

# **BVGer C-6826/2015 vom 6. November 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-11-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-6826\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-6826_2015)

FR: TAF C-6826/2015 du 6 novembre 2017

IT: TAF C-6826/2015 del 6 novembre 2017

## **Regeste**

Genehmigung Prämientarife (inkl. Prämienausgleich)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung der Beschwerden gegen die Verfügung vom 22. September 2015 ergibt sich aufgrund von Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32) und Art. 33 Bst. d VGG i.V.m. Art. 61 Abs. 5 KVG und Art. 92 Abs. 1 der Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (KVV; SR 832.102). Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021). Die Prämien genehmigung ist eine Verfügung, mit welcher das BAG dem Versicherer auf dessen Gesuch hin die Erlaubnis erteilt oder verweigert, von den Versicherten im Folgejahr die vom Versicherer vorgeschlagene Prämie zu verlangen (vgl. BVGE 2009/65 E 2.4). Die Genehmigung eines beantragten Prämientarifs bzw. deren Verweigerung stellt eine anfechtbare Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 VwVG dar. Bei deren Erlass sind die Vorschriften des VwVG zu beachten. Gegen diese Verfügung ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich zulässig (vgl. BVGE 2009/65 E. 1.1 f., 2.4; Urteile des BVGer C-5735/2011 vom 23. Oktober 2013 E. 2.1 und C-5521/2011 vom 11. November 2013 E. 2.1).

### **E. 1.2**

Analog stellt auch der - gleichzeitig mit dem Prämien genehmigungsentscheid zu fällende - Entscheid des BAG über die Genehmigung der Einmalzuschläge im Sinne von Art. 106a KVG eine Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 VwVG dar. Auch gegen diesen Entscheid ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich zulässig (vgl. Art. 33 Bst. d VGG i.V.m. Art. 106a Abs. 4 KVG und Art. 5 der Verordnung über die Prämienkorrektur vom 12. September 2014 [Prämienkorrekturverordnung; 832.107.21]).

### **E. 1.3**

Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 Bst. c VwVG).

### **E. 1.4**

Nach Art. 62 Abs. 4 VwVG sind Gerichte gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden.

## **E. 1.5**

Als weitere Prozessvoraussetzungen wurden die Beschwerden frist- und formgerecht eingereicht und die Kostenvorschüsse fristgerecht geleistet (Art. 50 und 52 VwVG, Art. 63 Abs. 4 VwVG).

## **E. 1.6**

Hinsichtlich der Beschwerdelegitimation ergibt sich Folgendes:

### **E. 1.6.1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist mit Urteil C-2542/2015, C-2557/2015 und C-2552/2015 vom 7. September 2015 auf die entsprechenden Beschwerden wegen Fehlens eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils im Sinn von Art. 46 Abs. 1 Bst. a und b VwVG (E. 3.2 f.) nicht eingetreten. In diesem Zusammenhang erwog das Bundesverwaltungsgericht insbesondere, die angefochtene "Weisung" stelle lediglich einen Schritt auf dem Weg zu Endentscheiden betreffend Genehmigung der OKP-Prämien 2016 im Sinne von Art. 106a KVG dar. Das BAG bezwecke damit, dass ihm Gesuche unterbreitet würden, die es ohne Weiterungen abschliessend mit entsprechenden Endentscheiden genehmigen könne (E. 2.3).

### **E. 1.6.2**

Mit Entscheid 9C\_742/2015 vom 5. Juli 2016 wies das Bundesgericht die Beschwerden gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2542/2015, C-2557/2015 und C-2552/2015 vom 7. September 2015 ab, soweit darauf einzutreten war. In der Urteilserwägung 3.2.2.2 führte das Bundesgericht wörtlich was folgt aus: "Vor dieser im angefochtenen Entscheid einlässlich dargestellten Rechtslage hat das Bundesverwaltungsgericht die Weisungen der Beschwerdegegnerin vom 23. März 2015 als ‚Schritt auf dem Weg‘ zu einem Endentscheid betreffend Prämiengenehmigung im aufgezeigten Sinne - und damit als Zwischenverfügungen - eingestuft und die Beschwerdeführerinnen auf das entsprechende (Haupt-) Verfahren verwiesen. Steht es den Beschwerdeführerinnen nach den Ausführungen der Vorinstanz somit offen, ihre Einwendungen betreffend den durch die Weisungen des BAG untersagten Reservetransfer im betreffenden Prämiengenehmigungsverfahren einzubringen, ist nicht erkennbar, inwiefern ihnen durch den Nichteintretensentscheid ein nicht wieder gutzumachender rechtlicher Nachteil gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG erwachsen sollte. Jedenfalls springt ein solcher nicht geradezu in die Augen. Anzumerken bleibt, dass das Bundesverwaltungsgericht diesen - seinen - Erwägungen im Rahmen des bereits bei ihm anhängig gemachten, zur Zeit sistierten Prämiengenehmigungsprozesses Rechnung zu tragen haben wird. Die Beschwerdeführerinnen haben Anspruch darauf, dass darin auf ihre gegen die Rechtmässigkeit der Weisungen der Beschwerdegegnerin vom 23. März 2015 vorgebrachten Argumente eingegangen wird (vgl. Art. 93 Abs. 3 BGG)."

### **E. 1.6.3**

Nachdem die Qualifikation der vorinstanzlichen Weisung vom 23. März 2015 als nicht anfechtbare Zwischenverfügung mit Urteil 9C\_742/2016 vom 5. Juli 2016 höchstrichterlich bestätigt und mit dem Hinweis versehen wurde, die Argumente der Beschwerdeführerinnen betreffend die (Un-)Rechtmässigkeit der Weisung seien im zwischenzeitlich sistierten Beschwerdeverfahren gegen die Endverfügungen zu behandeln, ist diese Prüfung nachfolgend vorzunehmen. Bei dieser Ausgangslage ist nicht zu beanstanden, dass die

Beschwerdeführerinnen im Genehmigungsantrag betreffend die Prämienfestsetzung und den Einmalzuschlag für das Jahr 2016 nicht nochmals beantragt haben, die Vorinstanz habe die Rechtmässigkeit des Zuschusses festzustellen. Denn die Beschwerdeführerinnen durften darauf vertrauen, dass diese Streitfrage im Prämienfestsetzungsverfahren behandelt wird, nachdem sich sowohl das Bundesverwaltungsgericht wie auch das Bundesgericht in den erwähnten Beschwerdeverfahren gegen die vorinstanzliche Weisung vom 23. März 2015 dahingehend geäußert haben. Soweit die Vorinstanz in der Vernehmlassung vom 14. September 2016 und der Duplik vom 21. Dezember 2016 - in Kenntnis des bundesgerichtlichen Urteils 9C\_742/2015 vom 5. Juli 2016 - an ihrer abweichenden rechtlichen Qualifikation festhält, ist darauf nicht weiter einzugehen.

#### **E. 1.6.4**

Die Voraussetzungen zur Beschwerdeerhebung nach Art. 48 Abs. 1 VwVG betreffend Teilnahme am Verfahren vor der Vorinstanz (Bst. a), der besonderen Berührtheit durch die angefochtene Verfügung vom 22. September 2015 (Bst. b) sowie des schutzwürdigen Interesses (Bst. c) sind damit gegeben.

#### **E. 1.6.5**

Die angefochtene Verfügung wurde am 22. September 2015 erlassen. Die am 23. Oktober 2015 der Schweizerischen Post übergebene Beschwerde wurde somit rechtzeitig eingereicht (vgl. Art. 22a in Verbindung mit Art. 50 Abs. 1 VwVG). Da auch die Vorschriften gemäss Art. 52 Abs. 1 VwVG (Inhalt und Form der Beschwerde) erfüllt und der Kostenvorschuss fristgerecht geleistet worden ist, ist auf die Beschwerde einzutreten.

#### **E. 1.7.1**

Anfechtungsgegenstand ist vorliegend die Verfügung der Vorinstanz vom 22. September 2015 betreffend Genehmigung der Prämientarife und des Einmalzuschlags für das Jahr 2016.

#### **E. 1.7.2**

In Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung vom 22. September 2015 genehmigte die Vorinstanz die Prämientarife mit Wirkung ab 1. Januar bis 31. Dezember 2016. Diese genehmigten Prämientarife gehören zwar zum Anfechtungsobjekt in Form der Verfügung vom 22. September 2015, jedoch mangels Anfechtung durch die Beschwerdeführerinnen nicht zum Streitgegenstand.

#### **E. 1.7.3**

In Ziffer 2 Bst. e hat die Vorinstanz unter anderem festgehalten, die E-Mail vom 16. September 2015 der Konzernleitung der A. \_\_\_\_\_ AG könne als Gesuch entgegengenommen werden, mit dem die Beschwerdeführerinnen beantragten, einen Einmalzuschlag in der Höhe von Fr. 33.- zu erheben. In Ziffer 2 Bst. f führte sie aus, sie genehmige den Einmalzuschlag für das Jahr 2016 in der Höhe von Fr. 33.-. Die Genehmigung des Einmalzuschlags haben die Beschwerdeführerinnen beantragt und nicht angefochten; dies jedoch nur vor dem Hintergrund, dass über die Rechtmässigkeit der Weisung der Vorinstanz vom 23. März 2015 betreffend den Zuschuss durch die A. \_\_\_\_\_ AG zwecks Erhöhung der Reserven - und damit zur Vermeidung des Einmalzuschlags - gerichtlich noch nicht befunden wurde.

#### **E. 1.7.4**

Demnach ist mit Blick auf die materiellen Anträge der Beschwerdeführerinnen und deren Begründung vorab die Frage nach der Zulässigkeit des Zuschusses der A.\_\_\_\_\_ AG streitig und zu prüfen. Die Beschwerdeführerinnen gehen davon aus, dass sie den Einmalzuschlag den Versicherten im Fall eines Obsiegens im Beschwerdeverfahren zurückzahlen könnten. Wie es sich damit verhält, kann offengelassen werden, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen.

#### **E. 1.7.5**

Darüber hinaus wird auch die erfolgte Publikation vom Anfechtungsobjekt erfasst; diese ist jedoch vorliegend nicht streitig.

#### **E. 2**

Im Folgenden sind die weiteren, im vorliegenden Verfahren in materieller Hinsicht im Wesentlichen anwendbaren Normen und Rechtsgrundsätze darzustellen:

##### **E. 2.1**

In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen materiell-rechtlichen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 130 V 329 E. 2.3, BGE 134 V 315 E. 1.2). Im vorliegenden Verfahren finden demnach jene Vorschriften Anwendung, die spätestens beim Erlass der Verfügung vom 22. September 2015 in Kraft standen. Das sind insbesondere das KVG und die entsprechende KVV in den bis Ende Dezember 2015 gültig gewesenen Fassungen. Hingegen finden das am 1. Januar 2016 in Kraft getretene Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung vom 26. September 2014 (KVAG; SR 832.12) sowie die darauf gestützte Verordnung betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung vom 18. November 2015 (KVAV; SR 832.121) keine Anwendung.

##### **E. 2.2**

Nach aArt. 60 Abs. 1 KVG - aufgehoben (wie auch weitere nachfolgend mit "a" gekennzeichnete Bestimmungen des KVG) durch Anhang Ziff. 2 KVAG - wird die obligatorische Krankenpflegeversicherung nach dem Ausgabenumlageverfahren finanziert. Die Versicherer bilden für bereits eingetretene Krankheiten und zur Sicherstellung der langfristigen Zahlungsfähigkeit ausreichende Reserven. Die Finanzierung muss gemäss Abs. 2 der Bestimmung selbsttragend sein (vgl. auch aArt. 13 Abs. 2 lit. c KVG). Die Versicherer weisen die Rückstellungen und Reserven für die obligatorische Krankenpflegeversicherung in der Bilanz gesondert aus. Laut Art. 61 Abs. 1 und aArt. 13 Abs. 2 lit. a KVG erhebt der Versicherer, soweit das KVG keine Ausnahme vorsieht, von seinen Versicherten die gleichen Prämien. Der Versicherer kann die Prämien nach den ausgewiesenen Kostenunterschieden kantonal und regional abstufen. Massgebend ist der Wohnort der versicherten Person. Das BAG legt die Regionen für sämtliche Versicherer einheitlich fest (aArt. 61 Abs. 2 KVG).

##### **E. 2.3**

Nach aArt. 92 Abs. 1 KVV (aufgehoben - wie auch weitere nachfolgend mit "a" gekennzeichnete Bestimmungen der KVV - durch Anhang Ziff. 3 KVAV) haben die Krankenversicherer die Prämientarife der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sowie deren Änderungen dem BAG spätestens fünf Monate, bevor sie zur Anwendung gelangen, zur Genehmigung zu unterbreiten. Diese Tarife dürfen erst angewandt werden, nachdem sie vom BAG genehmigt worden sind (vgl. auch aArt. 61 Abs. 5 KVG). Den

Prämientarifen beizulegen sind auf einem vom BAG abgegebenen Formular das Budget (Bilanz und Betriebsrechnung) des laufenden und des folgenden Geschäftsjahres (aArt. 92 Abs. 2 lit. a und b KVV). Werden die Prämien kantonal oder regional abgestuft, so kann das BAG vom Versicherer periodisch eine Aufstellung über die durchschnittlichen Kosten der letzten Geschäftsjahre in den entsprechenden Kantonen oder Regionen einverlangen (aArt. 92 Abs. 3 KVV). Bei besonderen Versicherungsformen nach Art. 62 KVG sind die Prämien ebenfalls anzugeben und die entsprechenden Versicherungsbedingungen beizulegen (aArt. 92 Abs. 4 KVV). Mit der Genehmigung der Tarife oder im Anschluss daran kann das BAG dem Krankenversicherer Weisungen für die Festsetzung der Prämien der folgenden Geschäftsjahre erteilen (aArt. 92 Abs. 5 KVV; vgl. BGE 135 V 39 E. 4.2 S. 42 f.; Urteil 9C\_742/2015 vom 5. Juli 2016 E. 3.2.2.1).

#### **E. 2.4**

Am 21. März 2014 hat das Parlament eine Revision des KVG zur Prämienkorrektur verabschiedet (Art. 106 bis 106c KVG; Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 21. März 2014 [Prämienkorrektur], in Kraft vom 1. Januar 2015 bis zum 31. Dezember 2017 [AS 2014 2463]). Die Revision hat zum Ziel, die Ungleichgewichte teilweise auszugleichen, die sich seit Inkrafttreten des KVG in den einzelnen Kantonen aufgrund von zu viel oder zu wenig bezahlten Prämien ergeben hatten. Denn in einigen Kantonen wurden im Verhältnis zu den Leistungen zu hohe und in anderen zu tiefe Prämien erhoben. In den Kantonen mit zu hohen Prämieinnahmen resultierten Überschüsse, während in Kantonen mit zu tiefen Prämien Defizite entstanden. Mit der Änderung des KVG sollen die kantonal in den Jahren 1996 bis 2011 zu viel oder zu wenig bezahlten Prämien der obligatorischen Krankenversicherung zu rund der Hälfte ausgeglichen werden (vgl. Botschaft zur Änderung des KVG vom 15. Februar 2012 [BB1 2012 1923]).

#### **E. 2.5**

Die Versicherer und der Bund bezahlen einen Beitrag in einen Fonds zugunsten der Versicherten, in deren Wohnsitzkanton zu viel Prämien bezahlt wurden (Art. 106a Abs. 1 KVG). Zur Prämienkorrektur für die Jahre 1996 bis 2013 leisten die OKP Versicherer Ende 2016 einen einmaligen Betrag von 33 Franken pro versicherte Person (vgl. Art. 106a Abs. 2 KVG, Art. 1 der Verordnung über die Prämienkorrektur vom 12. September 2014 [Prämienkorrekturverordnung in der bis 31. Dezember 2015 gültig gewesenen Fassung; 832.107.21]). Die Versicherer finanzieren ihre Beiträge über einen Einmalzuschlag auf den Prämien. Sie können ihre Beiträge auch aus den Reserven finanzieren, falls diese übermässig sind (vgl. Art. 106a Abs. 3 KVG). Gemäss Art. 106a Abs. 4 KVG unterbreiten die Versicherer die Einmalzuschläge auf den Prämien dem Bundesamt zur Genehmigung und informieren die Versicherten transparent darüber.

#### **E. 2.6**

Die Krankenversicherer reichen dem BAG ferner bis zum 31. Juli 2015 ein Gesuch um Genehmigung des Einmalzuschlags auf den Prämien gemäss Art. 106a Abs. 3 Satz 1 KVG ein (Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Prämienkorrekturverordnung). Das BAG genehmigt die Einmalzuschläge auf den Prämien gleichzeitig mit den Prämien (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Prämienkorrekturverordnung). Reicht ein Krankenversicherer dem BAG kein Gesuch um Genehmigung des Einmalzuschlags auf den Prämien ein, so muss er nachweisen, dass er nach Bezahlung des Beitrags in den Fonds nach Art. 106a Abs. 1 KVG immer noch über ausreichende Reserven nach aArt. 78a Abs. 1 KVV verfügt, wobei dieser Nachweis nach

aArt. 78b Abs. 3 KVV zu erbringen ist (Art. 5 Abs. 4 Prämienkorrekturverordnung in der bis 31. Dezember 2015 gültig gewesenen Fassung).

### **E. 2.7**

Gemäss Art. 78b Abs. 1 KVV ermitteln die Versicherer zu Beginn jedes Kalenderjahrs die vorhandenen Reserven und die Mindesthöhe der Reserven. Ändert sich im Laufe des Jahres die Risikosituation eines Versicherers erheblich, so sind die vorhandenen Reserven und die Mindesthöhe der Reserven auch unterjährig näherungsweise zu ermitteln und dem BAG mitzuteilen (Art. 78b Abs. 2 KVV). Der Versicherer legt in seinem Gesuch um Prämiengenehmigung eine Schätzung der möglichen vorhandenen Reservebestände per Ende des laufenden Jahres und eine Prognose der Mindesthöhe der Reserven für das folgende Kalenderjahr bei. Die Prognose umfasst mehrere Varianten und damit verbundene Eintrittswahrscheinlichkeiten, die dem individuellen Risiko von Bestandesänderungen Rechnung tragen (Art. 78b Abs. 3 KVV).

### **E. 3**

Die Vorinstanz hat mit der vorliegend angefochtenen Verfügung vom 22. September 2015 einen Endentscheid betreffend Genehmigung der OKP-Prämien und des Einmalzuschlags für das Jahr 2016 im Sinne von Art. 106a KVG gefällt. Vorab ist in einem ersten Schritt zu prüfen, über welchen Autonomiebereich die Beschwerdeführerinnen in ihrer Eigenschaft als Erbringerinnen von Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Rahmen der Finanzierung verfügen.

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerinnen führten in diesem Kontext zusammengefasst aus, die Muttergesellschaft könne sich im Rahmen der Rechtsordnung frei organisieren und andere Tochtergesellschaften als Konzern führen. Im Rahmen des Konzerns entscheide die Muttergesellschaft über die Konzernpolitik und über allfällige Finanzflüsse. Insbesondere könne die Muttergesellschaft im Rahmen ihres eigenen Ermessens darüber befinden, ob sie die Tochtergesellschaft finanziell stützen möchte oder nicht. Das KVG erfasse allein den Blickwinkel der einzelnen Versicherungen und deren Finanzierung, äussere sich jedoch nicht zu den Finanzierungen bei der Gründung und im Fall einer konzernrechtlichen Verbindung. Eine solch weitgehende Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit, welche die Mutter- und die Tochtergesellschaft sowie den Konzern als Ganzes schütze, bedürfte einer hinreichend bestimmten, klaren gesetzlichen Grundlage. Weder das KVG noch künftig das KVAG würden die konzerninternen Mittelflüsse regeln. Eine diesbezügliche Regelung müsste sich klar aus dem KVG ergeben, was jedoch nicht der Fall sei. Es fehle somit eine genügend spezifische gesetzliche Grundlage, welche die hier strittige Zahlung der Muttergesellschaft an die beschwerdeführenden Tochtergesellschaften verbieten würde.

#### **E. 3.2**

Die Vorinstanz machte in diesem Zusammenhang insbesondere geltend, die finanzielle Autonomie der Krankenversicherer sei auf die gesetzlichen Grundlagen des KVG beschränkt. In diesem Sinne seien soziale Krankenversicherer an die spezialgesetzlichen Grundlagen des Wettbewerbs nach den Voraussetzungen des KVG gebunden. Zuschüsse durch Versicherer nach Versicherungsvertragsrecht (VVG-Versicherer) würden in unzulässiger Weise den Wettbewerb nach KVG unter den Krankenversicherern massiv beeinträchtigen und könnten den Versicherern, welche die Zusatzversicherung in einer Holdingstruktur in einem separaten Unternehmen unter ungeteilter Aufsicht der FINMA

durchführten, ungerechtfertigte Vorteile verschaffen. Die Konkurrenz unter KVG-Versicherern würde durch verfälschte Prämienunterschiede gestört. Das Mass der Prämienunterschiede bezöge sich nicht mehr einzig auf eine effiziente Führung, eine gute Verwaltung und eine umfassende Kostenkontrolle der sozialen Krankenversicherung, sondern wäre ebenso auf den Rückhalt der (finanziell starken) VVG-Versicherer zurückzuführen. Die Beschwerdeführerinnen vermischten in ihren Ausführungen das Prinzip der Privatautonomie, welches für das KVG nicht gelte, mit dem Legalitätsprinzip, welches als Grundsatz in der gesamten Verwaltung gelte und somit auch für das KVG zu berücksichtigen sei. Die zwingenden Normen des KVG würden sich auch einschränkend auf die Bestimmungen des Privatrechts auswirken. Der Gesetzgeber habe nebst der finanziellen Abgrenzung auch die rechtliche Abgrenzung vorgenommen. Zusatzversicherungen unterlägen der Wirtschaftsfreiheit, während für die soziale Krankenversicherung die Sonderordnung des Wettbewerbs nach den Regeln des KVG (und nunmehr des KVAG) gelte. Unabhängig von ihrer Rechtsform dürften Krankenkassen nach wie vor auch im Zusatzversicherungsgeschäft keinen Erwerbszweck verfolgen, wenn sie diese wie auch die soziale Krankenversicherung in einer einzigen juristischen Person betreiben würden. Um nicht dem Gewinnverbot unterworfen zu sein und um aufsichtsrechtliche Verflechtungen zu vermeiden, hätten sich viele Krankenversicherer entschieden, die Zusatzversicherungen auf eigene Rechtsträger zu übertragen, die von der sozialen Krankenversicherung in diesen entscheidenden Punkten unbeeinflusst seien. Versicherer wie die A.\_\_\_\_\_ -Gruppe würden ihre Zusatzversicherungen besonders auch aus diesem Grund in einer Holdingstruktur anbieten. Die der Holding angegliederten Gesellschaften der Zusatzversicherung (Y.\_\_\_\_\_ AG und B.\_\_\_\_\_ AG) unterlägen dank dieser bewusst gewählten Struktur nicht dem Erwerbszweckverbot. Dies ermögliche der A.\_\_\_\_\_ -Gruppe, aus Zusatzversicherungen erzielte Gewinne abzuschöpfen. Andere Versicherer hingegen böten ihre Zusatzversicherungen in der gleichen Rechtseinheit an, würden solche Zusatzversicherungen bloss vermitteln oder würden überhaupt keine solchen anbieten. Diesen gegenüber hätten die Beschwerdeführerinnen einen Wettbewerbsvorteil, wenn sie Gewinne einfach über Zuschüsse der Holding der Gruppe kassieren könnten.

### **E. 3.3**

In Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) ist das Legalitätsprinzip statuiert. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit (auch: Legalitätsprinzip) bedeutet, dass Grundlage und Schranke staatlichen Handelns das Recht ist und jedes staatliche Handeln einer gültigen gesetzlichen Grundlage bedarf (Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern, 2014, § 19 Rz. 1). Das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt grundsätzlich für die gesamte Verwaltungstätigkeit (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen, 2016, Rz. 383 S. 91).

### **E. 3.4**

Nach Art. 117 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über die Kranken- und Unfallversicherung. Der Bund erhielt mit Art. 117 BV einen umfassenden, konkurrierenden Gesetzgebungsauftrag im Sinne einer nachträglich derogatorischen Bundeskompetenz. Diese Regelungszuständigkeit erlaubt dem Bund eine Monopolisierung der Kranken- und Unfallversicherung (Gebhard Eugster, Krankenversicherung, 1. Kapitel [Rechtliche Grundlagen] in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit,

Ulrich Meyer [Hrsg.], 3. Auflage, Basel, 2016, Rz. 1 S. 409).

### **E. 3.5**

Das KVG schränkt die unter dem KUVG vorherrschend gewesene Autonomie der Krankenversicherer im Bereich der sozialen Krankenpflegeversicherung beträchtlich ein, weil es diesen Versicherungszweig im Gegensatz zum bisherigen Recht durchgehend regelt. Das Gesetzmässigkeitsprinzip hat das Autonomieprinzip abgelöst (vgl. Gebhard Eugster, a.a.O., Rz. 17 S. 414 mit Hinweis auf BGE 124 V 356). Das KVG regelt die obligatorische Krankenpflegeversicherung umfassend und detailliert. Dies gilt insbesondere für reglementarische Bestimmungen betreffend Anschluss, Prämien und Leistungen, welche ausschliesslich durch das KVG normiert sind. Angesichts dieser Elemente wie auch des Fehlens einer analogen Bestimmung zu Art. 1 Abs. 2 KUVG ist darauf zu schliessen, dass das Autonomieprinzip der Krankenversicherer, wie es von Lehre und Rechtsprechung anerkannt war, unter dem Regime des KVG dahingefallen ist und durch das Legalitätsprinzip ersetzt wurde. Über eine beschränkte Autonomie verfügen die Krankenversicherer im Bereich der Prämienfestsetzung nur insofern, als das KVG und die KVV dies vorsehen (RKUV 6/1997 KV 18 S. 399 ff. E. 6.6.2). Darüber hinaus bleiben die Versicherer lediglich in der Organisation des Geschäftsbetriebes, in Personalfragen und in der Regelung administrativer Verfahrensabläufe autonom. Als Durchführungsorgan der mittelbaren Staatsverwaltung sind sie Selbstverwaltungsträger. Sie haben daher die ihnen vom KVG zugewiesenen Aufgaben mit eigenen technischen, personellen und finanziellen Mitteln zu lösen. Das schliesst aber bei allfälligen gesetzlichen Regelungslücken keine Gesetzesergänzende Regelungskompetenz mit ein (vgl. Urteil des BVGer C-5896/2011 vom 21. Oktober 2013 E. 5.5.3 mit Hinweisen auf Gebhard Eugster, a.a.O., Rz. 8 S. 411 und Rz. 17 S. 414 f. mit Hinweisen; vgl. auch Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, a.a.O., Rz. 1821 ff. S. 401 f. mit Hinweisen). Der Grundsatz, dass die Krankenversicherer nur in jenen Bereichen eigene Regeln aufstellen dürfen, in denen das Gesetz ihnen eine diesbezügliche Kompetenz ausdrücklich einräumt, wurde vom Bundesgericht zwischenzeitlich mehrfach bestätigt (vgl. hierzu BGE 130 V 546 E. 4.1 und 142 V 87 E. 5.3; Urteile 9C\_8/2014/9C\_9/2014 vom 14. Oktober 2014 E. 4.4 und 9C\_878/2013 vom 14. Oktober 2014 E. 3.4, in: SVR 2015 KV Nr. 9 S. 36).

### **E. 3.6**

Die Beschwerdeführerinnen gehen damit fehl in der Annahme, die Finanzierung der OKP durch Mittel der Privatversicherungen bzw. durch Mittel der Holding, welche aus Privatversicherungen geäuftet wurden, könne nur durch eine explizite formell-gesetzliche Regelung untersagt werden. Vielmehr wäre diese nur dann zulässig, wenn eine einschlägige gesetzliche Regelung bestünde.

### **E. 4**

Nachfolgend wird das Finanzierungssystem der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Einzelnen geprüft.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerinnen machten geltend, aArt. 60 Abs. 1 und 2 KVG regelten die Finanzierung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung. Vorgeschrieben sei die Finanzierung nach dem Ausgabenumlageverfahren. In der Botschaft zu aArt. 60 Abs. 2 KVG werde klar gemacht, wie die Finanzierung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erfolgen soll. Die Prämienkorrektur könne nicht als eine

Leistung der OKP angesehen werden. Nach dem klaren Wortlaut von aArt. 60 Abs. 1 KVG beziehe sich die Finanzierungsregelung von aArt. 60 KVG allein auf die obligatorische Krankenpflegeversicherung. Diese sei Teil der sozialen Krankenversicherung und in Art. 1a Abs. 2 KVG umschrieben. Anderweitige Leistungen - wie sie nun Art. 106 KVG vorsehe - seien sicherlich nicht Leistungen aus der sozialen Krankenversicherung. Sie beträfen vielmehr eine gesetzliche Regelung von bisher (angeblich) zu viel bezahlten Prämien, also einen Ausgleich für eine nachträglich sich als rechtsfehlerhaft erwiesene behördliche Prämienbeantragung und -genehmigung. Das Ausgabenumlageverfahren im Sinne von aArt. 60 Abs. 1 Satz 1 KVG stehe in einem untrennbaren Zusammenhang zu den Leistungen aus der OKP. Die Regelung von Art. 106 und 106a KVG stehe ausserhalb dieses Kontextes, und aArt. 60 KVG enthalte keine abschliessende Regelung der Finanzierung. Die OKP werde klarerweise nicht nur aus "Einnahmen aus der Versicherung" finanziert. Mithin lasse auch aArt. 60 KVG offen, ob es weitere Finanzierungsquellen für Leistungen des Versicherers aus der OKP gebe, die durchaus wesentlich wären. Die Gesetzgebung zeige die Trennung der OKP- sowie der VVG-Finanzierungsverfahren auf. Auch wenn man auf den ersten Blick von dieser klaren Trennung ausgehen müsse, zeige die nähere Betrachtung, dass sich der Gesetzgeber nicht bewusst gewesen sei, dass die KVG-Finanzierung aus mehreren Quellen erfolge und er auch nicht bewusst und genügend klar jede Verbindung zwischen der KVG-Versicherung und der Krankenzusatzversicherung nach VVG habe verhindern wollen. Mit Art. 60 Abs. 1 und 2 KVG sollten namentlich nicht Zuflüsse aus Beteiligungs- und Anlageerfolgen der Muttergesellschaft verhindert werden. Ausdrücklich ausgeschlossen werden sollten nur die Mittelflüsse aus dem VVG-Bereich in den KVG-Bereich innerhalb derselben Versicherung. Das KVG lasse Querverbindungen zu, welche sich aus dem Konzernverhältnis ergäben. Dabei sei vorliegend zu beachten, dass die Konzernmittel zwar teilweise im VVG-Bereich erwirtschaftet worden seien, der Konzernmutter jedoch als Dividenden zugegangen seien. Insofern seien diese Erträge "neutralisiert" worden. Hätte die Konzernmutter diese Erträge mit Töchtern aus anderen Wirtschaftsbereichen erzielt, so würde sich die vorliegende Frage gar nicht stellen.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz vertrat die Ansicht, der vom Gesetzgeber dank abschliessend geregelter Finanzierung austarierte Wettbewerb würde durch die Zuschüsse verfälscht. Dasselbe gelte selbstverständlich auch, wenn mit den Zuschüssen die Einmalzuschläge (Art. 106a Abs. 3 KVG) finanziert werden sollten. Darüber könne auch BGE 135 V 443 E. 3.9 nicht hinwegtäuschen. In diesem Entscheid sei zwar erwogen worden, dass nicht ausgeschlossen sei, dass Pflichtleistungen quersubventioniert werden könnten, doch betreffe dies nicht die Finanzierungs-, sondern die Leistungsseite der sozialen Krankenversicherer. Die Leistungsseite unterliege anderen Kontrollmechanismen. Die Beschwerdeführerinnen würden die Leistungs- und die Finanzierungsseite bewusst durcheinander bringen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts folge dem Grundsatz der abschliessend geregelten Finanzierung der sozialen Krankenversicherung nach KVG. Nicht nachvollziehbar sei die Argumentation der Beschwerdeführerinnen, BGE 130 V 196 könne nicht als Präjudiz herangezogen werden, da er einen Insolvenzfall zum Gegenstand gehabt habe. Vielmehr sei daraus zu schliessen, dass vorliegend, wo kein Insolvenzfall zu behandeln sei, die Beschwerdeführerinnen erst recht keine Mittel aus der Zusatzversicherung kassieren dürften. Auch mit Blick auf den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts C-2548/2015 vom 3. September 2015, wo das BAG im Nachgang zum Urteil auf ein entsprechendes Feststellungsbegehren nicht eingetreten sei, sei auf den Wettbewerb unter den sozialen

Krankenversicherern hinzuweisen. Mit Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung sei die Praxis des BAG gefestigt worden, Zuschüsse generell zu unterbinden. Hätte die vorliegende Beschwerde Erfolg, wären die Versicherten der Beschwerdeführenden der A. \_\_\_\_\_-Gruppe die einzigen, welche von der Erhebung des Einmalzuschlags (bzw. der späteren allfälligen Erstattung) dank Zuschüssen aus Zusatzversicherungen (oder anderweitigen betriebsfremden Erfolgen) profitieren könnten. Das Gleichbehandlungsprinzip sowohl gegenüber den Krankenversicherern als auch gegenüber den Versicherten würde damit verletzt. Der vom Gesetzgeber vorgesehene Wettbewerb in der sozialen Krankenversicherung wäre nicht mehr auf eine effiziente Führung, eine gute Verwaltung und eine umfassende Kostenkontrolle zurückzuführen, und die sozialen Krankenversicherer wären ihrem Wesen nach keine reinen Institutionen der Sozialversicherung mehr. Weder der in der Beschwerdeschrift genannte Entscheid zur Organisationsautonomie der Anwaltstätigkeit noch der genannte Revisionsbericht würden hierzu sachlich relevante Erkenntnisse bringen. Die vom Staat durchgeführte Aufsicht über Krankenversicherer sei ungeteilt; eine duale Aufsicht existiere nicht. Gestützt auch auf die Erkenntnisse aus dem Entscheid des Bundesgerichts 9C\_582/2016 vom 16. Januar 2017 bestehe für die kassierten Zuschüsse keine gesetzliche Grundlage im KVG, weshalb diese Zuschüsse von den Beschwerdeführerinnen nicht verwendet werden dürften und an die Holdinggesellschaft zurückzuerstatten seien. Die Versicherer hätten die Prämien so festzulegen, dass ihre Krankenpflegeversicherung selbsttragend sei. Die wesentlichen Zitatstellen der Botschaft zur Finanzierung habe das BAG bereits in der Weisung vom 23. März 2015 erwähnt. Der Gesetzgeber habe nicht nur die Finanzierungsquellen klar bestimmt, er habe auch deren Verbuchung festgelegt. Auch die dem Bundesrat erteilte Verordnungskompetenz zur Rechnungsführung, -ablage und -kontrolle enthalte keine weitergehende Kompetenz zur Bestimmung anderer oder zusätzlicher Finanzierungsquellen. Der bundesrätliche Botschaftstext lasse deshalb nur den Schluss zu, dass die Finanzierung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom Parlament abschliessend geregelt worden sei. Die Finanzierung über andere Versicherungszweige wie das VVG sei ausgeschlossen. Die zitierten Botschaftstexte machten deutlich, dass sich der Gesetzgeber bewusst gewesen sei, dass er die Finanzierungsquellen abschliessend habe regeln wollen und die Prämienhöhung als Mittel vorgesehen habe, um ungenügende Einnahmen wettzumachen. Der Gesetzgeber sei somit seinem verfassungsmässigen Gesetzgebungsauftrag vollumfänglich nachgekommen. Die vollständige Trennung der sozialen Krankenversicherung von der Durchführung übriger Versicherungen, das Gewinnverbot für Krankenversicherer, der Haftungsausschluss, der Insolvenzfonds und die abschliessend geregelte Finanzierung seien auch Voraussetzung für die kontrollierbare Verwendung der Bundes- und Kantonsbeiträge für die Prämienverbilligung. Dem Gesetzgeber sei bei Erlass des KVG klar gewesen, dass die obligatorische Krankenpflegeversicherung mit erheblichen Subventionen durchzuführen sein werde. Mit der verfassungsmässigen Vorgabe der sozialen Krankenversicherung mit wettbewerblichen Elementen wäre nicht vereinbar, wenn der Gesetzgeber die Finanzierung nicht abschliessend oder gar ausserhalb des Versicherungsprinzips normiert hätte. So anerkannten auch die Beschwerdeführerinnen, dass das KVG eine laufende, fortgesetzte und permanente Finanzierung der sozialen Krankenversicherung aus VVG-Mitteln ausschliesse. Nicht nachvollziehbar sei die Argumentation der Beschwerdeführerinnen, wonach die von ihnen genannten Vorgänge, welche einen Transfer von Mitteln aus einem anderen Versicherungszweig beinhalteten, im Sinne einer "zeitlich begrenzten

Finanzierung" zulässig seien.

#### **E. 4.3**

Zentrale Bestimmung zur Finanzierung der Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung war aArt. 60 Abs. 1 und 2 KVG (seit 1. Januar 2016 Art. 12 und Art. 16 Abs. 3 und 4 KVAG). In der Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 (BBl 1992 I 93) wurde in diesem Zusammenhang ausgeführt: "Im Bereich der Finanzierung bringt der Entwurf keine grundlegenden Änderungen im Vergleich zur geltenden Ordnung. Die Krankenversicherung soll weiterhin durch eine unbestimmte Zahl von Versicherern durchgeführt werden, von welchen jeder finanziell autonom ist. Das Ausgabenumlageverfahren mit einem Reservefonds der einzelnen Versicherer wird beibehalten. Sämtliche Versicherer, also auch die neu hinzutretenden privaten Versicherungsgesellschaften, haben in der Finanzierung der sozialen Krankenversicherung, das heisst der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und der freiwilligen Taggeldversicherung, den Grundsatz der Gegenseitigkeit zu beachten. Dies bedeutet, dass die Einnahmen für die soziale Krankenversicherung dieser Versicherung erhalten bleiben müssen. Ein anfälliger Überschuss darf nicht für andere Zwecke verwendet werden, insbesondere dürfen keine Gewinnbeteiligungen ausgeschüttet werden. Der Entwurf kennt wie das geltende Recht für die obligatorische Krankenpflegeversicherung drei Finanzierungsquellen, nämlich die Prämien der Versicherten, die Kostenbeteiligung der Patienten und die Beiträge der öffentlichen Hand" (S. 133).

#### **E. 4.4**

Weiter wurde zu Art. 52 des Entwurfs (später aArt. 60 Abs. 1 und 2 KVG [heute Art. 12 und 16 Abs. 3 und 4 KVAG]) hinsichtlich Finanzierung (Finanzierungsverfahren und Rechnungslegung) Folgendes festgehalten (S. 193): "Das heute in der sozialen Krankenversicherung geltende Ausgabenumlageverfahren soll auch unter dem neuen Recht beibehalten werden. Dies bedeutet, dass die laufenden Ausgaben grundsätzlich durch die laufenden Einnahmen zu decken sind. Die Versicherer haben also ihre Prämien so festzusetzen, dass sie damit die für die gleiche Periode geschuldeten Leistungen decken können. [...] Die Versicherer haben aus ihren Einnahmen aber auch Reserven zu bilden. Dabei werden zwei Arten von Reserven unterschieden, nämlich Reserven für bereits eingetretene Krankheiten, das heisst für vorhandene Verpflichtungen, die im Zeitpunkt der Rechnungsablage noch nicht erfüllt sind, und Reserven, denen keine eigentliche Verpflichtung gegenübersteht, die aber die längerfristige Zahlungsfähigkeit des Versicherers garantieren sollen. Mit dem in Absatz 2 erwähnten Grundsatz, dass die Finanzierung selbsttragend sein müsse, wird klargestellt, dass zur Finanzierung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nur Einnahmen aus dieser Versicherung verwendet werden dürfen, und die Versicherer die Finanzierung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nicht mit anderen von ihnen geführten Versicherungen vermischen dürfen. Aus diesem Grund wird vorgeschrieben, dass in der Bilanz des Versicherers, die dieser für seinen gesamten Tätigkeitsbereich aufzustellen hat, auf der Passivseite seine Reserven für die obligatorische Krankenpflegeversicherung gesondert von anderen Reserven auszuweisen sind. Nicht verlangt wird hingegen, dass er auch seine Aktiven (Wertschriften usw.) den einzelnen Versicherungszweigen gesondert zuweist. Im Gegensatz zur Bilanz, die den gesamten Tätigkeitsbereich des Versicherers abdeckt, verlangt Absatz 3, dass für die obligatorische Krankenpflegeversicherung eine besondere,

das heisst vollständige Betriebsrechnung zu führen ist. Für die bedeutendsten Teile der Rechnung, nämlich die Prämien und die Leistungen bietet dies keine besonderen Probleme. Für Einnahmen und Ausgaben, die von anderen Versicherungen nicht eindeutig getrennt werden können (Zinse, Verwaltungskosten) können für die Aufteilung Annahmen getroffen werden, die aber der Realität entsprechen müssen. In Absatz 4 wird festgehalten, dass der Bundesrat die notwendigen Vorschriften zum Finanzierungsverfahren und zur Rechnungslegung erlässt. Dazu zählen insbesondere Vorschriften zur Rechnungsführung (Buchhaltung usw.), Rechnungsablage (Gliederung der Rechnung usw.), Rechnungskontrolle (Kontrollstelle des Versicherers, Kontrollen durch die Aufsichtsbehörde), Reservebildung (Höhe, Bewertungsgrundsätze) und zulässige Kapitalanlagen" (S. 192 f.).

#### **E. 4.5**

Mit Blick auf die vorstehend zusammengefasst wiedergegebenen Botschaftstexte ist erstellt, dass der Gesetzgeber die Finanzierungsquellen klar bestimmt und deren Verbuchung festgelegt hat. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen lässt der bundesrätliche Botschaftstext nur den Schluss zu, dass die Finanzierung der OKP vom Gesetzgeber abschliessend geregelt wurde und aArt. 60 KVG nicht offenlässt, ob es weitere Finanzierungsquellen für Leistungen von Versicherern aus der OKP gibt. Dass die Finanzierung der OKP über andere Versicherungszweige wie bspw. das VVG ausgeschlossen ist und die Krankenversicherer unter den gleichen Bedingungen am Wettbewerb partizipieren können sollen, zeigen im Übrigen weitere Fundstellen in der Botschaft. So ist der Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 zu Art. 8 des Entwurfs Folgendes zu entnehmen: "Wie bisher wird eine Vielzahl von Versicherern die Krankenversicherung betreiben. Zu den Krankenkassen kommen nun die Privatversicherer hinzu. Dieses System hat sich bei der Unfallversicherung bewährt. Selbstverständlich müssen alle Versicherer, die sich am Vollzug des KVG beteiligen, die soziale Krankenversicherung nach denselben Bestimmungen durchführen, das heisst von den übrigen Versicherungen völlig getrennt und ohne Erwerbszweck."

#### **E. 4.6**

Im Zusammenhang mit der Zulässigkeit von Finanzierungsquellen in der OKP kann überdies auf die entsprechende Textstelle in der Botschaft zu Art. 10 des Entwurfs (aArt. 13 KVG) verwiesen werden. Darin wurde insbesondere ausgeführt: "Im Rahmen der sozialen Krankenversicherung sind die Versicherer dem Grundsatz der Gegenseitigkeit verpflichtet, was im Wesentlichen bedeutet, dass sie bei dieser Versicherung keinen Gewinn erzielen dürfen. Ausserdem ist auch der verwaltungsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten. Schliesslich haben die Versicherer dafür zu sorgen, dass die soziale Krankenversicherung selbsttragend ist. [...]. In finanzieller Hinsicht müssen die Versicherer insbesondere über die vorgeschriebenen Reserven und Liquiditäten verfügen. Eine minimale Ausgangsreserve (Eigenkapital zu Beginn der Tätigkeit als Sozialversicherer) wird auf dem Verordnungsweg festgelegt. Die finanziellen Anforderungen müssen jederzeit erfüllt sein; bei ungenügenden Einnahmen der sozialen Krankenversicherung sind die Prämien zu erhöhen." Mit diesen Erläuterungen wurde klargestellt, dass die Krankenversicherer ein minimales Eigenkapital haben müssen, welches der Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit zu Beginn der Tätigkeit dient. Der Botschaftstext lässt keinen anderen Schluss zu, als dass der Gesetzgeber die Quellen der OKP-Finanzierung

abschliessend geregelt und zur Ausgleichung ungenügender Einnahmen die Prämieinnahmen vorgesehen hatte.

#### **E. 4.7**

Das KVG (insbesondere aArt. 60 KVG) sowie die entsprechenden Verordnungsbestimmungen (aArt. 78 bis Art. 78c KVV [seit 1. Januar 2016 Art. 9 bis Art. 13 KVAG]; Verordnung des EDI vom 18. Oktober 2011 über die Reserven in der sozialen Krankenversicherung [ResV-EDI; SR 832.102.15]) beinhalten auch im Zusammenhang mit den Reserven eine umfassende Regelung. An diese spezialgesetzlichen Bestimmungen sind die Beschwerdeführerinnen in ihrer Eigenschaft als KVG-Versicherer gebunden. Zwar ist es nicht unzulässig, dass sich die Beschwerdeführerinnen in ihrer Eigenschaft als OKP-Versicherer in einer Konzernstruktur nach den Vorschriften des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR, SR 220) organisiert haben (BGE 128 V 272 E. 6 d.aa). Dadurch dürfen jedoch die zwingenden Regelungen des KVG nicht verletzt werden, welche als spezialgesetzliche Normen den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts vorgehen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen beruht die von der Vorinstanz verfügte Rückzahlungsverpflichtung nicht auf einer Missachtung der Konzernleitungspflicht und einer falschen Auslegung von aArt. 60 KVG. Daran ändert auch die Argumentation der Beschwerdeführerinnen nichts, die A.\_\_\_\_\_ AG als Konzernmutter habe durch die Zuschüsse an die Beschwerdeführerinnen ihre Sorgfalts- und Treuepflichten und somit die Konzernleitungspflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR - wonach die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren müssen - wahrgenommen. Ebenso wenig fällt ins Gewicht, dass die externe Revisionsstelle der Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Prüfung der Jahresrechnung 2014 keinen Gesetzesverstoss festgestellt und ihr Testat ohne Vorbehalt erteilt hatte. Vielmehr haben sich die OKP-Versicherer betreffend die Finanzierung ihrer Leistungen zwingend an die spezialgesetzlichen Regelungen des KVG und seiner Ausführungsverordnungen zu halten, welche eine Äufnung der Reserven der OKP-Versicherer durch Zuschüsse der Muttergesellschaft, welcher auch finanzielle Mittel aus der Privatversicherung zufließen, nicht vorsehen.

#### **E. 4.8**

Zwar führten die Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Beschwerden in nicht zu beanstandender Weise aus, die laufende, fortgesetzte und permanente Finanzierung der OKP aus VVG-Mitteln sei zu verhindern bzw. die Quersubventionierung der sozialen Krankenversicherung aus VVG-Mitteln sei ausgeschlossen. Weiter vertraten sie die Ansicht, dass die Muttergesellschaft im Konzernverhältnis Beteiligungserfolge beziehe, die in Form von Dividenden erfolgten und Ausdruck des marktwirtschaftlichen Engagements und einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung seien. Diesbezüglich ist erneut darauf hinzuweisen, dass von aArt. 60 Abs. 1 und 2 nicht bloss der Mittelfluss aus dem VVG-Bereich in den KVG-Bereich innerhalb derselben Versicherungseinheit umfasst ist, sondern darüber hinaus auch Mittelzuflüsse aus Beteiligungs- und Anlageerfolgen der Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft unter der Voraussetzung, dass die entsprechenden Zuschüsse aus finanziellen Mitteln der Privatversicherungen stammen. Ein Mittelfluss - wie vorliegend - aus dem VVG-Bereich von der Mutter- zu den Tochtergesellschaften ist deshalb als Quersubventionierung - welche der Besserstellung der

Beschwerdeführerinnen im Wettbewerb unter den OKP- und VVG-Versicherern dienen soll, zu qualifizieren, was eine Umgehung des Verbots des Mittelflusses innerhalb derselben Versicherung darstellt. Ergänzend ist zu erwähnen, dass auch BGE 135 V 443 zu keinem anderen Ergebnis führt. Da die in diesem höchstrichterlichen Entscheid erwähnten Quersubventionen die Leistungsseite und nicht die Finanzierung der OKP betrafen, können die Beschwerdeführerinnen aus den diesbezüglichen Ausführungen nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zu keinem anderen Schluss führt ein Blick auf BGE 128 V 272. Hier wird ausgeführt, der Gesetzgeber habe nicht so weit gehen wollen, den Transfer von Mitteln, insbesondere in Form einer Beteiligung, von privaten Versicherungseinrichtungen, die nicht im Bereich der sozialen Krankenversicherung tätig seien, zu Krankenkassen zu verbieten (E. 6.d.bb). Diese Aussage ist ausschliesslich im Zusammenhang mit der dort zu entscheidenden Frage zu sehen, ob die Anerkennung als Krankenkasse und die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung mit dem Argument verweigert werden könne, dass die gesuchstellende juristische Person in einen Konzern eingebunden ist, dem bereits eine Krankenkasse sowie eine im Privatversicherungsbereich tätige Versicherungseinrichtung angehören (was das Bundesgericht verneint hat).

#### **E. 4.9**

Für den Fall der Zahlungsunfähigkeit eines OKP-Versicherers sieht das KVG eine spezialgesetzliche Regelung vor: Zu diesem Zweck haben die Versicherer die Stiftung "Gemeinsame Einrichtung" gegründet, welche die Kosten für die gesetzlichen Leistungen anstelle von zahlungsunfähigen Versicherern übernehmen muss (Art. 18 KVG; siehe auch Botschaft zu Art. 15 des KVG-Entwurfs, BBl 1992 I 93 S. 148 und 149). Bei einer allfälligen Zahlungsunfähigkeit eines Versicherers ist somit keine Querfinanzierung aus dem Zusatzversicherungsbereich vorgesehen, sondern vielmehr der Entzug der Durchführungsbewilligung der OKP (vgl. hierzu auch BGE 130 V 196 E. 5.5, E. 6.2).

#### **E. 5**

Nachfolgend ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob die im Zusammenhang mit der Prämienkorrektur erlassenen, am 1. Januar 2015 in Kraft getretenen Art. 106 ff. KVG zu einer Änderung der Rechtslage geführt haben.

#### **E. 5.1**

Diesbezüglich liessen die Beschwerdeführerinnen zusammengefasst vorbringen, auf den 1. Januar 2015 sei der neue Art. 106a KVG eingeführt worden. Dabei gehe es um die Beiträge der Krankenversicherer zur Prämienkorrektur. Art. 106a Abs. 3 KVG sehe vor, dass die Versicherer ihre Beiträge über einen Einmalzuschlag auf den Prämien finanzierten. Sie könnten ihre Beiträge auch aus den Reserven finanzieren, falls diese übermässig seien. Diese Regelung sei als *lex specialis* und *lex posterior* im Verhältnis zu Art. 60 Abs. 1 und 2 KVG zu verstehen. Im erläuternden Bericht des BAG vom Mai 2014 werde klar die Position vertreten, dass nur bei genügenden Reserven eine Finanzierung aus denselben zulässig sei. Nicht beantwortet und schon gar nicht beleuchtet werde die Frage, ob eine zusätzliche Einlage seitens der Aktionärin bzw. im vorliegenden Fall der Muttergesellschaft in die Reserven zulässig sei, um anschliessend über genügende Reserven zur Finanzierung zu verfügen. Der Bericht nehme somit deutlich lediglich eine gesellschaftsinterne Sicht an und beziehe sich in keiner Weise auf konzerninterne Situationen; eine solche liege jedoch vor. Das KVG fasse den Begriff der "selbsttragenden" Finanzierung eines OKP-Versicherers nicht derart eng auf, dass gesellschafts- und insbesondere

konzernrechtliche Verhältnisse vollständig ausgeblendet werden müssten. Schliesslich wolle das KVG eine laufende, fortgesetzte und permanente Finanzierung der OKP aus VVG-Mitteln verhindern. Art. 106a Abs. 3 KVG lege fest, dass die Versicherer den Beitrag zur Prämienkorrektur "aus den Reserven finanzieren (können), falls diese übermässig sind." Diese Regelung der Finanzierung dieses Beitrags sei grundsätzlich abschliessend; insbesondere handle es sich dabei nicht um eine Leistung der OKP, für welche aArt. 60 Abs. 1 Satz 1 KVG Geltung gehabt hätte. Mit der Einführung des KVAG habe sich die Finanzierung der sozialen Versicherung nicht geändert, obschon Art. 12 KVAG im Wortlaut vom bisherigen aArt. 60 KVG leicht abweiche. Die Botschaft zum KVAG sei in diesem Punkt eindeutig. Nur am Rand sei erwähnt, dass Art. 25 ATSG die Rückforderung von Leistungen vorsehe, welche ohne rechtliche Grundlage erbracht worden und somit unrechtmässig erfolgt seien. Bei der Korrektur der zwischen 1996 und 2011 bezahlten Prämien handle es sich hingegen nicht um das "Gegenstück" im Sinn von unrechtmässig erbrachten Prämien, denn diese seien keineswegs zu Unrecht erhoben worden. Vielmehr werde im Nachhinein der bis anhin gesetzlich nicht vorgesehenen Anforderung entsprochen, die Prämien anhand kantonaler Kosten zu erheben. Weiter liessen die Beschwerdeführerinnen vorbringen, Art. 13 Abs. 2 Bst. c KVG verlange von den Versicherern, dass sie jederzeit in der Lage sein müssten, ihren finanziellen Verpflichtungen nachzukommen. Sie verfügten bereits ohne die hier strittigen Zuschüsse nach dem bis Ende 2016 geltenden aArt. 78 Abs. 4 KVV über genügend finanzielle Mittel und Reserven, welche es erlaubten, den Verpflichtungen nachzukommen. Hinzu komme, dass Art. 13 Abs. 2 Bst. c KVG keine Aussage enthalte, wie die Sicherstellung der finanziellen Verpflichtungen zu bewerkstelligen sei. Da die Reservenbildung bezüglich der Prämienkorrektur nicht an die Regelung von Art. 60 KVG gebunden sei, könnten die Reserven auch aus anderen Quellen gespiesen werden. Gemäss Art. 12 Abs. 3 KVV (in der seit 1. Januar 2012 in Kraft stehenden Fassung) müssten die Reserven einer um Anerkennung ersuchenden Krankenkasse mindestens Fr. 8 Mio. betragen. Ein Blick auf die Kapitalisierung der in der Schweiz zugelassenen Krankenversicherer zeige, dass von den als Aktiengesellschaft organisierten Krankenkassen eine grosse Mehrheit ein Aktienkapital von Fr. 100'000.- aufweise. Vor diesem Hintergrund sei auch eine allfällige Kapitalerhöhung als Begründung für den Mittelzufluss möglich, wenn nicht gar sinnvoll. Gemäss aArt. 78 Abs. 1 KVV (neu Art. 10 Abs. 1 KVAV) werde der Begriff "Reserven" seit der Revision per 1. Januar 2012 als Differenz zwischen dem Wert der Aktiven und dem Wert der Verpflichtungen definiert. Im Kommentar zu dieser Bestimmung halte der Verordnungsgeber fest: "Der vorliegende Verordnungsartikel definiert den Begriff 'Reserven' für die KVG-Versicherer als deren Eigenkapital". Bei den fraglichen Zuschüssen der Konzernmutter handle es sich um Eigenkapital und damit um Reserven im Sinne von Art. 106a Abs. 3 KVG. Der Begriff der Reserven im Krankenversicherungsrecht entspreche im Wesentlichen der Definition des Kernkapitals im Privatversicherungsrecht (Art. 48 Abs. 1 der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 [AVO; SR 961.011]). Auch aus diesem müsse der Beitrag zur Prämienkorrektur nach Art. 106a Abs. 3 KVG aus dem Eigenkapital erfolgen können. Im Übrigen wären die Zuschüsse an die OKP-Versicherungsträger auch auf dem Weg einer formellen Aktienkapitalerhöhung durch die Konzernmutter zulässig gewesen, denn das KVG kenne keine Vorschriften über das maximal zulässige Aktienkapital. Es sei deshalb nicht einzusehen, weshalb nicht auch eine offene Kapitaleinlage möglich sein soll. Im Übrigen zeigten die Materialien zur Prämienkorrekturverordnung klar, dass das Anliegen

des Erlassgebers bei der Definition des Begriffs der übermässigen Reserve alleine die Solvenz der Versicherer gewesen sei und er nicht das Ziel verfolgt habe, die Möglichkeiten der Finanzierung des Beitrags zur Prämienkorrektur darüber hinaus zu beschränken. Es müsse möglich sein, dass im Konzernverhältnis die Muttergesellschaft anstelle einer Minimalausstattung zur Zeit der Gründung später das Eigenkapital ihrer Tochtergesellschaft aufstocke oder dieser eine Schenkung oder ein zinsloses, unbefristetes Darlehen gebe.

## **E. 5.2**

Die Vorinstanz hielt dafür, an den bis heute unverändert gebliebenen Finanzierungsquellen hätten auch die Art. 106 bis Art. 106c KVG nichts geändert. Die Gründe für den Ausgleich seien in der Botschaft zur Korrektur der zwischen 1996 und 2011 bezahlten Prämien klar beschrieben. Die Prämienkorrektur könne nicht aus dem Zusammenhang des in aArt. 60 Abs. 1 KVG festgelegten Ausgabenumlageverfahren gerissen werden. Die Korrektur stehe damit in untrennbarem Zusammenhang. In der Prämienkorrektur (speziell in Art. 106a Abs. 3 KVG) könne keine Sonderordnung für die Finanzierung erblickt werden, die es erlauben würde, Zuschüsse aus dem VVG (oder andere ordentliche oder ausserordentliche Zuwendungen) zu rechtfertigen. Mit Art. 106 bis Art. 106c KVG habe der Gesetzgeber die Finanzierung der Prämienkorrektur ebenso vollständig und abschliessend geregelt, wie er dies bei der Finanzierung der sozialen Krankenversicherung getan habe. Der von den Räten gutgeheissene Vorschlag entspreche der abschliessenden Finanzierung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und stelle keine Ausnahmeregelung dar. Art. 106a KVG stehe damit keineswegs ausserhalb des vorstehend beschriebenen Finanzierungssystems von aArt. 60 KVG, sondern dieser könne vielmehr nur im Zusammenhang mit dem Ausgabenumlageverfahren verstanden werden. Art. 106a KVG entspreche damit auch der Anforderung an die Gleichbehandlung aller Krankenversicherer im regulierten Wettbewerb nach KVG. Weiter hielt die Vorinstanz den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen entgegen, diese hätten nie rechtskonform ausgefüllte Formulare eingereicht, welche die Reserven ohne die kassierten Zuschüsse enthielten. Die Gesuche um Erhebung eines Einmalzuschlags hätten unstrittig genehmigt werden können. Die Beschwerdeführerinnen hätten die kassierten Zuschüsse ferner nicht nur für die Erhebung von Einmalzuschlägen zurückgestellt. Den grösseren Teil der Zuschüsse (43.0 Mio.) hätten sie den Reserven zugewiesen. Weder für die Verwendung der kassierten Zuschüsse für die Prämienberechnung noch für die Verwendung für die Einmalzuschläge habe somit ein Gesuch vorgelegen. Eine eigentliche rechtliche Begründung für die Zulässigkeit dieser kassierten Zuschüsse im Umfang von Fr. 43.0 Mio. hätten die Beschwerdeführerinnen ebenfalls nicht vorgelegt. Diese versuchten nun die kassierten Zuschüsse damit zu legitimieren, dass durch rechtliche Trennung des KVG- und des VVG-Geschäfts in separaten Rechtseinheiten das Verbot der Quersubventionierung der sozialen Krankenversicherung durch VVG-Versicherungen umgangen werden könne. Es sei anzunehmen, dass die Beschwerdeführerinnen früher oder später die Prämientarife quersubventionieren wollten, wobei Art. 106a KVG nur als Legitimation für die kassierten Zuschüsse im Umfang der an die Reserven zugewiesenen Fr. 43 Mio. diene. Die Krankenversicherer hätten jedoch ungeachtet der Entwicklung von Holdingstrukturen den umfassenden Reservevorschriften des KVG zu genügen. Die Veränderung des Aktienkapitals, sofern diese zulässig sein sollte, bedürfte der besonderen Prüfung. Die Beschwerdeführerinnen erfüllten die Reserveanforderungen nach Art. 106a Abs. 3 KVG nicht. Entsprechende Abklärungen hätten ergeben, dass ihre Reservesätze ohne die

kassierten Zuschüsse nach Zahlung des Beitrags in den Fonds zugunsten der Versicherten die Mindesthöhe nach aArt. 78a KVV nicht mehr erreicht hätten. Die Reservesätze hätten sich vor der Zahlung in den Fonds auf folgende Werte belaufen: Z. \_\_\_\_\_ AG 95.3 %, Y. \_\_\_\_\_ AG 101.5 % und X. \_\_\_\_\_ AG 112.4 %. Bei allen Beschwerdeführerinnen sei daher zu erwarten gewesen, dass der Reservesatz nach der Zahlung in den Fonds einen Wert von unter 100 % erreicht hätte. Die Beschwerdeführerinnen hätten daher ein Gesuch um Genehmigung eines Einmalzuschlags im Sinn von Art. 106a KVG auf den Prämientarifen für das Jahr 2016 einreichen müssen. Den Nachweis, dass sie über ausreichende Reserven verfügt hätten, um auf einen Einmalzuschlag verzichten zu können, hätten sie gar nicht erst angetreten. Die Botschaft stelle klar, dass eine minimale Ausgangsreserve notwendig sei. Diese diene der Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit zu Beginn der Tätigkeit und könne - entsprechend den klaren Worten des Botschaftstextes - nicht von Krankenversicherern dazu missbraucht werden, sich bei knappen finanziellen Mitteln über eine Eigenkapitalerhöhung oder andere rechtliche Vorgänge dennoch anderer Finanzierungsquellen zu bedienen.

### **E. 5.3**

Im Formular "Nachweis über ausreichende Reserven nach Beitragszahlung an den Fonds nach Art. 106a Abs. 1 KVG" findet sich am Ende der Seite - mit Bezug auf die vorhandenen Reserven per 1. Januar 2015 der Hinweis "Reserven ohne Einschüsse. Allfällige, vom BAG beanstandete Einschüsse im Jahr 2014, sind von den vorhandenen Reserven in Abzug zu bringen". Die Beschwerdeführerinnen haben dieses Formular mit den kassierten Zuschüssen ausgefüllt, so dass in den Kolonnen "Erwartet", "Variante 1" und "Variante 2" eine provisorische Solvenzquote für das Jahr 2016 nach Beitragszahlung in den Fonds von 121.2 %, 140.3 % und 111.6 % resultierte (act. 5). In der Folge korrigierte das BAG die Angaben der Beschwerdeführerinnen über die vorhandenen Reserven per 1. Januar 2015 (act. 6), wobei in der Kolonne "Variante 2" die provisorische Solvenzquote auf 97.9 % fiel. Gemäss angefochtenen Verfügungen vom 22. September 2015 nahm das BAG denn auch die E-Mail vom 16. September 2015 als Gesuch zur Erhebung eines Einmalzuschlags in der Höhe von Fr. 33.- entgegen und genehmigte diesen Zuschlag. Zu betonen ist, dass die Beschwerdeführerinnen bis zu diesem Zeitpunkt - soweit aus den vorliegenden Akten ersichtlich - keine rechtskonform ausgefüllten Formulare, welche die Reserven ohne die kassierten Zuschüsse enthielten, eingereicht hatten. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen aufgrund übermässiger Reserven ihre Beiträge an den Fonds auch aus den Reserven hätten finanzieren können (Art. 106a Abs. 3 Satz 2 KVG), vorliegend nicht zum Streitgegenstand gehört.

### **E. 5.4**

Im Zusammenhang mit Art. 106 bis 106c KVG ist der Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Korrektur der zwischen 1996 und 2011 bezahlten Prämien) vom 15. Februar 2012 (BBl 2012 1923) Folgendes zu entnehmen: "Die obligatorische Krankenpflegeversicherung wird nach Artikel 60 Absatz 1 KVG nach dem Ausgabeumlageverfahren finanziert. Die Prämien können nach den ausgewiesenen Kostenunterschieden kantonal abgestuft werden. Die Differenz zwischen den in einem Kanton anfallenden Einnahmen (primär Prämien, Kapitalerträge und allfällige Beiträge aus dem Risikoausgleich) und den in diesem Kanton anfallenden Ausgaben (hauptsächlich Versicherungsleistungen inkl. Bildung und Auflösung von Rückstellungen, allfällige Abgaben in den Risikoausgleich und Verwaltungskosten) ergibt einen positiven oder einen negativen Saldo. Da die Mittel der sozialen Krankenversicherung nur zu deren Zweck

verwendet werden dürfen, fliessen die Saldi aus den Einnahmen und den Ausgaben den Reserven zu beziehungsweise verringern diese. Die kantonalen Ergebnisse, seit Einführung des KVG im Jahr 1996 kumuliert, zuzüglich einer fiktiven Aufteilung des Reservebestandes auf die Kantone bei Einführung des KVG, wurden deshalb als ‚kalkulatorische kantonale Reserven‘ bezeichnet. Mit dem Zusatz ‚kalkulatorisch‘ wurde darauf hingewiesen, dass es sich um eine rechnerische Grösse handelt. Die Reserven eines Krankenversicherers sind dazu da, die langfristige Zahlungsfähigkeit zu garantieren. Da ein Unternehmen nur als Ganzes Konkurs gehen kann, können die Reserven nicht kantonal sein. Das KVG und seine Ausführungsverordnungen verwenden entsprechend den Begriff ‚kantonale Reserven‘ nicht. Zur Benennung der aufgelaufenen Überschüsse oder Defizite wird daher korrekterweise der Begriff der ‚zu viel oder zu wenig bezahlten Prämien‘ verwendet. Seit Inkrafttreten des KVG haben sich die Ergebnisse aufgrund von zu viel oder zu wenig bezahlten Prämien in den einzelnen Kantonen unterschiedlich entwickelt. In gewissen Kantonen wurden im Verhältnis zu den Leistungen zu hohe Prämien oder zu tiefe Prämien erhoben. In den Kantonen mit zu hohen Prämien haben sich entsprechend Überschüsse angehäuft, während in Kantonen mit zu tiefen Prämien Defizite entstanden. Die entstandenen Ungleichgewichte haben folgende Ursachen: In Kantonen mit Überschüssen haben die Versicherer die Leistungssteigerung über mehrere Jahre hinweg überschätzt. In diesen Kantonen wurden oftmals auch tiefgreifende Kostensenkungsmassnahmen umgesetzt, deren Effekte von den Versicherern ebenfalls unterschätzt wurden. In Kantonen mit Unterdeckung wurden die Kostenanstiege von den Versicherern unterschätzt“.

#### **E. 5.5**

Es ist unbestritten, dass gemäss aArt. 60 Abs. 1 KVG das Ausgabenumlageverfahren zur Anwendung gelangte (nach Art. 12 KVAG neu Bedarfsdeckungsverfahren). Die Korrektur der Prämien nach den Grundsätzen von Art. 106 ff. KVG unterliegt hingegen nicht mehr unmittelbar dem Ausgabenumlageverfahren, was der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen hat (vgl. hierzu Urteil 9C\_125/2016 vom 11. März 2016 E. 2.2.1 und 2.2.2). Mit Blick auf die Umstände, dass gemäss dem vorstehenden Botschaftstext die Mittel der sozialen Krankenversicherung nur zu deren Zweck verwendet werden dürfen und zur Benennung der aufgelaufenen Überschüsse oder Defizite korrekterweise der Begriff der "zu viel oder zu wenig bezahlte Prämien" zur Anwendung gelangt, kann die Prämienkorrektur nicht aus dem Zusammenhang des in aArt. 60 Abs. 1 KVG festgelegten Ausgabenumlageverfahren gerissen werden. Vielmehr steht die Prämienkorrektur damit in untrennbarem Zusammenhang, und die Normen zur Prämienkorrektur (Art. 106 bis 106c KVG) beinhalten keine (neuen) Regelungen zur Finanzierung resp. zu den Finanzierungsquellen. Mit andern Worten regelte der Gesetzgeber die Finanzierung der Prämienkorrektur mit diesen Normen vollständig und abschliessend, wie er dies auch sonst bei der Finanzierung der sozialen Krankenversicherung getan hat. Daran vermögen die gegenteiligen Auffassungen der Beschwerdeführerinnen und insbesondere auch die Bezugnahme auf Art. 25 ATSG nichts zu ändern, und es kann diesbezüglich auf die weiteren, nicht zu beanstandenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Zusammengefasst ist somit festzuhalten, dass der Gesetzgeber mit Art. 106 bis 106c KVG keine Finanzierung der sozialen Krankenversicherung auch aus Gewinnen der Zusatzversicherungen oder aus Zuschüssen hatte ermöglichen wollen. Vielmehr stellt der Beitrag für die Prämienkorrektur nach dem Dargelegten eine finanzielle gesetzliche Verpflichtung der Beschwerdeführerinnen dar, die sie mit eigenen Mitteln begleichen müssen. Die Finanzierung mit Geld eines Dritten oder aus Reserven, die von einem Dritten

finanziert wurden, ist nicht selbsttragend, sondern stützt sich auf eine Quersubventionierung. Der Umstand, dass die Zuschüsse von der A. \_\_\_\_\_ AG an deren Tochtergesellschaften (X. \_\_\_\_\_ AG; Y. \_\_\_\_\_ AG und Z. \_\_\_\_\_ AG) geleistet wurden, ändert nichts daran, dass diese Zuschüsse einen Verstoß gegen Art. 60 Abs. 2 KVG darstellen und nicht der Finanzierung der Beiträge in den Fonds nach Art. 106a Abs. 1 KVG dienen können.

## **E. 6**

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Neugestaltung des Krankenversicherungsaufsichtsrechts mittels Erlasses des KVAG per 1. Januar 2016 belege und anerkenne die Verbindungen zwischen einer Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft und leite die bislang nicht in Frage gestellte Rechtswirklichkeit ins positive Recht über. Gleich wie das KVG enthalte auch das KVAG nach wie vor nicht eine abschliessende Aufzählung der Finanzierungsquellen der Krankenversicherer. Sie erfassten zwar einen Grossteil der Deckung des laufenden Finanzbedarfs, dies jedoch nicht vollumfänglich.

### **E. 6.1**

Die Vorinstanz führte diesbezüglich aus, weder das KVAG noch die Prämienkorrektur durch einen Ausgleich unter den Versicherten habe am Grundsatz des fairen Wettbewerbs etwas geändert. Daraus sei zu folgern, dass das BAG gegenüber den Beschwerdeführerinnen mangels ihnen zustehender Autonomiebefugnisse zu Recht in einer Weisung angeordnet habe, dass die kassierten Zuschüsse zurückzuzahlen seien.

### **E. 6.2**

Wie vorstehend dargelegt (vgl. E. 3. und 4. hiervor), ist die finanzielle Autonomie der Krankenversicherer und deren wettbewerbsrechtliche Vorgehensweise durch die gesetzlichen Grundlagen des KVG beschränkt. Mit Blick auf die individuelle rechtliche Ausgestaltung von Unternehmungen resp. juristischen Personen bedeutet dies, dass auch durch gesellschaftsrechtliche Konstrukte, im vorliegenden Fall einer Holding-Gesellschaft, das geltende Finanzierungsverfahren und die beschränkte finanzielle Autonomie nicht unterlaufen werden dürfen. Daran hat auch das am 1. Januar 2016 in Kraft getretene KVAG nichts geändert. Dies verdeutlichen die Ausführungen in der Botschaft zum Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung vom 15. Februar 2012 zu Art. 11 des Entwurfs KVAG (BBL 2011 1941 S. 1962; Art. 12 KVAG): "Der Finanzierungsgrundsatz erhält im Gesetz einen eigenen Artikel, wodurch die Transparenz erhöht wird. Die soziale Krankenversicherung wird nach dem Bedarfsdeckungsverfahren finanziert. Der Bedarf umfasst sämtliche Ausgaben im Zusammenhang mit der Durchführung der sozialen Krankenversicherung. Dazu gehören insbesondere die medizinischen Leistungen, die Verwaltungskosten, die Abgaben in den Risikoausgleich und die notwendigen Mittel für die Reservenbildung und die versicherungstechnischen Rückstellungen. Das Bedarfsdeckungssystem bedeutet, dass die eingehenden Prämien eines Jahres ausreichen müssen, um den ganzen Bedarf desselben Jahres zu finanzieren. Aufwand und Ertrag eines Jahres sind über einen Versichertenbestand ausgeglichen zu halten. In der sozialen Krankenversicherung müssen die Prämien so festgesetzt werden, dass damit die für die gleiche Periode geschuldeten Leistungen gedeckt werden können. [...] Ob der Grundsatz der Bedarfsdeckung eingehalten wurde, wird aufgrund der Jahresrechnung festgestellt. Aus den Einnahmen sind aber auch Rückstellungen und Reserven zu bilden. [...] Im KVG (Art.

60 Abs. 1) wird vom Ausgabenumlageverfahren gesprochen. In dieser Gesetzesvorlage wird nun der aktuariell richtige Begriff eingeführt. Am aktuellen Finanzierungsverfahren ändert sich dadurch nichts".

### **E. 6.3**

Dass die bisherigen Finanzierungsgrundsätze mit dem KVAG geändert worden wären, ergibt sich im Übrigen auch nicht aus den Ausführungen in der Botschaft zu Art. 15 des Entwurfs (BBL 2011 1941 S. 1966; Art. 16 KVAG): Die Textpassage zum Entwurf des Art. 15 Abs. 2 "Mittels konsequent kostendeckenden Prämien erübrigt sich die Quersubventionierung mittels Geldern aus anderen Versicherungszweigen oder der Holding" lässt keineswegs den Schluss zu, dass die bisherigen Finanzierungsgrundsätze mit dem KVAG geändert worden wären resp. dass die Quersubventionierung nach aArt. 60 KVG zulässig gewesen wäre. Vielmehr wurden mit dem KVAG neue Instrumente geschaffen, um unter anderem die besagten Quersubventionierungen besser erkennen und verhindern zu können. Im Übrigen enthalten auch weitere Materialien keine Hinweise darauf, dass Mittelzuflüsse aus anderen Versicherungszweigen zur Äufnung von Reserven zugelassen werden sollten (vgl. auch Kommentar und Inhalt der Bestimmungen zur KVAV, Art. 22 S. 16; abrufbar unter [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2613/KVAV-Aufsicht\\_Erl.-Bericht\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2613/KVAV-Aufsicht_Erl.-Bericht_de.pdf); zuletzt besucht am 3. August 2017). Selbstredend ist, dass die OKP-Versicherer ihr Vermögen im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben gewinnbringend anlegen und den "Erlös" der OKP-Versicherung zuführen dürfen (vgl. Art. 21 S. 15 des Kommentars).

### **E. 7**

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Zuschüsse der A.\_\_\_\_\_ AG in der Höhe von Fr. 12.8 Mio. (C-6826/2015), Fr. 8.5 Mio. (C-6827/2015) und Fr. 58.6 Mio. (C-6835/2015) entsprechend der Weisung der Vorinstanz vom 23. März 2015 rückgängig zu machen sind.

### **E. 8**

Nach dem Dargelegten ergibt sich zusammenfassend, dass die Beschwerde vom 23. Oktober 2015 als unbegründet abzuweisen ist.

### **E. 9**

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

#### **E. 9.1**

Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG ist das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht kostenpflichtig und haben die Beschwerdeführerinnen entsprechend dem Ausgang des Verfahrens die Verfahrenskosten zu tragen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE). Die Verfahrenskosten sind in Berücksichtigung sämtlicher dieser Kriterien, des Verfahrensausgangs und des erforderlichen Aufwands auf Fr. 6'000.- festzulegen. Der bereits zu je einem Drittel und unter solidarischer Haftung geleistete Verfahrenskostenvorschuss ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

#### **E. 9.2**

Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen (Art. 7 Abs. 1 [e contrario] und Abs. 3 VGKE). (Dispositiv auf der nächsten Seite)

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