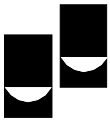
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung III
C-6958/2008
{T 1/2}

Urteil vom 8. Dezember 2009

Besetzung

Richterin Franziska Schneider (Vorsitz),
Richter Beat Weber,
Richter Michael Peterli,
Richter Alberto Meuli (Abteilungspräsident),
Richter Stefan Mesmer,
Gerichtsschreiberin Christine Schori Abt.

Parteien

X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Daniel Staffelbach,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Gesundheit BAG,

Vorinstanz,

Gegenstand

Verfügung vom 29. September 2008 betr. Genehmigung der Prämientarife der obligatorischen Krankenpflegeversicherung 2009.

Sachverhalt:

A.
Die X._____ reichte am 30. Juli 2008 in französischer Sprache ihre Prämientarife für das Jahr 2009 dem Bundesamt für Gesundheit (BAG) zur Genehmigung ein (Beschwerdebeilage [BB] 9). Am 1. September 2008 erfolgte eine erste Sitzung zwischen der Vertreterin der X._____ sowie dem BAG (vgl. Verfügung vom 29. September 2008 Seite 2). Das BAG informierte die Gesuchstellerin in diesem Gespräch, dass die Prämien in den Kantonen Genf, Neuenburg, Waadt, Tessin, Jura, Zug, Basel-Stadt und Zürich gesenkt werden müssten, da die kantonalen Reserven in diesen Kantonen weit über dem gesetzlichen Minimum lägen. In der Folge überarbeitete die X._____ die fraglichen Prämien und unterbreitete dem BAG mit Schreiben vom 8. September 2008 (BAG act. 26) eine überarbeitete Version der Prämien 2009 zur Genehmigung. Anlässlich einer zweiten Sitzung am 23. September 2008 teilte das BAG dem Versicherer mit, dass auch die zweite Version ihren Ansprüchen nicht genüge und die Prämien weiterhin zu hoch seien. Gemäss Protokoll vom 23. September 2008 (BAG act. 32) formulierte der Versicherer sein Erstaunen, dass die Prämien dieses Jahr teilweise nicht genehmigt werden könnten. Die Berechnung sei wie jedes Jahr vorgenommen worden und die X._____ habe bereits in den meisten Kantonen die tiefsten Prämien. Es werde die Strategie verfolgt, die Prämien nicht zu erhöhen (mit Ausnahmen), damit kein Yo-Yo Effekt von einem Jahr zum anderen entstehe. Eine grössere Herabsetzung der Prämien habe dagegen Auswirkungen auf den administrativen Betrieb der X._____. Das BAG setzte dem Versicherer eine letzte Frist bis zum 25. September 2008, um die Prämien gemäss seinen Anweisungen anzupassen. Gleichzeitig wurde im Protokoll festgehalten, dass dem Versicherer erlaubt werde, ab dem 1. Januar 2009 die Prämien gemäss der zweiten Version anzuwenden, bis die Streitsache definitiv entschieden sei, sofern die Prämien für die genannten acht Kantone nicht genehmigt werden könnten und eine anfechtbare Verfügung erlassen werden müsste.

Mit Schreiben vom 24. September 2008 (BAG act. 33) teilte der Versicherer dem BAG mit, dass er nicht bereit sei, die Prämien gemäss der Empfehlung des BAG anzupassen, da dies einer verantwortlichen Unternehmenspolitik zuwiderlaufen würde und nicht im Interesse seiner Versicherten sei.

B.

Das BAG verfügte am 29. September 2008, dass

- sie die von der Gesuchstellerin unterbreiteten Prämien der obligatorischen Krankenversicherung für das Jahr 2009 in den Kantonen Genf, Neuenburg, Waadt, Tessin, Jura, Zug, Basel-Stadt und Zürich nicht genehmige,
- die X._____ bis zur definitiven Genehmigung der Prämientarife für das Jahr 2009 eine Prämie in der Höhe ihrer Eingabe vom September 2008 (Version 2) oder tiefer erheben dürfe mit der Verpflichtung der Rückzahlung im Falle von zu hohem Inkasso,
- die Versicherten umfassend und zweckmässig zu informieren seien.

In seiner Begründung führte das BAG aus, die Krankenversicherer seien bei der Festlegung der Prämien gemäss Art. 61 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) autonom, jedoch nicht frei. Der Gesetzgeber habe für die Genehmigung keine Regeln oder Kriterien aufgestellt, weshalb die Verwaltung über ein grosses Ermessen bei der Genehmigung der Prämien verfüge. 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%) gemäss Art. 60 Abs. 1 und 2 KVG i.V.m. Art. 78 der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102) 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 dienten, 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. Die kantonalen mathematischen Reserven seien dazu ein Prüfungskriterium. Es bestünden keine wirtschaftlichen Gründe für die Beibehaltung der höheren Reserven. Es werde erst interveniert, wenn die Reserven unverhältnismässig hoch seien, also 2- bis 3-mal mehr als das gesetzliche Minimum betrügen, was in den genannten Kantonen der Fall sei. Die Prämien für die übrigen Kantone seien in einer separaten Verfügung genehmigt worden. Aus den Erwägungen gehe hervor, dass die Forderung des BAG die finanzielle Sicherheit der X._____ nicht gefährde. Indem X._____ gezwungen werde, den tiefstmöglichen Prämientarif zu halten, werde die Konkurrenz gefördert.

C.

Gegen die Verfügung des BAG vom 29. September 2008 liess die X._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 31. Oktober 2008 Beschwerde in deutscher Sprache beim Bundesverwaltungsgericht erheben (BVGer act. 1) und beantragen:

Formell:

- Die Vorinstanz sei zu verpflichten, alle im Zusammenhang mit diesem Verfahren stehenden elektronischen Daten mit der dazu gehörenden Software zur elektronischen Einsichtnahme sowie alle im Zusammenhang mit diesem Verfahren stehenden, papierenen Dokumente zu edieren.
- Der Beschwerdeführerin sei Einsicht in alle Akten und elektronischen Daten zu gewähren.
- Der Beschwerdeführerin sei Frist nach Art. 53 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) zur Ergänzung der Beschwerde anzusetzen,
- unter Entschädigungs- und Kostenfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin.

Materiell:

- Die Prämien 2009 für die acht Kantone Basel-Stadt, Genf, Jura, Neuenburg, Tessin, Waadt, Zug und Zürich seien gemäss der Beilage zu genehmigen.

Die Beschwerdeführerin rügte in formeller Hinsicht eine Verletzung der Begründungspflicht und eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts. Zur Begründung fügte sie an, die Verfügung sei unzulässig knapp begründet und materiell werde die Kalkulationsmethode der Vorinstanz in keiner Weise erörtert. Der Beschwerdeführerin werde mit dieser faktischen Verweigerung der Akteneinsicht verunmöglicht, die Überlegungen und Entscheidfindungen der Vorinstanz nachzuvollziehen und materiell zur angefochtenen Verfügung Stellung zu beziehen. Aus Inhalt und Funktion des Akteneinsichtsrechts als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör folge, dass grundsätzlich sämtliche beweiserheblichen Akten den Beteiligten gezeigt werden müssten, sofern in der sie unmittelbar betreffenden Verfügung darauf abgestellt werde. Mit Hinweis auf BGE 132 V 387 führte die Beschwerdeführerin aus, es gehöre zum Kerngehalt des rechtlichen Gehörs, dass der Verfügungsadressat vor Erlass eines für ihn nachteiligen Verwaltungsaktes zum Beweisergebnis Stellung nehmen könne. Das Akteneinsichtsrecht sei eng mit dem Äusserungsrecht verbunden, gleichsam dessen Vorbedingung (Ziff. 11 und 12). Die Wahrnehmung des Akteneinsichts- und Beweisführungsrechts durch den von einer Verfügung Betroffenen setze eine

Aktenführungspflicht der Verwaltung voraus (BGE 124 V 372). Wenn die Verwaltung mit einem Verfahrensbeteiligten ein Gespräch führe, sei wenigstens der wesentliche Gehalt des Gesprächs im Protokoll festzuhalten (BGE 119 V 208). Dennoch seien die beiden Sitzungen der Vorinstanz mit den Vertretern der Beschwerdeführerin nicht protokolliert worden (Ziff. 13 und 14). Die Vorinstanz habe der Beschwerdeführerin lediglich rudimentäre Akten zugesandt, hauptsächlich bestehend aus den Eingaben der Beschwerdeführerin. Die Vorinstanz habe kein Dossier und keine Protokolle herausgeben und keine Einsicht in die elektronische Datensammlung gewähren können. Für die Beschwerdeführerin sei damit nicht nachvollziehbar, wie der Entscheid zustande gekommen sei und auf welche aktenmässig erstellten Erkenntnisse der Behörde die Verfügung beruhe (Ziff. 15-16). In der Verfügungsbegründung würden jegliche Erwägungen dazu fehlen, weshalb gerade die verfügten Prozentsätze verfügt worden seien und weshalb diese für die Beschwerdeführerin tragbar sein sollten. Des Weiteren sei die Verfügung zur Senkung der Prämie nicht in einem ordentlichen, nichtstreitigen Verfahren nach VwVG ergangen, sondern im Befehlsverfahren, obwohl der Bundesrat mit Art. 92 Abs. 5 KVV eine Bestimmung zur Regelung von divergenten Meinungen erlassen habe (Ziff. 118). Im Weiteren würden in der Verfügung gänzlich Überlegungen zum Legalitätsprinzip und zur Verhältnismässigkeit fehlen (Ziff. 98). Das Dispositiv der Verfügung sei zudem völlig unklar. Mit dem Dispositiv werde lediglich die Nichtgenehmigung des eingegebenen Tarifs für acht Kantone festgehalten. Eine Senkung werde jedoch nicht verfügt (Ziff. 121).

In materieller Hinsicht begründete die Beschwerdeführerin ihre Anträge damit, dass sie über die Jahre nachgewiesenermassen eine erhebliche Volatilität sowohl im Versichertenbestand als auch im Reservenbestand habe. Die betroffenen acht Kantone seien Kantone mit völlig unterschiedlich grossen Versichertenbeständen und völlig unterschiedlichem Zu- und Abwanderungsverhalten. Ihre Versichertenstruktur sei nicht mit der Versichertenstruktur anderer Versicherer vergleichbar und für die Planung der künftigen Finanzen schwieriger einzuschätzen. Sie habe praktisch in allen betroffenen Kantonen bereits die tiefsten Prämien. Sie müsse die hohe Volatilität des Versichertenbestandes und die hohe Volatilität der Reserven berücksichtigen. Sie könne die Wanderung des Versichertenbestandes legal nicht beeinflussen. Bei sehr tiefen Prämien sowie sehr kleinen Versichertenbeständen in den jeweiligen Kantonen könne sie nicht verantworten, die Prämien noch tiefer

anzusetzen (Ziff. 77/78 der Beschwerde). Auf das individuelle Risikoprofil werde in der Verfügung mit keinem Wort eingegangen.

Die Beschwerdeführerin führte aus, weshalb sie eine Reservequote von 10% als unverantwortlich tief erachte. Ihre Verwaltungskosten würden pro versicherte Person unter dem schweizerischen Durchschnitt liegen. Es könne und werde auch nicht der Vorwurf erhoben, dass die Beschwerdeführerin Mittel aus der sozialen Grundversicherung zweckentfremde. Das Gleichgewicht bei unterschiedlichen Reserven je nach Kanton hätte auch dadurch erreicht werden können, dass eine ergänzende Erhöhung in den Kantonen mit tiefen Reserven verlangt worden wäre (Ziff. 170-177).

Des Weiteren rügte die Beschwerdeführerin, die Verfügung verstosse offensichtlich gegen Bundesrecht. Das Gesetz beauftrage den Bundesrat, die Prämien der Krankenversicherer zu genehmigen. Er delegiere in Art. 92 KVV diese Aufgabe an die Vorinstanz. Diese könne laut Art. 92 KVV Weisungen für das folgende Geschäftsjahr erteilen, keineswegs dürfe sie jedoch die Genehmigung verweigern, geschweige denn gar eine Prämie selbst festlegen bzw. Prämien zwangsweise senken (Ziff. 161-164).

D.
Mit Zwischenverfügung vom 11. November 2008 (BVGer act. 2) forderte die Instruktionsrichterin die Beschwerdeführerin auf, einen Kostenvorschuss von CHF 4'000.- einzuzahlen. Dieser Aufforderung kam die Beschwerdeführerin am 21. November 2008 nach (BVGer act. 4).

E.
Die Vorinstanz reichte am 19. Februar 2009 ihre Vernehmlassung (BVGer act. 8) ein und stellte folgende „Anträge“:

„1. Das BAG widersetzt sich dem Antrag Ziffer 1 der Beschwerde auf Herausgabe an das Bundesverwaltungsgericht der im Zusammenhang mit diesem Verfahren stehenden elektronischen Daten und papierenen Dokumente nicht.
2. Das BAG widersetzt sich dem Antrag Ziffer 2 der Beschwerde auf Einsicht der Beschwerdeführerin in die Akten und elektronischen Daten nicht, soweit diese keine unveröffentlichten Individualdaten anderer Versicherer enthalten. Hingegen sei der Beschwerdeführerin die Einsicht zu verweigern, soweit die Akten und elektronischen Daten unveröffentlichte Individualdaten anderer Versicherer enthalten.

3. Das BAG widersetzt sich dem Antrag Ziffer 3 der Beschwerde, es sei der Beschwerdeführerin eine Frist zur Ergänzung der Beschwerde zu gewähren, nicht.
4. Der Antrag Ziffer 5 der Beschwerde, die Prämien der Beschwerdeführerin für die acht Kantone Genf, Neuenburg, Waadt, Tessin, Jura, Zug, Basel-Stadt und Zürich seien gemäss der Beschwerdeeingabe vom 31. Oktober 2008 zu genehmigen, sei abzuweisen."

Die Vorinstanz führte in ihrer Vernehmlassung unter dem Titel Formelles u.a. aus, dass die zur Beurteilung der Beschwerde erforderlichen Auswertungen in Papierform in den Akten seien. Das BAG gebe die von den Krankenversicherern als Exportfile (Textfile) eingereichten elektronischen Daten in eine Datenbank ein, um daraus Auswertungen zu erstellen. Es sei bereit, diese Auswertungen dem Bundesverwaltungsgericht elektronisch zuzustellen und in seinen Räumlichkeiten Einblick in die Datenbank zu geben (Ziff. 1.3 der Vernehmlassung). Des Weiteren habe die Partei oder ihre Vertreterin Anspruch darauf, in ihrer Sache bestimmte Akten am Sitz der verfügenden Behörde einzusehen. Die Behörde dürfe die Einsichtnahme aber verweigern, wenn wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern. Der Beschwerdeführerin könne Einblick in die Auswertungen ihrer Daten im Verhältnis zu Durchschnittswerten aller Versicherer gewährt werden, jedoch nicht in unveröffentlichte Individualdaten anderer Versicherer (Ziff. 1.4). Die Vorinstanz führte die rechtlichen Grundlagen zur Finanzierung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP), zu den Reserven, den Rückstellungen sowie zur kantonalen und regionalen Abstufung der Prämien auf (Ziff. 2.1 – 2.4). Bundesrat Couchepin habe die Vorinstanz angewiesen, die Reserven der Versicherer zwischen den Kantonen mittels Senkung und Erhöhung der Reserven auszugleichen. Damit solle vermieden werden, dass die Versicherten gewisser Kantone die Kosten der Versicherten anderer Kantone mitfinanzierten. Gestützt auf diesen Auftrag habe das BAG die Versicherer in seinem Informationsschreiben vom 9. Juni 2006 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. Im Informationsbrief vom 21. Mai 2007 sei diese Forderung bestätigt worden und mit Informationsbrief vom 4. Juni 2008 habe das BAG die Angleichung der kantonalen Reserven von den Versicherern verlangt. Eine Angleichung der kantonalen Reservequoten werde dadurch erreicht, dass die Prämien in Kantonen

mit einer Reserveunterdeckung stärker erhöht würden als in Kantonen, in denen die Versicherer bereits genügend Reserven auswiesen. Liege eine Reserveüberdeckung vor, würden Reserven zur Abfederung des Prämienanstiegs eingesetzt. Die Vorinstanz verwies in diesem Zusammenhang auf die beantworteten Vorstösse im Parlament (Ziff. 2.5). Bezüglich der Prämiengenehmigung nahm die Vorinstanz Stellung zu ihrer Zuständigkeit und zum Verfahren. Sie betonte, dass sie – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – die Prämiengenehmigung verweigern dürfe; wenn alle eingereichten Prämien genehmigt werden müssten, würde die Genehmigung ihres Sinns entleert. Das BAG müsse gesetzeswidrig oder missbräuchlich festgelegte Prämien verhindern können, indem es sie nicht genehmige. Weisungen nach Art. 92 Abs. 5 KVV würden erst mit Verzögerung wirken (Ziff. 3.1). Des Weiteren beschrieb die Vorinstanz das Verfahren der Prämiengenehmigung und legte dar, dass die Ergebnisse der Sitzungen mit den Versicherern jeweils in einem Formular „Dokumentation Entscheidfindung“ protokolliert würden. Das BAG prüfe insbesondere die sogenannte Grundprämie und die Rechtmässigkeit der von den Versicherern angewandten Rabatte (Ziff. 3.2 – 3.3).

Anlässlich der Vorbesprechung mit der Beschwerdeführerin am 28. Mai 2008 habe das BAG der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass die weit über dem gesetzlichen Minimum liegenden Reserven gesenkt sowie die in verschiedenen Kantonen festgestellten grossen Reserve-über- und Unterdeckungen angeglichen werden müssten. Die Beschwerdeführerin habe damit die Anliegen des BAG bereits vor der Prämieneingabe vom 30. Juli 2008 gekannt (Ziff. 4). Der Durchschnitt der Reserveüberdeckung aller Versicherer sei viel geringer als die Reserveüberdeckung der Beschwerdeführerin. Die Reserven der Beschwerdeführerin seien aber auch im Vergleich mit den anderen Versicherern, welche über 250'000 Personen versicherten, zu hoch. Diese Kassen hätten Ende 2007 über Reservequoten von weniger als 25 Prozent verfügt, während diejenige der Beschwerdeführerin 36,3 Prozent betragen habe. Für 2009 hätten die anderen vergleichbaren Versicherer Reservequoten zwischen 9.1 ud 21.8 Prozent budgetiert, die Beschwerdeführerin hingegen 36.8 Prozent (Ziff. 5.2). Des Weiteren hielt die Vorinstanz fest, dass die bei der Beschwerdeführerin vorhandene Überdeckung der Rückstellungen für unerledigte Versicherungsfälle und der Rückstellungen auf den Kapitalanlagen für den erweiterten Risikoausgleich und die neue Spitalfinanzierung als stille Reserven

zu betrachten seien (Ziff. 5.3). Die Beschwerdeführerin habe in den vergangenen Jahren die Kosten systematisch massiv überschätzt, was dazu geführt habe, dass die Prognosen schlechter ausgefallen seien, als sich die effektive Situation präsentiert habe. Das lege den Schluss nahe, dass dies auch für das Jahr 2009 der Fall sei. Eine Höchstgrenze für Reserven würden weder das KVG noch die KVV vorsehen. Dies bedeute jedoch nicht, dass die Versicherer zu Lasten der Versicherten unbegrenzt Reserven bilden könnten. Die obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP) werde mittels Ausgabenumlageverfahren finanziert, und Prämien könnten sogar unterjährig angepasst werden. Es sei nicht im Interesse der Versicherten, dass ihre Versicherung übermässig Reserven äufne (Ziff. 5.5, 5.6).

Entgegen der Aussage der Beschwerdeführerin gefährde die geforderte Senkung der Prämien nicht deren finanziellen Sicherheit. Die Vorinstanz habe die Auswirkungen berechnet. Die Senkung der Prämien führe lediglich zu einer Senkung der Reserven von 36.8% auf 33.5%, was immer noch einem Vielfachen der Mindestreserven von 10% entspreche. Ebenfalls zu pessimistisch schätze die Beschwerdeführerin die Fluktuation der Versicherten ein. Bezüglich der Kosten seien für die Berechnung der Prämien die nächsten 1 bis 2 Jahre zu berücksichtigen, und nicht spätere eventuelle Ereignisse (Ziff. 5.8 – 5.9).

Grundsätzlich seien es die Versicherer, die die Prämien für ihre Versicherten festlegten. Als Durchführungsorgan der sozialen Krankenversicherung erfüllten die Versicherer jedoch Bundesverwaltungsaufgaben, so dass sie die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns zu berücksichtigen hätten. Dies gelte auch für die Bildung von Reserven. Das BAG sei zum Schluss gekommen, dass die Beschwerdeführerin Ende 2007 über eine unverhältnismässig hohe Reserveüberdeckung verfügt und ihr Ermessen missbraucht habe, indem sie für gewisse Kantone Prämien für das Jahr 2009 eingereicht habe, die gemäss ihrem Budget zu einer steigenden Reserveüberdeckung führen würde. Daher habe das BAG die Beschwerdeführerin aufgefordert, ihr Prämienvolumen 2009 um 40 bis 50 Mio. Franken zu senken (Ziff. 7.4).

In ihrer zweiten Prämieneingabe vom 8. September 2008 hätten sich die vorgenommenen Prämienerhöhungen und -senkungen beinahe aufgehoben. Gesamtschweizerisch habe die Beschwerdeführerin den

budgetierten Reservesatz 2009 so um 0.1 Prozentpunkt von 36.8 auf 36.7 Prozent gesenkt (Ziff. 6.1).

F.
Die Instruktionsrichterin hiess mit Verfügung vom 4. März 2009 (BVGer act. 10) den Antrag der Beschwerdeführerin auf Führung des Beschwerdeverfahrens in deutscher Sprache gut und gewährte der Beschwerdeführerin antragsgemäss Einsicht in die edierten, nicht vertraulichen Akten der Vorinstanz.

G.
Mit Replik vom 20. Mai 2009 beantragte die Beschwerdeführerin, ihr sei nochmals Frist zur Stellungnahme anzusetzen, sofern sich die Vorinstanz zur Art der Prämienkalkulation, Höhe der Prämiensenkung bzw. Höhe der Prämie 2009 für die acht Kantone äussern sollte. Zudem seien die Prämien 2009 für die acht Kantone, wie in der Beschwerde vom 31. Oktober 2008 beantragt, zu genehmigen (BVGer act. 16). In ihrer Begründung führte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, dass sie, anders als die Vorinstanz, verantwortlich für die finanzielle Sicherheit sei und nicht (willkürliches) „Ermessen“ ausübe, sondern mit aller nötigen Sorgfalt die Chancen und Risiken der verschiedenen Prämienstrategien prüfe (Ziff. 16-23). Die von der Vorinstanz verlangte Prämiensenkung könne die langfristige Strategie der Beschwerdeführerin gefährden, womit sie unverhältnismässig in die Prämienautonomie der Beschwerdeführerin eingreife. Die Versichertenfluktuation stelle ein ernst zu nehmendes Risiko dar und müsse bei der Prämienkalkulation berücksichtigt werden. Die Reserven seien auch gemäss dem Bericht des Bundesrats zum Postulat Robbiani kein geeignetes Steuerungsinstrument, und die unternehmerische Autonomie und Verantwortung trüge der Versicherer. Die Vorinstanz habe es unterlassen, eine Kalkulation und Einschätzung für die Zukunft zu präsentieren; sie habe lediglich berechnet, welche Auswirkung die verlangte Prämiensenkung für das Jahr 2009 haben könnte. Die Auswirkungen auf das Jahr 2010 würden ausgeblendet, ebenso die Auswirkungen des Sogeffekts auf die Versicherten wegen der höheren Prämiendiskrepanz (Ziff. 24-54). Die Vorinstanz habe ihr Ermessen in vielfältiger Weise missbraucht, u.a. indem sie willkürlich – und entgegen den erwähnten Ausführungen des Bundesrats – die Höhe der Reserven als Steuerungsgrösse hinzugezogen habe; ferner, indem sie über die begründeten Befürchtungen der Beschwerdeführerin, eine zu grosse Senkung der der Prämie würde zu Prämiensprüngen führen,

begründungslos hinweggegangen sei und indem sie nur bei der Beschwerdeführerin diesen strengen Massstab angewandt habe (Ziff. 55-65). Die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Prämien seien hingegen weder missbräuchlich noch gesetzeswidrig und daher zu genehmigen.

H.
Die Instruktionsrichterin lud mit Verfügung vom 29. Mai 2009 santésuisse, die Schweizer Krankenversicherer, zum Verfahren bei und und bot ihr Gelegenheit zur Einreichung einer Stellungnahme (BVGer act. 17).

I.
Die Beschwerdeführerin machte mit Eingabe vom 8. Juni 2009 (BVGer act. 18) geltend, sie sei nicht Mitglied des Vereins B._____. B._____ habe kein rechtlich schützenswertes Interesse an der Teilnahme am Verfahren und es bestehe keine Möglichkeit, dass sich das Urteil in irgendeiner Weise auf B._____ auswirken würde. Die Beschwerdeführerin beantragte, es sei umgehend davon Abstand zu nehmen, B._____ als Beigeladene im Prozess anzusehen, was dieser umgehend mitzuteilen sei. Das Bundesverwaltungsgericht habe des Weiteren umgehend zu bestätigen, dass B._____ keine vertraulichen Daten der Beschwerdeführerin ausgehändigt worden seien, bzw. dass sämtliche vertraulichen Daten bei Aktenherausgabe geschwärzt worden seien, bzw. umgehend zu erläutern, weshalb die ausgehändigten Daten der Beschwerdeführerin nicht geheim seien.

J.
Mit Schreiben vom 15. Juni 2009 (BVGer act. 21) bestätigte B._____ auf Nachfrage des Bundesverwaltungsgerichts, dass ihr in der Beilage zur Verfügung vom 29. Mai 2009 lediglich die jeweiligen Beilagenverzeichnisse zugestellt worden seien. Zugleich ersuchte B._____ um eine Fristerstreckung zur Einreichung ihrer Stellungnahme.

K.
Die Instruktionsrichterin bestätigte mit Verfügung vom 16. Juni 2009 (BVGer act. 22), dass B._____ keine Beschwerde- und Vernehmlassungsbeilagen ausgehändigt worden seien, und räumte B._____ und der Vorinstanz Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zu den Anträgen der Beschwerdeführerin gemäss Eingabe vom 8. Juni 2009 ein. Gleichzeitig sistierte sie die Frist für die Stellungnahme von

B._____ gemäss Ziff. 3 der Instruktionsverfügung vom 29. Mai 2009 und untersagte B._____ die Weitergabe von Verfahrensakten bis zum Entscheid über den Antrag der Beschwerdeführerin betreffend Beiladung von B._____.

L.
Die Vorinstanz führte mit Stellungnahme vom 26. Juni 2009 (BVGer act. 25) aus, dass sie grundsätzlich keine Einwände zur Beiladung von B._____ habe. Zu berücksichtigen sei allerdings, dass die Versicherer untereinander in einem Wettbewerb stünden und dass aufgrund der Daten, welche die Versicherer dem BAG abliefern müssten, z.T. auf die aktuellen finanziellen Verhältnisse eines Versicherers und auf seine Geschäftsstrategie geschlossen werden könne. Es sei davon auszugehen, dass es aufwändig wäre, die Verfahrensakten mit Schwärzungen zu versehen und Beilagen wegzulassen, sodass keine unveröffentlichten Individualdaten und diesbezüglichen Aussagen mehr enthalten seien. Deshalb sei es evt. zweckmässiger, B._____ einzuladen, sich zum Prämiengenehmigungsverfahren allgemein zu äussern, und ihr nur die grundsätzlichen Ausführungen der Parteien zuzustellen.

M.
B._____ liess sich mit Schreiben vom 26. Juni 2009 (BVGer act. 26) dahingehend vernehmen, dass sie auf die Verfahrensrechte als Beigeladene und auf jede materielle Stellungnahme in diesem Verfahren verzichte, da die Beschwerdeführerin nicht Mitglied des Vereins B._____ sei.

N.
Das Bundesverwaltungsgericht schrieb am 10. Juli 2009 (BVGer act. 27) den Antrag der Beschwerdeführerin vom 8. Juni 2009, es sei umgehend davon Abstand zu nehmen, B._____ als Beigeladene im Prozess anzusehen, als gegenstandslos geworden ab.

O.
Mit Verfügung vom 20. Juli 2009 lud das Bundesverwaltungsgericht die Preisüberwachung (BVGer act. 28) ein, zu den Fragen Stellung zu nehmen,

- ob sie der Auffassung sei, die zuständige Behörde habe sie grundsätzlich im Rahmen eines Prämiengenehmigungsverfahrens nach

Art. 61 Abs. 5 KVG in Verbindung mit Art. 92 Abs. 1 KVV vor der Entscheidfällung einzubeziehen,
- auf welche Bestimmung sich die Preisüberwachung bejahendenfalls stütze auf Art. 14 Abs. 1 PüG oder auf Art. 15 Abs. 2bis PüG, und
- ob die Preisüberwachung der Auffassung sei, sie hätte vor Erlass der Verfügung des BAG vom 29. September 2008 betreffend Nichtgenehmigung der Prämien der Beschwerdeführerin für das Jahr 2009 in acht Kantonen angehört bzw. orientiert werden sollen.

P.
Mit Stellungnahme vom 10. August 2009 (BVGer act. 29) führte die Preisüberwachung aus, sie sei zwar grundsätzlich der Auffassung, dass sie aufgrund der geltenden Rechtslage bei Prämiengenehmigungsverfahren des BAG ein Empfehlungsrecht beanspruchen könnte, dass die personellen Kapazitäten der Preisüberwachung jedoch beschränkt seien. Zwischen den sozialen Krankenversicherern bestehe ein gewisser, vom Gesetzgeber gewollter (Prämien-) Wettbewerb, es existiere zwischen Krankenversicherungsprämien und -tarifen ein direkter Zusammenhang, und schliesslich bildeten sich Grundversicherungstarife kaum je im freien Wettbewerb. Die Preisüberwachung lege deshalb ihren Arbeitsschwerpunkt im Gesundheitswesen seit Jahren klar auf die Prüfung von Tarifen und Preisen zulasten der sozialen Krankenversicherung. Bis heute habe die Preisüberwachung noch nie von ihrem gesetzlichen Empfehlungsrecht im Rahmen eines Prämiengenehmigungsverfahrens Gebrauch gemacht. Wäre sie in den vergangenen 20 Jahren einmal zur Auffassung gelangt, dass eine Kontrolle der KVG-Prämien notwendig wäre, so hätte sie dem BAG ihren Willen zur diesbezüglichen Prüftätigkeit schriftlich mitgeteilt. Mangels derartiger Willensbekundung habe das BAG in guten Treuen davon ausgehen können, dass die Preisüberwachung bis auf Weiteres von einer Empfehlungstätigkeit bei KVG-Prämien absehe. Die grundsätzliche Zuständigkeit der Preisüberwachung bei KVG-Prämien stütze sich auf Art. 15 Abs. 2bis PüG, da das BAG und nicht eine politische Behörde Preisbeurteilungen vornehme.

Q.
Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit für die Entscheidfindung erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Aufgrund der Beschwerde streitig und im Folgenden vom Bundesverwaltungsgericht 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 kantonaler Reserven zu senken.

1.1 Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts 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 KVG und Art. 92 Abs. 1 KVV.

1.2 Die Nichtgenehmigung der von der Beschwerdeführerin für das Jahr 2009 beantragten Prämien stellt eine anfechtbare Verfügung dar (vgl. Grundsatzentscheid BRE vom 22. Oktober 1997, RKUV 6/1997 S. 399 oder VPB 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 VwVG in Verbindung mit Art. 37 VGG).

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

2.
Nachfolgend werden die formellen Rügen der Beschwerdeführerin geprüft.

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 Bundesverwaltungsgericht 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 Begehren 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 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil sie im Genehmigungsverfahren nicht vollständige Akteneinsicht erhalten habe, insbesondere in die elektronischen Daten und die dazu gehörende Software, sowie in alle im Zusammenhang mit dem Verfahren stehenden papierenen Dokumente der Vorinstanz (Vernehmlassung Ziff. 12 ff.). In ihrer Beschwerde beantragte die Beschwerdeführerin denn auch die vollständige Akteneinsicht und die Edition der Software und der elektronischen Daten bei der Vorinstanz.

Nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101; vgl. auch Art. 26 ff. VwVG) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es aber auch ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass von Verfügungen dar, welche in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreifen. Dazu gehört insbesondere das Recht der Parteien, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (vgl. Urteil des Bundesgerichts I 3/05 vom 17. Juni 2005 E. 3.1.3 und BGE 132 V 368 E. 3.1 mit weiteren Hinweisen).

Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt – ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst – in der Regel zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, ob die Anhörung im konkreten Fall für den Ausgang der materiellen Streitentscheidung von Bedeutung ist, das heisst, die Behörde zu einer Änderung ihres Entscheides veranlasst wird oder nicht (BGE 132 V 387 E. 5.1, BGE 127 V 431 E. 3d/aa). Nach der Rechtsprechung

kann eine – nicht besonders schwerwiegende – Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 127 V 431 E. 3d/aa, BGE 115 V 297 E. 2h, RKUV 1992 Nr. U 152 S. 199 E. 2e). Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist im Sinne einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 116 V 182 E. 3d; zum Ganzen ausführlich Urteil des EVG vom 14. Juli 2006, I 193/04).

Die Vorinstanz führte in ihrer Vernehmlassung vom 19. Februar 2009 detailliert den Ablauf des Genehmigungsverfahrens auf und bestätigte, dass sie bereit sei, ihre Auswertungen dem Bundesverwaltungsgericht elektronisch zuzustellen. Ebenso sei sie bereit, in ihren Räumlichkeiten Einblick in die Datenbank zu geben. Mit Verfügung vom 4. März 2009 ordnete das Bundesverwaltungsgericht an, dass der Beschwerdeführerin antragsgemäss Einsicht in die edierten nicht vertraulichen Daten bzw. Akten der Vorinstanz zu gewähren und ihr zu diesem Zweck der Beilagenordner der Vorinstanz zur Vernehmlassung vom 19. Februar 2009, enthaltend 37 Beilagen gemäss Beilagenverzeichnis, zur Einsichtnahme zuzustellen sei. Der Antrag der Beschwerdeführerin sei jedoch insoweit abzuweisen, als ihr die Einsichtnahme in die als vertraulich bezeichneten Beilagen zu verweigern sei, da wesentliche private Interessen die Geheimhaltung erforderten. Im Übrigen werde die Beschwerdeführerin eingeladen, gemäss Anerbieten der Vorinstanz in deren Räumlichkeiten gestützt auf deren Datenbank Einblick in die Auswertungen zu nehmen, soweit diese keine unveröffentlichten Individualdaten anderer Versicherer enthielten, die der Geheimhaltungspflicht gemäss Art. 37 Abs. 1 Bst. b VwVG unterlägen. Mit gleicher Verfügung räumte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin antragsgemäss Gelegenheit zur Beschwerdeergänzung und gleichzeitig zur Replik ein.

Im vorliegenden Fall konnte die Beschwerdeführerin im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, wie oben ausgeführt, Einsicht in alle

(nicht vertraulichen) Daten und Akten nehmen und sich zu den Vorbringen der Vorinstanz eingehend äussern.

Nach ständiger Praxis kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt werden, wenn die Betroffene die Möglichkeit erhält, vor einer Beschwerdeinstanz Akteneinsicht zu nehmen und sich zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Die Heilung eines allfälligen Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (BGE I 193/04 vom 14. Juli 2006, BGE 126 V 130 E. 2b). Soweit die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren durch eine nicht vollständig gewährte Akteneinsicht überhaupt verletzt haben sollte, gilt es somit als im Beschwerdeverfahren geheilt.

2.3 Im Weiteren rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihre Begründungspflicht betreffend die angefochtene Verfügung verletzt (Vernehmlassung, Ziff. 11, 120).

Jede schriftliche Verfügung ist zu begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Das Recht auf Begründung folgt auch aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs nach Art. 4 Abs. 1 BV. Das VwVG stellt allerdings keine besondere Anforderungen an den Inhalt und den Umfang der Begründung. Nach den zu Art. 4 Abs. 1 BV entwickelten Grundsätzen müssen die Betroffenen in die Lage versetzt werden, die Verfügung sachgerecht anfechten zu können, d.h. sich ein Bild von der Tragweite des Entscheids machen können. Die verfügende Behörde muss daher kurz die Überlegungen nennen, von denen sich sich leiten liess und auf die sich der Entscheid stützt. Dabei darf sie sich auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Nicht vorausgesetzt ist, dass die Begründung in der Verfügung selbst enthalten ist (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 354 ff. mit Hinweisen).

Die Vorinstanz macht in ihrer Vernehmlassung geltend, dass das Prämiengenehmigungsverfahren innerhalb eines sehr kurzen Zeitraums durchgeführt werden müsse. Deshalb gebe sie den Versicherern ihre Beanstandungen zu den eingegebenen Prämien jeweils mündlich bekannt. Einzelne Versicherer lade sie zu einem Gespräch ein. Mit der Beschwerdeführerin habe sie drei Gespräche geführt. Sie habe der Beschwerdeführerin am 1. September 2008 mitgeteilt, dass sie ihre Reserven als unverhältnismässig hoch erachte und daher Prämiensenkungen in acht Kantonen fordere. Sie habe der Beschwerdeführe-

rin die Daten, auf die sie sich gestützt habe, gezeigt und die Gründe für die geforderten Prämiensenkungen eingehend dargelegt. Vor Erlass der angefochtenen Verfügung habe die Beschwerdeführerin nochmals Gelegenheit gehabt, Stellung zu nehmen, was diese auch getan habe. Im Übrigen seien der Beschwerdeführerin das Verfahren und die kurzen Fristen bekannt.

Eine Verletzung der Begründungspflicht ist aufgrund der vorliegenden Sachlage zu verneinen. Die Verfügung der Vorinstanz vom 29. September 2008 enthält eine materielle Begründung, die es der Beschwerdeführerin ermöglicht hat, sich ein Bild von der Tragweite des Entscheids zu machen und von den entscheidwesentlichen Überlegungen der Vorinstanz Kenntnis zu nehmen. Ferner hatte die Beschwerdeführerin bereits vor Erlass der angefochtenen Verfügung Gelegenheit, sich mit dem Standpunkt der Vorinstanz einlässlich auseinanderzusetzen.

Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihre Begründungspflicht verletzt, geht daher fehl.

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 Prämiensenkung verfügt, sondern diese ergebe sich lediglich aus der Verfügungsbegründung (Vernehmlassung, Ziff. 112 f.,121).

Die Beschwerdeführerin kann vom Bundesverwaltungsgericht nur Rechtsverhältnisse überprüfen bzw. 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: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG: nachfolgend Kommentar 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 bzw. 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 MÜLLLER in: Kommentar 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. Die Begründung der Nichtgenehmigung durch die Vorinstanz, die Reserven der Beschwerdeführerin seien zu hoch, weshalb die Prämien zu senken seien, gehört vorliegend zum Streitgegenstand.

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 bzw. gemäss Art. 15 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 Seite 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. 2bis 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 Bundesrat genehmigt. Folglich hätte der Bundesrat den Preisüberwacher nach Art. 14 PüG anzuhören. Der Bundesrat hat seine Kompetenz aber in Art. 92 KVV an das BAG delegiert, welches den Preisüberwacher nach Art. 15 Abs. 2bis 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. 2bis 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 Bundesrates (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. 2bis 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. ROLF H. 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 (Stellungnahme vom 10. August 2009).

Der Preisüberwachung steht es frei, im konkreten Fall auf eine Stellungnahme im Rahmen von Art. 14 und 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 bzw. 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. ROLF H. 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.

3.1 Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht in der Regel diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2), unter Vorbehalt der spezialgesetzlichen Übergangsbestimmungen.

3.2 In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 130 V 329 E. 2.3, BGE 134 V 315 E. 1.2).

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 BV 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. 11-13 KVG).

Der Bundesrat 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 Krankenpflegeversicherung bedürfen der Genehmigung durch den Bundesrat. 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. Demnach erfolgt die Finanzierung nach dem Ausgabenumlageverfahren. Die Versicherer bilden für bereits eingetretene Krankheiten und zur Sicherstellung der längerfristigen Zahlungsfähigkeit ausreichende Reserven (Abs. 1). Die Finanzierung muss selbsttragend sein. Die Versicherer weisen die Rückstellungen und Reserven für die obligatorische Krankenpflegeversicherung in der Bilanz gesondert aus (Abs. 2). Die Versicherer führen für die obligatorische Krankenpflegeversicherung eine besondere Betriebsrechnung. Rechnungsjahr ist das Kalenderjahr. Die Prämien und die Leistungen für Krankheit und für Unfälle sind getrennt auszuweisen (Abs. 3). Die Versicherer erstellen für jedes Geschäftsjahr einen Geschäftsbericht, der sich aus Jahresbericht und Jahresrechnung zusammensetzt. Der Bundesrat legt fest, in welchen Fällen zusätzlich eine Konzernrechnung zu erstellen ist (Abs. 4). Der Geschäftsbericht ist nach den Vorschriften des Obligationenrechts über die Aktiengesellschaften und nach den Bestimmungen dieses Gesetzes zu erstellen (Abs. 5). Der Bundesrat erlässt die notwendigen Vorschriften, insbesondere über die Rechnungsführung, die Rechnungsablage, die Rechnungskontrolle, den Geschäftsbericht, die Reservebildung und die Kapitalanlagen. Er legt fest, wie der Geschäftsbericht zu veröffentlichen oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen ist (Abs. 6).

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). In der obligatorischen Krankenpflegeversicherung muss die Sicherheitsreserve des Versicherers bezogen auf das Rechnungsjahr je nach dem Versichertenbestand mindestens folgenden Prozentsatz der geschuldeten Prämien (Prämiensoll) erreichen (Art. 78 Abs. 4 KVV):

- für 2009: bis 50'000 Versicherte: 20%; zwischen 50'000-150'000 Versicherte: 15%; über 150'000 Versicherte: 10%,
- für 2008: zwischen 50'000-150'000 Versicherte: 16%; zwischen 150'000-250'000 Versicherte: 12%; über 250'000 Versicherte: 11%,
- für 2007: zwischen 50'000-150'000 Versicherte: 18%; zwischen 150'000-250'000 Versicherte: 16%; über 250'000 Versicherte: 13% (jeweils Fassung gemäss Ziff. I der V vom 26. April 2006 [AS 2006 1717]; siehe auch SchlB dieser Verordnungsänderung);
- bis 2006: bis 250'000 Versicherte: 20%; über 250'000 Versicherte: 15% (Fassung vom 6. Juni 2003; AS 2003 3249).

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 u. a. 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. Die Einzelheiten bezüglich der Genehmigung der Prämientarife des nächsten Jahres würden den Krankenversicherern in einem Informationsschreiben mitgeteilt, das jedes Jahr spätestens im Juni versandt werde. Ausserdem lasse das BAG den Krankenversicherern jedes Jahr im Juni ein Informations-

schreiben mit dem Erhebungsprogramm für die Prämien zukommen (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 ausgerichten sind, welches die finanzielle Sicherheit des Versicherers gefährden würde.

In der Erfolgsrechnung pro Kanton dürfen die Kosten pro Versicherten bezüglich Verwaltungskosten, Abschreibungen und des ausserordentlichen Aufwands und Ertrags im prämienmässig teuersten Kanton im Maximum das Doppelte der Kosten im prämienmässig günstigsten Kanton betragen. Der Verteilschlüssel ist bekannt zu geben.

Die im Gesetz vorgeschriebenen Mindestreserven müssen eingehalten werden. Die Äufnung von fehlenden Reserven ist zwingend vorzusehen. Grundsätzlich müssen die gesetzlichen Mindestreserven in allen Kantonen erreicht werden. Gewisse Schwankungen zum gesamtschweizerischen Wert werden hingegen toleriert. Bei der Prämienfestsetzung ist der kantonalen Reservesituation Rechnung zu tragen (siehe beiliegendes Informationsschreiben vom 4. Juni 2008).

Sowohl für die gesamte Schweiz als auch für jeden Kanton müssen für unerledigte Versicherungsfälle Rückstellungen vorhanden sein oder gebildet werden. Richtwerte sind 25 bis 32 Prozent der Nettoleistungen, wobei der individuelle Bedarf jedes Versicherers massgebend ist. Abweichungen von den Richtwerten sind zu begründen.

Die Prämien müssen grundsätzlich so festgelegt sein, dass jeder Kanton gleichmässig pro versicherte Person zu einem Gewinn bzw. Verlust beiträgt.

Die Prämien der Kantone, in denen der Versicherer über einen Versichertenbestand von weniger als 300 Personen verfügt, müssen sich wegen der

möglichen grossen Kostenschwankungen von Jahr zu Jahr am kantonalen bzw. regionalen Durchschnitt des laufenden Jahres ausrichten, der um einen realistischen Prozentsatz erhöht wird. Auf dieser Grundlage legt das BAG pro Region eine Minimal- und eine Maximalprämie fest.

Die vom BAG pro Region festgelegten Minimal- und Maximalprämien müssen auch von neu gegründeten Versicherern angewandt werden (und von Versicherern, die in einem Kanton/einer Prämienregion neu als Anbieter auftreten). Sie gelten hingegen nicht für Versicherer, deren Tätigkeitsgebiet und/oder Versichertenbestand sehr eingeschränkt ist.

Prämien EU/EFTA: Die Versicherer haben die Prämien nach den Regeln von Art. 92*b* KVV zu berechnen. Für EU/EFTA-Länder, in denen ein Versicherer nur über einen geringen Versichertenbestand (<100) verfügt, müssen die Prämien unterhalb der vom BAG festgelegten Maximalprämien festgesetzt werden, welche sich am Prämiendurchschnitt und an den zu erwartenden durchschnittlichen Kosten ausrichtet. Die Höchstprämie darf von den Versicherern nur festgesetzt werden, wenn die Kosten dies rechtfertigen. Das BAG geht davon aus, dass die grosse Mehrzahl der Versicherer Prämien unterhalb dieser Höchstprämien festsetzen muss. Die vom BAG festgehaltene Höchstprämie gilt für die teuerste Prämienregion."

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 Bundesrat 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 (Vernehmlassungsbeilage 2), 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 Bundesrat 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 Prämiensolls 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 VD, GE und ZH).

Das BAG hielt also in seinem Kreisschreiben Nr. 5.1 vom 4. Juni 2008 sowie in den dazugehörenden Informationsschreiben zusammengefasst fest, dass bei der Prämienfestsetzung der kantonalen Reservesituation Rechnung zu tragen sei und forderte die Versicherer auf, die vom Bundesrat 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 vom 6. November 1991 über die Revision der Krankenversicherung (BBl 1992 I 93ff.) hielt der Bundesrat fest, jede Krankenkasse geniesse eine weitgehende Autonomie, sie sei aber auch selbst für die Einhaltung des Gleichgewichts zwischen Ausgaben und Einnahmen verantwortlich (S. 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 (S. 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 (S. 193 zu Art. 53).

5.2 Das damals zuständige Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) erläuterte die Änderung der 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 u.a. die Reserven der Versicherer beträfen. 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 bzw. 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 diesbezüglich keine Vorschriften machen. Die Reserven der Versicherer dienten 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 Nationalrat Robbiani reichte am 6. Oktober 2005 ein Postulat ein, welches den Bundesrat aufforderte, einen Bericht mit folgenden Angaben zu erstellen:

- Genaue Angaben über die Gründe für die Prämienerhöhungen für das Jahr 2006; es ist insbesondere den Einwänden einiger Kantone Rechnung zu tragen, namentlich der Diskrepanz zwischen dem Prämienanstieg und dem viel moderateren Wachstum der Gesundheitskosten;
- Methode und Kriterien, auf die sich das Departement bei der Prüfung der Prämienerhöhungsanträge stützt;
- allfällige Massnahmen für eine bessere Transparenz der Daten, auf die sich die Krankenversicherer bei ihren Prämienerhöhungsanträgen stützen;
- organisatorische und/oder rechtliche Anpassungen, die eine strengere Analyse und Prüfung der Anträge der Krankenversicherer an das Departement garantieren;
- allfällige Anpassungen im Gesetz, die eine bessere Information der Versicherten durch die Krankenversicherer gewährleisten.

Um die mit diesem Postulat und anderen parlamentarischen Vorstössen aufgeworfenen Fragen zu beantworten, schlug der Bundesrat am

2. Dezember 2005 vor, einen Bericht insbesondere zu folgenden Themen auszuarbeiten:

- Erläuterung des Prämiengenehmigungsverfahrens durch das BAG;
- Erläuterung der verschiedenen vom BAG angewandten Berechnungskriterien und -methoden zur Kontrolle der Prämien;
- Analyse der Situation bezüglich der Transparenz gegenüber den Versicherten;
- Unterbreitung von Vorschlägen für organisatorische oder gesetzgeberische Massnahmen.

Am 16. Dezember 2005 nahm der Nationalrat das Postulat Robbiani „Für eine bessere Information der Krankenversicherten“ (05.3625) an.

In Erfüllung des Postulats Robbiani verabschiedete der Bundesrat 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 erläutert insbesondere Ablauf, Methode und Beurteilungskriterien bei der Prämiengenehmigung, Transparenz der Finanzierung und der Prämienfestsetzung gegenüber den Versicherten sowie den Handlungsbedarf bezüglich der Prämiengenehmigung und der Information der Versicherten.

Unter dem Titel „Methode und Beurteilungskriterien bei der Prämiengenehmigung“ wird aufgeführt, dass die Aufsichtsbehörde die Prämien auf der Basis der folgenden Entscheidkriterien genehmige: Einhaltung der gesetzlichen Finanzierungsbestimmungen, insbesondere Einhaltung der Mindestreserven; plausible Budgetierung, insbesondere bezüglich der Kostenprognose und der Berücksichtigung von Sondereffekten; mittelfristiges kantonales Gleichgewicht zwischen Kosten und Prämien; Einhaltung der Bestimmungen zur Prämienberechnung und den maximalen Prämienermässigungen; Ausschluss von missbräuchlichen Prämienfestsetzungen; Einhaltung der Praxis der Aufsichtsbehörde zur Prämiengenehmigung im Sinne einer einheitlichen Anwendung des Bundesrechts. Der Entscheid über die Prämienfestsetzung müsse in der Verantwortung des einzelnen Versicherers sein. Würde sich die Aufsichtsbehörde in die Marktposition der Prämien der einzelnen Versicherer einmischen, würde ein Markteingriff vorliegen, welcher Auswirkungen zum Nutzen oder Schaden anderer Marktteilnehmer hätte, indem z. B. mehr oder weniger Zuwachs an neuen Versicherten generiert würde. Die Aufsichtsbehörde weise generell auf die in der Prämienfestsetzung und Budgetierung erkennbaren Risiken hin, überlasse

einen Entscheid zur Änderung der Prämie aber immer dem Versicherer, sofern nicht gesetzliche Bestimmungen verletzt oder die Solvenz des gesamten Unternehmens gefährdet sei. Sei die Solvenz des Versicherers durch genügende gesetzliche Reserven bei plausibler Budgetierung gesichert und würden die Finanzierungsregeln und die Bestimmungen über die Prämienfestsetzung und die Prämienermässigungen eingehalten, könnten die eingereichten Prämientarife genehmigt werden. Falls aus diesen Prüfungen aber Unregelmässigkeiten ersichtlich seien, werde das eingereichte Budget eingehender geprüft. Zusätzlich würden die Entscheide für die einzelnen Versicherer auch nach dem jeweiligen finanziellen Risiko und der Budgetqualität und Prognosegenauigkeit der Vorjahre gewichtet gefällt (S. 17-18).

Das KVG sehe eine Finanzierung nach dem Umlageverfahren vor. Wichtige Grundsätze seien das Gewinnverbot und die selbsttragende Finanzierung der OKP. Die Prämien dürften nur für die Bezahlung kassenpflichtiger Leistungen gemäss KVG (inkl. Rückstellungen und Beiträge an den Risikoausgleich) und Verwaltungskosten verwendet werden, wobei Überschüsse oder negative Resultate den gesetzlichen Reserven zuzuschreiben oder zu belasten seien (S. 18-19). Gemäss den Finanzierungsgrundsätzen des Umlageverfahrens müssten im Idealfall die Prämien, welche im Vorjahr festgesetzt und genehmigt worden seien, genau den Kosten des Folgejahres entsprechen. Punktgenaue Budgets seien aber aufgrund von nicht vermeidbaren Prognosefehlern zufällig, weshalb das Finanzierungssystem einen Ausgleich über die Reserven vorsehe, der den Schaden von Abweichungen der Budgets in Grenzen halte, sofern die allgemeinen Finanzierungsgrundsätze sonst respektiert worden seien (S. 21-22). Für die Aufsichtsbehörde sei es zwingend, dass die Versicherer bei unausgeglichenen finanziellen Situationen durch die Prämienfestsetzung betriebswirtschaftliche Ergebnisse anstrebten; sie überlasse aber dem Versicherer die mittelfristige Planung, um diese Ziele zu erreichen (S. 23). Die Aufsichtsbehörde interveniere im Rahmen der Budgetprüfung aufgrund der vielfältigen Budgetunsicherheiten nur bei offensichtlichen und grossen Abweichungen von plausiblen Prognosen und fordere eine Prämienanpassung zur Wahrung der finanziellen Sicherheit, bei einer Prämienfestsetzung über dem Kostenniveau ohne entsprechenden finanziellen Bedarf zur Äufnung der gesetzlichen Mindestreserven oder zum Ausgleich von Vorjahresverlusten (S. 24).

Die Reserven würden aus dem Ergebnis der Erfolgsrechnung gespiesen und reflektierten demzufolge den von den Krankenkassen in allen

Geschäftsjahren erwirtschafteten Überschuss oder Verlust. Die Mindestreserven der Krankenversicherer seien gemäss Art. 78 KVV als ein nach Versichertenbestand abgestufter Prozentsatz festgesetzt. Diese Reservenquote berechne sich aufgrund der vorhandenen Reserven im Verhältnis zum Prämiensoll. Die gesetzliche Mindestreservequote gelte für die gesamte OKP einer Krankenkasse und sei nicht teilbar. Falle die Reservequote einer Krankenkasse unter das gesetzlich festgelegte Minimum, müsse sie die fehlenden Reserven mittelfristig und nach einem mit der Aufsichtsbehörde vereinbarten Plan wieder aufbauen. Die Reserven stellten bei den Krankenkassen als juristische und wirtschaftlich selbständige Einheiten die Eigenmittel dar und erlaubten, ihre langfristige Solvenz zu sichern. Zweck der Reserven sei insbesondere, das Unternehmerrisiko (Bestandesänderungen, falsche Budgetbeurteilung, Einbruch der Börsenwerte, usw.) sowie die branchenspezifischen Risiken (Epidemie, Pandemie, aussergewöhnliche Anzahl schwerer Fälle, Verschlechterung der Qualität des Versichertenbestandes, usw.) zu decken. Aufgrund der kantonalen Ergebnisrechnungen der Versicherer würden Überschüsse oder Verluste dem jeweiligen Kanton zugeschrieben, was sich in seiner kalkulatorischen kantonalen Reservequote ausdrücke. Diese Kennzahl diene dem BAG im Rahmen der Prüfung der kantonalen Prämienfestsetzung zur Beurteilung des Verhältnisses zwischen den kantonalen Prämien und den kantonalen Kosten (S. 25). 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 Prämienerhöhung im Folgejahr zur Folge hätte. Eine allzu rasche Änderung der Reservensituation 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 Prämienvolumens 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 (S. 26/27).

5.4 Mit der Interpellation (08.3305) „Transparenz bei den kantonalen Reservequoten der Krankenkassen“, eingereicht am 10. Juni 2008, forderte Anita Fetz u.a. die Beantwortung der Fragen, wie sich die Mindestreserven nach Kantonen seit 1997 entwickelt hätten, aufgeschlüsselt nach diversen Kennzahlen, und ob nach Ansicht des Bundesrates die Weisungsbefugnis des BAG nach Art. 92 Abs. 5 KVV reiche, um innerhalb von vier Jahren die geforderte Erreichung der gesetzlichen Mindestreserven in allen Kantonen zu gewährleisten.

Der Bundesrat wies in seiner Antwort vom 3. September 2008 daraufhin, dass die geforderte Aufschlüsselung nicht sinnvoll sei, und dass es sich bei den kantonalen Reserven um rein kalkulatorische Berechnungen handle. Eine Angleichung werde innerhalb nützlicher Frist umgesetzt. Dabei sei von allzu drastischen Massnahmen Abstand zu nehmen, die eine überschiessende Wirkung zeitigen könnten. Die Angleichung solle vielmehr derart erfolgen, dass eine gegenteilige Wirkung, nämlich in wenigen Jahren stark steigende Prämien infolge zu niedriger Reserven, vermieden werde. Die Versicherer hätten im Jahr 2007 mit einem Gewinn von rund 200 Mio. Franken abgeschlosssen, was gesamtschweizerisch zu einem Anstieg der Reserven um 0,8 Prozentpunkte geführt habe. Die kalkulatorischen Reserven insbesondere in den Kantonen Waadt, Genf und Zürich seien daher zu hoch und in den Kantonen Bern, St. Gallen und Aargau zu tief. Der Bundesrat erwarte, dass die Versicherer in den nächsten Jahren die notwendigen Massnahmen ergriffen, um die Unterschiede zwischen den Kantonen zu verkleinern. Sollte sich die Situation nicht deutlich verbessern, werde der Bundesrat aufgrund von Art. 60 Abs. 6 KVG entsprechende Vorschriften erlassen.

Anlässlich der Ständeratssitzung vom 2. Oktober 2008 im Rahmen der Herbstsession 2008 erläuterte Bundesrat Couchepin mündlich die Antwort des Bundesrates und ergänzte, die Reserven würden gemäss den gesetzlichen Vorgaben auf nationaler Ebene kalkuliert. Trotzdem sei er der Ansicht, dass es ungerecht sei, wenn einzelne Kantone die Rolle der Bank und andere diejenige des Schuldners zu spielen hätten. Daher habe er die Weisung erteilt, die Reserven seien über einige Jahre hinaus anzugleichen, wobei es sich nicht um eine formelle Regelung („pas une convention formelle“) handle. Es sei wohl gesetzeskonform, aber nicht gerecht, wenn die

Reserven in einigen Kantonen zu hoch und in anderen ungenügend seien. Deshalb seien in diesem Jahr die Prämien von fünf Krankenversicherern nicht genehmigt worden. Vier hätten sich gefügt, der fünfte wolle daraus eine Grundsatzfrage machen, und das ende wohl beim Gericht. Er hoffe, dass er gewinne, aber manchmal entschieden die Gerichte aufgrund von Kriterien, die sich von denjenigen gewöhnlich Sterblicher unterschieden.

5.5 Auf die Motion (08.3590) von Anita Fetz „Ausgleich der kantonalen Reservequoten von Krankenversicherern bis 2012“ vom 2. Oktober 2008 antwortete der Bundesrat am 5. Dezember 2008 wie folgt:

Ein vollständiger Ausgleich der Reserven in den einzelnen Kantonen halte der Bundesrat für nicht sachgerecht. Bei den kalkulatorischen kantonalen Reserven seien kurz- bis mittelfristige Schwankungen infolge Ungenauigkeiten bei der Budgetierung und bei der Schätzung von Bestandesänderungen unvermeidbar und würden insbesondere auch mit der Kantons- und Versicherergrösse zusammen hängen. Je kleiner die Versichertenbestände seien, desto grösser fielen solche Schwankungen tendenziell aus. Diese Schwankungen müssten Jahr für Jahr über sofortige Prämienanpassungen aufgefangen werden, und das würde die Prämieninstabilität in den einzelnen Kantonen markant erhöhen. Der Bundesrat befürworte vielmehr ein kontinuierliche und flexible kantonale Angleichung der Reservesituation. Er werde die Versicherer dazu anhalten, in den nächsten Jahren die notwendigen Massnahmen zu ergreifen, um die Unterschiede zwischen den Kantonen zu verkleinern.

Die Motion wurde in der Folge der Diskussion im Ständerat am 18. Dezember 2008 wegen ungenauer Formulierung zurückgezogen; es handle sich um einen *An*gleich und nicht *Aus*gleich der Reservequoten.

Die neu formulierte Motion (08.4046) „Angleich der kantonalen Reservequoten von Krankenversichern bis 2012“ wurde am 19. Dezember 2008 von Anita Fetz eingereicht. Darin wird der Bundesrat beauftragt, die kalkulatorischen Krankenkassenreserven bis 2012 *an*gleichen zu lassen.

Der Bundesrat antwortete am 25. Februar 2009, er habe mehrfach seinen Willen bekundet, die Reserven der Krankenversicherer zwischen den Kantonen bis 2012 wieder ins Gleichgewicht zu bringen. Die Angleichung über mehrere Jahre habe zum Ziel, ein angemessenes Verhältnis zwischen den verschiedenen kalkulatorischen kantonalen Reservequoten pro

Versicherer zu erreichen. Das BAG werde die Angleichung dieser Reserven bis 2012 über das Prämiengenehmigungsverfahren umsetzen und die Versicherer dazu anhalten, in den folgenden Jahren die erforderlichen Massnahmen zu treffen, um die Unterschiede zwischen den Kantonen abzubauen. Die Versicherungsprämien 2009 hätten gezeigt, dass sich die Reserven der Krankenversicherer generell in die richtige Richtung entwickeln. Der Bundesrat beantragte die Annahme der Motion.

Am 18. März 2009 nahm der Ständerat die Motion an und leitete diese an den Nationalrat weiter.

5.6 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sowohl der Auffassung des Bundesrates, 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 Bundesrat im Kommentar zur KVV-Revision vom 6. Juni 2003 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 Couchepin in der Ständeratssitzung vom 2. Oktober 2008 anlässlich der Erläuterung der bundesrätlichen Antwort zur Interpellation 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 (vgl. E. 5.4).

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

6.1 Im Bundesratsentscheid vom 16. November 1997 betreffend die Genehmigung der Prämientarife 1996 hat sich der Bundesrat mit dem Gutachten „Prämiengenehmigung in der Krankenversicherung/Expertenbericht zur Prüfmethode des BSV“ vom 19. April 1997, erstattet von Prof. Dr. Heinz Schmid, Versicherungsmathematiker und Experte der Krankenversicherung, auseinandergesetzt. Der Bundesrat kam zum Schluss, dass das (damals zuständige) BSV im Rahmen der Prämiengenehmigungsverfahren Zurückhaltung zu üben habe betreffend Anordnungen, die geeignet seien, Auswirkungen auf die finanzielle Sicherheit der Kasse und das kantonale finanzielle Gleichgewicht zu zeitigen. Angesichts der Zahl der auf dem Markt auftretenden Krankenkassen und der gesetzlich vorgesehenen Kündigungsmöglichkeiten aus Versichertensicht bestehe kein zwingendes Bedürfnis, die bestehende echte Marktsituation und den Wettbewerb einzuschränken (E. 8.6).

6.2 Im Entscheid vom 14. Januar 1998 hielt der Bundesrat fest, dass es zwar gestattet sei, die Versicherungsprämien vorübergehend durch die Beanspruchung der Reserven niedrig zu halten, dass eine solche Prämienpolitik aber allen Kantonen gleichermassen zugute kommen müsse, ansonsten ein Verstoss gegen das Gebot der Gleichbehandlung vorliege (E. 9).

6.3 In seinem Entscheid vom 25. März 1998 führt der Bundesrat aus, bei der Genehmigung der Prämientarife trete eine Aufsichtsbehörde den Versicherern als Durchführungsorgan(e) der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gegenüber, und diese Genehmigung sei der hoheitlichen Tätigkeit zuzurechnen. Der Rechtssicherheit komme hier eine besondere Bedeutung zu. Dies spreche dafür, dass bei Beschwerdeverfahren in Sachen Prämiengenehmigungen nur unter einschränkenden Voraussetzungen eine Nachkalkulation von Prämientarifen aufgrund aktuellerer Zahlen zuzulassen sei. Das bedeute, dass nicht mehr auf Schätzungen abzustellen sei, wenn bereits Geschäftsergebnisse des fraglichen Jahres vorlägen (E. 6.1, 6.2). Versicherungsprämien könnten vorübergehend durch die Beanspruchung der Reserven niedrig gehalten werden, doch müsse eine solche Prämienpolitik allen Kantonen gleichermassen zugute kommen. Eine Pflicht,

die Prämien zu Lasten der Reserven zu verbilligen, bestehe jedoch nicht (E. 9.1).

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 bestehe 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 bzw. Gutachten zum Thema Prämiengenehmigung wird die Gestaltung der Reserven diskutiert:

7.1 Prof. Dr. Heinz Schmid, versicherungsmathematischer Experte, erstellte am 15. April 1997 zuhanden des BSV ein Gutachten betreffend „Prämiengenehmigung in der Krankenversicherung/Expertenbericht zur Prüfmethode des BSV“ (Forschungsbericht Nr. 3/97).

Als kritische Beurteilung der damals gültigen Methode stellte der Gutachter die grundsätzliche Frage, ob es Aufgabe der Aufsichtsbehörde sein könne, Prämien als zu hoch zu bezeichnen und nach unten zu korrigieren, wenn nicht mehr Kriterien für eine umfassende Prüfung der beantragten Prämien herangezogen würden. Es stelle sich die Frage, ob das BSV damit nicht nur eine unnötige zusätzliche Verantwortung für die finanzielle Sicherheit der Kassen übernehme (S. 9). Unter dem Titel Ausbau der Prämienkontrolle und der Prämiengenehmigung (Ziff. 4) führt der Gutachter aus, dass aus den von den Kassen zur Verfügung gestellten Daten (gemäss Kreisschreiben 96/7) eine Fülle von wichtigen Auswertungen möglich sei. In einzelnen Punkten seien die Daten allerdings noch ausbaufähig, um die Aussagekraft der Kennzahlen weiter zu erhöhen. Eine mögliche Ergänzung sei die Aufteilung der Reserven und Rückstellungen auf die Kantone (S. 18). Bei einheitlicher prozentualer Steigerungsrate für die Leistungen könnten die Prämienerhöhungen immer noch grosse Unterschiede aufweisen. Je nach Stand der Rückstellungen und der Reserven und je nach dem Ausmass der Be- oder Entlastung durch den Risikoausgleich würden die Prämienanpassungen unterschiedlich ausfallen. Könnten die Versicherer gar Rückstellungen oder Reserven abbauen bzw. müssten sie diese zusätzlich dotieren, könnten die kassenspezifischen Abweichungen bezüglich Prämien grosse Streuungen aufweisen. Auch wenn es gelinge, wenigstens bezüglich erwarteter Erhöhungen der Versicherungsleistungen pro Kanton die

Abweichungen von Kasse zu Kasse minimal zu halten, seien grössere Schwankungen bei den Prämien möglich. Es werde in jedem Fall Sache der Versicherer sein, die unterschiedlichen Prämienanpassungen zu begründen (S. 24). Im Weiteren weist der Gutachter darauf hin, dass der Grundsatz des kantonalen finanziellen Gleichgewichtes insofern nicht berücksichtigt werde, als die Rückstellungen und die Reserven nicht kantonal ausgewiesen und berücksichtigt würden, obschon aus den kantonalen Prämien ebenfalls die betreffenden Zuweisungen zu erfolgen hätten (S. 38). Als Diskussionsergebnis einer Arbeitstagung vom 20. Februar 1997 zur Umsetzung des KVG unter Leitung von Frau Bundesrätin Dreifuss sei unter anderem festgehalten worden, dass die Krankenkassen, welche in der Regel keine grossen Gewinne auszuweisen und oft Mühe hätten, die gesetzlichen Reserven zu äufnen, ihre Verantwortung als Treuhänder der Versichertenprämien in Zukunft wesentlich stärker wahrnehmen müssten; sie hätten die Wirtschaftlichkeit der in Rechnung gestellten Leistungen nach der auch vom Bundesgericht anerkannten Methode des statistischen Vergleichs systematisch zu überprüfen und die im KVG enthaltenen Möglichkeiten für die Schaffung von marktähnlichen Verhältnissen im Gesundheitswesen voll auszuschöpfen (S. 41).

7.2 Prof. Dr. iur. Gerhard Schmid, Rechtsanwalt, erstellte am 17. Mai 2000 eine gutachterliche Meinungsäusserung zuhanden des Konkordats der Schweizerischen Krankenversicherer (KSK; heute santésuisse). Darin zog er folgendes Fazit:

Im Rahmen der alljährlichen Verfahren zur Prämiengenehmigung zwischen den Krankenversicherern und dem BSV sei den Krankenversicherern im vergangenen Jahr eine Interpretation der Reservestellungspflicht seitens des Bundesamtes eröffnet worden, wonach die Krankenkassen die bei ihnen gebildeten Reserven auf ihre jeweiligen kantonalen Bestände aufzuteilen hätten. Das einschlägige Recht enthalte aber keine Grundlage, um den Krankenversicherern eine kantonale Zuteilung der Reserven im Rahmen der obligatorischen Krankenversicherung vorzuschreiben. Insbesondere aufgrund von Art. 78 KVV werde klar, dass sowohl bezüglich der Herabsetzungsmöglichkeit bei der Rückversicherung von Leistungen als auch hinsichtlich der Rückversicherungspflicht die Reservierungspflicht – wie versicherungsmathematisch und betriebswirtschaftlich einleuchtend – die gesamte Kasse und den gesamten Versichertenbestand ins Auge fasse. Demzufolge lasse sich Art. 78 KVV keine Verpflichtung entnehmen, nach der die Reserven kantonal auszuscheiden wären. In tatsächlicher Hinsicht sei eine kantonale Zuteilung von Reserven im Rahmen der obligatorischen

Krankenversicherung vor allem bei kleineren kantonalen Versichertenbeständen geeignet, die Krankenversicherer zu zwingen, je nach den einigermassen zufälligen Schwankungen der Reservierungserfordernisse eine rasch wechselnde Prämienpolitik zu betreiben, welche weder die kantonalen oder regionalen Kostenunterschiede noch die Gesamtlage einer Krankenversicherung nahelegten. Damit würde es auch für grössere und leistungsfähige Krankenversicherer sehr schwierig, ihr Wirken auf neue kantonale Tätigkeitsgebiete auszudehnen. Eine solche Auswirkung sei nicht nur von faktischer, sondern auch von rechtlicher Bedeutung, sei doch im Rahmen der Revision des KVG die Förderung des Wettbewerbs u.a. unter den Versicherern ausdrücklich als Ziel hervorgehoben worden. Dazu komme, dass sich die Krankenkassen in ihrer Geschäftstätigkeit auf das in Art. 27 BV festgeschriebene Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit berufen könnten, und dass die staatliche Regulierung der Reservebildung lediglich unter den allgemeinen Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffs zulässig sei. Als solche benenne Art. 36 BV insbesondere das Vorhandensein einer gesetzlichen Grundlage, die Rechtfertigung durch ein öffentliches Interesse und die Wahrung der Verhältnismässigkeit. Sicher könne eine Weisung des BSV keine gesetzliche Grundlage darstellen, und ebenso zweifelhaft erschienen nach den gemachten Überlegungen, ob eine solche kantonale Zuteilung von Reserven überhaupt im öffentlichen Interesse liegen könnte, wie auch, ob der damit verbundene Eingriff – selbst wenn man ein gewisses öffentliches Interesse an einer solchen Vorschrift bejahen sollte – als verhältnismässig zu betrachten wäre. Lediglich auf Verordnungsstufe liesse sich eine solche Grundlage zudem deshalb nicht rechtsgültig schaffen, weil die erforderlichen allgemeinen Voraussetzungen für einen entsprechenden Grundrechtseingriff ohnehin nicht erfüllt wären.

7.3 Dr. B. Koller, Universität Basel, erstellte am 22. Mai 2000 ein Gutachten betreffend die Reserven und Rückstellungen der Krankenkassen zuhanden des KSK.

Er führte aus, je höher Reserven und Rückstellungen im Verhältnis zu den eingegangenen Verpflichtungen dotiert seien, desto kleiner sei die Gefahr finanzieller Probleme, desto höher die Bonität. Ohne Reserven hätten Schwankungen im Geschäftsverlauf unter Umständen den Ruin der Gesellschaft zur Folge. Das KVG messe den Reserven eine zentrale Rolle für die Finanzkraft der Krankenkassen zu (Art. 60 KVG); die Mindestreserven würden explizit geregelt. Es sei erlaubt, Teile der Reserven durch Rückversicherung oder staatliche Defizitgarantien zu substituieren (Art. 78 KVV). Reserven seien Eigenkapital, Rückstellungen stellten hingegen

Fremdkapital dar. Reserven gehörten also der Krankenkasse und könnten nicht auf eine andere Kasse übertragen werden. Um die Reservestellung in der Krankenversicherung zu analysieren, müsse man die Gefahren kennen, die die finanzielle Sicherheit einer Kasse bedrohten. Für die finanzielle Sicherheit einer Krankenkasse seien drei Gefahren von Bedeutung: Zufallsrisiko (zufallsbedingte Schwankungen des Schadenverlaufes), Änderungsrisiko (steigende Nachfrage nach Gesundheit, neue Medikamente oder Erweiterung des Leistungskatalogs usw.) und Kumul- oder Ansteckungsrisiko (ein bestimmtes Schadenereignis kann viele Versicherte treffen). Die Frage, wie hoch die Reserven zu bemessen seien, könne nicht eindeutig beantwortet werden. Je höher die Reserven, desto kleiner sei die Ruinwahrscheinlichkeit der Gesellschaft. Es gelte die Wahrscheinlichkeit eines Ruins und die Höhe der Reserve gegeneinander abzuwägen. Die Reservevorgabe bei Kassen mit mehr als 250'000 Mitgliedern von 15% (entspricht dem Stand von 2000) dürfe eher knapp bemessen sein und solle keineswegs weiter gesenkt werden. Sorge mache dabei weniger das Änderungsrisiko als das Kumulrisiko. Eine Krankenkasse ohne Reserven müsse mittels einer Kombination aus Prämienzuschlägen, Rückversicherung und Krediten versuchen, die Schwankungen des Geschäftsverlaufs abzufangen, was eine teure Lösung darstelle. Reserven in Höhe des Mindestreservesatzes seien nicht ratsam. Die Formulierung der KVV über die Mindestsätze der Reserven sei dergestalt, dass Unstetigkeiten in den Reserveerfordernissen aufträten. Wenn zum Beispiel eine Kasse mit etwas mehr als 10'000 Mitgliedern (Reservesatz 24%) zum Jahreswechsel unter die 10'000 Grenze falle, so müsse sie die Reserve auf 34% erhöhen. Dies entspreche einer Erhöhung von über 40%. Pro Mitglied müsse die Prämie rund 10% steigen, um die Reserve auf den gesetzlich geforderten Stand zu bringen. Es sei sicher nicht im Interesse der Mitglieder, wenn eine Kasse am Reserveminimum operiere. Für den Versicherungsbetrieb sei nicht eine starke Abnahme der Versichertenzahl gefährlich, sondern eine starke Zunahme. Im Extremfall könne ein unkontrollierter Zustrom von Versicherten eine Kasse finanziell und organisatorisch überfordern; wegen des Kontrahierungszwangs könne die Geschäftsleitung das Wachstum nicht begrenzen. Besonders schwierig gestalte sich die Äufnung der zusätzlich notwendigen Reserven. Die naheliegende Lösung, die Erhöhung der Prämien, zeige oft nicht die gewünschte Wirkung, da dann vor allem gesunde Versicherte die Kasse verliessen und dadurch die Pro-Kopf-Kosten stiegen – der Beginn einer unaufhaltsamen Bestandesverschlechterung.

7.4 Die B, S, S., Blöchliger, Staehelin & Partner, Volkswirtschaftliche Beratung, erstellte am 29. August 2003 den Forschungsbericht

Nr. 23/03 „Veränderungen im Bereich der Prämiengenehmigung zu Handen des BSV.

Die Expertise zeigt auf, dass die von Prof. Heinz Schmid im Gutachten vom 15. April 1997 erarbeiteten Vorschläge umgesetzt worden seien, die angewendeten Verfahren dem entsprochen hätten, was man habe erwarten können und die eingesetzten Verfahren sich seit 1997 dank einer weiterentwickelten Informatisierung weiterentwickelt hätten. Problematisch sei, dass das BSV den Versicherern seine Kritik an den eingegebenen Prämien meist mündlich mitteile. Eine systematische Dokumentation des Prämiengenehmigungsverfahrens finde nicht statt. Das BSV solle seine Beurteilung der Prämieneingaben nach einem einheitlichen Schema in schriftlicher Form dokumentieren. Eine Beschränkung des BSV auf eine Solvabilitätsprüfung würde das Verfahren der Prämiengenehmigung generell vereinfachen. Die Prämien von finanziell gesunden Versicherern könnten schnell und unbürokratisch genehmigt werden, und das BSV könnte seine Ressourcen darauf konzentrieren, Versicherer mit finanziellen Problemen intensiv zu prüfen und zu beraten. Denn oberstes Gebot bei der Prämiengenehmigung habe für das BSV die Solvabilität des Versicherers zu sein. Die Reserven der Versicherungen sollten aber nicht möglichst hoch sein, sondern möglichst nah an den gesetzlichen Vorgaben liegen. Ein Abbau der Reserven sei grundsätzlich erwünscht, wenn diese über dem gesetzlichen Minimum lägen. Weiter würden die Prämien für jeden einzelnen Kanton geprüft; die genehmigte kantonale Prämienerhöhung sei dabei abhängig von der kantonalen Reservesituation des jeweiligen Versicherers. Eine Quersubventionierung zwischen den Kantonen solle vermieden werden (S. 14). Reserven pro Kanton machten aus betriebswirtschaftlicher Sicht keinen Sinn. Sie seien eingeführt worden, um zu hohe oder zu tiefe Prämien in einem Kanton erkennen zu können. Die gleiche Erkenntnis könne aber auch durch eine einfache Einnahme- und Ausgabenrechnung pro Kanton gewonnen werden (S. 18). Von zentraler Bedeutung für die Beurteilung der Solvenz der Versicher seien die zur Verfügung stehenden Reserven. Die Reserven als Passivposten seien auf der Aktivseite durch Kapitalanlagen gedeckt. Diese trügen Zinsen, so dass hohe Reserven auch hohe Kapitalerträge bedeuteten. Ein Abbau der Reserven wirke sich also nicht nur bezüglich Sicherheit, sondern auch langfristig bezüglich der Prämienhöhe negativ aus (S. 29). Art. 78 KVV, der sich mit den Reserven der Versicherer befasse, besage, dass Einnahmen und Ausgaben über zwei aufeinanderfolgende Jahre ausgeglichen sein müssten. Dies sei eine sehr starke Forderung. Ein Reserveabbau sei bei einer wörtlichen Interpretation demnach nicht möglich (S. 33). Weiter stellten die Gutachter fest, dass das

BSV durch den Druck auf die Prämien erreicht habe, dass die Versicherer ihre Reserven nicht erhöht, sondern abgebaut hätten. Der Abbau der Reserven erlaube aber nur eine temporäre Reduktion der Prämienhöhe. Langfristig könne nur ein effektiver Abbau der Kosten zu Prämienreduktionen führen. Reduzierte Reserven führten zu reduzierten Kapitalerträgen, was schliesslich höhere Prämien notwendig mache. Langfristig habe der Versuch, die Prämien via Prämienbewilligung tief zu halten, in diesem Sinne eine kontraproduktive Wirkung gehabt (S. 39/40). Unter dem Titel „Prämiengenehmigung versus Konkurrenzdruck“ warfen die Gutachter die Frage auf, welche Rolle das BSV spielen müsse, um sicherzustellen, dass die Versicherer die Prämien nicht zum Zwecke des Anhäufens hoher Reserven unnötig hoch festlegten. Für eine strikte Überwachung der Kosten wäre eine viel genauere Kontrolle nötig, wozu das BSV keine Kapazität habe. Auch erscheine es nicht dem Geist des KVG zu entsprechen, dass das BSV eine detaillierte Kostenkontrolle aller Versicherer durchführe. Vielmehr sei ja der Grundgedanke des KVG, dass ein freier Wettbewerb zwischen den Versicherern herrsche und dass der Konkurrenzdruck dazu führe, dass die Versicherer ihre Kosten möglichst gering hielten, um eine attraktive Prämie anbieten zu können. Auch eine Beschränkung der Reservehöhe nach oben sei innerhalb einer Konkurrenzsituation eigentlich nicht notwendig. Die Konkurrenz zwischen den Versicherern solle dazu führen, dass die Versicherer eine möglichst optimale Reservehöhe wählten (S. 42). Im Rahmen des heutigen Systems könnten günstigere Prämien vor allem dadurch erreicht werden, dass der Wettbewerb zwischen den Versichern forciert und weiter geöffnet werde (S. 46). Bei der Analyse der Vorgaben des BSV hinsichtlich der Prämiengenehmigung falle auf, dass es in den vergangen Jahren ein erklärtes Ziel des BSV gewesen sei, die Reserven auf die gesetzlich vorgeschriebenen Mindestniveaus zu reduzieren. Das BSV verfolge zugleich das Ziel intertemporal gleichmässiger Prämienerhöhungen. Hier bestehe ein klarer Zielkonflikt, da niedrige Reserven ein Abfangen unvorhersehbarer Ereignisse verunmöglichten. Zudem sei problematisch, dass klare, schriftliche Regeln fehlten, die festlegen würden, in welchen Fällen die Mindestreserve ausnahmsweise unterschritten werden dürfe (S. 48). Die Gutachter empfehlen abschliessend (u.a.), dass sich das BSV auf die Prüfung der Solvabilität der Versicherer konzentriere, wenn nicht gar ganz darauf beschränke. Wolle das BSV weiterhin die Prämien wie auch die Reserven nach oben beschränken, so müssten klar kommunizierte Limiten gelten. Vorstellbar wäre ein Band akzeptierter Reservesätze (S. 50/51).

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

8.1 Das Verfahren der Prämiengenehmigung entspricht staatlicher Preisregulierung und 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 Abs. 2 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 Prämiengenehmigung (E. 7) und den einschlägigen parlamentarischen Debatten (E. 5.3), dem Kommentar des BSV zur KVV-Revision vom 6. Juni 2003 (E. 5.2) wie auch der Rechtsprechung des Bundesrats (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 Bundesrats zur Interpellation Robbiani (E. 5.3) und im Gutachten von Prof. Gerhard Schmid vom 17. Mai 2000 (E. 7.3) 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 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 Prämiengenehmigungsbehörde zwischenzeitlich seine Auffassung geändert. Es hat die Prämiengenehmigung 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 Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass sich die angefochtene Verfügung nicht auf ei-

ne 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.

9.
Es bleibt noch über die Verfahrenskosten und Parteientschädigung zu befinden.

9.1 Grundsätzlich ist das Verfahren kostenpflichtig. Der obsiegenden Beschwerdeführerin wie auch der Vorinstanz sind jedoch keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von CHF 4'000.- ist ihr vom Gericht zurückzuerstatten.

9.2 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 und 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) haben obsiegende Parteien Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten. Keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben Bundesbehörden und in der Regel andere Behörden, die als Parteien auftreten (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Nachfolgend ist zu prüfen, ob die obsiegende Beschwerdegegnerin Anspruch auf eine Parteientschädigung hat.

Den Bundesverwaltungsbehörden gleichgestellt sind gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG andere Instanzen und Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen. Die Beschwerdeführerin gilt im Bereich der Durchführung der obligatorischen Versicherung als Trägerin hoheitlicher Gewalt und damit als Behörde im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG (PIERRE TSCHANNEN, in: Kommentar zum VwVG, Rz. 23 zu Art. 1), welche gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE in der Regel keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat. Das Bundesgericht hat gestützt auf das damals gültige Organisationsgesetz (Art. 159 Abs. 2 OG) den Krankenkassen keine Parteientschädigungen zugesprochen, weil sie hinsichtlich der Durchführung der obligatorischen Krankenversicherung als Organisationen mit öffentlich-rechtlichen Auf-

gaben zu qualifizieren seien (vgl. BGE 127 V 176 [E. 5b nicht veröffentlicht, aber in U 329/99 vom 25. Juni 2001 enthalten]; BGE 112 V 362 mit Hinweisen). Ausnahmen sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gerechtfertigt, wenn das Verhalten der Gegenpartei leichtsinnig oder mutwillig ist oder wenn die besondere Art des Prozesses die Zusprechung von Parteikosten rechtfertigt (BGE 128 V 124 E. 5b). Eine derartige Ausnahmesituation ist vorliegend nicht gegeben.

Die Beschwerdegegnerin hat folglich keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, und die angefochtene Verfügung wird aufgehoben. Die Akten gehen zurück an die Vorinstanz zum Erlass einer neuen Verfügung.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von CHF 4'000.- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:
- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössisches Departement des Innern (Gerichtsurkunde)
- die Preisüberwachung (A-Post)

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Franziska Schneider	Christine Schori Abt

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).
Versand: