

JAAC 68.33

Entscheidung des Bundesrates vom 6. November 2002 in Sachen diverse Krankenversicherer gegen den Kanton Basel-Stadt, Publikation in Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zur Kranken- und Unfallversicherung [RKUV] vorgesehen

Assurance-maladie. Extension de la validité d'une convention tarifaire pour les traitements hospitaliers et semi-hospitaliers. Récusation. Négociations tarifaires.

- Le conseiller d'Etat bâlois ne devait pas se récuser pour la décision de fixation du tarif, bien qu'il soit membre du conseil d'administration de l'«Öffentliche Krankenkasse Basel» (consid. 2).

- Le droit conféré à l'art. 46 al. 2 LAMal est de nature obligatoire. Le membre d'une fédération ne peut donc y renoncer ni par une convention entre les parties ni par un comportement de fait (consid. 4).

- Comme selon la bonne foi seules des propositions substantielles peuvent encourager à mener des négociations tarifaires séparées, il suffit d'exiger que des propositions alternatives soient constructives. Les hôpitaux qui ont adhéré à la convention ne sont tenus de mener d'autres négociations que lorsqu'une telle proposition leur a été soumise (consid. 5.1 et 10).

- Des propositions sont considérées comme constructives lorsqu'elles sont basées sur une analyse de la situation concrète tenant compte des dispositions légales et décrivent en plus le tarif alternatif proposé de manière détaillée. Celui-ci ne peut pas présenter une qualité nettement inférieure à celle de la convention de la fédération (consid. 5.1).

- L'analyse de la situation concrète concernant les coûts présuppose en général que les assureurs qui n'ont pas adhéré au tarif conclu par la fédération doivent également analyser la convention de la fédération (consid. 5.1).

- Une proposition visant à entamer des négociations tarifaires ne doit être soumise à l'autre partie qu'après l'écoulement d'un délai approprié depuis l'approbation de la convention de la fédération (consid. 5.2).

- Des propositions alternatives de tarifs et des réserves concernant la convention des fédérations qui sont alléguées seulement dans la procédure de fixation du tarif devant le gouvernement cantonal ou même seulement dans le cadre de la procédure de recours devant le Conseil fédéral sont tardives (consid. 6.2).

- Lorsque le tarif contient des modalités contraires à des normes impératives de la LAMal, le Conseil fédéral considère un examen matériel du tarif comme opportun, même si les assureurs qui n'ont pas adhéré à la convention tarifaire de leur fédération n'ont pas satisfait au devoir, statué par Conseil fédéral, de négocier avec l'autre partie (consid. 7).

- S'il a été stipulé dans la convention de la fédération que les assureurs sont les débiteurs directs de la rémunération envers les fournisseurs de prestations (système du tiers payant) et que le gouvernement cantonal étend intégralement la validité de la convention conclue par la fédération aux assureurs qui n'ont pas adhéré à la convention, celui-ci s'écarte de la règle du tiers garant et viole ainsi une norme impérative (consid. 7).

Krankenversicherung. Ausdehnung der Geltung eines Tarifvertrags für stationäre und teilstationäre Behandlungen. Ausstandspflicht. Vertragsverhandlungen.

- Das Mitglied des Basler Regierungsrates musste beim angefochtenen Tariffestsetzungsbeschluss nicht in den Ausstand treten, obschon es dem Verwaltungsrat der öffentlichen Krankenkasse Basel angehört (E. 2).

- Das in Art. 46 Abs. 2 KVG verankerte Recht ist zwingender Natur. Folglich kann das Verbandsmitglied weder durch Parteiabrede noch durch faktisches Verhalten darauf verzichten (E. 4).

- Da nur substantiierte Vorschläge nach Treu und Glauben Anreiz zur Führung separater Vertragsverhandlungen bieten können, genügt es zu verlangen, dass Alternativvorschläge konstruktiv sein müssen. Vertragsspitäler sind erst dann verpflichtet, weitere Verhandlungen zu führen, wenn Ihnen ein solcher Vorschlag unterbreitet worden ist (E. 5.1 und 10).

- Vorschläge werden als konstruktiv betrachtet, wenn sie auf einer Auseinandersetzung mit der konkreten Situation unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorschriften beruhen und zudem die alternativ vorgeschlagene Tarifregelung in ausgereifter Form umschreiben. Diese darf dabei im Vergleich zum Verbandsvertrag in qualitativer Hinsicht nicht offensichtlich abfallen (E. 5.1).

- Eine Auseinandersetzung mit der konkreten Kostensituation bedingt in der Regel, dass sich die Versicherer, die dem vom Verband abgeschlossenen Tarif nicht beigetreten sind, auch mit dem Verbandsvertrag auseinanderzusetzen haben (E. 5.1).
- Ein Vorschlag zur Aufnahme von Tarifverhandlungen muss erst nach Ablauf einer angemessenen Frist nach der Genehmigung des Verbandsvertrages der Gegenseite unterbreitet werden (E. 5.2).
- Werden alternative Tarifvorschläge und Vorbehalte gegen das Vertragswerk der Verbände erst im Tariffestsetzungsverfahren gegenüber der Kantonsregierung oder gar erst im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesrat vorgebracht, sind sie verspätet (E. 6.2).
- Falls der Tariferlass Modalitäten enthält, die gegen zwingende Vorschriften des KVG verstossen, hält der Bundesrat eine materielle Überprüfung des Tariferlasses auch dann für angebracht, wenn die Versicherer, welche dem von ihrem Verband abgeschlossenen Tarifvertrag nicht beigetreten sind, der vom Bundesrat geforderten Pflicht, mit der Gegenseite zu verhandeln, nicht nachgekommen sind (E. 7).
- Wenn im Verbandsvertrag festgelegt wurde, dass die Versicherer den Leistungserbringern die Vergütung der Leistung direkt schulden (System des «tiers payant»), und die Kantonsregierung die Geltung des vom Verband abgeschlossenen Vertrags umfassend auf die Krankenversicherer ausdehnt, die dem Verbandsvertrag nicht beigetreten sind, weicht er von der Regelung des «tiers garant» ab und verstösst damit gegen zwingendes Recht (E. 7).

Assicurazione malattia. Estensione della validità di una convenzione per cure ospedaliere e semi-ospedaliere. Ricusa. Trattative contrattuali.

- Il membro del Consiglio di Stato basilese non ha dovuto ricusarsi nell'atto di decisione di fissazione della tariffa impugnato, benché faccia parte del consiglio d'amministrazione della cassa malati pubblica Basilea (consid. 2).
- Il diritto previsto dall'art. 46 cpv. 2 LAMal è di natura imperativa. Per questo, il membro di una federazione non può rinunciarvi né con un accordo fra le parti né con un comportamento di fatto (consid. 4).
- Poiché, secondo il principio della buona fede, solo delle proposte sostanziali costituiscono uno stimolo a trattative contrattuali separate, è sufficiente esigere che le proposte alternative devono essere costruttive. Gli ospedali legati alla convenzione sono obbligati a condurre ulteriori trattative solo se viene sottoposto loro una simile proposta (consid. 5.1 e 10).
- Le proposte sono considerate costruttive quando si basano su un'analisi della situazione concreta che tenga conto delle disposizioni legali e quando descrivono in forma dettagliata la tariffa alternativa proposta. Tale proposta non deve essere di qualità manifestamente inferiore rispetto alla convenzione della federazione (consid. 5.1).

- Un'analisi della situazione concreta dei costi esige di regola che gli assicuratori che non hanno aderito alla tariffa conclusa dalla federazione devono analizzare anche la convenzione della federazione (consid. 5.1).

- Una proposta di iniziare trattative contrattuali deve essere presentata alla controparte solo dopo la scadenza di un termine adeguato che segue l'approvazione della convenzione della federazione (consid. 5.2).

- Sono considerate tardive le proposte alternative di tariffa e le riserve contro la convenzione delle federazioni presentate solo nella procedura di fissazione della tariffa davanti al governo cantonale oppure addirittura solo nella procedura di ricorso davanti al Consiglio federale (consid. 6.2).

- Allorché la tariffa contiene delle modalità contrarie alle norme imperative della LAMal, il Consiglio federale considera indicato un esame materiale della tariffa anche quando gli assicuratori, che non hanno aderito alla convenzione tariffale conclusa dalla loro federazione, non hanno rispettato l'obbligo imposto dal Consiglio federale di negoziare con la controparte (consid. 7).

- Se nella convenzione della federazione è stato previsto che gli assicuratori sono direttamente debitori nei confronti dei fornitori di prestazioni (sistema del «terzo pagante»), e il governo cantonale estende la validità della convenzione conclusa dalla federazione agli assicuratori malattia che non hanno aderito a tale convenzione, il governo cantonale non rispetta la regola del «terzo garante» e viola quindi il diritto imperativo (consid. 7).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Am 15. Mai 2001 dehnte der Regierungsrat die Geltung des von ihm am 5. Dezember 2000 genehmigten Tarifvertrages für stationäre und teilstationäre Behandlungen von Patientinnen und Patienten mit Wohnsitz im Kanton Basel-Stadt in der allgemeinen Abteilung zwischen den Basler Spitälern und dem Verband Krankenversicherer beider Basel auf die dem Verbandsvertrag nicht beigetretenen Krankenversicherer aus.

Mit Eingaben vom 19. Juni 2001 führen die dem Verbandsvertrag nicht beigetretenen Versicherer Beschwerde an den Bundesrat und beantragen, der Beschluss sei aufzuheben und an den Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt zurückzuweisen. Zur Begründung führen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen aus, der angefochtene Beschluss sei unter Missachtung von Ausstandsvorschriften zustande gekommen und daher bereits aus diesem Grunde aufzuheben. Des Weiteren rügen sie, dass der Spitalvertrag in verschiedener Weise gegen das Gesetz verstosse und dessen Anwendung zu einer Benachteiligung der Krankenversicherer führe.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Vorab ist zu prüfen, ob der angefochtene Beschluss des Regierungsrates bereits schon allein deshalb aufzuheben ist, weil der Regierungsrat Ralph Lewin, Vorsteher des Wirtschafts- und Sozialdepartement (WSD), mitwirkte. Wäre dies der Fall, müssten die weiteren Rügen der Beschwerdeführer nicht geprüft werden.

Der genannte Regierungsrat ist unbestrittenermassen Mitglied des Verwaltungsrates der öffentlichen Krankenkasse Basel (ÖKK) und wirkte am Beschluss der Vorinstanz mit. Die Beschwerdeführer machen geltend, der Magistrat sei am Ausgang des Verfahrens interessiert und deshalb befangen gewesen.

2.1. Aus Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ergibt sich ein Anspruch darauf, dass die entscheidende Behörde in einem Verfahren ordnungsgemäss zusammengesetzt ist und die Ausstands- und Ablehnungsgründe beachtet werden.

Da diese Regelung nur Mindestanforderungen für das Verfahren festlegt, über die der kantonale Gesetzgeber hinausgehen kann, ist deshalb zuerst zu prüfen, ob das kantonale Verfahrensrecht den Privaten mehr Rechte einräumt als Art. 29 BV. Dabei gilt indes zu beachten, dass mit der Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat nur der Beschwerdegrund der Verletzung von Bundesrecht, nicht aber der Verletzung von kantonalem Recht vorgetragen werden kann (Art. 49 Bst. a des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG], SR 172.021). Bundesrecht ist aber auch dann verletzt, wenn das kantonale Verfahrensrecht willkürlich angewendet worden ist; dann ist die Bundesverfassung missachtet, deren Art. 9 Anspruch darauf gibt, von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden.

Soweit das kantonale Verfahrensrecht über die bundesrechtlichen Mindestanforderungen hinausgeht, ist daher weiter zu prüfen, ob eine Verletzung von Art. 9 BV vorliegt.

2.2. Die Beschwerdeführerinnen behaupten, dass das kantonale Recht eine solche Regelung enthält. Sie berufen sich hierfür auf § 1 Ziff. 7 des kantonalen Gesetzes betreffend den Austritt in Behörden, die Beschränkung der Stimmgebung bei Wahlen und die Ausschliessung der Wählbarkeit von Verwandten zu Mitgliedern von Behörden vom 4. März 1872 (AusG, Systematische Gesetzessammlung Basel-Stadt 138.100). Nach dieser Bestimmung sind Mitglieder einer Behörde bei der Behandlung und Entscheidung einer Sache zum Austritt verpflichtet, wenn am Verfahren eine Korporation, Stiftung oder Anstalt beteiligt ist, sofern das Behördenmitglied auch Mitglied deren Vorsteherschaft ist.

Der Regierungsrat und die Vertragsspitäler vertreten demgegenüber die Ansicht, dass diese Bestimmung vorliegend nicht angewendet werden kann; sie machen geltend, nach dem Verständnis dieses Gesetzes aus dem 19. Jahrhundert handle es sich bei den genannten Organisationen um rein private Institutionen und nicht um (ausgegliederte) Verwaltungsabteilungen des Staates. In jener Zeit habe sich die Staatsverwaltung auf einige wenige

Zweige direkter öffentlicher Verwaltung beschränkt und eine ausgedehnte Tätigkeit des Staates im sozialen Bereich und im Bereich verschiedener Dienstleistungen sei noch unbekannt gewesen.

Dazu ist aus der Sicht des Bundesrates festzustellen, dass § 1 Ziff. 7 AusG neben dem erwähnten einen besonderen Ausschliessungsgrund nennt, welcher sich ausschliesslich auf Gerichtsbehörden bezieht: Gemäss 2. Satzteil von § 1 Ziff. 7 AusG sind Mitglieder von Gerichtsbehörden bei der Behandlung und Entscheidung einer Sache zum Austritt verpflichtet, wenn am Verfahren der Staat oder eine Staatsverwaltung, eine Gemeinde oder Gemeindebehörde beteiligt ist, sofern das Behördenmitglied auch Mitglied der betreffenden Gemeindebehörde oder Verwaltungsbehörde ist.

Bei der ÖKK handelt es sich zwar um eine autonome Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 28 des Gesetzes vom 15. November 1989 über die Krankenversicherung im Kanton Basel-Stadt [GKV], Systematische Gesetzessammlung Basel-Stadt 834.400), aber um eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Kantons; auch wenn die ÖKK somit eine Organisation ausserhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung ist, wird vermittels jener eine Verwaltungsaufgabe durchgeführt. Der Bundesrat erachtet es daher als vertretbar, wenn bei Verfahren, an denen öffentlich-rechtliche Anstalten beteiligt sind, dieselben Ausstandsregeln beachtet werden wie bei Verfahren, an denen die zentrale Staatsverwaltung beteiligt ist, das heisst die besondere Ausstandsregel, welche nur die Gerichtsbehörden betrifft. Indem die Kantonsregierung das Vorliegen eines Ausschliessungsgrundes gemäss § 1 Abs. 7 AusG verneinte, hat sie demnach nicht gegen das Willkürverbot verstossen, weil die besondere Ausstandsregel nicht für nichtgerichtliche Behörden gilt, somit auch nicht für den Regierungsrat.

2.3. Damit bleibt zu prüfen, ob der bundesverfassungsrechtliche Mindestanspruch des Bürgers auf Unbefangenheit einer Verwaltungsinstanz verletzt ist.

Anders als hinsichtlich kantonaler Verfahrensvorschriften, deren Handhabung der Bundesrat - wie vorne dargelegt - lediglich unter dem Gesichtswinkel der Willkür prüft, beurteilt jener hingegen mit freier Kognition, ob bei der als nicht willkürlich erkannten Anwendung des kantonalen Verfahrensrechts der bundesrechtliche Anspruch auf Unvoreingenommenheit der entscheidenden Behörde gewahrt ist.

Das Recht auf richtige Zusammensetzung der entscheidenden Verwaltungsbehörde - und damit der Anspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit - ist ein Teilgehalt des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs (Georg Müller, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Bern/Zürich 1987, Art. 4, Rz. 120 und 122). Der aus Art. 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV)[66] abgeleitete Anspruch auf rechtliches Gehör ist heute in Art. 29 Abs. 2 BV verankert. Zudem garantiert Art. 29 Abs. 1 BV jeder Person in Verfahren vor Verwaltungsinstanzen ausdrücklich gleiche und gerechte Behandlung. Die ergangene Rechtsprechung zu Art. 4 aBV kann demnach weiterhin zur Beurteilung der Frage der Ausstandspflicht herangezogen werden.

Gemäss bundesgerichtlicher Praxis haben Behördenmitglieder, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit erwecken können, von Amtes wegen oder auf ein Ablehnungsgesuch hin in den Ausstand zu treten, auch wenn sie tatsächlich nicht befangen sind. Das Bundesgericht hat aber wiederholt entschieden, dass Behördenmitglieder gestützt auf Art. 4 aBV nur dann in den Ausstand zu treten haben, wenn sie an der Sache ein persönliches Interesse haben oder sonst voreingenommen erscheinen (BGE 117 Ia 410 E. 2a, BGE 114 Ia 276 E. 2, BGE 112 Ia 147 E. d und dort zitierten Entscheidungen). Nimmt ein Regierungsratsmitglied jedoch ein öffentliches Interesse wahr, so besteht grundsätzlich keine Ausstandspflicht, selbst wenn es bei seiner Entscheidung gegensätzliche Interessen wahrnimmt (BGE 107 Ia 135 E. 2 b, bestätigt in einem Entscheid vom 11. Juni 1996, in Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 1997, S. 567 ff.). Nach dieser Rechtsprechung kann ein Behördenmitglied, welches das Gemeinwesen in einem öffentlichen oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen vertritt, an Entscheidungen mitwirken, welche die Interessen dieses Unternehmens berühren könnten. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht im Entscheid BGE 103 Ib 134 ff. betont, angesichts der Tatsache, dass ein Vertreter des Gemeinwesens nicht als Privatmann, sondern von Amtes wegen in den Verwaltungsrat eines solchen Unternehmens abgeordnet worden sei und dort lediglich die an ihn vom Gemeinwesen delegierten Aufgaben wahrzunehmen habe, sei er bei der übrigen amtlichen Tätigkeit nicht als persönlich interessiert zu betrachten.

Wenn ein Mitglied einer Kantonsexekutive zugleich von Amtes wegen dem Verwaltungsrat einer öffentlich-rechtlichen Anstalt angehört und dort bloss die ihm durch das Gesetz übertragenen Aufgaben erfüllt, übt die Magistratsperson diese Funktion ebenfalls im öffentlichen Interesse aus, was - wie dargelegt - für sich allein keine Befangenheit zu begründen vermag. Anders verhielte es sich nur dann, wenn neben dem genannten Umstand konkrete Anhaltspunkte für die Befangenheit des Mitglieds des Regierungsrats vorlägen, was im vorliegenden Fall nicht zutrifft. Selbst die Beschwerdeführerinnen behaupten nicht, dass Ralph Lewin irgendein persönliches Interesse am Ausgang der Streitsache habe. Er war demnach im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Verwaltungsratspräsident der ÖKK nicht verpflichtet, beim angefochtenen Beschluss des Regierungsrats in den Ausstand zu treten, auch wenn er als Mitglied des Basler Regierungsrats bei seiner Entscheidung gegensätzliche Interessen zu berücksichtigen hatte.

Die Beschwerdeführer meinen, eine Ausstandspflicht von Regierungsrat Lewin aus BGE 120 IV 240 ableiten zu können, jedoch unterscheidet sich der Sachverhalt des vorliegenden Falles von jenem des angerufenen Präjudizes; damals hatte das Bundesgericht keine Tariffestsetzung durch eine Kantonsregierung zu beurteilen, sondern den Einsatz von Beamten der Post-, Telefon und Telegraphenbetriebe (PTT) zur Verfolgung von Widerhandlungen gegen das Fernmeldegesetz. Im Verwaltungsstrafrecht stehen dem untersuchenden Beamten der beteiligten Verwaltung aber Befugnisse zu, die grundsätzlich den gerichtlichen Behörden vorbehalten sind. Der untersuchende Beamte hat somit mit Ausnahme der Anordnung der Untersuchungshaft die Funktion und Kompetenzen eines Untersuchungsrichters. Bei der Beurteilung der Frage der Befangenheit von untersuchenden Beamten sind aus diesen Gründen die gleichen (strengen)

Masstäbe anzuwenden wie gegenüber den Strafverfolgungsbehörden (BGE 120 IV 238). Da die Ausstandspflicht im verwaltungsinternen Verfahren weniger streng gehandhabt wird als für den unabhängigen Richter (BGE 107 Ia 137 f.), ist der angerufene Entscheid somit nicht geeignet, die Erwägungen zu widerlegen, die das Basler Regierungsratsmitglied als nicht befangen erscheinen lassen.

Das Gleiche gilt für BGE 117 Ia 408 ff.; im Unterschied zum vorliegenden Fall war damals ein Ausstandsgrund gemäss kantonalem Verwaltungsverfahrenrecht gegeben: Das Tessiner Verwaltungsverfahrenrecht erwähnt ausdrücklich als Ausstandsgrund die Zugehörigkeit zum Verwaltungsrat einer Gesellschaft, welche am Verfahren interessiert ist.

2.4. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Regierungsrat Lewin beim angefochtenen Tariffestsetzungsbeschluss nicht in den Ausstand treten musste, obschon er dem Verwaltungsrat der ÖKK angehört.

Wie nachfolgend darzulegen ist, erscheint dies auch mit Blick auf die tarifrechtlichen Bestimmungen im Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10), und zwar vor allem auf die Zuständigkeitsordnung, richtig. Aus dieser Regelung resultieren Interessenkonflikte, welche mit der von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Interessenkollision vergleichbar sind, ohne dass das KVG deswegen eine Ausstandspflicht statuiert.

So können beispielsweise die Interessen der Kantonsregierungen als Tariffestsetzungsbehörde und Spitalfinanzierer einander widersprechen. Nach der gesetzlichen Ordnung liegt im vertragslosen Zustand die Zuständigkeit für die Festsetzung der stationären Tarife bei der Kantonsregierung (Art. 47 Abs. 1 KVG). Ferner muss die öffentliche Hand mindestens 50 Prozent der anrechenbaren Kosten der stationären Versorgung in den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern übernehmen (Art. 49 Abs. 1 KVG). Angesichts dieser Verpflichtung haben die Kantone zwar - nicht anders als die Versicherer auf Grund ihrer eigenen Kostentragungspflicht - ein Interesse daran, dass die Spitäler die Versorgung zu möglichst günstigen Kosten erbringen und in diesem Sinne die anrechenbaren Kosten niedrig halten; wenn es aber um die Frage geht, wie die anrechenbaren Kosten zwischen der öffentlichen Hand und den Versicherern aufzuteilen sind, kann die Kantonsregierung ein parteiliches Interesse bei der Tariffestsetzung haben, aufgrund dessen sie versucht sein könnte, den Spielraum zum Vorteil der kantonalen Finanzen auszuschöpfen und bei der Kostenbeteiligung der Krankenversicherer bis an die maximal zulässigen 50 Prozent zu gehen. Wie gesagt obliegt den Kantonen beziehungsweise den Kantonsregierungen im vertragslosen Zustand allerdings von Gesetzes wegen eine zweifache Aufgabe. Die Kantonsregierung muss zum einen die Tarife festsetzen und in dieser Funktion zum anderen auch über die Kostenverteilung zwischen der öffentlichen Hand und den Krankenversicherern befinden. Das Gesetz will dies so, weshalb sich die Frage der Ausstandspflicht für einzelne Mitglieder der Kantonsexekutive oder für den Gesamtregierungsrat aufgrund dieser Interessenkollision grundsätzlich nicht stellt.

Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich ausserdem, dass sich auch ein Mitglied des Regierungsrats nicht der Ausübung seiner öffentlichen Funktion zu enthalten hat, nur weil es als Vorsteher des Departements, welches die kantonalen Spitäler vertritt, bereits an Tarifverhandlungen mit den Krankenversicherern direkt oder indirekt beteiligt war.

Die Beschwerdeführer machen geltend, es bestehe ein Interessenkonflikt, wenn Ralph Lewin in seiner Funktion als Regierungsrat über die Tariffestsetzung mitentscheidet, weil die ÖKK und damit auch er als deren Präsident aus Gründen der Konkurrenz ein Interesse daran hätten, dass für andere Versicherer keine günstigeren Spitaltarife festgelegt würden. Dies ergäbe sich aus dem Wettbewerbsgedanken des KVG. Die ÖKK habe zudem auch gemäss § 29 Abs. 3 GKV den Grundsätzen einer wettbewerbsorientierten Betriebsführung Rechnung zu tragen. Würden von den dem Vertrag nicht beigetretenen Versicherern günstigere Tarife ausgehandelt oder solche für sie festgelegt, so würde die ÖKK Gefahr laufen, wegen der daraus folgenden tieferen Prämien der Beschwerdeführer Kunden an diese zu verlieren.

Diese Konstellation kann indes auch dann eintreten, wenn ein Kanton für seine eigenen Spitäler einen Tarifvertrag mit einem Kassenverband schliesst und hernach einzelne Versicherer nicht beitreten. Auch hier lässt sich für den Fall, dass die Verhandlungen zwischen dem Kanton als Spitalträger und den dissidenten Versicherern scheitern und der Regierungsrat die Tarife hoheitlich festlegen muss, nicht ausschliessen, dass das federführende Mitglied des Regierungsrates daran interessiert sein kann, die für die kantonalen Spitäler im Verbandsvertrag ausgehandelten Tarife nicht zu unterschreiten. Wenn aber eine solche Konstellation nach dem KVG keine Ausstandspflicht begründet, ist nicht einzusehen, wie eine Ausstandspflicht dann entstehen soll, wenn der Kanton als Träger eines Krankenversicherers fungiert.

3. Soweit eine kantonale Vorinstanz als erste Instanz verfügt hat, steht dem Bundesrat grundsätzlich volle Prüfungsbefugnis in Tat- und Rechtsfragen zu; er kann insbesondere die Angemessenheit des angefochtenen Entscheides prüfen (Art. 49 VwVG).

Der Bundesrat sieht sich aber dann veranlasst, auf die Überprüfung eines Tarifs sowohl in Bezug auf seine Angemessenheit als auch auf seine Gesetzmässigkeit hin zu verzichten, wenn dies zur Durchsetzung des vom Gesetzgeber vorgesehenen Systems der Tarifgestaltung in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung notwendig erscheint.

In diesem System kommt der autonomen Gestaltung der Tarife durch die Tarifpartner mittels Verträgen zwischen Leistungserbringern und Krankenversicherern gemäss Art. 43 Abs. 4 KVG die grundlegende Rolle zu (Botschaft vom 6. November 1991 über die Revision der Krankenversicherung [im Folgenden: Botschaft], BBl 1992 I 93 ff., 172). Bloss für den Fall, dass auf diese Weise kein Tarif zustande kommt, hat der Gesetzgeber ein Tätigwerden der Kantonsregierung vorgesehen (Art. 47 Abs. 1 KVG). Diese setzt nach Anhörung der Parteien erst dann einen Tarif fest, wenn trotz darauf zielender Verhandlungen oder Angebote kein Vertrag zustande gekommen ist, wenn für bestimmte Einzelfälle kein anwendbarer Vertrag existiert oder wenn die Erneuerung eines bestehenden, aber gekündigten Vertrages gescheitert

ist (Botschaft, BBl 1992 I 180 f.). Dabei kann die Kantonsregierung im letzten der erwähnten Fälle auch den bestehenden Vertrag um ein Jahr verlängern (Art. 47 Abs. 3 KVG).

Gemäss Art. 46 Abs. 2 KVG ist ein von einem Verband abgeschlossener Tarifvertrag für dessen Mitglieder zwar nur dann verbindlich, wenn sie diesem Vertrag beigetreten sind. Gemäss bundesrätlicher Praxis müssen Versicherer oder Leistungserbringer, die den Verträgen ihrer Verbände unter Berufung auf Art. 46 Abs. 2 KVG nicht beitreten, jedoch darum bemüht sein, dem Grundgedanken des Systems der Tarifgestaltung folgend zu entsprechenden Vereinbarungen mit der Gegenseite zu kommen. Dieses System würde ad absurdum geführt, wenn Tarifpartner, die sich der konstruktiven Mitarbeit in Vertragsverhandlungen verweigern, dadurch die ihnen zugedachte Rolle bei der Tariffindung beliebig auf die staatlichen Behörden überwälzen könnten. Die Botschaft des Bundesrates, der in diesem Punkt weder im Stände- noch im Nationalrat widersprochen worden ist, stellt die Absicht des Gesetzgebers klar, dass Tarife nur in Ausnahmesituationen hoheitlich festzulegen seien (Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zur Kranken- und Unfallversicherung [RKUV] 5/1998, S. 410 ff., E. 3; VPB 64.14 = RKUV 2/1999 S. 174 ff., E. 3 und 4).

Da selbst ein überzeugend berechneter alternativer Tarifvorschlag nicht unbedingt zum Ziel führen wird, steht als Ausweg nach dem Scheitern der Verhandlungen der Weg zur hoheitlichen Tariffestsetzung offen. Allerdings kann nur derjenige Tarifpartner mit dem Erlass eines für ihn günstigeren Tarifs rechnen, der sich nicht bloss darauf beschränkt darzulegen, was gegen den vom Verband abgeschlossenen Vertrag einzuwenden sei, sondern konstruktive und substantiierte Vorschläge zur Tarifgestaltung vorlegt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesrates wird daher ein Krankenversicherer oder Leistungserbringer, der dem Verbandsvertrag nicht beigetreten ist, aber auch gegenüber dem Tarifpartner oder danach der zur Tariffestsetzung zuständigen Kantonsregierung keine eigenen konstruktiven und substantiierten Vorschläge zur Tarifgestaltung gemacht hat, es hinnehmen müssen, dass der vom Verband abgeschlossene Tarif auch für ihn festgesetzt wird (RKUV 5/1998, S. 410 ff., E. 3.4).

4. Gegen diese Rechtsprechung erheben die Vorinstanz, die Vertragsspitäler und der Kassenverband den Einwand, sie trage dem Umstand nicht Rechnung, dass die dem Verbandsvertrag nicht beigetretenen Verbandsmitglieder selber an den vorangegangenen Verhandlungen über den Verbandsvertrag beteiligt gewesen seien. Eine Verpflichtung zu neuen, separaten Verhandlungen nach dem Nichtbeitritt erscheine nur dann sinnvoll, wenn das betreffende Verbandsmitglied nicht schon in die Verhandlungen über den Verbandsvertrag eingebunden gewesen sei und dort Gelegenheit gehabt habe, die eigenen Anliegen einzubringen.

Wenn aber Versicherer - wie im vorliegenden Fall - nur insoweit an den Vertragsverhandlungen der Verbände beteiligt sind, als sie durch eigene Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen in der Geschäftsleitung des Kassenverbandes vertreten sind und jene als Verhandlungsdelegierte agieren, verwirken sie den Anspruch nicht, später frei zu wählen, ob sie dem Verbandsvertrag beitreten möchten oder nicht. Das in Art. 46 Abs. 2 KVG verankerte Recht ist zwingender Natur: Gemäss Abs. 3 derselben

Bestimmung sind Sondervertragsverbote zu Lasten von Verbandsmitgliedern, die Verpflichtung von Verbandsmitgliedern auf bestehende Verbandsverträge, Konkurrenzverbote zu Lasten von Verbandsmitgliedern und Exklusivitäts- und Meistbegünstigungsklauseln nicht zulässig und damit ungültig, ohne Rücksicht, darauf, ob sie in einem Tarifvertrag oder in getrennten Vereinbarungen oder Regelungen enthalten sind; diese Aufzählung der verpönten Massnahmen ist nicht abschliessend. Folglich kann das Verbandsmitglied nicht zum Voraus auf sein in Art. 46 Abs. 2 KVG statuiertes Recht verzichten, nicht durch Parteiabrede und schon gar nicht durch faktisches Verhalten. Die Auffassung, wonach ein Verbandsmitglied von vornherein verpflichtet ist, dem Verbandsvertrag beizutreten, wenn es in der Geschäftsleitung des Verbandes vertreten ist, widerspricht somit dem KVG; selbst wenn ein Vertreter eines Versicherers als Verhandlungsdelegierter des Verbandes an den Tarifverhandlungen teilnimmt, verliert das Verbandsmitglied nicht das Recht, dem Verbandsvertrag nicht beizutreten und von der Gegenseite das Führen separater Verhandlungen zu verlangen. Es anders zu halten, bedeutete auch, diese Versicherer im Vergleich zu denen, die nicht in der Geschäftsleitung vertreten sind, in stossender Weise zu benachteiligen. Es ist zwar richtig, dass jene ihre Anliegen und Interessen durch den Sitz in der Geschäftsleitung besser geltend machen können; andererseits können ihre Vertreter aber auch bei Beschlüssen der Geschäftsleitung überstimmt werden und sie daher am Beitritt zum Verbandsvertrag ebenso wenig interessiert sein wie ein Verbandsmitglied, das keinen Sitz in der Geschäftsleitung beansprucht. Der Umstand, dass die Verbandsstatuten vorsehen, dass sich die Verbandsmitglieder den Beschlüssen des Verbandes zu unterziehen haben, vermag wegen der derogatorischen Kraft des Bundesrechts daran nichts zu ändern.

Der Bundesrat weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass er die von den Vertragsspitälern vertretene Ansicht nicht teilt, es sei ein klarer Fall des Verstosses gegen Treu und Glauben (*venire contra factum proprium*), wenn Verbandsmitglieder sich nachträglich auch in ihrem Namen vom Verband geführte Verhandlungen nicht zurechnen lassen wollten und dem Verbandsvertrag nicht beiträten. Würde man der Argumentation der Vertragsspitäler folgen, müsste die Entscheidung eines Verbandsmitgliedes für den Nichtbeitritt in jedem Fall als rechtsmissbräuchlich angesehen werden, womit der in Art. 46 Abs. 2 KVG statuierte Grundsatz der Vertragsfreiheit völlig ausgehöhlt würde.

5. Der Bundesrat sieht demnach im Prinzip keinen Grund dafür, von der zitierten Rechtsprechung abzuweichen.

Die Komplexität des vom Regierungsrat genehmigten Vertragswerkes, welchem die Beschwerdeführerinnen nicht beigetreten sind, aber auch die Dauer der Vertragsverhandlungen zwischen den Verbänden, werfen allerdings Fragen auf, welche vom Bundesrat vor allem im Bezug auf die Anforderungen, welchen ein Vorschlag zur Aufnahme von separaten Tarifverhandlungen zu genügen hat, bisher noch nicht zu beantworten waren. Nicht entschieden werden musste vom Bundesrat bislang ferner, in welchem Zeitpunkt ein dem Verbandsvertrag nicht beigetretenes Verbandsmitglied der Gegenseite einen eigenen Vorschlag zur Tarifgestaltung unterbreiten muss.

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob ein Krankenversicherer, der dem Verbandsvertrag nicht beigetreten ist, aber auch gegenüber dem Tarifpartner keine eigenen konstruktiven Vorschläge zur Tarifgestaltung gemacht hat, es auch dann hinnehmen muss, dass der vom Verband abgeschlossene Tarif auch für ihn festgesetzt wird, wenn der Tarifierlass Modalitäten enthält, die gegen zwingende Vorschriften des KVG verstossen.

Es ist daher zu prüfen, inwieweit diese Rechtsprechung einer Präzisierung bedarf.

5.1. Zunächst ist zu beantworten, welchen Anforderungen ein Vorschlag zur Aufnahme von separaten Tarifverhandlungen zu genügen hat.

Wie der Bundesrat in seinem unveröffentlichten Entscheid vom 23. Juni 1999 in Sachen Versicherer W. gegen den Regierungsrat des Kantons Basellandschaft und die Praxis-Klinik B. betreffend Tariffestsetzung (...) festgehalten hat, ist ein Verhandlungen einleitender Vorschlag konstruktiv, wenn er dem Verhandlungspartner nach Treu und Glauben einen Anreiz zur Führung weiterer Verhandlungen bietet, und er ist substantiiert, wenn er auf einer Auseinandersetzung mit der konkreten Situation unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorschriften beruht.

Da aber nur substantiierte Vorschläge nach Treu und Glauben Anreiz zur Führung weiterer Verhandlungen bieten können, genügt es zu verlangen, dass Alternativvorschläge konstruktiv sein müssen (so wie dies der Bundesrat in seinem Entscheid in Sachen Spitaltarife des Kantons Jura, in welchem die oben dargelegte Rechtsprechung begründet worden ist, ursprünglich auch gefordert hatte; vgl. RKUV 5/1998 S. 410 ff.).

Allerdings kann ein Verhandlungen einleitender Vorschlag nicht bereits deshalb als konstruktiv betrachtet werden, weil er auf einer Auseinandersetzung mit der konkreten Situation unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorschriften beruht. Jener ist nur dann konstruktiv, wenn er ausserdem die alternativ vorgeschlagene Tarifregelung in ausgereifter Form umschreibt und die vorgeschlagene Tarifgestaltung im Vergleich zum Verbandsvertrag in qualitativer Hinsicht nicht offensichtlich abfällt. Gerade wenn - wie vorliegend - durch den Verbandsvertrag ein Wechsel des Tarifsystems geregelt wird und es sich bei dieser Tarifgestaltung um ein umfangreiches und komplexes Vertragswerk handelt, besteht nur bei Erfüllen sämtlicher der genannten Anforderungen eine Chance, dass zwischen einem dem Verbandsvertrag nicht beigetretenen Versicherer und Vertragsspitälern nochmals ernsthaft verhandelt wird, und nur dann kann nach Treu und Glauben verlangt werden, dass sich die Vertragsspitäler auf neue Verhandlungen einlassen.

Eine Auseinandersetzung mit der konkreten Kostensituation bedingt in der Regel, dass sich die Versicherer, die dem vom Verband abgeschlossenen Tarif nicht beigetreten sind, auch mit dem Verbandsvertrag auseinandersetzen haben, indem sie den Spitälern die Mängel und Schwächen des kritisierten Verbandsvertrages aufzeigen und darlegen, worin die Vorzüge des eigenen Tarifvorschlages im Vergleich zum Verbandstarif liegen. Ein Mängelrüge ist nur dann nicht nötig, wenn der Versicherer einen Leistungserbringer mit besonderen Argumenten zum Abschluss eines für ihn günstigeren Vertrages

als dem mit dem Verband geschlossenen bewegen möchte, indem er jenem beispielsweise anbietet, ihn im Gegenzug in ein Versicherungsmodell mit eingeschränktem Wahlrecht nach Art. 41 Abs. 4 KVG aufzunehmen.

Würden weniger hohe Anforderungen an Alternativvorschläge gestellt, kämen vertragliche Vereinbarungen zwischen den dem Verbandsvertrag nicht beitretenden Versicherer und den Leistungserbringern kaum mehr zustande, weil die Leistungserbringer wohl nicht gewillt wären, erneut ernsthaft zu verhandeln. Des Weiteren würde das Interesse der Verbände an Verhandlungen schwinden, weil ihnen auch nach noch so aufwändigen Verhandlungen (wie etwa bei einem komplizierten Wechsel des Tarifsystems) drohte, sich regelmässig nochmals auf Verhandlungen einlassen und den Verhandlungsprozess von vorne beginnen zu müssen. Das führte dazu, dass Verhandlungslösungen (sowohl Verbandstarife wie auch separat ausgehandelte Tarife) nur noch ausnahmsweise zustande kämen und die hoheitliche Festsetzung der Tarife die Regel wäre, was aber - wie gesagt - dem gesetzlich verankerten Verhandlungsprimat widerspräche.

5.2. Wie bereits dargelegt müssen Versicherer oder Leistungserbringer, die den Verträgen ihrer Verbände unter Berufung auf Art. 46 Abs. 2 KVG nicht beitreten, darum bemüht sein, dem Grundgedanken des Systems der Tarifgestaltung folgend zu entsprechenden Vereinbarungen mit der Gegenseite zu kommen. Alle Tarifpartner sind dazu verpflichtet, nach Kräften auf das Zustandekommen von Tarifverträgen hinzuwirken. Damit ist aber nicht gesagt, in welchem Zeitpunkt sie verpflichtet sind, mit der Gegenseite Verhandlungen aufzunehmen und ihre alternativen Vorstellungen darzulegen. Dem Wortlaut von Art. 46 Abs. 2 KVG lässt sich nicht entnehmen, in welchem Zeitpunkt die Verhandlungspflicht beginnt.

Gemäss Art. 46 Abs. 2 KVG steht dem dem Verbandsvertrag nicht beigetretenen Mitglied frei, ob es einem Verbandsvertrag beitrifft oder nicht. Dabei handelt es sich um zwingendes Recht (vgl. E. 4 hiervor). Frei entscheiden kann sich aber das Verbandsmitglied nur dann, wenn der genehmigte Verbandsvertrag vorliegt, denn vor Abschluss der Vertragsverhandlungen und vor der Genehmigung durch die Kantonsregierung steht noch gar nicht mit Sicherheit fest, welcher Tarif aufgrund des Verbandsvertrages schliesslich gelten wird; somit kann das einzelne Verbandsmitglied auch nicht im Voraus, das heisst vor einer Würdigung des genehmigten Vertragswerkes und der Erkenntnisse aus dem Genehmigungsverfahren (z. B. nicht berücksichtigte Elemente der Empfehlung der Preisüberwachung, welche die Kantonsregierung von Gesetzes wegen vor der Genehmigung einzuholen hat), wirklich wissen, ob es dem Verbandsvertrag beitreten möchte. Einem Verband angeschlossene Versicherer und Leistungserbringer müssen somit zuerst das Ergebnis der Verbandsverhandlungen abwarten können, bevor sie selber Verhandlungen aufnehmen.

Folglich ist das Verbandsmitglied nicht bereits während der Verhandlungen der Verbände verpflichtet, separate Verhandlungen mit der Gegenseite aufzunehmen, selbst wenn es bereits vor dem Abschluss der Verhandlungen überzeugt sein sollte, dass es dem Verbandsvertrag nicht beitreten will. Ein Vorschlag zur Aufnahme von Tarifverhandlungen muss daher erst nach Ablauf einer angemessenen Frist nach der Genehmigung des Verbandsvertrages der Gegenseite unterbreitet werden. Angesichts der hohen Anforderungen

an einen solchen Vorschlag (vgl. E. 5.1 hiervor) können Verbandsmitglieder aber etwa bei einem komplizierten Wechsel des Tarifierungssystems wie im vorliegenden Fall für das Ausarbeiten eines solchen Vorschlages eine Frist von mehreren Monaten beanspruchen.

Aus Sicht des KVG ist das Mitglied eines Verbandes auch gegenüber seinem eigenen Verband nicht verpflichtet, seine Kritik bereits während den Verhandlungen der Verbände anzubringen und seine Absicht, dem Verbandsvertrag nicht beizutreten, kundzutun. Es ist dem dem Verbandsvertrag nicht beitretenden Verbandsmitglied freilich nicht verwehrt, seine Kritik gegenüber dem Verbandsvertrag bereits während der Verhandlungen der Verbände zu äussern, ja es ist sogar wünschenswert, dass sich die Verbandsmitglieder möglichst früh und aktiv an den Verhandlungen beteiligen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz und der Vertragsspitäler verwirkt das einzelne Verbandsmitglied indes nicht das Recht, später während der separaten Vertragsverhandlungen (und falls kein separater Vertrag zustande kommt, im Tariffestsetzungsverfahren) den Verbandsvertrag umfassend zu kritisieren, nur weil einzelne Punkte (auf dessen Initiative hin) während der Verbandsverhandlungen bereits diskutiert und verworfen worden sind.

6.1. Die Vorinstanz macht geltend, auf die Rügen der Beschwerdeführer, der Verbandstarif sei unangemessen und widerspreche dem Gesetz, könne schon deswegen nicht materiell eingetreten werden, weil diese Rügen von der Sache her die Richtigkeit des unangefochtenen und daher rechtskräftigen Genehmigung des Vertragstarifs in Frage stellen würden. Da - wie gesagt - das einzelne Mitglied eines Verbandes, das dem vom Verband abgeschlossenen Tarif nicht beigetreten ist, zum einen sich in der Regel auch mit dem Verbandsvertrag auseinanderzusetzen hat, wenn es dem Tarifpartner einen alternativen Vorschlag zur Tarifgestaltung vorlegt (vgl. E. 5.1 hiervor), und zum anderen gemäss Praxis des Bundesrates zur Beschwerde gegen die Genehmigung des Verbandsvertrages gar nicht legitimiert ist, weil es durch den Verbandsvertrag (und dessen Genehmigung) gar nicht beschwert ist (VPB 66.79 = RKUV 5/2001 S. 371 ff.), müssen die genannten Vorwürfe gegen den Verbandstarif, dessen Geltung durch den angefochtenen Beschluss auf die Beschwerdeführer ausgedehnt worden ist, vom Bundesrat grundsätzlich überprüfbar sein. Freilich wird damit aber nicht die Gültigkeit des Verbandsvertrages in Frage gestellt; die Rügen richten sich gegen die hoheitliche Tariffestsetzung und können allenfalls zur Aufhebung des Tariffestsetzungsbeschlusses führen, jedoch nicht zur Aufhebung der rechtskräftigen Genehmigung des Verbandsvertrages. Der dadurch drohende Zustand mag insofern unbefriedigend erscheinen, als dadurch weiterhin ein Verbandstarif gelten kann, dessen Unangemessenheit oder Gesetzwidrigkeit vom Bundesrat indirekt festgestellt wurde, jedoch dürfte dieser Zustand kaum von Dauer sein; kann doch davon ausgegangen werden, dass ein solcher Vertrag von der durch diesen Umstand benachteiligten Vertragspartei bei nächster Gelegenheit gekündigt würde.

6.2. Werden aber alternative Tarifvorschläge und Vorbehalte gegen das Vertragswerk der Verbände erst im Tariffestsetzungsverfahren gegenüber der Kantonsregierung oder gar erst im Beschwerdeverfahren vor dem

Bundesrat vorgebracht, sind sie verspätet, denn die Mängelrüge gegen den Verbandsvertrag ist Voraussetzung dafür, dass ein Verhandlungen einleitender Vorschlag als konstruktiv betrachtet werden kann.

7. Wenn der Tariferlass Modalitäten enthält, die gegen zwingende Vorschriften des KVG verstossen, überwiegt nach Ansicht des Bundesrates das öffentliche Interesse an der Korrektur des angefochtenen Tariferlasses jenes an der Aufrechterhaltung der vom Gesetzgeber vorgesehen Art und Weise des Zustandekommens von Tarifen. Insoweit hält der Bundesrat eine materielle Überprüfung des Tariferlasses auch dann für angebracht, wenn die Versicherer, welche dem von ihrem Verband abgeschlossenen Tarifvertrag nicht beigetreten sind, der vom Bundesrat geforderten Pflicht, mit der Gegenseite zu verhandeln, nicht nachgekommen sind.

Gemäss Praxis des Bundesrates ist Art. 42 Abs. 1 KVG, der das System des «tiers garant» verankert und in diesem Sinne bestimmt, dass die Versicherten den Leistungserbringern die Vergütung der Leistung schulden, sofern Versicherer und Leistungserbringer nichts anderes vereinbaren, als zwingendes Recht zu betrachten. Es kann daher nur mit Zustimmung der Tarifparteien und insbesondere der Versicherer geändert werden, weshalb die Kantonsregierung als Tariffestsetzungsbehörde nicht einseitig von dieser Regel abweichen kann (Bundesratsentscheid vom 19. Dezember 2001 i.S. Krankenversicherer gegen den Regierungsrat des Kantons Zürich betreffend Festsetzung der Spitaltarife, Teilentscheid I, E. 11.1.2).

Art. 42 Abs. 1 KVG verwehrt somit dem Regierungsrat den Spielraum, über den er bei der Festsetzung der Höhe des Tarifs, aber auch bei der Festlegung des Tarifierungssystems und der Regelung anderer Modalitäten im vertragslosen Zustand aufgrund von Art. 47 Abs. 1 KVG verfügt. Wenn im Verbandsvertrag festgelegt wurde, dass die Versicherer den Leistungserbringern die Vergütung der Leistung direkt schulden (System des «tiers payant»), und die Kantonsregierung die Geltung des vom Verband abgeschlossenen Vertrags umfassend auf die Krankenversicherer ausdehnt, die dem Verbandsvertrag nicht beigetreten sind, weicht er von der Regelung des «tiers garant» ab und verstösst damit gegen Art. 42 Abs. 1 KVG.

8. Im Folgenden ist zu prüfen, ob das von den Beschwerdeführer den Vertragsspitälern am 1. März 2001 unterbreitete fünfseitige «Grobkonzept für Verhandlungen eines alternativen Tarifvertrages 2001» (im Folgenden: Grobkonzept) im Sinne dieser Ausführungen als konstruktiver Vorschlag zur Aufnahme von separaten Tarifverhandlungen qualifiziert werden kann. Genehmigt wurde der Spitalvertrag am 5. Dezember 2000. Angesichts des komplizierten Wechsels des Tarifierungssystems im vorliegenden Fall erachtet der Bundesrat das Vorlegen des Vorschlages als rechtzeitig.

Der Regierungsrat und die Vertragsspitäler stellen sich auf den Standpunkt, dass sich die in diesem Grobkonzept enthaltenen Vorschläge nicht als konstruktiv erweisen würden, weil es sich durchwegs um Verhandlungspunkte handle, welche entweder im nun vorliegenden Spitalvertrag 2001-2003 bereits enthalten seien oder im Rahmen der Verhandlungen zwischen den Parteien schon einmal diskutiert und schliesslich gemeinsam verworfen worden seien. Nach Ansicht von Santésuisse hätten die Beschwerdeführer nur Vertragsverhandlungen angeboten, ohne dabei konkrete Vorschläge zu unterbreiten. Das Bundesamt

für Sozialversicherung (BSV) bezeichnet das Verhandlungsangebot der nicht beigetretenen Versicherer als ernsthaft und zieht daraus den Schluss, dass es durchaus hätte aufgenommen werden können. Das BSV begründet diese Meinung damit, dass zumindest ein Vorschlag unterbreitet worden sei, der sich an die Systeme der Spitaltarife anlehne, wie sie in den Kantonen Zürich oder Thurgau eingeführt worden seien.

Der Verbandsvertrag ist ein sehr umfassendes Vertragswerk, womit ein Wechsel des Tarifsystems zu einem Modell vollzogen wird, das aus mehreren Modulen aufgebaut ist. Diese Module bestehen aus einer Tagespauschale für operative und nicht operative Bereiche, einer zeitabhängigen Operationspauschale, einer Notfallpauschale, Fallpreispauschalen und der zusätzlichen Verrechnung besonders teurer Materialien.

Demgegenüber beschränkt sich die im Grosskonzept enthaltene Vertragsofferte der dem Verbandsvertrag nicht beigetretenen Versicherer im Wesentlichen ohne weitere Begründung auf den Vorschlag, über jeweils zwei Pauschalen pro Spital, nämlich eine Fallpauschale (Behandlungspauschale) und eine Tagespauschale (für Unterkunft, Pflege und Verpflegung), zu verhandeln. Dabei soll durch unterschiedliche Fallpauschalen den divergenten Kostenunterschieden zwischen operativen und nicht operativen Tätigkeiten der Spitäler Rechnung getragen werden und allenfalls auch über abteilungsorientierte Fallpauschalen verhandelt werden. Ein Zeitfenster schlägt Termine für die Vorbereitung und Durchführung der Verhandlungen bis 31. August 2001 vor.

Diese Vorschläge sind offensichtlich zu rudimentär und unausgereift, als dass sie mit Blick auf die zitierte bundesrätliche Rechtsprechung, welche vorne präzisiert wurde (vgl. E. 5.1 hiervor), als konstruktiv bezeichnet werden könnten. In qualitativer Hinsicht lässt sich der Vorschlag mit dem Verbandsvertrag gar nicht vergleichen, da jener, nur schon was den Detaillierungsgrad und die Differenziertheit der Tarifgestaltung angeht, der Lösung der Verbände keineswegs ebenbürtig ist.

Die dem Verbandsvertrag nicht beigetretenen Versicherer haben es zudem versäumt, sich mit dem während fast zweier Jahren entwickelten neuen Tarifsysteem in Basel-Stadt vertieft auseinanderzusetzen. Weder wurden den Spitälern die Mängel und Schwächen des kritisierten Verbandsvertrages aufgezeigt noch wurde dargelegt, worin die Vorzüge des eigenen Vorschlages im Vergleich zum Verbandsvertrag liegen sollen. Entgegen der Ansicht des BSV genügt es nicht, dass sie sich an die Systeme der Spitaltarife anlehnen, wie sie in den Kantonen Zürich oder Thurgau eingeführt worden sind. Im Gegenteil, mit Blick auf diesen Umstand hätte es den Beschwerdeführer leichter fallen müssen, Argumente zu finden, um die Stärken des vorgeschlagenen Tarifmodells ausführlich herauszuarbeiten und klarzulegen.

Die Beschwerdeführer halten dem Vorwurf, sie hätten nicht genügend differenzierte Verhandlungsvorschläge gemacht, entgegen, sie hätten nicht die Möglichkeit gehabt, alternative Tarifvorschläge zu kalkulieren und vorzuschlagen, weil ihnen das massgebliche Zahlenmaterial vorenthalten worden sei. Selbst die rudimentärsten Zahlen der Basler Spitäler gemäss Basler Usanz (Jahr 1999) hätten den Beschwerdeführern noch im Herbst 2000

nicht zur Verfügung gestanden. In der Not hätten sie deshalb ein abstraktes Verhandlungskonzept und eine neue Tarifstruktur ausgearbeitet, welche zu diskutieren sich die Spitäler geweigert hätten.

Dieser Einwand vermag nicht zu überzeugen. Selbst wenn den Beschwerdeführer tatsächlich die Einsicht in die Spitalrechnungen und in das von ihnen sonst noch verlangte Zahlenmaterial verweigert worden ist, wie sie behaupten, kann das ihren Verzicht auf eine Auseinandersetzung mit dem Vertragstarif und die Beschränkung des Alternativvorschlages auf die Auflistung ein paar weniger Prinzipien nicht rechtfertigen. Vielmehr durfte von den dem Verbandsvertrag nicht beigetretenen Versicherer erwartet werden, dass sie auch ohne genaue Kenntnis der Kalkulationsgrundlagen für die Verbandspauschalen zumindest den Systemwechsel in der Abrechnung fundiert kritisieren, das alternativ vorgeschlagene Tarifmodell ausführlich umschreiben und dessen Vorzüge erläutern. Dass sie dazu in der Lage waren, beweist die 65-seitige Beschwerdeschrift, in der sie den Verbandsvertrag eingehend beanstandet haben.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Grobkonzept nach Treu und Glauben keinen Anreiz zur Führung weiterer Verhandlungen bietet, womit auch nicht von einem konstruktiven Vorschlag zur Tarifgestaltung gesprochen werden kann. Selbst wenn dieser Vorschlag zusätzlich mit Zahlen hinterlegt worden wäre, würde dies nichts an diesem Umstand ändern. Daher ist auch der Antrag auf Akteneinsicht und Akteneidition (...) abzuweisen.

9. Die materielle Überprüfung des angefochtenen Beschlusses beschränkt sich daher auf die Frage, ob der Tariferlass gegen zwingendes Recht verstösst.

9.1. Indem der angefochtene Beschluss die Geltung des vertraglich vereinbarten Tarifs in allen seinen Bestandteilen auf die Beschwerdeführerinnen ausdehnt, also auch hinsichtlich Ziff. 271 des Spitalvertrages 2001-2003, wonach die Spitäler direkt mit dem Versicherer über die stationäre Behandlung abrechnen (System des «tiers payant»), weicht er von der Regelung des «tiers garant» ab, ohne dass eine Abrede zwischen den Tarifpartnern dazu ermächtigt, und verstösst somit gegen zwingendes Recht (Art. 42 Abs. 1 KVG; vgl. Ziff. 7 hiervor).

Insoweit ist daher die Beschwerde gutzuheissen und der Beschluss in diesem Punkt aufzuheben: die Regelung gemäss Ziff. 271 des Spitalvertrages 2001-2003 (System des «tiers payant») finden demnach für die Beschwerdeführerinnen keine Anwendung; ebenso wenig die Modalitäten in Ziff. 272 des Spitalvertrages 2001-2003, die auf dem System des «tiers payant» basieren (z. B. Zahlungsfrist und Verzugszins). Dabei ist aber eine angemessene Anpassungsfrist für die Umstellung auf das System des «tiers garant» einzuräumen.

Für die Frage, ob bei einer Umstellung auf das System des «tiers garant» wegen des Inkassorisikos und der zusätzlichen Kosten für die Spitäler die Tarife neu berechnet werden müssen, ist auf die Praxis des Bundesrates zu verweisen. Danach ist zwischen den rein administrativen Inkassokosten und dem Inkassorisiko zu unterscheiden. Inkassokosten fallen auf jeden Fall an, sei es beim Leistungserbringer oder, im Falle des «tiers payant», beim Versicherer. Sie sind daher auf die Kosten anrechenbar und vom Prämienzahler zu tragen. Anders aber das vermeidbare Inkassorisiko:

Den Versicherten ist nicht zuzumuten, höhere Prämien zu zahlen, weil die Tarifpartner keine Einigung über einen Tarifvertrag und das System des «tiers payant» zustande gebracht haben. Solange demnach das System des «tiers payant» nicht vereinbart worden ist, trifft dieses Risiko allein den Leistungserbringer, ohne dass er es über die Tarife der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abwälzen könnte. Dies stellt zweifellos eine Härte für die betroffenen Leistungserbringer dar; der Bundesrat hat jedoch bereits früher betont, dass den Tarifparteien, soweit dies ohne Benachteiligung der Versicherten geschehen könne, im vertragslosen Zustand gewisse Nachteile zuzumuten seien, die nur durch Verträge behoben werden können (Bundesratsentscheid vom 19. Dezember 2001 i.S. Krankenversicherer gegen den Regierungsrat des Kantons Zürich betreffend Festsetzung der Spitaltarife, Teilentscheid I, E. 11.1.2; Bundesratsentscheid vom 20. Oktober 1999 i.S. Schaffhauser Arzttarif, E. II/4.32; Bundesratsentscheid vom 10. Mai 2000 i.S. Schaffhauser Kernspintomographie [MRI]-Tarif, E. II/7.22).

9.2. In allen weiteren Punkten verstösst der angefochtene Tarifierlass nicht gegen zwingende Gesetzesvorschriften; diesbezüglich ist die Beschwerde daher abzuweisen.

10. Die Voraussetzung zur Tariffestsetzung lagen für den Regierungsrat im Übrigen vor; unzutreffend ist die Ansicht der Beschwerdeführer, der Erlass des regierungsrätlichen Tarifs sei zu früh und somit im Widerspruch zum KVG erfolgt, weil die Vertragsspitäler mit den Beschwerdeführer keine weiteren Verhandlungen geführt hätten.

Es ist zwar richtig, dass zum einen nach der Rechtsprechung des Bundesrates die Kantonsregierung erst dann einen Tarif festsetzt, wenn trotz darauf zielender Verhandlungen oder Angebote kein Vertrag zustande gekommen ist (VPB 64.14 = RKUV 2/1999, S. 174, E. 3.1), und zum anderen alle Tarifpartner dazu verpflichtet sind, nach Kräften auf das Zustandekommen von Tarifverträgen hinzuwirken. Wenn Versicherer einem Vertrag ihres Verbandes unter Berufung auf Art. 46 Abs. 2 KVG nicht beigetreten sind, müssen aber in erster Linie sie darum bemüht sein, zu Vereinbarungen mit der Gegenseite zu kommen, und nicht die Leistungserbringer, welche dem Verbandsvertrag beigetreten sind. Diese haben a priori kein Interesse an Separatverträgen, und es kann von ihnen somit auch nicht verlangt werden, dass sie den ersten Schritt tun. Vertragsspitäler sind demnach erst dann verpflichtet, weitere Verhandlungen zu führen, wenn ihnen von den dem Verbandsvertrag nicht beigetretenen Versicherern ein Verhandlungen einleitender Vorschlag unterbreitet worden ist, und zwar ein konstruktiver, was - wie vorne dargelegt - vorliegend nicht der Fall war.

Wird - wie vorliegend - von Krankenversicherern, die dem Verbandsvertrag nicht beigetreten sind, nicht das ihre getan, um zu einem Vertrag zu kommen, können demnach die dem Verbandsvertrag beigetretenen Leistungserbringer - auch ohne weitere Verhandlungen angeboten oder geführt zu haben - beim Regierungsrat Antrag auf Tariffestsetzung stellen oder der Regierungsrat kann von sich aus den Tarif festsetzen, damit die infolge des vertragslosen Zustandes drohende Rechtsunsicherheit behoben werden kann.

[66] Zu lesen auf der Internetseite des Bundesamtes für Justiz unter http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/gesetzgebung/bundesverfassung.Par.0006.File.tmp/bv-alt-d.pdf

JAAC 68.33 - Entscheid des Bundesrates vom 6. November 2002 in Sachen diverse Krankenversicherer gegen den Kanton Basel-Stadt, Publikation in Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zur Kranken- und Unfallversicherung [RKUV] vorgesehen

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2004
Année	
Anno	
Band	68
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 006 500

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.

Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.