

BSV / /
OFAS / /
UFAS / /

*Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas*

*Kranken- und
Unfallversicherung*

Rechtsprechung und Verwaltungspraxis

*Assurance-maladie
et accidents*

Jurisprudence et pratique administrative

*Assicurazione malattia
e infortuni*

Giurisprudenza e prassi amministrativa

RKUV/RAMA/RAMI 3/1999

Krankenversicherung Assurance-maladie / Assicurazione malattia

Zulassung von Spitalern zur obligatorischen Krankenversicherung (Zürcher Spitalliste 1998)	
KV 72 Entscheid des Bundesrates vom 17. Februar 1999 in Sachen Zweckverband Spital Bauma gegen Regierungsrat des Kantons Zürich	211

Entzug der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung in acht Kantonen auf Ersuchen der Krankenkasse	
KV 73 Urteil des EVG vom 12. März 1999	258

Unfallversicherung Assurance-accidents / Assicurazione infortuni

Fristenstillstand im Einspracheverfahren, Verletzung der Akten- führungspflicht	
U 336 Urteil des EVG vom 27. November 1998 i. Sa. X. M.	276

Verletzung des rechtlichen Gehörs	
U 337 Urteil des EVG vom 28. Dezember 1998 i. Sa. B. I.	281

Unterstellung eines Tankstellen-Shops	
U 338 Urteil des EVG vom 30. Dezember 1998 i. Sa. Tankstelle X. GmbH	285

Unentgeltliche Verbeiständung im Verwaltungsverfahren	
U 339 Urteil des EVG vom 5. Januar 1999 i. Sa. R. S.	289

J u n i - J u i n - G i u g n o 1 9 9 9

Herausgeber/Editeur/Editore
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Effingerstrasse 31, 3003 Bern
Telefon 031 322 91 12
Telefax 031 322 90 20

Redaktion/Rédaction/Redazione
Thomas Schmutz, Marc Léderrey,
Bernard Schuler, Helen Kaufmann

Abonnementspreis Fr. 27.- + 2% MWST
Prix d'abonnement fr. 27.- + 2% TVA
Prezzo d'abbonamento fr. 27.- + 2% IVA

Administration/Amministrazione
Eidg. Drucksachen- und Materialzentrale, 3000 Bern
Office central fédéral des imprimés et du matériel, 3000 Berne
Ufficio centrale federale degli stampati e del materiale, Berna

Auflage/Tirage/Tiratura 1900
Erscheint 5-6 mal jährlich
Paraît 5-6 fois par année
Pubblicato 5-6 volte l'anno

Zulassung von Spitälern zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Zürcher Spitalliste 1998) KV 72 Entscheid des Bundesrates vom 17. Februar 1999 in Sachen Zweckverband Spital Bauma gegen Regierungsrat des Kantons Zürich

K
V
/
A
M

Der Regierungsrat hat die Bedarfsplanung richtig durchgeführt und darf und muss gemäss Bundesrecht einen Abbau der ausgewiesenen Überkapazitäten an Spitalbetten anstreben (Erw. II. 3.4.4).

Die Prognose, wonach sich bei der Aufhebung von organisatorischen Spitaleinheiten (Variante «Konzentration») wirksamer Kosten eindämmen lassen als beim linearen Abbau von Spitalbetten (Variante «linearer Abbau»), lässt sich nicht beanstanden. Wenn der Regierungsrat deswegen einen Teil der überzähligen Betten durch die Nichtaufnahme von organisatorischen Spitaleinheiten in die Liste A¹ abbauen will (Variante «Konzentration»), so hat er sich damit von einem Kriterium leiten lassen, das den Zielen der Spitalplanung entspricht, und er hat sein Auswahlermessen korrekt ausgeübt (Erw. II. 4.4).

Im Rahmen der Variante «Konzentration» hat sich der Regierungsrat mit Blick auf die Qualität der stationären Versorgung der Bevölkerung zu Recht für die Aufhebung der untersten Versorgungsstufe (dezentrale teilregionale Grundversorgung) und damit gegen die Aufnahme der dieser Stufe zugehörigen Regionalspitäler in die Liste A entschieden. Mit der materiellen Regelung hat er weder die Gemeindeautonomie verletzt noch gegen das Gebot der Angemessenheit verstossen. Die Liste A gewährleistet im Akutbereich die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung und die Koordination der Spitäler auch nach Aufhebung der untersten Versorgungsstufe (Erw. II. 5–7).

Zur Rüge der Verletzung von Artikel 6 EMRK (zum Anspruch auf eine gerichtliche Beurteilung der Spitalliste) (Erw. II. 11).

Übergangsrecht. Die Nichtaufnahme des Kreisspitals in die Liste A des Kantons Zürich wird mit Blick auf das Personal und die Patientinnen und Patienten sechs Monate ab Ende jenes Monats rechts-wirksam, in welchem der vorliegende Entscheid im Amtsblatt publiziert wird. Für solange gilt für das Kreisspital die Zulassungsregelung von Artikel 101 Absatz 2 KVG (Erw. II. 13).

Le Conseil d'Etat a correctement réalisé la planification selon les besoins en visant, conformément au droit fédéral, à réduire les surcapacités avérées en lits hospitaliers (cons. II. 3.4.4).

¹ Liste A enthält die Institutionen mit Zulassung zur Versorgung von Patientinnen und Patienten in der allgemeinen Abteilung zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung

Le pronostic selon lequel la suppression d'unités hospitalières organisées (variante «concentration») peut permettre de réduire les coûts plus efficacement plutôt que la suppression linéaire du nombre de lits (variante «réduction linéaire») n'est pas critiquable. Pour cette raison, le Conseil d'Etat, en voulant supprimer une partie des lits excédentaires par le refus d'inclure des unités hospitalières organisées dans la liste A¹ (variante «concentration»), a usé d'un critère conforme aux buts poursuivis par la planification hospitalière et a donc exercé correctement son pouvoir d'appréciation (cons. II. 4.4).

S'agissant de la variante «concentration», le Conseil d'Etat s'est décidé à bon droit, au regard de la qualité de la couverture des besoins hospitaliers de la population, pour la suppression du niveau inférieur d'approvisionnement en soins (approvisionnement de base décentralisé en partie sur le plan régional) et ainsi s'est opposé à l'inscription dans la liste A des hôpitaux régionaux appartenant à ce niveau. Ce faisant, il n'a violé ni l'autonomie communale ni le principe de l'adéquation. En ce qui concerne le domaine des soins aigus, la liste A garantit un approvisionnement en soins conforme aux besoins de la population et la coordination des établissements hospitaliers même après la suppression du niveau inférieur d'approvisionnement (cons. II. 5 à 7).

A propos du grief de violation de l'article 6 CEDH (droit à un examen par un tribunal de la liste des hôpitaux) (cons. II. 11).

Droit transitoire. Au regard du personnel et des patients, le refus du canton de Zurich d'inscrire l'hôpital de district dans la liste A prend effet six mois dès la fin du mois dans lequel la présente décision est publiée dans la feuille officielle. Jusque-là vaut pour l'hôpital de district la réglementation d'autorisation de l'article 101, alinéa 2, LAMal (cons. II. 13).

Il Consiglio di Stato ha attuato correttamente la pianificazione secondo il fabbisogno e può e deve, conformemente al diritto federale, perseguire una riduzione del comprovato esubero di letti ospedalieri (cons. II. 3.4.4).

Non è confutabile la prognosi giusta la quale tramite la soppressione di unità ospedaliere organizzate (variante «concentrazione») i costi possono essere contenuti più efficacemente rispetto ad una riduzione lineare dei letti ospedalieri (variante «riduzione lineare»). Pertanto il Consiglio di Stato, nell'intento di ridurre una parte dei letti in esubero escludendo unità ospedaliere organizzate dall'elenco A²

¹ La liste A énumère les institutions admises à prodiguer des soins aux patients de la division commune à la charge de l'assurance obligatoire des soins

² Nell'elenco A figurano le istituzioni autorizzate per le cure di pazienti nel reparto comune a carico dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie

(variante «concentrazione»), ha seguito il criterio conforme agli scopi della pianificazione ospedaliera e valutato correttamente la propria scelta (cons. II. 4.4).

Quanto alla variante «concentrazione», il Consiglio di Stato, tenuto conto della qualità del fabbisogno della popolazione per le cure stazionarie, ha a buon diritto deciso la soppressione dell'ultimo rango di fabbisogno (fabbisogno di base parzialmente regionale decentratizzato) e quindi respinto l'inserimento nell'elenco A dell'ospedale regionale appartenente a questo rango. Con detto ordinamento esso non ha violato né l'autonomia comunale né il principio dell'adeguatezza. Nell'ambito delle cure per malattie acute, l'elenco A garantisce l'approvvigionamento occorrente per la popolazione e il coordinamento ospedaliero anche dopo la soppressione dell'ultimo rango di fabbisogno (cons. II. 5-7).

Della censura circa la violazione dell'articolo 6 CEDU (diritto ad un esame dell'elenco degli ospedali da parte di un tribunale) (cons. II. 11).

Disposizioni transitorie. Tenuto conto del personale ivi occupato e dei degenti, il non inserimento dell'ospedale distrettuale nell'elenco A del cantone di Zurigo ha effetto sei mesi dopo la fine del mese in cui la presente decisione è pubblicata nel Foglio ufficiale. Per l'ospedale regionale è frattanto applicabile la regola d'autorizzazione di cui all'articolo 101 capoverso 2 LAMal (cons. II. 13).

I.

Übersicht – *Condensé*

Mit Beschluss vom 25. Juni 1997 (RRB 1347) erliess der Regierungsrat des Kantons Zürich die Zürcher Spitalliste 1998 mit den zugelassenen Akutspitälern, Rehabilitationskliniken und Spezialkrankenhäusern. Das Inkrafttreten wurde auf den 1. Januar 1998 festgesetzt. Die Spitalliste 1998 ist in zwei Abschnitte unterteilt. Die *Liste A* enthält die Institutionen mit Zulassung zur Versorgung von Patientinnen und Patienten in der allgemeinen Abteilung zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung. Die *Liste B* enthält die Institutionen mit Zulassung zur Versorgung von Patientinnen und Patienten in der Halbprivat- und Privatabteilung. Abgesehen von zwei Ausnahmen führt die Liste B nur Institutionen mit kantonalem Standort an.

Bei der stationären somatischen Akutversorgung unterscheidet der Regierungsrat neu zwischen drei Versorgungsstufen, welche die bisherigen vier Versorgungsstufen ablösen. Die unterste Versorgungsstufe (dezentrale teilregionale Grundversorgung durch die Regionalspitäler) wird aufgeho-

ben; deren Aufgaben sollen im Wesentlichen durch die erweiterte regionale Grundversorgung (Schwerpunktspitäler) übernommen werden. Sechs Regional- und Ergänzungsspitäler erhalten keinen Leistungsauftrag zur stationären Behandlung von Zürcher Patientinnen und Patienten in der allgemeinen Abteilung (Akutabteilung) und werden nicht in die Liste A aufgenommen (Adliswil, Bauma, Dielsdorf, Pfäffikon, Thalwil und Wald). Damit lassen sich gegenüber 1994 nach den Berechnungen des Regierungsrates rund 310 (von 600 in der ersten Phase abzubauenen) Betten einsparen.

Der Zweckverband des Spitals Bauma führt Beschwerde gegen die Spitalliste 1998 und beantragt im Wesentlichen, die Vorinstanz sei anzuweisen, das Kreisspital Bauma in die Liste A aufzunehmen; der Leistungsauftrag für die Liste B sei durch den Zusatz «zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung» zu präzisieren; das im KVG die kantonale Spitalliste betreffende Rechtsmittelverfahren sowie seine Rechtsmittelbelehrung seien im Einklang mit Artikel 6 Absatz 1 EMRK umzugestalten. Der Beschwerdeführer rügt insbesondere, die Streichung der untersten Versorgungsstufe und die Nichtaufnahme des Kreisspitals Bauma in die Liste A beruhten nicht auf den notwendigen empirischen und transparenten Grundlagen, die für eine korrekte Ermessensausübung notwendig wären. Es bestünden klare Belege dafür, dass die vom Kreisspital Bauma erbrachten Leistungen zu den gesamtkantonal kostengünstigsten gehörten. Die Massnahme verfehle daher die Ziele der Spitalplanung, so namentlich die Eindämmung der Kosten, und gefährde auch die Sicherheit der stationären Versorgung der Bevölkerung in der Region.

Par arrêté du 25 juin 1997 (RRB 1347), le Conseil d'Etat du canton de Zurich a édicté la liste 1998 réglant l'admission des hôpitaux pour soins aigus, des cliniques de réadaptation et des établissements spécialisés. L'entrée en vigueur de cette liste a été fixée au 1^{er} janvier 1998. Elle est subdivisée en deux catégories: la liste A énumère les institutions admises à prodiguer des soins aux patients et patientes des divisions communes à charge de l'assurance-maladie obligatoire. La liste B énumère les institutions admises à prodiguer des soins aux patients et patientes des divisions privées et demi-privées. Sauf deux exceptions, cette dernière liste ne contient que des établissements situés dans le canton.

Pour les soins aigus somatiques stationnaires, le Conseil d'Etat distingue dorénavant trois niveaux de soins, en lieu et place des quatre antérieurement prévus. Le niveau inférieur (hôpitaux régionaux chargés des soins décentralisés et locaux de base) est supprimé; ses tâches sont pour l'essentiel assumées par un réseau de soins régional élargi (hôpitaux centraux). Six hôpitaux

régionaux et complémentaires n'ont donc pas reçu de mandat de prestations pour le traitement stationnaire des patients et patientes zurichoises en division commune (division de soins aigus) et ne figurent dès lors pas sur la liste A (Adliswil, Bauma, Dielsdorf, Pfäffikon, Thalwil et Wald). Selon les calculs du Conseil d'Etat, cette mesure permet l'épargne de 310 lits (sur 600 prévus dans la première phase) par rapport à l'état 1994.

La communauté d'intérêts hospitalière du district de Bauma a recouru contre la liste 1998 en concluant principalement à ce que l'hôpital du district de Bauma soit admis sur la liste A. Elle demande également que le mandat de prestations de la liste B soit précisé par l'adjonction des termes «à charge de l'assurance obligatoire des soins» et que la procédure de recours et l'indication des voies de droit contre la liste hospitalière soient aménagées de manière conforme à l'article 6, 1^{er} alinéa CEDH. La recourante fait en particulier valoir que la suppression du niveau inférieur et la non-admission de l'hôpital de district de Bauma sur la liste A ne se fonderaient pas sur des données empiriques et transparentes suffisantes à un exercice correct du pouvoir d'appréciation. Il existerait au contraire des preuves claires que les prestations fournies par l'hôpital du district de Bauma compteraient parmi les moins coûteuses au niveau cantonal. La mesure le frappant contreviendrait dès lors aux objectifs de la planification hospitalière, en particulier à celui visant à la maîtrise des coûts et compromettrait de surcroît la sécurité de l'approvisionnement en soins stationnaires de la population résidant dans la région.

II.

Auszug aus den Erwägungen:

...

1.2 In der Begründung der Beschwerde macht der Beschwerdeführer neben der Verletzung des KVG auch geltend, der angefochtene Beschluss verstosse gegen die Gemeindeautonomie, und begründet dies anhand der einschlägigen Bestimmungen des kantonalen Rechts näher.

1.2.1 Es fragt sich, ob der Bundesrat die Autonomierüge materiell prüfen kann oder ob dafür das Bundesgericht zuständig ist, weil die Verletzung verfassungsmässiger Rechte grundsätzlich mit staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht zu rügen ist (Art. 84 Abs. 1 Bst a OG). Die staatsrechtliche Beschwerde ist indes unzulässig, wenn die behauptete Rechtsverletzung sonst wie durch Klage oder Rechtsmittel beim Bundesgericht oder bei einer anderen Bundesbehörde gerügt werden kann (Art. 84 Abs. 2 OG; Subsidiarität der staatsrechtlichen Beschwerde).

1.2.2 Gemäss Artikel 53 Absatz 1 KVG kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen über Spitallisten nach Artikel 39 KVG Beschwerde an den Bundesrat geführt werden. Dieser prüft, ob der angefochtene Beschluss Bundesrecht verletzt (vgl. Art. 53 Abs. 2 KVG in Verbindung mit Art. 49 Bst. a VwVG). Zum Bundesrecht gehört nach der Praxis auch das Bundesverfassungsrecht. Der Bundesrat prüft daher im Rahmen von Beschwerden gegen kantonale Spitallisten auch die Rüge der Verletzung von Bundesverfassungsrecht (RKUV 4/1997 268, E. 11.3¹). Soweit in solchen Fällen parallel auch staatsrechtliche Beschwerden beim Bundesgericht erhoben wurden, ist dieses daher darauf gemäss Artikel 84 Absatz 2 OG nicht eingetreten und hat die Akten von Amtes wegen an den Bundesrat überwiesen (vgl. Urteile des Bundesgerichts vom 7.2.1996 i. S. P. gegen RR SH und vom 15.3.1996 i. S. L. gegen RR GL). Nach der Praxis des Bundesrates gehört zum Verfassungsrecht, das dieser im Rahmen von Verwaltungsbeschwerden überprüft, auch die Gemeindeautonomie (VPB 46.55, S. 308 ff., E. 4 und 5; ferner auch VPB 38.105, S. 78, E. 1).

1.2.3 Wenn somit die Gemeindeautonomie zum Bundesverfassungsrecht gehört, wie auch der Beschwerdeführer annimmt, ergibt sich aus den vorgenannten Entscheiden des Bundesrates, dass dieser im Rahmen von Beschwerden nach Artikel 53 Absatz 1 KVG auch prüfen kann, ob die Vorinstanz die Gemeindeautonomie verletzt hat. Insoweit weicht nach Artikel 84 Absatz 2 OG die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht der Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat. Für die Beurteilung der Autonomierüge bei Beschwerden gegen kantonale Spitallisten ist in diesem Sinne der Bundesrat zuständig, wenn eine Gemeinde geltend macht, die kantonale Vorinstanz habe mit dem Erlass der Spitalliste gegen das KVG verstossen, und sich zusätzlich darüber beklagt, die Vorinstanz habe in den Ermessensspielraum der Gemeinde eingegriffen und insofern im Zusammenhang mit der Anwendung von Bundesrecht ihre Befugnisse überschritten.

1.2.4 Nach derselben Regel gestaltet sich vor Bundesgericht das Verhältnis der staatsrechtlichen Beschwerde zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Auch das Bundesgericht überprüft dann, wenn in engem Sachzusammenhang mit dem fraglichen Bundesrecht auch kantonale Vorschriften angewendet worden sind, deren Handhabung im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde und tritt insoweit auf staatsrechtliche Beschwerden von Gemeinden wegen Verletzung der Gemeindeautonomie nicht ein (BGE 121 II 237 E. 1).

...

¹ siehe Nr. KV 10 (1997) dieser Sammlung

1.7 Der Regierungsrat hat die Spitalliste 1998 als erstinstanzliche kantonale Behörde festgesetzt. Der Bundesrat prüft daher die Liste in Bezug auf Tat- und Rechtsfragen mit Einschluss der Angemessenheit grundsätzlich frei (Art. 49 VwVG).

1.7.1 Wie das Bundesgericht räumt der Bundesrat jedoch den Vorinstanzen bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe einen gewissen Beurteilungsspielraum ein, insbesondere soweit örtliche Verhältnisse zu würdigen sind. Er trägt diesem Spielraum dadurch Rechnung, dass er Fragen zurückhaltend prüft, zu deren Beurteilung die Vorinstanzen über die besseren Kenntnisse der besonderen örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnisse verfügen (VPB 53.14, S. 78 f., E. 2, und VPB 54.44, S. 284, E. 5.4; BGE 119 Ib 265 E. b, 112 Ib 30 E. 3, 111 Ib 88 E. 3, 109 Ib 219 E. 6).

1.7.2 Zurückhaltung übt der Bundesrat auch, wenn er künftige Entwicklungen, das heisst Prognosen, beurteilt. Das ist zwar keine Ermessensfrage, sondern eine auf Grund von Erfahrungswissen zu beurteilende Tatfrage. Doch kann eine Prognose eine künftige Entwicklung nicht mathematisch genau voraussagen, sondern höchstens mit einer mehr oder weniger grossen Wahrscheinlichkeit in Aussicht stellen. Daher kann in solchen Fällen nicht ein strikter Beweis verlangt werden; es muss genügen, dass sich – ähnlich wie beim Glaubhaftmachen – die erwartete Entwicklung für wahrscheinlich halten lässt (Nachweis der Wahrscheinlichkeit). Soweit die Einschätzung künftiger Entwicklungen Sachkunde voraussetzt und auf Erfahrungswissen oder Erfahrungssätzen basiert, wie dies für die kantonalen Spitalplanungen zutrifft, richtet der Bundesrat sein Augenmerk vor allem darauf, ob die zumutbaren Abklärungen getroffen und die sachrichtigen Beurteilungsfaktoren herangezogen wurden (VPB 51.64, S. 438 f., E. d, mit Hinweisen auf Literatur und Praxis).

1.7.3 Soweit den Kantonen beim Vollzug des KVG ein Auswahlermessen zusteht, haben sie die allgemeinen Schranken der Ermessensbetätigung zu beachten (*Fritz Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 313 ff.; *Imboden/Rhinow/Krähenmann*, Verwaltungsrechtssprechung, Nr. 67/B/I/II; *Blaise Knapp*, Précis de droit administratif, 4. Auflage, Basel und Frankfurt a. M. 1991, Ziff. 158 ff.; *Pierre Moor*, Droit administratif, Volume I: Les fondements généraux, Bern 1988, Ziff. 4.3.1 und 4.3.2). Auswahlermessen fällt bei der Spitalplanung und beim Erlass der Spitalliste dort in Betracht, wo das Bundesrecht den Kantonen keinen bestimmten Weg vorschreibt, sondern ihnen die Wahl zwischen verschiedenen Lösungen und deren konkreten Ausgestaltung lässt (*Fritz Gygi*, a. a. O., S. 304; *Imboden/Rhinow/Krähenmann*, a. a. O., Nr. 66/B/II/a). Pflichtgemässe Er-

messensbetätigung verlangt, dass die entscheidende Behörde alle in der Sache erheblichen Interessen berücksichtigt und sorgfältig gegeneinander abwägt und sich von sachlichen Gründen leiten lässt. Zu beachten sind ferner die allgemeinen Rechtsgrundsätze wie das Gebot von Treu und Glauben und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns sowie das Verbot von Willkür und rechtungleicher Behandlung (*Imboden/Rhinow/Krähenmann*, a. a. O., Nr. 67/B/I/II).

1.8 Unter den vor Einreichung der Beschwerde erstellten Akten der Vorinstanz stützt sich der Bundesrat für seinen Entscheid neben dem RRB 1347 insbesondere auf die Spitalliste 1998 und den Planungsbericht 1997; der Beschwerdeführer hat diese beiden Schriftstücke zusammen mit dem angefochtenen Beschluss erhalten (Ziff. VII des RRB-Dispositivs). Ferner zieht der Bundesrat die Kenndaten 1996 bei; diese Daten sind dem Beschwerdeführer ebenfalls bekannt (vgl. Ziff. 8 ff. und Beilage 5 der Beschwerdeschrift). Soweit nötig greift der Bundesrat auch auf die Zürcher Krankenhausplanung 1991 zurück. Die Krankenhausplanung 1991 war dem Beschwerdeführer ebenfalls zugänglich (vgl. Beschwerdeschrift, S. 5, Ziff. 12).

1.9 ...

2. Zulassungsregelung für Halbprivat- und Privatabteilungen (Liste B)

Der Beschwerdeführer beantragt, die Liste B sei durch den Zusatz: Institutionen mit Zulassung zur Versorgung «zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung» in der Halbprivat- und Privatabteilung zu präzisieren.

2.1 Für die Beurteilung des Antrags ist vorweg zu prüfen, ob dieser Zusatz die Rechtslage für die Liste B richtig wiedergibt. Der Bundesrat hat am 21. Oktober 1998 zwei Beschwerden gegen die Spitalliste des Kantons Appenzell Ausserrhoden beurteilt und dabei entschieden, dass die Kantone auch für den Bereich der Halbprivat- und Privatabteilungen der Spitäler eine Spitalplanung im Sinne von Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe d KVG durchführen müssen. Nur Halbprivat- und Privatabteilungen, die auf einer Spitalliste figurieren, sind zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen (Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG). Versicherte, die sich in Halbprivat- und Privatabteilungen von Spitälern behandeln lassen, können einen Beitrag aus der Grundversicherung (= Sockelbeitrag) beanspruchen. Die Kantone müssen die Leistungen dieses Bereichs indes nicht zwingend auf der Spitalliste aufführen. In diesem Sinne ist auch die Zuordnung von Bettenzahlen an die Anbieter von Leistungen der genannten Spitalabteilungen empfehlenswert, aber nicht zwingend. Die übrigen

Zulassungsvoraussetzungen (personelle und technische Ausstattung als Spitäler; Art. 39 Abs. 1 Bst. a–c KVG) sind jedoch für allgemeine Abteilungen sowie Halbprivat- und Privatabteilungen identisch¹.

2.2 Für die Zürcher Liste B, welche die Spitäler mit Privat- und Halbprivatabteilungen separat aufführt, ergibt sich aus dem Gesagten das Folgende:

2.2.1 Der Bundesrat bestätigt zum einen die rechtliche Tragweite, welche die Vorinstanz der Liste B beilegt, nämlich den privaten und halbprivaten Abteilungen der dort aufgeführten Spitäler die Zulassung zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu verschaffen.

2.2.2 Offen und zu entscheiden bleibt dagegen die andere Frage, ob die Liste B durch den Zusatz «zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung» zu präzisieren ist, wie der Beschwerdeführer beantragt. Nach den vorstehenden Erwägungen gibt der Zusatz die materielle Rechtslage richtig wieder. Allerdings hat ein solcher Zusatz nur deklaratorische Bedeutung, weil es nicht auf die Bezeichnung bzw. die Überschrift zur Liste B ankommen kann, sondern darauf, welche rechtliche Tragweite dieser Liste nach den Artikeln 35 und 39 KVG zukommt. Aus dieser Sicht ist die Aufnahme des genannten Zusatzes in die Liste B nicht zwingend.

Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass das Titelblatt der Spitalliste 1998 für die Liste A ausdrücklich die Zulassung der dort genannten Spitäler zur Versorgung von Patientinnen und Patienten «zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung» nennt, während dieser Hinweis auf der Liste B fehlt.

Die Gesundheitsdirektion bringt dazu vor, dass zurzeit noch kein Urteil des in der Sache zuständigen EVG vorliege, ob ein Anspruch auf einen solchen Sockelbeitrag aus der Grundversicherung bestehe, weshalb der Regierungsrat auf den Zusatz «zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung» verzichtet habe.

Nach Ansicht des Bundesrates sind in diesem Zusammenhang zwei Fragen zu unterscheiden, wovon die eine vom EVG und die andere vom Bundesrat zu beurteilen ist.

Dem EVG obliegt im Streitfall fraglos der Entscheid, wie hoch im Sinne der ersten Frage der Sockelbeitrag aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung anzusetzen ist, wenn der Versicherte ein zugelassenes Spital aufsucht und auch die übrigen Voraussetzungen für die Kostenübernahme

¹ Der eine der beiden vorgenannten Entscheide ist in der Zwischenzeit veröffentlicht worden (RKUV 6/1998 KV 54 S. 521 ff. und insbesondere 544 E. 3.2.5 und 3.2.6)

durch den zuständigen Versicherer erfüllt (Art. 41 Abs. 1 und 2 KVG). Dies hat der Bundesrat in ersten Entscheiden zu Spitallisten denn auch ausdrücklich festgehalten und ist daher wegen Unzuständigkeit auf entsprechende Begehren (z. B. auf Erlass von Feststellungsverfügungen zu Art. 41 KVG) nicht eingetreten (RKUV 6/1996 233, E. 6¹).

Ob dagegen ein bestimmtes Spital zugelassen ist und ob insbesondere die Liste B den privaten und halbprivaten Abteilungen der aufgeführten Spitäler die Zulassung zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung verbürgt, wird nicht in Artikel 41 Absätze 1 und 2 KVG geregelt und ist daher nicht vom EVG zu entscheiden. Diese zweite Frage, das heisst die Bezeichnung der zugelassenen Spitäler und die Regelung der rechtlichen Tragweite der Spitallisten, bestimmt sich nach Artikel 35 und 39 Absatz 1 KVG. Der Entscheid darüber obliegt in erster Instanz den zuständigen kantonalen Behörden und im Streitfall dem Bundesrat. Dass sich der Bundesrat im vorliegenden Entscheid zu dieser zweiten Frage ausspricht und in Auslegung der Artikel 35 und 39 Absatz 1 KVG feststellt, die Liste B vermittele den privaten und halbprivaten Abteilungen der dort aufgeführten Spitäler die Zulassung zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, liegt daher im Rahmen seiner Zuständigkeit (Art. 53 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 39 Abs. 1 KVG).

Gegen die Aufnahme des Zusatzes in die Liste B lassen sich somit keine triftigen Gründe anführen. Die Listen A und B unterscheiden sich in der Frage der Zulassung der dort aufgeführten Spitäler zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nicht voneinander. Die unterschiedlichen Formulierungen können zudem den Leser oder die Leserin über die rechtliche Tragweite der Listen in die Irre führen, was sich vermeiden lässt, wenn der Zusatz auch in die Liste B aufgenommen wird.

Ziffer 3 des Antrags in der Beschwerde ist daher gutzuheissen und die Liste B an den einschlägigen Stellen mit dem Zusatz «zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung» zu ergänzen. Nach dem Gesagten versteht es sich, dass damit nichts über die Höhe des von der Grundversicherung zu leistenden Sockelbeitrages gesagt ist. Dieser ist im Streitfall vom EVG zu bestimmen (Art. 41 Abs. 1 und 2 KVG).

3. Zulassung von Spitälern mit allgemeiner Abteilung (Liste A)

In der Hauptsache verlangt der Beschwerdeführer, das Kreisspital Bauma sei in die Liste A aufzunehmen.

¹ siehe Nr. KV 1 (1996) dieser Sammlung. Zur Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zu Art. 41 KVG vgl. BGE 123 V 290 ff., insbesondere 303 E. cc), dd) und c)aa) sowie 308 E. 7

3.1 Gleich wie für die Liste B muss ein Spital auch für die Liste A die Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen erfüllen, um zur Tätigkeit zu Lasten der sozialen Krankenversicherung zugelassen zu werden (Art. 39 Abs. 1 Bst. a–c KVG). Im vorliegenden Fall ist nicht bestritten, dass das Kreisspital Bauma diese Voraussetzungen erfüllt.

3.2 Im Weiteren muss das Spital für die Zulassung zur Liste A der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen, wobei private Trägerschaften angemessen zu berücksichtigen sind (Bedarfsdeckungs- und Koordinationsvoraussetzung, Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG).

Im Sinne einer Publizitäts- und Transparenzvoraussetzung – an welche Rechtswirkungen geknüpft werden – setzt die Zulassung nach Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe e KVG schliesslich voraus, dass die Spitäler oder einzelnen Abteilungen in der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons enthalten sind.

Die genannten Voraussetzungen sollen eine Koordination der Leistungserbringer, eine optimale Ressourcennutzung und eine Eindämmung der Kosten bewirken (Botschaft des Bundesrates, a. a. O., S. 167).

Nach der Praxis des Bundesrates (RKUV 4/1997 262 f., E. 4.2–4.6¹) gehört zur Spitalplanung eine Bedarfsanalyse, nämlich die Definition der Versicherten nach medizinischen Kategorien sowie die Zuweisung und Sicherung der entsprechenden Kapazitäten durch Leistungsaufträge an die in die Liste aufgenommenen Spitäler; die Planung bedarf einer laufenden Überprüfung. Für die Zuweisung und Sicherung der Kapazitäten sind die Angebote der Leistungserbringer zu evaluieren und Lösungsvarianten für eine bedarfsgerechte Versorgung zu erarbeiten. Die Suche nach der im Sinne einer Gesamtbetrachtung wirtschaftlich günstigsten Lösung muss auf Grund objektiver Kriterien erfolgen und hat dem Gebot der Kostenwahrheit zu entsprechen. Die Auswahl darf sich nicht allein nach Kriterien der Wirtschaftlichkeit richten; ein blosser Zahlenvergleich trüge weiteren wichtigen Kriterien wie der Bereitschaft und Fähigkeit der Kliniken zur Tarifbindung und zur Aufnahme schwieriger Fälle nicht Rechnung. Nur ein umfassender und entsprechend fundierter Vergleich der Angebote trägt dem Gebot der Gleichbehandlung tatsächlich Rechnung.

Planung bedeutet, dass der Wettbewerb im Bereich der Grundversicherung und der Versorgung der allgemein Versicherten seine Funktion als

¹ siehe Nr. KV 10 (1997) dieser Sammlung

Koordinations- und Steuerungsprinzip stets nur beschränkt wird entfalten können. Staatliche Ordnungen, in welchen die Koordination von Angebot und Nachfrage über einen Plan erfolgt, bilden den Gegensatz zu einer vom Markt gesteuerten Wettbewerbswirtschaft.

Bei der Wahl unter den planerischen Varianten verfügt der Regierungsrat über ein Auswahlermessen. Das Bundesrecht schreibt den Kantonen für die Spitalplanung nicht einen bestimmten Weg vor, sondern lässt ihnen die Wahl unter verschiedenen Lösungen, sofern diese die vorgenannten Voraussetzungen in Bezug auf die Spitalplanung und die Spitalliste sowie deren Ziele erfüllen.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Liste A die Voraussetzungen in Bezug auf die Spitalplanung und die Spitalliste (Bedarfsdeckung, Koordination, Publizität, Transparenz) sowie deren Ziele (optimale Ressourcennutzung und Eindämmung der Kosten) erfüllt, soweit der Beschwerdeführer dies bestreitet.

3.3 Zunächst ist festzustellen, dass das Kreisspital Bauma von einem Zweckverband politischer Gemeinden und damit von einer öffentlich-rechtlichen Trägerschaft geführt wird (Ziff. I. . . . hiervor). Der Beschwerdeführer kann sich daher zum vornherein nicht auf den zweiten Teil von Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe d KVG berufen, welcher allein den privaten Trägerschaften einen angemessenen Einbezug in die Spitalplanung garantiert. Zu prüfen bleibt dagegen, ob die Liste A die übrigen Voraussetzungen und die Ziele der Spitalplanung erfüllt.

3.4 Zu diesen Anforderungen gehört zunächst die Bedarfsplanung, die ihrerseits die Ermittlung der Kapazitäten der Leistungserbringer und die Erhebung des gegenwärtigen und künftigen Bedarfs der Bevölkerung an stationären Leistungen umfasst (Ziff. II/3.2 hiervor).

Der Beschwerdeführer wendet in diesem Zusammenhang ein, die vom Regierungsrat vorgelegte Bedarfsplanung sei unverhältnismässig und werde im Sinne einer Bedürfnisklausel eingesetzt, für welche das KVG keine Grundlage biete. Daher ist im Folgenden zu prüfen, ob der Regierungsrat die Bedarfsplanung richtig durchgeführt hat und ob er das Angebot an stationärer Versorgung nach dem Bedarf ausrichten darf.

3.4.1 Nach dem Planungsbericht 1997 (S. 16 ff. und insbesondere 19) gab es im Kanton Zürich 1990 insgesamt 5907 Betten in den Akutspitalern. Diese Zahl ging bis 1994 auf 5541 Betten zurück. Der Bettenbedarf (einschliesslich der Ausserkantonalen, aber ohne Rehabilitation; Planungsbericht, S. 9) reduzierte sich in derselben Zeitspanne von 5490 auf 5270 Betten. Die

Reduktion erklärt sich daraus, dass gegenüber den Faktoren, die eine steigende Nachfrage bewirken (namentlich Wachstum der Bevölkerung), jene anderen Faktoren überwiegen, die eine sinkende Nachfrage begünstigen. Dazu zählen insbesondere vermehrte ambulante Behandlungen statt stationärer Aufenthalte wegen des medizinisch-technischen Fortschritts, kürzere mittlere Aufenthaltsdauer dank neuer Behandlungsverfahren, Ausbau der spitalexternen Dienste und frühzeitige Verlegungen in Rehabilitationskliniken. Ferner ist gemäss Praxis des Bundesrates je nach Klinik eine Bettenbelegung von 85 Prozent (Akutspitäler mit Notfallstation) bzw. 90 Prozent (Akutspitäler ohne Notfallstation und Höhenkliniken) anzustreben, was bei der Ermittlung des Bettenbedarfs normativ vorzugeben ist und den Bedarf an Spitalbetten ebenfalls vermindert, soweit die effektive Bettenbelegung tiefer liegt (RKUV 6/1997 359, E. 8.1.2¹). Diese Faktoren werden den Bedarf nach Ansicht des Regierungsrates auch in Zukunft weiter absinken lassen. Der Planungsbericht 1997 prognostiziert, dass 1998 noch 4760 Betten, im Jahre 2000 noch 4520 Betten und im Jahre 2005 noch 4320 Betten gebraucht werden. Ohne den Abbau weiterer Betten ergibt dies gegenüber dem Stand von 1994 für 1998 einen Überschuss von 781 Betten, für 2000 einen Überschuss von 1021 Betten und für 2005 einen Überschuss von rund 1200 Betten (RRB 1347, S. 3, Ziff. 2). Um den Unwägbarkeiten bei der Entwicklung (etwa der demographischen Strukturen oder der Morbidität) zu begegnen, sollen in der ersten Phase jedoch weniger Betten, nämlich deren 600, abgebaut werden.

Die Planung des Bedarfs ist von der Sache her auf die Zukunft ausgerichtet und beruht deshalb zwangsläufig auf Prognosen über die künftige Entwicklung, was Sachkunde und Erfahrungswissen voraussetzt. In solchen Fällen prüft der Bundesrat, ob die zumutbaren Abklärungen getroffen und die sachrichtigen Beurteilungsfaktoren herangezogen wurden (Ziff. II/1.7.2 hiervor).

Nach dem Planungsbericht 1997 (S. 16) sind die Prognosewerte der Krankenhausplanung 1991 zu übernehmen und im Rahmen der rollenden Planung zu korrigieren. Die Planung 1991 verwendete für die Ermittlung des kantonalen Bedarfs an Spitalbetten eine Formel, die auch den Bedarfschätzungen im Planungsbericht 1997 zu Grunde liegt, wie sich den einschlägigen Berechnungsfaktoren entnehmen lässt (Planungsbericht, S. 16 ff.). Diese Formel (vgl. Zürcher Krankenhausplanung 1991, S. 61, Ziff. 3) entspricht zwar nicht in der Terminologie, aber doch bei den massgeblichen Faktoren einem der Modelle, welche nach den Empfehlungen der Schwei-

¹ siehe Nr. KV 16 (1997) dieser Sammlung

zerischen Sanitätsdirektorenkonferenz (SDK) vom 12. März/10. April 1997 zur Spitalplanung, zur Spitalliste und zur Pflegeheimliste nach Artikel 39 KVG in Betracht fallen. Danach kann der kantonale Bedarf an Spitalbetten entweder normativ (mittels Kennziffern, z. B. anhand einer bestimmten Anzahl Betten pro tausend Einwohnerinnen/Einwohner) festgelegt oder durch eine Bettenbedarfsberechnung (detaillierte analytische Bedarfsprognose) ermittelt werden (Empfehlung 5, S. 6).

Der Bettenbedarf wird gemäss den Empfehlungen der SDK analytisch wie folgt ermittelt (S. 6, Erläuterung B4):

$$\frac{SE \times AD \times EW}{365 \times BB} = \text{Bettenbedarf}$$

SE = Spitaleinweisungen je 1000 Einwohnerinnen/Einwohner
(Hospitalisationsrate)

AD = Aufenthaltsdauer

EW = Bevölkerungszahl des Versorgungsgebietes
(geteilt durch den Faktor 1000)

BB = mittlere Bettenbelegung.

Die Zürcher Formel verwendet in der Sache dieselben Faktoren (Spitalhäufigkeit x mittlere Aufenthaltsdauer x Einwohnerzahl : 365 x normale Bettenbelegung). Nach Ansicht des Bundesrates enthalten die Zürcher Formel und jene der SDK die Faktoren, welche für die Berechnung des Bedarfs eines Kantons an Spitalbetten relevant sind. Der Bundesrat sieht daher keinen Anlass, Bedarfsschätzungen in Frage zu stellen, die auf diesen Formeln basieren, soweit der Bedarf nicht normativ (mittels Kennziffern) ermittelt wird. Es versteht sich indes, dass sich die Faktoren weder für die Gegenwart und noch weniger für die Zukunft mathematisch genau quantifizieren lassen, weil sie auf Schätzungen und Prognosen beruhen. Sowohl bei der Ermittlung des gegenwärtigen und noch mehr des künftigen Bedarfs werden daher je nach den quantitativen Vorgaben die Zahlenwerte zwangsläufig in einer gewissen Bandbreite streuen.

Der Einfachheit halber verwendet der Bundesrat in den folgenden Erwägungen nur noch die analytische Formel der SDK, um die Zürcher Schätzwerte nachzuprüfen.

(Die Prüfung ergibt, dass der Bedarf aller Wahrscheinlichkeit nach richtig berechnet worden ist.)

Auch das BSV kommt zum Schluss, dass die zur Bedarfsabklärung herangezogenen Kriterien genügen und die Liste A dem Bedarf entspricht

(Vernehmlassung, S. 13, Ziff. 2.1.1). Demgemäss ist davon auszugehen, dass es im Kanton Zürich zurzeit rund 600 Akutbetten gibt, welche den Bedarf übersteigen.

Der Regierungsrat leitet aus der Pflicht zur Planung und Verwirklichung einer bedarfsgerechten Spitalversorgung (Art. 39 Abs. 1 Bst. d und e KVG) ab, dass das Angebot und damit der Bestand an Spitalbetten dem Bedarf anzupassen und deshalb die Zahl der überzähligen Betten abzubauen ist.

3.4.2 Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, bei der Auslegung von Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe d KVG sei zu beachten, dass das KVG – entgegen dem ursprünglichen Antrag des Bundesrates in der KVG-Botschaft – keine Bedürfnisklausel vorsehe. Der bundesrechtliche Auftrag an die Kantone zur Planung der bedarfsgerechten Spitalversorgung dürfe demnach nicht im Sinne einer Bedürfnisklausel ausgelegt werden. Die kantonale Spitalplanung solle daher (auch) die Marktverhältnisse und die regionalen Gegebenheiten, das heisst die tatsächlichen Nachfrageverhältnisse, in einem gewissen Umfang reproduzieren, dürfe sie aber nicht unbesehen der realen Verhältnisse lenken. Im Lichte dieser Vorgaben müsse die kantonale Bedürfnisplanung als unverhältnismässig bezeichnet werden.

Dazu ist vorweg festzustellen, dass der KVG-Entwurf gemäss Botschaft des Bundesrates vom 6. November 1991 im 5. Abschnitt unter den ausserordentlichen Massnahmen zur Eindämmung der Kostenentwicklung neben anderen Massnahmen die Ermächtigung an den Bundesrat zur Einführung eines Bedürfnisnachweises für die Zulassung von Leistungserbringern vorsah (Art. 47 Abs. 2 E KVG; BBl 1992 I 273; im Folgenden: KVG-Botschaft). In den Erläuterungen (BBl 1992 I 189) führte der Bundesrat aus, der Bundesrat erhalte damit die Möglichkeit, die Bedingungen für die Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der sozialen Krankenversicherung zu verschärfen. Damit werde eine übermässige Zunahme der Zahl der Leistungserbringer verhindert, wenn dies zu einer unnötigen Ausdehnung der erbrachten Leistungen und damit zu einer Zunahme der Kosten führen würde. In der parlamentarischen Beratung (Amtl. Bull. 1992 S 1318 ff. und 1322) hat der Ständerat den Bedürfnisnachweis gestrichen, unter anderem mit dem Argument, diese Massnahme laufe auf ein Berufsverbot (z. B. für Ärzte und Ärztinnen nach Abschluss des Studiums) hinaus und setze das Dringlichkeitsrecht der Jahre 1991 und 1992 fort (Votum Berichterstatter Huber und Votum Loretan, a. a. O., 1319 und 1320). Der Nationalrat hat sich in diesem Punkt dem Ständerat angeschlossen (Amtl. Bull. 1993 N 1865 und 1870).

Auch wenn die eidgenössischen Räte den Bedürfnisnachweis somit abgelehnt haben, so haben sie andererseits doch die Pflicht der Kantone zur

Planung einer bedarfsgerechten Spitalversorgung gemäss Entwurf des Bundesrates (BBl 1992 I 267; Art. 33 Abs. 1 Bst. d E KVG) nicht angetastet, sondern ins geltende Recht überführt (Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG). Wenn die eidgenössischen Räte auch an der Planungspflicht der Kantone hätten Abstriche machen wollen, hätten sie dies in Artikel 39 KVG zum Ausdruck gebracht, was nicht der Fall ist. Das Parlament hat im Gegenteil die Kontrolle über die kantonalen Spitalplanungen verstärkt, indem es gegen diese – in Abweichung vom Entwurf des Bundesrates (Art. 45 Abs. 1 E KVG; BBl 1992 I 272) – als Kontrollmittel die Beschwerde an den Bundesrat eingeführt hat. Im schriftlichen Bericht der zuständigen Kommission des Nationalrates figurierte die Neuerung unter den Massnahmen zur Verstärkung der Kontrolle und wurde damit begründet, dass ein Versicherer Beschwerde an den Bundesrat solle führen können, wenn er der Ansicht sei, ein in der kantonalen Spitalliste genanntes Spital sei nicht planungskonform oder die zu Grunde liegende Spitalplanung sei nicht bedarfsgerecht, sondern schaffe Überkapazitäten (Amtl. Bull. 1993 N 1727 und 1863 f.; Amtl. Bull. 1993 S. 1077 f. und 1994 94). In den parlamentarischen Beratungen kam somit klar zum Ausdruck, dass mit der Spitalplanung Überkapazitäten bekämpft werden sollen und deren Abbau nötigenfalls mit Beschwerde an den Bundesrat durchgesetzt werden kann.

Der Bundesrat schliesst daraus, dass nach dem Willen des Parlaments der Abbau von Überkapazitäten im Spitalbereich auch ohne formellen Bedürfnisnachweis geboten ist. Zwar haben die eidgenössischen Räte diesen Nachweis bei den ausserordentlichen Massnahmen zur Eindämmung der Kostenentwicklung gestrichen. Angesichts der geschilderten Vorgeschichte kann dieser Umstand indes die Annahme nicht stützen, dass die Räte für ausserordentliche Lagen eine Steuerung des Angebots nicht gewollt hätten, bedeute, dass dies erst recht für die Planung des Normalfalls im Spitalbereich gelten müsse (a. M. *Jean-Louis Duc*, *Etablissements médico-sociaux et planification hospitalière* (article 39 LAMal), *AJP/PJA* 8/97 959 ff., *Ziff.* 1, 4 und 5).

In diesem Sinn kann die Spitalplanung nicht einfach das bestehende Angebot an Spitalleistungen fortschreiben, sofern Überkapazitäten bestehen, sondern muss deren Abbau anvisieren. Es versteht sich, dass bei der Beurteilung von Angebot und Bedarf sowie bei der Wahl der Mittel ein Spielraum besteht, den nicht jede Kantonsregierung gleich nutzen wird. Soweit sich ein Kanton an diesen Spielraum hält, wird der Bundesrat diesen jedoch respektieren (*Ziff.* II/1.7.1 hiervor).

3.4.3 Ohne Belang ist in diesem Zusammenhang, dass auf die Pauschalen für die allgemeinen Abteilungen der öffentlichen und öffentlich sub-

ventionierten Spitäler die Kosten aus Überkapazität nicht anzurechnen sind (Art. 49 Abs. 1 KVG). Dies entlastet zwar die Kassen, nicht aber die öffentliche Hand, die nötigenfalls die nicht gedeckten Kosten aus Überkapazität übernehmen muss. Im Ergebnis bringt dies nicht eine effektive Eindämmung der Kosten der stationären Versorgung, sondern höchstens eine Verlagerung von den Kassen auf die öffentliche Hand. Kosteneindämmung kann aus der Sicht der sozialen Krankenversicherung zwar durchaus eine solche Verlagerung einschliessen, wie die Regel von Artikel 49 Absatz 1 KVG sie je nach Anteil der öffentlichen Hand an den Kosten der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler bringt. Das Schwergewicht muss jedoch auf Massnahmen zur Kosteneinsparung liegen (KVG-Botschaft, BBl 1992 I 127; RKUV 4/1997 235, E. 7.1¹). Dazu gehört nach Artikel 39 Absatz 1 KVG die Planung des Bedarfs an stationärer Versorgung.

3.4.4 Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass der Regierungsrat die Bedarfsplanung (Ermittlung der Kapazitäten der Leistungserbringer sowie Erhebung des gegenwärtigen und künftigen Bedarfs der Bevölkerung an Leistungen der stationären Akutversorgung) richtig durchgeführt hat. Gemäss Bundesrecht darf und muss er einen Abbau der Überkapazitäten an Spitalbetten anstreben, und die von ihm vorgelegte Bedarfsplanung ist nicht unverhältnismässig.

4. Der Regierungsrat hat sodann weiter geprüft, mit welchen Mitteln der Abbau der überzähligen Betten anzustreben ist.

4.1 In dieser Hinsicht unterscheidet er zwischen den allgemeinen Abteilungen der Spitäler (Liste A) einerseits und den privaten/halbprivaten Abteilungen andererseits (Liste B). Für die zweite Kategorie soll – so der Regierungsrat – der freie Wettbewerb Angebot und Nachfrage steuern (RRB 1347, S. 2, Ziff. 4, und S. 12, Ziff. 2). Den Kantonen kommt dabei lediglich die Aufgabe zu, für gleiche Wettbewerbsbedingungen der im eigenen Kanton gelegenen Institutionen zu sorgen. In die Liste B sind daher sämtliche antragstellenden Anbieter von Leistungen im Privatversicherungsbereich mit Standort im Kanton Zürich aufgenommen worden. Den Institutionen soll damit ermöglicht werden, diese Leistungen teilweise zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu erbringen (Ziff. II/2 hiervor).

4.2 Was die Liste A betrifft, hat der Regierungsrat diese nach dem mutmasslichen künftigen Bedarf ausgerichtet. Der Wettbewerb zwischen den Spitälern kann nach Ansicht des Regierungsrates insoweit nicht jene Rolle

¹ siehe Nr. KV 8 (1997) dieser Sammlung

spielen, welche ihm zwischen den privaten und halbprivaten Abteilungen der Spitäler zukommt.

Zur Umsetzung der Bedarfsplanung bieten sich für ihn grundsätzlich zwei Varianten an, nämlich der lineare Abbau von Betten in den Akutspitälern und Akutabteilungen von Spitälern einerseits (im Folgenden: Variante «linearer Abbau») oder die Nichtaufnahme von organisatorischen Einheiten (Akutspitäler bzw. Akutabteilungen von Spitälern) in die Liste A andererseits (im Folgenden: Variante «Konzentration»; RRB 1347, S. 3 f., Ziff. 2). Der Planungsbericht 1997 (S. 20) stellt zur ersten Variante fest, dass im Kanton Zürich zwischen 1989 und 1996 knapp 700 Akutbetten (rund 11% des Bestandes) abgebaut worden seien und die Gesamtkosten trotzdem weiter anstiegen. Die Erfahrungen zeigten somit, dass der lineare Abbau von Spitalbetten eine effektive Kostensenkung nicht bewirkt habe. Erklären lasse sich dies damit, dass Spitäler nicht in erster Linie Pflege-, sondern Behandlungszentren seien. Nur rund ein Drittel der Kosten entfalle auf den Pflegebereich, zwei Drittel dagegen auf den Behandlungsbereich. Nur wenn gleichzeitig mit den Betten auch die damit verbundene administrative, medizinische und hauswirtschaftliche Infrastruktur abgebaut werde, könnten dank des Wegfalls der Betriebs- und Investitionskosten nachhaltige Kosteneinsparungen erzielt werden (RRB 1347, S. 6, Bst. B). Hinzu komme, dass sich einerseits einfachere medizinische Eingriffe zusehends vom stationären in den teilstationären oder ambulanten Bereich verlagerten und andererseits dort, wo die stationäre Versorgung nötig bleibe, die medizinischen Eingriffe laufend komplexer würden. Dies führe zu einer Segmentierung und Spezialisierung innerhalb der medizinischen Grunddisziplinen und unter den Leistungsanbietern (RRB 1347, S. 3, Bst. A).

Der Regierungsrat entschied daher, einen Teil der überzähligen Betten durch die Nichtaufnahme von organisatorischen Spitaleinheiten in die Liste A abzubauen, was der Variante «Konzentration» entspricht.

4.3 Wie bei der Schätzung des künftigen Bedarfs an Spitalbetten (Ziff. II/3.4.1 hiervor) geht es auch hier um eine Prognose, nämlich um eine Voraussage über die künftige Entwicklung der Kosten der beiden Varianten, was Sachkunde und Erfahrungswissen voraussetzt. In solchen Fällen prüft der Bundesrat, ob die zumutbaren Abklärungen getroffen und die sachrichtigen Beurteilungsfaktoren herangezogen wurden (Ziff. II/1.7.2 hiervor).

4.3.1 Nach dem Planungsbericht 1997 (S. 19) sank der betriebswirtschaftliche Bettenbestand der Akutspitäler im Kanton Zürich von 5907 Betten (1990) auf 5723 Betten (1992) und 5674 Betten (1993) und 5541 Betten (1994). Diesem Rückgang bei der Zahl der Betten stehen für die Jahre 1993–

1996 Aufwand-Positionen gegenüber, die insgesamt stärker stiegen als die Erträge (Kenndaten 1996, Tabellen 8.1–8.5 und 9.1–9.6). Das Betriebsergebnis der Zürcher Akutspitäler (= Betriebsaufwand minus Betriebsertrag; Kenndaten 1996, S. 3 und Tabelle 10.1) war in diesen Jahren stets defizitär und entwickelte sich von 414 263 686 Franken (1993) über 394 738 530 Franken (1994) und 426 194 885 Franken (1995) auf 472 704 730 Franken (1996). Auch wenn die untersuchten Jahre sich bloss für 1993 und 1994 decken, so lassen sie doch einen gegenläufigen Trend erkennen, nämlich, dass einerseits der betriebswirtschaftliche Bettenbestand der Zürcher Akutspitäler sinkt, sich aber andererseits das Betriebsergebnis nicht verbessert.

Dass in den genannten Zahlen auch Betriebsaufwand und Betriebsertrag der halbprivaten und privaten Normalpflegebetten enthalten sind (Kenndaten 1996, S. 4), kann diesen Trend nicht grundsätzlich in Frage stellen. Zwar ist – solange eine genaue Kostenausscheidung gegenüber den allgemeinen Abteilungen fehlt – gemäss Praxis des Bundesrates bei der Berechnung der Pauschalen für die allgemeinen Abteilungen (Art. 49 Abs. 1 KVG) davon auszugehen, dass allgemein versicherte Patientinnen und Patienten weniger Kosten verursachen als privat oder halbprivat versicherte Patientinnen und Patienten; deshalb ist bei den anrechenbaren Kosten der allgemeinen Abteilungen ein Abschlag vorzunehmen. Dieser beträgt jedoch nur 2 Prozent (RKUV 6/1997 362, E. 8.5¹). Er kann daher den Trend nicht widerlegen, den die vorgenannten Zahlen erkennen lassen, nämlich, dass der lineare Abbau von Betten in den einzelnen Spitälern die Kosten bisher nicht spürbar eindämmen konnte. Insoweit ist die Prognose des Regierungsrates für die Variante «linearer Abbau» hinreichend abgestützt.

4.3.2 Demgegenüber liegen für die Variante «Konzentration» keine vergleichbaren Erfahrungszahlen vor, weil diese Variante im Kanton Zürich in der vom Regierungsrat geplanten Form bisher nicht umgesetzt worden ist. Der Regierungsrat hat daher andere Beurteilungsfaktoren herangezogen, so vor allem die Erkenntnis, dass nur rund ein Drittel der Kosten auf den Pflegebereich entfällt, zwei Drittel dagegen auf den Behandlungsbereich. Er schliesst daraus für die Zukunft, dass nachhaltige Kosteneinsparungen nur erzielt werden können, wenn auch die Betriebs- und Investitionskosten wegfallen, was den Abbau der gleichzeitig mit den Betten verbundenen administrativen, medizinischen und hauswirtschaftlichen Infrastruktur erfordert.

Der Beschwerdeführer wendet in diesem Zusammenhang ein, der Regierungsrat überschätze das Sparpotenzial aus dem Abbau dieser Infrastruk-

¹ siehe Nr. KV 16 (1997) dieser Sammlung

tur. Die damit anvisierten Fixkosten der betroffenen Akutabteilungen der Spitäler lägen nur bei rund 30 Prozent und nicht zwischen zwei Dritteln und vier Fünfteln, wie der Regierungsrat annehme. Welche Annahme zutrifft, ist für die Schätzung der Kosteneinsparungen in der Tat von Belang. Der Regierungsrat geht nämlich davon aus, dass sich ein Grossteil der Fixkosten der nicht in die Liste A aufgenommenen Spitäler künftig einsparen lässt und den auf die Liste A gesetzten Spitälern daher im Wesentlichen nur die variablen Kosten dieser anderen Spitäler erwachsen werden.

Unter Fixkosten versteht der Bundesrat im vorliegenden Zusammenhang jenen Anteil an den Gesamtkosten, der beim Betrieb eines Akutspitals oder der stationären Akutabteilung eines Spitals anfällt, und zwar unabhängig vom Auslastungsgrad der Akutbetten. Es handelt sich beispielsweise um Kosten des medizinisch-technischen Bereichs und der allgemeinen Infrastruktur. Neben dem Sachaufwand gehören zu den Fixkosten auch Personalkosten, nämlich soweit, als diese wie der Sachaufwand unabhängig vom Auslastungsgrad der Akutbetten anfallen. Im vorliegenden Fall ist strittig, wie hoch der Anteil der Fixkosten an den Gesamtkosten anzusetzen ist.

Der Bundesrat ging bei der Beurteilung der Zürcher Spitaltaxen 1996 von einem geschätzten Fixkosten-Anteil von 70 Prozent der anrechenbaren Betriebskosten aus (RKUV 6/1997 358, E. 8.1.1¹). Der Preisüberwacher rechnet bei der Prüfung von Spitaltaxen im Übrigen mittlerweile sogar mit einem Fixkosten-Anteil von 80 Prozent, weil dies seines Erachtens die Spitalrealität besser widerspiegelt als ein Anteil von 70 Prozent. Im vorliegenden Fall stehen zwar – anders als bei der Festsetzung von Spitalpauschalen (Art. 49 Abs. 1 KVG) – nicht die Fixkosten von Betten in Frage, die trotz ungenügender Auslastung weiter betrieben werden und die deshalb als Kosten aus Überkapazität anteilmässig von den anrechenbaren Betriebskosten abzuziehen sind. Es geht umgekehrt um Fixkosten von Betten, die abgebaut werden sollen. Indessen beruhen diese Fixkosten so oder anders auf Faktoren, die im Wesentlichen identisch sind (z. B. Aufwand für den medizinisch-technischen Bereich) und sich im Aufwand für den Betrieb des Akutspitals oder der stationären Akutabteilung eines Spitals niederschlagen. Daher liegt es nahe, sich für die Bestimmung des Anteils der Fixkosten auch beim Abbau von Zürcher Spitalbetten am bundesrätlichen Schätzwert von 70 Prozent im Fall der Zürcher Spitaltaxen 1996 zu orientieren. Wenn der Regierungsrat bei der Spitalplanung diesen Anteil je nach Spital auf rund zwei Drittel bis vier Fünftel der Gesamtkosten schätzt, so bewegt er sich mit Blick auf diesen Wert in einer durchaus tolerierbaren Bandbreite.

¹ siehe Nr. KV 16 (1997) dieser Sammlung

Dies zumal dann, wenn man für die vorinstanzliche Schätzung des Fixkosten-Anteils zusätzlich die (vom Bundesrat seinerzeit bei der Tariffestsetzung nicht einbezogenen) künftigen Investitionskosten für Unterhalt und Modernisierung der betrieblichen Infrastrukturen berücksichtigt (Ziff. II/5.1 hiernach). Aus dieser Sicht besteht somit kein Anlass, die vorinstanzliche Schätzung zu beanstanden.

4.3.3 Damit bleibt die Frage zu entscheiden, mit welcher Variante («linearer Abbau» oder «Konzentration») sich die Kosten der Akutversorgung wirksamer eindämmen lassen.

Dabei fällt in Betracht, dass sich mit dem linearen Abbau von überzähligen Betten die Fixkosten des Betriebsaufwandes soweit nicht automatisch einsparen lassen, als der Betrieb des Akutspitals oder der stationären Akutabteilung eines Spitals aufrechterhalten wird. Betriebskosten und damit Fixkosten fallen bei gleicher Infrastruktur und unverändertem Personalbestand daher weiterhin an und sind von der öffentlichen Hand sowie – gegebenenfalls nach Abzug der Kosten aus Überkapazität und Investitionen sowie Lehre und Forschung (Art. 49 Abs. 1 KVG) – von den Krankenkassen zu tragen, solange ein Akutspital oder die stationäre Akutabteilung eines Spitals auf der Liste A figuriert und die notwendigen Begleitmassnahmen zum Abbau von Betten, das heisst der Abbau von nicht mehr benötigter Infrastruktur und die Anpassung des Personalbestandes, nicht erfolgt sind.

Wenn dagegen eine organisatorische Einheit, das heisst ein Akutspital oder die stationäre Akutabteilung eines Spitals, nicht in die Spitalliste aufgenommen wird, so ist sie nicht zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen (Art. 35 und 39 Abs. 1 KVG). Der Betriebsaufwand und damit auch die Fixkosten können in diesem Fall nicht kraft Artikel 49 Absatz 1 KVG der öffentlichen Hand und – über die Spitalpauschalen – den Krankenkassen belastet werden, auch dann nicht, wenn der Träger der betroffenen Einrichtung diese weiterführt. Mit dieser Massnahme lassen sich daher zum Vorteil der Kassen und des Kantons als Subventionsgeber mehr Kosten einsparen als beim bloss linearen Abbau von Betten. Der Ausschluss von Akutspitalern oder stationären Akutabteilungen von Spitälern wird zudem die Auslastung der in die Liste aufgenommenen Akutspitäler und Akutabteilungen von Spitälern steigern und damit im Gegenzug deren Fixkosten pro Bett oder Behandlungsfall senken, was ebenfalls für die Variante «Konzentration» spricht.

4.3.4 Nach Ansicht des Bundesrates darf daher als wahrscheinlich gelten, dass das Sparpotenzial aus der Variante «Konzentration» höher einzuschätzen ist als aus der Variante «linearer Abbau», weil jene Variante neben den

Betten auch die damit verbundene kostspielige Spitalinfrastruktur rascher und wirksamer abbaut.

Dieser Befund gilt auch für jene Regionalspitäler, die der Kanton Zürich nicht oder bloss teilweise subventioniert. Insoweit kann sich zwar der Kanton entlasten, nicht aber die Krankenversicherer, weil deren Leistungspflicht so oder anders besteht (Art. 41 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 KVG).

4.4 Der Regierungsrat hat somit für seine Prognose die zumutbaren Abklärungen getroffen und sich auf die sachrichtigen Beurteilungsfaktoren gestützt. Die Prognose, wonach bei der Variante «Konzentration» sich wirksamer Kosten eindämmen lassen als bei der Variante «linearer Abbau», lässt sich daher nicht beanstanden. Wenn der Regierungsrat deswegen einen Teil der überzähligen Betten durch die Nichtaufnahme von organisatorischen Spitaleinheiten in die Liste A abbauen will, was der Variante «Konzentration» entspricht, so hat er sich damit von einem Kriterium leiten lassen, das den Zielen der Spitalplanung entspricht, nämlich die Kosten der stationären Versorgung einzudämmen (Ziff. II/3.2 hiervor), und sein Auswahlermessen (Ziff. II/1.7.3 hiervor) korrekt ausgeübt.

5. Mit der Wahl der Variante «Konzentration» stellt sich weiter die Frage, ob der Regierungsrat auf der Basis dieser Variante richtig wählte, indem er beschloss, die unterste Versorgungsstufe (dezentrale teilregionale Grundversorgung) aufzuheben und die dieser Stufe zugehörigen Regionalspitäler nicht in die Liste A aufzunehmen.

5.1 Der Regierungsrat begründet die Massnahme damit, dank der Aufhebung der untersten Versorgungsstufe könne die medizinische Grundversorgung in den regionalen Schwerpunktspitalern konzentriert werden. Diese grösseren Versorgungseinheiten verfügten über das für eine moderne Medizin nötige Spezialwissen sowie über die medizinisch-technische Infrastruktur (RRB 1347, S. 4, Ziff. 2). Mit der Konzentration der Patientenströme in betriebswirtschaftlich optimalen Einheiten könnten die Ressourcen besser genutzt und könne die Wirtschaftlichkeit der stationären Versorgung insgesamt verbessert werden. Der Auslastungsgrad sowie die Wirtschaftlichkeit der benachbarten Spitäler würden verbessert und damit der Gesamtaufwand pro Patient in den Spitalregionen Wetzikon und Uster gesenkt. Hinzu komme, dass ein Bett an einem Universitäts-, Zentral- oder Schwerpunktspital grundsätzlich nicht durch ein Bett an einem Regionalspital ersetzt werden könne, umgekehrt jedoch sehr wohl ein Bett an einem solchen Spital durch ein Bett an einem Schwerpunktspital (RRB 1347, S. 6, Bst. B). Zentrales Element der Strukturbereinigung bildet für den Regierungsrat daher die Straffung von bisher vier auf neu drei Versorgungsstufen (RRB 1347, S. 4, Ziff. 2).

Was die Schätzung der Kostenentwicklung angeht, stellt der Bundesrat auf den massgeblichen Aufwand für KVG-Patienten (= Anteil Krankenkassen [KK] + Deckungslücke öffentliche Hand [öH]) in den allgemeinen Abteilungen der kantonalen und staatsbeitragsberechtigten Spitäler ab. Der Gesamtaufwand ist demgegenüber nicht aussagekräftig, weil er auch den Aufwand für die privaten und halbprivaten Abteilungen der Spitäler umfasst (Planungsbericht 1997, S. 28). Der Regierungsrat beziffert für 1995 den massgeblichen Aufwand für KVG-Patienten (= Anteil Krankenkassen [KK] + Deckungslücke öffentliche Hand [öH]) in den allgemeinen Abteilungen der kantonalen und staatsbeitragsberechtigten Spitäler auf 826 Millionen Franken (KK: 344 Mio Fr.; öH: 482 Mio Fr.; Planungsbericht 1997, S. 27 f.). Bei der Variante «Konzentration» rechnet er für 1998 mit einem Anstieg dieser Kosten auf 844 Millionen Franken (KK und öH je 422 Mio Fr.). Die Schätzung des Regierungsrates beruht auf der Annahme, dass der durchschnittliche Anteil der Pflgeetage für Patientinnen und Patienten in den Halbprivat- und Privatabteilungen der kantonalen und staatsbeitragsberechtigten Spitäler von 28 auf 23 Prozent abnehmen wird, womit die Nachfrage nach Leistungen der allgemeinen Abteilungen und damit deren Kosten ansteigen werden. Weiter nimmt der Regierungsrat an, dass der Kostendeckungsgrad aus den Pauschalen der Patientinnen und Patienten der allgemeinen Abteilungen von 42 auf 50 Prozent (Art. 49 Abs. 1 KVG) steigen wird. Dies wird die Kosten unter dem Strich nicht beeinflussen, wohl aber deren Verteilung im Verhältnis zwischen den Kassen und der öffentlichen Hand, soweit diese zu Lasten der Kassen den Anteil an der Kostendeckung vermindern kann. Unter dem Strich wird sich daher die öffentliche Hand um 60 Millionen Franken entlasten können, während die Krankenkassen zusätzlich 78 Millionen Franken an Kosten werden übernehmen müssen.

Durch den Entzug der Staatsbeiträge fallen zudem bei den nicht in die Liste A aufgenommenen Spitälern auch die Investitionskosten für Unterhalt und Modernisierung der Infrastruktur weg. Die Einsparungen für die öffentliche Hand belaufen sich nach den Schätzungen im Planungsbericht (S. 29) für die nächsten 10–15 Jahre auf rund 260 Millionen Franken.

5.2 Der Regierungsrat begründet die Wahl der Variante «Konzentration» somit im Wesentlichen mit zwei quantitativen Elementen, nämlich einerseits mit den Kosten der bisherigen vierstufigen Versorgungsstruktur für die Kassen sowie die öffentliche Hand und andererseits mit einer Schätzung der künftigen Kostenentwicklung nach Aufhebung der untersten Versorgungsstufe (dezentrale teilregionale Grundversorgung durch die Regionalspitäler). Bei der Bestimmung der künftigen Entwicklung geht es um eine Prognose, was Sachkunde und Erfahrungswissen voraussetzt. In sol-

chen Fällen prüft der Bundesrat, ob die zumutbaren Abklärungen getroffen und die sachrichtigen Beurteilungsfaktoren herangezogen wurden (Ziff. II/1.7.2 hiervor). Anhand dieser Grundlagen ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen in Bezug auf die Spitalplanung und die Spitalliste (Bedarfsdeckung, Koordination, Publizität, Transparenz) sowie deren Ziele (optimale Ressourcennutzung, Abbau der Überkapazitäten und Eindämmung der Kosten) erfüllt sind (Ziff. II/3.2 und 3.4.4 hiervor), soweit der Beschwerdeführer dies bestreitet (Ziff. 6–8 hiernach).

5.3 Der Beschwerdeführer wendet gegen die Streichung der untersten Versorgungsstufe und insbesondere gegen die Nichtaufnahme des Kreisspitals Bauma in die Liste A im Wesentlichen ein, diese Massnahme beruhe nicht auf den notwendigen empirischen und transparenten Grundlagen, die für eine korrekte Ermessensausübung notwendig wären. Es bestünden klare Belege dafür, dass die vom Kreisspital Bauma erbrachten Leistungen zu den gesamtkantonal kostengünstigsten gehörten. Die Massnahme verfehle daher die Ziele der Spitalplanung, so namentlich die Eindämmung der Kosten, und gefährde auch die Sicherheit der stationären Versorgung der Bevölkerung in der betroffenen Spitalregion.

6. Im Folgenden ist zunächst der Vorwurf zu prüfen, die strittige Massnahme beruhe nicht auf den notwendigen empirischen und transparenten Grundlagen.

6.1 Der Beschwerdeführer stützt sich für seine Forderung nach detaillierten Vergleichen der Gesamtwirtschaftlichkeit und der Fallkosten zwischen den einzelnen Spitälern auf die Praxis des Bundesrates in Entscheidungen über Beschwerden gegen kantonale Spitallisten. Die Einsicht in die Vorakten der Gesundheitsdirektion habe ergeben, dass nur rudimentäre Wirtschaftlichkeitsanalysen vorhanden seien, jedoch keine eingehenden Untersuchungen über die Wirtschaftlichkeit und insbesondere keine Vergleiche zwischen den Regionalspitälern und den Schwerpunktspitälern durchgeführt worden seien. Dass die Transparenz der Daten nicht genüge, habe der Bundesrat auch im Entscheid vom 13. August 1997 zu den Taxen der kantonalen und staatsbeitragsberechtigten Krankenhäuser im Kanton Zürich festgehalten (RKUV 6/1997 366, E. 10.¹).

Die Gesundheitsdirektion stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass das verfügbare Zahlenmaterial genüge und detaillierte Wirtschaftlichkeitsrechnungen in dieser ersten Phase der Strukturbereinigung nicht nötig seien.

¹ siehe Nr. KV 16 (1997) dieser Sammlung

6.2 Der Bundesrat hat in Entscheiden über Beschwerden gegen kantonale Spitallisten schlüssige Kostenvergleiche verlangt. Es ging dabei zum Ersten um Fälle, in denen sich der Streit um die Beurteilung des Angebots von Spitälern derselben Versorgungsstufe drehte; zum Zweiten traten als Gesuchsteller vielfach private Trägerschaften auf, die sich darauf berufen konnten, dass das Gesetz ihre angemessene Berücksichtigung verlangt (Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG); und zum Dritten gab es Konstellationen, in denen die Gesuchsteller beide Merkmale erfüllten. Der Bundesrat entschied, dass es in solchen Fällen nicht angehe, einfach auf den Umstand abzustellen, dass die in die Liste aufgenommenen Spitäler von der öffentlichen Hand mitfinanziert würden (RKUV 6/1996 232, E. 5.3¹).

6.3 Es fragt sich, ob sich aus den vom Bundesrat beurteilten Fällen Schlüsse für den vorliegenden Sachverhalt ziehen lassen. Zunächst ist dazu festzustellen, dass das Kreisspital Bauma nicht eine private Trägerschaft hat, die sich auf eine angemessene Berücksichtigung berufen könnte (Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG), weshalb jedenfalls aus dieser Sicht eine Evaluation und detaillierte Kostenvergleiche nicht verlangt werden können. Das heisst nicht, bei öffentlichen Spitälern seien solche Vergleiche schlechthin nicht nötig, wenn die Aufnahme in die Spitalliste strittig ist. Erforderlich wäre nach der zitierten Praxis des Bundesrates eine einlässliche Evaluation dann, wenn öffentliche Spitäler derselben Versorgungsstufe untereinander oder mit privaten Spitälern zu vergleichen sind, was vorliegend nicht zutrifft; zum Vergleich stehen auf dieser Ebene die bisherige vierstufige Versorgungsstruktur und die neue dreistufige Struktur. Beim Vergleich zwischen verschiedenen Versorgungsstufen kann nicht allein die reine Wirtschaftlichkeit ins Gewicht fallen, sondern ist eine Gesamtwürdigung vorzunehmen, wie der Regierungsrat dies vorliegend getan hat. Er erfüllt damit die Forderung des Bundesrates, der stets betont hat, dass die wirtschaftlich günstigste Lösung für die Spitalliste auf Grund einer Gesamtbetrachtung zu suchen ist, die sich nicht in einem blossen Zahlenvergleich zwischen einzelnen Spitälern erschöpfen darf.

Aus diesem Grunde lassen sich auch die Aussagen des Bundesrates zur Transparenz der Kostenrechnungen in Streitigkeiten über die Festsetzung der Pauschalen für die allgemeinen Abteilungen der Spitäler (Art. 49 Abs. 1 KVG; vgl. RKUV 6/1997 358 ff., E. 8²) nicht unbesehen auf die Spitalplanung und die Spitalliste übertragen. Bei der Festsetzung der Pauschalen geht es darum, für das betroffene Spital jene Kosten der allgemeinen Abtei-

¹ siehe Nr. KV 1 (1996) dieser Sammlung

² siehe Nr. KV 16 (1997) dieser Sammlung

lung auszuschneiden, die nicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung belastet werden dürfen. Die setzt voraus, dass für die massgeblichen Kostenfaktoren transparente Daten (z. B. über die effektiven und nicht anrechenbaren Kosten von Lehre und Forschung) vorliegen. Dies war beispielsweise im Falle der Zürcher Spitaltaxen 1996 nicht durchwegs der Fall. Der Bundesrat kam daher zum Schluss, dass trotz Fortschritten die Kostentransparenz in verschiedener Hinsicht noch nicht genüge und auf der Basis der von der Vorinstanz verwendeten Finanzbuchhaltung die anrechenbaren Kosten der allgemeinen Abteilung der einzelnen Spitäler nicht im Sinne des KVG und des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG, SR 942.20) bestimmt werden konnten (RKUV 6/1997 366, E. 10.1¹).

Dass die Transparenz nicht in allen Teilen genüge, bezog sich somit auf die einschlägigen Faktoren zur Festsetzung der Spitalpauschalen gemäss Artikel 49 Absatz 1 KVG. Diese Faktoren spielen teilweise auch bei der Spitalplanung eine Rolle (z. B. Überkapazitäten bzw. Bettenbelegung in den Spitälern), andere dagegen (wie die Anrechnung von Investitionen für Mobilien auf die Spitalpauschalen) sind für die Spitalplanung ohne Belang. Welche Anforderungen bei der Spitalplanung an die Transparenz der Daten zu stellen sind und wie für einen bestimmten Kanton die Transparenz der massgeblichen Faktoren im konkreten Fall zu beurteilen ist, lässt sich daher nicht einfach aus der Praxis oder aus einzelnen Entscheiden des Bundesrates zur Festsetzung der Spitalpauschalen ableiten. Die Frage ist selbstständig an Hand der Anforderungen beurteilen, die sich für die Spitalplanung und die Spitalliste aus Artikel 39 Absatz 1 KVG ergeben.

6.4 In diesem Sinne hat der Regierungsrat geprüft, ob die Aufhebung der untersten Versorgungsstufe (dezentrale teilregionale Grundversorgung durch die Regionalspitäler) die Ziele der Spitalplanung erreichen kann. Er ist auf Grund der gegenwärtigen Kosten und einer Schätzung der künftigen Kosten für KVG-Patientinnen und -Patienten zum Schluss gekommen, dass die Aufhebung der untersten Versorgungsstufe eine Eindämmung der Kosten erwarten lässt. Es mag sein, dass sich derselbe finanzielle Erfolg auch mit der Nichtaufnahme von Spitälern höherer Versorgungsstufen in die Liste A erreichen liesse. Indessen würde eine solche Massnahme die Qualität der stationären Versorgung verschlechtern, wie der Regierungsrat zu Recht geltend macht. Die Massnahme würde Schwerpunktspitäler sowie Zentral- und Universitätsspitäler ganz oder teilweise von der Liste A fernhalten, welche insgesamt ein breiteres Spektrum an stationärer Akutversorgung anbieten als die Regionalspitäler. Wenn der Regierungsrat den

¹ siehe Nr. KV 16 (1997) dieser Sammlung

Aspekt der Versorgungsqualität höher gewichtet als allfällige Kosteneinsparungen, so lässt sich dies nach Ansicht des Bundesrates im Interesse der betroffenen Bevölkerung mit guten Gründen vertreten. Insofern können detaillierte Kostenvergleiche zwischen den Spitälern verschiedener Versorgungsstufen für sich allein nicht den Ausschlag zu Gunsten der Aufhebung von Spitälern der höheren Versorgungsstufen geben. Solche Vergleiche sind daher für den Entscheid über die künftige Grundstruktur der Zürcher Spitalversorgung nicht nötig, weshalb kein Anlass besteht, zusätzliche Abklärungen anzuordnen (Art. 12 VwVG).

6.5. Selbst wenn zutreffen sollte, dass die vom Kreisspital Bauma erbrachten Leistungen gesamtkantonal zu den kostengünstigsten gehören, wie der Beschwerdeführer behauptet, könnte dieser Umstand nach dem Gesagten für sich allein somit nicht den Ausschlag für die Aufnahme des Spitals in die Liste A geben.

7. So oder anders fragt es sich zudem, ob die verfügbaren Daten überhaupt den Schluss zulassen, dass die vom Betrieb des Beschwerdeführers erbrachten Leistungen gesamtkantonal zu den kostengünstigsten gehören. In diesem Zusammenhang ist auch der Einwand des Beschwerdeführers zu prüfen, die Vorinstanz habe den Nachweis nicht erbringen können, dass eine Verlagerung der Leistungen auf die Schwerpunktspitäler zumindest im gleichen Masse kostendämpfend wirken würde wie die Weiterführung der Regionalspitäler.

7.1 Der Beschwerdeführer kritisiert namentlich, dass sich der Regierungsrat für seinen Entscheid unter anderem auf die Tabelle «Austrittskosten 1995» gestützt hat. Die Statistik zeige zwar den Aufwand je Spitalaustritt in der allgemeinen Abteilung auf, ohne allerdings anzugeben, welche Leistungen damit verbunden seien. Immerhin belege sie die Tendenz, dass an regionalen Spitälern die Kosten sehr tief lägen.

Das mag aus der Sicht des Bundesrates zutreffen, soweit es um die allgemeine Tendenz geht, gilt aber nicht im vorliegenden Fall, weil das Kreisspital Bauma mit 7000 Franken Kosten je Spitalaustritt gleich hoch liegt wie das benachbarte Schwerpunktspital Wetzikon. Wenn man die Austrittskosten 1995 als solche zum Vergleich heranziehen will, so sprechen sie daher gegen das Kreisspital Bauma.

Für den Beschwerdeführer ist der Vergleich der Austrittskosten 1995 indes nicht schlüssig. Er macht geltend, wenn man die Statistik näher betrachte, so zeige sich, dass das Kreisspital Bauma bei den Kosten je Austritt im Vergleich mit anderen Regionalspitälern in der «Mittelgruppe», aber tie-

fer als Schwerpunktspitäler liege. Das Spital Bauma versorge eine dünn besiedelte und finanziell schwache Region, weshalb seine Aufgaben anders gelagert seien als jene eines grösseren Regional- und Schwerpunkspitals. Der Anteil der Zusatzversicherten sei im Spital Bauma von allen Zürcher Spitälern am geringsten (Tabelle 2.6 der Kenndaten 1996). Die «Quersubventionierung» der allgemeinen Abteilung durch die Privat- und Halbprivatabteilung liege entsprechend tiefer, was bei einem bereinigten Vergleich zu berücksichtigen sei. Höhere Kosten am Spital Bauma entstünden insbesondere dadurch, dass die Pikettdienste im ärztlichen und therapeutischen Bereich im Vergleich zu einem grösseren Spital mehr Personal benötigten und daher – verteilt auf die Bettenzahl – ein relativ hoher Personalaufwand entstehe. Die Aufenthaltsdauer der chirurgischen Patientinnen und Patienten liege im Rahmen der übrigen Spitäler. Weil im Spital Bauma der Anteil der ambulanten Behandlungen bzw. der Tageschirurgie im Vergleich zu anderen Spitälern, welche diese Behandlungen zumeist stationär durchführten, hoch liege, steige dadurch die durchschnittliche Aufenthaltsdauer für die übrigen Behandlungen. Die kantonale Statistik berücksichtige dies bei der Ermittlung der durchschnittlichen Aufenthaltsdauer nicht, was zu Verzerrungen auch auf der Kostenseite führe. Bei den internmedizinischen Erkrankungen würden vor allem ältere multimorbide Patientinnen und Patienten versorgt, die längere Spitalaufenthalte benötigten. In den letzten Jahren seien diese Fälle angestiegen. Die Schwerpunktspitäler betreuten dagegen jüngere Patientinnen und Patienten, die rascher genäsen und dadurch die mittlere Aufenthaltsdauer und die Kosten senkten. Ein Vergleich der internmedizinischen Kosten sei nicht möglich, weshalb auch der Vergleich mit dem benachbarten Schwerpunktspital Wetzikon besonders stossend sei.

Falls zutrifft, was der Beschwerdeführer gegen die Austrittskosten 1995 einwendet, so sind diese wegen der genannten Sonderfaktoren als Vergleichsbasis in der Tat nicht tauglich und können daher nicht belegen, dass das Kreisspital Bauma unwirtschaftlicher arbeitet als das benachbarte Schwerpunktspital. Wenn aber die Aussagen zu den Austrittskosten 1995 wegen dieser Sonderfaktoren unscharf und daher nicht schlüssig sind, so sind sie umgekehrt auch nicht für den Nachweis tauglich, dass die vom Kreisspital Bauma erbrachten Leistungen gesamtkantonal zu den kostengünstigsten gehören.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Austrittskosten 1995 gegen das Spital Bauma sprechen, wenn man sie als solche zum Nennwert nimmt; wenn sie hingegen wegen der vom Beschwerdeführer genannten Sonderfaktoren nicht schlüssig sind, so lassen sie sich weder für noch gegen den Beschwerdeführer verwenden.

Weiter lässt sich auch der von der Vorinstanz an die Akten gereichte Ordner Kostenrechnung 1996 der Zürcher Spitäler (KOREG-Verzeichnis 1996) nicht als taugliche Vergleichsgrundlage betrachten, und zwar im Wesentlichen aus den Gründen, die gegen die Aussagekraft der vorgenannten Zahlen sprechen.

7.2 Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, die Vorinstanz habe den Nachweis nicht erbringen können, dass eine Verlagerung der Leistungen auf die Schwerpunktspitäler zumindest im gleichen Masse kostendämpfend wirken würde. Das Konzept der Vorinstanz werde im Gegenteil die Kosten in die Höhe treiben, weil es die Akutversorgung von den günstigen Regionalspitälern auf die teuren Spitäler der höheren Versorgungsstufen verlagert werde. Rund 86 Prozent der Kosten der stationären Versorgung würden an der Spitze der Versorgungspyramide (Universitäts-, Zentrums- und hoch spezialisierte Spitäler sowie Stadtspitäler Waid und Triemli) generiert. Der Aufwand des Kantons Zürich für die zu schliessenden Spitäler betrage dagegen nur knapp 2 Prozent, was rund 5,8 Millionen Franken entspreche. Nach dem Gebot der Verhältnismässigkeit, das auch für die Spitalplanung gelte, sei daher an erster Stelle dort anzusetzen, wo die meisten Kosten anfielen und somit das grösste Sparpotenzial bestehe, nämlich an der Spitze der Versorgungspyramide.

Das aber sei gerade nicht der Fall, weil der geplante Abbau von rund 100 Betten am Universitätsspital (USZ) nichts anderes als ein Trugschluss sei. Aus den Kenndaten 1996 ergebe sich, dass diese Vorgabe erfüllt gewesen sei, bevor der Regierungsrat die Spitalliste 1998 beschlossen habe. Der Abbau sei im Rahmen einer Sanierung von Bettentrakten zu Stande gekommen, weshalb das USZ keine weiteren Betten abbauen müsse und das von der Vorinstanz angeführte Sparpotenzial sich als leere Hülse erweise.

Kostentreibend wirke ferner die im Zürcher Spitalkonzept angestrebte Verlagerung der stationären auf die ambulante Versorgung, weil dies zu einer Verschiebung der Kosten auf die Krankenkassen führen werde. Von den hier anfallenden 70 Millionen Franken wären neu rund 40 Millionen Franken durch die Krankenkassen zu übernehmen. Mit der Schliessung der bestehenden Infrastruktur würden neue Arztpraxen aufzubauen sein, was zu neuen Kosten führen werde. Die Ärzte würden zudem in Zukunft an Schwerpunkt- und Zentralspitälern ausgebildet, wo sie sich an luxuriöse Ausstattung gewöhnten; dies könne die Ärzte dazu verleiten, ihre Praxen gleich einzurichten oder die Patientinnen und Patienten an teurere Spitäler zu überweisen. Weiter sei zu bemängeln, dass die Versorgungsaufträge lückenhaft formuliert seien und insbesondere den Spitälern keine Betten-

zahlen zugewiesen würden. Die auf die Liste gesetzten Spitäler könnten somit innerhalb der zugewiesenen Bereiche ihre Leistungen frei verschieben oder ausbauen. Der Liste A fehle somit die quantitativ-strukturelle Lenkungsfunktion.

7.2.1 Zu diesem letzten Einwand ist festzustellen, dass der Regierungsrat im RRB 1347 die Gesundheitsdirektion beauftragt hat, die Spezifikation und die Quantifizierung der Leistungsaufträge in Rahmenregelungen für die einzelnen Spitalträger festzulegen (Dispositiv, Ziff. IV). Das BSV hat diese Anordnung überprüft und dazu in der Vernehmlassung festgestellt, dass es sich die Rahmenverträge ausgewählter Spitäler habe nachreichen lassen. In diesen Verträgen würden die Leistungsaufträge sehr detailliert in einer Positiv- und einer Negativliste aufgeführt, nach Fachbereichen gegliedert und klassifiziert. Das BSV erachte diese Form der Erteilung der Leistungsaufträge als vorbildlich. Der Bundesrat fügt bei, dass sich der Planung entnehmen lässt, an welchen Spitalern der Liste A Betten abgebaut werden sollen und wo der heutige Bettenbestand vorderhand belassen werden soll (Planungsbericht 1997, S. 19 ff.). Daraus ergibt sich die Zahl der den einzelnen Spitalern zugewiesenen Betten, was eine unkontrollierte Entwicklung ausschliesst und die Sorge des Beschwerdeführers hinfällig macht.

Daher besteht kein Grund, die Beschwerde deswegen gutzuheissen. Der Bundesrat geht indes davon aus, dass der Regierungsrat die Bettenzahlen in der Liste A bei nächster Gelegenheit nachtragen wird.

7.2.2 Was die Verlagerung der stationären auf die ambulante Versorgung und die vom Beschwerdeführer befürchteten Kostenfolgen angeht, ist aus der Sicht des Bundesrates festzustellen, dass eine ambulant erbrachte Leistung in der Regel gesamthaft billiger zu stehen kommt als eine stationäre Behandlung im Spital, weil hier von der Krankenversicherung zusätzlich der Aufenthalt in der allgemeinen Abteilung zu decken ist, was bei ambulanten Leistungen nicht der Fall ist (Art. 25 Abs. 2 Bst. e KVG). Bei nicht subventionierten Spitalern kann der Grad der Kostendeckung aus den von den Kassen zu tragenden Spitalpauschalen über 50 Prozent der anrechenbaren Kosten in der allgemeinen Abteilung betragen (RKUV 4/1997 220 ff.¹). Bei öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitalern bilden die 50 Prozent die oberste Grenze (Art. 49 Abs. 1 KVG); doch fallen bei diesen Spitalern zusätzlich die Beiträge der öffentlichen Hand an die Betriebs- und Investitionskosten ins Gewicht, die ebenfalls als Kosten der Krankenpflege zu betrachten sind. Dass die Verlagerung der stationären auf die ambulante

¹ siehe Nr. KV 8 (1997) dieser Sammlung

Versorgung die Kosten für die öffentliche Hand und die Krankenversicherer in die Höhe treiben wird, ist daher unwahrscheinlich.

Namentlich für schwierige Behandlungen wird in der Regel nach wie vor nur eine stationäre Versorgung in einem Spital in Frage kommen (Ziff. II/4.2 hiervor). Insoweit wird sich die Nachfrage daher auch nicht auf den teilstationären Bereich verlagern, weshalb auch die daraus entstehenden Kosten nicht entscheidend gegen die Variante «Konzentration» ins Gewicht fallen können.

7.2.3 Richtig ist hingegen, dass sich bei der Variante «Konzentration» nach den Prognosen die öffentliche Hand um 60 Millionen Franken entlasten kann, während die Krankenkassen mit 78 Millionen Franken zusätzlich belastet werden (Ziff. II/5.1 hiervor).

Indessen ist zu berücksichtigen, dass sich die zusätzliche Belastung der Krankenkassen teilweise aus der Annahme des Regierungsrates erklärt, der Kostendeckungsgrad aus den Pauschalen der allgemeinen Abteilungen werde von 42 auf 50 Prozent steigen. Ob diese Annahme sich erfüllen wird, bestimmt sich nach Artikel 49 Absatz 1 KVG und hängt namentlich davon ab, in welchem Masse die Kostentransparenz der Zürcher Spitäler sich verbessern wird (RKUV 6/1997 343 ff.¹). Soweit dies zutrifft, was im Streitfall der Bundesrat zu beurteilen hat (Art. 53 Abs. 1 KVG), lässt sich die Erhöhung des Kostendeckungsgrades bundesrechtlich nicht beanstanden. Im Übrigen haben die Zürcher Krankenversicherer die Spitalliste 1998 nicht angefochten. Der Bundesrat schliesst aus diesem Umstand und aus der einlässlichen Vernehmlassung des Verbandes Zürcher Krankenversicherer (VZKV), dass für die Kassen diese zusätzliche Belastung weniger ins Gewicht fällt als die Vorteile der Spitalliste 1998 (Ziff. I/... hiervor). Dies berechtigt zur Annahme, dass die Kassen die Vorteile und Nachteile der Zürcher Spitalplanung sorgfältig geprüft sowie gegeneinander abgewogen haben.

Ferner hat der Regierungsrat angenommen, dass der durchschnittliche Anteil der Pflgeetage für die Patientinnen und Patienten in den Halbprivat- und Privatabteilungen der kantonalen und staatsbeitragsberechtigten (öffentlich-rechtlichen und privaten) Spitäler von 28 auf 23 Prozent abnehmen wird. Der Beschwerdeführer zieht diese Schätzung in Zweifel und macht geltend, dass die Abwanderung aus den Zusatzversicherungen mit einem höheren Anteil zu veranschlagen sei. Gegenwärtig seien vermutlich knapp unter 20 Prozent der Zürcher Bevölkerung zusatzversichert.

¹ siehe Nr. KV 16 (1997) dieser Sammlung

Die Schätzung des Regierungsrates erscheint indes näher an der Wirklichkeit und damit wahrscheinlicher als die Schätzung des Beschwerdeführers, wenn man sich vor Augen hält, dass im Kanton Zürich der Anteil der Pflage tage in den privaten und halbprivaten Abteilungen je nach Spital zwischen knapp 20 Prozent und 50 Prozent schwankt und 1994 in den Akutspitälern im Durchschnitt 34 Prozent betrug (Planungsbericht 1997, S. 18 und 29 f., Ziff. 5.4).

7.2.4 Unbehelflich ist auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf die gegenüber den Schwerpunkt- und Zentralspitälern günstigeren MTK-Taxen (Unfallversicherung) des Kreisspitals Bauma. Die Taxordnung berücksichtigt die unterschiedlichen Aufgabenspektren der verschiedenen Spitäler, was erklärt, dass die Tarife für das Regionalspital Bauma mit einfacherem Spektrum tiefer sind als für die anderen Spitäler mit schwierigerem Spektrum.

7.3 Im Ergebnis ist daher dem Regierungsrat zuzustimmen, dass die Gesamtwirtschaftlichkeit der Spitäler nur bedingt vergleichbar ist und dass der höhere Schwierigkeitsgrad von Eingriffen an Universitäts-, Zentral- und Schwerpunktspitälern nach einer differenzierten Betrachtungsweise verlangt, weil die Kosten solcher Eingriffe nicht unbesehen und unbereinigt mit den Kosten an Regionalspitälern verglichen werden können (RRB 1347, S. 6, Bst. B).

Wenn im Übrigen das Kreisspital Bauma gegenüber den Spitalern in der Mitte und an der Spitze der Versorgungspyramide bei den Kosten tatsächlich besser dastünde, wie der Beschwerdeführer geltend macht, und es vorwiegend darauf ankäme, so liefe dies im Ergebnis auf eine Rangliste der kantonalen Spitäler hinaus. Diese Rangliste ergäbe dann die Spitalliste und müsste – konsequent weiter gedacht – dazu führen, schwergewichtig die auf den hinteren Rängen platzierten teuren Spitäler des universitären Bereichs (Versorgungsstufe III) von der Liste A zu streichen. Diese Betrachtungsweise würde sich an der reinen Wirtschaftlichkeit ausrichten und andere Aspekte, so namentlich die Qualität der medizinischen Versorgung der Bevölkerung, ausblenden. Dies wäre mit der Gesamtbetrachtung, wie der Bundesrat sie fordert, nicht zu vereinbaren (Ziff. II/3.2 hiervor). Was der Beschwerdeführer zu den im Vergleich mit den Regionalspitälern hohen Kosten der Spitäler an der Spitze der Versorgungspyramide vorträgt, kann daher nicht entscheidend ins Gewicht fallen.

Nicht stichhaltig ist auch der Einwand des Beschwerdeführers, dass der Regierungsrat an der Spitze der Versorgungspyramide und vor allem am USZ keine Betten abbaue. Die Planung basiert auf dem betriebswirtschaft-

lichen Bettenbestand von 1994 (Planungsbericht 1997, S. 20 ff., Ziff. 1–3). Gegenüber dem Stand von 1994 (1050 Betten) soll auch das USZ Betten abbauen; zudem soll der Grundversorgungsauftrag des USZ überprüft werden (Planungsbericht 1997, S. 21, Ziff. 3). Die kantonale und ausserkantonale Nachfrage nach hoch spezialisierter Versorgung, welche auf dieser Stufe gewährleistet wird, kann hier jedoch einem Abbau von Betten entgegenstehen oder sogar eine Erhöhung der Bettenzahl nötig machen. Insofern liegen die Verhältnisse anders als bei den Regionalspitälern und lassen sich nicht vergleichen.

8. Weiter rügt der Beschwerdeführer, die Nichtaufnahme des Kreisspitals Bauma in die Liste A gefährde auch die Sicherheit der stationären Versorgung (einschliesslich der Notfallversorgung) der Bevölkerung in der Region Bauma. Nach Sinn und Zweck des KVG müsse auch der Gedanke der Versorgungssicherheit und der regionalen Verankerung der Krankenpflege berücksichtigt werden, was für das Weiterbestehen des Kreisspitals Bauma spreche. Die Zürcher Spitalplanung führe praktisch zu einer Halbierung der regional erforderlichen Bettenzahl für das Zürcher Oberland und zu einer völligen Streichung in der Region Bauma. Die Krankenhausplanung 1991 sei hier noch differenzierter vorgegangen, indem sie für das Oberland einen Abbau von 82 Betten und für die Stadt Zürich einen Abbau von 402 Betten vorgesehen habe. Dieses Verhältnis werde nun praktisch umgekehrt, indem die Region Oberland um 236 Betten und die Stadt Zürich nur noch um 290 Betten reduzieren sollen, womit die Überkapazitäten in der Stadt und Region Zürich erhalten blieben.

8.1 Dieser Einwand des Beschwerdeführers wäre rechtlich allenfalls dann stichhaltig, wenn ein Anspruch der Versicherten darauf bestünde, sich am Wohnort oder in der Region zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung stationär behandeln zu lassen, und in diesem Sinne ein Kanton in jeder Region oder an jedem Ort einen gewissen Bestand an Spitalbetten aufrechterhalten müsste. Ein solcher Anspruch lässt sich aber weder aus Artikel 41 KVG noch aus dem kantonalen Gesundheitsrecht ableiten, wie der Regierungsrat zu Recht geltend macht. Die Absätze 2 und 3 von Artikel 41 KVG regeln die ausserkantonale Hospitalisation von Versicherten, woraus sich schliessen lässt, dass das KVG mit diesem Sachverhalt rechnet und ihn nicht als Verstoss gegen die Pflicht der Kantone zur Sicherung der bedarfsgerechten Versorgung betrachtet.

Was das kantonale Recht betrifft, verpflichtet § 41 des Zürcher Gesetzes über das Gesundheitswesen vom 4. November 1962 (im Folgenden: Gesundheitsgesetz) die Krankenhäuser, Personen aufzunehmen, die dringend

eine Krankenhausbehandlung benötigen (Aufnahmepflicht). Ob solche Behandlungen zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gehen, wird indes nicht in dieser Vorschrift geregelt, sondern bestimmt sich nach Artikel 35 und 39 Absatz 1 KVG. Ein Anspruch der Versicherten auf Behandlung zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung kann daher grundsätzlich nur gegenüber jenen Zürcher Spitälern bestehen, die auf der Spitalliste figurieren und demgemäss zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen sind.

Ein Anspruch der Versicherten auf stationäre Behandlung zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung am Wohnort oder in der Region zwänge zudem zu Überkapazitäten und triebe die Kosten in die Höhe, weil der Kanton ein entsprechendes lokales oder regionales Angebot bereithalten müsste, ohne dass die Versicherten ihrerseits gehalten wären, sich im Bedarfsfall in einem lokalen oder regionalen Spital behandeln zu lassen.

Die Versicherten aus der Region Bauma können nach Massgabe von Artikel 41 Absätze 1 und 2 KVG zu Lasten der sozialen Krankenversicherung auch andere Spitäler aufsuchen, so zum Beispiel Wetzikon, Uster und Rüti oder das Kantonsspital Winterthur. Wegen dieser Wahlfreiheit und des unterschiedlichen Wahlverhaltens der Bevölkerung sowie mit Blick auf die Standorte der Spitäler der höheren Versorgungsstufen (Schwerpunktspitäler, Zentral- und Universitätsspitäler) lässt sich daher auch nicht beanstanden, dass die Bettendichte im Kanton Zürich von Region zu Region schwankt.

Der Beschwerdeführer behauptet in diesem Zusammenhang, dass rein statistisch betrachtet 3 bis 4 Patientinnen und Patienten pro Jahr unnötigerweise sterben müssten, weil die Transporte an die Spitäler Winterthur und Wetzikon sich um 15 bis 30 Minuten je Weg verlängerten. Dem hält der Regierungsrat entgegen, dass das Kreisspital Bauma lediglich einen Notfalldienst ohne eigenen Stellenplan führe und weder von der Infrastruktur noch vom Personal her in der Lage sei, schwierige Notfälle zu versorgen; für den Rettungsdienst im Raum Bauma könne eine spezifische Lösung gefunden werden. Für den Bundesrat ergibt sich daraus, dass schwierige Notfälle schon heute nicht in Bauma versorgt werden können und die rein statistische Betrachtung daher ein falsches Bild zeichnet.

Dass das Kreisspital Bauma Leistungen (wie z. B. die Notfallversorgung) erbringt, die angesichts der topographischen Lage (Berggebiet) von den genannten anderen Spitälern nicht übernommen werden können, leuchtet daher nicht ein, auch dann nicht, wenn das Kreisspital Bauma mehr als 4

Prozent der Akutpatienten der Spitalregion Wetzikon versorgen sollte, wie der Beschwerdeführer geltend macht.

Kein Gehör fanden im Übrigen Bestrebungen im Zürcher Kantonsrat, die sich gegen eine Bereinigung der Versorgungsstruktur in den Regionen richteten. Eine Behördeninitiative auf Gewährleistung des permanenten Zutrittes zu Leistungen des Gesundheitswesens in den Regionen erhielt im Zürcher Kantonsrat die vorläufige Unterstützung von nur 36 Ratsmitgliedern, womit das notwendige Quorum von 60 Stimmen nicht erreicht wurde (Abstimmung vom 16.6.1997; Protokoll des Zürcher Kantonsrates, S. 8241 ff. und 8290). Die Initiative verlangte unter anderem, es sei den Regionen auf dem Gesetzesweg die Option einräumen, die medizinische Grundversorgung (einschliesslich der stationären Behandlung) selber wahrzunehmen und sich vom Staat für die entsprechenden Leistungen pauschal entschädigen zu lassen. Der Bundesrat schliesst aus der Debatte und der Abstimmung, dass sich für die Option auf Zugang zur stationären medizinischen Grundversorgung in den Regionen des Kantons das notwendige Quorum nicht fand (vgl. die Voten Hans-Peter Portmann und Jacqueline Fehr, Protokoll des Zürcher Kantonsrates, S. 8254 f. und 8257 f.). Weil der Initiative mangels des nötigen Quorums somit keine Folge gegeben wurde, kann offen bleiben, ob der Kantonsrat überhaupt zuständig gewesen wäre, sich rechtlich verbindlich zur Spitalplanung zu äussern, was der Beschwerdeführer bestreitet.

8.2 Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe auch nicht berücksichtigt, dass das Kreisspital Bauma ambulant und unterstützend auch stationär in der kantonale nicht abgedeckten Komplementärmedizin tätig sei; das Paracelsus-Spital sei anthroposophisch tätig und decke nur den geringsten Teil des komplementärmedizinischen Spektrums ab.

Den vorliegenden Akten lässt sich dazu entnehmen, dass seit 10 Jahren im Kreisspital Bauma komplementärmedizinische Verfahren therapeutisch angewendet werden. Die Erfahrungen zeigen, dass die Komplementärmedizin als alleinige Therapie von akut spitalpflege- oder spitalbehandlungsbedürftigen Patientinnen und Patienten im öffentlichen Spital der medizinischen Grundversorgung einen kleinen Stellenwert hat. Im Sinne einer Ergänzung der Schulmedizin ergeben sich aber wichtige adjuvante therapeutische Potenziale mit eindrücklichen therapeutischen Erfolgen. Die Patientinnen und Patienten akzeptieren das komplementärmedizinische Angebot in der grossen Mehrheit gerne, das Wohlbefinden und die Zufriedenheit der Patientinnen und Patienten können mit komplementärmedizinischen Therapien deutlich gesteigert werden. Der Aufwand für die Implementierung

der Komplementärmedizin beschränkt sich vorwiegend auf die Lohnkosten. Die Investitionskosten und die Kosten für das Verbrauchsmaterial sind vergleichsweise gering (Beilage 1 zu den Schlussbemerkungen des Beschwerdeführers). Das Spital Bauma hat hierzu verschiedene Konzepte ausgearbeitet; doch wurden diese von der Gesundheitsdirektion nicht unterstützt (Schreiben Spital Bauma/Gesundheitsdirektion vom 27.2.1996 samt Betriebskonzept Spital Bauma vom 16.2.1996, Beilage 3 zu den Schlussbemerkungen des Beschwerdeführers; Antwort Gesundheitsdirektion/Spital Bauma vom 21.3.1996, Beilage 10 zur Beschwerde).

Diesen Ausführungen lässt sich – mit Blick auf das Kreisspital Bauma – entnehmen, dass die Komplementärmedizin zur Hauptsache als Ergänzung der schulmedizinischen stationären Behandlung gesehen und praktiziert wird. In dieser adjuvanten Form kann sie auch von den anderen öffentlichen Spitälern in das Angebot aufgenommen werden, welche die Patientinnen und Patienten des Spitals Bauma übernehmen werden, sofern dies nicht bereits der Fall ist und soweit es sich hierbei um eine medizinisch erforderliche Leistung handelt. Der Bundesrat kann daher dem Beschwerdeführer nicht beipflichten, wenn er behauptet, dass insoweit der regionale oder sogar der gesamtkantonale Bedarf an komplementärmedizinischer Versorgung nicht abgedeckt sei.

Als alleinige Therapie von akut spitalpflege- oder spitalbehandlungsbedürftigen Patientinnen und Patienten in den öffentlichen Spitälern der medizinischen Grundversorgung hat die Komplementärmedizin dagegen einen kleinen Stellenwert, wie sich der zitierten Studie entnehmen lässt. Unter diesen Umständen lässt sich nicht sagen, dass wegen der Nichtaufnahme der Akutabteilung des Kreisspitals Bauma in die Liste A eine Lücke in der komplementärmedizinischen stationären Versorgung der Bevölkerung in der Spitalregion Wetzikon oder den anderen Spitalregionen des Kantons entsteht, auch wenn zutreffen sollte, dass das Paracelsus-Spital ausschliesslich anthroposophisch tätig ist. Nicht entschieden und offen gelassen wird dagegen im vorliegenden Fall die Frage, wie der Beitrag anderer und namentlich privater (kantonaler und ausserkantonaler) Spitäler zur komplementärmedizinischen Versorgung der Bevölkerung im Kanton Zürich zu bewerten ist.

8.3 Bedarf an zusätzlichen Leistungen vermag der Bundesrat entgegen dem Einwand des Beschwerdeführers auch im Rehabilitationsbereich nicht zu erkennen. Er hält es für zweckmässig, wenn der Kanton sich hierfür an die ausserkantonalen Leistungserbringer hält und davon absieht, im Kanton selber zusätzliche Kapazitäten aufzubauen.

8.4 Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Nichtaufnahme der Akutabteilung des Kreisspitals Bauma in die Liste A die Sicherheit der stationären Versorgung nicht gefährdet und auch aus dieser Sicht kein Bedarf an Leistungen des Spitals besteht. Dass sich eine Kooperation zwischen Regionalspitälern und anderen Spitalern angebahnt hat und möglicherweise noch vertieft wird, kann den fehlenden Bedarf nicht kompensieren und daher an diesem Befund nichts ändern. Dasselbe gilt vom Umstand, dass nahezu 10 000 Personen binnen vier Wochen eine beim Regierungsrat eingereichte Petition zur Erhaltung des Spitals Bauma unterzeichnet haben. Aus der Sicht der Unterzeichnenden mag eine regionale stationäre Versorgung nötig erscheinen, sie ist es jedoch nicht mit Blick auf das gesamtkantonale Angebot an stationärer Versorgung.

8.5 Als Sonderfaktor, der für das Spital Bauma spricht, nennt der Beschwerdeführer schliesslich auch den Umstand, dass die Region Bauma mit dem oberen Tösstal als Berggebiet wirtschaftlich benachteiligt sei und durch die Schliessung des Spitals Arbeitsplätze (einschliesslich Lehrstellen) verlieren werde. Der Bundesrat bedauert dies, sieht aber rechtlich keinen Weg, den Kanton Zürich deswegen zu verpflichten, das Spital Bauma in die Liste A aufzunehmen. Die Erhaltung und Förderung der regionalen Wirtschaft bilden nach Artikel 39 Absatz 1 KVG nicht Aufgabe oder Ziel der Spitalplanung und können insoweit beim Erlass der Spitalliste nicht ins Gewicht fallen.

8.6 Damit ist auch gesagt, dass ein Kanton nicht gegen Bundesrecht verstösst, wenn er unter den obwaltenden Umständen ein öffentliches Akutspital oder die allgemeine Akutabteilung eines öffentlichen Spitals nicht in die Spitalliste aufnimmt und dies zutreffenderweise damit begründet, es fehle der Bedarf im Sinne von Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe d KVG. Das Fehlen des Bedarfs bildet insoweit ein zulässiges Kriterium für den Ausschluss einer solchen Einheit von der Spitalliste (a. M. *Jean-Louis Duc*, *Etablissements médico-sociaux et planification hospitalière* (article 39 LAMal), *AJP/PJA* 8/97 959 ff., Ziff. 4 und 5). Der Wettbewerb zwischen den Spitalern kann insoweit nur eine beschränkte und sicher nicht jene Rolle spielen, welche ihm zwischen den privaten und halbprivaten Abteilungen der Spitäler zukommt (Ziff. II/2 hiervor).

9. Rüge der Verletzung der Gemeindeautonomie

Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, die Liste A verstosse auch gegen die Gemeindeautonomie, welche das Zürcher Recht den Gemeinden auf dem Gebiete der stationären Grundversorgung einräume. Die

Gemeinden seien weitestgehend aus dem gesamten Planungsverfahren ausgeschlossen worden. Dieser Mangel habe auch nicht durch das Vernehmlassungsverfahren korrigiert werden können, weil das Grundkonzept der Spitalliste immer wieder als unverrückbar bezeichnet worden sei.

Die Gesundheitsdirektion hält dem entgegen, den Zürcher Gemeinden stehe nur eine Gestaltungsfreiheit im kantonal vorgegebenen Rahmen zu. Die Spitalplanung obliege nach kantonalem Recht und Artikel 39 KVG dem Kanton und werde unter anderem mit Staatsbeiträgen gelenkt. Solche Beiträge würden lediglich an den Betrieb der den Bedürfnissen der Bevölkerung dienenden Krankenhäuser geleistet.

9.1 Nach der Praxis des Bundesgerichts ist eine Gemeinde in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht dafür keine abschliessende Ordnung trifft, sondern diese ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Artikel 48 der Verfassung vom 18. April 1869 des eidgenössischen Standes Zürich (im Folgenden: KV) verleiht den Gemeinden allgemein das Recht, ihre Angelegenheiten innerhalb der Schranken der Verfassung und Gesetze selbstständig zu ordnen. Artikel 22 KV bestimmt, dass der Kanton die Anstrengungen der Gemeinden zur Förderung der Krankenpflege unterstützt. Nach § 5 Absatz 1 des Gesundheitsgesetzes erfüllen die Gemeinden die Aufgaben, die ihnen die Gesundheitsgesetzgebung überträgt. § 39 des Gesundheitsgesetzes bestimmt, dass der Kanton Spitäler errichtet und betreibt, deren Einzugsgebiet sich über den ganzen Kanton erstreckt; die Errichtung und der Betrieb anderer Spitäler sind Sache der Gemeinden. Für den Betrieb eines Krankenhauses bedarf es einer Bewilligung der Gesundheitsdirektion, welche nur aus schwerwiegenden Gründen verweigert oder entzogen werden kann (§ 43 Gesundheitsgesetz). In gesundheitspolizeilicher Beziehung unterstehen die Krankenhäuser der Aufsicht der Gesundheitsdirektion (§ 42 Abs. 1 Gesundheitsgesetz). § 40 des Gesundheitsgesetzes sieht Staatsbeiträge an Bau und Betrieb von Krankenhäusern vor.

Nach dieser Ordnung kommt den zürcherischen Gemeinden auf dem Gebiet des Krankenhauswesens eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit zu. Diese wird freilich faktisch dadurch eingeschränkt, dass es der Kanton als Subventionsgeber in der Hand hat, bestimmend einzugreifen (BGE 113 Ia 344 E. 2a). Der Bundesrat schliesst daraus, dass sich die Zürcher Gemeinden und Gemeindeverbände für Fragen der Subventionierung der von ihnen geführten Spitäler nicht auf die Gemeindeautonomie berufen können; der Entzug von Staatsbeiträgen verstösst daher nicht gegen diese

Autonomie, selbst dann nicht, wenn der Spitalträger nicht mehr in der Lage sein wird, sein Spital oder die betroffene Abteilung ohne Staatsbeiträge weiterzuführen.

Ebenso wenig wie bei Subventionen kann nach der Praxis des Bundesgerichts Autonomie bei Planungen bestehen, deren Aufgabe gerade darin liegt, die Bedürfnisse der verschiedenen Gemeinden und Regionen auf einer übergeordneten Ebene zu koordinieren, und die daher zwangsläufig auf kantonaler Ebene erfolgen müssen, wie dies namentlich für die Spitalplanung zutrifft (BGE 121 I 221 E. 3a).

9.2 Der Bundesrat schliesst aus den zitierten Urteilen des Bundesgerichts, dass die Zürcher Gemeinden sich nach kantonalem Recht für die Spitalplanung nicht auf die Gemeindeautonomie berufen können. Dies gilt auch im vorliegenden Fall, wie die folgenden Erwägungen zeigen.

Mit dem RRB 1347 hat der Regierungsrat rechtlich nicht über den Betrieb des Kreisspitals Bauma entschieden, was Sache der Gemeinden oder des Gemeindezweckverbandes wäre (§ 39 Abs. 2 Gesundheitsgesetz). Der Regierungsrat hat dem Kreisspital auch nicht die Bewilligung entzogen, die dieses für den Betrieb benötigt (§ 43 Gesundheitsgesetz). Er hat dem Spital (Akutabteilung) einzig keinen Leistungsauftrag für die Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erteilt und dieses daher nicht in die Liste A aufgenommen. Aus rechtlicher Sicht kann daher das Kreisspital Bauma seine stationäre Akutabteilung weiterführen. Dass es vermutlich faktisch dazu nicht mehr in der Lage sein wird, wenn es nicht in die Liste A aufgenommen wird, verstösst nicht gegen eine allfällige Autonomie. Der Beschwerdeführer beruft sich daher zu Unrecht auf eine Verletzung der Gemeindeautonomie.

Eine relative erhebliche Entscheidungsfreiheit der Gemeinden in der Planung liesse sich nach Ansicht des Bundesrates auch nicht mit Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe d KVG vereinbaren, der die Kantone zur Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung anhält. Dieser Pflicht kann der Kanton nur nachkommen, wenn er die kommunalen und regionalen Kapazitäten auf die bedarfsgerechte Versorgung ausrichtet, nötigenfalls auch gegen den Willen der Gemeinden oder Gemeindeverbände. Das schliesst nicht aus, dass die Planung auf unterer Stufe (z. B. durch Gemeinden oder Bezirke) vorbereitet wird. Die materielle Verantwortlichkeit für das Ergebnis der Planung und für die Gestaltung der Spitalliste liegt gemäss Bundesrecht jedoch so oder anders beim Kanton. Daraus folgt, dass auch die Zuständigkeit für Entscheide über die Spitalplanung und die Spitalliste auf kantonaler Stufe angesiedelt sein muss. Dieses übergeordnete Recht, das auch nach

kantonalem Recht den Spielraum der Gemeinden begrenzt, schliesst in diesem Sinne die Gemeinden oder Gemeindeverbände von der selbstständigen Erledigung der Spitalplanung aus und steht der Gewährung autonomer Befugnisse beim Erlass der Spitalliste entgegen (vgl. § 14 Abs. 1 Gemeindegesetz und § 5 Abs. 1 Gesundheitsgesetz). Insoweit kann den Gemeinden daher keine Autonomie zukommen.

Dass für die Spitalplanung und den Erlass der Spitalliste auf kantonaler Stufe eine andere Behörde als der Regierungsrat (beispielsweise der Kantonsrat) zuständig gewesen wäre, findet im kantonalen Recht ebenfalls keine Stütze (vgl. Art. 31, 37 und 40 KV; § 2 ff. Gesundheitsgesetz). Der Zürcher Kantonsrat sieht dies nicht anders. Die Behördeninitiative auf Gewährleistung des permanenten Zutrittes zu Leistungen des Gesundheitswesens in den Regionen fand im Zürcher Kantonsrat die vorläufige Unterstützung von nur 36 Ratsmitgliedern, womit das notwendige Quorum von 60 Stimmen nicht erreicht wurde, wie bereits dargelegt worden ist (Ziff. II/8.1 hiervor). Dies bedeutet, dass sich das notwendige Quorum für eine Initiative nicht fand, die im Ergebnis die Zuständigkeit des Regierungsrates für die Planung und den Erlass der Spitalliste angetastet hätte.

Wenn somit nach der gesetzlichen Ordnung die Zuständigkeit für die Spitalplanung und den Erlass der Spitalliste auf kantonaler Ebene liegt, so bedeutet dies, dass die zuständigen kantonalen Behörden sich zwangsläufig auch mit der Bedarfsplanung für die kantonseigenen Spitäler befassen müssen, um den bundesrechtlichen Auftrag zur Spitalplanung erfüllen zu können (Art. 39 Abs. 1 Bst. d und e KVG). Insoweit nehmen sie öffentliche Interessen wahr, was für sich allein keine Befangenheit zu begründen vermag, weshalb der Bundesrat in diesem Punkt die Bedenken des Beschwerdeführers nicht teilen kann (BGE 103 Ib 137 E. 2). Anders verhielte es sich nur dann, wenn neben dem genannten Umstand konkrete Anhaltspunkte für Befangenheit von Mitgliedern der zuständigen kantonalen Behörden vorlägen, was im vorliegenden Fall nicht zutrifft.

10. Materielles Ergebnis zur Liste A

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass der Entscheid des Regierungsrates, das Regionalspital Bauma nicht in die Liste A aufzunehmen, nicht gegen Bundesrecht verstösst.

10.1 Der Regierungsrat hat die Bedarfsplanung (Ermittlung der Kapazitäten der Leistungserbringer sowie Erhebung des gegenwärtigen und künftigen Bedarfs der Bevölkerung an stationären Leistungen) richtig durchgeführt und darf und muss gemäss Bundesrecht einen Abbau der

Überkapazitäten an Spitalbetten anstreben. Die Prognose, wonach bei der Variante «Konzentration» sich wirksamer Kosten eindämmen lassen als bei der Variante «linearer Abbau», lässt sich nicht beanstanden. Wenn der Regierungsrat deswegen einen Teil der überzähligen Betten durch die Nichtaufnahme von organisatorischen Spitaleinheiten in die Liste A abbauen will, was der Variante «Konzentration» entspricht, so hat er sich damit von einem Kriterium leiten lassen, das den Zielen der Spitalplanung entspricht, nämlich die Kosten der stationären Versorgung einzudämmen, und hat sein Auswahlermessen korrekt ausgeübt. Im Rahmen der Variante «Konzentration» hat sich der Regierungsrat mit Blick auf die Qualität der stationären Versorgung der Bevölkerung zu Recht für die Aufhebung der untersten Versorgungsstufe (dezentrale teilregionale Grundversorgung durch die Regionalspitäler) entschieden.

10.2 Der Entscheid ist auf hinreichend transparente Daten gestützt, weshalb es nicht nötig ist und in diesem Sinne unverhältnismässig wäre, hiefür vom Regierungsrat zusätzliche detaillierte Wirtschaftlichkeitsberechnungen zu verlangen (Art. 12 VwVG). Die Planung des Bettenbedarfs ist ein taugliches Mittel, um die Kosten der stationären Versorgung einzudämmen. Die Zürcher Spitalplanung 1998 lässt sich aus dieser Sicht daher nicht in Frage stellen, auch wenn zutreffen mag, dass sich die Eindämmung der Kosten der stationären Versorgung mit anderen Instrumenten ebenfalls erreichen liesse. Daher besteht auch kein Grund, den Entscheid über die Spitalliste zurückzustellen, bis die Massnahmen des Projektes LORAS (= LeistungsOrientierte RessourcenAllokation im Spitalbereich) ihre volle Wirksamkeit entfalten.

Auf Grund der vorliegenden Daten lässt sich die Behauptung des Beschwerdeführers nicht stützen, dass die Versorgungsaufträge für die Spitäler der Liste A nicht definiert sind und sich die Liste A kostentreibend auswirken wird. Nicht stichhaltig ist auch der Vorwurf des Beschwerdeführers, die Bedarfsplanung des Regierungsrates gemäss Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe d KVG sei unverhältnismässig. Und schliesslich hat der Regierungsrat mit dem Vorgehen zum Erlass der Liste A und mit der materiellen Regelung in der Liste A die Gemeindeautonomie nicht verletzt und auch nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns verstossen. Der Entscheid hält auch im Übrigen vor der Bundesverfassung stand, weil der Beschwerdeführer als öffentliches Spital bzw. öffentlichrechtliche Trägerschaft sich nicht auf die Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV) und die daraus abgeleiteten Garantien wie Chancengleichheit und Wettbewerbsneutralität berufen kann (*R. Rhinow* in Kommentar BV, Art. 31, Rz. 100).

10.3 Im Akutbereich gewährleistet die Liste A auch nach Aufhebung der untersten Versorgungsstufe (dezentrale teilregionale Grundversorgung durch die Regionalspitäler) die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung in dem vom Betrieb des Beschwerdeführers abgedeckten Einzugsgebiet und Leistungsspektrum. Sie trägt zur Koordination der Spitäler bei, optimiert die Ressourcen, baut Überkapazitäten der Spitäler ab und dämmt damit die Kosten der stationären Versorgung der Bevölkerung ein. Soweit es um die Regionalspitäler geht, beruht die Liste A auf einer richtigen und vollständigen Ermittlung des massgeblichen Sachverhalts sowie auf richtiger Auslegung des Bundesrechts und trägt dem Gebot der Angemessenheit Rechnung (Art. 49 VwVG).

10.4 Der Bundesrat sieht daher keinen Grund, die Liste A aufzuheben und zur Neufestsetzung an die Vorinstanz zurückzuweisen, ...

11. Rüge der Verletzung der EMRK (Rechtsweg)

Der Beschwerdeführer macht zum Verfahrensweg geltend, dass er nach Artikel 6 EMRK Anspruch auf eine gerichtliche Beurteilung der Spitalliste 1998 habe. Er ersucht daher den Bundesrat, das im KVG die kantonale Spitalliste betreffende Rechtsmittelverfahren sowie seine Rechtsmittelbelehrung im Einklang mit Artikel 6 Absatz 1 EMRK umzugestalten.

11.1 Artikel 6 Ziffer 1 EMRK verleiht jedermann unter anderem Anspruch darauf, dass im Streitfall ein Richter über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen entscheidet.

Das Bundesamt für Justiz hat nach Eingang der ersten Beschwerden gegen kantonale Spitallisten mit dem EVG einen grundsätzlichen Meinungsaustausch über die Zuständigkeitsfrage durchgeführt (vgl. Antwort des Bundesrates vom 14.5.1997 auf die Einfache Anfrage Suter (Nr. 96.1134), Menschenrechtsverstösse im Krankenversicherungsgesetz?, Amtl. Bull. 1997 N 1589). Das EVG antwortete am 23. August 1996, es sei in dieser Sache nicht zuständig, weil die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf diesem Gebiet ausgeschlossen sei. Zur Begründung machte es im Wesentlichen geltend, Spitalplanungen und Spitallisten beruhten nicht auf Bundesrecht, sondern stellten selbstständiges kantonales Recht dar. Anderer Auffassung in dieser Frage war allerdings das Bundesgericht, das mehrere bei ihm eingereichte staatsrechtliche Beschwerden gegen kantonale Spitallisten dem Bundesrat zur Beurteilung überwies und damit wie der Bundesrat davon ausgeht, die Spitallisten beruhten auf Bundesrecht (Ziff. II/... hiervor). Das EVG warf zudem die Frage auf, ob Spitallisten überhaupt Verfügungen darstellten. Wenn dies verneint werde, stelle sich die Frage der Verletzung der

EMRK gar nicht, weil die Rechtsweggarantie der Konvention für Erlasse nicht gelte.

11.2 Der Bundesrat hat vom Ergebnis des Meinungsaustauschs Kenntnis genommen und entschieden, dass die geltende Zuständigkeitsordnung und die zeitliche Dringlichkeit der Entscheide über die Spitallisten (Art. 53 Abs. 1 und 3 KVG) keinen Spielraum lassen und er daher keine andere Wahl hat, als die Streitigkeiten materiell zu beurteilen.

Es mag sein, dass die wirtschaftlichen Folgen der Nichtaufnahme des Betriebs des Beschwerdeführers in die Spitalliste dafür sprechen, ein Gericht entscheiden zu lassen, wie der Beschwerdeführer in seinen Eingaben vorbringt.

Andererseits ist es aber ebenso richtig, dass sich auch Gründe für die Beurteilung der Spitallisten durch den Bundesrat namhaft machen lassen. Spitallisten beruhen auf Planungsentscheiden, bei denen ein beträchtlicher Ermessensspielraum besteht und Aspekte der Zweckmässigkeit eine grosse Rolle spielen. Das KVG und seine Zulassungsordnung für Spitäler bezwecken eine sozialverträgliche Krankenversicherung und nicht die Sicherung von Einkommen der Leistungserbringer auf Kosten der öffentlichen Hand und der sozialen Krankenversicherung. Das Landesrecht garantiert den Spitälern mithin keinen Anspruch auf Aufnahme in die Spitalliste, sondern höchstens – bei privaten Trägerschaften – eine angemessene Einbeziehung in die Planung (Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG). Bei Streitigkeiten über die Aufnahme von Spitälern in die Spitallisten kann es sich aus dieser Sicht somit nicht um Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 EMRK handeln (vgl. Antwort des Bundesrates vom 14.5.1997 auf die Einfache Anfrage Suter (Nr. 96.1134), Menschenrechtsverstösse im Krankenversicherungsgesetz?, Amtl. Bull. 1997 N 1590).

11.3 Diese Rechtslage erlaubt dem Bundesrat auch nicht, das Rechtsmittelverfahren des KVG für die kantonale Spitalliste und die Rechtsmittelbelehrung im Einklang mit Artikel 6 Absatz 1 EMRK umzugestalten und den Weg an ein Gericht zu öffnen, wie der Beschwerdeführer beantragt. Solche Lösungen lassen sich nach Ansicht des Bundesrates rechtlich einwandfrei nicht im Rahmen des geltenden Rechts, sondern nur über eine Änderung des KVG (Art. 53 Abs. 1) und gegebenenfalls des OG (Art. 129) verwirklichen. . . .

12. . . .

13. Übergangsrecht

Zu entscheiden bleibt die Frage, auf welchen Zeitpunkt die Nichtaufnahme des Kreisspitals Bauma in die Liste A in Rechtskraft treten und damit ihre Rechtswirkungen entfalten soll.

13.1 In der Zwischenverfügung vom 21. November 1997 hat das EJPD die aufschiebende Wirkung der Beschwerden gegen die Spitalliste 1998 zu Recht insoweit bestätigt, als sich für jene Kliniken, in deren Namen Beschwerde gegen die Spitalliste des Kantons Zürich erhoben wurde, die Zulassung bis zum Entscheid des Bundesrates in der Hauptsache weiterhin nach Artikel 101 Absatz 2 KVG richtete und diese Spitäler daher im bisherigen Umfang als Leistungserbringer zugelassen blieben. Darüber hinaus wurde die Zürcher Spitalliste 1998 von der aufschiebenden Wirkung der Beschwerden nicht erfasst, weshalb das EJPD insoweit den Beschwerden die aufschiebende Wirkung (teilweise) entzogen hat.

Daraus folgt, dass die vorliegende Beschwerde für den Beschwerdeführer aufschiebende Wirkung hatte. Dies hiess, dass die Nichtaufnahme des Kreisspitals Bauma in die Liste A einstweilen nicht wirksam wurde und dieses bis zum Entscheid des Bundesrates in der Sache im bisherigen Umfang als Leistungserbringer nach Artikel 101 Absatz 2 KVG zugelassen blieb.

13.2 Die Frage, ob eine angefochtene Verfügung während der Dauer des Suspensiveffektes der dagegen eingereichten Beschwerde auch dann nicht vollstreckt werden kann, wenn sie im Beschwerdeverfahren bestätigt wird, oder ob der die Verfügung bestätigende Beschwerdeentscheid die rückwirkende Aufhebung des Suspensiveffektes bewirkt, lässt sich nicht einheitlich ein für alle Mal beantworten. Es kommt auf die Besonderheiten des Einzelfalles und auf die jeweilige Interessenlage an. Demnach ist im vorliegenden Fall zu prüfen, welche Gründe für und welche gegen eine rückwirkende Aufhebung des Suspensiveffektes sprechen (BGE 112 V 76 E. 2 und 3¹). Sachlich damit verknüpft ist die Frage, ob die Folgen des bundesrätlichen Entscheides so beschaffen sind, dass im Interesse des betroffenen Spitals und weiterer Kreise eine Übergangsfrist über den bundesrätlichen Entscheid hinaus zu gewähren ist. Diese Fragen fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates und sind von Amtes wegen zu prüfen.

Der Bundesrat berücksichtigt in seiner Praxis namentlich den Grundsatz, dass die in der Zwischenverfügung des EJPD getroffene einstweilige Regelung dem unterliegenden Beschwerdeführer nicht zum Schaden der obsie-

¹ siehe Nr. K 686 (1986) dieser Sammlung

genden Gegenparteien einen Vorteil verschaffen darf (BGE 112 V 76 E. 2 und 3¹; RKUV 6/1997 372 E. 13.1²). Der VZKV als Gegenpartei hat im vorliegenden Verfahren eine Vernehmlassung eingereicht, hiebei jedoch nicht selbstständige Anträge zu einzelnen Beschwerden gestellt. Er kann daher in diesem Sinne nicht als obsiegende Gegenpartei betrachtet werden. Als obsiegende Gegenpartei kann auch der Regierungsrat nicht gelten, weil dieser als Vorinstanz nach der Terminologie des VwVG von der Gegenpartei unterschieden wird und mit Blick auf diese verfahrensrechtliche Stellung ebenfalls nicht als obsiegende Gegenpartei betrachtet werden kann (vgl. Art. 57 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 2 und 3 VwVG). Die Praxis des Bundesrates lässt sich daher nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen.

Der Bundesrat verfügt somit in dieser Frage über einen Spielraum und wägt in diesem Rahmen die auf dem Spiel stehenden Interessen gegeneinander ab. Auf der einen Seite stehen die Interessen des Kantons Zürich und des VZKV, denen aus finanziellen Gründen an einer raschen und rückwirkenden Nichtaufnahme des Kreisspitals Bauma in die Liste A liegt (Ziff. II/5.1 hiervor). Dem stehen die Interessen jener Versicherten gegenüber, die sich seit dem 1. Januar 1998 in der allgemeinen Abteilung des Kreisspitals Bauma zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung behandeln liessen. Die rückwirkende Nichtaufnahme des Kreisspitals Bauma in die Liste A hiesse für sie, dass sie den Kassen die von diesen übernommenen Pauschalen zurückerstatten müssten (Art. 41 Abs. 1 KVG). Dies liesse sich vertreten, wenn die Versicherten damit hätten rechnen müssen, dass der Bundesrat die vorliegende Beschwerde abweisen und die rückwirkende Nichtaufnahme in die Liste A anordnen würde, was nicht zutrifft. Die Beschwerde liess sich nicht zum vornherein als aussichtslos bezeichnen, und der Entscheid über die Rückwirkung ist praxisgemäss dem Bundesrat vorbehalten, weshalb sich das EJPD in der Zwischenverfügung weder in der Sache noch zur Rückwirkung äussern konnte. Unter diesen Umständen liesse es sich nicht vertreten, die Versicherten das Risiko des Ausgangs des vorliegenden Verfahrens tragen zu lassen. Der Bundesrat gewichtet diese Interessen höher als jene der Kassen und des Kantons.

13.3 Die Nichtaufnahme des Spitals in die Liste A soll daher nicht rückwirkend erfolgen. Dies bedeutet, dass im Sinne der Zwischenverfügung des EJPD das Kreisspital Bauma bis zum Tag des vorliegenden Entscheides des Bundesrates als Leistungserbringer im Sinne von Artikel 101 Absatz 2 KVG zugelassen bleibt.

¹ siehe Nr. K 686 (1986) dieser Sammlung

² siehe Nr. KV 16 (1997) dieser Sammlung

13.4 Damit sich auch die Versicherten, welche zum genannten Zeitpunkt im Spital Bauma behandelt werden oder sich bereits für eine Behandlung angemeldet haben, auf die neue Lage einstellen können, soll die Nichtaufnahme des Spitals in die Liste A des Kantons Zürich 6 Monate ab Ende jenes Monats rechtswirksam werden, in welchem die vom Bundesrat bezeichneten Ziffern des Dispositivs des vorliegenden Entscheides im kantonalen Amtsblatt publiziert werden. Damit wird auch im Interesse des Spitals und des betroffenen Personals die Übergangsfrist erstreckt und damit die Anpassung an die neue Lage erleichtert, was auch der Angemessenheit der Lösung dient (Art. 49 Bst. c VwVG). Dies bedeutet, dass das Spital noch während der genannten Frist im bisherigen Umfang als Leistungserbringer gemäss Artikel 101 Absatz 2 KVG zugelassen bleibt.

Für die 6 Monate nimmt der Bundesrat Mass an der Übergangsfrist, welche den betroffenen Spitälern auf Grund des RRB 1347 zustand. Dieser erging am 25. Juni 1997 und wurde in der Folge im kantonalen Amtsblatt veröffentlicht. Gemäss RRB trat die Spitalliste auf den 1. Januar 1998 in Kraft, was eine Übergangsfrist von rund 6 Monaten ergibt. Eine solche Frist ist angesichts der mit dem Übergang verbundenen Probleme nötig.

Daran ändert nichts, dass der Kanton sich an der Bewältigung der personellen Probleme auf der Basis der vom Regierungsrat am 9. Oktober 1996 festgelegten Grundsatzbestimmungen für den Erlass von Sozialplänen beteiligen und die Gesundheitsdirektion für das betroffene Personal im Rahmen ihrer Möglichkeiten innerbetriebliche Angebote wie beispielsweise Teambegleitungen, Anpassungsprozesse und neue Arbeitszeitmodelle unterstützen wird. Die Kosten des Stellenabbaus werden primär bei den Trägerschaften der betroffenen Spitäler anfallen. Soweit es sich um staatsbeitragsberechtigte Betriebe handelt, wird sich der Kanton Zürich im Rahmen der erwähnten Grundsatzbestimmungen beteiligen (Planungsbericht 1997, S. 30 f.).

Der Klarheit halber ist zweierlei beizufügen:

Bei den 6 Monaten handelt es sich nicht um eine verfahrensrechtliche, sondern um eine materiellrechtliche Frist, die zudem erst nach Abschluss des Verfahrens vor dem Bundesrat ihre rechtlichen Wirkungen entfaltet. Dies bedeutet, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz und insbesondere die Vorschrift über den Stillstand der Fristen (Art. 22a VwVG) auf die 6 Monate nicht anwendbar sind (Art. 1 Abs. 1 VwVG).

Das Kreisspital Bauma ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, während der genannten 6 Monate gemäss Artikel 101 Absatz 2 KVG weiterzuarbei-

ten. Soweit auch andere Vorschriften und Verpflichtungen nicht entgegenstehen, ist es daher dem Träger des Spitals unbenommen, den Betrieb der betroffenen Akutabteilung vor Ablauf der Frist zu reduzieren oder einzustellen.

...

Entzug der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung in acht Kantonen auf Ersuchen der Krankenkasse

KV 73 Urteil des EVG vom 12. März 1999

Der Bewilligungsentzug umfasst neben der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zwangsläufig auch die freiwillige Taggeldversicherung gemäss Artikel 67 ff. KVG (Erw. 4).

Wird die Bewilligung auf Ersuchen der Krankenkasse entzogen, entspricht es dem Regelungsziel von Artikel 13 Absatz 3 KVG, dass der Versicherer für eine bestimmte Zeit von der Durchführung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung ausgeschlossen werden kann. Im vorliegenden Fall wurde die vom Eidgenössischen Departement des Innern verfügte Dauer des Bewilligungsentzuges (zehn Jahre) als bundesrechtskonform erachtet (Erw. 5).

Reserveverwendung bei Rückzug von der Durchführung der sozialen Krankenversicherung. Es besteht keine gesetzliche Grundlage für eine Verpflichtung der Krankenkasse, für alle vom Entzug der Bewilligung betroffenen Versicherten den Betrag, der den gesetzlichen Reserven gemäss Artikel 78 Absatz 4 KVV entspricht (15% des jeweiligen kantonalen Prämiensolls per Ende 1998), an die Gemeinsame Einrichtung KVG zu bezahlen. Die Auffassung, die Kasse müsse jedem (erzwungenermassen) austretenden Versicherten eine Reserve mitgeben, widerspricht den Grundsätzen des Umlageverfahrens; denn es werden für und bezogen auf die einzelnen Versicherten keine Reserven gebildet (Erw. 6).

Abweisung des Gesuchs von drei Krankenkassen und der vom Bewilligungsentzug betroffenen Kantone um Beiladung, da eine Rückwirkung des Urteils auf die Rechtsbeziehungen zwischen Parteien und Gesuchstellern nicht in Frage steht (Erw. 8).

Le retrait de l'autorisation comprend forcément, outre l'assurance obligatoire des soins, également l'assurance facultative d'indemnités journalières au sens des articles 67 ss LAMal (cons. 4).

Si l'autorisation est retirée à la demande de la caisse-maladie, il est conforme au but de l'article 13, alinéa 3, LAMal que l'assureur puisse être exclu pour un certain temps de la pratique de l'assurance obligatoire des soins. Dans le cas concret, la durée du retrait de l'autorisation décidée par le Département fédéral de l'intérieur (dix ans) a été jugée conforme au droit fédéral (cons. 5).

Affectation des réserves en cas de retrait de l'autorisation de pratiquer l'assurance-maladie sociale. Il n'existe aucune base légale obli-

geant la caisse-maladie à payer à l'institution commune LAMal un montant pour tous les assurés touchés par le retrait de l'autorisation correspondant aux réserves légales au sens de l'article 78, alinéa 4, OAMal (15% des primes dues pour chaque canton à fin 1998). L'opinion selon laquelle la caisse devrait concéder une réserve pour chaque assuré contraint de la quitter contrevient aux principes de la procédure de répartition des coûts; en effet, aucune réserve n'est constituée pour et par rapport à chaque assuré (cons. 6).

Rejet de la requête de trois caisses-maladie et de cantons touchés par le retrait de l'autorisation d'être partie à la procédure étant donné qu'un effet du jugement sur les rapports de droit entre les parties et les requérants est exclu (cons. 8).

Il ritiro dell'autorizzazione comprende ineluttabilmente oltre all'esercizio dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie anche quello dell'assicurazione facoltativa d'indennità giornaliera di cui all'articolo 67 ss LAMal (cons. 4).

Se l'autorizzazione viene ritirata a domanda della cassa malati, è conforme allo scopo della regola di cui all'articolo 13 capoverso 3 LAMal che l'assicuratore possa essere escluso per un determinato periodo dall'esercizio dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie. In casu la durata del ritiro dell'autorizzazione decisa dal Dipartimento federale dell'interno (dieci anni) è stata ritenuta conforme al diritto federale (cons. 5).

Impiego delle riserve in caso di ritiro dall'esercizio dell'assicurazione sociale malattie. Non esiste alcuna base legale per obbligare la cassa malati a pagare all'Istituzione comune l'importo per tutti gli assicurati toccati dal ritiro dell'autorizzazione, corrispondente alle riserve legali di cui all'articolo 78 capoverso 4 OAMal (15% dei premi dovuti per Cantone per fine 1998). L'opinione giusta la quale la cassa dovrebbe concedere una riserva ad ogni assicurato tenuto ad uscirne disattende i principi della procedura della ripartizione delle spese; in effetti, non viene costituita alcuna riserva per e in riferimento ai singoli assicurati (cons. 6).

Respinta la petizione di tre casse malati e dei Cantoni toccati dal ritiro dell'autorizzazione di essere parte interessata al processo in quanto va escluso un effetto della sentenza sui rapporti di diritto tra parti e petenti (cons. 8).

I.

A. – Nach Kontakten mit dem Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) im Frühsommer 1998 fasste der Stiftungsrat der Krankenkasse Visana (nachfolgend: Visana) an seiner Sitzung vom 30. Juli 1998 den Beschluss, sich in den acht Kantonen Appenzell I. Rh., Appenzell A. Rh., Genf, Glarus, Graubün-

den, Jura, Neuenburg und Thurgau aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zurückzuziehen. Am 26. August 1998 reichte die Visana zusammen mit den Prämientarifen für 1999 dem BSV das schriftliche «Gesuch um Bewilligung der Sistierung der Durchführung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung» in den erwähnten Kantonen ein. Zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs beraumte das BSV mit Schreiben vom 26. August 1998 eine Besprechung mit der Visana auf den 3. September 1998 an. Am 16. September 1998 verfügte das Eidg. Departement des Innern (EDI) den Entzug der Bewilligung der Visana «für die Durchführung der sozialen Krankenversicherung nach Art. 1 Abs. 1 KVG» in den acht Kantonen «per 31. Dezember 1998», wobei das Dispositiv im Einzelnen Folgendes anordnete:

1. Bewilligungsentzug

- 1.1 Entzug der Bewilligung der Stiftung Visana per 31. Dezember 1998 zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung gemäss Art. 1 Abs. 1 KVG in den acht Kantonen.
- 1.2 Feststellung, dass in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung das Versicherungsverhältnis der betroffenen Versicherungspflichtigen mit dem Bewilligungsentzug per 31. Dezember 1998 endet.
- 1.3 In der freiwilligen Taggeldversicherung (nach Art. 67 ff. KVG) beschränkt sich der Bewilligungsentzug auf Einzelversicherte mit Wohnsitz in einem der acht Kantone; gegenüber Kollektivversicherten gilt der Bewilligungsentzug, sofern einer der acht Kantone «Standortkanton des Vertragsnehmers» ist.

2. Auflagen

- 2.1 Keine Bewilligungserteilung an die Visana zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung gemäss Art. 1 Abs. 1 KVG vor dem 1. Januar 2009 in den acht Kantonen.
- 2.2 Verpflichtung der Visana, für alle vom Bewilligungsentzug betroffenen Versicherten (massgeblicher Bestand: 31. Dezember 1998) denjenigen Betrag an die Gemeinsame Einrichtung KVG zu bezahlen, der den gesetzlichen Reserven gemäss Art. 78 Abs. 4 KVV per 31. Dezember 1998 entspricht, somit 15% des jeweiligen kantonalen Prämiensolls, fällig am 15. Januar 1999; Weisung an die Gemeinsame Einrichtung KVG bezüglich Verwendung dieses Betrages.
- 2.3 Anpassung aller Bestimmungen über das Tätigkeitsgebiet durch die Visana per 1. Januar 1999 in sämtlichen betroffenen Erlassen, Einreichung der geänderten Bestimmungen bis zum 31. Oktober 1998.

- 2.4 Jederzeitige Gewährleistung der Versichertenrechte durch die Visana (namentlich Recht auf freie Wahl des Versicherers) und individuelle Information aller betroffenen Versicherten; ausdrückliches Verbot, im Rahmen dieses Rückzuges bis am 31. Dezember 1998 direkt oder indirekt Versicherte gemäss Ziff. 1.1 anderen Versicherern zu vermitteln.
- 2.5 Verpflichtung der Visana, aus der freiwilligen Taggeldversicherung ausscheidende Versicherte über ihr Recht auf Freizügigkeit oder – im Falle der Kollektivversicherten – über ihr Recht auf Übertritt in die Einzelversicherung aufzuklären.
- 2.6 Verpflichtung der Visana, sämtliche Informationsmittel an die betroffenen Versicherten der Aufsichtsbehörde vor deren Einsatz zur Prüfung zuzustellen. Zurverfügungstellung der Publikationswege der Visana für die direkte und persönliche Information der betroffenen Versicherten durch die Aufsichtsbehörde.
- 2.7 Verpflichtung der Visana, die korrekte Abwicklung des Rückzuges einschliesslich Berechnung der Reservezahlungen durch eine qualifizierte Revisionsstelle in näher umschriebener Weise auf eigene Kosten mit Pflicht zur Zwischenberichterstattung per 30. November 1998 überprüfen zu lassen.
- 2.8 Verpflichtung der Visana, für vor dem 1. Januar 1999 erfolgte Behandlungen aus eigenen Rückstellungen nach Massgabe der bundesrechtlichen Vorschriften zu Gunsten der Versicherten zu leisten.
- 2.9 Verpflichtung der Visana, Leistungen an Versicherte zu erbringen, die mangels Erfassung durch die Beitrittskontrolle noch nicht einem neuen Versicherer zugewiesen werden konnten.
- 2.10 Verpflichtung der Visana, die für die Beitrittskontrolle per 1. Januar 1999 notwendigen Versichertendaten der Aufsichtsbehörde und den mit der Einhaltung der Beitrittskontrolle betrauten kantonalen Stellen zur Verfügung zu stellen.
3. Aufschiebende Wirkung einer allfälligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde
- 3.1 «Die aufschiebende Wirkung einer eventuellen Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidgenössische Versicherungsgericht sollte sich gestützt auf Art. 111 in Verbindung mit Art. 132 OG auf die vorstehende Ziff. 2.2 des Dispositivs beschränken.»

B. – Die Visana führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren um Aufhebung der Ziffern 1.3 (Weiterführung der freiwilligen

Taggeldversicherung in einer geschlossenen Abteilung zu gestatten), 2.1, 2.2, 2.3 (soweit die freiwillige Taggeldversicherung betreffend), 2.4, 2.5, 2.6 (eventualiter mit der Präzisierung, dass nur die Zeitschrift «Forum» bis 31. Dezember 1998 kostenlos zur Verfügung zu stellen sei), 2.7 (eventualiter mit der Präzisierung, dass im Falle der Abweisung des Antrages zu Auflage 2.2 die Revision durch die Firma X. im Rahmen der ordentlichen Jahresrevision durchzuführen sei), 2.9 und 2.10 (soweit die freiwillige Taggeldversicherung betreffend).

Ferner ersuchte sie um Gewährung der aufschiebenden Wirkung mit Bezug auf Ziff. 1.3 der Verfügung sowie für verschiedene Auflagen.

Mit Verfügung vom 2. Dezember 1998 stellte der Präsident des Eidgenössischen Versicherungsgerichts fest, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aufschiebende Wirkung habe, soweit sie sich gegen Dispositiv-Ziff. 2.2 der angefochtenen Departementsverfügung richtet, und erteilte der Verwaltungsgerichtsbeschwerde aufschiebende Wirkung, soweit sie sich gegen Dispositiv-Ziff. 1.1 und 1.3 sowie 2.3 der Departementsverfügung betreffend die freiwillige Taggeldversicherung nach Art. 67 KVG richtet. Soweit weiter gehend, wies er das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ab.

Nach Erlass dieser Verfügung zur materiellen Stellungnahme aufgefordert, liess sich das EDI am 22. Dezember 1998 mit dem Antrag auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vernehmen.

C. – Auf die Vorbringen der Parteien und die Beiladungsgesuche der Krankenkassen CSS Versicherung, SWICA Gesundheitsorganisation und Helsana Versicherungen AG (aus dem am 2. Dezember 1998 beurteilten Verfahren [BGE 124 V 393]¹) und der acht Kantone gemäss dem nachträglich eingegangenen Schreiben vom 11. Januar 1999 wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen Bezug genommen.

II.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat die Beschwerde aus den folgenden Erwägungen teilweise gutgeheissen:

1. – Anfechtungsgegenstand bildet die Verfügung des EDI vom 16. September 1998. Darin hat das Departement zu Lasten der Visana, jedoch insofern in Übereinstimmung mit deren Antrag vom 26. August 1998, die Bewilligung entzogen, über den 31. Dezember 1998 hinaus in den acht Kantonen

¹ siehe Nr. KV 61 (1999) dieser Sammlung

die soziale Krankenversicherung nach Art. 1 Abs. 1 KVG durchzuführen. Gleichzeitig hat das EDI, insoweit in Nichtübereinstimmung mit den Anträgen und Vorbringen der Visana, angeordnet, dass sich dieser Bewilligungsentzug auch auf die freiwillige Taggeldversicherung nach Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 67 ff. KVG bezieht und dass der bezüglich obligatorischer Krankenpflege- und freiwilliger Taggeldversicherung verfügte Bewilligungsentzug mit den im Sachverhalt lit. A. erwähnten Auflagen verbunden ist.

Es handelt sich bei diesem Anfechtungsobjekt um eine Verfügung im Sinne von Art. 98 lit. b OG (Verfügungen der Departemente), auf welche Bestimmung Art. 128 OG verweist, wonach das Eidg. Versicherungsgericht letztinstanzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Verfügungen im Sinne der Art. 97, 98 lit. b–h und 98a OG auf dem Gebiete der Sozialversicherung beurteilt.

2. – Liegt somit grundsätzlich eine mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbare Departementsverfügung vor und ist ein Unzulässigkeitsgrund nach Art. 129 in Verbindung mit Art. 101 f. OG nicht ersichtlich, ist weiter zu prüfen, ob die Visana zur Anfechtung des Departementsentscheides legitimiert sei (Art. 132 in Verbindung mit Art. 103 OG), wobei mangels gesetzlicher Ermächtigung im Sinne von Art. 103 lit. c OG und wegen offensichtlichen Fehlens der Voraussetzungen nach lit. b dieser Bestimmung (Behördenbeschwerde) einzig die Beschwerdelegitimation nach lit. a in Betracht fällt.

a) Nach Art. 103 lit. a in Verbindung mit Art. 132 OG ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidg. Versicherungsgericht berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Rechtsprechung betrachtet als schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 103 lit. a OG jedes praktische oder rechtliche Interesse, welches eine von einer Verfügung betroffene Person an deren Änderung oder Aufhebung geltend machen kann. Das schutzwürdige Interesse besteht somit im praktischen Nutzen, den die Gutheissung der Beschwerde dem Verfügungsadressaten verschaffen würde, oder – anders ausgedrückt – im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welchen die angefochtene Verfügung mit sich bringen würde. Das rechtliche oder auch bloss tatsächliche Interesse braucht somit mit dem Interesse, das durch die vom Beschwerdeführer als verletzt bezeichnete Norm geschützt wird, nicht übereinzustimmen. Immerhin wird verlangt, dass der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung stärker als jedermann betroffen sei und

in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehe (BGE 123 V 115 Erw. 5a, 315 Erw. 3a¹, je mit Hinweisen). Die in Art. 103 lit. a OG umschriebene Beschwerdebefugnis ist auf den Regelfall zugeschnitten, in welchem der staatlich-behördlichen Anordnungen ausgesetzte Bürger sich gegen eine Verfügung wendet. Hiefür ist ein Bedürfnis zur Anfechtung des einseitigen Verwaltungsaktes vorausgesetzt, das zwar – im Unterschied zur staatsrechtlichen Beschwerde (Art. 88 OG) – rein tatsächlicher Natur sein kann, jedoch schutzwürdig sein muss, also eine besondere, aktuelle und unmittelbare Betroffenheit verlangt (BGE 123 V 115 Erw. 5a, 310¹, 120 V 39 Erw. 2b, 114 V 201). Art. 103 lit. a OG umschreibt damit die Beschwerdeberechtigung privater natürlicher oder juristischer Personen, die eine Verfügung anfechten wollen (Individualbeschwerde). Im Falle der Visana, welche sich teilweise gegen die Departementsverfügung wendet, geht es nicht um ein solches Rechtsverhältnis zwischen Staat und Privaten. Vielmehr liegt ein Aufsichtsrechtsverhältnis vor zwischen dem EDI als Bewilligungsbehörde nach Art. 13 KVG einerseits und der Visana als gesetzlichem Durchführungsorgan nach Art. 11 lit. a in Verbindung mit Art. 12 KVG andererseits. Die Visana tritt somit als vom Gesetz vorgesehenes Durchführungsorgan der obligatorischen Krankenpflege- und der freiwilligen Krankentaggeldversicherung auf, indem sie sich gegen Teile von zu ihren Lasten in dieser Eigenschaft verfügten Anordnungen und Auflagen der Bewilligungsentzugsbehörde wendet. Für solche Streitigkeiten steht grundsätzlich nicht das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren, eröffnet durch die Berechtigung zur Individualbeschwerde nach Art. 103 lit. a OG, zur Verfügung. In diesem Sinne hat das Eidg. Versicherungsgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als unzulässig bezeichnet in einem Fall, wo die Krankenkasse entgegen einer auf Art. 61 Abs. 3 KVG gestützten bundesamtlichen Weisung eine Prämienbefreiung ab dem dritten Kind statuieren wollte (vgl. RKUV 1997 KV Nr. 7 S. 216 ff.). Hingegen können aus der allgemeinen Staatsverwaltung ausgegliederte Körperschaften oder Anstalten (Organe der mittelbaren Staatsverwaltung) die Individualbeschwerde gemäss Art. 103 lit. a OG nach Rechtsprechung und Lehre (BGE 124 II 293 ff. Erw. 3b, 123 V 115 Erw. 5a; *Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., 1983, S. 167 ff.; *Rhinow/Koller/Kiss*, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, Rz 1267 ff. und 1508) u. a. dort in Anspruch nehmen, wo sie von staatlichem Handeln wie ein Privater betroffen sind. Ob dies im Einzelfall zutrifft, beurteilt sich danach, ob das Gesetz dem Durchführungsorgan im fraglichen Regelungsbereich eine Autonomie einräumt oder nicht.

¹ siehe Nr. KV 21 (1998) dieser Sammlung

b) Diese Autonomie ist im vorliegenden Regelungsbereich zu bejahen: Das Krankenversicherungsrecht des Bundes kennt keine Bestimmung, welche einen Versicherer oder eine Krankenkasse (bei Erfüllung der Anerkennungs- oder Bewilligungsvoraussetzungen der Art. 11–13 KVG) verpflichtete, im gesamten schweizerischen Staatsgebiet, somit in allen Kantonen, tätig zu sein. Davon gehen – übereinstimmend und ausdrücklich – das Departement und die Visana aus. Deren Rückzug aus den acht Kantonen erfolgt daher in einem Regelungsbereich, in welchem das Gesetz den Versicherern und Krankenkassen einen Gestaltungs- oder Handlungsspielraum gewährt. Ob es nun zulässig sei, mittels der vom EDI verfügten Anordnungen (gemäss Ziffer 1.1 und Ziffer 1.3 der Verfügung: Bewilligungsentzug auch bezüglich der freiwilligen Taggeldversicherung) und der angeordneten Auflagen (gemäss Ziffer 2.1–2.10 der Departementsverfügung) in den Autonomiebereich der Visana einzugreifen, beschlägt die Frage nach der Beeinträchtigung einer Rechtsposition, die mit einer privaten Betroffenheit gegenüber staatlichem Handeln vergleichbar ist. Aus diesem Grunde ist auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Visana einzutreten (in diesem Sinne auch Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 16. Juli 1998, wonach eine Departementsverfügung über die Verweigerung zur Zulassung als sozialer Krankenversicherer mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Eidg. Versicherungsgericht anfechtbar ist).

3. – a) Wie aus der Präsidialverfügung vom 2. Dezember 1998 hervorgeht, liegen im Streit

- der vom EDI verfügte Entzug der Bewilligung zur Durchführung der freiwilligen Taggeldversicherung ab 1. Januar 1999 und
- die getroffenen Auflagen gemäss Ziff. 2.1, 2.2, 2.3 (soweit die freiwillige Taggeldversicherung betreffend), 2.4, 2.5, 2.6 (eventualiter mit der Präzisierung, dass nur die Zeitschrift «Forum» bis 31. Dezember 1998 kostenlos zur Verfügung zu stellen sei), 2.7 (eventualiter mit der Präzisierung, dass im Falle der Abweisung des Antrages zur Auflage 2.2 die Revision durch die Firma X. im Rahmen der ordentlichen Jahresrevision durchzuführen sei), 2.9 und 2.10 (soweit die freiwillige Taggeldversicherung betreffend).

b) Diese im Streit liegenden verfügten Punkte des Bewilligungsentzuges, an welchen das EDI gemäss seiner Vernehmlassung nach wie vor festhält, sind nachfolgend auf ihre Bundesrechtmässigkeit, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, zu prüfen (Art. 104 lit. a OG). Soweit sich Sachfragen stellen, ist das Eidg. Versicherungsgericht zur Prüfung der Sachverhaltsfeststellung befugt, weil das Departement keine ge-

richtliche Vorinstanz ist. Hingegen scheidet eine gerichtliche Prüfung der getroffenen Anordnungen auf ihre Angemessenheit hin (zum Unterschied gegenüber der Prüfung auf Ermessensmissbrauch oder -überschreitung siehe BGE 114 V 316 Erw. 5a¹ und 116 V 310 Erw. 2 im Vergleich zu BGE 110 V 365) aus, weil es hier nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen geht (Art. 132 OG). Schliesslich ist das Eidg. Versicherungsgericht an die Anträge der Beschwerdeführerin gebunden, kann also insbesondere nicht zu ihrem Nachteil über sie hinausgehen. Das betrifft namentlich die Pflicht zur Ablieferung der in Ziff. 2.2 der Verfügung angeordneten 15% des jeweiligen kantonalen Prämiensolls, handelt es sich doch hierbei nicht um Abgaben im Sinne von Art. 114 Abs. 1 OG.

4. – Zu prüfen ist zunächst, ob das EDI zu Recht den Bewilligungsentzug auf die freiwillige Taggeldversicherung nach den Art. 67–77 KVG erstreckt hat (Dispositiv-Ziff. 1.3 der Departementsverfügung).

a) Schon in der angefochtenen Verfügung hat das EDI Dispositiv-Ziff. 1.3 damit begründet, die Bewilligungserteilung nach Art. 13 Abs. 1 KVG beziehe sich auf die Durchführung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung *und* der freiwilligen Taggeldversicherung nach den Art. 67–77 KVG, weil diese beiden Versicherungssparten gemäss Art. 1 Abs. 1 KVG zusammen die soziale Krankenversicherung bildeten. Die gleiche Betrachtungsweise habe folgerichtig auch beim Bewilligungsentzug nach Art. 13 Abs. 3 KVG zu gelten. In der Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung wird dies mit dem Hinweis verdeutlicht, die freiwillige Taggeldversicherung sei ein «unabdingbarer Bestandteil der sozialen Krankenversicherung», würden doch beide Versicherungsarten «nach dem klaren Wortlaut von Art. 1 KVG eine Einheit bilden»; eine Aufsplitterung des Bewilligungsentzuges auf einzelne Bestandteile der sozialen Krankenversicherung sei gesetzlich nicht vorgesehen, dies im Unterschied zu einer gebietsweisen Beschränkung der Tätigkeit auf einzelne Kantone, wie dies etwa Art. 4 Abs. 2 KVG regle. In der materiellen Vernehmlassung begründet das Departement diese «einheitliche Behandlung der Tätigkeiten» damit, dass «Rosinen picken» verhindert werden soll. So könnte etwa durch den Abschluss von Kollektiv-Taggeldverträgen mit Arbeitgebern ein andauernder Neuzugang an Zusatzversicherten sichergestellt werden. Diese Möglichkeit sei im Geschäftsbereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung infolge des Kollektivvertragsverbotes nicht gegeben. Dass die beiden Versicherungen bei verschiedenen Anbietern abgeschlossen werden können, vermöge hieran nichts zu ändern. Auch diese seien gehalten, beide zur sozialen Krankenversi-

¹ siehe Nr. U 63 (1989) dieser Sammlung

cherung gehörenden Versicherungsarten anzubieten, und verpflichtet, Gesuchsteller aufzunehmen. Die Fortführung des Versichertenbestandes in einer geschlossenen Abteilung habe «zwei gravierende Nachteile»: Zum einen wäre der Anspruch auf Freizügigkeit zu einem späteren Zeitpunkt nicht geregelt; zum andern würden in der geschlossenen Abteilung mit der Zeit infolge Nichterneuerung des Versichertenbestandes und des damit verbundenen Risikoanstiegs die Prämien ansteigen.

b) Die Beschwerdeführerin wendet hiegegen ein, die freiwillige Taggeldversicherung müsse nicht zwingend (und auch nicht beim gleichen Versicherer) abgeschlossen werden, wie dies bei der obligatorischen Krankenversicherung der Fall sei (Art. 67 Abs. 1 und 2 KVG); nach Art. 68 Abs. 2 KVG würden auch Versicherer anerkannt, die nur die freiwillige Taggeldversicherung anbieten. Im Weiteren hätten zwar Personen, welche die Taggeldversicherung wechseln wollten, dem neuen Versicherer gegenüber einen Anspruch auf die Weiterführung der bisherigen Versicherungsdeckung. Es sei aber nicht zu verkennen, dass die neuen Versicherer erfahrungsgemäss die Taggeldversicherung nur mit einem tiefen maximalen Taggeld anbieten und für höhere Leistungen auf die Zusatzversicherung verweisen würden, wo die Prämien risikogerecht abgestuft und Ausschlüsse angebracht werden könnten, womit Art. 70 Abs. 4 KVG unterlaufen würde. Für ein zwingendes Zusammengehören beider Versicherungssparten gebe es keine gesetzliche Grundlage. Dies sei auch sachlich nicht nötig und entspreche nicht den mit der freiwilligen Taggeldversicherung nach KVG verbundenen legislatorischen Absichten (Recht auf Abschluss der Versicherung, zeitliche Beschränkung von Vorbehalten). Die Weiterführung des bisherigen Taggeldversichertenbestandes in geschlossener Abteilung, d. h. ohne Neuaufnahmen, diene dem Schutz dieser versicherten Personen, sei doch deren Risiko, eine entsprechende Versicherungsdeckung anderwärts nicht mehr «zum gleichen Preis» abschliessen zu können, sehr gross.

c) aa) Nach Art. 1 Abs. 1 KVG regelt das Gesetz die soziale Krankenversicherung (erster Satz). Sie umfasst die obligatorische Krankenpflegeversicherung und eine freiwillige Taggeldversicherung (zweiter Satz). Die obligatorische Krankenpflegeversicherung ist im 2. Titel (Art. 3–66 KVG) geregelt, dies in den Kapiteln Versicherungspflicht (Art. 3–10 KVG), Organisation (Art. 11–23 KVG), Leistungen (Art. 24–34 KVG), Leistungserbringer (Art. 35–59 KVG) und dem 5. Kapitel über die Finanzierung (Art. 60–66 KVG). Der 3. Titel über die freiwillige Taggeldversicherung umfasst die Art. 67–77 KVG, bevor dann das Gesetz in den restlichen Titeln die Koordinationsregeln (4.), Verfahren, Rechtspflege, Strafbestimmungen (5.) und die Schlussbestimmungen (6.) regelt. Art. 68 Abs. 3 KVG erklärt die

Art. 11–17 über die Versicherer, also auch den Art. 13 über die Bewilligung, für die Taggeldversicherer als sinngemäss anwendbar.

bb) Schon diese Gesetzssystematik spricht für den vom EDI vertretenen Standpunkt, nicht für die Betrachtungsweise der Visana. Hinzu kommt, dass der für die Taggeldversicherung ausdrücklich als sinngemäss anwendbar erklärte Art. 13 Abs. 1 KVG lautet: Das Departement bewilligt den Versicherungseinrichtungen, welche die Anforderungen dieses Gesetzes erfüllen (Versicherer), die Durchführung der sozialen Krankenversicherung (erster Satz). Auch Abs. 2 spricht von der sozialen Krankenversicherung (lit. a), ebenso Abs. 3, welcher als Gegenstand des Bewilligungsentzuges die Durchführung der sozialen Krankenversicherung bezeichnet. Die Verwendung des Oberbegriffes der sozialen Krankenversicherung (obligatorische Krankenpflege- und freiwillige Taggeldversicherung) findet in weiteren Bestimmungen des Gesetzes ihre Entsprechung, z. B. bei der Begriffsumschreibung der Krankenkassen, wo wiederum auf die soziale Krankenversicherung Bezug genommen wird, und nicht auf die eine oder andere der beiden Sparten der sozialen Krankenversicherung (Art. 12 Abs. 1 KVG). Dass sich bei den übrigen Versicherern, also den privaten Versicherungseinrichtungen im Sinne von Art. 11 lit. b KVG, keine analoge Bestimmung findet, versteht sich aus systematischen Gründen von selbst, unterliegen doch die privaten Versicherer dem KVG nur insofern, als sie obligatorische Krankenpflegeversicherung nach den Art. 3 ff. betreiben (vgl. Ingress zu Art. 11 KVG: «Die obligatorische Krankenpflegeversicherung wird betrieben durch: [. . .]»).

cc) Wortlaut und Systematik sprechen daher eindeutig für die vom EDI vertretene Auffassung, wogegen die Hinweise der beschwerdeführenden Kasse auf Art. 67 Abs. 1 und 2 sowie Art. 68 KVG nicht durchzudringen vermögen. Insbesondere Art. 68 Abs. 2 KVG regelt einzig den Spezialfall der Betriebs- oder Verbandskrankenkassen. Wenn sodann Art. 67 Abs. 2 KVG erlaubt, für die freiwillige Taggeldversicherung einen anderen Versicherer zu wählen als denjenigen für die obligatorische Krankenpflegeversicherung, so präjudiziert dies keineswegs die Antwort auf die hier allein streitige Frage, ob es zulässig sei, dass sich eine Krankenkasse (in einzelnen Kantonen) auf die Durchführung der freiwilligen Taggeldversicherung beschränken will. Gegenteil ist die Anerkennungsvoraussetzung nach Art. 13 Abs. 2 lit. d KVG gebührend zu würdigen, wonach die Versicherer «auch» die Einzeltaggeldversicherung nach diesem Gesetz durchführen müssen. Dieser Wortlaut zeigt klar, dass die freiwillige Taggeldversicherung ein Akzessorium der obligatorischen Krankenpflegeversicherung darstellt, hinsichtlich dessen die Versicherer alle gesetzlich angeordneten Pflichten tref-

fen (insbesondere die gesetzliche Kontrahierungspflicht nach Art. 68 Abs. 1 KVG). Umgekehrt nun das Akzessorium der (im Übrigen dann noch in geschlossener Abteilung geführten) freiwilligen Taggeldversicherung zur einzigen Aktivität der Kasse im Rahmen der sozialen Krankenversicherung machen zu wollen, entspricht nicht den Regelungsabsichten des Gesetzgebers, wie sie in der Gesetzeskonzeption ihren Niederschlag gefunden haben.

dd) Soweit die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sich gegen Dispositiv-Ziff. 1.1 und 1.3 der Departementsverfügung betreffend die freiwillige Taggeldversicherung richtet, ist sie somit unbegründet. Damit sind auch die Anträge der beschwerdeführenden Kasse zu Dispositiv-Ziff. 2.3 (Anpassung der Reglemente) und 2.10 (Meldepflicht), welche laut Rechtsbegehren nur bezüglich der freiwilligen Taggeldversicherung angefochten waren, ohne weiteres abzuweisen. Die Visana wird daher auch im Bereich der freiwilligen Taggeldversicherung ihre Bestimmungen über das Tätigkeitsgebiet anzupassen und die angeordneten Meldepflichten zu erfüllen haben. In zeitlicher Hinsicht wird das EDI unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Visana betreffend den Entzug der Bewilligung zur Durchführung der freiwilligen Taggeldversicherung aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, die betreffenden Versicherungsverhältnisse in diesem Bereich somit bisher noch nicht aufgehoben worden sind, neu zu verfügen haben.

5. – Zu prüfen ist weiter die verfügte Sperrfrist von zehn Jahren, wonach der Visana vor dem 1. Januar 2009 keine neue Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung in den acht Kantonen erteilt wird (Dispositiv-Ziff. 2.1).

a) Nach Art. 13 Abs. 3 KVG entzieht das Departement einem Versicherer die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung, wenn er (1) darum ersucht oder (2) die gesetzlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt (erster Satz).

Nach dem Gesagten steht fest, dass die Voraussetzung (1) zum Entzug der Durchführungsbewilligung erfüllt ist: In Bezug auf die obligatorische Krankenpflegeversicherung Voraussetzung (1), weil die Visana darum ersucht hat, welcher Entzug sich entsprechend den vorstehenden Darlegungen auch auf die freiwillige Taggeldversicherung erstreckt.

Nun schweigt sich das Gesetz, seinem Wortlaut nach, darüber aus, ob es zulässig sei, den Bewilligungsentzug, wie verfügt, zum Voraus für eine feste Zeit auszusprechen.

b) Die beschwerdeführende Kasse bestreitet, dass für eine belastende Auflage, wie sie die zehnjährige Sperrfrist darstelle, eine gesetzliche Grund-

lage bestehe. Sie erfülle die Voraussetzungen nach wie vor und hätte deshalb gegebenenfalls Anspruch auf eine Bewilligungserteilung. Sofern sie sich nicht gesetzmässig verhalte, könne das BSV auf dem Aufsichtsweg mit Hilfe von Weisungen (Art. 21 Abs. 4 KVG) korrigierend eingreifen. Auf Erfahrungswerte lasse sich die Dauer der zehnjährigen Sperrfrist nicht abstützen. In den ersten Gesprächen mit dem BSV sei von einer Sperrfrist zwischen drei bis fünf Jahren die Rede gewesen. Dass die Sperrfrist dann, nachdem das BSV die Vertreter der acht Kantone und des Konkordats der schweizerischen Krankenversicherer, d. h. der Konkurrenz, empfangen habe, auf zehn Jahre festgelegt worden sei, erhärte den Verdacht, dass hier auf Druck von aussen entschieden worden sei. Der Vorwurf rechtsmissbräuchlichen Verhaltens an die Visana (Verwendung des Rückzuges dazu, um schlechte Risiken an die Konkurrenz abzugeben, nachher wieder am Markt aufzutreten und gute Risiken zu akquirieren) gehe an der Sache vorbei, bestehe doch auf Grund der gesetzlichen Aufnahmeverpflichtung gar keine Möglichkeit, unter den Bewerbern auszuwählen. Im Übrigen sei die Dauer der Sperrfrist unangemessen lang.

c) aa) Mit dieser Kritik an der durch das EDI verfügten Sperrfrist dringt die Visana weder im Grundsatz noch im Masslichen durch. Zwar ist ihr durchaus zuzugestehen, dass Art. 13 Abs. 3 KVG sich darüber ausschweigt, in welchem zeitlichen Rahmen ein Entzug der Durchführungsbewilligung (*Eugster*, Krankenversicherungsrecht, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Rz 52 ff.) zu verfügen ist. Die Antwort ergibt sich aber aus dem Regelungsgehalt dieser Bestimmung: Dort, wo die Krankenkasse die gesetzlichen Voraussetzungen nicht (mehr) erfüllt (Variante 2), ist der Bewilligungsentzug mindestens so lange aufrechtzuerhalten, als dies zutrifft. Bei dieser Variante des Bewilligungsentzuges wird ein neues Gesuch um Erteilung der Durchführungsbewilligung mit Aussicht auf Erfolg somit erst gestellt werden können, wenn die Krankenkasse Abhilfe geschaffen und den gesetzmässigen Zustand wiederhergestellt hat, d. h. sich nunmehr darüber auszuweisen vermag, dass sie die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Bei dieser Variante des Bewilligungsentzuges wäre die Anordnung einer Sperrfrist in der Tat problematisch, weil das Departement nicht zum Voraus wissen kann, ob und bejahendenfalls ab welchem Zeitpunkt die Krankenkasse durch entsprechende Dispositionen die Voraussetzungen zur Wiedererteilung der Durchführungsbewilligung schafft.

bb) Bei der hier vorliegenden Variante (1) des Bewilligungsentzuges auf Gesuch der anerkannten Krankenkasse hin («wenn er [der Versicherer] darum ersucht»), verhält es sich grundlegend anders. Diese Art des Bewilligungsentzuges, welche sich allein auf das Ersuchen der Krankenkasse

stützt, ist ja nicht daran gebunden, dass die Durchführungsvoraussetzungen nach Art. 13 Abs. 2 lit. a–e KVG nicht (mehr) erfüllt sind. Mit anderen Worten ist es allein die Erklärung der Krankenkasse, sie ersuche um Entzug der Durchführungsbewilligung, welche diese Rechtsfolge eintreten lässt. Bei dieser Variante des Bewilligungsentzuges ist es durchaus zulässig, ja geboten, dass das Departement den Motiven Beachtung schenkt, welche dem Ersuchen der Kasse um Entzug der Durchführungsbewilligung zu Grunde liegen. Diese liegen im Falle der Visana auf der Hand: Ihre Versichertenstruktur wies in den acht Kantonen eine dermassen ungünstige Risikoselektion auf, dass für eine kostendeckende Versicherungsdurchführung massivste Prämien erhöhungen erforderlich gewesen wären, mit denen die Visana gegenüber ihren Mitkonkurrentinnen im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nicht mehr hätte mithalten können. Die Visana stand somit unternehmerisch vor zwei möglichen Entscheidungen: Entweder kostengebotene Heraufsetzung der Prämien und damit – unter dem Vorbehalt, dass die stark erhöhten Prämien vom BSV überhaupt genehmigt worden wären – Inkaufnahme einer Massenabwanderung von Versicherten in den acht Kantonen zu den anderen Kassen. Oder der vom Departement bewilligte Teilrückzug, welcher darin besteht, sich in den acht Kantonen aus der sozialen Krankenversicherung zurückzuziehen, was die zurückbleibenden Versicherten zwingt, zu einem andern die obligatorische Krankenpflegeversicherung im Kanton noch durchführenden Versicherer zu ziehen (oder einem solchen zugewiesen zu werden). Werden diese Zusammenhänge erkannt, kann es keinesfalls in das Belieben der Visana gestellt werden, schon nach kurzer Zeit auf von ihr zu Lasten des KVG-Systems bereinigter Grundlage wieder die obligatorische Krankenpflegeversicherung anzubieten. Dass die Visana bei Gelegenheit einer solchen «zweiten Runde» allfällige schlechte Risiken wieder aufnehmen müsste, ändert nichts daran, dass sie sich eines über Jahre hinweg angesammelten, bei ihr konzentrierten risikomässig ungünstigen Versichertenbestandes zu Lasten der Versicherten und der anderen Versicherer entledigen konnte. Das ist ein gegen die Intentionen des Gesetzes gerichtetes Verhalten, dem nur mit einem auf gewisse Dauer angelegten Bewilligungsentzug begegnet werden kann.

cc) Es entspricht daher nicht dem Wortlaut, wohl aber dem mit Art. 13 Abs. 3 KVG anvisierten Regelungsziel, dass ein Versicherer dort, wo er auf sein Gesuch hin das Bewilligungsentzugsverfahren auslöst, für eine bestimmte Zeit von der Durchführung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung ausgeschlossen werden kann. Was die Dauer als solche anbelangt (zehn Jahre), vermögen sämtliche Einwendungen der Visana die verfügte Sperrfrist vielleicht als lang, allenfalls als unangemessen lang, keinesfalls

aber als ermessensmissbräuchlich erscheinen zu lassen, mit welcher Form der rechtsfehlerhaften Ermessensausübung die Beschwerdeführerin im Lichte der hier gegebenen Kognition (Erw. 3b hievor) einzig zu hören ist.

6. – Zu prüfen ist sodann die Rechtmässigkeit von Dispositiv-Ziff. 2.2 der Departementsverfügung. Danach hat die Visana für alle vom Entzug der Bewilligung betroffenen Versicherten, welche am 31. Dezember 1998 bei ihr versichert sind, den Betrag, der den gesetzlichen Reserven gemäss Art. 78 Abs. 4 KVV per 31. Dezember 1998 entspricht, an die Gemeinsame Einrichtung KVG zu bezahlen, welche den Betrag gemäss Weisung der Aufsichtsbehörde verwendet. Dieses Betreffnis entspricht 15% des jeweiligen kantonalen Prämiensolls.

a) Diese Auflage hat das EDI in der angefochtenen Verfügung wie folgt begründet:

«Im vorliegenden Zusammenhang ist von Bedeutung, dass kein freiwilliger Kassenwechsel der Versicherten vorliegt, wenn diese in den acht Kantonen die Visana infolge deren Aufgabe der Tätigkeit verlassen müssen. Vielmehr werden die Versicherten mit dem Rückzug der Visana aus den acht Kantonen zu einem Kassenwechsel gezwungen. Die anderen Versicherer werden verpflichtet, über 100 000 Versicherte aufzunehmen, welche zuvor bei der Visana versichert waren. Die Pflicht, diesen Versicherten Versicherungsschutz zu gewähren, besteht von Gesetzes wegen und ungeachtet dessen, ob nun ein Anteil an den Gesamtreserven der Visana auf die übernehmenden Kassen weitergegeben wird oder nicht und diese damit im Markt besser, schlechter oder gleich gestellt werden wie bisher. Die Versicherer können die Aufnahme der bisherigen Visana-Versicherten nicht davon abhängig machen, dass diese beim Wechsel Reserven der Visana mitgegeben werden.

Die Mittel der sozialen Krankenversicherung dürfen aber nur zu deren Zwecken verwendet werden (Art. 13 Abs. 2 Bst. a KVG). Dieses Zweckverwendungs-Gebot schliesst ein, dass bei der Verwendung die Ziele des KVG nicht verletzt werden. Wie oben erwähnt, ist ein Ziel des KVG, dass Marktmechanismen nicht verfälscht werden.

Wenn die Visana nicht fusioniert und sich nur aus einem Teil des bisherigen Tätigkeitsgebietes zurückzieht, so muss demnach auch in Bezug auf die Verwendung der Reserven sichergestellt sein, dass das gewählte Vorgehen mit den Zielen des KVG in Einklang steht. Wenn nun aber die in den acht Kantonen verbleibenden Versicherer verpflichtet sind, die 100 000 Versicherten der Visana zu übernehmen, kann dies sowohl in

den acht Kantonen wie auch in den übrigen Kantonen zu Marktverfälschungen führen, indem die zur Übernahme verpflichteten Kassen zusätzlich belastet und andererseits die Visana in ihrem Resttätigkeitsgebiet ungerechtfertigterweise entlastet würde. Diese Möglichkeit ist umso wahrscheinlicher, als die Visana in den betreffenden Kantonen insbesondere eine ungünstige Altersstruktur aufweist. Darum ist vorliegend im Sinne des gesetzlichen Zweckverwendungsgebotes und in Anlehnung an die Regelung in Art. 99 KVG vorzusehen, dass die Visana für alle vom Entzug der Bewilligung betroffenen Versicherten einen Betrag bezahlt, der den gesetzlichen Reserven gemäss Art. 78 Abs. 4 KVV entspricht.»

b) Diese in der materiellen Vernehmlassung noch näher begründete Auffassung des Departementes wird von der Visana zu Recht als gesetzwidrig gerügt. Auszugehen ist dabei vom Grundsatz, dass auch das Aufsichtsrecht, namentlich bei der Anordnung von Auflagen, vom Legalitätsprinzip beherrscht ist (*Mastronardi*, Grundbegriffe und allgemeine Grundsätze der Verwaltungsorganisation, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Rz 20 f.; *Häfelin/Müller*, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, S. 186 N 733; *Imboden/Rhinow*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, S. 354, Nr. 59 B II a; *Grisel*, Traité de droit administratif, Bd. I, S. 408).

aa) Fest steht, dass die Norm, welche den Bewilligungsentzug regelt (Art. 13 KVG), keine Grundlage für eine solche Verpflichtung enthält.

bb) Zweitens ergibt sich keine entsprechende Befugnis des Departements aus dem Aufsichtsrecht (Art. 21 KVG). Denn von Massnahmen zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes (Art. 21 Abs. 5 lit. a KVG) kann hier nicht die Rede sein, weil die Visana keine gesetzlichen Vorschriften missachtet hat.

cc) Die Anforderungen an und die Eingriffe in den Finanzhaushalt der Kasse sind in den Art. 60 KVG und Art. 78–88 KVV abschliessend geregelt. Keine dieser Bestimmungen sieht eine entsprechende Verpflichtung der Beschwerdeführerin vor.

dd) Schliesslich lässt sich eine solche Verpflichtung auch nicht, in Ergänzung des Gesetzes, aus allgemeinen Überlegungen zum Finanzierungsverfahren der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erreichen. Der Gedanke, die Kasse müsse jedem (erzwungenermassen) austretenden Versicherten eine Reserve mitgeben, widerspricht diametral den Grundsätzen des Umlageverfahrens; denn es werden für und bezogen auf die einzelnen

Versicherten keine Reserven gebildet (Art. 60 Abs. 1 KVG). Die gesetzliche Verpflichtung, ausreichende Reserven in Form von Schwankungs- und Reservefonds sowie Rückstellungen in verordnungsmässig näher umschriebener Weise (Art. 78 KVV) zu äufnen, dient dazu, die Zahlungsfähigkeit der Kasse für den Fall sicherzustellen, dass die laufenden Einnahmen die laufenden Ausgaben nicht decken. Sie kann so wenig wie die übergangsrechtliche Bestimmung des Art. 99 KVG als Grundlage herangezogen werden, um die weiter bestehende Kasse zu einer Zwangsabgabe zu verpflichten, die im Gesetz nicht vorgesehen ist. Dispositiv-Ziff. 2.2 der Verfügung des EDI ist demnach bundesrechtswidrig (Erw. 3b hievore).

7. – Bei diesem Verfahrensausgang sind die nachfolgenden Auflagen der Dispositiv-Ziff. 2.3 bis 2.10, soweit angefochten, ohne weiteres zu bestätigen, weil sie sich darauf beschränken, die ordnungsmässige Vollziehung des Rückzuges der Visana aus den acht Kantonen sicherzustellen, dies mit folgenden Ausnahmen und Präzisierungen:

a) Die Anordnung in Dispositiv-Ziff. 2.4 betreffend Vermittlungsverbot bis 31. Dezember 1998 ist durch Zeitablauf gegenstandslos geworden.

b) Soweit sich Dispositiv-Ziff. 2.7 auf die Berechnung der Reservezahlungen an die gemeinsame Einrichtung KVG bezieht, ist diese Auflage ohne weiteres aufzuheben, nachdem eine solche Pflicht der beschwerdeführenden Visana nicht besteht.

8. – a) In dem mit Urteil vom 2. Dezember 1998 (BGE 124 V 393)¹ abgeschlossenen Verfahren stellten die drei Krankenkassen CSS Versicherung, SWICA Gesundheitsorganisation und Helsana Versicherungen AG den – nicht näher begründeten – Eventualantrag auf Beiladung in das vorliegende Beschwerdeverfahren. Mit Eingabe vom 11. Januar 1999 beantragten ferner der Kanton Thurgau sowie die anderen sieben vom Rückzug der Visana betroffenen Kantone, sie seien als Verfahrensbeteiligte zum vorliegenden Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren zuzulassen. Zur Begründung wird im Wesentlichen geltend gemacht, die Kantone seien vom Entscheid unmittelbar betroffen, da sie die Einhaltung der Versicherungspflicht zu kontrollieren und durchzusetzen hätten. Ferner trügen die Kantone die Hauptverantwortung für die lückenlose Übertragung von rund 100 000 Versicherungsverhältnissen von der Visana auf andere Kassen.

b) Angesichts des weiten Parteibegriffs ist das Institut der Intervention (vgl. Art. 15 BZP) – worunter der Eintritt interessierter Dritter in den Pro-

¹ siehe Nr. KV 61 (1999) dieser Sammlung

zess zu verstehen ist – im Verwaltungsrechtspflegeverfahren des Bundes überflüssig und daher nicht vorgesehen (*Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., S. 183; *Kölz/Häner*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 190 N 526; *Saladin*, Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, S. 187). Hingegen sieht Art. 110 Abs. 1 OG vor, dass der Schriftenwechsel auf andere «Beteiligte» ausgedehnt werden kann. Eine Pflicht zur Beiladung oder als Korrelat dazu ein Anspruch auf Beiladung besteht jedoch nicht. Vielmehr entscheidet das Gericht, wer als Beteiligter in den Schriftenwechsel einbezogen wird (*Kölz/Häner*, a. a. O., S. 346 N 979). Der Einbezug «Beteiligter» in den Schriftenwechsel hat den Sinn, die Rechtskraft des Urteils auf den Beigeladenen auszudehnen, sodass dieser in einem später gegen ihn gerichteten Prozess dieses Urteil gegen sich gelten lassen muss. Das Interesse an einer Beiladung ist rechtlicher Natur. Es muss eine Rückwirkung auf eine Rechtsbeziehung zwischen der Hauptpartei und dem Mitinteressierten in Aussicht stehen (*Gygi*, a. a. O., S. 183 f.; *Kölz/Häner*, a. a. O., S. 191 N 528; in diesem Sinne auch unveröffentlichte Urteile K. vom 12. Januar 1993 und M. vom 13. März 1986).

c) Im Lichte dieser grundsätzlichen Überlegungen zu Bedeutung und Tragweite von Art. 110 Abs. 1 OG sind die Beiladungsbegehren sowohl der drei Krankenversicherer als auch der acht Kantone ohne weiteres abzulehnen. Denn eine rechtlich relevante Rückwirkung des vorliegenden Prozessausgangs auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien und den drei Krankenversicherern sowie den acht Kantonen in dem Sinne, dass auch auf diese die Rechtskraft des heutigen Urteils auszudehnen wäre, steht nicht in Frage.

f **Fristenstillstand im Einspracheverfahren,**
n **Verletzung der Aktenführungspflicht**
I **U 336 Urteil des EVG vom 27. November 1998**
A **i. Sa. X. M.**

Fristenstillstand im Einspracheverfahren
(Art. 68 Abs. 1, Art. 105 Abs. 1 UVG):

Frage offengelassen, ob der in Art. 22a VwVG geregelte Fristenstillstand auf die Frist zur Einsprache gegen Verfügungen, die von einem nach Art. 68 Abs. 1 UVG zugelassenen Versicherer stammen, anwendbar ist (Erw. 2).

Verletzung der Aktenführungspflicht (Art. 4 BV):

Nimmt ein Versicherer einen Briefumschlag in Verletzung der Aktenführungspflicht nicht zu den Akten, so hat eine allfällige Beweislosigkeit der Rechtzeitigkeit nicht der Einsprecher zu tragen (Erw. 3).

Suspension du délai dans la procédure d'opposition
(art. 68 al. 1, art. 105 al. 1 LAA):

Le point de savoir si les règles sur les fêtes prévues à l'art. 22a PA s'appliquent aussi au délai pour former opposition contre des décisions rendues par un assureur autorisé au sens de l'art. 68 al. 1 LAA peut rester indécis (cons. 2).

Violation de l'obligation de constituer un dossier (art. 4 cst.):

Lorsqu'un assureur, en violation des règles sur l'obligation de constituer un dossier, ne verse pas une enveloppe dans celui-ci, l'opposant n'a pas à supporter les conséquences d'une absence éventuelle de preuve en ce qui concerne la sauvegarde d'un délai (cons. 3).

Sospensione dei termini nella procedura d'opposizione
(art. 68 cpv. 1, art. 105 cpv. 1 LAINF):

Lasciata insoluta la questione di sapere se le regole in materia di sospensione dei termini di cui all'art. 22a PA si applichino al termine per interporre opposizione avverso le decisioni rese da un assicuratore autorizzato ai sensi dell'art. 68 cpv. 1 LAINF (cons. 2).

Violazione del dovere di tenere gli atti (art. 4 Cost.):

Qualora un assicuratore, in violazione delle regole sull'obbligo di costituire un incarto, non versi una busta agli atti, l'opponente non deve sopportare le conseguenze di un'eventuale mancanza di prove per quanto concerne la tempestività (cons. 3).

Auszug aus den Erwägungen:

...

2. – a) Die Verfügung des Unfallversicherers Y. (Beschwerdegegner) vom 29. Juli 1996 ist X. M. (Beschwerdeführer) am 31. Juli 1996 zugestellt worden. Die Einsprachefrist von 30 Tagen gemäss Art. 105 Abs. 1 UVG lief am Freitag 30. August 1996 ab. Fände der in Art. 22a VwVG geregelte Fristenstillstand auf Verfügungen eines gestützt auf Art. 68 Abs. 1 UVG zugelassenen Versicherers Anwendung, wäre die am 2. September 1996 beim Unfallversicherer Y. eingegangene (vom 30. August 1996 datierte) Einsprache ohne weiteres als rechtzeitig zu betrachten.

b) Indessen hat die Vorinstanz die Anwendung von Art. 22a VwVG auf Einspracheverfahren von nach Art. 68 Abs. 1 UVG zugelassenen Versicherern verneint. Dieser Schluss ergibt sich aus der – im Gegensatz zur Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) – nicht erfolgten Unterstellung der übrigen registrierten Versicherer unter das VwVG (Art. 96 UVG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 lit. e und Art. 3 lit. a VwVG; BGE 115 V 299 Erw. 2b; vgl. auch RKUV 1994 Nr. U 194 S. 209). Diese Nichtanwendbarkeit von Art. 22a VwVG entspricht der in verschiedenen Sozialversicherungszweigen herrschenden Rechtslage, wo es eidgenössische, kantonale oder private Durchführungsstellen gibt, auf welche das VwVG, kantonales Verwaltungsverfahrenrecht oder lediglich die allgemeinen Verfahrensgrundsätze gemäss Art. 4 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK anwendbar sind (*Meyer-Blaser*, Die Rechtspflege in der Sozialversicherung, in: BJM 1989 S. 21 f.). Was den Bereich der Unfallversicherung angeht, hat der Gesetzgeber in Art. 96 UVG die Verfahrensbestimmungen des UVG auch für diejenigen Versicherer anwendbar erklärt, die nicht dem VwVG unterstehen. In den folgenden Artikeln (Art. 97 ff.) hat der Gesetzgeber einen Mindeststandard aufgestellt, z. B. in Art. 97 Abs. 1 UVG (Fristwahrung), Art. 97 Abs. 2 UVG (Fristwiederherstellung), Art. 99 UVG (Verfügung) und Art. 105 Abs. 1 UVG (30-tägige Einsprachefrist), welche für alle Versicherer – SUVA und übrige registrierte Unfallversicherer – gelten. Gerade keinen solchen Mindeststandard hat der Gesetzgeber jedoch für den Fristenstillstand aufgestellt, was im übrigen mit der Rechtslage hinsichtlich des kantonalen Beschwerdeverfahrens übereinstimmt: Hier ist die Regelung des Fristenstillstandes den Kantonen überlassen, was zur Folge hat, dass eine Partei im kantonalen Gerichtsverfahren, je nach örtlichem Gerichtsstand, vom Fristenstillstand profitieren kann oder nicht. Dementsprechend hat das Eidgenössische Versicherungsgericht Art. 22a VwVG auf die kantonalen Beschwerdeverfahren als nicht anwendbar erklärt (BGE 116 V 265; RKUV 1994 Nr. U

194 S. 208; für den Bereich der Krankenversicherung [Art. 86 Abs. 1 KVG] Urteil C. vom 9. April 1998).

Diese Rechtslage ist unter dem Gesichtswinkel der verfassungsmässigen Rechtsgleichheit (Art. 4 Abs. 1 BV) als äusserst unbefriedigend zu bezeichnen. Es liesse sich eine harmonisierende Anwendung von Art. 22a VwVG in Erwägung ziehen, wie dies die Rechtsprechung z. B. bei der analogen Anwendung von Art. 97 Abs. 2 AHVG im Bereich der Krankenversicherung (RSKV 1981 Nr. 445 S. 80 f. Erw. 2) und der Arbeitslosenversicherung (BGE 124 V 86 Erw. 3b) getan hat. Zu denken ist auch an Art. 1 Abs. 3 VwVG, dessen Wortlaut das Gericht nicht gehindert hat, den Kreis der für die kantonalen Beschwerdebehörden massgeblichen Verfahrensregeln des Bundesrechts auf die Art. 5, 33 und 45 VwVG auszudehnen, obwohl diese Bestimmungen in Art. 1 Abs. 3 VwVG nicht enthalten sind (BGE 96 V 142 Erw. 1; vgl. auch betreffend Art. 35 OG und Art. 24 VwVG ARV 1991 Nr. 17 S. 124 Erw. 2a mit Hinweisen). Das Bedürfnis nach einer harmonisierenden Gesetzesauslegung ist im vorliegenden Regelungszusammenhang insofern von besonderer Bedeutung, als die Anwendbarkeit des Fristenstillstandes nach Art. 22a VwVG ausschliesslich vom Umstand abhängig gemacht wird, welcher Unfallversicherer die mit Einsprache anfechtbare Verfügung erlassen hat. Dies erscheint um so bedenklicher, als der Gesetzgeber sonst mit dem Erlass der Verfahrensvorschriften nach Art. 96 ff. UVG die Gleichbehandlung der Versicherten erreichen wollte (Botschaft des Bundesrates vom 18. August 1976, BBl 1976 III S. 222; im gleichen Sinne *Ghélew/Ramelet/Ritter*, *Commentaire de la loi sur l'assurance-accidents [LAA]*, S. 264). Eine unterschiedliche Anwendung der Fristenstillstandsregelung nach Art. 22a VwVG je nachdem, gegen welchen Unfallversicherer sich die Einsprache richtet, verträgt sich nicht mit dem Gebot rechtsgleicher Behandlung, weil eine sachliche Begründung für die getroffene Unterscheidung nicht ersichtlich ist (BGE 124 I 172 f. Erw. 2e mit Hinweisen).

Die Frage der Anwendbarkeit von Art. 22a VwVG kann jedoch im vorliegenden Fall offenbleiben, weil sich die Rechtzeitigkeit der vom Unfallversicherer Y. erhobenen Einsprache aus den nachfolgenden Gründen ergibt.

3. – a) Die Einsprache trägt das Datum des 30. August 1996 und ist nach den Angaben des Rechtsvertreters von X.M. am gleichen Tag uneingeschrieben der Post übergeben worden. Am darauffolgenden Montag, dem 2. September 1996, ist die Einsprache beim Unfallversicherer Y. eingegangen, da darauf der Eingangsstempel vom 2. September 1996 angebracht ist. Der zur Einsprache gehörige Briefumschlag ist nicht in den Akten und nicht

mehr auffindbar. Der Unfallversicherer Y. und die Vorinstanz vertreten nun die Auffassung, angesichts des Grundsatzes, wonach die Rechtzeitigkeit eines Rechtsmittels mit Gewissheit feststehen müsse (BGE 119 V 7), könne X. M. nicht beweisen, dass er die Einsprache am letzten Tag der Frist, Freitag, den 30. August 1996, der Post übergeben habe.

b) Der Standpunkt des Unfallversicherers Y. und der Vorinstanz geht fehl. Gemäss Art. 4 BV hat der Betroffene das Recht, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (statt vieler BGE 124 I 51 Erw. 3a, 123 I 66 Erw. 2a, 123 II 183 f. Erw. 6c, 122 V 158 Erw. 1a, 121 V 152 Erw. 4a, je mit Hinweisen). In diesem Sinne hat der Rechtsuchende u. a. Anspruch darauf, die aus dem Poststempel folgende Vermutung verspäteter Postaufgabe mit allen tauglichen Beweismitteln zu widerlegen, insbesondere auch durch Zeugen (BGE 115 Ia 12 oben mit Hinweis). Gegenstück dieses aus Art. 4 BV fliessenden Akteneinsichts- und Beweisführungsrechts ist die Aktenführungspflicht von Verwaltung und Behörden. Danach hat eine Behörde alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört (BGE 115 Ia 99 Erw. 4c). Dazu zählen in einem Einsprache- oder Beschwerdeverfahren aber auch die vollständigen Briefumschläge, die rechtserhebliche Aktenstücke enthalten haben (nicht veröffentlichtes Urteil M. vom 10. November 1993). Einem Briefumschlag kann unter Umständen eine entscheidende Bedeutung zukommen, nicht nur hinsichtlich der Rechtzeitigkeit, sondern etwa auch, wenn eine Beschwerdeschrift nicht unterzeichnet, der Briefumschlag jedoch mit der Unterschrift des Beschwerdeführers versehen ist (vgl. BGE 108 Ia 291 Erw. 2, 106 IV 67 Erw. 1 und ZAK 1985 S. 529). Wird bei rechtserheblichen Aktenstücken der Briefumschlag nicht oder nur zum Teil zu den Akten genommen, können möglicherweise wichtige Tatsachen nachträglich nicht mehr bewiesen werden. Dies zeigt gerade der vorliegende Fall, in welchem der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers X. M. geltend macht, er habe die am 30. August 1996 datierte Eingabe noch gleichentags der Post übergeben. Es geht nun nicht an, in Verletzung der aufgrund von Art. 4 BV bestehenden Aktenführungspflicht den Briefumschlag nicht zu den Akten zu nehmen und hernach dem Beschwerdeführer entgegenzuhalten, er könne den Beweis für die Rechtzeitigkeit der Postaufgabe nicht erbringen. Dieses Verhalten, welches das Beweisführungsrecht nach Art. 4 BV verunmöglicht, widerspricht auch dem Grundsatz von Treu und Glauben im Prozess. Daraus folgt, dass

der Beschwerdeführer die Nachteile der von ihm nicht verschuldeten Beweislosigkeit nicht zu tragen und die Einsprache vom 30. August 1996 als rechtzeitig zu gelten hat.

Verletzung des rechtlichen Gehörs

U 337 Urteil des EVG vom 28. Dezember 1998 i. Sa. B. I.

Verletzung des rechtlichen Gehörs

(Art. 4 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK):

Werden entscheidungswesentliche Punkte einer Parteiverhandlung nicht in einem Verhandlungsprotokoll festgehalten, stellt dies eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar (Erw. 4b).

Violation du droit d'être entendu (art. 4 al. 1 cst.; art. 6 ch. 1 CEDH):

Ne pas consigner dans le procès-verbal des éléments d'une audience judiciaire qui sont essentiels à la prise de décision constitue une violation du droit d'être entendu (cons. 4b).

Violazione del diritto di essere ascoltato

(art. 4 cpv. 1 Cost.; art. 6 n. 1 CEDU):

Se passaggi decisivi di un dibattito giudiziario non vengono messi a verbale, si è in presenza di violazione del diritto di essere ascoltati (cons. 4b).

Auszug aus den Erwägungen:

...

2. – Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör im kantonalen Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren bestimmt sich in erster Linie nach den anwendbaren Verfahrensvorschriften des Bundes und des Kantons.

Für das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren in Streitigkeiten aus dem Bereich der obligatorischen Unfallversicherung schreibt Art. 108 Abs. 1 UVG vor, dass die Kantone das Verfahren regeln, welches den in lit. a bis i der Bestimmung genannten Anforderungen zu genügen hat. Bundesrechtliche Anforderungen hinsichtlich der hier streitigen Protokollierungspflicht lassen sich daraus nicht ableiten. Auch dem anwendbaren kantonalen Verfahrensrecht (Gesetz vom 16. Mai 1965 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons St. Gallen) lassen sich diesbezüglich keine näheren Vorschriften entnehmen. Zu prüfen ist daher lediglich, inwieweit sich eine Pflicht zur Protokollführung aus Art. 4 BV, allenfalls auch aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK ergibt.

3. – a) Es entspricht einem aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleiteten allgemeinen Verfahrensgrundsatz, dass entscheidungsrelevante Tatsachen und Ergebnisse schriftlich festzuhalten sind (vgl. *Rolf Tinner*, Das rechtliche Gehör, in: ZSR 83/1964 II S. 346 ff., insbesondere S. 357 f.). Dazu

gehört auch die Pflicht zur Protokollführung über entscheidungswesentliche Abklärungen, Zeugeneinvernahmen und Verhandlungen im Rechtsmittelverfahren. In der Literatur wird diese Pflicht teils unmittelbar aus dem Grundgedanken des rechtlichen Gehörs abgeleitet (*Jörg Paul Müller*, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 1991, S. 282), teils wird sie aus dem Akteneinsichtsrecht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör hergeleitet in der Meinung, dass vom Akteneinsichtsrecht nur dann ordnungsgemäss Gebrauch gemacht werden kann, wenn über alle relevanten Vorkommnisse Akten erstellt werden (*Georg Müller*, in: Kommentar BV, N 111 zu Art. 4 BV; *Kölz/Häner*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, S. 108 Rz 297).

b) Das Schweizerische Bundesgericht hat in einem älteren Entscheid eine allgemeine Protokollierungspflicht für das Verwaltungsverfahren verneint (BGE 74 I 10). In BGE 106 Ia 73 hat es entschieden, dass die wesentlichen Ergebnisse eines Augenscheins in einem Protokoll, Aktenvermerk oder wenigstens in den Erwägungen des Entscheids klar festzuhalten sind. Im Übrigen hat es die Protokollierungspflicht von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig gemacht.

4. – a) Was die hier streitige Protokollierung einer Gerichtsverhandlung betrifft, erschöpft sich der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht darin, dass sich die Parteien zur Sache äussern und Beweisanträge stellen können. Das rechtliche Gehör ist nur dann gewahrt, wenn das Gericht die Ausführungen und Eingaben auch tatsächlich zur Kenntnis nimmt und pflichtgemäss würdigt (vgl. *Ruth Herzog*, Art. 6 EMRK, und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Diss. Bern 1995, S. 324). Dafür besteht aber nur Gewähr, wenn die Ausführungen und Eingaben der Parteien und allfälliger Dritter (Zeugen, Sachverständige usw.) zu Protokoll genommen werden. Dies bedeutet allerdings nicht, dass insbesondere sämtliche Parteiäusserungen zu protokolliert sind. Das Protokoll kann sich auf die für die Entscheidungsfindung im konkreten Fall wesentlichen Punkte beschränken. In diesem Umfang besteht eine Protokollierungspflicht nicht nur aus der Sicht der Parteien, sondern auch der am Entscheid beteiligten Richter, namentlich wenn bestimmte Verfahrensschritte dem Präsidenten oder einem delegierten Richter obliegen (nicht veröffentlichtes Urteil B. des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. November 1987). Eines Protokolls bedarf es schliesslich auch im Hinblick auf die allenfalls zum Entscheid angerufene obere Instanz.

b) Im vorliegenden Fall hat das kantonale Versicherungsgericht am 29. Januar 1998 eine Parteiverhandlung durchgeführt, an welcher sich der

Beschwerdeführer B.I., dessen Rechtsvertreter sowie der Rechtsvertreter der SUVA (Beschwerdegegnerin) geäußert haben. Dabei wurden dem Beschwerdeführer seitens der Vorinstanz Zusatzfragen gestellt; auch wurden die Parteien dazu aufgefordert, zu bestimmten Punkten Stellung zu nehmen. Nach den vom kantonalen Gericht nicht bestrittenen Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde hatte die Parteiverhandlung zumindest teilweise entscheidungswesentliche Punkte zum Gegenstand. Das Gericht wäre daher gehalten gewesen, diese in einem Verhandlungsprotokoll festzuhalten. Indem es dies unterlassen hat, hat es den Beschwerdeführer im Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

An diesem Ergebnis vermögen die Vorbringen der Vorinstanz in der Vernehmlassung zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde nichts zu ändern. Der Umstand, dass der zuständige Referent während der Verhandlungen im Referat oder Urteilsentwurf jeweils Randnotizen zu den angesprochenen Punkten vornimmt, vermag ein formelles Protokoll schon deshalb nicht zu ersetzen, weil die entsprechenden Bemerkungen – wie der vorliegende Fall zeigt – nicht Bestandteil der Beschwerdeakten bilden und von den Parteien daher nicht zur Kenntnis genommen werden können. Zudem vermögen Handnotizen des Instruktionsrichters ein Verhandlungsprotokoll inhaltlich nicht entbehrlich zu machen.

5. – Zu prüfen bleibt, ob der streitige Verfahrensmangel im letztinstanzlichen Verfahren geheilt werden kann.

a) Nach der Rechtsprechung kann eine – nicht besonders schwerwiegende (BGE 116 V 185 f. Erw. 1b mit Hinweisen) – Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn der Betroffene die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Die Heilung eines – allfälligen – Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (BGE 124 V 183 Erw. 4a, 120 V 83 f. Erw. 2a, 118 V 315 Erw. 3c, 116 V 32 Erw. 3, 185 f. Erw. 1b, je mit Hinweisen).

b) Der vorliegende Verfahrensmangel wiegt zwar insofern nicht besonders schwer, als der Beschwerdeführer im letztinstanzlichen Verfahren sämtliche Tatsachen und Einwendungen vor einer über umfassende Kognition verfügenden richterlichen Behörde vorbringen kann (Art. 132 OG). Dem Eidgenössischen Versicherungsgericht ist es mangels eines entsprechenden Protokolls indessen verwehrt, über die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in Kenntnis der Ergebnisse der kantonalen Parteiverhandlung zu entscheiden. Weil eine nachträgliche Beibringung des Protokolls ausgeschlossen ist, kann der Mangel im letztinstanzlichen Verfahren nicht geheilt werden. Er lässt sich auch nicht dadurch heilen, dass das Eidgenössische

Versicherungsgericht eine Parteiverhandlung anordnet (Art. 112 in Verbindung mit Art. 132 OG). Da sich im Übrigen das Interesse des Beschwerdeführers offenbar nicht auf eine möglichst beförderliche Beurteilung der Ansprüche, sondern auf die Durchsetzung eines in formeller Hinsicht korrekten Verfahrens richtet, ist der angefochtene Entscheid praxisgemäss aufzuheben, ohne dass es darauf ankäme, ob Aussicht auf einen materiell andern Entscheid besteht (BGE 119 V 218 f. Erw. 6 mit Hinweisen). Die Sache ist daher an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie eine ordnungsgemässe Verhandlung durchführe und hierauf neu entscheide.

Unterstellung eines Tankstellen-Shops

U 338 Urteil des EVG vom 30. Dezember 1998

i. Sa. Tankstelle X. GmbH

Unterstellung eines Tankstellen-Shops (Art. 66 Abs. 1 lit. f UVG; Art. 77 lit. a UVV):

Betreut dasselbe Personal, welches den Tankstellen-Shop führt, auch die Tankstelle eines Dritten, auf dessen Areal sich das Geschäft befindet, so untersteht der Betreiber des Shops als ungegliederter Betrieb, der feuer- oder explosionsgefährliche Stoffe im Grossen verwendet, der SUVA.

Bei ungegliederten Betrieben spielt das Ausmass einzelner, für die Unterstellung nach Art. 66 Abs. 1 UVG ausschlaggebender branchenüblicher Tätigkeiten keine Rolle (Erw. 4).

Soumission d'un magasin de station-service (art. 66 al. 1 let. f LAA; art. 77 let. a OLAA):

Si le personnel qui tient le magasin s'occupe également de la station-service d'un tiers, sur le terrain duquel se trouve le commerce, l'exploitant du magasin est soumis, en tant qu'entreprise unitaire utilisant en grande quantité des matières inflammables ou explosibles, à l'assurance obligatoire auprès de la CNA.

En ce qui concerne les entreprises unitaires, le volume des différentes activités usuelles de la branche déterminantes pour la soumission à l'assurance obligatoire selon l'art. 66 al. 1 LAA importe peu (cons. 4).

Obbligo assicurativo dello spaccio di un distributore di benzina (art. 66 cpv. 1 lett. f LAINF; art. 77 lett. a OAINF):

Se il personale dello spaccio di un'area di servizio situato sul terreno di un terzo gestisce conto terzi anche il distributore di benzina, l'azienda titolare dello spaccio è assicurata d'obbligo all'INSAI in quanto azienda unitaria che impiega in grande quantità materie infiammabili o esplosive.

Trattandosi di aziende unitarie è irrilevante in che misura vengano svolte le singole attività del ramo determinanti per l'obbligo assicurativo ai sensi dell'art. 66 cpv. 1 LAINF (cons. 4).

I.

A. – Die Tankstelle X. GmbH mit Sitz in K. hat gemäss Handelsregister «Betreuung der Tankstelle X.» sowie «Führung und Betrieb des Tankstellen-

Shops auf dem Areal dieser Tankstelle» zum Zweck. Mit Verfügung vom 9. Februar 1996 erfasste die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) die Tankstelle X. GmbH als ein ihr obligatorisch unterstelltes Unternehmen. Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 29. März 1996 fest.

B. – Die hiegegen erhobene Beschwerde wies die Eidgenössische Rekurskommission für die Unfallversicherung mit Entscheid vom 4. Juli 1997 ab.

C. – Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt die Tankstelle X. GmbH beantragen, es sei in Aufhebung des Entscheides der Eidgenössischen Rekurskommission für die Unfallversicherung festzustellen, dass sie nicht obligatorisch bei der SUVA versichert ist.

Die SUVA schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherung lässt sich nicht vernehmen.

II.

Das EVG hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus folgenden Erwägungen abgewiesen:

1. – Da nicht die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen streitig ist, richtet sich die Kognition des Eidgenössischen Versicherungsgerichts aufgrund von Art. 132 OG nach Art. 104 lit. a und b sowie Art. 105 OG.

Nach Art. 109 lit. a UVG in der seit 1. Januar 1994 geltenden Fassung werden Beschwerden gegen Einspracheentscheide über die Zuständigkeit der SUVA zur Versicherung der Arbeitnehmer eines Betriebes durch die Eidgenössische Rekurskommission für die Unfallversicherung beurteilt. Dabei handelt es sich um eine mit richterlichen Befugnissen ausgestattete unabhängige Beschwerdeinstanz, weshalb das Eidgenössische Versicherungsgericht an deren Sachverhaltsfeststellung gebunden ist, soweit diese nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen zustande gekommen ist (Art. 104 lit. b in Verbindung mit Art. 105 Abs. 2 OG).

2. – Die Eidgenössische Rekurskommission hat die hier interessierenden, in Art. 66 Abs. 1 lit. f UVG und Art. 77 lit. a UVV umschriebenen Kriterien für die obligatorische Unterstellung unter die SUVA zutreffend dargestellt, worauf verwiesen wird. Richtig sind auch die vorinstanzlichen Ausführungen über die bei Hilfs- und Nebenbetrieben sowie bei gemischten Betrieben aufgrund von Art. 88 UVV zu beachtenden unterstellungsrechtlichen Grundsätze. Beizupflichten ist der Vorinstanz weiter hinsichtlich der

nach der Rechtsprechung wesentlichen Unterscheidungsmerkmale von gegliederten und ungegliederten Betrieben (BGE 113 V 333 f. Erw. 5b und c, 348 f. Erw. 3b und c) sowie bezüglich der für gemischte Betriebe geltenden Begriffsumschreibung in Art. 88 Abs. 2 UVV.

3. – a) Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin als ungegliederten Betrieb qualifiziert, der feuer- und explosionsgefährliche Stoffe im Grossen verwendet, weshalb er obligatorisch bei der SUVA versichert sei.

b) In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird vorgebracht, die Bezeichnung Tankstellen-Shop sage einzig etwas über die örtliche Positionierung, aber nichts über dessen Tätigkeit aus. Vielmehr bestünden zwei verschiedene Betriebe, die nur aus Gründen des besonders günstigen Standorts miteinander verbunden seien. Die Beschwerdeführerin sei weder an der Anlieferung noch an der Lagerung des Treibstoffes in irgendeiner Weise beteiligt. Ihr obliege einzig das Inkasso der Benzinbezüge sowie die Meldung von Defekten an die Eigentümerin der Tankstelle. Eine Gefährdung der Arbeitnehmer durch die feuer- und explosionsgefährlichen Substanzen bestehe nicht, weil die Kunden sich selber bedienen und der Verkauf deshalb weitestgehend ohne Personal abgewickelt werden könne. Es übernehme daran nur den untergeordneten Teil, nämlich das Einkassieren. Die Provision stelle nichts weiter als eine Vergütung des geleisteten Inkassoaufwandes dar und sei keine Beteiligung am Verkaufserlös. Dem kioskähnlichen Warenverkauf komme überwiegender Betriebscharakter zu; es sei unzulässig, die Beschwerdeführerin wegen der untergeordneten Bedeutung der Inkasso- und Überwachungsfunktion für die Tankstelle obligatorisch bei der SUVA zu versichern.

4. – Die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin besteht sowohl im Verkauf von Waren des allgemeinen Lebensbedarfs, als auch in der Betreuung der Tankstelle. Diese beiden Tätigkeiten werden durch dieselben Personen ausgeübt. Die Arbeit der Angestellten des Shops ist konzeptionell wichtig für den Betrieb der Tankstelle, weshalb der Aufwand für diese Tätigkeit auch auf Provisionsbasis entschädigt wird. Zwischen Tankstelle und Shop besteht also ein enger Zusammenhang. Die Lage des Unternehmens der Beschwerdeführerin ist nicht allein Folge der Standortqualität, wie dies beispielsweise bei Bahnhofskiosken der Fall ist. Aus der beabsichtigten Einheit der Tätigkeit ergibt sich zwangsläufig, dass die Arbeitnehmer, wenn auch wegen der Selbstbedienung durch die Kunden nur in Ausnahmefällen, mit den feuer- und explosionsgefährlichen Treibstoffen in Kontakt kommen. Es ist eine wesentliche Aufgabe des Personals der Beschwerdeführerin, für einen reibungslosen Ablauf des Benzinverkaufs besorgt zu

sein. Ein Gefährdungspotential ist dieser Arbeit inhärent. Soweit die Beschwerdeführerin die Unterstellung vom «vorwiegenden Betriebscharakter» abhängig machen will, ist festzuhalten, dass diesem Begriff bei ungliederten Betrieben nicht die ihm in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegebene Bedeutung zukommt. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, spielt bei solchen Betrieben das Ausmass einzelner für die Unterstellung nach Art. 66 UVG ausschlaggebender Tätigkeiten keine Rolle. Die Betreuung der Tankstelle ist unerlässlich und vervollständigt die angebotene Dienstleistung. Führung und Betrieb der Tankstelle gehört zu den branchenüblichen Vorkehren, ist Teil der typischen Betriebstätigkeit und wird demnach vom Begriff des Betriebscharakters mit erfasst (nicht veröffentlichtes Urteil M. vom 6. November 1998). Den im Weiteren zutreffenden Erwägungen der Rekurskommission und den Ausführungen der SUVA in der Vernehmlassung vom 21. Oktober 1997 ist seitens des Eidgenössischen Versicherungsgerichts nichts beizufügen.

Unentgeltliche Verbeiständung im Verwaltungsverfahren

U 339 Urteil des EVG vom 5. Januar 1999 i. Sa. R. S.

Unentgeltliche Verbeiständung im Verwaltungsverfahren
(Art. 4 Abs. 1 BV, Art. 105 Abs. 1 UVG):

Der Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung hängt weder entscheidend davon ab, ob ein Verfahren streitige Elemente enthält, noch lässt er sich unter Berücksichtigung der jeweiligen Verfahrensordnung generell zeitlich beschränken (Präzisierung der Rechtsprechung in BGE 117 V 408 und 114 V 234 Erw. 5). Für das an den Einspracheentscheid anschliessende Verwaltungsverfahren der Unfallversicherung besteht grundsätzlich ein unmittelbar aus Art. 4 BV fließender Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Erw. 4c).

Assistance judiciaire gratuite dans la procédure administrative
(art. 4 al. 1 cst.; art. 105 al. 1 LAA):

Le droit à l'assistance judiciaire ne dépend pas du point de savoir si une procédure porte sur des éléments litigieux; en outre; il n'est généralement pas limité dans le temps en fonction des règles de procédure applicables dans le cas particulier (précision de la jurisprudence des arrêts ATF 117 V 408 et 114 V 234 cons. 5). Il existe en principe, pour la procédure administrative de l'assurance-accidents résultant d'une décision sur opposition, un droit à l'assistance judiciaire découlant directement de l'art. 4 cst. (cons. 4c).

Assistenza giudiziaria gratuita nella procedura amministrativa
(art. 4 cpv. 1 Cost., art. 105 cpv. 1 LAINF):

Il diritto all'assistenza giudiziaria non dipende essenzialmente dalla questione se la procedura comprenda elementi litigiosi; nè esso è limitato in modo generale nel tempo a dipendenza della procedura applicabile nell'evenienza concreta (precisazione della giurisprudenza in DTF 117 V 408 e 114 V 234 cons. 5). Sussiste di massima per la procedura amministrativa in materia di assicurazione contro gli infortuni facente seguito a una decisione su opposizione un diritto all'assistenza giudiziaria derivato direttamente dall'art. 4 Cost. (cons. 4c).

Auszug aus den Erwägungen:

1. – a) Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer für das an den Einspracheentscheid anschliessende Verwaltungsverfahren der Unfallversicherung Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung hat.

b) Da es sich beim angefochtenen Entscheid nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen handelt, hat das Eidgenös-

sische Versicherungsgericht nur zu prüfen, ob der vorinstanzliche Richter Bundesrecht verletzt hat, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder ob der rechtserhebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden ist (Art. 132 in Verbindung mit Art. 104 lit. a und b sowie Art. 105 Abs. 2 OG).

2. – Nach der Rechtsprechung besteht im Einspracheverfahren gemäss Art. 105 Abs. 1 UVG, welches wie das Anhörungsverfahren der Invalidenversicherung Elemente eines streitigen Verfahrens aufweist, ein unmittelbar aus Art. 4 BV fliessender Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung. Dabei ist bei der Prüfung der sachlichen Voraussetzungen (Bedürftigkeit, fehlende Aussichtslosigkeit, erhebliche Tragweite der Sache, Schwierigkeit der aufgeworfenen Fragen, mangelnde Rechtskenntnisse des Versicherten) ein strenger Massstab anzulegen. Hohe Anforderungen sind insbesondere an die Notwendigkeit der Verbeiständung zu stellen. Eine anwaltliche Mitwirkung drängt sich nur in Ausnahmefällen auf, wenn schwierige rechtliche oder tatsächliche Fragen dies als notwendig erscheinen lassen und eine Verbeiständung durch Verbandsvertreter, Fürsorger oder andere Fach- und Vertrauensleute sozialer Institutionen nicht in Betracht fällt (BGE 117 V 408 Erw. 5a, 114 V 235 Erw. 5b).

Zusätzlich zu diesen engen sachlichen Voraussetzungen ist der Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung auch zeitlich begrenzt. Bei Eingang des Leistungsgesuches bzw. bei Beginn des Verwaltungsverfahrens ist in der Regel noch völlig ungewiss, welche Leistungen überhaupt in Betracht fallen. Es können somit in diesem Verfahrensstadium regelmässig noch keine Verfahrensaussichten festgestellt werden (BGE 114 V 236 Erw. 5b). Beachtet werden diese zeitlichen Schranken, wenn der Anspruch frühestens ab Beginn des Einspracheverfahrens geltend gemacht wird (BGE 117 V 410 Erw. 5b).

3. – a) Die Vorinstanz verneinte den streitigen Anspruch, indem sie sowohl die Notwendigkeit eines anwaltlichen Rechtsbeistandes als auch die zeitlichen Voraussetzungen im Sinne der zitierten Rechtsprechung als nicht erfüllt betrachtete. Sie erwo, mit dem Einspracheentscheid vom 5. August 1994 sei das Einspracheverfahren formell abgeschlossen und ein neues Administrativverfahren angeordnet worden. Dieses enthalte keine streitigen Elemente. Die umfassende Abklärung der psychisch bedingten Einschränkungen des Beschwerdeführers und dessen Arbeitsunfähigkeit erfordere gewisse Unterstützung, aber nicht notwendigerweise anwaltliche Vertretung. Es könne nicht genügen, dass ein Anwalt seinem Klienten dabei

behilflich sei, die psychiatrische Betreuung in die Wege zu leiten, die Person des Gutachters auszuwählen und den Fragenkatalog zu prüfen, selbst wenn der Beschwerdeführer dazu alleine nicht in der Lage sei. Die Koordination mit den Leistungen der Arbeitslosenversicherung betreffe das Verwaltungsverfahren nicht direkt und könne daher nicht geltend gemacht werden. Die notwendige Betreuung hätte durch eine nicht anwaltlich ausgebildete Person sichergestellt werden können. Auch aus Gründen der Rechtsgleichheit sei das Begehren abzuweisen, würden doch sonst anwaltlich vertretene Parteien nach einer Rückweisung an die Verwaltung besser gestellt als jene, die erstmalig ein Administrativverfahren durchlaufen und sich dabei anwaltlich vertreten lassen.

b) In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird vorgebracht, die Rechtsprechung habe den Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung im Verwaltungsverfahren kontinuierlich ausgedehnt. Die Vorinstanz verkenne den Stellenwert der Mitwirkungs- und Parteirechte der versicherten Person im Verwaltungsverfahren. Die Notwendigkeit der Verbeiständung müsse dort bejaht werden, wo bei einem für die Rechte des Gesuchstellers bedeutsamen Entscheid besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukämen, denen er allein nicht gewachsen sei. Schliesslich sei das vorinstanzliche Argument der Rechtsgleichheit nicht nachvollziehbar. Für alle Versicherten gelte, dass ab dem Einspracheverfahren ein Anspruch auf anwaltliche Vertretung bestehe, unabhängig davon, ob es zu einer Rückweisung in das Administrativverfahren komme. Sei nach dem Einspracheentscheid ein weiteres Verwaltungsverfahren durchzuführen, so sei lediglich zu prüfen, ob ein unbestrittener problemloser Sachverhalt vorliege, also eine anwaltliche Vertretung im Einzelfall nicht notwendig sei. BGE 117 V 410 halte lediglich fest, die zeitlichen Schranken seien dann eingehalten, wenn der Anspruch frühestens ab Beginn des Einspracheverfahrens geltend gemacht werde. Daraus gehe hervor, dass nicht das Einspracheverfahren an sich das entscheidende Kriterium sei, sondern die Überlegung, dass es ab diesem Zeitpunkt um bedeutsame Entscheidungen gehe, zu welchen der Gesuchsteller Stellung beziehen müsse und für welche er einen Anwalt benötige, weil er die Schwierigkeiten nicht selber bewältigen könne. Diese Situation dauere im vorliegenden Fall nach dem Einspracheentscheid unverändert an.

4. – a) Seit BGE 112 Ia 14 anerkennt das Schweizerische Bundesgericht einen unmittelbar aus Art. 4 BV fließenden Anspruch der bedürftigen Partei auf unentgeltliche Rechtspflege im Verfahren der Verwaltungsbeschwerde und Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Unter Hinweis auf BGE 114 V 228 hat es diesen Rechtsschutz auf das nichtstreitige Verwaltungsver-

fahren ausgedehnt, zunächst auf das Verfahren um strafrechtliche Rückversetzung in den Massnahmenvollzug (BGE 117 Ia 277), sodann auf Verfahren des Zwangsvollstreckungsrechts wie das Konkursbegehren des Schuldners durch Insolvenzerklärung (BGE 118 III 27) oder jenes des vorschusspflichtigen Gläubigers (BGE 118 III 33). Gemäss BGE 119 Ia 265 Erw. 3a und seither ständiger Rechtsprechung besteht der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege unabhängig von der Rechtsnatur der Entscheidungsgrundlagen für jedes staatliche Verfahren, in welches der Gesuchsteller einbezogen wird oder dessen er zur Wahrung seiner Rechte bedarf (BGE 123 I 146 Erw. 2b/aa; 122 I 271 Erw. 2a; 121 I 62 Erw. 2a/bb, 315 Erw. 2b; 119 Ia 265 Erw. 3a, je mit Hinweisen). Unter dem Gesichtspunkt von Art. 4 BV ist das Armenrecht nicht von vornherein für bestimmte Verfahrensarten generell ausgeschlossen (BGE 121 I 315 Erw. 2b; *Kölz/Häner*, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 134 Rz 373; *Rhinow/Koller/Kiss*, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Basel/Frankfurt am Main 1996, S. 54 N 254; *Bühler*, Die neuere Rechtsprechung im Bereich der unentgeltlichen Rechtspflege, in: SJZ 94/1998 S. 226; *Kley-Struller*, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege: Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 4 Abs. 1 BV und der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention zu Art. 6 EMRK, in: AJP 1995 S. 179 ff., insbesondere S. 186 f.; *Forster*, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: ZBl 93/1992 S. 463 ff.; vgl. dagegen *Meyer-Blaser*, Die Bedeutung von Art. 4 BV für das Sozialversicherungsrecht, in: ZSR 111/1992, II. Halbband, S. 439 ff.).

b) Der verfassungsmässige Anspruch auf unentgeltliche anwaltliche Verteidigung besteht jedoch nicht voraussetzungslos. Verlangt ist in jedem Falle Bedürftigkeit des Rechtsuchenden und Nichtaussichtslosigkeit des verfolgten Verfahrensziels. Entscheidend ist darüber hinaus die sachliche Gebotenheit der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im konkreten Fall (BGE 119 Ia 265 Erw. 3b, 117 V 408 Erw. 5a, 114 V 235 Erw. 5 b). Es sind die Umstände des Einzelfalls, die Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften sowie die Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens zu berücksichtigen. Dabei fallen neben der Komplexität der Rechtsfragen und der Unübersichtlichkeit des Sachverhalts auch in der Person des Betroffenen liegende Gründe in Betracht, wie etwa seine Fähigkeit, sich im Verfahren zurechtzufinden (*Schwander*, Anmerkung zu BGE 122 I 8, in: AJP 1996 S. 495). Falls ein besonders starker Eingriff in die Rechtsstellung des Bedürftigen droht, ist die Verteidigung grundsätzlich geboten, andernfalls bloss, wenn zur relativen Schwere des Falls besondere tatsächliche oder

rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen ist (BGE 119 Ia 265 Erw. 3b, 117 Ia 281 Erw. 5b; *Bühler*, a. a. O., S. 226).

Die sachliche Notwendigkeit wird nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass das in Frage stehende Verfahren von der Offizialmaxime oder dem Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird, die Behörde also gehalten ist, an der Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhaltes mitzuwirken (BGE 119 Ia 266 Erw. 3b, 117 Ia 281 Erw. 5b/bb; *Schwander*, a. a. O., S. 495). Die Offizialmaxime rechtfertigt es jedoch, an die Voraussetzungen, unter denen eine Verbeiständung durch einen Rechtsanwalt sachlich geboten ist, einen strengen Massstab anzulegen (BGE 122 I 10 Erw. 2c mit Hinweisen, 114 V 235 Erw. 5b).

c) Im Lichte der seit BGE 114 V 228 und 117 V 408 ergangenen Rechtsprechung kann die Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung nicht entscheidend davon abhängen, ob ein Verfahren streitige Elemente aufweist (*Moor*, Droit administratif, Bd. II, 1991, S. 195 f.). Der Anspruch lässt sich auch nicht unter Berücksichtigung der jeweils anwendbaren Verfahrensordnung generell zeitlich beschränken (*Knapp*, Précis de droit administratif, 4. Aufl., S. 158 Nr. 721; *Kieser*, Unentgeltliche Rechtsverbeiständung und Parteientschädigung, in: Verfahrensfragen in der Sozialversicherung, St. Gallen 1996, S. 216 f.).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass ein aus Art. 4 Abs. 1 BV abgeleiteter Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung auch für das an den Einspracheentscheid anschliessende Verwaltungsverfahren der Unfallversicherung grundsätzlich zu bejahen ist. Die Kernfunktion der unentgeltlichen Verbeiständung verlangt, dem bedürftigen Gesuchsteller die zweckdienliche Wahrung seiner Ansprüche auch im Verwaltungsverfahren der Sozialversicherung unter den durch die Rechtsprechung geschaffenen, vorstehend umschriebenen Voraussetzungen zu ermöglichen.

...