Urteilskopf

128 V 272

42. Auszug aus dem Urteil i.S. 1. sansan Versicherungen AG und 2. avanex Versicherungen AG, beide c/o Helsana Versicherungen AG, gegen Eidgenössisches Departement des Innern K 13/02+14/02 vom 26. Juli 2002

Regeste (de):
Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 29 und 30 Abs. 1 VwVG: Rechtliches Gehör bei Einholung von Rechtsgutachten. Holt die entscheidende Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde ein Rechtsgutachten ein, um Grundlagen für die Konkretisierung relativ offener Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen zu erhalten, und stellt sie in der Folge darauf ab, hat sie vorgängig die Expertise der Partei oder den Parteien zur Kenntnis zu bringen und ihr oder ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Art. 11 ff., insbes. Art. 13 Abs. 1 und 2 KVG; Art. 12 ff. KVV: Anerkennung als Krankenkasse und Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung. Die Anerkennung als Krankenkasse kann nicht abgelehnt und die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung nicht verweigert werden allein aufgrund der Tatsache, dass die gesuchstellende juristische Person in einen Konzern eingebunden ist, dem bereits eine Krankenkasse sowie eine im Privatversicherungsbereich tätige Versicherungseinrichtung angehören; aus einer solchen Verbindung kann nicht ohne weiteres gefolgert werden, die Risikoselektion werde durch zielgerichtete Risikoverteilung in einer mit dem Prinzip der Solidarität unter den Versicherten unvereinbaren Weise erleichtert.

Art. 4, 7, 11 ff., 61 und 105 KVG; Art. 1 ff. VORA: Risikoselektion. Freizügigkeit, Einheitsprämie und Risikoausgleich bedeuten nicht, aus Sicht des Gesetzes könne es keine unerwünschte Risikoselektion (mehr) geben.

Regeste (fr):
Art. 29 al. 2 Cst.; art. 29 et 30 al. 1 PA: Droit d'être entendu en cas d'obtention d'un avis de droit. Si l'autorité administrative ou judiciaire appelée à statuer demande un avis de droit afin d'établir les éléments nécessaires à l'application de dispositions légales et réglementaires relativement indéterminées et qu'elle se fonde sur celui-ci par la suite, elle doit donner préalablement connaissance de cet avis à la partie ou aux parties, avec la possibilité pour elle(s) de se déterminer.

Art. 11 ss, en particulier art. 13 al. 1 et 2 LAMal; art. 12 ss OAMal: Reconnaissance de la caisse-maladie et autorisation de pratiquer l'assurance-maladie sociale. La reconnaissance comme caisse-maladie et l'autorisation de pratiquer l'assurance-maladie sociale ne peuvent être refusées au seul motif que la personne morale requérante est intégrée à un groupe de sociétés comprenant déjà une caisse-maladie ainsi qu'une institution d'assurance pratiquant l'assurance privée; on ne saurait sans plus déduire de la seule existence d'un tel rapport que la sélection des risques serait facilitée d'une manière incompatible avec le principe de la solidarité entre les assurés, par une répartition ad hoc des risques.

Art. 4, 7, 11 ss, 61 et 105 LAMal; art. 1 ss OCoR: Sélection des risques. Le libre passage, la prime uniforme et la compensation des risques ne signifient pas qu'il n'existe pas ou plus d'obstacle légal à une sélection indésirable des risques.

Regesto (it):
Art. 29 cpv. 2 Cost.; art. 29 e 30 cpv. 1 PA: Diritto di essere sentito nell'allestimento di una perizia giuridica. L'autorità amministrativa o giudiziaria, che, chiamata a statuire, ordina una perizia giuridica alfine di stabilire le basi necessarie all'applicazione di disposizioni di legge e di ordinanza relativamente indeterminate e si fonda in seguito sulle risultanze della medesima, deve prima portare la perizia a conoscenza della parte o delle parti e

conferire loro la possibilità di esprimersi.

Art. 11 segg., in particolare art. 13 cpv. 1 e 2 LAMal; art. 12 segg. OAMal: Riconoscimento quale cassa malati ed autorizzazione a esercitare. Il riconoscimento quale cassa malati e l'autorizzazione a esercitare l'assicurazione malattia sociale non possono essere rifiutati per il solo motivo che la persona giuridica istante fa parte di un gruppo societario comprendente già una cassa malati come pure un istituto assicurativo esercitante l'assicurazione privata; per l'esistenza di un simile collegamento non si può concludere senz'altro che la selezione dei rischi venga facilitata, mediante una ripartizione ad hoc degli stessi, in maniera incompatibile con il principio di solidarietà tra gli assicurati.

Art. 4, 7, 11 segg., 61 e 105 LAMal; art. 1 segg. OCoR: Selezione dei rischi. Libero passaggio, premio unico e compensazione dei rischi non significano che per legge non possa (più) verificarsi alcuna selezione indesiderata dei rischi.

Sachverhalt ab Seite 273

BGE 128 V 272 S. 273

A.- Am 22. Juni 2001 (Statutendatum) sind die Firmen KVD AG sowie CMAR SA mit Sitz in Rotkreuz gegründet worden. Gemäss Handelsregistereintrag vom 26. Juni 2001 bezwecken beide Gesellschaften insbesondere, als Krankenkasse die soziale Krankenversicherung nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit durchzuführen und Versicherungen gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit, Unfall, Mutterschaft, Invalidität und Tod anzubieten. Verwaltungsräte der KVD AG und der CMAR SA sind M. (Präsident), F. (Vizepräsident) sowie K. Die genannten Personen haben gleichzeitig Einsitz im Verwaltungsrat u.a. der Helsana (Holding), der Helsana Versicherungen AG, einer Krankenkasse im Sinne des Krankenversicherungsgesetzes (KVG), sowie der Helsana Zusatzversicherungen AG, einer privaten Versicherungseinrichtung im Sinne des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG), und sind zudem Mitglieder der Helsana-Konzernleitung. Am 28. Juni 2001 stellten sowohl die KVD AG als auch die CMAR SA das Gesuch um Anerkennung als Krankenkasse und

BGE 128 V 272 S. 274

um Erteilung der Bewilligung für die Durchführung der sozialen Krankenversicherung ab 1. Januar 2002. Dem Antragsschreiben beigelegt war u.a. ein vom selben Tag datierter Rückversicherungsvertrag mit der Helsana Versicherungen AG. Im Rahmen der Prüfung des Gesuchs forderte das instruierende Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) weitere Unterlagen ein, insbesondere Angaben zur Struktur des Helsana-Konzerns und zur Einbettung der beiden Firmen in denselben. Im Weitern untersagte das BSV den beiden Gesellschaften einen Marktauftritt bis zur allfälligen Erteilung der Bewilligung durch das Eidgenössische Departement des Innern (EDI). Am 13. Juli 2001 beauftragte das Bundesamt Prof. Dr. iur. P., zu Fragen im Zusammenhang mit dem Auftreten und der Zusammenarbeit von Krankenversicherern, insbesondere wenn zwischen ihnen ein Rückversicherungsvertrag besteht, Stellung zu nehmen. Am 25. September 2001 wurde das Rechtsgutachten zur "Zulässigkeit von aktuellen Entwicklungen auf gesellschaftsrechtlicher und vertraglicher Ebene zwischen den Krankenversicherern" erstattet. Mit Verfügung vom 28. Dezember 2001 lehnte das Departement das Gesuch sowohl der KVD AG als auch der CMAR SA (seit 8. November 2001: sansan Versicherungen AG resp. avanex Versicherungen AG) um Anerkennung als Krankenkasse und um Erteilung der Bewilligung für die

Durchführung der sozialen Krankenversicherung ab. Als Gründe für den negativen Entscheid wurden die administrative, finanzielle und auch personelle Abhängigkeit von Gesellschaften der Helsana Gruppe, namentlich der Helsana Versicherungen AG sowie der Helsana Zusatzversicherungen AG, sowie die Gefahr der Risikoselektion (Transfer "guter Risiken" von der Helsana Versicherungen AG in die neuen Versicherungen) genannt.

B.- Die sansan Versicherungen AG und die avanex Versicherungen AG führen je Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem in der Sache gleichen hauptsächlichen Rechtsbegehren, es sei die sie betreffende Verfügung vom 28. Dezember 2001 aufzuheben und das Gesuch um Anerkennung als Krankenkasse und um Erteilung der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung gutzuheissen. Das Departement beantragt die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerden, desgleichen das ebenfalls zur Vernehmlassung eingeladene Bundesamt.

BGE 128 V 272 S. 275

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

4. a) Gemäss Art. 12 Abs. 1 KVG setzt die Anerkennung einer juristischen Person als Krankenkasse u.a. voraus, dass sie keinen Erwerbszweck verfolgt und hauptsächlich die soziale Krankenversicherung betreibt. Für die Bewilligung der Durchführung der sozialen Krankenversicherung ist laut Art. 13 Abs. 1 KVG erforderlich, dass der Versicherer (anerkannte Krankenkasse oder private Versicherungseinrichtung, die dem Versicherungsaufsichtsgesetz [VAG]untersteht [Art. 11 lit. a und b KVG]) die Anforderungen des Gesetzes erfüllt. Nach Art. 13 Abs. 2 KVG müssen die Versicherer insbesondere: a. die soziale Krankenversicherung nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit durchführen und die Gleichbehandlung der Versicherten gewährleisten; sie dürfen die Mittel der sozialen Krankenversicherung nur zu deren Zwecken verwenden; b. über eine Organisation und eine Geschäftsführung verfügen, welche die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften gewährleisten; c. jederzeit in der Lage sein, ihren finanziellen Verpflichtungen nachzukommen; d. auch die Einzeltaggeldversicherung nach diesem Gesetz durchführen; e. einen Sitz in der Schweiz haben.
b) Der Bundesrat hat gestützt auf die ihm in Art. 96 KVG eingeräumte Gesetzesvollzugskompetenz in den Art. 12 und 15 Abs. 1 KVV Ausführungsbestimmungen zu den Voraussetzungen der Anerkennung als Krankenkasse sowie der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung erlassen. In Art. 12 KVV werden die Rechtsformen genannt, in welchen Krankenkassen gemäss Art. 12 KVG organisiert sein müssen (Abs. 1); im Weitern werden die Unterlagen aufgezählt, die dem Gesuch um Anerkennung als Krankenkasse beizulegen sind und worüber sie Auskunft zu geben haben (Abs. 2 lit. a-e). Diese Angaben u.a. zu den Prämientarifen, zum Budget sowie zu den Reserven und Rückstellungen in beiden Zweigen der sozialen Krankenversicherung (obligatorische Krankenpflegeversicherung und freiwillige Taggeldversicherung [Art. 1 Abs. 1 KVG]) sind gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. a KVV auch für die Erteilung der Durchführungsbewilligung massgebend. Art. 12 Abs. 3 KVV schliesslich nennt die minimale Reserve, welche eine um Anerkennung als Krankenkasse nachsuchende juristische Person aufweisen muss, und deren Berechnung. c) Es ist unbestritten, dass die in den angefochtenen Verfügungen als formell bezeichneten Zulassungsbedingungen gemäss Art. 12

BGE 128 V 272 S. 276

Abs. 1 bis 3 KVV im Entscheidzeitpunkt erfüllt waren. Hingegen erachtete das Departement die adminis-

trative, finanzielle und auch personelle Abhängigkeit von Gesellschaften der Helsana Gruppe, namentlich der Helsana Versicherungen AG sowie der Helsana Zusatzversicherungen AG, als mit dem Gesetz unvereinbar. Eine Anerkennung würde zu einem Transfer "guter Risiken" (jüngere, männliche Versicherte) von der bereits als Krankenkasse anerkannten Helsana Versicherungen AG zu den Gesuchstellerinnen führen, indem ein finanziell interessantes Versicherungspaket, bestehend aus Zusatzversicherungen der Helsana Versicherungen AG und einer bei den neuen und zum selben Konzern gehörenden Krankenkassen günstigeren "Grundversicherung", angeboten werden könnte. In einem ähnlich gelagerten Fall (K 17/02) hat das Departement weiter argumentiert, solche bedeutend günstigeren Gesamtpakete mit Grund- und Zusatzversicherungen sollten verhindern, dass grössere Versichertenkollektive von der bestehenden Krankenkasse an einen Versicherer ausserhalb des Konzerns verloren gehen. Die Konzernstruktur begünstige somit die Möglichkeit der Risikoselektion, und es sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass eine solche auch stattfinde, was für die Nichtanerkennung genüge.

5. a) aa) Die Beschwerdeführerinnen rügen in formeller Hinsicht eine mehrfache Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Sie hätten nicht mit den in den angefochtenen Verfügungen genannten Gründen für die Nichtanerkennung als Krankenkasse sowie die Verweigerung der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung rechnen müssen. Das instruierende Bundesamt habe zu keiner Zeit kundgetan, dass es die Konzernstrukturen, in welche sie eingebettet seien, als unzulässig ansehen werde. Ebenso hätten sie nicht wissen können und müssen, dass das Departement seine Entscheide auf Äusserungen in der Presse abstützen und die betreffenden Artikel zu den Akten legen werde, aus welchen zudem der unzutreffende Schluss gezogen werde, sie wollten mit ihrem Gesuch aufsichtsrechtliche Massnahmen gegen die "Billig-Tochterkassen" provozieren oder sich den gleichen, gegen das Krankenversicherungsgesetz verstossenden Vorteil verschaffen. Indem das Bundesamt weder die als massgeblich erachteten Akten noch die in Betracht gezogenen Rechtsgründe für die Gesuchsablehnung vor der Entscheidung des Departementes mitgeteilt und zur Stellungnahme unterbreitet habe, sei ihr Gehörsanspruch verletzt worden. Ebenfalls hätten sie sich nicht vorgängig zum

Rechtsgutachten des Prof. Dr. P. vom 25. September 2001 äussern können. Aus dieser Expertise werde in den angefochtenen Verfügungen zum Teil wörtlich zitiert. Dies betreffe vorab die - völlig aus dem Zusammenhang gerissene - Formulierung, die um die Anerkennung als Krankenkasse und die Bewilligung für die Durchführung der sozialen Krankenversicherung nachsuchenden Gesellschaften benützten diesen Versicherungszweig bloss als Sprungbrett für die Zusatzversicherungen. bb) Das Departement weist den Vorwurf der Gehörsverletzung von sich. In grundsätzlicher Hinsicht gelte es zu beachten, dass in Gesuchsverfahren eine eigentliche Vorverlagerung des rechtlichen Gehörs auf das Anfangsstadium stattfinde in dem Sinne, dass mit Einreichung des Gesuchs und der Obliegenheit, dieses zu begründen, der Anspruch in der Regel bereits erfüllt sei. Im konkreten Fall der Beschwerdeführerinnen im Besonderen sodann habe am 6. Juli 2001 eine Sitzung mit Vororientierung und Anhörung stattgefunden. Dabei sei schon damals unmissverständlich auf die Grundproblematik (Unabhängigkeit vom Helsana-Konzern, namentlich von der Helsana Versicherungen AG, sowie Gefahr der Risikoselektion) aufmerksam gemacht worden. Im Rahmen der daran anschliessenden Korrespondenz seien sodann die offenen Punkte näher erörtert worden. Es hätten somit genügend Kontakte vor der Ablehnung des Gesuches bestanden. Was den Ablauf des Verfahrens in zeitlicher Hinsicht anbelange, habe das Bundesamt beabsichtigt, bis Ende November 2001 dem Departement Antrag zu stellen. Nach Zustellung der mit Schreiben vom 3. Oktober 2001 eingeforderten weiteren Unterlagen Mitte Oktober 2001 habe das BSV festgestellt, dass die vorgesehenen Strukturen der um die Anerkennung als Krankenkasse sowie die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung nachsuchenden Aktiengesellschaften sich kaum innert nützlicher Frist - nach noch festzulegenden Vorgaben - hätten entflechten lassen, zumal dies insbesondere Auswirkungen auf die Gründungsdokumente mit allen formellen und finanziellen Folgen gehabt hätte. Da aufgrund von Art. 12 Abs. 2 KVV bis Ende Jahr habe entschieden werden müssen, habe das Departement im Dezember 2001

direkt die Verfügung erlassen.
b) aa) Gemäss Art. 29 des im Streit um die Anerkennung als Krankenkasse und die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung (Art. 11 lit. a in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 KVG, Art. 13 Abs. 1 und 2 KVG sowie Art. 12 ff. KVV) vor dem EDI anwendbaren (Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a) Bundesgesetzes

vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das Departement hört die Parteien an, bevor es eine Verfügung mit Begründung erlässt (Art. 30 Abs. 1 und Art. 35 Abs. 1 VwVG). Diese Regelung stellt eine Konkretisierung des in Art. 29 Abs. 2 BV verankerten verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör dar (BGE 124 V 181 Erw. 1b; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 107 Rz 293 f.; ferner BGE 121 V 153 Erw. 4c).
bb) Nach der zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangenen, auch unter der Herrschaft des Art. 29 Abs. 2 BV massgebenden Rechtsprechung (BGE 126 V 130 f. Erw. 2a) besteht Anspruch auf vorgängige Anhörung, namentlich wenn die Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde ihren Entscheid mit einer Rechtsnorm oder einem Rechtsgrund zu begründen beabsichtigt, die oder der im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurde, auf die sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit deren Erheblichkeit im konkreten Fall sie nicht rechnen konnten (BGE 126 I 22 Erw. 2c/aa, BGE 125 V 370 Erw. 4a, BGE 124 I 52 Erw. 3c, BGE 123 I 69 Erw. 2d, BGE 116 V 185 Erw. 1a, je mit Hinweisen). Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet sodann, dass die Behörde die Parteien über neue, dem Dossier beigefügte Beweismittel informiert, welche für die Entscheidfindung massgebend sind (BGE 124 II 137 Erw. 2b, BGE 114 Ia 100 Erw. 2c). Unter Umständen kann es allerdings genügen, wenn sie die Akten zur Verfügung der Parteien bereit hält (BGE 112 Ia 202 Erw. 2a; ZAK 1991 S. 99 Erw. 4a). cc) Mit Bezug auf Rechtsgutachten im Besonderen besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts im nicht streitigen Verwaltungsverfahren mit lediglich einer Partei grundsätzlich kein Anspruch darauf, zu einer Expertise, welche sich auf die blosse Beantwortung von Rechtsfragen beschränkt, vor Erlass der Verfügung oder des Entscheides Stellung zu nehmen. Soweit die rechtlichen Erörterungen im Gutachten in die Begründung des Erkenntnisses Eingang gefunden haben, sei mit der Möglichkeit, diese Rechtsanwendung im Rechtsmittelverfahren überprüfen zu lassen, der Gehörsanspruch gewahrt (Urteil vom 10. Dezember 1984 in Sachen Personalfürsorgefonds der X. AG, auszugsweise wiedergegeben in SZS 1985 S. 194 ff.; kritisch HANS MICHAEL RIEMER, Rechtsfragen um Rechtsgutachten, in: recht 2001 S. 148 ff., S. 152). In diesem Zusammenhang gilt es in grundsätzlicher Hinsicht zu beachten, dass je nach abstrakter rechtlicher Sichtweise der konkrete

entscheidwesentliche Sachverhalt in einem andern Licht erscheint. Das kann unter Umständen nach weiteren Abklärungen tatsächlicher Natur rufen. Diesem Gesichtspunkt ist insbesondere dort erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken, wo die Partei eine verstärkte Mitwirkungspflicht bei der Sachverhaltsermittlung trifft, was regelmässig in Anerkennungs-, Zulassungs- und Bewilligungsverfahren der Fall ist. Hier kommt der Anspruch auf rechtliches Gehör in Form eines verstärkten Mitwirkungsrechts bei der Abklärung der rechtserheblichen Tatsachen zum Ausdruck (vgl. zum Ganzen MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 1999, S. 261 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung, insbesondere BGE 111 Ia 104 Erw. 2b; vgl. auch BGE 124 I 49 [Rechtsgutachten als Beweismittel für eine Rechtstatsache]). Wie es sich mit dem Gehörsanspruch in Bezug auf von der

entscheidenden Behörde eingeholte Rechtsgutachten im streitigen Verwaltungsverfahren mit mindestens zwei Parteien grundsätzlich verhält, ist unklar, kann vorliegend indessen letztlich offen bleiben. Immerhin ist hier der Anspruch auf vorgängige Stellungnahme zur Expertise in der Regel wohl zu bejahen, wenn und soweit über die Behandlung reiner Rechtsfragen hinaus der Experte sich auch zur Rechtsanwendung im konkreten hängigen Fall äussert oder seine Ausführungen Anlass für die Behörde bilden, ihren Entscheid auf ein anderes rechtliches oder tatsächliches Fundament zu stützen, als von den Parteien erwartet werden durfte (vgl. Erw. 5b/bb und ALBERTINI, a.a.O., S. 270 unten). dd) In Bezug auf das in Art. 30 Abs. 1 VwVG statuierte Anhörungsrecht vor Erlass der Verfügung ist sodann der Grundsatz zu beachten, dass je offener und unbestimmter die den Verwaltungsakt tragenden materiellen Rechtsnormen sind, desto stärker die verfahrensrechtlichen Garantien als Schutz vor unrichtiger Rechtsanwendung auszubauen sind. Die verfassungskonforme Gewährung des rechtlichen Gehörs erfordert daher unter Umständen, dass die Behörde, bevor sie in Anwendung einer unbestimmt gehaltenen Norm oder in Ausübung eines besonders grossen Ermessensspielraums einen Entscheid von grosser Tragweite für die Betroffenen fällt, diese über ihre Rechtsauffassung orientiert und ihnen Gelegenheit bietet, dazu Stellung zu nehmen (BGE 127 V 434 f. Erw. 2b/cc mit Hinweisen auf die Lehre, BGE 109 Ia 284 Erw. 4d; zur Bestimmtheit der angewendeten Rechtssätze vgl. BGE 123 I 5 f. Erw. 4b).

ee) Schliesslich ist auf Art. 30 Abs. 2 lit. e VwVG hinzuweisen. Nach dieser Ausnahmeregelung zu Art. 30 Abs. 1 VwVG braucht eine Partei nicht vorgängig angehört zu werden vor Verfügungen in einem erstinstanzlichen Verfahren, wenn Gefahr im Verzug ist, den Parteien die Beschwerde gegen die Verfügung zusteht und ihnen keine andere Bestimmung des Bundesrechts einen Anspruch auf vorgängige Anhörung gewährleistet. Dieser Tatbestand setzt neben dem Gefahrenmoment kumulativ voraus, dass gegen die Verfügung ein verwaltungsinterner Beschwerdeweg mit voller Überprüfungsbefugnis offen steht; die Verwaltungsgerichtsbeschwerde genügt für den Verzicht auf eine Anhörung grundsätzlich nicht (BGE 126 II 122 f. Erw. 6b/aa). c) aa) Im Lichte des Vorstehenden ergibt sich für den vorliegenden Fall Folgendes: Aufgrund der Akten trifft zu, dass die Beschwerdeführerinnen von Anfang an wussten oder zumindest wissen konnten, dass das Bundesamt die Anerkennung als Krankenkasse und die Erteilung der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Unabhängigkeit von ebenfalls zum Helsana-Konzern gehörenden Gesellschaften sowie der damit verbundenen Gefahr der Risikoselektion als problematisch erachtete. Insoweit das Departement mit dieser Begründung, ob zu Recht oder nicht, die Gesuche abgelehnt hat, kann nicht von einer Gehörsverletzung gesprochen werden. bb) Anders verhält es sich in Bezug auf die vom EDI zur Rechtfertigung des Verzichts auf eine vorgängige formelle Anhörung hauptsächlich ins Feld geführte zeitliche Dringlichkeit der Verfügungen. Nach Lage der Akten war das eigentliche Instruktionsverfahren zur Beschaffung der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen, worauf die angefochtenen Verfügungen beruhen, mit der Einreichung weiterer vom Bundesamt geforderter Dokumente Mitte Oktober 2001 grundsätzlich abgeschlossen. Das bei Prof. Dr. P. in Auftrag gegebene Rechtsgutachten war bereits am 25. September 2001 erstattet worden. Es ist daher unter zeitlichem Gesichtswinkel kein genügender Grund ersichtlich, weshalb das Bundesamt entgegen seiner Ankündigung im Schreiben vom 14. September 2001 die Beschwerdeführerinnen nicht vorgängig darüber orientierte, in welchem Sinne es Antrag an das Departement stellen werde, und ihnen - nach Kenntnisgabe der Expertise - keine Gelegenheit zur Ergänzung der Gesuchsunterlagen gab. Wenn und soweit die rechtlichen Entscheidungsgrundlagen eine zuverlässige Beurteilung der Gesuche in dem Sinne nicht erlaubten, dass auf Verordnungsstufe

oder der Ebene von Verwaltungsverordnungen oder Weisungen noch keine im Einzelfall anwendbaren, die

gesetzlichen Anerkennungs- und Durchführungsbewilligungsvoraussetzungen konkretisierenden Kriterien ausformuliert waren, stellt dies keinen rechtlich anerkannten Tatbestand dar, um von der vorgängigen Anhörung der Gesuchstellerinnen abzusehen. Ein solcher Sachverhalt wird insbesondere nicht von Art. 30 Abs. 2 lit. e VwVG gedeckt. cc) Was sodann die Rüge anbetrifft, das Rechtsgutachten vom 25. September 2001 sei den Gesuchstellerinnen nicht vorgängig der Verfügungen zur Stellungnahme unterbreitet worden, ist zu beachten, dass die Anerkennungs- und Durchführungsbewilligungsordnung (Art. 11 ff. KVG, Art. 12 ff. KVV; Erw. 4a und b) in materieller Hinsicht einen relativ hohen Unbestimmtheitsgrad aufweist. In diesem Zusammenhang wird namentlich im Gutachten unter Hinweis auf den Wortlaut ("insbesondere") zu Recht festgehalten, dass die Aufzählung in Art. 13 Abs. 2 KVG nicht abschliessend ist. Vielmehr setzt die Erteilung der Durchführungsbewilligung voraus, dass der Versicherer laut Art. 13 Abs. 1 KVG die "Anforderungen dieses Gesetzes" erfüllt, worunter grundsätzlich alle an ihn gerichteten Vorschriften zu verstehen sind. Umgekehrt entzieht das Departement einem Versicherer die Bewilligung, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind (Art. 13 Abs. 3 Satz 1 KVG). In Bezug auf die Organisation und die Geschäftsführung (Art. 13 Abs. 2 lit. b KVG) im Besonderen, welche vorliegend nach Auffassung des Departementes wegen der administrativen, finanziellen und personellen Abhängigkeit der Beschwerdeführerinnen von zum gleichen Konzern gehörenden Versicherungsgesellschaften die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften (u.a. wegen der Gefahr unzulässiger Risikoselektion) nicht gewährleisten, räumen Gesetz und Verordnung den Versicherern einen grossen Gestaltungsspielraum ein. Das vom Bundesamt eingeholte Rechtsgutachten vom 25. September 2001 sollte offensichtlich die Grundlagen für die Formulierung von Kriterien liefern, welche die gesetzlichen Anerkennungs- und Durchführungsbewilligungsvoraussetzungen konkretisieren (vgl. nachstehende Erw. 6). Den Beschwerdeführerinnen hätte daher Gelegenheit gegeben werden müssen, vor der Verfügung zum Rechtsgutachten Stellung zu nehmen und in Kenntnis der von Bundesamt und Departement daraus entnommenen Grundsätze, welchen eine anerkannte Krankenkasse insbesondere in organisatorischer Hinsicht zu genügen hat, allenfalls mit weiteren tatsächlichen und rechtlichen Vorbringen gehört zu werden.

d) Eine Heilung der dargelegten Gehörsverletzungen im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren fällt zumal mit Blick auf die angesichts der Offenheit der Anerkennungs- und Durchführungsbewilligungsordnung gemäss Art. 11 ff. KVG umso grössere Bedeutung des Rechtsgutachtens vom 25. September 2001 (Erw. 5b/dd) und die erhebliche Tragweite eines negativen Entscheides für die Beschwerdeführerinnen grundsätzlich ausser Betracht. Von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Wahrung des Gehörsanspruchs und neuer Entscheidung ist aus nachfolgenden Gründen indessen abzusehen.

6. Materiellrechtlich stellt sich vorab die Frage, inwiefern die Grundsätze, welchen gemäss Rechtsgutachten vom 25. September 2001 und auch nach Auffassung des Departementes eine bundesrechtlich anerkannte Krankenkasse in organisatorischer Hinsicht genügen muss, eine Konkretisierung gesetzlicher Anforderungen im Sinne von Art. 13 Abs. 1 KVG darstellen und, soweit dies zutrifft, vorliegend zur Nichtanerkennung als Krankenkasse und Verweigerung der Durchführungsbewilligung führen. Bei den erwähnten Regeln handelt es sich um die folgenden: - Verbot der Weiterdelegation der Aufgabe der sozialen Krankenversicherung auf Dritte ohne Kontrollmöglichkeiten; - Beachtung des Grundsatzes der Vermeidung von Interessenkollisionen im Führungs- und Geschäftsleitungsbereich; - Gewährleistung der grundsätzlichen Ziele des Krankenversicherungsgesetzes (Solidaritätsprinzip, Gleichbehandlungsprinzip, Gegenseitigkeitsprinzip, Zweckbindung der Mittel usw.); - keine unzulässige Vermischung mit anderen Versicherungsaufgaben, zumindest soweit dadurch der Hauptzweck des Betriebes (soziale Krankenversicherung) gefährdet würde; - Verpflichtung zur wirtschaftlichen Geschäftsführung. a) Zwei der erwähnten Regeln, nämlich die "Gewährleistung der grundsätzlichen Ziele des Krankenversicherungsgesetzes (Solidaritätsprinzip, Gleichbehandlungsprinzip, Gegenseitigkeitsprinzip, Zweckbindung der Mittel usw.)" und die "Verpflichtung zur wirtschaftlichen Geschäftsführung" wiederholen praktisch wortwörtlich, was schon das Gesetz in Art. 13 Abs. 2 lit. a und Art. 22 Abs. 1 KVG sagt. Daraus lässt sich für die Anwendung im Einzelfall nichts entscheidend Neues gewinnen. Nicht näher einzugehen ist sodann auf den

Grundsatz "Keine unzulässige Vermischung mit anderen Versicherungsaufgaben, zumindest soweit dadurch der Hauptzweck des Betriebes (soziale Krankenversicherung) gefährdet würde". Aufgrund der Akten steht fest und ist unbestritten, dass

BGE 128 V 272 S. 283

die Beschwerdeführerinnen einzig die soziale Krankenversicherung durchführen und keine Zusatzversicherungen im Sinne von Art. 12 Abs. 2 KVG anbieten wollen. b) Was das "Verbot der Weiterdelegation der Aufgabe der sozialen Krankenversicherung auf Dritte ohne Kontrollmöglichkeiten" anbelangt, ist zu beachten, dass die juristische Person, welche um Anerkennung als Krankenkasse sowie um Bewilligung für die Durchführung der sozialen Krankenversicherung nachsucht, selber die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen muss und bei einer Zulassung, allenfalls unter Auflagen, der aufsichtsrechtlichen Kontrolle durch das Bundesamt unterliegt. Im Weitern lässt sogar das Gesetz insofern eine solche Delegation zu, als die Versicherer Leistungen, die sie nach diesem Gesetz ausrichten, vertraglich rückversichern lassen können (Art. 14 Abs. 1 KVG). Dabei kommen als Rückversicherer auch anerkannte Krankenkassen mit einem vom Bundesrat in Art. 16 Abs. 1 lit. b KVV festgesetzten Mindestbestand an Versicherten in Betracht (Art. 12 Abs. 4 KVG). Die Rückversicherer bedürfen ebenfalls einer Bewilligung des Departements, wobei für deren Erteilung Art. 13 KVG sinngemäss gilt (Art. 14 Abs. 2 KVG). Und nach Art. 16 Abs. 3 KVV sind die Bestimmungen über die Versicherer sinngemäss auf die Rückversicherer anwendbar, soweit sie diese betreffen. Stehen somit die um Anerkennung als Krankenkasse nachsuchende juristische Person und der delegierte Dritte in einem gesetzlichen Rückversicherungsverhältnis, kann klarerweise nicht von einer fehlenden Kontrollmöglichkeit gesprochen werden. So verhält es sich hier, indem die Beschwerdeführerinnen mit der Helsana Versicherungen AG einen Rückversicherungsvertrag abgeschlossen haben und diese ihrerseits beim Departement um die erforderlichen Bewilligungen nachgesucht hat. In diesem Zusammenhang ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass entgegen den angefochtenen Verfügungen weder die Reserven noch das Aktienkapital der am Recht stehenden Gesellschaften von der Helsana Versicherungen AG finanziert wurden. Ein solche Beteiligung zwischen (anerkannten) Krankenkassen widerspräche offensichtlich dem Grundsatz der Gegenseitigkeit sowie dem Verbot der Zweckentfremdung der Mittel (Art. 13 Abs. 2 lit. a KVG). Aufgrund der Akten und der unwidersprochen gebliebenen Darlegungen in den Verwaltungsgerichtsbeschwerden stammen die betreffenden Mittel von der Helsana Zusatzversicherungen AG, welche gemäss statutarischem Zweck nicht im Bereich der sozialen Krankenversicherung tätig ist, sondern einzig private Versicherungen anbietet.

BGE 128 V 272 S. 284

c) Dem Grundsatz der "Vermeidung von Interessenkollisionen im Führungs- und Geschäftsleitungsbereich" schliesslich soll gemäss angefochtenen Verfügungen offenbar der Umstand widersprechen, dass die Verwaltungsräte der Beschwerdeführerinnen gleichzeitig Mitglieder der Helsana-Konzernleitung sind und überdies Einsitz im Verwaltungsrat u.a. der Helsana (Holding), der Helsana Versicherungen AG sowie der Helsana Zusatzversicherungen AG haben. Inwiefern indessen aufgrund dieser personellen "Verflechtungen" die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften nicht gewährleistet sei, worauf es bei der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung letztlich ankommt (Art. 13 Abs. 2 lit. b KVG), ist nicht ersichtlich und bisher vom Departement auch nicht dargetan worden. Abgesehen davon kann nicht gesagt werden, die Interessen der erwähnten Gesellschaften einerseits und der Beschwerdeführerinnen anderseits stünden zueinander in einem Gegensatz. Bei einer allfälligen Anerkennung als Krankenkassen befänden sich im Übrigen die Beschwerdeführerinnen in einem Konkurrenzverhältnis mit der Helsana Versicherungen AG als bereits anerkannter Krankenkasse, welches trotz Zugehörigkeit zum selben Konzern grundsätzlich kein anderes ist als zwischen irgend zwei von der Grösse und Risikostruktur her vergleichbaren Versicherern. Wenn und soweit eine Zusammen-

arbeit im Bereich Organisation und Geschäftsführung zwecks Nutzung von Synergien stattfindet, ist dagegen solange nichts einzuwenden, als jede Krankenkasse für sich allein die Anforderungen dieses Gesetzes erfüllt, insbesondere über eine Organisation und eine Geschäftsführung verfügt, welche die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften gewährleisten (Art. 13 Abs. 2 lit. b KVG). Gemäss der Botschaft des Bundesrates über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 (BBl 1992 I 93 ff.) ist u.a. die Verwaltung der Anzahl der Versicherten und dem Tätigkeitsgebiet anzupassen und sollten "die Verantwortlichen die zur Durchführung einer Sozialversicherung nötigen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzen" (BBl 1992 I 146 f.). Vorbehalten bleiben allenfalls kartellrechtlich unzulässige Monopolkonstellationen (vgl. Amtl.Bull. 1993 N 1738 f. [Segmüller und Philipona, Berichterstatter], 1743 [Heberlein], 1747 [Gonseth]und 1753 [Jäggi]). d) aa) Nach dem Vorstehenden lassen sich aus den vom Departement herangezogenen Grundsätzen gemäss Rechtsgutachten vom 25. September 2001 somit direkt keine Argumente ableiten, welche gegen die Anerkennung der Beschwerdeführerinnen als

Krankenkassen sowie die Verweigerung der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung sprächen. Insbesondere bildet die Zugehörigkeit zum gleichen Konzern wie die bereits als Krankenkasse anerkannte und im Bereich der sozialen Krankenversicherung tätige Helsana Versicherungen AG sowie die im Privatversicherungsbereich operierende Helsana Zusatzversicherungen AG für sich allein genommen keinen Ablehnungsgrund. Die gegenteilige Auffassung liesse sich auch schwerlich mit der Rechtstatsache in Einklang bringen, dass im Unterschied zum alten Recht der Bereich der sozialen Krankenversicherung neu ebenfalls den privaten Versicherungseinrichtungen, die dem Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) unterstehen, zugänglich ist (Art. 11 lit. b KVG; vgl. BBl 1992 I 120 und 145 sowie Amtl.Bull. 1992 S 1279 [Coutau]und 1284 [Schoch, Präsident der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates (SGK-S)]; GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Rz 47). Dabei besteht kein Numerus clausus der Versicherer, auch nicht in Form des Erfordernisses eines Bedürfnisnachweises. In dieser in Bezug auf die Durchführungsorgane liberaleren Zulassungsordnung kommt der gesetzgeberische Wille zum Ausdruck, einerseits die Konkurrenz zu verstärken und anderseits bestehendes Know-how im privaten Versicherungsbereich für die Belange der sozialen Krankenversicherung dienstbar zu machen (vgl. Amtl.Bull. 1992 S 1274 [Seiler]und 1287 [Huber, Berichterstatter]; ferner Protokoll der Sitzung der SGK-S vom 29./30. Juni 1992). In diesem Kontext ist die Ausdehnung der Rechtsformen, in welchen sich die Krankenkassen zu organisieren haben, auf die im Entwurf des Bundesrates nicht vorgesehene Aktiengesellschaft mit andern als wirtschaftlichen Zwecken (Art. 620 Abs. 3 OR) zu sehen (vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. a KVV; BBl 1992 I 145 und 259; Protokoll der Sitzung der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates [SGK-N]vom 25./26. Januar 1993). Folgerichtig gilt für alle Versicherer gemäss Art. 11 KVG als solche und auch in ihrem Verhältnis untereinander das Verbot der Zweckentfremdung der Mittel der sozialen Krankenversicherung nach Art. 13 Abs. 2 lit. a KVG (vgl. BBl 1992 I 133; ferner EUGSTER, a.a.O., Fn 103). bb) Dass Krankenkassen laut Art. 12 Abs. 1 KVG im Unterschied zu den privaten Versicherungseinrichtungen auch im Bereich der Zusatzversicherungen gemäss Art. 12 Abs. 2 KVG keinen Erwerbszweck verfolgen dürfen (BBl 1992 I 145; Amtl.Bull. 1992 S 1288

[Huber, Berichterstatter]; EUGSTER, a.a.O., Rz 58), ist in diesem Zusammenhang insofern nicht von Belang, als zwischen den im Bereich der sozialen Krankenversicherung tätigen Versicherern möglichst gleich

lange (Wettbewerbs-)Spiesse gelten sollen (Protokoll der Sitzung der SGK-S vom 29./30. Juni 1992). Anderseits wollte der Gesetzgeber nicht so weit gehen und den Transfer von Mitteln, insbesondere in Form einer Beteiligung, von privaten Versicherungseinrichtungen, die nicht im Bereich der sozialen Krankenversicherung tätig sind, zu Krankenkassen verbieten. Dieser Schluss ergibt sich abgesehen vom Fehlen einer entsprechenden gesetzlichen Regelung daraus, dass in der SGK-S bei der Erörterung der Frage, ob auch die SUVA zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung zuzulassen sei, u.a. darauf hingewiesen wurde, dass nach der Praxis seit jeher die Möglichkeit für Privatversicherer bestanden habe, sich an einer Krankenkasse zu beteiligen oder (Tochter-)Gesellschaften zu gründen, welche sich dem Status der Krankenversicherung unterstellen (Protokoll der Sitzung der SGK-S vom 4. bis 6. November 1992). In gleichem Sinne äussert sich auch das Departement in der Vernehmlassung. Danach ist die Ausgliederung der Zusatzversicherung in eine private Versicherungsgesellschaft unter Beibehaltung eines engen Kontaktes mit der Krankenkasse bisher von den zuständigen Aufsichtsbehörden (Bundesamt für Sozialversicherung [BSV]und Bundesamt für Privatversicherungen [BPV]) ausdrücklich gebilligt worden. Soweit in solchen Fällen die in den angefochtenen Verfügungen mit Bezug auf die Beschwerdeführerinnen sinngemäss bejahte Gefahr besteht, dass nach der Einschränkung des Tätigkeitsfeldes auf die soziale Krankenversicherung eine Krankenkasse lediglich "Sprungbrett in den Zusatzversicherungsbereich" zugunsten einer privaten Versicherungseinrichtung sein könnte, genügt dies daher nicht, um die Anerkennung abzulehnen und die Durchführungsbewilligung zu verweigern. Dies muss umso mehr gelten, als dem Gesetzgeber durchaus bewusst war, dass Versicherer versucht sein könnten, mit kombinierten Angeboten von "Grundversicherung" und Zusatzversicherungen Personen mit (privat- und kranken-)versicherungsrechtlich günstiger Risikostruktur zu gewinnen oder umgekehrt "schlechte Risiken" von einem Beitritt abzuhalten (Amtl.Bull. 1992 S 1340 [Plattner], 1993 N 1909 [Rychen]sowie 1994 N 39 [Hafner]; vgl. auch nachstehend Erw. 7). Im Übrigen kann ganz allgemein eine bloss abstrakte (vermutete) Gefährdung der Ziele oder eine theoretisch denkbare Unvereinbarkeit mit Vorschriften des

Krankenversicherungsgesetzes nicht diese für die betreffende juristische Person einschneidende Rechtsfolge zeitigen. Dies muss umso mehr gelten, als es sich beim Anerkennungs- und Durchführungsbewilligungsverfahren nicht um eine repressive, am tatsächlichen Verhalten des Gesuchstellers oder der Gesuchstellerin gemessene verwaltungsrechtliche Massnahme handelt.

7. Aus grundsätzlichen Erwägungen, und weil vorliegend entscheidwesentlich, ist nachfolgend auf das schon in den angefochtenen Verfügungen sinngemäss enthaltene Argument in der Vernehmlassung des Departements näher einzugehen, eine konzernmässige Verbindung mehrerer Versicherer im Sinne von Art. 11 KVG und allenfalls privater Versicherungseinrichtungen, die nicht im Bereich der sozialen Krankenversicherung tätig sind, erleichtere offensichtlich die Risikoselektion durch zielgerichtete Risikoverteilung im Rahmen des Konglomerates. Dabei ist unter Risikoselektion in diesem Zusammenhang das gezielte Anwerben von so genannten "guten Risiken" zu verstehen, namentlich jüngere, männliche Versicherte, welche vergleichsweise geringe Krankheitskosten verursachen (vgl. STEFAN SPYCHER, Risikoausgleich in der Krankenversicherung: Notwendigkeit, Ausgestaltung und Wirkungen, Diss. Basel 2001, S. 133 sowie S. 140 ff. zu den verschiedenen Risikoselektionsstrategien; ferner BGE 125 V 80, insbesondere 90 f. Erw. 5c/bb, zum umgekehrten Tatbestand des Abstossens "schlechter" Risiken, u.a. ältere und weibliche Versicherte). Wann ein Versicherer unzulässige Risikoselektion betreibt, hat das Gesetz zu sagen. a) aa) Aus krankenversicherungsrechtlicher Sicht unerwünschte Risikoselektion war schon unter altem Recht ein brennendes Thema. Es führte zur Schaffung des Risikoausgleichs mit Bundesbeschluss vom 13. Dezember 1991 über befristete Massnahmen gegen die Entsolidarisierung in der Krankenversicherung. In der dazugehörigen Botschaft vom 6. November 1991 (BBl 1991 IV 917 ff.) wird dazu u.a. Folgendes ausgeführt: "Das heutige System begünstigt neue Krankenkassen, weil diese in erster Linie junge und gesunde Versicherte anwerben und damit sehr günstige Prämien offerieren können. Gleichzeitig verlieren dadurch die 'alten' Krankenkassen die Substanz an jungen, das heisst kostengünstigen

Versicherten. Die Leidtragenden sind die älteren und kranken Versicherten, die nach heutigem Recht die Krankenkasse praktisch nicht mehr wechseln können. In letzter Zeit haben sich die Anzeichen vermehrt, dass die Krankenkassen selber dazu übergehen möchten, neue

BGE 128 V 272 S. 288

'Billigkassen' zu gründen und diese durch ein 'Mutter-Tochter-Verhältnis' an sich zu binden. Dies würde längerfristig den Ruin der Krankenversicherung in der heutigen Form bedeuten" (BBl 1991 IV 920; vgl. auch Amtl.Bull. 1991 S 1003 [Simmen]; ferner BGE 122 V 406 Erw. 2b, BGE 120 V 461 Erw. 4b; vgl. auch SPYCHER, a.a.O., S. 13 und 111). Art. 1 Abs. 1 des Bundesbeschlusses ordnete daher an, dass Krankenkassen, denen im Vergleich zum Durchschnitt aller Krankenkassen als Mitglieder weniger Frauen und ältere Personen angehören, zugunsten von Kassen mit überdurchschnittlich vielen Frauen und älteren Personen Abgaben zu entrichten haben, welche die durchschnittlichen Kostenunterschiede zwischen den massgebenden Risikogruppen in vollem Umfang ausgleichen. Im Weitern sah Art. 3 des Bundesbeschlusses vor, dass keine neuen Krankenkassen anerkannt werden und dass bei bereits anerkannten Krankenkassen keine Ausdehnung des Tätigkeitsgebietes zugelassen wird. Der Bundesrat hat in der Verordnung IX vom 31. August 1992 über die Krankenversicherung betreffend den Risikoausgleich unter den Krankenkassen nähere Bestimmungen erlassen. bb) Der kraft Dringlichkeitsrechts geschaffene Risikoausgleich ist, inhaltlich im Wesentlichen unverändert, befristet auf zehn Jahre ins neue Krankenversicherungsgesetz überführt worden (vgl. Art. 105 KVG sowie Verordnung vom 12. April 1995 über den Risikoausgleich in der Krankenversicherung [VORA]). In der Botschaft vom 6. November 1991 wird dazu u.a. ausgeführt, es bestünden heute zwischen den Krankenkassen grosse Unterschiede in der Risikostruktur in Bezug auf Alter und Geschlecht der Versicherten. Diese würden zunächst noch verschärft, indem neue Versicherer zugelassen werden können, die wahrscheinlich mit einer eher günstigen Risikostruktur begännen; die Freizügigkeit (in Bezug auf die Wahl und den Wechsel des Versicherers [Art. 4 und 7 E-KVG]) werde nur allmählich zu einem Ausgleich führen. Der Risikoausgleich könne zu einer an sich unerwünschten Strukturerhaltung führen. Anderseits dürfe die Konkurrenz zwischen den Versicherern durchaus zur Folge haben, dass schlecht geführte Versicherer ihre Tätigkeit einstellen müssten (BBl 1992 I 216 f.). Der Risikoausgleich als solcher wie auch die Befristung auf die Dauer von zehn Jahren ab Inkrafttreten des Krankenversicherungsgesetzes wurden in den Kommissionen für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) des Ständerates und des Nationalrates sowie in beiden Kammern des Parlamentes ausführlich diskutiert (vgl. Amtl.Bull. 1992 S 1275 und 1340 ff., 1993 N 1727, 1747 und 1907 ff., S 1096 f. sowie 1994 N

BGE 128 V 272 S. 289

39 ff.; Protokolle der Sitzungen der SGK-S vom 1. und 16. Oktober 1992 sowie der SGK-N vom 14. Mai 1993 und 3. Februar 1994). Schliesslich setzten sich trotz einiger Bedenken wegen des strukturerhaltenden und wettbewerbsfeindlichen Charakters dieses Instrumentes (Amtl.Bull. 1993 N 1755 [Allenspach]und 1907 [Gysin]), welchem im Übrigen keine weiter gehende Funktion und Bedeutung zukommt als die Verhinderung unerwünschter Risikoselektion, die im Wesentlichen bereits in der Botschaft enthaltenen Argumente für die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung durch. Insbesondere fand die Auffassung die Zustimmung der Ratsmehrheit, die Freizügigkeit als unbestritten notwendige Bedingung für funktionierenden Wettbewerb unter den Versicherern, wo und soweit Konkurrenz möglich ist, genüge allein nicht, um das Ziel der bestmöglichen Verteilung nach Alter und Geschlecht der Versicherten unter den Kassen überhaupt oder innert nützlicher Frist zu erreichen. Vielmehr sei gleichsam als flankierende Massnahme der Risikoausgleich für eine bestimmte, nicht zu kurz bemessene Dauer weiterzuführen (vgl. Amtl.Bull. 1992 S 1341 [Huber, Berichterstatter], 1993

N 1747 [Eymann], 1909 [Rychen], 1910 [Segmüller, Berichterstatterin]sowie 1994 N 40 [Heberlein, Gonseth, Deiss, Rychen]). b) aa) Die Entstehungsgeschichte zum Risikoausgleich zeigt, dass die unter altem Recht als unerwünscht erachteten Risikoselektions-Tatbestände im Wesentlichen systembedingt waren. Namentlich nach Alter und Geschlecht differenzierende Prämientarife, Vorbehalte zwecks Ausschlusses bestehender oder früherer Krankheiten von der Versicherungsdeckung sowie statutarisch festgelegte Höchsteintrittsalter führten dazu, dass "faktisch nur junge und gesunde Versicherte die Kassen wechseln und so von günstigeren Prämienangeboten profitieren können und dass bei einer Auflösung von Krankenkassen ältere Versicherte benachteiligt sind" (BBl 1992 I 103 ff. und 134; vgl. auch Amtl.Bull. 1993 N 1824 [Bundesrätin Dreifuss]). Der KVG-Gesetzgeber hat, in Verwirklichung des Hauptzieles der Neuordnung der sozialen Krankenversicherung (Herstellung umfassender Solidarität, insbesondere zwischen Gesunden und Kranken, Jungen und Alten sowie zwischen Männern und Frauen [BBl 1992 I 119; vgl. auch Amtl.Bull. 1992 S 1283 (Schoch, Präsident der SGK-S) und 1285 (Bundesrat Cotti) sowie 1993 N 1824 (Bundesrätin Dreifuss)]), die im KUVG enthaltenen, unerwünschte Risikoselektion begünstigenden Regelungen nicht ins KVG übernommen. Vielmehr hat er neben dem Versicherungsobligatorium (Art. 3 KVG) die uneingeschränkte Freizügigkeit

in Bezug auf die Wahl und den Wechsel des Versicherers (Art. 4 und 7 KVG) sowie die Einheitsprämie (Art. 61 KVG) eingeführt. Unter dem neuen Recht kann somit eine versicherte Person unabhängig von Alter, Geschlecht und Gesundheitszustand den Versicherer wechseln und denjenigen mit den günstigsten Prämien wählen (BBl 1992 I 125; vgl. auch Amtl.Bull. 1993 N 1908 [Allenspach]). Die Solidarität als umfassend zu verstehendes Prinzip (Alle Versicherten bilden eine einzige Risikogemeinschaft, "une véritable communauté solidaire nationale" [Amtl.Bull. 1993 N 1746 (Deiss)]) bedeutet im Besonderen das Ende geschlossener, eine spezifische, in der Regel günstige Risikostruktur aufweisender Krankenkassen, namentlich Betriebskrankenkassen (BBl 1992 I 99 und 142; Amtl.Bull. 1993 N 1755 [Allenspach]; vgl. Art. 3 Abs. 6 und Art. 6 Abs. 1 KUVG). Desgleichen sind im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung prämiengünstige(re) Kollektivversicherungen für bestimmte Personengruppen innerhalb des selben Versicherers grundsätzlich nicht mehr zulässig (BBl 1992 I 104 und 125; Amtl.Bull. 1992 S 1272 [Huber, Berichterstatter], 1280 [Meier], 1993 N 1820 [Dormann]; vgl. Art. 5bis KUVG). bb) Zur Konzeption des neuen Krankenversicherungsgesetzes gehört sodann weiter, dass unter den Versicherern Wettbewerb herrscht. Die Konkurrenz soll indessen nur spielen, wenn und soweit die kostenmässig im Allgemeinen und in Form hoher Prämien für einen Teil der Versicherten im Besonderen (vgl. Amtl.Bull. 1992 S 1279 [Coutau]) relevanten Risiken, namentlich das Alter und das Geschlecht, möglichst gleichmässig unter den Anbietern verteilt sind. Die hiezu notwendigen Voraussetzungen hat der Gesetzgeber im Wesentlichen selber mit der Einführung der Freizügigkeit und der Einheitsprämie geschaffen. Zweck des Risikoausgleichs im neuen System ist es, den Prozess hin zur erwünschten besseren Risikodurchmischung im Sinne der Angleichung der Risikostrukturen unter den Versicherern (Amtl.Bull. 1992 S 1340 [Plattner], 1993 N 1907 [Gysin]) zu unterstützen, indem er den Anreiz zur gezielten Selektion "guter Risiken" nimmt (Amtl.Bull. 1993 N 1909 [Rychen]), die "Jagd auf günstige Risiken" (Amtl.Bull. 1994 N 39 [Hafner]) resp. "la chasse aux bons risques" (Amtl.Bull. 1993 N 1910 [Philipona, Berichterstatter]) weiterhin nicht lohnenswert macht (Amtl.Bull. 1993 N 1875 [Bundesrätin Dreifuss]). Dabei geht es nicht darum, bestimmte Verhaltensweisen der Versicherer zu sanktionieren. Vielmehr soll der Risikoausgleich Solidarität zwischen den Anbietern im Bereich der sozialen Krankenversicherung

herstellen, und zwar solange, bis das Ziel einer für gesunden Wettbewerb als notwendig erachteten besseren Risikodurchmischung erreicht ist (Amtl.Bull. 1992 S 1341 [Huber, Berichterstatter], 1993 N 1820 [Dormann]) und die Bandbreite der Prämien sich entsprechend verringert hat (BBl 1992 I 135, Amtl.Bull. 1993 N 1910 [Segmüller, Berichterstatterin]; SPYCHER, a.a.O., S. 113). Dem trägt die Genehmigungspraxis des Bundesamtes dadurch Rechnung, dass neue Krankenkassen im ersten Jahr die Durchschnittsprämie im jeweiligen Kanton anbieten müssen. c) Aus dem Vorstehenden ist zu folgern, dass Freizügigkeit und Einheitsprämie sowie Risikoausgleich nicht bedeuten, es könne aus Sicht des Gesetzes keine unerwünschte Risikoselektion mehr geben (vgl. in diesem Zusammenhang auch die Botschaft des Bundesrates betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. September 2000 [BBl 2001 741 ff.]S. 766 und 797). Wann ein solcher Tatbestand gegeben und ein aufsichtsrechtliches Einschreiten geboten ist, beurteilt sich nach dem gesetzgeberischen Ziel, dass bis zum Ablauf der Dauer des Risikoausgleichs zehn Jahre nach Inkrafttreten des Krankenversicherungsgesetzes (Art. 105 Abs. 4 KVG) in Bezug auf die Risikostruktur (Verteilung nach Alter und Geschlecht der Versicherten unter den Kassen) Bedingungen herrschen, welche einen gesunden und unter dem Kostengesichtspunkt wirksamen Wettbewerb ermöglichen (in diesem Sinne auch Amtl.Bull. 1992 S 1340 [Plattner]und 1994 N 41 [Bundesrätin Dreifuss]). Unzulässig ist insbesondere, dass eine Krankenkasse oder eine private Versicherungseinrichtung nach Art. 11 lit. b KVG zwar rechtlich für alle Versicherten offen ist, ein Beitritt indessen faktisch lediglich für einen ganz bestimmten Kreis von Personen mit günstiger Risikostruktur effektiv in Betracht fällt. Vorliegend stellt sich in der Tat die Frage, ob ein solcher Sachverhalt gegeben ist (vgl. nachstehend Erw. 8). Hingegen kann aus der konzernmässigen Verbindung mehrerer Versicherer im Sinne von Art. 11 KVG und allenfalls privater Versicherungseinrichtungen, die nicht im Bereich der sozialen Krankenversicherung tätig sind, allein nicht ohne weiteres gefolgert werden, die Risikoselektion werde durch zielgerichtete Risikoverteilung im Rahmen des Konglomerates in einer mit dem Prinzip der Solidarität unter den Versicherten unvereinbaren Weise erleichtert. Eine lediglich mit dieser Begründung versehene Ablehnung der Anerkennung als Krankenkasse und Verweigerung der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung müsste als bundesrechtswidrig bezeichnet werden.

BGE 128 V 272 S. 292

8. a) In den Verwaltungsgerichtsbeschwerden werden als "Zweck der Neugründung" günstige Prämien dank Erleichterungen in administrativer Hinsicht durch den Einsatz neuer Technologien genannt. Indem die Krankenversicherungen auf dem Internet und in Call-Centern offeriert würden, könne auf ein teures Filialnetz verzichtet werden, dies bei gleich bleibendem Dienstleistungsniveau. Nach Dafürhalten des Departementes würde der Einsatz der neuen Technologien "praktisch unausweichlich zu einer Risikoselektion führen, da die älteren Versicherten bekanntlich von diesen Technologien weniger Gebrauch machen als die jüngeren". Es sei insbesondere davon auszugehen, dass vor allem nicht gerade die ältesten und gesundheitlich angeschlagenen Versicherten (z.B. Pflegeheiminsassen) die neuen Marktentwicklungen im Technologiebereich nutzten. Im Übrigen könne Risikoselektion nicht nur bei bestehenden Versicherungsverhältnissen innerhalb des Konzerns (mit der Helsana Versicherungen AG), sondern auch bei der Akquirierung von neuen Versicherten ausserhalb des Konzerns erfolgen. Schliesslich dürfe der Wettbewerb und die Konkurrenz unter den Versicherern nicht mit Mitteln verfolgt werden, welche eine Risikoselektion begünstigten. b) aa) Dem Departement ist darin beizupflichten, dass der Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel bei der Offertstellung (Internet, Call-Center) und allgemein im Verkehr mit den Versicherten alle jene Personen faktisch von einem möglichen Beitritt zu einem Versicherer ausschliesst, die, aus welchen Gründen auch immer, diese neuen Formen des Informationsaustausches und der Geschäftsabwicklung nicht benutzen. Dabei ist in erster Linie, und auch hierin ist dem EDI zuzustimmen, an die älteren und betagten Leute zu denken. Diese Feststellung ist allerdings insofern zu relativieren, als die Bereitschaft für einen Kassenwechsel gerade bei der älteren Generation eher gering sein dürfte. Auf diesen Umstand wurde ebenfalls im Rahmen der parlamentarischen Beratung des Risikoausgleichs von mehreren Votanten hingewiesen. Als Gründe hiefür wurden eine im Alter ausgeprägtere Kassentreue sowie die verglichen mit den Jungen geringere geistige (und körperliche) Beweglichkeit im Allgemeinen und in Bezug auf die Umstellung von dem einen Kassenwechsel praktisch ausschliessenden alten zum neuen Recht mit voller Freizügigkeit und

Einheitsprämie im Besonderen genannt (Amtl.Bull. 1992 S 1275 [Onken], 1993 N 1909 [Rychen]und 1910 [Bundesrätin Dreifuss], 1993 S 1096 [Huber]sowie 1994 N 39 [Hafner]). Zur fehlenden Bereitschaft, die

Krankenkasse (noch) zu wechseln, trägt im Übrigen bei Personen in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen, und zwar bei allen, nicht bloss bei den älteren und betagten Leuten, zumindest tendenziell auch das Institut der individuellen Prämienverbilligung bei (Art. 65 f. KVG; Amtl.Bull. 1993 N 1874 [Segmüller]; ferner Protokoll der Sitzung der SGK-N vom 14. Mai 1993 [wo u.a. darauf hingewiesen wird, es könne für einen grossen Teil von Versicherten "egal sein, ob die Prämien hinaufgehen, die Differenz wird ja von anderen übernommen, wenn der Prozentsatz beim Einkommen überschritten ist"]sowie die Statistik über die Krankenversicherung 2000 des BSV, S. 17 ff.). bb) Im Weitern ist zum Argument des Departementes, der von den Beschwerdeführerinnen anvisierte Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel im Verkehr mit den Versicherten schliesse den Beitritt älterer und betagter Personen aus, zu sagen, dass auch zahlreiche jüngere Leute entweder nicht über einen Internet-Anschluss verfügen oder ihre Geschäfte (Zahlungen, Bestellungen, Steuererklärung usw.) nicht auf elektronischem Weg abwickeln (wollen). Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Gefahr einer unerwünschten gezielten Auswahl "guter Risiken" weniger gross, als vom EDI befürchtet. Im Übrigen haben die Fähigkeit, neue Informationstechnologien, wie namentlich das Internet, zu benutzen und auch die Bereitschaft, davon effektiv Gebrauch zu machen, in den letzten Jahren in der Bevölkerung stetig zugenommen. Diese Entwicklung wird dank der breiten und vom Bund geförderten Anwendung in Schule und Beruf in beschleunigtem Masse weitergehen. Damit wächst automatisch auch der Anteil der älteren und betagten Leute, die mit den neuen Kommunikationsmitteln vertraut sind und damit umzugehen wissen. cc) An das soeben Gesagte anknüpfend kann nicht davon gesprochen werden, die Beschwerdeführerinnen bildeten nach der Anerkennung faktisch geschlossene Krankenkassen, was, wie gezeigt, unter dem neuen Recht nicht mehr zulässig wäre. Es kann aber auch nicht angenommen werden, mit ihrer sofortigen Zulassung zur Tätigkeit im Bereich der sozialen Krankenversicherung erscheine der Prozess hin zur erwünschten besseren Risikodurchmischung im Sinne der Angleichung der Risikostrukturen unter den Versicherern (Erw. 7b/bb) ernstlich gefährdet. Ob bei einer Anerkennung weitere Anbieter mit gleicher oder ähnlicher, in Bezug auf die Verwaltungskosten günstiger Abwicklung des Geschäftsverkehrs mit den Versicherten auf elektronischem Weg auf den Markt drängen

werden, und inwiefern dies unerwünschte Auswirkungen haben könnte, mag offen bleiben. Die blosse Möglichkeit eines solchen Szenarios reicht nicht aus, um die Anerkennung als Krankenkassen abzulehnen und die Durchführungsbewilligung zu verweigern, zumal nicht mit Blick auf das aufsichtsrechtliche Instrumentarium, welches sogar deren Entzug als äusserste Massnahme vorsieht (vgl. Art. 21 Abs. 5 lit. c KVG). dd) Nicht zu vergessen ist schliesslich, dass nach dem klaren Willen des Gesetzgebers Wettbewerb zwischen den Versicherern herrschen soll, wo und soweit dies möglich ist (BBl 1992 I 126 und 135; Amtl.Bull. 1992 S 1283 [Schoch]). Dies gilt im Besonderen, wie zu Recht vorgebracht wird, für den Bereich von Verwaltung und Administration (Amtl.Bull. 1992 S 1284 [Schoch], 1993 N 1909 [Rychen], 1994 N 39 [Hafner]). Dementsprechend und folgerichtig sind die Verwaltungskosten von der Berechnung des Risikoausgleichs ausgenommen (vgl. Art. 3 Abs. 2 VORA sowie die "Statistik über die Krankenversicherung 2000" des BSV, S. 12 ff., 44 und 53 ff.). In diesem Zusammenhang zu erwähnen ist, dass auf Antrag der SGK-S in Art. 97 Abs. 4 des bundesrätlichen Entwurfes und heutigen Art. 105 Abs. 4 KVG der Passus "unter Wahrung der Anreize zur Kosteneinsparung" eingefügt wurde (Amtl.Bull. 1993 S 1096 und 1994 N 39). Der Verordnungsgeber sollte nach den Intentio-

nen der Kommission den Risikoausgleich in der Weise ausgestalten, dass Kassen mit unterdurchschnittlichen Kosten in den einzelnen Risikogruppen als Folge der Ausgleichspflicht nicht davon abgehalten werden, "ihre Kosten durch effizientes Kostenmanagement weiterhin tief zu halten" (Protokoll der Sitzung der SGK-S vom 15. bis 17. November 1993; vgl. auch Amtl.Bull. 1994 N 40 [Eymann]). Der Kostenaspekt spricht somit auch nicht gegen die Zulassung der Beschwerdeführerinnen als Anbieter im Bereich der sozialen Krankenversicherung. c) Zusammenfassend ist festzustellen, dass die vom Departement in den angefochtenen Verfügungen und in der Vernehmlassung angeführten Gründe nicht ausreichen, um die Anerkennung als Krankenkassen abzulehnen und die Durchführung der sozialen Krankenversicherung zu verweigern. Nach Lage der Akten waren die bundesrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen per 1. Januar 2002 erfüllt. Es ist Sache des Departementes, über die Anerkennung als Krankenkasse und die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung für die Zeit ab 1. Januar 2003 neu zu entscheiden.