

Anonymisierte Fassung

**Auszug aus dem Protokoll
des Regierungsrates des Kantons Zürich**

Sitzung vom 10. April 2019

**339. Aufsichtseingabe des Schweizerischen Vereins Balgrist
(Stellungnahme)**

A. Mit Beschluss vom 24. August 2016 legte der Regierungsrat die Zürcher Spitallisten 2012 Akutsomatik, Rehabilitation und Psychiatrie (Änderung und Anpassung ab 1. Januar 2017) fest (RRB Nr. 799/2016). Damit erteilte er unter anderem dem Universitätsspital Zürich einen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe BEW9 Knochentumore, vorläufig befristet bis 31. Dezember 2017. Dies erfolgte zusätzlich zum bisherigen Leistungsauftrag der Universitätsklinik Balgrist, die bis dahin allein über einen solchen Leistungsauftrag für die Behandlung von Knochentumoren bei Erwachsenen verfügt hatte. Mit Beschluss vom 23. August 2017 legte der Regierungsrat die Zürcher Spitallisten 2012 Akutsomatik, Rehabilitation und Psychiatrie (Änderungen ab 1. Januar 2018) fest und bestimmte in Bezug auf den Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe BEW9 Knochentumore, dass die Befristung aufgehoben und dem Universitätsspital Zürich der Leistungsauftrag unbefristet erteilt werde (RRB Nr. 746/2017). Die Erteilung dieses Leistungsauftrags an das Universitätsspital Zürich wurde beide Male nicht angefochten und ist rechtskräftig.

B. Am 14. November 2016 wandte sich die Präsidentin des Vereins Balgrist an den Ombudsmann und bemängelte den Umgang der Gesundheitsdirektion mit dem Balgrist. Nach zahlreichen Gesprächen und umfangreicher Korrespondenz und nachdem der Ombudsmann am 18. Oktober 2017 und am 23. Februar 2018 zuhanden der Gesundheitsdirektion je eine schriftliche Empfehlung im Sinne von § 93 lit. c des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VRG, LS 175.2) betreffend Beantwortung von Fragen und Herausgabe von Unterlagen erlassen hatte, erliess der Ombudsmann am 31. August 2018 eine weitere schriftliche Empfehlung im Sinne von § 93 lit. c VRG, worin er im Wesentlichen die Mitwirkung der Gesundheitsdirektion im Verfahren vor dem Ombudsmann und die Erteilung des Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe BEW9 Knochentumore an das Universitätsspital Zürich bemängelte. Diese Empfehlung wurde unter anderen auch dem Regierungsrat und der Geschäftsleitung des Kantonsrates zugestellt. Mit Schreiben vom 27. September 2018 nahm der Regierungsrat dazu gegenüber dem Ombudsmann Stellung.

C. Mit Eingabe vom 2. Oktober 2018 reichte der Schweizerische Verein Balgrist bei der Geschäftsleitung des Kantonsrates eine Aufsichtseingabe ein. Er stellte folgende Begehren:

- «1. Es sei festzustellen, dass sich der Beaufichtigte bei der befristeten und unbefristeten Erteilung des Leistungsauftrags BEW9 an das Universitätsspital Zürich (RRB Nr. 799 vom 24. August 2016 und RRB Nr. 746 vom 23. August 2017) mehrfach widerrechtlich verhalten hat.
2. Dem Beaufichtigten sei zu empfehlen, die unbefristete Erteilung des Leistungsauftrags BEW9 an das Universitätsspital Zürich zu widerrufen.
3. Dem Beaufichtigten sei zu empfehlen, seine Aufsichtsfunktionen auszuüben, insbesondere gegenüber der Gesundheitsdirektion.
4. Dem Beaufichtigten sei zu empfehlen, in Wahrnehmung seiner Aufsichtsfunktion bei der Gesundheitsdirektion auf eine Verhaltensänderung gegenüber dem Balgrist einzuwirken und insbesondere jegliche Ungleichbehandlung und Diskriminierung von Balgrist zu unterlassen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten des Beaufichtigten.»

D. Mit Schreiben vom 27. November 2018 gelangte die Geschäftsprüfungskommission, der das Geschäft zur abschliessenden Erledigung zugewiesen worden war, an den Regierungsrat und unterbreitete ihm verschiedene Fragen. Diese beantwortete der Regierungsrat mit Schreiben vom 19. Dezember 2018 (RRB Nr. 1272/2018).

E. Am 22. Februar 2019 lud die Subkommission «Aufsichtseingaben Leistungsaufträge» der Geschäftsprüfungskommission den Gesundheitsdirektor und Regierungspräsidenten zu einer Anhörung ein. Anlässlich dieser Anhörung vom 28. Februar 2019 nahmen dieser und eine Vertretung der Gesundheitsdirektion sowie die Staatsschreiberin Stellung zur Aufsichtseingabe und beantworteten zahlreiche Fragen.

F. Mit Schreiben vom 11. März 2019 lud die Geschäftsprüfungskommission den Regierungsrat zur schriftlichen Stellungnahme zur Aufsichtseingabe ein.

Auf Antrag der Staatskanzlei

beschliesst der Regierungsrat:

I. Schreiben an die Geschäftsprüfungskommission des Kantonsrates:

Wir beziehen uns auf Ihre Einladung vom 11. März 2019, zur Aufsichtseingabe 18.011 Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für diese Gelegenheit und stellen folgenden

Antrag:

Der Aufsichtseingabe sei keine Folge zu leisten.

Begründung:

A. Allgemeines

1. Vorab verweisen wir auf die Ausführungen in unserem Schreiben vom 19. Dezember 2018, womit wir Ihre Fragen im Zusammenhang mit der Erteilung von Leistungsaufträgen beantwortet haben. Diese Ausführungen gelten nach wie vor, weshalb darauf verwiesen werden kann, ohne dass sie hier zu wiederholen sind.

2. Nach zürcherischem Recht ist die Aufsichtsbeschwerde (im vorliegenden Fall als «Aufsichtseingabe» bezeichnet) ein formloser Rechtsbehelf, der es der Oberbehörde erlaubt, das Handeln der unteren Behörde zu überprüfen (Martin Bertschi, in Kommentar VRG, 3. Auflage, Zürich 2014, Vorbemerkungen zu §§ 19–28a N. 61). Ein Anspruch auf förmlichen Entscheid besteht nicht (Bertschi, a. a. O., Vorbemerkungen zu §§ 19–28a N. 62). Die Aufsichtsbehörde übt beim Einschreiten kraft Aufsichtsrechts allgemein Zurückhaltung. Nach konstanter Praxis der Gerichts- und der Verwaltungsbehörden sind die Voraussetzungen für ein aufsichtsrechtliches Eingreifen nur dann gegeben, wenn klares Recht oder wesentliche öffentliche Interessen missachtet worden sind (Bertschi, a. a. O., Vorbemerkungen zu §§ 19–28a N. 81 mit zahlreichen Hinweisen). Bei einfachen Rechtsverletzungen oder unzweckmässiger Ermessensausübung darf die Aufsichtsbehörde nicht einschreiten (Bertschi, a. a. O., Vorbemerkungen zu §§ 19–28a N. 81). Allgemein ist aufsichtsrechtliches Einschreiten nicht zulässig, soweit ihm schützenswerte, in der Interessenabwägung überwiegende Rechtspositionen entgegenstehen (Bertschi, a. a. O., Vorbemerkungen zu §§ 19–28a N. 81).

B. Materielles

I. Grundsätzliches

1. Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Vergabe von Leistungsaufträgen

Der Regierungsrat hat die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung zu gewährleisten (Art. 60 und 113 KV [LS 101]). Im stationären Bereich hat er dazu nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10) den Spitalern Leistungsaufträge zu erteilen (Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG; §§ 4–7 Spitalplanungs- und -finanzierungsgesetz [SPFG, LS 813.20]). Leistungsaufträge werden in der Praxis pro Leistungsgruppe grundsätzlich an mindestens zwei Leistungserbringer vergeben, um eine stabile, qualitativ hochstehende Gesundheitsversorgung der Bevölkerung jederzeit bzw. auch bei unvorhergesehenen Ausfällen oder Kapazitätsengpässen einer der beauftragten Institutionen sicherzustellen. Damit ein Spital bei bestehendem Bedarf für eine bestimmte Leistungsgruppe einen Leistungsauftrag zugesprochen erhält, muss es den entsprechenden Qualitätsanforderungen genügen (vgl. § 5 Abs. 1 SPFG). Besteht ausnahmsweise ein «Monopol-Leistungsauftrag», hat der beauftragte Leistungserbringer noch erhöhte Anforderungen zu erfüllen: Er muss sämtliche mit dem Leistungsauftrag verbundenen Leistungen jederzeit und ohne Zweifel erbringen können. Dies ist auf den Umstand zurückzuführen, dass Patientinnen und Patienten bzw. Zuweiserinnen und Zuweiser bei einem einzigen gelisteten Leistungserbringer keine gesicherten Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung haben. Liegen dem Regierungsrat Hinweise vor, dass ein Listenspital einen bestehenden Leistungsauftrag nicht oder nicht mit der erforderlichen Qualität erfüllen kann, hat er diesen Hinweisen nachzugehen und bei Bedarf geeignete Massnahmen zu treffen. Er hat zu gewährleisten, dass eine ausreichende, den Qualitätsanforderungen genügende Versorgung im fraglichen Leistungsbereich bzw. in der fraglichen Leistungsgruppe jederzeit allgemein sichergestellt ist. Dazu stehen ihm verschiedene Möglichkeiten offen: So kann er beispielsweise dem betreffenden Spital Auflagen machen (regelmässiges Reporting, externes Controlling, Überarbeitung der Prozesse mit externen Experten usw.), den Leistungsauftrag einschränken oder diesen ganz entziehen. Insbesondere, wenn für die fragliche Leistungsgruppe nur ein einziges Spital über einen Leistungsauftrag verfügt, ist der Regierungsrat gehalten, rasch die geeigneten Massnahmen zu treffen, um eine drohende Versorgungslücke zu verhindern.

Sowohl bei Vergabe, Einschränkung, Entzug oder Verweigerung eines Leistungsauftrags als auch bei der Anordnung von Sanktionen gegenüber einem Spital infolge Schlecht- oder Nichterfüllung eines Leistungsauftrags hat sich der Regierungsrat bzw. die zuständige Direktion – wie bei jeglichem anderen Verwaltungshandeln – an die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit zu halten. Die Massnahmen müssen im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Zu beachten sind des Weiteren der Grundsatz von Treu und Glauben, das Willkürverbot und das Rechtsmissbrauchsverbot. Den Verfahrensbeteiligten und weiteren Personen mit schutzwürdigem Interesse ist das rechtliche Gehör zu gewähren. Konkurrenten sind rechtsgleich zu behandeln.

Wurde bis anhin für eine Leistungsgruppe nur ein Leistungsauftrag vergeben und ist infolge konkreter Hinweise zu befürchten, dieser könne durch das betreffende Spital nicht oder nicht mehr gehörig erfüllt werden, kann mit der Erteilung eines Leistungsauftrags an ein weiteres geeignetes Spital die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung im fraglichen Bereich sichergestellt werden. Von der Erteilung eines Leistungsauftrags an ein anderes Spital ist ein Leistungserbringer, auch wenn er bis anhin der einzige mit entsprechendem Leistungsauftrag war, nicht direkt betroffen. Ein Spital hat nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung kein schutzwürdiges Interesse an der Erteilung oder Nichterteilung eines Leistungsauftrags an ein anderes Spital. Insbesondere hat ein Spital keinen «Alleinstellungsanspruch», also keinen Anspruch, als einziges Spital mit einem Leistungsauftrag für die fragliche Leistungsgruppe auf der Spitalliste geführt zu sein. Beschwerden von Spitälern zur Erteilung von Leistungsaufträgen durch den Kanton (Regierungsrat) im Rahmen der Spitalliste sind nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung nur zulässig, wenn ihnen eigene Leistungsaufträge gekürzt, entzogen oder verweigert werden. Die Leistungsaufträge Dritter sind für sie nicht anfechtbar (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-5630/2017 vom 16. Mai 2018, E. 3.4, mit Hinweisen auf andere Urteile; Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Soziale Sicherheit, 3. Auflage, 2016, Rz. 865). Ein Spital hat folglich auch keinen Anspruch auf Begründungen und Erläuterungen zu Leistungsaufträgen an Konkurrenten und damit in diesem Zusammenhang mangels Verfahrensbeteiligung und schutzwürdigen Interesses auch keinen Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne eines Anspruchs auf Stellungnahme oder Akteneinsicht. Soweit es um die Kürzung, den Entzug oder die Verweigerung eines eigenen Leistungsauftrags geht, ist das betreffende Spital Verfahrensbeteiligter und in seinen schutzwürdigen Interessen betroffen; das rechtliche Gehör ist diesfalls vollumfänglich zu gewähren.

2. Definition der Leistungsgruppen

Die Leistungsgruppen definieren sich über die ihnen zugewiesenen CHOP-/ICD-Codes, welche die einzelnen Behandlungen bzw. Eingriffe umschreiben (Zuteilungen der medizinischen Leistungen zu den Spitalplanungs-Leistungsgruppen [SPLG Version 2019.1], https://gd.zh.ch/internet/gesundheitsdirektion/de/themen/behoerden/spitalplanung_leistungsgruppen/leistungsgruppen.html). Die Codes werden durch den Bund (Bundesamt für Statistik) bzw. die WHO erlassen und jährlich bzw. zweijährlich angepasst. Die erstmalige Definition der Leistungsgruppen mit Zuweisung der CHOP-/ICD-Codes erfolgte im Jahr 2012 durch den Regierungsrat; seither vollzieht die Gesundheitsdirektion (GD) die auf eidgenössischer bzw. internationaler Ebene erfolgten Änderungen und nimmt die entsprechenden Anpassungen bei der Definition der Leistungsgruppen vor.

II. Leistungsaufträge für die Leistungsgruppe BEW9 Knochentumore

1. Sachverhalt

Im Jahr 2016 war auf der Zürcher Spitalliste Akutsomatik (Version 2016.1; gültig ab 1. Januar 2016) neben dem Kinderspital Zürich nur die Universitätsklinik Balgrist mit einem eigenständigen Leistungsauftrag für die Leistungsgruppe BEW9 Knochentumore aufgeführt. Gemäss Fussnote a auf der Spitalliste war aber auch das Universitätsspital Zürich (USZ) bereits seit 1. Januar 2012 in Kooperation mit der Universitätsklinik Balgrist zur Leistungserbringung in BEW9 zugelassen. Dieser Leistungsauftrag an das USZ ist deshalb zwingend, weil lediglich das USZ – anders als die Universitätsklinik Balgrist – über eine Intensivstation, die auch hochkomplexe Fälle behandeln kann, und weitere fallweise notwendige Fachspezialistinnen und -spezialisten verfügt. Je nach Art und Schwere des Eingriffs muss bei Knochentumoren eine entsprechende Intensivstation zur Verfügung stehen und sind direkt abrufbare ergänzende, in der Universitätsklinik Balgrist nicht vorhandene Fachdisziplinen einzubeziehen. Bei solch komplexen Ausgangslagen operierte dann jeweils die Knochentumorspezialistin oder der Knochentumorspezialist am USZ in Kooperation mit der Universitätsklinik Balgrist.

Knochentumore, die von der Leistungsgruppe BEW9 erfasst werden, sind seltene Tumore, auf deren (äusserst komplexe) Behandlung im Kanton Zürich nur wenige Chirurgeninnen und Chirurgen spezialisiert sind. Einer davon ist Prof. Dr. X., der bis 2016 an der Universitätsklinik Balgrist angestellt und tätig war.

Anlässlich des Jahresgesprächs vom 5. Juli 2016 zwischen der Universitätsklinik Balgrist und der GD informierten die Vertreterin und der Vertreter der Universitätsklinik Balgrist (Rita Fuhrer, Präsidentin Verein Balgrist; Dr. U., Spitaldirektor) über die Entlassung von Prof. X. Sie erklärten, die Universitätsklinik Balgrist wolle den Leistungsauftrag für BEW9 beibehalten und sei in der Lage, diesen weiterhin zu erfüllen. Die klinische Tätigkeit von Prof. X. habe zu keinen Klagen Anlass gegeben, die Entlassung habe andere Gründe (Einbindung in die Betriebsphilosophie des Balgrists). Einem Wechsel von Prof. X. an ein anderes Spital stelle sich die Universitätsklinik Balgrist nicht in den Weg. Die GD nahm dies zur Kenntnis.

Mitte Juli 2016 ging bei der GD ein Kostengutsprachegesuch betreffend eine Operation an einem Knochentumorpatienten in einem Spital ohne Zürcher Leistungsauftrag ein. Im Zuge der Abklärung der GD, ob dieser Fall nicht von der Universitätsklinik Balgrist übernommen werden könnte, machten Mitglieder des Sarkomboards geltend, dass die Durchführung dieses komplexen Eingriffs in der erforderlichen Qualität an der Universitätsklinik Balgrist infrage gestellt sei, da der auf entsprechende Eingriffe spezialisierte Prof. X. keine neuen Patientinnen und Patienten mehr annehme bzw. der betroffene Patient von ihm nicht operiert werden könne. Der Nachfolger von Prof. X. an der Universitätsklinik Balgrist, Dr. Y., sei zwar ein guter Operateur, seine «Ausbildung» sei aber noch nicht abgeschlossen. Unter diesen Voraussetzungen und nach Erfüllung sämtlicher durch die GD gemachten Auflagen (Fallbesprechung am Sarkomboard, Offenlegung der Empfehlung an die Familie, gleicher Tarif wie Universitätsklinik Balgrist) erteilte die GD im eingangs genannten Fall ausnahmsweise eine Kostengutsprache. Infolge der Verunsicherung im Sarkomboard, der Unklarheit bezüglich lückenloser Gewährleistung der Versorgung in BEW9 sowie der – wie sich aufgrund des aktuellen Falls zeigte – unbefriedigenden Lösung eines «Monopol-Leistungsauftrags» in BEW9 entschied sich die GD, nach telefonischer Vorabklärung und dann formell mit Schreiben vom 29. Juli 2016, das USZ anzufragen, ob es bereit und in der Lage wäre, einen eigenständigen Leistungsauftrag in BEW9 zu übernehmen und mit der erforderlichen Qualität zu erfüllen. Das USZ erklärte in der Folge mit Schreiben vom 3. August 2016 seine Bereitschaft dazu unter der Leitung von Prof. Dr. Z. Für den eigentlichen chirurgischen Eingriff am Tumor sicherte sich das USZ die Mitarbeit des von der Universitätsklinik Balgrist entlassenen Spezialisten Prof. X.

Bereits mit Schreiben vom 20. Juli 2016 hatte die GD die Universitätsklinik Balgrist unter Berufung auf die kritischen Hinweise Dritter er sucht, darzulegen, wie sie den Leistungsauftrag in BEW9 künftig in der geforderten Qualität erfülle. Die Befähigung sämtlicher für den fraglichen Eingriff zur Verfügung stehenden Ärztinnen und Ärzte sei aufgrund ihres Curriculums und unter Auflistung der von diesen selbstständig mit und ohne Supervision operierten Fälle mit Knochentumoren darzulegen. Aufgrund der entsprechenden Angaben beabsichtigte die GD, zu beurteilen, ob der Leistungsauftrag BEW9 bei der Universitätsklinik Balgrist belassen werden konnte oder ob dem Regierungsrat dessen Entzug zu beantragen war. Prof. Dr. W., damaliger Ärztlicher Direktor der Universitätsklinik Balgrist, sicherte daraufhin in einer ausführlichen Stellungnahme vom 25. Juli 2016 die Qualität der Erfüllung des Leistungsauftrags BEW9 mit dem neuen Leiter der Tumorsprechstunde, Dr. Y., zu und legte dessen Curriculum Vitae bei. Die GD vertraute grundsätzlich auf die Einschätzung und Zusicherung von Prof. W. Sie erachtete es in der Folge nicht als notwendig, dem Regierungsrat zu beantragen, der Universitätsklinik Balgrist den Leistungsauftrag BEW9 zu entziehen.

Da sie – insbesondere unter Berücksichtigung der Ereignisse rund um die Entlassung des bisherigen Fachspezialisten durch die Universitätsklinik Balgrist – die Versorgungslage in der Leistungsgruppe BEW9 aber insgesamt als instabil erachtete, solange die Versorgung nur durch einen Leistungserbringer sichergestellt wurde, und weil mit dem USZ als langjährigem Kooperationspartner der Universitätsklinik Balgrist ein zweiter geeigneter Leistungserbringer zur Verfügung stand, beantragte die GD dem Regierungsrat die Erteilung eines zusätzlichen selbstständigen Leistungsauftrags in BEW9 an das USZ. Der Regierungsrat folgte dem Antrag der GD und erteilte dem USZ einen entsprechenden Leistungsauftrag, ohne der Universitätsklinik Balgrist deren Leistungsauftrag in BEW9 zu beschränken oder zu entziehen (RRB Nr. 799/2016).

2. Sachverhaltsabklärungen durch die GD

Die GD tätigte ihre Abklärungen, die am Ende zur Aufrechterhaltung des Leistungsauftrags der Universitätsklinik Balgrist und zu einer zusätzlichen Erteilung eines Leistungsauftrags an das USZ durch den Regierungsrat führten, mit der grösstmöglichen Sorgfalt und nach bestem Wissen und Gewissen. Dass die Erteilung des Leistungsauftrags an das USZ zeitlich parallel zur Einholung der Stellungnahme der Universitätsklinik Balgrist aufgegleist wurde, war auf den Umstand zurückzuführen, dass die GD aufgrund der beim Balgrist eingetretenen Entwicklungen keine Zeit verlieren durfte und sie die Beantragung eines zweiten selbst-

ständigen Leistungsauftrags für BEW9 beim Regierungsrat zur Sicherstellung der Versorgungslage ohnehin für notwendig hielt. Dies erfolgte unabhängig davon, wer konkret die Leistungserbringer waren. Ausserdem wäre wegen der instabilen Versorgungslage die rechtzeitige Aufgleisung eines Leistungsauftrags an ein anderes Spital umso dringender gewesen, wenn sich herausgestellt hätte, dass die erforderliche Qualität in der Leistungsgruppe BEW9 durch die Universitätsklinik Balgrist tatsächlich nicht gewährleistet gewesen wäre.

3. Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Universitätsklinik Balgrist

Im Verfahren betreffend Erteilung eines Leistungsauftrags an einen anderen Leistungserbringer besteht, wie ausgeführt, kein Anspruch eines Konkurrenten auf rechtliches Gehör, Akteneinsicht, Stellungnahme, Begründung oder Erläuterung. Die GD war daher nicht verpflichtet, die Universitätsklinik Balgrist bezüglich Erteilung des Leistungsauftrags an das USZ vorgängig anzuhören. Der Universitätsklinik Balgrist wurde Gelegenheit gegeben, ausführlich zum eigenen Leistungsauftrag in BEW9 und zu dessen Erfüllung Stellung zu nehmen. Aus der Stellungnahme ergab sich, dass die Universitätsklinik Balgrist am entsprechenden Leistungsauftrag festhalten wollte. Da die GD nach Beurteilung der Stellungnahme der Universitätsklinik Balgrist zum Schluss kam, der Leistungsauftrag der Universitätsklinik Balgrist in BEW9 sei zu diesem Zeitpunkt weder einzuschränken noch zu entziehen, und dem Regierungsrat auch nichts Derartiges beantragte, weil dem impliziten Antrag der Universitätsklinik Balgrist auf uneingeschränkte Beibehaltung des bisherigen Leistungsauftrags also vollumfänglich entsprochen wurde, war die erneute Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht angezeigt. Das damalige weitere Vorgehen der GD und in der Folge des Regierungsrates zeigt damit, dass der Universitätsklinik Balgrist – entgegen der Behauptung des damaligen Ombudsmanns und der Universitätsklinik Balgrist (Aufsichtseingabe, Rz. 14) – nicht nur «pro forma» das rechtliche Gehör gewährt wurde. Im Gegenteil: Ihre Stellungnahme wurde umfassend beurteilt, auf die Zusicherungen der Klinik wurde vertraut und dem impliziten Antrag der Universitätsklinik Balgrist auf uneingeschränkte Beibehaltung des Leistungsauftrags wurde ganz in ihrem Sinne gefolgt. Die Verfahrensrechte der Universitätsklinik Balgrist wurden folglich ohne Einschränkung gewährt.

4. Verlauf des von der Universitätsklinik Balgrist initiierten Ombudsverfahrens und Empfehlungen des Ombudsmanns vom 31. August 2018

Im Nachgang zum RRB Nr. 799/2016 kam es zwischen der Universitätsklinik Balgrist (Rita Fuhrer, Prof. W., Dr. U.) und dem Gesundheitsdirektor sowie dem Generalsekretär der GD zu einem schriftlichen Austausch und persönlichen Gesprächen. Die Universitätsklinik Balgrist wollte den Beschluss des Regierungsrates und den dem USZ erteilten Leistungsauftrag in BEW9 nicht hinnehmen. Sie verzichtete aber darauf, den RRB beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten. Es kann offengelassen werden, ob dies darauf zurückzuführen ist, dass sich die Universitätsklinik Balgrist bewusst war, dass sie nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung kein schutzwürdiges Interesse an der Nichterteilung eines Leistungsauftrags an ein anderes Spital hatte und daher vor Bundesverwaltungsgericht mit ihrer Beschwerde wohl unterliegen würde.

Gleichzeitig erhoben die Vertreter der Universitätsklinik Balgrist, Prof. W. und Dr. U., in einem Schreiben an den Generalsekretär der GD unhaltbare Vorwürfe, wobei sie sich auch in der Tonalität vergriffen. Sie drohten dem Generalsekretär mit aufsichtsrechtlichen und strafrechtlichen Klagen. Die GD ihrerseits legte den Vertretern der Universitätsklinik Balgrist wiederholt schriftlich und mündlich die Gründe für die Erteilung eines selbstständigen Leistungsauftrags in BEW9 an das USZ und die uneingeschränkte Belassung des Leistungsauftrags in BEW9 bei der Universitätsklinik Balgrist dar.

Die Universitätsklinik Balgrist zeigte weiterhin kein Verständnis für das mit Blick auf eine stabile Versorgungslage gebotene Handeln der GD und wandte sich an den damaligen Ombudsmann, Thomas Faesi. Dieser traf sich in besagter Angelegenheit am 13. Januar 2017 mit dem Gesundheitsdirektor zu einem bilateralen Gespräch. Der damalige Ombudsmann bat die GD um Prüfung, ob gegenüber der Universitätsklinik Balgrist schriftlich zugesichert werden könnte, dass der Leistungsauftrag ab 2018 wieder ausschliesslich bei der Universitätsklinik Balgrist liege. Gleichzeitig setzte sich der damalige Ombudsmann auch mit dem USZ in Verbindung und versuchte, auf die Entscheidsträger des USZ einzuwirken («Wäre das USZ bereit, gegenüber der GD zu erklären, dass es auf die Weiterführung des Leistungsauftrags im Jahr 2018 verzichte?»), mit dem Ziel, den Entscheid der GD «positiv mitzubeeinflussen». Der Gesundheitsdirektor legte dem damaligen Ombudsmann mit E-Mail vom 11. Februar 2017 noch einmal ausführlich die Sach- und Rechtslage zur Erteilung des Leistungsauftrags BEW9 an USZ und Universitätsklinik Balgrist dar und teilte mit, die vom damaligen Ombudsmann erbetene Erklä-

rung gegenüber der Universitätsklinik Balgrist könne nicht erfolgen. In der Folge entwickelte sich ein Schriftverkehr zwischen dem damaligen Ombudsmann und der GD, aufgrund dessen die GD je länger je mehr davon ausgehen durfte, der damalige Ombudsmann habe einseitig zugunsten der Universitätsklinik Balgrist Partei ergriffen und setze sich – im Widerspruch zur klaren Sach- und Rechtslage – ausschliesslich für die Durchsetzung von deren (rechtlich nicht geschützten) Interessen ein. Dies führte zu einem Vertrauensverlust der GD in den damaligen Ombudsmann und dessen Tätigkeit. Sie beantwortete dennoch seinen für die Klärung der konkreten Problemstellung (rechtskonforme Vergabe des eigenständigen Leistungsauftrags BEW9 an das USZ) sehr ausführlichen Fragenkatalog. Bei der Zustellung der Akten musste sie sich aber Zurückhaltung auferlegen, dies zum Schutze von Patientinnen und Patienten und von Mitgliedern des Sarkomboards. Dass diese Vorsichtsmassnahme notwendig war, bestätigte dann in der Folge bereits der erste Satz der Empfehlungen des damaligen Ombudsmanns vom 31. August 2018 (vgl. Ziff. 1 Ausgangslage, Rz. 1), in welcher der vom Balgrist entlassene Sarkomspezialist Prof. X. namentlich genannt wird und ihm vom damaligen Ombudsmann ungenügende Leistungen unterstellt werden (die Universitätsklinik Balgrist selbst hat die Entlassung gegenüber der GD ganz anders begründet). Dadurch und durch die Streuung der Empfehlungen an einen Adressatenkreis (vgl. Verteiler in Ziff. 5 der Empfehlungen des Ombudsmanns) ausserhalb der am Ombudsverfahren beteiligten Kreise (direkt beteiligt waren nur die Universitätsklinik Balgrist und die GD) stellt sich die Frage, ob der damalige Ombudsmann damit die Persönlichkeitsrechte von Dritten verletzte. Vorrangige Aufgabe des Ombudsmanns ist der Schutz von Privatpersonen vor unzulässigem staatlichem Handeln. Gerade diese zentrale Funktion des damaligen Ombudsmanns ist damit infrage gestellt. Der damalige Ombudsmann weigerte sich auch, der GD Akteneinsicht zu gewähren, damit sich diese ein genaues Bild von den konkreten Vorwürfen der Universitätsklinik Balgrist hätte machen können. Letztlich mündete das vom damaligen Ombudsmann geführte Verfahren in die Empfehlung vom 31. August 2018. Mit Schreiben vom 27. September 2018 nahm der Regierungsrat gegenüber dem heutigen Ombudsmann zur fraglichen Empfehlung Stellung und legte dar, dass er den Eindruck gewonnen habe, dass der damalige Ombudsmann einseitig zugunsten der Universitätsklinik Balgrist Partei ergriffen und den Positionen und Argumenten der GD zu wenig Gewicht beigemessen habe. Für den Regierungsrat besteht kein Anlass, aufgrund der Empfehlung des damaligen Ombudsmanns auf seine Beschlüsse zur Erteilung von Leistungsaufträgen in BEW9 zurückzukommen.

5. Mögliche Neukonfigurierung der Leistungsgruppe BEW9

Die Universitätsklinik Balgrist hat nach eigenen Angaben (Aufsichtseingabe, Rz. 24) den Eindruck, die GD setze sie systematisch zurück. Dies zeige sich in Zusammenhang mit der inhaltlichen Überarbeitung der Spitalplanungs-Leistungsgruppen bzw. mit der Behandlung der Tumor-chirurgie des Bewegungsapparates, bei welcher die Universitätsklinik Balgrist gegenüber dem USZ benachteiligt werde (Aufsichtseingabe, Rz. 25).

In der Tat wurde im Laufe des Jahres 2018 eine Überarbeitung bzw. Neukonfigurierung der Leistungsgruppe BEW9 bzw. der Knochen- und Weichteiltumore angedacht. Die Erweiterung der Leistungsgruppe BEW9 um die Weichteilsarkome im Bereich des Bewegungsapparates ist in einer Besprechung vom 12. September 2018 mit den Fachspezialistinnen und -spezialisten der Universitätsklinik Balgrist und des USZ als medizinisch zweckmässig erachtet worden. Ebenfalls zur Diskussion steht die Erweiterung um Tumore im Bereich des Thorax und des Kiefers. Ziel ist die bestmögliche Behandlung von Patientinnen und Patienten mit Sarkomen. Die Definition der Leistungsgruppen und Anforderungen richtet sich immer primär nach medizinischen und qualitativen Kriterien und stützt sich auf die Erfahrung von Fachexpertinnen und -experten. Dabei wird jeweils ein Konsens zwischen den Fachexpertinnen und -experten angestrebt. Sie erfolgt unabhängig von bestimmten Institutionen und deren bisherigen oder von ihnen gewünschten Leistungsaufträgen. Weder soll ein Spital zurückgesetzt noch ein anderes bevorteilt werden. Im Zentrum stehen das Patientenwohl und die bestmögliche Gesundheitsversorgung der Bevölkerung. Die mit den Fachexpertinnen und -experten besprochenen möglichen Änderungen der Leistungsgruppe BEW9 werden – wie dies bei Leistungsgruppenänderungen mit wesentlichen Auswirkungen auf die Leistungsaufträge die Regel ist – noch in eine Vernehmlassung gegeben und danach – unter Berücksichtigung der Stellungnahmen – gegebenenfalls umgesetzt werden. Entschieden ist dazu derzeit nichts.

Ohne sachliche bzw. ohne überhaupt eine Begründung hält die Universitätsklinik Balgrist fest (Aufsichtseingabe, Rz. 33), eine Ausweitung der Leistungsgruppendefinition der aktuellen Leistungsgruppe BEW9 mache aus medizinischer Sicht keinen Sinn. Es sei vielmehr sinnvoll, die seltenen Sarkome des Bewegungsapparates wie bis anhin bei einem einzigen spezialisierten Leistungserbringer zu behandeln. Offensichtlich ist damit gemeint, es sei sinnvoll, die Sarkome des Bewegungsapparates ausschliesslich bei der Universitätsklinik Balgrist zu behandeln. Eine Bevorzugung der Universitätsklinik Balgrist gegenüber dem USZ oder anderen Leistungserbringern wäre demnach aus der Perspektive der Universitätsklinik Balgrist durchaus gerechtfertigt. Leistungsgruppen

werden aber, wie ausgeführt, unabhängig von den Interessen einzelner Institutionen definiert und bei Bedarf neu konfiguriert. Der Fokus liegt einzig auf der Patientensicherheit und der bestmöglichen medizinischen Versorgung der Bevölkerung. Die GD und der Regierungsrat haben ihrem gesetzlichen Auftrag nachzukommen und die qualitativ hochstehende Gesundheitsversorgung der Bevölkerung zu planen und sicherzustellen. Dabei kann naturgemäss nicht sämtlichen Anträgen und Wünschen der zahlreichen Spitäler bzw. Institutionen Rechnung getragen werden. Die Tatsache, dass nicht jedem Wunsch bzw. Begehren einer Institution nachgekommen wird – wie im fraglichen Fall dem Wunsch der Universitätsklinik Balgrist, einer anderen Institution einen Leistungsauftrag zu entziehen –, hat nichts mit einer (systematischen) Zurücksetzung der Wünsche und Vorstellungen äussernder Klinik zu tun. Von einer Zurücksetzung oder Benachteiligung der Universitätsklinik Balgrist kann gar nicht die Rede sein. Die Behauptung der Universitätsklinik Balgrist, die GD beabsichtige, das USZ gegenüber der Universitätsklinik zu bevorzugen, entbehrt jeglicher Grundlage.

6. Keine Verstösse gegen das KVG, das öffentliche Interesse, Treu und Glauben, das Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot

Die GD hatte klare – von verschiedenen Seiten eingebrachte – Hinweise auf einen Versorgungsnotstand in der Leistungsgruppe BEW9. Sie stellte infolgedessen ganz allgemein fest – auch unabhängig von der fraglichen Leistungsgruppe und den konkret beteiligten Spitälern –, dass die Versorgungslage in einer Leistungsgruppe in der Regel als unsicher einzustufen ist, wenn die Versorgung durch nur einen Leistungserbringer mit nur einer ausgewiesenen Fachspezialistin oder einem ausgewiesenen Fachspezialisten gewährleistet wird. Auch wenn sie nach den Abklärungen bei der Universitätsklinik Balgrist davon ausgehen durfte, dass diese in der Lage war (und ist), den Leistungsauftrag in BEW9 mit der erforderlichen Qualität zu erfüllen, war es für die GD offenkundig, dass künftig auch in dieser Leistungsgruppe – trotz insgesamt nur weniger Fälle pro Jahr – mindestens zwei Leistungserbringer mit einem Leistungsauftrag auf der Spitalliste geführt werden sollten. Dieser Auffassung folgte auch der Regierungsrat, indem er zusätzlich zur Universitätsklinik Balgrist dem USZ vorerst einen befristeten und ab 1. Januar 2018 einen unbefristeten selbstständigen Leistungsauftrag in BEW9 erteilte. Hätte sich in der Folge gezeigt, dass die Qualität in BEW9 an der Universitätsklinik Balgrist nicht sichergestellt gewesen wäre, wäre zu prüfen gewesen, ob der Leistungsauftrag der Universitätsklinik Balgrist zu entziehen gewesen wäre und welches andere Spital – neben dem USZ – den Leistungsauftrag in der erforderlichen Qualität hätte erfül-

len können. Der GD liegen allerdings keine neuen Hinweise darauf vor, wonach die erforderliche Qualität in BEW9 an der Universitätsklinik Balgrist nicht gewährleistet sein könnte.

Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass die Erteilung des Leistungsauftrags BEW9 an das USZ – entgegen den Behauptungen des damaligen Ombudsmanns und der Universitätsklinik Balgrist – nicht damit zusammenhing, einem bestimmten Operateur, konkret Prof. X., zu ermöglichen, weiterhin im Kanton Zürich zu operieren. Auch ging es nicht darum, ein bestimmtes Spital, namentlich das USZ, zu bevorzugen oder ein anderes Spital, namentlich die Universitätsklinik Balgrist, zu benachteiligen. Zweck war einzig die Sicherstellung einer stabilen Versorgungslage in der Leistungsgruppe BEW9 im Kanton Zürich, wenn möglich durch das USZ, da dieses bereits bisher in Kooperation mit dem Balgrist entsprechende Eingriffe vorgenommen hatte. Dabei handelt es sich um einen legitimen, der (in der Zuständigkeit des Regierungsrates liegenden) Spitalplanung inhärenten Zweck. Der gesamte Verlauf der Ereignisse vorgängig der Erteilung des selbstständigen Leistungsauftrags an das USZ wurde in RRB Nr. 799/2016 aus Gründen des Datenschutzes nicht ausführlich dargelegt, zumal dem Begehren der Universitätsklinik Balgrist um Beibehaltung des Leistungsauftrags vollumfänglich entsprochen wurde und dem USZ im Sinne seiner Interessenbekundung ein Leistungsauftrag in BEW9 erteilt wurde. Weder die GD noch der Regierungsrat haben das Rechtsmissbrauchsverbot verletzt.

Die GD hatte zu keinem Zeitpunkt dahingehende Anhaltspunkte, dass – wie vom damaligen Ombudsmann in den Raum gestellt – die Mitglieder des Sarkomboards die Universitätsklinik Balgrist oder dort tätige Ärzte «anschwärzen» wollten. Vielmehr erschienen die Äusserungen dieser Personen als Zeichen der Unsicherheit und der Sorge über die Ereignisse in Zusammenhang mit der Entlassung des bisherigen (und eines der im Kanton Zürich wenigen) ausgewiesenen Fachspezialisten für Knochentumore und die Nachfolge durch einen noch sehr jungen und in Fachkreisen unbekanntem Arzt, dessen «Ausbildung» aus Sicht der Mitglieder des Sarkomboards noch nicht abgeschlossen war. Dass die GD infolgedessen eine Lösung aufgleiste, die einerseits sicherstellte, dass auch bei einem möglichen zeitweisen Ausfall eines Leistungserbringers die Versorgung jederzeit sichergestellt ist, und die – nach Übernahme der Verantwortung durch den Ärztlichen Direktor, Prof. W., der Universitätsklinik Balgrist – andererseits die Befugnisse des bisherigen Leistungserbringers in keiner Weise einschränkte, entsprach ihrer Pflicht zur sorgfältigen und vorausschauenden Geschäftsführung als für die Gesundheitsversorgung zuständige Direktion. Die dem Regierungsrat beantragte und von diesem beschlossene Lösung war im öffentlichen Interesse und insgesamt verhältnismässig, da keine mildere und gleich geeig-

nete Lösung zur Verfügung stand, um die von der GD erkannte Lücke in der Versorgung in BEW9 zu schliessen. Mit Bezug auf die Universitätsklinik Balgrist wurde im Ergebnis gar keine Massnahme getroffen, deren Angemessenheit bzw. Geeignetheit, Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit zu beurteilen wäre.

Dem Kanton bzw. dem Regierungsrat kommt nach ständiger (höchst-richterlicher) Rechtsprechung grosses Ermessen bei der Vergabe von Leistungsaufträgen zu (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-5603/2017 vom 14. September 2018, E. 4.1, mit Hinweisen auf weitere Urteile; Eugster, a. a. O., Rz. 798). Der Regierungsrat hat sein Ermessen bei der Erteilung des Leistungsauftrags BEW9 an das USZ und bei der Belassung des Leistungsauftrags BEW9 bei der Universitätsklinik Balgrist nach sachlichen Kriterien (Qualität, Bedarf) und nach Massgabe ihres gesetzlichen Auftrags zur Sicherstellung der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung im Rahmen der Spitalplanung ausgeübt. Die Universitätsklinik Balgrist wurde ordentlicherweise zur Stellungnahme eingeladen. Ihre Stellungnahme wurde umfassend beurteilt, ihren Zusicherungen vertraut und ihrem impliziten Antrag auf Beibehaltung des Leistungsauftrags BEW9 vollumfänglich entsprochen. Insgesamt wurde sowohl seitens der GD als auch des Regierungsrates weder das rechtliche Gehör der Universitätsklinik Balgrist verletzt noch wurde gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, das Rechtsmissbrauchsverbot oder das Willkürverbot verstossen. Ebenso wenig liegt ein Ermessensmissbrauch vor.

Sowohl die GD als auch der Regierungsrat haben sich zu jeder Zeit an die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und die Vorgaben des Bundes- und des kantonalen Rechts gehalten. Die diesbezüglichen gegenteiligen Vorwürfe des damaligen Ombudsmanns und der Universitätsklinik Balgrist werden daher gesamthaft und mit Nachdruck als haltlos zurückgewiesen.

III. Verhalten der Universitätsklinik Balgrist

Die Universitätsklinik Balgrist unterstellt ohne sachliche Grundlage einem anderen Spital bzw. Prof. X., «möglicherweise widerrechtlich Behandlungen in einem Spital ohne Leistungsauftrag für Knochentumore» durchzuführen (Aufsichtseingabe, Rz. 33). Gleichzeitig behauptet sie, die GD habe «bis heute beide Augen verschlossen und keine Untersuchungen vorgenommen», «obwohl dieser Verdacht der GD seit nunmehr langem bekannt ist und, falls er zutrifft, zu Sanktionen führen müsste». Bei dem «Spital ohne Leistungsauftrag für Knochentumore», auf das sich die Anschuldigung der Universitätsklinik Balgrist bezieht, handelt es sich um das Kantonsspital Winterthur (KSW), an dem Prof. X. seit Dezember 2016 als Leiter (Chefarzt) orthopädische Tumorchirurgie an

der Klinik für Orthopädie und Traumatologie angestellt ist. Die Universitätsklinik Balgrist hat ab 2017 dem KSW bzw. Prof. X. mehrfach unterstellt, Eingriffe vorzunehmen, die unter die Leistungsgruppe BEW₉ fallen, für die das KSW keinen Leistungsauftrag hat. Die Universitätsklinik Balgrist hat wiederholt von der GD gefordert, entsprechende Behandlungen beim KSW zu unterbinden und Sanktionen anzuordnen. Dazu ist Folgendes festzuhalten: Das KSW hat in Absprache mit der GD seine Webseite angepasst und die in der Klinik für Orthopädie und Traumatologie erbrachten Leistungen präzisiert, um sämtliche Missverständnisse aus dem Weg zu räumen und klarzustellen, dass Leistungen, für die das KSW keinen Leistungsauftrag hat, an Partnerspitälern mit entsprechendem Leistungsauftrag erbracht würden. Die Einhaltung der Leistungsaufträge durch die Spitäler überprüft die GD jährlich im Rahmen des Leistungscontrollings; wenn nötig, leitet sie die den allgemeinen Standards entsprechenden Massnahmen ein. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es nicht – wie von der Universitätsklinik Balgrist behauptet – «widerrechtlich» ist, wenn ein Spital Leistungen ohne Leistungsauftrag erbringt. Eine klare gesetzliche Regelung dazu besteht nicht. Für entsprechende Leistungen ist allerdings – sofern keine Kostengutsprache vorliegt – keine Kostenübernahme durch den Kanton geschuldet. Die diesbezüglichen Vorwürfe der Universitätsklinik Balgrist gegenüber der GD, dem KSW und Prof. X. sind schlicht haltlos.

Weiter stellt die Universitätsklinik Balgrist eine offensichtlich tatsachenwidrige Unterstellung in den Raum (Aufsichtseingabe, Rz. 46): Es sei möglich, dass der GD zum Zweck, das (staatliche) USZ zulasten des (privaten) Balgrist zu bevorteilen, die Personalie X. gut gelegen gekommen sei und sie deswegen Druck auf das USZ zum Abschluss des Mandatsvertrages aufgesetzt habe. Der Leistungsauftrag wurde nicht von einer Anstellung von Prof. X. (oder einer bestimmten anderen Person) bzw. einem Mandatsvertrag abhängig gemacht (dazu auch nachfolgend, E. IV). Die GD hat bei der Vorbereitung des Regierungsratsbeschlusses zur Erteilung eines zusätzlichen Leistungsauftrags in BEW₉ an das USZ – das wie gesagt bereits seit 2012 in Kooperation mit der Universitätsklinik Balgrist zur Leistungserbringung in der Leistungsgruppe BEW₉ berechtigt war (s. Fussnote a der jeweiligen Spitalliste Akutso-matik) – einzig mit Blick auf das Patientenwohl und die bestmögliche Gesundheitsversorgung der Bevölkerung gehandelt. Demgegenüber geht es der Universitätsklinik Balgrist bei ihrer Aufsichtseingabe einzig darum, eigene Interessen zu verfolgen. Dieses Verhalten verdient keinen Rechtsschutz. Ein Aufsichtsverfahren ist nicht das geeignete Mittel, um persönliche Differenzen einer Institution mit ehemaligem Personal auszutragen und eigene wirtschaftliche Interessen zu erreichen. Ein Auf-

sichtsverfahren kann auch nicht dazu dienen, persönliche Befindlichkeiten von Einzelnen abzuklären und den Verlust einer früheren Monopolstellung zu korrigieren. Zweck von Aufsichtsverfahren ist in der Regel die Klärung, ob bei der zu beaufsichtigenden Stelle organisatorische oder strukturelle Mängel vorliegen, die es zu beheben gilt und ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde erfordern. Entsprechende Mängel liegen weder bei der GD noch beim Regierungsrat vor. Um eigene Interessen durchzusetzen, hätte sich die Universitätsklinik Balgrist des ordentlichen Rechtsmittels bedienen können. Ein solches hat sie allerdings nicht eingelegt. Es ist ihr selbst zuzuschreiben, wenn sie es verpasst, den ordentlichen Rechtsmittelweg zu beschreiten, um ihre wirtschaftlichen und persönlichen Interessen durchzusetzen.

Die Universitätsklinik Balgrist behauptet ferner (Aufsichtseingabe, Rz. 48), die GD habe das öffentliche Interesse des Gesundheits- bzw. Patientenschutzes in Zusammenhang mit der Behandlung des Kostengutgesprachege suchs von Prof. Dr. S. verletzt. Es sei zweifelhaft, ob und wie die GD die Indikation für die von Prof. Dr. S. vorgenommene Operation abgeklärt habe und ob sie abgeklärt habe, ob er für diese Operation qualifiziert war. Die GD hat Prof. S. vor Erteilung der Kostenguttsprache aufgefordert, den Fall am Sarkomboard – an dem im Übrigen auch die Universitätsklinik Balgrist beteiligt ist – vorzustellen und der GD mitzuteilen, ob das von ihm geplante Vorgehen vom Sarkomboard unterstützt werde. Die Empfehlungen des Sarkomboards mussten ausserdem der betroffenen Familie offengelegt werden. Prof. S. ist dieser Aufforderung nachgekommen und hat den Fall am Sarkomboard präsentiert; offenbar gab es keine Einwände gegen das von ihm geplante Vorgehen. Hinweise auf eine mangelnde Qualifikation von Prof. S. bestanden keine. Eine Abklärung, ob Prof. S. für diese Operation qualifiziert sei, erübrigte sich daher. Prof. S. ist ein ausgewiesener Fachspezialist in der orthopädischen Chirurgie. So war er denn auch während mehrerer Jahre in diesem Bereich in leitender Funktion an der Universitätsklinik Balgrist tätig. In Zusammenhang mit der Kostenguttsprache für eine Behandlung eines Patienten durch Prof. S. eine Verletzung des Interesses am Gesundheits- bzw. Patientenschutz geltend zu machen, ist schlicht absurd und eine bewusst falsche und damit gegen Treu und Glauben verstossende Behauptung.

IV. Klinische Tätigkeit von Prof. X.

Die Universitätsklinik Balgrist führt aus (Aufsichtseingabe, Rz. 12, 62), dass im Rahmen des Vertragsverhältnisses von Prof. X. mit der UZH lediglich klinische Aktivitäten zugelassen gewesen seien, die von der Universitätsklinik Balgrist bewilligt worden seien, und dass die Universitäts-

klinik Balgrist Prof. X. verboten hätte, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am 31. Dezember 2016 neue Patientinnen und Patienten anzunehmen. Er sei somit rechtlich nicht befugt gewesen, eine klinische Tätigkeit ohne Zustimmung der Universitätsklinik Balgrist aufzunehmen. Es sei jedoch davon auszugehen, dass Prof. X. in vertragswidriger Weise bereits vor Ende 2016 Operationen am USZ durchgeführt habe und dass die GD und das USZ ihn darin sogar noch unterstützt hätten.

Die GD hat Prof. X. entgegen der Behauptung der Universitätsklinik Balgrist nicht «unterstützt», am USZ oder anderswo klinisch tätig zu sein. Insbesondere war die Erteilung des Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe BEWg an das USZ nicht abhängig von einem Mandatsvertrag mit Prof. X. Leistungsaufträge an Spitäler werden ganz allgemein nicht an bestimmte Personen geknüpft. Ein vertragliches Verbot der klinischen Tätigkeit, wie es von der Universitätsklinik Balgrist geltend gemacht wird, war der GD im Übrigen nicht bekannt, wäre für diese aber auch nicht beachtlich. Aus gesundheitspolizeilicher Sicht war Prof. X. jederzeit befugt, klinisch tätig zu sein. Es ist aber in diesem Zusammenhang ohnehin äusserst fragwürdig, ob ein vertragliches Operationsverbot, das einseitig durch ein Spital soll auferlegt werden können, rechtlich überhaupt zulässig ist. So kann sich gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken. Ein Vertrag, der einen widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist gemäss Art. 20 Abs. 1 OR nichtig. Als Institution einem Arzt, der dazu befähigt ist und über die entsprechende gesundheitspolizeiliche Zulassung verfügt, ohne sachlichen Grund und generell – also auch ausserhalb der fraglichen Institution – zu verbieten, klinisch tätig zu sein und sich für das Wohlergehen von Patientinnen und Patienten einzusetzen, mithin das Leben von schwer kranken Patientinnen und Patienten zu verbessern, verlängern oder gar zu retten, verstösst gegen die guten Sitten. Das Prof. X. von der Universitätsklinik Balgrist auferlegte oder veranlasste «Operationsverbot» war demnach wohl nichtig und weder für Prof. X. noch für andere Institutionen bedeutsam. Einem ehemaligen Angestellten die Operationstätigkeit an der eigenen Institution zu verbieten und diese gleichzeitig ohne sachlichen Grund auch an sämtlichen anderen Spitälern zu untersagen, verstösst im Übrigen gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.

An dieser Stelle bleibt anzumerken, dass zu keinem Zeitpunkt irgendwelche Hinweise vorlagen, welche die fachliche Kompetenz von Prof. X. auch nur im Geringsten infrage gestellt hätten. Im Gegenteil: Von verschiedenen Seiten – so insbesondere von der Universitätsklinik Balgrist selbst sowie von den Mitgliedern des Sarkomboards – wurde ausdrücklich bestätigt, dass fachlich nichts gegen Prof. X. vorliege, seine klinische Tätigkeit einwandfrei und er ein ausgezeichnete Operateur sei.

V. Fazit

Die Universitätsklinik Balgrist stellt in ihrer Aufsichtseingabe das Begehren, der Kantonsrat möge feststellen, dass sich der Regierungsrat bei der befristeten und unbefristeten Erteilung des Leistungsauftrags für die Leistungsgruppe BEW9 ans USZ (RRB Nrn. 799/2016 und 746/2017) mehrfach widerrechtlich verhalten habe. Weiter sei dem Regierungsrat zu empfehlen, die unbefristete Erteilung des Leistungsauftrags für BEW9 an das USZ zu widerrufen. Dem Regierungsrat sei sodann zu empfehlen, seine Aufsichtsfunktionen auszuüben, insbesondere gegenüber der GD. Ihm sei ausserdem zu empfehlen, in Wahrnehmung seiner Aufsichtsfunktion bei der GD auf eine Verhaltensänderung gegenüber der Universitätsklinik Balgrist einzuwirken und insbesondere jegliche Ungleichbehandlung und Diskriminierung der Universitätsklinik Balgrist zu unterlassen.

Wie vorstehend ausführlich dargelegt, haben sich – je im Rahmen ihrer Aufgaben – sowohl der Regierungsrat als auch die GD in den Verfahren betreffend Erteilung des Leistungsauftrags für BEW9 an das USZ zu jeder Zeit rechtlich korrekt verhalten und weder gegen das Willkürverbot, gegen Treu und Glauben, das Rechtsmissbrauchsverbot, das Rechtsgleichheitsgebot oder das öffentliche Interesse verstossen noch ihr Ermessen missbraucht. Die GD hat den Regierungsrat in den fraglichen Verfahren im Vorfeld zu den Regierungsratsbeschlüssen im üblichen Umfang dokumentiert; der Gesundheitsdirektor hat des Weiteren gegenüber seinen Ratskolleginnen und -kollegen anlässlich der jeweiligen Regierungsratssitzung mündliche Ausführungen zur Thematik gemacht. Der Regierungsrat hat nach Eingang der Empfehlungen des damaligen Ombudsmanns vom 31. August 2018 mit Schreiben vom 27. September 2018 dargelegt, dass er aufgrund der Empfehlungen keinen weiteren Handlungsbedarf sehe und für ihn die Sache abgeschlossen sei. Die Aufsichtseingabe der Universitätsklinik Balgrist beim Kantonsrat bringt keine neuen Erkenntnisse und bezieht sich mehrheitlich auf die – auf einer falschen Einschätzung der Sach- und Rechtslage beruhenden – Empfehlungen des damaligen Ombudsmanns. Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass es der Universitätsklinik Balgrist mit der Aufsichtsanzeige in erster Linie darum geht, ihre eigenen wirtschaftlichen und persönlichen Interessen durchzusetzen. Dies ist als unzweckmässige Verwendung des Instrumentes der Aufsichtseingabe zu beurteilen, was keinen Rechtsschutz verdient.

Abschliessend ist ausserdem festzuhalten, dass die Empfehlung des damaligen Ombudsmanns vom 31. August 2018 mit derart vielen Widersprüchlichkeiten und Unzulänglichkeiten behaftet ist, dass diese keine weitere Beachtung verdient. Auf diese ist daher im Rahmen der vorlie-

genden Stellungnahme nicht weiter einzugehen, nachdem die GD sich dazu mit Schreiben vom 25. Oktober 2018 Ihnen gegenüber bereits ausführlich geäußert hat (Stellungnahme im Verfahren 18.008). Dieser Stellungnahme können wir uns vollumfänglich anschließen.



Vor dem Regierungsrat
Die Staatsschreiberin:

Kathrin Arioli