

# **BVGer C-4231/2017 vom 16. Juli 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-07-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-4231\\_2017\\_d20190716](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-4231_2017_d20190716)

FR: TAF C-4231/2017 du 16 juillet 2019

IT: TAF C-4231/2017 del 16 luglio 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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

#### **E. 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).

#### **E. 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).

#### **E. 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).

#### **E. 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.

##### **E. 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).

##### **E. 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.

#### **E. 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.

##### **E. 1.5.1**

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, die aufschiebende Wirkung beschlägt 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/Rütsche/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).

#### **E. 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 Nebenaspekt. 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).

#### **E. 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.

#### **E. 1.7**

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

##### **E. 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.

### **E. 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: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 62 Rz. 34 und Rz. 26 ff.).

### **E. 2**

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

#### **E. 2.1**

Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen sind folgende Grundsätze zu beachten:

##### **E. 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).

##### **E. 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).

##### **E. 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.).

### **E. 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.

### **E. 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.

### **E. 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).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.