



Urteil vom 28. November 2016

Besetzung

Richter Vito Valenti (Einzelrichter),
Gerichtsschreiberin Madeleine Keel.

Parteien

1. **Spital A.**_____,
2. **Spital B.**_____,
beide vertreten durch lic. iur. Michael Fretz, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

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

Gegenstand

Zuordnungsentscheid des HSM-Beschlussorgans
im Bereich der komplexen Neurochirurgie und
Neuroradiologie vom 22. Oktober 2015
(publiziert im Bundesblatt am 10. November 2015).

Sachverhalt:**A.**

Das Beschlussorgan der Interkantonalen Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin (nachfolgend: HSM-Beschlussorgan) beschloss am 22. Oktober 2015, gestützt auf Art. 39 Abs. 2^{bis} KVG (SR 832.10) und Art. 3 Abs. 3-5 der Interkantonalen Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin vom 14. März 2008 (IVHSM), die komplexe Neurochirurgie und Neuroradiologie der hochspezialisierten Medizin (HSM) zuzuordnen. Der ausgewählte Bereich umfasst die funktionelle Neurochirurgie, die prächirurgische Epilepsiediagnostik (Phase II), die Behandlung von vaskulären Erkrankungen des zentralen Nervensystems (ZNS) ohne die komplexen vaskulären Anomalien, die Behandlung von komplexen vaskulären Anomalien des zentralen Nervensystems (ZNS) und die Behandlung von seltenen Rückenmarkstumoren. Laut Rechtsmittelbelehrung kann der Beschluss innert 30 Tagen ab Datum der Publikation im Bundesblatt beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Die Publikation im Bundesblatt erfolgte am 10. November 2015 (BBI 2015 7755; act. 1 Beilage 1).

B.

Die Beschwerdeführerinnen haben mit Datum vom 9. Dezember 2015 Beschwerde erhoben und folgende Rechtsbegehren gestellt (act. 1):

- „1. Der Beschluss des HSM-Beschlussorgans vom 22. Oktober 2015 über die Zuordnung der komplexen Neurochirurgie und Neuroradiologie zur hochspezialisierten Medizin (HSM) sei bezüglich der Zuordnung der Bereiche „Behandlung von vaskulären Erkrankungen des zentralen Nervensystems (ZNS) ohne die komplexen vaskulären Anomalien“ und „Behandlung von komplexen vaskulären Anomalien des zentralen Nervensystems (ZNS)“ als separate Bereiche zur hochspezialisierten Medizin aufzuheben.
2. Das HSM-Beschlussorgan sei vom Bundesverwaltungsgericht anzuweisen, die beiden Bereiche „Behandlung von vaskulären Erkrankungen des zentralen Nervensystems (ZNS) ohne die komplexen vaskulären Anomalien“ und „Behandlung von komplexen vaskulären Anomalien des zentralen Nervensystems (ZNS)“ als einen einzigen Bereich der HSM zuzuweisen. Eventuell sei die Zuweisung der beiden Bereiche zur HSM als ein einziger Bereich vom Bundesverwaltungsgericht selber vorzunehmen.
3. Unter den gesetzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen.“

Die Beschwerdeführerinnen machen namentlich geltend, dass sie die Voraussetzungen der Beschwerdelegitimation (Art. 48 Abs. 1 VwVG) erfüllen und dass das Vernehmlassungsverfahren in vielerlei Hinsicht irreführend

und unvollständig gewesen sei und den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt habe.

Zum Anfechtungsobjekt führen die Beschwerdeführerinnen aus, die im angefochtenen Beschluss vom HSM-Beschlussorgan vorgenommene Unterteilung der beiden Bereiche „Behandlung von vaskulären Erkrankungen des zentralen Nervensystems (ZNS) ohne die komplexen vaskulären Anomalien“ und „Behandlung von komplexen vaskulären Anomalien des zentralen Nervensystems (ZNS)“ sei willkürlich erfolgt.

C.

Der mit Zwischenverfügung vom 7. Januar 2016 auf CHF 5'000.- festgesetzte Kostenvorschuss (act. 3) ging am 13. Januar 2016 bei der Gerichtskasse ein (act. 5).

D.

Auf entsprechende Einladung des Instruktionsrichters (act. 8) liess die Vorinstanz, vertreten durch Advokatin Andrea Gysin, ihre Stellungnahme zur Eintretensfrage vom 4. Mai 2016 einreichen (act. 9). Sie beantragte, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, da es sich beim Zuordnungsbeschluss um einen nicht anfechtbaren politischen Beschluss handle. Aus der Tatsache, dass der angefochtene Beschluss mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen worden sei, könnten die Beschwerdeführerinnen nichts ableiten. Entscheidend für die Qualifikation eines Aktes als Verfügung sei allein, ob die Strukturmerkmale einer Verfügung vorlägen oder nicht. Da weder die Adressaten des Beschlusses bestimmt seien noch dadurch Rechte oder Pflichten eines Spitals geregelt würden, könne keine Verfügung vorliegen. Der Zuordnungsbeschluss definiere lediglich den Bereich der HSM. Dieser Planungsschritt sei vergleichbar mit dem Versorgungsbericht beziehungsweise mit der Zuordnung von Leistungen zu den Spitalplanungs-Leistungsgruppen (SPLG) im Rahmen der kantonalen Spitalplanung. Anfechtbar seien erst die gestützt auf die Planung erlassenen Zuteilungsbeschlüsse. Im Übrigen wäre auch die Beschwerdelegitimation zu verneinen, weil die Beschwerdeführerinnen vom Zuordnungsbeschluss nicht besonders berührt seien und dadurch keinen unmittelbaren Nachteil erleiden würden.

E.

Die Beschwerdeführerinnen nahmen mit Eingabe vom 3. Juni 2016 zu den Eintretensvoraussetzungen beziehungsweise zu den Ausführungen der Vorinstanz Stellung (act. 11). Insbesondere hielten sie fest, dass es dem

politischen Willen der Mitglieder der Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren, welche die IVHSM vereinbart haben, entspreche, dass die Beschlüsse der Vorinstanz gerade auch betreffend Zuordnung von Bereichen zur HSM der Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht unterliegen. Die Haltung der Vorinstanz – die beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten – sei deshalb nicht nur widersprüchlich zum angefochtenen Beschluss, welchem sie eine Rechtsmittelbelehrung beifügte, sondern auch zur IVHSM.

F.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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

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

1.1.1. Nach Art. 39 Abs. 2^{bis} KVG beschliessen die Kantone im Bereich der hochspezialisierten Medizin gemeinsam eine gesamtschweizerische Planung (Satz 1). Kommen sie dieser Aufgabe nicht zeitgerecht nach, so legt der Bundesrat fest, welche Spitäler für welche Leistungen auf den kantonalen Spitallisten aufzuführen sind (Satz 2). Zur Umsetzung dieser bundesrechtlichen Vorgabe verabschiedete die Schweizerische Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) am 14. März 2008 die Interkantonale Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin (IVHSM), die – nachdem alle Kantone beigetreten sind – am 1. Januar 2009 in Kraft getreten ist (vgl. < <http://www.gdk-cds.ch> > Themen > Hochspezialisierte Medizin, besucht am 11.08.2016). Gemäss Art. 3 Abs. 3 IVHSM bestimmt das HSM-Beschlussorgan die Bereiche der hochspezialisierten Medizin, die einer schweizweiten Konzentration bedürfen, und trifft

die Planungs- und Zuteilungsentscheide. Hierzu erstellt es eine Liste der Bereiche der hochspezialisierten Medizin und der mit der Erbringung der definierten Leistungen beauftragten Zentren. Die Liste wird periodisch überprüft. Sie gilt als gemeinsame Spitalliste der Vereinbarungskantone gemäss Art. 39 KVG. Die Zuteilungsentscheide werden befristet (Art. 3 Abs. 4 IVHSM). Art. 9 Abs. 1 IVHSM hält zudem fest, dass die Vereinbarungskantone ihre Zuständigkeit gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG zum Erlass der Spitalliste für den Bereich der hochspezialisierten Medizin dem HSM-Beschlussorgan übertragen. Ab dem Zeitpunkt der Bestimmung eines HSM-Bereiches und seiner Zuteilung an HSM-Zentren gelten abweichende Spitallistenzulassungen der Kantone im entsprechenden Umfang als aufgehoben (Art. 9 Abs. 2 IVHSM). Gemäss Art. 12 Abs. 1 IVHSM kann gegen Beschlüsse betreffend Festsetzung der gemeinsamen Spitalliste nach Art. 3 Abs. 3 und 4 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde nach Art. 53 KVG geführt werden.

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

1.1.3. Hier ist jedoch nicht ein Zuteilungsentscheid angefochten, sondern ein Entscheid über die Zuordnung eines Bereichs (vorliegend der komplexen Neurochirurgie und Neuroradiologie) zur hochspezialisierten Medizin. Der Zuordnungsentscheid unterscheidet sich funktionell und hinsichtlich seiner Rechtsnatur vom Zuteilungsentscheid. Mit dem Zuordnungsentscheid wird – wie das Bundesverwaltungsgericht in BVGE 2013/46 erkannt hat – nicht individuell-konkret über Leistungsaufträge entschieden, sondern in generell-abstrakter Weise definiert, welche Bereiche zur HSM gehören. Der Zuordnungsentscheid bildet die Voraussetzung und die Ausgangslage für die Zuteilung der Leistungsaufträge (BVGE 2013/46 E. 1.1.2; vgl. auch C-2251/2015 E. 2.4).

1.2. Fest steht, dass Zuordnungsentscheide nicht beim Bundesgericht angefochten werden können und die Streitsache grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich des Bundesverwaltungsgerichts fällt (vgl. C-2251/2015

E. 2.4 und 2.5; Urteile BGer 9C_251/2015 vom 12. Mai 2015 und 9C_252/2015 vom 12. Mai 2015).

1.3. Im Grundsatzurteil C-2251/2015 vom 9. Juni 2016 kam das Bundesverwaltungsgericht aufgrund einer Auslegung der IVHSM zum Schluss, die Vertragsparteien der IVHSM seien bereits von einem zweistufigen Verfahren (zuerst Zuordnung, dann Zuteilung) ausgegangen und hätten nur gegen Zuteilungsbeschlüsse eine Beschwerde nach Art. 53 KVG zulassen wollen (C-2251/2015 E. 3.3). Dass die IVHSM kein Rechtsmittel (an das Bundesverwaltungsgericht) gegen Zuordnungsbeschlüsse vorsehe, sei system- und bundesrechtskonform, denn Zuordnungsbeschlüsse seien generell-abstrakter Natur. Eine abstrakte Normenkontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht habe der Gesetzgeber jedoch nicht vorgesehen (E. 3.3 – 5.3).

1.4. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, beim Zuordnungsbeschluss handle es sich um eine Verfügung bzw. eine Allgemeinverfügung.

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

Zu den Erlassen (Rechtssätzen) zählen Anordnungen generell-abstrakter Natur, die für eine unbestimmte Vielzahl von Menschen gelten und eine unbestimmte Vielheit von Tatbeständen regeln, ohne Rücksicht auf einen bestimmten Einzelfall oder auf eine einzelne Person, d.h. die letztlich Allgemeinverbindlichkeit beanspruchen (BGE 139 V 72 E. 2.2.1; 135 II 38 E. 4.3 mit Hinweisen). Ein Rechtssatz begründet Rechte oder Pflichten der Parteien oder regelt die Organisation, Zuständigkeit oder die Aufgaben von Behörden oder das Verfahren (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 340; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 101 Rz. 6 ff.). Zu den Rechtssätzen gehören auch die interkantonalen Erlasse, interkantonale

rechtsetzende Verträge unter Einschluss der Konkordate sowie Erlasse interkantonaler Organe (vgl. Urteil des BGer 2C_561/2007 vom 6. November 2008 E. 1.1 mit Hinweisen). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist überdies auch bei einer Kombination von Elementen einer Verfügung mit normativen Bestimmungen in einem Text der ganze Text als "texte normatif" zu qualifizieren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_330/2013 vom 10. September 2013 E. 3.4.5 mit Hinweisen [insbesondere BGE 139 II 384 E. 2.3; zum Ganzen: C-2251/2015 E. 4.2]).

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

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

1.4.2. Im Urteil C-2251/2015 hat das Bundesverwaltungsgericht erwogen, nach seiner bisherigen Rechtsprechung unterscheide sich der Zuordnungsbeschluss funktionell und hinsichtlich seiner Rechtsnatur vom Zuteilungsentscheid. Während mit dem Zuteilungsentscheid über individuell-konkrete Leistungsaufträge an einzelne Spitäler entschieden werde, definiere die Zuordnung zur HSM als Voraussetzung für den Zuteilungsentscheid in generell-abstrakter Weise diejenigen Bereiche, die zur HSM gehörten (mit Hinweis auf BVGE 2013/45 E. 1.1.2 und 2013/46 E. 1.1.2). Unter diesem Aspekt gleiche das Verfahren einem Rechtsetzungsverfahren (mit Hinweis auf das Urteil BVGer C-4154/2011 vom 5. Dezember 2013 E. 6.2.2.1). Die kantonale Spitalliste werde denn auch erst durch den Zuteilungsentscheid des HSM-Beschlussorgans aufgehoben und nicht schon bei einer Zuordnung eines Bereichs zur hochspezialisierten Medizin (vgl.

Art. 9 Abs. 2 IVHSM). Der Zuordnungsbeschluss begründe sodann keine Rechte und Pflichten von Privaten (Leistungserbringern, Versicherten bzw. Ärzten), sondern definiere – generell-abstrakt und nicht generell-konkret – die Bereiche der HSM, die der Planungshoheit der einzelnen Kantone entzogen würden (C-2251/2015 E. 4.5).

1.4.3. Diese Begründung, weshalb der Zuordnungsbeschluss nicht als Allgemeinverfügung zu qualifizieren ist, trifft auch für die Verneinung einer Individual-Verfügung zu. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits im Urteil C-4154/2011 (E. 6.2.2.1) festgestellt hat, betrifft die Zuordnung zur HSM eine unbestimmte Anzahl Spitäler in der ganzen Schweiz, welche potentiell Leistungen im Bereich, welcher der HSM zugeordnet wird, erbringen könnten (sowie weitere interessierte Kreise), mithin nicht nur die Spitäler, die aktuell über einen Leistungsauftrag im betreffenden Bereich verfügen. Entscheidend ist aber, dass keine Rechte oder Pflichten von Spitälern verbindlich und erzwingbar geordnet werden; der Zuordnungsbeschluss ist nicht auf Rechtswirkungen ausgerichtet. Ob er allenfalls auch gewisse rechtliche Konsequenzen hat, ist nicht massgebend (vgl. HÄFELIN/ MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 867). Der kantonale Leistungsauftrag im Bereich der komplexen Neurochirurgie und Neuroradiologie wird den Beschwerdeführerinnen durch den Zuordnungsbeschluss (noch) nicht entzogen. Dass dies später mit dem Zuteilungsentscheid erfolgen wird, vermag die Verfügungsqualität des Zuordnungsbeschlusses nicht zu begründen.

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

elektronische Publikation] E. 1.1.1 mit Hinweis; GEBHARD EUGSTER, in: Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, E. Krankenversicherung, Rz. 864), könnte ein bisher zugelassener Leistungserbringer auch nicht gegen die Eröffnung eines kantonalen Spitalplanungsverfahrens (bzw. gegen einzelne Schritte im Rahmen des Spitalplanungsverfahrens) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben.

1.4.5. Der Zuordnungsentscheid bildet die Voraussetzung und die Ausgangslage für die Zuteilung der Leistungsaufträge. Bei der Definition einer bestimmten Behandlung als HSM handelt es sich um einen ersten (wesentlichen) Schritt für die gesamtschweizerische Planung im Sinne von Art. 39 Abs. 2^{bis} KVG beziehungsweise die Erstellung der gemeinsamen Spitalliste, die mit der Zuteilung an die Leistungserbringer ihren Abschluss findet (vgl. Urteil des BVGer C-2251/2015 E. 2.4). Zuordnungsbeschlüsse fallen daher – wie andere Entscheide im Rahmen der Spitalplanung – nicht in den Anwendungsbereich von Art. 53 Abs. 1 KVG (vgl. auch Urteil des BVGer C-1465/2016 vom 26. September 2016 E. 1.4.5).

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

sind, ist umstritten (vgl. ALEXANDER RUCH, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 49 Rz. 15 mit Hinweisen). Aus der in Art. 3 und Art. 49 Abs. 1 BV zum Ausdruck kommenden bundesstaatlichen Normenhierarchie fliesst eine Pflicht zur bundesrechtskonformen Auslegung des interkantonalen Rechts (BERNHARD WALDMANN, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, Art. 49 Rz. 16 i.V.m. Rz. 10).

1.5.1. Art. 12 Abs. 1 IVHSM sieht vor, dass gegen Beschlüsse betreffend Festsetzung der gemeinsamen Spitalliste (nach Art. 3 Abs. 3 und 4 IVHSM) Beschwerde nach Art. 53 KVG erhoben werden kann. Welche Rechtsakte beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar sind, wird durch das Bundesrecht geregelt (vgl. Art. 191a Abs. 2 BV; Art. 1 ff. VGG). Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden, wobei insbesondere Instanzen des Bundes aufgeführt werden. Verfügungen kantonaler Instanzen sind gemäss Art. 33 Bst. i VGG nur dann beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar, wenn dies in einem Bundesgesetz vorgesehen ist. Unabhängig von ihrer Rechtsnatur sind zudem die in Art. 53 Abs. 1 KVG aufgeführten Beschlüsse von Kantonsregierungen beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar. Allerdings enthält Art. 53 Abs. 1 KVG eine nur unvollständige Liste der anfechtbaren Beschlüsse, wie die Rechtsprechung verschiedentlich festgestellt hat (vgl. BVGE 2012/9 E. 1.2.3.2 f. mit Hinweisen; BVGE 2013/7 E. 1.2). Insbesondere bei Spitallistenbeschlüssen nach Art. 39 KVG ist zu beachten, dass auch nicht von der Kantonsregierung erlassene Beschlüsse anfechtbar sind, sofern gemäss kantonaler Zuständigkeitsordnung beziehungsweise kraft kantonalrechtlicher Übertragung der Entscheidzuständigkeit nicht die Kantonsregierung, sondern eine andere kantonale oder – wie im Bereich der HSM – eine interkantonale Behörde für den Beschluss zuständig ist (BVGE 2012/9 E. 1.2.3.2; 2013/45 E. 2.2). Vor diesem Hintergrund erscheint ohne Weiteres nachvollziehbar, dass in der IVHSM nochmal verdeutlicht werden sollte, dass es sich bei der Festsetzung der gemeinsamen Spitalliste um einen Beschluss im Sinne von Art. 53 Abs. 1 KVG handelt. Wie bereits in BVGE 2012/9 festgestellt, sollte Art. 12 Abs. 1 IVHSM nicht eine bundesrechtlich nicht vorgesehene Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts begründen (BVGE 2012/9 E. 1.2.3).

1.5.2. Im Urteil C-2251/2015 hat das Bundesverwaltungsgericht insbesondere gestützt auf den Wortlaut von Art. 12 IVHSM und die Materialien er-

kannt, dass sich die in Art. 12 Abs. 1 IVHSM vorgesehene Beschwerdemöglichkeit nur auf Zuteilungsbeschlüsse beziehungsweise nicht auf Zuordnungsentscheide bezieht (vgl. Urteil des BVGer C-2251/2015 vom 9. Juni 2016 E. 3.3.3). Weiter stellte es fest, dass diese Regelung system- und bundesrechtskonform ist (vgl. Urteil des BVGer C-2251/2015 vom 9. Juni 2016 E. 3.4-5.3). Da der Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 IVHSM einer bundesrechtskonformen Auslegung nicht entgegensteht, ist von diesem Auslegungsergebnis auszugehen. Ob Art. 12 Abs. 1 IVHSM auch in dem Sinne interpretiert werden könnte, dass sowohl Zuteilungs- als auch Zuordnungsbeschlüsse anfechtbar wären, ist nicht entscheidend, denn die IVHSM könnte keinen Rechtsmittelweg an das Bundesverwaltungsgericht öffnen, der bundesrechtlich nicht vorgesehen oder zumindest geboten (betreffend Art. 29a BV [Rechtsweggarantie] vgl. auch Urteil des BVGer C-2251/2015 E. 5.2) ist (vgl. zum Ganzen auch Urteil des BVGer C-1465/2016 vom 26. September 2016 E. 1.5.5 mit Hinweisen, wonach Art. 53 KVG i.V.m. Art. 83 Bst. r BGG den Rechtsmittelweg gegenüber kantonalen Spitalistenbeschlüssen abschliessend regelt und die Kantone nicht zusätzlich ein Rechtsmittel an ein kantonales Gericht vorsehen können).

1.6. Aber auch eine analoge Anwendung der Legitimationsgrundsätze, wie sie gemäss Bundesgerichtsgesetz für die abstrakte Normenkontrolle gelten, würde nicht zur Bejahung der Legitimation führen, wie anschliessend zu zeigen sein wird (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer C-2251/2016 vom 9. Juni 2016 E. 5.4 mit Hinweisen, insbesondere BGE 139 II 328 E. 4.5 und Urteile des BGer 2C_94/2012 vom 3. Juli 2012 E. 2.3, 2C_457/2011 vom 26. Oktober 2011 E. 4.3 und 4 und 2C_348/2011 E. 3.2 mit Hinweisen).

1.6.1. Die Beschwerdeberechtigung zur Anfechtung von Erlassen (Art. 82 Bst. b BGG) richtet sich nach Art. 89 BGG. Es wird darin der Besonderheit von Erlassen Rechnung getragen, dass sie keinen konkreten Einzelfall regeln, sondern eine unbestimmte Vielzahl von (künftigen) Sachverhalten. Deshalb wird die Legitimation zur Anfechtung – anders als bei der Anfechtung einer Verfügung – nicht an das Erfordernis eines aktuellen Rechtsschutzinteresses geknüpft, sondern es genügt ein virtuelles Interesse, d.h. dass der Beschwerdeführer von der angefochtenen Regelung früher oder später einmal mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit unmittelbar betroffen sein muss (BGE 136 I 17 E. 2.1; 135 II 243 E. 1.2; 133 I 206 E. 2.1). Wie sich aus dieser Formulierung ergibt, besteht die Abweichung von der Legitimationsordnung bei Verfügungen nur darin, dass die Betroffenheit nicht aktuell schon vorliegen muss. In Bezug auf die Intensität der verlangten (aktuellen bzw. virtuellen) Betroffenheit besteht indessen kein Unterschied

zwischen Erlassen und Verfügungen: In beiden Fällen genügt ein rein tatsächliches Interesse (BGE 136 I 17 E. 2.1; 133 I 286 E. 2.2), das jedoch die verlangte Intensität aufweisen muss. Sind z.B. Konkurrenten zur Anfechtung einer Verfügung nicht legitimiert, weil sie aktuell nicht im verlangten Ausmass berührt sind, so sind sie auch zur Anfechtung eines Erlasses nicht legitimiert, wenn sie im gleichen Ausmass virtuell berührt sind (vgl. BGE 131 I 198 E. 2). Gemäss Art. 89 Abs. 1 Bst. b und c BGG kann also eine abstrakte Normenkontrolle verlangen, wer durch den Erlass unmittelbar betroffen und aktuell oder virtuell besonders berührt ist (BGE 136 I 49 E. 2.1). Als unzulässig betrachtet das Bundesgericht Erlassanfechtungsbeschwerden, welche im Interesse der Allgemeinheit oder der richtigen Gesetzesanwendung geführt werden (BGE 136 I 49 E. 2.1). Dies käme einer unzulässigen Popularbeschwerde gleich.

1.6.2. In BGE 138 II 398 und mit Hinweis auf BGE 130 V 560 E. 3.5 hat das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation eines Mitglieds des Verwaltungsrates eines Leistungserbringers im Hinblick auf eine generell-abstrakte Normenkontrolle verneint und festgehalten, dass einer Drittperson ein unmittelbarer Nachteil entstehen müsse (nicht publizierte E. 1.2.3, vgl. Urteil des BGer 2C_796/2011 vom 10. Juli 2012; vgl. auch BGE 135 II 145 E. 6 und Urteile des BVGer C-426/2012 und C-452/2012 E. 1.4.2). Gemäss der zitierten Rechtsprechung ist auch bei einer generell-abstrakten Normenkontrolle u.a. ein unmittelbarer Nachteil durch die Beschwerdeführerinnen darzulegen (vgl. dazu insbesondere auch die Urteile des BVGer C-1570/2016 und C-1575/2016 vom 31. März 2016).

1.6.3. Soweit die Beschwerdeführerinnen im konkreten Fall vorbringen, die Zuordnung habe für die Spitäler unmittelbare rechtliche Wirkungen, kann diesem Argument nicht gefolgt werden. Insbesondere werden ihnen durch den Zuordnungsbeschluss weder Rechte noch Pflichten auferlegt, noch zeitigt der vorgenommene Zuordnungsbeschluss unmittelbare Vorwirkungen auf die spätere Zuteilung. Die Zuordnung definiert gerade nicht, welche Behandlungen von welchen Spitälern in Zukunft erbracht werden können; dafür ist das Zuteilungsverfahren vorgesehen, welches sich dem Zuordnungsbeschluss anschliesst und in dessen Verlauf sich erst ergeben wird, welche Spitäler besonders geeignet sind, die Behandlungen zu Lasten der Obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu erbringen. Dementsprechend gelten abweichende kantonale Spitalzulassungen der Kantone auch erst durch die Zuteilung eines HSM-Bereichs an beauftragte Zentren als aufgehoben (Art. 9 Abs. 2 IVHSM). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass bei der HSM die Chance, bei der Zuteilung berücksichtigt zu werden, für die Beschwerdeführerinnen allenfalls kleiner sein könnte

als bei einer entsprechenden kantonalen Planung. Den Nachweis des Bestehens eines unmittelbaren Nachteils konnten die Beschwerdeführerinnen demzufolge nicht erbringen und es ist auch ansonsten keine direkte Betroffenheit der Beschwerdeführerinnen ersichtlich. Mit anderen Worten berührt die Zuordnung ihre Rechtsstellung nicht direkt. Die Legitimation der Beschwerdeführerinnen zur Erhebung einer Beschwerde gegen den Zuordnungsbeschluss wäre also höchstens im Interesse der Allgemeinheit oder der richtigen Gesetzesanwendung zu erblicken, was aber auf eine gemäss Rechtsprechung unzulässige Popularbeschwerde hinauslaufen würde (Urteil des BVGer C-2251/2016 vom 9. Juni 2016 E. 5.4.3. mit Hinweis).

1.6.4. Die Beschwerdelegitimation wäre demzufolge auch dann zu verneinen, wenn das Bundesverwaltungsgericht von Gesetzes wegen zur abstrakten Normenkontrolle befugt wäre.

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

Die unrichtige Anwendung von kantonalem oder interkantonalem Recht stellt hingegen keinen Beschwerdegrund nach Art. 49 VwVG dar. Mit Beschwerde gegen einen Zuteilungsbeschluss kann eine Verletzung der IVHSM daher nur gerügt werden, wenn gleichzeitig eine Verletzung von Bundesrecht, namentlich des KVG und seinen Ausführungsverordnungen oder des Willkürverbotes (Art. 9 BV), vorliegt (vgl. BVGE 2010/51 E. 3.2; 2C_399/2012 E. 2.7; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, S. 366 Rz. 1034; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl. 2013, S. 99 Rz. 2.172). Zwar verlangt die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV grundsätzlich, dass eine Streitigkeit von einem Gericht mit freier Rechts- und Sachverhaltsprüfung beurteilt wird (vgl. BERNHARD WALDMANN, in: *Basler Kommentar, Bundesverfassung*,

2015, Art. 29a Rz. 14; ANDREAS KLEY, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 29a Rz. 15 f.). Wie das Bundesgericht in Urteil 2C_399/2012 (E. 2.7) erwogen hat, handelt es sich bei der auch hier anwendbaren Kognitionsregelung um eine bundesgesetzliche Ausnahme von der Rechtsweggarantie, wie sie in Art. 29a BV ausdrücklich vorbehalten ist.

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

2.

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

2.1. Die Verfahrenskosten sind vorliegend auf CHF 2'000.- festzusetzen (vgl. auch Urteile des BVGer C-1465/2016 vom 26. September 2016 E. 2, insbesondere 2.1.3, und C-2251/2015 vom 9. Juni 2016 E. 8.1) und den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Betrag wird dem Kostenvorschuss von CHF 5'000.- entnommen. Der Restbetrag von CHF 3'000.- wird den Beschwerdeführerinnen zurückerstattet.

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

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

(Dispositiv folgt auf der nächsten Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

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

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahladresse)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ...; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Gesundheit (Einschreiben)

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Vito Valenti

Madeleine Keel

Versand: