

**Verwaltungsorganisationsrecht –
Staatshaftungsrecht –
öffentliches Dienstrecht**

**Droit public de l'organisation –
responsabilité des collectivités
publiques – fonction publique**

**Jahrbuch / Annuaire
2006**



Stämpfli Verlag AG Bern
Stämpfli Editions SA Berne

2007

8

Aufsicht in der Krankenversicherung: Wo steht der Branchenverband «santésuisse»?*

Von Prof. Dr. RENÉ RHINOW und Prof. Dr. REGULA KÄGI-DIENER

Inhalt

1.	Einleitung.....	58
1.1	Grundzüge der Rechtslage in der Krankenversicherung.....	58
1.2	Problemstellung.....	59
2.	Besonderheiten der rechtlichen Situation.....	59
2.1	Gesundheitswesen als öffentliche Aufgabe.....	59
a)	Gesundheitswesen als Teilgehalt der Sozialstaatlichkeit.....	59
b)	Krankenversicherung als öffentliche Aufgabe.....	60
2.2	Die Stellung der Krankenkassen.....	60
a)	Beschränkte Privatautonomie.....	60
b)	Hoheitsgewalt (Verfügungsgewalt).....	61
c)	Stellung zwischen privatem und öffentlichrechtlichem Subjekt.....	62
2.3	Rechtsfolgen der Beleihung.....	62
a)	Grundsätzlich.....	62
b)	Aufsicht und Gesetzmässigkeitsprinzip.....	63
2.4	Art der Aufsicht und rechtlicher Rahmen.....	64
3.	Einzelfagen.....	65
3.1	Staatliche Aufsicht und die Übertragung von Tätigkeitsbereichen der Krankenkassen an den Verband....	65
a)	Tätigkeitsbereiche ausserhalb der sozialen Krankenversicherung.....	65
b)	Tätigkeiten im Zusammenhang mit der sozialen Krankenversicherung.....	66
c)	Problematik eines Dachverbandes mittelbarer Verwaltungsträger nach KVG (konkret der «santésuisse»).....	69
d)	Grundrechtsbindung als Schranke der Auslagerung.....	71
3.2	Folgen einer unzulässigen Übertragung.....	71
a)	Aufsicht als Tätigkeitsaufsicht.....	71
b)	Erweiterung der Aufsicht auf Privatrechtssubjekte ausserhalb des KVG?.....	72
3.3	Vorgehen im Aufsichtsfall.....	73
a)	Vorgehen gegenüber den Krankenversicherern.....	73

* Leicht überarbeiteter Auszug aus einem Gutachten zuhanden der Vereinigung «Cosano – Vereinigung für eine faire & soziale Medizin» mit deren freundlichen Genehmigung.

b)	Vorgehen gegen Dritte, insbes. gegen den Branchenverband	74
c)	Bemerkung zur Verantwortung des Gesetzgebers	74
3.4	Muss sich ein Dritter (konkret der Branchenverband) das Einschreiten der Aufsichtsbehörde gefallen lassen?	75
a)	Der Dritte als Usurpator monopolisierter Tätigkeit	75
b)	Der Dritte als Inhaber einer stillschweigenden Bewilligung.....	75
c)	Der Dritte als Beauftragter der beliebigen Krankenkassen	76
4.	Zusammenfassung.....	76

1. Einleitung

1.1 Grundzüge der Rechtslage in der Krankenversicherung

Das Bundesgesetz über die Krankenversicherung von 1996 (KVG; SR 832.10) beauftragt die privaten Krankenkassen (und unter bestimmten Bedingungen weitere private Versicherungsunternehmen) die so genannte soziale Krankenversicherung (Grundversicherung)¹ durchzuführen (Art. 11 KVG). Die soziale Krankenversicherung oder Grundversicherung erfasst eine Versicherung bei Krankheit und Mutterschaft, sowie subsidiär bei Unfall (Art. 1a KVG). Sie ist obligatorisch, doch können die Versicherten frei entscheiden, welcher der zugelassenen Krankenkassen oder Krankenversicherungen sie sich anschliessen wollen (Art. 4 KVG). Sofern die betreffende Krankenkasse an ihrem Wohnort tätig ist, besteht ein Anspruch auf Aufnahme.

Die Krankenkassen unterstehen für die soziale Krankenversicherung einem besonderen rechtlichen Regime (Art. 12 ff. KVG), namentlich was die Behandlung der Versicherten, die Organisation, die geschäftliche Orientierung und die finanzielle Sicherheit betrifft. Ob sie diese Vorschriften einhalten, wird primär über ein staatliches Bewilligungsverfahren gesichert (Kontrolle der Voraussetzungen im Rahmen der Erteilung bzw. des Entzugs der Bewilligung, Art. 13 KVG). Der Bundesrat hat darüber hinaus die Krankenversicherungen (allgemein) zu überwachen (Art. 21 KVG), wobei er sich für die Durchführung der Überwachung der sozialen Krankenversicherung gemäss Gesetz und zugehöriger Verordnung des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) bedient.

Die Krankenkassen arbeiten seit Ende des 19. Jh. in gewissen Bereichen zusammen, zunächst im Rahmen eines Freizügigkeitsverbandes, der 1891 in der Ostschweiz gegründet wurde. 1924 wurde das so genannte Krankenkassen-

¹ Siehe Art. 1a KVG.

senkonkordat gegründet, anschliessend ausgebaut und zunehmend professionalisiert, um die Interessen der Krankenkassen besser zu vertreten. Seit dem Jahre 2002 ist das Krankenkassenkonkordat durch seine Nachfolgeorganisation abgelöst worden, dem gesamtschweizerisch agierende Branchenverband «santésuisse». Die Krankenkassen übertragen diesem Verband gewisse Aufgaben; er will ihnen, nach eigener Darstellung, ein Dienstleistungsbetrieb und eine Interessenvertretung sein.

Während die Krankenkassen, wie erwähnt, der staatlichen Aufsicht unterstehen, hat sich das BAG dagegen verwahrt, die «santésuisse» in seine Aufsicht einzubeziehen. Es stellt sich auf den Standpunkt, seiner Aufsicht unterstünden nur die Krankenkassen, nicht aber der Verband.

1.2 Problemstellung

Vor diesem Hintergrund interessierte vorab, ob Tätigkeitsbereiche der Krankenkassen dadurch der staatlichen Aufsicht entzogen werden dürfen, indem sie auf den Verband übertragen werden oder ob nicht die «santésuisse» der Aufsicht zu unterstellen ist und diese aufsichtsrechtliches Vorgehen hinnehmen muss.²

2. Besonderheiten der rechtlichen Situation

2.1 Gesundheitswesen als öffentliche Aufgabe

a) Gesundheitswesen als Teilgehalt der Sozialstaatlichkeit

Die Schweiz versteht sich als liberaler und sozialer Rechtsstaat. Dies wird zum Ausdruck gebracht im verfassungsrechtlichen Ziel des Art. 2 Abs. 2 BV, wonach die «gemeinsame Wohlfahrt» zu fördern ist (Art. 2 Abs. 2 BV, SR 101). In die «gemeinsame Wohlfahrt» fällt auch das Gesundheitswesen. Das Gesundheitswesen ist zunehmend zentral für das Wohlbefinden des modernen Menschen. Es bildet darüber hinaus einen Gradmesser für die Leistungsfähigkeit und den Zustand einer Gesellschaft und ist ein bedeutsamer volkswirtschaftlicher Faktor. Rechtlich ist das Gesundheitswesen teilweise dem Bund überantwortet, teilweise und vor allem in der Umsetzung auch den Kantonen. Gründe für diese komplizierte Struktur sind vorab in der historischen Entwicklung zu suchen, weil die Gesundheitsversorgung von

² Eine (in diesem Auszug nicht behandelte) Sonderfrage stellte sich aus aktueller Sicht wegen einer zum Zeitpunkt der Begutachtung hängigen Volksinitiative: In diesem Zusammenhang wurde das Problem angeschnitten, ob Gelder, welche die «santésuisse» von den Krankenkassen erhält, für den Abstimmungskampf eingesetzt werden können. Dies wurde aus verfassungsrechtlichen Überlegungen wegen Verletzung der Stimmfreiheit und aus gesetzlicher Sicht wegen Verletzung der Zweckbindung der Prämiegelder verneint. Siehe dazu das gesamte Gutachten, www.consano.ch (12.01.2007).

unten her gewachsen ist.³ Sie liegen aber auch am herrschenden föderalistischen Verständnis, wonach staatliche Ziele und Aufgaben unter Ausnutzung verschiedener staatlicher Ebene erreicht bzw. erfüllt werden sollen und können.

b) Krankenversicherung als öffentliche Aufgabe

Die Sozialstaatlichkeit wird über eine Reihe von Verfassungsbestimmungen direkt und indirekt normiert. Sie wird im Bund insbesondere (aber nicht ausschliesslich) durch Versicherungslösungen umgesetzt. 1890 erhielt der Bund die Kompetenz und den Auftrag, im Bereich der Krankenversicherung zu legiferieren (Art. 34bis aBV)⁴. Er machte davon früh Gebrauch, belies aber die Durchführung der Krankenversicherung den Privaten. Während etwa in der Altersvorsorge und auch weitgehend in der Unfallvorsorge vom Bund selber Versicherungen eingerichtet wurden, basiert das Gesundheitswesen des Bundes bis heute auf (vorbestehenden) Strukturen der privaten Vorsorge. Private und Gemeinwesen arbeiten einander in die Hand, um eine vom Staat als zentral erkannte Aufgabe zu erfüllen. Indem die Verfassung den Bund in die Pflicht nimmt und dieser die Krankenversicherung stringent reguliert hat, wurde aber zum Ausdruck gebracht, dass die schweizerische Rechtsordnung das Gesundheitswesen als öffentliche Aufgabe betrachtet.⁵ Es ist demnach eine öffentliche Aufgabe, die durch das KVG teilweise aus der Verwaltung ausgelagert und Dritten übertragen ist. Es kann hier in Abgrenzung zur nachträglichen oder sekundären Auslagerung von originärer Auslagerung gesprochen werden, weil der Bund die Krankenversicherung nie selber führte. Dass Private wesentlich mitbeteiligt sind, macht die Aufgabe jedenfalls noch nicht zur privaten Aufgabe.

2.2 Die Stellung der Krankenkassen

a) Beschränkte Privatautonomie

1994 wurde das KVG total revidiert. Damit führte der Bund per 1. Januar 1996 eine in wesentlichen Bezügen neue Ordnung ein. Die neue Ordnung zeichnet sich vorab durch ein Obligatorium in der Grundversicherung der Krankenpflege für alle in der Schweiz wohnhaften Personen aus. Der Bund übertrug damals die Durchführung dieser obligatorischen Versicherung in

³ Siehe TOMAS POLEDNA, Gesundheit als Bundesaufgabe, in: TOMAS POLEDNA/UELI KIESER (Hrsg.), Gesundheitsrecht, Basel 2005, § 8, Rz. 19 ff., S. 21 ff.

⁴ Heute: Art. 117 BV.

⁵ Siehe BGE vom 19.09.2003, 2P.153/2003, E. 1.4: «Die soziale Krankenversicherung ist eine öffentlichrechtliche Aufgabe, die zwar teilweise von privatrechtlich organisierten Versicherern betrieben wird, aber für die Bevölkerung obligatorisch (Art. 3 KVG) und durch öffentlichrechtliche Vorschriften bis in die Details geregelt ist.»

erster Linie den (vorbestehenden) Krankenkassen (Art. 11 KVG).⁶ Die Privatautonomie der Kassen ist rechtlich stark beschränkt, sowohl was die Ausgestaltung ihrer Geschäftstätigkeit betrifft, wie was ihre Organisation, ihre Reservebildung und ihre strategische Ausrichtung anbelangt.⁷ Namentlich dürfen die Krankenkassen keinen Erwerbszweck verfolgen (Art. 12 Abs. 2 KVG). Sie unterliegen sodann einem Kontrahierungszwang, welcher sie verpflichtet, beitragswillige Personen in die Grundversicherung aufzunehmen.

b) Hoheitsgewalt (Verfügungsgewalt)

Bereits 1965 übertrug der Bund den (anerkannten) Krankenkassen im Gegenzug Hoheitsgewalt im Sinn einer Entscheidungsbefugnis, mit der sie Dritte (Versicherte) verpflichten konnten. Die Krankenversicherer erhielten Verfügungsbefugnis, die nach wie vor besteht (Art. 80 KVG). Verfügungen sind typische Handlungsformen der Verwaltung⁸ und die damit verknüpfte Hoheitsgewalt nimmt teil an der staatlichen Gewalt. Die Verfügungsbefugnis ist ein untrügliches Zeichen, dass es sich bei den Krankenkassen nicht um «gewöhnliche» private juristische Personen (Vereine oder andere nicht-gewinnorientierte juristische Personen) handelt, sondern dass sie in ihrer Funktion als Versicherer der Verwaltung zuzuordnen sind.⁹ Gelegentlich spricht man von so genannten parastaatlichen Organisationen.¹⁰

Private werden vor allem dann als Organe des Gemeinwesens bzw. der Verwaltung betrachtet, wenn sie anderen Privaten insofern übergeordnet sind, als sie diese einseitig verpflichten können.¹¹ Sie können alsdann als Organe der mittelbaren Staatsverwaltung bezeichnet werden. Mit Bezug auf ihre Aufgaben spricht man in solchen Fällen von einer Beleihung oder der Übertragung einer «Konzession des öffentlichen Dienstes».¹² Eine solche besteht für die Krankenkassen. Ihre «Verwaltungstätigkeit» ist die Grundversicherung, welche ihnen exklusiv überantwortet ist. Sie verlieren gleichzeitig mit Bezug hierauf den privaten Charakter und handeln in einem weiteren Sinne im Bundesauftrag; sie sind in ihrem Vorgehen nicht mehr frei,

⁶ In gewissen Fällen können auch andere Krankenversicherer mit der Durchführung betraut sein. Der Einfachheit halber wird nachstehend nur von Krankenkassen gesprochen.

⁷ Siehe dazu etwa TOMAS POLEDNA, Krankenversicherungen und ihre rechtliche Organisation, Zürich 2002, S. 50 f.

⁸ Siehe etwa PIERRE MOOR, Droit administratif, II, 2. Aufl. 2002, S. 5.

⁹ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Bern 2005, § 1 N. 5 (S. 2) zählen zur Verwaltung im organisatorischen Sinne alle «Privatrechtssubjekte, die mit der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben betraut sind.»

¹⁰ So etwa das Bundesamt für Justiz in einem Gutachten vom 10.11.1989, veröffentlicht in: VBP 54.36 (1990).

¹¹ Siehe VPB 70.54 (2006), S. 888.

¹² Siehe dazu Art. 178 BV, Art. 2 Abs. 4 RVOG. Zur Beleihung etwa MARKUS HEINTZEN, Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62, 240 ff.

sondern müssen sich den Grundsätzen unterziehen, die für die Verwaltung gelten.¹³

c) Stellung zwischen privatem und öffentlichrechtlichem Subjekt

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass eine Beleihung den Privaten eine gewisse Zwitterstellung verleiht. Die Zwitterstellung wird allerdings umso schwächer und umso mehr der Stellung der Verwaltung angenähert, je enger das Gesetz die Aufgabenerfüllung normiert. Die Krankenkassen verfügen in der Grundversicherung kaum über (privatautonom) Freiraum und unternehmerischen Gestaltungsspielraum.¹⁴ Das folgt aus ihrer starken Einbindung ins öffentliche Recht.

Die geringe Eigenständigkeit erklärt sich aus dem Umstand, dass den Krankenkassen die soziale Krankenversicherung nicht übertragen wurde, um die im freien Markt herrschenden Regulierungs- und Motivationskräfte zu nutzen. Dem Gesetzgeber war vielmehr bei der Neuordnung der Krankenversicherung daran gelegen, die historisch gewachsene Struktur mit ihrem Knowhow und dem (damals) vorhandenen Vertrauensbonus nicht vollständig umzukrempeln und diese Ressourcen nicht zu verspielen.

2.3 Rechtsfolgen der Beleihung

a) Grundsätzlich

Überträgt die öffentliche Hand eine öffentliche Aufgabe an Private, klickt sich der Staat im Prinzip aus der tatsächlichen Umsetzung aus. Er bleibt gleichwohl für die Aufgabe grundsätzlich weiterhin verantwortlich. Nach Lehre und Rechtsprechung werden die privaten Beliehenen deshalb

- der Aufsicht der öffentlichen Hand unterstellt,
- an die Grundrechte gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV),
- sowie auf weitere rechtsstaatliche und verfassungsmässige Grundsätze verpflichtet.

Diese Einbindung dient einerseits der Kontrolle, dass die öffentliche Aufgabe richtig erfüllt wird. Andererseits sollen mit ihr die Privaten geschützt werden, denn diese werden auf eine Beziehung zu den Beliehenen verpflichtet und – hier angesichts des Obligatoriums – gezwungen, mit ihnen zu verkehren.

¹³ Siehe z.B. ULRICH HAFELIN/GEORG MÜLLER, Allg. Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, N. 1532. - Vor 1996 hatten die Krankenkassen nicht die gleiche Stellung: sie waren private beitragsberechtigte Institutionen, die wesentlich weniger stark in die öffentlichrechtliche Rechtsordnung bzw. die Verwaltung eingebunden waren.

¹⁴ Diesen haben sie eigentlich nur in der Zusatzversicherung. Die Privaten können immerhin noch – im Prinzip – die Krankenkassen selber auswählen, wogegen die Krankenkassen diese akzeptieren müssen.

b) Aufsicht und Gesetzmässigkeitsprinzip

Die Aufsicht stellt eine besondere Beziehung zwischen Staat und Verwaltungsträgern her, konkret zwischen Bundesverwaltung und Krankenkassen. Sie richtet sich aus an der Erfüllung der übertragenen Aufgabe sowie an Ziel und Zweck des betreffenden Gesetzes (hier des KVG). Sie wird regelmässig normativ ausgestaltet. Sie ergibt sich deshalb im einzelnen aus der konkreten Gesetzgebung oder – was hier keine Rolle spielt – aus der betreffenden Konzession. Die der Aufsicht Unterstellten haben das Recht, zu wissen, was für sie gilt und inwieweit sie frei oder gebunden agieren können. Das in Art. 5 Abs. 1 BV verankerten Gesetzmässigkeitsprinzip garantiert ihnen ein vorausehbares, mit den Garantien des Rechts ausgestattetes, gleichmässig anwendbares weil generell gültiges Vorgehen der Aufsichtsbehörde.

In diesem Zusammenhang ist aber folgendes zu beachten:

- Selbst wenn die Aufsicht nicht normiert ist, lässt sich diese sich aus der Letztverantwortung des Bundes ableiten. Man nimmt auch in diesen Fällen, in denen das Gesetz sich über Einzelheiten der Aufsicht aus-schweigt, an, dass die Beliehenen verpflichtet sind, aufsichtsrechtliches Vorgehen der öffentlichen Hand zu beachten. Das Bundesamt für Justiz hat bereits 1990 zu Recht festgestellt, dass selbst ohne gesetzliche Grundlage ein minimales Aufsichtsrecht des Bundes zu bejahen ist, so-wweit Bundesaufgaben von Dritten erfüllt werden¹⁵.
- Wo keine besondere gesetzliche Normierung besteht, dürfen Aufsichts-mittel nur in zurückhaltender Weise eingesetzt werden. Zulässig sind zumindest laufende Beobachtung der Aufgabenerfüllung, Erlass von Empfehlungen u.dgl.
- Gewisse Autoren verlangen aber auf jeden Fall eine effektive Aufsicht. Der Gesetzeszweck muss trotz der Beleihung erreicht werden. Dieses Ef-fektivitätsgebot bedeutet, dass eine Fachaufsicht verlangt ist, wenn die Tätigkeit der Beliehenen (hier der Krankenkassen) gesetzlich offen gere-gelt wird. Dagegen kann eine Rechtsaufsicht ausreichen, sofern die Tä-tigkeit der Privaten stark durchnormiert ist.¹⁶
- Bei der Frage, welche Anforderungen an die Gesetzmässigkeit aufsichts-rechtlichen Einschreitens gestellt werden sollen, spielt sodann eine Rolle, dass Organe der Verwaltung, auch der mittelbaren Verwaltung, sich in bezug auf ihre Tätigkeit nicht in einer grundrechtlich geschützten Positi-on befinden. In den Fällen, in denen Grundrechte tangiert sind, gelten strikte Voraussetzungen, damit der Staat gegen Private vorgehen kann.¹⁷

¹⁵ VPB 54.36 [1990], S. 238 lit. D.

¹⁶ HEINTZEN, (FN 12), S. 242 f. in Anschluss an einen Entscheidung des Bremischen Staatsgerichts-hofs vom 15.01.2002.

¹⁷ Geregelt in Art. 36 BV: Danach müssen schwere Einschränkungen im Gesetz selber (also nicht in Verordnungen oder dgl.) vorgesehen sein. Ausserdem muss ein öffentliches Interesse vorlie-gen und die Einschränkungen haben dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu gehorchen.

Diese Voraussetzungen sind gegenüber den Krankenkassen nicht anwendbar. Eingriffe in die Selbstbestimmung oder die Geschäftstätigkeit der Krankenkassen, die sich aus der Aufsichtsverantwortung des Bundes ergeben, dürfen deshalb auch dann vorgenommen werden, wenn sie nicht ausdrücklich vorgesehen sind.¹⁸

2.4 Art der Aufsicht und rechtlicher Rahmen

Wie erwähnt wird eine Aufgabe – hier die soziale Krankenversicherung oder Grundversicherung – nicht zur privaten Aufgabe auch wenn Private mit der Ausführung betraut sind; sie behält ihren öffentlichen Charakter. Der Bund hat zwar die Verantwortung für die Durchführung (sog. Erfüllungsverantwortung) abgegeben, er übernimmt aber eine sog. Gewährleistungsverantwortung. Diese richtet sich gegen die Krankenkassen als Trägerinnen der Grundversicherung als solche und nicht gegen einzelne Einheiten oder Personen derselben (sog. Verbandsaufsicht).

Die soziale Krankenversicherung ist in der Schweiz durch eine vielfältige Trägerlandschaft gekennzeichnet. Da der Bund jeden einzelnen Versicherer der sozialen Krankenversicherung (Krankenkasse) beaufsichtigen muss, hat er notfalls auch gegen jeden von ihnen, gegen mehrere zusammen oder gar gegen alle vorzugehen. Im Vergleich zum «normalen» Fall der Beleihung an eine einzelne Institution oder an wenige Institutionen findet sich hier eine komplizierte Situation. Sie rechtfertigt aber deshalb keinesfalls eine weniger strikte Aufsicht. Gegenteils birgt die Zersplitterung selber gewisse Gefahren, die nach einer erhöhten Aufmerksamkeit in der Aufsicht rufen. Bei Absprachen unter den diversen Krankenkassen können sich faktische Machtballungen geben, welche ebenfalls eine besondere Sorgfalt des Bundes in der Aufsicht rechtfertigen. Es sei an dieser Stelle bemerkt, dass der Gesetzgeber wohl nicht zufällig die Zusammenschlüsse der Krankenkassen beschränkt hat (Art. 18 und 19 KVG). Darauf wird noch zurückgekommen.

Der Bund muss kontrollieren und gewährleisten, dass jede einzelne Krankenkasse die soziale Krankenversicherung tatsächlich erfüllt (Ergebnisversicherung) und im Sinne des gesetzlichen Auftrages verwirklicht. Es kommt ihm also eine Ergebnisverantwortung zu. Die öffentliche Hand hat auch weiterhin für die Qualität einzustehen (sog. Qualitätsverantwortung). Sie setzt dies mittels Qualifikationsanforderungen an die Krankenkassen um. In diesem Zusammenhang geht es vor allem um die Auswahl der beliehenden Privaten (Mittel: Bewilligungserteilung) und um die Beibehaltung der Qualifikation (Bewilligungsentzug beim Fehlen der Voraussetzungen als letzte Massnahme). Sowohl aus Gründen der Ergebnis- wie der Qualitätssicherung hat die Aufsicht über die organisatorische Unabhängigkeit der Krankenkassen

¹⁸ POLEDNA, (Fn. 7), S. 28 spricht mit Bezug auf die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für administrative Rechtsnachteile bzw. aufsichtsrechtliches Vorgehen von «Grosszügigkeit» der Praxis.

sen zu wachen, also eine Organisationsform zu verlangen, welche gewährleistet, dass die Krankenkassen nicht auf Fremdinteressen Rücksicht nehmen müssen, dass sie sich ihre Entscheidungs- und Handlungsautonomie bewahren, und dass die Krankenkassen die Wahrnehmung der sozialen Krankenversicherung optimal verfolgen können.¹⁹ Den gleichen Zweck verfolgt auch die Beschränkung des Tätigkeitsbereichs der Krankenkassen (dazu mehr unten). Letztlich ist und bleibt die öffentliche Hand auch dafür verantwortlich, dass der Schutz Dritter (in unserem Fall vor allem der Versicherten) sichergestellt ist. Hierfür wurden – im Fall der Krankenversicherung – Rechtsschutzverfahren eingerichtet.²⁰ Wie bereits ausgeführt, muss die Aufsicht effektiv sein.

3. Einzelfagen

3.1 Staatliche Aufsicht und die Übertragung von Tätigkeitsbereichen der Krankenkassen an den Verband

a) Tätigkeitsbereiche ausserhalb der sozialen Krankenversicherung

Grundsätzlich ist es möglich, dass Beliehene auch Tätigkeitsfelder haben, die sich ausserhalb der ihnen übertragenen öffentlichen Aufgabe bewegen. Das trifft für die Krankenkassen insofern zu, als sie neben der Grundversicherung andere Versicherungen anbieten und v.a. im Bereich der Zusatzversicherung tätig sein können (Art. 12 Abs. 2 KVG).²¹ Dieser Bereich darf indessen nur nebensächlich sein, sieht doch Art. 12 Abs. 1 KVG wörtlich vor, dass Krankenkassen «hauptsächlich» die soziale Krankenversicherung betreiben müssen. Aus Art. 12 Abs. 1 KVG kann sodann gefolgert werden, dass sich die ausserhalb der Grundversicherung wahrgenommene Tätigkeit dieser jedenfalls unterordnen muss, namentlich deren Erfüllung, Zweck und Ziel nicht tangieren darf. Aktivitäten ausserhalb der Versicherungstätigkeit dürfen die Krankenkassen nicht aufnehmen.²²

Soweit die Krankenkassen Zusatzversicherungen (und andere Versicherungen) anbieten, unterliegen sie ebenfalls einer Aufsicht, allerdings nicht derselben, wie für die soziale Krankenversicherung. In diesem Fall richtet sich die Aufsicht nach den Grundlagen, wie sie auch für andere Versiche-

¹⁹ So zutreffend POLEDNA, (Fn. 7), S. 24.

²⁰ Siehe zum Ganzen etwa ANDREAS VOSSKUHLE, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 308 ff.

²¹ Daneben können sie auch «weitere Versicherungsarten» in einem gewissen Rahmen und u.U. Rückversicherungen betreiben (Art. 12 Abs. 2 und 4 KVG).

²² Der bundesrätliche Entwurf zum KVG zählte die zulässigen Versicherungen ausdrücklich auf (Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, BBl 1992 I 93 ff. insbes. S. 259 f.), das geltende Gesetz verzichtete auf diese Aufzählung, ohne den Grundsatz ändern zu wollen, dass nur Versicherungen angeboten werden können, die einen Zusammenhang mit der sozialen Krankenversicherung haben.

Träger gelten.²³ In den Tätigkeitsfeldern, in denen die Krankenkassen frei (autonom) sind, kann die Aufsicht nach KVG sich grundsätzlich nicht entfalten. Es ist dem Bundesamt für Sozialversicherung folglich verwehrt, dafür Weisungen zu erlassen.²⁴ Hingegen kann es die Krankenkassen selbstverständlich anhalten, jede Tätigkeit, die mehr als nur nebensächlich ist, aufzugeben, und es kann notfalls aufsichtsrechtlichen Schritte einleiten. Diese Kompetenz ergibt sich aus der Aufsichtskompetenz über die Grundversicherung und stützt sich materiell auf Art. 12 Abs. 1 KVG. Sie wird durch den Umstand, dass für daneben ausgeübte Versicherungen allenfalls eine Bewilligung des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vorliegt, nicht aufgehoben.

Die neben der Grundversicherung ausgeübten Aktivitäten können auch wieder aufgegeben und gegebenenfalls an andere übertragen werden. Aus Sicht des KVG lässt sich nichts dagegen einwenden, wenn nebensächlich ausgeübte Tätigkeiten ausserhalb der Grundversicherung ganz oder teilweise anderen Versicherungsträgern abgegeben werden. Damit verbundene Hilfstätigkeiten oder versicherungsakzessorischen Aktivitäten können ausserhalb der sozialen Krankenversicherung auch auf einen (Branchen-)Verband übertragen werden. Sie unterstehen, wie bereits ausgeführt, ohnehin nicht der eigentlichen Aufsicht gemäss KVG.

b) Tätigkeiten im Zusammenhang mit der sozialen Krankenversicherung

Anders präsentiert sich die Lage, wenn Tätigkeiten, die im Zusammenhang mit der sozialen Krankenversicherung stehen, angesprochen werden.

– Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass es die Krankenkassen sind, die für die soziale Krankenversicherung zugelassen wurden und nicht andere Dritte, die möglicherweise ebenfalls (oder besser) in der Lage wären, diese ganz oder teilweise wahrzunehmen. Die Krankenkassen dürfen wohl Dritte für ihre Aktivitäten im Sinne von Hilfspersonen heranziehen, nicht aber ihnen Aktivitäten eigenverantwortlich überlassen. Würden sie ihren Auftrag in substantiellen Teilen abgeben, würden sie nicht nur die Zulassungsbewilligung strapazieren, sondern zudem die Aufsicht über die abgegebene Tätigkeit ausschalten. Beides würde eine Umgehung der Beleihungsordnung darstellen, die rechtlich keinen Schutz finden kann. Es wäre alsdann Pflicht der Aufsichtsbehörde, Massnahmen gegen die Übertragung zu ergreifen. Es ist jedenfalls solange unzulässig, Aufgaben der Grundversicherung autonom durch Dritte wahrnehmen zu lassen, als es der Aufsichtsbehörde nicht möglich ist, auch die entsprechenden Dritten ihrer Aufsicht zu unterstellen.

²³ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG), SR 961.01.

²⁴ So allgemein TSCHANNEN/ZIMMERLI a.a.O. (Fn. 9), § 5 N. 28.

Nun bestimmt allerdings Art. 46 der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV, SR 832.102) in Anschluss an Art. 43 Abs. 4 KVG, dass (auch) die Verbände der Versicherer Tarifverträge mit den Leistungserbringern oder ihren Verbänden schliessen können. In dieser Hinsicht ging der Verordnungsgeber von der Zulässigkeit einer Übertragung aus. Konsequenterweise muss sich deshalb die staatliche Aufsicht auf diese Tätigkeit erstrecken. Die Tarifverträge sind von den Kantonsregierungen oder dem Bundesrat zu genehmigen (Art. 46 Abs. 4 KVV), wodurch die öffentliche Hand involviert wird. Die Grundaufsicht muss darüber hinaus bejaht werden.

– Auf jeden Fall bleiben die Krankenkassen für die Dritten anvertrauten Aktivitäten verantwortlich gegenüber der Aufsichtsbehörde und müssen in der Lage sein, die ausgelagerte Tätigkeit jederzeit wieder an sich zu ziehen.

Vor diesem Hintergrund erscheint Art. 17 der Statuten der «santésuisse» fragwürdig: Die Bestimmung zuerkennt «santésuisse» eine generelle Vollmacht für Auseinandersetzungen bei Vertrags- und Tariffdifferenzen (mit Leistungserbringern). Mit dem Beitritt zum Branchenverband stimmt die Krankenkasse dieser generellen Vertretung zu. Auch wenn die Mitglieder «im Einzelfall auf die Vertretung verzichten» können, bleibt die statutarische Generalvollmacht bedenklich.

– Auslagerungen von Teilen der mit der sozialen Krankenversicherung zusammenhängenden Tätigkeit auf ein anderes Privatrechtssubjekt – auch auf einen Branchenverband – sind deshalb grundsätzlich nur mit einer Bewilligung der Aufsichtsbehörde (BAG) zulässig (formelle Anforderung). Dies ergibt sich direkt aus der Bewilligungsanforderung für die sozialen Krankenversicherer und bedarf keiner weiteren gesetzlichen Grundlage. Die dritten Privatrechtssubjekte sind denselben Qualitätsanforderungen zu unterstellen, wie sie für Krankenkassen gelten.

– Auslagerungen sind selbst unter dieser Voraussetzung dann nicht zulässig, wenn die Ziele des KVG direkt oder indirekt verletzt bzw. wenn diese Ziele unterlaufen würden. Das bedeutet konkret, dass eine Betrauung Dritter durch die Krankenkassen nicht erlaubt ist, wenn die Gestaltungs-kriterien für die Grundversicherung des Art. 13 Abs. 2 KVG tangiert werden. Dieser Artikel verpflichtet die Krankenkassen (bzw. Versicherer) u.a. auf

– den Grundsatz der Gegenseitigkeit (worin insbesondere enthalten ist, dass die Krankenkassen nicht gewinnstrebig sein dürfen und Überschüsse im Interesse sämtlicher Versicherter verwenden müssen²⁵), und

– die Zweckbindung der Mittel der sozialen Krankenversicherung: Art. 13 Abs. 2 lit a KVG verpflichtet die Krankenkassen darauf, diese

²⁵ POLEDNA (Fn 7), S. 20 f. mit Hinweisen.

Mittel nur zum Zwecke der Grundversicherung zu verwenden. Insofern verwalten die Krankenkassen die Prämiegelder quasi «treuhänderisch» für die Versicherten;²⁶

Vor diesem Hintergrund ist es fragwürdig, wenn die sozialen Krankenversicherer, wie dies Art. 23 der Statuten der «santésuisse» vorsieht, aus den Versichertengelder der obligatorischen Krankenversicherung Beiträge für den Branchenverband abzweigen, zumal die Verwendung dieser Gelder zugunsten der Versicherten kaum kontrolliert wird (der Verwaltungsrat der «santésuisse» definiert die Bedürfnisse des Branchenverbandes). Dass es sich pro versicherter Person um eine geringfügige Summe handelt, ist unerheblich. Entscheidend ist vielmehr, dass damit jährlich Millionen von Franken nicht für Leistungen an die Versicherten eingesetzt werden. Mit Grund hat der Gesetzgeber eine andere Regelung für die gemeinsamen Einrichtungen gemäss KVG gewählt (siehe dazu unten Bst. c S. 69).

- Verlangt werden ferner eine zweckmässige Organisation, was ein ausreichendes Qualitätsniveau erfordert, ein wirtschaftliches Management sowie die fachlichen und personellen Ressourcen, um die soziale Krankenversicherung richtig durchzuführen. Dazu gehört auch Unabhängigkeit in der Verfolgung der Aufgabe. Diese letzte Anforderung wird verletzt, wenn auf fremde Interessen Rücksicht genommen werden muss.²⁷

Aus diesem Grunde dürfen die operative und die strategische Leitung nicht ausgegliedert werden.

- Auslagern dürfen die Krankenkassen freilich etwa administrative Tätigkeiten. Sobald diese zentral sind für ihre Leistungspflicht in der Grundversicherung oder relevant werden für ihre aus der Beleihung resultierende, besonders starke Stellung gegenüber den Versicherten oder den Leistungsträgern (Ärzten, Spitäler), ist die Auslagerung indessen nicht erlaubt. Vor diesem Hintergrund erscheint es höchst fragwürdig, wenn sie hoheitliche oder hoheitsähnliche Tätigkeit, welche auf die Rechtsstellung der Versicherten oder Leistungsträger bestimmenden Einfluss haben, abgeben (wie Verfügungen bei Kostenstreitigkeiten, Ausschluss von Leistungserbringern oder Versicherten, Aufnahme von Versicherten udgl.).

Tatsächlich hat sich die Praxis über diese Auffassung hinweggesetzt: Die «santésuisse» erteilt oder verweigert Leistungserbringern die sog. Zahlstellen-Register-Nummer (ZSR-Nr.), welche ihnen erst die Abrechnung mit den Krankenkassen ermöglicht. Es handelt sich hierbei, wie das EVG zu Recht feststellte, um einen Akt, der die Rechtsbeziehung zwischen Leistungserbringer und Versicherer «sowohl tatsächlich wie rechtlich

beeinflusst» und normative Bedeutung hat, auch wenn der Zulassungsentscheid (nach Gesetz) den Versicherern als hiezu vorgesehene Organen gesetzlich vorbehalten bleibt. Das EVG unterstellte den Entscheid des Branchenverbandes deshalb dem speziellen sozialversicherungsrechtlichen Rechtsweg.²⁸

Diese Verhältnisse sind zu beachten, wenn die «santésuisse» als «Dienstleistungsbetrieb» von den Krankenkassen «benutzt» wird.

- c) Problematik eines Dachverbandes mittelbarer Verwaltungsträger nach KVG (konkret der «santésuisse»)

Das KVG ordnet, wie erwähnt, die Krankenversicherer. Daneben sieht es sehr beschränkt Institutionen vor, denen die Krankenkassen angehören können oder müssen:

- Art. 18 KVG bestimmt, dass die Krankenversicherer für die Grundversicherung sich in der sog. «Gemeinsamen Einrichtung» zusammen zu schliessen haben. Es handelt sich dabei um eine Stiftung. Dieser sind näher bestimmte gesetzlich Aufgaben übertragen; die Versicherer können ihr zusätzlich im gegenseitigen Einvernehmen «Aufgaben von gemeinsamen Interesse anvertrauen, namentlich im administrativen und technischen Bereich».²⁹ Die Krankenversicherer haben Beiträge zu entrichten, die reglementarisch festgelegt sind. Das Gesetz hat damit ein Instrument geschaffen, welches für die zersplitterte Trägerschaft der Grundversicherung Aufgaben zentral wahrnehmen kann. Indem die Gemeinsame Einrichtung als Stiftung ausgestaltet wird, ist eine Gewinnstrebigkeit ausgeschlossen und ihre strategische Handlungsfreiheit zum vornehmsten anhand eines Rahmens definiert. Die Gemeinsame Einrichtung ist auch einer staatlichen Aufsicht unterstellt. In den ihr gemäss Art. 95 KVG übertragenen Aufgaben im internationalen Verhältnis hat sie Hoheitsgewalt.
- Ausserdem haben die Versicherungen gemeinsam mit den Kantonen eine Institution zu betreiben, welche eine ganz bestimmte gesetzliche Aufgabe erfüllt, nämlich «Massnahmen zur Förderung der Gesundheit und zur Verhütung von Krankheiten anregt, koordiniert und evaluiert».³⁰ Ihre Organisation ist gesetzlich festgelegt. Sie wird dadurch finanziert, dass von jeder obligatorisch versicherten Person ein jährlicher Beitrag erhoben wird. Der Beitrag wird vom Departement festgesetzt. Dem Parlament ist über die Verwendung der Gelder Bericht zu erstatten.³¹ Die Institution nach Art. 19 KVG und der Einsatz der ihr zufließenden Gelder

²⁸ Urteil des EVG vom 27. März 2006, K 139/04, insbes. E. 4.4.

²⁹ Art. 18 Abs. 4 KVG.

³⁰ Art. 19 KVG. Die Förderung von Krankheitsverhütung ist eine gesetzliche Aufgabe der sozialen Krankenversicherer.

³¹ Art. 20 KVG.

²⁶ Beides in Art. 13 Abs. 2 lit. a KVG. Daneben gilt auch die Gleichbehandlung der Versicherten und das Solidaritätsprinzip.

²⁷ Hierzu überzeugend POLEDNA (Fn. 7), S. 23 f.

unterstehen damit einer besonderen demokratischen und insofern auch besonders legitimierten Aufsicht.

Diese strikte Kontrolle über die von den Versicherungsgeldern abgezweigten Beiträge und über ihre Verwendung erklärt sich im Hinblick auf den Grundsatz der Zweckbindung der Mittel der sozialen Krankenversicherung (Art. 13 Abs. 2 lit. a KVG). In ihrem Lichte erscheint die Verwendung von Versicherungsgeldern durch einen Branchenverband («santésuisse») ohne eine genauere gesetzliche Abstützung und ohne nähere Kontrolle (siehe oben S. 68) nicht konform mit der gesetzlichen Vorsicht, denen die Verwendung solcher Gelder im übrigen unterliegt. Das stützt grundsätzliche Zweifel über die Rechtmässigkeit der Finanzierung des Dachverbandes.

- Ergänzend geht Art. 43 Abs. 4 KVG davon aus, dass für die Aushandlung von Tarifverträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern (Ärzten, Spitälern) Verbände eingesetzt werden können. Beim Erlass dieser Bestimmung knüpfte der Gesetzgeber an bestehende Strukturen und an die bestehende Praxis an. Der Bundesrat hatte in seiner Botschaft «prinzipiell auch nichts (dagegen) einzuwenden», denn Verbandsverträge erlaubten eine «durchaus wünschenswerte Konzertierung, Harmonisierung und Rationalisierung im Tarifwesen» und könnten, da von ungefähr gleich gewichtigen Partnern ausgegangen werden könne, eine «weitgehenden Ausgewogenheit ihres Inhaltes» garantieren.³² Das KVG regelt die Verbände nicht weiter. Es definiert für sie namentlich keine Anforderungen und stellt sie jedenfalls nicht ausdrücklich unter die Aufsicht nach KVG. Daraus lässt sich folgern, dass Gesetzgeber deren wesentlichste Aufgabe in der Aushandlung der Tarifverträge sah und von einer darauf beschränkten Aktivität ausging. Ein weitergehendes Handeln in der Öffentlichkeit entspricht so gesehen der gesetzlichen Vorstellung nicht.
- Andere Möglichkeiten des Zusammenschlusses sind im Gesetz nicht vorgesehen, und es sind dafür auch keine weiteren Rechtsgrundlagen ersichtlich. Wie bereits von anderer Seite hingewiesen wurde, sprechen angesichts der nicht offen formulierten, insgesamt vorsichtigen gesetzlichen Regelung erheblich Gründe dafür, dass der Gesetzgeber die genannten Institutionen mit den näher bestimmten, zugewiesenen Funktionen als die einzigen Formen des Zusammenschlusses ansah.³³ Für die Zulassung weiterer Zusammenschlüsse und die Schaffung von zusätzlichen «Dienstleistungsbetrieben» und Interessenvertretungen der Grundversicherer besteht von der gesetzlichen Ordnung her kaum Raum. Im Hinblick auf die Interessenvertretung ist auch zu berücksichtigen, dass

³² Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, BBl 1992 I 93 ff, insbes. S. 178 (Separatdruck 91.071).

³³ Bereits POLEDNA (Fin. 7), S. 46, war der Ansicht, dass das KVG die Rechtsfiguren abschliessend benennt, welche die Krankenversicherungen (zu den dort genannten Zwecken) betreiben dürfen.

das KVG die Krankenkassen als Organe der (mittelbaren) Verwaltung begreift. Sie nehmen nicht (oder nur sehr beschränkt) am Kräftespiel der freien Wirtschaft teil, wo es u.U. auf Interessenbündelung ankommt. Eine gewisse Interessenvertretung (z.B. im Anhörungsverfahren im Bund³⁴) kann oder könnte die «Gemeinsame Einrichtung» gemäss Art. 18 KVG übernehmen.

d) Grundrechtsbindung als Schranke der Auslagerung

Unzulässig ist im Hinblick auf den Auftrag, die Grundversicherung durchzuführen, dass die Krankenkassen Dritte mit Aktivitäten betrauen, die sie selber nicht vornehmen dürfen, sei es, weil sie nicht dazu dienen, ihren Verwaltungsauftrag sicherzustellen, sei es, weil sie gegen ihre Bindung an das öffentliche Recht, namentlich an die Grundrechte, verstossen würden. Da die Krankenkassen Verwaltungsträger sind, die (für die Grundversicherung) einem engen rechtlichen Regime unterstehen, gelten für Aktivitätsauslagerungen im wesentlichen die Bedingungen, die jede andere Verwaltungsstelle gegen sich gelten lassen müsste. Für eine weitergehende Autonomie müsste sich eine besondere rechtliche Begründung finden lassen, welche aber aus dem KVG nicht hervorgeht.

Vor diesem Hintergrund wird es z.B. kritisch, wenn die Krankenkassen über ihren Verband in einen Abstimmungskampf eingreifen, wo sie in ausgeprägtem Masse auf die Stimmfreiheit Einfluss nehmen.

3.2 Folgen einer unzulässigen Übertragung

a) Aufsicht als Tätigkeitsaufsicht

Überträgt eine Krankenkasse Geschäftsbereiche in unzulässiger Weise einem Dritten, tritt ein Aufsichtsfall ein. Die Aufsicht, die im Sinne einer «Überwachung» dem Bundesrat übertragen wird, will sicherstellen, dass die Durchführung der sozialen Krankenversicherung korrekt erfolgt (Art. 21 Abs. 1 KVG). Nach dem Wortlaut des Gesetzes handelt es sich um eine Tätigkeitsaufsicht, welche nicht primär subjektiv eingeschränkt ist. Bei der Revision im Jahre 2000 wurde der frühere Text, der nur bestimmte Institutionen der Aufsicht unterstellte, nämlich die (soziale) Krankenversicherung und die sog. «Gemeinsame Einrichtung» nach Art. 18 KVG³⁵, geändert und weiter gefasst. In seiner Botschaft führte der Bundesrat – der die Änderung von Art. 21 Abs. 1 KVG vorschlug – aus, die Bundesaufsicht beziehe sich

³⁴ Siehe etwa Art. 77 Abs. 3 KVV.

³⁵ Es handelt sich um eine Stiftung, die für die Leistungen zahlungsunfähiger Versicherer einstand, heute v.a. Aufgaben im Zusammenhang mit der Versicherungspflicht für Personen aus dem europäischen Ausland wahrzunehmen hat.

«auf alle Aspekte des KVG und dessen Ausführungsverordnungen».³⁶ Wohl regelt das Gesetz ausdrücklich nur Massnahmen des BAG gegenüber den Versicherern, so in Art. 21 Abs. 2 (Weisungen, Auskünfte etc.) und Art. 21 Abs. 4 KVG (Massnahmen). Es kann aber daraus nicht geschlossen werden, dass andere Institutionen ohne weiteres aus der Aufsicht heraus fallen.

b) Erweiterung der Aufsicht auf Privatrechtssubjekte ausserhalb des KVG?

Die Aufsicht muss, wie dargelegt, die korrekte Durchführung der (sozialen) Krankenversicherung sicherstellen. Sie erfasst deshalb konsequenterweise diejenigen Personen und Institutionen, die auf diese korrekte Durchführung verpflichtet sind. Das sind, wie oben ausgeführt, die Krankenkassen (bzw. Krankenversicherer gemäss Art. 11 KVG). Das BAG hat aus diesem Grunde in einem Entscheid vom 14. Dezember 2005 betreffend eine Aufsichtsbeschwerde gegen die «santésuisse» entschieden, dass diese Institution nicht seiner Aufsicht unterliege. Diese Haltung entspricht der klassischen, engen Konzeption der Verwaltungsaufsicht.

Der Verband «santésuisse» ist, wie dargelegt, im KVG nur in einer ganz bestimmten Funktion anerkannt. Aufgrund seines Verhältnisses zu den Krankenkassen, die ihm angeschlossen sind, wohl vor allem, weil er sich eine generelle Vollmacht hat einräumen lassen, spielt er im «Krankenversicherungsmarkt» jedoch eine nicht zu überschende, ja mächtige Rolle. Die Ablehnung jeglicher Aufsicht ihm gegenüber befriedigt deshalb nicht, namentlich auch nicht mit Rücksicht darauf, dass die Aufsicht nach KVG als *Tätigkeitsaufsicht* konzipiert ist. Es scheint auch nicht folgerichtig, eine Aufsicht ihm gegenüber generell abzulehnen, und zwar aus mehreren Gründen:

- Der Branchenverband «santésuisse» wurde vom Bund bzw. der Bundesverwaltung verschiedentlich als Akteur in der sozialen Krankenversicherung (faktisch) anerkannt und jedenfalls als solcher geduldet. Namentlich ist seine starke Stellung in Tariffragen (auch ausserhalb von Verhandlungsmandaten) bekannt. Er schloss sodann am 21.03.2001 mit der Schweiz. Sanitätsdirektorenkonferenz eine (aussergerichtliche) Vereinbarung über die nachträgliche Erstattung von Sockelbeiträgen für die Hospitalisierung in Privatbetten öffentlicher Spitäler, worin der Bund involviert war.³⁷ Der Bund hat es auch zugelassen, dass er den Ärzten die sog. Zahlstellen-Register-Nummer (ZSR-Nr.) erteilt bzw. verweigert,

³⁶ Botschaft über die Anpassung und Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten in den Sozialversicherungen, BBl 2000, S. 255 ff, insbes. S. 268.

³⁷ Erwähnt in ROLAND SCHÄR, Die Rechtsprechung des EVG zur obligatorischen Unfall- und Krankenversicherung, in: ZBJV 2006, 684 f. – Allerdings agierte dort das Bundesamt für Privatversicherung, was aber nichts ändert. Am Rande sei bemerkt, dass die geteilte Aufsichtszuständigkeit im Krankenversicherungswesen (je nachdem, ob es sich um die Grundversicherung oder die Zusatzversicherung handle) für die sorgfältige Wahrnehmung der Aufsicht eher unglücklich ist, auch wenn sie dogmatisch begründet werden kann.

womit sie praktisch als Kassenärzte zugelassen oder ausgeschlossen sind.³⁸ Man kann darin eine stillschweigende Genehmigung der Übertragung der genannten Tätigkeiten von den Krankenkassen auf die «santésuisse» erblicken. Folgt man dieser Konstruktion, wird mit der Genehmigung auch ein öffentlich-rechtliches Verhältnis begründet, und dieses unterstellt die «santésuisse» gleichzeitig der Aufsicht des Bundes. Denn damit akzeptiert der Bund, dass sie mit öffentlichen Aufgaben betraut wird.

- Die «santésuisse» wird von den Kantonen ebenfalls als Ansprechpartnerin auch im Bereich der Grundversicherung anerkannt (siehe den oben erwähnten Vertrag betreffend Sockelbeiträge, der die Grundversicherung der Zusatzversicherten Personen betraf).
- Die Gerichte, insb. das Bundesgericht, haben verschiedentlich erkannt, dass das Vorgehen der «santésuisse» öffentlich-rechtlich bzw. sozialversicherungsrechtlich erheblich ist. Sie haben sich entsprechend über den Rechtsweg ausgesprochen (über das Aufsichtsverhältnis hatte das Bundesgericht nicht zu entscheiden).³⁹

Bei dieser Sachlage und mit Rücksicht auf den Umstand, dass das KVG eine Tätigkeitsaufsicht statuiert, ist nicht konsequent, wenn die Aufsicht über den Branchenverband grundsätzlich abgelehnt wird. Eine Auslegung, die den Gesetzeszusammenhang sowie Sinn und Zweck der Aufsichtsregelung berücksichtigt, müsste den Branchenverband ebenfalls aufsichtsrechtlich erfassen.

3.3 Vorgehen im Aufsichtsfall

a) Vorgehen gegenüber den Krankenversicherern

Im Aufsichtsfall kann und muss die zuständige Behörde, d.h. bei der Grundversicherung das BAG, gegenüber den dafür verantwortlichen Institutionen vorgehen, somit in erster Linie gegenüber den sozialen Krankenversicherern. Es kann dies einzeln tun oder auch durch generell-konkrete Anweisungen gegenüber mehreren bzw. allen zusammen. Die komplexe Struktur im Krankenversicherungswesen darf kein Hinderungsgrund für aufsichtsrechtliches Einschreiten sein. Das gilt auch im Falle einer unzulässigen oder fraglichen Übertragung von Verwaltungsbefugnissen oder mit diesem zusammenhängenden Tätigkeitsbereichen.

³⁸ Siehe dazu Urteil des EVG vom 27.03.2006, K 139/04, i.S. X gegen santésuisse.
³⁹ So im Urteil des EVG vom 27.03.2006 (Fn. 37); BGE betreffend Verrechnung der Sockelbeiträge mit Geschäftsverlusten, erwähnt bei SCHÄR (Fn. 37), S. 685f.; in BGE vom 19.09.2003, 2P.153/2003, liess das Bundesgericht die «santésuisse» nicht zur staatsrechtlichen Beschwerde zu, weil die Krankenkassen eine öffentlich-rechtliche Aufgabe wahrnehmen.

b) Vorgehen gegen Dritte, insbes. gegen den Branchenverband

- Kommen die Krankenversicherer, gegen die aufsichtsrechtlich vorgegangen wurde, einer Anordnung nicht nach, steht der Aufsichtsbehörde die Befugnis zu, ersatzweise anstelle der Beaufsichtigten zu handeln. Eine solche Ersatzvornahme dient dazu, rechtlich konforme Zustände herbeizuführen. Sie beinhaltet auch, dass die Aufsichtsbehörde dem Branchenverband gegebenenfalls ein Vertretungsmandat entziehen kann. Die Krankenkassen müssen allerdings – dringliche Fälle ausgenommen – vorgängig Gelegenheit erhalten, selber für Ordnung zu sorgen.
- Möglich ist ein direktes Vorgehen gegen die «santésuisse» ebenfalls in den Bereichen, in denen eine (stillschweigende) Bewilligung oder konkludente Zulassung durch die zuständigen Bundesbehörden angenommen werden muss. Eine solche Annahme ist insbesondere dann nicht problematisch, wenn die Bundesverwaltung mit der «santésuisse» in gewissen Sachfragen positiv zusammenarbeitet, die Stellung des Branchenverbandes ein erhebliches Gewicht im sozialen Krankenversicherungswesen einnimmt und wenn heikle Fragen berührt werden, welche rechtsstaatlich sensibel oder in einem Grenzbereich anzusiedeln sind, namentlich wenn sie Grundrechte tangieren, bedrohen oder verletzen könnten.⁴⁰

c) Bemerkung zur Verantwortung des Gesetzgebers

Wenngleich es demnach Fälle gibt, in denen ein aufsichtsrechtliches Eingreifen der Bundesbehörden – sei es direkt, sei es ersatzweise – möglich ist, befriedigt die geltende Rechtslage nicht. Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber der faktischen Situation entsprechend eine Ordnung schaffen würde, die einen zielkonformen und gleichzeitig den rechtsstaatlichen Garantien entsprechenden Vollzug gewährleistet.⁴¹ Damit sind vor allem der Schutz der Grundrechte, einschliesslich der Anhörungsrechte und der Rechtsgleichheit, sodann Fairness, Verhältnismässigkeit und der Rechtsschutz angesprochen. Indem der Gesetzgeber die Durchführung der Krankenversicherung Privaten zuwies, hat sich, wie bereits ausgeführt, der Staat nicht der Aufgabe entledigt, sondern konzeptionell der Aufsicht über deren Erfüllung einen besonderen Stellenwert eingeräumt. Das erfordert, dass der Gesetzgeber die Aufsicht ernsthaft und überlegt regelt und damit die aufsichtsübende Verwaltung anleitet. Dazu wäre ein gesetzlicher Rahmen für alle Akteure (einschliesslich betroffener Dritter) wichtig, eine genauere Ausgestaltung des Aufsichtsverfahrens bzw. des Verfahrens über das Zu-

⁴⁰ Diesfalls gebietet auch Art. 35 BV ein Einschreiten der Bundesbehörden. Dabei ist klarzustellen, dass diese Vorschrift, die die Verwirklichung der Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung vorschreibt, für sich allein keine Kompetenz zum Einschreiten verleiht. Dagegen ergibt sich eine solche in Verbindung mit dem KVG.

⁴¹ Ähnliche Forderungen wurden bereits früher erhoben, so von POLEDNA (Fn. 7), S. 57 f.; BARBARA HÜRLIMANN et al., Krankenversicherung, Zürich 1998, S. 261.

sammenspiel von öffentlichen Stellen und Privaten. Daneben muss der Gesetzgeber die verantwortlichen Stellen mit ausreichenden fachlichen und personellen Ressourcen ausstatten.

3.4 Muss sich ein Dritter (konkret der Branchenverband) das Einschreiten der Aufsichtsbehörde gefallen lassen?

a) Der Dritte als Usurpator monopolisierter Tätigkeit

Nimmt ein Dritter eine Tätigkeit wahr, welche zur Verwaltungstätigkeit der Krankenkassen gehört, massiert er sich eine «monopolisierte» Tätigkeit an und verletzt damit die Ordnung des KVGs, zumindest das Bewilligungserfordernis (Art. 13 KVG). Das gilt auch dann, wenn der Dritte nur in Teilbereichen, tätig ist, sofern diese Teilbereiche substantziellen Einfluss auf die Durchführung der Grundversicherung haben. Es werden alsdann zwingende Normen des öffentlichen Rechts missachtet, deren Überwachung dem Bundesrat bzw. dem BAG übertragen ist. In diesem Fall kann die Bewilligungsbehörde gegen die Dritten vorgehen, ein Gesuch um Bewilligung verlangen oder gegebenenfalls zur Einstellung der betreffenden Aktivität auffordern. Dies ergibt sich direkt aus dem Gesetz, auch wenn das Vorgehen nicht im einzelnen im KVG vorgesehen ist.⁴² Eine Berufung auf Grundrechte, beispielsweise auf die Wirtschaftsfreiheit, muss in solchen Fällen scheitern, weil wegen des Zusammenhangs mit dem Krankenversicherungsgesetz die betreffende Aktivität nicht grundrechtlich geschützt ist, sondern einer öffentlichen Aufgabe zugeordnet werden muss.

Es muss freilich eingeräumt werden, dass Abgrenzungsprobleme entstehen können. Es dürfte nicht immer klar sein ~~dieses~~, ob und in wie weit eine Aktivität der sozialen Krankenversicherung zuzuschreiben ist.

b) Der Dritte als Inhaber einer stillschweigenden Bewilligung

Wird unter der Konstruktion einer (stillschweigenden) Bewilligung direkt aufsichtsrechtlich vorgegangen (siehe oben S. 74), handelt die Bundesbehörde innerhalb eines Aufsichtsverhältnisses und kann sich deshalb auf das Unterstellungsverhältnis berufen (Art. 21 KVG). Auch wenn die aufsichtsrechtlichen Mittel im KVG nicht sehr eingehend geregelt sind, bestehen im Hinblick auf das Gesetzmässigkeitsgebot keine besonderen Schwierigkeiten. Selbstverständlich müssen ergriffene Massnahmen und Vorkehren verhältnismässig, das heisst auch zielführend sein.

⁴² Das KVG kennt interessanterweise auch keine Strafnorm, welche bewilligungslose Aktivitäten ahnt.

c) Der Dritte als Beauftragter der beliehenen Krankenkassen

Kommt es zu einer Ersatzvornahme, kann die Aufsichtsbehörde (BAG) nur dort ansetzen, wo auch die Krankenkassen vorgehen können, d.h. insbesondere ein Mandat entziehen. Der Aktionsbereich der Aufsichtsbehörde aber auch ihre Kompetenz lässt sich direkt aus der Aufsichtskompetenz über die sozialen Krankenversicherer ableiten. Der (ausenstehende) Branchenverband muss sich diesen Eingriff gefallen lassen. Grundsätzliche Probleme mit dem Legalitätsprinzip dürften nicht entstehen.

4. Zusammenfassung

1. Die soziale Krankenversicherung ist eine öffentliche Aufgabe. Sie ist den privaten Krankenkassen und weiteren Krankenversicherern, welche den Voraussetzungen von Art. 12 KVG entsprechen, zur Erfüllung übertragen worden (Beleihung). Der Bund bleibt letztlich dafür verantwortlich, dass der gesetzliche Auftrag korrekt ausgeführt wird (Gewährleistungsverantwortung).
2. Die Gewährleistungsaufsicht verlangt eine hohe Aufsichtskultur, in welcher das Verhältnis zwischen Beliehenen, staatlicher Behörde und weiteren Betroffenen so eingebettet ist, dass die privatrechtlichen Akteure sich bewegen können, ohne dass die von ihnen wahrgenommene oder ausgelöste Verwaltungstätigkeit den rechtsstaatlichen Anforderungen entgleitet. Dies bedingt eine sorgfältige Gesetzgebung namentlich über die Rolle der Aufsichtsbehörde und deren Mittel sowie über Rechte privater Betroffener.
3. Die sozialen Krankenversicherer (Krankenkassen) erhalten durch die Beleihung die Stellung von Organen der mittelbaren Verwaltung. Sie sind, obwohl privatrechtlich entstanden und organisiert, durch das heutige KVG in ihrer Privatautonomie stark eingeschränkt. Sie sind in ihrem Handeln in weiten Teilen an die Grundsätze des öffentlichen Rechts gebunden. Namentlich müssen sie die Grundrechte beachten.
4. Das KVG nennt die Formen, in denen die Krankenkassen bzw. die sozialen Krankenversicherer handeln können und müssen. Es sieht zwei Institutionen vor, die «Gemeinsame Einrichtung» gemäss Art. 18 KVG und die mit den Kantonen zusammen agierende gemeinsame Institution für Gesundheitsförderung gemäss Art. 19 KVG. Die «Gemeinsame Einrichtung» wurde gemäss Art. 18 KVG auch geschaffen, um administrative und technische Aufgaben, die sinnvollerweise zentral erledigt werden, im Auftrag der Krankenkassen wahrzunehmen. Der Branchenverband «santésuisse» ist gesetzlich nicht geordnet, wird aber vom Gesetz- und Verordnungsgeber für Tarifverhandlungen mit Leistungserbringern anerkannt. Als allgemeiner Dienstleistungsbetrieb und genereller Vertreter (selbst in Tariffragen) findet er keine gesetzliche Grundlage.

5. Wo die Praxis dem Branchenverband «santésuisse» über die gesetzliche Idee hinweg Kompetenzen einräumt, muss die rechtliche Ordnung – sofern sie dies zulässt – auch Wege finden, um die soziale Krankenversicherung so zu gewährleisten, wie wenn der Branchenverband nicht eingeschaltet wäre. In diesem Sinne muss die Aufsicht sich entweder direkt oder indirekt auf die Tätigkeit der «santésuisse» erstrecken. Eine direkte Aufsicht gilt, wenn eine stillschweigende Bewilligung angenommen wird, andernfalls sind zunächst die Krankenkassen und erst sekundär der Branchenverband ins Recht zu fassen (dringliche Fälle ausgenommen).
6. Das Gesetz schreibt einen vorsichtigen Umgang mit Prämiegeldern in der sozialen Krankenversicherung vor (enge Zweckverwendung, siehe Art. 13 Abs. 2 lit. a sowie 20 KVG) und kontrolliert diesen im allgemeinen auch. Vor diesem Hintergrund erscheint die unkontrollierte Verwendung von Geldern, die aus den Prämien der sozialen Krankenversicherung stammen, durch den Branchenverband «santésuisse» nicht gesetzeskonform. Es wäre deshalb angezeigt, die Abzweigung von Prämiegeldern und die Verwendung durch den Branchenverband im Grundsatz rechtlich zu regeln und aufsichtsrechtlich hinreichend zu kontrollieren. Eine Kontrolle im Sinne von Art. 20 Abs. 3 KVG (Genehmigung von Budget, Rechnung und Rechenschaftsbericht) erschiene sinnvoll.
7. Die Aktivitäten der Krankenkassen dürfen Grundrechte nicht verletzen. Dabei ist es unerheblich, ob die Krankenkassen selber einzeln oder gruppiert vorgehen oder über ihren gesamtschweizerisch tätigen Branchenverband. Unerheblich ist auch, ob der Branchenverband einen besonderen Auftrag für die entsprechenden Aktivitäten erhalten hat oder sich auf eine statutarische Generalvollmacht stützt. In jedem Fall muss die Aufsichtsbehörde für einen rechtsstaatlichen Vollzug der beliehenen Aufgabe besorgt sein. Dem Branchenverband als Dritten können und dürfen nicht mehr Möglichkeiten zugestanden werden als den Krankenkassen, die er vertritt.