RKUV / RAMA / RAMI 1/2004

Kranken- und Unfallversicherung
Rechtsprechung und Verwaltungspraxis

Assurance-maladie et accidents
Jurisprudence et pratique administrative

Assicurazione malattia e infortuni
Giurisprudenza e prassi amministrativa

BAG OFSP UFSP SFOPH

Impressum

Ausgabe/Edition/Edizione: 1/2004

Herausgeber/Editeur/Editore:

Redaktion/Rédaction/Redazione:
Marc Léderrey, Monika Schuler,
Bernard Schuler, Helen Kaufmann

Weitere Informationen/Autres informations/Altre informazioni:
BAG, Kranken- und Unfallversicherung
Effingerstrasse 20, 3003 Bern
Telefon 031 322 91 12, Telefax 031 322 90 20
E-Mail: franziska.zaugg@bag.admin.ch (KV/AM)
E-Mail: anne-marie.flury@bag.admin.ch (UV/AA/AInf)

Vertrieb/Distribution/Distribuzione:
BBL, Vertrieb Publikationen, CH-3003 Bern
OFCL, Diffusion publications, CH-3003 Berne
UFCL, Distribuzione pubblicazioni, CH-3003 Berna

Internet-Bestellung/Commande par Internet/Commande per Internet:
www.bbl.admin.ch/Bundespublikationen

Auflage/Tirage/Tiratura: 1900

Erscheint 5–6 mal jährlich/Paraît 5–6 fois par année/Pubblicato 5–6 volte l'anno

Abonnementspreis inkl. MWSt: Fr. 27.60
Prix d'abonnement TVA incluse: fr. 27.60
Prezzo d'abbonamento IVA compresa: fr. 27.60

BBL-Artikelnummer: 316.997.04

BAG-Publikationsnummer: BAG KUV 3.04 1900kombi 60EXT04001

Gedruckt auf chlorfrei gebleichtem Papier

März 2004/mars 2004/marzo 2004

Inhalt
Sommaire
Sommario

Krankenversicherung/Assurance-maladie/Assicurazione malattia

Vertragsverhandlungen

KV 265 Entscheid des Bundesrates vom 6. November 2002 in Sachen diverse Krankenversicherer gegen den Kanton Basel-Stadt betreffend die Tariffestsetzung im vertragslosen Zustand

Das Mitglied des Regierungsrates musste beim angefochtenen Tariffestsetzungsbeschluss nicht in den Ausstand treten, obschon es dem Verwaltungsrat der Krankenkasse Y. angehört (Erw. II. 2).

Das in Artikel 46 Absatz 2 KVG verankerte Recht ist zwingender Natur. Folglich kann das Verbandsmitglied nicht zum Voraus auf sein in Artikel 46 Absatz 2 KVG statuiertes Recht verzichten, nicht durch Parteiabrede und schon gar nicht durch faktisches Verhalten (Erw. II. 4).

Da nur substantiierte Vorschläge nach Treu und Glauben Anreiz zur Führung weiterer Verhandlungen bieten können, genügt es zu verlangen, dass Alternativvorschläge konstruktiv sein müssen. 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. Wenn 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 (Erw. II. 5.1; Bestätigung der Rechtsprechung).

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, 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. Eine 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 Artikel 41 Absatz 4 KVG aufzunehmen (Erw. II. 5.1).

Das Verbandsmitglied ist 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 (Erw. II. 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 (Erw. II. 6.2).

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 (Erw. II. 7; Bestätigung der Rechtsprechung).

Wenn im Verbandsvertrag daher 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 (Erw. II. 7).

Wenn Versicherer einem Vertrag ihres Verbandes nicht beigetreten sind, müssen 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 (Erw. II. 10).

- **Le membre du Conseil d'Etat ne devait pas se récuser pour la décision tarifaire attaquée, même s'il fait partie du conseil d'administration de la caisse-maladie Y. (cons. II. 2).**

  La règle ancrée à l'art. 46, al. 2, LAMal est de droit impératif. Il s'ensuit que le membre de la fédération ne peut pas renoncer à l'avance à son droit prévu à l'art. 46, al. 2, LAMal, ni par un accord entre les parties ni, en tous les cas, par actes concluants (cons. II. 4).

  Comme, selon les règles de la bonne foi, seules des propositions étayées peuvent offrir une occasion de mener d'autres négociations, il suffit d'exiger que des propositions alternatives soient constructives. Toutefois, une proposition menant à des négociations ne saurait être qualifiée de constructive pour la seule raison qu'elle se base sur une analyse de la situation concrète qui tient compte des prescriptions légales. Elle n'est constructive que lorsqu'elle décrit en outre sous une forme mûrie la réglementation tarifaire proposée comme alternative et que la conception tarifaire proposée ne doit pas manifestement céder le pas à la convention liant la fédération d'un point de vue qualitatif. Lorsqu'un changement du système tarifaire est réglé par la convention liant la fédération et qu'il s'agit, avec cette conception tarifaire, d'un ouvrage contractuel ample et complexe, il n'existe une chance de nouvelles négociations sérieuses entre un assureur n'ayant pas adhéré à la convention conclue par la fédération et les hôpitaux liés à la convention que si toutes les exigences précitées sont comblées et c'est seulement à cette condition qu'il peut être exigé selon les règles de la bonne foi que les hôpitaux liés à la convention entament de nouvelles négociations (cons. II. 5.1; confirmation de la jurisprudence).

  Une analyse de la situation concrète des coûts suppose en règle générale que les assureurs qui n'ont pas adhéré au tarif conclu par la fédération se déterminent également sur la convention liant la fédération en relevant à l'intention des hôpitaux les défauts et les faiblesses de cette convention critiquée et en leur expliquant en quoi consistent les avantages de leur propre proposition tarifaire par rapport au tarif conclu par la fédération. Un assureur ne peut se dispenser de dénoncer les défauts que s'il use d'arguments particuliers pour amener un fournisseur de prestations à conclure une convention plus favorable pour lui que celle

conclue avec la fédération, par exemple en lui proposant en échange l'adhésion à un modèle d'assurance assorti d'une limitation de la liberté de choix selon l'art. 41, al. 4, LAMal (cons. II. 5.1).

Le membre de la fédération n'est pas tenu d'entamer des pourparlers séparés avec la partie cocontractante déjà au moment des négociations menées par des fédérations même si, avant l'issue de ces négociations, il est déjà convaincu qu'il ne voudra pas adhérer à la convention qui sera conclue par la fédération. Une proposition de mener des pourparlers tarifaires ne doit dès lors être soumise à la partie cocontractante qu'après l'écoulement d'un délai approprié suivant l'approbation de la convention liant la fédération (cons. II. 5.2).

Sont toutefois tardives les propositions tarifaires et les réserves à l'égard de la convention conclue par les fédérations faites seulement dans la procédure de fixation tarifaire devant le gouvernement cantonal ou dans la procédure de recours devant le Conseil fédéral (cons. II. 6.2).

Lorsque l'arrêté tarifaire contient des modalités qui violent des prescriptions impératives de la LAMal, le Conseil fédéral est d'avis que l'intérêt public à la rectification de l'arrêté tarifaire attaqué l'emporte sur celui au maintien du mode d'élaboration des tarifs prévu par le législateur. Dans cette mesure, le Conseil fédéral estime qu'il est indiqué de procéder à un contrôle matériel de l'arrêté tarifaire également lorsque les assureurs qui n'ont pas adhéré à la convention tarifaire conclue par leur fédération ne se sont pas conformés à l'obligation posée par le Conseil fédéral de négocier avec la partie cocontractante (cons. II. 7 ; confirmation de la jurisprudence).

Ainsi, lorsque la convention conclue par la fédération prévoit que les assureurs sont directement les débiteurs du prix des prestations vis-à-vis des fournisseurs de prestations (système du tiers payant) et que le gouvernement cantonal étend globalement la validité de la convention conclue par la fédération aux assureurs-maladie qui n'ont pas adhéré à cette convention, il s'écarte de la réglementation du tiers garant et viole ainsi le droit impératif (cons. II. 7).

Lorsque des assureurs n'ont pas adhéré à une convention conclue par leur fédération, ce sont en premier lieu eux qui doivent s'efforcer d'entrer en négociation avec la partie cocontractante et non pas les fournisseurs de prestations qui ont adhéré à la convention conclue par la fédération. Ces derniers n'ont a priori pas intérêt à conclure des conventions séparées et il ne saurait donc être exigé de leur part qu'ils fassent le

premier pas. Les hôpitaux liés à la convention tarifaire sont ainsi tenus de mener d'autres négociations seulement si les assureurs n'ayant pas adhéré à la convention de leur fédération leur soumettent une proposition ouvrant la voie à des négociations, proposition qui soit constructive (cons. II. 10).

- **Nonostante la sua appartenenza al consiglio d'amministrazione della cassa malati Y., il consigliere di Stato non era tenuto a ricusarsi in relazione alla decisione tariffaria impugnata (cons. II. 2).**

  La norma stabilita all'articolo 46 capoverso 2 LAMal è imperativa. Il membro di una federazione non può quindi rinunciare a priori al diritto accordatogli dalla disposizione citata, né con un accordo tra le parti, né tanto meno con il suo comportamento concreto (cons. II. 4).

  Poiché, secondo il principio della buona fede, soltanto proposte dettagliate possono costituire una ragione per condurre ulteriori negoziati, è sufficiente esigere che le proposte alternative siano costruttive. Tuttavia, una proposta in vista di negoziati non può essere considerata costruttiva soltanto perché fondata sull'analisi della situazione concreta alla luce delle prescrizioni legali. Può essere considerata costruttiva soltanto se definisce il disciplinamento tariffale alternativo in forma già approfondita e se la struttura della tariffa proposta non è manifestamente inferiore alla convenzione stipulata dalla federazione dal punto di vista qualitativo. Se la convenzione conclusa dalla federazione disciplina un cambiamento del sistema tariffale ed è quindi un contratto dettagliato e complesso, soltanto se tutte le condizioni menzionate sono adempiute vi è la possibilità che si aprano nuovi negoziati tra un assicuratore che non ha aderito alla convenzione stipulata dalla federazione e gli ospedali convenzionati e soltanto allora può essere richiesto secondo il principio della buona fede che gli ospedali convenzionati intavolino nuovi negoziati (cons. II. 5.1; conferma della giurisprudenza).

  L'analisi della situazione concreta dei costi implica di regola che gli assicuratori che non hanno aderito alla convenzione tariffale conclusa dalla federazione discutano anche la medesima e ne mostrino agli ospedali le carenze ed i punti deboli, illustrando al contempo i vantaggi della propria proposta. La critica della convenzione stipulata dalla federazione è superflua soltanto quando l'assicuratore riesce, con argomenti particolari, a convincere un fornitore di prestazioni a concludere una convenzione per lui più vantaggiosa, offrendogli ad esempio l'adesione ad un modello assicurativo con limitazione della libertà di scelta secondo l'articolo 41 capoverso 4 LAMal (cons. II. 5.1).

Il membro di una federazione non è tenuto ad intavolare negoziati separati con la controparte già durante i negoziati tra le federazioni, nemmeno qualora dovesse essere convinto, già prima della conclusione dei negoziati, di non voler aderire alla convenzione che stipulerà la federazione. La proposta di avviare negoziati tariffali deve essere quindi inoltrata alla controparte soltanto allo scadere di un termine adeguato a partire dall'approvazione della convenzione conclusa dalla federazione (cons. II. 5.2).

Tariffe alternative o riserve contro la convenzione conclusa tra le federazioni che vengono proposte, rispettivamente avanzate, soltanto durante la procedura di fissazione delle tariffe dinanzi al governo cantonale o addirittura in una procedura di ricorso dinanzi al Consiglio federale vanno considerate tardive (cons. II. 6.2).

Se la decisione tariffale è viziata da modalità che violano prescrizioni imperative della LAMal, secondo il Consiglio federale l'interesse pubblico a che la tariffa impugnata venga rettificata è preminente rispetto all'interesse a che vengano osservate le modalità previste dal legislatore per la definizione delle tariffe. In questo senso il Consiglio federale ritiene opportuna la verifica materiale della decisione tariffale anche quando gli assicuratori che non hanno aderito alla convenzione tariffale conclusa dalla loro federazione non hanno adempiuto l'obbligo di trattare con la controparte stabilito dal Consiglio federale (cons. II. 7; conferma della giurisprudenza).

Se dunque la convenzione stipulata dalla federazione prevede il rimborso diretto dei fornitori di prestazioni da parte degli assicuratori (sistema del terzo pagante) ed il governo cantonale estende la validità della convenzione conclusa dalla federazione globalmente agli assicuratori-malattie che non vi hanno aderito, il governo cantonale deroga alla normativa del terzo garante, violando così una disposizione giuridica imperativa (cons. II. 7).

Sono in primo luogo gli assicuratori che non hanno aderito ad una convenzione della loro federazione a dover cercare accordi con la controparte, e non i fornitori di prestazioni che vi hanno aderito. Questi ultimi non hanno infatti a priori alcun interesse a concludere convenzioni separate: non si può quindi pretendere da loro che facciano il primo passo. Gli ospedali convenzionati sono dunque tenuti a condurre ulteriori negoziati soltanto dopo che gli assicuratori che non hanno aderito alla convenzione della federazione hanno inoltrato loro una proposta atta ad avviarli e cioè una proposta costruttiva (cons. II. 10).

I.

Übersicht/*Condensé*

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.

Le 15 mai 2001, le Conseil d'Etat a étendu aux assureurs-maladie n'y ayant pas adhéré l'application de la convention tarifaire qu'il avait approuvée le 5 décembre 2000 sur les traitements hospitaliers et semi-hospitaliers en division commune des patients domiciliés dans le canton de Bâle-Ville entre les hôpitaux bâlois et la fédération des assureurs-maladie des deux Bâle.

Par mémoire du 19 juin 2001, les assureurs n'ayant pas adhéré à la convention conclue par la fédération interjettent un recours au Conseil fédéral en concluant à l'annulation de l'arrêté du Conseil d'Etat du canton de Bâle-Ville et au renvoi de la cause à cette autorité. A l'appui de leurs conclusions, ils invoquent pour l'essentiel que l'arrêté attaqué a été pris en violation des prescriptions sur la récusation et qu'il doit être annulé pour ce seul motif. Ils se plaignent en outre que la convention hospitalière est contraire à la loi à plusieurs égards et que son application portera préjudice aux assureurs-maladie.

II.

Der Bundesrat hat die Beschwerde aus den folgenden Erwägungen teilweise gutgeheissen:

…

2. Vorab ist zu prüfen, ob der angefochtene Beschluss des Regierungsrates bereits schon allein deshalb aufzuheben ist, weil der Regierungsrat X. (…) mitwirkte. Wäre dies der Fall, müssten die weiteren Rügen der Beschwerdeführerinnen nicht geprüft werden.

Der genannte Regierungsrat ist unbestrittenermassen Mitglied des Verwaltungsrates der Krankenkasse Y. und wirkte am Beschluss der Vorinstanz mit. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, der Magistrat sei am Ausgang des Verfahrens interessiert und deshalb befangen gewesen.

2.1 Aus Artikel 29 BV 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 Artikel 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 lit. a VwVG). Bundesrecht ist aber auch dann verletzt, wenn das kantonale Verfahrensrecht willkürlich angewendet worden ist; dann ist die Bundesverfassung missachtet, deren Artikel 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 Artikel 9 BV vorliegt.

2.2 Die Beschwerdeführerinnen behaupten, dass das kantonale Recht eine solche Regelung enthält. Sie berufen sich hierfür auf § 1 Ziffer 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, Amtliche Sammlung 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 Ziffer 7 AusG neben dem erwähnten einen besonderen Ausschliessungsgrund nennt, welcher sich ausschliesslich auf Gerichtsbehörden bezieht: Gemäss 2. Satzteil von § 1 Ziffer 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 Berhördenmitglied auch Mitglied der betreffenden Gemeindebehörde oder Verwaltungsbehörde ist.

Bei der Krankenkasse Y. handelt es sich zwar um eine autonome Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 28 Gesetz über die Krankenversicherung im Kanton Basel-Stadt; GKV), aber um eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Kantons; auch wenn die Krankenkasse Y. 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 Absatz 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 Artikel 4 aBV abgeleitete Anspruch auf rechtliches Gehör ist heute in Artikel 29 Absatz 2 BV verankert. Zu-

dem garantiert Artikel 29 Absatz 1 BV jeder Person in Verfahren vor Verwaltungsinstanzen ausdrücklich gleiche und gerechte Behandlung. Die ergangene Rechtsprechung zu Artikel 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, 114 Ia 276 E. 2, 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 seinem Entscheid gegensätzliche Interessen wahrnimmt (BGE 107 Ia 135 E. 2 b, bestätigt in einem Entscheid vom 11. 6.1996, in ZBl 1997, S. 567 ff.). Nach dieser Rechtsprechung kann ein Behördenmitglied, welches das Gemeinwesen in einem öffentlichen oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen vertritt, an Entscheiden mitwirken, welche die Interessen dieses Unternehmens berühren könnten. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht im Entscheid 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 X. irgendein persönliches Interesse am Ausgang der Streitsache habe. Er war demnach im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Verwaltungsratspräsident der Krankenkasse Y. nicht verpflichtet, beim angefochtenen Beschluss des Regierungsrats in den Ausstand zu treten, auch wenn er als Mitglied des Basler Regierungsrats bei seinem Entscheid gegensätzliche Interessen zu berücksichtigen hatte.

Die Beschwerdeführerinnen meinen, eine Ausstandspflicht von Regierungsrat X. 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 PTT-Beamten 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) Massstäbe 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 Verwaltungsverfahrensrecht gegeben: Das Tessiner Verwaltungsverfahrensrecht erwähnt ausdrücklich als Ausstandsgrund die Zugehörigkeit zum Verwaltungsrat einer Gesellschaft, welche am Verfahren interessiert ist.

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

Wie nachfolgend darzulegen ist, erscheint dies auch mit Blick auf die tarifrechtlichen Bestimmungen im KVG, 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 Beschwerdeführerinnen machen geltend, es bestehe ein Interessenkonflikt, wenn X. in seiner Funktion als Regierungsrat über die Tariffestsetzung mitentscheidet, weil die Krankenkasse Y. 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 Krankenkasse Y. habe zudem auch gemäss § 29 Absatz 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 Krankenkasse Y. Gefahr laufen, wegen der daraus folgenden tieferen Prämien der Beschwerdeführerinnen 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 Artikel 43 Absatz 4 KVG die grundlegende Rolle zu (Botschaft, BBl 1992 I 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 180f.). Dabei kann die Kantonsregierung im letzten der erwähnten Fälle auch den bestehenden Vertrag um ein Jahr verlängern (Art. 47 Abs. 3 KVG).

Gemäss Artikel 46 Absatz 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 Artikel 46 Absatz 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 (RKUV 5/1998, S. 410 ff., E. 3; 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 Artikel 46 Absatz 2 KVG verankerte Recht ist zwingender Natur: Gemäss Absatz 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 Artikel 46 Absatz 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; anderseits können ihre Vertreter aber auch bei Beschlüssen der Geschäftsleitung überstimmt werden und sie daher am Beitritt zum Verbandsvertrag ebenso we-

nig 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 Artikel 46 Absatz 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 Tariferlass 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 Basel-Landschaft

und die Praxis-Klinik B. betreffend Tariffestsetzung (Dossier-Nr. 98-41-126) 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 Bundesratsentscheid 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 auseinanderzusetzen 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 Artikel 41 Absatz 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 Leis-

tungserbringer 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 Artikel 46 Absatz 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 Artikel 46 Absatz 2 KVG lässt sich nicht entnehmen, in welchem Zeitpunkt die Verhandlungspflicht beginnt.

Gemäss Artikel 46 Absatz 2 KVG steht dem dem Verbandsvertrag nicht beigetretenen Mitglied frei, ob es einem Verbandsvertrag beitritt oder nicht. Dabei handelt es sich um zwingendes Recht (vgl. Ziff. II/4 hiervor). Sich 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 wer-

den. Angesichts der hohen Anforderungen an einen solchen Vorschlag (vgl. Ziff. II/4.1 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 Beschwerdeführerinnen, 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. Ziff. II/4.1 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 (RKUV 5/2001 S. 371 ff.), müssen die genannten Vorwürfe gegen den Verbandstarif, dessen Geltung durch den angefochtenen Beschluss auf die Beschwerdeführerinnen 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 Artikel 42 Absatz 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 (BRE vom 19.12.2001 i.S. Krankenversicherer gegen den Regierungsrat des Kantons Zürich betr. Festsetzung der Spitaltarife, Teilentscheid I, E. 11.1.2[1]).

Artikel 42 Absatz 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 Artikel 47 Absatz 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 Artikel 42 Absatz 1 KVG.

8. Im Folgenden ist zu prüfen, ob das von den Beschwerdeführerinnen 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 se-

[1] *siehe RKUV 2002 Nr. KV 220 S. 309 ff.*

paraten 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 Beschwerdeführerinnen nur Vertragsverhandlungen angeboten, ohne dabei konkrete Vorschläge zu unterbreiten. Das 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, dass 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. Ziff. II/4.1 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 Tarifsystem 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 Beschwerdeführerinnen leichter fallen müssen, Argumente zu finden, um die Stärken des vorgeschlagenen Tarifmodells ausführlich herauszuarbeiten und klarzulegen.

Die Beschwerdeführerinnen 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 Beschwerdeführerinnen 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 Beschwerdeführerinnen 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 Aktenedition (Ziff. 3 der Anträge unter A. Materiell) 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 Ziffer 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 Ziffer 271 des Spitalvertrages 2001–2003 (System des Tiers payant) finden demnach für die Beschwerdeführerinnen keine Anwendung; ebenso wenig die Modalitäten in Ziffer 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 (BRE vom 19.12.2001 i.S. Krankenversicherer gegen den Regierungsrat des Kantons Zürich betr. Festsetzung der Spitaltarife, Teilentscheid I, E. 11.1.2[2]; BRE vom 20.10.99 i.S. Schaffhauser Arzttarif, E. II/4.32; BRE vom 10.5.2000 i.S. Schaffhauser MRI-Tarif, E. II/7.22[3]).

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

[2] *siehe RKUV 2002 Nr. KV 220 S. 309 ff.*
[3] *siehe RKUV 2001 Nr. KV 179 S. 377 ff.*

10. Die Voraussetzung zur Tariffestsetzung lagen für den Regierungsrat im Übrigen vor; unzutreffend ist die Ansicht der Beschwerdeführerinnen, der Erlass des regierungsrätlichen Tarifs sei zu früh und somit im Widerspruch zum KVG erfolgt, weil die Vertragsspitäler mit den Beschwerdeführerinnen 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 Vertag zustande gekommen ist (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 Artikel 46 Absatz 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.

Festsetzung des Tarifs für stationäre Behandlung in einer Höhenklinik durch die Kantonsregierung

KV 266 Entscheid des Bundesrates vom 2. Juli 2003 in Sachen santésuisse gegen den Regierungsrat des Kantons Graubünden

- **Zuständigkeit für die Tariffestsetzung im vertragslosen Zustand: Aus Artikel 47 Absatz 2 in Verbindung mit Absatz 1 KVG ergibt sich, dass für Tariffestsetzungen der Standort und nicht der Sitz der Trägerschaft des Spitals entscheidend ist. Für die vorliegende hoheitliche Tariffestsetzung ist daher der Standortkanton zuständig, und zwar sowohl für die innerkantonalen als auch für die ausserkantonalen Patienten und Patientinnen (Erw. II. 5).**

- **Compétence pour fixer le tarif en l'absence de convention tarifaire: il résulte de l'art. 47, al. 2, en relation avec l'al. 1 LAMal, que c'est le lieu de situation de l'établissement hospitalier et non pas le lieu du siège de son détenteur qui est déterminant. Dès lors, c'est le canton du lieu de situation qui est compétent pour fixer souverainement le tarif en l'espèce, et cela aussi bien pour les patients domiciliés à l'intérieur de ce canton que pour ceux de l'extérieur (cons. II. 5).**

- **Competenza per la fissazione della tariffa in assenza di convenzione tariffale: dall'articolo 47 capoverso 2 in relazione con il capoverso 1 LAMal risulta che, per la fissazione della tariffa, è determinante il luogo dove si trova l'ospedale e non quello di sede del suo detentore. Nella fattispecie, per la fissazione della tariffa, è quindi competente il governo del Cantone dove si trova ospedale, sia per i pazienti domiciliati nel Cantone, sia per quelli provenienti da altri Cantoni (cons. II. 5).**

I.

Übersicht/*Condensé*

Der Regierungsrat des Kantons Graubünden hat am 6. Dezember 2001 die Tagespauschale für die allgemeine Abteilung einer privaten Höhenklinik auf 414 Franken festgesetzt.

Gegen diesen Beschluss erhob santésuisse Beschwerde an den Bundesrat. San-

tésuisse beantragt, der Beschluss des Regierungsrates sei aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zu neuem Entscheid zurückzuweisen, eventuell sei die Vollpauschale auf höchstens 178 Franken festzusetzen.

Le 6 décembre 2001, le Conseil d'Etat du canton des Grisons a fixé le forfait journalier pour la division commune d'une clinique d'altitude privée à 414 francs.

Santésuisse a interjeté un recours au Conseil fédéral contre cette décision. Elle conclut à l'annulation de la décision du Conseil d'Etat et au renvoi de la cause à l'instance inférieure pour nouvelle décision, subsidiairement à la fixation du forfait complet à 178 francs au plus.

II.

Der Bundesrat hat die Beschwerde aus den folgenden Erwägungen teilweise gutgeheissen:

...

5. Die Beschwerdeführerin bestreitet die Zuständigkeit der Regierung des Kantons Graubünden für die Tariffestsetzung. Zuständig seien die beiden Kantone X. und Y., weil sie als Träger des Spitals zu betrachten seien.

Kommt zwischen Leistungserbringern und Versicherern kein Tarifvertrag zustande, so hat gemäss Artikel 47 Absatz 1 KVG die Kantonsregierung den Tarif festzusetzen. Zwar ist der Beschwerdeführerin Recht zu geben, dass das Gesetz in der erwähnten Bestimmung nicht ausdrücklich sagt, um welche Regierung es sich dabei handelt. Hingegen ist in Absatz 2 desselben Artikels das Territorialitätsprinzip klar verankert. Nach dieser Bestimmung setzt die Regierung des Kantons, in dem die Einrichtung des Leistungserbringers liegt, den Tarif fest, wenn für die Behandlung der versicherten Person ausserhalb ihres Wohnkantons kein Tarifvertrag besteht. Aus Artikel 47 Absatz 2 in Verbindung mit Absatz 1 KVG ergibt sich somit, dass für Tariffestsetzungen der Standort und nicht die Trägerschaft des Spitals entscheidend ist. Für die vorliegende hoheitliche Tariffestsetzung ist daher der Kanton Graubünden zuständig, und zwar sowohl für die innerkantonalen als auch für die ausserkantonalen Patienten und Patientinnen, was im Übrigen von den beiden Kantonen X. und Y. nicht bestritten wird.

Das Argument der Beschwerdeführerin, der Sitz der Stiftung (...) spreche gegen die Zuständigkeit der Bündner Regierung in Tariffragen, ist nur schon deshalb nicht stichhaltig, weil es sonst jeder Spitalbesitzer in der Hand hätte, durch die Wahl des Gesellschaftssitzes frei zu wählen, welcher Regierung er sich in Bezug auf die

autoritative Tariffestlegung unterstellen möchte. Dass dies im Ergebnis stossend wäre, muss nicht weiter erörtert werden.

Die Rügen der santésuisse erweisen sich daher in diesem Punkt als unbegründet.

Festsetzung des Tarifs für stationäre Behandlung in einer nicht öffentlich subventionierten Privatklinik durch die Kantonsregierung

KV 267 Entscheid des Bundesrates vom 2. Juli 2003 in Sachen santésuisse sowie eine private Belegarztklinik gegen den Regierungsrat des Kantons Zug

- **Bei einem nicht subventionierten Privatspital können die Anlagekosten grundsätzlich in die anrechenbaren Kosten einfliessen. Da die von der Klinik geltend gemachten Anlagenutzungskosten bezüglich die Anrechenbarkeit jedoch nicht nachvollziehbar sind, werden die von der Zentralstelle für Medizinaltarife UVG (ZMT) für die betreffende Klinik errechneten normativen Investitions- und Grundstückkosten für den Tarif im UVG-Bereich zur Plausibilisierung herangezogen. Ergibt der Vergleich, dass die von der Klinik geltend gemachten Anlagenutzungskosten fast doppelt so hoch sind als die von der ZMT vorgenommene Berechnung der normativen Investitions- und Grundstückkosten, ist der von der ZMT ermittelte Betrag zuzüglich einer Sicherheitsmarge von 5% anzurechnen (Erw. II. 9.2).**

  Der vom Bundesrat vorgenommene Abzug wegen mangelnder Aufteilung der Kosten zwischen allgemeiner, halbprivater und privater Abteilung beruht nicht auf derselben Überlegung wie der Abzug infolge Intransparenz (Erw. II.9.5).

- **Dans un hôpital privé non subventionné, les coûts d'investissement peuvent en principe être pris en compte dans les coûts imputables. Comme les coûts d'investissement invoqués par la clinique ne peuvent pas être justifiés en ce qui concerne leur imputabilité, il s'agit de considérer, afin de les plausibiliser, les coûts normatifs d'investissement et d'immobilisation calculés pour la clinique en question par le Service central des tarifs médicaux LAA (SCTM) pour le tarif dans le secteur LAA. S'il résulte de la comparaison que les coûts d'investissement invoqués par la clinique sont presque le double de ceux selon le calcul des coûts normatifs d'investissement et d'immobilisation effectué par le SCTM, il faut imputer le montant calculé par le SCTM, augmenté d'une marge de sécurité de 5% (cons. II. 9.2).**

La déduction opérée par le Conseil fédéral pour défaut d'une répartition des coûts entre les divisions commune, semi-privée et privée ne se fonde pas sur la même réflexion que la déduction due au manque de transparence (cons. II. 9.5).

- **In un ospedale privato non sussidiato i costi d'investimento possono per principio essere inclusi nei costi fatturabili. Tuttavia, siccome i costi d'investimento fatti valere dalla clinica non si giustificano per quanto riguarda l'imputabilità, si prendono in considerazione, per plausibilizzarli, i costi normativi d'investimento e d'immobili calcolati per la clinica in questione dal Servizio centrale delle tariffe mediche LAINF (SCTM) per la tariffa nel settore LAINF. Se dal confronto risulta che i costi d'investimento invocati dalla clinica rappresentano quasi il doppio di quelli secondo il calcolo dei costi normativi d'investimento e d'immobili effettuato dal SCTM, bisogna imputare il montante calcolato dal SCTM, aumentato di un margine di sicurezza del 5% (cons. II. 9.2.).**
  La deduzione effettuata dal Consiglio federale per mancanza di una ripartizione dei costi tra i reparti comune, semiprivato e privato si basa su una riflessione diversa da quella fatta in caso di deduzione per mancanza di trasparenza (cons. II. 9.5).

I.

Übersicht/*Condensé*

Der Regierungsrat des Kantons Zug hat am 30. Januar 2001 die Tagespauschale für die allgemeine Abteilung einer privaten Belegarztklinik auf 979 Franken (inkl. Arzthonorar von Fr. 200.–) festgesetzt.

Gegen diesen Beschluss erhoben die santésuisse Y. am 1. März 2001 und die Belegarztklinik am 5. März 2001 Beschwerde an den Bundesrat. Santésuisse beantragt, der Beschluss des Regierungsrates sei aufzuheben und die Tagespauschale auf 717 Franken (inkl. Arzthonorar von Fr. 114.–) festzusetzen; die Klinik beantragt, die Tagespauschale sei auf 1145 Franken (inkl. Arzthonorar von Fr. 251.–) festzulegen.

Le 30 janvier 2001, le Conseil d'Etat du canton de Zoug a fixé le forfait journalier pour la division commune d'une clinique privée avec médecins agréés à 979 francs (y compris les honoraires du médecin de 200.– francs).

Cette décision a été attaquée par des recours au Conseil fédéral, le 1er mars 2001, par santésuisse Y. et, le 5 mars 2001, par la clinique précitée. Santésuisse conclut à l'annulation de la décision du Conseil d'Etat et à la fixation du forfait journalier à

717 francs (y compris les honoraires du médecin de 114.– francs); la clinique conclut quant à elle à la fixation du forfait journalier à 1145 francs (y compris les honoraires du médecin de 251.– francs).

II.

Der Bundesrat hat die Beschwerde aus den folgenden Erwägungen teilweise gutgeheissen:

…

9.2 Andererseits ist strittig, ob die aufgrund der Berechnungen der Klinik X. von der Vorinstanz bei der Tarifierung berücksichtigten Kosten für Anlagenutzung (…) in vollem Umfang anrechenbar sind.

9.2.1 Aus den Akten geht hervor, dass die Klinik X. selber über keine eigenen Anlagen verfügt, sondern die notwendigen Anlagen von der Klinik Y. gemietet hat. Gemäss den Mietverträgen zwischen der Klinik X. und der Klinik Y. vom 26. Februar 1998 betreffend Spitaltrakt West und betreffend Betten- und Behandlungstrakt sowie Ärztehaus (im Folgenden: Mietverträge) mietet die Klinik X. nicht bloss die Gebäulichkeiten und Parkplätze, sondern auch das gesamte Inventar, die technischen Einrichtungen und Apparate wie EDV und Telefone.

Santésuisse hegt den Verdacht, dass durch überhöhte Mietzinsverpflichtungen eine Gewinnabschöpfung durch die Klinik Y., welche mit der Klinik X. wirtschaftlich eng verbunden sei, zu Lasten der sozialen Krankenversicherung vorgenommen werde. Santésuisse bringt in diesem Zusammenhang insbesondere vor, dass in den entsprechenden Mietverträgen unter Ziffer 3.1 zwar gewisse Ansätze zur Berechnung des Mietzinses festgehalten seien, die definitive Berechnung des Jahresmietzinses aber jeweils erst nach Vorlage des provisorischen Jahresabschlusses unter Berücksichtigung des Betriebsergebnisses erfolge.

9.2.2 Da es sich bei der Klinik X. um ein nicht subventioniertes Privatspital handelt, können die Anlagekosten grundsätzlich in die anrechenbaren Kosten einfliessen.

Dies darf indessen nicht dazu führen, dass die geltend gemachten Kosten unbesehen für die Tarifberechnung herangezogen werden. Vielmehr beinhaltet eine betriebswirtschaftliche Bemessung der Tarife in jedem Fall eine Wirtschaftlichkeitsbeurteilung der Leistungserbringung (Art. 43 Abs. 4 und 6 KVG).

Es gilt daher zu prüfen, ob die von der Klinik X. geltend gemachten Kosten für die

Anlagenutzung gerechtfertigt sind, mit anderen Worten, ob die im Rechnungsjahr (1999) für die Anlagen bezahlten Mieten angemessen waren.

Wie auch vom BSV und der Preisüberwachung bemängelt, kann die Berechnung des Mietzinses aufgrund der eingereichten Unterlagen nicht nachvollzogen werden. Im vorliegenden Fall ist nicht einmal klar, welcher Teil des Mietzinsaufwandes sich auf die mitvermieteten Mobilien bezieht und welcher Teil die Vermietung der Räumlichkeiten an sich zum Gegenstand hat. Unklar ist des Weiteren etwa, wie gross der Umsatzanteil war, der gemäss Ziffer 3.1 Absatz 4 der Mietverträge bei der Berechnung des Mietzinses jeweils zu berücksichtigen ist. Gemäss dieser Regelung sind die Mieten insofern vom Betriebsergebnis der Klinik abhängig, als sich der Mietzins je nach Betriebserfolg um 0,5–2,5 % des Umsatzes erhöht, wobei der Prozentsatz pro 0,2 Mio. Franken Gewinn um 0,5 % ansteigt und bei einem Gewinn über 1 Mio. Franken der Maximalsatz zur Anwendung gelangt. Auch ohne Kenntnis der genauen Daten lässt sich sagen, dass der Anteil des Mietzinses, welcher vom Umsatz und Betriebsgewinn abhängig ist, in keinem Fall anrechenbar ist. Wenn die Kosten der Anlagenutzung, welche proportional zum Betriebsgewinn steigen, jeweils angerechnet würden, führte dies zu einer dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit widersprechenden Preisspirale: Je mehr Gewinn, desto höher die Tarife, was bei identischer Leistung zu noch mehr Gewinn und noch höheren anrechenbaren Kosten und damit zu noch höheren Tarifen führte etc.

9.2.3 Welcher Anteil der von der Klinik X. geltend gemachten Kosten für Anlagenutzung (…) anrechenbar ist, wäre nur durch eine Expertise exakt zu beantworten. Dieser Aufwand erscheint allerdings nicht verhältnismässig.

Zur Plausibilisierung der Anlagenutzungskosten bietet sich als praktische Lösung der Vergleich mit der von der ZMT vorgenommenen Berechnung der normativen Investitions- und Grundstückkosten gemäss SVPK/MTK-Spitaltaxmodell für Privatspitäler für die UVG-Patienten und -Patientinnen der Klinik X. an, welche von dieser akzeptiert worden ist. Dies umso mehr, weil zum einen im SVPK/MTK-Spitaltaxmodell für UVG-Patienten und Patientinnen in der allgemeinen Abteilung der nicht subventionierten Privatspitäler – wie bei der Tariffestsetzung nach KVG – grundsätzlich alle kalkulatorischen Investitionsaufwendungen beziehungsweise Anlagenutzungskosten angerechnet werden. Zum anderen ist – wie bei der Tariffestlegung in der sozialen Krankenversicherung – das Gebot der Wirtschaftlichkeit der Behandlung (auch) mit Bezug auf die Investitionsauslastung zu beachten (vgl. Handbuch für SVPK/MTK-Spitaltaxmodell für Privatspitäler, Nr. 5 der Schriftenreihe der MTK, S. 61 Ziff. 1.9). Daher sollten bei der Tariffestsetzung für UVG-Patienten und -Patientinnen in der allgemeinen Abteilung der nicht subventionierten Privatspitäler grundsätzlich dieselben Anlagenutzungskosten anrechenbar sein wie bei der entsprechenden KVG-Tarifierung.

Die Vorinstanz räumt ein, dass sie es versäumt habe, die von der Klinik geltend gemachten Anlagenutzungskosten auf deren Anrechenbarkeit hin zu überprüfen. Der Regierungsrat erachtet das Heranziehen des SVPK/MTK-Spitaltaxmodells, wie es die ZMT für die Klinik X. angewandt hat, für die vorliegende Berechnung des anrechenbaren Investitionswertes als sachlich richtig und angemessen (vgl. Stellungnahme der Gesundheitsdirektion vom 18. Februar 2003). In diesem Sinne äussert sich auch santésuisse in seiner Vernehmlassung vom 24. Februar 2003. Santésuisse mach aber geltend, dass bloss 50 Betten (und nicht 52) in die Spitalliste des Kantons Zug aufgenommen worden seien. Da die Kosten massgebend seien, welche auf die Versorgung der allgemein versicherten Spitalpatienten entfielen, dürfe sich das Modell nicht auf eine höhere Bettenzahl beziehen (vgl. Vernehmlassung der santésuisse vom 24. Februar 2003).

Auch die Klinik X. beanstandet in ihrer Stellungnahme vom 27. Januar 2003 dem Grundsatz nach das Berechnungsmodell der ZMT nicht. Ein normativer Wert sei nach deren Ansicht indes nur sekundär beizuziehen. Lägen die wirtschaftlichen Zahlen der Klinik offen, so seien diese als Ausdruck des wirtschaftlichen Gebarens der Klinik zu werten und zu berücksichtigen. Normative Werte böten allenfalls Kontrollen, doch müssten sie auch die wirtschaftliche Realität widerspiegeln, was vorliegend nicht der Fall sei. Die Klinik X. kritisiert im Wesentlichen, es sei nicht nachvollziehbar, wie der normative Wert von 350 000 Franken pro Spitalbett für die Wiederbeschaffung berechnet werde. Es müsse im ZMT-Modell der effektive Anlagewert per 31. Dezember 2000 eingesetzt werden, da die Klinik 1998 (…) die bestehende Infrastruktur gekauft habe, was einer Wiederbeschaffung gleich komme. Was die Bettenzahl betreffe, sei anzufügen, dass die Klinik X. gemäss Spitalliste 52 KVG-relevante Betten betreibe. Effektiv seien 66 Betten im Haus, um die saisonalen Schwankungen aufzufangen und auf den wechselnden Patientenmix (Einbettzimmer, welche auch als Zweibettzimmer genutzt werden können) flexibel reagieren zu können. In den Berechnungen der ZMT seien fälschlicherweise die durchschnittlich betriebenen Betten für die Wiederbeschaffung eingesetzt worden. Die Klinik X. behandle im Schnitt rund 2 % der Patienten und Patientinnen zum UVG Tarif. In Anbetracht der Häufigkeit der Fälle sei aus ökonomischen Gründen darauf verzichtet worden, ein aufwändiges Einspracheverfahren zu bestreiten. Die Differenz werde durch die Zusatzversicherung gedeckt, bei der kostendeckende Tarife abgerechnet werden könnten.

Mit Blick auf die Umstände zum einen, dass an der Erarbeitung des Spitaltaxmodells für die UVG-Patienten und -Patientinnen der Privatspitäler neben der MTK, der Schweizerischen Sanitätsdirektorenkonferenz (SDK), der Verbindung der Schweizer Ärzte (für die Belange der Belegärzte) und dem Konkordat der Schweizerischen Krankenkassen (KSK; heute santésuisse) vor allem auch die SVPK beteiligt waren, und zum anderen sich das Modell und damit die Berechnungen der Investitions- und Grundstückkosten seit Jahren bewährt haben, kann davon ausge-

gangen werden, dass auch die von der ZMT für die Klinik X. normativ berechneten Investitions- und Grundstückkosten, welche von einem Wiederbeschaffungswert von 350 000 Franken pro Spitalbett (ZBK-Index per 1.10.1990) ausgehen, eine realistische Grössenordnung angemessener Anlagenutzungskosten widerspiegeln.

Die ZMT hat die Anlagenutzungskosten aufgrund des Rechnungsjahres 1998 (für den Tarif 1999 und 2000) auf der Basis von 52 Betten berechnet. Von dieser Anzahl Betten sind auch die Preisüberwachung bei ihrer Empfehlung und der Regierungsrat bei der Tariffestsetzung ausgegangen. Es ist zwar santésuisse Recht zu geben, dass die Klinik X. nur mit 50 Betten in die Spitalliste des Kantons Zug aufgenommen worden ist (vgl. Regierungsratsbeschluss vom 16. Dezember 1997 betreffend Spitalliste für die stationäre kantonale Spitalversorgung). Für die Berechnung des Tarifs ist allerdings von den effektiven Verhältnissen auszugehen, auch wenn sie der Spitalliste klar widersprechen. Die Klinik X. macht geltend, 1998 und 1999 seien nicht 52, sondern wie im Rechnungsjahr 2000 66 Betten betrieben worden. Der Bundesrat sieht keinen Anlass, diese Aussage der Klinik X. in Frage zu stellen, nur schon deshalb nicht, weil dies der Klinik X. nicht zum Vorteil gereicht, und zwar insofern, als deswegen beim (unbereinigten) anrechenbaren Betriebsaufwand der Klinik X. ein Abzug (…) wegen Überkapazitäten vorgenommen werden muss (was wohl auch der Grund gewesen sein dürfte, dass die Klinik X. den Irrtum, in welchem sich die Preisüberwachung und der Regierungsrat befunden haben, nicht bereits im Tariffestsetzungsverfahren vor der Vorinstanz aufgeklärt hatte). Weiter deutet der Umstand, dass die ZMT im Jahr 2000 nicht mehr von 52, sondern von 66 Betten ausgegangen ist, ebenfalls darauf hin, dass tatsächlich bereits früher mehr als 52 Betten betrieben worden sind.

Aus dem Gesagten erhellt, dass grundsätzlich zur Plausibilisierung der Anlagenutzungskosten die von der ZMT vorgenommenen Berechnungen der normativen Investitions- und Grundstückkosten gemäss SVPK/MTK-Spitaltaxmodell für die UVG-Patienten und -Patientinnen der Klinik X. zum Vergleich heranzuziehen sind. Allerdings ist der Vergleichsbetrag nicht auf der Basis von 52, sondern von 66 Betten, zu ermitteln.

Die von der ZMT aufgrund des Rechnungsjahres 1998 (auf der Basis von 52 Betten) errechneten Investitions- und Grundstückkosten (…) galten gemäss ZMT nicht nur für den Tarif der Klinik für UVG-Patienten im Jahre 1999, sondern auch für jenen im Jahre 2000; diejenigen für das Rechnungsjahr 2000 (auf der Basis von 66 Betten) (…) für den Tarif der beiden Jahre 2001 und 2002. Die angefochtene Tariffestsetzung basiert auf dem Rechnungsjahr 1999, wofür, was die Klinik X. angeht, keine spezifische Berechnung der normativen Investitions- und Grundstückkosten durch die ZMT bestehen, weil solche nur jedes zweite Jahr angestellt werden. Da der angefochtene Tarif ab 1. Juli 2000 gelten soll, wäre an sich die Berechnung für die Klinik X. des Rechnungsjahres 1998 (Tarif 1999/2000) – korrigiert hinsichtlich

Bettenzahl (66 anstatt 52) – zum Vergleich heranzuziehen. Mit Blick auf den Umstand jedoch, dass es sich bei der Berechnungsmethode der ZMT um eine normative handelt, muss nicht von einer effektiven Berechnung für die Klinik X. ausgegangen werden. Vielmehr können zum Vergleich die von der ZMT im Jahre 1999 (also dem der angefochtenen Tariffestsetzung zugrundeliegenden Rechnungsjahr) für die Spitalkategorie einer Klinik wie der Klinik X. (d.h. Investitions-Kategorie II: Fr. 350 000/Bett) auf der Basis von 66 Betten errechneten normativen Investitions- und Grundstückkosten herangezogen werden (vgl. SVPK/MTK-Spitaltaxmodell Anhänge VII, VIII und X). Da Überkapazitäten im Rahmen der Tarifberechnung für KVG-Patienten und -Patientinnen in Bezug auf die gesamten Kosten zu berücksichtigen sind (und nicht nur hinsichtlich der Anlagenutzungskosten wie im SVPK/MTK-Spitaltaxmodell), ist allerdings bei der Berechnung des Vergleichsbetrages für die Anlagenutzungskosten nach der Methode der ZMT kein Abzug wegen Überkapazität vorzunehmen; die mangelhafte Auslastung würde sonst doppelt berücksichtigt, denn in den anrechenbaren Kosten sind die kalkulatorischen Investitionsaufwendungen eingeschlossen (vgl. Ziff. II/9.3 hiernach, wo im Übrigen auch dargelegt ist, dass im KVG-Bereich von einem höheren Schwellenwert ausgegangen wird: im vorliegenden Fall von 90% [gegenüber 82% gemäss SVPK/MTK-Spitaltaxmodell]). Angesichts der Tatsache, dass des Weiteren wegen fehlender Aufteilung der Kosten zwischen allgemeiner, halbprivater und privater Abteilung (Abzug von den anrechenbaren Kosten [netto 2a]) eine Korrektur beim Betriebsaufwand vorzunehmen ist, wird ausserdem auf den im SVPK/MTK-Spitaltaxmodell für Privatspitäler bei der Berechnung der normativen Investitions- und Grundstückkosten vorgesehenen Abzug wegen erhöhtem Infrastrukturaufwand für Zusatzversicherte (…) verzichtet, damit die (vermuteten) Mehrkosten der halbprivaten und privaten Abteilung nicht zweimal berücksichtigt werden (vgl. Ziff. II/9.5 und II/11).

9.2.4 Berechnung der normativen Investitions- und Grundstückkosten für die Klinik X. gemäss SVPK/MTK-Spitaltaxmodell für Privatspitäler:

Jahresrechnung 1999
Spitalkategorie 2
Wiederbeschaffungswert Spitalbau pro Bett Fr. 350 000 (ZBK-Index per 1.10.1990)
Bettenzahl des Spitals: 66

Berechnung normativer Investitions- und Grundstückwert:

Fr.	23 100 000	Wiederbeschaffungswert Spitalbau, per 1.10.1990 (ZBK-Index:102.7)
Fr.	0	Effektive Baukosten laut Abrechnung
Fr.	23 639 825	Normativer Wiederbeschaffungswert per 1.4.2000 (ZBK-Index: 105.1)
Fr.	22 897 566	Normativer Zeitwert vor Abzug Bausubventionen per 1.4.1990 (ZBK-Index: 101.8 = 11 Jahre Rückindexierung)
Fr. –	0	Bausubventionen nominal
Fr.	22 897 566	Normativer Zeitwert per 1.4.1990
Fr.	22 897 566*	Korrigierter normativer Investitionswert
Fr.	3 780 008*	Korrigierter normativer Grundstückwert (15.99 % des normativen Wiederbeschaffungswerts per 1.4.2000

* Liegt der gerechnete Bettenauslastungsgrad tiefer als jener des Schwellenwertes (82 %), so wird der entsprechende Wert von der ZMT um diesen Schwellenwert korrigiert. Darauf wird aber – wie gesagt – hier verzichtet (vgl. Ziff. II/9.2.4 hiervor).

Berechnung normative Investitions- und Grundstückkosten:

			anrechenbare Investitions- und Grundstückkosten
4.69 %	Abschreibung des korrigierten normativen Investitionswertes	Fr.	1 073 895
2.07 %	Kapitalkosten des korrigierten normativen Investitionswertes (1/2 Zins Althypotheken ZKB, Jahresmittelwert 4.13 %)	Fr.	473 980
Normative Investitionskosten (Total)		Fr.	1 547 875
4.13 %	Kapitalkosten des korr. normativen Grundstückwertes (Zinssatz Althypotheken ZKB, Jahresmittelwert 4.13 %)	Fr.	156 114
Normative Grundstückkosten (Total)		Fr.	156 114
Normative Investitions- und Grundstückkosten für UVG-Patienten und Patientinnen (ohne Abzug wegen erhöhtem Infrastrukturaufwand für Zusatzversicherte; vgl. Ziff. II/9.2.4 hiervor)		**Fr.**	**1 703 989**

9.2.5 Der Vergleich mit den nach der Methode der ZMT ermittelten normativen Investitions- und Grundstückkosten in der Höhe von 1 703 989 Franken ergibt, dass die aufgrund der Berechnungen der Klinik X. von der Vorinstanz bei der Tarifierung berücksichtigten Kosten für Anlagenutzung (…) offensichtlich unangemessen und somit nur in entsprechend reduziertem Umfang anrechenbar sind.

Obwohl die Tarifberechnungen der Unfallversicherer erfahrungsgemäss generell grosszügiger ausfallen als jene im Krankenversicherungsbereich (z. B. ambulante Spitalbehandlung: SLK-Taxpunktwert Fr. 4.95 gegenüber Fr. 4.– im KVG-Bereich [Durchschnitt CH]; Physiotherapie in der Praxis: Taxpunktwert Fr. 1.– gegenüber Fr. 0.94 im KVG-Bereich [Durchschnitt CH]), erachtet der Bundesrat vorliegend die Anrechnung einer Toleranzmarge von 5% auf den normativen Anlagenutzungskosten als angemessen. Mit der Toleranzmarge soll vor allem dem Umstand Rechnung getragen werden, dass vom Grundsatz der Berücksichtigung der effektiven (aber im vorliegenden Fall unplausiblen) Kosten abgewichen und auf eine den Einzelfall

nicht genau abbildende normative Berechnungsmethode zurückgegriffen werden muss. Zudem vermag eine solche Toleranzmarge allfälligen in den Mietzinsen der Klinik X. enthaltenen anrechenbaren Kosten, welche keine eigentlichen Anlagekosten darstellen und somit im normativen Modell nicht berücksichtigt sind, Rechnung zu tragen (z. B. sollen gemäss dem Schreiben der Firma Ernst & Young vom 25.4.2001 [Beilage Nr. 1 zur Vernehmlassung der Klinik X. vom 30.4.2001] die Mietzinsen auch sämtliche Unterhaltskosten beinhalten). Anrechenbar sind somit 1 789 188 Franken (Fr. 1 703 989 + Fr. 85 199).

Um keine Missverständnisse aufkommen zu lassen, ist abschliessend in diesem Zusammenhang zu betonen, dass es sich hier um eine behelfsmässige Plausibilisierung der Anlagenutzungskosten und nicht etwa um einen Benchmarking-Ansatz handelt.

Der Antrag von santésuisse auf Reduktion der anrechenbaren Kosten in Bezug auf die geltend gemachten Anlagenutzungskosten ist demnach teilweise gutzuheissen.

…

9.5 Die Klinik X. wirft dem Regierungsrat weiter vor, der Abzug von 5% wegen mangelnder Aufteilung der Kosten zwischen allgemeiner, halbprivater und privater Abteilung sei nicht gerechtfertigt, weil er auf derselben Überlegung beruhe wie der Abzug infolge Intransparenz (…). Santésuisse dagegen verlangt eine Verdoppelung des Abschlagssatzes.

Wie bereits mehrmals erwähnt, sind gemäss Artikel 49 Absatz 1 KVG nur die anrechenbaren Kosten der allgemeinen Abteilung zu berücksichtigen. Diese können anhand der vorgelegten Berechnungsgrundlagen aber nicht ausgeschieden werden. Der Tarif muss daher aufgrund der Kosten des gesamten Spitalbetriebes (allgemein, halbprivat und privat) ermittelt werden. Davon ist ein Abzug vorzunehmen, denn bis zum Beweis des Gegenteils ist davon auszugehen, dass die allge-meine Abteilung kostengünstiger betrieben werden kann als die halbprivate und private Abteilung, weil der Aufwand für Hotellerie und Personal in der allgemei-nen Abteilung geringer ist. Da die Höhe dieses Abzuges mangels schlüssiger Zahlen nicht exakt bestimmt werden kann, nimmt der Bundesrat regelmässig bei einem Anteil an Halbprivat- und Privatpatienten von mehr als 20% einen Abschlagssatz von 2% vor. Der Bundesrat hat den Abzug in dieser Höhe auch in seinen Entscheiden vom 6. bzw. 11. November 2002 bestätigt und dort ausgeführt, dass aus Gründen der Gleichbehandlung kein Anlass bestehe, diesen Abzug zu erhöhen, bevor verlässlicheres Zahlenmaterial vorliege (vgl. den zur Publikation vorgesehenen Bundesratsentscheid vom 6. November 2002 in Sachen Klinik W. gegen den Regierungsrat des Kantons Neuenburg, Erw. II/7.4.3,

S. 27 f.[1] sowie den unveröffentlichten Bundesratsentscheid vom 11. November 2002 in Sachen Klinik Z. gegen den Staatsrat des Kantons Tessin, Erw. II/5.3, S. 18 f.[2]).

Entgegen der Ansicht der Klinik X. beruht im Übrigen der Abzug wegen mangelnder Ausscheidung der Patientenkategorien nicht auf denselben Überlegungen wie jener wegen Intransparenz, welcher aufgrund einer Gesamtbeurteilung der der Tarifberechnung zugrunde liegenden Berechnungsgrundlagen und deren Qualität (bezüglich Kostendeckungsgrad) vorgenommen wird (…). Der hier zur Frage stehende Abzug sanktioniert nicht den Mangel an Datenqualität, sondern den (konkreten) Umstand, dass die (vermuteten) Mehrkosten der halbprivaten und privaten Abteilung nicht – als nicht anrechenbare Kosten – vom geltend gemachten Betriebsaufwand abgezogen worden sind, was zu einer entsprechenden (normativen) Korrektur der Betriebskosten (und zwar vor Berücksichtigung der Zinsen auf Umlaufvermögen und einer allfälligen Teuerung) und nicht zu einer Reduktion des Kostendeckungsgrades führt. Es verhält sich hier also grundsätzlich nicht anders als bei der Beurteilung einzelner Kostenpositionen. Eine fehlende Ausscheidung der Kosten für Lehre und Forschung eines Spitals etwa ist auch nicht bereits durch den Intransparenzabzug kompensiert, sondern erfordert ausserdem eine entsprechende Korrektur des geltend gemachten Betriebsaufwands der Klinik (normativer Abzug von den Personalkosten; …).

Abgesehen davon, dass es – wie dargelegt – in systematischer Hinsicht nicht korrekt wäre, eine fehlende Aufteilung der Kosten zwischen allgemeiner, halbprivater und privater Abteilung unter dem Titel eines weiteren Mangels an Kostentransparenz in die Gesamtbeurteilung der vorgelegten Unterlagen miteinzubeziehen und auf einen Abzug vom Betriebsaufwand zu verzichten, wäre durch eine solche (undifferenzierte) Betrachtung für die Klinik X. auch nichts gewonnen, denn selbstredend müsste in diesem Fall der Abzug vom Kostendeckungsgrad entsprechend erhöht werden.

Die bereits mehrjährige Praxis des Bundesrates erlaubt eine differenzierte Beurteilung der Spitäler aufgrund nachvollziehbarer Berechnungen und normativer Beurteilungskriterien, indem beispielsweise bei einem Spital ohne halbprivate und private Abteilung, welches hinsichtlich Qualität der vorgelegten Zahlen einem anderen mit einer relativ unbedeutenden allgemeinen Abteilung entspricht, zwar bezüglich des Kostendeckungsgrades gleich behandelt wird, aber im Unterschied zum Spital mit hohem Anteil an Zusatzversicherten kein Abzug bei den anrechenbaren Kosten vorgenommen wird.

[1] *siehe RKUV 2003 Nr. KV 245 S. 121 ff.*
[2] *siehe RKUV 2003 Nr. KV 246 S. 141 ff.*

Der Bundesrat sieht aus den genannten Gründen keinen Anlass, von seiner Praxis abzuweichen und geht daher bei der Tarifberechnung von einem Abschlagssatz von 2% aus. Der Antrag der Klinik X. ist daher in diesem Punkt teilweise gutzuheissen und jener von santésuisse abzuweisen.

Fixation d'un tarif pour les prestations à charge de l'assurance obligatoire des soins fournies par un centre privé d'imagerie médicale

KV 268 Décision du Conseil fédéral du 27 août 2003 dans la cause opposant l'assureur-maladie X. au Conseil d'Etat de la République et canton du Jura

- **Méthode de fixation du tarif pour l'exploitation d'un appareil d'imagerie par résonance magnétique (IRM). Applicabilité de la méthode fondée sur les charges fixes et variables, par rapport à celle reposant sur une estimation des coûts basée sur les valeurs issues du TARMED (méthode normative).**

  Le tarif IRM peut être fixé selon le Catalogue des prestations hospitalières (CPH), aussi longtemps qu'aucune autre structure conforme aux exigences de l'article 43, 5ème alinéa LAMal n'est disponible (cons. II. 7.3; confirmation de la jurisprudence).

  S'agissant de la valeur du point, celle-ci peut être fixée selon la méthode fondée sur les charges fixes et variables engendrées par l'exploitation d'un appareil IRM pour un taux d'utilisation de 3400 examens par année. Le recours à cette méthode sous-entend néanmoins la production des documents comptables précis permettant de justifier lesdits coûts. A défaut, le Conseil fédéral se fonde sur la méthode consistant à estimer les coûts selon les valeurs issues du TARMED (cons. II. 7.5).

- **Methode der Tariffestsetzung für den Betrieb eines Magnetresonanztomographen (MRT). Anwendbarkeit der auf fixen und variablen Kosten beruhenden Methode, gegenüber derjenigen, die auf einer Schätzung der Kosten aufgrund TARMED-Werten basiert (normative Methode).**

  Der MRT-Tarif kann gemäss Spitalleistungskatalog (SLK) festgesetzt werden, soweit keine andere den Anforderungen des Artikels 43 Absatz 5 KVG entsprechende Struktur zur Verfügung steht (Erw. II. 7.3; Bestätigung der Rechtsprechung).

  Der Taxpunktwert kann aufgrund der Methode festgesetzt werden, die sich auf die verursachten fixen und variablen Kosten aus dem

Betrieb eines MRT-Gerätes mit einem Benutzungssatz von 3400 Untersuchungen pro Jahr stützt. Die Anwendung dieser Methode setzt den Ausweis von präzisen Rechnungsunterlagen zur Erklärung der entsprechenden Kosten voraus. Andernfalls stützt sich der Bundesrat auf die Methode der Kostenschätzung aufgrund TARMED-Werten (Erw. II 7.5)

- **Metodo di fissazione della tariffa per l'esercizio di un tomografo a risonanza magnetica (TRM). Applicabilità del metodo basato sui costi fissi e variabili, per rapporto a quello fondato su una stima dei costi basata sui valori derivati da TARMED (metodo normativo).**

  La tariffa TRM può essere fissata secondo il Catalogo delle prestazioni ospedaliere (CPO), fintanto che non è disponibile un'altra struttura conforme alle esigenze dell'articolo 43 capoverso 5 LAMal (cons. II. 7.3.; conferma della giurisprudenza).

  Il valore del punto può essere fissato secondo il metodo basato sui costi fissi e variabili che risultano dall'esercizio di un TRM con un tasso di utilizzazione di 3'400 esami l'anno. L'uso di questo metodo implica comunque che siano forniti documenti contabili precisi che permettano di giustificare i costi. Altrimenti, il Consiglio federale si basa sul metodo che consiste a stimare i costi secondo i valori TARMED (cons. II. 7.5).

I.

Condensé / *Übersicht*

Par un Arrêté du 19 février 2002, le Gouvernement du Jura a fixé le tarif pour les prestations fournies par un centre d'imagerie médicale sis dans le canton applicable dès le 1er mars 2001 aux assureurs-maladie n'ayant pas adhéré à la convention conclue entre ce dernier et la Fédération jurassienne des assureurs-maladie. Le tarif, fondé sur le Catalogue des prestations hospitalières (ci-après: CPH), reprend la valeur du point convenue par les partenaires à la convention, à hauteur de Fr. 4.45 le point CPH pour toutes les prestations fournies.

Par acte du 22 mars 2002, l'assureur-maladie X. a interjeté un recours auprès du Conseil fédéral contre cette décision, dans lequel elle conclut à l'annulation de l'Arrêté cantonal et à la fixation d'une valeur maximale du point CPH de Fr. 3.–. Dans ses moyens, la recourante se fonde principalement sur une violation des principes d'économie et de transparence issus de la LAMal, sur la recommandation du 19 décembre 2001 du Surveillant des prix préconisant une valeur du point maximale

de Fr. 2.70 dans le cas d'espèce et sur la pratique du Conseil fédéral en matière de tarification des prestations en matière d'imagerie médicale.

Mit Beschluss vom 19. Februar 2002 hat die Regierung des Kantons Jura den Tarif für die Leistungen eines im Kanton gelegenen medizinischen Bildzentrums festgesetzt, der ab 1. März 2001 für diejenigen Krankenversicherer gilt, welche der zwischen dem medizinischen Bildzentrum und dem Jurassischen Verband der Krankenversicherer abgeschlossenen Vereinbarung nicht beigetreten sind. Der Tarif, der auf dem Spitalleistungskatalog (im Folgenden: SLK) basiert, übernimmt für alle erbrachten Leistungen den von den Vertragsparteien vereinbarten Taxpunktwert (TPW) von Fr. 4.45 pro SLK-Taxpunkt auf.

Mit Schreiben vom 22. März 2002 hat der Krankenversicherer X. vor dem Bundesrat gegen diesen Beschluss Beschwerde erhoben. Darin schliesst sie auf Aufhebung des kantonalen Beschlusses und auf Festsetzung eines maximalen SLK-TPW von Fr. 3.–. In ihren Ausführungen beruft sich die Beschwerdeführerin in erster Linie auf eine Verletzung der KVG-Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Transparenz, auf die Empfehlung der Preisüberwachung vom 19. Dezember 2001, welche zu einem maximalen TPW von Fr. 2.70 rät, und auf die Praxis des Bundesrates bezüglich Tariffestsetzung von Leistungen im Bereich der medizinischen Bildverfahren.

II.

Droit (Extraits)

Par les considérants suivants, le Conseil fédéral a admis partiellement le recours:

…

5. Les tarifs et les prix sont fixés par convention entre les assureurs et les fournisseurs de prestations (convention tarifaire) ou, dans les cas prévus par la loi, par l'autorité compétente. Si aucune convention tarifaire ne peut être conclue entre les fournisseurs de prestations et les assureurs, le gouvernement cantonal fixe le tarif, après avoir consulté les intéressés (art. 47, 1er al. LAMal). Il peut aussi décider de prolonger d'une année la convention dénoncée (art. 47, 3e al. LAMal). Selon la pratique dominante, le gouvernement cantonal dispose dans ce choix d'une grande latitude d'appréciation. Il peut en particulier prolonger la convention s'il estime que les partenaires tarifaires ont ainsi une chance supplémentaire de résoudre leur conflit de manière autonome (Message du Conseil fédéral du 6.11.1991 concernant la révision de l'assurance-maladie, ci-après message LAMal, FF 1992 I 163).

En l'espèce, il y a lieu de constater que le Conseil d'Etat a, par décision du 19 février 2002, fixé le tarif pour les prestations fournies par le Centre Y. dans le cadre d'un régime sans convention. Celui-ci a par conséquent rempli les obligations dictées par la loi dans pareil cas de figure.

Un doute subsiste toutefois quant à la qualité de fournisseur de prestations du Centre Y. au sens de l'article 35 LAMal, puisque cet établissement est exploité sous la forme d'une société anonyme indépendante. En effet, le centre constitue à ce titre une entité juridique autonome fondée sur un actionnariat qui ne peut par conséquent pas être considérée comme un établissement reconnu au sens de l'article précité et qui ne dispose vraisemblablement pas, pour elle-même, d'un certificat scientifique adéquat au sens de la loi. Dès lors que le canton du Jura, par la fixation du tarif litigieux, a cependant reconnu cette qualité à l'établissement concerné, le Conseil fédéral laisse cette question ouverte et renonce à tenir compte d'un éventuel défaut affectant la reconnaissance du Centre Y. comme fournisseur de prestations selon la LAMal.
…

7. Principes relatifs à l'établissement du tarif

7.1 Selon l'article 43, 1er, 2ème et 4ème alinéas LAMal, les fournisseurs de prestations établissent leurs factures sur la base de tarifs et de prix, le tarif constituant une base de calcul de la rémunération. Il y a lieu de veiller à ce que les conventions tarifaires soient fixées d'après les règles applicables en économie d'entreprise et structurées de manière appropriée. Selon l'article 43, 2ème alinéa LAMal, les tarifs peuvent notamment se fonder sur le temps consacré à la prestation (tarif au temps consacré), attribuer des points à chacune des prestations et fixer la valeur du point (tarif à la prestation), prévoir un mode de rémunération forfaitaire (tarif forfaitaire) qui peut se rapporter au traitement par patient (forfait par patient) ou aux soins par groupe d'assurés (forfait par groupe d'assurés).

Dans les tarifs à la prestation, chaque prestation tarifée se voit attribuer un certain nombre de points; cela permet de déterminer la valeur abstraite de chaque prestation et la relation entre les valeurs des prestations (structure des tarifs). Si l'on multiplie ensuite la valeur du point (en francs et/ou en centimes) par le nombre de points attribués à une prestation, on obtient la valeur concrète de celle-ci, soit son prix (Message, FF 1992 I p. 155). Les tarifs à la prestation doivent, selon l'article 43, 5ème alinéa LAMal, se fonder sur une structure tarifaire uniforme, fixée par convention sur le plan suisse.

7.2 En l'occurrence, le gouvernement jurassien a fixé le tarif litigieux selon le CPH, structure tarifaire uniforme sur le plan suisse. Puisque les assureurs-maladie n'ont cependant pas participé à son élaboration, cette structure ne peut être con-

sidérée comme convenue au sens de la LAMal. Selon la pratique, les tarifs à la prestation peuvent néanmoins se fonder sur cette dernière, aussi longtemps qu'aucune autre structure conforme aux exigences de l'article 43, 5ème alinéa LAMal n'est à leur disposition et si son utilisation est valablement convenue ou reconnue officiellement. Dans le cas d'espèce, la Surveillance des prix quant à elle préconise une fixation du tarif selon la structure TARMED, dans sa version 1.1.

7.3 Dans une décision du Conseil fédéral du 10 mai 2000 concernant les prestations IRM dans le canton de Schaffhouse (cf. RAMA 5/2001, p. 377), l'autorité s'est fondée sur le CPH pour fixer la valeur du point des prestations du service de radiologie d'un hôpital dans le domaine de l'IRM. Partant du principe (qui n'est pas contesté en l'occurrence) que ces prestations devaient être estimées selon le quotient de 146 points CPH, le Conseil fédéral a considéré l'ensemble des charges fixes engendrées par l'exploitation d'un appareil IRM pour déterminer le coût d'une séance sur une base de 3400 examens par année. Après avoir ajouté les charges variables estimées selon la même méthode, il a ensuite divisé la somme ainsi obtenue par le quotient de 146 points CPH pour déterminer la valeur du point applicable à la prestation concernée. Dans la décision susmentionnée, le point central du litige a reposé sur le taux d'utilisation annuel de l'appareil IRM, par rapport auquel devait être appliquée la valeur du point. Le Conseil fédéral a ainsi déterminé que le taux d'utilisation minimal de l'équipement servait principalement de facteur de correction dans la fixation du tarif fondé sur le coûts réels d'exploitation. Ainsi, si le taux minimal d'utilisation de l'équipement n'est pas atteint, il y a lieu de procéder à une correction des coûts fixes, cette correction étant la conséquence des principes d'économie et de qualité issus des articles 43, 6ème alinéa et 46, 4ème alinéa LAMal.

Dans le cas d'espèce, il y a lieu de constater que les parties se réfèrent concrètement à la décision précitée pour faire valoir leurs moyens. A ce titre, la question de la fréquence annuelle d'exploitation de l'équipement IRM du Centre Y., ainsi que celle relative aux coûts engendrés, demeurent litigieuses.

7.4 Les facteurs constants du modèle de fixation présentés ci-dessus, soit le quotient moyen de 146 points CPH par examen IRM et le taux d'exploitation minimal de 3400 examens par année, pourraient être appliqués dans le cadre de l'établissement du tarif pour le Centre Y. Sur cette base, la valeur du point, arrêtée à Fr. 4.45 par le Gouvernement jurassien, ne se justifierait que si le coût d'un examen IRM se montait à Fr. 649.70, compte tenu du quotient admis de 146 points CPH (Fr. 4.45 x 146 points CPH). Le coût d'un examen IRM au Centre Y. représenterait, selon cette méthode, pas loin du double du coût d'un examen IRM tel qu'estimé dans le litige susmentionné portant sur un établissement schaffhousois (Fr. 326.46). Or il est notoire que les coûts variables (qui dépendent notamment du lieu d'exploitation) engendrés par la mise en service d'un équipement IRM dans le

canton du Jura ne peuvent justifier pareille différence par rapport au coût global d'exploitation d'un appareil IRM dans le canton de Schaffhouse.

Il résulte des constatations qui précèdent qu'une valeur du point CPH fixée à Fr. 4.45, soit contribue à couvrir des charges supplémentaires aux coûts imputables admis pour un examen IRM tel que pratiqué au Centre Y, soit les prestations concernées, dans la mesure où celles-ci engendrent effectivement des coûts aussi élevés, doivent être considérées comme contraire au principe d'économie prévalant dans la LAMal.

7.5 Dans une décision plus récente portant sur un cas comparable au présent litige (décision du Conseil fédéral du 26 juin 2002 en la cause santésuisse contre canton de Thurgovie en matière de fixation de tarif IRM, cons. 17.2.3; RAMA 6/2002, p. 480), le Conseil fédéral a dû s'écarter de la jurisprudence schaffhousoise précitée, en raison des mêmes constatations résultant de la comparaison des coûts globaux d'exploitation d'équipements IRM. Dans le litige en question, le Conseil fédéral a également pu observer un manque de documents comptables probants lui permettant d'établir les coûts exacts d'exploitation d'un appareil IRM. Dans le but d'arriver à une solution simple et pragmatique, l'autorité de céans a eu l'occasion d'examiner le bien-fondé d'une application anticipée de la structure tarifaire TARMED en matière de prestations IRM par rapport à un tarif établi sur la base du CPH. En substance, il a constaté que la référence au TARMED présentait des avantages certains, puisque le CPH contient de nombreuses positions sur- ou sous-évaluées. Le Conseil fédéral a toutefois renoncé à appliquer la structure TARMED comme telle, puisque cette dernière n'était pas encore entrée en vigueur. Il a cependant estimé qu'il se justifiait de se référer désormais à l'estimation des coûts effectuée sur la base de valeurs issues du TARMED, dès lors que ces valeurs pouvaient être considérées comme fiables. Dans le cadre de la décision précitée, il s'est donc fondé sur le coût moyen, estimé dans le cadre du TARMED, d'une séance de dépistage effectuée au moyen d'un appareil IRM. Sur la base des rapports de la Surveillance des prix du 15 janvier et 23 mars 2001, le Conseil fédéral a donc jugé que le quotient de 398 points selon TARMED, version alpha 3, avec une valeur du point se montant à Fr. 1.–, pouvait être appliqué pour les examens ambulatoires IRM. En divisant le coût de Fr. 398.– (398 pts TARMED x Fr. 1.–) pour un tel examen par le nombre de points CPH admis en matière d'IRM, l'autorité est parvenue à une valeur du point CPH de Fr. 2.73 (Fr. 398.– ÷ 146 pts CPH), prestations médicales et techniques comprises.

Le Conseil fédéral a donc déterminé que la valeur estimée à Fr. 398.– par la Surveillance des prix pour un examen IRM présentait un ordre de grandeur réaliste des coûts moyens d'exploitation d'un appareil. Cette valeur, applicable au nombre de points reconnus selon le CPH, a donc été ainsi considérée comme probante hors de la structure tarifaire TARMED et même si cette dernière devait encore être

modifiée à l'avenir. La question de la valeur du point définitive selon la version TARMED 1.1 n'a donc pas été considérée comme déterminante dans le cas d'espèce.

7.6 A ce jour, force est de constater que la situation n'a guère changé par rapport à celle ayant prévalu dans le cadre de la décision du Conseil fédéral susmentionnée en matière de prestations IRM dans le canton de Thurgovie. En effet, la nouvelle structure tarifaire TARMED, bien qu'approuvée par le Conseil fédéral au niveau national, n'est pas encore applicable aux prestataires individuels. L'autorité de céans estime, conformément à la pratique rappelée ci-dessus, qu'il n'y a par conséquent pas lieu d'appliquer comme telle cette structure de manière anticipée. Partant, c'est à juste titre que les parties se sont référées au CPH pour fixer la valeur des prestations visées. En effet, il ressort de la jurisprudence du Conseil fédéral qu'aussi longtemps qu'aucune autre structure tarifaire n'est à la disposition des parties, le tarif pour les prestations médicales peut reposer sur le CPH (RAMA 5/2001 p. 377).

Conformément au contenu de la décision précitée en matière de prestations IRM dans le canton de Thurgovie, l'autorité de céans considère cependant que la méthode fondée sur les coûts fixes et variables suivie dans le cadre de la résolution du litige dans le canton de Schaffhouse ne saurait être appliquée au cas d'espèce en raison de l'incompatibilité, constatée ci-dessus (cf. pt. 7.4), du tarif litigieux avec le principe d'économie prévalant dans la LAMal. Partant, le Conseil fédéral ne voit aucune raison de s'écarter de sa nouvelle jurisprudence en matière de prestations IRM, telle qu'appliquée dans le cadre du litige portant sur les prestations IRM dans le canton de Thurgovie. Il apparaît cependant que, contrairement au cas précité, la structure tarifaire TARMED a évolué de la version alpha 3 à la version 1.1 depuis la décision qui fait référence. Selon la nouvelle version, le coût moyen d'un examen IRM est passé de Fr. 398.– à Fr. 390.–, suite à une réévaluation des prestations techniques. Toutefois et dès lors que la nouvelle version n'avait pas encore été approuvée lors de l'introduction du présent litige, le Conseil fédéral estime que les coûts établis selon l'ancienne version alpha 3 doivent être repris dans le cas d'espèce. En partant du principe que le coût moyen d'un examen IRM s'élève ainsi à Fr. 398.–, la valeur du point CPH pour le Centre Y. doit être fixée à Fr. 2.73 conformément à la décision du Conseil fédéral du 26 juin 2002 en la cause santésuisse contre canton de Thurgovie en matière de fixation de tarif IRM.

Le recours doit donc être admis sur ce point.

S'agissant des produits de contraste nécessaires à l'exploitation d'un appareil IRM, ceux-ci peuvent être facturés de manière séparée, conformément au directives contenues dans le CPH (Vade–Mecum du CPH, ch. 3212, p. 317). Selon le prescrit de l'article 52, 3ème alinéa LAMal, cette facturation ne saurait toutefois être supérieure aux valeurs maximales déterminées dans le cadre de la Liste des spécialités.

7.7 En obiter dictum, le Conseil fédéral relève que la solution donnée au présent litige se justifie d'autant plus que la méthode – à laquelle se réfèrent les parties – fondée sur les coûts fixes et variables suivie pour fixer le tarif des prestations IRM dans le canton de Schaffhouse exige la production de pièces précises permettant de fonder lesdits coûts. En effet, le principe de la transparence des coûts, exprimé par l'article 49, 6ème alinéa LAMal et concrétisé par la nouvelle ordonnance sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux et les établissements médico-sociaux dans l'assurance-maladie du 3 juillet 2002 (OCP; RS 832.104), exige des fournisseurs de prestations qu'ils distinguent clairement, dans leur comptabilité, les prestations prises en charge par l'assurance obligatoire des soins de toute autre prestation. Cette obligation doit permettre d'établir quels frais proviennent des prestations de soins obligatoires, ainsi que d'isoler les postes de la facturation y relatifs, de telle sorte que seules les prestations réellement fournies au titre de l'assurance obligatoire soient mises à la charge de celle-ci sur la base du tarif.

Dans le cas d'espèce, le Conseil fédéral constate que les documents fournis dans le cadre de la procédure d'instruction sont très nettement insuffisants pour lui permettre de fixer la valeur du point selon la méthode de l'estimation des coûts effectifs d'exploitation. En effet, il apparaît que les seules pièces probantes dont il dispose sont composées d'un récapitulatif de l'activité médicale du Centre Y. établi le 27 novembre 2000 et d'un compte de profits et de pertes au 31 décembre 2000 qui demeure à l'état de projet. Les autres documents fournis ne se composent que de budgets et de prévisions qui ne peuvent être vérifiés par aucune autre pièce comptable certifiée. S'agissant du récapitulatif précité, il sied de constater que celui-ci ne permet pas d'établir le quotient des examens IRM sur une année complète, soit en l'occurrence du 1er janvier au 31 décembre 2000. Se fonder sur pareil document reviendrait à recourir à des suppositions quant à l'activité effective du centre, ce qui, dans le cadre de l'établissement d'un tarif, s'avère insatisfaisant. La même constatation s'impose pour ce qui concerne l'analyse du projet susmentionné de compte de profits et de pertes, en ce sens qu'il n'est guère possible, vu le manque de précision des postes, d'y déceler l'entier des charges fixes ou variables qui pourraient être effectivement remboursées par l'assurance-maladie. S'agissant de la piètre qualité comptable des documents présentés, le Conseil fédéral constate qu'il revenait au Centre Y. de fournir les moyens de preuve utiles à établir ses coûts d'exploitation de manière fiable et précise. En effet, le centre concerné ne pouvait ignorer que la question de sa fréquentation et celle touchant à la transparence liée à ses coûts étaient litigieuses dans le cas d'espèce. Plutôt que de se déterminer sur les arguments de la recourante sur ces questions, le Conseil fédéral constate que le Centre Y., pourtant dûment invité à se prononcer à plusieurs reprises, a renoncé à prendre position et à fournir à l'autorité d'instruction les moyens d'établir sa situation financière réelle.

8. Autres prestations

8.1 Dans la procédure relative à la cause santésuisse contre canton de Thurgovie précitée, le Surveillant des prix a constaté, dans sa recommandation du 15 janvier 2001, que l'application du CPH aboutirait à des erreurs de nature structurelle liées à la prise ne compte de dépenses non proportionnelles justifiant une révision complète du tarif. Dans l'expectative de l'entrée en vigueur du TARMED, l'autorité de céans a cependant reconnu que, suite à l'examen de la valeur du point selon le CPH, le catalogue semblait constituer un outil simple et pragmatique, lequel se fonde sur des suppositions et présente l'avantage de maintenir un certain statu quo dans le mode de fixation du tarif. Dans la décision précitée, le Conseil fédéral a donc examiné l'opportunité d'appliquer de façon générale une valeur comprise entre Fr. 4.– et Fr. 4.95 par point fixé selon le CPH. Il en est ressorti que cette fourchette peut être qualifiée d'élevée, puisque la valeur moyenne du point établie selon le CPH, pondérée au pro rata de la population, pour les prestations LAMal médicales non stationnaires fournies dans les hôpitaux publics suisses s'élève à Fr. 3.98, alors que la valeur médiane se monte à Fr. 3.96 (la plupart des valeurs se situant entre Fr. 3.90 et Fr. 4.–). Ce qui précède est valable non seulement pour les prestations médicales mais également dans le domaine de la radiologie (à l'exception des séances d'IRM; cf. décision du Conseil fédéral du 26 juin 2002 en la cause santésuisse contre canton de Thurgovie précitée).

Il en résulte qu'en cas de litige, une valeur du point selon le CPH ne peut être fixée ou maintenue dans la fourchette comprise entre Fr. 4.– et Fr. 4.95 que dans le cas où la comptabilité d'un établissement est transparente.

8.2 Comme déjà constaté dans le cadre de la fixation de la valeur du point pour les prestations d'IRM dispensées par le Centre Y., les pièces comptables à disposition du Conseil fédéral sont insuffisantes et leur qualité insatisfaisante. Dans la mesure où, dans le cas d'espèce, le tarif peut être établi sur la base du CPH, la valeur du point pour les autres prestations doit par conséquent être fixée à Fr. 4.–, jusqu'à l'introduction du TARMED. A ce titre, la Surveillance des prix reconnaît elle-même ne pas disposer de données fiables s'agissant en particulier des examens par tomographies informatisées (OT …). En absence de paramètres supplémentaires issus notamment d'un Benchmark approprié dans ce domaine, le Conseil fédéral renonce à réduire la valeur du point pour ces prestations. Celle-ci est, par conséquent, également maintenue à Fr. 4.– pour les examens OT, jusqu'à l'entrée en vigueur du TARMED.

Le recours doit donc être partiellement admis sur ce point.

9. La manière de procéder du Conseil fédéral dans le cadre du présent litige peut à première vue paraître quelque peu rigide. L'autorité de céans tient à souligner ici,

tout comme il l'a déjà fait dans sa jurisprudence antérieure, qu'il n'appartient ni au Gouvernement cantonal, ni aux assureurs-maladie, ni aux assurés de garantir ou assumer, sur la base de la LAMal, une perte de revenu liée à la fixation d'un tarif (cf. notamment décision du 16 mars 1998 en la cause FGAM v. Association genevoise des sages-femmes, cons. 11; RAMA 2/3/1998, p. 205 ss), ce d'autant plus qu'en l'occurrence, peu de données précises concernant les coûts effectifs ont été fournies par le Centre Y. La fixation d'un tarif ne saurait dès lors être motivée par la seule nécessité de préserver un certain statu quo du revenu des fournisseurs de prestations. Par ailleurs, les tarifs calculés selon le CPH ne sont pas immuables; ils peuvent tout à fait être adaptés aux prestations effectivement fournies. Il n'en reste pas moins que le principe de la neutralité des coûts ne peut être interprété comme garantissant la reprise intégrale de coûts dont la justification au regard des exigences posées par la LAMal ne peut pas être apportée.

Dans la LAMal, la fixation autonome des tarifs par les partenaires tarifaires au moyen de conventions constitue la règle générale pour la tarification des prestations (cf. Message, FF 1992 I, notamment p. 162). Par ailleurs, dans une prise de position du 10 juin 1999, le Surveillant des prix a réservé la correction dont pourrait faire l'objet les valeurs «si des données provenant du marché de la santé mettaient en évidence, selon les fournisseurs de prestations, les assureurs ou les autorités, un développement inquiétant ou un niveau de coûts problématique». Il appartiendra dès lors aux partenaires tarifaires de s'entendre sur une éventuelle modification des tarifs tels qu'estimés ci-dessus ou, à défaut, au Gouvernement jurassien de procéder aux correctifs nécessaires sur requête de l'une des parties. Celle-ci devrait toutefois être à même de démontrer par la fourniture de données transparentes que les tarifs ne suffisent pas à couvrir les coûts des prestations.

Dans le même ordre d'idée, il convient de rappeler que l'OCP est entrée en vigueur au 1er janvier 2003. Quand bien même on peut se demander si cette ordonnance peut être appliquée à une société privée fournissant des prestations de radiologie (qui n'est donc ni un hôpital, ni un établissement médico-social), le Conseil fédéral est d'avis que cette loi institue des standards en matière de comptabilité analytique qui pourraient être repris par de tels fournisseurs de prestations soucieux d'assurer la transparence de leurs coûts. Il est également d'avis qu'il appartient aux partenaires tarifaires concernés de se déterminer sur les éventuelles implications entraînées par l'entrée en vigueur de cette ordonnance dans cadre de possibles négociations sur une nouvelle convention puis, en fonction de leurs conclusions, de décider de la manière de les concrétiser le cas échéant.

10. Autres moyens

10.1 Selon le gouvernement cantonal, la valeur du point fixée par ses soins se justifie notamment par des considérations prenant en compte d'autres critères éco-

nomiques. Ainsi, l'autorité se fonde, par exemple, sur les estimations du Centre Y. s'agissant du bassin de population potentiellement touché par ses prestations (…) et sur les économies réalisées dans le cadre du déplacement des patients (cf. annexe à l'Arrêté attaqué motivant la non-prise en compte des arguments de la Surveillance des prix). Bien que ces considérations ne reposent sur aucune étude économique détaillée, le gouvernement cantonal en tire implicitement la justification financière de la valeur du point fixée pour le Centre Y.

S'agissant du bassin de population concerné, l'autorité de céans rappelle qu'en matière d'IRM, le besoin doit être estimé au niveau national et non pas régional (cf. décision du Conseil fédéral du 10 mai 2000 précitée, cons. II p. 25, pt. 6.5). Ainsi, les retombées économiques de tels appareils doivent être prises en compte de manière globale et non pas limitées à la seule région concernée. Comme constaté dans la décision précitée, il apparaît qu'en Suisse la nécessité des équipements IRM s'élève à un peu plus de 50 unités pour parvenir à une gestion rationnelle des prestations dans ce domaine. En l'an 2000, on comptait environ une centaine de ces appareils, soit un surplus de 50 appareils par rapport au besoin réel de la population prise dans sa globalité. Le coût engendré par ce surplus à charge des assurances sociales a été estimé à environ 30 millions de francs, notamment en raison des coûts fixes des installations, des surcapacités ainsi crées et du phénomène lié à l'incitation de recourir aux prestations IRM conséquente à l'offre pléthorique dans ce domaine.

10.2 L'argument tiré des économies liées à la réduction des déplacements des patients ne saurait non plus convaincre le Conseil fédéral. En effet, il apparaît que les principaux centres disposant d'équipements IRM, dans lesquels les patients jurassiens pourraient être admis, ne sont guère éloignés de la capitale du Jura (par. ex . Bâle: 41 km; Soleure: 35 km). Dans le même sens, il ne faut que 34 minutes pour se rendre à Bâle en train, 40 minutes pour Soleure et 48 minutes pour rejoindre Neuchâtel. Par conséquent, il apparaît que les économies qui pourraient être réalisées par le biais de la réduction des déplacements des patients jurassiens ne peuvent être quantitativement comparées à celles qui doivent être entreprises pour restreindre les surcoûts à la charge de l'assurance sociale engendrés par les surcapacités constatées en matière d'offre pour les examens IRM. A ce titre, il sied également de constater que les patients eux-mêmes, par l'intermédiaire du versement de leurs primes d'assurance-maladie, supportent les surcoûts précités. Ils ont donc un intérêt manifeste à ce que ces derniers soient réduits dans la mesure du possible.

Il est toutefois manifeste que les coûts liés à la mise en service d'un appareil IRM sont supérieurs à la moyenne suisse dans les régions qui ne permettent matériellement pas l'exploitation économique de ce dernier. Un tel désavantage ne saurait cependant être compensé par le biais de la fixation des tarifs LAMal. Par

contre, la législation n'interdit pas au canton de prendre à sa charge la part non-couverte par l'assurance sociale des coûts d'exploitation de cet équipement.

Défaut de protection tarifaire selon l'art. 44 al. 1 LAMal pour les frais de séjour en établissement médico-social (EMS) (ATF 129 I 346)

KV 269 Arrêt de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral du 24 juin 2003

- **Décret du 19 juin 2001 sur la contribution des résidents à la couverture des coûts d'investissement des établissements médico-sociaux d'intérêt public et des divisions pour malades chroniques des hôpitaux et des centres de traitement et de réadaptation d'intérêt public du canton de Vaud.**

  Protection tarifaire selon l'art. 44 al. 1 LAMal: notion et contenu. Selon le système en vigueur, les frais de séjour en établissement médico-social (EMS), en particulier les frais de logement (y compris l'amortissement des bâtiments) ne tombent pas sous le coup de la législation sur l'assurance-maladie obligatoire et ne bénéficient pas de la protection tarifaire. Il n'est donc pas contraire à l'art. 49 Cst. d'imposer aux résidents d'EMS une participation aux coûts d'infrastructure immobilière de ces établissements (consid. 3.2 et 3.3).

  Rappel de la jurisprudence en matière de contributions publiques; distinctions entre charge de préférence et impôt d'affectation (consid. 5.1). La contribution aux coûts d'investissement instaurée par le décret contesté présente les caractéristiques d'un impôt d'affectation (consid. 5.2). Elle ne satisfait toutefois pas aux conditions strictes de l'art. 127 al. 1 Cst. et viole donc le principe de la légalité (consid. 5.3). Ladite contribution viole également les art. 8 et 9 Cst. (consid. 6).

- **Kanton Waadt: Dekret vom 19. Juni 2001 über die Verpflichtung der Patienten von Pflegeheimen, von Chronischkranken-Abteilungen der Krankenhäuser sowie von Behandlungs- und Rehabilitationszentren zur Leistung eines Beitrags an die Investitionskosten solcher Einrichtungen.**

  Tarifschutz gemäss Art. 44 Abs. 1 KVG, Begriff und Inhalt. Gemäss der geltenden Rechtsordnung fallen die Aufenthaltskosten in Pflegeheimen, im Besonderen die Unterbringungskosten (einschliesslich der Gebäudeamortisationen), nicht unter die Gesetzgebung der obligatorischen Krankenversicherung und geniessen keinen Tarifschutz. Es verstösst

demnach nicht gegen Art. 49 BV, die Heimbewohner zu einem Beitrag an die Infrastrukturkosten der Immobilien solcher Einrichtungen zu verpflichten (E. 3.2 und 3.3).

Zusammenfassung der Rechtsprechung im Bereich der öffentlichen Abgaben; Unterschiede zwischen Vorzugslast und Kostenanlastungssteuer (E. 5.1). Die vom angefochtenen Dekret vorgesehene Abgabe trägt die Merkmale einer Kostenanlastungssteuer (E.5.2). Sie genügt den strengen Anforderungen von Art. 127 Abs. 1 BV jedoch nicht und verletzt somit das Legalitätsprinzip (E. 5.3). Die erwähnte Abgabe verletzt auch Art. 8 und Art. 9 BV (E. 6).

■ **Decreto del 19 giugno 2001 concernente il contributo degli ospiti alla copertura dei costi d'investimento delle case di cura d'interesse pubblico e dei reparti per malati cronici degli ospedali e dei centri di trattamento e di riabilitazione d'interesse pubblico del Cantone Vaud.**

Protezione tariffale ai sensi dell'art. 44 cpv. 1 LAMal: nozione e contenuto. Secondo il sistema in vigore, le spese di soggiorno in una casa di cura, segnatamente le spese di alloggio (ivi incluso l'ammortamento degli immobili) non rientrano nel campo d'applicazione della legislazione in materia di assicurazione obbligatoria contro le malattie e non beneficiano della protezione tariffale. Non disattende quindi l'art. 49 Cost. imporre agli ospiti di case di cura una partecipazione alle spese d'infrastruttura immobiliare di questi stabili (consid. 3.2 e 3.3).

Richiamo della giurisprudenza in materia di contributi pubblici: distinzioni tra onere preferenziale e imposta a destinazione vincolata (consid. 5.1). Il contributo ai costi d'investimento previsto dal decreto impugnato presenta le caratteristiche di un'imposta a destinazione vincolata (consid. 5.2). Non soddisfa tuttavia le esigenze rigorose dell'art. 127 cpv. 1 Cost. e viola quindi il principio della legalità (consid. 5.3). Detto contributo lede ugualmente gli art. 8 e 9 Cost. (consid. 6).

I.

A. Dans le canton de Vaud, le coût des prestations de soins et de l'hébergement des résidents d'établissements médico-sociaux a d'abord été réglé par voie conventionnelle entre l'Etat de Vaud et les différents partenaires intéressés, ce jusqu'à la fin de 1996, puis de 1997 à fin 2000 par divers arrêtés pris par le Conseil d'Etat. Dès 2001 de nouvelles conventions ont pu être établies. Les arrêtés ainsi que les conventions établies pour 2001 et 2002 ont fait l'objet de re-

cours, en particulier de Résid'EMS et consorts, adressés tant au Conseil fédéral qu'au Tribunal fédéral. Les jugements y relatifs ont été rendus entre 1999 et 2003.

B. Entre-temps, soit le 19 juin 2001, le Grand Conseil du canton de Vaud a notamment adopté un «Décret sur la contribution des résidents à la couverture des coûts d'investissement des établissements médico-sociaux d'intérêt public et des divisions pour malades chroniques des hôpitaux et des centres de traitement et de réadaptation d'intérêt public du canton de Vaud» (abrégé: décret sur la contribution aux coûts d'investissement), dont la teneur est la suivante:

> «But
> Article premier. – Le présent décret a pour but de fixer les principes et les modalités d'une contribution des résidents à la couverture des coûts d'investissement des établissements médico-sociaux (EMS) d'intérêt public ainsi que des divisions pour malades chroniques (divisions C) des hôpitaux et des centres de traitement et de réadaptation (CTR) d'intérêt public du Canton de Vaud.
>
> Champ d'application
> Art. 2.– La contribution concerne tous les résidents hébergés dans un EMS d'intérêt public ou dans une division C d'un hôpital ou d'un CTR d'intérêt public.
>
> Principes
> Art. 3.– Les résidents versent une contribution financière destinée à couvrir totalement ou partiellement les coûts d'investissement de l'établissement où ils sont hébergés.
> Le montant de la contribution est arrêté chaque année par le Conseil d'Etat sur la base des éléments suivants:
> – valeur d'expertise des bâtiments et du terrain;
> – charges d'investissement supportées par l'établissement;
> – participation financière aux coûts d'investissement versée par l'Etat à l'établissement en application de la LPFES.
>
> Modalités
> Art. 4.– La contribution est inscrite comme une recette au budget du Département de la santé et de l'action sociale, Service de la santé publique. Elle est facturée au résident par l'établissement. Elle est ensuite rétrocédée à l'Etat par compensation, selon des modalités fixées par le Conseil d'Etat.
>
> Validité
> Art. 5.– Le présent décret échoit le 31 décembre 2007.

Exécution

Art. 6.– Le Conseil d'Etat est chargé de l'exécution du présent décret. Il en publiera le texte conformément à l'article 27, chiffre 2, de la Constitution cantonale et le mettra en vigueur, par voie d'arrêté.»

Résid'EMS et consorts ont déposé un recours contre ce décret tant devant le Conseil fédéral, le 17 août 2001, que devant le Tribunal fédéral, le 4 septembre 2002. Suite à des échanges de vues entre ces deux autorités, il a été décidé que le Tribunal fédéral se prononcerait en premier.

C. Le 17 décembre 2001, le Conseil d'Etat a adopté un «Arrêté fixant pour l'année 2002 les contributions journalières des résidents à la couverture des coûts d'investissement des établissements médico-sociaux d'intérêt public et des divisions pour malades chroniques des hôpitaux et des centres de traitement et de réadaptation d'intérêt public» (abrégé: arrêté sur la contribution 2002), dont l'art. 2 a la teneur suivante:

«Contributions

Art. 2.– Les contributions sont déterminées de la manière suivante:

Un prix d'investissement par journée est calculé sur la base d'une pondération entre, d'une part, les valeurs intrinsèques mobilière et immobilière de l'établissement (40%) et, d'autre part, la participation financière à l'investissement versée par l'Etat à cet établissement en 2001 (60%).

Ce prix journalier pondéré est multiplié par un coefficient d'ajustement de 1,3.

Le prix ainsi obtenu est classé dans l'une des six catégories de forfaits journaliers ci-après, en tenant compte du fait que le forfait ne doit pas dépasser la participation versée par l'Etat. Si tel est le cas, le prix est classé dans une catégorie inférieure:

Prix retenu forfait		
catégorie 1	entre Fr. 0.– et Fr. 7.–	Fr. 4.-
catégorie 2	entre Fr. 8.– et Fr. 14.–	Fr. 9.-
catégorie 3	entre Fr. 15.– et Fr. 21.–	Fr. 14.-
catégorie 4	entre Fr. 22.– et Fr. 28.–	Fr. 19.-
catégorie 5	entre Fr. 29.– et Fr. 34.–	Fr. 24.-
catégorie 6	plus de Fr. 35.–	Fr. 29.-

En vertu des mêmes critères, les établissements sont classés en six catégories correspondant chacune à un forfait journalier.

La liste des contributions dues par les résidents de chaque établissement figure dans l'annexe au présent arrêté, dont elle fait partie intégrante.»

L'arrêté précité a également fait l'objet de recours de Résid'EMS et consorts tant au Tribunal fédéral qu'au Conseil fédéral.

II.

Par les considérants suivants, le Tribunal fédéral a admis, dans la mesure où il était recevable, le recours formé le 4 septembre 2001 contre le décret du Grand Conseil du 19 juin 2001 sur la contribution aux coûts d'investissements et a annulé ledit décret :

…

3. Les recourants prétendent que la contribution aux coûts d'investissement, c'est-à-dire l'obligation faite aux résidents d'établissements médico-sociaux et de divisions C de participer aux coûts d'infrastructure immobilière de ces établissements violerait la protection tarifaire garantie par l'art. 44 al. 1 LAMal (RS 832.10) combiné avec l'art. 7 al. 3 de l'ordonnance du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS; RS 832.112.31). Ils invoquent ainsi implicitement la primauté du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.).

3.1 Le principe de la primauté du droit fédéral (de la force dérogatoire du droit fédéral, selon l'art. 2 Disp. trans. aCst.) signifie que les cantons ne sont pas autorisés à légiférer dans les domaines exhaustivement réglés par le droit fédéral. Dans les autres domaines, ce principe fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent les prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leurs buts ou par les moyens qu'elles mettent en œuvre. L'existence ou l'absence de législation fédérale exhaustive constitue donc le critère principal pour déterminer s'il y a conflit avec une règle cantonale. Il faut toutefois souligner que, même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine si la preuve est rapportée qu'elle poursuit un autre but que celui recherché par la mesure fédérale (ATF 128 I 295 consid. 3b; 127 I 60 consid. 4a; 125 II 56 consid. 2b, 315 consid. 2a).

3.2 L'art. 44 al. 1 LAMal prévoit que les fournisseurs de prestations doivent respecter les tarifs et les prix fixés par convention ou par l'autorité compétente; ils ne peuvent exiger de rémunération plus élevée pour des prestations fournies en application de la loi (protection tarifaire). Comme l'indique expressément cette disposition, et l'a précisé le Tribunal fédéral dans son arrêt 2P.25/2000 du 12 novembre 2002 (consid. 8.3), la protection tarifaire est limitée aux prestations de soins accordées selon la LAMal, pour lesquelles une facturation supplémentaire est exclue. Cette protection s'adresse à l'assuré en tant que débiteur des coûts des soins, comme à son assureur en sa qualité de tiers garant. A contrario, les prestations qui ne tombent pas sous le coup de l'assurance obligatoire ne bénéficient pas de la protection tarifaire. Ainsi, celle-ci ne s'étend pas notamment aux rapports avec des patients privés, aux assurances complémentaires qui couvrent des

prestations non comprises dans le tarif (par exemple: un moyen thérapeutique non reconnu ou un médicament qui ne figure pas sur la liste des spécialités), ni au fournisseur de prestations qui s'est récusé, c'est-à-dire qui refuse de fournir des prestations conformément à la loi (art. 44 al. 2 LAMal). S'agissant de prestations qui ne tombent pas sous le coup de la loi sur l'assurance-maladie, le fournisseur est en principe libre d'en déterminer le prix ou de les facturer hors tarif (*Eugster,* Krankenversicherung, nos 321 ss, in *Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli,* Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, *Ulrich Meyer-Blaser,* Soziale Sicherheit, Bâle, Genève, Munich 1998; *Maurer,* Das neue Krankenversicherungsrecht, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, p. 81/82).

Les prestations de soins, dont les coûts sont pris en charge par l'assurance obligatoire, sont définies aux art. 24 à 31 LAMal, compte tenu des conditions des art. 32 à 34 LAMal. L'ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins précise, de manière exhaustive, les prestations de soins que l'assurance obligatoire doit nécessairement assumer, ne doit assumer qu'à certaines conditions ou ne peut assumer en aucun cas.

3.3 L'art. 50 LAMal prévoit, concernant les conventions tarifaires avec les établissements médico-sociaux, qu'en cas de séjour dans un tel établissement, l'assureur prend en charge les mêmes prestations que pour un traitement ambulatoire et pour les soins à domicile. Il peut toutefois convenir, avec l'établissement médico-social, d'un mode de rémunération forfaitaire. L'art. 7 OPAS, en particulier son alinéa 2, définit les soins pris en charge par l'assurance obligatoire et qui peuvent faire l'objet d'un tarif forfaitaire (art. 9 al. 1, 2 et 4 OPAS). Son alinéa 3 précise que «les frais généraux d'infrastructure et d'exploitation des fournisseurs de prestations ne sont pas pris en compte dans le coût des prestations». La question de savoir ce que sont exactement ces frais généraux d'infrastructure et d'exploitation, s'ils recouvrent uniquement, comme le prétend l'autorité intimée, des frais administratifs et de gestion (salaires, secrétariat, personnel technique, etc.) et s'ils bénéficient ou non de la protection tarifaire, n'a pas à être résolue ici. Il suffit de constater que l'art. 7 al. 3 OPAS ne mentionne pas les «frais d'infrastructure» au sens strict, c'est-à-dire les coûts d'investissement des infrastructures mobilières et immobilières, à la différence d'ailleurs de l'art. 49 al. 1 LAMal qui exclut expressément les frais d'investissement des forfaits prévus par les conventions tarifaires avec des hôpitaux. Ainsi, il ressort du système mis en place aux art. 50 LAMal et 7 OPAS que ni les frais de séjour en établissement médico-social, soit les frais socio-hôteliers ni, plus précisément, les frais de logement dans un tel établissement (y compris l'amortissement des bâtiments) ne tombent sous le coup de la législation sur l'assurance-maladie obligatoire, qui limite les prestations prises en compte à celles correspondant à un traitement ambulatoire et aux soins à domicile (cf. Message du 6 novembre 1991 concernant la révision de l'assurance-maladie, FF 1992 I 77 ss, spéc. p. 169 ad art. 43).

Ces coûts ne bénéficient donc pas de la protection tarifaire de l'art. 44 al. 1 LAMal.

C'est en vain que les recourants invoquent le régime des hôpitaux, en particulier les art. 49 et 64 LAMal. L'art. 64 LAMal règle la participation des assurés aux coûts des prestations dont ils bénéficient et ne s'applique qu'aux prestations relevant de la LAMal, ce qui n'est pas le cas des coûts de logement en relation avec un séjour dans un établissement médico-social. Par ailleurs, l'art. 50 LAMal sur les conventions tarifaires avec les établissements médico-sociaux ne renvoie qu'aux alinéas 6 et 7 de l'art. 49 LAMal, c'est-à-dire au calcul des coûts et au classement des prestations, à l'exigence d'une comptabilité analytique et de statistiques des prestations, ainsi qu'à la comparaison des frais d'exploitation entre établissements. Au surplus, le régime en hôpital apparaît différent de celui en établissement médico-social, puisque l'art. 25 al. 2 let. e LAMal prévoit que les prestations en cas de maladie comprennent le séjour en division commune d'un hôpital (cf. aussi les art. 27 à 30 LAMal).

3.4 Enfin, le fait que le canton de Vaud entende diminuer son engagement financier dans le domaine des investissements immobiliers des établissements médico-sociaux à la charge, partielle tout au moins, des résidents, ne contredit pas la décision du 20 décembre 2000 du Conseil fédéral qui interdit un report du coût des prestations de soins non prises en charge par les assureurs sur ces mêmes résidents. Les régimes de financement des prestations de soins et des investissements obéissent à des réglementations différentes et indépendantes l'une de l'autre. En l'absence de base légale expresse de droit fédéral, l'autonomie cantonale (art. 3 Cst.) en matière de financement des investissements des établissements médico-sociaux ne saurait être restreinte, même si le canton en use pour en reporter la charge sur des tiers ou réduire des subventions aux fins de compenser des charges supplémentaires qui lui incomberaient selon la législation sur l'assurance-maladie. En n'englobant pas dans l'assurance-maladie les frais socio-hôteliers en établissement médico-social, le législateur fédéral a précisément renoncé à légiférer sur ce point et laissé aux cantons le soin de choisir la solution adéquate.

3.5 Le grief que les recourants fondent sur la protection tarifaire garantie par l'art. 44 al. 1 LAMal et la primauté du droit fédéral doit donc être écarté.

4. Les recourants se plaignent d'une violation des art. 25 et 26a de la loi vaudoise du 5 décembre 1978 sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public et des réseaux de soins (LPFES).

L'art. 25 LPFES prévoit que l'Etat prend en charge les investissements des établissements sanitaires d'intérêt public et participe au financement des dépenses

d'exploitation des hôpitaux d'intérêt public conformément aux dispositions de la législation sur l'assurance-maladie (al. 1, 1re phrase). L'art. 26a al. 1 LPFES pose le principe que la commune sur le territoire de laquelle un établissement sanitaire privé reconnu d'intérêt public doit être construit met gratuitement à la disposition du propriétaire de cet établissement le terrain nécessaire à la construction de celui-ci.

Il est vrai que ces dispositions prévoient une participation des collectivités publiques aux frais d'investissement des établissements médico-sociaux. Les recourants n'indiquent pas toutefois en quoi elles créeraient des droits pour les résidents eux-mêmes de ces établissements et en quoi ces droits seraient violés. Dans cette mesure, le recours ne satisfait pas aux conditions de l'art. 90 al. 1 OJ. Au surplus, même si les résidents bénéficiaient indirectement d'avantages financiers sur la base des articles précités, rien n'empêchait le Grand Conseil de modifier cette situation en adoptant le décret attaqué en vertu du principe «lex specialis derogat generali». Il est sans importance à cet égard que ce décret soit limité dans le temps (cf. art. 5 du décret) du moment qu'il apparaît comme une loi tant formellement que matériellement.

Le grief est mal fondé dans la mesure où il est recevable.

5. Les recourants prétendent encore que la contribution aux coûts d'investissement serait en fait un impôt d'affectation – plutôt qu'une charge de préférence – qui ne satisferait pas au principe de la légalité et dont le montant ne serait contrôlé ni par le principe de la couverture des coûts ni par celui de l'équivalence.

L'autorité intimée prétend en revanche qu'il s'agirait d'une contribution causale, due par les résidents pour couvrir une partie des coûts d'investissement pour des immeubles dont ils bénéficient et que l'Etat finance. Les exigences en matière de base légale seraient alors affaiblies par rapport aux impôts.

5.1 D'après la jurisprudence relative au principe de la légalité garanti par l'art. 4 aCst., et qui figure actuellement aux art. 127 al. 1 et 164 al. 1 let. d Cst., la perception de contributions publiques – à l'exception des émoluments de chancellerie – doit être prévue, quant à son principe, dans une loi au sens formel. Si cette dernière délègue à l'organe exécutif la compétence d'établir une contribution, la norme de délégation ne peut constituer un blanc-seing en faveur de cette autorité; elle doit indiquer, au moins dans les grandes lignes, le cercle des contribuables, l'objet et la base de calcul de cette contribution (ATF 125 I 182 consid. 4a; 122 I 305 consid. 5a et les références citées). Le Tribunal fédéral examine librement si la norme de délégation litigieuse satisfait à ces exigences. Ces dernières ont cependant été assouplies par la jurisprudence pour certaines contributions causales, notamment en ce qui concerne leur calcul, lorsque leur montant est limité par des

principes constitutionnels contrôlables, tels que ceux de la couverture des frais et de l'équivalence, et lorsque ce n'est pas seulement la réserve de la loi qui remplit cette fonction protectrice. Tel peut être le cas en particulier des contributions causales dépendant des coûts (ATF 122 I 61 consid. 2a et la jurisprudence citée). Le principe de la légalité ne doit toutefois pas être vidé de sa substance ni appliqué avec une exagération telle qu'il entre en contradiction irréductible avec la réalité juridique et les exigences de la pratique (ATF 122 I 305 consid. 5a; 121 I 273 consid. 3a; 120 Ia 171 consid. 5 et la jurisprudence citée).

La charge de préférence – dont la base légale peut le cas échéant être assouplie lorsque d'autres principes constitutionnels en assurent le contrôle – se définit comme une participation aux frais d'installations déterminées réalisées par une corporation publique dans l'intérêt général, participation partiellement mise à la charge des personnes ou des groupes de personnes auxquels ces installations procurent des avantages économiques particuliers. Elle est calculée d'après la dépense à couvrir et mise à la charge de celui qui profite des installations réalisées, dans une proportion correspondant à l'importance des avantages économiques particuliers qu'il en retire.

La charge de préférence se distingue de l'impôt d'affectation ou de dotation (Zwecksteuer) en ce sens que si celui-ci est également destiné à couvrir des dépenses déterminées, il est en revanche perçu auprès de tous les contribuables et non pas seulement auprès de ceux auxquels les dépenses à payer procurent des avantages. Le cercle des contribuables d'un impôt d'affectation destiné à couvrir certaines dépenses déterminées comprend les personnes à la charge desquelles la collectivité publique peut, pour des motifs objectifs et raisonnables, mettre en priorité les dépenses en cause plutôt que de les imposer à l'ensemble des contribuables. Cet impôt est toutefois dû indépendamment de l'usage ou de l'avantage obtenu individuellement par le contribuable ou de la dépense que celui-ci a provoquée. Le lien entre les dépenses en cause et les personnes assujetties est ainsi abstrait et plus lâche que dans le cas d'une charge de préférence; ces dépenses sont comprises dans un sens large, sans qu'il soit nécessaire qu'un tel impôt serve au financement immédiat d'une mesure déterminée (ATF 124 I 289 consid. 3b; 122 I 305 consid. 4b, 61 consid. 3b et les références citées; cf. également *Peter Böckli,* Indirekte Steuern und Lenkungssteuern, Bâle 1975, p. 52–53).

5.2 Le système mis en place par le décret crée une relation triangulaire: (1) l'Etat subventionne les investissements des établissements médico-sociaux et des divisions C conformément à la loi vaudoise sur la planification et le financement des établissements sanitaires. Il applique, en pratique, deux systèmes différents selon qu'il s'agit d'établissements de forme commerciale ou d'établissements à but idéal. (2) Les établissements médico-sociaux logent leurs résidents

en principe à un prix supposé nettement inférieur au coût réel. (3) L'Etat fait participer les résidents au remboursement des subventions versées aux établissements médico-sociaux. Il obtient cette participation en partie seulement, dans la mesure où 80% des résidents bénéficient des régimes sociaux et où il prend lui-même en charge les frais de leur placement (dont une partie toutefois lui est remboursée par la Confédération et les communes, cf. Bulletin du Grand Conseil, session juin 2001, séance du 12 juin 2001, p. 1137). La contribution aux coûts d'investissement due par les résidents est calculée, selon l'art. 3 du décret, d'après la valeur d'expertise des bâtiments et du terrain, les charges d'investissement supportées par l'établissement et la participation financière aux coûts d'investissements versée par l'Etat à l'établissement en application de la législation cantonale précitée.

Il ressort ainsi du décret que la contribution en cause n'est en relation avec aucune prestation, du moins directe, que ferait l'Etat aux résidents. En outre, elle ne correspond pas à la valeur effective du logement des résidents. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs délibérément renoncé à une telle solution étudiée sous la dénomination «variante qualitative» (cf. Bulletin du Grand Conseil, session juin 2001, séance du 12 juin 2001, p. 1118 ss). La contribution repose, d'une part, sur la valeur intrinsèque de l'immeuble, d'autre part, sur la situation financière de l'établissement, en particulier sur les relations entre l'établissement en cause et l'Etat, plus précisément le financement qu'assure ce dernier à l'établissement médico-social. En outre, aux dires de l'autorité intimée, cette participation financière varie selon le type d'établissement et ne tient pas compte des fonds propres que pourrait avoir investis ce dernier. S'agissant des établissements médico-sociaux en la forme commerciale, l'autorité intimée admet d'ailleurs qu'elle ignore les charges financières réelles qu'ils assument, ce mode de subventionnement étant forfaitairement fondé sur la valeur intrinsèque de l'établissement. Telle qu'établie par le décret, la contribution n'est donc pas calculée «sur la même base pour tous les établissements quelle que soit leur forme juridique, c'est-à-dire à partir de la valeur du bâtiment», contrairement à ce qu'indiquait le Conseil d'Etat dans un rapport (cf. Bulletin du Grand Conseil, session juin 2001, séance du 12 juin 2001, p. 1132).

Faute de correspondance individuelle entre la contribution réclamée au résident et une prestation offerte par l'Etat à celui-ci, la contribution attaquée ne saurait être qualifiée de charge de préférence. Au demeurant, même si l'on admettait par hypothèse qu'il suffirait que l'Etat fournisse sa prestation indirectement aux résidents, sous la forme d'un logement dans un établissement médico-social subventionné, il n'existerait pas de relation suffisamment sérieuse et objective entre la prestation fournie et la contribution réclamée aux résidents, du moins dans la forme que prévoit le décret attaqué. Preuve en sont les bases de calcul prévues à l'art. 3 du décret: traduites en chiffres par le Conseil d'Etat (art. 2 de l'arrêté sur la

contribution 2002), elles aboutissent à des tarifs fort différents, allant de 4 fr. à 29 fr. par jour, soit environ de 120 fr. à 870 fr. par mois selon les établissements, sans que ces montants ne soient justifiés par des différences de qualité dans les logements offerts aux résidents (ou par un abattement pris en compte dans le prix de pension en raison des subventions touchées). Ainsi, même si l'on devait assimiler cette contribution journalière à une contribution causale, elle violerait le principe de l'équivalence, selon lequel la prestation de la collectivité publique ou l'avantage économique obtenu par l'intéressé et la contre-prestation de ce dernier doivent être dans un rapport objectif et raisonnable (ATF 128 I 46 consid. 4a et les arrêts cités). Que le principe de la couverture des frais soit respecté, c'est-à-dire que la somme des contributions journalières encaissée par l'Etat ne dépasse pas le montant des subventions accordées à l'établissement où réside le contribuable, ne répare pas cette violation.

5.3 Dans la mesure où, sans être en relation individuelle avec une prestation fournie aux résidents, la contribution litigieuse se justifie toutefois par l'avantage global qu'obtiendraient indirectement ceux-ci grâce aux subventions versées par l'Etat aux établissements médico-sociaux, elle présente les caractéristiques d'un impôt d'affectation. Un tel impôt doit satisfaire aux conditions strictes de l'art. 127 al. 1 Cst. Or tel n'est pas le cas en l'espèce.

L'art. 3 du décret décrit l'assiette de la contribution en énumérant trois critères de calcul, mais sans en indiquer les rapports. On ignore quelles sont leurs importances respectives, lesquels s'appliqueraient à certains établissements médico-sociaux exclusivement et comment sont établies les valeurs, charges et participations auxquelles ils renvoient. En outre, aucun taux ou montant n'est fixé par le décret, de sorte que la contribution est dépourvue de toute limite maximale légalement définie. Ainsi rien n'empêcherait par exemple l'exécutif de choisir librement si la contribution doit être calculée en fonction de coûts d'investissement amortis sur une courte période (ce qui en augmenterait le montant) ou sur une plus longue période (ce qui en réduirait l'importance) ni d'en modifier le montant périodiquement au gré des besoins financiers. Au demeurant, c'est même la solution qui paraît avoir été envisagée (cf. Bulletin du Grand Conseil, session juin 2001, séance du 12 juin 2001, p. 1132).

En conséquence, les recourants se plaignent à bon droit d'une violation du principe de la légalité.

6. Les recourants invoquent encore implicitement une violation du principe d'égalité (art. 8 Cst.) et de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.).

La protection de l'égalité (art 8 Cst.) et celle contre l'arbitraire (art. 9 Cst.) sont étroitement liées. Une décision est arbitraire lorsqu'elle ne repose pas sur des

motifs sérieux et objectifs ou n'a ni sens ni but. Elle viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 129 I 113 consid. 5.1). L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 127 I 185 consid. 5; 125 I 1 consid. 2b/aa et les références citées).

Même s'il n'est pas exclu de mettre à la charge des seuls résidents le coût de leur logement en établissement médico-social, la contribution qui leur est réclamée ne saurait se fonder sur «l'endettement» de l'établissement médico-social à l'égard de l'Etat et ne tenir aucun compte de la situation propre des résidents, même appréciée sommairement, en particulier en fonction du logement qui leur est fourni. Un calcul fondé sur la situation financière particulière de chaque établissement médico-social ne peut qu'engendrer des inégalités de traitement entre résidents astreints à payer une contribution dont le montant est sans relation avec leurs conditions personnelles de logement. En effet, il n'est nullement établi que la situation financière de l'établissement médico-social où ils résident – soit d'un tiers, pour eux – influence la qualité de leur logement. Cette situation dépend certes en partie de l'âge des bâtiments, mais elle a été et reste influencée notamment par la générosité d'éventuels fondateurs et donateurs, et par la qualité de la gestion, éléments qui tous échappent aux résidents contribuables. Les établissements les plus «endettés», ou qui ont obtenu les contributions les plus importantes, n'offrent pas nécessairement les meilleurs logements. Les deuxième et troisième critères retenus à l'art. 3 du décret apparaissent ainsi dénués de sens, d'autant qu'aucun contrôle ne paraît être opéré s'agissant du report par les établissements médico-sociaux des subventions reçues sur le prix de pension réclamé aux résidents. Dans un secteur économique où la pénurie de lits disponibles empêche de toute manière les lois de la concurrence de fonctionner correctement, un calcul mieux adapté est nécessaire, d'autant que l'autorité intimée admet que, telle que prévue, la contribution litigieuse réduirait un tiers des résidents financièrement indépendants à recourir aux régimes sociaux (cf. Bulletin du Grand Conseil, session juin 2001, séance du 12 juin 2001, p. 1136).

Les griefs que les recourants tirent d'une violation des art. 8 et 9 Cst. sont donc fondés.

Zulassungsstopp für Medizinalpersonal (BGE 130 I 26)

KV 270 Urteil der II. Öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 27. November 2003

- **Legitimation des Verbandes Schweizerischer Assistenz- und Oberärzte bzw. eines einzelnen Schweizer Arztes zur Rüge der Verletzung des Freizügigkeitsabkommens (E. 1.2).**

  Die vom Bundesrat gestützt auf Art. 55a KVG erlassene und vom Regierungsrat des Kantons Zürich konkretisierte Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung verletzt – soweit dies gestützt auf Art. 191 BV geprüft werden kann (E. 2) – weder das Freizügigkeitsabkommen (E. 3) noch die Wirtschaftsfreiheit (E. 4–6), die Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen (E. 7), das Prinzip von Treu und Glauben (E. 8) oder das Recht auf Schutz des Privat- und Familienlebens (E. 9).

- **Qualité de l'association suisse des médecins assistants et des chefs de cliniques, respectivement d'un médecin suisse, pour se plaindre d'une violation de l'Accord sur la libre circulation des personnes (consid. 1.2).**

  Les réglementations édictées sur la base de l'art. 55a LAMal par le Conseil fédéral et le Conseil d'Etat du canton de Zurich en vue de limiter concrètement l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire – pour autant qu'elles puissent être examinées au regard de l'art. 191 Cst. (consid. 2) – ne violent ni l'Accord sur la libre circulation des personnes (consid. 3), ni la liberté économique (consid. 4 à 6) et ne sont pas davantage contraires à l'obligation de reconnaissance réciproque des diplômes (consid. 7), au principe de la bonne foi (consid. 8) ou au droit à la protection de la vie privée et familiale (consid. 9).

- **Legittimazione dell'associazione svizzera dei medici assistenti e capiclinica, rispettivamente di un singolo medico svizzero, ad addurre la violazione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone (consid. 1.2).**

  La limitazione del numero dei fornitori di prestazioni ammessi ad esercitare la propria attività a carico dell'assicurazione obbligatoria

contro le malattie, emanata dal Consiglio federale in base all'art. 55a LAMal e attuata dal Consiglio di Stato zurighese, non viola – per quanto possa essere esaminata visto l'art. 191 Cost. – l'Accordo sulla libera circolazione delle persone (consid. 3), la libertà economica (consid. 4–6), il dovere di reciproca riconoscenza dei diplomi (consid. 7), il principio della buona fede (consid. 8) o il diritto alla protezione della vita privata e familiare (consid. 9).

I.

A. Die Schweizerische Bundesversammlung beschloss am 24. März 2000 eine Änderung des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10). Dabei traf sie unter anderem folgende Regelung:

> «Art. 55a Einschränkung der Zulassung zur Tätigkeit zu Lasten der Krankenversicherung
>
> 1 Der Bundesrat kann für eine befristete Zeit von bis zu drei Jahren die Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nach den Artikeln 36–38 von einem Bedürfnis abhängig machen. Er legt die entsprechenden Kriterien fest.
>
> 2 Die Kantone sowie die Verbände der Leistungserbringer und der Versicherer sind vorher anzuhören.
>
> 3 Die Kantone bestimmen die Leistungserbringer nach Absatz 1.»

Die Gesetzesänderung trat nach unbenütztem Ablauf der Referendumsfrist am 1. Januar 2001 in Kraft (AS 2000 S. 2305).

B. Am 3. Juli 2002 erliess der Bundesrat die Verordnung über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Zulassungsverordnung; SR 832.103) mit folgendem Inhalt:

> «Art. 1 Höchstzahl der Leistungserbringer
>
> Die Zahl der Leistungserbringer, die zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung tätig sind, wird in jedem Kanton für jede Kategorie von Leistungserbringern auf die in Anhang 1 festgelegte Höchstzahl beschränkt.

Art. 2 Ausgestaltung der Regelung durch die Kantone

1 Die Kantone können vorsehen, dass:

a. die in Artikel 1 festgelegte Höchstzahl für eine oder mehrere Kategorien von Leistungserbringern nicht gilt;

b. in einer oder mehreren Kategorien von Leistungserbringern keine neuen Zulassungen zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erteilt werden, solange die Versorgungsdichte nach Anhang 2 im betreffenden Kantonsgebiet höher als in der Grossregion, zu welcher der Kanton nach Anhang 2 gehört, oder höher als in der Schweiz ist.

2 Sie berücksichtigen die Versorgungsdichte in den Nachbarkantonen, in der Grossregion, zu welcher sie nach Anhang 2 gehören, und in der Schweiz.

Art. 3 Ausnahmezulassungen

In jeder Kategorie von Leistungserbringern, die einer Beschränkung unterworfen ist, können die Kantone zusätzlich zu den in Anhang 1 festgelegten Höchstzahlen Leistungserbringer zulassen, wenn in der Kategorie eine Unterversorgung besteht.

Art. 4 Meldepflicht

Die Kantone melden:
a. dem BSV die Regelungen, die sie nach Artikel 2 erlassen haben;
b. der Branchenorganisation der Krankenversicherer santésuisse laufend alle Erteilungen und Ablehnungen von Zulassungen nach dieser Verordnung.

Art. 5 Übergangsbestimmung

Leistungserbringer, welche vor der Einschränkung der Zulassung zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung in den Kantonen ein Gesuch um eine Berufsausübungsbewilligung nach kantonalem Recht gestellt haben, fallen nicht unter die Einschränkung gemäss dieser Verordnung.

Art. 6 Inkrafttreten

Diese Verordnung tritt am 4. Juli 2002 in Kraft und gilt bis zum Inkrafttreten einer sie ersetzenden Regelung im Bereich der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, längstens aber bis zum 3. Juli 2005.»

In Anhang 1 zur Verordnung wird die maximale Anzahl Leistungserbringer für die einzelnen Kategorien aufgelistet. Anhang 2 nennt die jeweiligen Versorgungsdichten je 100 000 Einwohner bezogen auf die Kantone sowie auf die Regionen Westschweiz, Mittelland, Nordwestschweiz, Zürich, Ostschweiz, Zentralschweiz und Tessin sowie die Schweiz insgesamt.

C. Am 23. Oktober 2002 erliess der Regierungsrat des Kantons Zürich die kantonale Einführungsverordnung zum Zulassungsstopp. Nach deren § 1 gilt die bundesrätliche Verordnung für alle Ärztinnen und Ärzte unbesehen ihrer Spezialisierung oder Fachausrichtung, nicht aber für die übrigen Kategorien von Leistungserbringern. Gemäss § 2 werden während der Geltungsdauer der Verordnung im Kanton Zürich keine neuen Ärztinnen und Ärzte als Leistungserbringer zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen. Der Zulassungsstopp findet auch auf Personen Anwendung, welche bereits in einem anderen Kanton zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen sind (§ 3). Gewisse Ausnahmen sind für Ärztinnen und Ärzte in Chefarztspitälern und HMO-Praxen vorgesehen (§ 4); zudem sind unter bestimmten Voraussetzungen Praxisübernahmen möglich (§ 5). Die Verordnung trat rückwirkend auf den 4. Juli 2002 in Kraft.

D. Am 27. Dezember 2002 haben die Sektion Zürich des Verbandes Schweizerischer Assistenz- und Oberärzte (VSAO) sowie Dr. med. X. hiergegen staatsrechtliche Beschwerde eingereicht. Sie machen geltend, die angefochtene Regelung verletze das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681); im Übrigen missachte sie die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und verstosse gegen den Vertrauensschutz und das Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 und 9 BV).

II.

Das Bundesgericht hat die Beschwerde, soweit es darauf eingetreten ist, aus den folgenden Erwägungen abgewiesen:

1.
1.1 …

1.2
1.2.1 Zur Beschwerde gegen einen Erlass ist legitimiert (Art. 88 OG), wer durch die angefochtenen Bestimmungen unmittelbar oder zumindest virtuell, das heisst mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit früher oder später einmal, in seinen recht-

lich geschützten eigenen Interessen betroffen wird (BGE 125 I 369 E. 1a, 474 E. 1d, je mit Hinweisen). Ein als juristische Person konstituierter Verband kann in diesem Rahmen die Verletzung von Freiheitsrechten seiner Mitglieder geltend machen, soweit er nach den Statuten die entsprechenden Interessen zu wahren hat und die Mehrheit oder zumindest eine Grosszahl der Mitglieder durch die angefochtene Regelung direkt oder virtuell betroffen wird (sog. «egoistische Verbandsbeschwerde»; BGE 125 I 71 E. 1b/aa S. 75, 369 E. 1a S. 372; 123 I 221 E. I/2 S. 225; 122 I 90 E. 2c S. 92).

1.2.2 Der Beschwerdeführer 1 ist ein Verein im Sinne der Art. 60 ff. ZGB und bezweckt nach Art. 1 Abs. 2 seiner Statuten die Wahrung der beruflichen Interessen seiner Mitglieder. Dabei handelt es sich vorab um Humanmediziner mit eidgenössischem Diplom, die an einem Zürcherischen Krankenhaus, einer Zürcherischen Heil- und Pflegeanstalt oder einem Zürcherischen medizinisch-theoretischen Institut tätig sind (Art. 3 Abs. 1 der Statuten), d. h. um Personen, die regelmässig beabsichtigen, einmal eine eigene Praxis zu eröffnen, und durch die angefochtene Verordnung deshalb in ihren rechtlich geschützten Interessen zumindest virtuell betroffen sind (vgl. Urteil 2P.369/1998 vom 21. März 2000, E. 1b, veröffentlicht in: ZBl 102/2001 S. 265 ff.). Der Beschwerdeführer 1 ist daher – wie der Beschwerdeführer 2, der über ein eidgenössisches Arztdiplom verfügt und zur Zeit (noch) als Assistenzarzt in einer psychiatrischen Klinik tätig ist – zur vorliegenden Eingabe legitimiert.

1.2.3 Der Kanton Zürich bestreitet die Befugnis der Beschwerdeführer, auch eine Verletzung des Freizügigkeitsabkommens geltend machen zu können; sie seien insofern nicht in rechtlich geschützten eigenen Interessen betroffen. Die Beschwerdeführer wenden ein, dieses Erfordernis gelte nur für die Verfassungsbeschwerde (Art. 84 Abs. 1 lit. a OG), nicht aber für die Staatsvertragsbeschwerde (Art. 84 Abs. 1 lit. c OG); bei dieser genüge, dass ein Staatsvertrag – wie das Freizügigkeitsabkommen – «self executing» sei, um eine entsprechende Verletzung auch ohne unmittelbares eigenes Rechtsschutzinteresse geltend machen zu können. Dem ist nicht so: Mit der Staatsvertragsbeschwerde kann die Verletzung von staatsvertraglichen Bestimmungen gerügt werden, die «self-executing» sind (BGE 126 I 240 E. 2b S. 242; 124 III 90 E. 3a S. 91; 120 Ia 1 E. 5b S. 11). Diese müssen jedoch in einem Vertrag enthalten sein, der dem Beschwerdeführer überhaupt eine rechtlich geschützte Stellung verschafft (BGE 103 Ia 206 E. 2a S. 208; *Walter Kälin,* Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994, S. 277), da zur staatsrechtlichen Beschwerde generell nur die Träger des als verletzt gerügten Rechts legitimiert sein können (Art. 88 OG; BGE 126 I 81 E. 5a S. 91; 125 I 161 E. 2a S. 162). Das Freizügigkeitsabkommen räumt EU-Bürgern in der Schweiz und Schweizer Bürgern in der EU Rechte ein, ohne grenzüberschreitenden Anknüpfungspunkt aber nicht auch Schweizer Bürgern in der Schweiz selber. Deren Rechtsstellung richtet sich grundsätzlich nach dem Landesrecht (vgl. BGE 129 II

249 E. 4.3 u. 5.1). Der Beschwerdeführer 2 ist als Schweizer Bürger deshalb nicht befugt, sich im vorliegenden Zusammenhang auf das Freizügigkeitsabkommen zu berufen. Ob eine Grosszahl der Mitglieder des Beschwerdeführers 1 hierzu legitimiert wäre und dieser deshalb die entsprechenden Rügen erheben kann (vgl. BGE 123 I 221 E. I/2a S. 225; 119 Ia 197 E. 1c/bb S. 201; 114 Ia 452 E. 1d/bb S. 456 f.), braucht nicht abschliessend geprüft zu werden, da sich die Kritik so oder anders als unbegründet erweist (vgl. E. 3).

2.

2.1 Das Bundesgericht wendet auf staatsrechtliche Beschwerde hin das Recht nicht von Amtes wegen an. Es überprüft den angefochtenen Erlass nicht unter allen denkbaren Titeln auf seine Verfassungsmässigkeit, sondern beschränkt sich auf eine Auseinandersetzung mit den von den Beschwerdeführern genügend klar erhobenen und hinreichend begründeten Rügen (vgl. Art. 90 Abs. 1 lit. b OG; BGE 125 I 71 E. 1c S. 76; 118 Ia 64 E. 1b S. 67; 113 Ia 126 E. 5 S. 131). In diesem Rahmen prüft es frei, ob die angerufenen verfassungsmässigen Rechte verletzt sind (BGE 125 I 369 E. 2 S. 374 mit Hinweisen). Dabei berücksichtigt es, ob der angefochtenen Norm nach den anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn beigemessen werden kann, der sich mit den angerufenen verfassungsmässigen oder staatsvertraglichen Rechten vereinbaren lässt. Es hebt eine kantonale Norm nur auf, sofern sie sich jeglicher verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich bleibt. Dabei trägt es auch der Wahrscheinlichkeit künftiger verfassungstreuer Anwendung Rechnung (BGE 128 I 327 E. 3.1 S. 334; 125 I 369 E. 2 S. 374). Der blosse Umstand, dass die angefochtene Norm in einzelnen Fällen auf eine verfassungswidrige Weise angewendet werden könnte oder bereits angewendet wurde, führt noch nicht zu deren Aufhebung (BGE 128 I 240 E. 2.7 S. 247; 125 I 65 E. 3b S. 67 f.); einzelne allenfalls verfassungswidrige Rechtsanwendungsakte können im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle zudem nicht überprüft werden.

2.2 Die angefochtene kantonale Vollzugsregelung führt eine bundesrätliche Verordnung aus, die sich ihrerseits auf Art. 55a KVG und damit auf ein Bundesgesetz stützt. Dessen Vorgaben sind gemäss Art. 191 BV für das Bundesgericht verbindlich, selbst wenn sie verfassungswidrig sein sollten. Dies wirkt sich auf die Überprüfungsbefugnis in Bezug auf die nachgelagerten Verordnungen insofern aus, als auch sie als massgeblich zu gelten haben, soweit darin lediglich eine Verfassungsverletzung übernommen wird, die sich bereits aus dem Bundesgesetz selber ergibt (*Auer/Malinverni/Hottelier*, a.a.O., S. 663, Rz. 1864; *Yvo Hangartner*, St. Galler Kommentar zur BV, Zürich/Basel/Genf/Lachen 2002, Rz. 20 zu Art. 191; vgl. BGE 126 I 1 E. 2f S. 5):

2.2.1 Bei unselbständigen Bundesratsverordnungen prüft das Bundesgericht, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse

gehalten hat. Soweit das Gesetz ihn nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, bzw. seine Regelung nicht lediglich eine bereits im Gesetzesrecht angelegte Verfassungswidrigkeit übernimmt, beurteilt es auch deren Verfassungsmässigkeit. Wird dem Bundesrat ein sehr weiter Ermessensspielraum eingeräumt, ist dieser für das Bundesgericht verbindlich. Es darf in diesem Fall nicht sein Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern hat sich auf die Kontrolle zu beschränken, ob dessen Regelung den Rahmen der ihm im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist. Dabei kann es namentlich prüfen, ob sich eine Verordnungsbestimmung auf ernsthafte Gründe stützt oder Art. 9 BV widerspricht, weil sie sinn- oder zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen fehlt, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden sollen. Für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trägt der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesgerichts, sich zu deren wirtschaftlichen oder politischen Sachgerechtigkeit zu äussern (BGE 128 II 34 E. 3b S. 40 f.; 127 II 184 E. 5a S. 190, 238 E. 8a S. 259, je mit Hinweisen).

2.2.2 Als Ausfluss von Art. 191 BV kann das Bundesgericht einen kantonalen Hoheitsakt nicht aufheben, soweit dessen Inhalt durch ein Bundesgesetz vorgegeben bzw. abgedeckt ist, namentlich dann nicht, wenn der Bundesgesetzgeber eine Materie an die Kantone delegiert und ihnen vorgegeben hat, wie sie diese zu regeln haben (BGE 119 Ia 241 E. 5b S. 246). Die gleiche Einschränkung gilt, wenn sich die Delegation an die Kantone auf eine bundesrätliche Verordnung stützt, die ihrerseits nur im soeben dargelegten eingeschränkten Rahmen überprüft werden kann (vgl. BGE 119 Ia 241 E. 5c S. 246). Der Zusammenhang zwischen der kantonalen und der bundesgesetzlichen Regelung muss dabei zwingend oder zumindest sehr eng sein (BGE 126 I 1 E. 2f S. 5). Soweit die Kantone frei sind, eigene Regelungen zu schaffen, unterliegt das kantonale Recht uneingeschränkt der Verfassungsgerichtsbarkeit, selbst wenn es gleich lautet wie parallele Regelungen im Bundesrecht (BGE 116 V 198 E. II/3c S. 217; 109 Ib 81 E. 4a S. 86). Wo kein enger bzw. zwingender Sachzusammenhang zwischen einer allenfalls als verfassungswidrig erkannten kantonalen Bestimmung und einer für das Bundesgericht massgebenden bundesrechtlichen Regelung besteht, rechtfertigt es sich nicht, bei der Sanktionierung einer kantonalen Verfassungswidrigkeit Zurückhaltung zu üben (BGE 126 I 1 E. 2f S. 5; 116 V 198 E.II/3c S. 217). Massgebend ist, ob die wirksame Durchführung der im Bundesgesetz enthaltenen Regelungsidee zwingend nach der entsprechenden kantonalen Lösung ruft. Hinsichtlich der einzelnen beanstandeten Punkte wird deshalb jeweils der Frage nachzugehen sein, ob bzw. wie weit der Inhalt der angefochtenen Verordnung durch Sinn und Geist von Art. 55a KVG bzw. die durch diesen abgedeckte Umsetzung in der Zulassungsverordnung bundesgesetzlich vorgegeben und deshalb im Sinne von Art. 191 BV ebenfalls massgebend ist; im entsprechenden Umfang kann sie durch das Bundesgericht nicht aufgehoben werden.

3. Die Beschwerdeführer machen in verschiedener Hinsicht geltend, die angefochtene Verordnung verletze das Freizügigkeitsabkommen und insbesondere das dort vorgesehene Diskriminierungsverbot. Unabhängig davon, ob das Bundesgericht auch diesbezüglich an die Vorgaben von Art. 55a KVG und deren Konkretisierung in der bundesrätlichen Zulassungsverordnung gebunden wäre, erweisen sich die Einwände als unbegründet:

3.1 Die Bundesversammlung hat mit dem Erlass von Art. 55a KVG zwar beabsichtigt, die mit dem Inkrafttreten der bilateralen Verträge mit der EU erwartete starke Zunahme der Ärztezahl durch Angehörige von EU-Staaten zu begrenzen (vgl. E. 5.2.2.1); hierin allein liegt jedoch noch keine unzulässige Diskriminierung. Auch in anderen Bereichen hat die Schweiz Massnahmen getroffen, um unerwünschten Auswirkungen der bilateralen Abkommen zu begegnen (namentlich das Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen, SR 823.20; Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 zur Verlagerung von alpenquerendem Güterschwerverkehr auf die Schiene, SR 740.1); zudem mildern auch neue EU-Mitgliedstaaten regelmässig über verschiedene Massnahmen negative Konsequenzen ihres EU-Beitritts ab. Solche Vorkehren gelten nicht schon wegen dieser Zielsetzung als diskriminierend. Es ist insbesondere grundsätzlich zulässig, Massnahmen zu treffen, um das finanzielle Gleichgewicht der Sozialversicherung sicherzustellen (vgl. dazu die Entscheide des EFTA-Gerichtshofes vom 14. Juni 2001, E – 4 – 6/00, Rz. 32). Entscheidend ist, wie diese ausgestaltet werden und ob sie im Resultat diskriminierend wirken.

3.2

3.2.1 Nach Art. 2 FZA dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet der anderen aufhalten, bei der Anwendung des Abkommens nach den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden. Gemäss Art. 4 FZA ist das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit unter Vorbehalt von Artikel 10 (Übergangsbestimmungen) nach Massgabe des Anhangs I gewährt. Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA sieht vor, dass ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht anders behandelt werden darf als die inländischen Arbeitnehmer. Angehörige einer Vertragspartei können sich zwecks Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei niederlassen (Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA). Dem selbständig Erwerbenden ist im Aufnahmestaat dabei hinsichtlich des Zugangs zur Erwerbstätigkeit und deren Ausübung eine Behandlung zu gewähren, die nicht weniger günstig ist als die den eigenen Staatsangehörigen zugestandene (Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA). Art. 9 Anhang I FZA gilt nach Art. 15 Abs. 2 Anhang I FZA sinngemäss auch für die selbständig Erwerbstätigen.

3.2.2 Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewährleistet das Recht der Staatsangehörigen der Schweiz und der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, in der Anwendung des Abkommens nicht schlechter gestellt zu werden als die Angehörigen des Staates, der das Abkommen handhabt (*Yvo Hangartner,* Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, AJP 2003 S. 257 ff., dort S. 260). Art. 2 FZA entspricht insofern weitgehend Art. 12 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV; in der Fassung von Amsterdam; entsprechend Art. 6 in der Fassung von Maastricht bzw. Art. 7 in der ursprünglichen Fassung), wonach in dessen Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist. Dieses allgemeine Diskriminierungsverbot wird in Bezug auf Arbeitnehmer und selbständig Erwerbende in den Art. 39 Abs. 2 und Art. 43 EGV (entsprechend früher Art. 48 Abs. 2 und Art. 52) konkretisiert (vgl. *Astrid Epiney,* in: *Calliess/Ruffert* [Hrsg.], Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, *Neuwied/Kriftel* 1999, Rz. 7 ff. zu Art. 12 EG-Vertrag, S. 404 f.). Gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA ist für die Anwendung des Abkommens, soweit Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (also vor dem 21. Juni 1999) massgebend. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der sachliche Geltungsbereich von Art. 2 FZA weniger weit geht als derjenige von Art. 12 EGV. Während dieser für den gesamten – sehr weiten – Anwendungsbereich des Vertrags gilt, bezieht sich Art. 2 FZA einzig auf die vom Freizügigkeitsabkommen umfassten Gegenstände. Unterschiedliche Behandlungen, die sich aufgrund anderer Rechtsbereiche ergeben, fallen nicht darunter (*Yvo Hangartner,* a.a.O., S. 262).

3.2.3 Das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 12 EGV verbietet sowohl die offene oder direkte (formelle) Diskriminierung, d.h. jede Unterscheidung, die ausdrücklich auf die Staatsangehörigkeit abstellt, als auch die versteckte oder indirekte (materielle) Diskriminierung (*Isabelle Pingel-Lenuzza,* in: *Philippe Léger,* Commentaire article par article des traités UE et CE, Bruxelles 2000, Rz. 4 zu Art. 12 EGV; *Epiney,* a.a.O., Rz. 13 zu Art. 12 EGV; *Michael Holoubek,* in: *Jürgen Schwarze* [Hrsg.], EU-Kommentar, Baden-Baden 2000, Rz. 39 ff. zu Art. 12 EGV; *Carl Otto Lenz,* Kommentar zum EG-Vertrag, 2. Aufl., Köln 1999, Rz. 5 f. zu Art. 12 EGV; je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Eine solche liegt vor, wenn eine benachteiligende Regelung an ein anderes Kriterium als die Staatsangehörigkeit anknüpft, aber in ihren Auswirkungen zum gleichen Ergebnis führt, ohne dass dies durch objektive Umstände gerechtfertigt wäre (*Lenz,* a.a.O., Rzn. 6 und 7 zu Art. 12 EGV; *Holoubek,* a.a.O., Rzn. 41, 52 f. zu Art. 12 EGV; *Hangartner,* a.a.O., S. 265; Urteile des EuGH vom 23. Januar 1997 in der Rechtssache C-29/95, Eckehard Pastoors und Trans-Cap GmbH, Slg. 1997, I-285, Randnrn. 16–19, und vom 24. November 1998 in der Rechtssache C-274/96, Bickel und Franz, Slg. 1998, I-7637,

Randnr. 27). Dabei müssen in der grossen Mehrzahl der von der Norm geregelten Fälle Angehörige anderer Staaten betroffen sein (*Holoubek,* a.a.O., Rz. 41 zu Art. 12 EGV).

3.3 Weder Art. 55a KVG noch die bundesrätliche Zulassungsverordnung oder die hier angefochtene zürcherische Verordnung enthalten eine direkte Diskriminierung. Sie gelten ungeachtet der Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen. Entgegen den Einwendungen der Beschwerdeführer besteht aber auch keine indirekte Diskriminierung:

3.3.1 Bedürfnisbezogene Zulassungsbeschränkungen für medizinische Leistungserbringer, die zu Lasten der sozialen Krankenversicherung abrechnen, gibt es auch in EU-Ländern, namentlich in Deutschland und Österreich (Bericht der Arbeitsgruppe «Runder Tisch/Bedürfnisklausel», Bundesamt für Sozialversicherung, S. 15 ff.). Sie sind nicht als solche unzulässig. Nach § 2 der angefochtenen Verordnung werden keine neuen Ärztinnen und Ärzte als Leistungserbringer zugelassen. Das Verbot gilt dabei unter Vorbehalt der Ausnahmen von §§ 4 und 5 für schweizerische wie ausländische Personen. Die Anwendungsfälle betreffen in ihrer grossen Mehrzahl nicht Angehörige aus EU-Staaten, sondern in erster Linie Schweizer Bürger, die eine Arztpraxis eröffnen wollen.

3.3.2 Hieran ändert nichts, dass die Verordnung nicht auch diejenigen Ärztinnen und Ärzte erfasst, die bei Inkrafttreten der Verordnung bereits zugelassen waren. Nach der bis zum 31. Mai 2002 geltenden Fassung des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1877 betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals in der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Freizügigkeitsgesetz; SR 811.11) konnten Medizinalpersonen mit eidgenössischem Diplom ihren Beruf im Gebiet der ganzen Schweiz frei ausüben. Die Kantone waren von Bundesrechts wegen berechtigt, jedoch nicht verpflichtet, weitere Personen zur selbständigen medizinischen Berufstätigkeit zuzulassen (BGE 125 I 267 E. 2d S. 270), was sie nicht oder nur zurückhaltend taten. Da nach Art. 16 der Allgemeinen Medizinalprüfungsverordnung vom 19. November 1980 (AMV; SR 811.112.1) Ausländer nur ausnahmsweise zur eidgenössischen Medizinalprüfung zugelassen waren, konnten im Ergebnis ausländische Staatsangehörige in der Regel hier nicht selbständig tätig werden, weshalb die heute in der Schweiz frei praktizierenden Ärzte fast ausnahmslos Schweizer Bürger sind. Indem die angefochtene Verordnung bisher bereits praktizierende Leistungserbringer nicht erfasst, knüpft sie damit zwar an ein Merkmal an, welches faktisch EU-Angehörige anders trifft als Schweizer Bürger, doch beruht dies auf der Rechtslage, wie sie vor dem Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens bestand. Zu dieser Zeit konnten sich die EU-Angehörigen noch nicht auf das Abkommen berufen. Auswirkungen, die nichts anderes als die logische Folge einer früheren, vor dem Inkrafttreten des Abkommens geltenden Rechtslage sind, verletzen dieses indessen nicht.

3.3.3 Auch die weitere konkrete Ausgestaltung der Übergangsregelung bzw. die Modalitäten der Inkraftsetzung der Zulassungsverordnung wirken nicht diskriminierend:

3.3.3.1 Das Freizügigkeitsabkommen ist am 1. Juni 2002 in Kraft getreten. Seit diesem Zeitpunkt können sich EU-Angehörige auf das darin enthaltene Diskriminierungsverbot (Art. 2) berufen. In Ausführung des entsprechenden Grundsatzes ist auf den gleichen Zeitpunkt die Änderung des Freizügigkeitsgesetzes in Kraft gesetzt worden; danach haben ausländische Diplome, die aufgrund eines Vertrags über die gegenseitige Anerkennung mit dem betreffenden Staat als gleichwertig gelten, nunmehr die gleiche Wirkung wie ein eidgenössisches Diplom (Art. 2b und 10 Abs. 2 Freizügigkeitsgesetz, in der Fassung vom 8. Oktober 1999; Art. 39 der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung [KVV; SR 832.102]; vgl. Art. 9 und Anhang III Abschnitt C. FZA). Hiermit sind auf den 1. Juni 2002 hin die landesrechtlichen Voraussetzungen geschaffen worden, dass sich auch EU-Angehörige in der Schweiz als selbständige Ärzte niederlassen können (vgl. *Erika Schmidt,* Die Medizinalberufe und das Abkommen über die Freizügigkeit der Personen, in: *Felder/Kaddous,* Bilaterale Abkommen Schweiz – EU, Basel/Genf/München 2001, S. 405 ff.; dieselbe, Revision des Bundesgesetzes betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals, in: *Thürer/Weber/Zäch,* Bilaterale Verträge Schweiz – EG, Zürich 2002, S. 223 ff.).

3.3.3.2 Die bundesrätliche Zulassungsverordnung wurde am 3. Juli 2002 erlassen und auf den 4. Juli 2002 in Kraft gesetzt. Sie legt in Art. 5 fest, dass Leistungserbringer, welche vor der Einschränkung der Zulassung in den Kantonen ein Gesuch um eine Berufsausübungsbewilligung nach kantonalem Recht gestellt haben, nicht unter den Zulassungsstopp fallen. Die Beschwerdeführer machen geltend, in der kurzen Zeit zwischen dem Inkrafttreten des FZA am 1. Juni 2002 und dem Inkrafttreten der Zulassungsverordnung am 4. Juli 2002 hätten EU-Angehörige faktisch keine Chance gehabt, ein entsprechendes Gesuch zu stellen. Die meisten EU-Ärzte im Ausland hätten wohl gar nicht rechtzeitig von der entsprechenden Möglichkeit erfahren. Zudem hätten sie vorerst die Anerkennung ihres Diploms erwirken sowie die Beherrschung einer Landessprache nachweisen müssen (Art. 10 Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz), was innerhalb eines Monats faktisch unmöglich gewesen sei. Hierin liege gegenüber den Gesuchstellern aus der Schweiz eine unzulässige indirekte Diskriminierung.

3.3.3.3 Wer beabsichtigt, eine Arztpraxis zu eröffnen, muss sich im Voraus über die entsprechenden Modalitäten und Voraussetzungen orientieren. Auch EU-Ärzte, welche in der Schweiz eine Praxis eröffnen wollten, hatten sich dementsprechend zu erkundigen. Es erscheint realitätsfremd, bei den heutigen Informationsmitteln anzunehmen, dass dies vom Ausland her nicht sachgerecht möglich gewesen wäre. Die Kenntnisnahme vom bevorstehenden Inkrafttreten der Zulas-

sungsverordnung war den ernsthaft interessierten EU-Ärzten genauso zuzumuten wie den schweizerischen. Auch diese mussten in der verbleibenden (kurzen) Zeit das Gesuch um Berufszulassung vorbereiten und einreichen, womit sie allfälligen Interessierten aus der EU insoweit gleichgestellt waren. Aus der Antwort des Regierungsrats vom 25. September 2002 auf die Anfrage 1494 von Kantonsrat Denzler (KR-Nr.220/2002) geht hervor, dass in diesem Zeitraum von etwa einem Monat im Kanton Zürich rund 700 Gesuche von Ärzten um Zulassung eingegangen sind, während normalerweise pro Jahr rund 170 bis 180 Gesuche bewilligt werden. Auch eine grosse Anzahl von Schweizer Ärzten sah sich demnach mit der Notwendigkeit konfrontiert, kurzfristig einer ausserordentlichen Situation Rechnung zu tragen.

3.3.3.4 Zwar mussten die EU-Ärzte überdies noch um die Anerkennung ihres Diploms nachsuchen, wobei hierüber allenfalls nicht innert eines Monats entschieden werden konnte. Indessen stellt Art. 5 der Zulassungsverordnung nur darauf ab, ob und wann das Zulassungsgesuch eingereicht worden ist. Es spricht nichts dagegen, dass Ärzte aus der EU dieses mit dem Hinweis auf das noch hängige Anerkennungsgesuch einreichen und damit ebenfalls in den Genuss der Übergangsregelung kommen konnten; zumindest ist eine entsprechende völkerrechtskonforme Auslegung der umstrittenen Regelung im Einzelfall nicht ausgeschlossen. Aus der erwähnten Antwort auf die Anfrage Denzler geht hervor, dass von den etwa 700 im Juni eingereichten Gesuchen rund 10 % von EU-Angehörigen stammten, die bisher bereits in unselbständiger Stellung in der Schweiz tätig waren, was belegt, dass Gesuche offenbar auch tatsächlich auf diese Weise gestellt wurden.

3.3.3.5 Selbst wenn das Anerkennungsgesuch und damit das Gesuch um Erteilung der Berufsausübungsbewilligung an der fehlenden Beherrschung einer Landessprache scheitern sollte, liegt hierin keine vertragswidrige Ungleichbehandlung: Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es nicht diskriminierend, Kenntnisse der Landessprache vorauszusetzen, wenn solche für die Wahrnehmung der betreffenden Aufgabe unabdingbar sind (Urteile des EuGH vom 6. Juni 2000 in der Rechtssache C-281/98, Angonese, Slg. 2000, I-4139, Randnrn. 43–46, und vom 28. November 1989 in der Rechtssache C-379/87, Groener, Slg. 1989, 3967, Randnr. 21). Dies ist für den Arztberuf mit seinen Kontakten zu Patienten und Versicherungen ohne weiteres der Fall. Etwaige hieraus resultierende Benachteiligungen von Ausländern aus der EU sind hinzunehmen und nicht diskriminierend im Sinn von Art. 2 FZA (*Schneider/Wunderlich,* in: *Schwarze,* a.a.O., Rz. 64 zu Art. 39 EGV).

3.3.3.6 Soweit die Beschwerdeführer beanstanden, im Kanton Zürich seien rund 20 Gesuche von Ärzten aus dem EU-Raum wegen des übergangsrechtlich vorgesehenen Inländervorrangs sistiert worden, was im dritten Jahr zu deren direkten Diskriminierung führe, da der Inländervorrang nur für zwei Jahre gelte, ist auf ih-

ren Einwand nicht weiter einzugehen: Diese Kritik richtet sich nicht gegen die angefochtene Verordnung, sondern gegen Einzelakte, die im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle nicht Verfahrensgegenstand bilden (E. 2.1).

3.4 Schliesslich rügen die Beschwerdeführer auch zu Unrecht eine Verletzung von Art. 13 FZA, wonach sich die Parteien verpflichten, in den unter das Abkommen fallenden Bereichen keine neuen Behinderungen für Staatsangehörige der anderen Vertragspartei einzuführen. Wie aus dem klaren Wortlaut hervorgeht, beschränkt sich dieser Stillstand ausschliesslich auf den Bereich des Abkommens und schliesst Rechtsentwicklungen auf anderen Gebieten nicht aus. Die entsprechende Pflicht geht zudem nicht weiter als das Verbot der indirekten Diskriminierung (vgl. zum analogen Art. 53 EGV in der ursprünglichen Fassung *Peter Troberg,* in: von der *Groeben/Thiesing/Ehlermann,* Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl., Baden-Baden 1991, Rz. 3 zu Art. 53). Die angefochtene Verordnung betrifft nicht spezifisch die Niederlassung von Angehörigen aus der EU, sondern regelt unterschiedslos für diese wie für Schweizer Bürger die kassenrechtliche Zulassung als Leistungserbringer. Sie könnte höchstens unter die Stillstandsklausel fallen, wenn eine indirekte Diskriminierung vorläge, was jedoch – wie dargelegt – nicht der Fall ist.

4. Die Beschwerdeführer rügen, die angefochtene Verordnung verletze die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und verzerre in verfassungswidriger Weise den Wettbewerb (Art. 94 BV).

4.1 Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet insbesondere den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit (Art. 27 Abs. 2 BV). Auch Medizinalpersonen, insbesondere Ärzte, können sich darauf berufen (BGE 128 I 92 E. 2a S. 94 f.; 125 I 267 E. 2b S. 269, 276 E. 3a S. 277, 322 E. 3a S. 326; 118 Ia 175 E. 1 S. 176 f.; 117 Ia 90 E. 3b S. 93 f.). Sie verschafft – unter Vorbehalt des bedingten Anspruchs auf gesteigerten Gemeingebrauch (BGE 128 II 292 E. 5 S. 297; 127 I 84 E. 4b S. 88, mit Hinweisen) – jedoch grundsätzlich keinen Anspruch auf staatliche Leistungen (BGE 125 I 161 E. 3e S. 165 f., 182 E. 5b S. 199; 124 I 107 E. 3c S. 113; vgl. auch BGE 125 I 173 E. 3c S. 176). Sodann steht die Ausübung einer staatlichen Tätigkeit oder eines öffentlichen Amtes nicht unter ihrem Schutz (BGE 128 I 280 E. 3; 124 I 297 E. 3a S. 298; 121 I 326 E. 2a S. 328 f.; 103 Ia 394 E. 2c S. 401). Dies gilt auch für die ärztliche Tätigkeit, soweit sie im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in einem entsprechenden Dienstverhältnis erfolgt (Urteil 2P.158/1997 vom 11. August 1998, E. 4, veröffentlicht in: Pra 1999 Nr. 3 S. 11 ff.); die Wirtschaftsfreiheit gibt keinen Anspruch darauf, an staatlich subventionierten Spitälern eine private Erwerbstätigkeit ausüben zu können (BGE 121 I 230 E. 3h S. 240).

4.2 Die angefochtene Regelung verbietet niemandem, eine Praxis zu eröffnen. Sie hat allerdings zur Folge, dass die Betroffenen nicht als Leistungserbringer im

Sinne der Art. 35 ff. KVG zugelassen werden. Sie dürfen zwar uneingeschränkt ärztliche Leistungen erbringen, doch werden diese nicht von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommen. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat 1996 entschieden, dass die Nichtzulassung zur Kassenpraxis grundsätzlich keinen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit bilde, da nach Art. 34 bis der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (aBV) der Bund im Bereich der sozialen Krankenversicherung über ein mittelbar rechtliches Monopol verfüge, das als solches bereits eine Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit umfasse. Lediglich wenn und soweit sich die Einschränkungen aus einer (unselbständigen) Verordnung ergäben, könne dieses verfassungsmässige Recht eine eigenständige Wirkung entfalten; sei die entsprechende Regelung indessen gesetzmässig, bleibe die Nichtzulassung einzig unter dem Blickwinkel der Rechtsgleichheit zu beurteilen (BGE 122 85 E. 5b/bb/aaa[1] V S. 95 ff.; kritisch dazu: *Tomas Poledna/Brigitte Berger,* Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002, S. 258 FN 890).

4.3 Nach Art. 117 Abs. 2 BV kann der Bund die Krankenversicherung obligatorisch erklären. Der Bundesgesetzgeber hat hiervon in Art. 3 KVG Gebrauch gemacht. Dieses Versicherungsobligatorium steht an sich im Widerspruch zur Privatautonomie, welche der Wirtschaftsfreiheit zugrunde liegt, ist in der Verfassung jedoch ausdrücklich so vorgesehen. Die Versicherer sind verpflichtet, in ihrem örtlichen Tätigkeitsbereich jede versicherungspflichtige Person aufzunehmen (Art. 4 Abs. 2 KVG). Unter bestimmten Voraussetzungen sind zudem alle Leistungserbringer zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung berechtigt (Art. 35 ff. KVG). Die Vertragsfreiheit, welche ein zentrales Element der Wirtschaftsfreiheit bildet, wird damit weitgehend durch öffentlich-rechtliche Regelungen relativiert, weshalb sich die Krankenversicherer diesbezüglich denn auch nicht wie Private auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können (vgl. BGE 112 Ia 356 E. 5c S. 365). Die Zulassung oder Nichtzulassung als Leistungserbringer zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung ergeht somit in einem Bereich, der seinerseits auf Verfassungs- und Gesetzesstufe relativ weitgehend der Wirtschaftsfreiheit entzogen ist.

4.4 Durch die Nichtzulassung als Leistungserbringer wird faktisch allerdings auch die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Arztes berührt. In einer solchen Beschränkung oder Erschwerung der Berufsausübung kann ausnahmsweise ein Grundrechtseingriff liegen, wenn die entsprechenden Auswirkungen die Betroffenen im Ergebnis in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit gleich beeinträchtigen wie die Einschränkung einer rechtlichen Befugnis (vgl. BGE 125 I 182 E. 5b S. 198; 126 V 334 E. 2d[2] S. 340; Urteil 2P.109/1994 vom 14. Oktober 1994, E. 3c, veröffentlicht in: ZBl 96/1995 S. 508 ff., E. 3c; in Bezug auf die Eigentumsgarantie: BGE

[1] *siehe RKUV 1996 Nr. K 980 S. 119 ff.*
[2] *siehe RKUV 2000 Nr. KV 136 S. 342 ff.*

126 I 213 E. 1b/bb S. 216; in Bezug auf die Vereinsfreiheit: BGE 124 I 107 E. 4; vgl. auch *Beatrice Weber-Dürler,* Grundrechtseingriffe, in: Die neue Bundesverfassung, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, Bern 2000, S. 131 ff., dort S. 150 f.). Aus diesem Grund geniesst die Inanspruchnahme des öffentlichen Bodens zu privaten Erwerbszwecken den Schutz der Wirtschaftsfreiheit, wären doch sonst bestimmte private Wirtschaftstätigkeiten praktisch nicht möglich (Taxibetriebe, Zirkusunternehmen, Schaustellerbetriebe, Werbeunternehmen; vgl. BGE 121 I 129 E. 3b, 279 E. 2a S. 282; 128 I 136 E. 3 und 4; 126 I 133 E. 4d S. 139 ff.). Ähnlich verhält es sich bei der hier umstrittenen Zulassung zur Kassenpraxis: Ein grosser Teil der ärztlichen Leistungen wird über die obligatorische Krankenpflegeversicherung abgerechnet. Durch den Zulassungsstopp wird den betroffenen Ärzten zwar nicht rechtlich, aber doch faktisch die Führung einer eigenen Praxis wesentlich erschwert (BGE 111 V 357 E. 3[3] S. 361). Sofern sie dennoch eine solche eröffnen, erleiden sie durch die Nichtzulassung einen erheblichen Wettbewerbsnachteil, weshalb sie sich gegenüber den bereits zugelassenen Ärzten auf die Rechtsgleichheit berufen können (so auch BGE 122 V 85 E. 5b/bb/bbb S. 97). Da der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen in der Wirtschaftsfreiheit verankert ist (BGE 121 I 129 E. 3d und seitherige Praxis), sind die Beschwerdeführer befugt, auch insofern eine Verletzung dieses verfassungsmässigen Rechts zu rügen.

4.5 Der Zulassungsstopp fällt damit zwar in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit, doch ist bei der Beurteilung den Besonderheiten Rechnung zu tragen, die sich daraus ergeben, dass die betreffende privatwirtschaftliche Tätigkeit faktisch über ein System erfolgt, das seinerseits der Wirtschaftsfreiheit weitgehend entzogen ist. Dieser kommt im Wesentlichen die Bedeutung zu, sicherzustellen, dass eine allfällige Zugangsregelung nur nach sachlich haltbaren, den Grundsätzen des Wettbewerbs unter Konkurrenten sachgerecht Rechnung tragenden Kriterien erfolgt (vgl. hinsichtlich der Benutzung des öffentlichen Grundes: BGE 128 I 136 E. 4.1 S. 145 f.; 121 I 279 E. 4a S. 285). Gewährt die Wirtschaftsfreiheit keinen Anspruch auf staatliche Förderung von Betrieben (BGE 124 I 107 E. 3c S. 113), kann sie auch den privat praktizierenden Ärzten kein Recht verschaffen, in beliebiger Höhe Leistungen zu Lasten der sozialen Krankenversicherung zu erbringen. Sodann kann die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 36 BV eingeschränkt werden, wenn hierfür eine genügende gesetzliche Grundlage besteht (hierzu E. 5), die Einschränkung im öffentlichen Interesse liegt, die entsprechende Massnahme verhältnismässig erscheint und zudem rechtsgleich erfolgt (hierzu E. 6 u. 7). Unzulässig sind wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen, oder sonstwie den Wettbewerb verzerren (Art. 94 Abs. 4 BV; BGE 128 I 3 E. 3a S. 9 f.; 125 I 276 E. 3a S. 277, 322 E. 3a S. 326, 335 E. 2a S. 337).

[3] *siehe RKUV 1985 Nr. K 652 S. 281 ff.*

5.

5.1 Nach Art. 164 Abs. 1 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Normen und insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte (lit. b) in der Form eines Bundesgesetzes zu erlassen. Diese dem formellen Gesetzgeber vorbehaltenen Befugnisse dürfen nicht delegiert werden (Art. 164 Abs. 2 BV). Hieraus sowie aus Art. 36 Abs. 1 BV folgt, dass eine schwerwiegende Einschränkung eines Grundrechts, wovon bei der Nichtzulassung zur Kassenpraxis für die Dauer von drei Jahren grundsätzlich auszugehen ist (vgl. BGE 125 I 322 E. 3b S. 326), in einer (delegierten) Bundesratsverordnung nur vorgesehen werden kann, wenn deren grundlegende Elemente bereits in einem formellen Gesetz enthalten sind (vgl. BGE 120 Ib 97 E. 4b/aa S. 104; *Karin Sutter-Somm,* St. Galler Kommentar zur BV, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 164; *Michael Beusch,* Der Gesetzesbegriff der neuen Bundesverfassung, in: *Gächter/Bertschi* [Hrsg.], Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung, Zürich 2000, S. 227 ff., dort S. 242 ff.; *Hangartner/Kley,* Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, S. 398, Rz. 970; *Georg Müller,* Rechtssetzung und Staatsverträge, in: *Thürer/Aubert/Müller,* Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 1101 ff., dort S. 1112, Rz. 36; *Thomas Sägesser,* Die Bundesbehörden, Bern 2000, S. 289, 291 [Rz. 456], 297 f.; *Weber-Dürler,* a.a.O., S. 136 f.). Aufgrund von Art. 191 BV ist eine bundesgesetzliche Regelung für das Bundesgericht zwar auch dann massgebend, wenn sie in verfassungswidriger Weise dem Bundesrat einen sehr weiten Ermessensspielraum einräumt (vgl. *Ariane Ayer,* La clause du besoin pour les médecins et les cabinets médicaux, Neuchâtel 2000, S. 16), indessen muss sich aus der Auslegung des Gesetzes ergeben, dass dieser tatsächlich zur entsprechenden Regelung ermächtigt werden sollte (vgl. BGE 120 Ib 97 E. 4b/bb-dd).

5.2

5.2.1 Schon aus dem Wortlaut von Art. 55a KVG geht der Grundsatz klar hervor, dass die Zulassung von Leistungserbringern von einem Bedürfnis abhängig gemacht werden kann. Der Nationalrat hat am 18. Juni 2003 im Rahmen der erneuten Teilrevision des KVG einen Antrag abgelehnt, Art. 55a KVG aufzuheben, und damit die Zulassungsbeschränkung bekräftigt (AB 2003 N 1110). Nicht ausdrücklich aus dem Wortlaut, aber doch aus dem klaren Willen des Gesetzgebers ergibt sich, dass diese Einschränkung nur Neuzulassungen betreffen soll, nicht aber Leistungserbringer, die bereits praktizieren (AB 2000 N 68 [*Leuthard, Baumann*], 70 [*Cavalli*]). Auch der Bundesrat und die Verwaltung sind immer davon ausgegangen, dass die Massnahme nur die Neuzulassungen erfasst (Bericht der Arbeitsgruppe «Runder Tisch/Bedürfnisklausel», Bundesamt für Sozialversicherung, S. 7; BSV, Umsetzung von Artikel 55a KVG, S. 1 ad Art. 2; vgl. auch Art. 5 der bundesrätlichen Zulassungsverordnung). Damit sind der Zulassungsstopp sowie die Grundsätze der Regelung und die Delegation ihrer weiteren Ausgestaltung an den Bundesrat – insbesondere bezüglich der Kriterien, nach denen das Bedürfnis bestimmt wer-

den soll – für das Bundesgericht verbindlich (Art. 191 BV) in einem formellen Gesetz verankert (vgl. BGE 125 I 173 E. 4b).

5.2.2 Die Regelungsidee, an die sich der Bundesrat bei der Wahrnehmung des ihm eingeräumten Ermessens zu halten hatte, ergibt sich im Übrigen aus der ausführlichen parlamentarischen Diskussion zu Art. 55a KVG:

5.2.2.1 Im bundesrätlichen Entwurf vom 21. September 1998 für eine Teilrevision des KVG war die Bestimmung noch nicht enthalten (BBl 1999 S. 793 ff., 858 ff.). Der Bundesrat thematisierte in der Botschaft zwar die Kostensteigerung im Bereich der Krankenpflege, verzichtete aber grundsätzlich – abgesehen von der Globalbudgetierung – auf weitergehende einschneidende Massnahmen (BBl 1999 S. 799 f., 825 ff.; Art. 51a und 54 des Entwurfs, BBl 1999 S. 860). Der Ständerat als Erstrat strich den vorgeschlagenen Art. 51a (AB 1999 S 166 ff.). Im Nationalrat wurde hingegen die Eindämmung der Kostensteigerung eingehend thematisiert, insbesondere auch unter dem Eindruck, dass die Zahl der zugelassenen Leistungserbringer infolge der bilateralen Verträge mit der EU sowie wegen der starken Zunahme der Zahl neuausgebildeter Mediziner erheblich ansteigen könnte (AB 1999 N 738, 741, 755 ff. [*Cavalli, Gross, Raggenbass*]). Um der erwarteten Mengenausweitung entgegenzuwirken, nahm der Rat mit grossem Mehr einen Art. 46 Abs. 2 bis an, der den Bundesrat ermächtigte, Qualitätskriterien als Voraussetzung für den Beitritt zu einem Tarifvertrag festzulegen (AB 1999 N 755 ff.). In der Differenzbereinigung schlug die vorberatende Kommission des Ständerates vor, diese Bestimmung zu streichen, da sie zu allgemein gehalten sei, um das angestrebte Ziel erreichen zu können; stattdessen unterstützte die Kommissionsmehrheit einen Text, der etwa dem heutigen Art. 55a KVG entsprach und auf einen Vorschlag der Verwaltung zurückging. Das Plenum stimmte der Streichung von Art. 46 Abs. 2 bis in der Folge zu, lehnte aber den vorgeschlagenen Art. 55a ebenso ab wie einen Antrag, in Art. 35 KVG die Vertragsfreiheit einzuführen (AB 1999 S 794–800). Gegen Art. 55a wurden einerseits grundsätzliche Bedenken geäussert (AB 1999 S 796 [*Beerli*] und 799 [*Rochat*]); andererseits wurde argumentiert, die Frage, wie einer allfälligen Überschwemmung des Gesundheitsmarktes durch ausländische Leistungserbringer zu begegnen sei, müsse in einer separaten Gesetzesrevision gründlicher geprüft werden (AB 1999 S 797 f. [*Schiesser*]). Der Nationalrat folgte dem Ständerat bei der Streichung von Art. 46 Abs. 2bis, fügte dafür aber den von der Ständeratskommission bereits vorgeschlagenen Art. 55a in einer etwas modifizierten Form wieder ein (AB 2000 N 63 – 71). Die obsiegenden Befürworter dieses Antrags gestanden dabei zu, dass die Regelung problematisch erscheine; bis eine bessere Lösung vorliege, sei sie jedoch provisorisch hinzunehmen, um der aufgrund der Freizügigkeit zu erwartenden Zunahme der Leistungsanbieter entgegentreten zu können (AB 2000 N 62 [*Heberlein und Cavalli*], 67 ff. [*Leuthard, Fasel, Widrig, Heberlein, Cavalli,* BR *Dreifuss*]). Der Ständerat übernahm diese Fassung, wobei er jedoch die Möglichkeit der Zulassungsbegrenzung auf den ambu-

lanten Bereich beschränkte und zudem das Kriterium des Bedürfnisses einfügte (AB 2000 S 102 – 105). Dieser geänderten Version stimmte schliesslich auch der Nationalrat zu (AB 2000 N 351).

5.2.2.2 Die Bundesversammlung wollte somit in Art. 55a KVG die Grundlage schaffen, um auf Verordnungsstufe die zu erwartende Zunahme von Leistungserbringern im ambulanten Bereich nach dem Bedürfnis begrenzen zu können. Sie war sich im Klaren darüber, dass es dabei um ein nicht unproblematisches Vorgehen ging, nahm aber mangels kurzfristig verfüg- und realisierbarer Alternativen den Zulassungsstopp als vorübergehende Lösung dennoch für maximal drei Jahre in Kauf (AB 2000 N 62, 67 f.; 2000 S 102, 104 f.). Dieser gesetzgeberische Wille ist für das Bundesgericht verbindlich, woran der Umstand nichts ändert, dass nach dem Wortlaut der Bestimmung der Bundesrat nicht verpflichtet, sondern lediglich ermächtigt wird, die Zulassungsbeschränkung einzuführen. Diese kann, wenn sie beschlossen wird, vom Bundesgericht nicht vollumfänglich überprüft werden. Wohl wurde in der Bundesversammlung mehrmals betont, dass es sich bei Art. 55a KVG um eine «Notbremse» handle, von der nur Gebrauch gemacht werden solle, wenn dies wirklich nötig sei (AB 2000 N 68 [*Gutzwiller, Baumann*], 70 f. [BR *Dreifuss*]). Der Gesetzgeber hat die Kompetenz zur Einführung der Zulassungsbegrenzung jedoch bewusst und trotz entgegenstehender rechtlicher Vorbehalte (namentlich AB 2000 S 102 f. [*Schiesser*]) an den Bundesrat delegiert (s. z. B. AB 2000 S 104 f. [*Brunner,* BR *Dreifuss*]) und den entsprechenden Grundsatzentscheid (Möglichkeit der Zulassungsbeschränkung nach dem Bedürfnis) damit verbindlich getroffen. Dem mit Art. 55a KVG verfolgten Sinn und Zweck entspricht es, dass die Zulassungsbeschränkung nicht erst eingeführt wird, wenn der unerwünschte Effekt (Zunahme der Leistungserbringer und damit einhergehende Kostensteigerung) schon eingetreten ist, sondern nach Möglichkeit schon dann, wenn er mit hinreichender Wahrscheinlichkeit absehbar erscheint. Aus einem Faktenblatt des Bundesamtes für Sozialversicherung (BSV) vom 3. Juli 2002 geht hervor, dass ca. 3000 Ärzte aus der EU in der Schweiz arbeiten und bis zu jenem Zeitpunkt schon etwa 300 Gesuche um Anerkennung von Diplomen eingereicht worden waren. Aufgrund dieser Zahlen war eine erhebliche Zunahme von Neuzulassungsgesuchen zur Kassentätigkeit zu befürchten. Diese Annahme wird durch die Erfahrungen im Fürstentum Liechtenstein bestätigt, wo nach dem Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum die Zahl der Leistungserbringer stark zugenommen hat, indem von 1996 bis 2001 die Anzahl der konzessionierten Ärzte um rund 70 % anstieg (BSV-Faktenblatt/Medienkonferenz vom 3. Juli 2002, S. 1). Unter diesen Umständen hat der Bundesrat den Zulassungsstopp zulässigerweise eingeführt und die bundesrätliche Zulassungsverordnung findet in Art. 55a KVG diesbezüglich eine hinreichende, für das Bundesgericht verbindliche gesetzliche Grundlage.

5.3 Die Beschwerdeführer machen geltend, die bundesrätliche Verordnung belasse ihrerseits den Kantonen einen grossen Ermessensspielraum und stelle ih-

nen letztlich den Entscheid frei, ob sie den Zulassungsstopp überhaupt einführen wollten. Da der Zulassungsstopp damit auf kantonaler Ebene durch das Bundesrecht nicht zwingend vorgegeben sei, bedürfe er zumindest auf dieser Stufe einer den Anforderungen von Art. 36 Abs. 1 BV genügenden formellgesetzlichen Grundlage. Der Einwand überzeugt nicht.

5.3.1 Nach Art. 1 der bundesrätlichen Zulassungsverordnung wird die Zahl der Leistungserbringer, die zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung tätig sind, in jedem Kanton für jede Kategorie auf die in Anhang 1 festgelegten Höchstzahlen beschränkt. Diese Regelung ist ihrem Wortlaut nach klar und hinreichend bestimmt, um unmittelbar angewendet werden zu können. Da die Höchstzahlen so festgesetzt wurden, dass sie ungefähr dem aktuellen Stand entsprechen, sind grundsätzlich überhaupt keine Neuzulassungen mehr möglich. Nach Art. 2 der Zulassungsverordnung können die Kantone in Abweichung vom Anhang 1 (grosszügiger) vorsehen, dass die in Art. 1 festgelegte Höchstzahl für eine oder mehrere Kategorien von Leistungserbringern nicht gilt (Abs. 1 lit. a), oder aber strenger als der Anhang 1, dass in einer oder mehreren Kategorien von Leistungserbringern keine neuen Zulassungen erfolgen, solange die Versorgungsdichte nach Anhang 2 im betreffenden Kantonsgebiet höher als in der Grossregion, zu welcher der Kanton nach Anhang 2 gehört, oder höher als in der Schweiz liegt (Abs. 1 lit. b). Überdies sind die Kantone befugt, zusätzliche Leistungserbringer zuzulassen, soweit eine Unterversorgung besteht (Abs. 3).

5.3.2 Wenn die Zulassungsverordnung und die Erläuterungen des Bundesamts hierzu hinsichtlich des den Kantonen zustehenden Spielraums auch nicht völlig klar erscheinen, ergibt sich aus Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte von Art. 55a KVG doch, dass der Bundesrat damit eine unmittelbar anwendbare bundesrechtliche Zulassungsregelung aufgestellt hat, die im Einzelfall von den Kantonen vollzogen wird und durch entsprechende Ausführungsverordnungen nur noch konkretisiert werden kann.

5.3.2.1 Art. 55a Abs. 1 KVG weist die Zuständigkeit zur Einführung des Zulassungsstopps unzweideutig dem Bundesrat und nicht den Kantonen zu; deren in Absatz 2 vorgesehene Anhörung erschiene überflüssig, wären diese frei, zu entscheiden, wie ihnen beliebt. Die ständerätliche Kommission, auf deren Vorschlag Art. 55a KVG ursprünglich zurückgeht, beabsichtigte, den Zulassungsstopp dort zur Anwendung zu bringen, wo es Probleme gebe, d.h. in den jeweils betroffenen Kantonen (AB 1999 S 798 f. [BR *Dreifuss, Cottier*]). Die nationalrätliche Kommission, welche den Antrag wieder aufnahm, wollte den Kantonen mit Absatz 3 ihrerseits jedoch offenbar bloss noch die Vollzugskompetenzen übertragen (Protokoll der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit, 3. Februar 2000, S. 26 f.). Im Plenum des Nationalrats wurde ausgeführt, dass in der Schweiz generell ein Überangebot an Ärzten bestehe und weiter anzuwachsen drohe (AB 2000 N 67

f.); die Massnahmen müssten «in enger Abstimmung mit den Kantonen» erfolgen (AB 2000 N 68 [*Gutzwiller*]). Zwar könne man die Einschränkung regional differenziert anwenden, aber nach einheitlichen Kriterien (a.a.O. [*Baumann*]; AB 2000 S 105 [BR *Dreifuss*]). Es wurde dabei zwar auch betont, die Kantone hätten über die Zulassung zu entscheiden, da kantonal unterschiedliche Bedürfnisse bestünden (AB 2000 N 69 [Heberlein]). Die Kompetenz zur Einführung des Zulassungsstopps sollte jedoch beim Bundesrat liegen (AB 2000 N 70 f. [*Cavalli,* BR *Dreifuss*]). In der Differenzbereinigung im Ständerat führte BR Dreifuss aus, es sei beabsichtigt, dass der Bundesrat Kriterien vorgebe und die Kantone die Einzelfälle beurteilten (AB 2000 S 105). Auch im Nationalrat legten die Kommissionsberichterstatter abschliessend dar, dass der Bundesrat die Zulassungsbegrenzung einführen könne, während die Kantone die Ausführungsdetails zu regeln befugt seien (AB 2000 N 351 [*Heberlein, Cavalli*]).

5.3.2.2 Dafür, dass es sich beim Zulassungsstopp um eine bundesrechtliche Regelung handelt, spricht schliesslich auch die Tatsache, dass nach einhelliger Meinung aller Beteiligten kantonale (Nicht-)Zulassungsentscheide gemäss Art. 128 OG mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Eidgenössischen Versicherungsgericht sollen angefochten werden können (BSV, Umsetzung von Artikel 55a KVG, Kommentar zur Verordnung, S. 6; BSV, Bericht der Arbeitsgruppe «Runder Tisch/Bedürfnisklausel», S. 8; *Yvo Hangartner,* Gutachten vom 31. Juli 2002 zuhanden der Vereinigung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte [FMH] über Rechtmässigkeit und rechtliche Folgen von Art. 55a des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung und der Verordnung des Bundesrates über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, S. 62). Dies ist nur möglich, falls es sich dabei um eine unmittelbar anwendbare bundesrechtliche Regelung handelt und deren kantonale Umsetzung bloss unselbständiges (Ausführungs-)Recht dazu bildet. Der Zulassungsstopp bedarf daher keiner zusätzlichen formellgesetzlichen Grundlage auf kantonaler Ebene.

6.

6.1 Die Beschwerdeführer rügen, die angefochtene Regelung beruhe auf keinem genügenden öffentlichen Interesse und verletze deshalb Art. 36 Abs. 2 BV. Sie verstosse auch gegen Art. 27 sowie Art. 94 Abs. 4 BV, indem sie einseitig und verzerrend allein die jungen Ärzte belaste und damit zu einer Ungleichbehandlung der Gewerbegenossen führe. Sie verfolge ein strukturpolitisches Ziel und wirke wettbewerbsverzerrend, indem sie die bereits praktizierenden Ärzte gegen die junge Ärztegeneration und gegen die Konkurrenz aus dem EU-Raum abschirme. Die Regelung sei schematisch und undifferenziert und damit unverhältnismässig, da sie für die bisherigen Leistungserbringer einen totalen Bestandesschutz, für die neuen hingegen einen völligen Ausschluss vorsehe. Strukturpolitischer Charakter komme ihr auch insofern zu, als damit die jungen Ärzte in den Spitälern zurückge-

halten werden sollen. Unzulässig sei die Bedürfnisklausel in der zürcherischen Ausgestaltung, da sie auch nicht ausnahmsweise Zulassungen aufgrund individueller Bedürfnisabklärungen oder regionaler Unterversorgungen zulasse, sondern Praxiseröffnungen pauschal verunmögliche. Die in der bundesrätlichen Verordnung verwendeten Ärztezahlen beruhten im Übrigen auf ungesicherten oder falschen Grundlagen. Der Regierungsrat habe einfach auf diese Zahlen abgestellt, statt das tatsächliche Bedürfnis der Bevölkerung seinerseits abzuklären.

6.2 Die sich aus Art. 55a KVG ergebenden Vorgaben hinsichtlich des Zulassungsstopps sind im Rahmen von Art. 191 BV – losgelöst davon, ob sie verfassungskonform sind oder nicht – für das Bundesgericht verbindlich. Es hat die entsprechenden gesetzgeberischen Wertungen zu respektieren und kann Art. 55a KVG nicht wegen einer allfälligen Verletzung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und Art. 94 BV) die Anwendung versagen (vgl. E. 2.2). Im Übrigen entbehrt die Regelung, auch wenn ihre Wirksamkeit umstritten erscheinen mag, nicht zum Vornherein jeglicher verfassungsrechtlicher Basis: Die Zulassungsbeschränkung bezweckt, die Steigerung der Gesundheitskosten (und damit der Krankenkassenprämien) zu bremsen. Diese erweist sich notorisch für zahlreiche Haushalte als gravierendes finanzielles Problem. Das Bestreben, sie in Grenzen zu halten, ist ein zulässiges, sozialpolitisch motiviertes Anliegen. Zwar sind Bedürfnisklauseln regelmässig mit der Wirtschaftsfreiheit unvereinbar, weshalb sie einer besonderen Grundlage in der Verfassung bedürfen (vgl. Art. 94 Abs. 4 BV; *Etienne Grisel,* Liberté du commerce et de l'industrie, Vol. II, Bern 1995, S. 23 [Rz. 456], 155 f.; *Jörg Paul Müller,* Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 650; *Klaus A. Vallender,* Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 3. Aufl., Bern 1995, S. 64 [Rz. 17]). Diese kann jedoch auch implizit in einer bestimmten Verfassungsnorm enthalten sein (*Klaus A. Vallender,* St. Galler Kommentar zur BV, a.a.O., Rz. 44 f. zu Art. 27; *J.P. Müller*, a.a.O., S. 660), was hier in Art. 117 BV der Fall ist (*Thomas Mattig,* Grenzen der Spitalplanung aus verfassungsrechtlicher Sicht, Zürich 2002, S. 217; a.M. *David Hofmann,* La clause du besoin pour les médecins et la Constitution fédérale, in: AJP 7/2003 S. 789 ff., dort S. 795). Die Bedürfnisklausel betrifft nicht direkt die Berufsausübung, sondern die Zulassung zum System der Sozialversicherung, das als solches der Wirtschaftsfreiheit weitgehend entzogen ist (vgl. E. 4) und in dessen Rahmen ein gewichtiges sozialpolitisch motiviertes Interesse an einer staatlichen Politik der Kostenbegrenzung besteht (Urteil 2A.89/2001 vom 24. Oktober 2001, E. 6d, veröffentlicht in: ZBl 103/2002 S. 322 ff.). Dabei ist die Zahl der Leistungserbringer zwar nicht der einzige bestimmende Faktor, doch kann ein gewisser Zusammenhang zwischen der Versorgungsdichte mit Leistungserbringern und den Kosten des Gesundheitswesens – wovon der Gesetzgeber für das Bundesgericht verbindlich ausgegangen ist – nicht von der Hand gewiesen werden (vgl. BGE 111 V 357 E. 5c S. 367; *Pierre Gilliand,* Kosten und Finanzierung des Gesundheitswesens, in: *Kocher/Oggier* [Hrsg.], Gesundheitswesen Schweiz 2001/2002, Basel 2001, S. 90 ff., 94 f.). 6.3 Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, die

bundesrätliche bzw. die gestützt darauf ergangene kantonale Verordnung setzten die Zulassungsbegrenzung auf eine vom Gesetz nicht abgedeckte, verfassungswidrige Weise um, ist wiederum zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber dem Bundesrat in Art. 55a KVG diesbezüglich einen weiten Ermessensspielraum eingeräumt hat, den das Bundesgericht respektieren muss (Art. 191 BV, E. 2.2).

6.3.1

6.3.1.1 Nach Art. 55a Abs. 1 KVG soll die Zulassung vom Bedürfnis abhängig gemacht werden. Der Bundesrat stellte im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zwar in Aussicht, dass er diesbezüglich allgemeine Kriterien festlegen werde, anhand derer die Kantone über die einzelnen Zulassungen entscheiden würden (AB 2000 S 105 [BR *Dreifuss*]). Die Zulassungsverordnung enthält jedoch – was die Beschwerdeführer kritisieren – keine solchen Richtlinien, sondern legt für jeden Kanton lediglich mehr oder weniger auf dem Status quo beruhende Höchstzahlen fest. Der Bundesrat geht damit implizit davon aus, dass mit den entsprechenden Zahlen das bestehende Bedürfnis als abgedeckt gelten könne. Mit Blick auf das Bestreben, den als vorübergehende Lösung geplanten Zulassungsstopp auf eine möglichst einfache und praktikable Art umzusetzen, und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Zulassungsstopp zeitlich auf drei Jahre beschränkt erfolgt, ist dies grundsätzlich vertretbar. Der Bundesrat hat damit das ihm eingeräumte weite Ermessen nicht überschritten oder den gesetzgeberischen Willen unsachgerecht umgesetzt. Dies gilt auch für den Regierungsrat, soweit dieser seinerseits auf die dem Zahlstellenregister von santésuisse entnommenen Angaben abgestellt und diese nicht – allgemein oder hinsichtlich einzelner Spezialitäten – noch einer zusätzlichen Prüfung unterzogen hat.

6.3.1.2 Es liegt im Wesen einer staatlichen Bedürfnisplanung, dass den Behörden ein gewisser Ermessensspielraum zukommen muss, weil das zu deckende Bedürfnis letztlich nie objektiv genau festgelegt werden kann (ebenso auch *Hans Heinrich Brunner,* Änderung der Verordnung über die Krankenversicherung/Umsetzung des Artikels 55a KVG, Schweizerische Ärztezeitung 2002, S. 1360). In diesen Spielraum soll richterlich nur eingegriffen werden, wenn von den entsprechenden Befugnissen rechtsfehlerhaft Gebrauch gemacht worden ist. Dass dies in Bezug auf die in der bundesrätlichen Verordnung festgelegten und vom Kanton Zürich übernommenen Zahlen der Fall wäre, tun die Beschwerdeführer nicht dar. Ein solcher Schluss kann nicht bereits daraus gezogen werden, dass die Zahlen, die der bundesrätlichen Verordnung zugrunde liegen, möglicherweise nicht exakt dem aktuellen tatsächlichen Stand entsprechen; das im Sinne von Art. 55a KVG massgebende Bedürfnis muss nicht zwangsläufig auch genau mit der zu einer bestimmten Zeit zufälligerweise vorhandenen Ärztezahl übereinstimmen.

6.3.2 Soweit die angefochtene kantonale Verordnung – im Unterschied zu denjenigen anderer Kantone – von der Ausnahmemöglichkeit gemäss Art. 3 der Zulas-

sungsverordnung keinen Gebrauch macht, kann ebenfalls nicht gesagt werden, dass sie die bundesrechtlichen Vorgaben verfassungswidrig umsetzen würde: Nach Art. 3 der Zulassungsverordnung können die Kantone zusätzlich zu den in Anhang 1 festgelegten Höchstzahlen Leistungserbringer zulassen, wenn in der betreffenden Kategorie eine Unterversorgung besteht. Nach dem klaren Wortlaut handelt es sich dabei um eine «Kann-Vorschrift» und keine verbindliche bundesrechtliche Vorgabe. Aus Anhang 2 der Zulassungsverordnung ergibt sich, dass die Versorgungsdichte im Kanton Zürich in den meisten Kategorien höher oder höchstens unwesentlich geringer ist als der schweizerische Durchschnitt und in praktisch allen Kategorien höher als in den angrenzenden Regionen Ostschweiz und Zentralschweiz. Wenn der Regierungsrat gestützt hierauf angenommen hat, es bestehe im Kanton Zürich generell keine Unterversorgung, ist dies vertretbar. Dass offenbar, wie die Beschwerdeführer unter Hinweis auf ein Schreiben der Vereinigung Zürcher Kinderärzte vorbringen, in gewissen Regionen des Kantons einige Pädiater mehrheitlich überlastet sind, vermag noch keine solche Unterversorgung zu belegen, zumal aus dem gleichen Schreiben auch hervorgeht, dass in anderen Gebieten Kinderärzte nicht ausgelastet sein sollen. Die Gesundheitsdirektion hält im Übrigen in ihrer Vernehmlassung fest, dass in tatsächlichen Mangellagen gestützt auf § 8 des kantonalen Gesundheitsgesetzes ausnahmsweise Sonderzulassungen möglich wären, allerdings angesichts der flächendeckenden Versorgung für den ganzen Kanton kaum mit solchen zu rechnen sei.

6.3.3 Durch die konkrete Ausgestaltung des Zulassungsstopps wird auch die Wettbewerbsneutralität bzw. der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen nicht beeinträchtigt:

6.3.3.1 Dass die Zulassungsbeschränkung die bereits praktizierenden Ärzte nicht treffen soll, ist durch Art. 55a KVG verbindlich vorgegeben (Art. 191 BV; vgl. E. 5.2.1). Die Beschwerdeführer scheinen daraus ableiten zu wollen, dass sie auch für die Neuzulassungen nicht gelten dürfe, weil sonst eine unzulässige Ungleichbehandlung bzw. Wettbewerbsverzerrung entstünde. Mit dieser Argumentation würde indessen der gesetzgeberische Wille, dem Bundesrat die Möglichkeit zur Einführung einer Zulassungsbeschränkung zu eröffnen, überhaupt vereitelt, womit der Regelung jeglicher Sinn abginge. Zwar hat der Zulassungsstopp zwangsläufig einen gewissen Schutz der bereits praktizierenden Ärzte vor zusätzlicher Konkurrenz zur Folge; eine sozialpolitisch begründete Massnahme ist aber nicht schon deshalb unzulässig, weil sie gewisse Reflexwirkungen auf den Wettbewerb hat (*Pierre Moor,* Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat, in: *Thürer/Aubert/Müller* [Hrsg.], a. a. O., S. 265 ff., dort S. 275 Rz. 48; vgl. BGE 119 Ia 433 E. 4c S. 440 ff.). Zulässige öffentliche Interessen vermögen auch verhältnismässige Ungleichbehandlungen zu rechtfertigen; zu vermeiden sind einzig spürbare, durch das öffentliche Interesse nicht gerechtfertigte Wettbewerbsverzerrungen (BGE 125 I 431 E. 4b S. 436; 125 II 129 E. 10b S. 150).

6.3.3.2 Der Zugang zu staatlich administrierten knappen Gütern ist naturgemäss beschränkt und eine strikte Gleichbehandlung daher kaum je möglich (BGE 102 Ia 438 E. 3 S. 441; *Giovanni Biaggini,* Wirtschaftsfreiheit, in: *Thürer/Aubert/Müller,* a.a.O., S. 779 ff., dort S. 784, Rz. 13; *Tobias Jaag,* Wettbewerbsneutralität bei der Gewährung von Privilegien im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, S. 477 ff., dort S. 485 ff.). Aus der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen folgt, dass beschränkt vorhandene Güter im Prinzip nicht so zugeteilt werden dürfen, dass einige eine unbeschränkte Leistung erhalten und andere gar nichts; anzustreben ist eine Regelung, die abwechslungsweise allen Konkurrenten die Möglichkeit gibt, am Wettbewerb teilzunehmen (BGE 128 I 136 E. 4.1; 128 II 292 E. 5.2). Dabei ist aber jeweils auch dem aus der Eigentumsgarantie und dem Gebot von Treu und Glauben fliessenden Prinzip des Schutzes getätigter Investitionen Rechnung zu tragen, welches rechtfertigt, bereits ausgeübte Tätigkeiten anders zu behandeln als solche, die erst noch beabsichtigt sind (BGE 102 Ia 438 E. 7b; *Jaag,* a.a.O., S. 491 f.; vgl. auch BGE 118 Ib 241 E. 7; 113 Ia 119 E. 2a).

6.3.3.3 Eine dauernde vollständige Abschottung des Marktes gegenüber neuen Konkurrenten liesse sich mit der Wirtschaftsfreiheit hier wohl kaum vereinbaren (vgl. *Jaag,* a.a.O., S. 492). Umgekehrt wäre eine kurzfristig erfolgende Einschränkung für bereits praktizierende Ärzte aber bedeutend gravierender als für solche, die eine Praxiseröffnung erst planen. Eine zeitlich beschränkte Bevorzugung der bestehenden Praxen lässt sich deshalb rechtfertigen. Der Gesetzgeber hat den Zulassungsstopp in Art. 55a Abs. 1 KVG auf drei Jahre begrenzt, was als einmalige Frist (ohne Möglichkeit einer Verlängerung) zu verstehen ist (AB 2000 N 351). Angesichts dieser durch Gesetz verbindlich vorgenommenen Interessenabwägung erscheint es mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen vereinbar, wenn der Bundesrat die gesetzlich vorgesehene Maximaldauer ausgeschöpft hat (Art. 6 der Zulassungsverordnung; ebenso *Mattig*, a.a.O., S. 217; a.M. *Hofmann,* a.a.O., S. 796), da und soweit die Einschränkung als verhältnismässig gelten kann (vgl. hierzu E. 6.3.4).

6.3.3.4 Unter diesen Umständen geht auch die Rüge einer Verletzung von Art. 8 BV fehl: Das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) ist weniger streng als das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen bzw. der Wettbewerbsneutralität (BGE 121 I 129 E. 3d S. 134 ff.; *Biaggini,* a.a.O., S. 784, Rz. 13). Ist dieses vorliegend eingehalten, kann auch Art. 8 Abs. 1 BV nicht verletzt sein. Eine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 BV liegt nicht vor, auch wenn jüngere Ärzte durch den Zulassungsstopp stärker betroffen werden als ältere, da die beanstandete Regelung nicht auf das Alter der Gesuchsteller abstellt, sondern auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung, wofür ein sachlicher Grund besteht (Investitionsschutz bereits praktizierender Ärzte). Von einer unzulässigen Diskriminierung im Sinne dieser Bestimmung könnte im Übrigen nur gesprochen werden,

wenn Personen in vergleichbarer Situation allein deshalb rechtsungleich behandelt würden, weil sie einer historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzten oder sonst als minderwertig behandelten Gruppe angehören (vgl. BGE 126 II 377 E. 6a S. 392 f. mit Hinweisen). Hiervon kann nicht die Rede sein, wenn Gewerbetreibende, die bereits eine Arztpraxis führen, hinsichtlich der Kassenzulassung anders behandelt werden als solche, die sich erst noch selbständig machen wollen. Schliesslich liegt auch keine unzulässige Diskriminierung junger Schweizer Ärzte gegenüber den in der EU niedergelassenen Ärzten vor, welche gemäss Art. 5 Abs. 1 FZA während 90 Tagen im Jahr in der Schweiz Leistungen erbringen können. Ob diese Dienstleistungsfreiheit auch die Zulassung zur Leistungserbringung zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung umfasst, steht nicht fest. Selbst wenn dem so wäre, handelte es sich dabei um eine Folge des Freizügigkeitsabkommens. Wenn dieses in gewissen Bereichen dazu führt, dass Personen im Ausland besser gestellt sind als solche im Inland, liegt hierin, wie das Bundesgericht bereits festgestellt hat, für sich allein noch keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung (BGE 129 II 249 E. 4.3 und 5.5; vgl. auch BGE 125 I 276 E. 4e).

6.3.4

6.3.4.1 Soweit die Beschwerdeführer rügen, der Zulassungsstopp sei, wenn nicht diskriminierend und rechtsungleich, so doch unverhältnismässig, ist wiederum zu beachten, dass die angefochtene Regelung für das Bundesgericht verbindlich ist, soweit sie durch Art. 55a KVG gedeckt wird. Dies trifft insbesondere für den Grundsatzentscheid der Zulassungsbeschränkung auf maximal drei Jahre zu. Dass es andere, möglicherweise wirksamere Massnahmen zur Kosteneindämmung geben mag, kann daher zum Vornherein nicht zur Aufhebung der angefochtenen Verordnung führen. Zu prüfen bleibt einzig, ob der Bundesrat oder der Regierungsrat im Rahmen des ihnen zustehenden Ermessens den Zulassungsstopp anderweitig in unverhältnismässiger Weise eingeführt oder ausgestaltet haben.

6.3.4.2 Sachverhaltsmässig ist in diesem Zusammenhang unbestritten, dass vor dem 4. Juli 2002 im Kanton Zürich rund 700 Gesuche eingereicht wurden, die noch nach altem Recht zu beurteilen sind, also nicht unter den Zulassungsstopp fallen. Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, damit werde die Wirkung der angefochtenen Regelung von vornherein vereitelt. Die Massnahme sei daher ungeeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Dies ist in der Tat nicht völlig von der Hand zu weisen: Im Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates vom 23. Oktober 2002 wird ausgeführt, in den vier Wochen vor dem 4. Juli seien rund 700 Gesuche um Neuzulassung eingereicht worden, was die Zahl der zu Lasten der Krankenversicherung tätigen Leistungserbringer «weiter überproportional» ansteigen lasse, nachdem im Jahre 2001 insgesamt 176 Gesuche bewilligt worden seien. In seiner Antwort vom 25. September 2002 auf die Anfrage 1494 von Kantonsrat Denzler hielt der Regierungsrat fest, dass durch die Flut von Gesuchen, die noch vor dem

Inkrafttreten der Zulassungsverordnung eingegangen seien, die angestrebte kostendämpfende Wirkung durch Reduktion der Neuzulassungen bereits heute praktisch zunichte gemacht worden sei (dort S. 3 f.). Die Eignung der Massnahme erscheint daher tatsächlich nicht zwingend (vgl. *Mattig,* a.a.O., S. 217 f.; *Hofmann,* a.a.O., S. 793 FN 40).

6.3.4.3 Nun ist allerdings zu beachten, dass der Verordnungsgeber bei Erlass der beanstandeten Regelung unterschiedlichen Anliegen Rechnung zu tragen hatte. Nebst einer möglichst wirksamen Durchführung des Zulassungsstopps musste er auch das verfassungsmässige Gebot von Treu und Glauben wahren, weshalb die Zulassungsverordnung vorsieht, dass die Einschränkung für die vor ihrem Inkrafttreten eingereichten Gesuche nicht gilt (Art. 5). Zudem war der Bundesrat nach Art. 55a Abs. 2 KVG auch gehalten, vor Erlass der Zulassungsbeschränkung die Verbände der Leistungserbringer anzuhören. Dass diese damit vorgewarnt waren und ihre Mitglieder entsprechend orientieren konnten, war insofern gesetzlich vorgegeben. Wenn die mit dem Stopp angestrebte Wirkung dadurch relativiert wird, muss dies als Ausfluss der gesetzlichen Regelung hingenommen werden. Im Übrigen steht nicht fest, dass alle vor dem 4. Juli 2002 eingereichten Gesuche auch tatsächlich zu bewilligen sein werden. Es ist durchaus denkbar, dass sich darunter solche befinden, die im Zeitpunkt der Einreichung die erforderlichen Voraussetzungen klarerweise nicht erfüllt haben und deshalb trotz Art. 5 der Zulassungsverordnung zu keiner neuen Praxiseröffnung führen werden.

6.3.4.4 Dass diejenigen Ärzte, die vor dem 4. Juli 2002 kein Gesuch eingereicht haben, durch den Zulassungsstopp in erheblicher Weise betroffen sind, liegt auf der Hand, ist aber bereits im gesetzlich festgelegten Grundsatz so angelegt und steht deshalb hier nicht zur Diskussion. Hinzu kommt, dass durch den Zulassungsstopp nicht die Berufsausübung generell, sondern nur die Eröffnung einer eigenen Praxis mit der Möglichkeit, zu Lasten der Sozialversicherung abrechnen zu können, verhindert wird. Die betroffenen Ärzte können ihrem Beruf uneingeschränkt – beispielsweise in Spitälern – weiter nachgehen. Der Kanton weist in seiner Beschwerdeantwort denn auch darauf hin, dass er per 1. Januar 2003 die Möglichkeit von Anstellungen als Spitalärzte geschaffen habe, die anders als die Assistenzarztstellen nicht mehr zeitlich befristet seien und nicht der Weiterbildung dienten (Spitalärzteverordnung vom 11. Dezember 2002), so dass auch unabhängig vom Assistentenstatus in den Spitälern nunmehr Arbeitsmöglichkeiten für vom Zulassungsstopp betroffene Ärzte bestünden. Dadurch werden die Auswirkungen des Zulassungsstopps zusätzlich gemildert.

6.3.4.5 Schliesslich ist auch bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Massnahme zu beachten, dass die beanstandete Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit im Grunde genommen bloss eine faktische Reflexwirkung einer Regelung bildet,

die als solche diesem verfassungsmässigen Recht weitgehend entzogen ist (E. 4.3). Auch in anderen Wirtschaftsbereichen kommt es vor, dass sich infolge einer Änderung der staatlichen Politik der Umfang von Leistungen, die privaten Erwerbstätigen zugute kommen, wandelt und in der Folge nicht nur jungen Berufsleuten die Eröffnung eines eigenen Betriebes praktisch verunmöglicht wird, sondern sogar bestehende Betriebe reduziert oder geschlossen werden müssen (z. B. Armeezulieferbetriebe, Landwirtschaftspolitik [vgl. dazu BGE 118 Ib 241 E. 6–10]). Es gibt keinen verfassungsmässigen Anspruch darauf, dank staatlichen Aufträgen oder mit Hilfe von staatlichen Versicherungssystemen eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen und betreiben zu können. Der verfassungsrechtliche Schutz beschränkt sich insoweit im Wesentlichen auf den Anspruch auf Gleichbehandlung der Gewerbegenossen (hierzu E. 6.3.3) und den Schutz vor überfallartigen Rechtsänderungen (hierzu E. 8).

7. Nach § 3 der angefochtenen Verordnung gilt der Zulassungsstopp auch gegenüber Personen, die in einem anderen Kanton zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen sind. Die Beschwerdeführer rügen, dies stelle eine Verletzung von Art. 95 Abs. 2 und Art. 196 Ziff. 5 BV dar, indem – anders als nach der Regelung anderer Kantone – Ärzte, die anderswo bereits eine Praxis führten, diese nicht mehr in den Kanton Zürich verlegen könnten.

7.1 Nach Art. 95 Abs. 2 Satz 2 BV gewährleistet der Bund, dass Personen mit einer wissenschaftlichen Ausbildung oder einem eidgenössischen, kantonalen oder kantonal anerkannten Ausbildungsabschluss ihren Beruf in der ganzen Schweiz ausüben können. Bis zum Erlass der entsprechenden Bundesgesetzgebung sind die Kantone zur gegenseitigen Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen verpflichtet (Art. 196 Ziff. 5 BV). Diese Regelung entspricht Art. 5 ÜbBest. aBV und stellt wie dieser ein verfassungsmässiges Recht dar (*Reto Jacobs,* St. Galler Kommentar zur BV, a. a. O., Rz. 22 zu Art. 95). Nach der Rechtsprechung wird dadurch nicht nur die Anerkennung von Diplomen garantiert, sondern in allgemeiner Weise der gleiche Zugang zur Berufsausübung und das Verbot einer übermässigen, sachlich ungerechtfertigten Erschwerung der Berufsausübung, wie sie sich aus unterschiedlichen kantonalen Regelungen ergibt (BGE 125 II 56 E. 3a S. 59; 123 I 259 E. 2b S. 260 f.; 122 I 109 E. 4b und c S. 117 f.).

7.2

7.2.1 Der Zulassungsstopp ist zwar kein rechtliches Verbot der selbständigen Berufsausübung, wohl aber eine weitgehende faktische Beeinträchtigung einer solchen, weshalb er in den Anwendungsbereich von Art. 95 Abs. 2 Satz 2 BV fällt. Wie die Wirtschaftsfreiheit selber kann indessen auch deren binnenmarktbezogene Komponente (vgl. BGE 125 I 276 E. 5c/gg S. 287; *Reto Jacobs,* a. a. O., Rz. 14 zu Art. 95 BV) beschränkt werden (vgl. Urteil 2P.362/1999 vom 6. Juli 1999, veröffentlicht in: ZBl 101/2000 S. 496 ff., E. 3 und 4; Art. 3 des Bundesgesetzes vom 6.

Oktober 1995 über den Binnenmarkt [BGBM; SR 943.02] und dazu BGE 128 I 295 E. 4 S. 303 ff.). Art. 55a Abs. 3 KVG weist den Entscheid über die Zulassung neuer Leistungserbringer (gleich wie für Spitäler) mit Blick auf die regional unterschiedlichen Bedürfnisse den Kantonen zu, was die bundesrätliche Zulassungsverordnung mit ihren Höchstzahlen vorgabenkonform umsetzt. Dies bedingt jedoch zwangsläufig, dass dem Zulassungsentscheid nur eine auf den betreffenden Kanton beschränkte Wirkung zukommen kann, ansonsten der gesetzgeberische Wille, die Zulassung jeweils den einzelnen Kantonen vorzubehalten, zum Vornherein illusorisch würde. Leistungserbringer einer Kategorie, die in einem Kanton vom Zulassungsstopp ausgenommen sind (Art. 2 Abs. 1 lit. a Zulassungsverordnung), könnten sich in diesem niederlassen und anschliessend in einen anderen wechseln, in dem sie der Beschränkung unterliegen, womit die entsprechenden kantonalen Regelungen beliebig umgangen würden, was nicht Sinn und Zweck von Art. 55a KVG entspricht. Mit diesem geht einher, dass alle Personen, welche in den Geltungsbereich der entsprechenden kantonalen Regelung fallen, rechtsgleich zu behandeln sind (Art. 8 Abs. 1 BV). Würde der Kanton Zürich Bewerber einzig deshalb anders (bevorzugt) behandeln, weil sie bisher in einem anderen Kanton niedergelassen gewesen sind, würde er potentiell denjenigen gegenüber rechtsungleich handeln, welche direkt im Kanton Zürich um Zulassung nachsuchen (vgl. BGE 125 I 276 E. 4c S. 280).

7.2.2 Fraglich könnte höchstens sein, ob eine solche Regelung nicht verfassungswidrig ist, soweit sie auch Ärzte betrifft, die vor dem 4. Juli 2002 in einem anderen Kanton zugelassen wurden. Wie die Beschwerdeführer an sich zu Recht geltend machen, wird die Zahl der Leistungserbringer gesamtschweizerisch nicht erhöht, wenn ein Arzt, der bisher bereits zu Lasten der Krankenpflegeversicherung in einem Kanton praktiziert hat, seine Praxis in einen anderen verlegt. Indessen geht die bundesrechtliche Regelung der Zulassungsbeschränkung eben doch davon aus, dass die Versorgungsgebiete kantonal festgelegt sind. Wohl stösst diese Vorgabe in einem gewissen Mass ins Leere, da Ärzte auch Patienten behandeln können, die in einem anderen Kanton Wohnsitz haben (Art. 41 Abs. 1 Satz 1 KVG); dem wird aber insofern Rechnung getragen, dass die Kantone bei ihrem Entscheid jeweils die Versorgungsdichte in den Nachbarkantonen, in der Grossregion, zu welcher sie nach Anhang 2 gehören, und in der Schweiz mitberücksichtigen müssen (Art. 2 Abs. 2 der Zulassungsverordnung). Im Lichte der bundesrechtlichen Regelung ist es damit grundsätzlich auch insofern von Bedeutung, in welchem Kanton jemand praktiziert. In spezifisch gelagerten Einzelfällen, bei denen die Praxis aus wichtigen Gründen in einen anderen Kanton verlagert wird, ist indessen nicht zum Vornherein auszuschliessen, dass eine entsprechende «Neuzulassung» in verfassungskonformer Auslegung im Einzelfall gestützt auf Art. 95 Abs. 2 BV wird gewährt werden müssen. Art. 55a KVG deckt nicht jede beliebige Einschränkung der interkantonalen Niederlassungsfreiheit ab. Insbesondere angesichts der auf höchstens drei Jahre begrenzten Geltungsdauer der beanstandeten Regelung

lässt sich diese im Rahmen der vorliegend allein vorzunehmenden abstrakten Normenkontrolle jedoch noch vertreten (vgl. E. 2.1).

8. Die angefochtene Verordnung ist am 23. Oktober 2002 erlassen und auf den 4. Juli 2002 in Kraft gesetzt worden. Hierin liegt eine echte Rückwirkung, die indessen als solche nicht beanstandet wird, weshalb deren Zulässigkeit nicht weiter zu prüfen ist (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG; vorne E. 2.1). Die Beschwerdeführer machen indessen geltend, die angefochtene Regelung verletze im Rahmen einer unechten Rückwirkung das Prinzip von Treu und Glauben, da die betroffenen Personen ein einschränkendes Medizinstudium und eine Weiterbildung auf sich genommen hätten im schutzwürdigen Vertrauen darauf, ihren Beruf dereinst selbständig ausüben zu können (so auch *Hangartner,* Gutachten, a.a.O., S. 33 ff.).

8.1 Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) verschafft einen Anspruch auf Schutz berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten, sofern sich dieses auf eine konkrete, den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit bezieht (BGE 129 I 161 E. 4.1 u. 4.2 S. 170; 126 II 377 E. 3a S. 387; 122 II 113 E. 3b/cc S. 123). Der entsprechende Schutz entfällt in der Regel bei Änderungen von Erlassen, da gemäss dem demokratischen Prinzip die Rechtsordnung grundsätzlich jederzeit geändert werden kann. Der Vertrauensgrundsatz vermag einer Rechtsänderung nur entgegenzustehen, wenn diese gegen das Rückwirkungsverbot verstösst oder in wohlerworbene Rechte eingreift (BGE 128 II 112 E. 10b/aa S. 125 f.; 122 II 113 E. 3b/cc S. 123; *Christoph Rohner,* St. Galler Kommentar zur BV, a.a.O., Rz. 60 zu Art. 9). Nach der Rechtsprechung kann es aus Gründen der Rechtsgleichheit, der Verhältnismässigkeit und des Willkürverbots sowie des Vertrauensschutzes verfassungsrechtlich zudem geboten sein, gegebenenfalls eine angemessene Übergangsregelung zu schaffen. Damit soll verhindert werden, dass gutgläubig getätigte Investitionen nutzlos werden (BGE 125 II 152 E. 5 S. 165; 123 II 433 E. 9 S. 446 f.; 118 Ib 241 E. 6c und 9b).

8.2 Der Zulassungsstopp, dessen Wirksamkeit mit Blick auf die zeitliche Beschränkung von einer möglichst raschen Umsetzung abhängt (vgl. E. 6.3.4.2), ist in Art. 55a KVG vorgegeben, weshalb er selbst bei einer Beeinträchtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben anzuwenden wäre (Art. 191 BV); im Übrigen verletzen weder die Zulassungsverordnung noch die angefochtene kantonale Regelung in diesem Zusammenhang Art. 9 BV:

8.2.1 Öffentlich-rechtliche Ansprüche gelten als wohlerworben, wenn das Gesetz die entsprechenden Beziehungen ein für allemal festlegt und von den Einwirkungen der gesetzlichen Entwicklung ausnimmt oder wenn bestimmte individuelle Zusicherungen abgegeben oder Verträge geschlossen worden sind (BGE 122 I 328 E. 7a S. 340; Urteil 2P.56/1999 vom 21. März 2000, E. 4b, veröffentlicht in: Pra

2000 Nr. 128 S. 745 ff.). Dies ist hier nicht der Fall. Eine ins Auge gefasste oder bereits absolvierte Ausbildung verschafft kein wohlerworbenes Recht darauf, den erlernten Beruf zu den ursprünglich geltenden Rahmenbedingungen ausüben zu können.

8.2.2 Die angefochtene Verordnung ist nicht anwendbar auf Gesuche, die vor ihrem Inkrafttreten eingereicht worden sind (Art. 5 Zulassungsverordnung), enthält aber keine Übergangsfrist für das Einreichen neuer Gesuche nach diesem Zeitpunkt. Immerhin musste bereits seit der Verabschiedung des revidierten KVG am 24. März 2000 damit gerechnet werden, dass der Bundesrat eine Zulassungsbeschränkung einführen würde. Zudem sind im Vorfeld der Bundesratsverordnung gemäss Art. 55a Abs. 2 KVG die Verbände der Leistungserbringer informiert und angehört worden. Offenbar war diesen das bevorstehende Inkrafttreten denn auch bekannt, wäre doch sonst der deutliche Anstieg der Zulassungsgesuche im Juni 2002 nicht erklärbar.

8.2.3 Sodann ist die angefochtene Regelung in ihrer Geltungsdauer auf drei Jahre befristet. Die Eröffnung einer eigenen Praxis wird damit nicht definitiv verunmöglicht, sondern um höchstens drei Jahre verzögert. Diese Regelung ist in ihren Auswirkungen etwa mit einer Änderung vergleichbar, welche die Ausbildungsanforderungen erhöht. Eine solche ist grundsätzlich zulässig. So hat es das Bundesgericht nicht als unzumutbar beurteilt, wenn die Lehrerausbildung auch für diejenigen, welche sie bereits begonnen haben, von vier auf fünf Jahre verlängert wird, zumal keine Gewähr dafür besteht, dass unmittelbar nach Abschluss der Ausbildung der Beruf auch tatsächlich ausgeübt werden kann (BGE 106 Ia 254 E. 4c S. 261 f.). Vorliegend geht es zwar nicht bloss um ein Jahr, sondern um bis zu drei Jahre; umgekehrt erschwert die angefochtene Regelung aber nur die Eröffnung einer eigenen Praxis, nicht aber auch eine anderweitige Ausübung des Berufs. Insoweit ist die angefochtene Regelung weniger streng, ermöglicht sie doch immerhin die unselbständige Erwerbstätigkeit und unter bestimmten Voraussetzungen auch die Übernahme einer bereits bestehenden Praxis (vgl. § 5 der Einführungsverordnung).

8.2.4 In der Regel dürften die durch die Zulassungsbeschränkung betroffenen Personen – abgesehen von der Ausbildung als solcher, die nach dem Gesagten aber anderweitig nutzbringend eingesetzt werden kann – auch noch keine erheblichen Investitionen im Hinblick auf die Eröffnung der eigenen Praxis getätigt haben. In seiner Antwort vom 25. September 2002 auf die Anfrage 1494 von Kantonsrat Denzler hat der Regierungsrat darauf hingewiesen, dass die Gesundheitsdirektion, um Härtefälle zu vermeiden, mit seiner Ermächtigung auch unter das neue Recht fallenden Gesuchstellern, die vor Inkrafttreten des Zulassungsstopps namhafte vertragliche Verpflichtungen eingegangen seien und im Hinblick auf eine Praxiseröffnung nachweisbar Investitionen getätigt hätten, eine Zulassung erteilt

oder in Aussicht gestellt habe. Damit wird die umstrittene Verordnung verfassungskonform gehandhabt.

8.2.5 Der Beschwerdeführer 2 macht geltend, er habe nicht vor Inkrafttreten der Zulassungsverordnung ein Gesuch gestellt, weil er davon habe ausgehen können, dass sein Fachgebiet, die Kinder- und Jugendpsychiatrie, nicht vom Ärztestopp betroffen sein werde; er habe im Hinblick hierauf auch bereits konkrete Investitionen getätigt. Er verkennt, dass er damit eine individuelle Situation geltend macht, auf die im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nicht eingegangen werden kann (vgl. E. 2.1). Im Übrigen behauptet er selber nicht, dass ihm die zuständigen Stellen in irgendeiner Weise zugesichert hätten, die Kinder- und Jugendpsychiatrie würde durch den Zulassungsstopp nicht betroffen; auch sonst ist keine Vertrauensgrundlage ersichtlich, auf die er sich in diesem Zusammenhang stützen könnte.

9. Zu Unrecht rügen die Beschwerdeführer schliesslich eine Verletzung von Art. 8 und 14 EMRK, da die betroffenen Ärzte durch die angefochtene Regelung in ihrem Recht auf freie Lebensgestaltung drastisch beschnitten würden: Art. 8 EMRK gewährt den Schutz des Privat- und Familienlebens. Geschäftliche und berufliche Aktivitäten fallen nur insofern hierunter, als persönlichkeitsbezogene Aspekte der Berufsausübung zur Diskussion stehen, wie beispielsweise die Vertraulichkeit von Korrespondenzen oder Telefongesprächen (vgl. Urteil des EGMR i. S. Niemietz gegen Deutschland vom 16. Dezember 1992, A 251 B, Ziff. 29–33; *Mark E. Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, S. 360 ff.). Hier geht es nicht um solche Elemente. In Bezug auf die Möglichkeit, einen bestimmten Beruf überhaupt ergreifen oder ausüben zu können, verschafft Art. 8 EMRK keinen über Art. 27 BV hinausgehenden Schutz. Auch eine Verletzung von Art. 14 EMRK fällt somit ausser Betracht.

Mitteilungen
Communications
Comunicazioni

Rechtspflege in Krankenversicherungssachen

Im Jahre 2003 wurden dem BSV in Krankenversicherungssachen 738 (Vorjahr 716) Entscheide kantonaler Versicherungsgerichte und 25 (30) Entscheide kantonaler Schiedsgerichte zugestellt. Das EVG hat 153 (125) Entscheide gefällt. Aufgrund von Artikel 53 KVG sind 42 (40) Verwaltungsbeschwerdeverfahren erledigt worden, 30 davon durch Entscheid des Bundesrats.

Jurisprudence en matière d'assurance-maladie

En 2003, en matière d'assurance-maladie, 738 (année précédente 716) jugements de tribunaux cantonaux des assurances et 25 (30) jugements de tribunaux arbitraux cantonaux ont été notifiés à l'OFAS. Le TFA a rendu 153 (125) arrêts. En vertu de l'article 53 LAMal, 42 (40) recours administratifs ont été traités, dont 30 ont donné lieu à une décision du Conseil fédéral.

Giurisprudenza in materia d'assicurazione malattie

Nel 2003, in materia d'assicurazione malattie, 738 (anno precedente 716) sentenze di tribunali cantonali delle assicurazioni e 25 (30) sentenze di tribunali arbitrali cantonali sono state notificate all'UFAS. Il TFA ha emanato 153 (125) sentenze. In base all'articolo 53 LAMal sono stati decisi 42 (40) ricorsi amministrativi, di cui 30 dal Consiglio federale.