Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-5301/2010

Urteil vom 2. April 2012

Besetzung

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

Parteien

Inselspital-Stiftung, Freiburgstrasse 18, 3010 Bern,
vertreten durch Rechtsanwältin Prof. Dr. iur. Isabelle Häner,
bratschi, wiederkehr & buob, Bahnhofstrasse 70,
Postfach 1130, 8021 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Beschlussorgan der interkantonalen Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin (HSM-Beschlussorgan),
Speichergasse 6, Postfach 684, 3000 Bern 7,
vertreten durch lic. iur. Michael Bührer, Rechtsanwalt,
St. Leonhard-Strasse 20, Postfach 728, 9001 St. Gallen,
Vorinstanz,

Centre Hospitalier Universitaire Vaudois,
rue de Bugnon 45, 1011 Lausanne,
Universitätsspital Zürich, Schmelzbergstrasse 26,
8091 Zürich,
vertreten durch Dr. iur. Ueli Kieser, Rechtsanwalt,
Ulrichstrasse 14, 8032 Zürich.

Gegenstand	Planung der hochspezialisierten Medizin im Bereich der Herztransplantationen (Entscheid des HSM-Beschlussorgans vom 28. Mai 2010).

Sachverhalt:

A.
Am 28. Mai 2010 traf das Beschlussorgan der interkantonalen Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin (HSM-Beschlussorgan) den Entscheid zur Planung der hochspezialisierten Medizin (HSM) im Bereich der Organtransplantationen (nachfolgend HSM-Entscheid; BBl 2010 4445). Gemäss Ziff. 1 Bst. e HSM-Entscheid werden Herztransplantationen den Universitätsspitälern Bern, Lausanne und Zürich zugewiesen. Der Zuteilungsentscheid wird bis zum 31. Dezember 2013 befristet (Ziff. 3 HSM-Entscheid). In Ziff. 2 HSM-Entscheid werden die Auflagen, welche die in Ziff. 1 genannten Zentren zu erfüllen haben, aufgeführt.

Der Entscheid wird wie folgt begründet: "Nach Prüfung der im Rahmen der Anhörungen im Dezember 2009 und im April 2010 vorgebrachten Argumente kommt das HSM Beschlussorgan zu folgenden Einschätzungen. Im Bereich der Organtransplantationen hat in den letzten Jahren unter der Leitung der «Groupe des 15» und der Stiftung Swisstransplant ein erster Konzentrations- und Koordinationsprozess stattgefunden. Das HSM Beschlussorgan spricht sich für die vorläufige Beibehaltung dieses Status quo aus und folgt damit den Empfehlungen des HSM Fachorgans und seinen im Bericht vom 17. Februar 2010 dargelegten Begründungen – mit Ausnahme des Antrags bei den Herztransplantationen. Für den Bereich der Herztransplantationen wünscht das HSM-Beschlussorgan eine längere Zeitperiode, über welche die Entwicklung der entscheidrelevanten Daten verfolgt werden kann. Erst auf dieser Grundlage soll die für diese Leistung beabsichtigte weitergehende Konzentration auf höchstens zwei Herztransplantationszentren beschlossen werden. Eine Re-Evaluation des gesamten Bereichs Organtransplantationen wird spätestens im Jahr 2013 erfolgen. Dies gibt dem HSM Fachorgan genügend Zeit, um die Situation in den Bereichen Nieren-, Leber-, Lungen-, Pankreas- und Herz-Transplantationen basierend auf den Resultaten der Schweizerischen Kohortenstudie vertieft analysieren zu können. Im Übrigen verweist das HSM Beschlussorgan auf den Bericht «Organtransplantationen» vom 17. Februar 2010."

Der Beschluss wurde schriftlich per eingeschriebenen Brief u.a. den Universitätsspitälern Bern, Lausanne und Zürich mitgeteilt sowie im Bundesblatt publiziert (vgl. Ziff. 7 HSM-Entscheid).

B.
Die Inselspital-Stiftung (nachfolgend Beschwerdeführerin) liess, vertreten

durch Rechtsanwältin Isabelle Häner, am 22. Juli 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben und – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz – die Aufhebung des HSM-Entscheides, soweit er die Herztransplantation betrifft, und Rückweisung an die Vorinstanz zur Wahrung des rechtlichen Gehörs und zum Neuentscheid beantragen. Eventualiter sei materiell zu entscheiden und es sei das Inselspital Bern als einziges Zentrum für Herztransplantationen festzulegen; subeventualiter sei das Inselspital Bern als Zentrum für Herztransplantationen festzulegen und die Angelegenheit an die Vorinstanz zu Bestimmung des zweiten Zentrums zurückzuweisen; sub-subeventualiter sei das Verfahren zum materiellen Neuentscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 1).

B.a Zur Beschwerdelegitimation wird insbesondere ausgeführt, die Beschwerdeführerin habe sich namentlich durch die Stellungnahmen vom 27. Januar und 10. Mai 2010 am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt. Als Adressatin des HSM-Entscheides sei sie ohne Weiteres durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und habe ein schutzwürdiges Interesse. Sie sei jedoch ebenso berechtigt, den im angefochtenen Entscheid enthaltenen Zuteilungsentscheid an die beiden anderen Spitäler anzufechten. Das Bundesverwaltungsgericht habe eine konkurrierende Klinik als Partei in einem Verfahren zugelassen, in welchem die Beschwerdeführerin die Ausweitung ihres eigenen Leistungsauftrages beantragt habe. Das Gericht habe erwogen, zur Tätigkeit zulasten der sozialen Krankenversicherung würden die Leistungserbringer nur unter gewissen Voraussetzungen zugelassen, und die Planung müsse eine bedarfsgerechte Versorgung sicherstellen, worunter auch der Abbau von Überkapazitäten zu verstehen sei. Zwar bestünden keine eigentliche Kontingentierung und keine wirtschaftspolitisch motivierte Steuerung, doch schaffe die dargelegte (rechtliche) Ordnung eine spezifische Beziehungsnähe zwischen den Konkurrenten, die weiter gehe als die Konkurrenz in einem freien Markt. Dem Privatspital sei daher die Parteistellung zuerkannt und die frühere gegenteilige Praxis des Bundesrates als nicht mehr weiter haltbar bezeichnet worden (Zwischenverfügung BVGer C-2907/2008 vom 20. Oktober 2008 [nachfolgend Verfügung C-2907/2008] E. 3.2 und 3.3).

Hier liege eine ganz ähnliche Konstellation vor, welche aufgrund der besonderen gesetzlichen Ordnung eine besondere Beziehungsnähe schaffe. Die angebotenen Leistungen der verschiedenen Spitäler müssten gegeneinander abgewogen werden. Die Beschwerdeführerin sei somit auch insofern besonders berührt und weise ein schutzwürdiges Interesse auf.

B.b Die Beschwerdeführerin beantragt des Weiteren, es sei ihr die Akteneinsicht zu gewähren und Gelegenheit zur Replik einzuräumen, weil ihr von der Vorinstanz offensichtlich nicht die vollständigen Akten zur Einsicht zugestellt worden seien.

B.c In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Insbesondere seien ihr die Eingaben der betroffenen Transplantationszentren nicht zugestellt worden, weshalb sie keine Möglichkeit gehabt habe, dazu Stellung zu nehmen. Auch nach Erlass des HSM-Entscheides seien der Rechtsvertreterin nicht die vollständigen Verfahrensakten zugestellt worden. Zudem habe sich das Beschlussorgan – überraschend – für eine Option entschieden, die nur Gegenstand der ersten, nicht aber der zweiten Anhörung gewesen sei. Mit einem solchen Entscheid habe die Beschwerdeführerin nicht rechnen müssen. Die Vorinstanz sei ihrer Pflicht zur vorgängigen Anhörung nicht nachgekommen. Zudem habe sich das Beschlussorgan ohne hinreichende Begründung über die Empfehlungen des Fachorgans hinweggesetzt. Es liege eine schwere Gehörsverletzung vor, die im Beschwerdeverfahren nicht geheilt werden könne.

B.d Zur Begründung der materiellen Rechtswidrigkeit wird im Wesentlichen geltend gemacht, es seien die Grundsätze einer rechtskonformen Beweiswürdigung verletzt worden, weil ohne triftige Gründe von der Empfehlung des Fachorgans abgewichen worden sei. Das Fachorgan habe insbesondere darauf hingewiesen, dass aufgrund der niedrigen Fallzahlen auch in Zukunft keine statistisch besser gesicherte Aussagekraft hinsichtlich der qualitativen Unterschiede zwischen den Transplantationszentren zu erwarten sei. Dennoch habe das Beschlussorgan daran festgehalten, weitere Daten zu erheben. Zudem sei das HSM-Beschlussorgan seiner Planungspflicht nicht nachgekommen und habe nicht dem Kriterium Qualität (und somit dem Schutz des Lebens) das höchste Gewicht beigemessen, sondern sich für ein weiteres Zuwarten entschieden. Das Fachorgan habe festgestellt, dass die Beschwerdeführerin im Bereich Herztransplantationen die höchste Qualität ausweise und das schweizerische System mit drei Zentren bei bloss durchschnittlich 30 Herztransplantationen pro Jahr nicht geeignet sei, die beste Überlebenschance zu gewährleisten. Über die Gründe, weshalb das Beschlussorgan aufgrund dieser Beurteilung nicht einen sofortigen Entscheid zugunsten des Zentrums in Bern gefällt habe, könne nur gemutmasst werden.

C.
Der mit Zwischenverfügung vom 9. August 2010 auf Fr. 4'000.- festgesetzte Kostenvorschuss ging am 25. August 2010 bei der Gerichtskasse ein (act. 2 und 4).

D.
Die Vorinstanz liess, vertreten durch Rechtsanwalt Michael Bührer, in ihrer Vernehmlassung vom 1. Oktober 2010 beantragen, es sei – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen – auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventualiter sei diese abzuweisen (act. 13).

D.a Der Antrag auf Nichteintreten wird damit begründet, dass der Beschwerdeführerin das Rechtsschutzinteresse fehle. Die Sachlage sei hier völlig anders als im Fall C-2907/2008, welcher von der Beschwerdeführerin herangezogen worden sei. Denn vorliegend verlange die Beschwerdeführerin selber die Änderung der Spitalliste, und ihr Leistungsauftrag würde bei einer Gutheissung der Beschwerde gerade nicht eingeschränkt. Der Entscheid des HSM-Beschlussorgans habe am bisherigen Leistungsauftrag im Bereich Herztransplantationen nichts geändert. Bei Gutheissung der Beschwerde würde nicht der Beschwerdeführerin, sondern den beiden anderen Spitälern eine Einbusse drohen. Zudem stünden hier nicht Privatkliniken am Recht.

D.b Betreffend Akteneinsicht hielt sie fest, es treffe zwar zu, dass der Beschwerdeführerin nicht sämtliche Verfahrensakten zur Verfügung gestellt worden seien. Über die massgeblichen Akten und deren wesentlichen Inhalt sei sie indessen in Kenntnis gesetzt worden. Eine weitere Anhörung sei nicht erforderlich gewesen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liege demnach nicht vor.

D.c Die vorliegenden Daten seien von den einzelnen Transplantationszentren individuell und nicht nach einheitlichen Vorgaben erhoben worden. Im Rahmen der zweiten Anhörung sei von vier Vernehmlassungsteilnehmern Kritik an der Datenlage geübt worden. Dieser Kritik habe das HSM-Beschlussorgan Rechnung getragen und zur Verbesserung der Datenlage eine Beobachtungsperiode angeordnet, während der vergleichbare, transparente Daten beschafft werden sollen.

D.d Betreffend die weiteren Rügen machte die Vorinstanz u.a. geltend, die Beschwerdeführerin verkenne, dass der Empfehlung des Fachorgans nicht der Stellenwert eines Sachverständigengutachtens zukomme und

bei Spitallistenentscheiden die Rüge der Unangemessenheit nicht zulässig sei.

E.
Auf entsprechende Einladung des Gerichts (act. 5) liess das Universitätsspital Zürich (USZ), vertreten durch Rechtsanwalt Ueli Kieser, mit Datum vom 1. Oktober 2010 eine Beschwerdeantwort einreichen und beantragen, es sei – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin – die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (act. 14).

E.a Die Beschwerdeführerin gehe nur ungenügend auf die Frage des Anfechtungsgegenstandes ein und verkenne deshalb, dass mit dem HSM-Entscheid kein eigentlicher Zuweisungsentscheid getroffen worden sei. Das HSM-Beschlussorgan habe lediglich festgelegt, dass der bisherige Zustand weitergeführt werde, bis – nach Vorliegen der relevanten Daten – die beabsichtigte Planung bzw. eine Konzentration vorgenommen werden könne. Da sich der Anfechtungsgegenstand darauf beschränke, festzulegen, dass im Bereich Herztransplantation vorerst der bisherige Rechtszustand weitergeführt werde, könne im vorliegenden Verfahren lediglich geprüft werden, ob der Aufschub des Entscheides zulässig sei. Die Rügen der Beschwerdeführerin gingen über den Anfechtungsgegenstand hinaus.

E.b Zur Legitimation machte das USZ geltend, die von der Beschwerdeführerin angerufene Verfügung C-2907/2008 beziehe sich auf eine andere Konstellation als die vorliegende. Die Beschwerdeführerin wolle erreichen, dass sie alleine (oder höchstens mit einem weiteren Zentrum zusammen) Herztransplantationen vornehmen könne. Daran möge sie zwar ein gewisses faktisches Interesse haben, wobei es sich nicht um einen ökonomischen Vorteil handeln könne, da ein Gewinnstreben zu Lasten der sozialen Krankenversicherung (KV) nicht zulässig sei. Im Tätigkeitsbereich der KV sei nicht ersichtlich, weshalb sich ein zugelassener Leistungserbringer dafür einsetzen könne, dass ein anderer Leistungserbringer nicht zugelassen werde. Andernfalls würde die Anfechtungsbefugnis – insbesondere mit Blick auf zugelassene Ärztinnen und Ärzte – vollständig uferlos. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin betreffend Qualität könnten die Anfechtungsbefugnis nicht begründen.

E.c Betreffend den Anspruch auf rechtliches Gehör führte das USZ u.a. aus, das Akteneinsichtsrecht bestehe nicht schrankenlos. Es seien auch Geheimhaltungsinteressen der beteiligten Zentren zu beachten, weshalb

eine Interessenabwägung vorzunehmen sei. Im Übrigen sei die Einsicht offenbar ausreichend gewesen, da es der Beschwerdeführerin umgehend gelungen sei, eine (ausführliche) Beschwerdebegründung zu formulieren. Bei ihrer Rüge, dass das Beschlussorgan von den Empfehlungen des Fachorgans abgewichen sei, gehe die Beschwerdeführerin implizit davon aus, dass das HSM-Beschlussorgan an diese Empfehlungen gebunden sei, was jedoch nicht zutreffe.

E.d Im Weiteren nahm das USZ eingehend zu den einzelnen materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerin Stellung und legte insbesondere dar, weshalb das Datenmaterial ungenügend sei. Aufgrund der vorhandenen Daten sei weder hinsichtlich Qualität noch hinsichtlich Wirtschaftlichkeit ein Vergleich der Zentren möglich. Ein solcher sei für eine gesamtschweizerische Planung und eine evtl. weitere Konzentration der Zentren jedoch unabdingbar. Weiter würden die von der Beschwerdeführerin erhobenen materiellen Rügen weitgehend die Angemessenheit des Entscheides (nicht dessen Rechtswidrigkeit) betreffen.

F.
Das Centre Hospitalier Universitaire Vaudois (CHUV) liess sich nicht vernehmen.

G.
Das als Fachbehörde zur Stellungnahme eingeladene Bundesamt für Gesundheit (BAG) reichte am 18. November 2010 seine Bemerkungen ein (act. 17). Das BAG erachtete die Beschwerdelegitimation als gegeben und die formellen und materiellen Rügen (teilweise) als begründet. Es sei deshalb der Ansicht, die Beschwerde sei teilweise gutzuheissen und der angefochtene Beschluss sei, soweit die Herztransplantationen betreffend, aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

H.
Mit Datum vom 17. Dezember 2010 reichte die Vorinstanz ihre Schlussbemerkungen ein, wobei sie an ihren Anträgen gemäss Vernehmlassung festhielt (act. 19). Das BAG begründe seine Auffassung, wonach die Legitimation der Beschwerdeführerin zu bejahen sei, mit nicht stichhaltigen Argumenten. Dem BAG könne weder hinsichtlich der Ausführungen zum rechtlichen Gehör noch zur materiellen Begründetheit der Beschwerde gefolgt werden. Insbesondere gehe das BAG nicht auf die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts ein und habe übersehen, dass die Be-

schwerdeführerin im Wesentlichen die – nicht zulässige – Rüge der Unangemessenheit des Entscheides vorbringe.

I.
Das USZ hielt in seiner abschliessenden Stellungnahme vom 22. Dezember 2010 an seinen Anträgen und Begründungen gemäss Beschwerdeantwort vom 1. Oktober 2010 fest (act. 20).

J.
Mit Datum vom 23. Dezember 2010 reichte die Beschwerdeführerin ihre abschliessende Stellungnahme ein und beantragte die vollumfängliche Gutheissung der Beschwerde (act. 21).

Betreffend Legitimation wird insbesondere vorgebracht, die vorliegende Konstellation unterscheide sich – entgegen der Ansicht der Vorinstanz und des USZ – nicht wesentlich von derjenigen gemäss Verfügung C-2907/2008. Die Interessenlagen entsprächen sich, nur die prozessuale Situation sei anders. Weiter fehle ein ökonomisches Interesse nicht deshalb, weil die Spitäler nur kostendeckend arbeiten könnten. Für die Beschwerdeführerin stehe (wie im Fall C-2907/2008) der Einnahmeverlust in Frage, weil das Leistungsangebot nicht beschränkt werden soll. Das USZ beachte nicht, dass für die Zulassung von Spitälern wesentlich strengere Voraussetzungen gälten und der Kreis der Berechtigten viel kleiner sei, weshalb es nicht um die Anerkennung einer allgemeinen Anfechtungsbefugnis gegen Zulassungsentscheide von Leistungserbringern gehe.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen einen Entscheid des HSM-Beschlussorgans zur Planung der hochspezialisierten Medizin.

1.1. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden

gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), 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 VVG nur dann beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar, wenn dies in einem Bundesgesetz vorgesehen ist.

1.2. Art. 90*a* Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10) sieht vor, dass das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 53 KVG beurteilt. Zu den gemäss Art. 53 Abs. 1 KVG anfechtbaren Beschlüssen der Kantonsregierungen gehören namentlich die Spital- oder Pflegeheimlisten im Sinne von Art. 39 KVG (vgl. in BVGE 2009/45 [C-5733/2007] sowie BVGE 2010/15 [C-6062/2007] nicht veröffentlichte E. 1.1). Zu prüfen ist, ob auch ein Entscheid des HSM-Beschlussorgans beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann.

1.2.1. Spitalplanung ist Aufgabe der Kantone (vgl. Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG, BVGE 2009/48 E. 12.1). Gemäss Art. 39 Abs. 2 KVG (in der seit 1. Januar 2009 gültigen Fassung) koordinieren die Kantone ihre Planung. Nach Art. 39 Abs. 2bis KVG (in Kraft seit 1. Januar 2009) beschliessen die Kantone im Bereich der hochspezialisierten Medizin gemeinsam eine gesamtschweizerische Planung. Kommen sie dieser Aufgabe nicht zeitgerecht nach (vgl. auch Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Dezember 2007 [Spitalfinanzierung] Abs. 3), so legt der Bundesrat fest, welche Spitäler für welche Leistungen auf den kantonalen Spitallisten aufzuführen sind.

1.2.2. Um die gesamtschweizerische Planung zu gewährleisten, haben die Kantone am 14. März 2008 die interkantonale Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin (IVHSM) beschlossen, die – nachdem alle Kantone beigetreten sind – am 1. Januar 2009 in Kraft getreten ist (vgl. www.gdk-cds.ch > Themen > Hochspezialisierte Medizin > Grundlagen [besucht am 28.11.2011]; für den Kanton Bern siehe Grossratsbeschluss betreffend den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über die hoch spezialisierte Medizin [IVHSM] vom 4. September 2008 [BSG 811.08]). Art. 3 IVHSM regelt Zusammensetzung, Wahl und Aufgaben des HSM-Beschlussorgans. Das Beschlussorgan bestimmt gemäss Art. 3 Abs. 3 IVHSM die Bereiche der hochspezialisierten Medizin, die einer schweiz-

weiten 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 Artikel 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.

1.2.3. Nach 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. Wie aus dem erläuternden Bericht zur IVHSM (verabschiedet zuhanden der Kantone von der Plenarversammlung der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren [GDK] am 14. März 2008, abrufbar unter www.gdk-cds.ch > Themen > Hochspezialisierte Medizin > Grundlagen [besucht am 28.11.2011]) zu schliessen ist, soll Art. 12 Abs. 1 IVHSM nicht eine (im Bundesrecht nicht vorgesehene) Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts begründen, vielmehr wurde Art. 53 Abs. 1 KVG als Rechtsgrundlage betrachtet. Da Art. 53 Abs. 1 und Art. 90*a* KVG ausschliesslich Beschlüsse der Kantonsregierungen als mögliche Anfechtungsobjekte nennen, ist darauf näher einzugehen.

1.2.3.1 Der alte, per 1. Januar 2007 aufgehobene Art. 53 Abs. 1 KVG (in der Fassung vom 18. März 1994; AS 1995 1328) sah vor, dass gegen die Beschlüsse der Kantonsregierung nach den Art. 39, 45, 46 Abs. 4, 47, 48 Abs. 1–3, 49 Abs. 7, 51, 54 und 55 Beschwerde an den Bundesrat erhoben werden könne. Mit dem Inkrafttreten der neuen Bundesrechtspflege wurde diese – neu beim Bundesverwaltungsgericht liegende – Zuständigkeit in Art. 34 VGG (in der Fassung vom 17. Juni 2005; AS 2006 2197) geregelt, wobei als anfechtbar weiterhin Beschlüsse der Kantonsregierung nach den Art. 39, 45, 46 Abs. 4, 47, 48 Abs. 1–3, 49 Abs. 7, 51, 54, 55 und neu Art. 55*a* KVG aufgeführt wurden. Art. 90*a* KVG wurde mit dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) eingefügt und regelte zunächst die Zuständigkeit der Eidgenössischen Rekurskommission der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung für die im Ausland wohnenden Personen betreffend Beschwerden im Zusammenhang mit Art. 18 KVG

(gemeinsame Einrichtung; vgl. Verordnung der Bundesversammlung betreffend die Änderung des Anhangs zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts im Zusammenhang mit der Inkraftsetzung des Bundesgesetzes zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit [Revision 2 des Anhangs zum ATSG] vom 21. Juni 2002 [AS 2002 3472]). Mit der am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Änderung des KVG vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung [AS 2008 2049]) wurde Art. 34 VGG aufgehoben und dessen unveränderter Wortlaut in Art. 53 Abs. 1 KVG aufgenommen. Der neu eingefügte Art. 90*a* Abs. 2 KVG verweist im Wesentlichen auf Art. 53 Abs. 1 KVG, was durch die Systematik begründet sein dürfte, da Art. 53 KVG im 2. Titel, 4. Kapitel (Leistungserbringer) und nicht bei den Verfahrens- und Rechtspflegebestimmungen im 5. Titel steht. Für die vorliegend zu beurteilende Frage kommt Art. 90*a* Abs. 2 KVG demnach keine selbständige Bedeutung zu.

1.2.3.2 Mit dem Wortlaut von Art. 53 Abs. 1 KVG (bzw. aArt. 53 Abs. 1 KVG und aArt. 34 VGG) hatten sich die Beschwerdeinstanzen bereits früher auseinanderzusetzen. In einem unveröffentlichten Entscheid (BRE) vom 23. Juni 1999 hat der Bundesrat zunächst festgehalten, dass Art. 39 KVG den Kantonen nicht vorschreibe, welche Behörde die Spitalplanung durchzuführen und die Liste zu erlassen habe. Gestützt auf die Materialien hat er weiter dargelegt, dass die nach dem Wortlaut auf Beschlüsse der Kantonsregierungen beschränkte Zuständigkeit des Bundesrates als Beschwerdeinstanz auf ein gesetzgeberisches Versehen zurückzuführen sei (BRE vom 23. Juni 1999 [Spitalliste SG] E. 4.5.2.1). Dass sich die Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz nicht danach richtet, welche Behörde die Spitalliste erlassen hat, entspricht auch der Ansicht des Bundesgerichts (vgl. BRE vom 23. Juni 1999 [Spitalliste SG] E. 4.5.2.1 mit Hinweis auf den Meinungsaustausch mit dem Eidgenössischen Versicherungsgericht [EVG] und dem Bundesgericht) und der Rechtsprechung gemäss BGE 134 V 45. In diesem Entscheid hatte das Bundesgericht die Frage zu beurteilen, ob ein gestützt auf Art. 55*a* KVG (Einschränkung der Zulassung zur Tätigkeit zulasten der Krankenversicherung) ergangener Entscheid der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich (welcher vom Verwaltungsgericht bestätigt wurde) an das Bundesgericht weitergezogen werden könne. Das Bundesgericht hat erwogen, es wäre nicht zu rechtfertigen, wenn der Instanzenzug davon abhinge, ob die Zulassungen gemäss kantonaler Zuständigkeitsordnung durch die Kantonsregierung selber erteilt werden oder ob dieser Entscheid an eine Direktion delegiert

worden sei. Art. 34 VGG sei daher so auszulegen, dass auch Beschlüsse kantonaler Direktionen oder Departemente nach Art. 55*a* KVG mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können (BGE 134 V 45 E. 1.3).

1.2.3.3 Das vom Bundesrat bereits 1999 festgestellte gesetzgeberische Versehen wurde weder beim Erlass des VGG noch bei der KVG-Revision zur Spitalfinanzierung thematisiert (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 [BBl 2001 4202; nachfolgend: Botschaft Bundesrechtspflege] S. 4390 f.; AB 2003 S 865, AB 2004 N 1645 [betreffend Art. 30]; Botschaft betreffend die Änderung des KVG [Spitalfinanzierung] vom 15. September 2004 [BBl 2004 5551] S. 5581; AB 2006 S 63). Abgesehen von einer Ergänzung bei den Verweisen entspricht der aktuell in Kraft stehende Art. 53 Abs. 1 KVG demjenigen von 1995. Vor diesem Hintergrund kann nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe mit (dem neuen) Art. 53 Abs. 1 KVG absichtlich die Möglichkeit, Beschwerde zu erheben, auf Beschlüsse von Kantonsregierungen beschränken wollen, mit der Folge, dass eine von einer anderen Behörde erlassene Spitalliste (beim Bundesverwaltungsgericht) nicht angefochten werden könnte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass übersehen wurde, dass Art. 53 Abs. 1 KVG zu präzisieren und (bspw. mit Blick auf Art. 49*a* Abs. 2 KVG [wie im Meinungsaustausch mit dem Verwaltungsgericht des Kantons Zug betreffend Fall C-2098/2011 erwogen]) zu ergänzen wäre.

1.2.3.4 Art. 39 Abs. 2bis KVG verpflichtet die Kantone, im Bereich der hochspezialisierten Medizin gemeinsam eine gesamtschweizerische Planung zu beschliessen. Das Bundesrecht schreibt den Kantonen aber nicht vor, in welcher Form sie diesen Beschluss zu fällen haben. Dass sie dafür ein durch interkantonale Vereinbarung (Konkordat) geschaffenes interkantonales Organ, das mit entsprechenden Entscheidungskompetenzen ausgestattet ist, vorgesehen haben, erscheint jedoch naheliegend und ist ohne Weiteres zulässig (vgl. Art. 48 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; TOBIAS JAAG, in: Biaggini/Gächter/Kiener [Hrsg.], Staatsrecht, § 14 N 1 ff., N 24, vgl. auch JEAN-LUC GASSMANN u.a., Schwerpunkte und Tendenzen in der Rechtsetzung der Kantone, in: Gesetzgebung & Evaluation [LeGes] 2010/2, S. 231 ff., 247). Es liegt somit eine im Ergebnis gleiche Konstellation vor, wie in den bereits vom Bundesrat und vom Bundesgericht beurteilten Fällen, in welchen gemäss kantonaler Zuständigkeitsordnung nicht die Kantonsregierung, sondern (kraft kantonalrechtlicher Übertragung der

Entscheidzuständigkeit) eine andere Behörde für den Beschluss zuständig war.

1.3. Zusammenfassend ergibt sich, dass Beschlüsse (im Sinne von Art. 39 Abs. 2bis KVG) des HSM-Beschlussorgans beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können.

2.
Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 VGG und Art. 53 Abs. 2 Satz 1 KVG grundsätzlich nach dem VwVG. Vorbehalten bleiben allfällige Abweichungen des VGG und die besonderen Bestimmungen des Art. 53 Abs. 2 KVG. In Beschwerdeverfahren gegen Spitallistenbeschlüsse ist insbesondere Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG zu beachten, wonach – in Abweichung von Art. 49 VwVG – die Rüge der Unangemessenheit unzulässig ist.

3.
Anfechtungsobjekt im Beschwerdeverfahren ist gemäss Art. 44 VwVG eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. Beschlüsse nach Art. 39 KVG sind kraft Art. 53 Abs. 1 KVG jedoch unabhängig davon, ob sie als Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG zu qualifizieren sind, beim Bundesverwaltungsgericht (bzw. früher beim Bundesrat) anfechtbar (zur Rechtsprechung vgl. bspw. VPB 64.13 E. 1.4; siehe auch Botschaft Bundesrechtspflege, S. 4391). Dem Anfechtungsobjekt kommt dennoch erhebliche Bedeutung zu, weil es den möglichen Streitgegenstand begrenzt (vgl. BGE 133 II 35 E. 2, BGE 131 V 164 E. 2.1, je mit Hinweisen).

3.1. Nach der Praxis des Bundesrates war Anfechtungsgegenstand einer Beschwerde gegen einen Spitallistenbeschluss immer die gesamte Spitalliste, obwohl einzelne Spitäler nur soweit zur Beschwerde legitimiert waren, als sie ihre eigene Stellung auf der Liste rügten (vgl. nachfolgende E. 4.2). Erliess ein Kanton eine separate Verfügung, mit welcher er das Begehren eines Spitals um Aufnahme in die Spitalliste abwies, richtete sich daher eine Beschwerde nicht nur gegen diese (abweisende) Verfügung, sondern gegen die Spitalliste selber (vgl. BRE vom 26. März 1997 [GL] E. II. 1.2).

3.2. Für die Bestimmung des Anfechtungsgegenstandes ist zunächst die Rechtsnatur von Spitallistenbeschlüssen zu klären.

3.2.1. Nach der Rechtsprechung des Bundesrates enthält ein Spitallistenbeschluss sowohl Elemente eines Rechtssatzes als auch Elemente

einer Verfügung. In seinem Grundsatzentscheid vom 17. Februar 1999 (Spitalliste ZH) hat er dazu Folgendes ausgeführt: "Die Spitallisten enthalten einerseits eine allgemein gültige Regelung, indem sie für alle Versicherten anzeigen, in welchen Spitälern sie sich zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung behandeln können lassen; dies nähert die Spitallisten den Rechtssätzen an. Auf der anderen Seite haben Spitallistenbeschlüsse auch Verfügungscharakter. Für die einzelnen Heilanstalten geht es im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 VwVG – je nachdem, ob die Heilanstalten in dem von ihnen gewünschten Umfang auf die Spitalliste aufgenommen worden sind oder nicht – entweder um die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten (Bst. a), um die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten und Pflichten (Bst. b) oder um die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten und Pflichten oder Nichteintreten auf solche Begehren (Bst. c). Der Verfügungscharakter tritt hier klar in den Vordergrund" (VPB 64.13 E. 1.4).

3.2.2. In der Literatur wird die Spitalliste teilweise mit der Rechtsnatur des Nutzungsplans – als Institut sui generis – verglichen (PAUL RICHLI, Die Spitalliste – Ein Planungsinstrument mit staats- und verwaltungsrechtlichen Geburtsgebrechen?, in: Das Recht in Raum und Zeit, Zürich 1998, S. 407 ff., 422; THOMAS MATTIG, Grenzen der Spitalplanung aus verfassungsrechtlicher Sicht, Diss. Basel 2002, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 39). Nach MATTIG ist der Kreis der direkten Adressaten aber eng, nämlich auf die Spitäler beschränkt, weshalb die Spitalliste aus dieser Optik als Verfügung zu qualifizieren sei. Zum Teil wird die Spitalliste auch als "Bündel von Einzelverfügungen" bezeichnet (RICHLI, a.a.O., S. 422; BERNHARD RÜTSCHE, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, Bern 2011, S. 14 FN 4).

3.2.3. In BGE 126 V 172 hatte das Bundesgericht (bzw. damals EVG) die Frage zu beurteilen, ob gegen Entscheide des Bundesrates betreffend Spitallistenbeschlüsse Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden könne. Zur Rechtsnatur eines solchen Beschlusses bzw. "zum Verfügungscharakter des Entscheids über die Zulassung als Leistungserbringer" wurde auf SVR 1998 KV Nr. 14 (E. 1 und 3) verwiesen (BGE 126 V 172 E. 5c). Im erwähnten Urteil ging es um die Zulassung von Heilbädern, welche gemäss Art. 40 Abs. 1 KVG einer Anerkennung des Departements bedürfen. Angefochten war eine Verfügung des Departements des Innern (EDI), in welcher die anerkannten Heilbäder aufgeführt wurden, nicht aber das Beschwerde führende Heilbad X. Dass es sich dabei

um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG handelte, wurde durch das Bundesgericht nicht in Frage gestellt. Ob es sich der Ansicht der Parteien, es liege eine Allgemeinverfügung vor, anschloss, ist nicht klar. Fraglich erschien dem Gericht jedenfalls, dass "mit der Verfügung des EDI […] in Form einer Allgemeinverfügung" auch hinsichtlich des vom Heilbad X. gestellten Anerkennungsbegehrens entschieden worden sei. Wie die angefochtene Verfügung mit Bezug auf das Beschwerde führende Heilbad zu qualifizieren war, konnte das Gericht offenlassen, da die Sache ohnehin an das EDI zurückzuweisen war (SVR 1998 KV Nr. 14 E. 3).

3.2.4. Als Allgemeinverfügungen gelten Anordnungen, die zwar einen Einzelfall (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 28 Rz. 50) bzw. eine konkrete Situation ordnen (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 923), sich aber an eine Vielzahl individuell nicht bestimmter Adressaten richten, wobei der Adressatenkreis offen oder geschlossen sein kann. Im Unterschied zur Individualverfügung sind bei der Allgemeinverfügung, "nicht die einzelnen Adressaten wesentlich, sondern die Sache, zu welcher die Adressaten gewissermassen zufällig in Beziehung stehen" (TOBIAS JAAG, Die Allgemeinverfügung im schweizerischen Recht, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 85/1984 S. 433 ff., 439). Sind die einzelnen Adressaten hingegen individuell bestimmt bzw. ergeht die Verfügung "mit Rücksicht auf einzelne Adressaten", liegt eine Individualverfügung vor (JAAG, a.a.O.; siehe auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 Rz. 55). Mit Blick auf das zweite Merkmal einer Allgemeinverfügung, dass ein *konkreter* Sachverhalt geregelt wird, ist die Bestimmtheit des Anordnungsobjekts entscheidend, wobei unter Anordnungsobjekt einzelne individuell bestimmte Sachen gegenständlicher oder nicht gegenständlicher Natur verstanden werden, z.B. eine Typenbewilligung (JAAG, a.a.O., S. 444 ff.). Allgemeinverfügungen kennzeichnen sich auch durch ihre direkte Anwendbarkeit für eine mögliche Mehrheit von Betroffenen; es ist kein weiterer umsetzender Hoheitsakt erforderlich (BGE 134 II 272 E. 3.2).

3.2.5. Die Spitalliste als solche kann schon deshalb nicht als Allgemeinverfügung qualifiziert werden, weil sie nicht einen einzelnen konkreten Sachverhalt regelt. Jedem Listenspital wird ein individueller Leistungsauftrag erteilt (vgl. Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG, Art. 58*e* Abs. 2 und 3 KVV) und es sind diese in der Spitalliste aufgeführten Leistungsaufträge, welche

den Verfügungscharakter ausmachen (vgl. auch RÜTSCHE, a.a.O., N 12). Wird der Antrag eines Spitals auf Aufnahme in die Spitalliste abgewiesen, stellt dies eine negative Verfügung dar (vgl. vorne E. 3.2.1; siehe auch SVR 1998 KV Nr. 14 E. 3).

Die Spitalliste ist aber auch nicht als Bündel von Allgemeinverfügungen zu betrachten, denn unmittelbare Rechtswirkungen entfaltet sie nur gegenüber den einzelnen Spitälern, die auf der Liste aufgeführt sind oder welchen die Aufnahme auf die Liste verweigert wird, nicht aber gegenüber den Krankenversicherern (vgl. BVGE 2010/51 insbesondere E. 6.6-6.8, Urteil BVGer C-7165/2010 vom 24. Februar 2011 E. 4 ff.), Versicherten (BRE vom 26. März 1997 [Spitalliste GL] E. 1.3.1) oder Ärztinnen und Ärzten (vgl. BRE vom 26. März 1997 [Spitalliste SO] E. 1.3). Die Spitäler – und nur diese – sind somit primäre (oder materielle) Verfügungsadressaten, soweit ihnen ein Leistungsauftrag erteilt oder verweigert wird.

3.2.6. Die Spitalliste ist deshalb in erster Linie als Bündel von Individualverfügungen zu qualifizieren. Ihre Funktion erschöpft sich jedoch nicht darin. Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG statuiert zudem eine Publizitäts- und Transparenzvoraussetzung (vgl. Botschaft des Bundesrates über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 [BBl 1992 I 167]; BVGE 2010/15 E. 4.1). Der Bundesrat hat die Spitalliste auch mit einem öffentlichen Register verglichen (RKUV 4/1999 KV 83 S. 345 E. 2.2). Es erscheint daher zutreffend, die Spitalliste als Rechtsinstitut sui generis zu bezeichnen. Für die Bestimmung des Anfechtungsgegenstandes zentral ist jedoch, dass sie aus einem Bündel von Einzelverfügungen besteht.

3.3. Anfechtungsgegenstand im Beschwerdeverfahren betreffend Spitallisten (oder anderen Listen im Sinne von Art. 39 KVG) ist demnach grundsätzlich nur die Verfügung, welche das die Beschwerde führende Klinik betreffende Rechtsverhältnis regelt. Die nicht angefochtenen Verfügungen einer Spitalliste erwachsen in Rechtskraft. Im Ergebnis entspricht dies der Rechtsprechung des Bundesrates, wonach die Beschwerdeerhebung eines Leistungserbringers den Eintritt der Rechtskraft der Spital- oder Pflegeheimliste als solche nicht zu hindern vermochte (vgl. BRE vom 25. November 1998 [Pflegeheimliste ZH] E. 3).

4.

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Erhebung der Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfü-

gung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

4.1. Die von der Beschwerdeführerin eingereichte Beschwerde richtet sich nicht gegen die Verfügung, mit welcher ihr die Vorinstanz Herztransplantationen zugewiesen hat, sondern gegen die Aufnahme der beiden anderen Spitäler auf die Liste.

4.1.1. Die Anforderungen gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG – welche Art. 89 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) entsprechen (BGE 135 II 172 E. 2.1) – sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts besonders bedeutend bei der Beschwerde eines Dritten, der nicht (primärer) Verfügungsadressat ist, sondern gegen eine den Adressaten begünstigende Verfügung Beschwerde erhebt (Urteil BGer 2C_457/2011 vom 26. Oktober 2011 E. 3.1). Die Regelung soll die Popularbeschwerde ausschliessen und den Charakter des allgemeinen Beschwerderechts als Instrument des Individualrechtsschutzes unterstreichen. Die Beschwerde führende Person muss durch den angefochtenen Entscheid stärker als ein beliebiger Dritter betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Neben der spezifischen Beziehungsnähe zur Streitsache muss die Beschwerde führende Person einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen, d.h. ihre Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse besteht darin, dass ein materieller oder ideeller Nachteil vermieden werden soll, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse berechtigt – ohne die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache selber – nicht zur Beschwerde (BGE 135 II 172 E. 2.1, BGE 135 II 145 E. 6.1, BGE 133 II 249 E. 1.3.1, BGE 131 II 587 E. 2.1 und E. 3).

4.1.2. Allein der Umstand, dass ein Leistungserbringer von der Spitalliste als solche bzw. den übrigen, nicht an ihn gerichteten Verfügungen der Spitalliste stärker als die Allgemeinheit betroffen und in diesem Sinne besonders berührt ist, vermag die Legitimation noch nicht zu begründen; zusätzlich ist eine besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streitsache bzw. ein schutzwürdiges Interesse erforderlich (vgl. Urteil BGer 2C_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.3.2). Für die Frage nach dem besonders schutzwürdigen Interesse sind nach der Rechtsprechung die konkreten Umstände des Einzelfalles von zentraler Bedeutung. In frü-

heren Entscheiden hat das Bundesgericht auch festgehalten, dass es keine rechtslogisch stringente, begrifflich fassbare, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung zur Popularbeschwerde gebe; wo diese Grenze verlaufe, sei für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen (Urteil BGer 2C_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.4 mit Hinweisen).

4.2. Nach der Rechtsprechung des Bundesrates war eine einzelne Institution nicht berechtigt, gegen eine kantonale Spital- oder Pflegeheimliste als solche oder gegen einen andern Leistungserbringer auf der Liste Beschwerde zu führen (BRE vom 17. Januar 2007 [Pflegeheimliste GL] E. 2, BRE vom 25. November 1998 [Pflegeheimliste ZH] E. 3, BRE vom 23. Juni 2004 [Spitalliste GR] E. 1.2.1).

4.2.1. Ein Leistungserbringer konnte nur beantragen, er sei in die Liste aufzunehmen, nicht aber, die Liste (als Ganzes) aufzuheben und die Sache zur Erarbeitung einer neuen Liste an die Vorinstanz zurückzuweisen (BRE vom 25. November 1998 [Pflegeheimliste ZH] E. 3). Zudem wurden die anderen Leistungserbringer auf der Liste nicht als Gegenparteien, sondern lediglich als Mitbewerber, die miteinander in Konkurrenz stehen können, betrachtet (BRE vom 17. Januar 2007 [Pflegeheimliste GL] E. 2).

4.2.2. Im Entscheid vom 23. Juni 2004 (Spitalliste GR) trat der Bundesrat auf den Hauptantrag der Beschwerde führenden Klinik, es sei die Spitalliste aufzuheben, soweit dem Spital S. ein Leistungsauftrag in orthopädischer Chirurgie erteilt worden sei, nicht ein. Zur Begründung führte er aus, bei der Beurteilung der Beschwerdelegitimation sei davon auszugehen, dass die Spitalliste für Spitäler nur insoweit direkte Rechtswirkungen entfalte, als sie diese zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zulasse oder davon ausschliesse. Die besondere Beziehungsnähe bzw. das schutzwürdige Interesse ergebe sich nicht allein daraus, dass die (Beschwerde führende) Klinik selbst auch über einen Leistungsauftrag in orthopädischer Chirurgie verfüge, denn die Zuteilung der Leistungsaufträge an die Leistungserbringer erfolge laut Art. 39 KVG gestützt auf die kantonale Bedarfsplanung und die Evaluation des bestehenden Angebots. Die Streichung des Leistungsauftrags des anderen Spitals in orthopädischer Chirurgie hätte somit nicht automatisch zur Folge, dass der Leistungsauftrag der Klinik ausgeweitet oder ihr eine grössere Bettenzahl zugewiesen würde. Für die Beschwerdeführerin bestehe somit kein (unmittelbarer) praktischer Nutzen, den sie mittels ihres Antrags, der Leistungsauftrag des anderen Spitals in orthopädischer Chi-

rurgie sei zu streichen, herbeiführen könnte (BRE vom 23. Juni 2004 [Spitalliste GR] E. 1.2.1).

4.2.3. Diese Rechtsprechung des Bundesrates ist nicht zu beanstanden. Sie ist aber wie folgt zu präzisieren: Im Rahmen des Erlasses von Spital- und Pflegeheimlisten ist ein in die Liste aufgenommener Leistungserbringer weder als Adressat der ihn selbst betreffenden Verfügung (beschränkter Anfechtungsgegenstand, vgl. E. 3 hiervor) befugt noch unter dem Titel einer Drittbeschwerde legitimiert, die einen anderen Leistungserbringer betreffende begünstigende Verfügung der Liste anzufechten.

4.3. Mit der KVG-Revision zur Spitalfinanzierung wurden unter anderem Art. 39 KVG betreffend Spitalplanung geändert und in Art. 53 KVG neue Verfahrensvorschriften eingefügt. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob die Rechtsprechung des Bundesrates auch unter Berücksichtigung dieser Revision weiterzuführen ist.

4.3.1. Im Entwurf des Bundesrates zur Änderung des KVG (Spitalfinanzierung [BBl 2004 5593]) war eine Art. 53 Abs. 2 KVG entsprechende Bestimmung noch nicht vorgesehen. Erst die Kommission des Ständerates schlug – auch mit Blick auf den Übergang der Zuständigkeit zur Beschwerdebeurteilung vom Bundesrat zum Bundesverwaltungsgericht – Massnahmen zur Verfahrensstraffung und zur Beschränkung möglicher Beschwerden im Bereich Spitalplanung vor. Der Ständerat folgte seiner Kommission und beschloss u.a., dass Spitallistenentscheide nur wegen Verletzung von Bundesrecht angefochten werden könnten (AB 2006 S 63 f.). Die Kommissionssprecherin verwies auch auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 133 V 123 E. 3.3, BGE 126 V 172, BGE 132 V 6), wonach ein Spitallistenentscheid im Wesentlichen ein politischer Entscheid sei. Die kantonale Behörde verfüge beim Erlass solcher Listen über einen weiten Ermessensspielraum, was zur Vermeidung von Überkapazitäten und zur Beschränkung der Kostensteigerung erforderlich sei (AB 2006 S 64).

Im Nationalrat schlug die (obsiegende) Kommissionsmehrheit vor, die Kognition auf Rechts- und Tatfragen zu beschränken bzw. die Rüge der Unangemessenheit auszuschliessen. Demgegenüber beantragte Nationalrat Wehrli, auf eine Kognitionsbeschränkung ganz zu verzichten (AB 2007 N 458). Gegen die Überprüfung der Angemessenheit wurde insbesondere vorgebracht, eine zeitgerechte, den Zielsetzungen des KVG entsprechende, kantonale Planung sei kaum mehr möglich und Spitalpla-

nung sei im Wesentlichen Ermessensbetätigung (Votum Rechsteiner, AB 2007 N 460). Es wurde befürchtet, dass die hohe Anzahl Beschwerden, welche bei einer Angemessenheitsprüfung zu erwarten wäre, eine wirksame Spitalplanung torpediere (Voten Guisan [Kommissionssprecher], Rechsteiner, AB 2007 N 460). Auch Bundesrat Couchepin setzte sich für eine Beschränkung der Kognition ein. In einem Rechtsstaat könne es nicht sein, dass ein Gericht auf einen Entscheid eines demokratisch gewählten Organs zurückkomme und über die Angemessenheit entscheide. "Il faut dire non à la proposition Wehrli au nom du droit, au nom de la sécurité juridique, au nom de l'ordre démocratique!"

Der Ständerat schloss sich in der Folge dem Nationalrat an. Die Kommissionssprecherin hielt zuhanden des Protokolls u.a. fest, die Kantone hätten die vom Bundesrat aufzustellenden Anforderungen zu beachten. Wenn ein Kanton Planungsentscheide treffe, die offensichtlich einen Leistungserbringer benachteiligten, so liege ein Ermessensmissbrauch vor, der angefochten werden könne. Habe ein Kanton hingegen aus objektiv nachvollziehbaren Gründen einen Entscheid gefällt, so sei das Beschwerdeverfahren nicht möglich (AB 2007 S 763).

Ergänzend ist noch darauf hinzuweisen, dass der Nationalrat im Zusammenhang mit der Beratung von Art. 39 KVG auch einen Antrag verworfen hat, Leistungsaufträge nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG seien in einem transparenten Verfahren unter analoger Anwendung der Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) zu vergeben (AB 2007 N 426 und 431).

4.3.2. Aufgrund der parlamentarischen Beratungen ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Beschwerdebefugnis im Bereich Spitallisten gegenüber der bisherigen Praxis jedenfalls nicht ausdehnen wollte. Das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses ist daher weiterhin nach einem strengen Massstab zu beurteilen und die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesrates ist fortzuführen. Ein Spital hat somit kein schutzwürdiges Interesse daran, dass ein anderes Spital von der Spitalliste im Sinne von Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG gestrichen oder dessen Leistungsauftrag reduziert wird, und ist deshalb nicht legitimiert, eine einen anderen Leistungserbringer betreffende begünstigende Verfügung anzufechten (vgl. E. 4.2.3 hiervor).

4.3.3. Gleiches gilt im Bereich der HSM-Listen (Art. 39 Abs. 2bis KVG). Der Umstand, dass es sich dabei um eine gesamtschweizerische Planung handelt, vermag keine abweichende Regelung zu rechtfertigen. Das Parlament hat im Wissen, dass die Kantone im Bereich der Spitzenmedizin unterschiedliche Interessen haben und sich deshalb bei der gemeinsamen Planung schwer tun (vgl. Votum Kommissionssprecherin Humbel, AB 2007 N 434), entschieden, dass die primäre Kompetenz bei den Kantonen bleiben soll und der Bund nur subsidiär eingreifen kann. Die Kommissionssprecherin wies jedoch darauf hin, dass Art. 39 Abs. 2bis und Abs. 2ter (betreffend Erlass einheitlicher Planungskriterien durch den Bundesrat) KVG in engem Zusammenhang stünden. Da auch im hochspezialisierten Bereich gewisse Fallzahlen erreicht werden sollten, müsse der Bund die Kompetenz haben, im Interesse von Qualität und Wirtschaftlichkeit Vorgaben zu machen und Mindestfallzahlen vorzugeben (Humbel, a.a.O.). Wie bei den übrigen Spitalplanungen entscheidet auch über die HSM-Listen ein politisches Organ: Das HSM-Beschlussorgan setzt sich aus Mitgliedern der GDK-Plenarversammlung zusammen, wobei den fünf Kantonen mit Universitätsspital je ein Sitz (mit Stimmrecht) zusteht und die weiteren fünf Sitze (mit Stimmrecht) auf die übrigen Kantone verteilt werden (vgl. Art. 3 Abs. 1 IVHSM). Das HSM-Beschlussorgan hat die gesetzlichen Bestimmungen (einschliesslich die Planungskriterien gemäss Art. 58*a* ff. der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung [KVV, SR 832.102]) und die IVHSM zu beachten; im Übrigen steht ihm jedoch – wie den zum Erlass der kantonalen Spitallisten zuständigen Organen – ein weiter Ermessensspielraum zu (vgl. auch BGE 132 V 6 E. 2.4.1 mit Hinweisen).

4.4. Die Beschwerdeführerin begründete ihre Beschwerdelegitimation im Wesentlichen mit der Zwischenverfügung C-2907/2008, mit welcher das Gesuch um Gewährung der Parteirechte eines auf der kantonalen Spitalliste u.a. für den Bereich Orthopädie aufgeführten Privatspitals gutgeheissen wurde, nachdem ein anderes Privatspital Beschwerde erhoben hatte, u.a. weil ihm im Bereich Orthopädie keine Leistungsaufträge mehr erteilt worden waren.

4.4.1. Das BVGer hat – namentlich gestützt auf BGE 127 II 264 – erwogen, die einem Unternehmen aus im Prinzip des freien Wettbewerbs begründeten Beeinträchtigungen erwachsenden faktischen Nachteile verschafften in der Regel noch keine Legitimation zur Konkurrentenbeschwerde. Vorliegend würden jedoch die Konkurrenten durch die gesetzliche Ordnung in einem weitergehenden Masse erfasst, indem im Rah-

men der nach Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG vorgeschriebenen bedarfsgerechten Planung bei der Erstellung der Spitalliste insbesondere ein Abbau von Überkapazitäten anzustreben sei und somit die Aufnahme eines Spitals in die Spitalliste (auch) von einer Bedürfnisprüfung abhänge. Damit finde im Bereich der Spitalplanung die Wirtschaftsfreiheit nur beschränkt Anwendung, und der Wettbewerb könne seine Funktionen als Koordinations- und Steuerungsprinzip nur beschränkt entfalten. Wiewohl keine eigentliche Kontingentierung bestehe und die vom Kanton zu treffende selektive Auswahl nicht (oder zumindest nicht vornehmlich) auf wirtschaftspolitischen Überlegungen beruhe, schafften die dargelegten Besonderheiten doch eine spezielle Beziehungsnähe zwischen den Konkurrenten, die weiter gehe als in jenen Fällen, in denen ein Dritter in einem System des freien Wettbewerbs (ohne Geltendmachung einer rechtsungleichen Behandlung) lediglich die einem Konkurrenten erteilte Betriebsbewilligung anfechten wolle (E. 3.2.3 mit Hinweisen).

Der zuständige Instruktionsrichter erblickte die schützenswerten Interessen eines nicht Beschwerde führenden Privatspitals einerseits darin, dass eine aufgrund des Beschwerdeverfahrens indizierte Revision der Spitalplanung insofern eine Änderung der Spitalliste mit sich bringen könnte, als dessen Leistungsaufträge eingeschränkt würden; andererseits aber auch darin, dass – sofern der Beschwerde führenden Partei zusätzliche Leistungsaufträge erteilt, jene des Dritten jedoch nicht geändert würden – sich die Versicherten fortan in beiden Privatspitälern zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung stationär behandeln lassen könnten und somit dem Dritten eine finanzielle Einbusse drohte.

Die besondere Beziehungsnähe zwischen Konkurrenten bzw. ein schutzwürdiges Interesse könne jedenfalls dann nicht abgesprochen werden, wenn in einem Kanton (neben einem öffentlichen Spital) lediglich zwei private Spitäler (desselben Bezirks) Leistungsaufträge in bestimmten Leistungsbereichen wahrnehmen möchten (Verfügung C-2907/2008 E. 3.2.3).

4.4.2. Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Verfügung C-2907/2008 auf eine andere Konstellation bezog. Zur Rechtsprechung des Bundesrates, wonach Streitgegenstand grundsätzlich nur die Stellung der Beschwerde führenden Klinik in der kantonalen (Spitalplanung und) Spitalliste sein könne, hat sich das Gericht darin nicht geäussert; diese behielt denn auch weiterhin ihre Gültigkeit (vgl. BVGE 2010/15 E. 3). In Frage gestellt wurde hingegen die Rechtsprechung des Bundesrates zur Partei-

stellung der (Listen)Spitäler in Beschwerdeverfahren betreffend Spitallisten.

4.5. Ein schutzwürdiges Interesse ist nicht nur für die Beschwerdelegitimation, sondern generell für die Gewährung von Parteirechten Voraussetzung. Nachfolgend ist deshalb auch die mit der Verfügung C-2907/2008 aufgeworfene Frage zu klären, ob die Rechtsprechung des Bundesrates zur Parteistellung der Spitäler weiterzuführen oder eine neue Praxis zu begründen ist.

4.5.1. Mit BRE vom 23. Juni 1999 (Spitalliste SG) war die Beschwerde des Verbands der Krankenversicherer zu beurteilen, der nach damaliger Praxis befugt war, die Spitalliste als solche anzufechten (zur neuen Rechtsprechung vgl. BVGE 2010/51). Im Zusammenhang mit dem Antrag einer ausserkantonalen Privatklinik um Anerkennung der Parteistellung erwog der Bundesrat: "Wenn ein kantonaler Krankenkassenverband gegen eine kantonale Spitalliste Beschwerde beim Bundesrat führt, so können die auf die Liste gesetzten Spitäler unterschiedlich betroffen sein. Je nachdem, welche Anträge der Verband stellt, gestaltet sich auch die Rechtsstellung der Spitäler im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesrat anders. Soweit der Verband konkret beantragt, es seien bestimmte Spitäler aus der Spitalliste zu streichen oder deren Leistungsaufträge zu ändern, sind die Spitäler in besonderem Masse berührt, was ihnen Parteistellung im Verfahren vor dem Bundesrat verschafft (Art. 6 VwVG). Sie sind daher von Amtes wegen als Gegenparteien zu betrachten und zur Vernehmlassung zur Beschwerde des Verbandes einzuladen (Art. 57 Abs. 1 VwVG). Soweit der Verband keine konkreten Anträge gegen bestimmte Kliniken stellt, sondern – wie vorliegend hinsichtlich der Einbeziehung ausserkantonaler Leistungserbringer – die Liste wegen nicht bedarfsgerechter Planung anficht, sind die auf der Liste gesetzten Spitäler nicht in besonderem Masse betroffen und daher zur Beschwerde grundsätzlich nicht anzuhören. Dies gilt auch, wenn der Bundesrat die Beschwerde des Verbandes gutheisst und die Liste aufhebt (ausser bei reformatorischen Entscheiden oder wenn der Bundesrat konkrete Weisungen für die Behandlung bestimmter Kliniken erteilt)." Da der Bundesrat im vorliegenden Fall die Liste zurückweise, ohne konkrete Weisungen für die Behandlung bestimmter Kliniken zu erteilen, könnten sich die betroffenen Kliniken im neuen Verfahren vor der Vorinstanz äussern und ihre Interessen ohne Beschränkung durch den bundesrätlichen Entscheid wahrnehmen (BRE vom 23. Juni 1999 [Spitalliste SG] E. 11.2).

4.5.2. Ein besonders schutzwürdiges Interesse und mithin die Zuerkennung der Parteistellung setzt unmittelbare und nicht bloss mittelbare Betroffenheit voraus (vgl. Urteil BGer 2C_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.4, siehe auch vorne E. 4.1.1, BGE 127 II 264 E. 2c, BGE 123 II 376 E. 2, Urteil BGer 1C_191/2011 vom 7. September 2011 E. 2.4.2). Eine solche lag beispielsweise in dem in BVGE 2011/3 beurteilten Fall betreffend zwei Ausnahmezulassungen im Sinne von Art. 3 der Verordnung über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 3. Juli 2002 (AS 2002 2549, in Kraft bis 31. Dezember 2011) vor (vgl. BVGE 2011/3 E. 3.3.2). In Beschwerdeverfahren betreffend Spitallisten besteht hingegen in der Regel nur eine mittelbare Betroffenheit, zumal das Gericht angesichts der beschränkten Kognition kaum reformatorische Entscheide fällen kann. Ein Spital wäre insbesondere dann als Gegenpartei in das Verfahren einzubeziehen, wenn die Beschwerde führende Partei berechtigt wäre, dessen Streichung von der Liste oder Reduktion des Leistungsauftrages zu beantragen. Dies ist aber – wie bereits festgestellt – nicht der Fall.

4.5.3. Demnach ist die Rechtsprechung des Bundesrates, wonach den nicht Beschwerde führenden Listenspitälern im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht Parteistellung zukommt, vom Bundesverwaltungsgericht fortzuführen.

4.5.4. Daraus folgt, dass den beiden Spitälern CHUV und USZ im Instruktionsverfahren zu Unrecht Parteirechte eingeräumt wurden; sie sind nicht als Gegenpartei zu qualifizieren.

4.6. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin nicht zur Beschwerdeführung legitimiert ist. Auf das Rechtsmittel ist deshalb nicht einzutreten.

4.7. Das Bundesverwaltungsgericht übersieht nicht, dass die hier bestätigte Praxis zu unbefriedigenden Ergebnissen führen kann, beispielsweise wenn eine (möglicherweise) KVG-widrige Spitalliste mangels Legitimation gerichtlich gar nicht überprüft werden kann. Um dies zu vermeiden, müsste jedoch der Gesetzgeber besondere Verfahrensbestimmungen für den Bereich Spitallisten erlassen und z.B. eine Behördenbeschwerde oder ein anderes besonderes Beschwerderecht im Sinne von Art. 48 Abs. 2 VwVG vorsehen. Für die Begründung der Beschwerdelegitimation nach Art. 48 Abs. 1 VwVG genügt ein allgemeines Interesse an der richtigen Anwen-

dung des Bundesrechts praxisgemäss ebenso wenig wie allein öffentliche oder ideelle Interessen (vgl. Urteil BGer 2C_348/2011 vom 22. August 2011 E. 2.3 mit Hinweisen, siehe auch BVGE 2010/51 E. 6.6.3 und E. 6.7 sowie vorne E. 4.1.1). Dem Gericht ist es grundsätzlich verwehrt, unbefriedigendes Recht oder einen rechtspolitischen Mangel zu korrigieren (vgl. BGE 129 V 381 E. 4.5 mit Hinweisen).

5.
Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

5.1. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind gemäss dem Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu bestimmen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 VGKE). Vorliegend sind die Verfahrenskosten auf Fr. 2'000.- festzusetzen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- zu verrechnen. Demzufolge ist der Beschwerdeführerin der Betrag von Fr. 2'000.- zurückzuerstatten.

5.2. Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE). Keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben Bundesbehörden und, in der Regel, andere Behörden, die als Parteien auftreten (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Der obsiegenden Vorinstanz ist demzufolge keine Parteientschädigung zuzusprechen. Angesichts der vorstehenden Ausführungen zur Parteistellung ist auch dem USZ, das von der Möglichkeit zur Stellungnahme Gebrauch gemacht hat, keine Parteientschädigung zuzusprechen.

6.
Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gegen Entscheide auf dem Gebiet der Krankenversicherung, die das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 33 Bst. i VGG in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 KVG getroffen hat, ist gemäss Art. 83 Bst. r des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) unzulässig. Das vorliegende Urteil ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden in diesem Betrag mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- verrechnet. Im verbleibenden Betrag von Fr. 2'000.- wird der geleistete Kostenvorschuss zurückerstattet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
– die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
– das Bundesamt für Gesundheit (Einschreiben)
– das USZ (Einschreiben)
– das CHUV (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Michael Peterli	Susanne Fankhauser

Versand: