



Urteil vom 26. September 2016

Besetzung

Richter Vito Valenti (Vorsitz),
Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz, Richter Beat Weber,
Richter Michael Peterli und Richterin Franziska Schneider
Gerichtsschreiberin Susanne Fankhauser.

Parteien

A. _____ AG,
vertreten durch Daniel Staffelbach, Rechtsanwalt, und
Dr. iur. Martin Zobl, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Beschluss vom 21. Januar 2016 über die Zuordnung der
komplexen hochspezialisierten Viszeralchirurgie zur
hochspezialisierten Medizin (HSM).

Sachverhalt:**A.**

Das Beschlussorgan der Interkantonalen Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin (nachfolgend: HSM-Beschlussorgan) beschloss am 21. Januar 2016, gestützt auf Art. 39 Abs. 2^{bis} KVG (SR 832.10) und Art. 3 Abs. 3-5 der Interkantonalen Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin vom 14. März 2008 (IVHSM), die komplexe hochspezialisierte Viszeralchirurgie der hochspezialisierten Medizin (HSM) zuzuordnen. Der ausgewählte Bereich umfasst Oesophagusresektion, Pankreasresektion, Leberresektion, tiefe Rektumresektion und komplexe bariatrische Chirurgie. Laut Rechtsmittelbelehrung kann der Beschluss innert 30 Tagen ab Datum der Publikation im Bundesblatt beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Die Publikation im Bundesblatt erfolgte am 9. Februar 2016 (BBl 2016 813; act. 1 Beilage 11).

B.

Die A. _____ AG liess, vertreten durch die Rechtsanwälte Daniel Staffebach und Martin Zobl, mit Datum vom 4. März 2016 Beschwerde erheben und folgende Rechtsbegehren stellen (act. 1):

- „1. Der Beschluss der Vorinstanz über die Zuordnung der komplexen hochspezialisierten Viszeralchirurgie zur hochspezialisierten Medizin (HSM) vom 21. Januar 2016 sei aufzuheben und zur Durchführung eines bundesrechtskonformen Verfahrens, insbesondere zur Gewährung des rechtlichen Gehörs, an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter seien der Beschwerdeführerin ihre Parteirechte, insbesondere das rechtliche Gehör, im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu gewähren und ihr eine angemessene Frist zur Stellungnahme zum Materiellem anzusetzen.

Alles unter Entschädigungs- und Kostenfolgen (zuzgl. MWST).“

Die Beschwerdeführerin macht namentlich geltend, die Vorinstanz habe ihr – mit Verweis auf die generell-abstrakte Rechtsnatur des Zuordnungsbeschlusses – die Akteneinsicht verweigert und das Recht auf Anhörung verletzt. Da es sich um eine schwerwiegende Gehörsverletzung handle, sei eine Heilung im Beschwerdeverfahren nicht möglich.

Zum Anfechtungsobjekt lässt die Beschwerdeführerin ausführen, sowohl die Vorinstanz als auch das Bundesverwaltungsgericht gingen davon aus, dass der Zuordnungsbeschluss generell-abstrakt sei. An dieser – falschen

– Auffassung könne aber nicht festgehalten werden. Der Zuordnungsbeschluss beziehe sich auf einen Einzelfall (bzw. fünf Einzelfälle) und sei als individuell-konkret, mithin als Verfügung zu betrachten. Für die Leistungserbringer, die im Bereich der Viszeralchirurgie tätig seien, zeitige der Beschluss unmittelbare Folgen, weil sie sich neu im Rahmen eines zeit- und kostenintensiven Verfahrens für die Zuteilung eines entsprechenden Leistungsauftrages bewerben müssten, wobei der Ausgang des Verfahrens höchst ungewiss sei. Da sich der Beschluss an eine bestimmte Vielzahl von Personen richte, sei von einer *Sammelverfügung* auszugehen.

Würde an der generell-abstrakten Natur des Zuordnungsbeschlusses festgehalten, ergäbe sich ein unauflösbarer Widerspruch, weil nach der Praxis auch Zuordnungsbeschlüsse der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zugänglich seien (mit Hinweis auf Urteil BVGer C-2095/2015 vom 27. Juli 2015), das Bundesverwaltungsgericht aber nicht zur abstrakten Normenkontrolle berechtigt sei. Eine Qualifikation des Zuordnungsbeschlusses als nicht anfechtbarer Akt wäre unter anderem deshalb nicht überzeugend, weil dieser spätestens im Zusammenhang mit den darauf gestützten Zuteilungsentscheiden akzessorisch anfechtbar wäre. Dies wäre verfahrensökonomisch nicht sinnvoll. Im Übrigen gehe auch die Vorinstanz von der Anfechtbarkeit des Beschlusses aus, habe sie diesen doch mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen.

C.

Der mit Zwischenverfügung vom 5. April 2016 auf CHF 5'000.- festgesetzte Kostenvorschuss (act. 5) ging am 18. April 2016 bei der Gerichtskasse ein (act. 6).

D.

Auf entsprechende Einladung des Instruktionsrichters (act. 4) liess die Vorinstanz, vertreten durch Advokatin Andrea Gysin, ihre Stellungnahme zur Eintretensfrage vom 4. Mai 2016 einreichen (act. 7). Sie beantragte, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, da es sich beim Zuordnungsbeschluss um einen nicht anfechtbaren politischen Beschluss handle. Aus der Tatsache, dass der angefochtene Beschluss mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen worden sei, könne die Beschwerdeführerin nichts ableiten. Entscheidend für die Qualifikation eines Aktes als Verfügung sei allein, ob die Strukturmerkmale einer Verfügung vorlägen oder nicht. Da weder die Adressaten des Beschlusses bestimmt seien, noch dadurch Rechte oder Pflichten eines Spitals geregelt würden, könne keine Verfügung vorliegen. Der Zuordnungsbeschluss definiere lediglich den Bereich der HSM. Dieser

Planungsschritt sei vergleichbar mit dem Versorgungsbericht beziehungsweise mit der Zuordnung von Leistungen zu den Spitalplanungs-Leistungsgruppen (SPLG) im Rahmen der kantonalen Spitalplanung. Anfechtbar seien erst die gestützt auf die Planung erlassenen Zuteilungsbeschlüsse. Im Übrigen wäre auch die Beschwerdelegitimation zu verneinen, weil die Beschwerdeführerin vom Zuordnungsbeschluss nicht besonders berührt sei und dadurch keinen unmittelbaren Nachteil erleide.

E.

Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe vom 22. Juni 2016 zu den Eintretensvoraussetzungen beziehungsweise zu den Ausführungen der Vorinstanz Stellung (act. 12). Insbesondere hielt sie daran fest, dass es sich beim Zuordnungsbeschluss um einen individuell-konkreten Akt und somit um eine (anfechtbare) Verfügung handle. Der angefochtene Beschluss greife unmittelbar in schutzwürdige Interessen der Beschwerdeführerin ein, ohne dass es eines weiteren Umsetzungsaktes bedürfe. Auch sei der Adressatenkreis ohne Weiteres bestimmbar. Im Übrigen sei die Vorinstanz bei Erlass des Beschlusses offensichtlich noch von dessen Anfechtbarkeit ausgegangen, ansonsten hätte sie diesen nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Wenn sie nun den gegenteiligen Standpunkt einnehme, verhalte sie sich widersprüchlich. Art. 12 Abs. 1 IVHSM sehe in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht vor, dass Beschlüsse betreffend hochspezialisierte Medizin beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar seien.

F.

Mit Datum vom 1. Juli 2016 reichte die Beschwerdeführerin eine „Noveneingabe“ zu den Akten und beantragte subeventualiter zu den Rechtsbegehren gemäss Beschwerde vom 4. März 2016, es seien die ihr im Zusammenhang mit der Stellungnahme vom 22. Juni 2016 und der vorliegenden Noveneingabe entstandenen Aufwendungen bei der Festlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu berücksichtigen, insbesondere durch Erlass der Verfahrenskosten (act. 15). Anlass zur vorliegenden Eingabe bilde das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-225/2015 (recte: C-2251/2015) vom 9. Juni 2016 (veröffentlicht am 24. Juni 2016; zur BVGE-Publikation vorgesehen), welches gemäss Medienmitteilung als Grundsatzurteil zu betrachten sei.

Zusammengefasst beanstandet die Beschwerdeführerin insbesondere, das Bundesverwaltungsgericht habe im Urteil C-2251/2015 die Anfechtbarkeit eines Zuordnungsbeschlusses verneint, ohne sich hinreichend mit der

Rechtsnatur des Zuordnungsbeschlusses (und mit den von der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren vorgebrachten Argumenten zum Verfügungscharakter) auseinanderzusetzen. Die Begründung des Urteils sei sowohl ungenügend als auch falsch. Die Auslegung der IVHSM sei zu Unrecht nicht nach den Regeln der Vertragsauslegung erfolgt. Zudem seien die Ausführungen zur Beschwerdelegitimation unhaltbar. Das Bundesverwaltungsgericht verletzte den Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerin und seine Begründungspflicht massiv, wenn es seinen Entscheid nur auf eine Beschwerde stütze, ohne sich mit sämtlichen entscheidungswesentlichen Vorbringen aus allen hängigen Verfahren auseinanderzusetzen. Dazu gehöre selbstredend, dass es die pendenten Stellungnahmen der involvierten Parteien abwarte, bevor es entscheide. Dem Urteil C-2251/2015 könne kein präjudizieller Charakter für weitere und insbesondere nicht für das vorliegende Verfahren zukommen.

G.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Streitig und (von Amtes wegen) zu prüfen ist, ob ein beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbarer Akt vorliegt.

1.1 Gegen Beschlüsse des HSM-Beschlussorgans im Sinne von Art. 39 Abs. 2^{bis} KVG (SR 832.10) kann beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde nach Art. 53 Abs. 1 KVG geführt werden (BVGE 2012/9 E. 1). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 VGG und Art. 53 Abs. 2 Satz 1 KVG grundsätzlich nach den Vorschriften des VwVG. Vorbehalten bleiben allfällige Abweichungen des VGG und die besonderen Bestimmungen des Art. 53 Abs. 2 KVG.

1.1.1 Nach Art. 39 Abs. 2^{bis} KVG beschliessen die Kantone im Bereich der hochspezialisierten Medizin gemeinsam eine gesamtschweizerische Planung (Satz 1). Kommen sie dieser Aufgabe nicht zeitgerecht nach, so legt der Bundesrat fest, welche Spitäler für welche Leistungen auf den kantonalen Spitallisten aufzuführen sind (Satz 2). Zur Umsetzung dieser bundesrechtlichen Vorgabe verabschiedete die Schweizerische Konferenz der

kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) am 14. März 2008 die Interkantonale Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin (IVHSM), die – nachdem alle Kantone beigetreten sind – am 1. Januar 2009 in Kraft getreten ist (vgl. < <http://www.gdk-cds.ch> > Themen > Hochspezialisierte Medizin, besucht am 11.08.2016). Gemäss Art. 3 Abs. 3 IVHSM bestimmt das HSM-Beschlussorgan die Bereiche der hochspezialisierten Medizin, die einer schweizweiten Konzentration bedürfen, und trifft die Planungs- und Zuteilungsentscheide. Hierzu erstellt es eine Liste der Bereiche der hochspezialisierten Medizin und der mit der Erbringung der definierten Leistungen beauftragten Zentren. Die Liste wird periodisch überprüft. Sie gilt als gemeinsame Spitalliste der Vereinbarungskantone gemäss Art. 39 KVG. Die Zuteilungsentscheide werden befristet (Art. 3 Abs. 4 IVHSM). Art. 9 Abs. 1 IVHSM hält zudem fest, dass die Vereinbarungskantone ihre Zuständigkeit gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG zum Erlass der Spitalliste für den Bereich der hochspezialisierten Medizin dem HSM-Beschlussorgan übertragen. Ab dem Zeitpunkt der Bestimmung eines HSM-Bereiches und seiner Zuteilung an HSM-Zentren gelten abweichende Spitallistenzulassungen der Kantone im entsprechenden Umfang als aufgehoben (Art. 9 Abs. 2 IVHSM). Gemäss Art. 12 Abs. 1 IVHSM kann gegen Beschlüsse betreffend Festsetzung der gemeinsamen Spitalliste nach Art. 3 Abs. 3 und 4 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde nach Art. 53 KVG geführt werden.

1.1.2 Soweit das HSM-Beschlussorgan einzelnen Spitälern Leistungsaufträge zuteilt und spezifiziert (Zuteilungsentscheid), liegt ein Spitallistenbeschluss im Sinne von Art. 39 Abs. 2^{bis} KVG vor. Beim Zuteilungsentscheid handelt es sich wie bei den kantonalen Spitallisten im Sinne von Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG um ein Rechtsinstitut sui generis, welches sowohl Elemente einer Verfügung als auch solche eines Rechtssatzes enthält (grundlegend BVGE 2013/45 E. 1.1; 2012/9 E. 3). Für die Bestimmung des Anfechtungsgegenstandes zentral ist, dass eine Spitalliste aus einem Bündel von Individualverfügungen besteht (BVGE 2012/9 E. 3.2.6).

1.1.3 Hier ist jedoch nicht ein Zuteilungsentscheid angefochten, sondern ein Entscheid über die Zuordnung eines Bereichs (vorliegend der Viszeralchirurgie) zur hochspezialisierten Medizin. Der Zuordnungsentscheid unterscheidet sich funktionell und hinsichtlich seiner Rechtsnatur vom Zuteilungsentscheid. Mit dem Zuordnungsentscheid wird – wie das Bundesverwaltungsgericht in BVGE 2013/46 erkannt hat – nicht individuell-konkret über Leistungsaufträge entschieden, sondern in generell-abstrakter Weise

definiert, welche Bereiche zur HSM gehören. Der Zuordnungsentscheid bildet die Voraussetzung und die Ausgangslage für die Zuteilung der Leistungsaufträge (BVGE 2013/46 E. 1.1.2; vgl. auch C-2251/2015 E. 2.4).

1.2 Fest steht, dass Zuordnungsentscheide nicht beim Bundesgericht angefochten werden können und die Streitsache grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich des Bundesverwaltungsgerichts fällt (vgl. C-2251/2015 E. 2.4 und 2.5; Urteile BGer 9C_251/2015 vom 12. Mai 2015 und 9C_252/2015 vom 12. Mai 2015).

1.3 Im – von der Beschwerdeführerin in ihrer Noveneingabe kritisierten – Urteil C-2251/2015 kam das Bundesverwaltungsgericht aufgrund einer Auslegung der IVHSM zum Schluss, die Vertragsparteien der IVHSM seien bereits von einem zweistufigen Verfahren (zuerst Zuordnung, dann Zuteilung) ausgegangen und hätten nur gegen Zuteilungsbeschlüsse eine Beschwerde nach Art. 53 KVG zulassen wollen (C-2251/2015 E. 3.3). Dass die IVHSM kein Rechtsmittel (an das Bundesverwaltungsgericht) gegen Zuordnungsbeschlüsse vorsehe, sei system- und bundesrechtskonform, denn Zuordnungsbeschlüsse seien generell-abstrakter Natur. Eine abstrakte Normenkontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht habe der Gesetzgeber jedoch nicht vorgesehen (E. 3.3 – 5.3).

1.4 Die Beschwerdeführerin macht geltend, im Urteil C-2251/2015 setze sich das Bundesverwaltungsgericht nicht (hinreichend) mit der Rechtsnatur des Zuordnungsbeschlusses auseinander. Daher verkenne es, dass dieser individuell-konkreten Charakter habe und unmittelbare, äusserst einschneidende Konsequenzen für die betroffenen Leistungserbringer nach sich ziehe (act. 15 Rz. 16). Der Beschluss regle einen in sich geschlossenen Sachverhalt für eine Reihe von bestimmbar Leistungserbringern verbindlich und definitiv. Es handle sich um eine Anordnung, mit welcher fünf viszeralchirurgische Eingriffe beziehungsweise Leistungen aufgrund der in der IVHSM festgelegten Kriterien der HSM zugeordnet würden. Es gehe hier mithin um Rechtsanwendung beziehungsweise Subsumtion. Für die Leistungserbringer, die im Bereich der Viszeralchirurgie tätig seien, und somit auch für die Beschwerdeführerin, zeitige der Beschluss unmittelbare Folgen. Für sie bedeute der Zuordnungsbeschluss, dass ihr der bisherige, rechtskräftig erteilte Leistungsauftrag im betreffenden Bereich entzogen werde und sie sich neu im Rahmen eines zeit- und kostenintensiven Verfahrens für die Zuteilung eines entsprechenden Leistungsauftrages bewerben müsse, wobei der Ausgang des Verfahrens höchst ungewiss sei (act. 1

Rz. 31). Als weitere unmittelbare Auswirkungen des Zuordnungsbeschlusses fügt sie unter anderem an, dass es bei den Zuweisungen für die betreffenden Eingriffe bereits vor dem Zuteilungsentscheid zu einer Verlagerung zu den grossen Zentrumsspitalern kommen würde. Dies führe bei der Beschwerdeführerin namentlich zu sinkenden Fallzahlen in diesen Bereichen, Mindereinnahmen, Planungsunsicherheiten und erschwere die Rekrutierung von qualifiziertem Personal (act. 12 Rz. 8).

1.4.1 Nach Art. 5 Abs. 1 VwVG gelten als Verfügungen Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und zum Gegenstand haben: Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten (Bst. a); Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfangs von Rechten und Pflichten (Bst. b); Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten und Pflichten oder das Nichteintreten auf ein solches Begehren (Bst. c). Als Verfügungen gelten mithin autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (BGE 139 V 72 E. 2.2.1; 139 V 143 E. 1.2).

Zu den Erlassen (Rechtssätzen) zählen Anordnungen generell-abstrakter Natur, die für eine unbestimmte Vielzahl von Menschen gelten und eine unbestimmte Vielheit von Tatbeständen regeln, ohne Rücksicht auf einen bestimmten Einzelfall oder auf eine einzelne Person, d.h. die letztlich Allgemeinverbindlichkeit beanspruchen (BGE 139 V 72 E. 2.2.1; 135 II 38 E. 4.3 mit Hinweisen). Ein Rechtssatz begründet Rechte oder Pflichten der Parteien oder regelt die Organisation, Zuständigkeit oder die Aufgaben von Behörden oder das Verfahren (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 340; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 101 Rz. 6 ff.). Zu den Rechtssätzen gehören auch die interkantonalen Erlasse, interkantonale rechtsetzende Verträge unter Einschluss der Konkordate sowie Erlasse interkantonomer Organe (vgl. Urteil des BGer 2C_561/2007 vom 6. November 2008 E. 1.1 mit Hinweisen). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist überdies auch bei einer Kombination von Elementen einer Verfügung mit normativen Bestimmungen in einem Text der ganze Text als "texte normatif" zu qualifizieren (BGE 139 II 384; zum Ganzen: C-2251/2015 E. 4.2).

Als Allgemeinverfügungen gelten Anordnungen, die nicht individuell-konkret, sondern generell-konkret sind, d.h. zwar einen spezifischen Sachverhalt regeln, aber eine unbestimmte Zahl von Adressaten betreffen (BGE 134 II 272 E. 3.2; 126 II 300 E. 1a; 125 I 313 E. 2a; Urteil des BGer 2C_585/2009 vom 31. März 2010 E. 2.2). Die Allgemeinverfügung ist dementsprechend eine Rechtsform zwischen Rechtssatz und Verfügung. Wie die Verfügung regelt sie einen konkreten Fall, jedoch richtet sie sich im Unterschied zu dieser an einen grösseren, individuell nicht bestimmten Adressatenkreis, wobei dieser offen (unbestimmt) oder geschlossen (bestimmbar) sein kann (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 935). Allgemeinverfügungen werden in Bezug auf ihre Anfechtbarkeit aber nur dann wie Verfügungen behandelt, wenn sie ohne konkretisierende Anordnung einer Behörde angewendet und vollzogen werden können (BGE 139 V 143 E. 1.2; 139 V 72 E. 3.1.1; 134 II 272 E. 3.2; C-2251/2015 E. 4.4 m.w.H.).

Als Sammelverfügungen werden zum Teil Allgemeinverfügungen mit geschlossenem Adressatenkreis bezeichnet (vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, S. 105). Der Begriff der Sammelverfügung wird in Lehre und Rechtsprechung jedoch kaum verwendet.

1.4.2 Im Urteil C-2251/2015 hat das Bundesverwaltungsgericht erwogen, nach seiner bisherigen Rechtsprechung unterscheide sich der Zuordnungsbeschluss funktionell und hinsichtlich seiner Rechtsnatur vom Zuteilungsentscheid. Während mit dem Zuteilungsentscheid über individuell-konkrete Leistungsaufträge an einzelne Spitäler entschieden werde, definiere die Zuordnung zur HSM als Voraussetzung für den Zuteilungsentscheid in generell-abstrakter Weise diejenigen Bereiche, die zur HSM gehörten (mit Hinweis auf BVGE 2013/45 E. 1.1.2 und 2013/46 E. 1.1.2). Unter diesem Aspekt gleiche das Verfahren einem Rechtsetzungsverfahren (mit Hinweis auf Urteil BVGer C-4154/2011 vom 5. Dezember 2013 E. 6.2.2.1). Die kantonale Spitalliste werde denn auch erst durch den Zuteilungsentscheid des HSM-Beschlussorgans aufgehoben und nicht schon bei einer Zuordnung eines Bereichs zur hochspezialisierten Medizin (vgl. Art. 9 Abs. 2 IVHSM). Der Zuordnungsbeschluss begründe sodann keine Rechte und Pflichten von Privaten (Leistungserbringern, Versicherten bzw. Ärzten), sondern definiere – generell-abstrakt und nicht generell-konkret – die Bereiche der HSM, die der Planungshoheit der einzelnen Kantone entzogen würden (C-2251/2015 E. 4.5).

1.4.3 Diese Begründung, weshalb der Zuordnungsbeschluss nicht als Allgemeinverfügung zu qualifizieren ist, trifft auch für die Verneinung einer Individual-Verfügung zu. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Adressaten des Zuordnungsbeschlusses seien bestimmt oder zumindest ohne Weiteres bestimmbar, kann ihr nicht gefolgt werden. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits im Urteil C-4154/2011 (E. 6.2.2.1) festgestellt hat, betrifft die Zuordnung zur HSM eine unbestimmte Anzahl Spitäler in der ganzen Schweiz, welche potentiell Leistungen im Bereich, welcher der HSM zugeordnet wird, erbringen könnten (sowie weitere interessierte Kreise), mithin nicht nur die Spitäler, die aktuell über einen Leistungsauftrag im betreffenden Bereich verfügen. Entscheidend ist aber, dass keine Rechte oder Pflichten von Spitalern verbindlich und erzwingbar geordnet werden, der Zuordnungsbeschluss ist nicht auf Rechtswirkungen ausgerichtet. Ob er allenfalls auch gewisse rechtliche Konsequenzen hat, ist nicht massgebend (vgl. HÄFELIN/ MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 867). Der kantonale Leistungsauftrag im Bereich Viszeralchirurgie wird der Beschwerdeführerin durch den Zuordnungsbeschluss (noch) nicht entzogen. Dass dies später mit dem Zuteilungsentscheid erfolgen wird, vermag die Verfügungsqualität des Zuordnungsbeschlusses nicht zu begründen. Bei den von der Beschwerdeführerin angeführten Konsequenzen (bspw. Aufwand durch neues Bewerbungsverfahren mit ungewissem Ausgang und entsprechenden Planungsunsicherheiten) geht es zudem primär um Auswirkungen tatsächlicher (nicht rechtlicher) Natur.

1.4.4 Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Konsequenzen grundsätzlich in gleicher Weise eintreten, wenn auf kantonaler Ebene ein neues Spitalplanungsverfahren eröffnet wird. Die Kantone haben gemäss Art. 39 KVG und den Planungskriterien nach Art. 58a ff. KVV den Bedarf zu ermitteln, die Leistungserbringer auszuwählen und den ermittelten Bedarf mittels Leistungsaufträgen zu sichern. Sie sind zur periodischen Überprüfung ihrer Planung verpflichtet (Art. 58a Abs. 2 KVV). Ob beziehungsweise welche Leistungsaufträge einem Spital erteilt werden, kann bei Eröffnung eines Spitalplanungsverfahrens noch nicht feststehen, was – zusätzlich zu einem nicht unerheblichen Aufwand – ohne Zweifel zu Unsicherheiten bei den sich bewerbenden Leistungserbringern führt. Da aber nicht die Spitalplanung als solche, sondern erst der auf dieser Planung beruhende Spitalistenbeschluss (bzw. die Verfügung, welche das die Beschwerde führende Klinik betreffende Rechtsverhältnis regelt [BVGE 2012/9 E. 3.3]) anfechtbar ist (vgl. RKUV 2001 KV 183 [nur elektronische Publikation] E. 1.1.1 mit Hinweis; GEBHARD EUGSTER, in: Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, E. Krankenversicherung,

Rz. 864), könnte ein bisher zugelassener Leistungserbringer auch nicht gegen die Eröffnung eines kantonalen Spitalplanungsverfahrens (bzw. gegen einzelne Schritte im Rahmen des Spitalplanungsverfahrens) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben.

1.4.5 Der Zuordnungsentscheid bildet die Voraussetzung und die Ausgangslage für die Zuteilung der Leistungsaufträge (E. 1.1.3 mit Hinweisen). Bei der Definition einer bestimmten Behandlung als HSM handelt es sich um einen ersten (wesentlichen) Schritt für die gesamtschweizerische Planung im Sinne von Art. 39 Abs. 2^{bis} KVG beziehungsweise die Erstellung der gemeinsamen Spitalliste, die mit der Zuteilung an die Leistungserbringer ihren Abschluss findet (vgl. C-2251/2015 E. 2.4). Zuordnungsbeschlüsse fallen daher – wie andere Entscheide im Rahmen der Spitalplanung – nicht in den Anwendungsbereich von Art. 53 Abs. 1 KVG.

1.5 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Anfechtbarkeit des Zuordnungsbeschlusses ergebe sich auch aus Art. 12 IVHSM (vgl. act. 12 Rz. 13 ff.). Als interkantonale Vereinbarung stelle die IVHSM einen öffentlich-rechtlichen Vertrag dar, welcher gleich wie privatrechtliche Verträge nach dem Vertrauensprinzip auszulegen sei. Deshalb wäre zunächst der wirkliche Wille der Vertragsparteien, subsidiär deren mutmasslicher (normativer) Wille zu ermitteln gewesen. Zudem sei der Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 IVHSM unmissverständlich. Im Urteil C-2251/2015 habe das Bundesverwaltungsgericht aber bei der Auslegung der IVHSM die Regeln der Vertragsauslegung nicht beachtet (act. 15 Rz. 18 ff.).

1.5.1 Es trifft zwar zu, dass interkantonale Vereinbarungen öffentlich-rechtlicher Natur sind (vgl. TOBIAS JAAG, in: Biaggini/Gächter/Kiener [Hrsg.], Staatsrecht, 2. Aufl. 2015 § 14 Rz. 4). Es ist jedoch zwischen den verschiedenen Arten von Vereinbarungen zu unterscheiden, insbesondere zwischen rechtsetzenden und rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen (WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, Art. 48 Rz. 21; JAAG, a.a.O. Rz. 4 ff.). Den Regeln für verwaltungsrechtliche Verträge unterliegen primär rechtsgeschäftliche Vereinbarungen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1302). Rechtsetzende Vereinbarungen können – wie völkerrechtliche Verträge – ganz oder teilweise unmittelbar anwendbar (self-executing) sein oder einer Umsetzung durch den kantonalen Gesetzgeber bedürfen (JAAG, a.a.O. Rz. 5; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 133 ff.). Die Auslegung von unmittelbar rechtsetzenden Bestimmungen erfolgt nach den üblichen, für Rechtssätze geltenden Grundsätzen (WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE, a.a.O.,

Art. 48 Rz. 21), wobei das interkantonale Recht in der Normenhierarchie zwischen kantonalem Recht und Bundesrecht steht (vgl. HÄFELIN/HALLER ET AL., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, Rz. 1272; JAAG, a.a.O., Rz. 13 f.; siehe auch Art. 48 Abs. 5 BV).

1.5.2 Interkantonale Vereinbarungen rechtsetzender Natur können – sofern sie unmittelbar anwendbar sind – wie kantonale Erlasse abstrakt beim Bundesgericht angefochten werden (vgl. Art. 82 Bst. b BGG; BGE 137 I 31 E. 1.3; HEINZ AEMISEGGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2013, Art. 82 Rz. 24). Nach ständiger Rechtsprechung hebt das Bundesgericht eine kantonale (bzw. interkantonale) Norm aber nur auf, sofern sie sich jeglicher verfassungs- und konventionskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich bleibt. Es ist grundsätzlich vom Wortlaut der Gesetzesbestimmung auszugehen und der Sinn nach den überkommenen Auslegungsmethoden zu bestimmen. Eine verfassungs- und konventionskonforme Auslegung ist namentlich zulässig, wenn der Normtext lückenhaft, zweideutig oder unklar ist. Der klare und eindeutige Wortsinn darf indes nicht durch eine verfassungskonforme Interpretation beiseitegeschoben werden (BGE 140 I 2 E. 4; 137 I 31 E. 2 mit Hinweisen).

1.5.3 Die IVHSM weist unmittelbar rechtsetzenden Charakter auf (BVGE 2014/4 E. 3.2.2.2), weshalb sie nicht nach den Regeln für privatrechtliche Verträge, sondern nach denjenigen für (kantonale) Erlasse auszulegen ist. Bei der verfassungskonformen Auslegung der IVHSM ist namentlich zu berücksichtigen, dass der in Art. 49 Abs. 1 BV verankerte Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts auch für interkantonales Recht gilt. Art. 48 Abs. 3 BV hält nochmals ausdrücklich fest, dass Verträge zwischen Kantonen dem Recht und den Interessen des Bundes (sowie den Rechten anderer Kantone) nicht zuwiderlaufen dürfen (vgl. auch WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE, a.a.O. Rz. 39 und 43 f.). Der Grundsatz des Vorrangs von Bundesrecht nach Art. 49 Abs. 1 BV schliesst in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend regelt, eine Rechtssetzung durch die Kantone aus. In Sachgebieten, die das Bundesrecht nicht abschliessend ordnet, dürfen die Kantone nur solche Vorschriften erlassen, die nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln (BGE 137 I 31 E. 4.1). Hält eine kantonale oder interkantonale Bestimmung lediglich deklaratorisch fest, was sich bereits aus dem Bundesrecht ergibt, liegt keine Normenkollision im Sinne von Art. 49 Abs. 1 BV vor, selbst wenn das Bundesrecht das be-

treffende Sachgebiet abschliessend regelt. Ob Wiederholungen von Bundesrecht im kantonalen (oder interkantonalen) Recht, z.B. aus Gründen der besseren Verständlichkeit, als Kompetenzkonflikte und als im Sinne von Art. 49 Abs. 1 BV dem Bundesrecht entgegenstehend zu qualifizieren sind, ist umstritten (vgl. ALEXANDER RUCH, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 49 Rz. 15 mit Hinweisen). Aus der in Art. 3 und Art. 49 Abs. 1 BV zum Ausdruck kommenden bundesstaatlichen Normenhierarchie fliesst eine Pflicht zur bundesrechtskonformen Auslegung des interkantonalen Rechts (BERNHARD WALDMANN, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, Art. 49 Rz. 16 i.V.m. Rz. 10).

1.5.4 Art. 12 Abs. 1 IVHSM sieht vor, dass gegen Beschlüsse betreffend Festsetzung der gemeinsamen Spitalliste (nach Art. 3 Abs. 3 und 4 IVHSM) Beschwerde nach Art. 53 KVG erhoben werden kann. Welche Rechtsakte beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar sind, wird durch das Bundesrecht geregelt (vgl. Art. 191a Abs. 2 BV; Art. 1 ff. VGG). Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, 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. Unabhängig von ihrer Rechtsnatur sind zudem die in Art. 53 Abs. 1 KVG aufgeführten Beschlüsse von Kantonsregierungen beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar. Allerdings enthält Art. 53 Abs. 1 KVG eine nur unvollständige Liste der anfechtbaren Beschlüsse, wie die Rechtsprechung verschiedentlich festgestellt hat (vgl. BVGE 2012/9 E. 1.2.3.2 f. mit Hinweisen; BVGE 2013/7 E. 1.2). Insbesondere bei Spitallistenbeschlüssen nach Art. 39 KVG ist zu beachten, dass auch nicht von der Kantonsregierung erlassene Beschlüsse anfechtbar sind, sofern gemäss kantonaler Zuständigkeitsordnung beziehungsweise kraft kantonalrechtlicher Übertragung der Entscheidzuständigkeit nicht die Kantonsregierung, sondern eine andere kantonale oder – wie im Bereich der HSM – eine interkantonale Behörde für den Beschluss zuständig ist (BVGE 2012/9 E. 1.2.3.2; 2013/45 E. 2.2). Vor diesem Hintergrund erscheint ohne Weiteres nachvollziehbar, dass in der IVHSM nochmal verdeutlicht werden sollte, dass es sich bei der Festsetzung der gemeinsamen Spitalliste um einen Beschluss im Sinne von Art. 53 Abs. 1 KVG handelt. Wie bereits in BVGE 2012/9 festgestellt, sollte Art. 12 Abs. 1 IVHSM nicht eine bundesrechtlich

nicht vorgesehene Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts begründen (BVGE 2012/9 E. 1.2.3).

1.5.5 Im Urteil C-2251/2015 hat das Bundesverwaltungsgericht insbesondere gestützt auf den Wortlaut von Art. 12 IVHSM und die Materialien erkannt, dass sich die in Art. 12 Abs. 1 IVHSM vorgesehene Beschwerdemöglichkeit nur auf Zuteilungsbeschlüsse beziehungsweise nicht auf Zuordnungsentscheide bezieht (C-2251/2015 E. 3.3.3). Weiter stellte es fest, dass diese Regelung system- und bundesrechtskonform ist (C-2251/2015 E. 3.4-5.3). Da der Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 IVHSM einer bundesrechtskonformen Auslegung nicht entgegensteht, ist von diesem Auslegungsergebnis auszugehen. Ob Art. 12 Abs. 1 IVHSM auch in dem Sinne interpretiert werden könnte, dass sowohl Zuteilungs- als auch Zuordnungsbeschlüsse anfechtbar wären, ist nicht entscheidend, denn die IVHSM könnte keinen Rechtsweg an das Bundesverwaltungsgericht öffnen, der bundesrechtlich nicht vorgesehen oder zumindest geboten (betreffend Art. 29a BV [Rechtsweggarantie] vgl. C-2251/2015 E. 5.2) ist (vgl. auch Urteil BGer 2C_399/2012 vom 8. Juni 2012 E. 2.5, wonach Art. 53 KVG i.V.m. Art. 83 Bst. r BGG den Rechtsweg gegenüber kantonalen Spitallistenbeschlüssen abschliessend regelt und die Kantone nicht zusätzlich ein Rechtsweg an ein kantonales Gericht vorsehen können).

1.6 Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, eine Qualifikation des Zuordnungsbeschlusses als nicht anfechtbarer Akt wäre auch deshalb nicht überzeugend, weil dieser spätestens im Zusammenhang mit den darauf gestützten Zuteilungsentscheiden akzessorisch anfechtbar wäre. Die Erkenntnis, dass dies verfahrensökonomisch nicht sinnvoll wäre, habe das Bundesverwaltungsgericht vermutlich dazu bewegt, eine Zuteilung des Verfahrens in Zuordnung und Zuteilung zu fordern (act. 1 Rz. 34).

1.6.1 Zur Begründung, weshalb im HSM-Bereich ein zweistufiges Verfahren erforderlich ist, kann auf BVGE 2013/46 (E. 6-8) verwiesen werden; vorliegend erübrigen sich weitere Ausführungen dazu. Weshalb eine nur akzessorische Anfechtbarkeit der Zuordnungsentscheide verfahrensökonomisch nicht sinnvoll sein soll, wird von der Beschwerdeführerin nicht weiter begründet und ist auch nicht ersichtlich. Die Anfechtbarkeit der Spitallistenbeschlüsse beziehungsweise die Überprüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts sind in Beschwerdeverfahren gegen kantonale Spitallistenbeschlüsse und gegen HSM-Zuteilungsbeschlüsse gleich (betreffend Anfechtungsgegenstand vgl. E. 1.4.4 und 1.4.5).

1.6.2 Mit Beschwerde gegen einen Spitallistenentscheid im Sinne von Art. 39 KVG kann die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Nicht zulässig ist hingegen die Rüge der Unangemessenheit (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG i.V.m. Art. 49 VwVG). Bei der Spitalplanung und beim Erlass der Spitalliste verfügt die zuständige Behörde über einen erheblichen Ermessensspielraum (Urteile BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016 E. 1.5, C-401/2012 vom 28. Januar 2014 E. 3.2, C-6088/2011 vom 6. Mai 2014 E. 2.5.3.2 und C-4302/2011 vom 15. Juli 2015 E. 4.1; vgl. auch BGE 132 V 6 E. 2.4.1 mit Hinweisen).

Die unrichtige Anwendung von kantonalem oder interkantonalem Recht stellt hingegen 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 BV), vorliegt (vgl. BVGE 2010/51 E. 3.2; 2C_399/2012 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 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.

1.7 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Zuordnungsbeschlüsse des HSM-Beschlussorgans nicht beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können.

2.

Zu befinden bleibt abschliessend über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

2.1 Die Beschwerdeführerin beantragt subeventualiter, es seien die ihr im Zusammenhang mit der Stellungnahme vom 22. Juni 2016 und der Noveneingabe vom 1. Juli 2016 entstandenen Aufwendungen bei der Festlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu berücksichtigen, insbesondere durch Erlass der Verfahrenskosten.

2.1.1 Zur Begründung macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und ein widersprüchliches Verhalten des Bundesverwaltungsgerichts geltend, weil das Urteil C-2251/2015 gefällt worden sei, obwohl im vorliegenden Verfahren die der Beschwerdeführerin angesetzte Frist zur Stellungnahme betreffend Eintretensvoraussetzungen noch nicht abgelaufen gewesen sei. Hätte die Beschwerdeführerin gewusst, dass sich das Gericht seine Meinung zur Eintretensfrage bereits gemacht hatte, hätte sie selbstverständlich auf weitere Eingaben verzichtet und damit entsprechende Kosten gespart. Weiter führt sie aus, zur Noveneingabe habe sie sich gezwungen gesehen, weil das Urteil C-2251/2015 offensichtliche Mängel aufweise.

2.1.2 Anspruch auf rechtliches Gehör haben die Parteien (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 29 Abs. 2 VwVG). Im Verfahren C-2251/2015 war die Beschwerdeführerin nicht Partei und daher nicht anzuhören. Aus dem Gehörsanspruch und der daraus fliessenden Begründungspflicht (vgl. BGE 136 I 229 E. 5.2; C-4232/2014 E. 3.1 mit Hinweisen) kann sie nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der Antrag auf Erlass der Verfahrenskosten ist demnach abzuweisen.

2.1.3 Die Verfahrenskosten sind vorliegend auf CHF 2'000.- festzusetzen und der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Betrag wird dem Kostenvorschuss von CHF 5'000.- entnommen. Der Restbetrag von CHF 3'000.- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

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

3.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ist unzulässig (vgl. E. 1.2 mit Hinweisen; Art. 83 Bst. r BGG; BGE 141 V 361). Das vorliegende Urteil ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

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

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahlungsadresse)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. BBI 2016 813; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Gesundheit (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Vito Valenti

Susanne Fankhauser

Versand: