeführt wurde (vgl. auch Urteil C-4156/2011 E. 5.3).

**5.4** Aus den Akten ergibt sich insbesondere, dass das HSM-Beschlussorgan vorliegend – im Gegensatz zur Spitalplanung in verschiedenen Kantonen – neben dem Beschluss vom 31. Januar 2019 als Bündel von Individualverfügungen für den Beschwerdeführer als nicht berücksichtigter Leistungserbringer am 17. April 2019 eine zusätzliche individuelle abweisende Verfügung erlassen hat, nachdem dies zuvor im Beschluss vom 31. Januar 2019 entsprechend angekündigt worden war (vgl. auch oben E. 2.2 zweiter Absatz).

**5.5** Was die Parteiäusserungen betrifft, wird auf deren Darstellung im Urteil C-1405/2019 vom 4. April 2022 in der Erwägung 5.5 verwiesen (vgl. oben E. 1 zweiter Absatz).

**5.6** Nachfolgend sind die Verfügung vom 17. April 2019 und der Beschluss vom 31. Januar 2019 – soweit dieser als Individualverfügung die Verweigerung des Leistungsauftrags an den Beschwerdeführer betrifft – einer gemeinsamen Gesamtbetrachtung zu unterziehen. Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz ihrer Begründungspflicht, welcher im Beschluss vom 31. Januar 2019 noch nicht Genüge getan worden sein dürfte, mit Erlass der vorangekündigten individuellen Verfügung vom 17. April 2019 nachgekommen ist (vgl. dazu auch Urteile des BVGer C-1306/2019 bzw. C-2651/2019 vom 21. September 2021 E. 4.6 und C-1313/2019 bzw. C-2654/2019 vom 11. November 2021 E. 4.6):

**5.6.1** Bereits aus dem Schlussbericht vom 31. Januar 2019, welcher integraler Bestandteil des Beschlusses vom 31. Januar 2019 bildet, geht hervor, dass der Beschwerdeführer im HSM-Bereich der Oesophagusresektion insbesondere aufgrund der nicht erreichten Mindestfallzahl als Leistungserbringer nicht berücksichtigt worden ist (vgl. GDK2-act. 4.013 S. 92 = B-act. 1 Beilage 5 S. 92). Zudem wurde im Rahmen der Auswertung der Bewerbungen beziehungsweise der Anhörung festgehalten, das HFR sei der Ansicht, dass nicht die Mindestfallzahl, sondern die Qualität der durchgeführten Operationen zu bewerten sei (vgl. S. 74).

In der Verfügung vom 17. April 2019 wurde wiederum festgehalten, das HFR erfülle insbesondere die Anforderung der Mindestfallzahl von 12 Eingriffen im Durchschnitt der Jahre 2014 - 2016 nicht (vgl. GDK2-act. 4.015 = B-act. 6 Beilage 1 Ziff. 2 = B-act. 7 Beilage 1 Ziff. 2). In der Folge fasste das Beschlussorgan die ihres Erachtens wichtigsten Vorbringen des Beschwerdeführers im vorinstanzlichen Verfahren zusammen (Ziff. 3) und setzte sich insbesondere mit der geltend gemachten Berücksichtigung des künftigen Potenzials (Ziff. 4.1), den Qualitätsdaten des Adjumed-Registers (Ziff. 4.2), der Bedarfsdeckung im Bereich Oesophagusresektion (Ziff. 4.3) sowie den Intention-to-treat-Fällen (Ziff. 4.4) auseinander.

**5.6.2** Entsprechend ist zwar mit dem Beschwerdeführer (vgl. B-act. 1 Rz. 38; 26 Rz. 11) und dem BAG (vgl. B-act. 20 Rz. 1.3) festzuhalten, dass die Vorinstanz nicht auf restlos alle Vorbringen des Beschwerdeführers eingegangen ist. Insbesondere hat sich das HSM-Beschlussorgan weder im Beschluss noch der individuellen Verfügung mit der Kritik des Beschwerdeführers (im Rahmen der Anhörung) an der Erläuternden Notiz (im Zusammenhang mit den berücksichtigten Studien zu Mindestfallzahlen) und an der ausschliesslichen Betrachtung der Fallzahlen pro Institution anstatt

pro Chirurg (vgl. dazu B-act. 1 Beilage 9 S. 3) ausdrücklich auseinandergesetzt.

Allerdings ist eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit jeder tatsächlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Einwand vor dem Hintergrund des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht erforderlich (vgl. oben E. 5.1). Wie bereits aufgezeigt sind die Überlegungen, von denen sich die Vorinstanz hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt, spätestens in der Verfügung vom 17. April 2019 dargelegt worden (vgl. oben E. 5.6.1). Der erhöhten Anforderung an die Begründungsdichte bei HSM-Spittallistenentscheiden ist die Vorinstanz mit dem zusätzlichen Erlass der individuellen Verfügung nachgekommen.

Im Übrigen ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer durchaus in der Lage war, sowohl den Beschluss vom 31. Januar 2019 als auch die Verfügung vom 17. April 2019 sachgerecht anzufechten. Im Zusammenhang mit der vorgebrachten Rüge, es sei nicht akzeptabel, dass entscheidungswesentliche Aspekte (insbesondere die «Zusammenstellung relevanter Fachliteratur zu Mindestfallzahlen») erst im Beschwerdeverfahren offengelegt würden (vgl. B-act. 26 Rz. 12 und 37), ist ausserdem darauf hinzuweisen, dass Fachliteratur und Fachinformationen der Stellenwert von allgemeinen und gerichtsnotorischen Tatsachen zukommt, welche die Vorinstanz berücksichtigen darf, ohne dass es den Beschwerdeführer vorher dazu anhören muss (vgl. dazu Urteil des BVGer C-5006/2019 vom 31. März 2021 E. 4.4 vierter Absatz mit Hinweis auf Urteil des BGer 9C\_550/2011 vom 23. März 2012 E. 1.1 m.w.H.).

**5.7** Zusammenfassend ist aufgrund der obigen Ausführungen festzuhalten, dass der Vorinstanz im vorliegenden Verfahren keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorzuwerfen ist.

## **6.**

Im Rahmen seiner Beschwerde macht der Beschwerdeführer weiter geltend, das HSM-Fachorgan sei nicht unabhängig (vgl. B-act. 1 Rz. 33, 97-102), und in den Schlussbemerkungen wirft er zudem auf, dass sein Anspruch auf eine unparteiische und unbefangene Behörde verletzt wäre, wenn Mitglieder des HSM-Fachorgans bei Beschlüssen betreffend das «eigene» Spital nicht in den Ausstand getreten sein sollten (B-act. 26 Rz. 46). Diese Rügen des Beschwerdeführers sind (ebenfalls) vorab zu prüfen. Insbesondere der Anspruch auf eine unbefangene Entscheidungsinstanz ist for-

meller Natur und ein Entscheid, der in Missachtung der Ausstandsvorschriften getroffen worden ist, ist regelmässig unabhängig von den Erfolgsaussichten in der Sache selbst aufzuheben (vgl. Urteil des BGer 2C\_178/2020 vom 19. Juni 2020 E. 2.7 m.w.H.).

**6.1** Gemäss Art. 4 Abs. 1 IVHSM besteht das HSM-Fachorgan aus höchstens 15 unabhängigen Experten, bei deren Bestellung mehrere geeignete Bewerber aus dem Ausland zu berücksichtigen sind. Die Mitglieder legen ihre Interessen in einem Interessenbindungsregister offen (aktuelle Mitgliederliste sowie Interessenbindungsregister abrufbar unter <https://www.gdk-cds.ch/de/hochspezialisierte-medizin/organisation/organe>; zuletzt besucht am 4. April 2022). Das HSM-Fachorgan bereitet unter anderem die Entscheidungen des HSM-Beschlussorgans vor (insbesondere Vorbereitungen der Zuteilung) und stellt an das Beschlussorgan die entsprechenden fachbezogen und wissenschaftlich begründeten Anträge (Art. 4 Abs. 1 und 3 IVHSM). Gemäss dem Erläuternden Bericht zur IVHSM, verabschiedet zuhanden der Kantone von der Plenarversammlung der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren am 14. März 2008 (abrufbar unter [https://www.zrk.ch/fileadmin/dateien/dokumente/medienmitteilungen/hochspezialisierte-medizin\\_bericht.pdf](https://www.zrk.ch/fileadmin/dateien/dokumente/medienmitteilungen/hochspezialisierte-medizin_bericht.pdf); zuletzt besucht am 4. April 2022), soll das Fachorgan – im Gegensatz zum Beschlussorgan, welches ein politisches Organ mit Entscheidkompetenz ist (vgl. S. 7, Art. 2) – mit unabhängigen Experten, das heisst vornehmlich mit ungebundenen akademischen Fachleuten, besetzt werden. Die Mitglieder sollen sich bei ihren Entscheidungen ausschliesslich von ihrer fachlichen Meinung leiten lassen und keine Partikularinteressen ihres Herkunftsortes vertreten. Zur weitestgehenden Gewährleistung der Unabhängigkeit sollen auch ausländische Experten beigezogen werden. Zusätzlich soll durch das zu schaffende Interessenbindungsregister für Transparenz gesorgt werden (vgl. S. 9, Art. 4 Abs. 1).

**6.2** Die Ausstandsregeln für das HSM-Fachorgan erlässt das Beschlussorgan (Art. 4 Abs. 5 IVHSM). Sofern das HSM-Beschlussorgan die erwähnten Ausstandsregeln erlassen hat, sind diese jedoch weder publiziert noch in den Vorakten im vorliegenden Beschwerdeverfahren enthalten. Der Anspruch auf unbefangene Entscheidträger der Verwaltung ergibt sich jedoch bereits aus Art. 29 Abs. 1 BV. Danach hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Konkretisiert wird Art. 29 Abs. 1 BV durch Art. 10 Abs. 1 VwVG (vgl. STEPHAN BREITEN-

MOSER / MARION SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz. 17 zu Art. 10 VwVG), der vorliegend anwendbar ist, da auf die Beschlüsse betreffend die Festsetzung der gemeinsamen Spitalliste sinngemäss die bundesrechtlichen Vorschriften über das Verwaltungsverfahren und damit das VwVG Anwendung finden (vgl. Art. 12 Abs. 2 IVHSM). Gemäss Art. 10 VwVG treten Personen, die eine Verfügung zu treffen oder vorzubereiten haben, in den Ausstand, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben (Bst. a), mit einer Partei durch Ehe oder eingetragene Partnerschaft verbunden sind oder mit ihr eine faktische Lebensgemeinschaft führen (Bst. b), mit einer Partei in gerader Linie oder bis zum dritten Grade in der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind (Bst. b<sup>bis</sup>), Vertreter einer Partei sind oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig waren (Bst. c), aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten (Bst. d).

Mit den Ausstandsregeln soll die objektive Beurteilung durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde gewährleistet werden. Die Ausstandsvorschriften sind sowohl auf Personen anwendbar, welche einen Entscheid alleine oder zusammen mit anderen zu fällen haben, als auch auf Personen, welche an einem Entscheid in irgendeiner Form mitwirken und auf den Ausgang des Verfahrens Einfluss nehmen können (vgl. BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, 2002, S. 74; RETO FELLER / PANDORA KUNZ-NOTTER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019, Rz. 5 zu Art. 10 VwVG).

**6.3** Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine Befangenheit im Sinne der Generalklausel von Art. 10 Bst. d VwVG vor, wenn Umstände bestehen, die das Misstrauen in die Unbefangenheit und damit in die Unparteilichkeit des Amtswalters objektiv rechtfertigen. Auf das subjektive Empfinden der Partei, welche die Befangenheit behauptet, kommt es dabei ebenso wenig an wie darauf, ob der Betroffene tatsächlich befangen ist. Es genügt, dass ein entsprechender Anschein durch objektive Umstände und vernünftige Gründe glaubhaft dargetan erscheint. Für verwaltungsinterne Verfahren gilt dabei nicht der gleich strenge Massstab wie gemäss Art. 30 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK für unabhängige richterliche Behörden. Im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege sind Ablehnungs- und Ausstandsbegehren gegen nicht richterliche Justizpersonen beziehungsweise gegen Personen, die an einem Verwaltungsentscheid in irgendeiner Form beratend oder instruierend mitwirken, nicht leichthin gutzuheissen. Die für den Anschein der Befangenheit sprechenden Umstände

müssen jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der Funktion und der Organisation der betroffenen Verwaltungsbehörde gewichtet werden. Dass ein Mitglied oder Mitarbeiter einer Behörde im Rahmen seiner Aufgabe bereits eine bestimmte inhaltliche Position vertreten hat, begründet für sich allein noch keine Befangenheit (vgl. zum Ganzen Urteil des BGer 2C\_695/2014 vom 16. Januar 2015 E. 4.2 m.w.H.).

**6.4** Hinsichtlich der diesbezüglichen Parteiäusserungen kann auf deren Darstellung in der Erwägung 6.4 des Urteils C-1405/2019 vom 4. April 2022 verwiesen werden (vgl. oben E. 1 zweiter Absatz).

**6.5** Grundsätzlich kann im vorliegenden Verfahren die Anwendung interkantonalen Rechts gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht überprüft werden, ausser es liegt gleichzeitig eine Verletzung von Bundesrecht vor (vgl. oben E. 4.1 zweiter Absatz). Im vorliegenden Fall kann jedoch offen bleiben, ob die Rügen des Beschwerdeführers betreffend Unabhängigkeit und Befangenheit, welche in erster Linie auf die unrichtige Anwendung von Art. 4 Abs. 1 IVHSM sowie Art. 4 Abs. 5 IVHSM und des allfälligen Ausstandsreglements (bzw. die sinngemässe Anwendung von Art. 10 VwVG gestützt auf Art. 12 Abs. 2 IVHSM) und damit interkantonalen Rechts abzielen, vor diesem Hintergrund überhaupt zu überprüfen wären. Der Beschwerdeführer bringt nämlich lediglich pauschal vor, die Mitglieder des HSM-Fachorgans, welche nicht aus dem Ausland seien, seien nicht unabhängig, weil jeweils ein enger Bezug sowohl zum eigenen Kanton als auch zur entsprechenden Klinik ganz klar gegeben sei, auch wenn viele zwischenzeitlich emeritiert seien (vgl. B-act. 1 Rz. 100). Damit wird nicht für jedes einzelne Mitglied des HSM-Fachorgans ein spezifischer und substantiierter Ausstandsgrund geltend gemacht (vgl. zu pauschalen Ausstandsbegehren anstelle vieler: Urteil des BGer 9C\_773/2018 vom 3. April 2019 E. 4.4 m.w.H.). Überdies ist die vom Beschwerdeführer geltend gemachte direkte Auswirkung der einseitigen Zusammensetzung des HSM-Fachorgans auf den Inhalt des angefochtenen Beschlusses (vgl. B-act. 1 Rz. 101) für das Gericht nicht nachvollziehbar: Es ist vielmehr festzustellen, dass das Centre Hospitalier Universitaire Vaudois (nachfolgend CHUV) im vorliegend relevanten Bereich der Oesophagusresektion die Anforderungen an die Leistungserbringer erfüllt (vgl. GDK2-act. 4.013 S. 78) und in den Jahren 2014 - 2016 insbesondere durchschnittlich jeweils 36 Eingriffe vorgenommen hat (vgl. GDK2-act. 4.013 S. 36). Ausserdem ist dem BAG zuzustimmen, dass beispielsweise das Hôpitaux Universitaires de Geneve (nachfolgend HUG), welches im Jahr 2019 genau wie das

CHUV zwei Mitglieder im HSM-Fachorgan stellte (vgl. dazu B-act. 1 Beilage 25), dennoch nicht berücksichtigt worden ist (vgl. B-act. 20 Rz. 9.3).

Soweit der Beschwerdeführer in seinen Schlussbemerkungen zudem vorbringt, dass sein Anspruch auf eine unparteiische und unbefangene Behörde verletzt wäre, wenn Mitglieder des HSM-Fachorgans bei Beschlüssen betreffend das «eigene» Spital nicht in den Ausstand getreten sein sollten (vgl. B-act. 26 Rz. 46), ist festzuhalten, dass diese Rüge gemäss der Rechtsprechung zu den Ausstandsgründen ungenügend substantiiert ist, weil unklar bleibt, welche Mitglieder des HSM-Fachorgans aufgrund welcher Gründe befangen sein sollen (vgl. oben E. 6.3). Den Unterlagen im Beschwerdeverfahren ist im Übrigen zu entnehmen, dass diverse Mitglieder des HSM-Fachorgans bei der Abstimmung über die Empfehlung zur Zuteilung beziehungsweise Nichtzuteilung eines Leistungsauftrags im Bereich der Oesophagusresektion anlässlich der Sitzung des Fachorgans vom 26. November 2018 jeweils bei unterschiedlichen Leistungserbringern in den Ausstand getreten sind und die Beschlüsse darüber hinaus von den verbleibenden Mitgliedern jeweils einstimmig gefällt wurden (GDK2-act. 4.008 S. 2 f.). Damit erweist sich dieser Vorwurf als unbegründet.

## 7.

Im Folgenden werden die für die Streitsache wesentlichen Bestimmungen und von der Rechtsprechung dazu entwickelten Grundsätze dargestellt.

**7.1** Spitalplanung ist grundsätzlich Aufgabe der Kantone (vgl. Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG; BVGE 2009/48 E. 12.1). Gemäss Art. 39 Abs. 2 KVG (in der seit 1. Januar 2009 gültigen Fassung) koordinieren die Kantone ihre Planung. Im HSM-Bereich beschliessen die Kantone nach Art. 39 Abs. 2<sup>bis</sup> KVG (in Kraft seit 1. Januar 2009) gemeinsam eine gesamtschweizerische Planung. Kommen sie dieser Aufgabe nicht zeitgerecht nach (vgl. auch Abs. 3 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des KVG [Spitalfinanzierung] vom 21. Dezember 2007 [AS 2008 2056]), so legt der Bundesrat fest, welche Spitäler für welche Leistungen auf den kantonalen Spitallisten aufzuführen sind.

**7.2** 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. Art. 3 IVHSM regelt die Zusammensetzung, Wahl und Aufgaben des HSM-Beschlussorgans. 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.

**7.3** Das Bundesrecht schreibt den Kantonen nicht vor, in welcher Form sie über die gemeinsame gesamtschweizerische Planung Beschluss zu fassen haben. Dass sie dafür ein durch interkantonale Vereinbarung (Konkordat) geschaffenes interkantonales Organ, das mit entsprechenden Entscheidungskompetenzen ausgestattet ist, vorgesehen haben, ist zulässig (BVGE 2012/9 E. 1.2.3.4; vgl. Art. 48 BV).

**7.4** Wie bei den kantonalen Spitalplanungen entscheidet auch über die HSM-Listen ein politisches Organ: Das HSM-Beschlussorgan setzt sich aus Mitgliedern der GDK-Plenarversammlung zusammen, wobei den fünf Kantonen mit Universitätsspital je ein Sitz (mit Stimmrecht) zusteht und die weiteren fünf Sitze (mit Stimmrecht) auf die übrigen Kantone verteilt werden (vgl. Art. 3 Abs. 1 IVHSM). Das HSM-Beschlussorgan hat die gesetzlichen Bestimmungen (einschliesslich die Planungskriterien gemäss Art. 58a ff. der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung [KVV, SR 832.102; jeweils in der Fassung vom 1. Januar 2019]; vgl. nachfolgend E. 7.8) und die IVHSM (vgl. nachfolgend E. 7.7) zu beachten; im Übrigen steht ihm jedoch ein weiter Ermessensspielraum zu (vgl. auch oben E. 4.1).

**7.5** Art. 4 Abs. 4 IVHSM definiert die Kriterien, welche das HSM-Beschlussorgan bei der Zuordnung zum Bereich der HSM und bei der Zuteilung der Leistungsaufträge zu berücksichtigen hat. Die Kriterien für den im vorliegenden Verfahren interessierenden Zuteilungsentscheid sind die Qualität, die Verfügbarkeit hochqualifizierten Personals und Teambildung, die Verfügbarkeit der unterstützenden Disziplinen, die Wirtschaftlichkeit sowie das Weiterentwicklungspotenzial. Weiter sind die Relevanz des Bezugs zu Forschung und Lehre sowie die internationale Konkurrenzfähigkeit zu berücksichtigen.

**7.6** Die Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung setzt den Leistungsauftrag aufgrund einer kantonalen oder interkantonalen Spitalliste voraus (Art. 35 i.V.m. Art. 39 Abs. 1 Bst. d und e sowie Abs. 2<sup>bis</sup> KVG). Ab dem Zeitpunkt der Bestimmung eines Bereiches der hochspezialisierten Medizin und seiner (rechtskräftigen) Zuteilung an HSM-Zentren gelten abweichende Spitallistenzulassungen der Kantone im entsprechenden Umfang als aufgehoben (Art. 9 Abs. 2 IVHSM).

**7.7** Die IVHSM enthält spezifische Planungsgrundsätze für die HSM. Demnach sollen die hochspezialisierten Leistungen zur Gewinnung von Synergien auf wenige universitäre oder multidisziplinäre Zentren konzentriert werden (Art. 7 Abs. 1). Die Planung der HSM soll mit jener im Bereich der Forschung abgestimmt werden, Forschungsanreize sollen gesetzt und koordiniert werden (Art. 7 Abs. 2). Die Interdependenzen zwischen verschiedenen hochspezialisierten medizinischen Bereichen sind bei der Planung zu berücksichtigen (Art. 7 Abs. 3), wobei die Planung jene Leistungen umfasst, die durch schweizerische Sozialversicherungen mitfinanziert werden (Art. 7 Abs. 4). Die Zugänglichkeit für Notfälle ist bei der Planung zu berücksichtigen (Art. 7 Abs. 5), ebenso wie die vom schweizerischen Gesundheitswesen erbrachten Leistungen für das Ausland; Kooperationsmöglichkeiten mit dem nahen Ausland können genutzt werden (Art. 7 Abs. 6 und 7). Die Planung kann in Stufen erfolgen (Art. 7 Abs. 8). Gemäss Art. 8 IVHSM sind bei der Zuordnung der Kapazitäten folgende Vorgaben zu beachten: Die gesamten in der Schweiz verfügbaren Kapazitäten sind so zu bemessen, dass die Zahl der Behandlungen, die sich unter umfassender kritischer Würdigung erwarten lassen, nicht überschritten werden kann (Bst. a). Die resultierende Anzahl der Behandlungsfälle der einzelnen Einrichtung pro Zeitperiode darf die kritische Masse unter den Gesichtspunkten der medizinischen Sicherheit und der Wirtschaftlichkeit nicht unterschreiten (Bst. b). Den Möglichkeiten der Zusammenarbeit mit Zentren im Ausland kann Rechnung getragen werden (Bst. c).

**7.8** Im Übrigen sind bei der Erstellung einer interkantonalen Spitalliste *grundsätzlich* dieselben Anforderungen gemäss den Vorschriften des KVG sowie der Ausführungsverordnungen wie bei der Erstellung einer kantonalen Spitalliste zu beachten (BVGE 2013/46 E. 6.4.1; vgl. auch RÜTSCHÉ/PICECCHI, in: Basler Kommentar zum Krankenversicherungsgesetz und zum Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, 2020, Rz. 95 zu Art. 39). Die zugelassenen Spitäler haben somit die Anforderungen von Art. 39 Abs. 1 KVG zu erfüllen und das interkantonale Beschlussorgan hat die Planungskriterien nach Art. 58a ff. KVV zu beachten. Das Beschlussorgan ermittelt

den Bedarf in nachvollziehbaren Schritten und stützt sich auf statistisch ausgewiesene Daten und Vergleiche (Art. 58b Abs. 1 KVV). Es ermittelt das Angebot, das in Einrichtungen beansprucht wird, die nicht auf der von ihr erlassenen Liste aufgeführt sind (Abs. 2). Es bestimmt das Angebot, das durch die Aufführung der Spitäler auf der Spitalliste zu sichern ist, damit die Versorgung gewährleistet ist. Dieses Angebot entspricht dem nach Art. 58b Abs. 1 KVV festgestellten Versorgungsbedarf abzüglich des nach Art. 58b Abs. 2 KVV ermittelten Angebots (Abs. 3). Bei der Beurteilung und Auswahl des auf der Liste zu sichernden Angebotes berücksichtigen die Kantone insbesondere die Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungserbringung, den Zugang der Patientinnen und Patienten zur Behandlung innert nützlicher Frist sowie die Bereitschaft und Fähigkeit der Einrichtung zur Erfüllung des Leistungsauftrages (Abs. 4). Bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität beachtet das Beschlussorgan insbesondere die Effizienz der Leistungserbringung, den Nachweis der notwendigen Qualität, die Mindestfallzahlen (im Spitalbereich) und die Nutzung von Synergien (Abs. 5). Die Planung erfolgt für die Versorgung der versicherten Personen in Spitälern zur Behandlung von akutsomatischen Krankheiten leistungsorientiert (Art. 58c Bst. a KVV).

Entsprechend ist im HSM-Bereich grundsätzlich auch die diesbezügliche Rechtsprechung zur kantonalen Spitalplanung zu berücksichtigen.

**7.9** Im Rahmen der Verpflichtung zur interkantonalen Koordination der Planungen nach Art. 39 Abs. 2 KVG müssen die Kantone insbesondere die nötigen Informationen über die Patientenströme auswerten und diese mit den betroffenen Kantonen austauschen (Art. 58d Bst. a KVV) und die Planungsmassnahmen mit den davon in ihrer Versorgungssituation betroffenen Kantonen koordinieren (Bst. b). Während die Auswertung der nötigen Informationen über die Patientenströme auch bei der interkantonalen Planung der HSM von Bedeutung ist, dürften die übrigen in Bst. a und b genannten Anforderungen durch die Einsetzung des interkantonalen Beschlussorgans nach Art. 3 IVHSM abgedeckt sein.

## **8.**

**8.1** Bei der HSM-Spitalplanung lassen sich im Rahmen des Zuteilungsverfahrens – wie bei der kantonalen Spitalplanung auch – zwei Etappen unterscheiden: die Bedarfsermittlung (vgl. nachfolgend E. 8.2) und die Bedarfsdeckung (vgl. nachfolgend E. 8.3). Zuerst ist der Bedarf der Einwoh-

nerinnen und Einwohner der Schweiz an stationärer Behandlung im entsprechenden HSM-Bereich zu ermitteln. Nach der Bedarfsermittlung erfolgt die Phase der Bedarfsdeckung mit der Auswahl der Leistungserbringer (vgl. Urteil des BVGer C-6266/2013 vom 29. September 2015 E. 4.3.2. m.H.).

**8.2** Im vorliegenden Fall ist (auch) die erste Stufe der HSM-Spitalplanung, das heisst die Bedarfsermittlung, umstritten.

Die im Streit liegende Zuteilung der Leistungsaufträge im Bereich der komplexen hochspezialisierten Viszeralchirurgie – Oesophagusresektion bei Erwachsenen basiert auf dem prognostizierten Leistungsbedarf bis ins Jahr 2025. Bei dieser Bedarfsprognose wurden basierend auf einem Nachfragejahr Einflussfaktoren wie die demografische, medizintechnische, epidemiologische, ökonomische und sonstige Entwicklung berücksichtigt (vgl. Bedarfsprognose HSM: Teilbericht Methodik Version 3.1 vom 23. Mai 2017 S. 4 f. [GDK2-act. 2.001]). Verwendet wurden letztlich die definitiven Daten der Medizinischen Statistik des Bundesamts für Statistik des Jahres 2015. Unter Berücksichtigung der Auswirkungen der Einflussfaktoren rechnet die Vorinstanz mit einer starken Zunahme der Fallzahlen um 51 % bis 2025 im Bereich der Oesophagusresektionen und damit mit einer jährlichen Wachstumsrate von 4.2 % (vgl. Bedarfsprognose HSM: Leistungsbereich Oesophagusresektion VIS1.3 Version 1.0 vom 1. Februar 2017 S. 3 und 12 f. [nachfolgend Bedarfsprognose zur Oesophagusresektion; GDK2-act. 2.008]; Schlussbericht vom 31. Januar 2019 S. 65 [GDK2-act. 4.013]).

**8.3** Strittig ist zudem die Auswahl der Leistungserbringer, die den ermittelten Bedarf decken sollen, namentlich die Nichterteilung des Leistungsauftrags im Bereich der Oesophagusresektion an den Beschwerdeführer.

**8.3.1** Für den Bereich der Oesophagusresektion sind bei der Eröffnung des Bewerbungsverfahrens Ende 2016 – neben den generellen Anforderungen an die Leistungserbringer gemäss IVHSM und KVV sowie den Qualitätsanforderungen für alle fünf Bereiche der «Komplexen hochspezialisierten Viszeralchirurgie» – die folgenden spezifischen Qualitätsanforderungen vom HSM-Fachorgan festgelegt worden (vgl. Erläuternde Notiz zur Bewerbung für den HSM-Leistungsauftrag im Bereich «Komplexe hochspezialisierte Viszeralchirurgie» vom 25. Oktober 2016 [GDK2-act. 1.004 S. 8]):

- Strukturqualität:

- Verantwortlicher Chirurg mit Schwerpunkttitel Viszeralchirurgie oder äquivalenter Qualifikation
- Personelle und strukturelle Voraussetzungen, um postoperative Komplikationen selbständig und ohne Spitalverlegung zu behandeln (24/7 Verfügbarkeit einer diagnostischen und interventionellen Radiologie [oder Äquivalent]; 24/7 Verfügbarkeit eines qualifizierten Chirurgen-Teams [Schwerpunkttitel Viszeralchirurgie oder äquivalente Qualifikation] mit der Möglichkeit einer chirurgischen [Re-]Intervention innerhalb eines indizierten Zeitintervalls [1h]; Minimalanforderung: 2 Ärzte mit Schwerpunkt Viszeralchirurgie oder äquivalenter Ausbildung)
- Durch die Schweizerische Gesellschaft für Intensivmedizin (SGI) anerkannte Intensivstation im Haus
- 24/7 Verfügbarkeit einer interventionellen Endoskopie
- Onkologie im Haus
- Mindestfallzahlen: pro Standort muss eine Mindestfallzahl von 12 Eingriffen / Jahr im Durchschnitt über die letzten drei Jahre (gerechnet ab Endfrist des Bewerbungsverfahrens) erreicht werden
- Prozessqualität: jeder Fall wird im interdisziplinären Tumorboard vorgestellt (zusammengesetzt gemäss Vorgaben der IVHSM-Organen)
- Weiterbildung, Lehre und Forschung: aktive Teilnahme an klinischen Forschungsstudien oder anderen klinischen Forschungsprojekten

**8.3.2** Im Schlussbericht vom 31. Januar 2019 (GDK2-act. 4.013), welcher integraler Bestandteil des Beschlusses vom 31. Januar 2019 (GDK2-act. 4.011; vgl. auch oben E. 5.6.1) bildet, legte die Vorinstanz dar, dass die Empfehlung für die Zuteilung eines HSM-Leistungsauftrags nach folgendem Evaluationsschema erarbeitet worden sei: In einem ersten Schritt sei zu prüfen, ob die generellen und bereichsspezifischen Anforderungen pro Leistungserbringer erfüllt seien. Seien die Anforderungen nicht erfüllt, erfolge bereits hier keine Empfehlung für einen HSM-Leistungsauftrag. Ansonsten werde in einem zweiten Schritt geprüft, ob in der Versorgungsregion Bedarf für eine (zusätzliche) Leistungserbringung bestehe. Sofern der Bedarf bestehe, werde die Empfehlung für einen HSM-Leistungsauftrag abgegeben, andernfalls nicht. Bei der Beurteilung des Bedarfs in einer Versorgungsregion würden nebst den Fallzahlen und den Patientenströmen zudem weitere Kriterien (Vorhandensein eines HSM-Leistungserbringers in der Versorgungsregion; Bedarf für Leistungserbringung aufgrund der sprachlichen Region oder geographischen Lage) berücksichtigt (GDK2-act. 4.013 S. 90).

**8.3.3** In Bezug auf die Mindestfallzahlen hielt die Vorinstanz fest, diese seien anhand der im Register eingetragenen Fälle überprüft worden, dabei sei der Zeitraum vom 21. Dezember 2013 bis zum 20. Dezember 2016 massgeblich gewesen. Über diese drei Jahre sei der Jahresdurchschnitt errechnet worden. Bei dieser Überprüfung hätten noch acht Bewerber die nötigen Minimalfallzahlen erreicht, die anderen zwölf nicht. Bei den Kliniken, die bei der Selbstdeklaration angegeben hätten, die Zahlen zu erreichen, seien die entsprechenden Operationsberichte einverlangt worden, um sie durch Experten daraufhin zu überprüfen, ob es sich um HSM-Fälle nach Zuordnungsdefinition handle (vgl. GDK2-act. 4.013 S. 74 f.).

## **9.**

Zu prüfen ist in einem ersten Schritt, ob die Vorinstanz bei der Bedarfsermittlung, wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht (vgl. B-act. 1 Rz. 52), gegen die gesetzlichen Vorgaben gemäss Art. 58a ff. KVV verstossen hat.

**9.1** Betreffend die Parteiäusserungen wird im Wesentlichen auf die diesbezüglichen Ausführungen im Urteil C-1405/2019 vom 4. April 2022 in Erwägung 9.1 verwiesen (vgl. oben E. 1 zweiter Absatz).

**9.2** Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind bei der Erstellung einer interkantonalen Spitalliste *grundsätzlich* dieselben Anforderungen gemäss den Vorschriften des KVG sowie der Ausführungsverordnungen wie bei der Erstellung einer kantonalen Spitalliste zu beachten (BVGE 2013/46 E. 6.4.1). Entsprechend sind insbesondere die Artikel 58a ff. KVV zu beachten (vgl. auch oben E. 7.8). Eine Besonderheit der interkantonalen HSM-Spitalliste ist jedoch, dass die Planung für die ganze Schweiz zu erfolgen hat und entsprechend kein (ausserkantoniales) «Angebot, das in Einrichtungen beansprucht wird, die nicht auf der [...] erlassenen Liste aufgeführt sind» gemäss Art. 58b Abs. 2 KVV zu berücksichtigen ist. Zudem sind bei der Planung gemäss Art. 7 Abs. 6 und 7 IVHSM die vom schweizerischen Gesundheitswesen erbrachten Leistungen für das Ausland zu berücksichtigen und können Kooperationsmöglichkeiten mit dem nahen Ausland genutzt werden. Das auf der Spitalliste zu sichernde Angebot gemäss Art. 58b Abs. 3 KVV entspricht somit direkt dem gemäss Art. 58b Abs. 1 KVV ermittelten Bedarf (vgl. dazu Urteil des BVGer C-1361/2019 vom 9. März 2022 E. 7.3.1).

**9.3** Wie bereits zuvor ausgeführt (vgl. oben E. 7.8), ist der Bedarf gemäss Art. 58b Abs. 1 KVV in nachvollziehbaren Schritten zu ermitteln und hat

sich auf statistisch ausgewiesene Daten und Vergleiche zu stützen. Aus den im Beschwerdeverfahren vorliegenden Akten ergibt sich diesbezüglich Folgendes:

**9.3.1** Auf der Grundlage der Fallzahlen des Jahres 2015 ist im Rahmen der vorgenommenen – im vorliegenden Verfahren ebenfalls bestrittenen – Bedarfsprognose bis ins Jahr 2025 mit einer starken Zunahme der Fallzahlen um 51 % zu rechnen (GDK2-act. 2.008 S. 12 f. und S. 15; GDK-act. 4.013 S. 65; vgl. auch oben E. 8.2). Allerdings weicht der Schlussbericht vom 31. Januar 2019 (GDK2-act. 4.013) betreffend die prognostizierten Fallzahlen im Jahr 2025 von der Bedarfsprognose zur Oesophagusresektion (GDK2-act. 2.008) dahingehend ab, als die Bedarfsprognose im Schlussbericht um 3.5 % reduziert wurde, weil in den ursprünglich berücksichtigten 366 Fällen des Jahres 2015 auch die in der HSM-Planung nicht zu berücksichtigende Behandlung von Kindern (13 Fälle) enthalten war. Der Schlussbericht geht entsprechend von 353 Fällen (anstatt 366) im Jahr 2015 und einem Anstieg auf ungefähr 530 Fälle (anstatt 552 Fälle) bis ins Jahr 2025 aus (vgl. dazu GDK2-act. 4.013 S. 65 Fussnote 36). In der Bedarfsprognose zur Oesophagusresektion wird weiter festgehalten, dass die Bevölkerung in der Nordwestschweiz weniger stark wachse und ältere als in den anderen Regionen. Zudem würden die Nordwest- und die Ostschweiz 2015 schon eher höhere Hospitalisationsraten ausweisen, weshalb in diesen Regionen aufgrund der nationalen Angleichung ein geringeres Wachstum angenommen werde. Im Tessin werde umgekehrt ein sehr starkes Wachstum erwartet, da die heutige Hospitalisationsrate noch unterdurchschnittlich sei (GDK2-act. 2.008 S. 14). In der Westschweiz würden 2025 voraussichtlich 131 Fälle anfallen, in der Nordwestschweiz 165, in der Ostschweiz 168, in der Zentralschweiz 52 und im Tessin 25 Fälle. Weitere 11 Fälle würden aus dem Ausland kommen beziehungsweise unbekannter Herkunft sein (GDK2-act. 2.008 S. 15).

**9.3.2** Dem Schlussbericht vom 31. Januar 2019 ist sodann zu entnehmen, dass im Rahmen der Bedarfsdeckung acht Leistungserbringer im Bereich der Oesophagusresektion berücksichtigt worden sind, welche jährlich insgesamt 211 Eingriffe (Registerdaten der Jahre 2014-2016, gemittelt) vorgenommen haben. Ausserdem wird auf eine von den berücksichtigten Leistungserbringern selbstdeklarierte mögliche Kapazitätssteigerung von 240 Eingriffen hingewiesen (vgl. GDK2-act. 4.013 S. 91). Vorliegend bedeutet die Kapazitätssteigerung gemäss Schlussbericht vom 31. Januar 2019 die Anzahl der Patient/innen, die künftig pro Jahr zusätzlich zum bis-

herigen Behandlungsvolumen für eine Oesophagusresektion aufgenommen werden können (GDK2-act. 4.013 S. 69). Entsprechend sind mit der vorgenommenen Leistungserteilung gestützt auf die Akten voraussichtlich 451 Eingriffe pro Jahr im Bereich der Oesophagusresektion möglich, wovon 61 in der Westschweiz, 144 in der Nordwestschweiz, 220 in der Ostschweiz, 26 in der Zentralschweiz und 0 Eingriffe im Tessin durchgeführt werden können (GDK2-act. 4.013 S. 91).

In diesem Zusammenhang wird im Schlussbericht festgehalten, dass die Anzahl nicht ausreichend sei, würden die prognostizierten Bedarfszahlen (bis 2025) mit den vorgeschlagenen Leistungszuteilungen verglichen. Dazu sei anzumerken, dass zum einen die Prognose naturgemäss diversen Unsicherheiten unterliegen würde. Zum andern seien Oesophagusresektionen ausgesprochen heikle und risikoreiche Eingriffe, so dass sie nicht an Zentren vergeben werden sollten, die nicht alle Kriterien vollständig erfüllen würden. Das HSM-Fachorgan gehe davon aus, dass die berücksichtigten acht Zentren genügend Kapazitäten aufbauen könnten, um die Versorgung sicherzustellen, und empfehle deshalb, Leistungsaufträge nur an diese zu erteilen. Dies auch angesichts der Tatsache, dass die zwölf abgelehnten Bewerber nur insgesamt 74 Oesophagusresektionen durchgeführt hätten, welche von den berücksichtigten Spitälern zusätzlich übernommen werden müssten (GDK2-act. 4.013 S. 92).

**9.4** Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, die Bedarfsermittlung sei im HSM-Bereich der Oesophagusresektion fehlgeschlagen (vgl. B-act. 1 Rz. 52), ist für das Gericht nicht nachvollziehbar, inwiefern die von der Vorinstanz vorgenommene Bedarfsprognose falsch sein soll. Einerseits zielen insbesondere die Rügen des Beschwerdeführers hinsichtlich der Unterversorgung des Kantons Freiburg (vgl. B-act. 1 Rz. 55 ff.; 7 Rz. 12 ff; 26 Rz. 14 ff.) sowie der indirekten und eher schleichenden Auswirkungen (vgl. B-act. 1 Rz. 63 ff.; 26 Rz. 28 ff.) vielmehr auf die Deckung des ermittelten Bedarfs ab als auf dessen Ermittlung und sind daher unter diesem Titel in Erwägung 10 zu prüfen. Andererseits wird hinsichtlich der Planungs- und Entscheidungsgrundlagen zwar die Verwendung des SGVC/AQC-Registers gerügt (Datenbank sei privater Natur, manipulierbar und unvollständig, enthalte keine statistisch ausgewiesenen Daten und Vergleiche [vgl. B-act. 1 Rz. 61; 26 Rz. 23 f.]), gleichzeitig wird jedoch vom Beschwerdeführer anerkannt, dass für die Bedarfsermittlung auf die Fallzahlen der medizinischen Statistik aus dem Jahr 2015 abgestellt worden ist (vgl. B-act. 1 Rz. 60). Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, wie der Beschwerde-

führer zum Schluss gelangt ist, die Bedarfsprognosen der Vorinstanz würden sich aufgrund seiner Ausführungen als unvollständig und eindimensional erweisen. Weiter anerkennt der Beschwerdeführer die Bedarfsprognosen zumindest bezüglich der prognostizierten Entwicklungen der Fallzahlen als klar erwiesen, da im Bereich der Oesophagusresektion mit einer massiven Steigerung der Fallzahlen bis 2025 gerechnet werde (vgl. B-act. 1 Rz. 67). Im Übrigen widerspricht die Bedarfsprognose der Vorinstanz bis 2025 dem Argument des Beschwerdeführers nicht, es sei speziell zu beachten, dass der Kanton Freiburg in Bezug auf den Bevölkerungszuwachs mit Abstand an der Spitze der Schweizer Kantone stehe (vgl. dazu B-act. 1 Rz. 67 sowie Beilagen 17 und 18): Der Tabelle in der Bedarfsprognose zur Oesophagusresektion, welche den Einfluss der prognostizierten demographischen Entwicklung auf die Fallzahlen bis 2025 ausweist, ist nämlich für die Westschweiz (Kantone Genf, Waadt, Wallis, Neuenburg und Freiburg) eine Veränderung von +28 % zu entnehmen, was nach +38 % für das Tessin der zweithöchste Wert für künftig durchzuführende Eingriffe ist (vgl. GDK2-act. 2.008 S. 10).

Eine fehler- oder mangelbehaftete Bedarfsermittlung ist damit nicht zu erkennen.

## **10.**

Weiter rügt der Beschwerdeführer, dass aufgrund des nicht erteilten HSM-Leistungsauftrags im Bereich der Oesophagusresektion eine Unterversorgung des Kantons Freiburg resultiere, was gegen die gesetzlichen Vorgaben zur Sicherstellung einer bedarfsgerechten Planung gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG i.V.m. Art. 58a ff. KVV und insbesondere gegen Art. 58b Abs. 4 Bst. b KVV (Zugang der Patientinnen und Patienten zur Behandlung innert nützlicher Frist) verstosse (vgl. dazu B-act. 1 Rz. 55 ff.; 7 Rz. 12 ff.; 26 Rz. 14 ff.).

**10.1** Was die Parteiäusserungen betrifft, kann im Wesentlichen auf deren Darstellung im Urteil C-1405/2019 vom 4. April 2022 in Erwägung 10.1 verwiesen werden (vgl. oben E. 1 zweiter Absatz). Im Bereich der Oesophagusresektion besteht dahingehend eine relevante Abweichung vom Bereich der Pankreasresektion, als in den Regionen Westschweiz und Bern neben dem CHUV in Lausanne lediglich das Inselspital in Bern ebenfalls einen Leistungsauftrag erhalten hat.

**10.2** Aktenkundig ist im Zusammenhang mit der Bedarfsdeckung des Kantons Freiburg im Bereich der Oesophagusresektion – zusätzlich zum bereits in Erwägung 9.3 Festgehaltenen –, dass in der Region Westschweiz, welcher der Beschwerdeführer angehört, mit dem CHUV ein Leistungserbringer berücksichtigt worden ist, welcher jährlich jeweils 36 Eingriffe (Registerdaten der Jahre 2014 - 2016, gemittelt) vorgenommen und eine mögliche Kapazitätssteigerung von 25 Eingriffen deklariert hat. Gesamthaft werden somit ungefähr 61 Eingriffe pro Jahr möglich sein. Ausserdem hat die Vorinstanz im direkt an den Kanton Freiburg angrenzenden Kanton Bern mit dem Inselspital Bern einen weiteren Leistungserbringer berücksichtigt, welcher seinerseits jährlich jeweils 33 Eingriffe (Registerdaten der Jahre 2014 - 2016, gemittelt) vorgenommen und eine mögliche Kapazitätssteigerung von 60 Eingriffen deklariert hat (vgl. GDK2-act. 4.013 S. 91).

### **10.3**

**10.3.1** Wie bereits zuvor dargelegt, sind bei der Erstellung einer interkantonalen Spitalliste *grundsätzlich* dieselben Anforderungen gemäss den Vorschriften des KVG sowie der Ausführungsverordnungen wie bei der Erstellung einer kantonalen Spitalliste zu beachten (BVGE 2013/46 E. 6.4.1; vgl. auch oben E. 7.8 und 9.2). Allerdings hat im HSM-Bereich gemäss Art. 39 Abs. 2<sup>bis</sup> KVG die Planung, das heisst die Bedarfsermittlung und -deckung, schweizweit mit dem Ziel einer Angebotskonzentration zu erfolgen (vgl. oben E. 7.1 f.).

**10.3.2** Im Rahmen der kantonalen Spitalplanung hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, das Ziel der Spitalplanung sei in erster Linie die bedarfsgerechte Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung (vgl. BVGE 2012/30 E. 4.7), aber auch die Kosteneindämmung und namentlich der Abbau von Überkapazitäten würden weiterhin zu den Zielen der Spitalplanung gehören (vgl. Urteil C-6266/2013 E. 4.5). Eine Versorgungsplanung sei grundsätzlich dann bedarfsgerecht, wenn sie den Bedarf – aber nicht mehr als diesen – decke (Urteil des BVGer C-1966/2014 vom 23. November 2015 E. 4 m.H.). Ein Kanton müsse im Rahmen seiner Pflicht zur Spitalplanung eine Unterversorgung der in seinem Kantonsgebiet wohnhaften, vom Versicherungsobligatorium erfassten Versicherten verhindern (vgl. Urteil des BVGer C-6007/2016 vom 7. Februar 2018 E. 8.5).

Für den HSM-Bereich hat das Bundesverwaltungsgericht im kürzlich ergangenen Urteil C-1361/2019 vom 9. März 2022 festgehalten, dass sich die HSM-Spitalplanung in gewissen Punkten durchaus von der kantonalen

Spitalplanung unterscheide und die Rechtsprechung zur Unterversorgung in der kantonalen Spitalplanung nicht unbesehen auf die in jenem Urteil zu prüfende Frage der HSM-Spitalplanung übertragen werden könne (E. 7.4.1). Vorliegend besteht zum erwähnten Urteil C-1361/2019 zusätzlich der Unterschied, dass der Beschwerdeführer keine gesamtschweizerische Unterversorgung im Bereich der Oesophagusresektion geltend macht (vgl. dazu dennoch sogleich E. 10.4), sondern lediglich eine regionale Unterversorgung in der Westschweiz, konkret des Kantons Freiburg.

## 10.4

**10.4.1** Im vorliegend zu beurteilenden Fall ist festzuhalten – auch wenn dies vom Beschwerdeführer nicht geltend gemacht wurde –, dass schweizweit keine *klare* Unterversorgung im Bereich der Oesophagusresektion vorliegt: Zwar kann – soweit auf die ermittelten Zahlen im Sinne von absoluten Zahlen abgestellt wird – aufgrund der bisherigen Fallzahlen und der selbstdeklarierten Kapazitäten der Leistungserbringer der prognostizierte Bedarf bis ins Jahr 2025 nicht vollständig abgedeckt werden (vgl. dazu oben E. 9.3). Dies ist jedoch die Erkenntnis aus einer von der Vorinstanz sorgfältig durchgeführten Bedarfsplanung (basierend auf den Fallzahlen des Jahres 2015) sowie letztlich das Resultat verschiedener Prognosen und Annahmen betreffend die demographische, epidemiologische und medizintechnische Entwicklung, welche ihrerseits naturgemäss mit diversen Unsicherheiten behaftet sind. Letztlich ist es eine Frage der Würdigung und des weiten Ermessens des HSM-Beschlussorgans, wie diese künftig mögliche leichte Unterversorgung im Rahmen der Leistungszuteilungen abzudecken ist. Eine mangelhafte Versorgungsplanung ist hierin jedoch nicht zu erkennen (vgl. zum Ganzen: Urteil C-1361/2019 E. 7.4).

Der Ansatz, dass nicht mit absoluten Zahlen gerechnet werden kann, gilt entsprechend auch für die Region Westschweiz, in welcher der einzige berücksichtigte Leistungserbringer mit möglichen 61 Eingriffen (vgl. oben E. 9.3.2 und 10.2) den rein regionalen Bedarf von 131 prognostizierten Eingriffen (vgl. oben E. 9.3.1) – soweit auf absolute Zahlen abgestellt wird – nicht vollständig abdecken können wird. Zu berücksichtigen ist hierbei zudem, dass die beiden in der Nordwestschweiz berücksichtigten Leistungserbringer, darunter das Inselspital Bern, den prognostizierten Bedarf jener Region weitgehend zu decken vermögen (vgl. oben E. 9.3.1 und 9.3.2) und somit insbesondere im angrenzenden Kanton Bern ein weiterer Leistungserbringer berücksichtigt worden ist, der mit möglichen 93 Eingriffen die

möglicherweise künftig fehlenden Kapazitäten des CHUV ausgleichen kann.

**10.4.2** Soweit der Beschwerdeführer bei dieser Ausgangslage vorbringt, der Leistungserbringer am nächstgelegenen Standort Bern sei aus sprachlichen Gründen nicht geeignet und ebenso wie der französischsprachige Leistungserbringer CHUV in Lausanne zudem zu weit entfernt, kann ihm nicht gefolgt werden (vgl. B-act. 1 Rz. 56; 26 Rz. 16): Bei den Leistungen im HSM-Bereich der Oesophagusresektion handelt es sich nicht um Leistungen der Grund- und Notfallversorgung, sondern um hochspezialisierte Leistungen, welche zudem in aller Regel planbar sind. Hierfür spricht neben den diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz (vgl. B-act. 14 Rz. 47) und des BAG (vgl. B-act. 20 Rz. 2.3), dass der Beschwerdeführer selbst geltend macht, dass in den Jahren 2013-2017 (...) Fälle mit einem Oesophaguskarzinom diskutiert und für eine Operation evaluiert worden seien (vgl. B-act. 26 Rz. 7). In diesem Zusammenhang verkennt der Beschwerdeführer zudem, dass das Kriterium des Zugangs der Patient/innen zur Behandlung innert nützlicher Frist gemäss Art. 58b Abs. 4 Bst. b KVV aufgrund der unbestimmten Formulierung «innert nützlicher Frist» eine Bewertung der erforderlichen Behandlung verlangt. So ist ohne Weiteres nachvollziehbar, dass «innert nützlicher Frist» bei Notfallbehandlungen aufgrund der akuten Bedrohung des Lebens deutlich kürzer sein muss als bei zwar dringenden, aber dennoch planbaren sowie bei elektiven Eingriffen. Im Übrigen übersieht der Beschwerdeführer mit seiner Argumentation, dass der Zugang zu einer Behandlung «innert nützlicher Frist» nicht allein von der Reisezeit zum HSM-Leistungserbringer abhängt, sondern zumindest auch von den konkreten Umständen, unter welchen ein operationsbedürftiges Oesophaguskarzinom diagnostiziert wird, bei Bedarf von der Erreich- und Verfügbarkeit der ambulanten Transportdienste sowie des gewählten Transportwegs und letztlich von der Verfügbarkeit eines Operationsteams vor Ort. Die Bewertung der vorliegend interessierenden Eingriffe und die soeben erwähnten Begleitumstände führen dazu, dass Reisezeiten von über einer Stunde, welche der Beschwerdeführer als zu lange anführt, als durchaus zumutbar zu qualifizieren sind. Im Rahmen der Planung besteht zudem kein Anspruch der Patient/innen, sich am Wohnort oder in der Region behandeln zu lassen, wenn die Hospitalisation – wie hier – an weiter entfernten Orten zumutbar und innert vernünftiger Frist möglich ist (vgl. dazu auch Urteil C-2887/2019 vom 26. Januar 2021 E. 7.5 m.w.H.).

**10.5** Was die Vorbringen des Beschwerdeführers hinsichtlich der einflussreichen HSM-Begleitgruppe Viszeralchirurgie betrifft (vgl. B-act. 1 Rz. 57;

26 Rz. 20), ist den Akten zu entnehmen, dass (...). Weiter geht aus den Unterlagen hervor, dass die Einteilung der sich bewerbenden Leistungserbringer in Kategorien durch die Begleitgruppe anonymisiert erfolgt ist und die Begleitgruppe im Übrigen diverse generelle Empfehlungen abgegeben hat (vgl. GDK2-act. 3.007). Entsprechend ist nicht ersichtlich, welchen Einfluss die behauptete unausgewogene Zusammensetzung der Begleitgruppe auf die regionale Verteilung der berücksichtigten Leistungserbringer gehabt haben soll. Der Website der Gesundheitsdirektorenkonferenz (GDK) ist in diesem Zusammenhang zudem zu entnehmen, dass die jeweilige Begleitgruppe lediglich mit dem HSM-Fachorgan, welches schliesslich seinerseits dem HSM-Beschlussorgan Anträge stellt, in Kontakt steht (vgl. dazu <https://www.gdk-cds.ch/de/hochspezialisierte-medizin/organisation/die-ivhsm>; zuletzt besucht am 4. April 2022).

**10.6** Auch die vom Beschwerdeführer geltend gemachten weiteren negativen Auswirkungen der Nichterteilung des Leistungsauftrags (vgl. B-act. 1 Rz. 63 ff.; 26 Rz. 28 ff.) ändern letztlich nichts daran, dass im hochspezialisierten Bereich der Oesophagusresektion eine Konzentration der Leistungserbringung angestrebt wird, welche unweigerlich dazu führt, dass Leistungserbringer unter Umständen vormals erteilte Leistungsaufträge verlieren beziehungsweise ihnen diese nicht (mehr) erteilt werden. An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass selbst bei Erfüllung aller Anforderungen grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf Erteilung eines Leistungsauftrags besteht (vgl. statt vieler: Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 10.4.2 und 11.4.1 m.w.H.). Entsprechend kann in der Nichterteilung des Leistungsauftrags per se auch keine Unverhältnismässigkeit, welche vom Beschwerdeführer wegen schwerwiegender Auswirkungen geltend gemacht wird, erkannt werden. Was sodann die Behauptung des Beschwerdeführers betrifft, dass er einen Leistungsauftrag im HSM-Bereich der Oesophagusresektion nie mehr wieder erhalten könne (vgl. B-act. 26 Rz. 30), ist darauf hinzuweisen, dass insbesondere das Mindestfallzahl-Kriterium der Aufnahme eines neuen Anbieters auf die Spitalliste beziehungsweise der Erteilung eines Leistungsauftrags an einen neuen Anbieter nicht entgegensteht, wenn das neue Angebot sich als relevant und erforderlich erweist für die Deckung des Bedarfs (vgl. dazu Urteil des BVGer C-7017/2015 vom 17. September 2021 E. 9.2.8 zweiter Absatz).

**10.7** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz damit, dass sie den Beschwerdeführer im Bereich der Oesophagusresektion nicht als Leistungserbringer berücksichtigt hat, nicht gegen die gesetzlichen Vorgaben zur Sicherstellung einer bedarfsgerechten Planung gemäss Art. 39

Abs. 1 Bst. d KVG und insbesondere Art. 58b Abs. 4 Bst. b KVV (Zugang der Patientinnen und Patienten zur Behandlung innert nützlicher Frist) verstossen hat.

## **11.**

Weiter rügt der Beschwerdeführer betreffend den nicht erteilten HSM-Leistungsauftrag diverse Mängel im Zusammenhang mit dem Qualitätskriterium gemäss Art. 58b Abs. 4 Bst. a und Abs. 5 KVV.

**11.1** Der Beschwerdeführer macht insbesondere geltend, die Vorinstanz habe den Qualitätsbegriff rechtswidrig angewandt (vgl. B-act. 1 Rz. 74 ff. und 94 ff.; 26 Rz. 33 ff.).

**11.1.1** Betreffend die Parteiäusserungen wird auf die diesbezügliche Darstellung in der Erwägung 11.1.1 im Urteil C-1405/2019 vom 4. April 2022 verwiesen (vgl. oben E. 1 zweiter Absatz).

**11.1.2** Aus den im Beschwerdeverfahren vorliegenden Akten ergibt sich hinsichtlich der vorgenommenen Prüfung des Qualitätskriteriums zusätzlich zum in Erwägung 8.3.1 und 8.3.3 bereits Dargestellten Folgendes:

**11.1.2.1** Im Rahmen der HSM-Spitalplanung hat das HSM-Fachorgan Qualitätsanforderungen für alle fünf Bereiche der «Komplexen hochspezialisierten Viszeralchirurgie» festgelegt. Dazu gehört insbesondere die jährliche Berichterstattung an die IVHSM-Organe betreffend allfällige Abweichungen von den Qualitätsanforderungen sowie bedeutende strukturelle und personelle Änderungen mit Einfluss auf die Qualitätssicherung und die Offenlegung von Daten zur Prozess- und Ergebnisqualität inklusive Fallzahlen. Vorgesehen ist zudem eine Berichterstattung zu Lehre, Weiterbildung und Forschung zwei und fünf Jahre nach Leistungszuteilung. Weiter sind die Leistungserbringer verpflichtet, für jeden Eingriff den definierten Minimaldatensatz im SGVC/AQC-Register zu erheben, wobei die Daten regelmässig auditiert werden. Für die nachhaltige Sicherung der fachärztlichen Kompetenzen müssen die Leistungserbringer ausserdem anerkannte Weiterbildungsstätten mit Schwerpunkt Viszeralchirurgie (SIWF) sein (vgl. GDK2-act. 4.013 S. 98 ff.).

**11.1.2.2** Die spezifischen Qualitätsanforderungen für den Bereich der Oesophagusresektion bei Erwachsenen sehen unter anderem eine Mindestfallzahl pro Standort und Jahr von je 12 Fällen vor (vgl. auch oben E. 8.3.1). In Bezug auf die Mindestfallzahlen wird weiter festgehalten, zahlreiche Untersuchungen würden eine direkte und eindeutige Beziehung zwischen der

Anzahl durchgeführter Interventionen in einem Zentrum und den postoperativen Ergebnissen inklusive postoperativer Komplikationen sowie Sterblichkeit während des Spitalaufenthalts zeigen. Dieser sogenannte «Volume-Outcome Effect» sei auch für verschiedene viszeralchirurgische Behandlungen im Bereich der Oesophaguschirurgie demonstriert worden (vgl. GDK2-act. 1.004 S. 6).

Den Akten der Vorinstanz ist überdies zu entnehmen, dass im Entscheid vom 10. September 2013 nach einer Übergangszeit von zwei Jahren mit einer Mindestfallzahl von 10 Eingriffen pro Jahr eine Anhebung der Mindestfallzahlen im Bereich der Oesophagusresektion auf 15 Eingriffe vorgesehen gewesen wäre. Das Fachorgan habe jedoch vorerst auf die Anhebung der Mindestfallzahlen auf das vorgesehene Niveau verzichtet und den Leistungserbringern eine längere Übergangszeit gewährt. Die Mindestfallzahlen seien für die Übergangszeit nur leicht angehoben worden (vgl. GDK2-act. 1.004 S. 6; GDK2-act. 4.003 S. 14).

**11.1.2.3** Was den Beschwerdeführer betrifft, ist aktenkundig, dass die Bereitschaft besteht, die Berichterstattungs- und die Registerführungspflicht wahrzunehmen. Ausserdem hat er angegeben, die erforderliche Struktur- und Prozessqualität (vgl. oben E. 8.3.1) aufzuweisen (vgl. GDK2-act. 1.006 S. 8 ff.; 4.013 S. 74 und 78). In den Jahren 2014 - 2016 hat der Beschwerdeführer zudem durchschnittlich 6 vollständig durchgeführte Eingriffe (2014: 7; 2015: 4; 2016: 8) im HSM-Bereich der Oesophagusresektion vorgenommen (vgl. GDK2-act. 1.006 S. 11; 3.003; 4.013 S. 36 und 78; B-act. 6 Beilage 1 S. 2 = B-act. 7 Beilage 1 S. 2). Er ist eine anerkannte Weiterbildungsstätte und erfüllt die Anforderungen an Lehre, Weiterbildung und Forschung (vgl. GDK2-act. 4.013 S. 78).

### **11.1.3**

**11.1.3.1** Mindestfallzahlen pro Spital gemäss Art. 58b Abs. 5 KVV (vgl. oben E. 7.8) sind anerkannte Qualitätsindikatoren (BVGE 2018 V/3 E. 7.6.6; Urteil des BVGer C-5573/2017 vom 21. November 2018 E. 11.3). Durch die Behandlung einer Mindestzahl von Fällen erhält ein Spital beziehungsweise das Behandlungsteam Routine und Erfahrung, wodurch die Behandlungsqualität sichergestellt werden soll (vgl. Urteil C-3413/2014 E. 11.7.4). In der Schweiz werden zunehmend Mindestfallzahlen für Spitalbehandlungen gefordert. Verschiedene Studien belegen grundsätzlich einen Zusammenhang zwischen Fallzahlen und Qualität. Je mehr Fälle,

desto höher die Qualität. Allerdings lässt sich bei den meisten Behandlungen kein exakter Schwellenwert ableiten, das heisst es können keine Aussagen darüber gemacht werden, ab welcher Fallzahl die Qualität deutlich steigt beziehungsweise unterhalb welcher Fallzahl die Qualität eines bestimmten Eingriffs mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr genügt (BGE 145 V 170 E. 6.4). Die Vorgabe von Mindestfallzahlen soll aber nicht nur die Qualität, sondern auch die Effizienz und Wirtschaftlichkeit fördern (Urteile des BVGer C-6266/2013 E. 4.3.4; C-401/2012 vom 28. Januar 2014 E. 9.2 und E. 14; vgl. auch BGE 138 II 398 E. 7.2.2).

**11.1.3.2** Da das HSM-Beschlussorgan – genauso wie die kantonal für die Spitalplanung zuständigen politischen Organe – die Vorschriften des KVG sowie der Ausführungsverordnungen grundsätzlich zu beachten hat (vgl. oben E. 7.8), kann es für bestimmte Leistungsgruppen im Rahmen der leistungsspezifischen Anforderungen Mindestfallzahlen festsetzen (vgl. zur kantonalen Spitalplanung BVGE 2018 V/3 E. 7.6.6.2). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Spitalplanung der Kantone ist die Mindestfallzahl ein zulässiges Kriterium für den Ausschluss bestimmter Leistungserbringer, zumal die damit verbundene Konzentration des Leistungsangebots zur Steigerung der Qualität beiträgt und auch der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung förderlich ist (Urteil C-401/2012 E. 9.2). Die Einhaltung von Mindestfallzahlen kann daher als Voraussetzung für die Zuteilung bestimmter Leistungen vorgesehen werden (vgl. auch BERNHARD RÜTSCHÉ, Rechtsgutachten vom 20. Juni 2011 zuhanden des Kantons Bern: Steuerung der Leistungsmenge im Spitalbereich, S. 53 f.; Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung 2018, Empfehlung 7, S. 14 f.). Mit dem Kriterium der Mindestfallzahlen haben die Kantone zudem einen Hebel, um auf eine Konzentration des Angebots hinzuwirken (vgl. RÜTSCHÉ/PICECCHI, a.a.O., Rz. 44 zu Art. 39). Dies muss auch für das HSM-Beschlussorgan gelten (vgl. Urteile C-1306/2019 bzw. C-2651/2019 E. 7.3.3; C-1313/2019 bzw. C-2654/2019 E. 7.4.3).

**11.1.3.3** Aus der dargestellten Rechtsprechung ergibt sich, dass es zulässig ist, Leistungserbringer, welche die Mindestfallzahlen nicht erfüllen, aus der Evaluation auszuschliessen, und damit – neben der Wirtschaftlichkeit – insbesondere auch der Versorgungsqualität bei der Auswahl der Leistungserbringer ein hohes Gewicht beizumessen (vgl. auch GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 656 Rz. 806). Zu beachten ist zudem, dass kein Rechtsanspruch auf Aufnahme in die Spitalliste besteht (vgl. statt vieler: BGE 133 V 123 E. 3.3; Urteil des BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016 E. 5.4.2 m.H.; vgl. auch oben

E. 10.6) und dem HSM-Beschlussorgan bei der Auswahl der Leistungserbringer ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt (BVGE 2013/45 E. 5.4 m.H.), welcher in Bezug auf die Angemessenheit der Entscheidung vom Bundesverwaltungsgericht nicht überprüft werden kann (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG i.V.m. Art. 49 VwVG; vgl. auch oben E. 4.1).

**11.1.3.4** Im kürzlich in Fünferbesetzung ergangenen Urteil C-7017/2015 vom 17. September 2021 betreffend die Spitalplanung des Kantons Neuenburg (vgl. zum Ganzen auch Urteil C-1405/2019 E. 11.1.3.4) hat das Bundesverwaltungsgericht hinsichtlich der Mindestfallzahlen zusätzlich festgehalten, dass diese je nach Art der Konkretisierung unterschiedliche Ziele verfolgen und Auswertungen zulassen würden. Wenn für gewisse Leistungsgruppen Mindestfallzahlen vorgesehen seien, diene dies in erster Linie dazu, sicherzustellen, dass ein Spital die notwendigen Kompetenzen und Erfahrungen aufweise, und es dahingehend zu ermutigen, die Behandlungsqualität und die Patientensicherheit zu verstärken, indem verhindert werde, dass Patient/innen in Spitälern behandelt würden, welche die fraglichen Behandlungen lediglich wenige Male im Jahr durchführen würden. Die Ausgestaltung im Sinne der Versorgungsrelevanz («masse critique») hingegen habe, soweit sie alle Leistungsgruppen betreffe und vom gesamten Leistungsvolumen (als fixer Prozentsatz dieses Volumens) abhänge und damit variere, das Ziel zu bestimmen, welche Einrichtungen in den einzelnen Leistungsgruppen von grösster Wichtigkeit seien; dies erfolge mit Blick auf eine Angebotskonzentration. Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass das im konkreten Fall auf eine Angebotskonzentration abzielende Mindestfallzahlkriterium nicht notwendigerweise die Qualität der Leistungserbringung widerspiegle und entsprechend nicht ausreichend sei, um die Qualität zu beurteilen. Gleichzeitig betonte das Gericht jedoch, dass die Versorgungsrelevanz ein anerkanntes und KVG-konformes Kriterium sei, welches die Kantone bei der Spitalplanung anwenden dürften (E. 9.2.3 ff.).

Bei der anschliessenden Erörterung, ob eine Prüfung der Qualität vorgenommen worden sei, wie sie ein Kanton bei der Evaluation und der Auswahl der Leistungserbringer durchzuführen habe, hielt das Gericht zunächst fest, der Text von Art. 58b Abs. 5 KVV entspreche dem Willen des Gesetzgebers, der den Kantonen in der Spitalplanung einen grossen Spielraum habe lassen wollen bei der Wahl der Kriterien, von denen die Kantone die Aufnahme auf die Spitalliste abhängig machen und aufgrund derer sie insbesondere die Qualität der Leistungen beurteilen. Letztlich kam das Ge-

richt im konkreten Fall jedoch zum Schluss, dass die Vorinstanz nur Kriterien berücksichtigt habe, welche es erlauben würden, die Struktur- und Prozessqualität zu überprüfen, jedoch nicht die Qualität der Resultate oder der Indikationsstellung. Es sei angezeigt, die Transparenz zu fördern und die Konkurrenz hinsichtlich der erforderlichen Qualität gemäss KVV zwischen den Leistungserbringern zu verstärken, indem andere Kennzahlen für die Beurteilung der Qualität herangezogen würden. Entsprechend sei festzuhalten, dass die Vorinstanz im zu beurteilenden Fall keine genügende Überprüfung der Qualität vorgenommen habe (E. 9.3 ff.).

**11.1.4** Soweit der Beschwerdeführer vorliegend sinngemäss vorbringt, die Vorinstanz habe das Qualitätskriterium ungenügend geprüft, indem ausschliesslich auf die Mindestfallzahlen abgestellt worden sei, ist insbesondere vor dem Hintergrund des Urteils C-7017/2015 Folgendes festzuhalten: Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich diesem Urteil keine Hinweise auf eine Änderung der bisherigen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts, wonach es insbesondere zulässig ist, Leistungserbringer, welche die Mindestfallzahlen nicht erfüllen, aus der Evaluation auszuschliessen, und damit der Versorgungsqualität bei der Auswahl der Leistungserbringer ein hohes Gewicht beizumessen (vgl. oben E. 11.1.3.1 ff.), erkennbar sind. Es kann jedoch ohnehin offen bleiben, ob mit dem Urteil C-7017/2015 eine Praxisänderung herbeigeführt werden sollte. Die Vorinstanz hat nämlich im hier zu beurteilenden Fall das Kriterium der Mindestfallzahl für einzelne Leistungsgruppen festgelegt, was in erster Linie der Qualitätssicherung dienen soll (vgl. dazu oben E. 11.1.3.4 erster Absatz) und damit nach wie vor als Qualitätsindikator zu gelten hat. Entsprechend kann festgestellt werden, dass die Vorinstanz neben der Struktur- und Prozessqualität mit den Mindestfallzahlen als Qualitätsindikator auch die Ergebnisqualität – soweit aktuell möglich – berücksichtigt hat (vgl. auch oben E. 8.3.1 und 11.1.2). Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz konnten die Qualitätsdaten aus dem SGVC/AQC-Register noch nicht hinzugezogen werden, weil gestützt auf die bisher erfolgten Audits die Datenqualität der darin enthaltenen Qualitätsdaten noch nicht den Ansprüchen genügt hätten (vgl. B-act. 14 Rz. 60). Durch Audits und Schulungen verbessere sich die Datenqualität jedoch kontinuierlich (vgl. B-act. 14 Rz. 56). Dem Schlussbericht vom 31. Januar 2019 ist in diesem Zusammenhang zu entnehmen, dass in der aktuellen Übergangszeit ein enges Monitoring der Qualitätsdaten erfolgen werde mit dem Ziel, mittelfristig die Planung auf die Qualität der Leistungserbringung abstützen zu können. Mit der verbindlichen Dokumentation im HSM-Register und der Auditierung der Datenqualität sei der Grundstein für ein umfassendes Qualitätsmonitoring gelegt worden (vgl.

GDK2-act. 4.013 S. 33). Gemäss Minimaldatensatz sind künftig insbesondere Komplikationen, Komplikationsart, allfällige Re-Operationen sowie die 30-Tage-Mortalität zu erfassen (vgl. GDK2-act. 4.013 S. 109). In diesem Zusammenhang ist zudem daran zu erinnern, dass die Vorinstanz hinsichtlich der Ausgestaltung beziehungsweise Überprüfung des Qualitätskriteriums über einen grossen Ermessensspielraum verfügt (vgl. oben E. 11.1.3.4 zweiter Absatz), der vom Bundesverwaltungsgericht auf die Angemessenheit hin nicht zu überprüfen ist (vgl. oben E. 4.1). Vorliegend erscheint es zumindest nicht willkürlich, dass die Vorinstanz die vom Beschwerdeführer geltend gemachte, nicht ausgewertete Qualität gemäss SGVC/AQC-Register (und weiteren eingereichten Nachweisen) im Hinblick auf die Gleichbehandlung und Rechtsgleichheit aller Leistungserbringer nicht berücksichtigt hat, sondern auf die Mindestfallzahlen einzelner Leistungsgruppen als anerkannte Qualitätsindikatoren abgestellt hat. In dieser Hinsicht fällt zudem auf, dass der Beschwerdeführer betreffend SGVC/AQC-Register einerseits vorbringt, es taue nicht für die Qualitätskontrolle, weil es manipulierbar sei (vgl. B-act. 1 Rz. 61; 26 Rz. 23), und andererseits dennoch geltend macht, dem Register sei ihn betreffend ein ausgezeichneter Leistungsausweis mit niedriger Morbidität und einer Mortalität von 0-1 % zu entnehmen (vgl. B-act. 1 Rz. 27; 26 Rz. 25 und 36).

Was sodann die vom Beschwerdeführer aufgeworfenen Elemente der Indikationsqualität, welche von besonderer Bedeutung sein sollen, und die (klinische) Forschung, welche ein besserer Garant für die Qualität sei, betrifft, ist wiederum darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht überprüft, ob ein anderes Vorgehen bei der Überprüfung der Qualität allenfalls besser geeignet gewesen wäre, soweit das Vorgehen der Vorinstanz – wie im vorliegenden Fall – vom Ermessensspielraum abgedeckt ist.

**11.2** Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, die (Mindestfall-) Zahl 12 habe keinerlei Qualitätsrelevanz (vgl. B-act. 1 Rz. 79 ff.; 7 Rz. 10; 26 Rz. 38 ff.).

**11.2.1** Hinsichtlich der Darstellung der Parteiäusserungen wird im Wesentlichen auf die Erwägung 11.2.1 des Urteils C-1405/2019 verwiesen (vgl. oben E. 1 zweiter Absatz).

**11.2.2** Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur kantonalen Spitalplanung hat sich das Gericht zur Angemessenheit der Höhe der Mindestfallzahlen aufgrund von Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG (vgl.

auch oben E. 4.1) nicht zu äussern. Problematisch wären die Mindestfallzahlen – pro Operateurin oder Operateur in den beurteilten Fällen – erst dann, wenn sie derart hoch angesetzt würden, dass sie zu einer versorgungsgefährdenden Angebotseinschränkung führen würden (vgl. dazu Urteil des BVGer C-5572/2017 vom 15. November 2018 E. 9.8 mit Hinweis auf Urteil C-5603/2017 vom 14. September 2018 E. 12.2.4). Vorliegend sind die Mindestfallzahlen mit 12 Eingriffen pro Spitalstandort jedoch nicht derart hoch, dass sie das Angebot in versorgungsgefährdender Art und Weise einschränken würden (vgl. oben E. 10.4; vgl. dazu auch Urteil des BVGer C-1361/2019 E. 8.1.5). Eine willkürliche Festlegung der Mindestfallzahlen ist damit nicht zu erkennen und auf die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Höhe der Mindestfallzahlen ist daher nicht weiter einzugehen.

**11.3** Der Beschwerdeführer rügt ausserdem, dass die Fallzahl pro Chirurg vorliegend völlig unbeachtet geblieben sei (vgl. B-act. 1 Rz. 83 ff; 26 Rz. 40 ff.).

**11.3.1** Betreffend die Parteiäusserungen wird auf die Erwägung 11.3.1 des Urteils C-1405/2019 verwiesen (vgl. oben E. 1 zweiter Absatz).

**11.3.2** Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Fallzahl pro Chirurg beim angefochtenen Zuteilungsbeschluss vollständig ausgeblendet, was angesichts der einschlägigen gesetzlichen Regelung nicht zulässig sei (vgl. B-act. 26 Rz. 41), ist dem BAG zuzustimmen, dass die Festsetzung der anzuwendenden Qualitätskriterien grundsätzlich im weiten Ermessen der Vorinstanz liegt (vgl. B-act. 20 Rz. 7.3; vgl. dazu auch oben E. 11.1.3.4 zweiter Absatz). Diesbezüglich hat das BAG zudem unter Hinweis auf die Rechtsprechung zutreffend ausgeführt, dass die Qualität eines Eingriffs nicht nur vom Chirurgen oder der Chirurgin, sondern auch vom Behandlungsteam abhängt (vgl. dazu auch oben E. 11.1.3.1) und das Bundesverwaltungsgericht bislang in Bezug auf Mindestfallzahlen von Operateuren und Operateurinnen lediglich festgehalten habe, dass dieses Kriterium geeignet sei, – neben den Mindestfallzahlen pro Spital – einen weiteren Beitrag zur Qualitätssicherung zu leisten (vgl. B-act. 20 Rz. 7.3). Entsprechend ist weder in den gesetzlichen Grundlagen noch in der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung die vom Beschwerdeführer behauptete Verpflichtung der Vorinstanz zur Anwendung des qualitätsbezogenen Kriteriums der Mindestfallzahl pro Operateur/in zu erkennen.

Im Übrigen ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die weitere Argumentation des Beschwerdeführers, wonach regionale Spitäler in einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Weise benachteiligt würden, wenn keine Mindestfallzahl von fünf Eingriffen pro Operateur/in berücksichtigt werde, nicht nachvollziehbar ist: Zwar ist anzunehmen, dass in grösseren Spitälern die Operationen vermutlich auf zwei oder mehr Operateur/innen verteilt werden, während diese in mittleren Spitälern, (...), alle auf einen Viszeralchirurgen entfallen können. Da der Beschwerdeführer jedoch gestützt auf eine Studie lediglich eine Mindestfallzahl von fünf Operationen pro Operateur/in fordert, ist davon auszugehen, dass die berücksichtigten Leistungserbringer die Mindestfallzahlen *pro* Operateur/in auch bei mehreren Operateur/innen ohne Weiteres erreichen, denn alle der berücksichtigten Leistungserbringer erbringen durchschnittlich pro Jahr mehr als 12 Eingriffe, sechs der Leistungserbringer sogar über 20 Eingriffe (vgl. GDK2-act. 4.013 S. 36). Überdies könnte der Beschwerdeführer, selbst wenn die Vorinstanz eine solche Anforderung neben der Mindestfallzahl von 12 pro Standort vorgesehen hätte, aus der alleinigen Erfüllung der Mindestfallzahl pro Operateur/in nichts zu seinen Gunsten ableiten, wenn er nicht gleichzeitig die Mindestfallzahl von 12 Eingriffen erfüllt (vgl. auch Urteil C-1405/2019 E. 11.3.2).

Schliesslich ist mit der Vorinstanz festzuhalten (vgl. B-act. 14 Rz. 89), dass ein Leistungserbringer über mindestens zwei Viszeralchirurgen (oder Ärzte mit äquivalenter Ausbildung) verfügen muss, um überhaupt die strukturellen Anforderungen zu erfüllen (vgl. oben E. 8.3.1). Entsprechend ist zumindest fraglich, wie die Aussage des Beschwerdeführers, (...) und in mittleren Spitälern würden diese Operationen in der Regel von einer einzigen Person vorgenommen (vgl. B-act. 1 Rz. 83 und 87), mit der Selbstdeklaration, die strukturellen Anforderungen zu erfüllen (vgl. oben E. 11.1.2.3), in Einklang zu bringen ist. Dies umso mehr, als der Website des HFR sowie dem Medizinalberuferegister (MedReg) in diesem Zusammenhang zu entnehmen ist, dass (...). Vor dem Hintergrund des Verfahrensausgangs (vgl. nachfolgend E. 13) kann dieser Aspekt der Anforderungsprüfung jedoch offen bleiben.

**11.4** Zudem betont der Beschwerdeführer die Bedeutung der voroperativen Phase sowie der Intention-to-treat-Eingriffe (ITT) und rügt deren Nichtbeachtung beim angefochtenen Zuteilungsentscheid (vgl. B-act. 1 Rz. 90 ff.; 7 Rz. 16 ff; 26 Rz. 42).

**11.4.1** Was die Parteiäusserungen betrifft wird im Wesentlichen auf die Erwägung 11.4.1 des Urteils C-1405/2019 verwiesen (vgl. oben E. 1 zweiter Absatz).

**11.4.2** In der bisherigen Rechtsprechung ist das Bundesverwaltungsgericht – wie vom BAG ausgeführt (vgl. B-act. 20 Rz. 8.3) – bei den Mindestfallzahlen jeweils von effektiv durchgeführten Eingriffen ausgegangen. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, es müssten auch die Eingriffe berücksichtigt werden, welche zwar begonnen worden seien, aber – aus medizinisch indizierten Gründen – nicht zu Ende hätten geführt werden können, kann ihm nicht gefolgt werden: Theoretisch könnte die Mindestfallzahl allein mit nicht beendeten Eingriffen erreicht werden. Unvollständig durchgeführte beziehungsweise abgebrochene Eingriffe können zudem und selbstredend keine genügende Erfahrung in der Tumorresektion am Oesophagus inklusive der unmittelbaren postoperativen Nachsorge und allfälliger Re-Operationen bei Komplikationen vermitteln. Damit können sie auch nicht als allgemeiner Indikator für die Expertise eines Spitals stehen (vgl. dazu auch nachfolgend E. 11.5.3.2). Entsprechend ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die ITT nicht als durchgeführte Eingriffe berücksichtigt hat.

**11.5** Schliesslich rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe sein Weiterentwicklungspotenzial, welches ebenfalls Bestandteil des Qualitätsmerkmals sei, ignoriert (vgl. B-act. 1 Rz. 103 ff.; 7 Rz. 9 und 20 ff.; 26 Rz. 47 f.).

**11.5.1** Hinsichtlich der diesbezüglichen Parteiäusserungen kann auf die Erwägung 11.5.1 im Urteil C-1405/2019 vom 4. April 2022 verwiesen werden (vgl. oben E. 1 zweiter Absatz).

**11.5.2** Es ist aktenkundig, dass der Beschwerdeführer am 2. Februar 2018 mit dem B. \_\_\_\_\_-Spital eine erweiterte Zusammenarbeitsvereinbarung betreffend die Leistungsbereiche VIS1.1 und VIS1.3 unterzeichnet hat (B-act. 1 Beilage 11). Hinsichtlich der Entwicklung der Fallzahlen hat der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren angegeben, dass im HSM-Bereich der Oesophagusresektion im Jahr 2017 insgesamt 10 Oesophagusresektionen (ohne ITT) erfolgt seien (B-act. 1 Beilage 24). Die von ihm prognostizierte Entwicklung ist jedoch vorliegend – aus den nachfolgend genannten Gründen (vgl. sogleich E. 11.5.3) – nicht zu berücksichtigen.

**11.5.3**

**11.5.3.1** Die Evaluation des Angebots der Leistungserbringer kann systembedingt nur retrospektiv erfolgen, wobei in der Regel auf die aktuellsten offiziellen Zahlen abzustellen ist. Es ist denkbar, dass nach Abschluss eines Spitalplanungsverfahrens die der Spitalplanung zugrundeliegenden 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 beziehungsweise die Spitalplanung entsprechend zu überarbeiten (Urteile C-2887/2019 E. 8.4; C-3413/2014 E. 10.4.1; C-2907/2008 E. 8.3.5.1; jeweils zur kantonalen Spitalplanung).

**11.5.3.2** Wie bereits dargelegt, erhält ein Spital beziehungsweise das Behandlungsteam durch die Behandlung einer Mindestzahl von Fällen Routine und Erfahrung, wodurch die Behandlungsqualität sichergestellt werden soll (vgl. Urteil C-3413/2014 E. 11.7.4; vgl. auch oben E. 11.1.3.1). Die Anzahl behandelte Fälle respektive durchgeführte ausgewählter Eingriffe gilt somit als ein allgemeiner Indikator für die bestehende Expertise in einem Spital. Dementsprechend ist es nachvollziehbar, dass die Vorinstanz gestützt auf die in der Vergangenheit erbrachten Leistungen prüfte, ob ein Leistungserbringer die massgebenden Mindestfallzahlen erreicht (vgl. auch totalrevidierte GDK-Empfehlungen zur Spitalplanung, 2018, Empfehlung 7, S. 15). Mit der retrospektiven Beurteilung der Fallzahlen kann entsprechend sichergestellt werden, dass ein Spital beziehungsweise dessen Behandlungsteam über ausreichende Erfahrung in einem Leistungsbe- reich verfügt, weshalb sich das Vorgehen nicht bloss als systembedingt, sondern auch als sachgerecht erweist (vgl. Urteil C-2887/2019 E. 8.5).

**11.5.4** Soweit der Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeergänzung aufgrund der Zusammenarbeit mit dem B. \_\_\_\_\_-Spital eine eingetretene erhebliche Änderung geltend macht, welche zur zeitnahen erneuten Revision der HSM-Planung führen würde und daher in die laufende Planung einzubeziehen gewesen wäre (vgl. B-act. 7 Rz. 9), ist vorliegend Folgendes festzuhalten: Im vom Beschwerdeführer zitierten Urteil C-2907/2008 vom 26. Mai 2011 betreffend die Spitalliste des Kantons Freiburg wurden strukturelle Veränderungen bei Leistungserbringern wie beispielsweise die (vorübergehende) Schliessung einer Abteilung eines Spitals mit Leistungsauftrag angesprochen. Gleichzeitig wurde darauf hingewiesen, dass be-

troffene Spitäler vorab beim Kanton ein Gesuch um Anpassung der Spitalliste zu stellen hätten, da der bisher erteilte Leistungsauftrag nicht nur berechtige, sondern auch verpflichte (E. 8.3.5.1). Vorliegend wurde zum einen kein solches Gesuch beim HSM-Beschlussorgan eingereicht. Zum anderen bedingt die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Kooperation mit dem B.\_\_\_\_\_ -Spital insofern keine revisionsweise Anpassung der Bedarfsdeckung und damit der Leistungsaufträge, als die berücksichtigten Leistungserbringer die schweizweit prognostizierten Oesophagusresektionen am Erwachsenen (auch im Kanton Freiburg) voraussichtlich abdecken können (vgl. oben E. 10.4), in diesem HSM-Bereich mit der Zuteilung vielmehr eine Angebotskonzentration zu erfolgen hat und sich – wie bereits dargelegt (vgl. oben E. 11.5.3.2) – die retrospektive Beurteilung der Fallzahlen durchaus als sachgerecht erweist. Entsprechend ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz nicht auf die geltend gemachte Zunahme der Fallzahlen aufgrund einer neu aufgenommenen Zusammenarbeit sowie der demographischen Entwicklung, welche im Übrigen im Rahmen der Bedarfsermittlung und -deckung durchaus berücksichtigt wurde, abgestellt hat.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Frage, welcher Beurteilungszeitraum für die Ermittlung der Mindestfallzahlen heranzuziehen wäre beziehungsweise ob es zweckmässiger wäre, einen anderen Beurteilungszeitraum zu betrachten, die Angemessenheit des angefochtenen Beschlusses betrifft, wozu sich das Bundesverwaltungsgericht nicht zu äussern hat (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG; vgl. Urteil C-5573/2017 E. 10.4). Es ist daher nicht Sache des Gerichts zu entscheiden, ob es zweckmässiger wäre, auch eine Prognose der künftigen Fallzahlen in die Beurteilung miteinzubeziehen, weil in diesem Zusammenhang keine Rechtsverletzung ersichtlich ist (vgl. dazu auch Urteil C-2887/2019 E. 8.6).

**11.6** Hinsichtlich der Rügen betreffend das Qualitätskriterium ist entsprechend festzuhalten, dass die Vorinstanz eine Prüfung der Qualität vorgenommen und das ihr zustehende weite Ermessen bei der Ausgestaltung dieses Kriteriums nicht überschritten oder gar missbraucht hat. Vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer aufgrund des Nichterreichens der Mindestfallzahl keinen Leistungsauftrag für den HSM-Bereich der Oesophagusresektion erteilt hat (vgl. dazu Urteil C-1306/2019 bzw. C-2651/2019 E. 7.3.6 mit Hinweis auf die Urteile C-4232/2014 E. 5.4.6 und C-3413/2014 E. 10.4.1).

**12.**

Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen kann offenbleiben, ob die vom Beschwerdeführer eingereichten Beilagen, wie von der Vorinstanz beantragt (vgl. B-act. 14 Rz. 36, 61, 77, 79, 81; vgl. auch oben Bst. B.f) und vom Beschwerdeführer bestritten (vgl. B-act. 26 Rz. 3, 27), als Noven aus dem Recht zu weisen wären.

**13.**

Zusammenfassend steht fest, dass der Vorinstanz im konkreten Fall keine Gehörsverletzung vorzuwerfen ist und hinsichtlich des HSM-Fachorgans keine Verletzung der Ausstandsregeln ersichtlich ist. Weiter ist der Vorinstanz keine Verletzung der Vorgaben zur Bedarfsermittlung vorzuwerfen. Auch ist keine ungenügende Bedarfsdeckung, insbesondere im Kanton Freiburg, erkennbar. Einerseits ist das CHUV als Leistungserbringer für die französischsprachige Bevölkerung des Kantons Freiburg innert nützlicher Frist erreichbar und andererseits steht im Raum Bern ein weiterer (deutschsprachiger) Leistungserbringer zur Verfügung. Ausserdem ist es aufgrund des anwendbaren Rechts nicht bundesrechtswidrig, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer infolge Nichterreichens der Mindestfallzahlen keinen Leistungsauftrag im Bereich der Oesophagusresektion erteilt hat. Es ist dabei nicht entscheidend, ob der Beschwerdeführer die leistungsspezifischen Anforderungen hinsichtlich Infrastruktur und erforderlichem Fachpersonal erfüllt und künftig gegebenenfalls in der Lage wäre, die Mindestfallzahlen zu erreichen. Die Vorinstanz durfte bei ihrem Zuteilungsentscheid, der unter anderem zum Ziel hatte, aus gesetzgeberischer Intention und Qualitätsgründen das Leistungsangebot zu konzentrieren und Überkapazitäten abzubauen, auf im vorgegebenen relevanten Zeitraum von drei Jahren erzielte Fallzahlen abstellen. Das Gesetz gibt den einzelnen Spitälern keinen Rechtsanspruch auf Aufnahme in die HSM-Spittalliste. Das HSM-Beschlussorgan hat – wie bereits erwähnt – bei der Auswahl der Leistungserbringer einen erheblichen Ermessensspielraum, welcher in Bezug auf die Angemessenheit der Entscheidung vom Bundesverwaltungsgericht nicht zu überprüfen ist; eine willkürliche Ermessensausübung liegt nicht vor. Die Anträge des Beschwerdeführers 1 auf Aufhebung des Beschlusses vom 31. Januar 2019 beziehungsweise der Verfügung vom 17. April 2019 und Erteilung eines Leistungsauftrags im Bereich der Oesophagusresektion und eventualiter die Aufhebung des erwähnten Beschlusses und der Verfügung sowie die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz sind daher abzuweisen. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet. Auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 2 ist mangels Beschwerdelegitimation nicht einzutreten.

**14.**

**14.1** Zu entscheiden bleibt die Frage, auf welchen Zeitpunkt hin die Nichterteilung des Leistungsauftrags im Bereich der hochspezialisierten komplexen Oesophagusresektion Rechtswirkungen entfalten soll, zumal der Beschwerdeführer über einen bestehenden (subsidiären) kantonalen Leistungsauftrag des Kantons Freiburg im Bereich «Oesophaguschirurgie» verfügt (vgl. oben Bst. A.f), der mit (rechtskräftigem) Entscheid über die Zuteilung des Leistungsauftrags durch das HSM-Beschlussorgan aufgehoben wird (vgl. Art. 9 Abs. 2 IVHSM).

**14.2** Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann einem Spital, das nicht mehr in die Spitalliste aufgenommen wurde oder dessen Leistungsaufträge reduziert wurden, eine Übergangsfrist von bis zu sechs Monaten eingeräumt werden. Die Übergangsfrist soll einerseits dazu dienen, die Behandlung bereits aufgenommener Patientinnen und Patienten in der fraglichen Klinik abschliessen zu können, und andererseits der betroffenen Klinik ermöglichen, allenfalls erforderliche Anpassungen in betrieblicher Hinsicht (z.B. betreffend Infrastruktur und Personal) vorzunehmen. Die Dauer der Übergangsfrist ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände festzusetzen, wobei sechs Monate den maximalen Rahmen bilden (vgl. Urteil des BVGer C-220/2012 vom 4. Juni 2012 E. 2.3.2 m.w.H.). 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 (BVGE 2010/15 E. 8.2; Urteil C-3413/2014 E. 15.3).

**14.3** Im vorliegenden Fall war der Beschwerdeführer aufgrund des subsidiären kantonalen Leistungsauftrags des Kantons Freiburg, welcher jedoch mit diesem Entscheid dahinfällt, nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die entsprechenden Behandlungen durchzuführen und musste daher weiterhin die hierfür benötigte Infrastruktur aufrechterhalten und das entsprechende Personal weiterbeschäftigen. Entsprechend ist die Übergangsfrist im vorliegenden Fall auf sechs Monate festzusetzen.

**14.4** Der Beschwerdeführer ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, während der genannten sechs Monate im bisherigen Rahmen Leistungen im Bereich der komplexen hochspezialisierten Viszeralchirurgie – Oesophagusresektion bei Erwachsenen zu Lasten der OKP abzurechnen. Soweit an-

dere Vorschriften und Verpflichtungen nicht entgegenstehen, ist es ihm unbenommen, die entsprechenden Leistungen auch vor Ablauf der Frist einzustellen (vgl. auch Urteil C-3413/2014 E. 15.4).

## **15.**

Der vorliegende Entscheid betrifft grundsätzlich alle Versicherten mit Wohnsitz in der Schweiz und insbesondere im Kanton Freiburg, weshalb eine Veröffentlichung des Dispositivs geboten ist. Die Vorinstanz wird daher eingeladen, die Ziffer 3 des Dispositivs dieses Entscheids im Bundesblatt zu veröffentlichen.

## **16.**

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

**16.1** Als unterliegende Parteien werden der Beschwerdeführer 1 sowie der Beschwerdeführer 2 kostenpflichtig (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (vgl. Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG). Für das vorliegende Verfahren sind die Verfahrenskosten auf Fr. 5'000.- festzusetzen. Dieser Betrag wird dem in dieser Höhe geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

## **16.2**

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

**16.2.2** Die unterliegenden Beschwerdeführer machen geltend, sie seien aufgrund des ineffizienten und sinnfreien Vorgehens der Vorinstanz gezwungen gewesen, eine weitere Eingabe ans Bundesverwaltungsgericht zu verfassen. Der Umstand, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführern unnötigen Mehraufwand verursacht habe, sei massgebend bei der Kostenauflegung zu berücksichtigen (vgl. B-act. 7 Rz. 4).

Die Verlegung der Parteikosten richtet sich grundsätzlich nach dem Unterliegensprinzip (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG) und die Beschwerdeführer haben

entsprechend grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Entschädigung. Davon abweichend bestimmt Art. 63 Abs. 3 VwVG, dass einer obsiegenden Partei nur Verfahrenskosten auferlegt werden dürfen, die sie durch Verletzung von Verfahrenspflichten verursacht hat. Dies entspricht dem allgemeinen Verfahrensgrundsatz, wonach unnötige Kosten zu bezahlen hat, wer sie verursacht (sog. Verursacherprinzip). Für die Parteientschädigung gilt Analoges (vgl. MARCEL MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Rz. 29 zu Art. 64 VwVG; zum Ganzen: Urteil des BGer 9C\_39/2020 vom 9. Oktober 2020 E. 2.1 f.). Bislang hat dieser Rechtsgrundsatz namentlich in Fällen der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und der daraus abgeleiteten Verpflichtung zur Entscheidungsbegründung Anwendung gefunden (vgl. Urteil des BGer 8C\_304/2018 vom 6. Juli 2018 E. 4.3.2). Ausserdem besteht nach dem klaren Wortlaut von Art. 63 Abs. 3 VwVG keine Pflicht (Urteil 9C\_39/2020 E. 3). Im Übrigen kann gemäss Art. 7 Abs. 4 VGKE von einer Parteientschädigung abgesehen werden, wenn die Kosten verhältnismässig gering sind.

Vorliegend ist keine Verletzung von Verfahrenspflichten festgestellt worden. Die Beschwerdeführer haben jedoch – nachvollziehbarerweise, um keiner Rechte verlustig zu gehen – einerseits am 21. März 2019 eine Beschwerde gegen den Beschluss vom 31. Januar 2019 und am 20. Mai 2019 andererseits eine Beschwerdeergänzung betreffend die individuelle Verfügung vom 17. April 2019 eingereicht. Allerdings ist diesbezüglich zu relativieren, dass die Beschwerdeergänzung vom 20. Mai 2019, welche 9 Seiten umfasst, diverse Verweisungen auf die Beschwerde vom 21. März 2019 enthält. Entsprechend kann bereits aufgrund des als eher gering einzuschätzenden Mehraufwands, der im Übrigen von den Beschwerdeführern auch an keiner Stelle beziffert oder substantiiert, sondern lediglich pauschal behauptet wurde, offen bleiben, ob der erwähnte Rechtsgrundsatz hinsichtlich der Zusprache einer Parteientschädigung bei Unterliegen auch auf Konstellationen anwendbar ist, in denen keine Verletzung von Verfahrenspflichten festgestellt worden ist, die Vorinstanz jedoch mit ihrer Verfahrensführung entsprechende Rügen in mehreren der vor Bundesverwaltungsgericht gegen den Beschluss vom 31. Januar 2019 anhängig gemachten Beschwerden provoziert hat.

## 17.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gegen Entscheide auf dem Gebiet der Krankenversicherung, die

das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 33 Bst. I VGG in Verbindung mit Art. 53 KVG getroffen hat, ist gemäss Art. 83 Bst. r des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) unzulässig. Der vorliegende Entscheid ist somit endgültig (vgl. auch BGE 141 V 361).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 2 wird nicht eingetreten.

**2.**

Die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 wird abgewiesen.

**3.**

Der Beschwerdeführer 1 darf in sechs Monaten ab Eröffnung dieses Urteils Eingriffe im Bereich der komplexen hochspezialisierten Viszeralchirurgie – Oesophagusresektion bei Erwachsenen nicht mehr zulasten der OKP abrechnen.

**4.**

Die Vorinstanz wird eingeladen, die Ziffer 3 dieses Dispositivs im Bundesblatt zu veröffentlichen.

**5.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.- werden den beiden Beschwerdeführern auferlegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

**6.**

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

**7.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführer, die Vorinstanz, das Bundesamt für Gesundheit und den Staatsrat des Kantons Freiburg.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Beat Weber

Tanja Jaenke

Versand: