

8 **Gesundheit – Arbeit – Soziale Sicherheit**
Santé – Travail – Sécurité sociale
Sanità – Lavoro – Sicurezza sociale

65

Auszug aus dem Urteil der Abteilung III
i. S. X. gegen Bundesamt für Gesundheit
C-6958/2008 vom 8. Dezember 2009

Obligatorische Krankenpflegeversicherung. Genehmigung der Prämientarife. Grundsatzurteil.

Art. 27, Art. 36, Art. 117 und Art. 164 Abs. 1 Bst. c BV. Art. 21 Abs. 1 und Abs. 3, Art. 60 und Art. 61 KVG. Art. 78 und Art. 92 KVV. Art. 14 und Art. 15 PüG.

- 1. Im Prämien genehmigungsverfahren ist der Preisüberwacher anzuhören (E. 2.5).**
- 2. Weder das KVG noch seine Ausführungsverordnungen bieten eine hinreichende Rechtsgrundlage für die Nichtgenehmigung des Prämientarifs 2009 wegen überhöhter Reserven. Die KVV legt Mindestreserven, aber keine Maximalreserven fest. Die angefochtene Verfügung darf sich nicht lediglich auf ein Informationsschreiben des Bundesamts für Gesundheit (BAG) stützen (E. 4 und 8).**
- 3. Das BAG hat sich zurückzuhalten betreffend Anordnungen, die sich auf die finanzielle Sicherheit der Kasse und das kantonale finanzielle Gleichgewicht auswirken können (E. 5 und 6.4).**

Assurance obligatoire des soins. Approbation des tarifs de primes. Arrêt de principe.

Art. 27, art. 36, art. 117 et art. 164 al. 1 let. c Cst. Art. 21 al. 1 et al. 3, art. 60 et art. 61 LAMal. Art. 78 et art. 92 OAMal. Art. 14 et art. 15 LSPr.

- 1. Le Surveillant des prix doit être consulté dans le cadre de la procédure d'approbation de primes (consid. 2.5).**
- 2. Ni la LAMal ni ses ordonnances d'exécution n'offrent de base légale suffisante à la non-approbation pour cause de réserves trop**

élevées du tarif des primes 2009. L'OAMal prévoit une réserve minimale, mais ne fixe pas de réserve maximale. La décision contestée ne peut pas s'appuyer seulement sur une lettre d'information de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) (consid. 4 et 8).

3. L'OFSP doit faire preuve de retenue en ce qui concerne les mesures susceptibles d'influer sur la sécurité financière de la caisse et sur l'équilibre financier cantonal (consid. 5 et 6.4).

Assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitare. Approvazione delle tariffe. Sentenza di principio.

Art. 27, art. 36, art. 117 e art. 164 cpv. 1 lett. c Cost. Art. 21 cpv. 1 e cpv. 3, art. 60 e art. 61 LAMal. Art. 78 e art. 92 OAMal. Art. 14 e art. 15 LSPr.

1. Nella procedura di approvazione dei premi è necessario consultare il Sorvegliante dei prezzi (consid. 2.5).
2. Né la LAMal né le sue ordinanze di esecuzione offrono una base legale sufficiente per la non approvazione di una tariffa dei premi 2009 a causa di riserve eccessive. L'OAMal stabilisce delle riserve minime, ma non delle riserve massime. La decisione impugnata non può basarsi solo su una lettera informativa dell'Ufficio federale della sanità pubblica (UFSP) (consid. 4 e 8).
3. L'UFSP deve imporsi un certo riserbo per quel che riguarda le misure che possono ripercuotersi sulla sicurezza finanziaria della cassa e sull'equilibrio finanziario cantonale (consid. 5 e 6.4).

Die X. Kranken- und Unfallversicherung reichte am 30. Juli 2008 ihre Prämientarife für das Jahr 2009 dem Bundesamt für Gesundheit (BAG) zur Genehmigung ein. Das BAG setzte X. eine letzte Frist bis zum 25. September 2008, um die Prämien gemäss seinen Anweisungen anzupassen.

Mit Schreiben vom 24. September 2008 teilte die X. dem BAG mit, dass sie nicht bereit sei, die Prämien gemäss der Empfehlung des BAG anzupassen.

Das BAG verfügte am 29. September 2008 im Wesentlichen, dass es die von X. unterbreiteten Prämien der obligatorischen Krankenversicherung für das Jahr 2009 in den Kantonen Genf, Neuenburg, Waadt, Tessin,

Jura, Zug, Basel-Stadt und Zürich nicht genehmige. In seiner Begründung führte das BAG aus, die Höhe der Prämien sei so festzusetzen, dass einerseits die nötigen Mittel zur Zahlung bereits erbrachter, aber noch nicht bezahlter Leistungen und andererseits die Bildung der minimalen gesetzlichen Reserven (hier: 13 %) garantiert seien. Die Reserven der X. betrügen insgesamt 36 % und lägen demnach 23% über dem gesetzlichen Minimum. Im Interesse der finanziellen Transparenz müsse das BAG sicherstellen, dass die in einem Kanton geforderten Prämien nicht dazu dienen, die Reserven der Versicherung zu Gunsten der Versicherten anderer Kantone mit niedrigeren oder sogar zu niedrigen Prämien zu äufnen, was gegen das Prinzip der Gleichheit der Versicherten verstiesse.

Gegen die Verfügung des BAG vom 29. September 2008 liess X. (Beschwerdeführerin) am 31. Oktober 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) erheben und unter anderem beantragen, die Prämien 2009 für die acht Kantone Basel-Stadt, Genf, Jura, Neuenburg, Tessin, Waadt, Zug und Zürich seien zu genehmigen. Sie rügte im Wesentlichen, das Dispositiv der Verfügung sei unklar, da lediglich die Nichtgenehmigung des eingegebenen Tarifs für acht Kantone festgehalten, eine Prämiensenkung jedoch nicht verfügt werde. Die Verfügung sei mangelhaft begründet und verletze das Legalitätsprinzip sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Sowohl der Versichertenbestand als auch der Reservenbestand der Beschwerdeführerin sei über Jahre hinweg sehr volatil gewesen, was gebührend zu berücksichtigen sei. Ihre Verwaltungskosten lägen pro versicherte Person unter dem schweizerischen Durchschnitt. Beim normalen Grundversicherungsmodell sei sie in sechs Kantonen die günstigste Versicherung, in den anderen zwei Kantonen liege sie auf Platz zwei.

Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 19. Februar 2009 die Abweisung der Beschwerde.

Die Preisüberwachung reichte am 10. August 2009 eine Stellungnahme ein.

Das BVGer heisst die Beschwerde gut, hebt die angefochtene Verfügung auf und überweist die Akten der Vorinstanz zum Erlass einer neuen Verfügung.

Aus den Erwägungen:

1. Aufgrund der Beschwerde streitig und im Folgenden vom BVGer zu prüfen ist, ob das BAG befugt war, mit Verfügung vom 29. September 2008 die von der Beschwerdeführerin zur Genehmigung unterbreiteten

Prämien für das Jahr 2009 betreffend die acht Kantone Genf, Neuenburg, Waadt, Tessin, Jura, Zug, Basel-Stadt und Zürich nicht zu genehmigen, mit der Begründung, die Prämien seien wegen zu hoher kantonalen Reserven zu senken.

1.1 Die Zuständigkeit des BVGer zur Beurteilung der Beschwerde gegen die Verfügung vom 29. September 2008 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 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10) und Art. 92 Abs. 1 der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV, SR 832.102).

1.2 Die Nichtgenehmigung der von der Beschwerdeführerin für das Jahr 2009 beantragten Prämien stellt eine anfechtbare Verfügung dar (vgl. Grundsatzentscheid des Bundesrats [BRE] vom 22. Oktober 1997; Kranken- und Unfallversicherung: Rechtsprechung und Verwaltungspraxis [RKUV] 6/1997 S. 399 oder Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 64.17 E. 7). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung besonders berührt, und sie hat ein schützenswertes Interesse an deren Anfechtung (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021] i. V. m. Art. 37 VGG).

1.3 Die Beschwerde wurde fristgerecht eingereicht, und die Beschwerdeführerin hat den Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet (Art. 50 VwVG).

2. (...)

2.1 Die Bestimmungen betreffend das Beschwerdeverfahren gemäss Art. 53 KVG finden auf Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen des BAG keine Anwendung.

Mit der Beschwerde an das BVGer kann somit 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).

Nach Art. 62 Abs. 4 VwVG sind Gerichte gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Behauptungen der Parteien gebunden. Sie können eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die

von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 212).

2.2 (...)

2.3 (...)

2.4 Die Beschwerdeführerin rügt ferner, dass sich das Dispositiv der Verfügung auf die Nichtgenehmigung der Prämien beschränke. Die Vorinstanz habe fälschlicherweise nicht direkt eine Anordnung zur Prämien-senkung verfügt, sondern diese ergebe sich lediglich aus der Verfügungsbegründung.

Die Beschwerdeführerin kann vom BVGer nur Rechtsverhältnisse überprüfen beziehungsweise beurteilen lassen, zu denen die zuständige Behörde vorgängig und verbindlich – in Form einer Verfügung – Stellung genommen hat. Die angefochtene Verfügung bildet das Anfechtungsobjekt, ihr Inhalt bestimmt den durch die Rechtsbegehren konkretisierten Streitgegenstand. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann deshalb nur sein, was Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder bei richtiger Rechtsanwendung hätte sein sollen. Fragen, über welche die verfügende Behörde nicht entschieden hat, dürfen somit grundsätzlich im Beschwerdeverfahren nicht beurteilt werden (vgl. etwa ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 23 Rz. 2.1 ff.; CHRISTOPH AUER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, S. 193, Rz. 10 zu Art. 12).

Zu prüfen ist daher, ob die Vorinstanz berechtigt war, das Verfügungsdispositiv auf die Nichtgenehmigung zu beschränken, und welche Frage vorliegend Streitgegenstand ist.

Gemäss Art. 61 Abs. 1 KVG legt der Versicherer die Prämien für seine Versicherten fest. Der Bundesrat (BR) beziehungsweise das BAG hat die Prämien zu genehmigen (Art. 61 Abs. 5 KVG bzw. Art. 92 KVV).

Die Prämiengenehmigung ist eine Verfügung, mit welcher das BAG dem Versicherer auf dessen Gesuch hin die Erlaubnis erteilt oder verweigert (vgl. MARKUS MÜLLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], S. 78 und 97, Rz. 28, 59 zu Art. 5; MARKUS MÜLLER, Bernische Verwaltungsrechtspflege, Bern 2008, S. 135), von den Versicherten im Folgejahr die vom Versicherer vorgeschlagene Prämie zu verlangen. Das KVG geht vom Grundsatz aus, dass die Gestaltung der Prämien in der primären Zuständigkeit der Versicherer liegt. Das BAG legt

die Prämien nicht selbst fest; es kann dem Versicherer jedoch Weisungen für die Festsetzung der Prämien der folgenden Geschäftsjahre erteilen (Art. 92 Abs. 5 KVV).

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin im vorangegangenen Jahr bereits Weisungen für die Festsetzung der Prämien der nachfolgenden Geschäftsjahre erteilt. Es ist somit nicht zu beanstanden, wenn das BAG im Verfügungsdispositiv lediglich die Nichtgenehmigung der Prämien festgehalten und in der Verfügungsbegründung ausgeführt hat, wie ihres Erachtens die Prämien zu gestalten sind, damit diese genehmigt werden können.

Soweit die Beschwerdeführerin in der Formulierung des Dispositivs einen formellen Fehler der Vorinstanz erblickt, geht die Rüge daher fehl.

2.5 Zu prüfen ist ferner, ob die Vorinstanz vor Erlass der Verfügung den Preisüberwacher gemäss Art. 14 des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG, SR 942.20) hätte anhören beziehungsweise gemäss Art. 15 PüG orientieren müssen, um ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, und somit, ob diesbezüglich allenfalls ein Verfahrensfehler vorliegt.

Ist die Legislative oder die Exekutive des Bundes, eines Kantons oder einer Gemeinde zuständig für die Festsetzung oder Genehmigung einer Preiserhöhung, die von den Beteiligten an einer Wettbewerbsabrede oder einem marktmächtigen Unternehmen beantragt wird, so hört sie zuvor den Preisüberwacher an (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 PüG; vgl. dazu RKUV 6/1997 S. 348). Werden verabredete Preise oder Preise eines marktmächtigen Unternehmens bereits aufgrund anderer bundesrechtlicher Vorschriften überwacht, so beurteilt sie die zuständige Behörde anstelle des Preisüberwachers (Art. 15 Abs. 1 PüG). Die Behörde orientiert den Preisüberwacher über die von ihr vorzunehmenden Preisbeurteilungen. Der Preisüberwacher kann beantragen, auf eine Preiserhöhung ganz oder teilweise zu verzichten oder einen missbräuchlich beibehaltenen Preis zu senken (Art. 15 Abs. 2^{bis} PüG).

Der Preisüberwacher prüft somit, ob die Erhöhung oder Beibehaltung von Preisen missbräuchlich ist. Unter den Preisen sind auch die Prämien der Versicherer zu verstehen. Die Prämientarife werden gemäss Art. 61 Abs. 5 KVG vom BR genehmigt. Folglich hätte der BR den Preisüberwacher nach Art. 14 PüG anzuhören. Der BR hat seine Kompetenz aber in Art. 92 KVV an das BAG delegiert, welches den Preisüberwacher nach Art. 15 Abs. 2^{bis} PüG lediglich zu orientieren hat. Der Preisüberwacher hat daher in seiner Stellungnahme vom 10. August 2009 die Ansicht vertreten, seine Zuständigkeit zur Überprüfung der Prämientarife

der obligatorischen Krankenpflegeversicherung stütze sich auf Art. 15 Abs. 2^{bis} PüG (vgl. dazu ROLF H. WEBER, Preisüberwachungsgesetz [PüG], Bern 2009, Art. 14 Rz. 25, allerdings ohne Bezugnahme auf Art. 61 Abs. 5 KVG). Es geht jedoch grundsätzlich nicht an, die Rechtsfolge einer auf Gesetzesebene geregelten Zuständigkeit des BR (Art. 14 Abs. 1 PüG i. V. m. Art. 61 Abs. 5 KVG) durch eine Kompetenzdelegation auf Verordnungsebene in dem Sinn zu verändern, dass lediglich eine Orientierung des Preisüberwachers zu erfolgen hätte (Art. 92 KVV i. V. m. Art. 15 Abs. 2^{bis} PüG). Vorliegend ist deshalb davon auszugehen, dass das infolge Delegation zuständige Bundesamt den Preisüberwacher anzuhören hat (ALFRED MAURER/GUSTAVO SCARTAZZINI/MARC HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, 3. Aufl., Basel 2009, § 15, Rz. 40/41). Die Unterschiede der Anhörung einerseits und der Orientierung andererseits sind in der Praxis allerdings vernachlässigbar klein (vgl. WEBER, a.a.O., Art. 15 Rz. 19).

Der Preisüberwacher vertritt die Auffassung, er habe stillschweigend, generell und im Voraus darauf verzichtet, in Prämiengenehmigungsverfahren Stellung zu nehmen. Er führt aus, dass die Preisüberwachung das BAG schriftlich vororientiert hätte, wenn sie in den vergangenen 20 Jahren zum Schluss gelangt wäre, dass die Kontrolle von KVG-Prämien notwendig wäre. Mangels derartiger Willensbekundung habe das BAG davon ausgehen können, dass die Preisüberwachung bis auf Weiteres von einer Empfehlungstätigkeit bei KVG-Prämien absehe.

Der Preisüberwachung steht es frei, im konkreten Fall auf eine Stellungnahme im Rahmen von Art. 14 und Art. 15 PüG zu verzichten (RKUV 2/3/1998 KV 28, S. 180 ff. E. II/2). Hingegen widerspricht es der Regelung des PüG, dass die zuständigen Behörden die Preisüberwachung nur dann anhören beziehungsweise orientieren, wenn die Preisüberwachung vorgängig ihre Absicht bekannt gegeben hat, ihre gesetzlich vorgesehene Prüftätigkeit aufzunehmen. Das gilt insbesondere in Fällen, in denen die Behörde wie vorliegend erstmals in einer Weise in die Prämiengestaltung eingreift, die (auch) in fachlicher Hinsicht umstritten ist. Die Vorinstanz hätte die Preisüberwachung somit vor Erlass der Verfügung zwingend anhören müssen (vgl. WEBER, a. a. O., Art. 14, Rz. 54). Da die Preisüberwachung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens jedoch auf ihre beschränkten Ressourcen hingewiesen und ihren fehlenden Willen bekundet hat, in Prämiengenehmigungsverfahren Stellung zu nehmen, käme die Rückweisung an die Vorinstanz zwecks vorgängiger Anhörung der Preisüberwachung in casu einem prozessökonomischen Leerlauf gleich, wie die nachfolgenden Erwägungen aufzeigen (vgl. auch BRE vom 16. Juni 1997 [96-80,81] S. 16 f.).

2.6 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten (Art. 52 VwVG).

3. (...)

4. In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, es fehle an einer hinreichenden Rechtsgrundlage für die Nichtgenehmigung der Prämien durch das BAG mit der Begründung, die Reserven der Beschwerdeführerin seien zu hoch.

Im Folgenden sind daher die einschlägigen Rechtsgrundlagen zu prüfen.

4.1 Gemäss Art. 117 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) erlässt der Bund Vorschriften über die Kranken- und Unfallversicherung. Damit ist die Regelungskompetenz des Bundes auf Verfassungsebene verankert.

Nach Art. 1a Abs. 1 KVG regelt das KVG die soziale Krankenversicherung, welche die obligatorische Krankenpflegeversicherung und eine freiwillige Taggeldversicherung umfasst. Die obligatorische Krankenpflegeversicherung wird betrieben durch Krankenkassen, welche die Anforderungen des Gesetzes erfüllen und die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung erhalten haben (Art. 11–Art. 13 KVG).

Der BR überwacht die Durchführung der Krankenversicherung (Art. 21 Abs. 1 KVG). Das Bundesamt kann den Versicherern Weisungen zur einheitlichen Anwendung des Bundesrechts erteilen, von ihnen alle erforderlichen Auskünfte und Belege verlangen sowie Inspektionen durchführen. Dies könne auch unangekündigt durchgeführt werden. Die Versicherer haben dem Bundesamt freien Zugang zu sämtlichen von ihm im Rahmen der Inspektion als relevant erachteten Informationen zu verschaffen. Sie müssen dem Bundesamt ihre Jahresberichte und Jahresrechnungen einreichen (Abs. 2). Missachtet ein Versicherer die gesetzlichen Vorschriften, so ergreift das Bundesamt je nach Art und Schwere der Mängel die folgenden Massnahmen: Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes, Verwarnung und Ordnungsbusse, Antrag auf Entzug der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung (Abs. 5).

4.2 Gemäss Art. 61 KVG legt der Versicherer die Prämien für seine Versicherten fest. Soweit das Gesetz keine Ausnahme vorsieht, erhebt er von seinen Versicherten die gleichen Prämien (Abs. 1). Der Versicherer kann die Prämien nach den ausgewiesenen Kostenunterschieden kantonal und regional abstufen. Massgebend ist der Wohnort der versicherten Person. Das Bundesamt legt die Regionen für sämtliche Versicherer einheitlich fest (Abs. 2). Die Prämientarife der obligatorischen Kranken-

pflegeversicherung bedürfen der Genehmigung durch den BR. Vor der Genehmigung können die Kantone zu den für ihre Bevölkerung vorgesehenen Prämientarifen Stellung nehmen (Abs. 5).

Laut Art. 92 KVV haben die Versicherer dem BAG die Prämientarife der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sowie deren Änderungen spätestens fünf Monate, bevor sie zur Anwendung gelangen, zur Genehmigung einzureichen. Diese Tarife dürfen erst angewandt werden, nachdem sie vom BAG genehmigt worden sind (Abs. 1). Den Prämientarifen beizulegen sind auf einem vom BAG abgegebenen Formular das Budget des laufenden Geschäftsjahres und das Budget des folgenden Geschäftsjahres (Abs. 2). Mit der Genehmigung der Prämientarife oder im Anschluss daran, kann das BAG dem Versicherer Weisungen für die Festsetzung der Prämien der folgenden Geschäftsjahre erteilen (Abs. 5).

4.3 Das Finanzierungsverfahren und die Rechnungslegung für die obligatorische Krankenpflegeversicherung sind in Art. 60 KVG geregelt. In Art. 78 ff. KVV wird das Finanzierungsverfahren detaillierter geregelt. Die Versicherer haben jeweils für eine Finanzierungsperiode von zwei Jahren das Gleichgewicht zwischen Einnahmen und Ausgaben sicherzustellen. Sie müssen ständig über eine Sicherheitsreserve verfügen (Art. 78 Abs. 1 KVV).

(...)

4.4 Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass weder das KVG noch seine Ausführungsverordnungen eine explizite Rechtsgrundlage für die Nichtgenehmigung des Prämientarifs 2009 der Beschwerdeführerin wegen überhöhter Reserven bieten. Zwar werden in der KVV Mindestreserven festgelegt, doch findet sich keine analoge Regelung betreffend allfälliger Maximalreserven.

4.5 Das BAG übt seine Weisungsbefugnis gemäss Art. 21 Abs. 3 KVG und Art. 92 Abs. 5 KVV unter anderem mittels Kreisschreiben aus.

4.5.1 Das BAG führt in seinem Kreisschreiben Nr. 5.1 « Prämien der obligatorischen Krankenpflegeversicherung » vom 4. Juni 2008 (in Kraft getreten am 1. Juli 2008; ersetzt das Kreisschreiben 5.1 vom 9. Juni 2006 « Prämien der obligatorischen Krankenpflegeversicherung ») aus, dass dieses Kreisschreiben eine Zusammenfassung aller Vorschriften enthalte, die das BAG im Bereich der Prämien der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erlassen habe (...) (Ziff. 1).

Seine Praxis bei der Genehmigung der Prämientarife legt das BAG in diesem Kreisschreiben wie folgt dar (Ziff. 6):

« Prämien, die eindeutig missbräuchlich festgelegt wurden, werden nicht genehmigt. Dazu zählen insbesondere Prämien, welche

- nicht kostendeckend sind und damit die finanzielle Sicherheit des Versicherers kurz- oder mittelfristig gefährden können;
- nicht der Kostendeckung dienen und offensichtlich den faktischen Ausstieg aus der Versicherungstätigkeit im betreffenden Teil des Tätigkeitsgebiets bezwecken;
- massiv günstiger sind als der kantonale Durchschnitt und auf ein Versichertenwachstum ausgerichtet sind, welches die finanzielle Sicherheit des Versicherers gefährden würde.

(...) »

4.5.2 Zum Kreisschreiben Nr. 5.1 legte das BAG am 9. Juni 2006 ein Informationsschreiben an die KVG-Versicherer und ihre Rückversicherer betreffend die Genehmigung der Prämientarife 2007 bei. Das BAG informierte über die grundsätzlich unveränderte Aufsichtspraxis des BAG und über prämienrelevante Faktoren für die Prämienfestsetzung und -genehmigung 2007. Unter dem Titel « Prämienrelevante Faktoren für das Jahr 2007 » führte das BAG aus, dass die positiven Resultate der letzten Jahre dazu beigetragen hätten, dass im Jahr 2005 die gesetzlichen Reserven global überschritten worden seien. Mit der zusätzlichen, durch den BR beschlossenen Senkung der gesetzlichen Reserven stünden freie Mittel zur Verfügung, um die Prämienentwicklung zu dämpfen. Das BAG gehe davon aus, dass die Konkurrenzsituation unter den Versicherern den Einsatz dieser freien Mittel zu Gunsten der Prämien fördern werde, und es fordere die Versicherer auf, ihre Reserven auf dem gesetzlichen Minimum zu halten. Bundesrat Pascal Couchepin habe das BAG beauftragt, die in gewissen Kantonen bestehenden überschüssigen Reserven innerhalb von fünf Jahren senken und gleichzeitig in Kantonen mit ungenügenden Reserven erhöhen zu lassen. Die Versicherer würden aufgefordert, bei der Prämienfestsetzung mittelfristig ein Gleichgewicht zwischen den kalkulatorischen kantonalen Reserven herzustellen und mit den Prämien 2007 klare Trends zum Erreichen dieses Ausgleichs zu setzen.

Am 21. Mai 2007 richtete das BAG ein Informationsschreiben betreffend die Genehmigung der Prämientarife 2008 an die KVG-Versicherer und ihre Rückversicherer (...), mit im Wesentlichen gleichem Inhalt wie im Jahr 2006.

Mit Informationsschreiben vom 4. Juni 2008 betreffend die Genehmigung der Prämientarife 2009, als Beilage zum neuen Kreisschreiben Nr. 5.1 « Prämien der obligatorischen Krankenpflegeversicherung » (ersetzte das Kreisschreiben Nr. 5.1 vom 9. Juni 2006) führte das BAG erneut aus, die positiven Resultate der vergangenen Jahre hätten dazu beigetragen, dass die gesetzlichen Reserven insgesamt (ganze Schweiz) und in verschiedenen Kantonen massiv überschritten worden seien. Mit der zusätzlichen, durch den BR beschlossenen Senkung der gesetzlichen Reserven stünden ca. 1,25 Milliarden Franken freie Mittel zur Verfügung, um die Prämienentwicklung zu dämpfen. Das BAG fordere die Versicherer auf, diese freien Mittel zu Gunsten der Prämien einzusetzen. Für das Jahr 2009 müsse die Sicherheitsreserve folgenden Prozentsatz des Prämienbetrags erreichen: 10 % bei Versicherern mit mehr als 250'000 Versicherten, 10 % bei Versicherern mit zwischen 150'000 und 250'000 Versicherten, 15 % bei Versicherern mit zwischen 50'000 und 150'000 Versicherten, 20 % bei Versicherern mit weniger als 50'000 Versicherten. Bundespräsident Pascal Couchepin habe das BAG 2006 beauftragt, die in gewissen Kantonen bestehenden überschüssigen Reserven innerhalb von fünf Jahren auf das gesetzliche Minimum senken und gleichzeitig in Kantonen mit ungenügenden Reserven erhöhen zu lassen. Diese Vorgabe sei durch die Versicherer bisher nicht umgesetzt worden. Die Reserven seien in den letzten Jahren sogar noch erheblich gestiegen. Das BAG verlange deshalb von den Versicherern, dass sie die überschüssigen Reserven abbauten (vor allem in den Kantonen Waadt, Genf und Zürich).

Das BAG hielt also in seinem Kreisschreiben Nr. 5.1 vom 4. Juni 2008 sowie in den dazugehörigen Informationsschreiben zusammengefasst fest, dass bei der Prämienfestsetzung der kantonalen Reservesituation Rechnung zu tragen sei und forderte die Versicherer auf, die vom BR beschlossene Senkung der gesetzlichen Reserven zu Gunsten der Prämien einzusetzen. Die Reserven seien auf dem gesetzlichen Minimum zu halten.

4.5.3 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass das Kreisschreiben Nr. 5.1 vom 4. Juni 2008 keine Maximalreserve vorschreibt, und dass sich die angefochtene Verfügung somit lediglich auf das Informationsschreiben des BAG vom 4. Juni 2008 betreffend die Genehmigung der Prämientarife 2009 stützen kann.

5. Im Folgenden werden die Materialien und die parlamentarischen Vorstösse daraufhin untersucht, ob sie Anhaltspunkte zur Kompetenz der Vorinstanz bieten, der Beschwerdeführerin die Genehmigung des Prämientarifs 2009 wegen überhöhter Reserven zu verweigern.

5.1 In der Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 (BBl 1992 I 93 ff., nachfolgend: Botschaft zur KVV) hielt der BR fest, jede Krankenkasse geniesse eine weitgehende Autonomie, sie sei aber auch selbst für die Einhaltung des Gleichgewichts zwischen Ausgaben und Einnahmen verantwortlich (Botschaft zur KVV, BBl 1992 I 95). Das Ausgabenumlageverfahren bedeute, dass die laufenden Ausgaben grundsätzlich durch die laufenden Einnahmen zu decken seien. Die Versicherer hätten also ihre Prämien so festzusetzen, dass sie damit die für die gleiche Periode geschuldeten Leistungen decken könnten. Ob dies tatsächlich der Fall sei, werde aufgrund der Jahresrechnung festgestellt. Die Versicherer hätten aus ihren Einnahmen aber auch Reserven zu bilden, nämlich für bereits eingetretene Krankheiten und Reserven, denen keine eigentliche Verpflichtung gegenüberstehe, die aber die längerfristige Zahlungsfähigkeit des Versicherers garantieren sollten (Botschaft zur KVV, BBl I 192 zu Art. 52). Jeder Versicherer habe die zur Deckung seiner Ausgaben nötigen Prämien selber festzulegen. Im Gegensatz zur obligatorischen Unfallversicherung gebe es somit in der Krankenpflegeversicherung keine gemeinsamen Prämientarife der Versicherer (Botschaft zur KVV, BBl 1992 I 193 zu Art. 53).

5.2 Das damals zuständige Bundesamt für Sozialversicherung (BSV, heute: BAG) erläuterte die Änderung der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV) vom 6. Juni 2003 (in Kraft seit 1. Januar 2004, AS 2003 3249) in einem Kommentar. Es führte aus, dass die bedeutendsten Änderungen der Verordnungsrevision unter anderem die Reserven der Versicherer betreffen. Es handle sich um eine Harmonisierung der Reservensätze. Zur Verbesserung des Wettbewerbs unter den Versicherern werde eine Vereinheitlichung der minimalen Reserven auf dem Niveau der grossen Versicherer vorgeschlagen. Mit dieser Vereinheitlichung hätten alle Versicherer grundsätzlich die gleiche Ausgangslage auf dem Markt, und sie würden einen grösseren Spielraum im Finanzierungsbereich beziehungsweise in der Prämienfestsetzung erhalten. Kleinere oder mittlere Versicherer, deren Reservensätze zwischen 24 % und 182 % gelegen hätten, seien gegenüber den grösseren Versicherern wegen ihren höheren Reservenbedürfnissen benachteiligt gewesen. Um der Herabsetzung der Reserven jedoch Rechnung zu tragen, sollten diese Versicherer verpflichtet werden, einen Rückversicherungsvertrag abzuschliessen. Die einheitliche Festsetzung der minimalen Reservensätze auf 15 % bis 20 % werde nicht notwendigerweise oder in einem erheblichen Masse einen direkten substantiellen Einfluss auf das Prämienniveau haben, seien doch die Versicherer frei zu entscheiden, ob sie einen Teil der Reserven einsetzen würden. Die Aufsichtsbehörde könne den Versicherern diesbe-

zöglich keine Vorschriften machen. Die Reserven der Versicherer dienen ganz allgemein der finanziellen Sicherheit und dem Auffangen von Kostenschwankungen. Eine Unterscheidung zwischen Schwankungs- und Sicherheitsreserven erscheine nicht mehr als notwendig. Es werde daher vorgeschlagen, diese beiden Kategorien von Reserven zu streichen und nur noch Vorschriften für minimale Sicherheitsreserven vorzusehen.

5.3 (...)

In Erfüllung des Postulats Meinrado Robbiani verabschiedete der BR in seiner Sitzung vom 22. September 2006 den Bericht (siehe unter <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00295/index.html?lang=de>; zuletzt besucht am 25. November 2009) betreffend « Prämienfestsetzung und -genehmigung in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung ». Er erläuterte insbesondere Ablauf, Methode und Beurteilungskriterien bei der Prämien genehmigung, Transparenz der Finanzierung und der Prämienfestsetzung gegenüber den Versicherten sowie den Handlungsbedarf bezüglich der Prämien genehmigung und der Information der Versicherten.

(...)

Das BAG prüfe, ob die gesetzlichen Minimalreserven vorhanden seien und mit der vorgesehenen Prämienfestsetzung auch zukünftig vorhanden seien, und damit die Solvenz der einzelnen Versicherer. Es sei zwingend darauf zu achten, dass eine Veränderung der Reserven, z. B. aufgrund einer Senkung der gesetzlichen Mindestreserven, nicht zu rasch geschehe. Ein übermässiger Einsatz von Reservegeldern zu Gunsten der Prämienentwicklung würde zum Beispiel das Prämienniveau stark unter das Kostenniveau bewegen, was eine überproportionale Prämien erhöhung im Folgejahr zur Folge hätte. Eine allzu rasche Änderung der Reservesituation eines Versicherers könne zu einer sehr unstetigen Prämienentwicklung führen. Die Senkung oder Äufnung der Reserven eines Krankenversicherers wirke sich immer auch auf weitere Strukturmerkmale aus. So könne eine tiefe oder hohe Prämie je nach Ausgangslage und gewünschtem Ziel bezüglich Reserven aufgrund der Marktposition der Prämie die Risikostruktur und/oder den Versichertenbestand eines Krankenversicherers massgeblich beeinflussen. Diese Veränderungen könnten die gewünschten Änderungen der Reservequote vollständig kompensieren, eventuell sogar überkompensieren, indem zum Beispiel aufgrund des grösseren Prämien volumens wieder mehr Reserven geäufnet werden müssten oder sich die Kosten des Krankenversicherers aufgrund der Veränderungen der Risikostruktur massgeblich verändern würde. Die Reservequote sei daher als Steuerungsgrösse ungeeignet. Sie

diene lediglich als Kennzahl zur Beurteilung der finanziellen Situation eines Krankenversicherers (...).

5.4 (...)

5.5 (...)

5.6 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sowohl der Auffassung des BR, des Vorstehers des Eidgenössischen Departements des Inneren wie auch eines Teils der Parlamentarier entspricht, dass in einzelnen Kantonen die Reserven der Krankenversicherer zu hoch und in anderen zu niedrig seien; diese Reserven seien daher über einen Zeitraum von einigen Jahren hinweg anzugleichen. Das Parlament hat sich mit der Festlegung der Prämien und der Bedeutung der Reserven im Rahmen der einschlägigen parlamentarischen Vorstösse auseinandergesetzt, ohne sich allerdings in Bezug auf das Erfordernis gesetzgeberischer Massnahmen zur Durchsetzung einer Reservensenkung zu äussern.

Unbestritten ist, dass weder das KVG noch die KVV eine eindeutige rechtliche Grundlage zur Festlegung einer Maximalreserve bieten. Unterschiedliche Aussagen sind hingegen betreffend die Frage zu finden, ob die Finanzierungsbestimmungen des KVG und der KVV diese Kompetenz implizit mitumfassen. So hat der BR im Kommentar zur KVV-Revision vom 6. Juni 2003 (AS 2003 3249) festgehalten, dass die Aufsichtsbehörde den Versicherern keine Vorschriften dazu machen könne, ob sie einen Teil der Reserven – nach Senkung der minimalen Reservesätze auf Verordnungsstufe – für die Prämiensenkung einsetzen sollten. Die Versicherer seien diesbezüglich frei (vgl. E. 5.2). Demgegenüber hat Bundesrat Pascal Couchepin in der Ständeratssitzung vom 2. Oktober 2008 anlässlich der Erläuterung der bundesrätlichen Antwort zur Interpellation Anita Fetz vom 10. Juni 2008 die Haltung vertreten, er sei auch ohne formelle Regelung befugt, die Weisung zu erteilen, dass die Prämiengenehmigung wegen zu hoher Reserven zu verweigern sei (...).

6. Nachfolgend wird die Rechtsprechung des BR bezüglich Prämienfestsetzung und Reservebildung untersucht.

6.1 (...)

6.2 (...)

6.3 (...)

6.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das BSV (heute BAG) gemäss bundesrätlicher Rechtsprechung Zurückhaltung zu üben habe betreffend Anordnungen, die sich auf die finanzielle Sicherheit der Kasse und das kantonale finanzielle Gleichgewicht auswirken könnten. Es be-

stehe kein zwingendes Bedürfnis, die bestehende Marktsituation und den Wettbewerb einzuschränken. Eine Pflicht, die Prämien zu Lasten der Reserven zu verbilligen, bestehe nicht.

7. In diversen Forschungsberichten beziehungsweise Gutachten zum Thema Prämiengenehmigung wird die Gestaltung der Reserven diskutiert:

7.1 (...)

7.2 (...)

7.3 (...)

7.4 (...)

8. Das BVGer kommt aufgrund der dargelegten Erwägungen zu den nachfolgenden Schlussfolgerungen:

8.1 Das Verfahren der Prämienenehmigung entspricht staatlicher Preisregulierung. Die Geschäftstätigkeit der Krankenversicherer fällt unter den Schutzbereich der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV. Staatliche Massnahmen, welche die Autonomie der Versicherer und damit die Wirtschaftsfreiheit beeinträchtigen, sind daher nur zulässig, wenn sie auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sind und den Kernbereich der Wirtschaftsfreiheit beachten (Art. 36 BV). Die Einschränkung eines verfassungsmässigen Rechts bedarf grundsätzlich einer formellgesetzlichen Grundlage (Art. 164 Abs. 1 Bst. c BV). Die Regelung der Grundrechtseinschränkung auf Verordnungsstufe ist nur dann zulässig, wenn deren grundlegende Elemente bereits in einem formellen Gesetz enthalten sind (vgl. BGE 130 I 26 E. 4–6 mit Hinweisen).

8.2 Das KVG legt die Grundprinzipien der Finanzierung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sowie der Prämienfestlegung für die Versicherten fest. Die KVV konkretisiert diese Finanzierungsgrundsätze; sie regelt (u. a.), wie die Versicherer die finanzielle Sicherheit der Versicherung zu gewährleisten und die Prämien für die Versicherten zu bestimmen haben. Als erforderlich wurde dabei die Bestimmung einer zweijährigen Finanzierungsperiode sowie einer minimalen Sicherheitsreserve erachtet (Art. 78 KVV).

Eine Maximalreserve oder anderweitige Bestimmungen zur zwangsweisen Durchsetzung einer Reservesenkung wurden jedoch weder im Gesetz noch in der Verordnung verankert (vgl. E. 4).

Sowohl den Expertenberichten zur Frage der Prämien genehmigung (...) und den einschlägigen parlamentarischen Debatten (...), dem Kommentar des BSV zur KVV-Revision vom 6. Juni 2003 (AS 2003 3249; E. 5.2) wie auch der Rechtsprechung des BR (E. 6) ist zu entnehmen, dass die Höhe der Reserven eine massgebende Bedeutung betreffend die Sicherheit eines Versicherers hat. Während die Festlegung einer unteren Grenze in der KVV für die Gewährleistung der Sicherheit als erforderlich erachtet wurde, wurde auf die Festlegung einer oberen Grenze verzichtet. Letzteres wurde offensichtlich weder als notwendig noch als zulässig erachtet, was im Kommentar zur KVV-Revision vom 6. Juni 2003 (E. 5.2), im Bericht des BR zur Interpellation Meinrado Robbiani (...) und im Gutachten von Prof. Gerhard Schmid vom 17. Mai 2000 (...) zum Ausdruck kommt. Einerseits soll der Wettbewerb unter den Krankenversicherern dafür sorgen, dass ein Versicherer hinreichende Anreize zur Prämiensenkung und in diesem Zusammenhang zur Senkung der Reserven hat, andererseits soll die Aufsichtsbehörde nicht ohne Not in die Verantwortung der Versicherer betreffend ihre finanzielle Sicherheit eingreifen. Die erklärte Auffassung selbst des Verordnungsgebers war es, dass die Versicherer – im Gegensatz zur erfolgten Festlegung von Minimalreserven – grundsätzlich frei seien zu entscheiden, ob sie überschüssige Reserven zur Prämiensenkung einsetzen wollten, und dass die Aufsichtsbehörde ihnen keine diesbezüglichen Vorschriften machen könne (vgl. E. 5.2).

Offensichtlich hat das heute zuständige BAG als Prämien genehmigungsbehörde zwischenzeitlich seine Auffassung geändert. Es hat die Prämien genehmigung verweigert mit der Begründung, die Reserven der Beschwerdeführerin seien zu hoch. Nicht gerügt wurde hingegen, die Prämien entsprächen nicht den vom BAG festgelegten Minimal- oder Maximalprämien, hat sich die Beschwerdeführerin doch an diese Vorgaben gehalten und im Vergleich zu anderen Versicherern niedrige Prämien zur Genehmigung unterbreitet.

Gemäss Art. 60 Abs. 1 KVG hat der Versicherer für bereits eingetretene Krankheiten und zur Sicherstellung der längerfristigen Zahlungsfähigkeit ausreichende Reserven zu bilden. Dieser gesetzliche Auftrag geht der Verordnungsbestimmung vor, die Prämien so zu gestalten, dass das Gleichgewicht zwischen Einnahmen und Ausgaben für eine Finanzierungsperiode von zwei Jahren sicherzustellen sei (Art. 78 Abs. 1 KVV). Ist aber bereits umstritten, inwieweit die Regelung von Art. 78 Abs. 1 KVV mit Art. 60 Abs. 1 KVG vereinbar ist, so lässt sich die Forderung nach Senkung der Reserven wegen Verletzung von Art. 78 Abs. 1 KVV nicht mit der ergänzenden Argumentation der Vorinstanz untermauern,

die Höhe der Reserven sei – unabhängig von der Prämienhöhe – rechtsmissbräuchlich.

8.3 Mit Blick auf den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, die massgebende Regelung in Gesetz und Verordnung und die Bedeutung des Eingriffs in die finanzielle Selbstverantwortung der Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung kommt das BVGer zum Schluss, dass sich die angefochtene Verfügung nicht auf eine hinreichende Rechtsgrundlage stützen kann und die Beschwerde daher gutzuheissen ist. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben, und die Akten sind zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück zu weisen.

Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, die Rügen der Beschwerdeführerin betreffend Verletzung des Verhältnismässigkeits- und Gleichbehandlungsgebots zu prüfen.