



## **Urteil vom 8. Juni 2021**

---

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),  
Richterin Michela Bürki Moreni,  
Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz,  
Gerichtsschreiberin Tanja Jaenke.

---

Parteien

**Adus Medica AG**,  
vertreten durch Prof. Dr. iur. Tomas Poledna, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

KVG, befristete Leistungsaufträge;  
Beschluss des Regierungsrates des Kantons Zürich vom  
21. August 2019 (RRB 734/2019).

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

**A.a** Der Regierungsrat des Kantons Zürich (nachfolgend Regierungsrat oder Vorinstanz) erliess mit Beschluss (RRB) Nr. 1134/2011 vom 21. September 2011 eine neue Spitalliste im Bereich Akutsomatik und Rehabilitation mit einem Planungshorizont von rund 10 Jahren und setzte sie auf den 1. Januar 2012 in Kraft (Akten der Vorinstanz [GD-act.] 1.1). Der Adus Medica AG (nachfolgend Adus Medica oder Beschwerdeführerin) wurde auf der Zürcher Spitalliste 2012 Akutsomatik (gültig ab 1. Januar 2012) ein Leistungsauftrag für verschiedene Leistungsgruppen erteilt, unter anderem für die Leistungsgruppe BEW7 (Rekonstruktion untere Extremität).

**A.b** Nachdem Adus Medica der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich (nachfolgend Gesundheitsdirektion) am 31. Juli 2016 mitgeteilt hatte, den Leistungsauftrag in der Leistungsgruppe BEW7 ab 1. Januar 2017 vorläufig nicht mehr erfüllen zu können (GD-act. 5.4), beantragte die Gesundheitsdirektion beim Regierungsrat die Streichung des Leistungsauftrags der Leistungsgruppe BEW7 per 1. Januar 2017 (GD-act. 5.5). Mit RRB Nr. 799/2016 vom 24. August 2016 wurde der Leistungsauftrag antragsgemäss aufgehoben (GD-act. 1.3).

**B.**

**B.a** Mit E-Mail vom 14. Dezember 2016 beantragte Adus Medica die Wiedererteilung des Leistungsauftrags BEW7 per 1. Juli 2017 (GD-act. 5.6). Die Gesundheitsdirektion teilte Adus Medica daraufhin am 22. Dezember 2016 mit, dass Änderungen der Leistungsaufträge nur noch auf den Jahresbeginn möglich seien und die Bewerbung entsprechend erst ab 1. Januar 2018 berücksichtigt werden könne (GD-act. 5.7). Gleichzeitig informierte die Gesundheitsdirektion darüber, dass ab 1. Januar 2018 für die Leistungsgruppe BEW7 Mindestfallzahlen vorgesehen seien.

**B.b** Die Gesundheitsdirektion versandte am 6. Januar 2017 ein Informationsschreiben betreffend die Aktualisierungen der Zürcher Spitalisten (GD-act. 5.8) und lud am 10. Februar 2017 zur Stellungnahme bezüglich der geplanten Änderungen der Leistungsgruppen und Anforderungen ein (GD-act. 5.9).

**B.c** Mit Schreiben datiert vom 22. Februar 2017 bewarb sich Adus Medica insbesondere um die ergänzende Leistungsgruppe BEW7 für die Zürcher

Spitalliste Akutsomatik per 1. Januar 2018 (GD-act. 5.10). Die Gesundheitsdirektion fragte mit E-Mail vom 24. März 2017 vor dem Hintergrund der Aufteilung der Leistungsgruppe BEW7 in vier Bereiche (BEW7, BEW7.1, BEW7.2, BEW7.3) nach, ob sich Adus Medica für alle vier Bereiche bewerben wolle. Gleichzeitig wies die Gesundheitsdirektion darauf hin, dass die Leistungsaufträge zunächst nur befristet vergeben würden, da die Aufteilung an neue Anforderungen betreffend Mindestfallzahlen geknüpft sei. In Bezug auf die Jahresbasis betreffend Erfüllung der Mindestfallzahlen sei gegebenenfalls eine andere Jahresbasis als 2016 und 2017 zu wählen, da Adus Medica derzeit keine Fallzahlen nachweisen könne. In der Folge bestätigte Adus Medica am 29. März 2017, dass sie sich für alle vier Bereiche bewerben wolle und die Jahresbasis für die Beurteilung der Mindestfallzahlen wohl 2018 sein müsste (GD-act. 5.12).

**B.d** Mit RRB Nr. 746/2017 vom 23. August 2017 (GD-act. 1.4) erteilte der Regierungsrat Adus Medica auf der Spitalliste 2012 Akutsomatik zusätzliche vom 1. Januar 2018 bis 31. Dezember 2019 befristete Leistungsaufträge in den Leistungsgruppen BEW7 (Rekonstruktion untere Extremität), BEW7.1 (Erstprothese Hüfte), BEW7.2 (Erstprothese Knie) und BEW7.3 (Wechseloperationen Hüft- und Knieprothesen). Im Anhang 1 zur Spitalliste Akutsomatik (Version 2018.1, gültig ab 1. Januar 2018; vgl. GD-act. 3.3) wurden für die erwähnten Leistungsgruppen leistungsspezifische Anforderungen definiert und insbesondere die Mindestfallzahlen pro Spital (BEW7: keine; BEW7.1: 50, BEW7.2: 50; BEW7.3: keine) festgelegt.

**B.e** Mit RRB Nr. 776/2018 vom 22. August 2018 (GD-act. 1.5) wurde die Leistungsgruppe BEW7.3 in BEW7.1.1 (Wechseloperationen Hüftprothesen) und BEW7.2.1 (Wechseloperationen Knieprothesen) aufgegliedert. An der Befristung der Leistungsaufträge bis 31. Dezember 2019 änderte sich jedoch nichts. Gleichzeitig wurden im Anhang 1 zur Spitalliste Akutsomatik (Version 2019.1, gültig ab 1. Januar 2019; vgl. GD-act. 3.4) die leistungsspezifischen Anforderungen und insbesondere die Mindestfallzahlen pro Spital (BEW7.1 und BEW7.2: unverändert jeweils 50) definiert.

## **C.**

**C.a** Die Gesundheitsdirektion informierte mit Schreiben vom 6. Dezember 2018 über wichtige Themen und Termine für das Jahr 2019 (GD-act. 6.1). Insbesondere wurde darüber informiert, dass bis 31. Mai 2019 ein begründetes Gesuch um Weiterführung der befristeten Leistungsaufträge einzu-

reichen sei. Die Leistungsaufträge würden nur verlängert, wenn die Erfüllung aller leistungsspezifischen Anforderungen, insbesondere das Erreichen der Mindestfallzahlen, gewährleistet und einzeln ausgewiesen sei.

**C.b** Am 27. Mai 2019 ersuchte Adus Medica den Regierungsrat um provisorische Verlängerung der befristeten Leistungsaufträge BEW7, BEW7.1, BEW7.1.1, BEW7.2 und BEW7.2.1 bis zum Ablauf der aktuellen Spitalliste am 31. Dezember 2021 (GD-act. 6.2 und Beschwerdeakten [B-act.] 1 Beilage 5). Sie begründete den Antrag trotz Nichterfüllung der Mindestfallzahlen pro Spital in den Bereichen BEW7.1 und BEW7.2 damit, dass insbesondere die Fallzahlen bei den Operateuren mit einer Ausnahme (Arzt 1 bei BEW7.2.1) erfüllt seien, das Fachpersonal über grosse Erfahrung in den fraglichen Eingriffen verfüge, die geforderten Mindestfallzahlen mit Massnahmen erreicht werden könnten und die verlangte Behandlungsqualität dennoch anzuerkennen sei.

**C.c** Der Regierungsrat verlängerte der Adus Medica mit Beschluss Nr. 734/2019 vom 21. August 2019 (GD-act. 1.6) die Leistungsaufträge der Leistungsgruppen BEW7.1 und BEW7.2 nicht, in der Konsequenz ebenso die damit zusammenhängenden Leistungsaufträge BEW7.1.1 und BEW7.2.1. Begründet wurde die Nichterteilung zusammengefasst damit, dass Adus Medica im Jahr 2018 in den Leistungsgruppen BEW7.1 beziehungsweise BEW7.2 mit 19 beziehungsweise 27 Fällen die erforderliche Mindestfallzahl von je 50 pro Spital und Jahr nicht erreicht habe und dass gemäss Hochrechnungen der Adus Medica die Mindestfallzahlen in den fraglichen Leistungsgruppen voraussichtlich auch im laufenden Jahr (2019) nicht erreicht würden. Ausnahmen von der Erreichung der Mindestfallzahlen seien keine vorgesehen. Der Leistungsauftrag BEW7 wurde der Adus Medica hingegen unbefristet erteilt, da in diesem Bereich keine Mindestfallzahlen zu erfüllen waren (vgl. Ziff. 4.21).

## **D.**

**D.a** Am 25. September 2019 reichte Adus Medica, nunmehr vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Tomas Poledna, Beschwerde gegen den Spitalistenbeschluss RRB Nr. 734/2019 vom 21. August 2019 beim Bundesverwaltungsgericht ein und stellte folgende Anträge (B-act. 1):

1. Ziff. I Dispositiv sei in Verbindung mit E. 4.21 wie folgt aufzuheben: Der Beschwerdeführerin seien die Leistungsaufträge BEW7.1 / 7.1.1 und BEW7.2 / 7.2.1 ab 1. Januar 2020 bis 31. Dezember 2021 zu erteilen;

2. für die Dauer des Beschwerdeverfahrens seien vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, indem der Beschwerdeführerin für die Leistungsgruppen BEW7.1 / 7.1.1 und BEW7.2 / 7.2.1 die Leistungsaufträge für die Verfahrensdauer über den 31. Dezember 2019 hinaus zu erteilen seien, unter Veröffentlichung dieser Anordnung auf der aktuellen Spitalliste des Kantons Zürich;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen einschl. MWST und Spesen.

Die Beschwerdeführerin brachte zur Begründung ihrer Rechtsbegehren im Wesentlichen vor, dass die Nichtverlängerung der zuvor befristeten Leistungsaufträge BEW7.1, BEW7.1.1, BEW7.2 und BEW7.2.1 allein wegen des Nichterreichens der Mindestfallzahlen die gesetzlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsprüfung (Art. 58b Abs. 5 KVV) verletze. Zudem habe die Vorinstanz bei den unbefristeten und den befristeten Leistungsaufträgen unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe angewendet, das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt, indem entscheidungswesentliche Umstände nicht gewertet worden seien, sowie das ihr zustehende Ermessen unterschritten.

**D.b** Mit Zwischenverfügung vom 30. September 2019 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz auf, zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (B-act. 2).

**D.c** Der ebenfalls mit Zwischenverfügung vom 30. September 2019 bei der Beschwerdeführerin eingeforderte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.- (B-act. 2) wurde am 2. Oktober 2019 geleistet (B-act. 4).

**D.d** Mit Schreiben vom 11. Oktober 2019 hielt die Vorinstanz fest, sie gehe davon aus, dass das Gericht sie um Stellungnahme zum Antrag der Beschwerdeführerin auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen für die Verfahrensdauer habe ersuchen wollen. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen für die Verfahrensdauer sei abzuweisen (B-act. 5).

**D.e** Mit Zwischenverfügung vom 31. Oktober 2019 hiess das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdeführerin dahingehend gut, als dass die Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen BEW7.1, BEW7.1.1, BEW7.2, BEW7.2.1 einstweilen – bis zum Entscheid in der Sache – erteilt wurden (B-act. 6).

**D.f** Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 26. November 2019 die Abweisung der Beschwerde (B-act. 9).

**D.g** Auf entsprechende Einladung des Instruktionsrichters vom 28. November 2019 (B-act. 10) nahm das Bundesamt für Gesundheit (BAG) am 19. Dezember 2019 als Fachbehörde Stellung (B-act. 11). Es äusserte sich dahingehend, dass die Beschwerde abzuweisen sei.

**D.h** Am 29. Januar 2020 reichte die Beschwerdeführerin ihre Schlussbemerkungen ein, mit welcher sie insbesondere zusätzlich beantragte, es sei ihr bei negativem Verfahrensausgang eine angemessene Übergangsfrist zur Umstellung zu gewähren (B-act. 15). Die Vorinstanz reichte keine Schlussbemerkungen ein.

**D.i** Mit Instruktionsverfügung vom 13. Februar 2020 wurde ein Doppel der Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerin vom 29. Januar 2020 der Vorinstanz zur Kenntnis gebracht und der Schriftenwechsel abgeschlossen (B-act. 16).

#### **E.**

Auf die Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die eingereichten Akten wird – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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

#### **1.**

**1.1** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) und Art. 53 Abs. 2 Satz 1 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10) grundsätzlich nach den Vorschriften des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021). Vorbehalten bleiben allfällige Abweichungen des VGG und die besonderen Bestimmungen des Art. 53 Abs. 2 KVG.

**1.2** Nach Art. 53 Abs. 1 KVG kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Der angefochtene Beschluss Nr. 734/2019 vom 21. August 2019 wurde gestützt auf Art. 39 KVG erlassen. Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 90a Abs. 2 KVG). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen

Verfahren teilgenommen, ist als Adressatin durch den angefochtenen Regierungsratsbeschluss besonders berührt und hat insoweit an dessen Aufhebung beziehungsweise Abänderung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert. Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist, nachdem auch der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet wurde (vgl. B-act. 4), einzutreten (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4 VwVG).

## **2.**

**2.1** Streitgegenstand im System der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, welches – im Rahmen des durch die Verfügung bestimmten Anfechtungsgegenstandes – den auf Grund der Beschwerdebegehren effektiv angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet. Nach dieser Begriffsumschreibung sind Anfechtungsgegenstand und Streitgegenstand identisch, wenn die Verfügung insgesamt angefochten wird. Bezieht sich demgegenüber die Beschwerde nur auf einen Teil des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses, gehören die nicht beanstandeten Teilaspekte des verfügungsweise festgelegten Rechtsverhältnisses zwar wohl zum Anfechtungs-, nicht aber zum Streitgegenstand (BGE 125 V 413 E. 1b). Solche Teilaspekte hat das angerufene Gericht nur zu überprüfen, wenn sie in einem engen Sachzusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen; im Übrigen gilt der Dispositionsgrundsatz (ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Rz. 51 zu Art. 49 VwVG).

**2.2** Nach der Rechtsprechung ist die Spitalliste als Rechtsinstitut sui generis zu qualifizieren. Für die Bestimmung des Anfechtungsgegenstandes ist wesentlich, dass die Spitalliste aus einem Bündel von Individualverfügungen besteht (BVGE 2013/45 E. 1.1.1; 2012/9 E. 3.2.6). Anfechtungsgegenstand im vorliegenden Beschwerdeverfahren – und damit Begrenzung des Streitgegenstands – bildet nur die Verfügung, welche das die Beschwerdeführerin betreffende Rechtsverhältnis regelt. Die nicht angefochtenen Verfügungen der Spitalliste erwachsen in Rechtskraft (BVGE 2012/9 E. 3.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] C-4302/2011 vom 15. Juli 2015 E. 2.2.1).

**2.3** Die Beschwerdeführerin hat die sie betreffende Verfügung des vorinstanzlichen Spitalistenbeschlusses nicht insgesamt angefochten. Sie hat die Aufhebung beziehungsweise Abänderung des angefochtenen Be-

schluss nur in Bezug auf die verweigerte Verlängerung der Leistungsaufträge BEW7.1 / 7.1.1 und BEW7.2 / 7.2.1 verlangt. Prozessthema bildet damit die Nichterteilung beziehungsweise Nichtverlängerung der erwähnten Leistungsaufträge.

### 3.

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

**3.2** Das Bundesverwaltungsgericht ist nach dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. FRIZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 212; THOMAS HÄBERLI, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Rz. 48 zu Art. 62 VwVG).

**3.3** Mit Blick auf Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG, wonach echte tatsächliche Noven unzulässig sind, hat das Bundesverwaltungsgericht bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit eines Spitallistenbeschlusses in der Regel auf den bis zum Beschlusszeitpunkt eingetretenen Sachverhalt abzustellen (zum Verhältnis von Novenverbot und Untersuchungsgrundsatz vgl. BVGE 2014/3 E. 1.5.3 f.; 2014/36 E. 1.5.2). Dieser Grundsatz gilt allgemein in der Sozialversicherungsrechtspflege (vgl. BGE 132 V 215 E. 3.1.1; 130 V 138), nicht aber für übrige Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 117 Rz. 2.204 ff.; SEETHALER/PORTMANN, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Rz. 78 zu Art. 52 VwVG). In Beschwerdeverfahren nach Art. 53 Abs. 1 KVG soll das Bundesverwaltungsgericht nicht mit neuen Tatsachen oder Beweismitteln konfrontiert werden, welche der vorinstanzlichen Beurteilung nicht zugrunde lagen; ein Ausnahmefall im Sinne von Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG liegt vor, wenn erst der angefochtene Beschluss dazu Anlass gibt (vgl.

BVGE 2014/36 E. 1.5.2; Urteil des BVGer C-195/2012 vom 24. September 2012 E. 5.1.2).

#### 4.

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

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

**4.2** Gemäss Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 29 VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verlangt unter anderem, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt (vgl. Art. 32 Abs. 1 VwVG). Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (vgl. Art. 35 VwVG). Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 I 229 E. 5.2; 134 I 83 E. 4.1; 126 I 97 E. 2b).

Die im Einzelfall erforderliche Begründungsdichte richtet sich unter anderem nach der Komplexität der zu beurteilenden Fragen, dem Ermessensspielraum der entscheidenden Behörde und der Dichte der Parteivorbringen (vgl. BVGE 2013/46 E. 6.2.5; BGE 142 II 324 E. 3.6 m.H.; WALD-

MANN/BICKEL, a.a.O., Rz. 103 zu Art. 29 VwVG). Bei Spitalistenbeschlüssen ist zudem die Besonderheit zu berücksichtigen, dass es sich dabei nicht um eine einzelne Individualverfügung handelt (vgl. zur Rechtsnatur der Spitalliste vorne E. 2.2; BVGE 2012/9 E. 3.2.6). Es wird mithin – sofern es nicht nur um eine Anpassung oder Ergänzung der Spitalliste geht – gleichzeitig über die Gesuche aller Spitäler, die sich um einen Leistungsauftrag beworben haben, entschieden. Wird wie bei Spitalistenentscheidungen ein breites Anhörungsverfahren durchgeführt, ist es nicht praktikabel, auf die Stellungnahmen aller Anhörungsteilnehmenden detailliert einzugehen. Auch können Sachverhalte und Überlegungen, welche verschiedene Rechtssubjekte gleichermaßen betreffen, zusammenfassend dargestellt werden (vgl. BVGE 2013/46 E. 6.2.6; Urteil des BVGer C-5573/2017 vom 21. November 2018 E. 5.5).

### **4.3**

**4.3.1** Die Beschwerdeführerin bringt beschwerdeweise vor, die Vorinstanz habe ihr rechtliches Gehör verletzt, indem sie die Relevanz der zugestellten Informationen betreffend die Umstände der Betriebsübernahme durch die ärztliche Inhaberin und die damit verbundenen Aufbauarbeiten a priori contra legem verneint und dies der Beschwerdeführerin nicht offen gelegt habe. Ausserdem hätte die Vorinstanz genügende Grundlagen gehabt, um den gesetzlich verankerten umfassenden und nicht allein auf die blosse Fallzahl fokussierten Entscheid zu fällen. Dies habe sie in Verletzung des ihr obliegenden Ermessensspielraums unterlassen und habe damit gleichzeitig den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem entscheidungswesentliche Umstände gar nicht gewertet worden seien.

**4.3.2** Die Vorinstanz macht diesbezüglich geltend, sie habe im angefochtenen Beschluss auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin Bezug genommen und dargelegt, dass es sich bei der Vorgabe betreffend Mindestfallzahlen pro Spital und Jahr um eine Anforderung an die Spitäler mit entsprechendem Leistungsauftrag handle, für die keine Ausnahmeregelung vorgesehen sei. Die Behandlungsqualität könne bei Nichterreichen der Mindestfallzahlen nicht anhand anderer Kriterien nachgewiesen werden. Die Beschwerdeführerin habe die Voraussetzung der Mindestfallzahlen pro Spital und Jahr seit Jahren gekannt. Ausserdem sei ihr aus dem rechtskräftigen RRB Nr. 746/2017 bekannt gewesen, dass ihr Leistungsauftrag bis Ende 2019 befristet gewesen sei und sie im Jahr 2018 die Mindestfallzahlen erreichen müsse, damit der Leistungsauftrag verlängert werde. Die Vorinstanz führt weiter aus, für die Beschwerdeführerin sei aufgrund der

Begründung die Tragweite des Beschlusses klar gewesen und sie habe ihre Überlegungen, von denen sie sich habe leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid gestützt habe, genannt. Eine Beschränkung auf die wesentlichen Punkte sei gerechtfertigt gewesen. Sie habe den Entscheid demnach ausreichend und für die Beschwerdeführerin nachvollziehbar begründet.

**4.4** Aus den Akten ergibt sich, dass die Vorinstanz alle Leistungserbringer mit Schreiben vom 6. Dezember 2018 (GD-act. 6.1) darüber informiert hat, dass bis 31. Mai 2019 ein begründetes Gesuch um Weiterführung der befristeten Leistungsaufträge einzureichen sei, welches den Nachweis oder einen Massnahmenplan zur Erfüllung der leistungsgruppenspezifischen Anforderungen enthalte. Die Leistungsaufträge würden nur verlängert, wenn die Erfüllung aller leistungspezifischen Anforderungen, insbesondere das Erreichen der Mindestfallzahlen, gewährleistet und einzeln ausgewiesen sei. Die Beschwerdeführerin hat daraufhin ihr Verlängerungsgesuch vom 27. Mai 2019 eingereicht (GD-act. 6.2) und konnte sich somit vor Erlass des angefochtenen Beschlusses zur Erteilung der strittigen Leistungsaufträge auf der Spitalliste – trotz Nichterfüllung der geforderten Mindestfallzahlen im Jahr 2018 – äussern. Zwar ist es verständlich, dass die Beschwerdeführerin sich eine eingehendere Auseinandersetzung mit ihren Anträgen gewünscht hätte. Insgesamt war sie jedoch in der Lage, den RRB Nr. 734/2019 vom 21. August 2019 sachgerecht anzufechten. Mit Blick auf den Anfechtungsgegenstand, insbesondere auf die Besonderheiten eines derart umfassenden Regierungsratsbeschlusses betreffend die Spitalliste des Kantons Zürich, und die herabgesetzten Anforderungen an die einschlägige Begründungspflicht ist eine Verletzung des rechtlichen Gehörs daher zu verneinen.

## **5.**

Streitig und – unter dem Blickwinkel der eingeschränkten Kognition des Bundesverwaltungsgerichts in Beschwerdeverfahren betreffend Spitallisten – zu prüfen ist, ob die Vorinstanz der Beschwerdeführerin Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen BEW7.1 / 7.1.1 und BEW7.2 / 7.2.1 hätte erteilen müssen. Für diese Beurteilung sind namentlich die nachfolgend aufgeführten bundesrechtlichen Bestimmungen massgebend.

**5.1** Art. 39 Abs. 1 KVG bestimmt in Verbindung mit Art. 35 Abs. 1 KVG, unter welchen Voraussetzungen Spitäler zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) zugelassen werden. Demnach muss ein Spital eine ausreichende ärztliche Betreuung gewährleisten

(Bst. a), über das erforderliche Fachpersonal (Bst. b) und zweckentsprechende medizinische Einrichtungen verfügen und eine zweckentsprechende pharmazeutische Versorgung gewährleisten (Bst. c). Im Weiteren muss ein Spital für die Zulassung der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen, wobei private Trägerschaften angemessen in die Planung einzubeziehen sind (Bst. d). Bst. e setzt schliesslich voraus, dass die Spitäler oder die einzelnen Abteilungen in der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons aufgeführt sind.

**5.2** Art. 39 Abs. 1 Bst. a-c KVG regeln die Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen, welche in erster Linie durch die Behörden des Standortkantons zu prüfen sind. Bst. d statuiert eine Bedarfsdeckungs- und Koordinationsvoraussetzung und Bst. e eine Publizitäts- und Transparenzvoraussetzung (an welche Rechtswirkungen geknüpft werden). Die Voraussetzungen gemäss Bst. d und e sollen eine Koordination der Leistungserbringer, eine optimale Ressourcennutzung und eine Eindämmung der Kosten bewirken (BVGE 2010/15 E. 4.1; Urteile des BVGer C-401/2012 vom 28. Januar 2014 E. 6.1 und C-6266/2013 vom 29. September 2015 E. 3.2, je m.w.H.).

**5.3** Die Kantone sind nach Art. 39 KVG zudem verpflichtet, ihre Planung zu koordinieren (Abs. 2) und im Bereich der hochspezialisierten Medizin gemeinsam eine gesamtschweizerische Planung zu beschliessen (Abs. 2<sup>bis</sup>). Weiter hat der Bundesrat einheitliche Planungskriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit zu erlassen, wobei er zuvor die Kantone, die Leistungserbringer und die Versicherer anzuhören hat (Abs. 2<sup>ter</sup>). Diesem Auftrag ist der Bundesrat mit dem Erlass der Art. 58a ff. der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV, SR 832.102; in Kraft seit 1. Januar 2009) nachgekommen.

**5.4** Die Spitalplanung für eine bedarfsgerechte Versorgung im Sinne von Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG umfasst die Sicherstellung der stationären Behandlung im Spital für Einwohnerinnen und Einwohner der Kantone, die die Planung erstellen. Die Kantone haben ihre Planung periodisch zu überprüfen (Art. 58a KVV).

**5.5** Gemäss Art. 58b KVV ermitteln die Kantone den Bedarf in nachvollziehbaren Schritten. Sie stützen sich namentlich auf statistisch ausgewiesene Daten und Vergleiche (Abs. 1). Sie ermitteln das Angebot, das in Einrichtungen beansprucht wird, die nicht auf der von ihnen erlassenen Liste

aufgeführt sind (Abs. 2). Sie bestimmen das Angebot, das durch die Auf-  
führung von inner- und ausserkantonalen Einrichtungen auf der Spitalliste  
gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG zu sichern ist, damit die Versorgung ge-  
währleistet ist. Dieses Angebot entspricht dem nach Art. 58b Abs. 1 KVV  
ermittelten Versorgungsbedarf abzüglich des nach Art. 58b Abs. 2 KVV er-  
mittelten Angebots (Abs. 3). Bei der Beurteilung und Auswahl des auf der  
Liste zu sichernden Angebotes berücksichtigen die Kantone insbesondere  
die Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungserbringung, den Zugang  
der Patientinnen und Patienten zur Behandlung innert nützlicher Frist so-  
wie die Bereitschaft und Fähigkeit der Einrichtung zur Erfüllung des Lei-  
stungsauftrages (Abs. 4). Weiter werden die Kriterien festgelegt, welche bei  
der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit und Qualität zu beachten sind, näm-  
lich die Effizienz der Leistungserbringung, der Nachweis der notwendigen  
Qualität und im Spitalbereich die Mindestfallzahlen und die Nutzung von  
Synergien (Abs. 5).

**5.6** Für die Versorgung der versicherten Personen in Spitälern zur Behand-  
lung von akutsomatischen Krankheiten sowie in Geburtshäusern schreibt  
Art. 58c Bst. a KVV eine leistungsorientierte Planung vor.

**5.7** Nach Art. 58d KVV müssen die Kantone im Rahmen der Verpflichtung  
zur interkantonalen Koordination der Planungen nach Art. 39 Abs. 2 KVG  
insbesondere die nötigen Informationen über die Patientenströme auswer-  
ten und diese mit den betroffenen Kantonen austauschen (Bst. a) und die  
Planungsmassnahmen mit den davon in ihrer Versorgungssituation be-  
troffenen Kantonen koordinieren (Bst. b).

**5.8** Art. 58e KVV sieht vor, dass die Kantone auf ihrer Liste nach Art. 39  
Abs. 1 Bst. e KVG die inner- und ausserkantonalen Einrichtungen auffüh-  
ren, die notwendig sind, um das nach Art. 58b Abs. 3 KVV bestimmte An-  
gebot sicherzustellen (Abs. 1). Auf den Listen wird für jedes Spital das dem  
Leistungsauftrag entsprechende Leistungsspektrum aufgeführt (Abs. 2).  
Die Kantone erteilen jeder Einrichtung auf ihrer Liste einen Leistungsauf-  
trag nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG. Dieser kann insbesondere die Pflicht  
zum Notfalldienst beinhalten (Abs. 3).

**5.9** Gemäss Abs. 3 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des KVG  
vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung [nachfolgend: UeB KVG])  
müssen die kantonalen Spitalplanungen spätestens drei Jahre nach dem  
Einführungszeitpunkt der Regelungen gemäss Abs. 1 UeB KVG (d.h. spä-

testens auf den 1. Januar 2015) den Anforderungen von Art. 39 KVG entsprechen. Dabei müssen sie auf Betriebsvergleiche zu Qualität und Wirtschaftlichkeit abgestützt sein.

## **6.**

Bei der Spitalplanung lassen sich zwei Etappen unterscheiden: die Bedarfsermittlung und die Bedarfsdeckung. Zuerst hat der planende Kanton für seine Einwohnerinnen und Einwohner den Bedarf an stationärer Behandlung zu ermitteln. Nach der Bedarfsermittlung erfolgt die Phase der Bedarfsdeckung mit der Auswahl der Leistungserbringer (vgl. Urteil C-6266/2013 E. 4.3.2).

**6.1** Im vorliegenden Fall ist die erste Stufe der vorinstanzlichen Spitalplanung, das heisst die Bedarfsermittlung, nicht umstritten.

Die im Streit liegende Version 2019.1 der Zürcher Spitalliste 2012 Akutso-matik beruht auf der von der Vorinstanz mit RRB Nr. 1134/2011 vom 21. September 2011 beschlossenen Spitalplanung 2012. Diese basiert auf dem prognostizierten Leistungsbedarf bis ins Jahr 2020. Bei dieser Bedarfsprognose wurden basierend auf dem Nachfragejahr 2010 Einflussfaktoren wie die demografische, medizinische, epidemiologische und ökonomische Entwicklung berücksichtigt (vgl. Urteil des BVGer C-5633/2017 vom 15. November 2018 E. 7.5). Die Aktualisierung der Spitalliste per 1. Januar 2019 erfolgte im Rahmen der «rollenden Spitalplanung» des Kantons Zürich (vgl. RRB Nr. 779/2014 vom 9. Juli 2014; BVGE 2018 V/3 E. 9.3; Urteil des BVGer C-6007/2016 vom 7. Februar 2018 E. 7.3).

**6.2** Strittig ist vielmehr die Auswahl der Leistungserbringer, die den ermittelten Bedarf decken sollen, namentlich die Nichterteilung beziehungsweise Nichtverlängerung der zuvor befristeten Leistungsaufträge der Leistungsgruppen BEW7.1 / 7.1.1 und BEW7.2 / 7.2.1 an die Beschwerdeführerin.

**6.2.1** Die Vorinstanz hält im angefochtenen Beschluss fest, dass die Zürcher Spitalliste 2012 mit Wirkung ab 1. Januar 2012 auf der Zürcher Spitalplanung 2012 mit umfassender Bedarfsabklärung und einem Planungshorizont von rund zehn Jahren beruhe. Neue Leistungsaufträge an bisherige Leistungserbringer würden ausserhalb einer umfassenden neuen Spitalplanung nur sehr zurückhaltend und grundsätzlich nur bei nachgewiesenem Bedarf beziehungsweise bei Unterversorgung erteilt. Eine umfassende neue Planung erfolge ungefähr alle zehn Jahre. Ausserhalb dieses

planerischen Intervalls sei eine vollständige Neubeurteilung mit Bedarfsplanung, Wirtschaftlichkeitsprüfung aller Leistungserbringer und interkantonalen Koordination der Spitalplanung nicht angezeigt. Periodisch seien aber konzeptionelle Änderungen der Spitallisten in kürzeren zeitlichen Abständen möglich. Nach den ersten konzeptionellen Anpassungen der Zürcher Spitallisten 2012 per 1. Januar 2015 sei die letzte Aktualisierung nach wiederum drei Jahren per 1. Januar 2018 erfolgt (RRB Nr. 746/2017). Diese habe im Bereich der Akutsomatik insbesondere die Weiterentwicklung bezüglich Mindestfallzahlen und Qualitätscontrolling (neue Einteilung der Leistungsgruppen, weitere Mindestfallzahlen pro Spital und – mit Wirkung ab 1. Januar 2019 – die Einführung von Mindestfallzahlen pro Operateurin oder Operateur und Vorgaben betreffend Qualitätscontrolling) betroffen. Im erwähnten RRB Nr. 746/2017 sei auch das weitere Vorgehen festgelegt worden. Formelle oder technische Änderungen könnten jährlich vorgenommen werden. Die letzten formellen und technischen Änderungen der Spitallisten sowie die Umsetzung von Vorgaben, die sich aus früheren Regierungsratsbeschlüssen ergäben, seien mit Wirkung ab 1. Januar 2019 erfolgt (RRB Nr. 776/2018). Insbesondere in Zusammenhang mit den Vorgaben betreffend Mindestfallzahlen pro Spital und Qualitätscontrolling seien im Bereich Akutsomatik zahlreiche Leistungsaufträge befristet bis Ende 2019 vergeben worden. Auch die Änderungen der Zürcher Spitallisten 2012 auf den 1. Januar 2020 beträfen grundsätzlich formelle und technische Anpassungen sowie die Umsetzung von Vorgaben, die sich aus früheren Regierungsratsbeschlüssen ergäben. Mit Schreiben vom 6. und 12. Dezember 2018 seien die Spitäler über das Vorgehen und die ab 1. Januar 2020 geplanten Änderungen der Spitallisten Akutsomatik und Rehabilitation informiert worden.

**6.2.2** Weiter führt die Vorinstanz aus, in der Akutsomatik sei insbesondere die Weiterführung der in der Spitalliste bis Ende 2019 befristet erteilten Leistungsaufträge gemäss den Vorgaben von RRB Nr. 776/2018 zu beurteilen. Grundsätzlich würden unbefristete Leistungsaufträge erteilt, wenn alle leistungsspezifischen Anforderungen der jeweiligen Leistungsgruppe erfüllt seien. Bisher befristete Leistungsaufträge würden weiterhin befristet erteilt, wenn einzelne Anforderungen noch nicht abschliessend erfüllt seien oder die Entwicklung der weiter zu konkretisierenden Anforderungen noch nicht abgeschlossen sei. Befristete Leistungsaufträge würden jedoch nicht verlängert, wenn eine Anforderung wie beispielsweise die Mindestfallzahl pro Spital nicht erfüllt sei oder ein Spital auf einen Leistungsauftrag verzichte. Über die Verlängerung der bis Ende 2019 befristeten Leistungsauf-

träge sei aufgrund der in den RRB Nr. 746/2017 und Nr. 776/2018 beschlossenen Anforderungen und Kriterien, die für die Beurteilung der befristeten Leistungsaufträge ausschlaggebend seien, zu entscheiden. Die leistungsspezifischen Anforderungen seien im «Anhang zur Zürcher Spitalliste Akutsomatik: Leistungsspezifische Anforderungen (Version 2019.1; gültig ab 1. Januar 2019)» aufgeführt.

Das im Folgenden dargestellte Verfahren zur Prüfung und Erteilung von Leistungsaufträgen mit Mindestfallzahlen pro Spital sei mit dem RRB Nr. 799/2014 festgelegt und im RRB Nr. 746/2017 beziehungsweise Nr. 776/2018 bestätigt worden. Es sei auch für die vorliegende Beurteilung massgebend.

Das Erreichen der Mindestfallzahlen pro Spital sei regelmässig zu überprüfen. Soweit ein Leistungsauftrag aufgrund von Mindestfallzahlen auf 31. Dezember 2019 befristet worden sei, sei wie folgt vorzugehen:

- Seien die Mindestfallzahl pro Spital im neuesten zur Verfügung stehenden Datenjahr (2018) für die entsprechende Leistungsgruppe erreicht, sei die Erteilung eines unbefristeten Leistungsauftrags ab 1. Januar 2020 gerechtfertigt.
- Sei die Mindestfallzahl pro Spital für die entsprechende Leistungsgruppe im Jahr 2018 nicht erreicht, sei der befristete Leistungsauftrag grundsätzlich nicht zu erneuern.

Für unbefristete Leistungsaufträge gelte Folgendes:

- Sei die Mindestfallzahl pro Spital für die entsprechende Leistungsgruppe im Durchschnitt der beiden neuesten zur Verfügung stehenden Datenjahre (2017 und 2018) nicht erreicht, sei der bisher unbefristet erteilte Leistungsauftrag in Bezug auf diese Leistungsgruppe neu bis zum 31. Dezember 2020 zu befristen. Der befristete Leistungsauftrag entfalle auf 1. Januar 2021, wenn – aufgrund der Überprüfung im Jahr 2020 – die Mindestfallzahl pro Spital im dann neuesten zur Verfügung stehenden Datenjahr 2019 für die entsprechende Leistungsgruppe nicht erreicht werde.

Mit diesem Vorgehen würden für die abschliessende Beurteilung der Zulassung aufgrund von Mindestfallzahlen pro Spital bei ursprünglich unbefristet erteilten Leistungsaufträgen insgesamt drei Jahre berücksichtigt. Damit werde dem Umstand Rechnung getragen, dass es beispielsweise aufgrund des Wechsels einer Chefärztin oder eines Chefarztes zu kurzzeitigen Fallzahl-Einbrüchen kommen könne.

**6.2.3** Hinsichtlich des abgewiesenen Gesuchs der Beschwerdeführerin um Erteilung der Leistungsaufträge in den Leistungsgruppen BEW7.1 / 7.1.1 und BEW7.2 / 7.2.1 führt die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss aus, dass im RRB Nr. 746/2017 vom 23. August 2017 ausdrücklich festgehalten worden sei, dass die Mindestfallzahlen im Jahr 2018 erreicht werden müssten. Ausnahmegründe seien keine vorgesehen. Die Beschwerdeführerin habe im Jahr 2018 in den Leistungsgruppen BEW7.1 beziehungsweise BEW7.2 mit 19 beziehungsweise 27 Fällen die erforderliche Mindestfallzahl von je 50 pro Spital und Jahr nicht erreicht. Mit Schreiben vom 27. Mai 2019 habe die Beschwerdeführerin die Verlängerung der Leistungsaufträge BEW7.1, BEW7.1.1, BEW7.2 und BEW7.2.1 trotz Nichterreichen der Mindestfallzahlen im Jahr 2018 beantragt. Die eigene Hochrechnung der Beschwerdeführerin ergebe, dass die Mindestfallzahlen in den fraglichen Leistungsgruppen auch im laufenden Jahr nicht erreicht würden. Die Beschwerdeführerin begründe das Nichterreichen der Mindestfallzahlen mit der neuen Inhaberschaft und Restrukturierungsmassnahmen. Die Behandlungsqualität sei indessen sichergestellt durch die beiden Operateure, wobei die Mindestfallzahlen pro Operateur in drei der Leistungsgruppen durch beide und in einer Leistungsgruppe von einem der beiden erreicht würden. Das weitere Fachpersonal weise eine grosse Erfahrung bei den fraglichen Eingriffen auf. Die Beschwerdeführerin werde ein Versorgungsnetzwerk aufbauen und weitere Operateure im Belegarztsystem verpflichten. Die Klinik verpflichte sich ausserdem, keine Mengenausweitung vorzunehmen und nehme ausschliesslich KVG-versicherte Patientinnen und Patienten gleichermassen wie Privatpatientinnen und -patienten auf. Gegenüber Privatpatientinnen und -patienten werde eine wettbewerbliche Preispolitik angestrebt. Adus Medica beantrage, dass der so erfolgte Nachweis der verlangten Behandlungsqualität trotz Nichterreichen der Mindestfallzahlen anerkannt werde. Diesem Antrag könne nicht entsprochen werden. Das Erreichen der Mindestfallzahl pro Spital und Jahr sei eine Anforderung an die Spitäler mit entsprechendem Leistungsauftrag, für die keine Ausnahmeregelung vorgesehen sei. Die Behandlungsqualität könne bei Nichterreichen der Mindestfallzahlen nicht anhand anderer Kriterien nachgewiesen werden. Hinzu komme, dass im näheren Umkreis genügend Spitäler mit entsprechenden Leistungsaufträgen vorhanden seien, welche die Mindestfallzahlen erfüllten. Die Leistungen der Beschwerdeführerin würden für die Deckung des Bedarfs der Bevölkerung im fraglichen Leistungsbereich nicht benötigt. Im konkreten Fall eine Ausnahme von den Mindestfallzahlen pro Spital und Jahr zuzulassen, rechtfertige sich im Übrigen auch aus Gründen der rechtsgleichen Behandlung der Spitäler nicht. Die bis 31. De-

zember 2019 befristeten Leistungsaufträge BEW7.1 und BEW7.2 der Beschwerdeführerin seien demnach infolge Nichterreichens der erforderlichen Mindestfallzahlen nicht zu verlängern. Infolgedessen entfielen auch die bis 31. Dezember 2019 befristeten Leistungsaufträge BEW7.1.1 und BEW7.2.1.

## 7.

**7.1** Die Beschwerdeführerin rügt beschwerdeweise, das Argument der Vorinstanz, es sei keine gesetzliche Grundlage für Ausnahmen vorhanden, verfange nicht. Grundlage für die Anwendung der Mindestfallzahlen im vorliegenden Verfahren bilde gemäss RRB Nr. 799/2014, auf den sich der hier strittige Beschluss berufe, Art. 58b Abs. 5 KVV. Dort würden die Mindestfallzahlen allerdings nicht als unabweichlicher Massstab für die Beurteilung festgelegt. Art. 58b Abs. 5 KVV führe (auch für den stationären Bereich nicht abschliessend) «insbesondere» drei Kriterien an, die zu berücksichtigen seien: die Effizienz der Leistungserbringung, der Nachweis der notwendigen Qualität sowie im Spitalbereich die Mindestfallzahlen und die Nutzung von Synergien. Art. 58b Abs. 5 KVV lasse nicht nur anderweitige Beurteilungen der Qualität zu, sondern verlange diese zwingend. Die Beschwerdeführerin habe in ihrer Eingabe vom 27. Mai 2019 an die Gesundheitsdirektion aufgezeigt, dass sie alle Qualitätsvorgaben erfülle, wenn man der Beurteilung den weiteren, von Art. 58b Abs. 5 KVV verlangten, Beurteilungsrahmen zugrunde lege. So habe der Regierungsrat die Nutzung von Synergien gar nicht abgeklärt. Selbst wenn die Mindestfallzahlen vom Regierungsrat Zürich als Qualitätskriterium in den Vordergrund gestellt würden, damit die Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen BEW7.1 und 7.2 (und mithin BEW7.1.1 und 7.2.1) weitergeführt werden könnten, seien somit die getroffenen qualitätsfördernden Massnahmen seit der Erteilung des Leistungsauftrages ab dem 1. Januar 2018 zu würdigen. Die beiden Operateure hätten im Jahr 2018 zu BEW7.1 / 7.1.1 und BEW7.2 / 7.2.1 über 126 beziehungsweise 107 operative Eingriffe und damit durch die Anzahl der Eingriffe eine hohe Behandlungsroutine beziehungsweise -qualität ausgewiesen. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin Qualitätsvorkehrungen getroffen und die Nationale Patientenbefragung 2018 habe gezeigt, dass die Beschwerdeführerin im Vergleich zum schweizerischen Durchschnitt bezüglich der Qualität ihrer Leistungen als wesentlich überdurchschnittlich beurteilt worden sei. Auch wenn die Mindestfallzahlen als massgebender Qualitätsfaktor gelten würden, so blieben ergänzend die zuvor beschriebenen Qualitätsaktivitäten mitzuwürdigen und dem Nichterreichen der Mindestfallzahlen entgegenzustellen. Die Aussage im RRB

Nr. 734/2019, die Behandlungsqualität könne bei Nichterreichen der Mindestfallzahlen nicht anhand anderer Kriterien nachgewiesen werden, sei in dieser absoluten Form gesetzeswidrig.

**7.2** Die Vorinstanz hält in ihrer Vernehmlassung diesbezüglich fest, Art. 58b Abs. 5 KVV sei die gesetzliche Grundlage für die Entwicklung eines Systems der Mindestfallzahlen durch die Kantone sowie weiterer Vorgaben betreffend Wirtschaftlichkeit und Qualität. Die Vorinstanz stelle bei der Vergabe von Leistungsaufträgen in diesem Sinne nicht nur auf Mindestfallzahlen, sondern auch auf weitere Kriterien ab. Wie diese Vorgaben für die Spitäler konkret ausgestaltet würden, liege grundsätzlich im Ermessen der Kantone. Der Kanton Zürich habe gestützt auf diese Bestimmung unter anderem ein System der Mindestfallzahlen entwickelt und die Folgen bei Nichterreichen der verlangten Fallzahlen geregelt. Dieses System sei bereits seit mehreren Jahren etabliert und habe sich bewährt. Das bundesrechtlich eingeräumte Ermessen habe der Kanton anlässlich der Festsetzung dieser verschiedenen Vorgaben ausgeübt. Eine Ausgestaltung der jeweiligen Kriterien als Ausschlusskriterien widerspreche der KVV nicht. Ein System der Mindestfallzahlen würde im Übrigen auch keinen Sinn ergeben, wenn ein Nichterreichen der Fallzahlen während eines bestimmten Zeitraums nicht zu Konsequenzen führen würde, sondern in jedem Einzelfall zu entscheiden wäre, ob in diesem konkreten Fall auf die Fallzahlen abzustellen sei oder nicht. Das im Kanton Zürich geltende Mindestfallzahlssystem sei im Übrigen auch der Beschwerdeführerin seit langem bekannt.

Weiter sei klarzustellen: Die Vorinstanz habe nicht argumentiert, es bestehe keine gesetzliche Grundlage für Ausnahmen bei den Mindestfallzahlen. Vielmehr habe sie festgehalten, dass keine Ausnahmeregelung vorgesehen sei. Dies bedeute, dass im gestützt auf die bundesrechtlichen Grundlagen durch den Kanton festgelegten System der Mindestfallzahlen pro Spital und Jahr hinsichtlich Erreichen der Mindestfallzahlen in dem Sinne keine Ausnahmeregelung vorgesehen sei, als die erforderliche Qualität nicht anstatt durch das Erreichen der Mindestfallzahlen anderweitig nachgewiesen werden könne. Zusätzlich zu anderen Vorgaben hinsichtlich Qualität (z.B. Qualitätscontrolling durch Zertifikate, Register etc.) sei für gewisse Leistungsgruppen vorgesehen, dass das Spital pro Jahr eine bestimmte Anzahl von Fällen erreichen müsse, damit der Leistungsauftrag (unbefristet) erteilt beziehungsweise verlängert werden könne. Werde die Mindestfallzahl in einem vorgegebenen Zeitraum nicht erreicht, habe dies unterschiedliche Auswirkungen auf einen bisher bestehenden Leistungsauftrag, je nachdem, ob dieser bis anhin unbefristet oder befristet gewesen

sei. Sei der Leistungsauftrag aufgrund von Mindestfallzahlen befristet gewesen, habe ein Nichterreichen der Fallzahlen im geltenden System die Nichtverlängerung beziehungsweise das Entfallen des Leistungsauftrags zur Folge.

Die Folge des Nichterreichens der Mindestfallzahlen in den fraglichen Leistungsgruppen ergebe sich für die Beschwerdeführerin klar und unmissverständlich aus dem rechtskräftigen RRB Nr. 746/2017. Die Beschwerdeführerin habe zu keinem Zeitpunkt damit rechnen können, dass bei Nichterreichen der Mindestfallzahlen im Jahr 2018 der Regierungsrat – anders als bei sämtlichen anderen Spitälern – ausschliesslich auf andere Kriterien und nicht auf die Mindestfallzahlen abstelle. Insofern sei es unerheblich, ob die Beschwerdeführerin seit Erteilung des Leistungsauftrags per 1. Januar 2018 qualitätsfördernde Massnahmen getroffen habe. Es liege alleine in der Verantwortung eines Spitals, die notwendigen organisatorischen und strukturellen Vorkehrungen zu treffen, damit sämtliche Voraussetzungen für die Weiterführung eines Leistungsauftrags erfüllt seien. Der Beschwerdeführerin sei dies offenbar nicht gelungen. Neben weiteren Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsvoraussetzungen müssten zusätzlich auch die Mindestfallzahlen in der relevanten Zeitperiode erreicht werden. Ausschliesslich auf andere Kriterien als die Mindestfallzahlen abzustellen, widerspreche einerseits dem geltenden System der Mindestfallzahlen pro Spital und Jahr und wäre auch mit dem Prinzip der rechtsgleichen Behandlung der Spitäler nicht vereinbar.

**7.3** Das BAG führt in seiner Stellungnahme aus, dass gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-5603/2017 vom 14. September 2018 der Vorinstanz bei der Auslegung des Begriffs der «Qualität» ein weiter Beurteilungsspielraum zuzugestehen sei, in den das Gericht nur mit Zurückhaltung einzugreifen habe. Nach welchen Kriterien die Qualität zu beurteilen sei, würden die bundesrechtlichen Planungskriterien nicht vorschreiben, wodurch die Vorinstanz zu entscheiden habe, welche Messgrössen der Qualität sie heranziehe. Einzig Artikel 58b Absatz 5 Buchstabe c KVV schreibe vor, dass insbesondere im Spitalbereich die Mindestfallzahlen zu beachten seien; diese seien gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-5647/2011 vom 16. Juli 2013 bereits selbst Qualitätsindikatoren. Mindestfallzahlen seien vor allem zur Qualitätssicherung, also zu einer Absicherung eines minimalen Qualitätsstandards, vorgesehen, weshalb sie als Ausschlusskriterium angewendet werden könnten. Die Vorinstanz habe die Anwendung der Mindestfallzahlen als Ausschlusskriterium bei der Beschwerdeführerin im RRB Nr. 746/2017 angekündigt, indem ihr mitgeteilt

worden sei, dass sie die Mindestfallzahlen im Jahr 2018 erreichen müsse. Der Anhang zur Zürcher Spitalliste 2012 Akutsomatik: Leistungsspezifische Anforderungen (Version 2018) zeige des Weiteren auf, dass die Mindestfallzahl keineswegs die einzige Qualitätsanforderung gewesen sei. Die Vorinstanz habe demnach nicht nur auf die Mindestfallzahlen zur Beurteilung der Qualität abgestellt und im Rahmen ihres Ermessensspielraums weitere sachliche Qualitätsanforderungen berücksichtigt, womit sie ihrer bundesrechtlichen Pflicht zur Berücksichtigung der Qualität nachkomme.

**7.4** Erstmals macht die Beschwerdeführerin in ihren Schlussbemerkungen zusätzlich geltend, sie habe die Mindestfallzahlen im Jahr 2019 für BEW7.2 erreicht. Bei einer Umrechnung der Zahlen von September bis Dezember 2019 auf ein ganzes Jahr resultierten für BEW7.1 zudem 45 Fälle, bei einer Umrechnung der Zahlen von November und Dezember 2019 sogar 54 Fälle.

**7.5** Zu prüfen ist nachfolgend, ob das Kriterium der Mindestfallzahlen im vorliegenden Fall als Ausschlusskriterium verwendet werden durfte.

**7.5.1** Mindestfallzahlen pro Spital gemäss Art. 58b Abs. 5 KVV (vgl. oben E. 5.5) sind anerkannte Qualitätsindikatoren (BVGE 2018 V/3 E. 7.6.6; Urteil C-5573/2017 E. 11.3). Durch die Behandlung einer Mindestzahl von Fällen erhält ein Spital beziehungsweise das Behandlungsteam Routine und Erfahrung, wodurch die Behandlungsqualität sichergestellt werden soll (vgl. Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 11.7.4). In der Schweiz werden zunehmend Mindestfallzahlen für Spitalbehandlungen gefordert. Verschiedene Studien belegen grundsätzlich einen Zusammenhang zwischen Fallzahlen und Qualität. Je mehr Fälle, desto höher die Qualität. Allerdings lässt sich bei den meisten Behandlungen kein exakter Schwellenwert ableiten, das heisst es können keine Aussagen darüber gemacht werden, ab welcher Fallzahl die Qualität deutlich steigt beziehungsweise unterhalb welcher Fallzahl die Qualität eines bestimmten Eingriffs mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr genügt (BGE 145 V 170 E. 6.4). Die Vorgabe von Mindestfallzahlen soll aber nicht nur die Qualität, sondern auch die Effizienz und Wirtschaftlichkeit fördern (Urteile C-6266/2013 E. 4.3.4; C-401/2012 E. 9.2 und E. 14; vgl. BGE 138 II 398 E. 7.2.2).

**7.5.2** Ein Kanton kann für bestimmte Leistungsgruppen im Rahmen der leistungsspezifischen Anforderungen Mindestfallzahlen festsetzen (BVGE 2018 V/3 E. 7.6.6.2; vgl. Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung, Empfehlung 6, S. 14). Gemäss der Rechtsprechung ist die Mindestfallzahl ein

zulässiges Kriterium für den Ausschluss bestimmter Leistungserbringer, zumal die damit verbundene Konzentration des Leistungsangebots zur Steigerung der Qualität beiträgt und auch der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung förderlich ist (Urteil C-401/2012 E. 9.2). Die Einhaltung von Mindestfallzahlen kann daher als Voraussetzung für die Zuteilung bestimmter Leistungen vorgesehen werden (vgl. auch BERNHARD RÜTSCHÉ, Rechtsgutachten vom 20. Juni 2011 zuhanden des Kantons Bern: Steuerung der Leistungsmenge im Spitalbereich, S. 53 f.; vgl. auch Empfehlungen der GDK zur Spitalplanung 2018, Empfehlung 7, S. 14 f.). Mit dem Kriterium der Mindestfallzahlen haben die Kantone zudem einen Hebel, um auf eine Konzentration des Angebots hinzuwirken (vgl. RÜTSCHÉ/PICECCHI, in: Basler Kommentar zum Krankenversicherungsgesetz und zum Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, 2020, Rz. 44 zu Art. 39 KVG).

**7.5.3** Im vorliegenden Fall sehen die von der Vorinstanz definierten leistungsspezifischen Anforderungen (Spitalplanungs-Leistungsgruppen Akut-somatik ZH; Version 2018.1) für die Leistungsgruppen BEW7.1 und BEW7.2 unter anderem eine Mindestfallzahl pro Spital und Jahr von je 50 Fällen vor. Dies, weil sich im Kanton Zürich seit der Einführung der Mindestfallzahlen per 1. Januar 2015 gezeigt habe, dass sich die Aufenthaltsdauer, die Wirtschaftlichkeit und das Kostengewicht der Leistungsgruppen mit Mindestfallzahlen im Vergleich mit Leistungsgruppen ohne Mindestfallzahlen verbessert hätten. Gutachten hätten zudem gezeigt, dass Mindestfallzahlen grundsätzlich einen positiven Einfluss auf die Qualität haben (GD-act. 5.9, S. 3 f.). In Bezug auf die Leistungsgruppen BEW7.1 und BEW7.2 seien die Fallzahlen pro Spital mit wissenschaftlichen Studien gut belegt (a.a.O. S. 22).

Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin die Mindestfallzahlen im Jahr 2018 nicht erreicht hat (vgl. B-act. 1 Beilage 5 und GD-act. 6.2; GD-act. 1.6):

Fallzahlen Adus Medica	2018 (RRB 746/2017)	2018 (Vorinstanz)	2018 (Klinik)
BEW7.1	50	19	20
BEW7.2	50	27	28

**7.5.4** Nichts zu ihren Gunsten kann die Beschwerdeführerin aus der Argumentation ableiten, Art. 58b Abs. 5 KVV führe insbesondere drei Kriterien

an, die zu berücksichtigen seien, und zwar die Effizienz der Leistungserbringung, der Nachweis der notwendigen Qualität sowie im Spitalbereich die Mindestfallzahlen und die Nutzung von Synergien. Wie sich aus der dargelegten Rechtsprechung ergibt, ist es zulässig, Leistungserbringer, welche die Mindestfallzahlen nicht erfüllen, aus der Evaluation auszuschliessen und damit der Versorgungsqualität bei der Auswahl der Leistungserbringer ein hohes Gewicht beizumessen (GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 656 Rz. 806). Zu beachten ist zudem, dass kein Rechtsanspruch auf Aufnahme in die Spitalliste besteht (BGE 133 V 123 E. 3.3; Urteil des BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016 E. 5.4.2) und den Kantonen bei der Auswahl der Leistungserbringer ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt, welcher in Bezug auf die Angemessenheit der Entscheidung vom Bundesverwaltungsgericht nicht überprüft werden kann (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG; BVGE 2018 V/3 E. 16.5).

**7.5.5** Erreicht die Beschwerdeführerin die im Rahmen der leistungsspezifischen Anforderungen festgelegten Mindestfallzahlen nicht, verletzt die Vorinstanz weder Art. 58b Abs. 4 Bst. a KVV (Wirtschaftlichkeit und Qualität) noch dessen *Konkretisierung* in Art. 58b Abs. 5 KVV (vgl. dazu auch Kommentar des BAG zu Art. 58b KVV, in Krankenversicherung: Abgeschlossene Neuerungen und Revisionen, Spitalfinanzierung, Änderung vom 22. Oktober 2008 der KVV und VKL [<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherungsrevisionsprojekte1.html#149748005>], abgerufen am 30. April 2021), wenn sie der Beschwerdeführerin aus diesem Grund keinen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen BEW7.1 und BEW7.2 erteilt (vgl. Urteil des BVGer C-2887/2019 vom 26. Januar 2021 E. 6.6.5 m.w.H.). Die Vorinstanz will mit dem System der Mindestfallzahlen und weiteren leistungsspezifischen Anforderungen, die daneben zu erfüllen sind, die Versorgungsqualität sicherstellen. Es ist damit aufgrund des dargestellten Rechts nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die festgelegten Mindestfallzahlen als Ausschlusskriterium angewendet hat.

**7.5.6** Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, das Nichterreichen der geforderten Mindestfallzahlen sei nicht Beweis genug für das Fehlen der Versorgungsnotwendigkeit der Klinik, ist darauf hinzuweisen, dass die Mindestfallzahlen eine Schwelle darstellen, ab welcher ein Angebot für die Spitalplanung wesentlich und deshalb in das Evaluationsverfahren einzu beziehen ist (Urteil C-401/2012 E. 9.2; vgl. auch GEBHARD EUGSTER, a.a.O., S. 657 Rz. 811). Neben dem Aspekt der Qualitätssicherung ist in

diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Beschwerdeführerin in der Referenzperiode 2018 in der Leistungsgruppe BEW7.1 mit 19 Fällen nur 0.54 % der im Kanton Zürich durch Spitäler mit Leistungsauftrag durchgeführten 3'490 Eingriffe beziehungsweise in der Leistungsgruppe BEW7.2 mit 27 Fällen nur 0.96 % der 2'807 Eingriffe selber durchgeführt hat (vgl. GD-act. 4.1 Tabelle A4.5). Laut den Empfehlungen der GKD ist ein innerkantonales Spital zur Deckung des Bedarfs in einer Leistungsgruppe nicht als versorgungsrelevant zu betrachten, wenn der Anteil dieses Spitals in der betroffenen Leistungsgruppe während der Referenzperiode nicht mindestens bei 5 % (und zugleich mindestens 10 Fällen) der stationären Behandlungen von Kantoneinwohnerinnen und Kantoneinwohnern liegt (vgl. GDK-Empfehlungen zur Spitalplanung, Empfehlung 2, S. 8). Die Beschwerdeführerin spielte damit für die Versorgung in den Leistungsgruppen BEW7.1 und BEW7.2 im Kanton Zürich tatsächlich eine untergeordnete Rolle, weshalb durch die Nichterteilung des entsprechenden Leistungsauftrags die Gefahr einer Schaffung beziehungsweise Aufrechterhaltung von Überkapazitäten vermindert werden kann, was einem Ziel der Spitalplanung entspricht (vgl. auch Urteil C-2887/2019 E. 6.7).

**7.5.7** Was die von der Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Schlussbemerkungen eingebrachten Fallzahlen des Jahres 2019 anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht in Beschwerdeverfahren gemäss Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG nicht mit neuen Tatsachen oder Beweismitteln konfrontiert werden soll, welche der vorinstanzlichen Beurteilung nicht zugrunde lagen, ausser es liege eine Ausnahmesituation im Sinn der genannten Bestimmung vor (vgl. BVGE 2014/36 E. 1.5.2; vgl. oben E. 3.3). Die von der Beschwerdeführerin neu ins Verfahren eingebrachten Fallzahlen des zweiten Halbjahres 2019 können vorliegend nicht berücksichtigt werden, da sie der Vorinstanz bei Erlass des angefochtenen RRB Nr. 734/2019 vom 21. August 2019 nicht bekannt sein konnten und auch keine Ausnahmesituation im Sinne von Art. 53 Abs. 2 Bst. a KVG ersichtlich ist. Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin auch bei Einhaltung der Mindestfallzahlen keinen Rechtsanspruch auf Erteilung eines Leistungsauftrags hätte (vgl. Urteil C-3413/2014 E. 10.4.1).

## **8.**

**8.1** Beschwerdeweise bringt die Beschwerdeführerin vor, dass von der Vorinstanz zu berücksichtigen und entscheidwesentlich insbesondere die Übernahme der Beschwerdeführerin durch die alphaclinic Holding AG im November 2017, die neue Geschäftsführung ab Mai 2018 sowie die erste

orthopädische Sprechstunde (Knie und Hüfte) für die Wohnbevölkerung am 25. Mai 2018 gewesen wäre. Im Jahr 2018 seien in weitaus überwiegender Masse Allgemein-Patienten in der Klinik der Beschwerdeführerin operiert worden, die Privatpatienten der Belegärzte jedoch in den Privatspitälern der Stadt Zürich, wo die Inhaber-Ärzte noch heute akkreditiert seien. Grund dafür seien die in der Klinik damals geltenden und zu tiefen Privattarife für Privatpatienten gewesen. Mit der Festlegung einer neuen Tarif- und Taxordnung im Jahr 2019, auf deren Grundlage den operierenden Ärzten ebenfalls die gängigen Privattarife ausbezahlt werden könnten, habe eine vermehrte Zuweisung durch die orthopädischen Operateure (Hüfte/Knie) an die Klinik der Beschwerdeführerin (anstatt in Zürcher Privatspitäler) stattgefunden. Angesichts der marktfähigen ärztlichen Entschädigungen hätten andererseits weitere Belegärzte mit orthopädischer Ausrichtung in der Klinik der Beschwerdeführerin akkreditiert werden können. Aktuell seien neun ärztliche Orthopäden, davon drei für Hüfte/Knie (mit weiteren würden Vertragsverhandlungen laufen) tätig. Die Beschwerdeführerin habe zudem diverse Aufbauschritte (z.B. Restrukturierung operativer Dienst, Anschaffung medizinischer Gerätschaften, neues Transfusions- und Laborkonzept, Aufbau des Operationsteams mit grosser Erfahrung, Verpflichtung von Anästhesie- und Pflegepersonal, Aufbau eines Versorgungsnetzwerkes) getätigt. Die bisher nicht erreichten Mindestfallzahlen seien sodann auch darauf zurückzuführen, dass die Patienten im ländlichen Einzugsgebiet aus dem Wehntal und Furttal sich bei Knie- und Hüftbeschwerden im Verlauf des Jahres 2018 noch nicht von bisherigen und entfernteren Spitälern zur wesentlich wohnortnäheren Klinik der Beschwerdeführerin hätten «umlenken» lassen und die Etablierung einer wohnortnahen Versorgung nicht innert weniger Monate bewerkstelligt werden könne. Die Etablierung der Beschwerdeführerin im Jahr 2019 als orthopädisches Kompetenzzentrum sei deutlich sichtbar. Dies liege vor allem daran, dass Patienten mit der Behandlung und der integrierten Versorgung sehr zufrieden seien. Entsprechend hätte die Vorinstanz genügend Grundlagen gehabt, um den gesetzlich verankerten umfassenden und nicht allein auf die blosse Fallzahl fokussierten Entscheid zu fällen. Dies habe sie jedoch in Verletzung des ihr obliegenden Ermessensspielraums unterlassen, indem entscheidungswesentliche Umstände gar nicht gewertet worden seien.

**8.2** Die Vorinstanz macht in ihrer Vernehmlassung geltend, die Umstrukturierungen der Beschwerdeführerin seien bereits bei der Erteilung der Leistungsaufträge per 1. Januar 2018 bekannt gewesen. Neue Erkenntnisse hätten sich daraus nicht ergeben. Es liege grundsätzlich in der Eigenver-

antwortung der Leistungserbringer, trotz Umstrukturierungen und Ärzte-  
wechseln die leistungsspezifischen Anforderungen durchgehend zu erfül-  
len. Es sei der Beschwerdeführerin selbst zuzuschreiben, wenn es ihr über  
mehrere Jahre nicht gelinge, sich so zu organisieren, dass sie die Mindest-  
fallzahlen pro Spital und Jahr, die für eine Verlängerung der Leistungsauf-  
träge zwingend vorausgesetzt seien, erreichen könne. Eine Abweichung  
vom für alle Spitäler geltenden System der Mindestfallzahlen pro Spital und  
Jahr, das bei Nichterreichen der verlangten Mindestfallzahlen keine Mög-  
lichkeit vorsehe, die notwendige Qualität anderweitig nachzuweisen, und  
vom rechtskräftigen RRB Nr. 746/2017, mit dem der Beschwerdeführerin  
klar vorgegeben worden war, dass sie für eine Verlängerung der Leistungs-  
aufträge die Mindestfallzahlen im Jahr 2018 hätte erreichen müssen, lasse  
sich durch keinen sachlichen Grund rechtfertigen. Eine Ermessensunter-  
schreitung der Vorinstanz liege demnach nicht vor. Tatsache sei vielmehr:  
Eine Verlängerung der fraglichen Leistungsaufträge – in Ungleichbehand-  
lung der anderen Leistungserbringer – bei der Beschwerdeführerin führte  
dazu, dass sie weiterhin Leistungsaufträge für Leistungsgruppen behalten  
könnte, für die sie noch nie sämtliche leistungsspezifischen Anforderungen  
erfüllt habe und für die sie die Anforderungen auch weiterhin nicht erfülle.  
Zudem sei die Beschwerdeführerin in diesem Bereich nicht versorgungs-  
relevant – die diesbezüglichen Zahlen sprächen für sich. Bei sämtlichen  
Ausführungen der Beschwerdeführerin betreffend ihre Versorgungsnot-  
wendigkeit handle es sich demgegenüber um bloße Behauptungen, die  
nicht belegt seien. Es grenze schon beinahe an Rechtsmissbrauch und  
verletze die Patientensicherheit schwerwiegend, wenn die Beschwerdefüh-  
rerin trotz klaren Verfehlens der Mindestfallzahlen die Nichtverlängerung  
der fraglichen Leistungsaufträge vor Gericht einzig deshalb anfechte, um  
während des Beschwerdeverfahrens weiteroperieren zu können.

**8.3** In Bezug auf die gerügte Ermessensunterschreitung führt das BAG in  
seiner Stellungnahme aus, das Ermessen sei ein Entscheidungsspielraum  
der Verwaltungsbehörden und eröffnete den Behörden somit Handlungs-  
spielraum für sachgerechte Lösungen im Einzelfall. Bei einer Ermessens-  
unterschreitung betrachte sich die entscheidende Behörde als gebunden,  
obschon ihr das Gesetz ein Ermessen einräume. Werde das Ermessen  
unterschritten, liege eine Rechtsverletzung vor. Im vorliegenden Fall habe  
die Vorinstanz bereits von ihrem Ermessen Gebrauch gemacht, indem sie  
der Beschwerdeführerin einen befristeten Leistungsauftrag mit der Auflage  
zur Erfüllung der Mindestfallzahlen im Jahr 2018 erteilt habe. Mit der Auf-  
lage habe die Vorinstanz ihr eigenes Ermessen jedoch eingeschränkt, in-  
dem sie das Erreichen der Mindestfallzahlen als Muss für die Verlängerung

des Leistungsauftrags definiert habe. Die Auflage sehe keinen Ermessensspielraum vor und dementsprechend könne auch das Ermessen nicht unterschritten werden.

**8.4** In ihren Schlussbemerkungen macht die Beschwerdeführerin geltend, das den Kantonen zustehende Ermessen lasse im Rahmen von Art. 58b Abs. 5 KVV keineswegs zu, im Falle nicht erreichter Mindestfallzahlen Leistungsaufträge allein deshalb zu entziehen, soweit anderweitige Vorkehren die Patientensicherheit und Qualitätssicherung gewährleisten. Der besonderen Situation der Beschwerdeführerin entsprechend hätten die alternativen und genannten Qualitätsbestrebungen geprüft werden müssen. Diesbezüglich sei von der Vorinstanz keine Würdigung erfolgt. Dieses Verhalten sei rechtswidrig und willkürlich. Es bestehe ein Anspruch auf die Prüfung und Würdigung der besonderen Verhältnisse der Beschwerdeführerin. Die Einengung der Qualitätsprüfung auf die reinen Fallzahlen führe zu einer rechtswidrigen Einengung des in Art. 58b KVV eingeräumten Beurteilungsspielraums; dieser verlange letztlich eine den Realitäten der Leistungserbringung angemessene Prüfung. Das BAG verwechsle hier den Ermessensspielraum mit der gerügten Ermessensunterschreitung.

**8.5** Zu prüfen ist demnach nachfolgend, ob die Vorinstanz mit dem Abstellen auf das Erreichen der Mindestfallzahlen das ihr zustehende Ermessen unterschritten hat.

**8.5.1** Bei der Spitalplanung und beim Erlass der Spitalliste verfügt der Kanton wie bereits ausgeführt über einen erheblichen Ermessensspielraum (vgl. oben E. 3.1). Die Handhabung dieses Ermessens ist eine Frage der Angemessenheit, die vom Bundesverwaltungsgericht nach Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG im Bereich von Spitalistenbeschlüssen nicht zu überprüfen ist. Angemessenheit ist die den Umständen angepasste Lösung im rechtlich nicht normierten Handlungsspielraum. Hält sich die Behörde an den Ermessensspielraum und übt ihr Ermessen unzweckmässig aus, handelt sie unangemessen, aber nicht rechtswidrig. Übt sie dagegen ihr Ermessen in einer Weise aus, dass die getroffene Anordnung dem Zweck der gesetzlichen Ordnung widerspricht, liegt Ermessensmissbrauch vor (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.3), was eine Bundesrechtsverletzung darstellt. Von Missbrauch des Ermessens wird gesprochen, wenn die Behörde zwar im Rahmen des ihr vom Gesetz eingeräumten Ermessens handelt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt und insbesondere allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot der Willkür oder von rechtsungleicher Behandlung, das Gebot

von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt. Eine Bundesrechtsverletzung liegt ebenfalls bei Ermessensüberschreitung (beziehungsweise Ermessensunterschreitung) vor (MO-SER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 109 Rz. 2.184 ff.). Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts beschränkt sich somit vorliegend auf die Prüfung, ob die Vorinstanz mit dem Abstellen auf das Erreichen der Mindestfallzahlen ihr Ermessen missbraucht oder unterschritten hat (Art. 49 Bst. a VwVG i.V.m. Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG).

**8.5.2** Soweit die Beschwerdeführerin in ihren Schlussbemerkungen vorbringt, das den Kantonen zustehende Ermessen lasse es im Rahmen von Art. 58b Abs. 5 KVV keineswegs zu, im Falle nicht erreichter Mindestfallzahlen Leistungsaufträge allein deshalb zu entziehen, ist ihr entgegen zu halten, dass es gemäss Rechtsprechung zulässig ist, Leistungserbringer, welche die Mindestfallzahlen nicht erfüllen, aus der Evaluation auszuschliessen (vgl. oben E. 7.5.4).

**8.5.3** Im Übrigen hat die Vorinstanz in RRB Nr. 746/2017 vom 23. August 2017 zulässigerweise Mindestfallzahlen pro Spital für die Leistungsgruppen BEW7.1 und BEW7.2 definiert und festgehalten, dass befristet erteilte Leistungsaufträge unter anderem nur verlängert würden, wenn die Mindestfallzahlen im Vergleichszeitraum erfüllt seien. Konkret wurden der Beschwerdeführerin mit dem erwähnten und unangefochten in Rechtskraft erwachsenen Beschluss für die Leistungsgruppen BEW7.1 und BEW7.2 jeweils bis 31. Dezember 2019 befristete Leistungsaufträge erteilt. In der Nichtverlängerung der Leistungsaufträge mangels Erfüllung der Mindestfallzahlen im Vergleichsjahr 2018 ist somit kein Ermessensmissbrauch oder eine von der Beschwerdeführerin gerügte Ermessensunterschreitung zu erkennen, wenn die Vorinstanz die Beschwerdeführerin mangels Erfüllung der Mindestfallzahlen von der Evaluation ausschliesst.

## **9.**

**9.1** Die Beschwerdeführerin bringt beschwerdeweise vor, gemäss RRB Nr. 734/2019 würden grundsätzlich unbefristete Leistungsaufträge erteilt, wenn alle leistungsspezifischen Anforderungen der jeweiligen Leistungsgruppe erfüllt seien. Im Umkehrschluss würden befristete Leistungsaufträge erteilt, wenn nicht alle Anforderungen erfüllt seien. Dazu im Widerspruch stehe RRB Nr. 746/2017, wonach trotz der erfüllten Anforderungen ein befristeter Leistungsauftrag zu erteilen sei.

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, in ihrem Fall eines befristeten Leistungsauftrags betrage die Dauer des Leistungsauftrags zwei Jahre und die Datenbeobachtung ein Jahr. Bei zum Vergleich herangezogenen unbefristeten Leistungsaufträgen betrage die Dauer des Leistungsauftrags mindestens vier Jahre und die Datenbeobachtung drei Jahre. Damit sei ein Spital mit unbefristetem Leistungsauftrag entscheidend bessergestellt als eines mit befristetem Leistungsauftrag, dies obschon bei beiden dieselben Kriterien der Qualitätsbeurteilung (Art. 58b Abs. 5 KVV) angewandt würden. Eine solche Schlechterstellung der Beschwerdeführerin bei befristetem Leistungsauftrag BEW7.1 und BEW7.2 mit Mindestfallzahlen gegenüber unbefristeten sei durch nichts begründet, zumal bei unbefristetem Leistungsauftrag ausreichend Zeit zur Erreichung der Mindestfallzahlen gewährt werde, auch wenn Aufbauarbeiten beziehungsweise Restrukturierungen oder Änderungen anstünden. Befristete Leistungsaufträge schliessen eine solche Anpassungsfrist zur Erreichung der Mindestfallzahlen gänzlich aus.

Da von der Beschwerdeführerin für die Leistungsgruppen BEW7.1 und BEW7.2 die leistungsspezifischen Anforderungen (ausgenommen die Mindestfallzahlen) erfüllt gewesen seien, hätte an sich ein unbefristeter Leistungsauftrag erteilt werden müssen. Geforderte und noch nicht nachgewiesene Mindestfallzahlen liessen nach den hier massgeblichen Regierungsratsbeschlüssen initial unbefristete Leistungsaufträge zu. Vor diesem Hintergrund müssten befristete und unbefristete Leistungsaufträge hinsichtlich der Erfüllung der Mindestfallzahlen und die massgebenden Beobachtungszeiträume einander gleichgestellt sein, so dass von der Beschwerdeführerin das Erreichen der Mindestfallzahlen von 2018 bis 2021 nachgewiesen werden könne mit den Datenjahren 2018/2019 und 2020. Würden die Mindestfallzahlen aus 2018/2019 sowie 2020 nicht erreicht, entfalle der Leistungsauftrag ab 2022. Unbefristete Leistungsaufträge dauerten nach RRB Nr. 734/2019 Ziffer 2.1 somit vier Jahre mit Daten aus drei Jahren, der befristete Leistungsauftrag für die Beschwerdeführerin hingegen zwei Jahre mit einem Datenjahr. Eine solche Fristerweiterung im Zuge der getätigten Restrukturierungsmassnahmen und Aufbauarbeiten zur Erreichung der Mindestfallzahlen sei der Beschwerdeführerin im Rahmen der erteilten und befristeten Leistungsaufträge ebenfalls zu gewähren. Demnach dauere der befristete Leistungsauftrag vom 1. Januar 2018 bis zum 31. Dezember 2021, falls die Mindestfallzahlen nach dem Daten-Modell nicht erreicht würden. Die Gleichstellung der Beobachtungszeiträume für befristete und unbefristete Leistungsaufträge habe zur Folge, dass bei Nichterreichen der

Mindestfallzahlen die befristeten Leistungsaufträge zu den Leistungsgruppen frühestens ab 2022 entzogen werden könnten.

**9.2** Die Vorinstanz macht geltend, die Beschwerdeführerin versuche unter dem Titel «Ungleiche Bewertungsmaßstäbe» eine Ungleichbehandlung herbeizuargumentieren, die aus offensichtlichen Gründen nicht bestehe und zudem auf falschen Annahmen beruhe. Die Beschwerdeführerin vergleiche ihre von Beginn weg befristeten Leistungsaufträge für BEW7.1, 7.1.1, 7.2 und 7.2.1 mit vormals unbefristeten Leistungsaufträgen. Bereits dieser Ansatz sei falsch: Ein Leistungsauftrag könne nur unbefristet erteilt werden, wenn sämtliche leistungsspezifischen Anforderungen der fraglichen Leistungsgruppe erfüllt seien. Demgegenüber erfolge die Befristung eines Leistungsauftrags, weil entweder bisher nicht alle leistungsspezifischen Anforderungen erfüllt gewesen seien oder gegebenenfalls auch, weil noch nicht alle (Qualitäts-)Anforderungen in der Praxis hätten umgesetzt werden können (z.B. Aufbau Register beim Qualitätscontrolling) und demgemäss deren Einhaltung von den Spitälern noch nicht habe verlangt werden können. Befristet würden zudem in der Regel Leistungsaufträge für Leistungsgruppen, die neu konfiguriert und für die neue Anforderungen betreffend Mindestfallzahlen pro Spital und Jahr eingeführt würden. Bei befristeten Leistungsaufträgen bestehe demnach schon von vornherein eine andere Ausgangslage als bei unbefristeten Leistungsaufträgen. Befristete Leistungsaufträge seien demzufolge nicht direkt mit unbefristeten vergleichbar, insbesondere auch nicht in Bezug auf die «Beobachtungsjahre» in Zusammenhang mit Mindestfallzahlen pro Spital und Jahr. Es sei nur logisch, dass bei unbefristeten Leistungsaufträgen, bei denen die Mindestfallzahlen bereits einmal erreicht worden seien, für einen Entzug beziehungsweise Wegfall des Leistungsauftrags eine längere Zeitperiode zugrunde gelegt werde als bei befristeten Leistungsaufträgen, die ohnehin nur «auf Probe» erteilt worden seien. Wenn die Mindestfallzahlen zu keinem Zeitpunkt erfüllt gewesen seien, wie dies bei der Beschwerdeführerin der Fall sei (Nichterreichen der Fallzahlen in den Jahren 2016, 2017 und 2018 sowie voraussichtlich auch nicht im Jahr 2019), hätte es zu keinem Zeitpunkt zu einem unbefristeten Leistungsauftrag für die fraglichen Leistungsgruppen kommen können. Ein unbefristeter Leistungsauftrag hätte in jedem Fall vorausgesetzt, dass sämtliche leistungsspezifischen Anforderungen erfüllt seien. Diese Voraussetzungen seien bei der Beschwerdeführerin mangels Erreichen der Mindestfallzahlen nie gegeben gewesen. Anders als die Beschwerdeführerin behauptete, werde Spitälern bei unbefristeten Leistungsaufträgen nicht «ausreichend Zeit zur Erreichung der Min-

destfallzahlen gewährt, auch wenn Aufbauarbeiten beziehungsweise Restrukturierungen oder Änderungen anstehen». Zwar werde insgesamt bei vormals unbefristeten Leistungsaufträgen auf insgesamt drei Datenjahre abgestellt, bevor ein Leistungsauftrag infolge Nichterreichens der Mindestfallzahlen weg falle. Dies hänge aber nicht damit zusammen, dass dem Spital «ausreichend Zeit zur Erreichung der Mindestfallzahlen gewährt» werden solle. Vielmehr handle es sich bei dieser Vorgabe um einen Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips. Bei einem Spital, das bisher sämtliche leistungsspezifischen Anforderungen erfüllt habe und deshalb über einen unbefristeten Leistungsauftrag verfüge, solle nicht ein einmaliges Nichterreichen der Mindestfallzahlen zu einem sofortigen Wegfall des Leistungsauftrags führen. Indem der Leistungsauftrag bei Nichterreichen der Mindestfallzahlen für ein weiteres Jahr befristet erteilt werde, könne festgestellt werden, ob es sich bei den einmalig zu tiefen Fallzahlen um einen Ausreisser handelte, oder ob sich damit abzeichnete, dass das fragliche Spital auch längerfristig die Anforderungen nicht erfüllen und nicht genügend Fälle generieren könne (und damit grundsätzlich auch nicht versorgungsrelevant sei). Nicht bezweckt werde mit dieser Befristung für ein weiteres Jahr, dem Spital «ausreichend Zeit zur Erreichung der Mindestfallzahlen zu gewähren» oder ihm Aufbauarbeiten zu ermöglichen. Anders sei die Ausgangslage bei von vornherein befristeten Leistungsaufträgen, insbesondere bei neu konfigurierten Leistungsgruppen mit neuen Anforderungen betreffend Mindestfallzahlen: Diesfalls werde der Leistungsauftrag befristet und damit auf Probe erteilt, weil noch nicht feststehe, ob das Spital die Mindestfallzahlen überhaupt erreichen könne und damit sämtliche leistungsspezifischen Anforderungen erfüllen werde. Die Situation sei also nicht vergleichbar mit unbefristeten Leistungsaufträgen, die voraussetzten, dass sämtliche leistungsspezifischen Anforderungen und damit auch die Mindestfallzahlen erreicht würden. Hier wie dort gehe es aber nicht darum, dem Spital Zeit für Aufbauarbeiten zu geben. Entweder sei das Spital leistungsfähig und versorgungsrelevant – dann erreiche es auch die verlangten Fallzahlen – oder nicht. Ein Kapazitätenaufbau solle durch die Erteilung von Leistungsaufträgen nicht gefördert werden, es sei denn, es bestünden in der fraglichen Leistungsgruppe Unterkapazitäten, was bei BEW7.1, 7.1.1, 7.2 und 7.2.1 nicht der Fall sei.

**9.3** Das BAG führt diesbezüglich in seiner Stellungnahme aus, der Anspruch auf Gleichbehandlung verlange, dass Rechte und Pflichten der Betroffenen nach gleichem Massstab festgesetzt würden. Somit müssten unterschiedlichen Regelungen rechtlich erhebliche Unterschiede zu Grunde liegen und dürften Tatbestände, die sich wesentlich unterscheiden, nicht

gleich geregelt werden. Im vorliegenden Fall seien unterschiedliche Regelungen zwischen befristeten und unbefristeten Leistungsaufträgen getroffen worden, was den Beobachtungszeitraum der Mindestfallzahlen betreffe. Grundsätzlich würden unbefristete Leistungsaufträge erteilt, wenn alle leistungsspezifischen Anforderungen erfüllt seien. Befristete hingegen würden erteilt, wenn noch nicht alle Anforderungen erfüllt seien oder diese zum Zeitpunkt der Erteilung noch nicht erfüllt sein konnten (beispielsweise Einführung eines neuen Qualitätsregisters). Daher würden befristete Leistungsaufträge mit Auflagen verknüpft, welche beim definierten Überprüfungszeitpunkt erfüllt sein müssten. Somit bestünden zwischen unbefristeten und befristeten Leistungsaufträgen rechtlich erhebliche Unterschiede, welche unterschiedlich geregelt werden müssten. Ansonsten würde im konkreten Fall ein Leistungserbringer, der bei der letzten Überprüfung die Mindestfallzahlen erreicht habe, gleich gestellt wie die Beschwerdeführerin, welche die Erfüllung der Mindestfallzahlen nie habe nachweisen können. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots sei daher nicht ersichtlich.

**9.4** In ihren Schlussbemerkungen bringt die Beschwerdeführerin in Bezug auf die unterschiedlichen Bewertungsmaßstäbe vor, die Mindestfallzahlen zu den Leistungsaufträgen BEW7.1 und BEW7.2 umfassten je 50 Eingriffe und seien 2018 eingeführt worden. Bei den unbefristet erteilten Leistungsaufträgen seien gemäss der Vorinstanz die Mindestfallzahlen bereits vor dem entscheidenden Beobachtungszeitraum erreicht worden. Allerdings sei dieses vorherige Kriterium nicht Gegenstand des hier massgebenden Periodenkonzepts zur Beurteilung der Mindestfallzahlen bei unbefristeten Leistungsaufträgen. Dies bedeute, dass für die Beurteilung der Mindestfallzahlen die Periodenbetrachtung für beiderlei Formen der Leistungsaufträge identisch sein müsse. Da bei den unbefristeten Leistungsaufträgen hinsichtlich der Mindestfallzahlen auf drei Jahre Beobachtungszeit abgestellt werde und die Dauer eines solchen Leistungsauftrages mindestens vier Jahre betrage, lägen die Perioden bei befristeten Leistungsaufträgen bei einem Beobachtungsjahr und einer Auftragsdauer von zwei Jahren, was bedeute, dass entgegen der Vorinstanz in deren Beschwerdeantwort Gleiches ungleich bewertet werde. Somit seien die befristeten Leistungsaufträge nach den Regeln der unbefristeten zu bewerten. Angesichts der Einführung der Mindestfallzahlen für die Leistungsaufträge BEW7.1 und BEW7.2 per 2018 entfalle auch die Möglichkeit eines Rückgriffs auf vorherige Perioden mit erfüllten Mindestfallzahlen. Da der Beschwerdeführerin die Leistungsaufträge BEW7.1 und BEW7.2 per 2018 erteilt worden seien, sei ein Rückgriff auf die Fallzahlen der Vorjahre gar nicht möglich, so dass

diesbezüglich analog zum Beurteilungssystem des unbefristeten Leistungsauftrages auf die Jahre 2018/2019 abgestellt werden müsse. Sei dort die durchschnittliche Mindestfallzahl nicht erreicht, seien die betroffenen Leistungsaufträge bis zum 31. Dezember 2021 zu befristen und würden weiter gelten, wenn im Jahre 2020 die Zahlen erreicht werden. Dies entspreche in Analogie der Umsetzung des Beobachtungsmodells für die Mindestfallzahlen 2017/2018 mit Befristung bis zum 31. Dezember 2020 und allfälligem Verlust des Leistungsauftrages ab 1. Januar 2021, wenn die Mindestfallzahlen 2019 nicht erreicht würden. Die rechtlich zwingende Gleichstellung der befristeten Leistungsaufträge mit den unbefristeten hinsichtlich der Beurteilung zum Erreichen der Mindestfallzahlen führe demnach zur Anwendung der diesbezüglichen Regeln für unbefristete Leistungsaufträge für die Leistungen der Beschwerdeführerin nach BEW7.1 und BEW7.2. Dies schliesse dann auch zwingend eine Vergleichsdiskussion mit Kliniken mit befristet erteilten Leistungsaufträgen aus.

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, ihre Überzeugung, im Jahr 2020 die Mindestfallzahlen von je 50 zu erreichen, sei aufgrund der Zahlen von September bis Dezember 2019 beziehungsweise November und Dezember 2019 berechtigt. Nach dem von ihr beantragten Periodenmodell sei ausserdem für die Beurteilung zur Fortsetzung der Leistungsaufträge über den 31. Dezember 2021 hinaus das Erreichen der Mindestfallzahlen für BEW7.1 und BEW7.2 im Jahr 2020 entscheidend.

**9.5** Nachfolgend ist zu prüfen, ob die von der Vorinstanz im angefochtenen Beschluss festgelegten Kriterien betreffend den Beurteilungszeitraum der Mindestfallzahlen für befristete und unbefristete Leistungsaufträge den Anspruch auf Gleichbehandlung verletzen.

**9.5.1** Ein Verstoss gegen das in Art. 8 BV verankerte Gebot der rechtsgleichen Behandlung liegt vor, wenn die Behörde bei vergleichbaren Sachverhalten das Recht ungleich anwendet und dafür keine sachlichen Gründe vorliegen (RAINER J. SCHWEIZER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, 3. Aufl. 2014, Rz. 18 ff. zu Art. 8). Dies ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere auch dann der Fall, wenn Unterscheidungen nicht getroffen werden, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen oder wenn zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden (BGE 129 I 1 E. 3, BGE 125 I 166 E. 2a, 125 II 326 E. 10b).

**9.5.2** Soweit die Beschwerdeführerin Inkonsistenzen zwischen den Bewertungsmassstäben des angefochtenen RRB Nr. 734/2019 und des in Rechtskraft erwachsenen RRB Nr. 746/2017 geltend macht, ist diese Rüge unbegründet. In Ziffer 3.1.2 des RRB Nr. 746/2017 wird für Bewerbungen für Leistungsgruppen mit neuen Anforderungen betreffend Mindestfallzahlen pro Spital (insbesondere BEW7.1, BEW7.2 und BEW7.3) festgehalten, dass bei der Erfüllung der leistungsspezifischen Anforderungen – unabhängig von den bisherigen Fallzahlen – ein befristeter Leistungsauftrag zu erteilen sei. In der Folge wurden im Jahr 2018 in den vorliegend relevanten Leistungsgruppen aufgrund der neuen Einführung der Mindestfallzahlen ausschliesslich befristete Leistungsaufträge erteilt. Ziffer 2.1 des RRB Nr. 734/2019 regelt sodann die auf die Erteilung befristeter Leistungsaufträge folgende Überprüfung (insbesondere das Erreichen der Mindestfallzahlen). Demnach handelt es sich vorliegend um unterschiedliche Bewertungsmassstäbe für unterschiedliche Ausgangslagen, worin keine rechtsungleiche Behandlung zu erkennen ist.

Insofern ist auch die Argumentation der Beschwerdeführerin, an sich hätte ihr ein unbefristeter Leistungsauftrag erteilt werden müssen, unbeachtlich. Im Übrigen hätte sie in diesem Zusammenhang dannzumal den (zwischenzeitlich in Rechtskraft erwachsenen) RRB Nr. 746/2017 anfechten müssen.

**9.5.3** In Bezug auf die geltend gemachte Ungleichbehandlung befristeter und unbefristeter Leistungsaufträge ist vorab erneut festzuhalten, dass mit RRB Nr. 746/2017 in den vorliegend relevanten Leistungsgruppen BEW7.1 und BEW7.2 aufgrund der neuen Einführung der Mindestfallzahlen pro Spital ausschliesslich befristete Leistungsaufträge per. 1. Januar 2018 erteilt worden sind (vgl. oben E. 9.5.2). Insofern ist innerhalb dieser Leistungsgruppen keine Ungleichbehandlung festzustellen.

**9.5.4** Es ist mit dem BAG grundsätzlich festzustellen, dass zwischen unbefristeten und befristeten Leistungsaufträgen rechtlich erhebliche Unterschiede bestehen, welche daher unterschiedliche Regelungen erfordern. Unbefristete Leistungsaufträge werden erteilt, wenn alle leistungsspezifischen Anforderungen (einschliesslich die Mindestfallzahlen erfüllt sind). Befristete Leistungsaufträge werden hingegen (quasi probeweise) insbesondere dann erteilt, wenn in einer Leistungsgruppe neu Mindestfallzahlen eingeführt werden und damit unklar ist, ob die Leistungserbringerin alle leistungsspezifischen Anforderungen erfüllt. Ein Verstoss gegen Art. 8 BV ist daher nicht erkennbar.

Indem die Beschwerdeführerin verlangt, auf ihren befristeten und damit auf Probe erteilten Leistungsauftrag sei der gleiche Beobachtungszeitraum anzuwenden, wie auf unbefristet erteilte Leistungsaufträge, beansprucht sie letztlich eine Besserbehandlung, obwohl sie im Gegensatz zu den Leistungserbringerinnen mit unbefristeten Leistungsaufträgen nie alle leistungsspezifischen Anforderungen (inkl. Mindestfallzahlen) erfüllt hat. Die von der Beschwerdeführerin verlangte Gleichbehandlung würde somit vielmehr zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung führen.

#### **10.**

Soweit die Beschwerdeführerin in ihren Schlussbemerkungen schliesslich darauf hinweist, dass die Beibehaltung der Leistungsaufträge BEW7.1 / 7.1.1 und BEW7.2 / 7.2.1 das Wahlrecht der Versicherten im Kanton Zürich hinsichtlich der spezialisierten chirurgisch-orthopädischen und stationären Versorgung erweitere und aus wettbewerblicher Sicht kein Interesse am Entzug der Leistungsaufträge bestehen könne, vermag sie daraus nichts weiter zu ihren Gunsten abzuleiten. Zwar wollte der Gesetzgeber mit der Revision des KVG mehr Wettbewerbselemente verankern, dennoch wurde am Grundsatz der bedarfsgerechten Spitalplanung festgehalten, weshalb die beiden Grundsätze Planung und Wettbewerb in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen (SUSANNE FANKHAUSER/MICHAEL RUTZ, Spitalplanung und Spitalfinanzierung. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nach Inkrafttreten der KVG-Revision zur neuen Spitalfinanzierung, SZS 2018 S. 286 m.H. auf die entsprechenden Urteile). Zudem ist an dieser Stelle erneut daran zu erinnern, dass kein Anspruch darauf besteht, zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung Leistungen zu erbringen (vgl. BGE 132 V 6 E. 2.5.2).

#### **11.**

Zusammenfassend steht damit fest, dass es aufgrund des anwendbaren Rechts nicht bundesrechtswidrig ist, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin infolge Nichterreichens der Mindestfallzahlen auf der Spitalliste 2012 für den Zeitraum vom 1. Januar 2020 bis 31. Dezember 2021 keine Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen BEW7.1 und BEW7.2 sowie in der Konsequenz für BEW7.1.1 und BEW7.2.1 erteilt hat. Es ist nicht entscheidend, ob die Beschwerdeführerin die leistungsspezifischen Anforderungen hinsichtlich Infrastruktur und erforderlichem Fachpersonal erfüllt und künftig in der Lage wäre, die Mindestfallzahlen zu erreichen. Das Gesetz gibt den einzelnen Spitälern keinen Rechtsanspruch auf Aufnahme in die Spitalliste. Die Kantone haben wie bereits erwähnt auch bei der Aus-

wahl der Leistungserbringer einen erheblichen Ermessensspielraum, welcher in Bezug auf die Angemessenheit der Entscheidung vom Bundesverwaltungsgericht nicht überprüft werden kann (Art. 53 Abs. 2 Bst. e KVG; vgl. Urteile C-5603/2017 E. 16.5 m.H. und C-5573/2017 E. 12.8). Die Anträge der Beschwerdeführerin um Erteilung eines bis 31. Dezember 2021 befristeten Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe BEW7.1 / 7.1.1 und BEW7.2 / 7.2.1 durch das Bundesverwaltungsgericht sind daher abzuweisen. Die Beschwerde erweist sich diesbezüglich als unbegründet.

## **12.**

Zu entscheiden bleibt die Frage, auf welchen Zeitpunkt die Nichtverlängerung des Leistungsauftrags im Leistungsbereich BEW7.1 / 7.1.1 und BEW7.2 / 7.2.1 in Kraft treten und damit Rechtswirkungen entfalten soll, zumal das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 31. Oktober 2019 den Antrag auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen dahingehend guthiess, als dass der Beschwerdeführerin die Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen BEW7.1, BEW7.1.1, BEW7.2, BEW7.2.1 einsteilen – bis zum Entscheid in der Sache – erteilt wurden (B-act. 6).

**12.1** In ihren Schlussbemerkungen stellt die Beschwerdeführerin erstmals den Antrag, bei negativem Verfahrensausgang solle ihr angesichts des folgenden Kapazitätsabbaus und des Aufbaus alternativer Angebote eine angemessene Übergangsfrist zur Umstellung eingeräumt werden. Weiter führte die Beschwerdeführerin aus, es bleibe zu beachten, dass die Spitalliste Akutsomatik des Kantons Zürich auf 2023 hin revidiert werden solle. Die Beschwerdeführerin werde sich weiterhin für die Leistungsaufträge BEW7.1/7.1.1 und BEW7.2/7.2.1 und um Aufnahme auf die Spitalliste bewerben. Die Bewerbungen würden mutmasslich 2021 stattfinden, gegebenenfalls aufgrund der Daten aus dem Jahre 2020. Zu hoffen sei, dass deshalb die Kosten für den Abbau und den Wiederaufbau der Kapazitäten für diese Leistungsaufträge vermieden werden könnten. Der vorgängige Verlust der Leistungsaufträge werde fraglos im Rahmen der kantonalen Ermessensausübung den Erfolg einer neuen Bewerbung ungünstig beeinflussen. Bei der Festlegung einer angemessenen Übergangsfrist bis zum Entzug der Leistungsaufträge BEW7.1/7.1.1 und BEW7.2/7.2.1 solle auch dem Aspekt der Bewerbung zur neuerlichen Erteilung dieser Leistungsaufträge Rechnung getragen werden.

**12.2** Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann einem Spital, das nicht mehr in die Spitalliste aufgenommen wurde oder dessen Leistungsaufträge reduziert wurden, eine Übergangsfrist von bis zu

sechs Monaten eingeräumt werden. Die Übergangsfrist soll einerseits dazu dienen, die Behandlung bereits aufgenommenen Patientinnen und Patienten in der fraglichen Klinik abschliessen zu können, und andererseits der betroffenen Klinik ermöglichen, allenfalls erforderliche Anpassungen in betrieblicher Hinsicht (z.B. betreffend Infrastruktur und Personal) vorzunehmen. Die Dauer der Übergangsfrist ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände festzusetzen, wobei sechs Monate den maximalen Rahmen bilden (vgl. Urteil des BVGer C-220/2012 vom 4. Juni 2012 E. 2.3.2 m.w.H.). Bei der Übergangsfrist handelt es sich um eine Frist, die erst nach Abschluss des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht ihre rechtlichen Wirkungen entfaltet. Die Vorschrift über den Stillstand der Fristen (Art. 22a VwVG) ist darauf nicht anwendbar (BVGE 2010/15 E. 8.2; Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 15.3).

**12.3** Im vorliegenden Fall hatte die Beschwerdeführerin gestützt auf die Zwischenverfügung vom 31. Oktober 2019 bis heute faktisch einen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen BEW7.1, BEW7.1.1, BEW7.2 und BEW7.2.1. Sie war somit nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die entsprechenden Behandlungen durchzuführen und musste daher weiterhin die hierfür benötigte Infrastruktur aufrechterhalten und das entsprechende Personal weiterbeschäftigen. Allerdings waren ihr die Voraussetzungen, unter denen der bis 31. Dezember 2019 befristete Leistungsauftrag verlängert werden würde, beziehungsweise die drohende Nichtverlängerung aufgrund des Nichterreichens der Mindestfallzahlen seit Erteilung der befristeten Leistungsaufträge bekannt. Hierbei entscheidend ist zudem weder eine künftige Bewerbung um Aufnahme in die Spitalliste noch ein diesbezüglicher, in seinem Ausgang offener Beschluss des Regierungsrates. Entsprechend erachtet das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Fall eine Übergangsfrist von vier Monaten als ausreichend (vgl. auch Urteil C-3413/2014 E. 15.2).

**12.4** Die Beschwerdeführerin ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, während der genannten vier Monate im bisherigen Rahmen Leistungen im Bereich BEW7.1, BEW7.1.1, BEW7.2 und BEW7.2.1 zu Lasten der OKP abzurechnen. Soweit andere Vorschriften und Verpflichtungen nicht entgegenstehen, ist es ihr unbenommen, die entsprechenden Leistungen auch vor Ablauf der Frist einzustellen (vgl. Urteil C-3413/2014 E. 15.4).

### **13.**

Der vorliegende Entscheid betrifft grundsätzlich alle Versicherten mit Wohnsitz im Kanton Zürich, weshalb praxisgemäss eine Veröffentlichung

des Dispositivs geboten ist. Die Vorinstanz wird daher eingeladen, die Ziffer 2 des Dispositivs dieses Entscheids im kantonalen Amtsblatt zu veröffentlichen.

#### **14.**

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

**14.1** Als unterliegende Partei wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (vgl. Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG). Für das vorliegende Verfahren sind die Verfahrenskosten auf Fr. 5'000.- festzusetzen. Dieser Betrag wird dem in dieser Höhe geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

**14.2** 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 Entschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

#### **15.**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gegen Entscheide auf dem Gebiet der Krankenversicherung, die das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 33 Bst. i VGG in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 KVG getroffen hat, ist gemäss Art. 83 Bst. r BGG unzulässig. Das vorliegende Urteil ist somit endgültig (vgl. auch BGE 141 V 361).

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

#### **1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

#### **2.**

Die Leistungsaufträge BEW7.1, BEW7.1.1, BEW7.2 und BEW7.2.1 der Beschwerdeführerin werden vier Monate ab Eröffnung dieses Urteils rechtswirksam von der Spitalliste des Kantons Zürich gestrichen.

**3.**

Die Vorinstanz wird eingeladen, die Ziffer 2 dieses Dispositivs im kantonalen Amtsblatt zu veröffentlichen.

**4.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

**5.**

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

**6.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. RRB 734/2019; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Gesundheit (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Beat Weber

Tanja Jaenke

Versand: