



## Urteil vom 25. August 2023

---

Besetzung

Richter Michael Peterli (Vorsitz),  
Richter Christoph Rohrer, Richter Vito Valenti,  
Gerichtsschreiberin Julia Pandey.

---

Parteien

**Ergolz Klinik AG**,  
vertreten durch Prof. Dr. iur. Urs Saxer, Rechtsanwalt, und  
Patrizia Gratwohl, Rechtsanwältin,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt**,  
handelnd durch das Gesundheitsdepartement des Kantons  
Basel-Stadt,  
dieses vertreten durch lic. iur. Andrea Gysin, Advokatin, und  
MLaw Alexander Schwab, Advokat,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Krankenversicherung, Spitalliste des Kantons Basel-Stadt  
per 1. Juli 2021 (Beschluss vom 25. Mai 2021).

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

Die Spitalliste Akutsomatik 2018–2020 des Kantons Basel-Stadt verwies mit Bezug auf die Ergolz Klinik AG (nachfolgend: Ergolz Klinik) auf den Leistungsauftrag der damals geltenden Spitalliste 2018 des Kantons Basel-Landschaft. Auf dieser war sie mit einem Leistungsauftrag für 18 Leistungsgruppen in diversen Leistungsbereichen aufgeführt. Im Leistungsbereich Basispaket verfügte sie über einen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe BPE (Basispaket für elektive Leistungserbringer). Im Bereich Hals-Nase-Ohren hatte sie einen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppen HNO1 (Hals-Nasen-Ohren [HNO-Chirurgie]), HNO1.1 (Hals- und Gesichtschirurgie), HNO1.2 (Erweiterte Nasenchirurgie mit Nebenhöhlen), HNO1.3 (Mittelohrchirurgie), HNO2 (Schild- und Nebenschilddrüsenchirurgie) zugesprochen erhalten. Weiter umfasste ihr Leistungsauftrag im Bereich der Urologie die Leistungsgruppen URO1 (Urologie ohne Schwerpunktstitel «Operative Urologie»), URO 1.1 (Urologie mit Schwerpunktstitel «Operative Urologie»), URO1.1.1 (Radikale Prostatektomie). Teil ihres Leistungsauftrags im Bereich des Bewegungsapparats waren die Gruppen BEW1 (Chirurgie Bewegungsapparat), BEW2 (Orthopädie), BEW3 (Handchirurgie), BEW4 (Arthroskopie der Schulter und des Ellbogens), BEW5 (Arthroskopie des Knies) und BEW6 (Rekonstruktion obere Extremität). Auch verfügte sie in den Gruppen GYN1 (Gynäkologie) und GYN2 (Anerkanntes zertifiziertes Brustzentrum) des Leistungsbereichs Gynäkologie über einen Leistungsauftrag. Zuletzt hatte sie einen bis am 31. Dezember 2020 befristeten Leistungsauftrag im Bereich der Dermatologie für die Gruppe DER1 (Dermatologie [inkl. Geschlechtskrankheiten]).

**B.**

**B.a** Die Spitalliste 2021 für den Kanton Basel-Stadt ist aufgrund des Staatsvertrags zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft betreffend Planung, Regulation und Aufsicht in der Gesundheitsversorgung vom 6. Februar 2018 (SG 333.200, nachfolgend: Staatsvertrag) gleichlautend wie die Spitalliste für den Kanton Basel-Landschaft.

**B.b** Am 4. September 2019 wurde das Bewerbungsverfahren für die gleichlautenden Spitallisten 2021 der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft eröffnet. Mit Formular vom 25. Oktober 2019 bewarb sich die Ergolz Klinik um einen Leistungsauftrag für 18 bisherige sowie fünf neue Leistungsgruppen (Vorakten 11.001).

**B.c** Mit Schreiben vom 9. März 2020 stellten das Gesundheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt (GD BS) und die Volkswirtschafts- und Gesundheitsdirektion des Kantons Basel-Landschaft (VGD BL) der Ergolz Klinik eine Übersicht der provisorisch erstellten Leistungsaufträge zu (Vorakten 10.001). Am 24. August 2020 fand eine Anhörung der Ergolz-Klinik bei den kantonalen Behörden statt (Vorakten 8.001). Diese stellten der Ergolz Klinik am 4. Dezember 2020 einen Entwurf der provisorisch erstellten Spitalliste zu und setzten ihr Frist zur Stellungnahme bis 10. Januar 2021 (act. 7.001), woraufhin diese am 23. Dezember 2020 Stellung nahm (Vorakten 7.006). Mit Schreiben vom 20. Januar 2021 ersuchte die Ergolz Klinik die VGD BL um umfassende Einsicht in die Unterlagen des Entscheidungsprozesses (BVGer-act. 1, Beilage 9). In der Folge kam es mit Bezug auf die Frage der Akteneinsicht zu einem schriftlichen Austausch zwischen den Parteien (BVGer-act. 1, Beilagen 7–13). Zuletzt trafen sich die kantonalen Behörden und die Ergolz Klinik am 16. April 2021 unter dem Titel des rechtlichen Gehörs zu einer mündlichen Besprechung resp. einer Präsentation (BVGer-act. 1, Beilage 14; Vorakten 4.002).

**B.d** Der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt (nachfolgend auch: Vorinstanz) genehmigte an seiner Sitzung vom 25. Mai 2021 mit Regierungsratsbeschluss Nr. 21/16/21 die Spitalliste des Kantons Basel-Stadt für die Bereiche Akutsomatik, Rehabilitation und Psychiatrie ab 1. Juli 2021 (Vorakten 3.001 und 3.002; nachfolgend: Spitallistenbeschluss). Der Spitallistenbeschluss wurde im Amtsblatt Nr. 42 vom 29. Mai 2021 publiziert. Der Anhang zum Beschluss enthält die neue Spitalliste 2021 mit einer tabellarischen Übersicht der an die einzelnen Spitäler erteilten Leistungsaufträge.

**B.e** Die neue Spitalplanung stützte sich auf den Versorgungsplanungsbericht 2019 als Grundlage (Vorakten 14.002; nachfolgend: Versorgungsplanungsbericht). Für den vorliegend relevanten Bereich der Akutsomatik wurden die Leistungsaufträge gemäss der Leistungsgruppensystematik der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich erteilt.

**B.f** Am 31. Mai 2021 wurde der Ergolz Klinik der Spitallistenbeschluss mit eingeschriebener Post zugestellt (BVGer act. 1, Beilagen 1 und 2). Die Ergolz Klinik hatte sich für alle 18 bisherigen Leistungsaufträge beworben, jedoch erteilte ihr die Vorinstanz keine Leistungsaufträge in den folgenden elf Leistungsgruppen: DER1, URO 1.1, URO 1.1.1, BEW1, BEW2, BEW3, BEW4, BEW5, BEW6, GYN1 und GYN2. Zudem hatte sich die Ergolz Klinik für Leistungsaufträge in den fünf Leistungsgruppen DER1.1

(Dermatologische Onkologie), KIE1 (Kieferchirurgie), BEW7 (Rekonstruktion untere Extremität), GYNT (Gynäkologische Tumore) und KINB (Basis-Kinderchirurgie) neu beworben. Die Vorinstanz lehnte sämtliche Neubewerbungen ab.

**C.** Die Ergolz Klinik (nachfolgend: Beschwerdeführerin) erhob am 28. Juni 2021 durch ihre Rechtsvertreter Beschwerde gegen den Spitalistenbeschluss (nachfolgend: Spitalistenbeschluss) Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

1. Der Regierungsratsbeschluss vom 25. Mai 2021 betreffend Spitalliste 2021 für den Kanton Basel-Stadt sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin seien die Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen DER1, URO1.1, URO1.1.1, BEW1, BEW2, BEW3, BEW4, BEW5, BEW6, GYN1 und GYN2 sowie DER1.1., KIE1, BEW7, GYNT und KINB zu erteilen.
2. Eventualiter: Der Regierungsratsbeschluss vom 25. Mai 2021 betreffend Spitalliste 2021 für den Kanton Basel-Stadt sei aufzuheben und zur Neuerteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Subeventualiter: Der Regierungsratsbeschluss vom 25. Mai 2021 betreffend Spitalliste 2021 für den Kanton Basel-Stadt sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin seien die Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen DER1, URO1.1, URO1.1.1, BEW1, BEW2, BEW3, BEW4, BEW5, BEW6, GYN1 und GYN2 befristet für eine Dauer von mindestens zwei Jahren ab Rechtskraft der Spitalliste zu erteilen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beschwerdegegners (recte: Beschwerdegegnerin).

**D.** Der mit Zwischenverfügung vom 5. Juli 2021 bei der Beschwerdeführerin eingeforderte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– (BVGer-act. 2) wurde am 6. Juli 2021 geleistet (BVGer-act. 4).

**E.** Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung 23. August 2021 die Abweisung der Beschwerde (BVGer-act. 8).

**F.** Auf entsprechende Einladung des Instruktionsrichters vom 26. August 2021 (BVGer-act. 9) nahm das Bundesamt für Gesundheit (BAG) am 27. September 2021 als Fachbehörde Stellung (BVGer-act. 10).

**G.** Mit Zwischenverfügung vom 12. Oktober 2021 wurde der Beschwerdeführerin antragsgemäss Einsicht in die Vorakten gewährt (BVGer-act. 15).

**H.** Die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin reichten am 8. November 2021 ihre Schlussbemerkungen ein (BVGer-act. 16 und 17). Letztere stellte folgenden weiteren Antrag:

5. Die Vorinstanz sei zu verpflichten, die Bewerbungen des Standorts Gellertstrasse und des Augenspitals des Universitätsspitals Basels offenzulegen und darzulegen, inwiefern diese beiden Spitäler die Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 lit. a bis c KVG zum Zeitpunkt der Vergabe der neuen Leistungsaufträge erfüllen.

**I.** Mit Eingabe vom 2. Dezember 2021 reichte die Vorinstanz eine unaufgeforderte Stellungnahme ein (BVGer-act. 20).

**J.** Mit Zwischenverfügung vom 6. Januar 2022 ist das Bundesverwaltungsgericht auf den prozessualen Antrag Ziff. 5 der Beschwerdeführerin nicht eingetreten (BVGer-act. 21).

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

### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 53 Abs. 1 und Art. 90a Abs. 2 KVG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG. Der angefochtene Spitalistenbeschluss Nr. 21/16/21 vom 25. Juni 2021 des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt wurde gestützt auf Art. 39 KVG erlassen, weshalb das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig ist.

### **1.2**

**1.2.1** Näher zu prüfen ist, ob ein zulässiges Anfechtungsobjekt vorliegt. Die Beschwerde richtet sich vorliegend gegen den Spitalistenbeschluss als Ganzes.

**1.2.2** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Das Vorliegen einer Verfügung ist

Sachurteilsvoraussetzung für ein Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (ANDRÉ MOSER ET AL., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, S. 34 Rz 2.6). Als zulässige Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden, wobei insbesondere Instanzen des Bundes aufgeführt werden. Verfügungen kantonaler Instanzen sind gemäss Art. 33 Bst. i VGG nur dann beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar, wenn dies in einem Bundesgesetz vorgesehen ist.

**1.2.3** 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 Beschwerdeverfahren betreffend Spitallisten kann nur die Verfügung sein, welche das ein beschwerdeführendes Spital betreffende Rechtsverhältnis regelt (BVGE 2012/9 E. 3.3). Die übrigen Verfügungen der Spitalliste erwachsen in Rechtskraft (BVGE 2012/9 E. 3.3; Urteil des BVGer C-4302/2011 vom 15. Juli 2015 E. 2.2.1). Ein Spital hat kein schutzwürdiges Interesse daran, dass ein anderes Spital von der Spitalliste im Sinne von Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG gestrichen oder dessen Leistungsauftrag reduziert wird, und ist deshalb nicht legitimiert, eine einen anderen Leistungserbringer betreffende begünstigende Verfügung anzufechten (BVGE 2012/9 E. 4.3.2). Die Spitalliste als solche ist nicht anfechtbar (BVGer C-325/2010 E. 2.1). Die direkte Anfechtung der Spitalliste durch ein Spital ist hingegen insofern zulässig, als sein Rechtsverhältnis betroffen ist. Ficht ein auf der Spitalliste aufgeführtes Spital die Spitalliste als Ganzes an und geht aus der Begründung hervor, dass sich die Beschwerde nicht gegen die Erteilung von Leistungsaufträgen an andere Spitäler richtet, tritt das Bundesverwaltungsgericht insofern nicht auf die Beschwerde ein, als diese die Rechtsverhältnisse anderer Spitäler betrifft. Infolgedessen ist auf die Anträge 1–3 der Beschwerdeführerin, es sei der angefochtene Spitallistenbeschluss aufzuheben, insoweit nicht einzutreten, als dieser nicht das Rechtsverhältnis der Beschwerdeführerin betrifft.

**1.2.4** Die weiteren Eintretensvoraussetzungen sind erfüllt, weshalb auf die Beschwerde insoweit einzutreten ist, als das Rechtsverhältnis der Beschwerdeführerin betroffen ist.

### **1.3**

**1.3.1** Schliesslich ist der Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zu bestimmen. 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). Ein zulässiges Anfechtungsobjekt liegt nur insoweit vor, als der Spitalistenbeschluss das Rechtsverhältnis der Beschwerdeführerin betrifft (vgl. E. 1.2.2). Hinsichtlich des Rechtsverhältnisses der Beschwerdeführerin ist die verweigerter Zuteilung eines Leistungsauftrags in den Gruppen DER1, URO1.1, URO1.1.1, BEW1, BEW2, BEW3, BEW4, BEW5, BEW6, GYN1, GYN2, DER1.1, KIE1, BEW7, GYNT und KINB strittig. Der Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens beschränkt sich somit auf diese Leistungsgruppen.

## **2.**

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

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

**2.3** 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 Spitalistenbeschlusses 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). 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).

**2.4** Die Vorinstanz bringt zu Recht vor, bei den neu eingereichten Beilagen Nr. 22 bis Nr. 27 (BVGer-act. 19, Beilagen 25–31) und den darauf gestützten Ausführungen in den Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerin handle es sich gemäss Art. 53 Abs. 2 KVG und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts um unzulässige Noven. Infolgedessen sind diese Unterlagen aus den Akten zu weisen.

### **3.**

**3.1** In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 1 Abs. 3 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 VwVG, § 12 Abs. 1 lit. b der Verfassung des Kantons Basel-Stadt (SG 111.100) und § 38 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt vom 22. April (Organisationsgesetz, OG BS; SG 153.100).

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

**3.3** . 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. Zum Gehörsanspruch gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu

beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 135 I 279 E. 2.3; 135 II 286 E. 5.1; 132 V 368 E. 3.1 mit Hinweisen).

**3.4** Die interessierten Spitäler müssen hinreichend darüber informiert sein, welche Anforderungen für einzelne Leistungsgruppen zu erfüllen sind (Urteil des BVGer C-3413/2014 vom 11. Mai 2017 E. 3.4.1). Soweit auf (Mindest-)Fallzahlen abgestellt werden soll, hat die Behörde vor ihrem Beschluss über die Spitalliste bekannt zu geben, wie die massgebenden Fallzahlen ermittelt werden; sie hat dazu aber keine (separate) Anhörung durchzuführen. Ebenso wenig hat sie die Leistungserbringer vor dem Anhörungsverfahren, welches zu der in Aussicht genommenen Spitalliste (und damit auch zur gesamten Spitalplanung) erfolgt, dazu anzuhören, auf welche Grundlagen (Daten, Studien oder Gutachten etc.) sie ihre Versorgungsplanung abstützen will. Grundsätzlich genügt es, wenn die Parteien vor dem Beschluss der Spitalliste einmal – zu allen relevanten Fragen – angehört werden (Urteil des BVGer C-4358/2017 vom 5. März 2018 E. 2.4; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 30 Rz. 37).

**3.5** Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. 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 143 III 65 E. 5.2 mit Hinweisen). An die Begründungsdichte von Verfügungen im Zusammenhang mit Spitallisten sind aufgrund des den Behörden zustehenden Ermessensspielraums und der Komplexität der Materie jedoch erhöhte Anforderungen zu stellen (Urteil BVGer C-5576/2011 E. 6.3). Die verfügende Behörde muss im Rahmen ihrer Begründung nachvollziehbar darlegen, welche Gründe für sie ausschlaggebend waren und insbesondere, ob die massgebenden Kriterien erfüllt oder inwieweit sie verfehlt wurden (NADJA LÜTHI, Spitalplanung im wettbewerbsorientierten Umfeld – Bestandesaufnahme und Analyse, Basel 2022, S. 167 mit Hinweis).

auf Urteil des BVGer C-5576/2011 vom 2. Juni 2014 E. 6.3). Es ist insbesondere nicht Sache der Verfügungsadressatin, den tatsächlichen Gehalt beziehungsweise die für die verfügende Behörde ausschlaggebenden Gründe für den Entscheid zu antizipieren (Urteil des BVGer C-5576/2011 vom 2. Juni 2014 E. 6.3).

### **3.6**

**3.6.1** Zunächst ist die Rüge der Beschwerdeführerin, die Begründung der Spitalliste sei mangelhaft, zu behandeln.

**3.6.2** Vorab ist anzumerken, dass die Begründung im Bericht «Gleichlautenden Spitallisten 2021 für die Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft» (BVGer-act. 1, Beilage 5; Vorakten 2.006; nachfolgend: Spitalplanungsbericht) nicht isoliert zu betrachten ist. Insbesondere ist das Bewerbungsformular (Vorakten 11.001) in die Prüfung miteinzubeziehen, da in diesem die Anforderungen für die Erteilung von Leistungsaufträgen umschrieben werden. Ebenfalls sind die begründenden Ausführungen in den Folien der Präsentation vom 16. April 2021 zu beachten.

**3.6.3** In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob die durch die Beschwerdeführerin als unklar gerügten stichwortartigen Begrifflichkeiten im Spitalplanungsbericht nachvollziehbar sind.

Wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, war der Beschwerdeführerin bekannt, dass die SPLG-Systematik Akutsomatik ZH Version 2019.1 für die Vergabe der Spitallistenplätze massgebend war. Dies geht sowohl aus dem Spitalplanungsbericht als auch aus der in Ziff. 3.9 des Bewerbungsformulars enthaltenen Zusammenfassung (Vorakten 11.001, S. 37 ff.) hervor. Der Spitalplanungsbericht enthält in Ziff. 9.4.5 eine Auflistung der einzelnen Leistungsgruppen, für welche die Beschwerdeführerin keinen Leistungsauftrag (mehr) erhalten hat, denen jeweils eine sehr kurz gehaltene Begründung angefügt ist. Die darin verwendeten Begriffe «Notfallstation, Facharzt, Verknüpfungen, Tumorboard» (DER1.1), «Verknüpfung» (BEW7), «Verknüpfung, Mindestfallzahlen, Zertifikat» (GYNT) und «Notfall, Facharzt, Verfügbarkeit» (DER1) sind nicht kontextlos und unklar, wie dies die Beschwerdeführerin glauben zu machen versucht. Sie beziehen sich vielmehr auf die im Bewerbungsformular festgehaltenen Anforderungen für die Erteilung eines Leistungsauftrags für einzelne Leistungsgruppen und die im Anhang zur Zürcher Spitalliste 2012 Akutsomatik festgehaltenen leistungsspezifischen Anforderungen der Gesundheitsdirektion des

Kantons Zürich (Version 2019.1; nachfolgend: leistungsspezifische Anforderungen GDK ZH 2019.1). So ergeben sich aus Ziff. 3.2 des Bewerbungsformulars die Anforderungen an bestimmte Facharzttitel für einzelne Leistungsgruppen sowie deren zeitliche Verfügbarkeit. In Ziff. 3.3 sind die Anforderungen für die Notfall-Station aufgeführt. Ziff. 3.6 hält fest, dass bei Leistungen an Karzinompatientinnen und Karzinompatienten in der Regel ein Tumorboard erforderlich ist und wie sich dieses zusammensetzen hat. Gemäss den Erläuterungen unter Ziff. 3.7 («Sonstige Anforderungen») müssen bei bestimmten Behandlungen zusätzliche, leistungsgruppenspezifische Anforderungen erfüllt sein. So ist für die Leistungsgruppe GYNT ein «Qualitätscontrolling durch ein anerkanntes Zertifikat» erforderlich. Es wird mittels eines Links auf die weitergehenden leistungsspezifischen Anforderungen und Erläuterungen Akutsomatik Version 2019.1 auf der Homepage der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich verwiesen. Mit Bezug auf die Gruppe GYNT spezifizieren diese, dass das Zertifikat der Deutschen Krebsgesellschaft (DKG) als Qualitätscontrolling anerkannt werde und unter welchen Voraussetzungen ein noch zu entwickelndes Zertifikat anerkannt werden kann. Mit Blick auf die «Verfügbarkeit» ist für die Gruppe DER1 das Level 1 anwendbar, d.h. die Fachärztin oder der Facharzt hat innert 60 Minuten erreichbar zu sein oder die Patientin oder der Patient ist an das nächste Spital mit der entsprechenden Leistungsgruppe zu verlegen, was aus Ziff. 3.2 des Formulars und den leistungsspezifischen Anforderungen GDK ZH 2019.1 hervorgeht. Für die Leistungsgruppen DER1.1, BEW7 und GYNT hält der Begründungstext im Spitalplanungsbericht fest, dass die Anforderung der «Verknüpfung» nicht erfüllt sei. Dieser Begriff wird ebenfalls in Ziff. 3.5 des Bewerbungsformulars näher erläutert. Im dazugehörigen Text heisst es, dass viele Patientinnen und Patienten fachübergreifendes medizinisches Wissen benötigen. Um dieses sicherzustellen, müssten Leistungen, die aus medizinischer Sicht eng verbunden sind, zusammen angeboten werden. Sei die fachübergreifende Behandlung besonders eng und die zeitliche Verfügbarkeit besonders wichtig, müssten diese Leistungen am gleichen Standort (inhouse) erbracht werden. Es wird auf die Spalten «Verknüpfungen» auf Blatt 3.9 verwiesen. Darin werden die erforderlichen Leistungsgruppen ersichtlich, sobald sich das interessierte Spital für eine entsprechende Leistungsgruppe bewirbt. Für die Gruppe DER1.1 ist eine Verknüpfung mit DER1 und ONK1, für die Gruppe BEW7 mit BEW1 oder BEW2, und für die Gruppe GYNT mit GYN1 und VIS1, erforderlich. Damit ist erstellt, dass der Bedeutungsgehalt sämtlicher als unklar gerügten Begriffe in nachvollziehbarer Weise aus dem Bewerbungsformular und den leistungsspezifischen Anforderungen GDK ZH 2019.1 hervorgeht.

**3.6.4** Weiter ist die auf die Rüge, es sei unklar, ob auf die Mindestfallzahlen pro Operateur oder pro Standort abgestellt werde, einzugehen. Zudem ist in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob die einschlägige Höhe der Mindestfallzahlen nachvollziehbar aus den Spitalplanungsgrundlagen oder der Begründung des Spitalistenbeschlusses hervorgeht.

Führen Kantone Mindestfallzahlen ein, so muss sowohl die massgebliche Höhe wie auch deren Geltung pro Spital und/oder Operateurin/Operateur klar ersichtlich sein. Aus den Akten ergibt sich Folgendes: Der Versorgungsplanungsbericht enthält keinerlei Ausführungen zu Mindestfallzahlen. Der Spitalplanungsbericht führt nicht erreichte Mindestfallzahlen einzig bei den Leistungsgruppen GYNT, URO1.1.1 und GYN2 als Grund für die Nichterteilung eines Leistungsauftrags an. Für die Gruppe GYNT wird keine konkrete Mindestfallzahl, für die Gruppen URO1.1.1 hingegen eine Zahl von 10, und für GYN2 von 100, genannt. Gemäss den Folien zur Präsentation vom 16. April 2021 gelte zudem auch für die Gruppe DER1.1 eine Mindestfallzahl von 10. Weder im Spitalplanungsbericht noch in den Präsentationsfolien finden sich erhellende Erläuterungen zur Anwendung des Kriteriums von Mindestfallzahlen auf den vorliegenden Fall. Der Spitalplanungsbericht nimmt einzig in Kap. 9.2 («Grundsätze zur Vergabe von Leistungsaufträgen») unter dem Stichwort «Konzentration von Leistungen» auf Mindestfallzahlen Bezug. Er hält auf S. 28 fest, dass Fallzahlen < 10 pro Jahr kritisch zu hinterfragen seien, sofern keine zwingenden Verknüpfungen und Abhängigkeiten zu anderen Leistungsgruppen beständen, wobei die Gesamtzahl im Gemeinsamen Gesundheitsraum (nachfolgend: GGR) pro Jahr und der Marktanteil mitberücksichtigt würden. Im Anschluss daran hält der Spitalplanungsbericht fest, dass es auch bei Fallzahlen > 10 Fällen pro Jahr zu einer Konzentration kommen könne. Aus dieser vagen Formulierung geht weder hervor, welches Fallminimum letztlich entscheidend ist, noch, ob für die Ermittlung der Mindestfallzahlen die Zahlen pro Operateurin/Operateur oder pro Spital massgebend sind. In den leistungsspezifischen Anforderungen GDK ZH 2019.1 wird für die einzelnen Leistungsgruppen hingegen festgehalten, ob Mindestfallzahlen zu beachten sind und wenn ja, ob auf die Zahlen pro Operateur/Operateurin oder pro Spital abzustellen sei. In der Legende zu den einzelnen Leistungsgruppenspalten wird festgehalten, dass die angegebenen Mindestfallzahlen pro Jahr pro Spital (S:) und/oder pro Jahr pro Operateurin/Operateur (O:) gelten würden. Aus den leistungsspezifischen Anforderungen GDK ZH 2019.1 geht hervor, dass für die Gruppe DER1.1

eine Mindestfallzahl von 10 pro Spital, für die Gruppe GYNT von 20 pro Spital und 20 pro Operateurin/Operateur, für die Gruppe URO1.1.1 10 pro Spital und 10 pro Operateurin/Operateur und für die Gruppe GYN2 100 pro Spital und 30 pro Operateurin/Operateur gelten. Dieselben Zahlen sind zudem in der Zusammenfassung in Ziff. 3.9 des Bewerbungsformulars enthalten. Aus den Präsentationsfolien geht hervor, dass für die Gruppen DER1.1, GYNT und GYN2 Mindestfallzahlen von 10, 20 resp. 100 gelten, womit der Eindruck entsteht, die Mindestfallzahlen der leistungsspezifischen Anforderungen GDK ZH 2019.1 seien massgebend, jedoch nur diejenigen pro Spital. In ihrer Vernehmlassung macht die Vorinstanz hingegen geltend, dass generell eine Mindestfallzahl von 10 Fällen pro Spital pro Spitalplanungs-Leistungsgruppe (nachfolgend: SPLG) gelte, was widersprüchlich ist. Zutreffend ist auch, dass die Vorinstanz mit Bezug auf das Bethesda Spital auch Mindestfallzahlen pro Operateur berücksichtigt hat (vgl. Spitalplanungsbericht, S. 34), was verwirrend ist; schliesslich sind die Planungskriterien einheitlich auf die betroffenen Einrichtungen anzuwenden (NADJA LÜTHI, Spitalplanung im wettbewerbsorientierten Umfeld – Bestandesaufnahme und Analyse, Basel 2022, S. 100). Festzuhalten ist, dass das massgebende Fallzahlenminimum und dessen Ermittlung weder aus den Spitalplanungsgrundlagen noch aus der Begründung des Spitallistenbeschlusses klar ersichtlich sind. Zum einen wurde die Beschwerdeführerin nicht hinreichend über eine für das Spitalplanungsverfahren entscheidungswesentliche Grundlage orientiert. Zum anderen genügt die Begründung im Bericht und den Präsentationsfolien angesichts der erhöhten Anforderungen im Zusammenhang mit Spitallisten (vgl. E. 3.5), soweit sie auf Mindestfallzahlen Bezug nimmt (DER1.1, GYNT, URO1.1.1 und GYN2), nicht den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV.

**3.6.5** Schliesslich ist hinsichtlich der übrigen Leistungsgruppen (KIE1, KINB, DER1, URO1.1, BEW1, BEW2, BEW3, BEW4, BEW5, BEW6, BEW7 und GYN1) zu prüfen, ob die Begründung im Spitalplanungsbericht und in der Präsentation den Begründungsanforderungen gemäss Art. 29 Abs. 2 BV genügt. Wie erwähnt, wird die Nichterteilung eines Leistungsauftrags für die Gruppe BEW7 im Spitalplanungsbericht mit stichwortartigen Begriffen begründet, deren Bedeutung sich aus den leistungsspezifischen Anforderungen GDK ZH 2019.1 ergibt (vgl. E. 3.6.3). Mehrere Neubewerbungen (DER1.1, KIE1 und BEW7 und GYNT) wurden überdies mit der Begründung abgelehnt, der Bedarf sei bereits gedeckt, wobei die Soll-Zahlen und die Ist-Zahlen angeführt wurden. Bei einer Nichterteilung eines

Leistungsauftrags aufgrund eines fehlenden Bedarfs ist – unter Wahrung allfälliger Geheimhaltungsinteressen – aufzuzeigen, in welchen Bereichen konkurrierende Spitäler im Vergleich besser abschneiden, was die Vorinstanz unterlassen hat. Die Nichterteilung eines Leistungsauftrags für die Gruppe KIE1 wird einzig damit begründet, dass der Bedarf gedeckt sei; bei den anderen Gruppen werden hingegen andere Gründe wie das Nichterfüllen der leistungsspezifischen Anforderungen angeführt. Folglich ist eine Gehörsverletzung betreffend die Leistungsgruppen KIE1 zu bejahen. Die Nichterteilung eines Leistungsauftrags für die Gruppe KINB wird damit begründet, dass Kinder aus Qualitätsgründen nur am UKBB und Liestal behandelt werden sollten, Kinder ab 12 Jahren jedoch gemäss Leistungsauftrag erlaubt seien. In Ziff. 9.2 des Spitalplanungsberichts («Grundsätze zur Vergabe von Leistungsaufträgen») legt die Vorinstanz verständlich dar, weshalb diese beiden Spitäler den Leistungsauftrag für die Gruppe KINB erhalten sollen und dass sie Kindern ab 12 Jahren eine Wahlmöglichkeit habe einräumen wollen, weshalb die Begründungsanforderungen ebenfalls erfüllt sind. Die Nichterteilung eines Leistungsauftrags für die Gruppen URO1.1, BEW1, BEW2, BEW3, BEW4, BEW5 und BEW6 wird jeweils damit begründet, dass in den Jahren 2016–2018 nur eine bestimmte durchschnittliche Zahl von Fällen behandelt worden seien, wobei in Klammern die Anzahl der durch die Beschwerdeführerin behandelten Fälle für das Jahr 2018 sowie das Total sämtlicher im GGRbehandelter Fälle angegeben wird. Die Gegenüberstellung der Fallzahlen der Beschwerdeführerin mit den Gesamtfallzahlen deutet darauf hin, dass die Vorinstanz eine Angebotskonzentration beabsichtigte. Sie hat jedoch weder in den Planungsgrundlagen noch im Spitalplanungsbericht eine kritische Menge an Fallzahlen oder Marktanteilen klar definiert. Wie erwähnt, wird im Spitalplanungsbericht einzig festgehalten, dass Fallzahlen < 10 pro Jahr kritisch zu hinterfragen seien, wobei die Gesamtzahl im GGR pro Jahr und der Marktanteil mitberücksichtigt würden. Es könne auch bei Fallzahlen > 10 Fällen pro Jahr und analog einem grösseren Marktanteil aus Qualitätsgründen zu einer Konzentration kommen. Aus den Folien der Präsentation vom 16. April 2021 geht ebenfalls lediglich hervor, dass zur Steigerung der Qualität und der Wirtschaftlichkeit Leistungen konzentriert werden sollten, wobei als Faustregel 10 Fälle angegeben werden. Erst in ihrer Vernehmlassung bringt die Beschwerdeführerin vor, dass Spitäler ab einem Marktanteil von 2% der Fälle im GGR als versorgungsrelevant zu betrachten seien. Bezüglich der Gruppe GYN1 geht aus der Begründung ausdrücklich hervor, dass aus Qualitätsgründen eine Konzentration an wenigen Zentren mit Schwerpunkt Gynäkologie erfolge. Es werden ebenfalls die durchschnittlich behandelten Fälle in den Jahren 2016–2018 den Gesamtfallzahlen

gegenübergestellt, wobei wiederum eine verbindliche Mindestfallzahl oder ein erforderlicher Marktanteil fehlen. Damit ist letztlich nicht nachvollziehbar, nach welchen genauen Kriterien die Vorinstanz ihre Wahl zwischen mehreren Leistungserbringern im Bereich der Gynäkologie trifft. Es ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin auch bezüglich der Gruppen URO1.1, BEW1, BEW2, BEW3, BEW4, BEW5 und BEW6 und GYN1 weder im Planungsverfahren noch in der Begründung des Spitallistenbeschlusses über eine entscheidungswesentliche Grundlage orientiert wurde, weshalb eine Verletzung der Begründungspflicht mit Bezug auf diese Gruppen zu bejahen ist.

**3.6.6** Anzumerken ist ferner, dass die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht, dass die massgebenden Datenjahre nicht klar ersichtlich seien. So geht aus dem Spitalplanungsbericht hervor, dass für die Leistungsgruppen DER1, URO1.1, URO1.1.1, BEW1, BEW2, BEW3, BEW4, BEW5, BEW6, GYN1 und GYN2 auf die Fallzahlen der Jahre 2016–2018 abgestellt wurde. In den Präsentationsfolien wird festgehalten, dass auch die Fallzahlen des Jahres 2019 zu Gunsten der Beschwerdeführerin berücksichtigt worden seien. Aus der knappen Begründung in den Präsentationsfolien zu den einzelnen Leistungsgruppen geht hervor, dass die Zahlen für das Jahr 2019 wohl miteinbezogen wurden, jedoch weder zu Gunsten noch zu Ungunsten der Beschwerdeführerin. Es fehlen konkrete Fallzahlen für das Datenjahr 2019 in den Präsentationsfolien. Die Begründung in den Folien zur Gruppe GYN2 nimmt jedoch nur auf die Jahre 2016–2018 Bezug, was widersprüchlich ist. Letztlich ist nicht nachvollziehbar, welcher Zeitraum für die Erhebung der Fallzahlen massgebend war und inwiefern sich eine allfällige Berücksichtigung der Fallzahlen 2019 auf die Beschwerdeführerin ausgewirkt hat. Auch unter diesem Gesichtspunkt hat die Vorinstanz die Begründungspflicht verletzt.

**3.6.7** Zuletzt ist die implizite Rüge der Beschwerdeführerin, das Auswahlkriterium des Patienten- und Systemnutzens sei nicht nachvollziehbar, zu behandeln. Aus den Präsentationsfolien zur Besprechung vom 16. April 2021 geht hervor, dass der Patienten- und Systemnutzen nur auf mengen-gesteuerte SPLG anwendbar ist. Gemäss Spitalplanungsbericht sind die Leistungsgruppen BEW1, BEW2, BEW3, BEW5 und BEW7 mengen-gesteuert. Laut Spitalplanungsbericht stellte nicht der Patienten- und Systemnutzen eines einzelnen Spitals, sondern der effizienzgewichtete Patienten- und Systemnutzen (nachfolgend: ePuS-Wert) pro SPLG das grundlegende Kriterium für die Verteilung der bedarfsgerechten Leistungsmenge dar. Aus der Begründung im Spitalplanungsbericht geht nicht hervor, ob und in

welchem Ausmass der ePuS-Wert – nebst den weiteren Anforderungen – bei der Nichterteilung eines Leistungsauftrags für diese Gruppen berücksichtigt wurde. Vielmehr hält die Begründung im Bericht pauschal fest, dass die SPLG mengengesteuert sind und eine vermutete Überversorgung besteht. Im Übrigen ist anzumerken, dass die Ermittlung des ePuS-Wertes anhand der Akten nicht genügend nachvollziehbar ist. Der Spitalplanungsbericht erörtert lediglich in vager Weise die drei grundlegenden Schritte zur Ermittlung des Nutzenbeitrags. Nähere Ausführungen zum Zusammenspiel der diversen angewandten Kriterien, konkrete Berechnungen und konkrete ePuS-Werte pro SPLG sind in den Akten indes nicht zu finden.

Somit ist eine Verletzung der Begründungspflicht auch aufgrund der mangelnden Klarheit hinsichtlich der massgebenden Auswahlkriterien für die mengengesteuerten Leistungsgruppen BEW1, BEW2, BEW3, BEW5 und BEW7 zu bejahen. Sollte der ePuS-Wert ein massgebliches Kriterium für die Nichterteilung eines Leistungsauftrags für die genannten Leistungsgruppen dargestellt haben, ist im Übrigen die mangelnde Transparenz für dessen Berechnung zu bemängeln.

**3.6.8** Hinsichtlich der Leistungsgruppe KINB ist festzuhalten, dass die Begründung der Nichterteilung eines Leistungsauftrags zwar äusserst knapp ausfiel, jedoch keine Gehörsverletzung darstellt, da sie letztlich nachvollziehbar ist (vgl. E. 3.9.5). Der Umstand, dass die massgebenden Datenjahre aus den Akten nicht klar hervorgehen, ist für die Gruppe KINB unbeachtlich, da sich die Beschwerdeführerin für diese neu bewarb und somit auch noch keine Fallzahlen aufweisen konnte. Dementsprechend nimmt die Begründung im Spitalplanungsbericht für diese Gruppe auch nicht auf Mindestfallzahlen resp. einschlägige Datenjahre Bezug.

### **3.7**

**3.7.1** Im Zusammenhang mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör rügt die Beschwerdeführerin zuletzt, dass ihr keine vollumfängliche Akteneinsicht, insbesondere in das Protokoll der 3. Fachsitzung der Fachkommission der Gemeinsamen Gesundheitsregion vom 22. November 2019 (nachfolgend: Protokoll der 3. Fachsitzung FK GGR) und den Entscheid der PA-Sitzung vom 9. November 2020, gewährt worden sei.

**3.7.2** Die Vorinstanz bestreitet hingegen, dass der Beschwerdeführerin keine vollumfängliche Akteneinsicht gewährt worden sei. Anlässlich der Besprechung vom 16. April 2021 seien auch die Folien zur PA-Sitzung vom

9. November 2020 gezeigt worden, aus denen hervorgehe, weshalb die Beschwerdeführerin die Leistungsaufträge nicht (mehr) erhalten werde. Zudem sei die Beschwerdeführerin darüber informiert worden, weshalb sie das Protokoll der 3. Fachsitzung der Fachkommission nicht offenlegen könne. Sie habe der Beschwerdeführerin bei der Besprechung mitgeteilt, dass sie ebenfalls keine Einsicht in die Protokolle der Fachkommission habe. Weiter weist die Vorinstanz darauf hin, dass die Beschwerdeführerin die mit Schreiben vom 4. Dezember 2020 gewährte Frist zur Akteneinsicht und Stellungnahme verpasst habe. Trotzdem habe sie ihr weitere Male Gelegenheit zur Stellungnahme und Akteneinsicht gewährt.

**3.7.3** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezieht sich das Akteneinsichtsrecht auf alle verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden, auch wenn die Ausübung des Akteneinsichtsrechts den Entscheid in der Sache nicht zu beeinflussen vermag (vgl. BGE 132 V 387 E. 4.2; Urteil 1C\_159/2014 E. 4.3 mit Hinweisen; GEROLD STEINMANN, Kommentar des Urteils 1C\_159/2014, ZBI 116/2015, S. 323 ff., 327 f.). Für Betroffene ist es indes zuweilen kaum möglich, aufzuzeigen, dass gewisse Akten für das eigene Verfahren bedeutsam sind, ohne diese bereits selber gesehen zu haben. In solchen Fällen muss es für das Akteneinsichtsrecht daher genügen, wenn der Betroffene konkrete Anhaltspunkte aufzuzeigen vermag, dass dies in seinem Fall zutreffen könnte (MOSER ET AL., a.a.O., Rz. 3.95). Dokumente, die von einer die Verwaltung beratenden Fachkommission stammen, fallen aufgrund des Aspekts der Entscheidrelevanz ebenfalls unter das Akteneinsichtsrecht (STEPHAN C. BRUNNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 26 Rz. 40 mit Hinweisen). In zeitlicher Hinsicht besteht der Anspruch grundsätzlich ab der Eröffnung bis zur rechtskräftigen Erledigung eines Verwaltungsverfahrens, also solange das Verfahren hängig und die Rechtsmittelfrist noch nicht abgelaufen ist (STEPHAN C. BRUNNER, a.a.O., Art. 26 Rz. 16 mit Hinweisen).

**3.7.4** Das Recht auf Einsicht in amtliche Akten besteht, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen (§ 75 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt). Das Recht auf Akteneinsicht beschränkt sich grundsätzlich auf die Verfahrensakten des betreffenden Spitals. Ein Anspruch auf Einsicht in die Akten von Konkurrentinnen und Konkurrenten besteht nicht (Urteil des BVGer C-4358/2017 vom 5. März 2018, E. 2.4).

**3.7.5** Die Aktenführungspflicht von Verwaltung und Behörden bildet das Gegenstück zum (aus Art. 29 Abs. 2 BV fließenden) Akteneinsichts- und Beweisführungsrecht, indem die Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts durch die vom Entscheid betroffene Person eine Aktenführungspflicht der Behörde voraussetzt (BGE 138 V 218 E. 8.1.2; 130 II 473 E. 4.1; 124 V 372 E. 3b; 124 V 389 E. 3a). Zudem ergibt sich die Pflicht zur sorgfältigen Aktenführung auch aus dem Untersuchungsgrundsatz (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 12 Rz. 42; SVR 2011 IV Nr. 44 [BGer 8C\_319/2010] E. 2.2.2; Urteil des BVGer C6549/2014 vom 22. Juni 2016 E. 5.2.2 mit Hinweisen). Die Behörde ist verpflichtet, ein vollständiges Aktendossier über das Verfahren zu führen, um gegebenenfalls ordnungsgemäss Akteneinsicht gewähren und bei einem Weiterzug diese Unterlagen an die Rechtsmittelinstanz weiterleiten zu können. In den Akten hat sie alles festzuhalten, was zur Sache gehört (BGE 124 V 372 E. 3b; 115 Ia 97 E. 4c).

**3.7.6** Aus den Akten geht hervor, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 4. Dezember 2020 Frist zur Stellungnahme zur provisorischen Spitalliste bis 10. Januar 2021 einräumte. In diesem Rahmen wurde die Beschwerdeführerin darauf aufmerksam gemacht, dass sie weitere Unterlagen zum Planungsverfahren einfordern könne (Vorakten 7.001). Mit einem an das GD BS adressierten Schreiben vom 23. Dezember 2020 nahm die Beschwerdeführerin Stellung zur provisorischen Spitalliste (BVGer-act. 1, Beilage 16). Mit Schreiben vom 20. Januar 2021 ersuchte die Beschwerdeführerin die VGD BL schliesslich um umfassende Einsicht in die Unterlagen des Entscheidungsprozesses (BVGer-act. 1, Beilage 6). In der Folge stellten die kantonalen Behörden der Ergolz Klinik mit Schreiben vom 1. Februar 2021 weitere Unterlagen sowie das «Mastersheet Nutzungsbewertung» (nachfolgend: Mastersheet) zu und setzten ihr eine nicht erstreckbare Frist zur Stellungnahme bis 23. Februar 2021 (BVGer-act. 1, Beilagen 7 und 8). Mit Schreiben vom 12. Februar 2021 rügte die Beschwerdeführerin, dass die Verfahrensakten nicht vollständig seien und ersuchte die VGD BL um Zustellung weiterer Verfahrensakten (Protokoll der 3. Fachsitzung der Fachkommission GGR vom 22. November 2019 und Entscheid der PA-Sitzung vom 9. November 2020) und Ansetzung einer Nachfrist zur Stellungnahme (BVGer-act. 1, Beilage 9). Die kantonalen Behörden lehnten das Gesuch mit Schreiben vom 18. Februar 2021 ab (BVGer-act. 1, Beilage 10). Mit Schreiben vom 22. Februar 2021 stellte die Beschwerdeführerin bei der VGD BL einen prozessualen Antrag auf umfassende Akteneinsicht (BVGer-act. 1, Beilage 11) und mit Schreiben vom 16. März 2021 um Erlass einer anfechtbaren Zwischenverfügung,

sollte ihr keine umfassende Akteneinsicht gewährt werden (BVGer-act. 1, Beilage 15). Zuletzt trafen sich die kantonalen Behörden und die Ergolz Klinik am 16. April 2021 zu einer mündlichen Besprechung resp. einer Präsentation mit dem Titel «Rechtliches Gehör Spitalliste 2021 der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft – Ergolz Klinik [...]: Akteneinsicht vom 16. April 2021 in Liestal» (BVGer-act. 1, Beilage 14 und Vorakten 4.002).

**3.7.7** Vorliegend ist zu prüfen, ob eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts vorliegt. Vorab ist aus zeitlicher Perspektive festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin auch im Zeitpunkt ihrer Schreiben vom Februar und März 2021 und der Besprechung vom 16. April 2021 nach wie vor ein Recht auf Akteneinsicht hatte, zumal das Spitalplanungsverfahren hängig war. Auch die Ansetzung einer Frist seitens der Vorinstanz vermag daran nichts zu ändern. Sodann ist zu prüfen, ob das Protokoll der 3. Fachsitzung der Fachkommission GGR vom 22. November 2019 und der Entscheid der PA-Sitzung vom 9. November 2020 dem Akteneinsichtsrecht unterstehen.

In einem ersten Schritt wird geprüft, ob das Protokoll der 3. Fachsitzung FK GGR vom Recht auf Einsicht in die Akten umfasst wird; es befindet sich nicht in den Vorakten. Aus dem Beschlussprotokoll der 2. Fachkommissionssitzung vom 3. Oktober 2019 geht jedoch hervor, dass eine Sitzung der FK GGR am 22. November 2019 stattfinden werde (Vorakten 16.001). Fraglich ist, ob die Sitzungsprotokolle der FK GGR als entscheiderelevant gelten oder nicht. Die FK GGR ist ein durch die Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft eingesetztes Gremium, das sich aus sieben verwaltungsunabhängigen Fachleuten mit Kenntnissen des schweizerischen Gesundheitswesens zusammensetzt und seit dem 1. Juli 2019 die Erstellung der gleichlautenden Spitallisten begleitet (vgl. § 9 des Staatsvertrags und Spitalplanungsbericht, S. 6 f.). Ihre Aufgaben umfassen im Allgemeinen die Erarbeitung einer Stellungnahme zuhanden der Regierungen der beiden Kantone bei anstehenden wesentlichen Änderungen der Spitallisten und die Unterstützung des zuständigen Departements und der zuständigen Direktion bei der Erfüllung ihrer Aufgaben sowie die Abgabe von Empfehlungen (§ 8 Abs. 1 und 2 des Staatsvertrags). § 15 Abs. 3 und 4 des Staatsvertrags führen näher aus, dass die FK GGR auf Anfrage dem zuständigen Departement und der zuständigen Direktion Empfehlungen zum Entwurf der Spitallisten abgibt und nach Vorliegen der konsolidierten Entwürfe der Spitallisten eine Stellungnahme zuhanden der Regierungen erarbeitet. Aus diesen Bestimmungen geht hervor, dass die FK GGR keine Entscheidungskompetenz, sondern lediglich beratende und vorbereitende Funktion hat, weshalb sie als Verwaltungskommission zu qualifizieren ist (vgl. zum

Begriff der Verwaltungskommission STEFAN VOGEL, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 265 f.). Die FK GGR trifft als solche den endgültigen Entscheid zwar formell nicht selber, liefert aber wesentliche Grundlagen dafür und determiniert diesen massgeblich mit. Das Abweichen von Ratschlägen oder Empfehlungen von Verwaltungskommissionen bewirkt faktisch einen Rechtfertigungsdruck. Zudem lässt sich der effektive Einfluss einer Verwaltungskommission organisationsrechtlich nur bedingt steuern (STEFAN VOGEL, a.a.O., S. 268 f. mit Hinweisen). Aus dem Beschlussprotokoll der 2. Fachsitzung FK GGR vom 3. Oktober 2019 geht im Übrigen hervor, dass die FK GGR bereits zu diesem Zeitpunkt mehrere Empfehlungen abgegeben hat und aufgrund der Relevanz der ausstehenden Traktanden, mitunter der Zielgewichtung und der Rahmenbedingungen, eine 3. Fachsitzung am 22. November 2019 stattfinden werde. Aufgrund dessen sowie der obigen Ausführungen zur materiellen Beteiligung von Verwaltungskommissionen am Entscheidverfahren bestehen genügend Anhaltspunkte, um eine Relevanz des Protokolls der 3. Fachsitzung FK GGR für das vorliegende Verfahren zu bejahen. Folglich hätte der Beschwerdeführerin Einsicht in das Beschlussprotokoll der 3. Fachsitzung der FK GGR gewährt werden müssen. In den Präsentationsfolien vom 16. April 2021 begründet die Vorinstanz die Nichtgewährung der Akteneinsicht damit, dass die Fachkommission auch den Auftraggebern keinen Einblick in ihre Protokolle gewähre. Die Fachkommission erstelle einen Abschlussbericht, welcher die relevanten Feststellungen enthalte, aber noch nicht vorliege. Dem ist Folgendes entgegen zu halten: Unabhängig davon, ob die FK GGR als Verwaltungskommission ohne Rechtspersönlichkeit der kantonalen Zentralverwaltung zuzuordnen ist, oder als dezentrale Verwaltungsträgerin zu qualifizieren ist (vgl. die näheren Ausführungen zur dogmatischen Einordnung von Verwaltungskommissionen MARKUS MÜLLER, in: Bernhard Waldmann et. al. [Hrsg.], Basler Kommentar zur Bundesverfassung, 2015, Rz. 47 zu Art. 178), untersteht sie einer Aktenführungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV). Die Vorinstanz hat hingegen sicherzustellen, dass sich bewerbende Spitäler Einsicht in entscheidrelevante Unterlagen der KF GGR erhalten. Es obliegt ihr, die Rechtsgrundlagen für eine Herausgabepflicht von Unterlagen der FK GGR an die zuständige Direktion resp. an das zuständige Departement zu schaffen, sollte eine solche noch nicht bestehen. Im Übrigen steht es den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft frei, die organisationsrechtlichen Grundlagen der FK GGR so zu regeln, dass der Anspruch auf Akteneinsicht der interessierten Spitäler gewährt werden kann. Allgemein gilt, dass bei Geheimhaltungsinteressen auch lediglich eine teilweise Akteneinsicht gewährt werden kann. Zusammenfassend ergibt sich, dass sich bewerbende

Spitäler einen Anspruch auf Einsicht in Akten von am Spitalplanungsverfahren beteiligten Verwaltungskommissionen haben, sofern diese entscheiderelevant sind oder entsprechende Anhaltspunkte dafür gegeben sind. Die Nichtgewährung der Akteneinsicht im vorliegenden Fall stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin dar.

In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob das Protokoll der PA-Sitzung vom 9. November 2020 vom Akteneinsichtsrecht umfasst wird. Es befindet sich ebenfalls nicht in den Vorakten. Es ist allerdings davon auszugehen, dass es sich dabei um ein Protokoll des GGR-Projektausschusses handelt. Gemäss S. 9 des Spitalplanungsberichts werden die strategischen Entscheidungen im Projektausschuss gefällt, in welchem die beiden beauftragten Regierungsräte sowie die Generalsekretariate vertreten sind. Im Mastersheet sind bei einzelnen Leistungsgruppen in der Spalte «Bemerkungen» Verweise auf den Entscheid des Projektausschusses (PA-Sitzung) vom 9. November 2020 angeführt. So heisst es in den Bemerkungen zur Gruppe KIE1, dass «kein Bedarf gemäss Entscheid PA-Sitzung 9.11.20» bestehe. Bei den Gruppen URO1.1 und URO1.1.1 wird nach den Stichworten «zu wenige Fälle» resp. «zu wenig Fälle, MFZ nicht erfüllt» angemerkt, dass die Beschwerdeführerin den Leistungsauftrag «gemäss Entscheid PA-Sitzung» verliere. Bei der Gruppe GYN1 geht aus der Bemerkung hervor, dass gemäss «Entscheid PA-Sitzung 9.11.20» eine Konzentration auf wenige Zentren erfolgen solle und wenig Fälle vorlägen. Die Entscheide gemäss Protokoll der PA-Sitzung vom 9. November 2020 bilden somit die Grundlage für die Nichterteilung eines Leistungsauftrags für diese Gruppen und sind entscheiderelevant. Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass sie der Beschwerdeführerin anlässlich der Besprechung vom 16. April 2021 aufgezeigt habe, weshalb ihr die Leistungsaufträge nicht (mehr) erteilt worden seien. In der Präsentation vom 16. April 2021 finden sich mehrere Folien mit dem Titel «PA-Sitzung vom 9. November 2020», die stichwortartige Ausführungen und teilweise geschwärzte Stellen beinhalten. Es besteht wie erwähnt die Möglichkeit, Einsichtsberechtigten beim Vorliegen von Geheimhaltungsinteressen statt der Vorlage der vollständigen Unterlagen ausnahmsweise lediglich Einsicht in eine auf das Wesentliche beschränkte Zusammenfassung zu gewähren, welche die entscheiderelevanten Aspekte nachvollziehbar erläutert (Urteil des BVGer A-1936/2006 vom 10. Dezember 2009). Die stichwortartige tabellarische Übersicht zur Ausgangslage, Argumentation des Spitals, Evaluation und Empfehlung in den Präsentationsfolien genügt diesem Erfordernis jedoch nicht. Infolgedessen stellt die Nichtgewährung der Einsicht in das Protokoll

der PA-Sitzung vom 9. November 2020 ebenfalls eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts dar.

**3.8** Zusammengefasst hat die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 1 Abs. 3 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 VwVG, § 12 Abs. 1 lit. b der Verfassung des Kantons Basel-Stadt und § 38 Abs. 2 OG BS verletzt, da der Spitallistenbeschluss, soweit er deren Rechtsverhältnis betrifft, mangelhaft begründet ist. Zudem wurde das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin verletzt. Eine Heilung der Gehörsverletzung fällt grundsätzlich ausser Betracht, da das Bundesverwaltungsgericht einzige Beschwerdeinstanz ist und im vorliegenden Beschwerdeverfahren nur über eine eingeschränkte Überprüfungsbefugnis verfügt (vgl. E. 2.1). Das Bundesverwaltungsgericht ist ausserstande, eine Beurteilung in der Sache vorzunehmen, da zunächst das Verwaltungsverfahren korrekt durchzuführen ist (NADJA LÜTHI, a.a.O., S. 230 mit Hinweis auf BVGE 2013/46 E. 6.5). Folglich ist der Antrag 1 abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der Antrag 2 ist insofern gutzuheissen, als auf diesen einzutreten ist. Demzufolge ist der angefochtene Spitallistenbeschluss insoweit aufzuheben, als er die Nichterteilung eines Leistungsauftrags an die Beschwerdeführerin in den Leistungsgruppen DER1, URO1.1, URO1.1.1, BEW1, BEW2, BEW3, BEW4, BEW5, BEW6, GYN1, GYN2, DER1.1, KIE1, BEW7, GYNT und KINB betrifft. Die Sache ist zur neuen Verfügung unter Wahrung des rechtlichen Gehörs an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **4.**

**4.1** Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Den Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Da die Rückweisung aufgrund eines Verfahrensfehlers der Vorinstanz erfolgt, hat die Beschwerdeführerin als vollständig obsiegend zu gelten (vgl. MOSER ET AL., a.a.O., S. 295, Fn. 143 zu Rz. 4.43). Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben und der Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss zurückzuerstatten.

**4.2** Als obsiegende Partei hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem

Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Entschädigung ist von der Vorinstanz zu leisten (vgl. Art. 64 Abs. 2 VwVG). Mangels Kostennote ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des gebotenen Aufwandes erscheint eine Entschädigung von CHF 6'000.– (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) angemessen.

#### **5.**

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 im Eventualantrag (Antrag 2) gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird, und der angefochtene Spitalistenbeschluss wird insoweit aufgehoben, als er die Nichterteilung eines Leistungsauftrags an die Beschwerdeführerin in den Leistungsgruppen DER1, URO1.1, URO1.1.1, BEW1, BEW2, BEW3, BEW4, BEW5, BEW6, GYN1, GYN2, DER1.1, KIE1, BEW7, GYNT und KINB betrifft. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und anschliessendem Erlass einer neuen Verfügung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

#### **2.**

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

#### **3.**

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

#### **4.**

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

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Michael Peterli

Julia Pandey

Versand: