



## Urteil vom 7. September 2023

---

Besetzung

Richter Michael Peterli (Vorsitz),  
Richter Christoph Rohrer, Richter Vito Valenti,  
Gerichtsschreiberin Julia Pandey.

---

Parteien

**Praxisklinik Rennbahn AG,**  
vertreten durch Dr. iur. Thomas Eichenberger, Rechtsanwalt,  
und Dr. Claudio Helmle, Rechtsanwalt, Kellerhals Carrard  
Bern KIG,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**1. Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt,**  
Staatskanzlei,  
handelnd durch das Gesundheitsdepartement des Kantons  
Basel-Stadt,  
Vorinstanz,

**2. Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft,**  
Landeskanzlei,  
handelnd durch Volkswirtschafts- und Gesundheitsdirektion  
des Kantons Basel-Landschaft,  
Vorinstanz,

beide vertreten durch lic. iur. Andrea Gysin, Advokatin, und  
MLaw Alexander Schwab, Advokat, gysin rechtsanwälte.

---

---

Gegenstand

Krankenversicherung, Spitalisten Akutsomatik der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft per 1. Juli 2021 (Beschluss vom 25. Mai 2021).

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

Die Praxisklinik Rennbahn AG (nachfolgend: Praxisklinik Rennbahn) war auf der Spitalliste 2018 des Kantons Basel-Landschaft mit einem Leistungsauftrag für 13 Leistungsgruppen in diversen Leistungsbereichen aufgeführt. Im Leistungsbereich Basispaket verfügte sie über einen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe BPE (Basispaket für elektive Leistungserbringer). Im Bereich Bewegungsapparat hatte sie einen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen BEW1 (Chirurgie Bewegungsapparat), BEW2 (Orthopädie), BEW3 (Handchirurgie), BEW4 (Arthroskopie der Schulter und des Ellbogens), BEW5 (Arthroskopie des Knies), BEW6 (Rekonstruktion obere Extremität), BEW7 (Rekonstruktion untere Extremität) und BEW10 (Plexuschirurgie) zugesprochen erhalten. Für die Gruppen BEW7.1 (Erstprothese Hüfte), BEW7.2 (Erstprothese Knie) und BEW7.3 (Wechseloperationen Hüft- und Knieprothesen) hatte sie einen bis am 31. Dezember 2020 befristeten Leistungsauftrag. Weiter umfasste ihr Leistungsauftrag im Bereich der Rheumatologie die Gruppe RHE1 (Rheumatologie).

Die Spitalliste Akutsomatik 2018–2020 des Kantons Basel-Stadt verwies mit Bezug auf die Praxisklinik Rennbahn auf den Leistungsauftrag der damals geltenden Spitalliste 2018 des Kantons Basel-Landschaft.

**B.**

**B.a** Die Spitallisten 2021 der Kantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt sind aufgrund des Staatsvertrags zwischen den beiden Kantonen betreffend Planung, Regulation und Aufsicht in der Gesundheitsversorgung vom 6. Februar 2018 (vgl. Systematische Gesetzessammlung der Kantone Basel-Stadt SG 333.200 und Basel-Landschaft SGS 930.001) gleichlautend.

**B.b** Am 4. September 2019 wurde das Bewerbungsverfahren für die gleichlautenden Spitallisten 2021 der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft eröffnet. Mit Formular vom 30. Oktober 2019 bewarb sich die Praxisklinik Rennbahn um einen Leistungsauftrag für die 13 bisherigen Leistungsgruppen sowie neu für die Gruppe KINB (Basis-Kinderchirurgie; Vorakten 12.002).

**B.c** Mit Schreiben vom 9. März 2020 stellten das Gesundheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt (GD BS) und die Volkswirtschafts- und Gesundheitsdirektion des Kantons Basel-Landschaft (VGD BL) der Praxisklinik

Rennbahn eine Übersicht der provisorisch erstellten Leistungsaufträge zu (Vorakten 11.001). Mit Schreiben vom 5. Juni 2020 ersuchte die Praxisklinik Rennbahn um vollumfängliche Akteneinsicht (Vorakten 9.001). Am 11. August 2020 fand eine Anhörung der Praxisklinik Rennbahn beim GD BS und bei der VGD BL statt (Vorakten 8.001). In der Folge stellten diese der Praxisklinik Rennbahn am 4. Dezember 2020 einen überarbeiteten Entwurf der provisorisch erstellten Spitalliste zu (Vorakten 7.001). Mit Schreiben vom 16. Dezember 2020 ersuchte die Praxisklinik Rennbahn das GD BS um vollständige Akteneinsicht (Vorakten 7.006). Daraufhin stellten ihr das GD BS und die VGD BL mehrere Unterlagen zu und es folgte ein schriftlicher Austausch zwischen den Parteien (Vorakten 13.001, 13.002, 6.001, 6.002 und 6.003).

**B.d** Die Regierungsräte der Kantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt (nachfolgend: Vorinstanzen) genehmigten an ihren Sitzungen vom 25. Mai 2021 mit Regierungsratsbeschlüssen Nr. 2021-737 resp. Nr. 21/16/21 die gleichlautenden Spitallisten 2021 für die Kantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt in den Bereichen Akutsomatik, Psychiatrie und Rehabilitation (Vorakten 2.003 und 3.001; nachfolgend: gleichlautende Spitallisten 2021 BL und BS). Der Beschluss des Regierungsrats des Kantons Basel-Landschaft wurde am 27. Mai 2021 in der kantonalen Gesetzessammlung publiziert; dessen Ziff. IV sieht vor, dass die Spitalliste in Form einer Verordnung am 1. Juli 2021 in Kraft treten werde (GS 2021.047, nachfolgend: Spitallistenbeschluss BL). Am 3. Juni 2021 wurde die Spitalliste 2021 unter dem Titel «Erlass der Spitalliste für den Kanton Basel-Landschaft (gleichlautend wie die Spitalliste für den Kanton Basel-Stadt)» im Amtsblatt Nr. 22 des Kantons Basel-Landschaft publiziert (BVGer-act. 1, Beilage 6). Der Beschluss des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt (nachfolgend: Spitallistenbeschluss BS) wurde im Amtsblatt Nr. 42 vom 29. Mai 2021 publiziert (BVGer-act 1, Beilage 5). Der Anhang zum Beschluss enthält die neue Spitalliste 2021 für den Kanton Basel-Stadt. Der Geltungsbeginn wurde ebenfalls auf den 1. Juli 2021 festgesetzt. Zudem wurde der Spitallistenbeschluss BS der Praxisklinik Rennbahn am 31. Mai 2021 per Post zugestellt; der Spitallistenbeschluss BL wurde ihr am 27. Mai 2021 per E-Mail zugestellt (BVGer-act. 1, Rz. 6 f.).

**B.e** Die neue Spitalplanung stützte sich auf den Versorgungsplanungsbericht 2019 als Grundlage (Vorakten 15.002; nachfolgend: Versorgungsplanungsbericht). Für den vorliegend relevanten Bereich der Akutsomatik wurden die Leistungsaufträge gemäss der Leistungsgruppensystematik der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich erteilt.

**C.** Die Praxisklinik Rennbahn hatte sich für alle 13 bisherigen Leistungsaufträge beworben. Jedoch erteilten ihr die Vorinstanzen keinen Leistungsauftrag für folgende sechs Leistungsgruppen: BEW3, BEW7.1, BEW7.1.1, BEW7.2.1, BEW10 und RHE1. Zudem hatte sich die Praxisklinik Rennbahn für einen Leistungsauftrag in der Gruppe KINB neu beworben. Die Vorinstanzen lehnten diese Neubewerbung ab. Für die Gruppen BPE (Basispaket für elektive Leistungserbringer), BEW1 (Chirurgie Bewegungsapparat), BEW2 (Orthopädie), BEW5 (Arthroskopie des Knies), BEW6 (Rekonstruktion obere Extremität), BEW7 (Rekonstruktion untere Extremität) und BEW7.2 (Erstprothese Knie) wurde der Praxisklinik Rennbahn zwar ein Leistungsauftrag erteilt, jedoch eine Mengensteuerung vorgesehen.

**D.** Die Praxisklinik Rennbahn (nachfolgend: Beschwerdeführerin) erhob am 24. Juni 2021 durch ihre Rechtsvertreter Beschwerde gegen die Spitallistenbeschlüsse der Vorinstanzen. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

1. Ziff. 1, 2 und 4 (inkl. sämtliche integrierte Bestandteile) des Beschlusses des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt vom 25. Mai 2021, sowie die Ziff. 1 und 2 (inkl. sämtliche integrierte Bestandteile) des Beschlusses des Regierungsrats des Kantons Basel-Landschaft vom 25. Mai 2021 seien insoweit aufzuheben, als der Beschwerdeführerin kein Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen BEW3 Handchirurgie, BEW7.1 Erstprothese Hüfte, BEW7.2.1 Wechseloperationen Knie-Prothese und KINB Basis-Kinderchirurgie erteilt wurde sowie insoweit als für die erteilten Leistungsaufträge (BPE Basispaket elektiv Chirurgie und Innere Medizin, BEW1 Chirurgie Bewegungsapparat, BEW2 Orthopädie, BEW4 Arthroskopie der Schulter und des Ellbogens, BEW5 Arthroskopie des Knies, BEW6 Rekonstruktion obere Extremität, BEW7 Rekonstruktion untere Extremität und BEW7.2 Erstprothese Knie) eine Mengensteuerung vorgesehen wurde.
2. Der Beschwerdeführerin seien auf der gleichlautenden Spitalliste Akutsomatik der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft die folgenden Leistungsaufträge zu erteilen:
  - a. BEW3 Handchirurgie,
  - b. BEW7.1 Erstprothese Hüfte
  - c. BEW7.2.1 Wechseloperationen Knie-Prothese
  - d. KINB Basis-Kinderchirurgie.

3.
  - a. Eventualiter zu Ziff. 2.a–c: Der Beschwerdeführerin sei in den Leistungsgruppen BEW3 Handchirurgie, BEW7.1 Erstprothese Hüfte und BEW7.2.1 Wechseloperationen Knie-Prothese ein befristeter Leistungsauftrag bis ein Jahr nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu erteilen, damit vor Fristablauf überprüft werden kann, ob die erforderlichen Fallzahlen eingehalten werden und somit ein Leistungsauftrag bis 31. Dezember 2025 erteilt werden kann.
  - b. Eventualiter zu Ziff. 2.d: In der Spitalliste und dem Leistungsauftrag sei explizit aufzuführen, dass die Beschwerdeführerin Kinder ab 12 Jahren stationär innerhalb ihrer Leistungsaufträge behandeln darf.
4. Subeventualantrag zu 3.a: Die Beschwerdeführerin sei mit der Leistungsgruppe BEW3 Handchirurgie in die Spitallisten der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft aufzunehmen bzw. es sei in der Spitalliste aufzuführen, dass die Abrechnung vereinzelter stationärer Fälle via Leistungsauftragscontrolling ermöglicht wird.
5. Subsubeventualantrag zu 2, 3 und 4: Die Streitsache sei im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
6. Verfahrensanträge:
  - a. Es sei betreffend die Spitalliste des Kantons Basel-Landschaft festzustellen, dass die Beschwerdeführerin für die Dauer des laufenden Beschwerdeverfahrens für die Leistungsgruppe BEW7.1 Erstprothese Hüfte, BEW7.2 Erstprothese Knie und BEW7.3 Wechseloperationen Hüft- und Knieprothesen (gemeint ist damit ein Leistungsauftrag in der neuen Leistungsgruppe BEW7.2.1 Wechseloperation Knieprothesen) über einen Leistungsauftrag gemäss der alten Spitalliste des Kantons Basel-Landschaft verfügt.
  - b. Eventualiter zu 6.a: Der Beschwerdeführerin seien vorsorglich für die Dauer des Beschwerdeverfahrens betreffend die Spitalliste des Kantons Basel-Landschaft Leistungsaufträge in den Leistungsgruppen BEW7.1 Erstprothese Hüfte, BEW7.2 Erstprothese Knie sowie BEW7.2.1 Wechseloperation Knieprothesen zu erteilen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

**E.** Der mit Zwischenverfügung vom 29. Juni 2021 bei der Beschwerdeführerin eingeforderte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– (BVGer-act. 2) wurde am 9. Juli 2021 geleistet (BVGer-act. 7).

**F.** Mit Zwischenverfügung vom 10. August 2021 wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf vorsorgliche Massnahmen (Antrag 6) infolge Anerkennung als gegenstandslos abgeschrieben (BVGer-act. 12).

**G.** Die Vorinstanzen beantragen in ihrer Vernehmlassung vom 10. September 2021 die Abweisung der Beschwerde (BVGer-act. 16).

**H.** Auf entsprechende Einladung des Instruktionsrichters vom 16. September 2021 (BVGer-act. 17) nahm das Bundesamt für Gesundheit (BAG) am 13. Oktober 2021 als Fachbehörde Stellung (BVGer-act. 19).

**I.** Die Beschwerdeführerin und die Vorinstanzen reichten am 25. November 2021 resp. 29. November 2021 ihre Schlussbemerkungen ein (BVGer-act. 23 und 24).

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

### **1.**

**1.1** Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen).

**1.2** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Das Vorliegen einer Verfügung ist Sachurteilsvoraussetzung für ein Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (ANDRÉ MOSER ET AL., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, S. 34 Rz 2.6).

**1.3** Als Verfügung zu qualifizieren ist eine hoheitliche, individuell-konkrete, auf Rechtswirkungen ausgerichtete und verbindliche Anordnung einer Behörde, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt, oder eine autoritative und individuell-konkrete Feststellung bestehender Rechte oder Pflichten (Art. 5 Abs. 1 VwVG; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 855 ff.;

TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 28 Rz. 17). Die Qualifikation eines Hoheitsakts hängt vom Inhalt der Anordnung und nicht von der gewählten Form ab (sog. «materieller Verfügungsbegriff»). Selbst wenn eine einzelfallbezogene Anordnung (fälschlicherweise) in die Form eines generell-abstrakten Erlasses gekleidet und im entsprechenden Verfahren erlassen wurde, geht ihr Verfügungscharakter dadurch nicht verloren (vgl. BGE 143 II 268 E. 4.2.1; BVGE 2016/28 E. 1.4.1; FELIX UHLMANN, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 5 N 132 ff.; MARKUS MÜLLER, in: VwVG-Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 5 N 15).

**1.4** Als zulässige 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.

**1.5** Nach Art. 53 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10) kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG unabhängig von ihrer Rechtsnatur beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden (Urteil des BVGer C-245/2012 vom 3. Oktober 2012 E. 3). Auch wenn die in Art. 53 Abs. 1 KVG aufgeführten Beschlüsse «unabhängig ihrer Rechtsnatur» beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können, schliesst dies keine Ausweitung der Anfechtbarkeit auf Erlasse vor Bundesverwaltungsgericht mit ein (Urteil des BVGer C-135/2020 vom 31. Juli 2020 E. 3.4).

**1.6** Nach der Rechtsprechung ist die Spitalliste als Rechtsinstitut sui generis zu qualifizieren. Für die Bestimmung des Anfechtungsgegenstandes ist wesentlich, dass die Spitalliste aus einem Bündel von Individualverfügungen besteht (BVGE 2013/45 E. 1.1.1; 2012/9 E. 3.2.6).

**1.7** 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. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 212; THOMAS HÄBERLI, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, N 48 zu Art. 62).

## 1.8

**1.8.1** Die vorliegende Beschwerde richtet sich unter anderem gegen den in der chronologischen Gesetzessammlung des Kantons Basel-Landschaft publizierten Spitalistenbeschluss BL vom 25. Mai 2021, der das Inkrafttreten der neuen Spitalliste in Form einer Verordnung am 1. Juli 2021 regelt. Der angefochtene Spitalistenbeschluss BL verweist in § 1 auf die neue gemeinsame Spitalliste 2021, deren Leistungsaufträge im Anhang zum Beschluss aufgeführt sind. Zu prüfen ist, ob dieser ein zulässiges Anfechtungsobjekt darstellt (vgl. E.1.1 und 1.2).

**1.8.2** Sowohl der angefochtene Spitalistenbeschluss BL als auch der angefochtene Spitalistenbeschluss BS stützen sich auf Art. 39 KVG und ergingen durch die Regierungsräte der Kantone Basel-Landschaft resp. Basel-Stadt. Gemäss Art. 53 KVG kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Artikel 39 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Allerdings ist mit Bezug auf den angefochtenen Spitalistenbeschluss BL zu beachten, dass dieser die Inkraftsetzung der Spitalliste in Form einer Verordnung zum Gegenstand hat. Es stellt sich die Frage nach dessen Rechtsnatur, da das Bundesverwaltungsgericht wie erwähnt für abstrakte Normenkontrollen nicht zuständig ist (vgl. E. 1.5.; vgl. auch das Urteil des BGer vom 25. April 2012 2C\_285/2011 E. 1.2.4, in welchem die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts im Fall einer abstrakten Normenkontrolle im Bereich der Spitalplanung verneint wurde). Inkraftsetzungsbeschlüsse unterscheiden sich in ihrer Natur nicht von den in Kraft zu setzenden Erlassen selber (so auch Urteil des VGer des Kantons Zürich VB 2011.00722 E. 1.2). Da ein materieller Verfügungsbegriff massgebend ist (vgl. E. 1.3), ist die Spitalliste in Verordnungsform und dementsprechend auch der angefochtene Spitalistenbeschluss BL als ein «Bündel von Einzelverfügungen» zu qualifizieren. Darüber hinaus ist die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Praxis im Kanton Tessin zu beachten, der die Spitalliste ebenfalls in Form einer Verordnung, nämlich eines als Legislativverordnung qualifizierenden Dekrets (vgl. zum Begriff der Legislativverordnung ANDREAS AUER, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, 2016, S. 279 f.), erlässt. Das Bundesverwaltungsgericht ist auf entsprechende Inkraftsetzungsbeschlüsse betreffend die Spitalliste, welche im kantonalen Amtsblatt publiziert wurden, jeweils eingetreten (BVGE 2019 V/7 und Urteil des BVGer C-425/2016 vom 29. Februar 2016 E. 3 und 4).

**1.9** Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen oder keine Möglichkeit zur

Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Ein schutzwürdiges Interesse gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG setzt grundsätzlich voraus, dass der Beschwerdeführer ein aktuelles praktisches Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat.

Die Beschwerdeführerin rügt unter anderem die vorgesehene Mengensteuerung für die Leistungsgruppe BEW4. Aus den Akten geht indes hervor, dass die Vorinstanzen der Beschwerdeführerin den Leistungsauftrag für diese Gruppe erteilt haben, ohne eine Mengensteuerung vorzusehen (Vorakten 3.002 und 5.001). Folglich ist das Rechtsschutzinteresse zu verneinen.

**1.10** Die weiteren Eintretensvoraussetzungen sind erfüllt, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist, soweit sie nicht die Leistungsgruppe BEW4 betrifft.

**1.11** Schliesslich ist der Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zu bestimmen. 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). Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der Spitalistenbeschlüsse BL und BS nur insoweit, als ihr für vier Leistungsgruppen kein Leistungsauftrag erteilt sowie für gewisse erteilte Leistungsaufträge eine Mengensteuerung vorgesehen wurde. Demnach ist die verweigerte Zuteilung eines Leistungsauftrags in den Gruppen BEW3, BEW7.1, BEW7.2.1 und KINB sowie die Mengenbeschränkung hinsichtlich der Gruppen BPE, BEW1, BEW2, BEW5, BEW6, BEW7 und BEW7.2 strittig. Der Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens beschränkt sich somit auf diese Leistungsgruppen.

## 2.

**2.1** Mit Beschwerde gegen einen Spitalistenentscheid im Sinne von Art. 39 Abs. 1 KVG kann die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Nicht zulässig ist hingegen die Rüge der Unangemessenheit (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG i.V.m. Art. 49 VwVG). Bei der Spitalplanung und beim Erlass der Spitalliste verfügt der Kanton über einen erheblichen Ermessensspielraum (BVGE 2018 V/3 E. 4.1 mit Hinweisen).

**2.2** 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. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 212; THOMAS HÄBERLI, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, N 48 zu Art. 62).

## 3.

**3.1** In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 1 Abs. 3 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 VwVG, § 12 Abs. 1 lit. b der Verfassung des Kantons Basel-Stadt (SG 111.100), § 38 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt vom 22. April (Organisationsgesetz, OG BS; SG 153.100) sowie § 13 f. des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Kantons Basel-Landschaft vom 13. Juni 1988 (VwVG BL; SGS 175).

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

**3.3** Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Zum Gehörsanspruch gehört insbesondere das Recht des Betroffenen,

sich vor Erlass eines solchen Entscheides 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. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 135 I 279 E. 2.3; 135 II 286 E. 5.1; 132 V 368 E. 3.1 mit Hinweisen).

**3.4** Die interessierten Spitäler müssen hinreichend darüber informiert sein, welche Anforderungen für einzelne Leistungsgruppen zu erfüllen sind (Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 3.4.1). Soweit auf (Mindest-)Fallzahlen abgestellt werden soll, hat die Behörde vor ihrem Beschluss über die Spitalliste bekannt zu geben, wie die massgebenden Fallzahlen ermittelt werden; sie hat dazu aber keine (separate) Anhörung durchzuführen. Ebenso wenig hat sie die Leistungserbringer vor dem Anhörungsverfahren, welches zu der in Aussicht genommenen Spitalliste (und damit auch zur gesamten Spitalplanung) erfolgt, dazu anzuhören, auf welche Grundlagen (Daten, Studien oder Gutachten etc.) sie ihre Versorgungsplanung abstützen will. Grundsätzlich genügt es, wenn die Parteien vor dem Beschluss der Spitalliste einmal – zu allen relevanten Fragen – angehört werden (Urteil des BVGer C-4358/2017 vom 5. März 2018 E. 2.4; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 30 Rz. 37).

**3.5** Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 143 III 65 E. 5.2 mit Hinweisen). An die Begründungsdichte von Verfügungen im Zusammenhang mit Spitallisten sind aufgrund des den Behörden zustehenden Ermessensspielraums und der Komplexität der Materie jedoch erhöhte Anforderungen zu stellen (Urteil BVGer C-5576/2011

E. 6.3). Die verfügende Behörde muss im Rahmen ihrer Begründung nachvollziehbar darlegen, welche Gründe für sie ausschlaggebend waren und insbesondere, ob die massgebenden Kriterien erfüllt oder inwieweit sie verfehlt wurden (NADJA LÜTHI, Spitalplanung im wettbewerbsorientierten Umfeld – Bestandesaufnahme und Analyse, Basel 2022, S. 167 mit Hinweis auf Urteil des BVGer C-5576/2011 vom 2. Juni 2014 E. 6.3). Es ist insbesondere nicht Sache der Verfügungsadressatin, den tatsächlichen Gehalt beziehungsweise die für die verfügende Behörde ausschlaggebenden Gründe für den Entscheid zu antizipieren (Urteil des BVGer C-5576/2011 vom 2. Juni 2014 E. 6.3).

**3.6** Leistungsaufträge können mit Auflagen wie Mengenbeschränkungen verbunden werden (NADJA LÜTHI, Spitalplanung im wettbewerbsorientierten Umfeld, 2022, S. 170 ff.), die ebenfalls der Begründungspflicht unterliegen.

**3.7** Stützen sich die Spitalplanungsbehörden bei der Erteilung von Leistungsaufträgen auf Berechnungen, so obliegt es ihnen, die Berechnungsgrundlagen in nachvollziehbarer Weise darzulegen und offenzulegen, auf welche Zahlen aus welchen (Daten-)Quellen konkret abgestellt wird.

#### **4.**

**4.1** Im Folgenden ist die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanzen hätten die Begründungspflicht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör verletzt, zu prüfen.

**4.2** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Begründung der Nichterteilung der Leistungsaufträge im Bericht «Gleichlautende Spitalisten 2021 für die Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft in den Bereichen Akutsomatik, Psychiatrie und Rehabilitation» (nachfolgend: Bericht «Gleichlautende Spitalisten 2021») stelle einzig auf angeblich nicht erfüllte Fallzahlen ab. Die Gewichtung der über- und untergeordneten Ziele, der Effizienzindex und der effizienzgewichtete Patienten- und Systemnutzen (nachfolgend: e-PUS-Wert) pro Spitalleistungsgruppe (nachfolgend: SPLG) seien hingegen nicht nachvollziehbar begründet. Auch sei unklar, auf welche konkreten Zahlen (Case Mix Index [CMI], Patient Clinical Complexity Level [PCCL] und Baserate) sich die Berechnungen stützen würden.

**4.3** Die Vorinstanz bestreitet, dass sie ihre Begründungspflicht verletzt habe. Sie vertritt die Ansicht, die Gewichtung der über- und untergeordneten Ziele, der Effizienzindex sowie der ePuS-Wert pro SPLG seien

hinreichend begründet. Die Gewichtung der über- und untergeordneten Ziele und der ePUS-Wert der Beschwerdeführerin seien den Akten zu entnehmen. Die Ermittlung der Nutzwerte im Rahmen der Nutzwertanalyse werde im Bericht «Gleichlautende Spitallisten 2021» klar erläutert. Die Nutzwertanalyse beruhe im Übrigen auf Daten, welche die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Bewerbung angegeben habe sowie auf Daten der medizinischen Statistik. Die Zahlen (CMI, PCCL und Baserate), die für die Berechnungen herangezogen worden seien, würden auf Daten der medizinischen Statistik der Krankenhäuser des Bundesamts für Statistik (BFS) stammen. Mit Bezug auf den Effizienzindex enthalte das Schreiben vom 1. Februar 2021 ein Berechnungsbeispiel, dem die konkrete Berechnung des Index entnommen werden könne.

#### **4.4**

**4.4.1** Zur Begründung der Zielgewichtung, der Berechnung des Effizienzindex und des ePuS-Werts pro SPLG und der Nutzwertanalyse ergibt sich aus den Akten Folgendes: Der Bericht «Gleichlautende Spitallisten 2021» hält in Ziffer 7.2 («Das Planungs- und Wirkungsmodell») fest, dass das GD BS und die VGD BL ein Planungsmodell zur Verteilung der bedarfsgerechten Leistungsmengen auf die Bewerberspitäler erstellt hätten (Vorakten 2.006). Das grundlegende Kriterium zur Verteilung der bedarfsgerechten Leistungsmenge sei der ePuS-Wert. Die Bedarfsmengen seien zunächst durch diejenigen Spitäler zu decken, die in der jeweiligen SPLG den höchsten ePuS-Wert aufweisen würden. Die Verteilung der Bedarfsmengen werde durch verschiedene Nebenbedingungen limitiert, namentlich die Kapazitäten der Spitäler, Mindestfallzahlen, die verknüpften Leistungen sowie Mindestmarktanteile.

**4.4.2** Unter Ziffer 7.2.1 («Die Ermittlung des Nutzenbeitrags») des Berichts wird ausgeführt, dass der Nutzenbeitrag der Spitäler zur Leistungserbringung pro SPLG in einem gestuften Verfahren ermittelt werde. Auf der ersten Stufe würden die drei übergeordneten politischen Ziele operationalisiert und der Nutzenbeitrag der bewerbenden Spitäler pro übergeordnetes Ziel ermittelt. Es würden Unterziele definiert, deren Zielerreichung messbar sei. Unter Ziffer 5.2.1 des Versorgungsplanungsberichts ist eine Tabelle mit dem Titel «Zielsystem der Nutzenbewertung im Bewerbungsverfahren GGR» aufgeführt (Vorakten 15.002, S. 83). Das Zielsystem definiert folgende drei übergeordnete Ziele: Beitrag zur optimierten Gesundheitsversorgung, Beitrag zur Dämpfung des Kostenwachstums und Beitrag zur Sicherung der Hochschulmedizin. Die übergeordneten Ziele sind in weitere

in der Tabelle aufgeführte Unterziele unterteilt. Auf der zweiten Stufe würden die SPLG der Grundversorgung, der erweiterten Grundversorgung oder der spezialisierten Versorgung zugeordnet. Je nach Versorgungsebene seien die Ziele unterschiedlich zu gewichten. Auf der dritten Stufe werde der Nutzen eines Spitals pro SPLG einer Effizienzgewichtung unterzogen. Spitäler, die Behandlungen für komplexere multimorbide Patienten kostengünstig durchführten, würden einen Effizienzaufschlag und vice versa einen Effizienzabschlag erhalten. Der Effizienzaufschlag werde durch die den Kantonen zur Verfügung stehenden Kostendaten (CMI, PCCL und Baserate) der Spitäler pro SPLG ermittelt. Im Ergebnis würde jedes Spital einen individuellen ePuS-Wert pro SPLG erzielen, der die Verteilung der bedarfsgerechten Leistungsmenge mitbestimmen würde.

### **4.4.3**

**4.4.3.1** Hinsichtlich der ersten Stufe – die Ermittlung des Nutzenbeitrags der einzelnen Spitäler für die festgelegten Ziele – findet sich in den Akten eine Tabelle mit den drei links angeordneten Spalten «Zielsystem», «Merkmals-Ausprägung» und «maximaler Nutzwert» (Vorakten 22.001; nachfolgend: Dokument «Patienten- und Systemnutzen»). In der Spalte «Zielsystem» sind die drei übergeordneten Ziele «Beitrag zur optimierten Gesundheitsversorgung», «Beitrag zur Dämpfung des Kostenwachstums» und «Beitrag zur Sicherung der Hochschulmedizin» sowie für jedes Ziel weitere Unterziele aufgeführt. Für jedes Unterziel sind in der Spalte «Merkmals-Ausprägung» Kriterien aufgeführt, für die eine gewisse Anzahl Punkte erzielt werden kann. Die Spalte «maximaler Nutzwert» hält die maximal erreichbare Punktzahl pro Unterziel fest. Rechts von diesen drei Spalten sind mehrere Spalten mit den erzielten Punkten der einzelnen Spitalstandorte aufgeführt, wobei deren Namen mit Ausnahme desjenigen der Beschwerdeführerin geschwärzt sind. Das Total der für die einzelnen Unterziele erzielten Punkte ergibt für jeden Spitalstandort den Patienten- und Systemnutzen.

**4.4.3.2** Es sticht hervor, dass diverse Ziele und «Merkmals-Ausprägungen» nicht hinreichend klar definiert sind. Auch wird nicht durchgängig dargestellt, anhand welcher Zahlen, Daten und Fakten die Punktevergabe erfolgt und welche Schwellenwerte und Zeiträume für die konkrete Punktevergabe einschlägig sind. Für einzelne Unterziele enthält der Versorgungsplanungsbericht 2019 eingehendere und klärende Ausführungen, für andere hingegen nicht. So wird beispielsweise im Rahmen der «Sicherstellung der regionalen Grundversorgung GGR» (Unterziel des

übergeordneten Ziels 1) gemäss der Spalte «Merkmals-Ausprägung» auf Marktanteile < 15%, > 15% und > 30% abgestellt. Es fehlt jedoch eine klare und eindeutige Definition des relevanten (Spital-)Marktes in den Akten; ebensowenig wird dargelegt, anhand welcher Grundlage der Marktanteil ermittelt wird. Zur Erreichung der «Sicherstellung der peripheren Grundversorgung» (Unterziel des übergeordneten Ziels 1) wird auf die «Fähigkeit des Spitals, damit die Bevölkerung der peripheren Gemeinden ein Spital der Grundversorgung innerhalb von 20 Minuten» erreicht, abgestellt. Die peripheren Gemeinden resp. Bezirke sind im Versorgungsplanungsbericht 2019 aufgelistet. Hingegen ist unklar, welche Definition für die Bevölkerungszahlen herangezogen wird und anhand welcher Instrumente die Erreichbarkeit berechnet wird. Aus dem Versorgungsplanungsbericht 2019 geht zudem hervor, dass die «Sicherstellung der Erreichbarkeit von Listenspitälern mit einer Notfallpermanence (24/7) ohne Chirurgie» zur Bewertung des Unterziels «Sicherstellung der peripheren Grundversorgung» berücksichtigt wird. Im Dokument «Patienten- und Systemnutzen» wurde dieses Kriterium indes nicht berücksichtigt. Damit ist klärungsbedürftig, ob und wenn ja, in welchem Ausmass dieses Kriterium mitberücksichtigt wurde. Für die Punkteverteilung im Rahmen der «Sicherstellung einer hohen Versorgungsqualität (Gesamtbeurteilung)» (Unterziel zum übergeordneten Ziel 1) wird auf die «BAG Qualitätsindikatoren (Fallzahlen und Mortalität) sowie Austrittsmanagement und KVP» abgestellt. Unklar ist, welches Messprogramm zum Austrittsmanagement herangezogen wird und welches Gewicht den einzelnen in der Tabelle aufgeführten Faktoren (Qualitätsindikatoren, Austrittsmanagement und KVP) im Rahmen der Gesamtbeurteilung zu diesem Unterziel zukommt. Gemäss der Spalte «Merkmals-Ausprägung» erfolgt die Punktevergabe für dieses Unterziel anhand einer Einstufung in die Bereiche «hoch, mittel, gering» und «keine Angaben». Es wird jedoch nicht dargelegt, ab welchem Schwellenwert eine entsprechende Einordnung erfolgt. Dies führt dazu, dass die Punktevergabe letztlich nicht nachvollziehbar ist. Die Punktevergabe im Rahmen des Ziels «preisgünstige/wirtschaftliche Leistungserbringung» (Unterziel zum übergeordneten Ziel 2) erfolgt anhand der Einteilung in Quartile, d.h. einer statistischen Methode. Vorliegend wird die Einteilung in Quartile und eine entsprechende Punktevergabe zum einen gestützt auf die Baserate des aktuellen Jahres und zum anderen anhand der schweregradbereinigten Fallkosten der letzten drei Jahre vorgenommen. Lediglich bei einer Einteilung eines Spitals in das erste oder zweite Quartil erfolgt eine Punktevergabe. Die konkrete Zuordnung der Spitalstandorte zu den einzelnen Quartilen ist klärungsbedürftig. Vorliegend resultiert bei der Division des einschlägigen Datensatzes – die 22 sich bewerbenden Spitalstandorte – durch vier eine

Bruchzahl, nämlich 5.5, weshalb eine Einteilung einer gleich hohen Anzahl Spitäler in vier Quartile nicht möglich ist. Aus der Tabelle ist ersichtlich, dass die Vorinstanzen sieben Standorte dem ersten Quartil und fünf Standorte dem zweiten Quartil zugeordnet haben. Sie hätten die Gründe für dieses Vorgehen darlegen müssen, da sich dieses nicht zwingend aus der Anwendung der statistischen Methode selbst ergibt. Ferner ist anzumerken, dass gemäss der Tabelle mehrfach auf relative Kriterien – beispielsweise bei der Zuordnung zu Marktanteilen oder Quartilen – abgestellt wird. Damit die Beschwerdeführerin ihre Zuordnung nachvollziehen kann, muss sie auch die Zuteilungen der übrigen sich bewerbenden Spitälern und die Gründe für die erzielte Punktzahl nachvollziehen können, da Erstere von Letzteren abhängt. Zu beachten ist indes, dass Geheimhaltungsinteressen von konkurrierenden Drittspitälern betroffen sein könnten. Die Frage der Nachvollziehbarkeit der (Nicht-)Erteilung von Leistungsaufträgen steht somit in einem engen Zusammenhang mit derjenigen des Akteneinsichtsrechts (vgl. E. 4.6). Zur Beurteilung des «Beitrags zu Innovationen in der Medizin» (Unterziel zum übergeordneten Ziel 3) wird einerseits auf «Forschungsmittel», andererseits auf «wissenschaftliche Beiträge» abgestellt. Werden diese als «hoch» qualifiziert, erfolgt eine Punktevergabe. Allerdings bestehen keinerlei Anhaltspunkte, ab welchen Schwellenwerten «Forschungsmittel» und «wissenschaftliche Beiträge» als hoch einzustufen sind. Ebenso wenig ist klar, wann eine «nachgewiesene geübte Praxis» als Beurteilungskriterium innerhalb des Ziels «Bestandteil eines abgestuften Versorgungssystems der universitären Medizin» (Unterziel zum übergeordneten Ziel 3) vorliegt. Damit ist festzuhalten, dass bereits die erste Stufe des Bewertungssystems der Vorinstanzen – die Ermittlung des Nutzenbeitrags der einzelnen Spitäler für die festgelegten Ziele – nicht vollumfänglich nachvollziehbar ist.

#### **4.4.4**

**4.4.4.1** Mit Bezug auf die zweite Stufe, nämlich die Einteilung der einzelnen SPLG in die Versorgungsbereiche Grundversorgung, erweiterte Grundversorgung oder spezialisierte Versorgung, enthält das Schreiben der kantonalen Behörden vom 1. Februar 2021 nähere Ausführungen. Darin heisst es, dass alle SPLG in die drei Kategorien Grundversorgung, erweiterte Grundversorgung und spezialisierte Versorgung unterteilt würden, wobei die Gewichtung der einzelnen übergeordneten Ziele je nach Kategorie unterschiedlich sei. Für die zur Grundversorgung zählenden SPLG werde das übergeordnete Ziel 1 mit 45%, das übergeordnete Ziel 2 ebenfalls mit 45% und das übergeordnete Ziel 3 mit 10% gewichtet. Für diejenigen SPLG, die

dem Bereich der erweiterten Grundversorgung angehören, werde das übergeordnete Ziel 1 mit 40%, das übergeordnete Ziel 2 ebenfalls mit 40% und das übergeordnete Ziel 3 mit 20% gewichtet. Für die zur spezialisierten Versorgung zählenden SPLG sei das übergeordnete Ziel 1 mit 10%, das übergeordnete Ziel 2 mit 20% und das übergeordnete Ziel 3 zu gewichten.

**4.4.4.2** Je nach Zuteilung einer SPLG zu einem der drei Versorgungsbereiche und einer damit einhergehenden unterschiedlichen Gewichtung der übergeordneten Ziele fällt der ePuS-Wert unterschiedlich hoch aus. Wie aufgezeigt, ist der ePuS-Wert für die Erteilung von Leistungsaufträgen für mengengesteuerte SPLG massgebend (vgl. E. 4.4.1). Somit oblag es der Vorinstanz, die Zuteilung der einzelnen SPLG zu einem der drei Versorgungsbereiche in verständlicher Weise aufzuzeigen. Aus den Akten geht hervor, dass die Vorinstanzen die Leistungsgruppen BEW1, BEW2, BEW3, BEW4, BEW5, BEW6, BEW7, BEW7.1 und BEW7.2 der erweiterten Grundversorgung zugeordnet haben (Vorakten 22.001). Die Zuteilung der Gruppe KINB zu einem der drei Versorgungsbereiche ist hingegen nicht aus den Akten ersichtlich. Darüber hinaus finden sich in den Akten keine Hinweise darauf, anhand welcher Kriterien die einzelnen SPLG einem der drei Versorgungsbereiche zugeordnet werden. Fraglich ist, ob eine Konsultation der rechtlichen Grundlagen Schlüsse über die angewandten Zuteilungskriterien ermöglicht. Bei Bejahung dieser Frage würde eine mangelnde Erläuterung seitens der Vorinstanzen diesen nicht schaden.

**4.4.4.3** Die Verfassungsbestimmung von Art. 117a BV verwendet den Begriff der «medizinischen Grundversorgung». Allerdings handelt sich dabei um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Er umfasst nur grundlegende Leistungen der Gesundheitsversorgung; unklar ist indes, ob der Begriff auf die Leistungen selber, die Leistungserbringer oder den mit der Leistung verfolgten Zweck fokussiert (GÄCHTER/RENOLD-BURCH, in: Basler Kommentar Bundesverfassung, 2020, N 6 und 8 zu Art. 117a BV). Infolgedessen eignet sich Art. 117a BV nicht zur Konkretisierung des Begriffs der «Grundversorgung» und liefert insbesondere keine Anhaltspunkte dafür, wo im vorliegenden Fall die Grenze zwischen der «Grundversorgung» und der «erweiterten Grundversorgung» gezogen wurde. Die Begriffe «Grundversorgung», «erweiterte Grundversorgung» und «spezialisierte Versorgung» werden auch im Recht der Kantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt nicht näher definiert. Daraus erhellt, dass auch die zweite Stufe zur Ermittlung des Nutzenbeitrags nicht vollumfänglich nachvollziehbar ist.

#### 4.4.5

**4.4.5.1** Hinsichtlich des Effizienzwerts und der Effizienzgewichtung des Nutzens eines Spitals pro SPLG (dritte Stufe) enthält das Schreiben der kantonalen Behörden vom 1. Februar 2021 ein Anschauungsbeispiel. Aus diesem geht hervor, dass der ePuS-Wert aus einer Multiplikation des Effizienzfaktors «e» mit den für die drei übergeordneten Zielen gewichteten und sodann addierten Punktzahlen resultiert. Zur Berechnung des Effizienzfaktors wurde auf folgende Formel abgestellt:

$$e = \frac{1'000 \times (\text{PCCL}+10)}{(\text{CMI}+1) \times \text{Baserate}}$$

**4.4.5.2** Fraglich ist, ob die in dieser Formel verwendeten Akronyme und Begriffe (PCCL, CMI und Baserate) nachvollziehbar sind. Spitalplanungsbehörden haben Akronyme, die Bestandteile von im Spitalplanungsverfahren angewendeten Formeln bilden, in den Spitalplanungsgrundlagen näher zu definieren, es sei denn, deren Bedeutungsgehalt ist Spitälern im Allgemeinen bekannt. Im Übrigen haben die Spitalplanungsbehörden die massgebenden Datenquellen und Datenjahre klar zu bezeichnen.

**4.4.5.3** Das Akronym PCCL (Patient Clinical Complexity Level) findet sich im Definitionshandbuch SwissDRG 10.0 (Abrechnungsversion (2021/2021), Band 5, Anhänge; abrufbar unter [www.swissdrg.org/application/files/9616/0672/2945/DefHB\\_SwissDRG\\_10.0\\_AV\\_2021\\_2021\\_Band5.pdf](http://www.swissdrg.org/application/files/9616/0672/2945/DefHB_SwissDRG_10.0_AV_2021_2021_Band5.pdf), besucht am 12. Juni 2023), welches das Zuordnungsverfahren von Falldaten zu einer Diagnosis Related Group (DRG) im Rahmen des Tarifsystems für stationäre akutsomatische Spitalleistungen beschreibt. Darin heisst es, dass der patientenbezogene Gesamtschweregrad (PCCL) die Masszahl für den kumulativen Effekt der CCs (Komplikationen und/oder Komorbiditäten) je Behandlungsepisode sei. Die Ermittlung erfolge in einem komplexen Verfahren anhand eines Algorithmus. Je nach Schweregrad der CC resultiere ein PCCL-Wert zwischen 1 und 6. Sowohl die Formel zur Berechnung des PCCL, deren Parameter, Beschreibung und Ausprägung als auch mehrere Berechnungsbeispiele sind im Definitionshandbuch enthalten. Die Kenntnis der allgemeinen Bedeutung des Akronyms PCCL muss den Spitälern aufgrund dessen Verwendung im Tarifrecht bekannt sein. Problematisch ist hingegen, dass sich der im Tarifrecht verwendete PCCL-Wert entweder auf einzelne Fälle oder DRG bezieht, die Vorinstanzen jedoch den Effizienzfaktor pro SPLG berechnet haben. In den Akten wird

indes nicht weiter erläutert, welche DRG die Vorinstanzen einer bestimmten SPLG zugeordnet haben. Ferner lässt sich der PCCL der einzelnen Spitäler entgegen den Behauptungen der Vorinstanzen nicht der medizinischen Statistik entnehmen. Zudem haben sie es unterlassen, die massgebenden Datenjahre zu definieren.

**4.4.5.4** Die Akronyme Case Mix (CM) und Case Mix Index (CMI) werden auf der Webseite der SwissDRG AG erläutert (vgl. <<https://www.swissdrg.org/de/ueber-uns/kommunikation-1/wichtige-begriffe>>, besucht am 12. Juni 2023). Der Case Mix beschreibt den gesamten Schweregrad der abgerechneten Behandlungsfälle eines Spitals. Er ergibt sich aus der Summe der Kostengewichte der Fälle eines Spitals. Dividiert man den Case Mix durch die Anzahl Fälle, erhält man den Case Mix Index, d.h. den durchschnittlichen Schweregrad eines Spitals. Darüber hinaus erwähnt die Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (KVV; SR 832.102) den CMI in Absatz 2bis und 2ter ihrer Schlussbestimmungen der Änderung vom 22. Oktober 2008. Im Tarifrecht wird einerseits auf den zwischen den Tarifpartner vereinbarten CMI und andererseits auf den effektiven CMI abgestellt (Absatz 2ter der Schlussbestimmungen der Änderung vom 22. Oktober 2008 zur KVV). Im Übrigen stellt der CMI eine der Kennzahlen der Schweizer Spitäler dar, die durch das BAG auf der Grundlage von Art. 59a KVG i.V.m. Art. 31 KVV jährlich publiziert werden (vgl. <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/zahlen-und-statistiken/zahlen-fakten-zu-spitaelern/kennzahlen-der-schweizer-spitaeler.html>>, abgerufen am 12. Juni 2023). Es unterscheidet dabei zwischen dem CMIb (CMI brutto) und dem CMI<sub>n</sub> (CMI netto) (vgl. die näheren Ausführungen zum CMI brutto und CMI netto in der Publikation des BAG «Kennzahlen der Schweizer Spitäler 2018», abrufbar unter <[https://spitalstatistik.bagapps.ch/data/download/kzp18\\_publication.pdf?v=1592291836](https://spitalstatistik.bagapps.ch/data/download/kzp18_publication.pdf?v=1592291836)>, S. 7 und 13). Die in den jährlichen Publikationen «Kennzahlen der Schweizer Spitäler» dargestellten CMI werden vom BFS aufgrund der verfügbaren Informationen durch Fallgruppierung berechnet. Diese Informationen sind nicht so vollständig wie die Daten, welche die Spitäler der SwissDRG AG zur Berechnung der CMI zur Spitalabrechnung abgeben (vgl. Publikation des BAG «Kennzahlen der Schweizer Spitäler, a.a.O., S. 2). Vorliegend ist unklar, auf welchen CMI für welche Jahre die Vorinstanzen konkret abstellten, da die Akten hierzu keine Angaben enthalten.

**4.4.5.5** Die Baserate ist eine Art Durchschnittswert für stationäre Behandlungen in einem bestimmten Spital. Sie kann je nach Spital unterschiedlich sein. Die Baserate wird durch die Tarifpartner (Versicherer und Leistungserbringer) vereinbart und vom zuständigen Kanton genehmigt. Können sich die Tarifpartner nicht auf eine Baserate einigen, so setzt der Kanton den Basispreis fest (vgl. <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-leistungen-tarife/Spitalbehandlung.html>), abgerufen am 12. Juni 2023). Die Baserates der einzelnen Spitäler sind auf den Webseiten der Kantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt ersichtlich. Aus den Tarifübersichten der letzten Jahre geht hervor, dass für die Tarifpartner tarifsuisse, Einkaufsgemeinschaft HSK und CSS Versicherung jeweils unterschiedliche Baserates festgelegt wurden (vgl. <https://www.gesundheitsversorgung.bs.ch/spitaeler/finanzierung/Tarife.html>), abgerufen am 12. Juni 2023; <https://www.basel-land.ch/politik-und-behorden/direktionen/volkswirtschafts-und-gesundheitsdirektion/amt-fur-gesundheit/spitaler-und-therapieeinrichtungen/spitalversorgung/tarif-uebersicht>), abgerufen am 12. Juni 2023). Die Vorinstanzen haben es jedoch unterlassen zu spezifizieren, auf welche Baserate sie im Falle der Beschwerdeführerin abstellten.

**4.4.5.6** Mit Blick auf die Formel als Ganzes ist zu beachten, dass die Fachkommission Gemeinsame Gesundheitsregion der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft (FK GGR) in ihrer Stellungnahme zuhanden der kantonalen Behörden vom 26. April 2021 (nachfolgend: Stellungnahme FK GGR) die Auffassung vertritt, dass die einzelnen Zuweisungen aufgrund der zahlreichen vom Algorithmus verwendeten Rahmenbedingungen nicht exakt nachvollziehbar und die Zuweisungen der mengengesteuerten Kontingente für das Jahr 2021 nicht ohne weiteres rechnerisch überprüfbar seien (Vorakten 2.007, S. 19).

**4.4.6** Gemäss Schreiben der kantonalen Behörden vom 1. Februar 2021 erfolgte die Verteilung der Fälle bei mengengesteuerten Leistungsgruppen anhand einer Rangfolge. Die gemäss der Versorgungsplanung vorgesehenen Höchstmengen seien absteigend nach der Rangfolge der ePuS-Werte an die einzelnen Spitäler vergeben worden, wobei die potenzielle Gesamtkapazität (IST 2018 + 10%) der Spitäler berücksichtigt worden sei (Vorakten 6.003). Das Schreiben hält fest, dass es sich konkret um einen komplexeren Mechanismus handle, der methodisch einer linearen Optimierung unter (linearen) Nebenbedingungen entspreche, ohne diesen näher zu erläutern. Damit die Beschwerdeführerin die Nichterteilung eines Leistungsauftrags für mengengesteuerte SPLG resp. die Erteilung eines

Leistungsauftrags unter der Auflage einer Mengenbegrenzung nachvollziehen kann, ist ihr das vorangehend beschriebene Vorgehen für die einzelnen SPLG aufzuzeigen. Anhand der Übersicht der ePuS-Werte der einzelnen Spitäler ist es der Beschwerdeführerin lediglich möglich, die Rangfolge der sich bewerbenden Spitäler zu verstehen. Jedoch sind in den Akten keine Angaben zur konkreten Verteilung der Höchstmengen innerhalb der SPLG auf die einzelnen Spitäler unter Berücksichtigung ihrer Kapazitäten ersichtlich, was eine Gehörsverletzung darstellt.

**4.4.7** Zuletzt ist festzuhalten, dass aus den Akten nicht restlos klar hervorgeht, welche Auswahlkriterien und -verfahren – alleine oder in Kombination – auf die einzelnen Leistungsgruppen Anwendung fanden. Einerseits wurde gemäss Bewerbungsformular auf die leistungsspezifischen Anforderungen der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich in der Version 2019.1 (leistungsspezifische Anforderungen GDK ZH 2019.1) abgestellt (Vorakten 12.002). Andererseits wurde auf den ePuS-Wert als Kriterium zur Verteilung von Leistungsaufträgen abgestellt, wobei nicht eindeutig feststeht, ob dieser als Auswahlkriterium lediglich auf mengengesteuerte Leistungsgruppen oder sämtliche Leistungsgruppen Anwendung fand. Zudem geht aus der Stellungnahme FK GGR hervor, dass das Projektteam von der algorithmischen Zuteilung von Leistungsaufträgen abweichende postalgorithmische Entscheidungen getroffen habe (Vorakten S. 16 f.).

## **4.5**

**4.5.1** Sodann ist fraglich, ob der massgebliche Marktanteil im Rahmen des Kriteriums der Versorgungsrelevanz und die für die einzelnen SPLG erforderlichen Mindestfallzahlen nachvollziehbar aus den Spitalplanungsgrundlagen oder der Begründung des Spitalistenbeschlusses hervorgehen. Führen Kantone Mindestfallzahlen ein, so müssen sowohl die massgebliche Höhe wie auch deren Geltung pro Spital und/oder Operateurin/Operateur klar ersichtlich sein.

**4.5.2** Die Vorinstanzen bringen vor, dass Fallzahlen <10 Fälle pro Spital pro Jahr kritisch hinterfragt worden seien. Sie hätten eine Mindestfallzahl von 10 Fällen pro Spital für jede SPLG festgesetzt. Zudem müssten sich bewerbende Spitäler in der entsprechenden Leistungsgruppe versorgungsrelevant sein, wobei ein Mindestanteil aller Fälle von 2% pro SPLG im GGR vorausgesetzt gewesen sei.

**4.5.3** Die Beschwerdeführerin hält entgegen, dass ein Mindestfallzahlerfordernis von 10 Fällen pro SPLG nicht in der SPLG-Systematik Version 2019.1 oder dem Bewerbungsformular aufgeführt gewesen sei. Auch hätten die Vorinstanzen das Kriterium der Versorgungsrelevanz erstmals im Rahmen der Vernehmlassung genannt.

**4.5.4** Aus dem Bericht «Gleichlautende Spitallisten 2021» ergibt sich, dass die Nichterteilung eines Leistungsauftrags für die Gruppe BEW3 damit begründet wird, dass die Beschwerdeführerin in den Jahren 2016–2018 im Durchschnitt lediglich drei Fälle behandelt habe. Im Jahre 2018 habe sie fünf Fälle behandelt, davon jedoch nur einen von insgesamt 736 Fällen im GGR. Den Leistungsauftrag für die Gruppe BEW7.1 habe die Beschwerdeführerin nicht erhalten, da sie im 2018 lediglich 14 Fälle behandelt habe, davon 3 von insgesamt 1'244 Fällen im GGR. Für die Gruppe BEW7.2.1 habe sie keinen Leistungsauftrag erhalten, da sie im Jahr 2019 keinen von insgesamt 133 Fällen im GGR behandelt habe. Die Gegenüberstellung der Fallzahlen der Beschwerdeführerin mit den Gesamtfallzahlen im GGR für die Gruppen BEW3, BEW7.1 und BEW7.2.1 deutet darauf hin, dass die Vorinstanz für diese eine Angebotskonzentration beabsichtigte und sich auf das Kriterium der Versorgungsrelevanz stützte. Sie hat jedoch weder in den Planungsgrundlagen noch im Bericht «Gleichlautende Spitallisten 2021» eine kritische Menge an Fallzahlen oder Marktanteilen klar definiert. Im Spitalplanungsbericht wird einzig festgehalten, dass Fallzahlen < 10 pro Jahr kritisch zu hinterfragen seien, wobei die Gesamtzahl im GGR pro Jahr und der Marktanteil mitberücksichtigt würden. Es könne auch bei Fallzahlen > 10 Fällen pro Jahr und analog einem grösseren Marktanteil aus Qualitätsgründen zu einer Konzentration kommen. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht, bringen die Vorinstanzen erstmals in ihrer Vernehmlassung vor, dass Spitäler ab einem Marktanteil von 2% der Fälle pro SPLG im GGR als versorgungsrelevant zu betrachten seien, was eine Gehörsverletzung darstellt.

**4.5.5** Hinsichtlich der einschlägigen Mindestfallzahlen ergibt sich aus den Akten Folgendes: Der Versorgungsplanungsbericht enthält keinerlei Ausführungen zu Mindestfallzahlen. Der Bericht «Gleichlautende Spitallisten 2021» führt nicht erreichte Mindestfallzahlen einzig bei den Leistungsgruppen BEW7.1 und BEW7.2.1 als Grund für die Nichterteilung eines Leistungsauftrags an. Er führt an, dass für die Gruppe BEW7.1 die Mindestfallzahl von 50 und im für die Gruppe 7.2.1 die Mindestfallzahl von 50 in der Gruppe BEW7.2 nicht erfüllt sei. Die leistungsspezifischen Anforderungen GDK ZH 2019.1 legen für die Gruppen BEW7.1 und BEW7.2.1

Mindestfallzahlen von 15 pro Operateurin/Operateur resp. 50 pro Operateurin/Operateur in der Gruppe BEW7.2 fest. Der Bericht «Gleichlautende Spitallisten 2021» nimmt einzig in Kap. 9.2 («Grundsätze zur Vergabe von Leistungsaufträgen») unter dem Stichwort «Konzentration von Leistungen» auf Mindestfallzahlen Bezug. Er hält auf S. 28 fest, dass Fallzahlen < 10 pro Jahr kritisch zu hinterfragen seien, sofern keine zwingenden Verknüpfungen und Abhängigkeiten zu anderen Leistungsgruppen bestünden, wobei die Gesamtzahl im GGR pro Jahr und der Marktanteil mitberücksichtigt würden. Im Anschluss daran hält der Spitalplanungsbericht fest, dass es auch bei Fallzahlen > 10 Fällen pro Jahr zu einer Konzentration kommen könne. Aus dieser vagen Formulierung geht weder hervor, welches Fallminimum letztlich entscheidend ist, noch, ob für die Ermittlung der Mindestfallzahlen die Zahlen pro Operateurin/Operateur oder pro Spital massgebend sind. Das massgebende Fallzahlenminimum und dessen Ermittlung sind damit weder aus den Spitalplanungsgrundlagen (Versorgungsplanungsbericht) noch aus der Begründung des Spitallistenbeschlusses (Bericht «Gleichlautende Spitallisten 2021») klar ersichtlich.

**4.6** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanzen ihre Begründungspflicht bezüglich der Auswahlkriterien der Versorgungsrelevanz, der Mindestfallzahlen und der Berechnung des ePuS-Wertes, die entscheidungswesentliche Grundlagen darstellen, verletzt haben. Die mangelnde Nachvollziehbarkeit dieser Kriterien betrifft sowohl die nicht erteilten Leistungsaufträge als auch diejenigen Leistungsaufträge, die der Beschwerdeführerin unter der Auflage einer Mengenbeschränkung erteilt wurden. Auch ist nicht hinreichend klar, wie die angewandten Kriterien – die leistungsspezifischen Anforderungen GDK ZH 2019.1 und die ePuS-Werte – zusammenspielen und welche Abweichungen von der algorithmischen Zuteilung von Leistungsaufträgen vorgenommen wurden.

#### **4.7**

**4.7.1** Als nächstes ist auf die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanzen hätten das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin verletzt, einzugehen. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, sie habe im vorinstanzlichen Verfahren keine vollumfängliche Einsicht in sämtliche Verfahrensakten erhalten, obwohl sie mehrfach um eine solche ersucht habe. Sie rügt insbesondere, dass bei der Nutzwertanalyse die Namen der einzelnen Standorte geschwärzt seien, wodurch ihr ein Vergleich mit konkurrierenden Spitälern und die Prüfung einer rechtsgleichen

Behandlung verunmöglicht worden sei. Der Bekanntgabe dieser Daten stünden keine Geheimhaltungsinteressen entgegen.

**4.7.2** Die Vorinstanzen halten hingegen dafür, dass die im Rahmen der Nutzwertanalyse vergebenen Punkte auf internen Kennzahlen der Spitäler beruhen würden, die Rückschlüsse auf wettbewerbsrelevante Informationen zulassen und an denen infolgedessen Geheimhaltungsinteressen bestehen würden.

**4.7.3** Aus den Akten ergibt sich Folgendes: Nachdem die Vorinstanzen der Beschwerdeführerin einen Entwurf der provisorisch erstellten gleichlautenden Spitallisten 2021 zugestellt hatten (Vorakten 7.001), ersuchte diese mit Schreiben vom 16. Dezember 2020 um vollständige Akteneinsicht (Vorakten 7.006). Sie bat die Vorinstanzen unter anderem um eine Übersicht der Zahlen der Jahre 2018 und 2019 der sich bewerbenden Spitäler. Am 23. Dezember 2020 liessen die kantonalen Behörden der Beschwerdeführerin mehrere mit einem Aktenverzeichnis versehene Unterlagen zukommen (Vorakten 13.001 und 13.002). Mit Schreiben vom 5. Januar 2021 beauftragte die Beschwerdeführerin, dass sie nach wie vor nicht vollständig dokumentiert sei (Vorakten 6.001). So seien ihr die Berechnungsgrundlagen nicht zur Verfügung gestellt worden, obwohl diese vom Akteneinsichtsrecht umfasst seien. Mit Schreiben vom 1. Februar 2021 stellten die kantonalen Behörden der Beschwerdeführerin ein Anschauungsbeispiel zur Berechnung des ePuS-Werts, das Dokument «Patienten- und Systemnutzen» und das «Mastersheet Leistungsaufträge» zu (Vorakten 6.003). Mit Schreiben vom 22. Februar 2021 nahm die Beschwerdeführerin schliesslich Stellung zur überarbeiteten provisorisch erstellten gleichlautenden Spitallisten 2021 BL und BS und rügte, dass beim Dokument «Patienten- und Systemnutzen» zwar die Werte aller Bewerber erkennbar seien, jedoch die Namen der einzelnen Standorte geschwärzt seien (Vorakten 4.001). In ihren Schlussbemerkungen bringt sie vor, das Recht auf Akteneinsicht könne sich nicht nur auf Informationen betreffend die Beschwerdeführerin beschränken, da für die Nutzwertanalyse ein Vergleich sämtlicher teilnehmender Spitäler untereinander vorgenommen werde. Daher müsse ihr die Möglichkeit eingeräumt werden, zumindest in die Gewichtungen der anderen Spitäler Einsicht zu nehmen (BVGer-act. 23).

**4.7.4** Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf alle verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden, auch wenn die Ausübung des Akteneinsichtsrechts den Entscheid in der Sache nicht zu beeinflussen vermag (vgl. BGE 132 V 387 E. 4.2; Urteil 1C\_159/2014

E. 4.3 mit Hinweisen; GEROLD STEINMANN, Kommentar des Urteils 1C\_159/2014, ZBI 116/2015, S. 323 ff., 327 f.; so auch ausdrücklich § 1 Abs. 2 der Verordnung zum Verwaltungsverfahrensgesetz Basel-Landschaft vom 30. November 2004 [SGS 175.11; Vo VwVG BL]). Das Recht auf Akteneinsicht beschränkt sich grundsätzlich auf die Verfahrensakten des betreffenden Spitals (BVGer C-4358/2017 vom 5. März 2018 E. 2.4).

**4.7.5** Die Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts setzt voraus, dass die Behörden alles in den Akten festhalten, was zur Sache gehört und entscheidungswesentlich sein kann (WALDMANN/OESCHGER, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 26 N 35). Die Behörde ist verpflichtet, ein vollständiges Aktendossier über das Verfahren zu führen, um gegebenenfalls ordnungsgemäss Akteneinsicht gewähren und bei einem Weiterzug diese Unterlagen an die Rechtsmittelinstanz weiterleiten zu können. In den Akten hat sie alles festzuhalten, was zur Sache gehört (BGE 124 V 372 E. 3b; 115 Ia 97 E. 4c).

**4.7.6** Die Parteien haben Anspruch auf Einsicht in die Verfahrensakten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen ihre Geheimhaltung erfordern (§ 14 Abs. 1 VwVG BL; § 75 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt). Als wesentliche private Interessen, die eine Geheimhaltung erfordern, gelten Geschäftsgeheimnisse von Dritten, mitunter Konkurrenten (WALDMANN/OESCHGER, a.a.O., Art. 27 N 37). Der Inhalt eines Aktenstücks, in welches die Einsicht verweigert wird, muss jedoch soweit bekanntgegeben werden, als dies ohne Verletzung der zu schützenden Interessen möglich ist (§14 Abs. 2 VwVG BL). Ob und wie weit einer betroffenen Partei im Einzelfall Akteneinsicht gewährt wird, ist das Ergebnis einer Abwägung zwischen deren Einsichtsinteressen und den entgegenstehenden öffentlichen und privaten Geheimhaltungsinteressen, für die das Verhältnismässigkeitsprinzip wegleitend ist (Waldmann/Oeschger, a.a.O., Art. 27 N 3 f.). Eine Verweigerung des Akteneinsichtsrechts hat sich auf das Erforderliche zu beschränken (WALDMANN/OESCHGER, a.a.O., Art. 27 N 40).

**4.7.7** Die Vorinstanzen haben die interessierten Spitäler zur Verteilung der Höchstmengen für mengengesteuerte Leistungsgruppen anhand der ePuS-Werte in eine Rangfolge gebracht. Sie haben die Höchstmengen absteigend nach der Rangfolge der ePuS-Bewertung an die einzelnen Spitäler vergeben, wobei die potenzielle Gesamtkapazität (IST 2018 + 10%) der Spitäler berücksichtigt wurde (Vorakten 6.003). Für die Beschwerdeführerin sind in diesem Zusammenhang einerseits die ePuS-

Werte aller sich bewerbender Spitäler und andererseits die konkrete Verteilung der Höchstmengen pro SPLG auf die einzelnen Spitäler entscheidend. Auch die durch die Vorinstanzen vorgenommene Punkteverteilung für die einzelnen Unterziele innerhalb der Patienten- und Systemnutzenbewertung (vgl. E. 4.4.2 und 4.4.3) ist entscheidend, da diese die ePuS-Werte der Spitäler beeinflussen. Hinsichtlich all dieser Informationen obliegt den Vorinstanzen eine Pflicht zur Aktenführung.

Betreffend das Akteneinsichtsrecht ist zum einen zu prüfen, ob die ePuS-Werte anderer Spitäler – das heisst einzig das Resultat des dreistufigen Berechnungsverfahrens – geheimhaltungsbedürftig ist. Zum anderen ist zu prüfen, ob an den Berechnungsgrundlagen des ePuS-Werts anderer Spitäler, wozu auch die Punkteverteilung innerhalb der Patienten- und Systemnutzenbewertung zählt, schützenswerte Geheimhaltungsinteressen bestehen. Bei der Abwägung zwischen den Einsichtsinteressen der Beschwerdeführerin und den entgegenstehenden privaten Geheimhaltungsinteressen von Drittspitälern ist mitzuberücksichtigen, dass die Gewährung des Akteneinsichtsrechts zur Ermöglichung einer substantiierten materiellen Rüge hinsichtlich einer Ungleichbehandlung resp. einer nicht angemessenen Berücksichtigung von Privatspitälern erforderlich sein kann. Das Vorbringen von konkreten Anhaltspunkten für eine Ungleichbehandlung resp. eine nicht angemessene Berücksichtigung spricht für eine Gewährung der Akteneinsicht in Daten anderer Spitäler. Anzumerken bleibt, dass bei Bejahung eines entsprechenden Akteneinsichtsrechts im vorliegenden Fall die Bekanntgabe der Namen konkurrierender Drittspitäler für die Ermöglichung einer substantiierten materiellen Rüge nicht erforderlich und damit auch nicht verhältnismässig wäre. Als mildere Massnahme käme demgegenüber die Bekanntgabe des Umstandes, ob es sich um ein öffentliches oder ein privates Spital handelt, in Betracht. Da eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bereits aufgrund der mangelhaften Begründung der Zuteilung von mengengesteuerten Leistungsaufträgen bejaht wurde, kann offenbleiben, ob die Vorinstanzen ihre Aktenführungspflicht und das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin verletzt haben.

**4.8** Zusammengefasst haben die Vorinstanzen den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 1 Abs. 3 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 VwVG, § 13 f. VwVG BL, § 12 Abs. 1 lit. b der Verfassung des Kantons Basel-Stadt und § 38 Abs. 2 OG BS verletzt, da der die Spitalistenbeschlüsse BL und BS, soweit diese deren Rechtsverhältnis betreffen, mangelhaft begründet sind. Eine Heilung der

Gehörsverletzung fällt grundsätzlich ausser Betracht, da das Bundesverwaltungsgericht einzige Beschwerdeinstanz ist und im vorliegenden Beschwerdeverfahren nur über eine eingeschränkte Überprüfungsbefugnis verfügt (vgl. E. 2.1). Folglich ist der Antrag 5 gutzuheissen. Die angefochtenen Spitallistenbeschlüsse BL und BS sind insoweit aufzuheben, als sie die Nichterteilung eines Leistungsauftrags in den Gruppen KINB, BEW3, BEW7.1, BEW7.2.1 resp. die Erteilung einer Mengenbeschränkung in den Leistungsgruppen BPE, BEW1, BEW2, BEW5, BEW6, BEW7 und BEW7.2 betreffen. Die Sache ist zur neuen Verfügung unter Wahrung des rechtlichen Gehörs an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **5.**

**5.1** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Den Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Da die Rückweisung aufgrund eines Verfahrensfehlers der Vorinstanz erfolgt, hat die Beschwerdeführerin als vollständig obsiegend zu gelten (vgl. MOSER ET AL., a.a.O., S. 295, Fn. 143 zu Rz. 4.43). Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben und der Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss zurückzuerstatten.

**5.2** Als obsiegende Partei hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Entschädigung ist von der Vorinstanz zu leisten (vgl. Art. 64 Abs. 2 VwVG). Mangels Kostennote ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des gebotenen Aufwandes erscheint eine Entschädigung von CHF 6'000.– (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) angemessen.

## **6.**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gegen Entscheide auf dem Gebiet der Krankenversicherung, die das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 33 Bst. i VGG in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 KVG getroffen hat, ist gemäss Art. 83 Bst. r BGG

unzulässig. Das vorliegende Urteil ist somit endgültig (vgl. auch BGE 141 V 361).

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

**1.**

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten, soweit sie die Leistungsgruppe BEW4 betrifft.

**2.**

Die Beschwerde wird im Antrag 5 gutgeheissen, und die angefochtenen Spitalistenbeschlüsse BL und BS werden insoweit aufgehoben, als sie die Nichterteilung eines Leistungsauftrags an die Beschwerdeführerin in den Leistungsgruppen KINB, BEW3, BEW7.1, BEW7.2.1 resp. eine Mengenbeschränkung in den Gruppen BPE, BEW1, BEW2, BEW5, BEW6, BEW7, BEW7.2 betreffen. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und anschliessendem Erlass einer neuen Verfügung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**3.**

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

**4.**

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 6'000.– zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanzen und das Bundesamt für Gesundheit.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Michael Peterli

Julia Pandey

Versand: