



## Urteil vom 8. Dezember 2025

---

Besetzung

Richter Philipp Egli (Vorsitz),  
Richter Christoph Rohrer,  
Richter Beat Weber,  
Richterin Viktoria Helfenstein,  
Richter Vito Valenti,  
Gerichtsschreiberin Sandra Tibis.

---

Parteien

**Klinik Hirslanden AG,**  
Witellikerstrasse 40, 8032 Zürich,  
vertreten durch Daniel Staffelbach, Rechtsanwalt,  
und Dr. iur. Daniel Zimmerli, Rechtsanwalt,  
Walder Wyss AG, Seefeldstrasse 123,  
Postfach, 8034 Zürich,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

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

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

Die Klinik Hirslanden AG war auf der Zürcher Spitalliste 2012 Akutsomatik (Version 2022.3; gültig ab 1. Januar 2022) mit einem Leistungsauftrag für diverse Leistungsbereiche aufgeführt, unter anderem für die Leistungsgruppe HNO1.1.1 (Komplexe Halseingriffe [Interdisziplinäre Tumorchirurgie]) im Leistungsbereich Hals-Nasen-Ohren. Zu dieser Leistungsgruppe zählen neben gewissen neurochirurgischen Eingriffen (z.B. Transplantation und Transposition von extrakraniellen Hirnnerven) namentlich Operationen an Nase, Mund und Rachen (z.B. Glossektomie), am respiratorischen System (z.B. Chordektomie, Laryngektomie, Tracheostomie) sowie Operationen an Gesichtsschädelknochen und -gelenken (z.B. Mandibulektomie) (BVGer-act. 1 Beilage 11).

**B.**

**B.a** Am 11. April 2018 beauftragte der Regierungsrat des Kantons Zürich (Regierungsrat oder Vorinstanz) mit Beschluss (RRB) Nr. 338/2018 die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich (GD ZH), die Spitalliste 2012 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 der Regierungsrat, 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 von Januar 2021, die Anforderungen und die Evaluationskriterien informiert (Vorakten 1.3.1). Im Januar 2021 publizierte die GD ZH die Vernehmlassungsversion des Versorgungsberichts (Vorakten 1.3.8), im Juni 2021 den definitiven Versorgungsbericht (Vorakten 1.4.3). Ende Juni 2021 eröffnete die GD ZH das Bewerbungsverfahren für die neue Spitalliste 2023 Akutsomatik (Vorakten 1.5.1).

**B.b** Die Klinik Hirslanden AG bewarb sich am 14. September 2021 um einen Leistungsauftrag für diverse Leistungsgruppen, darunter für die Leistungsgruppe HNO1.1.1 (Vorakten 2.2.2). Am 12. November 2021 fand eine Besprechung der Bewerbungsunterlagen zwischen der Klinik Hirslanden AG und der GD ZH statt (Vorakten 2.2.18). In der Folge erarbeitete die GD ZH einen provisorischen Strukturbericht (Vernehmlassungsversion), der die provisorischen Spitallisten enthielt, und führte zu diesem eine Vernehmlassung durch (Vorakten 1.6.11, 1.6.12). Darin war vorgesehen, der Klinik Hirslanden AG eine Vielzahl von Leistungsaufträgen zu erteilen, nicht aber

für die Leistungsgruppe HNO1.1.1, wogegen die Klinik Hirslanden AG mit Vernehmlassung vom 12. Mai 2022 opponierte (Vorakten 1.6.26.1).

**B.c** 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 Zürcher Spitalliste 2012 Akutsomatik sowie alle früheren Anhänge zu dieser auf den 31. Dezember 2022 auf. Der Klinik Hirslanden AG wurden namentlich definitive Leistungsaufträge für 67 Leistungsgruppen aus 21 von 25 Leistungsbereichen erteilt, darunter acht der zehn Leistungsaufträge im Leistungsbereich Hals-Nasen-Ohren. Der Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe HNO1.1.1 wurde nicht erteilt.

### **C.**

**C.a** Die Klinik Hirslanden AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) erhob am 30. September 2022 beim Bundesverwaltungsgericht durch ihre Rechtsvertreter Beschwerde gegen die sie betreffende Verfügung des Spitallistenbeschlusses vom 24. August 2022 (BVGer-act. 1). Sie stellte folgende Rechtsbegehren:

1. Der Regierungsratsbeschluss des Kantons Zürich Nr. 1104 gemäss Sitzung des Regierungsrats vom 24. August 2022 sei teilweise aufzuheben, und der Beschwerdeführerin sei im Rahmen der Spitalplanung des Kantons Zürich 2023 Akutsomatik zusätzlich zu den Leistungsaufträgen, die ihr gemäss Regierungsratsbeschluss des Kantons Zürich Nr. 1104 an der Sitzung des Regierungsrats vom 24. August 2022 erteilt worden sind, ein unbefristeter Leistungsauftrag in der SPLG-Leistungsgruppe HNO1.1.1 «Komplexe Halseingriffe (interdisziplinäre Tumorchirurgie)» zu erteilen.
2. Eventualiter sei der Regierungsratsbeschluss des Kantons Zürich Nr. 1104 gemäss Sitzung des Regierungsrats vom 24. August 2022 teilweise aufzuheben, und der Beschwerdeführerin sei im Rahmen der Spitalplanung des Kantons Zürich 2023 Akutsomatik zusätzlich zu den Leistungsaufträgen, die ihr gemäss Regierungsratsbeschluss des Kantons Zürich Nr. 1104 an der Sitzung des Regierungsrats vom 24. August 2022 erteilt worden sind, ein Leistungsauftrag in der SPLG-Leistungsgruppe HNO1.1.1 «Komplexe Halseingriffe (interdisziplinäre Tumorchirurgie)» befristet bis am 31. Dezember 2026 zu erteilen.
3. Subeventualiter sei der Regierungsratsbeschluss des Kantons Zürich Nr. 1104 gemäss Sitzung des Regierungsrats vom 24. August 2022 teilweise

aufzuheben, soweit er der Beschwerdeführerin einen Leistungsauftrag in der SPLG-Leistungsgruppe HNO1.1.1 «Komplexe Halseingriffe (interdisziplinäre Tumorchirurgie)» verweigert, und die Sache sei an die Vorinstanz im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen.

4. Sub-subeventualiter für den Fall, dass die Anträge 1–3 abgewiesen werden sollten, sei der Regierungsratsbeschluss des Kantons Zürich Nr. 1104 gemäss Sitzung des Regierungsrats vom 24. August 2022 teilweise aufzuheben, soweit er der Beschwerdeführerin einen Leistungsauftrag in der SPLG-Leistungsgruppe HNO1.1.1 «Komplexe Halseingriffe (interdisziplinäre Tumorchirurgie)» verweigert, und der Beschwerdeführerin sei zu gestatten, während einer Übergangsfrist von mindestens sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts in dieser Sache ihre Tätigkeit gemäss ihrem bisherigen Leistungsauftrag in der SPLG-Leistungsgruppe HNO1.1.1 «Komplexe Halseingriffe (interdisziplinäre Tumorchirurgie)» gemäss der bisherigen «Zürcher Spitalliste 2012 Akutsomatik (Version 2022.3; gültig ab 1. Januar 2022)» weiterhin zu erbringen.

Weiter stellte die Beschwerdeführerin folgende prozessualen Anträge:

5. Nach Beizug der vollständigen Akten der Vorinstanz und Weiterleitung dieser Akten an die Beschwerdeführerin sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen.

6. Der vorliegenden Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

7. Eventualiter für den Fall, dass Antrag 6 abgewiesen werden sollte, sei der Beschwerdeführerin einstweilen und im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu gestatten, während des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht Leistungen in der SPLG-Leistungsgruppe HNO1.1.1 «Komplexe Halseingriffe (interdisziplinäre Tumorchirurgie)» zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und des Kantons zu erbringen.

8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Mehrwertsteuer).

**C.b** Der mit Zwischenverfügung vom 5. Oktober 2022 bei der Beschwerdeführerin eingeforderte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.- (BVGer-act. 2) ging am 13. Oktober 2022 bei der Gerichtskasse ein (BVGer-act. 4).

**C.c** Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 28. November 2022 die Abweisung der Beschwerde (BVGer-act. 6).

**C.d** Mit Zwischenverfügung vom 31. Januar 2023 wies der Instruktionsrichter die Verfahrensanträge der Beschwerdeführerin ab, soweit darauf einzutreten war. Mit Bezug auf den prozessualen Antrag Nr. 6 erwog das Bundesverwaltungsgericht, dass die Vorinstanz der Beschwerde die

aufschiebende Wirkung nicht entzogen habe und auch für das Bundesverwaltungsgericht kein Grund für einen Entzug ersichtlich sei. Folglich sei die bisherige Spitalliste für die Dauer des Beschwerdeverfahrens weiterhin rechtsgültig, weshalb mangels Rechtsschutzinteresse auf den prozessualen Antrag Nr. 6 nicht einzutreten sei (BVGer-act. 7).

**C.e** Auf entsprechende Einladung des Instruktionsrichters vom 31. Januar 2023 (BVGer-act. 7) hin nahm das Bundesamt für Gesundheit (BAG) am 2. März 2023 als Fachbehörde Stellung (BVGer-act. 9) und vertrat die Auffassung, die Beschwerde sei abzuweisen.

**C.f** Die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin reichten am 11. April 2023 respektive am 12. April 2023 ihre Schlussbemerkungen ein (BVGer-act. 13 und 14).

**C.g** Mit Eingaben vom 4. Mai 2023 respektive vom 17. Mai 2023 reichten die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin je eine unaufgeforderte Stellungnahme ein (BVGer-act. 16 und 18).

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

#### **1.**

Nach Art. 53 Abs. 1 KVG (SR 832.10) kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Der angefochtene Spitallistenbeschluss 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** Zunächst 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

(BGE 110 V 48 E. 3c). 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).

**2.4** Vorliegend richtet sich die Beschwerde einzig gegen die Nichterteilung eines Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe HNO1.1.1, 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 (BVGE 2018 V/3 E. 4.2; 2013/46 E. 3.2; je mit Hinweisen).

#### 4.

Streitig und zu prüfen ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren, ob die Nichterteilung des Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe HNO1.1.1 an die Beschwerdeführerin rechtmässig ist. Die Vorinstanz, die im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben zur Spitalplanung und zur Erstellung der Spitalliste (E. 4.2) über einen erheblichen Ermessensspielraum (E. 4.3) verfügt, hat die Nichterteilung des streitbetroffenen Leistungsauftrags mit den geringen Fallzahlen der Beschwerdeführerin respektive ihrer fehlenden Versorgungsrelevanz begründet (E. 4.4).

#### 4.1

**4.1.1** Vorab ist zum zeitlich anwendbaren Recht festzuhalten, dass der Bundesrat die in den Art. 58b ff. der Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (KVV; SR 832.102) geregelten Planungskriterien per 1. Januar 2022 revidiert hat (AS 2021 439). Gemäss Abs. 2 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 23. Juni 2021 (nachfolgend: UeB KVV) gilt Folgendes: «Die Listen der akutsomatischen Spitäler und der Geburtshäuser müssen innert vier Jahren nach Inkrafttreten der Änderung vom 23. Juni 2021 den Planungskriterien nach dieser Verordnung entsprechen.» Nach ihrem Wortlaut regelt die Übergangsbestimmung nur die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt («innert vier Jahren», d.h. bis zum 1. Januar 2026) die kantonalen Spitalplanungen den neuen gesetzlichen Anforderungen entsprechen müssen, nicht aber, wann die Kantone *frühestens* eine neue Planung respektive eine neue Spitalliste gestützt auf das revidierte Recht erlassen dürfen. Dazu ist die Übergangsbestimmung auszuliegen (vgl. sinngemäss Urteil des BVGer C-325/2010 vom 7. Juni 2012 E. 4.5.1, zu den Übergangsbestimmungen zur Änderung des KVG vom 21. Dezember 2007 [Spitalfinanzierung] [nachfolgend: Ueb KVG]).

**4.1.2** Mit der Übergangsbestimmung wollte der Ordnungsgeber den Kantonen genügend Zeit geben, um sich über einheitliche Klassifikationen und Anforderungen zu einigen, was für die interkantonale Koordination der Planungen erstrebenswert sei (vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung der KVV und KLV des BAG vom 23. Juni 2021, S. 26 f. [nachfolgend: Erläuternder Bericht]). Für den Bereich der Akutsomatik liegt eine solche Vereinheitlichung mit dem Spitalplanungs-Leistungsgruppenkonzept (SPLG-Konzept) bereits vor und wird von der Konferenz der Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) zur Anwendung empfohlen (Erläuternder Bericht, S. 26; vgl. BVGE 2021 V/1 E. 8.4). Orientiert sich ein Kanton – wie vorliegend – am SPLG-Konzept, ist es ohne Weiteres möglich und zulässig,

bereits vor Ablauf der Übergangsfrist unter Anwendung der per 1. Januar 2022 in Kraft getretenen Bestimmung der KVV ein umfassendes Planungsverfahren durchzuführen und eine Spitalliste zu erlassen.

## **4.2**

**4.2.1** Art. 39 Abs. 1 KVG (in der hier massgebenden Fassung per 1. Januar 2022) bestimmt in Verbindung mit Art. 35 Abs. 1 KVG, unter welchen Voraussetzungen Spitäler zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) zugelassen werden. Demnach muss ein Spital eine ausreichende ärztliche Betreuung gewährleisten (Bst. a), über das erforderliche Fachpersonal (Bst. b) und zweckentsprechende medizinische Einrichtungen verfügen und eine zweckentsprechende pharmazeutische Versorgung gewährleisten (Bst. c). Im Weiteren muss ein Spital für die Zulassung der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen, wobei private Trägerschaften angemessen in die Planung einzubeziehen sind (Bst. d). Bst. e setzt voraus, dass die Spitäler oder die einzelnen Abteilungen in der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons aufgeführt sind. Schliesslich müssen sie sich einer (Stamm-) Gemeinschaft gemäss dem Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier anschliessen (Bst. f).

**4.2.2** Art. 39 Abs. 1 Bst. a-c und f KVG regeln die Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen, welche in erster Linie durch die Behörden des Standortkantons zu prüfen sind. Bst. d statuiert eine Bedarfsdeckungs- und Koordinationsvoraussetzung und Bst. e eine Publizitäts- und Transparenz Voraussetzung (an welche Rechtswirkungen geknüpft werden). Die Voraussetzungen gemäss Bst. d und e sollen eine Koordination der Leistungserbringer, eine optimale Ressourcennutzung und eine Eindämmung der Kosten bewirken (BVGE 2019 V/2 E. 3.2; BVGE 2018 V/3 E. 5.2).

**4.2.3** Die Kantone sind nach Art. 39 KVG zudem verpflichtet, ihre Planung zu koordinieren (Abs. 2) und im Bereich der hochspezialisierten Medizin gemeinsam eine gesamtschweizerische Planung zu beschliessen (Abs. 2<sup>bis</sup>). Weiter hat der Bundesrat einheitliche Planungskriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit zu erlassen, wobei er zuvor die Kantone, die Leistungserbringer und die Versicherer anzuhören hat (Abs. 2<sup>ter</sup>). Diesem Auftrag ist der Bundesrat mit dem Erlass der Art. 58a ff. KVV (in Kraft seit 1. Januar 2009) nachgekommen.

**4.2.4** Die Spitalplanung für eine bedarfsgerechte Versorgung im Sinne von Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG umfasst die Sicherstellung der stationären Behandlung im Spital für Einwohnerinnen und Einwohner der Kantone, die die Planung erstellen. Die Kantone haben ihre Planung periodisch zu überprüfen (Art. 58a KVV). Für die Versorgung der versicherten Personen in Spitälern zur Behandlung von akutsomatischen Krankheiten sowie in Geburtshäusern schreibt Art. 58c Bst. a KVV eine leistungsorientierte Planung vor.

**4.2.5** Gemäss Art. 58b KVV ermitteln die Kantone den Bedarf in nachvollziehbaren Schritten. Sie stützen sich namentlich auf statistisch ausgewiesene Daten und Vergleiche und berücksichtigen namentlich die für die Prognose des Bedarfs relevanten Einflussfaktoren (Abs. 1). Sie ermitteln das Angebot, das in Einrichtungen beansprucht wird, die nicht auf der von ihnen erlassenen Liste nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG aufgeführt sind (Abs. 2). Sie bestimmen das Angebot, das durch die Aufführung von inner- und ausserkantonalen Einrichtungen auf der Liste zu sichern ist, damit die Versorgung gewährleistet ist. Das zu sichernde Angebot entspricht dem nach Art. 58b Abs. 1 KVV ermittelten Versorgungsbedarf abzüglich des nach Art. 58b Abs. 2 KVV ermittelten Angebots (Abs. 3). Bei der Bestimmung (Beurteilung und Auswahl) des auf der Liste zu sichernden Angebotes berücksichtigen die Kantone insbesondere die Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungserbringung, den Zugang der Patientinnen und Patienten zur Behandlung innert nützlicher Frist sowie die Bereitschaft und Fähigkeit der Einrichtung zur Erfüllung des Leistungsauftrages (Abs. 4).

**4.2.6** Art. 58d KVV regelt die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit und Qualität der Einrichtungen. Die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der Spitäler und Geburtshäuser erfolgt namentlich durch Vergleiche der schwegradbereinigten Kosten (Abs. 1). Bei der Beurteilung der Qualität der Einrichtungen ist insbesondere zu prüfen, ob die gesamte Einrichtung die in Art. 58d Abs. 2 KVV aufgezählten Mindestanforderungen erfüllt (vgl. auch Art. 58g KVV). Die Ergebnisse national durchgeführter Qualitätsmessungen können als Kriterien für die Auswahl der Einrichtungen berücksichtigt werden (Abs. 3). Bei der Beurteilung der Spitäler ist insbesondere auf die Nutzung von Synergien, auf die Mindestfallzahlen und auf das Potenzial der Konzentration von Leistungen für die Stärkung der Wirtschaftlichkeit und der Qualität der Versorgung zu achten (Abs. 4). Die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit und der Qualität kann sich auf aktuelle Beurteilungen anderer Kantone stützen (Abs. 5).

**4.2.7** Nach Art. 58e Abs. 1 KVV müssen die Kantone zur Koordination ihrer Planungen nach Art. 39 Abs. 2 KVG namentlich die nötigen Informationen über die Patientenströme auswerten und diese mit den betroffenen Kantonen austauschen (Bst. a) und das Potenzial der Koordination mit anderen Kantonen für die Stärkung der Wirtschaftlichkeit und der Qualität der Leistungserbringung berücksichtigen (Bst. b). Art. 58e Abs. 2 KVV regelt, mit welchen Kantonen sich ein Kanton zu koordinieren hat.

**4.2.8** Art. 58f KVV sieht vor, dass die Kantone auf ihrer Liste nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG die inner- und ausserkantonalen Einrichtungen aufführen, die notwendig sind, um das nach Art. 58b Abs. 3 KVV bestimmte Angebot sicherzustellen (Abs. 1). Jeder Einrichtung auf der Liste wird ein Leistungsauftrag nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG erteilt. Hat die Einrichtung mehrere Standorte, so hält der Leistungsauftrag fest, für welchen Standort er gilt (Abs. 2). Die Listen halten für jedes Spital die dem Leistungsauftrag entsprechenden Leistungsgruppen fest (Abs. 3). Die Kantone bestimmen im bundesrechtlichen Rahmen die Auflagen, die die Leistungsaufträge für Spitäler und Geburtshäuser enthalten müssen (Abs. 4, 6 und 7).

### **4.3**

**4.3.1** Die Spitalplanung ist Aufgabe der Kantone (BVGE 2019 V/3 E. 4.2). Sie haben dabei namentlich die vom Bundesrat gestützt auf Art. 39 Abs. 2<sup>ter</sup> KVG in Art. 58a-58f KVV auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit festgelegten Planungskriterien zu beachten (vgl. E. 4.2 vorstehend). Bei der Umsetzung der Planungskriterien verfügen die Kantone über einen erheblichen Ermessensspielraum, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist (vgl. BVGE 2018 V/3 E. 7.6.1; E. 3.1 vorstehend). Die Kantone dürfen jedoch nur solche Vorschriften erlassen und Anordnungen treffen, die nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und nicht dessen Zweck beeinträchtigen oder vereiteln (BVGE 2019 V/3 E. 4.2; 2018 V/3 E. 7.6.1; Urteil des BVGer C-7017/2015 vom 17. September 2021 E. 3.1.2, E. 7.2.3.2 und E. 10.5.2).

**4.3.2** Das Krankenversicherungsgesetz räumt den einzelnen Spitälern keinen Rechtsanspruch auf Aufnahme in die Spitalliste ein (Art. 39 KVG e contrario; BVGE 2013/46 E. 6.3.3; BGE 133 V 123 E. 3.3; 132 V 6 E. 2.4.1; Urteil des BVGer C-4967/2019 vom 8. Juni 2021 E. 7.5.4). Allerdings haben die Kantone bei der Ausübung des ihnen zustehenden Ermessens neben den bundesrechtlichen Planungskriterien die allgemeinen Schranken der Ermessensbetätigung zu beachten. Dazu zählen namentlich die

allgemeinen Rechtsprinzipien wie das Verbot der Willkür (Art. 9 BV) oder von rechtsungleicher Behandlung (Art. 8 BV), das Gebot von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) sowie der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV). Weiter kommt den verfahrensrechtlichen Ansprüchen der Leistungserbringer bei auf unbestimmt gehaltenen Rechtsgrundlagen beruhenden Entscheiden eine besondere Bedeutung zu (Art. 29 BV; BGE 127 V 431). Nach der Rechtsprechung hat die Beurteilung und Auswahl der Leistungserbringer und ihrer Angebote in einem öffentlichen, transparenten, rechtsgleichen und fairen Verfahren nach objektiven und sachgerechten Kriterien zu erfolgen (Art. 8, Art. 9 und Art. 29 BV; Art. 39 Abs. 2<sup>ter</sup> KVG; Art. 58a ff. KVV; BVGE 2013/46 E. 6.3.3; 2010/15 E. 4.2; Urteile des BVGer C-4467/2022 vom 23. Juli 2025 E. 4.3.3; C-28/2016 vom 24. Juli 2018 E. 4.8; C-5576/2011 vom 2. Juni 2014 E. 5.2).

**4.3.3** Eine Entscheidung anhand von Kriterien, die nach aussen erkennbar und kontrollierbar und ihrerseits vor dem Grundsatz der Rechtsgleichheit haltbar sind, schützt vor Ermessensmissbrauch (so bereits BGE 34 I 207 E. 3). Ein kriteriengeleitetes Zulassungsverfahren liegt im Interesse einer willkürfreien, transparenten und sachgerechten Vergabe der Leistungsaufträge und stellt sicher, dass die Kantone ihre Entscheide nach einheitlichen, über den Einzelfall hinaus gültigen Kriterien treffen (vgl. sinngemäss BGE 125 II 152 E. 4c/aa; 34 I 207 E. 3; Urteil des BVGer C-4156/2011 vom 16. Dezember 2013 E. 5.5.2). In verfahrensrechtlicher Hinsicht müssen die interessierten Leistungserbringer insbesondere die Gelegenheit erhalten, sich um die Zuteilung eines Leistungsauftrags zu bewerben (BVGE 2013/46 E. 6.3.3). Weiter ist das Anhörungsverfahren so auszugestalten, dass die interessierten Leistungserbringer über die massgebenden Beurteilungs- und Auswahlkriterien orientiert werden und sich vorgängig zum Beschluss dazu äussern können (vgl. E. 6 nachfolgend).

## **4.4**

**4.4.1** Mit der kantonalen Spitalplanung nach Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG soll einerseits die bedarfsgerechte Spitalversorgung der Bevölkerung gewährleistet (vgl. Art. 58a Abs. 1 KVV), andererseits eine Kosteneindämmung und namentlich der Abbau von Überkapazitäten angestrebt werden. Der vom Gesetzgeber angestrebte Wettbewerb ersetzt nicht die kantonale Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung. Bedarfsgerecht ist die Versorgungsplanung grundsätzlich dann, wenn sie den Bedarf – aber nicht mehr als diesen – deckt (BVGE 2019 V/2 E. 4.2; 2018 V/3 E. 9.1). Die Spitalplanung hat sich nicht auf die Verhinderung einer Unterversorgung

zu beschränken (eingehend dazu Urteil des BVGer C-6266/2013 vom 29. September 2015 E. 4). Zur Leistungserbringung zulasten der OKP sind daher grundsätzlich nur so viele Spitäler zuzulassen (bzw. Leistungsaufträge zu erteilen), als für die Deckung des Bedarfs erforderlich sind (Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG; Urteil des BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016 E. 5.4.2). Die Kantone können bei der Vergabe eines Leistungsauftrages berücksichtigen, ob dieser zur Deckung eines relevanten Anteils des Bedarfs notwendig ist. Für die Versorgung eines Kantons nicht relevante Spitäler müssen bei der Vergabe eines Leistungsauftrags nicht berücksichtigt werden (Urteile des BVGer C-190/2020 vom 15. Mai 2024 E. 10.4; C-6587/2019 vom 12. September 2022 E. 8.3; C-2827/2019 vom 18. März 2021 E. 6.7; je m.w.H.).

**4.4.2** Die Versorgungsrelevanz eines Spitals hängt von der Anzahl stationärer Behandlungen pro Leistungsgruppe bzw. Leistungsbereich ab. Bewerber, welche über eine geringe Fallzahl verfügen, sind in der Regel nicht versorgungsrelevant (vgl. Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 11.7.3; RÜTSCHÉ/PICECCHI, Basler Kommentar zum Krankenversicherungsgesetz und zum Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, 2020, N. 51 zu Art. 39 KVG). In einem Urteil zur Zürcher Spitalliste verneinte das Bundesverwaltungsgericht die Versorgungsrelevanz eines Spitals in den betroffenen Leistungsgruppen, da es mit 19 respektive 27 Fällen nur 0.54 % respektive 0.96 % aller im Kanton Zürich durch Spitäler mit Leistungsauftrag durchgeführten Eingriffe aufwies (Urteil C-4967/2019 E. 7.5.6). Weiter erachtete das Bundesverwaltungsgericht eine differenzierte Betrachtung der Versorgungsrelevanz im Kanton Bern als bundesrechtskonform, gemäss welcher in der Akutsomatik mindestens 10 Berner Fälle und – abhängig von der Versorgungsstufe – 2 % oder 5 % aller Berner Fälle pro Leistungsbereich vorausgesetzt waren (vgl. z.B. Urteil C-2827/2019 E. 6.3 und E. 6.15). Ebenfalls bundesrechtskonform war eine kantonale Regelung, wonach ein Spital während einer Referenzperiode über mindestens 5 % von allen Fällen der Kantonseinwohnerinnen und Kantonseinwohner und mindestens über 10 Fälle der betroffenen Leistung verfügen musste (Urteil des BVGer C-401/2012 vom 28. Januar 2014 E. 9.4). Zudem hat das Bundesverwaltungsgericht ein Spital in einer Leistungsgruppe, in der es einen Versorgungsanteil von 1.7 % der Kantonsbevölkerung aufwies, als nicht versorgungsrelevant betrachtet (Urteil C-3413/2014 E. 11.7.3). Schliesslich hat es die Nichterteilung eines Leistungsauftrags an einen Leistungserbringer, dessen Anteil im betroffenen Bereich 4.6 % bzw. 8.3 % am innerkantonalen Leistungsvolumen betrug, mit Blick auf die angestrebte Konzentration aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und der

Leistungsqualität als nachvollziehbar beurteilt (vgl. Urteil des BVGer C-2907/2008 vom 26. Mai 2011 E. 8.4.6.1).

**4.4.3** Die Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung enthalten in den Versionen vom 25. Mai 2018 und vom 20. Mai 2022 übereinstimmend eine Empfehlung 2 «Bedarfsgerechte Spitalplanung», die unter anderem Folgendes vorsieht:

c) Bei insgesamt ausreichendem oder über den Bedarf hinausgehendem Leistungsangebot ist ein innerkantonales Spital zur Deckung des Bedarfs (in einer Leistungsgruppe) nicht als versorgungsrelevant zu betrachten, wenn der Anteil dieses Spitals in der betroffenen Leistungsgruppe während einer vom Kanton festgelegten Periode nicht mindestens 5 Prozent (und zugleich mindestens 10 Fälle) der stationären Behandlungen von Kantonseinwohnerinnen und -einwohnern beträgt.

In begründeten Fällen, insbesondere aus versorgungspolitischen Gründen im Sinne einer dezentralen Gesundheitsversorgung, kann ein innerkantonales Spital zur Deckung des Bedarfs als versorgungsrelevant betrachtet werden, wenn der Anteil dieses Spitals in der betroffenen Leistungsgruppe weniger als 5 Prozent der stationären Behandlungen von Kantonseinwohnerinnen und -einwohnern beträgt. Die in der kantonalen Gesetzgebung festgeschriebenen Anforderungen für die Erteilung von Leistungsaufträgen bleiben vorbehalten.

Ein Leistungsauftrag sei dann zu vergeben, wenn dieser zur Deckung eines relevanten Anteils des Bedarfs auf kantonaler oder regionaler Ebene notwendig sei. Bei fehlender Versorgungsrelevanz zur Deckung des Bedarfs müsse kein Leistungsauftrag erteilt werden; insgesamt nicht für die Versorgung eines Kantons relevante Spitäler müssten nicht berücksichtigt werden. Dadurch würden Überkapazitäten vermieden bzw. reduziert. Der Abbau oder die Verhinderung des Aufbaus von Überkapazitäten sei eines der Ziele der Spitalplanung.

**4.4.4** Die Rechtsprechung zur Versorgungsrelevanz bietet keine Grundlage für eine pauschale Angebotskonzentration zugunsten von Spitälern mit höheren Fallzahlen. So ist es nicht zulässig, interessierte Spitäler, die einen relevanten Anteil des Bedarfs abdecken, mit blossem Hinweis auf die Fallzahlen vom Evaluationsverfahren auszuschliessen und von einer Beurteilung anhand der Planungskriterien der Qualität und Wirtschaftlichkeit abzusehen (BVGE 2019 V/6 E. 13.5.4 am Ende; Urteil C-4467/2022 E. 4.4.4; Urteil des BVGer C-224/2020 vom 30. April 2024 E. 10.2 mit Hinweis auf das Urteil C-7017/2015 E. 9.2).

#### 4.4.5

**4.4.5.1** Die Evaluation des Angebots der Spitäler und damit auch die Beurteilung der Versorgungsrelevanz kann nach bisheriger Rechtsprechung systembedingt nur retrospektiv erfolgen, wobei in der Regel auf die aktuellsten offiziellen Zahlen abzustellen ist (vgl. Urteile des BVGer C-2827/2019 vom 18. März 2021 E. 7.4 und E. 8.7; C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 10.4.1; C-2907/2008 E. 8.3.5.1; ferner BVGE 2018 V/3 E. 9.5). Zugleich betrifft die Frage, welcher Beurteilungszeitraum für die Ermittlung der Versorgungsrelevanz heranzuziehen ist, rechtsprechungsgemäss die Angemessenheit des angefochtenen Beschlusses (Urteil C-2827/2019 E. 7.4). Entsprechend hat sich das Bundesverwaltungsgericht nach bisheriger Praxis weder dazu zu äussern, ob es zweckmässiger wäre, einen anderen Beurteilungszeitraum zu betrachten, noch, ob es zweckmässig wäre, auch eine Prognose der künftigen Fallentwicklung vorzunehmen (Urteil C-2827/2019 vom 18. März 2021 E. 7.4).

**4.4.5.2** Ob und unter welchen Voraussetzungen das Ausserachtlassen erheblicher Fallzahlentwicklungen bei der Beurteilung der Versorgungsrelevanz im Rahmen der kantonalen Spitalplanung gleichwohl eine Rechtsverletzung darstellen kann, musste die Rechtsprechung bislang nicht abschliessend beantworten. Im Urteil C-2827/2019 verneinte das Bundesverwaltungsgericht eine überspitzt formalistische Handhabung des Kriteriums der Versorgungsrelevanz unter anderem mit Hinweis auf die Berücksichtigung der Fallzahlentwicklung durch die Vorinstanz (E. 7.4 des Urteils). Im Urteil C-2907/2008 vom 26. Mai 2011 hielt das Gericht erstmals fest, dass es in Fällen, bei denen die Spitalplanung aufgrund von zwischenzeitlich eingetretenen erheblichen Änderungen innert kurzer Zeit nach deren Erlass revidiert werden müsste, aus verfahrensökonomischen Gründen an sich sinnvoll erscheine, diese Änderungen in die laufende Planung einzubeziehen bzw. die Spitalplanung entsprechend zu überarbeiten (E. 8.3.5.1 des Urteils).

**4.4.5.3** Das Bundesverwaltungsgericht verneinte in seiner Rechtsprechung eine aus dem Verhältnismässigkeitsgebot resultierende unmittelbare Verpflichtung, einem Leistungserbringer, der in der Vergangenheit die Schwellenwerte für die Versorgungsrelevanz nicht erreicht hatte, einen befristeten Leistungsauftrag zu erteilen, um ihm die Möglichkeit zu geben, eine versorgungsrelevante Stellung zu erlangen. Begründet wurde dies damit, «dass eine (gleichsam automatische) Erteilung von befristeten Leistungsaufträgen an Bewerber, welche die Schwelle der Versorgungsrele-

vanz nicht erreichen, zur Schaffung bzw. Aufrechterhaltung von zumindest befristeten Überkapazitäten führen würde, was nicht KVG-konform wäre» (Urteil C-2827/2019 E. 10.4). Zudem würde eine «gleichsam automatische» Erteilung von Leistungsaufträgen Gefahr laufen, die bundesrechtlichen Planungskriterien der Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungserbringung zu umgehen (Art. 39 Abs. 2<sup>ter</sup> KVG; Art. 58b Abs. 4 Bst. a KVV).

**4.4.5.4** Gleichzeitig ist auch bei der Nichterteilung von Leistungsaufträgen ein zu schematisches Vorgehen zu vermeiden. Hierzu ergibt sich aus der jüngeren Rechtsprechung, dass eine gewisse Pauschalisierung und Schematisierung bei einer Spitalplanung aus Praktikabilitätsgründen zwar praktisch unvermeidlich ist (vgl. BVGE 2021 V/1 E. 8.7), aber eine zu schematische Handhabung von Fallzahlkriterien den bundesrechtlichen Planungskriterien zuwiderläuft (vgl. E. 4.4.4 vorstehend und E. 8.6.2 nachfolgend). Mit Bezug auf das Kriterium der Versorgungsrelevanz erscheint es daher heikel, einem Bewerber einen Leistungsauftrag *einzig* unter Hinweis auf in der Vergangenheit fehlende Fallzahlen gänzlich zu verweigern (vgl. Urteil C-224/2020 E. 10.1), zumindest wenn im Zeitpunkt der Bewerbung begründete Aussichten bestehen, dass der Bewerber die erforderlichen Schwellenwerte in der Planungsperiode erreichen wird (vgl. dagegen Urteil C-190/2020 E. 10.4, wo das Spital für die Planungsperiode nur eine geringfügige, nicht versorgungsrelevante Anzahl an Fällen offerierte und daher mangels Versorgungsrelevanz keine Leistungsaufträge erhielt). Eine «gleichsam automatische» Erteilung von Leistungsaufträgen ist aber jedenfalls ausgeschlossen (vgl. E. 4.3.2 und E. 4.4.5.3 vorstehend).

**4.4.5.5** Ob und – wenn ja – unter welchen Voraussetzungen die kantonalen Planungsbehörden bundesrechtlich verpflichtet sind, Fallzahlprognosen bei der Beurteilung der Versorgungsrelevanz zu berücksichtigen, braucht vorliegend nicht abschliessend beurteilt zu werden. Die Vorinstanz hat den Beurteilungszeitraum ausdrücklich unter Einbezug eines prognostischen Kriteriums festgelegt (vgl. E. 8.3 nachfolgend), was nach bisheriger Rechtsprechung in ihrem Ermessen liegt (vgl. E. 4.4.5.1 vorstehend) und zumindest im Grundsatz dem Anliegen Rechnung trägt, Fallzahlkriterien nicht zu schematisch zu handhaben (vgl. E. 4.4.5.4 vorstehend).

**4.4.6** In verfahrensrechtlicher Hinsicht sind die interessierten Spitäler zudem hinsichtlich des Kriteriums der Versorgungsrelevanz rechtzeitig über die konkreten Beurteilungs- und Auswahlkriterien zu informieren, damit sie dazu Stellung nehmen können (vgl. E. 4.3.3 vorstehend; Urteil des BVGer C-2940/2021 vom 23. Januar 2025 E. 4.1.2 mit Hinweisen).

## 5.

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV).

**5.1** Im angefochtenen Regierungsratsbeschluss wie im Strukturbericht vom August 2022 führt die Vorinstanz zur Nichterteilung des Leistungsauftrages für die Leistungsgruppe HNO1.1.1 an die Beschwerdeführerin Folgendes aus (Vorakten 1.8.1. S. 26):

«Die Leistungsaufträge für HNO1.1.1 und NCH3 werden im Sinne der horizontalen Konzentration (...) nur an wenige Spitäler mit ausreichend Fallzahlen vergeben. Da die Klinik Hirslanden in diesen Leistungsgruppen bisher nur sehr geringe Fallzahlen erreicht hat und eine für die Bedarfsdeckung relevante Steigerung mit Blick auf die Zahlen der anderen Spitäler nicht zu erwarten ist, werden die entsprechenden Leistungsaufträge nicht erteilt.»

**5.2** Die Beschwerdeführerin rügt insbesondere eine Verletzung der Begründungspflicht durch die Vorinstanz. Namentlich habe die Vorinstanz die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 12. Mai 2022 im Anschluss an den provisorischen Strukturbericht «schlicht ignoriert» (BVGer-act. 1 Rz. 61).

In der Stellungnahme vom 12. Mai 2022 monierte die Beschwerdeführerin die Vorgehensweise bei der angestrebten Angebotskonzentration in der Leistungsgruppe HNO1.1.1. Die Konzentration erfolge basierend auf «vergangenheitsorientierten Daten», ohne eine Stellungnahme der Spitäler dazu einzuholen. Bei der im Anschluss an die Bewerbung vom 14. September 2021 durchgeführten mündlichen Besprechung vom 12. November 2021 sei die Angebotskonzentration (noch) kein Thema gewesen. Bei der Hirslanden sei mit stark steigenden Fallzahlen zu rechnen. Weiter brachte die Beschwerdeführerin vor, sie habe in der Vergangenheit relativ wenige Fälle in der Leistungsgruppe HNO1.1.1 behandelt (<10 pro Jahr). Per August 2021 habe jedoch ein ausgewiesener Spezialist für HNO-Tumorchirurgie seine Tätigkeit bei der Beschwerdeführerin aufgenommen, was zu einem deutlichen Anstieg der Fallzahlen geführt habe. Die Beschwerdeführerin beantragte daher einen unbefristeten Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe HNO1.1.1, zumal sie alle qualitativen und – zwischenzeitlich – auch quantitativen Kriterien für den Leistungsauftrag erfülle. Schliesslich wandte sich die Beschwerdeführerin gegen die von der Vorinstanz angewandte Grouperlogik. Nicht alle komplexen Eingriffe im Halsbereich würden der Leistungsgruppe HNO1.1.1 zugeordnet (Vorakten 1.6.26.1).

**5.3** Die Vorinstanz verneint eine Gehörsverletzung. Bereits im Versorgungsbericht habe die GD ZH auf ihre Strategie zur Konzentration seltener Leistungen und auf das massgebende Datenjahr (2019) hingewiesen. Der Entwurf des Strukturberichts habe dann die von der Angebotskonzentration betroffenen Leistungsgruppen aufgeführt, darunter HNO1.1.1. Hierzu habe sich die Beschwerdeführerin äussern können und mit Stellungnahme vom 12. Mai 2022 auch tatsächlich geäussert. Unter anderem gestützt auf diese Stellungnahme sei die Grouperlogik angepasst worden, womit die Fallzahlen in der Leistungsgruppe HNO1.1.1 gestiegen seien, und zwar von 59 Fällen (davon 47 Fälle beim Universitätsspital Zürich [USZ], 3 Fälle beim Kantonsspital Winterthur [KSW], 1 Fall bei der Beschwerdeführerin und kein Fall beim Seespital Horgen [SEH]) auf 109 Fälle (davon 79 Fälle beim USZ, 26 Fälle beim KSW, 3 Fälle bei der Beschwerdeführerin, kein Fall beim SEH) (BVGer-act. 6 S. 24 f., 29 f. sowie Beilage 4).

Deswegen habe man einem zweiten Spital – neben dem bereits ursprünglich vorgesehenen USZ – einen Leistungsauftrag erteilt. Dabei habe die Vorinstanz den Leistungsauftrag dem KSW und nicht der Beschwerdeführerin erteilt, da das KSW geografisch für die Versorgung der Bevölkerung besser gelegen sei und die Beschwerdeführerin nur sehr geringe Fallzahlen erreicht habe. Eine für die Bedarfsdeckung relevante Steigerung sei mit Blick auf die Zahlen der anderen Spitäler nicht zu erwarten gewesen. Grundlage für die Beurteilung seien die Fallzahlen des massgebenden Datenjahres (2019) und der Selbstdeklaration der Beschwerdeführerin in den Bewerbungsunterlagen gewesen. Eine Verpflichtung, auf die neuesten Zahlen der Beschwerdeführerin gemäss Stellungnahme vom 12. Mai 2022 abzustellen, habe nicht bestanden. Die Beschwerdeführerin sei zur Deckung des Versorgungsbedarfs der Zürcher Bevölkerung aktuell nicht erforderlich (BVGer-act. 6 S. 24 f., 29 f.). Von einer überraschenden Verweigerung des Leistungsauftrags könne nicht die Rede sein. Die Begründungspflicht sei nicht verletzt. Die Beschwerdeführerin habe den Entschluss anfechten können (BVGer-act. 6 S. 25).

**5.4** Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) als Fachbehörde hat eine Verletzung des rechtlichen Gehörs verneint. Die Beschwerdeführerin habe im vorinstanzlichen Verfahren mehrfach Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten, namentlich habe sie sich zum geplanten Entscheid äussern können. Aus der Tatsache, dass die Vorinstanz den Anträgen der Beschwerdeführerin nicht nachgekommen sei, lasse sich nicht ableiten, dass diese nicht geprüft oder bei der Entscheidungsfindung nicht beachtet worden seien (BVGer-act. 9 Ziff. 5).

## **6.**

Zunächst ist auf die einzelnen Teilgehalte des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) bei der Zulassung von Spitälern nach Art. 39 KVG einzugehen.

**6.1** Das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung der betroffenen Person eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht der betroffenen Person, sich vor Erlass eines solchen Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen und Einsicht in die Akten zu nehmen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann. Voraussetzung des Äusserungsrechts sind genügende Kenntnisse über den Verfahrensverlauf, was auf das Recht hinausläuft, in geeigneter Weise über die entscheidungswesentlichen Vorgänge und Grundlagen vorweg orientiert zu werden. Dem Mitwirkungsrecht entspricht die Pflicht der Behörde, die Argumente und Verfahrensanträge der Partei entgegenzunehmen und zu prüfen sowie ihr die rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweismittel abzunehmen, es sei denn, diese betreffen eine nicht erhebliche Tatsache oder seien offensichtlich untauglich, über die streitige Tatsache Beweis zu erbringen. Aus dem Recht auf Prüfung der Parteivorbringen folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (BGE 146 II 335 E. 5.1; 144 I 11 E. 5.3; 142 II 49 E. 9.2; 136 I 229 E. 5.2; BVGE 2021 V/3 E. 5.3; je m.w.H.).

**6.2** Bei der Zulassung von Spitälern nach Art. 39 KVG ist zunächst das dem Anhörungsrecht vorangehende Recht auf Orientierung wesentlich (vgl. BVGE 2013/46 E. 6.3.2; Urteile des BVGer C-2940/2021 E. 4.1.2; C-4420/2022 vom 11. Oktober 2023 E. 4.2; C-4358/2017 vom 5. März 2018 E. 2.4).

**6.2.1** Wie das Bundesgericht für das krankensicherungsrechtliche Zulassungsverfahren von Heilbädern (Art. 40 KVG) festgestellt hat, erfordert die verfassungskonforme Gewährung des rechtlichen Gehörs unter Umständen, dass die Behörde, bevor sie in Anwendung einer unbestimmt gehaltenen Norm oder in Ausübung eines besonders grossen Ermessensspielraums einen Entscheid fällt, der von grosser Tragweite für die Betroffenen ist, diese über die behördliche Rechtsauffassung orientiert und ihnen Gelegenheit bietet, dazu Stellung zu nehmen (BGE 127 V 431 E. 2b/cc;

vgl. allgemein BGE 145 I 167 E. 4.1; 129 II 497 E. 2.2). Dies gilt auch für die Zulassung von Spitalern nach Art. 39 KVG: Bei der Spitalplanung und beim Erlass der Spitalliste verfügen die Kantone über einen erheblichen Ermessensspielraum, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist. Gerade deshalb ist es im Hinblick auf eine rechtsstaatliche Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens entscheidend, dass die Kantone die anzuwendenden Entscheidungskriterien und Beurteilungsmassstäbe im Voraus hinreichend klar festlegen und bekannt geben (vgl. E. 4.3.3 vorstehend).

**6.2.2** Die Parteien müssen sich zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt sowie zu den anwendbaren Rechtsnormen, äussern und ihren Standpunkt einbringen können (BVGE 2021 V/3 E. 5.4). Entsprechend sind die interessierten Leistungserbringer in krankensicherungsrechtlichen Zulassungsverfahren darüber zu informieren, welche Kriterien und Beurteilungsmassstäbe die Zulassungsbehörde anzuwenden gedenkt (BGE 127 V 431 E. 3c). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts müssen die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessenden Rechte des Spitals ab Eröffnung des Bewerbungsverfahrens gewährleistet sein. Für die interessierten Spitäler muss klar sein, welche Leistungen von welchem Leistungsauftrag erfasst werden, bevor sie sich bewerben (vgl. BVGE 2013/46 E. 6.3, insb. E. 6.3.3; Urteil des BVGer C-5576/2011 vom 2. Juni 2014 E. 6.3 ff.). Weiter sind die interessierten Spitäler darüber zu informieren, welche Anforderungen für die einzelnen Leistungsgruppen zu erfüllen sind (Urteil C-3413/2014 E. 3.4.1). Soweit auf (Mindest-)Fallzahlen abgestellt werden soll, haben die Kantone vor ihrem Beschluss über die Spitalliste bekannt zu geben, wie die massgebenden Fallzahlen ermittelt werden (Urteil des BVGer C-4358/2017 vom 5. März 2018 E. 2.4). Dabei müssen die Kantone zu den einzelnen Planungsschritten nicht separate Anhörungsverfahren durchführen. Ebenso wenig sind die Spitäler 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.) die Kantone ihre Versorgungsplanung abstützen wollen. 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. 2.4-2.5.3).

**6.2.3** Das Bundesverwaltungsgericht hat die aus dem Anspruch auf vorgängige Orientierung folgenden Anforderungen an das Spitalplanungsverfahren in seiner jüngeren Rechtsprechung weiter konkretisiert. Namentlich muss bei einer beabsichtigten Angebotskonzentration nachvollziehbar

sein, nach welchen Kriterien ein Kanton die Auswahl zwischen mehreren Spitälern trifft (Urteil C-3413/2014 E. 3.4.1; zur Zürcher Spitalliste: Urteil C-4420/2022 E. 4.4.2.2; Urteil des BVGer C-4421/2022 vom 11. Oktober 2023 E. 4.4.2.2; zu den Basler Spitallisten: Urteil C-2940/2021 E. 4.1.2; Urteile des BVGer C-2947/2021 vom 7. September 2023 E. 4.5.4, C-2986/2021 vom 25. August 2023 E. 3.9.5, C-3051/2021 vom 25. August 2023 E. 3.6.5). Soll diese Auswahl – unter dem Aspekt der Versorgungsrelevanz – anhand einer kritischen Menge an Fallzahlen respektive anhand erforderlicher Mindestmarktanteile vorgenommen werden, sind die betroffenen Spitäler über diese Anforderungen zu informieren, bevor über die Spitalliste Beschluss gefasst wird (Urteile C-2940/2021 E. 4.1.2; C-2986/2021 E. 3.9.5, C-3051/2021 E. 3.6.5). Daran fehlt es etwa, wenn die zur Beurteilung der Versorgungsrelevanz massgebenden Datenjahre nicht klar ersichtlich sind oder in den Planungsgrundlagen bloss «Faustregeln» erwähnt werden, der Kanton aber auf spezifische Fallzahlen respektive Marktanteile abstellt (Urteile C-2940/2021 E. 4.1.2; C-2986/2021 E. 3.9.5 und E. 3.9.6; C-3051/2021 E. 3.6.5 und E. 3.6.6; siehe auch Urteile C-4420/2022 E. 4.4.2.5; C-4421/2022 E. 4.4.2.5). Weiter sind die massgebenden Entscheidungskriterien und Beurteilungsmassstäbe sachbezogen und sachgerecht zu konkretisieren. So hat das Bundesverwaltungsgericht etwa das Erfordernis einer «regelmässigen klinischen Praxis» für sich alleine als zu unklar eingestuft und eine Konkretisierung durch Richtwerte, Fallzahlen oder Ähnliches vorausgesetzt (Urteile C-4420/2022 E. 4.4.2.2; C-4421/2022 E. 4.4.2.2).

### 6.3

**6.3.1** Weiter verlangt der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), dass die Behörde die Vorbringen der vom Entscheid in ihrer Rechtsstellung betroffenen Person auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt (BGE 150 III 223 E. 3.5.1; 146 II 335 E. 5.1; 136 V 351 E. 4.2). Eine Behörde verletzt das Recht auf Prüfung der Parteivorbringen, wenn sie es unterlässt, sich zu Rügen von einer gewissen Stichhaltigkeit zu äussern oder für den zu erlassenden Entscheid wichtige Vorbringen und Argumente zu berücksichtigen (vgl. BGE 141 V 557 E. 3.2.1, 136 V 351 E. 4.2; je m.w.H.). Das Recht auf Prüfung der Parteivorbringen hängt eng mit der Begründungspflicht zusammen. Der Begründung lassen sich Hinweise entnehmen, ob sich die Behörde tatsächlich mit allen erheblichen Vorbringen der Parteien befasst und auseinandergesetzt hat (BVGE 2013/46 E. 6.2.3). Die Begründungspflicht erscheint so nicht nur als ein bedeutsames Element transparenter Entscheidungsfindung, sondern

dient zugleich auch der wirksamen Selbstkontrolle der Behörde (BVGE 2013/46 E. 6.2.5 mit Hinweis auf BGE 112 Ia 107 E. 2b).

**6.3.2** Zur Erfüllung der Begründungspflicht ist nicht erforderlich, dass sich die Behörde mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Erforderlich ist aber stets eine Auseinandersetzung mit dem konkret zu beurteilenden Sachverhalt. Erwägungen allgemeiner Art ohne Bezugnahme auf den Einzelfall genügen nicht; floskelhafte Feststellungen erfüllen die Anforderungen an die Begründungspflicht nicht (BGE 142 II 243 E. 3.1, 111 Ia 2 E. 4b; BVGE 2013/46 E. 6.2.5 und E. 6.2.7; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl., 2022, Rz. 3.107). Zudem sind umso höhere Anforderungen an die Begründung des Entscheids zu stellen, je grösser der den Behörden eingeräumte Ermessensspielraum ist und je vielfältiger die tatsächlichen Voraussetzungen sind, die bei der Betätigung des Ermessens oder bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe zu berücksichtigen sind (BVGE 2013/46 E. 6.2.5; BGE 129 I 232 E. 3.3; Urteil des BVGer C-5576/2011 vom 2. Juni 2014 E. 6.3).

**6.3.3** Bei der Begründung von Spitallistenentscheiden, bei denen ein breites Anhörungsverfahren durchgeführt wird, ist es nicht praktikabel, auf die Stellungnahmen aller Anhörungsteilnehmer detailliert einzugehen (BVGE 2013/46 E. 6.2.6). Es kann sachgerecht sein, Stellungnahmen verschiedener Teilnehmer zusammenzufassen und summarisch wiederzugeben oder Tendenzen aufzuzeigen. Sachverhalte und Überlegungen, welche verschiedene Rechtssubjekte gleichermassen betreffen, können zusammenfassend dargestellt werden. Soweit einzelne Rechtssubjekte vom Entscheid besonders betroffen werden, sind jedoch höhere Anforderungen an die Begründungsdichte zu stellen. Hinzu kommt, dass ein erheblicher Ermessensspielraum die Anforderungen an die Begründungsdichte erhöhen kann (BVGE 2013/46 E. 6.2.6).

**6.3.4** Die verfügende Behörde muss im Rahmen ihrer Begründung nachvollziehbar darlegen, welche Gründe für sie ausschlaggebend waren, und insbesondere, ob die massgebenden Entscheidungskriterien erfüllt oder inwieweit sie verfehlt wurden (Urteile C-4420/2022 E. 4.5.4; C-4421/2022 E. 4.5.4). Bei der Nichterteilung eines Leistungsauftrags ist aufzuzeigen, welche konkreten Anforderungen der betroffene Leistungserbringer nicht erfüllt und in welchen Bereichen konkurrierende Spitäler besser

abschneiden. Zur Nachvollziehbarkeit des Auswahlentscheids sind die Entscheidungskriterien und Beurteilungsmassstäbe (z.B. Fallzahlen, Anzahl Fachärztinnen und Fachärzte) – unter Wahrung allfälliger Geheimhaltungsinteressen – offenzulegen (Urteile C-4420/2022 E. 4.5.4 und E. 4.5.5.2; C-4421/2022 E. 4.5.4 und E. 4.5.5.2; C-3051/2021 E. 3.6.5; C-2986/2021 E. 3.9.5). Dies gewährleistet, dass sich das betroffene Spital über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (Urteile C-2947/2021 E. 3.5; C-3051/2021 E. 3.5; C-2986/2021 E. 3.5). Daran kann es bei sehr knappen und undifferenzierten Begründungen respektive allzu vagen Formulierungen fehlen (vgl. Urteile C-4420/2022 E. 4.5.5.2; C-4421/2022 E. 4.5.5.2).

## 7.

Nachfolgend ist der Ablauf des vorinstanzlichen Verfahrens mit Bezug auf die Leistungsaufträge für die Leistungsgruppe HNO1.1.1 darzulegen (vgl. auch Bst. B vorstehend).

**7.1** Der provisorische Versorgungsbericht (Vernehmlassungsversion) von Januar 2021 erwähnte unter Hinweis auf das einschlägige kantonale Recht die Möglichkeit einer Koordination und Konzentration von seltenen oder komplexen Leistungen, die eine aufwendige Infrastruktur erfordern (Vorakten 1.3.8 S. 17). Insbesondere wird beim Leistungsgruppenmodell Akutso-matik ausgeführt, dass die Systematik in einigen Bereichen weiterentwickelt werde, was namentlich die Umsetzung der Strategie der GD ZH zur Konzentration seltener Behandlungen ermögliche (S. 46). Die von den Änderungen betroffenen Leistungsgruppen werden im Entwurf des Versorgungsberichts aufgezählt, wobei die Leistungsgruppe HNO1.1.1 nicht erwähnt wird (S. 46 ff.).

An anderer Stelle im Bericht wird unter Hinweis auf § 6 des kantonalen Spitalplanungs- und -finanzierungsgesetzes vom 2. Mai 2011 (SPFG; LS 813.20) und die Empfehlung 2 der GDK allgemein ausgeführt, eines der Kriterien für die Vergabe eines Leistungsauftrags sei, ob dieser «zur Deckung eines relevanten Anteils des Bedarfs auf kantonaler oder regionaler Ebene notwendig» sei (S. 18) respektive ob das betroffene Spital für eine «bedarfsgerechte Spitalversorgung erforderlich» sei (S. 29). Konkrete Kriterien zur Beurteilung der Versorgungsrelevanz («relevanter Anteil») werden nicht ausdrücklich festgelegt. Der definitive Versorgungsbericht von Juni 2021 enthält diesbezüglich keine relevanten Änderungen (Vorakten 1.4.3).

Somit lassen sich den Versorgungsberichten keine spezifischen Hinweise auf eine Konzentration in der Leistungsgruppe HNO1.1.1 entnehmen. Dasselbe gilt für die mit der Eröffnung des Bewerbungsverfahrens zur Verfügung gestellten Unterlagen (Vorakten 1.5).

**7.2** Die Bewerbung der Beschwerdeführerin vom 14. September 2021 enthält namentlich eine Selbstdeklaration zu den Fallzahlen in der Leistungsgruppe HNO1.1.1 (Vorakten 2.2.9). Im einschlägigen Bewerbungsformular gab die Beschwerdeführerin unter «Anzahl geplante Austritte im Jahr 2023 für die Zürcher Bevölkerung» 15 Fälle und unter «Anzahl geplanter Austritte im Jahr 2032 für die Zürcher Bevölkerung» 20 Fälle an (Vorakten 2.2.9). Im anschliessenden Gespräch zwischen der GD ZH und der Beschwerdeführerin vom 12. November 2021 war die Angebotskonzentration gemäss der Gesprächsnotiz der GD ZH kein Thema (Vorakten 2.2.18). In der Beilage zur Gesprächsnotiz führte die GD ZH zu einzelnen Leistungsgruppen jeweils spezifische Bemerkungen an, wobei bei der Leistungsgruppe HNO1.1.1 keine Bemerkungen eingetragen sind (Vorakten 2.2.19).

**7.3** Der provisorische Strukturbericht (Vernehmlassungsversion) von März 2022 enthält Ausführungen zur horizontalen Konzentration in sechs Leistungsgruppen, darunter in der Leistungsgruppe HNO1.1.1. In dieser Leistungsgruppe werden für das Jahr 2019 im Kanton Zürich 59 Fälle ausgewiesen (Vorakten 1.6.11 S. 30). Weiter wird ausgeführt: «Innerhalb dieser Leistungsgruppen werden alle bisher nicht versorgungsrelevanten Leistungsanbieter ausgeschlossen, um die wenigen Fälle auf eine kleine Anzahl spezialisierter Anbieter konzentrieren zu können» (S. 30). Vorgesehen war eine Erteilung von Leistungsaufträgen an das Kinderspital Zürich und das USZ, während dem KSW, dem See-Spital Horgen und der Beschwerdeführerin keine Leistungsaufträge erteilt werden sollten (S. 75, 76, 77, 85). Weitere Ausführungen zu den Kriterien der Versorgungsrelevanz enthält der provisorische Strukturbericht nicht. Es bleibt – wie bereits in den Versorgungsberichten – bei den allgemeinen Hinweisen auf § 6 SPFG sowie auf die Empfehlung 2 der GDK zur bedarfsgerechten Spitalplanung (S. 20, 74).

Spezifisch zur Beschwerdeführerin wird im provisorischen Strukturbericht Folgendes festgehalten (S. 76):

«Die Leistungsaufträge für HNO1.1.1 Komplexe Halseingriffe (Interdisziplinäre Tumorchirurgie) und NCH3 Periphere Neurochirurgie werden im Sinne der horizontalen Konzentration (...) nur an wenige Spitäler mit ausreichend Fallzahlen vergeben. Da die Klinik Hirslanden in diesen Leistungsgruppen bisher nur

sehr geringe Fallzahlen erreicht hat und eine für die Bedarfsdeckung relevante Steigerung mit Blick auf die Zahlen der anderen Spitäler nicht zu erwarten ist, werden die entsprechenden Leistungsaufträge nicht erteilt.»

Dabei wird die Verweigerung der Leistungsaufträge nicht nur bei der Beschwerdeführerin, sondern auch bei den dreizehn übrigen, von einer horizontalen Angebotskonzentration betroffenen Leistungserbringern mit den Kriterien «bisher nur sehr geringe Fallzahlen» und «eine für die Bedarfsdeckung relevante Steigerung mit Blick auf die Zahlen der anderen Spitäler nicht zu erwarten» begründet (S. 75 ff.).

**7.4** Mit Stellungnahme vom 12. Mai 2022 hat sich die Beschwerdeführerin zum Entwurf des Strukturberichts vernehmen lassen (E. 5.2 vorstehend).

**7.5** Der definitive Strukturbericht von August 2022 führt die sechs von der horizontalen Konzentration betroffenen Leistungsgruppen auf, darunter die Leistungsgruppe HNO1.1.1, wobei für das Jahr 2019 im Kanton Zürich neu 109 Fälle ausgewiesen werden (Vorakten 1.7.1 S. 30). Wie bereits im Entwurf des Strukturberichts wird ausgeführt, dass innerhalb der betroffenen Leistungsgruppen alle bisher nicht versorgungsrelevanten Leistungserbringer ausgeschlossen werden, um die wenigen Fälle auf eine kleine Anzahl spezialisierter Anbieter konzentrieren zu können (S. 32). Kriterien zur Bestimmung der Versorgungsrelevanz werden nicht ausdrücklich festgelegt. Weiter wird ausgeführt, im Rahmen der Vernehmlassung zum provisorischen Strukturbericht sei bezüglich der Fallzahlen des Jahres 2019 (bisher 59, neu 109) auf eine zu wenig differenzierte Fallzuweisung in der Leistungsgruppe HNO1.1.1 hingewiesen worden, was angepasst worden sei (S. 32):

«An der horizontalen Konzentration ist mit Blick auf die dennoch tiefe Fallzahl festzuhalten, wobei zur Deckung des Bedarfs ein zusätzlicher Leistungserbringer für diesen Leistungsauftrag auf der Spitalliste zu berücksichtigen ist. Bei ansonsten gleicher Eignung der sich bewerbenden, auf der provisorischen Spitalliste nicht berücksichtigten Leistungserbringer wird dabei der gesamthaft betrachtet geografisch für die Versorgung der Bevölkerung am günstigsten gelegene Leistungserbringer ausgewählt.»

Vorgesehen war eine Erteilung von Leistungsaufträgen an das Kinderspital Zürich, das USZ und neu an das KSW, während dem See-Spital Horgen und der Beschwerdeführerin keine Leistungsaufträge erteilt werden sollten (S. 81 f., 93). Spezifisch zur Beschwerdeführerin wird im definitiven Strukturbericht – wortwörtlich übereinstimmend zum provisorischen Strukturbericht – Folgendes ausgeführt (S. 81):

«Die Leistungsaufträge für HNO1.1.1 Komplexe Halseingriffe (Interdisziplinäre Tumorchirurgie) und NCH3 Periphere Neurochirurgie werden im Sinne der horizontalen Konzentration (...) nur an wenige Spitäler mit ausreichend Fallzahlen vergeben. Da die Klinik Hirslanden in diesen Leistungsgruppen bisher nur sehr geringe Fallzahlen erreicht hat und eine für die Bedarfsdeckung relevante Steigerung mit Blick auf die Zahlen der anderen Spitäler nicht zu erwarten ist, werden die entsprechenden Leistungsaufträge nicht erteilt.»

**7.6** Im RRB Nr. 1104/2022 vom 24. August 2022 wird die Verweigerung des Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe HNO1.1.1 an die Beschwerdeführerin mit folgender Formulierung aus dem definitiven Strukturbericht begründet (Vorakten 1.1.1.5 S. 26):

«Die Leistungsaufträge für HNO1.1.1 und NCH3 werden im Sinne der horizontalen Konzentration (...) nur an wenige Spitäler mit ausreichend Fallzahlen vergeben. Da die Klinik Hirslanden in diesen Leistungsgruppen bisher nur sehr geringe Fallzahlen erreicht hat und eine für die Bedarfsdeckung relevante Steigerung mit Blick auf die Zahlen der anderen Spitäler nicht zu erwarten ist, werden die entsprechenden Leistungsaufträge nicht erteilt.»

Die Kriterien «bisher nur sehr geringe Fallzahlen erreicht» und «eine für die Bedarfsdeckung relevante Steigerung mit Blick auf die Zahlen der anderen Spitäler nicht zu erwarten» werden auch bei den zwölf übrigen Leistungserbringern verwendet, die von einer horizontalen Angebotskonzentration betroffen sind (Vorakten 1.1.1.5 S. 22 ff.).

## **8.**

Schliesslich ist zu prüfen, ob die Vorinstanz bei der Nichterteilung des Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe HNO1.1.1 verfahrensmässig korrekt vorgegangen ist.

### **8.1**

**8.1.1** Die Nichterteilung des streitbetroffenen Leistungsauftrags wird im angefochtenen Spitalistenbeschluss damit begründet, die Beschwerdeführerin habe «bisher nur sehr geringe Fallzahlen erreicht» und «eine für die Bedarfsdeckung relevante Steigerung» sei «mit Blick auf die Zahlen der anderen Spitäler nicht zu erwarten» (E. 7.6 vorstehend). Diese Formulierung ist auffallend vage gehalten und lässt unter anderem offen, welches die massgebenden Grössen bzw. Schwellenwerte für die Fallzahlen sind («geringe Fallzahlen»; «relevante Steigerung»), weshalb eine relevante Steigerung der Fallzahlen «mit Blick auf die Zahlen der anderen Spitäler» nicht zu erwarten ist und welcher Beurteilungszeitraum – retrospektiv («bisher») wie prospektiv («zu erwarten») – genau massgebend ist. Im Übrigen

werden die Fallzahlen der «anderen Spitäler» im angefochtenen Spitallistenbeschluss nicht offengelegt, was die Nachvollziehbarkeit des Auswahlentscheids für die Beschwerdeführerin erschwert (E. 6.3.4 vorstehend). Im angefochtenen Spitallistenbeschluss selbst erfolgen keine weiteren Konkretisierungen.

**8.1.2** Es bleibt zu prüfen, ob sich die massgebenden Beurteilungs- und Auswahlkriterien klar und nachvollziehbar aus den Planungsgrundlagen ergeben, auf die im angefochtenen Spitallistenbeschluss verwiesen wird, und ob die Gehörsansprüche der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren gewahrt wurden (E. 8.2 ff. nachfolgend). Von besonderer Bedeutung ist für die Beschwerdeführerin, auf welchen Beurteilungszeitraum abzustellen ist (E. 8.3 nachfolgend). Wie die Beschwerdeführerin vor der Vorinstanz selbst ausführte, erfüllte sie in der Vergangenheit die «quantitativen Kriterien» für die Erteilung eines Leistungsauftrags in der Leistungsgruppe HNO1.1.1 nicht (E. 5.2 vorstehend). So führte sie im Jahr 2019 nur 3 von insgesamt 109 Fällen (= 2.75 %) in der Leistungsgruppe HNO1.1.1 im Kanton Zürich durch und wies damit im Vergleich mit dem USZ (79 Fälle) und dem KSW (26 Fälle) unstrittig nur sehr geringe Fallzahlen aus (E. 5.3 vorstehend). Hingegen prognostizierte die Beschwerdeführerin in ihrer Bewerbung eine deutliche Steigerung der Fallzahlen (E. 7.2 vorstehend).

## **8.2**

**8.2.1** Die Vorinstanz stellt für die horizontale Konzentration entscheidend auf die Fallzahlen der Spitäler ab und hebt in den Planungsgrundlagen das Kriterium der Versorgungsrelevanz der Spitäler hervor. Bei Leistungsgruppen mit im Kanton Zürich seltenen Eingriffen (DER2, HNO1.1.1, NCH3, PNE1.1, THO1, URO1.1.17) sollen «alle bisher nicht versorgungsrelevanten Leistungsanbieter ausgeschlossen» werden. Die Beschwerdeführerin weist bisher nur sehr geringe Fallzahlen aus und zukünftig sei keine «relevante Steigerung» der Fallzahlen zu erwarten. Die der Beschwerdeführerin zugänglichen Planungsgrundlagen (insb. Versorgungsbericht, Strukturbericht) enthalten indes keine ausdrückliche Festlegung, nach welchen Kriterien sich die Versorgungsrelevanz bestimmt, namentlich ob dafür gewisse Schwellenwerte im Sinne einer kritischen Menge an Fallzahlen und/oder an Marktanteilen zu erreichen sind.

**8.2.2** Die Strukturberichte (provisorische und definitive Version) verweisen allgemein und ohne direkten Bezug zur Angebotskonzentration auf die

Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung. Hierzu wird in den Strukturberichten festgehalten (E. 7.2.2 und E. 7.5 vorstehend):

«Eines der Kriterien für die Vergabe eines Leistungsauftrages ist, ob dieser zur Deckung eines relevanten Anteils des Bedarfs auf kantonaler oder regionaler Ebene notwendig ist.»

Die GDK Empfehlungen legen bei innerkantonalen Spitälern wie der Beschwerdeführerin eine kritische Menge an Fallzahlen (mindestens 10 Fälle) und einen Mindestmarktanteil von 5 % der stationären Behandlungen von Kantonseinwohnerinnen und -einwohnern fest. In begründeten Fällen kann der Prozentwert nach den Empfehlungen der GDK unterschritten werden (E. 4.4.3 vorstehend).

**8.2.3** Ob die Vorinstanz die Versorgungsrelevanz in den von der Angebotskonzentration betroffenen Leistungsgruppen, darunter HNO1.1.1, nach den Empfehlungen der GDK beurteilt hat, lässt sich den Strukturberichten nicht klar entnehmen. Die Empfehlungen der GDK sind für die Kantone nicht bindend und enthalten auch keine verbindliche Auslegung des KVG und der KVV (BVGE 2019 V/2 E. 4.5.3; 2018 V/3 E. 9.8; BGE 138 II 398 E. 2.3.5). In den Strukturberichten fehlen konkrete Hinweise auf allenfalls massgebende Kriterien zur Bestimmung der Versorgungsrelevanz (z.B. Mindestfallzahlen, Mindestmarktanteile). Zudem wird in den Strukturberichten für die Angebotskonzentration auf die «Anzahl Fälle 2019 im Kanton Zürich» abgestellt und offenbar nicht auf die stationären Behandlungen der Zürcher Wohnbevölkerung, wie dies die Empfehlungen der GDK nahelegen würden. In den Bewerbungsunterlagen hat die Vorinstanz dagegen spezifisch nach der Anzahl geplanter Austritte in den Jahren 2023 und 2032 für die Zürcher Bevölkerung gefragt (E. 7.2 vorstehend).

**8.2.4** Während in den Strukturberichten eine ausdrückliche oder zumindest nachvollziehbare Festlegung der Kriterien für die Versorgungsrelevanz fehlt, wird im verwaltungsinternen «Konzept Evaluation: Akutsomatik» (Version 1.0) vom 25. August 2021 die «Versorgungsrelevanz des Leistungserbringers pro SPLG» – mit ausdrücklicher Bezugnahme auf die Empfehlungen der GDK – am prozentualen Anteil der stationären OKP-Patienten mit Wohnsitz im Kanton Zürich gemessen, wobei als Richtwerte auf die Empfehlungen der GDK abgestellt wird. Die Auswertung soll anhand der offiziellen Daten des Bundesamtes für Statistik (BFS) von 2019 erfolgen (Vorakten 1.10.6.1). Das Konzept enthält die nachfolgende tabellarische Darstellung:

Merkmalsgruppe	Kriterium	Richtwert	Messverfahren
Bedarfsdeckung je SPLG	Angebot vs. Bedarf	Prognostizierter Bedarf 2023 und 2032 soll gedeckt sein (100%)	Abfrage der geplante Austritte 2032 und Gegenüberstellung zum progn. Bedarf
Versorgungsrelevanz des Leistungserbringers pro SPLG	%-Anteil Fälle der stat. OKP-Patienten mit Wohnsitz Kanton Zürich	Innerkantonal: %-Anteil Klinik > 5% Ausserkantonal: %-Anteil Klinik > 10%	Auswertung GD anhand BfS Daten 2019

Quelle: «Konzept Evaluation: Akutsomatik» (S. 11)

**8.2.5** Insgesamt hat die Vorinstanz die für die Versorgungsrelevanz und damit für die Angebotskonzentration massgebenden Kriterien weder in den Versorgungsberichten noch in den Strukturberichten oder anderen der Beschwerdeführerin zugänglichen Dokumenten hinreichend klar festgelegt. Insoweit fehlt es in den Planungsgrundlagen an einer sachbezogenen Konkretisierung des Kriteriums der Versorgungsrelevanz. Im Unterschied zum verwaltungsinternen «Konzept Evaluation: Akutsomatik» bleibt es in den Strukturberichten bei der vagen Formulierung, wonach die Beschwerdeführerin «bisher nur sehr geringe Fallzahlen erreicht» habe und «eine für die Bedarfsdeckung relevante Steigerung (...) nicht zu erwarten» sei. Damit war für die Beschwerdeführerin nicht hinreichend nachvollziehbar, nach welchen genauen Kriterien und Massstäben die Vorinstanz die Auswahlentscheidung zwischen ihr und den anderen Spitälern trifft.

### 8.3

**8.3.1** Die fehlende Nachvollziehbarkeit betrifft namentlich auch den massgebenden Beurteilungszeitraum zur Ermittlung der Versorgungsrelevanz. Bei dessen Festlegung verfügt die Vorinstanz nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts über einen erheblichen Ermessensspielraum. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob es zweckmässig ist, auch eine Prognose der künftigen Fallentwicklung einzubeziehen (vgl. E. 4.4.5.1 vorstehend). Gerade vor diesem Hintergrund ist es wichtig, dass die Vorinstanz die massgebenden Kriterien im Voraus hinreichend klar festlegt und bekannt gibt (vgl. E. 4.3.3, E. 4.4.6 und E. 6.2 vorstehend).

**8.3.2** Vorliegend führt die Vorinstanz in den Strukturberichten zum einen aus, bei den von der horizontalen Konzentration betroffenen Leistungsgruppen würden «alle bisher nicht versorgungsrelevanten Leistungsanbieter ausgeschlossen», wobei der genaue Beurteilungszeitraum («bisher») nicht ausdrücklich festgelegt wird. In der Vernehmlassung stellt die Vorinstanz klar, dass auf die Fallzahlen des Jahres 2019 abgestellt werden soll (vgl. auch E. 7.2.4 vorstehend). Dies deckt sich damit, dass gemäss

Versorgungs- und Strukturbericht für die Bedarfsprognose die Daten des Jahres 2019 massgebend sind (Vorakten 1.4.3, 1.6.11, 1.7.1) und die Bestimmung der von der Angebotskonzentrationen betroffenen Leistungsgruppen basierend auf dem Jahr 2019 erfolgt (E. 7.3 vorstehend).

Zum anderen ergibt sich aus den Erläuterungen zu den einzelnen Spitälern im angefochtenen Spitalistenbeschluss und in den Strukturberichten, dass die Vorinstanz die zu erwartende Entwicklung der Fallzahlen der betroffenen Spitäler einbezieht («eine für die Bedarfsdeckung relevante Steigerung [der Fallzahlen] mit Blick auf die Zahlen der anderen Spitäler nicht zu erwarten»). Dabei wird der Prognosezeitraum («zu erwarten») ebenfalls nicht ausdrücklich festgelegt, wobei es im Gesamtzusammenhang der Spitalplanung 2023 naheliegend erscheint, auf den Prognosehorizont (2032) abzustellen (Vorakten 1.6.11 S. 39). Für diesen Zeitraum hatte die Beschwerdeführerin in der Bewerbung auch eine Fallzahlprognose abzugeben (E. 7.2 vorstehend).

Demnach beurteilt die Vorinstanz die Versorgungsrelevanz der Beschwerdeführerin anhand einer Kombination eines retrospektiven Kriteriums («bisher nur sehr geringe Fallzahlen») und eines prospektiv-prognostischen Kriteriums («eine für die Bedarfsdeckung relevante Steigerung mit Blick auf die Zahlen der anderen Spitäler nicht zu erwarten») (E. 8.1.1 vorstehend). Das gilt im Übrigen nicht nur bei der Beschwerdeführerin und nicht nur bei der Leistungsgruppe HNO1.1.1. Vielmehr wird bei allen dreizehn Spitälern, denen ein Leistungsauftrag aufgrund der angestrebten horizontalen Konzentration verweigert wird, in den Strukturberichten wie im angefochtenen Spitalistenbeschluss dieselbe Formulierung verwendet (E. 7.3, E. 7.5 und E. 7.6 vorstehend).

**8.3.3** Die Festlegung des Beurteilungszeitraums – rein retrospektiv oder unter Berücksichtigung der zu erwartenden Entwicklung der Fallzahlen – ist für die Beschwerdeführerin insofern von ausschlaggebender Bedeutung, als sie in der Vergangenheit unstrittig keine nennenswerten Fallzahlen aufwies, aber gestützt auf die Erschliessung neuer personeller Ressourcen eine Steigerung der Fallzahlen prognostizierte und dies in den Bewerbungsunterlagen entsprechend auswies (E. 6.2 vorstehend). Dabei hatte die Beschwerdeführerin ihre Fallzahlprognosen in den Bewerbungsunterlagen nicht näher darzulegen. Auch ging die angestrebte Angebotskonzentration in der Leistungsgruppe HNO1.1.1 weder aus dem Versorgungsbericht klar hervor, noch wurde sie von der Vorinstanz an der Besprechung vom 12. November 2021 erwähnt. Entsprechend bestand für

die Beschwerdeführerin erstmals mit der Stellungnahme zum provisorischen Strukturbericht Anlass, ihre Fallzahlprognose näher darzulegen, wobei sie auf die Erschliessung neuer personeller Ressourcen und die im Zeitpunkt der Stellungnahme vom 12. Mai 2022 aktuellen Fallzahlen hinwies.

**8.3.4** Die Vorinstanz hat sich mit dem konkret zu beurteilenden Sachverhalt – den Fallzahlprognosen der Beschwerdeführerin in ihrer Bewerbung und der hierfür abgegebenen Erklärung (Erschliessung neuer personeller Ressourcen) – weder im definitiven Strukturbericht noch im angefochtenen Spitalistenbeschluss erkennbar auseinandergesetzt. Namentlich fehlen Ausführungen, weshalb bei der Beschwerdeführerin «eine für die Bedarfsdeckung relevante Steigerung [der Fallzahlen] mit Blick auf die Zahlen der anderen Spitäler nicht zu erwarten ist». Im definitiven Strukturbericht und im angefochtenen Spitalistenbeschluss wird bezüglich des prospektiv-prognostischen Kriteriums die bereits im provisorischen Strukturbericht aufgeführte Formulierung wortwörtlich wiederholt. Mangels Ausführungen zur konkreten Situation der Beschwerdeführerin ist nicht nachvollziehbar, ob die Vorinstanz dem prospektiv-prognostischen Kriterium *tatsächlich* eine entscheidrelevante Bedeutung zugemessen hat und – falls ja – ob sie die diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerin gehört, sorgfältig geprüft und ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigt hat.

## **8.4**

**8.4.1** Hinzu kommt, dass die Vorinstanz im definitiven Strukturbericht mit der geografischen Lage ein zuvor nicht kommuniziertes Auswahlkriterium anführt, zu dem sich die Beschwerdeführerin nicht vorgängig äussern konnte. Der Stellenwert dieses Kriteriums bleibt unklar; im angefochtenen Spitalistenbeschluss wird das Kriterium nicht erwähnt. Die Zugänglichkeit wurde zwar bereits im provisorischen Strukturbericht als Evaluationskriterium aufgeführt (vgl. auch Art. 58b Abs. 4 Bst. b KVV). Allerdings wird dazu – in grundsätzlicher Übereinstimmung mit dem Versorgungsbericht (Vorakten 1.4.3 S. 19 f., 26 f., 54) und der Rechtsprechung (Urteil des BVGer C-2887/2019 vom 26. Januar 2021 E. 7.6) – ausgeführt, die Erreichbarkeit der Leistungen definiere sich in der Akutsomatik «in erster Linie durch eine zeitgerecht zugängliche Grundversorgung» (S. 59, 70). Bei der spezialisierten Leistungsgruppe HNO1.1.1 wurde dagegen im provisorischen Strukturbericht die Zugänglichkeit nicht als Auswahlkriterium aufgeführt, was angesichts des elektiven (planbaren) Charakters dieser Leistungsgruppe nachvollziehbar erscheint. Im Übrigen wird die Zugänglichkeit auch

bei keiner anderen von der horizontalen Konzentration betroffenen Leistungsgruppe als Auswahlkriterium genannt.

**8.4.2** Entsprechend überrascht, dass die Vorinstanz im definitiven Strukturbericht neben der Versorgungsrelevanz und in ungeklärter Stellung zu dieser die geografische Lage als *neues* Auswahlkriterium bei der Leistungsgruppe HNO1.1.1 erwähnt. Wohl hatte die Vorinstanz im Versorgungsbericht ausgeführt, die GD ZH behalte sich vor, «die Zugänglichkeit als Evaluationskriterium bei Bedarf auch bei Bewerbern um einen spezialisierten Leistungsauftrag über die Grundversorgung hinaus zu berücksichtigen» (S. 54). Im provisorischen Strukturbericht fehlt jedoch ein entsprechender Vorbehalt, der im Übrigen derart offen und unbestimmt gehalten ist («bei Bedarf»), dass für die Beschwerdeführerin ohne sachbezogene Konkretisierung nicht voraussehbar war, ob er bei der hier streitigen Leistungsgruppe von Bedeutung ist. Auch fehlt jegliche Begründung, weshalb bei der Leistungsgruppe HNO1.1.1 die Erreichbarkeit eine ausschlaggebende Rolle spielen soll, während bei allen anderen von der horizontalen Konzentration betroffenen Leistungsgruppen davon abgesehen wird. Im Übrigen spricht die Vorinstanz dem Kriterium der Erreichbarkeit bei elektiven (planbaren) Leistungen an anderer Stelle im Strukturbericht eine ausschlaggebende Bedeutung ausdrücklich ab (S. 88 zur Adus Medica AG).

**8.5** Die Vorinstanz ist verfahrensmässig nicht korrekt vorgegangen. Es ist nicht hinreichend nachvollziehbar, gestützt auf welche Grundlage sie den angefochtenen Entscheid getroffen hat und namentlich welches die massgebenden Kriterien zur Angebotskonzentration waren (Schwellenwerte, Beurteilungszeitraum, Entscheidungskriterien im konkreten Fall). Eine Auseinandersetzung mit dem konkreten Sachverhalt und den spezifischen Vorbringen der Beschwerdeführerin fehlt sowohl im definitiven Strukturbericht als auch im angefochtenen Spitalistenbeschluss. Stattdessen verneinte die Vorinstanz die Versorgungsrelevanz der Beschwerdeführerin unter anderem anhand allzu knapper und undifferenzierter (floskelhafter) Feststellungen zur Fallzahlprognose. Damit sind die Gehörspanprüche der Beschwerdeführerin verletzt, darunter namentlich der Anspruch auf Orientierung über die Entscheidungskriterien (E. 6.2 vorstehend) sowie auf Prüfung der Parteivorbringen und auf Begründung des Entscheids (E. 6.3 vorstehend). Das vorinstanzliche Vorgehen widerspricht dem Anliegen einer transparenten Entscheidungsfindung und erhöht die Gefahr eines ergebnisorientierten Auswahlentscheids, der sich nicht an vorgängig festgelegten und bekannt gegebenen Entscheidungskriterien orientiert. Eine willkürfreie, transparente und sachgerechte Vergabe der Leistungsaufträge nach

Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG bedarf eines ergebnisoffenen und kriteriengeleiteten Verfahrens (vgl. E. 4.3.3 vorstehend).

## 8.6

**8.6.1** Erst in der Vernehmlassung – und damit verspätet (vgl. Urteil C-4420/2022 E. 4.4.2.2) – bringt die Vorinstanz vor, sie habe sich für die Beurteilung der Versorgungsrelevanz der Beschwerdeführerin zum einen auf die Zahlen aus dem Jahr 2019 (retrospektives Kriterium) und zum anderen auf diejenigen der Selbstdeklaration der Beschwerdeführerin in den Bewerbungsunterlagen (prospektiv-prognostisches Kriterium) gestützt (BVGer-act. 6). Die notwendige Klarheit über die massgeblichen Entscheidungskriterien vermag die Vorinstanz indes auch mit diesen (verspäteten) Ausführungen nicht zu schaffen. So fällt auf, dass die Beschwerdeführerin – nach der Neuanstellung eines Spezialisten im August 2021 – in den Bewerbungsunterlagen von September 2021 deutlich höhere Fallzahlen als im Jahr 2019 angegeben hat, und zwar unter «Anzahl geplante Austritte im Jahr 2023 für die Zürcher Bevölkerung» 15 Fälle und unter «Anzahl geplanter Austritte im Jahr 2032 für die Zürcher Bevölkerung» 20 Fälle. (E. 7.2 vorstehend). Wird auf die Schwellenwerte der Empfehlungen der GDK abgestellt, könnte die Versorgungsrelevanz der Beschwerdeführerin angesichts der von ihr prognostizierten Fallzahlen nur dann ohne Weiteres verneint werden, wenn im Jahr 2023 über 300 und im Jahre 2032 über 400 stationäre Behandlungen von Kantonseinwohnerinnen und -einwohnern in der Leistungsgruppe HNO1.1.1 zu erwarten wären. Dies liegt allerdings weit über den prognostizierten Gesamtfallzahlen (Vorakten 1.4.9: 45 Fälle für 2019 und 52 Fälle für 2032 vor Anpassung der Grouperlogik; 109 Fälle für 2019 nach Anpassung der Grouperlogik).

**8.6.2** Die Vorinstanz scheint die Versorgungsrelevanz in der Vernehmlassung denn auch nicht anhand von Schwellenwerten, sondern danach beurteilen zu wollen, ob der prognostizierte Versorgungsbedarf durch das USZ und das KSW abgedeckt werden kann. Es seien nur so viele Leistungsaufträge zu vergeben, als zur Bedarfsdeckung notwendig seien (BVGer-act. 6 S. 30). Letzteres ist zwar zutreffend (statt vieler: BVGE 2018 V/3 E. 9.1), lässt aber den entscheidenden Punkt offen, nämlich anhand welcher objektiver und sachlicher Kriterien die Vergabe erfolgt. Die Rechtsprechung zum Kriterium der Versorgungsrelevanz bietet jedenfalls keine Grundlage für pauschale Angebotskonzentrationen zugunsten der Leistungserbringer mit den höheren Fallzahlen. Damit würden die bundesrechtlichen Planungskriterien der Wirtschaftlichkeit und Qualität umgangen (vgl.

E. 4.4.4 und E. 4.4.5.4 vorstehend; Urteil C-224/2020 E. 10.2, wonach sich die Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungserbringung durch das Ziel der Angebotskonzentration nicht erübrigt). Vielmehr soll im Hinblick auf die Auswahl der Leistungserbringer bzw. die Vergabe von Leistungsaufträgen zwischen Spitälern ein Wettbewerb auf der Grundlage der bundesrechtlichen Planungskriterien entstehen (BVGE 2019 V/6 E. 13.5.1 m.w.H.; Zwischenverfügung des BVerG C-6266/2013 vom 23. Juli 2014 E. 4.6.3).

## **9.**

**9.1** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der angefochtene Spitallistenbeschluss nicht in einem bundesrechtskonform ausgestalteten Verfahren zustande gekommen ist. Eine Beurteilung der Sache durch das Bundesverwaltungsgericht ist ausgeschlossen, da vorerst das Verwaltungsverfahren unter Einhaltung der vom Bundesrecht vorgegebenen Planungs- und Verfahrensgrundsätze durchzuführen ist (BVGE 2013/46 E. 6.6). Die Beschwerde ist daher insoweit gutzuheissen und der angefochtene Spitallistenbeschluss insoweit aufzuheben, als er die Nichterteilung eines Leistungsauftrags an die Beschwerdeführerin in der Leistungsgruppe HNO1.1.1 betrifft. Die Sache ist zur Durchführung eines bundesrechtskonformen Spitalplanungsverfahrens und anschliessendem Erlass einer neuen Verfügung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**9.2** Zur Gewährleistung einer rechtsgleichen Vergabe im Rahmen der Spitalplanung 2023 wird die Vorinstanz anhand der im «Konzept Evaluation: Akutsomatik» festgelegten Kriterien zu prüfen haben, ob die Versorgungsrelevanz der Beschwerdeführerin in der Leistungsgruppe HNO1.1.1 zu bejahen ist. Dabei ist entsprechend den von der Vorinstanz festgelegten und bekannt gegebenen Kriterien (E. 7.3 vorstehend) auch eine Fallzahlprognose für die vorliegend strittige Planungsperiode einzubeziehen, wobei es sachgerecht erscheint, allfällige zwischenzeitlich eingetretene erhebliche Änderungen der Fallzahlen zu berücksichtigen (vgl. Urteil C-2907/2008 E. 8.3.5.1). Bei einer allfälligen Versorgungsrelevanz der Beschwerdeführerin in der Leistungsgruppe HNO1.1.1 vermag die geografische Lage alleine – ohne Prüfung der übrigen bundesrechtlichen Planungskriterien (Art. 58b Abs. 4 KVV) – angesichts des planbaren (elektiven) Charakters der strittigen Eingriffe die Verweigerung des Leistungsauftrags rechtersprechungsgemäss nicht zu rechtfertigen (E. 7.4.1 vorstehend).

**9.3** Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf die weiteren von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen einzugehen.

## **10.**

**10.1** 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). Da die Rückweisung aufgrund eines Verfahrensfehlers der Vorinstanz erfolgt, hat die Beschwerdeführerin als vollständig obsiegend zu gelten (vgl. statt vieler Urteil C-4420/2022 E. 5.1 mit Hinweis). Der unterliegenden Vorinstanz werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben und der Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss auf ein von ihr zu bezeichnendes Konto zurückzuerstatten.

**10.2** 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 Fr. 6'000.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer; Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 VGKE) angemessen.

## **11.**

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. BGE 141 V 361).

(Das Dispositiv folgt auf der nächsten Seite.)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen und der angefochtene Spitalistenbeschluss aufgehoben, als er die Nichterteilung eines Leistungsauftrags an die Beschwerdeführerin in der Leistungsgruppe HNO1.1.1 betrifft. Die Sache wird zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen und anschliessendem Erlass einer neuen Verfügung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**2.**

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

**3.**

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 6'000.- zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das BAG.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Philipp Egli

Sandra Tibis

Versand: