



Abteilung III

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 465 26 20
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. C-4231/2017
pem/fas

Zwischenverfügung vom 28. November 2017

In der Beschwerdesache

Parteien

Klinik Hirslanden, Hirslanden AG, Seefeldstrasse 214,
8008 Zürich,
vertreten durch Prof. Dr. iur. Urs Saxer, Rechtsanwalt, und
Patrizia Gratwohl, Rechtsanwältin,
Beschwerdeführerin,

gegen

Regierung des Kantons St. Gallen, Regierungsgebäude,
Klosterhof 1, 9001 St. Gallen,
handelnd durch Gesundheitsdepartement des Kantons
St. Gallen, Oberer Graben 32, 9001 St. Gallen,
Vorinstanz,

Gegenstand

Krankenversicherung, St. Galler Spitalliste Akutsomatik 2017
(Beschluss vom 20. Juni 2017),

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**A.**

Die Regierung des Kantons St. Gallen (Vorinstanz) hat mit Beschluss vom 20. Juni 2017 (publiziert im Amtsblatt des Kantons St. Gallen vom 3. Juli 2017 [nachfolgend: angefochtener Beschluss]) eine neue Spitalliste Akutsomatik erlassen (Ziff. I Art. 1 i.V.m. Anhänge 1 und 2), den „Regierungsbeschluss über die Spitalliste Akutsomatik vom 17. Juni 2014“ aufgehoben (Ziff. III), das Inkrafttreten der neuen Spitalliste auf den 1. Juli 2017 festgelegt und einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen (Ziff. IV). Der Klinik Hirslanden in Zürich wurden sechs Leistungsaufträge im Leistungsbereich Herz erteilt (HER1, HER1.1, HER1.1.1, HER1.1.3, HER1.1.4, HER1.1.5).

In der Regel wurden die Leistungsaufträge an die Spitäler bis Mitte 2022 befristet, die Leistungsaufträge an die Klinik Hirslanden sind hingegen befristet bis Ende 2018 erteilt worden. In der „Spitalplanung Akutsomatik 2017“ des Gesundheitsdepartements (nachfolgend: Spitalplanung 2017) wird dazu ausgeführt, das Kriterium der Aufnahmepflicht gelte als erfüllt, wenn der Anteil von ausschliesslich grundversicherten St. Galler Patientinnen und Patienten mindestens 57.2 % resp. der Zusatzversicherten-Anteil höchstens 42.8 % betrage (S. 66 mit Hinweis auf Art. 12 Bst. g SPFG [St. Galler Gesetz über die Spitalplanung und -finanzierung vom 31. Januar 2012; sGS 320.1]). Da die Klinik Hirslanden das Kriterium deutlich nicht erfülle, würden die Leistungsaufträge „befristet bis Ende des Jahres 2018 mit der Auflage, bis Mitte 2018 den Zusatzversichertenanteil auf den kantonalen Schwellenwert zu reduzieren respektive konstant zu halten. Falls dieses Ziel nicht erreicht wird, erlöschen die Leistungsaufträge per Ende des Jahres 2018“ (Spitalplanung 2017, S. 66 und 110).

B.

Mit Beschwerde vom 26. Juli 2016 beantragte die Klinik Hirslanden (bzw. die Hirslanden AG), der Regierungsbeschluss sei aufzuheben und es seien ihr die Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen HER1, HER1.1, HER1.1.1, HER1.1.3, HER1.1.4, HER1.1.5 bis zum 30. Juni 2022 zu erteilen; eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Weiter stellte sie den prozessualen Antrag, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren (act. 1).

C.

Die Vorinstanz schloss in ihrer Stellungnahme vom 17. August 2017 auf Abweisung des prozessualen Antrags und reichte ihre Akten ein (act. 5).

D.

Mit Zwischenverfügung vom 30. August 2017 wies der Instruktionsrichter das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab, im Wesentlichen mit der Begründung, die der Beschwerdeführerin in der Spitalliste Akutsomatik vom 17. Juni 2014 erteilten Leistungsaufträge (ebenfalls HER1, HER1.1, HER1.1.1, HER1.1.3, HER1.1.4, HER1.1.5) seien bis Ende Juni 2017 befristet gewesen. Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde würde vorliegend dazu führen, dass die Beschwerdeführerin für die Dauer des Beschwerdeverfahrens über *keinen* Leistungsauftrag verfügen würde, was offensichtlich nicht dem Ziel ihres prozessualen Antrags entspreche. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin könne sich die Beschwerde nicht nur gegen die Befristung der Leistungsaufträge richten, während die mit dem angefochtenen Beschluss erteilten Leistungsaufträge im Übrigen unberührt blieben (act. 6).

E.

Nach Eingang der Vernehmlassung der Vorinstanz (in der Sache) vom 29. September 2017 (act. 7) wurde mit Verfügung vom 11. Oktober 2017 (act. 8) die Stellungnahme des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) als Fachbehörde eingeholt (Eingang am 14. November 2017 [act. 13]).

F.

Mit Eingabe vom 24. Oktober 2017 präziserte die Beschwerdeführerin ihre (materiellen) Beschwerdeanträge; weiter stellte sie folgende prozessuale Anträge (act. 10):

2. Der Beschwerde sei in Bezug auf die Befristung der Leistungsaufträge der Beschwerdeführerin für die Spitalplanungs-Leistungsgruppen HER1, HER1.1, HER1.1.1, HER1.1.3, HER1.1.4 und HER1.1.5 bis 31. Dezember 2018 mit der Auflage, bis Mitte 2018 den Zusatzversichertenanteil auf den kantonalen Schwellenwert zu reduzieren, die aufschiebende Wirkung zu gewähren.
3. Eventualiter: Die Leistungsaufträge der Beschwerdeführerin für die Spitalplanungs-Leistungsgruppen HER1, HER1.1, HER1.1.1, HER1.1.3, HER1.1.4 und HER1.1.5 seien ohne Befristung bis 31. Dezember 2018 und ohne Auflage, bis Mitte 2018 den Zusatzversichertenanteil auf den kantonalen Schwellenwert zu reduzieren, für die Dauer des Verfahrens provisorisch zu erteilen.

4. Subeventualiter: Die Spitalliste Akutsomatik (gültig ab 1. August 2014) habe für die Leistungsaufträge der Beschwerdeführerin für die Spitalplanungs-Leistungsgruppen HER1, HER1.1, HER1.1.1, HER1.1.3, HER1.1.4 und HER1.1.5 für die Dauer des Verfahrens fortzugelten.

Zur Begründung des (erneuten) Antrags auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung machte die Beschwerdeführerin namentlich geltend, Streitgegenstand im vorliegenden Verfahren sei – entgegen den Ausführungen in der Zwischenverfügung vom 30. August 2017 – allein die Befristung der Leistungsaufträge bis 31. Dezember 2018 mit der Auflage, bis Mitte 2018 den Zusatzversichertenanteil auf den kantonalen Schwellenwert zu reduzieren. Wie das Bundesverwaltungsgericht in einer Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2008 (Verfahren C-2907/2008 betreffend Daler Spital) explizit festgehalten habe, bemesse sich die aufschiebende Wirkung nach dem Streitgegenstand. Die in der Zwischenverfügung vom 30. August 2017 vertretene Auffassung hätte zur Folge, dass bei der Anfechtung von Nebenbestimmungen von untergeordneter Bedeutung eine Bewilligung nicht Rechtskraft erwachsen würde.

G.

Die Vorinstanz verzichtete mit Eingabe vom 8. November 2017 auf eine Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin vom 24. Oktober 2017 und verwies auf ihre Anträge vom 29. September 2017, an welchen sie festhalte (act. 12).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Mit der vorliegenden Zwischenverfügung ist über das erneute Gesuch der Beschwerdeführerin betreffend aufschiebende Wirkung der Beschwerde beziehungsweise andere vorsorgliche Massnahmen zu befinden.

1.1. Gemäss Art. 55 VwVG kommt der Beschwerde grundsätzlich aufschiebende Wirkung zu (Abs. 1). Hat die angefochtene Verfügung – wie vorliegend (vgl. BGE 130 V 407 E. 3.3 mit Hinweisen) – nicht eine Geldleistung zum Gegenstand, kann die Vorinstanz die aufschiebende Wirkung entziehen (Abs. 2). Die Beschwerdeinstanz, ihr Vorsitzender oder der Instruktionsrichter kann die von der Vorinstanz entzogene aufschiebende Wirkung wiederherstellen; über ein Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist ohne Verzug zu entscheiden (Abs. 3).

Nach Einreichung der Beschwerde kann die Beschwerdeinstanz, ihr Vorsitzender oder der Instruktionsrichter von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei andere vorsorgliche Massnahmen treffen, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen (Art. 56 VwVG).

1.2. Rechtsstaatliche Überlegungen – eine Verfügung soll überprüft werden können, bevor ihre Rechtsfolgen eingetreten sind – lassen die aufschiebende Wirkung als die Regel, deren Entzug dagegen als die Ausnahme erscheinen. Einen Entzug der aufschiebenden Wirkung vermögen zwar nicht nur ganz aussergewöhnliche Umstände zu rechtfertigen (BGE 129 II 286 E. 3.2), es müssen jedoch überzeugende Gründe von einer gewissen sachlichen und zeitlichen Dringlichkeit vorliegen (HANSJÖRG SEILER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, Art. 55 Rz. 94).

1.3. Die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde ist nur bei sogenannten positiven Verfügungen (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. a und b VwVG) von Bedeutung, das heisst bei Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten beziehungsweise der Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfangs von Rechten und Pflichten (SEILER, a.a.O., Art. 55 Rz. 21). Bei negativen Verfügungen (Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren [Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG]) ändert die aufschiebende Wirkung an der Rechtslage nichts. Nach der Praxis kann sich daher die Frage der aufschiebenden Wirkung bei negativen Verfügungen von vornherein nicht stellen (BGE 126 V 407 E. 3; 129 V 370 E. 4.4, MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.34). Wird einem Begehren des Gesuchstellers nur teilweise (oder mit einschränkenden Auflagen) entsprochen, liegt sowohl ein positive als auch eine negative Verfügung vor (vgl. SEILER, a.a.O., Rz. 29).

1.4. Die Vorinstanz hat ihre Anordnung (Erteilung von sechs Leistungsaufträgen an die Beschwerdeführerin) mit Nebenbestimmungen verbunden, wobei es sich laut Vorinstanz um eine Auflage und eine Befristung handelt.

1.4.1. Nebenbestimmungen (Befristung, Bedingung und Auflage) konkretisieren die mit einer Verfügung festgelegten Rechte und Pflichten; sie regeln die *Modalitäten einer Verfügung* (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 28 Rz. 90, zum Nachfolgenden

auch Rz. 91 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/ UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 906 ff.).

Die *Befristung* begrenzt die zeitliche Geltung beziehungsweise Rechtswirksamkeit der Verfügung. Der Endzeitpunkt ist in der Regel bestimmt.

Eine *Bedingung* liegt vor, wenn die Rechtswirksamkeit der Verfügung von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird. Die Rechtswirksamkeit kann aufgeschoben sein (Suspensivbedingung) oder beim Eintreten des massgebenden Vorfalles dahinfallen (Resolutivbedingung). Für die Abgrenzung zur Befristung ist entscheidend, dass ungewiss ist, ob das Ereignis (die Bedingung) eintritt.

Mit einer *Auflage* wird der Verfügungsadressat zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet. Sachlich bezieht sich die Auflage zwar auf die Hauptverfügung; rechtlich bilden Hauptregelung und Auflage aber zwei eigenständige Anordnungen (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., Rz. 94). Eine Auflage ist selbständig erzwingbar. Wird die Auflage nicht erfüllt, hat dies keine (unmittelbaren) Auswirkungen auf die Rechtswirksamkeit der Hauptverfügung. Aufgrund ihrer eigenständigen Natur kann die Auflage im Beschwerdeverfahren ein selbständiges Anfechtungsobjekt bilden (WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, 2012, Rz. 2518).

Für die Qualifikation einer Nebenbestimmung als Auflage oder Bedingung ist nicht allein deren Bezeichnung massgebend. Im Zweifelsfall ist die Natur einer Bestimmung durch Auslegung zu ermitteln, wobei insbesondere nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung zu fragen ist (WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., Rz. 2485). Ist die Erfüllung einer Anordnung für die sinnvolle Durchführung des Verwaltungsakts unerlässlich und nicht selbständig erzwingbar, liegt keine Auflage, sondern eine Bedingung vor (vgl. Urteil BGer 1C_271/2011 vom 27. September 2011 E. 2.3; WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., Rz. 2496).

1.4.2. Ob es sich bei den vorliegend umstrittenen Nebenbestimmungen tatsächlich um eine Auflage und eine Befristung (und nicht um eine Resolutivbedingung) handelt, erscheint aufgrund der vorinstanzlichen Begründung (vgl. vorne A [in fine]) fraglich. Die Frage ist jedoch nicht mit der vorliegenden Zwischenverfügung über vorsorgliche Massnahmen zu entscheiden; sie wird Gegenstand der materiellen Beurteilung der Beschwerde bilden.

1.5. Richtet sich die Beschwerde – wie vorliegend – nur gegen die mit einer Anordnung verbundenen Nebenbestimmungen, ist näher zu prüfen, worauf sich die aufschiebende Wirkung bezieht. Dem Gesetz lässt sich dazu nichts entnehmen.

1.5.1. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, die aufschiebende Wirkung beschlage stets die gesamte Verfügung, auch wenn nur die Nebenbestimmungen einer Bewilligung umstritten sind. Eine vorläufige Ausübung der (grundsätzlich erteilten) Bewilligung müsste durch vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden (REGINA KIENER, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Aufl. 2014, § 25 Rz. 20; DIESELBE, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Art. 55 Rz. 8). Nach wohl überwiegender Lehrmeinung ist jedoch entscheidend, in welchem Zusammenhang die Nebenbestimmungen zur Hauptverfügung stehen (SEILER, a.a.O., Art. 55 Rz. 49; XAVER BAUMBERGER, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht, 2006, Rz. 301 ff.; WEISSENBERGER/ HIRZEL, Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen, in: Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Häner/Waldmann [Hrsg.] 2013, S. 69; vgl. auch KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2012, Rz. 1284). Können einzelne Anordnungen nicht aus dem Ganzen herausgelöst werden, ohne den Zweck und Sachzusammenhang in Frage zu stellen, muss sich der Suspensiveffekt auf die ganze Verfügung erstrecken (BAUMBERGER, a.a.O., Rz. 301). Eine Resolutivbedingung lässt sich regelmässig nicht von der Hauptverfügung trennen, weshalb sich die aufschiebende Wirkung auf die gesamte Anordnung bezieht (BAUMBERGER, a.a.O., Rz. 305; SEILER, a.a.O., Rz. 49). Bei Auflagen ist nach deren Bedeutung für die Hauptsache zu unterscheiden. Betreffen sie nur untergeordnete Aspekte, können sie selbständig angefochten werden und die aufschiebende Wirkung bezieht sich lediglich auf die Auflage (SEILER, a.a.O., Rz. 50; vgl. auch BAUMBERGER, a.a.O., Rz. 307).

1.5.2. Selbst wenn es sich bei der vorinstanzlichen Anordnung, bis Mitte 2018 den Zusatzversichertenanteil auf den kantonalen Schwellenwert zu reduzieren respektive konstant zu halten, um eine Auflage handeln sollte, betrifft diese nicht lediglich einen untergeordneten Neben aspekt. Auch die „Befristung“ des Leistungsauftrages lässt sich nicht von der Hauptsache trennen. Überdies stellt die Verweigerung eines über das Jahr 2018 hinausgehenden Leistungsauftrages (bis Mitte 2022) eine negative Verfügung dar, welche der aufschiebenden Wirkung ohnehin nicht zugänglich ist (vgl. SEILER, a.a.O., Rz. 49 [FN 53] i.V.m. Rz. 29).

1.6. Vorliegend kann sich die aufschiebende Wirkung der Beschwerde demnach nicht lediglich auf die umstrittenen Nebenbestimmungen beziehen, vielmehr beschlägt sie die gesamte Anordnung, das heisst, die mit Nebenbestimmungen erteilten Leistungsaufträge. Der prozessuale Antrag 2 ist daher abzuweisen.

1.7. Daran vermögen auch die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts zu ändern.

1.7.1. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die aufschiebende Wirkung bemesse sich nach dem Streitgegenstand, kann ihr ohne Weiteres gefolgt werden. Den Streitgegenstand im vorliegenden Beschwerdeverfahren bilden indessen nicht nur die umstrittenen Nebenbestimmungen, sondern die mit Nebenbestimmungen („befristet bis Ende des Jahres 2018 mit der Auflage, bis Mitte 2018 den Zusatzversichertenanteil auf den kantonalen Schwellenwert zu reduzieren respektive konstant zu halten“) verbundenen Leistungsaufträge.

1.7.2. Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, die Beschwerdeinstanz dürfe eine angefochtene Verfügung nicht unbeschränkt abändern, ansonsten die Erhebung der Beschwerde zu riskant und der Rechtsschutz damit illusorisch würde. Ein Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über die erteilten Leistungsaufträge als solche würde eine unzulässige reformatio in peius darstellen. Auch vor diesem Hintergrund müssten die ihr erteilten Leistungsaufträge von der Beschwerde unberührt bleiben. Diese Argumentation vermag bereits deshalb nicht zu überzeugen, weil Art. 62 Abs. 3 VwVG einen Beschwerdeentscheid zu Ungunsten der Beschwerde führenden Partei ausdrücklich zulässt, das Gericht die Beschwerdeführerin vor einer reformatio in peius aber anzuhören und ihr Gelegenheit zum Rückzug der Beschwerde zu geben hätte (vgl. auch THOMAS HÄBERLI, in: Praxis-kommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 62 Rz. 34 und Rz. 26 ff.).

2.

Weiter ist zu prüfen, ob die Leistungsaufträge provisorisch (ohne Nebenbestimmungen) für die Dauer des Beschwerdeverfahrens erteilt werden können.

2.1. Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen sind folgende Grundsätze zu beachten:

2.1.1. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt sachliche und zeitliche Dringlichkeit voraus, das heisst, es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Sodann muss der Verzicht auf Massnahmen für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist (BGE 130 II 149 E. 2.2). Das bedrohte Interesse kann ein öffentliches oder ein schutzwürdiges privates sein, wobei ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügt (SEILER, a.a.O., Art. 56 Rz. 27). Erforderlich ist schliesslich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint (BGE 130 II 149 E. 2.2). Ziel einer vorsorglichen Massnahme muss sein, einerseits den vom Gesetz angestrebten Zweck zu ermöglichen, andererseits den Rechtsschutz nicht illusorisch werden zu lassen. Der mit dem Endentscheid zu regelnde Zustand soll soweit möglich weder präjudiziert noch verunmöglicht werden (SEILER, a.a.O., Art. 56 Rz. 41).

2.1.2. Entscheide über vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen (prima facie) Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die Hauptsachenprognose ist grundsätzlich nur zu berücksichtigen, wenn diese eindeutig ausfällt (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2; 124 V 82 E. 6a; 130 II 149 E. 2.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.27).

2.1.3. Bei negativen Verfügungen kann mit vorsorglichen Massnahmen der beantragte Zustand allenfalls provisorisch bewilligt werden, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass der Endentscheid dadurch nicht irreparabel präjudiziert wird. Eine von der Vorinstanz verweigerte Bewilligung ist in der Regel nicht mittels vorsorglicher Massnahmen provisorisch zu erteilen. Geht es hingegen um die Nicht-Verlängerung einer befristeten Bewilligung, kann es sich rechtfertigen, die Bewilligung einstweilen zu verlängern, weil damit bloss ein bisheriger faktischer Zustand weitergeführt wird (zum Ganzen: SEILER, a.a.O., Art. 56 Rz. 45 ff.).

2.2. Der Konzeption des VwVG zur aufschiebenden Wirkung entsprechend, ist praxisgemäss dem Kriterium der Kontinuität erhebliches Gewicht beizumessen. Üblicherweise gilt ein bis zum Erlass einer neuen Spitalliste bestehender Leistungsauftrag aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde während dem Beschwerdeverfahren weiterhin. Wenn nun die Kantone vermehrt dazu übergehen, Leistungsaufträge zu befristen (was nach früherer Praxis des Bundesrates nicht zulässig gewesen wäre [nicht publizierter BRE vom 23. Dezember 1999 betr. Spitalliste des Kantons Bern, E. II.2.3]), kann diese Kontinuität nur durch vorsorgliche

Massnahmen (einstweilige Erteilung der Leistungsaufträge) gewährleistet werden. Dabei fällt ins Gewicht, dass sowohl der Aufbau als auch der Abbau von Spitalstrukturen eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt. Daher ist einem Leistungserbringer, der nicht mehr in die Spitalliste aufgenommen wird oder ihm bisherige Leistungsaufträge nicht mehr erteilt werden, eine angemessene Übergangsfrist zuzugestehen (vgl. BVGE 2010/15 E. 8; Urteil BVGer C-220/2012 vom 4. Juni 2012 E. 2.3.2). Würden nicht mehr erteilte Leistungsaufträge während dem Beschwerdeverfahren grundsätzlich sistiert und erwiese sich eine dagegen erhobene Beschwerde als begründet, bestünde die Gefahr, dass der betroffene Leistungserbringer gar nicht mehr in der Lage wäre, einem später wieder erteilten Leistungsauftrag nachzukommen.

2.3. Die Vorinstanz hat die Klinik Hirslanden, indem sie ihr einen Leistungsauftrag erteilt hat, als grundsätzlich bedarfsnotwendig erachtet (vgl. Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG und Art. 58e Abs. 1 KVV). Sie beanstandet jedoch, dass die Beschwerdeführerin ihrer Aufnahmepflicht nicht hinreichend nachkomme, sofern sie den Anteil der Zusatzversicherten nicht auf den kantonalen Schwellenwert herabsetze. Ob die von der Vorinstanz vorgenommene Konkretisierung der bundesrechtlich vorgeschriebenen Aufnahmepflicht (Art. 41a KVG) bundesrechtskonform ist, wird das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der materiellen Beurteilung der Beschwerde zu entscheiden haben. Eine besondere Dringlichkeit, welche eine sofortige Anwendung des umstrittenen Schwellenwertes erfordern würde, ist nicht auszumachen. Die Vorinstanz macht im Wesentlichen geltend, die Anforderung, einen Mindestanteil von ausschliesslich Grundversicherten zu behandeln, bestehe bereits seit Inkrafttreten der ersten Spitalliste Akutsomatik am 1. August 2014. Der Beschwerdeführerin stünden insgesamt vier Jahre zur Verfügung, um diesen Missstand zu beheben (act. 5 S. 2). Mit der Spitalliste 2014 wurden der Beschwerdeführerin jedoch nicht mit Auflagen verbundene Leistungsaufträge erteilt, weshalb dagegen auch keine Beschwerde erhoben werden konnte. Zudem müsste die Beschwerdeführerin, wie diese zu Recht vorbringt, bereits jetzt – vor einer gerichtlichen Überprüfung – Massnahmen treffen, um die streitige „Auflage“ erfüllen zu können. Es rechtfertigt sich daher, der Beschwerdeführerin einstweilen – für die Dauer des Beschwerdeverfahrens (sofern sich keine Neuurteilung aufdrängt) – die Leistungsaufträge ohne die umstrittenen Nebenbestimmungen zu erteilen. Der entsprechende Antrag ist demnach gutzuheissen.

3.

Weiter ist den Parteien die Stellungnahme des BAG zur Kenntnis zu bringen und Frist für allfällige Schlussbemerkungen anzusetzen. Die Frist ist nicht erstreckbar und es gelten keine Gerichtsferien (vgl. Art. 53 Abs. 2 Bst. b und c KVG).

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Der prozessuale Antrag 3 der Beschwerdeführerin wird gutgeheissen. Der Beschwerdeführerin werden die Leistungsaufträge für die Leistungsgruppen HER1, HER1.1, HER1.1.1, HER1.1.3, HER1.1.4 und HER1.1.5 einstweilen (ohne Nebenbestimmungen) erteilt.

2.

Je ein Doppel der Stellungnahme des BAG vom 10. November 2017 geht an die Verfahrensbeteiligten.

3.

Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit, innert 30 Tagen ab Erhalt dieser Verfügung allfällige Schlussbemerkungen (in 3 Exemplaren) einzureichen. Diese Frist kann nicht erstreckt werden.

4.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein; Beilage: Doppel der Stellungnahme des BAG)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ABI 2017, 2160 ff.; Einschreiben mit Rückschein; Beilage: Doppel der Stellungnahme des BAG)

Der Instruktionsrichter:

Michael Peterli

Versand: