Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-5627/2017

Urteil vom 9. Mai 2018

Besetzung

Richterin Franziska Schneider (Vorsitz),
Richter Michael Peterli, Richterin Michela Bürki Moreni,
Gerichtsschreiber Michael Rutz.

Parteien

Dr. med. A._____,
c/o Spital B._____,
vertreten durch Prof. Dr. iur. Urs Saxer, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Zürcher Spitalliste, RRB Nr. 746 vom 23. August 2017.

Sachverhalt:

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 Anhängen und setzte sie auf den 1. Januar 2012 in Kraft (GD-act. 2.1). Auf den gleichen Zeitpunkt wurde auch die mit RRB Nr. 1533/2011 vom 13. Dezember 2011 festgesetzte neue Spitalliste Psychiatrie einschliesslich deren Anhänge in Kraft gesetzt (GD-act. 2.2).

B.

B.a Mit RRB Nr. 799/2016 vom 24. August 2016 nahm der Regierungsrat verschiedene Anpassungen und Änderungen der Zürcher Spitallisten 2012 Akutsomatik, Rehabilitation und Psychiatrie per 1. Januar 2017 vor. Zudem ermächtigte er die Gesundheitsdirektion im Hinblick auf die kommende Aktualisierung der Spitallisten unter anderem zur Einführung von Mindestfallzahlen pro Operateurin oder Operateur in einzelnen Leistungsgruppen im Verlauf des Jahres 2017 ein Vernehmlassungsverfahren bei den Leistungserbringern, Berufsverbänden und weiteren Interessierten durchzuführen (GD-act. 2.6).

B.b Mit Schreiben vom 6. Januar 2017 informierte die Gesundheitsdirektion die Listenspitäler des Kantons Zürichs über die Vorgehensweise bei den anstehenden Aktualisierungen der Spitallisten per 2018. Sie wies darauf hin, dass dabei keine umfassende neue Spitalplanung mit sämtlichen Planungsschritten durchgeführt werde (GD-act. 3.1). In der Folge führte sie insbesondere bei den Leistungserbringern und betroffenen Fachgesellschaften zu den vorgesehenen Änderungen, insbesondere zur Einführung von Mindestfallzahlen pro Operateurin oder Operateur für einzelne Leistungsgruppen, sowie zu den für jedes einzelne Listenspital geplanten Aktualisierungen beziehungsweise Änderungen, ein Vernehmlassungsverfahren durch (GD-act. 3.2-3.9; GD-act. 5).

B.c Mit RRB Nr. 746 vom 23. August 2017 beschloss der Regierungsrat sodann diverse Änderungen der Zürcher Spitallisten 2012 Akutsomatik, Rehabilitation und Psychiatrie per 1. Januar 2018. Dabei führte er wie angekündigt für sechs Leistungsgruppen Mindestfallzahlen pro Operateurin oder Operateur ein, die auf den 1. Januar 2019 zur Anwendung kommen sollen (GD-act. 1.1). Die Mindestwerte wurden im Anhang zur Zürcher Spitalliste 2012 «Leistungsspezifische Anforderungen» (Version 2018.1; gültig

ab 1. Januar 2018) festgesetzt (GD-act. 1.5). Weitere Regelungen zu den Mindestfallzahlen wurden im Anhang «Generelle Anforderungen» (Version 2018.1; gültig ab 1. Januar 2018) festgehalten (GD-act. 1.6).

B.d Dem Spital B._____ wurden mit dem RRB Nr. 746 vom 23. August 2017 im Bereich Gynäkologie ein unbefristeter Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe GYN1 (Gynäkologie) sowie bis 31. Dezember 2018 befristete Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen GYNT (Gynäkologische Tumore) und GYN2 (Anerkanntes zertifiziertes Brustzentrum) erteilt. Laut den Anhängen «Generelle Anforderungen» (Bst. F.b) und «Leistungsspezifische Anforderungen» wurde für die Leistungsgruppe GYNT zusätzlich zu den Mindestfallzahlen pro Spital eine Mindestfallzahl pro Operateurin oder Operateur von 20 und für die Leistungsgruppe GYN2 eine solche von 30 festgesetzt. Gemäss dem Anhang «Leistungsspezifische Anforderungen» und dem Anhang «Weitergehende leistungsspezifische Anforderungen» (Ziff. 34.2, 34.3, Version 2018.1, gültig ab 1. Januar 2018) sind für die Leistungsgruppe GYNT überdies nur Fachärztinnen und Fachärzte mit Facharzttitel Gynäkologie und Geburtshilfe mit dem Schwerpunkttitel gynäkologische Onkologie als verantwortliche Operateurin oder verantwortlicher Operateur zugelassen.

C.
Gegen diesen Beschluss erhob Dr. med. A._____, (…) am Spital B._____, durch seinen Rechtsvertreter mit Eingabe vom 2. Oktober 2017 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und stellte folgende Rechtsbegehren:

1. Der Beschluss des Regierungsrats des Kantons Zürich Nr. 746 vom 23. August 2017 betreffend die Änderung der Zürcher Spitalliste 2012 Akutsomatik, Rehabilitation und Psychiatrie ab 1. Januar 2018 sei insoweit aufzuheben, als damit Mindestfallzahlen pro Operateur bzw. Operateurin in den Leistungsgruppen GYNT und GYN2 gemäss «Anhang zur Zürcher Spitalliste 2012 Akutsomatik: Leistungsspezifische Anforderungen (Version 2018.1; gültig ab 1. Januar 2018)» (vgl. Dispositiv-Ziffer I. und IV.) festgesetzt werden.

2. Eventualiter zu Ziff. 1 hiervor seien die im genannten Beschluss festgesetzten Mindestfallzahlen pro Operateur bzw. Operateurin gemäss «Anhang zur Zürcher Spitalliste 2012 Akutsomatik: Leistungsspezifische Anforderungen (Version 2018.1; gültig ab 1. Januar 2018)» (vgl. Dispositiv-Ziffer I. und IV.) in der Leistungsgruppe GYNT von 20 auf 10 Eingriffe und in der Leistungsgruppe GYN2 von 30 auf 10 Eingriffe zu reduzieren.

3. Subeventualiter sei im Fall des Beschwerdeführers von Mindestfallzahlen pro Operateur bzw. Operateurin gemäss «Anhang zur Zürcher Spitalliste 2012 Akutsomatik: Leistungsspezifische Anforderungen (Version 2018.1; gültig ab 1. Januar 2018)» (vgl. Dispositiv-Ziffer I. und IV.) abzusehen.

4. Der Beschluss des Regierungsrats des Kantons Zürich Nr. 746 vom 23. August 2017 betreffend die Änderung der Zürcher Spitalliste 2012 Akutsomatik, Rehabilitation und Psychiatrie ab 1. Januar 2018 sei insoweit aufzuheben, als damit in der Leistungsgruppe GYNT der Schwerpunkttitel gynäkologische Onkologie als Qualifikation des Operateurs vorgesehen wird (vgl. Dispositiv-Ziffer I. und IV.).

5. Eventualiter zu Ziff. 4 hiervor sei im Fall des Beschwerdeführers vom Erfordernis des Schwerpunkttitels gynäkologische Onkologie in der Leistungsgruppe GYNT als Qualifikation des Operateurs gemäss Beschluss des Regierungsrats des Kantons Zürich Nr. 746 vom 23. August 2017 betreffend die Änderungen der Zürcher Spitalliste 2012 Akutsomatik, Rehabilitation und Psychiatrie abzusehen.

6. Eventualiter zu Ziff. 1-5 hiervor sei der Beschluss des Regierungsrats des Kantons Zürich Nr. 746 vom 23. August 2017 betreffend die Änderung der Zürcher Spitalliste 2012 Akutsomatik, Rehabilitation und Psychiatrie ab 1. Januar 2018 insoweit aufzuheben, als damit Mindestfallzahlen pro Operateur bzw. Operateurin in den Leistungsgruppen GYNT und GYN2 gemäss «Anhang zur Zürcher Spitalliste 2012 Akutsomatik: Leistungsspezifische Anforderungen (Version 2018.1; gültig ab 1. Januar 2018)» (vgl. Dispositiv-Ziffer I. und IV.) sowie in der Leistungsgruppe GYNT der Schwerpunkttitel gynäkologische Onkologie als Qualifikation des Operateurs (vgl. Dispositiv-Ziffer I. und IV.) festgesetzt werden und sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Vorinstanz resp. der Gerichtskasse.

D.

Der mit Zwischenverfügung vom 17. Oktober 2017 beim Beschwerdeführer eingeforderte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5‘000.– (BVGer-act. 2) wurde am 20. Oktober 2017 geleistet (BVGer-act. 4).

E.
Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 4. Dezember 2017, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten sei, weil dem Beschwerdeführer die Beschwerdelegitimation fehle. Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (BVGer-act. 6).

F.
Mit Instruktionsverfügung vom 11. Dezember 2017 wurde die Vernehmlassung der Vorinstanz vom 4. Dezember 2017 dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt (BVGer-act. 7). Daraufhin liess dieser mit Eingabe vom 12. Dezember 2017 mitteilen, dass die neuen Behauptungen der Vorinstanz in der Vernehmlassung eine weitere Stellungnahme zur Wahrung des rechtlichen Gehörs erfordere. Er gehe davon aus, dass das Bundesverwaltungsgericht dem Bundesamt für Gesundheit Gelegenheit zur Stellungnahme einräume und danach im Rahmen der Schlussbemerkungen sowohl die Möglichkeit zur Stellungnahme zu den Ausführungen in der Vernehmlassung als auch in der Stellungnahme der Fachbehörde bestehen werde. Sollte dies nicht der Fall sein, ersuche er um Fristansetzung zur Stellungnahme betreffend die Vernehmlassung der Vorinstanz (BVGer-act. 8).

G.
Mit Verfügung vom 22. März 2018 wurde dem Beschwerdeführer mitgeteilt, dass das Gericht beabsichtige, vorerst über seine Beschwerdelegitimation zu befinden. Ihm wurde Gelegenheit eingeräumt, zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung zu nehmen, soweit sich diese zur Beschwerdelegitimation geäussert hat (BVGer-act. 9). Daraufhin nahm der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 10. April 2018 zu seiner Beschwerdelegitimation Stellung (BVGer-act. 11).

H.
Mit Instruktionsverfügung vom 12. April 2018 wurde der Schriftenwechsel abgeschlossen (BVGer-act. 12).

I.
Auf den weiteren Inhalt der Akten sowie der Rechtsschriften ist – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Nach Art. 53 Abs. 1 KVG (SR 832.10) kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen nach Art. 39 KVG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Der angefochtene Beschluss Nr. 746/2017 des Regierungsrats des Kantons Zürich vom 23. August 2017 wurde gestützt auf Art. 39 KVG erlassen. Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 90*a* Abs. 2 KVG).

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 VGG und Art. 53 Abs. 2 Satz 1 KVG grundsätzlich nach den Vorschriften des VwVG. Vorbehalten bleiben allfällige Abweichungen des VGG und die besonderen Bestimmungen des Art. 53 Abs. 2 KVG.

2.

2.1 Anfechtungsobjekt im Beschwerdeverfahren ist gemäss Art. 44 VwVG eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. Beschlüsse nach Art. 39 KVG sind kraft Art. 53 Abs. 1 KVG jedoch unabhängig davon, ob sie als Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG zu qualifizieren sind, beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar. Dem Anfechtungsobjekt kommt erhebliche Bedeutung zu, weil es den möglichen Streitgegenstand begrenzt (BVGE 2012/9 E. 3).

2.2 Die Spitalliste im Sinne von Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG ist als Rechtsinstitut sui generis zu qualifizieren und besteht – was für die Bestimmung des Anfechtungs- und Streitgegenstandes entscheidend ist – aus einem Bündel von Einzelverfügungen (BVGE 2012/9 E. 3.2.6). Anfechtungsgegenstand im Beschwerdeverfahren betreffend Spitallisten (oder anderen Listen im Sinne von Art. 39 KVG) ist demnach grundsätzlich nur die Verfügung, welche das ein beschwerdeführendes Spital betreffende Rechtsverhältnis regelt. Die nicht angefochtenen Verfügungen einer Spitalliste erwachsen in Rechtskraft (BVGE 2012/9 E. 3.3).

3.

Umstritten ist, ob der Beschwerdeführer als angestellter Arzt des auf der Zürcher Spitalliste aufgeführten Spitals B._____ zur Erhebung der Beschwerde legitimiert ist. Die Legitimation im Beschwerdeverfahren ist Teil

der Eintretensvoraussetzungen, deren Vorliegen von der Rechtsmittelbehörde von Amtes wegen zu prüfen ist (vgl. BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen).

3.1 Zur Beschwerde berechtigt ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Regelung von Art. 48 Abs. 1 VwVG entspricht Art. 89 Abs. 1 BGG und ist in Anlehnung an diese auszulegen (BGE 139 II 275 E. 2.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 52 Rz. 2.60).

3.2 Im Rahmen eines Spitallistenbeschlusses sind die Spitäler – und nur diese – primäre (oder materielle) Verfügungsadressaten, soweit ihnen ein Leistungsauftrag erteilt oder verweigert wird (BVGE 2012/9 E. 3.2.5 mit Hinweisen). Als Adressaten des angefochtenen Beschlusses sind somit in erster Linie die Spitäler, darunter das Spital B._____, beschwerdelegitimiert (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 58 f. Rz. 2.74 und 2.76; MARANTELLI/HUBER, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz. 24 zu Art. 48). Die Trägerschaft des Spitals B._____ hat den strittigen Beschluss ebenfalls angefochten (Beschwerdeverfahren C-[…]/2017). Der Beschwerdeführer ist als angestellter Arzt des Spitals B._____ nicht Adressat des angefochtenen Spitallistenbeschlusses, was auch in Randziffer 16 der Beschwerde ausdrücklich festgehalten wird. Damit entfällt die formelle Beschwer. Zu prüfen bleibt das Vorliegen einer materiellen Beschwer des Beschwerdeführers (vgl. HÄNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Rz. 6 ff. zu Art. 48) und insbesondere seine Beschwerdelegitimation als Drittperson (vgl. BGE 130 V 560 E. 3.4). Im vorliegenden Fall verfolgen die Beschwerde des Spitals B._____ und jene des Beschwerdeführers gleichgeartete Interessen, weshalb hier von einer Drittbeschwerde pro Adressat auszugehen ist.

3.3 Die Beschwerde einer Drittperson, die nicht Adressatin der Verfügung ist, kommt nach der Rechtsprechung nur in engen Grenzen in Frage (Urteil des BGer 2C_1158/2012 vom 27. August 2013 E. 2.3.2; Urteil des BVGer C-8614/2010 vom 27. März 2012 E. 1.2.3 je mit Hinweis auf BGE 130 V 560 E. 3.5). Dritte können zur Beschwerde legitimiert sein, sofern sie ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung haben und in einer besonderen, beachtenswerten nahen Beziehung zur Streitsache stehen (vgl. BGE 139 II 279 E. 2.2; 130 V 560 E. 3.4;

MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 60 Rz. 2.78). Die notwendige Beziehungsnähe liegt nur dann vor, wenn der Drittperson durch die streitige Verfügung ein unmittelbarer Nachteil entsteht (vgl. BGE 130 V 560 E. 3.5). Neben der spezifischen Beziehungsnähe zur Streitsache muss der Beschwerdeführer einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen, d.h. seine Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse besteht im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse begründet – ohne die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache selber – keine Parteistellung (BGE 139 II 279 E. 2.2). Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist jeweils in Bezug auf die konkrete Einzelfallkonstellation zu prüfen (BGE 130 V 560 E. 3.4). Rechtsprechung und Doktrin haben für Drittbeschwerden je nach Sachbereich beziehungsweise Personenkreis unterschiedliche Anforderungen an die materielle Beschwer herausgearbeitet (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 60 f. Rz. 2.78a).

3.4 Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist die Beschwerdelegitimation von Dritten im Bereich Spitallisten nach einem strengen Massstab zu beurteilen (vgl. BVGE 2012/9 E. 4.3.2; 2012/30 E. 4.4; Zwischenverfügung des BVGer C-6266/2013 vom 23. Juli 2014 E. 4.2). So hat ein Spital 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 (BVGE 2012/9 E. 4.3.2). Nicht zur Beschwerde legitimiert ist auch ein Vertragsspital im Sinne von Art. 49*a* Abs. 4 KVG, welches mit seiner Beschwerde eine mengenmässige Begrenzung der Leistungsaufträge an die Listenspitäler (im Zusatzversicherungsbereich) erwirken will (BVGE 2012/30). Gemäss der Rechtsprechung nicht zur Beschwerde legitimiert sind sodann ein Verband der Krankenversicherer (BVGE 2010/51; vgl. auch Urteil des BVGer C-7165/2010 vom 24. Februar 2011 E. 3), ein Verband von Privatspitälern (Urteil des BVGer C-325/2010 vom 7. Juni 2012 E. 2.2.3), die vom Spital angestellten Ärztinnen und Ärzte, die den ihren Arbeitgeber betreffenden Spitallistenentscheid anfechten wollen (Urteil des BVGer C-426/2012, C-452/2012 vom 5. Juli 2013 E. 1.4.3 ff.; C-1570/2016 vom 31. März 2016), eine als Verein organisierte ärztliche Fachgesellschaft (Urteil des BVGer C-2095/2015 vom 27. Juli 2015) sowie die Versicherten (BVGE 2010/51 E. 6.6.3; 2014/4 E. 3.2.2.1).

3.5 Der Umstand, dass der Beschwerdeführer als angestellter Arzt eines von der umstrittenen Anordnung betroffenen Leistungserbringers stärker als die Allgemeinheit betroffen ist, vermag seine Beschwerdelegitimation noch nicht zu begründen (vgl. BVGE 2012/9 E. 4.1.2; Urteil des BGer 2C_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.3.2). Zu prüfen ist, ob er von der angefochtenen Verfügung im Sinn von Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung hat. Erforderlich sind dabei eine besondere beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streitsache und ein eigenes, unmittelbares, schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Spitallistenbeschlusses.

3.5.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er als Operateur in den Leistungsgruppen GYNT und GYN2 nur noch operieren könne, wenn er persönlich die im angefochtenen Beschluss vorgesehenen Mindestfallzahlen erreiche. Demzufolge stehe er in einer besonderen, sehr nahen Beziehung zur Einführung der Mindestfallzahlen pro Operateur in den Leistungsgruppen GYNT und GYN2. In der Leistungsgruppe GYNT werde von ihm zudem verlangt, dass er über den Schwerpunkttitel gynäkologische Onkologie verfüge, ansonsten er die notwendigen Qualifikationen nicht erfülle und ebenfalls nicht zu Operationen in dieser Leistungsgruppe zugelassen werde. Er habe damit ein unmittelbares, eigenes und selbständiges Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung dieser Mindestfallzahlen sowie der Streichung des Erfordernisses des Schwerpunkttitels in der Leistungsgruppe GYNT, da sein berufliches Fortkommen durch diese Auflagen direkt tangiert werde. Der Beschwerdeführer wies weiter darauf hin, dass die Ausgangslage bei der Einführung von Mindestfallzahlen pro Operateurin oder Operateur nicht mit der Konstellation in jenen Fällen vergleichbar sei, in welcher gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Beschwerdelegitimation der Ärzte verneint werde. So sei Gegenstand des Verfahrens C-426/2012 und C-452/2012 die Frage gewesen, in welchem Umfang dem Leistungserbringer Leistungsaufträge erteilt würden. Auch im Entscheid C-1570/2016 sei es nicht um Auflagen gegangen, welche die Ärzte der Leistungserbringer unmittelbar betroffen hätten, sondern um die Frage der Zuordnung der Pankreasentfernung zur hochspezialisierten Medizin. Vorliegend sei dagegen nicht die Erteilung beziehungsweise Nichterteilung eines Leistungsauftrags an den Arbeitgeber des Beschwerdeführers streitgegenständlich, sondern Auflagen, welche für bestehende Leistungsaufträge neu eingeführt würden. Diese Auflagen begründeten unmittelbar Pflichten des einzelnen Operateurs und träfen ihn daher direkt. Dem Beschwerdeführer werde vorgeschrieben, welche Anzahl von

Operationen er ausführen müsse, damit er weiterhin in den Leistungsgruppen GYNT und GYN2 operieren dürfe. Der einzelne Operateur werde von der eigenverantwortlichen Operationstätigkeit ausgeschlossen, wenn er die Mindestfallzahlen nicht erziele oder nicht über den erforderlichen Schwerpunkttitel verfüge. Im vorliegenden Fall sei es daher nicht die Stellung des Operateurs in einem Angestellten- oder Auftragsverhältnis zu dem mit der angefochtenen Verfügung direkt adressierten Spital, welche die materielle Beschwer begründe, sondern die Anknüpfung der Auflagen der Mindestfallzahlen sowie des Schwerpunkttitels beim Operateur. Der Beschwerdeführer werde damit unmittelbar in seinen eigenen Interessen betroffen. Diese Betroffenheit stehe in keinem direkten Zusammenhang mit der Abrechnung der Leistungen gegenüber der Krankenversicherung und dem Kanton, weshalb die Argumentation der Vorinstanz fehl gehe. Aus diesen Gründen sei er durch den angefochtenen Beschluss besonders berührt und habe ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Er sei somit zur Beschwerde legitimiert. Der Beschwerdeführer wies zudem darauf hin, dass der Kanton auch bei der Spitalplanung an die Grundrechte gebunden sei und jegliche Einschränkung der Grundrechte nur unter der Voraussetzung von Art. 36 BV zulässig sei. Da die Operateure durch die Mindestfallzahlen pro Operateur in ihrer Wirtschaftsfreiheit tangiert würden, gehe es nicht an, dass die Vorinstanz geltend mache, es sei nicht Sache des Kantons, die Zulassung der Operateure zu gewährleisten.

3.5.2 Die Vorinstanz macht zur Begründung der fehlenden Beschwerdelegitimation geltend, dass die Stellung eines Operateurs in einem Angestellten- oder Auftragsverhältnis nicht ausreiche, um ein unmittelbares, eigenes und selbständiges Rechtsschutzinteresse zu begründen. Zwar seien Entscheide, welche das Spital als Arbeit- beziehungsweise Auftraggeber beträfen in der Regel geeignet, Auswirkungen auf die Ärzte als Arbeit- beziehungsweise Auftragnehmer zu zeitigen. Dieser Umstand genüge nach der Rechtsprechung jedoch nicht, um eine Beschwerdelegitimation der betroffenen Ärzte zu begründen. Im Spitalbereich seien es die Spitäler, welche berechtigt seien, ihre Leistungen gegenüber der Krankenversicherung und dem Kanton abzurechnen, nicht jedoch die bei den Spitälern tätigen Ärzte. Leistungsaufträge würden durch den Kanton an die Spitäler erteilt. Die dort tätigen Ärzte seien durch entsprechende Entscheide des Kantons beziehungsweise die Leistungsaufträge und deren Ausgestaltung nur indirekt betroffen. Massnahmen im Bereich der Sozialversicherungen seien im Übrigen weitestgehend der Wirtschaftsfreiheit entzogen. Ärzte hätten keinen Anspruch darauf, zulasten der Krankenversicherung Leistungen zu er-

bringen oder an einem Spital tätig zu sein, welches seine Leistungen zulasten der Krankenversicherung und dem Kanton abrechne. Es sei nicht Sache des Kantons, dafür zu sorgen, dass Operateure tatsächlich zur Operationstätigkeit in bestimmten Spitälern zugelassen seien. Vielmehr sei es Aufgabe des fraglichen Spitals als Arbeit- beziehungsweise Auftraggeber, die konkret anfallenden Operationen so auf seine Operateure zu verteilen, dass diese die Mindestfallzahlen erreichten. Insofern könne es keine Rolle spielen, ob die Nichterteilung eines Leistungsauftrags an sich oder bloss die Ausgestaltung eines bereits bestehenden Leistungsauftrags durch einen Arzt im Angestellten- oder Auftragsverhältnis bemängelt beziehungsweise angefochten werde. Ein an einem Listenspital tätiger Arzt habe folglich kein schutzwürdiges Interesse daran, dass mit dem Leistungsauftrag an das Spital zusammenhängende Qualitätsanforderungen aufgehoben oder abgeändert würden. Es fehle mithin die materielle Beschwer im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG.

3.5.3 Vorliegend richtet sich die Beschwerde gegen einen Spitallistenbeschluss. Ein solcher entfaltet keine unmittelbare Rechtswirkungen gegenüber einzelnen (Spital-)Ärztinnen und Ärzten, sondern nur gegenüber den Spitälern, die auf der Liste aufgeführt sind oder welchen die Aufnahme auf die Liste verweigert wird (BVGE 2012/9 E. 3.2.5 mit Hinweisen). Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG macht die Zulassung eines Spitals zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) davon abhängig, dass es auf der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten kantonalen Spitalliste aufgeführt ist. Die vom betreffenden Spital angestellten Ärztinnen und Ärzte sind nicht unmittelbar durch einen Spitallistenbeschluss bezüglich ihres Arbeitgebers betroffen. Zwar sind Anordnungen gegenüber den Spitälern geeignet, Wirkungen gegenüber den angestellten Ärztinnen und Ärzten zu entfalten. Dies genügt aber nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, welches diesbezüglich die Rechtsprechung des Bundesrates (vgl. BRE vom 23. Juni 1999 betreffend Gemeinsame Spitalliste der Kantone Basel Stadt und Basel-Landschaft) weitergeführt hat, nicht, um eine Beschwerdelegitimation von angestellten Ärztinnen und Ärzten, die den ihren Arbeitgeber betreffenden Spitallistenentscheid anfechten wollen, zu begründen (Urteil des BVGer C-426/2012, C-452/2012 vom 5. Juli 2013 E. 1.4.3; vgl. auch Urteile des BVGer C-5804/2013 vom 20. Februar 2014 und C-1570/2016 vom 31. März 2016).

3.5.4 Nicht anders verhält es sich, wenn nicht die Erteilung beziehungsweise die Verweigerung eines Leistungsauftrags im Streit liegt, sondern

wenn wie hier mit erteilten Leistungsaufträgen verbundene Nebenbestimmungen umstritten sind. Die vorinstanzliche Anordnung, dass Eingriffe in den Leistungsgruppen GYNT und GYN2 nur noch von Operateurinnen oder Operateuren durchgeführt werden dürfen, die in der Vergangenheit eine gewisse Anzahl solcher Eingriffe durchgeführt haben bzw. über eine bestimmte fachliche Qualifikation verfügen müssen, konkretisieren die mit dem Beschluss festgelegten Rechte und Pflichten bzw. die Modalitäten der an die Spitäler erteilten Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen GYNT und GYN2 (vgl. dazu Zwischenverfügung des BVGer C-4231/2017 vom 28. November 2017 E. 1.4 mit Hinweisen auf TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 28 Rz. 90; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 906 ff. mit Hinweisen). Wie der Beschwerdeführer vorbringt, knüpfen diese Nebenbestimmungen zwar an seiner Tätigkeit bzw. seiner Qualifikation an, sie richten sich aber an die Leistungserbringer, das heisst an die Spitäler, denen der Kanton einen Leistungsauftrag im Rahmen der OKP erteilt hat. Diese sind laut Ziffer 19 des Anhangs «Generelle Anforderungen» dazu verpflichtet, die Verfügbarkeit von Operateurinnen und Operateuren mit entsprechender Zulassung, das heisst solche, welche die Anforderungen an die Mindestfallzahlen erfüllen, sicherzustellen. So sind auch die Spitäler dafür verantwortlich, der Gesundheitsdirektion zu melden, welche Operateurinnen und Operateure welche Behandlungen in den Leistungsgruppen mit Mindestfallzahlen durchgeführt haben (Ziffer 30 Anhang «Generelle Anforderungen»). In der Leistungsgruppe GYNT sind die Spitäler überdies dafür verantwortlich, nur Fachärztinnen und Fachärzte mit Facharzttitel Gynäkologie und Geburtshilfe mit dem Schwerpunkttitel gynäkologische Onkologie als verantwortliche Operateurinnen bzw. Operateure einzusetzen.

3.5.5 Zwar kann sich die Nichterteilung eines Leistungsauftrags an ein Spital oder, wie hier, die Verbindung eines Leistungsauftrags mit Nebenbestimmungen auf die Berufsausübung der angestellten Ärztinnen und Ärzte auswirken. Dies ist jedoch im Sinne der bisherigen Rechtsprechung, die wie erwähnt einen strengen Massstab ansetzt, lediglich als mittelbare Auswirkung eines Spitallistenbeschlusses zu betrachten. Denn der angefochtene Spitallistenbeschluss hat weder die Zulassung eines einzelnen Spitalarztes zur Berufsausübung noch die Zulassung zur Tätigkeit zulasten der Grundversicherung nach KVG zum Gegenstand. Bei der Durchführung der sozialen Krankenversicherung gemäss Art. 35 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. h i.V.m. Art. 39 Abs. 1 KVG tritt nur das Spital – und nicht die dort praktizierenden, angestellten Ärztinnen und Ärzte beziehungsweise die Belegärz-

tinnen und Belegärzte – als Leistungserbringer auf und ist zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung tätig (vgl. Urteil des BVGer C-426/2012, C-452/2012 vom 5. Juli 2013 E. 1.4.3; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts K 3/05 vom 24. Oktober 2005 E. 5). Die Vorinstanz weist in ihrer Vernehmlassung zu Recht darauf hin, dass im Spitalbereich die Listenspitäler berechtigt sind, ihre Leistungen gegenüber den Krankenversicherern und den Kantonen abzurechnen, und nicht der einzelne vom Spital angestellte Arzt. Soweit die Gesundheitsdirektion in dem Sinn verstanden werden könnte, dass sie Zulassungen an einzelne Ärztinnen und Ärzte für die operative Tätigkeit in den Leistungsgruppen mit Mindestfallzahlen erteile (Ziffer 20 und 32), ist klarzustellen, dass dies im Rahmen eines Spitallistenbeschlusses nur als Kontrollinstrument betreffend den dem Listenspital erteilten Leistungsauftrag erfolgen kann. Da dem Beschwerdeführer damit durch den angefochtenen Beschluss kein unmittelbarer Nachteil entsteht, genügen die von ihm vorgebrachten wirtschaftlichen Interessen (berufliches Fortkommen) als mittelbarer Nachteil alleine nicht, um die für eine Drittbeschwerde notwendige Beziehungsnähe zu begründen. Überdies kann sich der Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als vom Spital angestellter Arzt auch nicht auf einen Anspruch berufen, zulasten der OKP tätig zu sein (vgl. Urteil des BVGer C-426/2012, C-452/2012 vom 5. Juli 2013 E. 1.4.3; BGE 138 II 398 E. 3.9.2; 132 V 6 E. 2.5.2). Weiter vermag der Beschwerdeführer seine Beschwerdelegitimation auch nicht aus Art. 6 Abs. 1 EMRK abzuleiten, fallen doch Spitallistenbeschlüsse nicht in dessen Anwendungsbereich (BGE 132 V 6 E. 2.5 und 2.6; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 218 Rz. 218).

3.5.6 Schliesslich kann der Beschwerdeführer auch aus der geltend gemachten Grundrechtsbindung des Kantons nichts zu seinen Gunsten ableiten. Er legt denn auch nicht weiter dar, inwiefern er seine Beschwerdelegitimation auf die angerufene Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV abstützen könnte. Weitere Erwägungen dazu erübrigen sich daher.

3.6 Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass ein Leistungsauftrag – inklusive Nebenbestimmungen – zur Tätigkeit zulasten der OKP ein Rechtsverhältnis zwischen Kanton und dem Spital als Leistungserbringer begründet, nicht aber zwischen Kanton und Spitalärztinnen und Spitalärzten, was namentlich auch für die umstrittenen Mindestfallzahlen pro Operateurin und Operateur sowie die Anforderungen an die fachliche Qualifikation der verantwortlichen Operateurinnen und Operateuren gilt. Es fehlt damit sowohl an der Voraussetzung der formellen als auch der materiellen Beschwer im Sinn von Art. 48 Abs. 1 VwVG, weshalb der Beschwerdeführer nicht zur

Beschwerdeführung legitimiert ist. Auf das Rechtsmittel ist deshalb nicht einzutreten.

4.

4.1 Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind vorliegend auf CHF 3‘000.– festzusetzen und dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

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

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) unzulässig. Das vorliegende Urteil ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Der Betrag wird dem Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahladresse)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. RRB 746/2017; Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Franziska Schneider	Michael Rutz

Versand: