



Abteilung III
C-4421/2022

Urteil vom 11. Oktober 2023

Besetzung

Richter Michael Peterli (Vorsitz),
Richter Christoph Rohrer, Richter Beat Weber,
Gerichtsschreiberin Julia Pandey.

Parteien

See-Spital Horgen,
vertreten durch lic. iur. Lorenzo Marazzotta, Rechtsanwalt,
M&R Rechtsanwälte AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Regierungsrat des Kantons Zürich,
handelnd durch Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich,
Vorinstanz.

Gegenstand

Krankenversicherung, Spitalliste Akutsomatik;
RRB Nr. 1104 vom 24. August 2022.

Sachverhalt:

A.

Das See-Spital Horgen war auf der Zürcher Spitalliste Akutsomatik 2012 (Version 2022.4; gültig ab 1. Januar 2022) mit einem Leistungsauftrag für diverse Leistungsbereiche aufgeführt. Im Kanton Zürich findet bei der Vergabe von Leistungsaufträgen das von der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich (GD ZH) entwickelte Spitalplanungs-Leistungsgruppenkonzept (SPLG-Konzept) Anwendung, das medizinische Leistungen anhand des Schweizerischen Operationskatalogs (CHOP) und des internationalen Diagnoseverzeichnisses (ICD) zu Leistungsgruppen zusammenfasst (vgl. die Erläuterungen der Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren [GDK] zum SPLG-Konzept für die Akutsomatik, abrufbar unter <https://www.gdk-cds.ch/de/gesundheitsversorgung/spitaeler/planung/splg>, besucht am 27. Juli 2023). Die Leistungsgruppen werden wiederum zu einzelnen Leistungsbereichen zusammengefasst. Der Leistungsbereich Querschnittsbereiche umfasst ganz allgemein verschiedene medizinische Leistungen, die nicht organspezifisch definiert und gruppiert werden können, da es sich um übergreifende Behandlungen handelt (Anhang zur Zürcher Spitalliste 2023 Akutsomatik: Leistungsspezifische Anforderungen [Version 2023, draft; gültig ab 1. Januar 2023]; Vorakten 1.4.5).

Bis Ende des Jahres 2022 setzte sich der Leistungsbereich Querschnittsbereiche einzig aus den Leistungsgruppen KINM (Kindermedizin), KINC (Kinderchirurgie), KINB (Basis-Kinderchirurgie), GER (Akutgeriatrie Kompetenzzentrum), PAL (Palliative Care Kompetenzzentrum), AVA (Akutso-matische Versorgung Abhängigkeitskranker) und ISO (Sonderisolerstation) zusammen. Das See-Spital Horgen hatte einen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe KINB, wobei diese – im Gegensatz zum aktuellen Spitalplanungs-Leistungsgruppenkonzept (gültig ab 1. Januar 2023) – auch Leistungen im Bereich der Anästhesie von Kindern umfasste.

B.

B.a Am 11. April 2018 beauftragte der Regierungsrat des Kantons Zürich (nachfolgend: Regierungsrat oder Vorinstanz) mit Beschluss (RRB) Nr. 338/2018 die GD ZH, die Spitallisten 2012 für Akutsomatik durch eine neue Spitalplanung auf das Jahr 2022 abzulösen (Vorakten 1.1.1.1). Mit RRB Nr. 695/2019 vom 10. Juli 2019 beschloss er, die Spitalplanung 2022 auf das Jahr 2023 zu verschieben (Vorakten 1.1.1.2). An einer Dialogveranstaltung der GD ZH vom 2. Februar 2021 wurden die Spitäler über die Inhalte des provisorischen Versorgungsberichts vom Januar 2021, die

Anforderungen und die Evaluationskriterien informiert (Vorakten 1.3.1). Im Juni 2021 publizierte die GD ZH den definitiven Versorgungsbericht (nachfolgend: Versorgungsbericht 2021; Vorakten 1.4.3). Am 1. Juli 2021 eröffnete sie das Bewerbungsverfahren für die neue Spitalliste Akutsomatik 2023. Zum Erhalt eines Leistungsauftrags wurde von den sich bewerbenden Spitälern vorausgesetzt, dass sie nebst den generellen Anforderungen Akutsomatik (Version 2023.1) auch die weitergehenden leistungsspezifischen Anforderungen Akutsomatik (Version 2023.1) erfüllen. Das See-Spital Horgen bewarb sich am 13. September 2021 um einen Leistungsauftrag für diverse Leistungsgruppen (Vorakten 2.2.2), unter anderem für die Leistungsgruppe KINB Basis-Kinderchirurgie im Leistungsbereich Querschnittsbereiche. Dieser Leistungsbereich umfasst nebst den bisherigen Leistungsgruppen KINM, KINC, KINB, GER, PAL, AVA und ISO die neuen Leistungsgruppen KAA (Kinderanästhesie «A»), KAB (Kinderanästhesie «B»), KAC (Kinderanästhesie «C») und KAD (Kinderanästhesie «D»). Das See-Spital Horgen erweiterte ihre Bewerbung am 13. Dezember 2021 um die Leistungsgruppe KAC (Vorakten 2.2.34). In der Folge erarbeitete die Gesundheitsdirektion einen Entwurf eines Strukturberichts, der die provisorische Spitalliste enthielt, und führte zu diesem eine Vernehmlassung durch (Vorakten 1.6.5, 1.6.11 und 1.6.12).

B.b Der Regierungsrat des Kantons Zürich erliess gestützt auf den angepassten endgültigen Strukturbericht vom August 2022 (Vorakten 1.7.1) mit RRB Nr. 1104/2022 vom 24. August 2022 (nachfolgend: Spitallistenbeschluss) eine neue Spitalliste im Bereich der Akutsomatik (Spitalliste 2023 Akutsomatik [Version 2023.1]) und setzte sie auf den 1. Januar 2023 in Kraft (Vorakten 1.8.1). Zudem hob er die Züricher Spitalliste 2012 Akutsomatik sowie alle früheren Anhänge zu dieser auf den 31. Dezember 2022 auf. Dem See-Spital Horgen wurde gemäss der Zürcher Spitalliste 2023 Akutsomatik ein Leistungsauftrag für eine Vielzahl von Leistungsgruppen in den Leistungsbereichen Basispaket, Dermatologie, Hals-Nasen-Ohren, Neurochirurgie, Neurologie, Ophthalmologie, Gastroenterologie, Viszeralchirurgie, Hämatologie, Gefässe, Nephrologie, Urologie, Pneumologie, Bewegungsapparat chirurgisch, Rheumatologie, Gynäkologie, Neugeborene, (Radio-)Onkologie und Querschnittsbereiche zugesprochen. Für gewisse Leistungsgruppen wurde dem See-Spital Horgen ein Leistungsauftrag lediglich bis am 31. Dezember 2023 resp. bis am 31. Dezember 2026 provisorisch erteilt; für andere Leistungsgruppen erhielt es hingegen keinen Leistungsauftrag. Im hier interessierenden Leistungsbereich Querschnittsbereiche erhielt das See-Spital Horgen einen Leistungsauftrag für die beiden Leistungsgruppen KAD (Kinderanästhesie «D») und GER

(Akutgeriatrie Kompetenzzentrum), jedoch nicht für die Leistungsgruppe KAC, für die es sich ebenfalls beworben hatte.

C.

Das See-Spital Horgen (nachfolgend: Beschwerdeführerin) erhob am 30. September 2022 beim Bundesverwaltungsgericht durch ihren Rechtsvertreter Beschwerde gegen den Spitallistenbeschluss vom 24. August 2022, soweit dieser sie betraf (BVGer-act. 1). Sie stellt folgende Rechtsbehörden:

1. Die Dispositiv-Ziffern I., V. und VII. des angefochtenen Beschlusses Nr. 1104 des Regierungsrats des Kantons Zürich vom 24. August 2022 seien insoweit aufzuheben und zu ändern, als dass der Beschwerdeführerin (See-Spital Horgen) auch für die Leistungsgruppe KAC ein unbefristeter Leistungsauftrag zu erteilen sei.
2. Eventualiter sei der Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe KAC befristet für einen Zeitraum von drei Jahren (1. Januar 2023 bis 31. Dezember 2025) zu erteilen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer zu Lasten des Kantons Zürich.

Weiter stellte die Beschwerdeführerin folgenden prozessualen Antrag:

4. Es sei zuhanden des Regierungsrats des Kantons Zürich im Rahmen einer verfahrenleitenden Zwischenverfügung festzuhalten, dass der Beschwerde im beantragten Umfang aufschiebende Wirkung zukommt, womit es der Beschwerdeführerin für die Dauer des Beschwerdeverfahrens gestattet ist, Behandlungen, welche von den mit der Spitalliste 2023 neu eingeführten Leistungsgruppe KAC erfasst wird (recte: werden), zu erbringen, da insoweit weiterhin die Leistungsaufträge gemäss der Spitalliste 2012 gelten.

D.

Der mit Zwischenverfügung vom 5. Oktober 2022 bei der Beschwerdeführerin eingeforderte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– (BVGer-act. 2) wurde am 21. Oktober 2022 geleistet (BVGer-act. 4).

E.

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 14. Dezember 2022 die Abweisung der Beschwerde (BVGer-act. 6).

F.

Mit Zwischenverfügung vom 10. Januar 2023 wies der Instruktionsrichter

den Verfahrens Antrag der Beschwerdeführerin ab (BVGer-act. 7), da aufgrund der aufschiebenden Wirkung die bisherige Spitalliste weiterhin Geltung hatte und die Beschwerdeführerin die Leistungen im Rahmen der Leistungsgruppe KINB für die Dauer des Beschwerdeverfahrens weiterhin erbringen konnte.

G.

Auf entsprechende Einladung des Instruktionsrichters vom 10. Januar 2023 (BVGer-act. 7) nahm das Bundesamt für Gesundheit (BAG) am 8. Februar 2023 als Fachbehörde Stellung (BVGer-act. 8).

H.

Die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin reichten am 21. März 2023 resp. am 23. März 2023 ihre Schlussbemerkungen ein (BVGer-act. 10 und 11).

I.

Mit Zwischenverfügung vom 5. Oktober 2023 erwog das Bundesverwaltungsgericht, dass aus der Begründung der Verfügung vom 10. Januar 2023 hervorgeht, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht erkannte, dass die Beschwerdeführerin unter der Geltung der bisherigen Spitalliste 2012 sämtliche Leistungen im Bereich der Leistungsgruppe KAC erbracht hatte, da diese im damaligen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe KINB vollumfänglich enthalten waren. Weiter zog es in Erwägung, dass die bisherige Spitalliste aufgrund der aufschiebenden Wirkung weiterhin Geltung hat und die Beschwerdeführerin während der Dauer des Beschwerdeverfahrens sämtliche Leistungen erbringen darf, die sie auch unter der bisherigen Spitalliste 2012 erbringen durfte. Da im Falle einer Leistungserbringung durch die Beschwerdeführerin im Umfang des bisherigen Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe KINB für die Dauer des Beschwerdeverfahrens keine Hinweise auf eine Gefährdung der Patientensicherheit vorlagen, bestand für das Bundesverwaltungsgericht kein Anlass, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung (ausnahmsweise) zu entziehen. Daher hob es Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 10. Januar 2023 auf und berichtete diese von Amtes wegen. Es verfügte, dass auf den Verfahrens Antrag der Beschwerdeführerin mangels Rechtsschutzinteresse nicht eingetreten wird. Es stellte zudem fest, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der aufschiebenden Wirkung befugt ist, während der Dauer des Beschwerdeverfahrens die bisherigen Leistungen im Bereich KINB weiterhin zu erbringen (BVGer-act. 15).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Nach Art. 53 Abs. 1 KVG kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Der angefochtene Spitalistenbeschluss des Regierungsrats des Kantons Zürich vom 24. August 2022 wurde gestützt auf Art. 39 KVG erlassen. Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 90a Abs. 2 KVG). Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.

2.

2.1 Schliesslich ist der Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zu bestimmen.

2.2 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).

2.3 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). Anfechtungsgegenstand im vorliegenden Beschwerdeverfahren – und damit Begrenzung des Streitgegenstands – bildet nur die Verfügung, welche das die Beschwerdeführerin betreffende Rechtsverhältnis regelt. Die nicht angefochtenen Verfügungen der Spitalliste erwachsen in Rechtskraft (BVGE 2012/9 E. 3.3), was auch auf die nicht angefochtenen Teile der die Beschwerdeführerin betreffenden Verfügung zutrifft.

2.4 Die Beschwerdeführerin hat die sie betreffende Verfügung des vorinstanzlichen Spitalistenbeschlusses nicht insgesamt angefochten. Die

Beschwerde richtet sich lediglich gegen die Nichterteilung eines Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe KAC, womit sich der Streitgegenstand hierauf beschränkt.

3.

3.1 Mit Beschwerde gegen einen Spitallistenentscheid 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).

3.2 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, 3. Aufl. 2023, N 49 zu Art. 62).

4.

4.1 In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 30. September 2022, der Regierungsrat habe im angefochtenen Beschluss die Nichterteilung eines Leistungsauftrags in der Leistungsgruppe KAC mit der angestrebten Konzentration der Leistungserbringung und der genügenden Bedarfsdeckung durch andere, besser geeignete Leistungserbringer mit hohen bzw. höheren Fallzahlen und Erfahrung begründet, ohne zu beachten, dass die Beschwerdeführerin den geforderten Richtwert – mit Ausnahme der Jahre 2021 und 2022 (durch Covid-19 und den Umzug in einen Neubau bedingt) – jederzeit erfüllt habe.

4.2 Die Durchführung eines bundesrechtskonformen Verwaltungsverfahrens auf Erlass einer Verfügung, und damit die Gewährung des rechtlichen Gehörs, ist von Amtes wegen zu prüfen (BVGE 2013/45 E. 6.1). In formeller Hinsicht ist daher vorab zu prüfen, ob die Vorinstanz im Rahmen des Spitallistenverfahrens den Anspruch auf vorgängige Orientierung und die Begründungspflicht, die gemäss ständiger Lehre und Rechtsprechung zum

gefestigten Bestand des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 1 Abs. 3 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 VwVG, Art. 18 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Zürich (KV ZH; LS 101) sowie § 10 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich (VRG ZH; LS 175.2) gehören (vgl. RENÉ WIEDERKEHR/IVY ANGELLI ROSALES-GEYER, Anspruch auf Orientierung nach Art. 29 Abs. 2 BV, AJP 2018, S. 1261 mit Hinweisen), gewahrt hat.

4.3 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, 3. Aufl. 2023, N 28 f. zu Art. 29).

4.4

4.4.1 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Recht auf Orientierung sind den Parteien genügende Kenntnisse über den Verfahrensverlauf zu gewähren, was auf das Recht hinausläuft, in geeigneter Weise über die entscheidungswesentlichen Vorgänge und Grundlagen vorweg orientiert zu werden. Dabei geht es nicht nur um formelle Abläufe wie insbesondere die Abnahme von Beweisen, sondern auch um inhaltliche Anforderungen (BGE 140 I 99 E. 3.4 mit Hinweisen). Das Recht auf vorgängige Orientierung ist im Bewerbungsverfahren der Spitalplanung wesentlich. Die interessierten Spitäler müssen unter anderem hinreichend darüber orientiert sein, welche Anforderungen für einzelne Leistungsgruppen zu erfüllen sind (FANKHAUSER/RUTZ, Spitalplanung und Spitalfinanzierung, in: SZS 2018, S. 293 mit Hinweisen). Auch Richtwerte zu Fallzahlen statuieren ähnlich wie absolute Mindestfallzahlgrenzen Anforderungen an die Spitäler im Zusammenhang mit den zu erfüllenden Fallzahlen, räumen den Spitalplanungsbehörden jedoch ein grösseres Ermessen ein. Bei der Berücksichtigung von Richtwerten haben die Spitalplanungsbehörden in den Spitalplanungsgrundlagen zu erläutern, weshalb sie sich auf solche und nicht auf absolute (Mindest-)Fallzahlgrenzen stützen und inwiefern wissenschaftliche Studien zur Bestimmung der massgebenden Richtwerte beigezogen wurden. Es ist darzulegen, welche Gründe die Erteilung eines Leistungsauftrags trotz einer erheblichen Unterschreitung des Richtwerts resp. die Nichterteilung eines Leistungsauftrags trotz einer erheblichen Überschreitung des Richtwerts rechtfertigen können. An dieser Stelle anzumerken ist, dass das Bundesverwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung

noch nicht materiell beurteilen musste, ob das Abstellen auf Richtwerte KVG- resp. KVV-konform ist.

4.4.2

4.4.2.1 Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Anforderungen für die Zuteilung eines Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe KAC hinreichend klar und nachvollziehbar aus den Spitalplanungsgrundlagen hervorgehen.

4.4.2.2 Wie die Spitalplanungsbehörden im Versorgungsbericht Zürcher Spitalplanung 2023 vom Juni 2021 (Vorakten 1.4.3; nachfolgend: Versorgungsbericht) und im Strukturbericht Zürcher Spitalplanung 2023 vom August 2022 (Vorakten 1.7.1; nachfolgend: Strukturbericht) darlegen, wurden die vier neuen kinderanästhesiologischen SPLG KAA (Alter: ab Geburt), KAB (Alter: post Neonatalperiode), KAC (Alter: ab 3 Jahren) und KAD (Alter: ab 6–12 Jahren) eingeführt, weil Fachgremien einen Verbesserungsbedarf bei der Versorgungsqualität festgestellt hatten. Diese basieren auf dem «Paediatric Anaesthesia Project 2030» der Schweizer Gesellschaft für Kinderanästhesie (SGKA) und der Schweizerischen Gesellschaft für Anästhesiologie und Perioperative Medizin (SSAPM). Die Anforderungen sind abhängig vom Alter und Anästhesierisiko der Kinder sowie von der Komplexität der Eingriffe. Sodann weisen die Spitalplanungsbehörden darauf hin, dass das Erfüllen der altersgruppenspezifischen Bedingungen für die Erteilung eines Leistungsauftrags vorausgesetzt wird. Dabei gelten 25 Eingriffe pro Jahr und pro Facharzt und Fachärztin resp. Experte und Expertin Anästhesiepflege in jeder Altersgruppe als Richtwert. Die weitergehenden leistungsspezifischen Anforderungen Akutsomatik 2023.1 (Version 2023; gültig ab 1. Januar 2023; Vorakten 1.9.3) sehen vor, dass ein Kinderanästhesieteam mit Fachärzten und Fachärztinnen mit Kinderanästhesieerfahrung und regelmässiger klinischer Praxis und Anästhesiepflegende mit Kinderanästhesieerfahrung und regelmässiger klinischer Praxis vorhanden sein muss. Wann das Erfordernis einer regelmässigen klinischen Praxis erfüllt ist, ist für sich alleine unklar. Da die Vorinstanz jedoch einen Richtwert von 25 Eingriffen festgesetzt hat, kann dies als genügende Konkretisierung dieser vagen Formulierung verstanden werden. Im Übrigen enthalten die Spitalplanungsgrundlagen keine näheren Ausführungen zur Anwendung des Richtwerts und zu möglichen Abweichungen von diesem. Auch finden sich in jenen keine Hinweise auf wissenschaftliche Grundlagen zur Plausibilisierung des Richtwerts von 25 Eingriffen. Erst im Beschwerdeverfahren – und damit verspätet – hat die Vorinstanz zu dieser Frage medizinische Fachartikel als Beilagen zu ihrer Vernehmlassung ins

Recht gelegt (BVGer-act. 6, Beilagen 1 und 2). Infolgedessen ist eine Verletzung des Rechts auf vorgängige Orientierung zu bejahen.

4.4.2.3 Zur Frage, weshalb die Spitalplanungsbehörden einen Richtwert von 25 und nicht eine (höhere) Mindestfallzahl heranzogen, führt die Vorinstanz ebenfalls erst in ihrer Vernehmlassung an, dass sie nicht bereits zu Beginn der Einführung der neuen Kinderanästhesie-Querschnittsbereiche die Anforderungen zu hoch ansetzen und den Aufwand einer Fallzahlenerfassung pro Facharzt und Fachärztin vorerst vermeiden wollte. Weiter weist sie darauf hin, dass der Richtwert aus medizinwissenschaftlicher Perspektive wesentlich höher sein müsste, da sich die Komplikationsrate bei weniger als 100 Fällen pro Jahr auf mehr als das Fünffache der Komplikationsrate bei über 200 Fällen pro Jahr beläuft. Letztlich sei der Richtwert von 25 aber gar nicht ausschlaggebend gewesen, da diejenigen Leistungserbringer, denen ein Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe KAC erteilt worden sei, weit höhere Fallzahlen als die Beschwerdeführerin aufwiesen. Zwar genügen diese Ausführungen dem Anspruch des Beschwerdeführers auf vorgängige Orientierung; sie ergingen indes erst in der Vernehmlassung und damit zu spät. Ob die Festlegung eines Richtwerts auf lediglich 25 Fälle pro Anästhesist und Anästhesistin pro Jahr – sollten Richtwerte denn überhaupt zulässig sein (vgl. E. 4.3.1) – den in Art. 39 Abs. 2ter KVG verankerten Qualitätsanforderungen entspricht und damit bundesrechtskonform ist, ist Gegenstand der materiellen Beurteilung.

4.4.2.4 Im Anhang (S.39) des Versorgungsberichts finden sich weitere Anforderungen für die Leistungsgruppen KAA (Alter: ab Geburt), KAB (Alter: post Neonatalperiode), KAC (Alter: ab 3 Jahren) und KAD (Alter: ab 6–12 Jahren), die tabellarisch aufgeführt sind. Für die Gruppe KAC zu beachten ist, dass hinsichtlich der Verfügbarkeit erforderlich ist, dass ein Facharzt oder eine Fachärztin Anästhesiologie innerhalb von 30 Minuten im Haus ist. Diese Anforderung ist hinreichend klar und nachvollziehbar formuliert.

4.4.2.5 Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass das Recht auf vorgängige Orientierung auch die Festlegung der für das Evaluationsverfahren massgebenden Datenjahre in den Spitalplanungsgrundlagen erfasst. Vorliegend ist aus den sich in den Akten befindlichen Spitalplanungsgrundlagen nicht ersichtlich, auf welche Datenjahre die Vorinstanz abgestellt hat. Der Strukturbericht enthält einzig den Hinweis, dass Leistungsdaten des Jahres 2020 auf Grund der Covid-Pandemie nicht berücksichtigt worden seien (Vorakten 1.7.1, S. 23). Denkbar ist, dass sich bei der Erfassung der Daten auf der Bewerbungsplattform ein entsprechender Hinweis auf die

massgebenden Datenjahre befand. Sollte dies nicht der Fall sein, obliegt es der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin hierüber zu orientieren.

4.5

4.5.1 Sodann ist die Begründungspflicht wesentlicher Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Begründung soll verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und dem Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten (BGE 143 III 65 E. 5.2).

4.5.2 Mit Blick auf die Begründungspflicht im Spitalplanungsverfahren ist zu bedenken, dass die Auswahl des Spitalistenangebots in einem zweistufigen Verfahren erfolgt. Auf der ersten Stufe erfolgt die Auswahl der zur Leistungserbringung grundsätzlich geeigneten Spitäler. Besteht ein Überangebot an geeigneten Spitälern, ist auf der zweiten Stufe eine Auswahlentscheidung zwischen den sich bewerbenden Spitälern zu treffen. Die Krankenversicherungsverordnung nimmt keine Trennung dieser Schritte vor, sondern stellt im Sinne materieller Mindestanforderungen lediglich einen allgemeinen Kriterienkatalog zur Verfügung (NADJA LÜTHI, Spitalplanung im wettbewerbsorientierten Umfeld – Bestandesaufnahme und Analyse, Basel 2022, S. 163 Rz. 374). Aus den Spitalplanungsgrundlagen und dem Spitalplanungs- und -finanzierungsgesetz des Kantons Zürich (SPFG; LS 813.20) geht indes klar hervor, dass ein zweistufiges Auswahlverfahren zur Anwendung gelangt. Der Versorgungsbericht erläutert das Vorgehen bei der Vergabe der Leistungsaufträge folgendermassen: In der Phase I wird geprüft, ob die Leistungserbringer die generellen und leistungsspezifischen Anforderungen und die weiteren Anforderungen gemäss § 5 Abs. 1 SPFG erfüllen. Sofern mehrere potenzielle Leistungserbringer die Anforderungen erfüllen, werden gemäss § 6 Abs. 1 Bst. c SPFG in Phase II die bestmöglichen Bewerber ausgewählt. Das Auswahlermessen der Spitalplanungsbehörden kommt in erster Linie auf der zweiten Stufe zum Tragen. Aus der Begründung der Nichterteilung eines Leistungsauftrags muss – zumindest implizit – hervorgehen, auf welcher Stufe der Beschluss zur Nichterteilung eines Leistungsauftrags erfolgte, damit den sich bewerbenden Spitälern eine allfällige sachgerechte Anfechtung ermöglicht wird.

4.5.3 Die Begründung der Nichterteilung eines Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe KAC unter Hinweis darauf, dass der Bedarf an entsprechenden Leistungen mit anderen, besser geeigneten Leistungserbringern mit wesentlich höheren Fallzahlen gedeckt werden könne, erweckt den

Eindruck, dass die Vorinstanz das Kriterium der grundsätzlichen Eignung – das Vorliegen der generellen und (weitergehenden) leistungsspezifischen Voraussetzungen – der Beschwerdeführerin bejahte und diese erst auf der zweiten Stufe des Auswahlverfahrens nicht berücksichtigte. Auch war die Beschwerdeführerin der Ansicht, dass es unbestritten sei, dass sie sämtliche Anforderungen für den Erhalt eines Leistungsauftrags für die Gruppe KAC erfülle (BVGer-act. 1, S. 10). Erst aus der Vernehmlassung der Vorinstanz – und damit verspätet – geht hervor, dass diese der Auffassung ist, die Fallzahlen der Beschwerdeführerin seien für die Gewährung der Patientensicherheit zu tief. Auch enthalten die Spitalplanungsgrundlagen keine Hinweise darauf, auf welcher Stufe des Auswahlverfahrens der Richtwert von 25 zu berücksichtigen ist.

4.5.4 Ferner ist zu beachten, dass an die Begründungsdichte von Verfügungen im Zusammenhang mit Spitallisten aufgrund des den Behörden zustehenden Ermessenspielraums und der Komplexität der Materie erhöhte Anforderungen zu stellen sind (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, a.a.O., S. 167 mit Hinweis auf Urteil des BVGer C-5576/2011 vom 2. Juni 2014 E. 6.3). Sofern für die Nichterteilung eines Leistungsauftrags entscheiderelevant, ist – unter Wahrung allfälliger Geheimhaltungsinteressen – aufzuzeigen, in welchen Bereichen konkurrierende Spitäler im Vergleich besser abschneiden.

4.5.5

4.5.5.1 Fraglich ist, ob die Überlegungen der Vorinstanz, die ihrem Entscheid zur Nichterteilung eines Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe KAC an die Beschwerdeführerin zugrunde liegen, rechtsgenügend aus der angefochtenen Verfügung hervorgehen.

4.5.5.2 Die Beschwerdeführerin weist für die Jahre 2018–2021 über folgende Fallzahlen für die Leistungsgruppe KAC auf (BVGer act. 1, S. 11):

	2018	2019	2020	2021
ambulant	10	4	13	4
stationär	26	17	9	10

Total	36	21	22	14
--------------	----	----	----	----

Wie erwähnt, begründet die Vorinstanz die Nichterteilung eines Leistungsauftrags für die Gruppe KAC an die Beschwerdeführerin im Spitallistenbeschluss damit, dass der Bedarf an entsprechenden Leistungen mit anderen, besser geeigneten Leistungserbringern mit bisher wesentlich höheren Fallzahlen gedeckt werden könne. Die knappe und undifferenzierte Begründung vermag nicht aufzuzeigen, welche konkreten Anforderungen die Beschwerdeführerin nicht erfüllt hat. Es unterbleibt die erforderliche Auseinandersetzung mit den Fallzahlen der Beschwerdeführerin. So vermag diese immerhin für die Jahre 2018, 2019 und 2020 Fallzahlen aufzuweisen, die den Richtwert von 25 überschreiten resp. nur um wenige Fälle unterschreiten. Für das Jahr 2021 weist sie indes eine Fallzahl von 14 auf, die den Richtwert erheblich unterschreitet. Auch bestehen grundlegende Unklarheiten hinsichtlich der Feststellung der Fallzahlen pro Facharzt resp. Fachärztin. So ist die Höhe der Fallzahlen, die auf die einzelnen Anästhesisten und Anästhesistinnen fällt, im Kanton Zürich gar nicht bekannt. Es oblag der Vorinstanz, spätestens mit dem Spitallistenbeschluss zu begründen, welches Vorgehen sie angesichts dieses Umstands wählt. Wie sie dies in ihrer Vernehmlassung nahelegt, besteht ein mögliches Vorgehen darin, für die Leistungsgruppe KAC die Fallzahlen pro Spital durch die Anzahl der Fachärzte und Fachärztinnen, die zur Durchführung von entsprechenden Kinderanästhesien qualifiziert sind, zu dividieren. Selbst aus den verspäteten Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung geht nicht nachvollziehbar hervor, wie sie die für das Evaluationsverfahren massgebenden Fallzahlen der einzelnen Spitäler konkret ermittelt hat. Es entsteht gar der Eindruck, sie habe lediglich bei der Beschwerdeführerin eine Division der Fallzahlen vorgenommen und bei konkurrierenden Spitälern auf die Fallzahlen pro Standort für die Leistungsgruppe KAC abgestellt. Zudem unterlässt es die Vorinstanz zu begründen, ob und aus welchen Gründen sie einzig die stationären oder auch die ambulanten Fallzahlen berücksichtigte. Im Übrigen sind zur Nachvollziehbarkeit des Auswahlentscheids die Fallzahlen und die Anzahl der Fachärzte und Fachärztinnen konkurrierender Spitäler, die zur Durchführung von entsprechenden Kinderanästhesien qualifiziert sind, offenzulegen.

4.5.5.3 Folglich vermag die Begründung der Nichterteilung eines Leistungsauftrags an die Beschwerdeführerin unter Hinweis darauf, dass der Bedarf an Leistungen mit anderen, besser geeigneten Leistungserbringern

mit wesentlich höheren Fallzahlen gedeckt werden könne, den Anforderungen an die Begründungspflicht nicht zu genügen.

4.6 Zusammengefasst hat die Vorinstanz 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, Art. 18 Abs. 2 KV ZH sowie § 10 Abs. 1 VRG ZH verletzt, da diese nicht rechtsgenügend über entscheidrelevante Grundlagen des Auswahlverfahrens orientiert wurde und der Spitalistenbeschluss, soweit dieser dessen Rechtsverhältnis betrifft, mangelhaft begründet ist. 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. 3.1). Der angefochtene Spitalistenbeschluss ist insoweit aufzuheben, als er die Nichterteilung eines Leistungsauftrags in der Leistungsgruppe KAC an die Beschwerdeführerin betrifft. Die Sache ist zur neuen Verfügung unter Wahrung des rechtlichen Gehörs im Sinne der Erwägungen 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). Der Vorinstanz 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., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl., S. 295, Fn. 142 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.

Der angefochtene Spitalistenbeschluss wird insoweit aufgehoben, als er die Nichterteilung eines Leistungsauftrags an die Beschwerdeführerin in der Leistungsgruppe KAC betrifft. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und anschliessendem Erlass einer neuen Verfügung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

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

3.

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

4.

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

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Michael Peterli

Julia Pandey

Versand: