



Abteilung III
C-5124/2014

Urteil vom 4. Juli 2016

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),
Richter Michael Peterli, Richter Daniel Stufetti,
Gerichtsschreiber Daniel Golta.

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Gesundheit,
Vorinstanz.

Gegenstand

Überschussbeteiligung Prämien 2013;
Verfügung des BAG vom 29. Juli 2014.

Sachverhalt:**A.**

A.a Am 25. September 2012 genehmigte das Bundesamt für Gesundheit (BAG; Vorinstanz) die Prämientarife der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) der A._____ (im Folgenden: A._____ oder Beschwerdeführerin) für das Jahr 2013. Am 24. September 2013 genehmigte es die entsprechenden Prämientarife für das Jahr 2014 (vgl. Akten des Beschwerdeverfahrens [B-act.] 20).

A.b Am 3. April 2014 informierte A._____ das BAG dahingehend, dass sie ein Modell entwickelt habe, welches unter gewissen Voraussetzungen im Rahmen der OKP das Ausschütten eines Überschusses an alle Versicherten – mit wenigen sachlich begründeten Ausnahmen – vorsehe (vgl. Akten des vorinstanzlichen Verfahrens [Vorakten] 3). Im Rahmen dieses Modells „Überschussbeteiligung KVG“ (im Folgenden: A._-Modell bzw. Überschussbeteiligungs-Modell bzw. Ausschüttungs-Modell) falle der Ertrag in einem Geschäftsjahr an, der Entscheid über die Überschussbeteiligung werde im Rahmen des Jahresabschlusses des betroffenen Geschäftsjahres gefällt, für die Überschüsse würde eine entsprechende Rückstellung zu Lasten der Rechnung für die betroffenen Prämienregionen gebildet und die Ausschüttung an die Versicherten erfolge zeitnah an die Bekanntgabe des Jahresergebnisses. Die Gesetzmässigkeit dieses Modells werde durch das von Prof. Dr. iur. Ueli Kieser erstellte „Gutachten zu Fragen einer Überschussbeteiligung KVG“ vom 18. Dezember 2013 (im Folgenden: Gutachten Kieser [Vorakte 4]) bestätigt. Es sei A._____ bereits für das Geschäftsjahr 2013 möglich, in den Prämienregionen B._____ und C._____ sowie im Kanton D._____ (im Folgenden: betroffene Prämienregionen) entstandene Überschüsse in der Grundversicherung auszubezahlen. A._____ werde ihre Kunden in den nächsten Tagen und die Medien am 9. April 2014 darüber informieren.

A.c Nach mehrfachem Briefwechsel erliess das BAG am 29. April 2014 eine Verfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen (Vorakte 16) mit folgendem Dispositivtext:

1. Der A._____ wird eine Überschussbeteiligung von Versicherten bis zum Erlass einer definitiven Verfügung des BAG im ordentlichen Verwaltungsverfahren untersagt. Bereits erfolgte Überschussbeteiligungsauszahlungen an Versicherte sind umgehend rückgängig zu machen.

2. Die A. _____ hat die Versicherten über die vorliegende Verfügung schriftlich zu informieren.
3. Sollte die A. _____ dieser Verfügung nicht Folge leisten, wird sie gemäss Art. 292 StGB mit Busse bestraft.
4. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 1 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen (Art. 55 VwVG).

[5. Mitteilungssatz]

A.d Mit Schreiben vom 14. Mai 2014 bestätigte A. _____ dem BAG, dass sie bisher keine KVG-Überschüsse ausbezahlt habe und bis zum definitiven Entscheid des BAG keine KVG-Überschussbeteiligungen ausbezahlen werde (Vorakte 20).

A.e Am 23. Juni 2014 teilte das BAG der Beschwerdeführerin mit, dass es beabsichtige, die Überschussbeteiligung mittels Verfügung definitiv zu untersagen und gewährte der Beschwerdeführerin – unter Beilage eines Verfügungsentwurfs – bis zum 4. Juli 2014 Frist zur Stellungnahme (vgl. Vorakte 23).

A.f Mit Stellungnahme vom 4. Juli 2014 erklärte A. _____, dass grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden sei, wenn das BAG eine Verfügung erlassen wolle (Vorakte 24). Allerdings stehe das Überschussbeteiligungsmodell mit dem Gesetz und den massgebenden rechtlichen Grundsätzen vollständig überein, weshalb – falls eine Verfügung erlassen werde – darin zu bestätigen sei, dass A. _____ das Modell in der festgelegten Form umsetzen könne.

A.g Am 29. Juli 2014 verfügte das BAG Folgendes (vgl. Vorakte 1):

1. Der A. _____ wird die Ausrichtung einer Überschussbeteiligung für das Geschäftsjahr 2013 an die Versicherten der Prämienregionen B. _____ und C. _____ sowie des Kantons D. _____ untersagt. Allfällig bereits erfolgte Überschussbeteiligungsauszahlungen an die Versicherten sind umgehend rückgängig zu machen
2. Die A. _____ hat die Versicherten der Prämienregionen B. _____ und C. _____ sowie des Kantons D. _____ über die vorliegende Verfügung schriftlich zu informieren.
3. Sollte die A. _____ dieser Verfügung nicht Folge leisten, wird sie gemäss Art. 292 StGB mit Busse bestraft.

4. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 1 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen (Art. 55 VwVG).
5. Die Gebühren dieser Verfügung werden auf Total CHF 1'090.- bestimmt und der A. _____ auferlegt.

[6. Mitteilungssatz]

B.

B.a Am 12. September 2014 erhob A. _____ beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung des BAG vom 29. Juli 2014 (B-act. 1) mit folgenden Rechtsbegehren:

1. Es sei die Beschwerde gutzuheissen und die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 29. Juli 2014 aufzuheben. Eventualiter sei die Sache zur erneuten Entscheidung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.
2. Es sei festzustellen, dass die von der Beschwerdeführerin festgelegte Überschussbeteiligung zulässig ist (Überschussbeteiligung für das Geschäftsjahr 2013 an die Versicherten der Prämienregion B. _____ und C. _____ sowie des Kantons D. _____); eventualiter sei die entsprechende Überschussbeteiligung zu genehmigen (subeventualiter unter Berücksichtigung der von der Beschwerdegegnerin monierten Einzelpunkte).
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

B.b Am 1. Oktober 2014 leistete die Beschwerdeführerin den ihr auferlegten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.- (vgl. B-act. 2 ff.).

B.c Mit seiner Vernehmlassung vom 6. November 2014 (B-act. 6) stellte das BAG die folgenden Anträge:

1. Es sei die Beschwerde abzuweisen und die Verfügung des Bundesamtes für Gesundheit BAG vom 29. Juli 2014 vollumfänglich zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

B.d In ihrer Replik vom 26. Januar 2015 (B-act. 10) hielt die Beschwerdeführerin an ihren Beschwerdeanträgen fest (S. 7).

B.e In seiner Duplik vom 27. Februar 2015 (B-act. 12) hielt das BAG an seinen Vernehmlassungsanträgen fest (S. 8).

B.f In ihrer Triplik vom 18. Mai 2015 (B-act. 16) bestätigte die Beschwerdeführerin ihre in der Replik gestellten Anträge (S. 5).

B.g In seiner Stellungnahme vom 16. Juni 2015 (Quadruplik [B-act. 18]) hielt das BAG wiederum an seinen bisherigen Anträgen fest.

B.h Am 18. Juni 2015 stellte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin eine Kopie der Quadruplik zu und schloss den Schriftenwechsel ab (B-act. 19).

B.i Mit Telefax vom 13. April 2016 liess das BAG dem Bundesverwaltungsgericht aufforderungsgemäss Kopien der Schreiben, mit welchen die OKP-Prämientarife der Beschwerdeführerin für das Jahr 2013 und 2014 genehmigt worden waren, zukommen (B-act. 20; vgl. oben Bst. A.a).

C.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird – soweit erforderlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Anfechtungsgegenstand ist vorliegend die Verfügung des BAG vom 29. Juli 2014, mit welcher es in der Hauptsache der Beschwerdeführerin die Ausrichtung einer Überschussbeteiligung für das Geschäftsjahr 2013 an die Versicherten der Prämienregionen B. _____ und C. _____ sowie des Kantons D. _____ untersagt hat (vgl. oben Sachverhalt Bst. A.g).

1.2 Gemäss Art. 31 VGG i.V.m. Art. 33 Bst. d VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich Beschwerden gegen vom BAG erlassene Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Die Genehmigung eines beantragten Prämientarifs bzw. deren Verweigerung stellt eine anfechtbare Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 VwVG dar, bei deren Erlass die Vorschriften des VwVG zu beachten sind und gegen welche die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (grundsätzlich) zulässig ist (vgl. Urteile C-5897/2011 E. 1.6 und C-5896/2011 E. 1.6; BVGE 2009/65 E. 1.2 m.w.H.).

1.3

1.3.1 Verfügungen können von Amtes wegen oder auf Gesuch hin geändert werden. Wiedererwägung einer Verfügung bedeutet, dass die verfügende (oder allenfalls eine übergeordnete) Behörde eine formell rechtskräftige, fehlerhafte Verfügung von Amtes wegen oder auf ein Wiedererwägungsgesuch hin ändert. Ein Wiedererwägungsgesuch ist grundsätzlich ein formloser Rechtsbehelf, mit welchem die Behörde gebeten wird, die Frage der Änderung einer Verfügung zu prüfen. Wenn im Gesetz nichts anderes vorgesehen ist, besteht in der Regel kein Anspruch darauf, dass auf ein Wiedererwägungsgesuch eingetreten wird. Wird ein Wiedererwägungsverfahren eingeleitet, unterliegt dieses den Anforderungen an ein korrektes Verwaltungsverfahren. Anwendbar ist grundsätzlich dasselbe materielle Recht, das in Bezug auf die ursprüngliche Verfügung massgebend war. Ergeht wiedererwägungsweise ein Sachentscheid, so steht gegen diesen der gewöhnliche Rechtsmittelweg offen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1213-1218, 1220, 1272, 1275, 1281 m.w.H.).

1.3.2 Anvisierte Prämienermässigungen können nur innerhalb eines Prämien genehmigungsverfahrens behandelt werden (vgl. Urteil C-5896/2011 vom 21. Oktober 2013 E. 4.2.2). Da die vorliegend umstrittene Ausschüttung faktisch eine (nachträgliche) Prämien senkung darstellt (vgl. unten

E. 5), hätte die Beschwerdeführerin sie in das (erste) Prämien genehmigungsverfahren für das Jahr 2013 einbringen sollen, welches in der Genehmigungsvorgabe des BAG vom 25. September 2012 mündete (B-act. 20). Soweit ersichtlich hat die Beschwerdeführerin dies aber nicht getan und die Genehmigungsvorgabe ist in (formelle) Rechtskraft erwachsen. Dieser (formell) rechtskräftige Genehmigungsbeschluss steht einer nachträglichen, rückwirkenden Änderung der OKP-Prämien für das Jahr 2013, wie sie die umstrittene Ausrichtung einer Überschussbeteiligung de facto bewirkt (vgl. unten E. 5), grundsätzlich entgegen.

1.3.3 Die Mitteilung vom 3. April 2014, mit welcher die Beschwerdeführerin dem BAG mitteilte, sie beabsichtige die Ausrichtung einer Überschussbeteiligung, spätestens aber das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 22. April 2014 (Vorakte 13), ist als sinngemässes Gesuch um Wiedererwägung des Prämien genehmigungsentscheids für das Jahr 2013 vom 25. September 2012 zu verstehen. Das BAG liess sich darauf ein, trat auf das (sinngemässe) Wiedererwägungsgesuch ein und erliess am 29. Juli 2014 einen materiellen, negativen Wiedererwägungsentscheid betreffend die Prämien genehmigung 2013 dahingehend, dass vom ersten Prämien genehmigungsentscheid vom 25. September 2012 nicht abzuweichen sei und die von der Beschwerdeführerin vorgesehene Ausschüttung als korrekatives Prämien element nicht (nachträglich) genehmigt werde. Der Rechtsweg gegen einen solchen Entscheid steht damit offen.

1.4 Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Weiter wurden die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht und der Kostenvorschuss fristgerecht geleistet (Art. 50 und 52 VwVG, Art. 63 Abs. 4 VwVG). Damit sind die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt und es ist auf die Beschwerde betreffend das Verbot der Ausrichtung einer Überschussbeteiligung (Rechtsbegehren Nr. 1) grundsätzlich einzutreten. Da Gestaltungsurteile allfälligen Feststellungsurteilen vorgehen und mit dem Rechtsbegehren Nr. 1 ein Gestaltungsurteil beantragt wird, ist auf das Rechtsbegehren Nr. 2 insofern nicht einzutreten, als damit die Feststellung der Zulässigkeit der vorgesehenen Überschussbeteiligung beantragt wird.

2.

2.1 Nach den allgemeinen intertemporalen Regeln sind in materiell-rechtlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (vgl. etwa BGE 130 V 329 E. 2.3). Da vorliegend ein Entscheid betreffend Wiedererwägung des ursprünglichen Prämien genehmigungsentscheids 2013 angefochten wird, ist vorliegend auf das Datum des ursprünglichen Prämien genehmigungsentscheids (25. September 2012) abzustellen, weshalb grundsätzlich die rechtlichen Bestimmungen anwendbar sind, die zum damaligen Zeitpunkt Geltung hatten und in der Folge zitiert werden (s. oben E. 1.3.1). Keine Anwendung finden insbesondere das Bundesgesetz vom 24. September 2014 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG, SR 832.12) und die Verordnung vom 18. November 2015 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenaufsichtsverordnung, KVAV, SR 832.121), die am 1. Januar 2016 in Kraft getreten sind.

2.2 Nach den allgemeinen intertemporalen Regeln sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2). Anzumerken ist, dass die vorliegend massgeblichen Zuständigkeits- und Verfahrensregelungen durch das Inkrafttreten des KVAG und der KVAV keine Änderung erfahren haben.

2.3 Die Beschwerdeführerin kann im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des Entscheids beanstanden (Art. 49 VwVG).

2.4 Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen (teilweise) gutheissen oder den angefochtenen Entscheid auch mit einer von der Vorinstanz abweichenden Begründung bestätigen (vgl. für viele: Urteil des BVGer C-5896/2011 vom 21. Oktober 2013 E. 1.4).

3.

3.1 Vorliegend ist zur Hauptsache strittig, ob das BAG rechtskonform gehandelt hat, als es in der angefochtenen Verfügung die Ausrichtung einer Überschussbeteiligung für das Geschäftsjahr 2013 an die Versicherten der Prämienregionen B._____ und C._____ sowie des Kantons D._____ untersagt hat.

3.2 Auslöser für die Eröffnung des Verwaltungsverfahrens, welches im Erlass der vorliegend angefochtenen Verfügung mündete, war die Mitteilung der Beschwerdeführerin vom 3. April 2014 (s. oben Sachverhalt A.a). Darin teilte sie dem BAG mit, dass ihr im Rahmen des Überschussbeteiligungsprogramms bereits für das Geschäftsjahr 2013 möglich sei, in den Prämienregionen B._____, C._____ sowie im Kanton D._____ entstandene Überschüsse in der Grundversicherung auszubezahlen.

3.3 Das von der Beschwerdeführerin portierte A._-Modell ist nicht abschliessend dokumentiert. Den Angaben der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen und im Beschwerdeverfahren, den Ausführungen im Gutachten Kieser und einem Auszug (S. 25) aus dem „Umfassenden Bericht [der PwC] an den Verwaltungsrat [der A._____] und an das Bundesamt für Gesundheit für das am 31. Dezember 2013 abgeschlossene Geschäftsjahr“ vom 24. März 2014 (s. B-act. 10 Beil. 4; im Folgenden: PwC-Bericht) sind die folgenden Informationen betreffend das A._-Modell zu entnehmen: Grundidee des A._-Modells sei es, einen Ausgleichsmechanismus für Jahre vorzusehen, in welchen von den Versicherten deutlich weniger Leistungen beansprucht würden, als in Bezug auf die Prämienfestsetzung des jeweils betreffenden Jahres geschätzt worden sei. Für das einzelne Jahr entstehende Überschüsse würden zum Ausgleich – unter bestimmten Voraussetzungen – an Versicherte ausgeschüttet. In rechnerischer Hinsicht werde auf die Erfolgsrechnung des einzelnen Kantons abgestellt, wobei ein bestimmter Betrag dem kantonalen „Überschuss-Fonds“ zugewiesen werde. Voraussetzungen für eine Überschussausschüttung seien, dass die wirtschaftliche Situation des Unternehmens – mit Unternehmensergebnis und Reserven – eine solche Ausschüttung zulasse, dass das Ergebnis in der ganzen OKP-Sparte, im betreffenden Kanton und in der betreffenden Prämienregion vor und nach Zuweisung in den Überschussfonds grösser als 0 sei, dass die Solvenz der Beschwerdeführerin auch nach Zuweisung in den Überschussfonds mindestens 120 % betrage und dass ein Beitrag von mindestens Fr. [...] pro (berechtigte) versicherte Person für eine Ausschüttung zur Verfügung stehe. Seien diese Voraussetzungen gegeben, so

sei die Betrachtung für eine allfällige Zuteilung von Überschüssen jeweils pro Prämienregion bzw. pro Kanton vorzunehmen. Die Ausschüttung erfolge als einmalige Zahlung im Mai oder Juni des auf das „Bemessungsjahr“ folgenden Jahres. Dadurch kämen die Überschüsse den Versicherten in den betroffenen Prämienregionen direkt und zeitnah zugute. Von der Ausschüttung seien drei (Ausnahme-) Kategorien von Versicherten ausgeschlossen: a) unter 26-jährige Versicherte; b) Versicherte, die Prämienausstände aufwiesen; c) Versicherte, die (nur) im Geschäftsjahr, in welchem die Überschüsse angefallen seien (Überschussjahr), bei A._____ versichert gewesen seien, aber nicht (mehr) im Jahr, in welchem die Überschussausschüttung vorgenommen werde (Ausschüttungsjahr). Soweit aus dem Fonds nicht alle Mittel ausgeschüttet würden, würden diese Mittel für die Ausschüttung eines Folgejahres bereitgestellt (vgl. insbesondere Vorakten 3 und 24; Gutachten Kieser [v.a. S. 10 ff.]; PwC-Bericht; Beschwerde [v.a. S. 6 ff.]; Replik [v.a. S. 4 f.]). Das BAG bestreitet den Inhalt und Umfang des A._-Modells nicht, beurteilt dieses allerdings als rechtswidrig.

3.4 Das BAG begründete die angefochtene Verfügung im Grundsatz damit, dass es zwischen dem OKP-Prämiengenehmigungsverfahren, wie es in KVG und KVV detailliert geregelt sei, und dem Überschussausschüttungsmodell der Beschwerdeführerin – entgegen deren Ansicht – durchaus einen engen Konnex gebe. Es gehe letztlich um eine Massnahme zwecks Korrektur einer vom BAG genehmigten Prämie. Die Krankenversicherer verfügten nicht über die Autonomie, um eine Ausschüttung übermässiger Prämieinnahmen (Überschuss) an die Versicherten vorzusehen. Eine solche Autonomie der Krankenversicherer könnte nur vorliegen, wenn sie ausdrücklich vom Gesetzgeber eingeräumt worden wäre (Gesetzmassigkeitsprinzip), was nicht der Fall sei. Mangels einer solchen Autonomie könne die Beschwerdeführerin auch aus dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Krankenversicherer müssten gemäss Art. 13 Abs. 2 Bst. a KVG die OKP nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit durchführen (Gegenseitigkeitsgrundsatz) und die Gleichbehandlung der Versicherten gewährleisten (Gleichbehandlungsgrundsatz); sie dürften die Mittel der OKP nur zu deren Zwecken verwenden (Zweckgebundenheitsgrundsatz). Eine Überschussbeteiligung an Versicherte bestimmter Prämienregionen sei namentlich mit einem solchen gebundenen Zweck ohne gesetzliche Grundlage nach KVG nicht vereinbar. Bisher seien vorhandene Überschüsse und Unterdeckungen denn auch immer in die Prämienberechnungen für das Folgejahr eingeflossen. Der Gesetzgeber plane – im Rahmen des KVAG und der KVAV – eine detaillierte gesetzliche

Regelung der Rückerstattung von Prämieinnahmen. Auch unter diesem Aspekt sei die Idee der Beschwerdeführerin, eine Überschussbeteiligung noch im Jahre 2014 autonom einführen zu wollen, befremdend. Soweit das vorgelegte A.-Modell vorsehe, die Kategorien der unter 26-jährigen Versicherten und der säumigen Prämienzahler sowie jene Versicherte, die im Auszahlungsjahr (vorliegend: 2014) nicht mehr bei A._____ versichert sind, von der Überschussbeteiligung auszuschliessen, werde ausserdem das Gleichbehandlungsprinzip verletzt. Da durch eine allfällige Überschussbeteiligung genehmigte Prämien nicht (vollständig) eingefordert würden, könnten dadurch (auch) Rabattierungsvorgaben nach geltender KVV verletzt werden. So gewähre A._____ den Versicherten für die Sistierung des Unfallrisikos generell den maximal zulässigen Rabatt von 7,0 % der genehmigten Prämien. Eine Überschussbeteiligung würde dazu führen, dass die effektiv bezahlten Prämien tiefer wären, als die genehmigten Prämien, womit der betragsmässig unveränderte Sistierungsrabatt auf über 7,0 % zu liegen käme und damit gegen die KVV verstossen würde. Ausserdem verbiete das Zweckgebundenheitsprinzip namentlich eine Ausschüttung von Gewinnen an Mitglieder des Vereins oder die Genossenschafter oder an die Aktionäre. Stattdessen hätten sämtliche erwirtschafteten Überschüsse zweckgebunden in die Reserven des Krankenversicherers zu fliessen.

3.5 A._____ begründete die Beschwerde im Wesentlichen damit, dass die Krankenversicherer diejenigen Bereiche autonom regeln könnten, für welche ihnen das KVG eine entsprechende Autonomie zugestehen. Dabei genüge es, wenn das KVG den Krankenversicherern implizit Regelungsmöglichkeiten einräume. Eine solche Autonomie stehe den Krankenversicherern in Bezug auf eine allfällige Überschussausschüttung an die Versicherten zu, welche unabhängig von der Prämienfestsetzung und dem Prämienfestsetzungsverfahren sei. Es werde nicht eine Prämie korrigiert, sondern es werde ein Überschuss – transparent und zeitnah – ausgewiesen und den Versicherten zurückbezahlt, womit eine klare Grundlage für die Berechnung der Prämien für das Folgejahr entstehe. Sollte das Gericht die Überschussausschüttung stattdessen doch im Konnex mit der Prämienfestsetzung sehen, so gelte es zu beachten, dass in Art. 61 KVG lediglich Grundsätze betreffend die „Prämien der Versicherten“ festgelegt seien; es liege keine abschliessende Normierung vor. Auch innerhalb des Bereichs der Prämiengestaltung verfüge die Beschwerdeführerin, welche die Grundsätze gemäss Art. 61 KVG für das Jahr 2013 eingehalten habe, über eine erhebliche Autonomie, welche auch die Einrichtung des gewählten Überschussausschüttungssystems erlaube. Soweit das BAG wiederholt

auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-5896/2011 vom 21. Oktober 2013 verweise, verkenne es, dass das besagte Urteil eine auf individuelle Verhaltensweisen zurückgeführte Überschussbeteiligung betroffen habe. A. _____ habe bewusst ein Modell gewählt, das stattdessen vollständig generalisiert und ausschliesslich an sachliche (durch den einzelnen Versicherten nicht beeinflussbare) Kriterien anknüpfe. Das besagte Urteil finde hier also keine Anwendung. Weiter sei es – entgegen den Befürchtungen des BAG – gar nicht möglich, dass die Solvenz der Beschwerdeführerin wegen der Überschussbeteiligung sinke. Denn Überschüsse würden grundsätzlich nur ausbezahlt, wenn die Solvenz von A. _____ vor und nach Zuweisung in den Überschussfonds mindestens 120 % betrage. Zudem müsse die wirtschaftliche Situation des Unternehmens eine Auszahlung von Überschüssen zulassen, d.h. das Ergebnis der Beschwerdeführerin müsse insgesamt, im betreffenden Kanton und in der betreffenden Region vor und nach Zuweisung in den Überschussfonds grösser als 0 sein; es müsse insgesamt ein Gewinn übrigbleiben. Ausserdem würden mit dem gewählten Modell das Gegenseitigkeitsprinzip und das Verbot der Zweckentfremdung umgesetzt. Denn es werde verhindert, dass die finanziellen Mittel zweckentfremdet werden (könnten) und dass die Beschwerdeführerin mehr Mittel anhäufe als zur Begleichung der Verpflichtungen notwendig sei, womit (auch) dem Erwerbszweckverbot gemäss Art. 12 Abs. 1 KVG Rechnung getragen werde. Ausserdem werde – entgegen der vom BAG geäusserten Meinung – das Gleichbehandlungsprinzip durch das Modell nicht verletzt. Dafür, dass die Versicherten unter 26 Jahren und die Versicherten, die im Folgejahr nicht mehr bei der Beschwerdeführerin versichert seien, von einer allfälligen Überschussbeteiligung ausgeschlossen würden, gebe es sachliche Gründe, die eine solche Differenzierung rechtfertigten bzw. sogar erforderten. Schliesslich sei es nicht zutreffend, dass das Modell zu einer übermässigen Bindung von Versicherten an die Beschwerdeführerin führe oder als Marketinginstrument verwendet werde.

3.6 Zur Begründung seiner Vernehmlassung hielt das BAG zunächst an seinen rechtlichen Erwägungen in der angefochtenen Verfügung fest. Weiter führte es im Wesentlichen aus bzw. betonte es nochmals, dass eine Überschussbeteiligung im KVG nicht normiert sei. Eine gesetzliche Grundlage werde erst mit dem Inkrafttreten des KVAG geschaffen. Da die Krankenversicherer gemäss KVG und KVV die vom BAG genehmigten Prämien zwingend anzuwenden hätten, bleibe – insbesondere auch angesichts des Legalitätsprinzips – im KVG-System kein Raum für eine kassenautonome Überschussbeteiligung. Entgegen dem Dafürhalten der Beschwerdeführerin bestehe durchaus ein Konnex zwischen dem Prämien genehmigungs-

bzw. Prämienfestsetzungsverfahren und der Überschussbeteiligung. Denn die Erfolgsrechnung sei eine Grundlage des Prämien genehmigungsverfahrens und der Überschussfonds habe Einfluss auf die Jahresrechnung und sei (damit) bei der Beurteilung der Prämien des Folgejahres relevant. Daher sei eine allfällige Überschussbeteiligung durchaus ein Bestandteil des Prämienfestsetzungssystems. Es handle sich bei der Überschussbeteiligung letztlich – entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerin – um eine Massnahme zwecks Korrektur einer genehmigten Prämie, um eine unzulässige Ausbezahlung übermässiger Prämieinnahmen an Versicherte. Unter Berücksichtigung der Überschussbeteiligung würden Prämien bezahlt, welche so vom BAG nicht genehmigt worden seien. Dies würde betreffend den Unfallrisikosistierungsrabatt zu einer Verletzung der OKP-Rabattierungsvorschriften und könne zu einer Verletzung weiterer Rabattierungsvorschriften führen. Kassenautonome Überschussbeteiligungen, wie die vorliegend umstrittene, hätten ausserdem zur Folge, dass sich die Prämien auf Grund der nicht im Voraus bekannten Rückzahlung nicht mehr deterministisch verhielten. Liesse man eine Überschussbeteiligung zu, müssten die Krankenversicherer auch entsprechende Rückstellungen bilden. Da Überschussbeteiligungen mangels gesetzlicher Grundlage nicht autonom von Krankenversicherern festgelegt werden dürften, sei die jeweilige Ausgestaltung eines Überschussbeteiligungsmodells (namentlich die Gewichtung individueller versus genereller Faktoren) unbeachtlich.

3.7 In ihrer Replik erklärte sich die Beschwerdeführerin bereit, falls eine Auszahlung der Überschussgelder nur möglich sei, wenn die „unter 26-Jährigen“ sowie die Versicherten, welche im [bzw. für das] Auszahlungsjahr den Versicherer gewechselt haben, berücksichtigt würden, auch diese Personen zu begünstigen (S. 7). Zur Begründung verwies die Beschwerdeführerin in erster Linie auf ihre Ausführungen in der Beschwerde. Ergänzend führte sie im Wesentlichen aus, dass sich das Urteil 9C_878/2013 auf ein Versicherungsmodell mit eingeschränkter Wahl des Leistungserbringers beziehe. Es sei selbstverständlich, dass bei einem solchen Modell eine bestimmte Prämienreduktion gewährt werden müsse, und dass angesichts der gesetzlichen und ordnungsmässigen Regelung nicht zusätzlich „individuelle“ Ermässigungen gewährt werden dürften. Das sei für das vorliegende Verfahren allerdings nicht beachtlich, da das A.-Modell gerade kein Modell mit eingeschränkter Wahl betreffe, sondern das Grundmodell mit uneingeschränkter Wahl der Leistungserbringer. Des Weiteren sei durchaus zutreffend, dass die Überschussbeteiligung insofern

einen Einfluss auf die Erfolgsrechnung habe, als der Betrag, der dem Überschussfonds zugewiesen werde, als Rückstellung periodengerecht in der Erfolgsrechnung ausgewiesen werde. Es stehe dem BAG frei, diese Zuweisung zum Überschussfonds in der Prämienkalkulation für das Folgejahr zu berücksichtigen oder nicht. Die Beschwerdeführerin habe somit in keiner Form auf das Verfahren der Prämienkalkulation Einfluss genommen.

3.8 In seiner Duplik hielt das BAG zunächst an seinen Ausführungen in der angefochtenen Verfügung und in seiner Vernehmlassung fest. Ergänzend führte es im Wesentlichen aus, dass aus dem Urteil 9C_878/2013 keineswegs darauf geschlossen werden könne, dass (nur) Überschussbeteiligungsmodelle individueller Prämienrückerstattung gesetzwidrig seien, generalisierte Modelle hingegen e contrario in den Autonomiebereich der Krankenversicherer fielen und die Schaffung und Regelung solcher Modelle durch die Krankenversicherer daher zulässig sei. Des Weiteren weise die Beschwerdeführerin zwar einen Überschussfonds OKP buchhalterisch aus und lasse diesen für das am 31. Dezember abgeschlossene Jahr durch die Externe Revisionsstelle prüfen. Doch sehe der Kontenplan, welcher für den aufsichtsrechtlichen Abschluss der Versicherer gelte, kein Konto für Rückstellungen im Sinne eines Überschussfonds KVG vor. Zudem beeinflusse ein Überschussfonds die Erfolgsrechnung und die Bilanz, welche auch Grundlage des Prämien genehmigungsverfahrens seien.

4.

Umstritten und zu prüfen ist, ob die Ausrichtung einer Überschussbeteiligung durch einen OKP-Versicherer zulässig ist. Zunächst sind die rechtlichen Grundlagen für die Beurteilung der Streitsache aufzuzeigen.

4.1 Grundsätzlich ist jede Person mit Wohnsitz in der Schweiz OKP-versicherungspflichtig (vgl. Art. 3 KVG i.V.m. Art. 1 ff. KVV). Gemäss Art. 4 Abs. 1 KVG können die versicherungspflichtigen Personen unter den Versicherern nach Artikel 11 KVG frei wählen. Gemäss Art. 60 Abs. 1 KVG wird die obligatorische Krankenpflegeversicherung nach dem Ausgabenumlageverfahren finanziert. Die Versicherer bilden für bereits eingetretene Krankheiten und zur Sicherstellung der längerfristigen Zahlungsfähigkeit ausreichende Reserven.

Gemäss Art. 61 KVG legt der Versicherer die Prämien für seine Versicherten fest. Soweit das KVG keine Ausnahme vorsieht, erhebt der Versicherer von seinen Versicherten die gleichen Prämien (Art. 61 Abs. 1 KVG und Art. 13 Abs. 2 Bst. a KVG). Der Versicherer kann die Prämien nach den

ausgewiesenen Kostenunterschieden kantonale und regional abzustufen. Massgebend ist der Wohnort der versicherten Person. Das BAG legt die Regionen für sämtliche Versicherer einheitlich fest (Abs. 2). Gemäss Absatz 3 hat der Versicherer für Versicherte bis zum vollendeten 18. Altersjahr (Kinder) eine tiefere Prämie festzusetzen als für ältere Versicherte (Erwachsene). Er ist berechtigt, dies auch für die Versicherten zu tun, die das 25. Altersjahr noch nicht vollendet haben (junge Erwachsene). Der Bundesrat kann die Prämienermässigungen nach Absatz 3 festlegen (Abs. 3^{bis}). Gemäss Art. 41 Abs. 1 KVG können die Versicherten für die ambulante Behandlung unter den zugelassenen Leistungserbringern, die für die Behandlung ihrer Krankheit geeignet sind, frei wählen. Der Versicherer übernimmt die Kosten höchstens nach dem Tarif, der am Wohn- oder Arbeitsort der versicherten Person oder in deren Umgebung gilt.

Gemäss Art. 41 Abs. 4 KVG können die Versicherten ihr Wahlrecht im Einvernehmen mit dem Versicherer auf Leistungserbringer beschränken, die der Versicherer im Hinblick auf eine kostengünstigere Versorgung auswählt (Art. 62 Abs. 1 und 3 KVG). Der Versicherer muss dann nur die Kosten für Leistungen übernehmen, die von diesen Leistungserbringern ausgeführt oder veranlasst werden und kann die Prämien für solche Versicherungen vermindern. Laut Art. 62 Abs. 2 KVG kann der Bundesrat weitere Versicherungsformen zulassen, namentlich solche, bei denen: die Versicherten die Möglichkeit erhalten, sich gegen eine Prämienermässigung stärker als nach Art. 64 KVG an den Kosten zu beteiligen (Bst. a.); die Höhe der Prämie der Versicherten sich danach richtet, ob sie während einer bestimmten Zeit Leistungen in Anspruch genommen haben oder nicht (Bst. b.). Die Kostenbeteiligung wie auch der Verlust der Prämienermässigung bei Versicherungsformen nach Abs. 2 dürfen weder bei einer Krankenkasse noch bei einer privaten Versicherungseinrichtung versichert werden. Ebenso ist es Vereinen, Stiftungen oder anderen Institutionen verboten, die Übernahme der Kosten, die sich aus diesen Versicherungsformen ergeben, vorzusehen. Von diesem Verbot ausgenommen ist die Übernahme von Kostenbeteiligungen auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften des Bundes oder der Kantone (Art. 62 Abs. 2^{bis} KVG). Der Bundesrat regelt die besonderen Versicherungsformen näher. Er legt insbesondere aufgrund versicherungsmässiger Erfordernisse Höchstgrenzen für die Prämienermässigungen und Mindestgrenzen für die Prämienzuschläge fest. Der Risikoausgleich nach Art. 105 KVG bleibt in jedem Fall vorbehalten (Art. 62 Abs. 3 KVG). Gemäss Art. 90c Abs. 1 KVV beträgt die Prämie der besonderen Versicherungsformen nach den Artikeln 93-101 KVV mindestens 50 Prozent der

Prämie der ordentlichen Versicherung mit Unfaldeckung für die Prämienregion und Altersgruppe des Versicherten. Gemäss Art. 90c Abs. 2 KVV sind die Prämienermässigungen für die besonderen Versicherungsformen nach den Artikeln 93–101 so auszugestalten, dass die Prämienermässigung bei Sistierung der Unfaldeckung gewährt werden kann, ohne dass die minimale Prämie nach Absatz 1 unterschritten wird. Die KVV sieht die folgenden besonderen Versicherungsformen vor: die Versicherung mit wählbaren Franchisen (Art. 93-95 KVV), die Versicherung mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer (Art. 99-101 KVV) und die Bonusversicherung (Art. 96-98 KVV).

Zwar legen die Versicherer die OKP-Prämien für ihre Versicherten fest (vgl. Art. 61 Abs. 1 KVG). Diese OKP-Prämientarife bedürfen aber der Genehmigung durch den Bundesrat. Vor der Genehmigung können die Kantone zu den für ihre Bevölkerung vorgesehenen Prämientarifen Stellung nehmen; das Genehmigungsverfahren darf dadurch nicht verzögert werden (Art. 61 Abs. 5 KVG). Laut Art. 92 Abs. 1 KVV haben die Versicherer die Prämientarife der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sowie deren Änderungen dem BAG spätestens fünf Monate, bevor sie zur Anwendung gelangen, zur Genehmigung einzureichen. Diese Tarife dürfen erst angewandt werden, nachdem sie vom BAG genehmigt worden sind. Den Prämientarifen beizulegen sind auf einem vom BAG abgegebenen Formular: a. das Budget (Bilanz und Betriebsrechnung) des laufenden Geschäftsjahres; b. das Budget (Bilanz und Betriebsrechnung) des folgenden Geschäftsjahres (Abs. 2). Werden die Prämien kantonal oder regional abgestuft, so kann das BAG vom Versicherer periodisch eine Aufstellung über die durchschnittlichen Kosten der letzten Geschäftsjahre in den entsprechenden Kantonen oder Regionen einverlangen (Abs. 3). Bei besonderen Versicherungsformen nach Art. 62 des Gesetzes sind die Prämien ebenfalls anzugeben und die entsprechenden Versicherungsbedingungen beizulegen (Art. 92 Abs. 4 KVV). Das Gesuch um Genehmigung eines Prämientarifs kann nur gutgeheissen oder abgewiesen werden (vgl. Urteil C-5896/2011 E. 4.2.2). Mit der Genehmigung der Prämientarife oder im Anschluss daran kann das BAG dem Versicherer Weisungen für die Festsetzung der Prämien der folgenden Geschäftsjahre erteilen (Art. 92 Abs. 5 KVV).

Gemäss Art. 7 Abs. 1 KVG kann die versicherte Person unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist den Versicherer auf das Ende eines Kalendersemesters wechseln. Bei der Mitteilung der neuen Prämie kann

die versicherte Person den Versicherer unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist auf das Ende des Monats wechseln, welcher der Gültigkeit der neuen Prämie vorangeht. Dazu muss der Versicherer die neuen, vom BAG genehmigten Prämien jeder versicherten Person mindestens zwei Monate im Voraus mitteilen und dabei auf das Recht, den Versicherer zu wechseln, hinweisen (Art. 7 Abs. 2 KVG).

4.2 Gemäss BGE 124 V 356 (E. 2d) verlieh Art. 1 Abs. 2 des alten Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes vom 13. Juni 1911 (KUVG), welches bis Ende 1995 in Kraft war, den Krankenversicherern das Recht, sich nach ihrem Gutdünken zu organisieren, soweit das Gesetz keine gegenteilige Regelung enthielt. Diese Grundsatzregelung sei direkt der Tatsache entsprungen, dass das KUVG im Wesentlichen ein Subventionsgesetz war und sich dementsprechend auf eine Beschreibung der Minimalvoraussetzungen beschränkte, welche die Versicherer erfüllen mussten, um anerkannt zu werden und Bundessubventionen zu erhalten. Dasselbe gelte nicht für das KVG, das nicht nur Minimalvoraussetzungen enthalte, sondern die OKP vollständig und detailliert regle. Dies gilt namentlich für die reglementarischen Bestimmungen betreffend Anschluss, Prämien und Leistungen, welche ausschliesslich durch das KVG geregelt sind. Angesichts dieser Elemente, wie auch des Fehlens einer analogen Bestimmung zu Art. 1 Abs. 2 KUVG im KVG ist darauf zu schliessen, dass das Autonomieprinzip der Krankenversicherer, wie es von Lehre und Rechtsprechung anerkannt war, unter dem Regime des KVG gänzlich dahingefallen ist. Es ist im Gegenteil darauf zu schliessen, dass in den Bereichen, welche der Gesetzgeber im Detail geregelt hat, das Autonomieprinzip durch das Legalitätsprinzip ersetzt wurde. Dementsprechend können die Krankenversicherer nur in jenen Bereichen eigene Regeln erstellen, in denen das Gesetz ihnen die Kompetenz dafür gibt. Schliesslich verlangte das EVG eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, ansonsten die Krankenversicherer im betroffenen Bereich über keine Autonomie zur eigenen Regelung verfügten. In BGE 130 V 546 (E. 4.1) hat das EVG diese Ausführungen bestätigt und insbesondere festgehalten, dass die Krankenversicherer – in dem im dortigen Verfahren betroffenen Bereich – mangels expliziter gesetzlicher Kompetenzerteilung keine Autonomie zur eigenen Regelung hatten. Auch in BGE 142 V 87 hat das Bundesgericht (unter Bezugnahme auf BGE 124 V 356 [E. 2d]) erneut festgehalten, dass im Rahmen der OKP der Krankenversicherer nur jene Aspekte autonom in seinen internen Reglementen oder in seinen Statuten regeln kann, für welche das KVG ihm explizit eine entsprechende Kompetenz erteilt (E. 5.3).

4.3 Die für den vorliegenden Fall einschlägige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts findet sich im Wesentlichen in den Urteilen C-5896/2011 und C-5897/2011.

4.3.1 In diesen zueinander analogen Verfahren musste das Bundesverwaltungsgericht sich mit der folgenden (grundsätzlich analogen, aber zwei Krankenversicherer betreffenden) Ausgangslage auseinandersetzen: Im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung setzte der jeweilige Krankenversicherer Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB) unter anderem für das Versicherungsmodell „Integriertes Stufenmodell nach KVG“ in Kraft. Dieses erforderte (unter Vorbehalt reglementarisch umschriebener Ausnahmesituationen) eine vorgängige Kontaktnahme mit einem medizinischen Beratungszentrum, welches den „Behandlungspfad“ zu bestimmen hatte. Danach bestand freie Arztwahl. Die angeschlossenen Versicherten erhielten einen Rabatt auf der ordentlichen Prämie. Zudem wurden jeder versicherten Person zu Beginn eines Kalenderjahres 100 Punkte gutgeschrieben; davon war bei jeder vom Krankenversicherer bezahlten oder zurückerstatteten ärztlichen Konsultation, die nicht vorgängig mit dem medizinischen Beratungszentrum vereinbart worden war, eine bestimmte Punktzahl abzuziehen. Erzielte die Versichertengemeinschaft eine erhebliche, nicht bereits mit dem Prämienrabatt abgegoltene Kosteneinsparung, so wurde im Folgejahr deren Punktwert in Franken ermittelt. Die Versicherten erhielten daraufhin den Betrag gutgeschrieben, der ihrem Punktestand entsprach. Mangelnde „Systemtreue“ konnte indes auch eine Rückstufung in die ordentliche Krankenpflegeversicherung zur Folge haben.

Im ersten der beiden Fälle (Beschwerdeverfahren C-5796/2011 i.V.m. C-5735/2011) stellte das BAG am 13. September 2011 verfügungsweise fest, mit Wirkung ab 1. Januar 2012 dürften keine derartigen Rückvergütungen mehr vorgenommen werden. Der betroffene OKP-Versicherer passte die Prämien entsprechend den Vorgaben der Verfügung vom 13. September 2011 an. Mit Verfügung vom 26. September 2011 genehmigte das BAG diese neuen Prämientarife für das Versicherungsjahr 2012. Der betroffene Krankenversicherer erhob Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 13. September 2011. Im zweiten Fall (Beschwerdeverfahren C-5797/2011 i.V.m. C-5521/2011) stellte das BAG am 1. September 2011 verfügungsweise fest, das besagte Modell sei gesetzwidrig. Mit Wirkung ab 1. Januar 2012 dürften keine derartigen Rückvergütungen mehr geleistet werden. Mit

Verfügung vom 26. September 2011 verweigerte das BAG die Genehmigung der Prämientarife betreffend dieses Versicherungsmodell für das Versicherungsjahr 2012. Der Krankenversicherer führte gegen beide Verfügungen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (zum Ganzen vgl. Urteile 9C_878/2013 und 9C_8/2014, je Sachverhalt Bst. A).

4.3.2 Das Bundesverwaltungsgericht führte in seinen Urteilen C-5796/2011 (im Folgenden: erstes BVGer-Ausschüttungs-Urteil) und C-5797/2011 (im Folgenden: zweites BVGer-Ausschüttungs-Urteil) aus, in Art. 5 Abs. 1 BV sei das Legalitätsprinzip statuiert. Der Grundsatz dieses Prinzips bedeute, dass Grundlage und Schranke staatlichen Handelns das Recht sei und jedes staatliche Handeln einer gültigen gesetzlichen Grundlage bedürfe. Das Gesetzmässigkeitsprinzip gelte grundsätzlich für die gesamte Verwaltungstätigkeit. Nach Art. 117 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über die Kranken- und Unfallversicherung. Der Bund erhalte mit Art. 117 BV einen umfassenden, konkurrierenden Gesetzgebungsauftrag im Sinne einer nachträglich derogatorischen Bundeskompetenz. Diese Regelungszuständigkeit erlaube dem Bund eine Monopolisierung der Kranken- und Unfallversicherung. Betreffend die Frage, ob Krankenversicherer befugt sind, mittels Reglementen ergänzendes KV-Recht zu schaffen, sei festzuhalten, dass die Krankenversicherer nur in jenen Bereichen autonom reglementieren könnten, für welche ihnen das KVG eine solche Befugnis ausdrücklich einräume. Darüber hinaus blieben die Versicherer lediglich in der Organisation des Geschäftsbetriebes, in Personalfragen und in der Regelung administrativer Verfahrensabläufe autonom. Als Durchführungsorgan der mittelbaren Staatsverwaltung seien sie Selbstverwaltungsträger. Sie hätten daher die ihnen vom KVG zugewiesenen Aufgaben mit eigenen technischen, personellen und finanziellen Mitteln zu lösen. Das schliesse aber bei allfälligen gesetzlichen Regelungslücken keine gesetzesergänzende Regelungskompetenz mit ein. Über eine beschränkte Autonomie verfügten die Krankenversicherer im Bereich der Prämienfestsetzung nur insofern, als das KVG und die KVV dies vorsähen. Die dort betroffenen Krankenversicherer überschritten daher ihre Regelungskompetenz resp. ihren Durchführungsauftrag, soweit sie Regeln bzw. AVB ausserhalb der ihr zustehenden Regelungsautonomie setzten. Der Gesetzgeber habe die Grundsätze der Prämienfestsetzung in Art. 61 ff. KVG geregelt, und der Bundesrat habe dazu Verordnungsbestimmungen erlassen (Art. 89 ff. KVV). Damit sei der Rahmen für die Autonomie bei der Prämienfestsetzung abgesteckt. Da sich die dortigen Beschwerdeführerinnen auf keine konkrete gesetzliche Grundlage berufen könnten, welche ihnen eine entsprechende Regelungsautonomie einräume, bestehe kein Raum für die Einrichtung einer „individuellen

Rückvergütung“ mittels „privatautonomer Vereinbarung“ (vgl. Urteil C-5896/2011 insbes. E. 5.3 m.w.H.; Urteil C-5897/2011 insbes. E. 4.3 m.w.H.). Das Bundesverwaltungsgericht wies die von den Krankenversicherern geführten Beschwerden ab, soweit es darauf eintrat.

4.4 Gegen diese Urteile des Bundesverwaltungsgerichts führten beide Krankenversicherer Beschwerde an das Bundesgericht. In seinen diesbezüglichen Urteilen 9C_878/2013 (betreffend erstes BVGer-Ausschüttungsurteil; im Folgenden: erstes BGer-Ausschüttungsurteil) und 9C_8/2014 (betreffend zweites BVGer-Ausschüttungsurteil; im Folgenden: zweites BGer-Ausschüttungsurteil) bestätigte das Bundesgericht die beiden Urteile des Bundesverwaltungsgerichts und wies die Beschwerden ab. Das Bundesgericht führte insbesondere aus, dass die jeweilige Beschwerdeführerin geltend mache, die Rückvergütung erfolge unabhängig von der Festlegung der ordentlichen Prämien. Eine Unterscheidung in erwartete Minderkosten, die im Voraus in die Prämie eingepreist würden, und effektive Einsparungen, die nachträglich rückvergütet würden, sei im geltenden Recht nicht vorgesehen. Nach Art. 62 Abs. 1 KVG könne der Versicherer die Prämien für Versicherungen mit eingeschränkter Wahl des Leistungserbringers vermindern. Dabei handle es sich um eine abschliessende Regelung; es werde diesbezüglich auch nicht stillschweigend ein Gestaltungsraum eingeräumt. Die Ermässigung müsse in der Prämie selber zum Ausdruck kommen, damit ersichtlich bleibe, dass die in Art. 101 Abs. 1 und 2 KVV aufgeführten Rahmenbedingungen (keine Bildung von besonderen Risikogemeinschaften, Wahrung des versicherungstechnisch erforderlichen Beitrages an Reserven und Risikoausgleich, Beschränkung der Ermässigung auf modellspezifische Kostenunterschiede) eingehalten seien. Die in den strittigen Gatekeeper-Modellen zu erwartenden spezifischen Einsparungen seien daher als Einheit zu behandeln. Sie bildeten insgesamt einen Teil des unter anderem aus Erfahrungswerten abzuleitenden prognostischen Aufwands, anhand dessen die Prämie im Voraus festzulegen und zu genehmigen sei (vgl. Art. 60 Abs. 1 KVG). Abgesehen davon wäre es wohl auch kaum möglich, weitergehende Effizienzgewinne gleichsam abzuspalten und auf dieser Grundlage – abhängig von der individuellen „Systemtreue“ – eine zusätzliche „Erfolgsbeteiligung“ hinreichend zuverlässig zu quantifizieren. Aus den gesetzlichen Vorgaben ergebe sich somit, dass die strittige Erfolgsbeteiligung nicht eine autonom gestaltbare Frage beschlage. Der für den Wettbewerb zwischen den Krankenversicherern hinsichtlich besonderer Versicherungsformen – und der damit verbundenen Prämienfestlegung – notwendige unternehmerische Gestaltungsspielraum vermöge die Geltung der zwingenden gesetzlichen Regeln nicht

in Frage zu stellen (zum Legalitätsprinzip im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung insbesondere BGE 130 V 546 E. 4.1; 124 V 356 E. 2d). Im Anwendungsbereich dieser zwingenden gesetzlichen Regeln könnten sich die Krankenkassen, die im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung als Sozialversicherungsträger fungierten (vgl. Art. 117 BV), nicht auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und 94 BV) berufen. Nach der Rechtsprechung sei die Sozialversicherung der Wirtschaftsfreiheit weitgehend entzogen. Dies gelte auch angesichts des für eine Sozialversicherung atypischen Umstandes, dass die Krankenkassen als konkurrierende Anbieter der obligatorischen Krankenpflegeversicherung auftreten (vgl. erstes BGer-Ausschüttungs-Urteil [E. 3.3.2, 3.4]; zweites BGer-Ausschüttungs-Urteil [E. 4.3.2, 4.4]).

5.

Die Beschwerdeführerin bestreitet einen Konnex zwischen der geplanten Ausschüttung und dem Prämienfestsetzungsverfahren. Wie dargelegt, wird ein solcher in der dargelegten Ausschüttungsrechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts hingegen bejaht. Es handelt sich gemäss dieser Rechtsprechung bei einer nachträglichen Ausschüttung von OKP-Geldern nicht um ein vom OKP-Prämiensystem unabhängiges oder autonomes Element, über das die Krankenversicherer frei verfügen können. Gemäss Art. 60 Abs. 1 KVG wird die obligatorische Krankenpflegeversicherung nach dem Ausgabenumlageverfahren finanziert. Dementsprechend wird das finanzielle Substrat der OKP-Versicherer nahezu durch von den Versicherten bezahlten Prämien gebildet. Eine (nachträgliche) Ausrichtung einer Überschussbeteiligung würde zu einer Reduktion dieses finanziellen Substrats führen. Da dieses hauptsächlich aus Prämien gebildet wurde, entspräche eine solche Ausschüttung faktisch einer (nachträglichen) Prämienenkung. Es ist weder ersichtlich noch wird von der Beschwerdeführerin substantiiert dargelegt, inwiefern es sich bei der Auszahlung an die Versicherten (materiell) um etwas anderes, als um eine Teilrückerstattung von Prämien handeln soll oder kann. Auch die Beschwerdeführerin geht in einem Grossteil ihrer Ausführungen de facto von einem solchen Konnex aus bzw. zielt auf einen solchen ab. So leitet sie den für die Ausschüttung zu verwendenden Betrag hauptsächlich aus der Differenz der auf Schätzungen beruhenden, genehmigten *Prämien* und der entschädigten Leistungen ab. Weiter spricht sie in ihrer Korrespondenz und ihren Eingaben immer wieder von „Rückerstattung“, „Modell der Rückerstattung“. Der Entscheid, ob eine Ausschüttung erfolgen und gegebenenfalls wie hoch sie sein soll, wird analog zu den Prämien gemäss Kanton

bzw. gemäss Prämienregion gefällt. Auch diesbezüglich schafft die Beschwerdeführerin einen Konnex zur – nach Kanton bzw. Prämienregion differenzierbaren – Prämienfestsetzung (vgl. Art. 61 Abs. 2 KVG, Art. 91 KVV). Dass im A.-Modell die Nichtbezahlung von Prämien eine Beteiligung an einer allfälligen Ausschüttung ausschliesst, indiziert ebenfalls eine Verbindung zwischen Prämien und Ausschüttung. Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Versichertenkategorie der Unter-26-Jährigen von einer allfälligen Überschussbeteiligung mit der Begründung ausgeschlossen werden, dass die Prämien in dieser Alterskategorie gemäss KVG tiefer seien und in diesem Versichertenkollektiv in der Regel aufgrund der gewährten Prämienrabatte keine Überschüsse entstünden (vgl. Beschwerde S. 8). Art. 61 Abs. 3 KVG sieht allerdings (lediglich) vor, dass Versicherer berechtigt ist, für Versicherte, die das 25. Altersjahr noch nicht vollendet haben (junge Erwachsene) eine tiefere Prämie festzusetzen. Er ist dazu nicht verpflichtet. Wenn die Beschwerdeführerin die Prämien für diese Versichertenkategorie so tief ansetzt, dass in der Regel keine Überschüsse bestehen, setzt sie diese Prämien und die Überschüsse in eine direkte Verbindung zueinander. Weiter indiziert die Argumentation der Beschwerdeführerin, dass sie für diese Versichertenkategorie die Prämienhöhe so bestimmt, dass in der Regel keine Überschüsse entstehen. Für die übrigen Versichertenkategorien setzt sie die Prämien hingegen so fest, dass es immer wieder zu einem Überschuss kommen kann. Wie es regelmässig zu einer solchen Diskrepanz in der Schätzungsgenauigkeit kommen kann, ist vorliegend nicht zu beantworten. Allerdings indiziert auch die von der Beschwerdeführerin angestrebte Differenz zwischen verschiedenen Versicherten- und damit Prämienkategorien einen Konnex zwischen systematisch unterschiedlicher Prämienhöhe und systematisch unterschiedlicher Ausschüttungsberechtigung einen Konnex zwischen Prämien und Ausschüttung. Auch Prof. Kieser stellt in seinem von der Beschwerdeführerin in Auftrag gegebenen Gutachten immer wieder einen direkten Konnex zwischen Prämien bzw. Prämienfestsetzung einerseits und der geplanten Ausschüttung andererseits her. Er verwendet Begriffe und Formulierungen wie “Zurückgabe von überschüssigen Prämien in Form einer einmaligen Auszahlung“, „zurückzuerstattenden Prämien“, „Rückerstattung von zu viel bezahlten Prämien“, „Prämienrückerstattung“ und andere).

Daher ist die vorliegend umstrittene Ausrichtung einer Überschussbeteiligung – entgegen dem Dafürhalten der Beschwerdeführerin – innerhalb des von KVG und KVV gebildeten Prämiengefüges zu beurteilen und als faktische, nachträgliche, rückwirkende Prämienenkung zu werten.

6.

6.1 Gesetz und Verordnung sehen verschiedene besondere Versicherungsformen vor (vgl. insbesondere Art. 62 KVG, Art. 93 ff. KVV). Für die auf dem A.-Modell fussende Ausrichtung einer Überschussbeteiligung besteht hingegen – was auch die Beschwerdeführerin eingesteht (vgl. insbesondere Beschwerde S. 5) – keine explizite Regelung auf Gesetzes- und/oder Verordnungsstufe. Die Beschwerdeführerin macht allerdings geltend, dass sie – mangels eines spezifischen Verbots auf Gesetzes- oder Verordnungsebene – (stillschweigend) über die Autonomie verfüge, ein entsprechendes Modell festzusetzen und eine entsprechende Überschussbeteiligung auszurichten. Insbesondere sei die angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts (s. oben E. 4.3 f.) vorliegend nicht einschlägig. Einerseits hätten die dort beurteilten Modelle eine *individuelle* Überschussbeteiligung vorgesehen, während die vorliegend umstrittene Ausschüttung auf einem *generellen* Überschussbeteiligungsmodell fusse (s. nachfolgend E. 6.2). Andererseits habe es sich bei den in den besagten Urteilen beurteilten Modellen um *Gate-Keeper-Modelle als eine besondere Versicherungsform* gehandelt, für welche bereits gewisse Bestimmungen betreffend Prämienermässigungen bestünden (zunächst Art. 62 KVG). Das vorliegende Modell aber betreffe keine besondere Versicherungsform, sondern das *ordentliche Basisprämienmodell* (s. unten E. 6.3).

6.2 Soweit die Beschwerdeführerin postuliert, dass die besagte Rechtsprechung vorliegend nicht einschlägig sei, weil dort ein „individuelles“ Rückvergütungsmodell im Streit stand und vorliegend ein „generelles“ Rückvergütungsmodell im Streit stehe, ist Folgendes auszuführen: Die grundsätzlichen und massgebenden Ausführungen des Bundesgerichts (insbesondere in E. 3.3.2, 3.4 des ersten BGer-Ausschüttungsurteils und E. 4.3.2, 4.4 des zweiten BGer-Ausschüttungsurteils) lassen keine Einschränkung der darin enthaltenen Aussagen auf Ausschüttungsmodelle „individueller“ Natur erkennen. Auch daraus, dass das Bundesgericht in den zusammenfassenden Schlussfolgerungen (E. 4 des ersten BGer-Ausschüttungs-Urteils und E. 5 des zweiten BGer-Ausschüttungs-Urteil) auf die dort konkret im Streit befindlichen „individuellen“ Modelle Bezug genommen hat, lässt sich keine entsprechende Einschränkung entnehmen. Das Argument der Beschwerdeführerin, dass die genannten Urteile des Bundesgerichts vorliegend wegen dem Unterschied (individuelle versus generelle Natur) der betroffenen Modelle nicht einschlägig seien, ist also unzutreffend.

Ob vorliegend (lediglich) „generelle“ Rückvergütungen vorgesehen sind, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, ist unter diesen Umständen nicht entscheidend. Der Vollständigkeit halber ist jedoch darauf hinzuweisen, dass – entgegen dem Dafürhalten der Beschwerdeführerin – die in der referenzierten Rechtsprechung beurteilten Modelle nicht gänzlich individueller Natur sind und das vorliegende Modell nicht gänzlich genereller Natur ist. So setzten die in der Rechtsprechung beurteilten Modelle zunächst voraus, dass die *Versicherungsgemeinschaft* eine erhebliche, nicht bereits mit dem Prämienrabatt abgegoltene Kosteneinsparung erzielte, ansonsten keine Ausschüttung erfolgte (vgl. je Sachverhalt A in den beiden BGer-Urteilen). Offensichtlich bildet diese Voraussetzung ein *generelles* Element der dort zu beurteilenden Modelle, das vorweg erfüllt sein muss, bevor individuelle Ausschüttungen überhaupt erfolgen konnten. Das vorliegend umstrittene A.-Modell hingegen schliesst unter anderem Versicherte von einem Ausschüttungsanspruch aus, die Prämienausstände aufweisen und/oder Versicherte, die nach dem Überschussjahr nicht mehr bei der Beschwerdeführerin versichert sind. Diesbezüglich erfolgt also eine individuelle Beurteilung und Berücksichtigung der einzelnen Versicherten. Diese können grundsätzlich auch individuell entscheiden, ob sie die Prämien jeweils fristgerecht bezahlen wollen und/oder weiterhin bei der Beschwerdeführerin versichert bleiben wollen. In beiden Konstellationen könnten die (entsprechend informierten) Versicherten somit – entgegen dem Dafürhalten der Beschwerdeführerin – individuell entscheiden und beeinflussen, ob sie allgemein auf einen Ausschüttungsanspruch verzichten. Auch dass die Kategorie der unter-26-jährigen Versicherten von einer allfälligen Ausschüttung ausgeschlossen wird, entspricht zumindest einer Einschränkung der von der Beschwerdeführerin behaupteten generellen Natur des A.-Modells.

6.3 Es trifft zwar zu, dass in der besagten Rechtsprechung Gate-Keeper-Modelle beurteilt wurden, das Bundesgericht diese als besondere Versicherungsform gemäss Art. 62 Abs. 1 KVG und Art. 101 Abs. 1 und 2 KVV wertete und seine Ausführungen dementsprechend primär auf diese Modelle fokussiert hat. Dennoch lassen die Ausführungen des Bundesgerichts Rückschlüsse auf die Beurteilung der Ausrichtung einer Überschussbeteiligung, die nicht im Kontext einer besonderen Versicherungsform erfolgt, zu. So betont das Bundesgericht, dass die Prämie anhand des prognostischen Aufwands im Voraus festzulegen und zu genehmigen sei. Dabei verweist es auf Art. 60 Abs. 1 KVG, welcher für die ganze OKP (und nicht nur für besondere Versicherungsformen) die Finanzierung nach dem Ausgabenumlageverfahren vorschreibt (vgl. erstes BGer-Ausschüttungs-Urteil

E. 3.3.2; zweites BGer-Ausschüttungs-Urteil E 4.3.2). Das Bundesgericht stellt weiter fest, dass eine allfällige Ermässigung der Prämien für Versicherungen mit eingeschränkter Wahl des Leistungserbringers in der Prämie selber zum Ausdruck kommen müsse, damit ersichtlich bleibe, dass die in Art. 101 Abs. 1 und 2 KVV aufgeführten Rahmenbedingungen (keine Bildung von besonderen Risikogemeinschaften, Wahrung des versicherungstechnisch erforderlichen Beitrages an Reserven und Risikoausgleich, Beschränkung der Ermässigung auf modellspezifische Kostenunterschiede) eingehalten seien. Mit diesen besonderen Regeln für die besondere Versicherungsform, soll sichergestellt werden, dass das auf der Basisprämie fundierte OKP-Versicherungssystem durch die besondere Versicherungsform des Gate-Keeper-Modells ergänzt bzw. dieses integriert werden soll, dieses Ausnahmmodell aber nicht zu systemwidrigen Verzerrungen führt. Zu den Eckpfeilern dieses OKP-Versicherungssystems, die (grundsätzlich) für alle OKP-Versicherungsformen gelten, zählen namentlich die Pflichten der Versicherer zur Durchführung der OKP nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit, zur Gleichbehandlung der Versicherten und zur zweckgebundenen Verwendung der OKP-Mittel (vgl. Art. 13 Abs. 2 Bst. a KVG). Weiter sind die Versicherer gemäss Art. 61 Abs. 1 KVG in der gesamten OKP dazu verpflichtet von allen Versicherten die gleichen Prämien zu erheben, soweit das KVG keine Ausnahme vorsieht. Ferner verpflichten Art. 13 Abs. 2 Bst. c KVG und Art. 60 Abs. 1 f. KVG die Versicherer für die ganze OKP zur selbsttragenden Finanzierung und dazu, ihren finanziellen Verpflichtungen nachzukommen und ausreichende Reserven zu bilden (vgl. dazu auch Art. 78 ff. KVV). Gestützt auf Art. 60 Abs. 6 KVG regeln Art. 81 ff. KVV die für die gesamte OKP geltenden Rechnungslegungsbestimmungen. Art. 89 ff. KVV wiederum enthalten allgemein geltende Bestimmungen zu den OKP-Prämien. Die ordentliche Krankenpflegeversicherung und die besonderen Versicherungsformen sind in dieser Hinsicht als Einheit zu betrachten. Ein Gate-Keeper-Modell darf von einem Versicherer denn auch nur neben der ordentlichen Krankenpflegeversicherung betrieben werden (vgl. Art. 99 Abs. 1 KVV). Die Ausführungen des Bundesgerichts in seiner Ausschüttungs-Rechtsprechung lassen somit keinen e-contrario-Schluss zu, dass eine nachträgliche Überschussausschüttung beim Basisprämienmodell – anders als im Gate-Keeper-Modell – grundsätzlich zulässig ist.

6.4 Die Uneingeschränktheit der Ausschüttungs-Rechtsprechung des Bundesgericht wird durch die weitere Rechtsprechung des Bundesgerichts (s. oben E. 4.2) bekräftigt. Gemäss dieser können die Krankenversicherer

im Rahmen der OKP nur jene Aspekte autonom in ihren internen Reglementen oder in ihren Statuten regeln, für welche das KVG ihnen *explizit* eine entsprechende Kompetenz erteilt. Dies gilt namentlich für die Teilbarkeit der Monatsprämie (BGE 142 V 87 E. 5). In Bezug auf die Prämienfestsetzung wird das Legalitätsprinzip ausserdem in zweierlei Hinsicht bekräftigt: Gemäss Art. 61 Abs. 1 KVG darf der Versicherer nur dann von seinen Versicherten unterschiedliche Prämien erheben, wenn das *Gesetz* eine Ausnahme vorsieht. Gemäss Art. 62 Abs. 2 und 3 KVG kann der *Bundesrat* weitere Versicherungsformen zulassen und regelt diese näher. Vorliegend ist unbestritten, dass eine explizite KVG-Bestimmung (oder Verordnungsbestimmung) für die Einführung des vorliegend umstrittenen Überschussausschüttungsmodells nicht vorhanden ist.

6.5 Ergänzend ist festzuhalten, dass die Ausführungen des BVGer in seiner Ausschüttungsrechtsprechung weniger modellspezifisch, sondern mehr allgemeiner Natur waren und diese Urteile im Resultat vom Bundesgericht bestätigt worden sind.

6.6 Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente rechtfertigen somit kein Abweichen von der dargelegten Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts. Damit fällt das vorliegende Modell unter die besagte Rechtsprechung, welche eine darauf basierende Ausschüttung grundsätzlich als unzulässig erscheinen lässt.

7.

Zusätzlich ist Folgendes auszuführen bzw. hervorzuheben:

7.1 Zur Rechtfertigung ihres Vorgehens beruft sich die Beschwerdeführerin auf das Gebot der Zweckgebundenheit der OKP-Mittel gemäss Art. 13 Abs. 2 Bst. a KVG. Gemäss dieser Bestimmung dürfen die Mittel der sozialen Versicherung nur zu deren Zwecken verwendet werden (vgl. auch Art. 28 Abs. 1 Bst. e KVV). Aus diesem Grundsatz leitet die Beschwerdeführerin ein Recht bzw. eine Pflicht ab, allfällige Überschüsse auszuschütten, wenn die notwendigen Reserven vorhanden und allfällige weitere OKP-bezogene finanzrechtlichen Voraussetzungen auch nach der Ausschüttung erfüllt seien. Sie beruft sich dafür insbesondere auf GEBHARD EUGSTER (in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerischen Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 2. Aufl. 2007, Bd. XIV, S. 455, Rz. 184 f.). EUGSTER führt an der angegebenen Stelle aus, dass Rückschläge gemeinsam zu tragen seien und Gewinne im Interesse sämtlicher Versicherten Ver-

wendung zu finden hätten, wobei die Rechnungsüberschüsse nach Ermessen des Versicherers den Versicherten zurückerstattet oder auf Rechnung künftiger Prämien kompensiert werden könnten. EUGSTER begründet und belegt seine Aussage, dass eine Rückerstattung an die Versicherten erfolgen könne, nicht und hat damit keine eigene Überzeugungsmacht. Ausserdem konnte EUGSTER im damaligen Zeitpunkt der späteren Ausschüttungs-Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts nicht Rechnung tragen bzw. sich nicht damit auseinandersetzen. Soweit EUGSTER in der 3. Auflage (2016) des zitierten Werks ausführt, dass Rechnungsüberschüsse nach vorschriftsgemässer Bildung der Reserven und Rückstellungen des Versicherers den Versicherten zurückzuerstatten oder auf Rechnung künftiger Prämien zu kompensieren seien, setzt er sich nicht mit der besagten Rechtsprechung auseinander, sondern stützt sich auf das – vorliegend nicht anwendbare – KVAG (S. 470, Rz. 218). Unter diesen Umständen kann die Beschwerdeführerin aus dieser Literaturstelle nichts zu ihren Gunsten herleiten.

7.2 Für den vorliegenden Fall ist unter dem Gesichtspunkt des Gebots der Zweckgebundenheit vielmehr Folgendes zu beachten: Die OKP wird im Ausgabenumlageverfahren finanziert (Art. 60 Abs. 1 KVG). Die Finanzierung muss selbsttragend sein (Art. 60 Abs. 2). Das finanzielle Substrat der Versicherer wird somit weitgehendst aus von den Versicherten bezahlten Prämien gebildet. Wird ein Teil dieses Substrats an die Versicherten ausgeschüttet, sind diese nicht verpflichtet, diese im Rahmen der OKP zu verwenden (z.B. zur Bezahlung künftiger OKP-Prämien). Mit einer entsprechenden Ausschüttung verlieren diese Mittel ihre OKP-Zweckgebundenheit, womit gegen Art. 13 Abs. 2 Bst. a KVG verstossen wird. Sollte der Versicherer zu einem späteren Zeitpunkt Mittel in der Höhe der vorgenommenen Ausschüttung benötigen, wird er dazu in erster Linie eine entsprechend höhere Prämie festsetzen und einfordern. Werden die entsprechenden Mittel stattdessen zur Reservenbildung und/oder zur Reduktion der für das Folgejahr festzusetzenden Prämien eingesetzt, bleiben die entsprechenden Mittel im OKP-System zweckgebunden. Diese Zweckgebundenheit allfälliger Überschüsse hängt nicht von der Solvenzquote des Versicherers ab. Demzufolge rechtfertigt auch eine hohe Solvenzquote (die Beschwerdeführerin beispielsweise macht für das Jahr 2013 eine solche in der Höhe von [...] % geltend) keine Ausschüttung.

7.3 Die Beschwerdeführerin beruft sich weiter darauf, dass die OKP-Versicherer keinen Erwerbszweck verfolgen und nicht Gewinn machen dürften (vgl. Art. 12 Abs. 1 KVG, Art. 13 Abs. 2 Bst. a KVG). Daraus ergebe sich

eine Pflicht, (übermässige) Überschüsse auszuschütten. Diesbezüglich kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden. Solange die finanziellen Mittel der OKP-Versicherer im OKP-System verbleiben und namentlich zur Bildung zusätzlicher Reserven bzw. der Festsetzung künftiger Prämien verwendet werden, ist ein allfälliger Überschuss nicht als unzulässiger Gewinn zu werten. Dass ein im Rahmen der OKP entstandener und verbleibender Überschuss entsteht, heisst nicht, dass der Versicherer einen Erwerbszweck verfolgt.

7.4 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht bzw. im Gutachten Kieser ausgeführt wird, dass im Bereich der KVG-Taggeldversicherung sowie in anderen Sozialversicherungs- und Versicherungsbereichen die Ausschüttung eines Überschusses vorgesehen und/oder üblich ist, ist nicht ersichtlich, inwiefern daraus ohne gesetzliche Grundlage auf die Zulässigkeit einer solchen Ausschüttung im OKP-Bereich zu schliessen sein soll.

7.5 Gemäss Art. 92 Abs. 1 KVV haben die Versicherer die Prämientarife der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sowie deren Änderungen dem BAG spätestens fünf Monate, *bevor* sie zur Anwendung gelangen, zur Genehmigung einzureichen. Diese Tarife dürfen erst angewandt werden, *nachdem* sie vom BAG genehmigt worden sind. Diese Regelung gilt insbesondere auch für besondere Versicherungsformen nach Art. 62 KVG, für welche die Prämien ebenfalls vorgängig anzugeben und die entsprechenden Versicherungsbedingungen beizulegen sind (Art. 92 Abs. 4 KVV). Vorliegend hätte die Beschwerdeführerin spätestens fünf Monate vor Anwendung des Modells, also spätestens per 31. Juli 2012, zusammen mit dem Genehmigungsgesuch die diesbezüglichen Versicherungsbedingungen einreichen müssen. Dass sie dies nicht getan hat, steht einer Anwendung des Modells für das Jahr 2013 (ebenfalls) entgegen. Gemäss dem PwC-Bericht waren am 24. März 2014 nicht einmal die Modell-Grundsätze schriftlich festgehalten worden. Auch im Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens und des Beschwerdeverfahrens hat die Beschwerdeführerin keine konkrete, abschliessende Umschreibung des Modells, geschweige denn entsprechende Versicherungsbestimmungen nachgereicht. Dieser Verstoß gegen Art. 92 Abs. 4 KVV i.V.m. Art. 92 Abs. 1 KVV spricht ebenfalls gegen die Zulässigkeit dieser vom BAG nicht genehmigten, rückwirkenden Prämienreduktion.

7.6 Wird die – als nachträgliche Prämienenkung zu beurteilende – Überschussausschüttung erst im Laufe des auf das betroffene Prämienjahr (hier: 2013) folgenden Jahres (hier: 2014) festgesetzt, wird die tatsächliche

Höhe der Nettoprämien erst zu diesem Zeitpunkt bekannt. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KVG können versicherungspflichtige Personen unter den OKP-Versicherern grundsätzlich frei wählen. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KVG kann die versicherte Person unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist den Versicherer auf das Ende eines Kalendersemesters wechseln. Bei der Mitteilung der neuen Prämie kann die versicherte Person den Versicherer unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist auf das Ende des Monats wechseln, welcher der Gültigkeit der neuen Prämie vorangeht. Dazu muss der Versicherer die neuen, vom BAG genehmigten Prämien jeder versicherten Person mindestens zwei Monate im Voraus mitteilen und dabei auf das Recht, den Versicherer zu wechseln, hinweisen (Art. 7 Abs. 2 KVG; vgl. auch Art. 94 und 100 KVV). Fände das A.-Modell Anwendung, so würden die den Versicherten im Falle einer Prämienhöhung spätestens zwei Monate *im Voraus* mitzuteilenden Prämien nicht mit den definitiven Nettoprämien übereinstimmen. Der Entscheid der Versicherten, den Versicherer zu wechseln oder beizubehalten, müsste somit auf der Basis provisorischer und sich eventuell im Nachhinein als falsch erweisender Prämien erfolgen. Dadurch würde die vom KVG beabsichtigte Freiheit der Versicherten, den Versicherer zu wechseln, untergraben. Würden mehrere OKP-Versicherer unterschiedliche Rückvergütungsmodelle anbieten, würde zudem ein aussagekräftiger Vergleich der verschiedenen Angebote für die Versicherten nahezu verunmöglicht und das Wahlrecht der Versicherten ausgehebelt. Die vom KVG angestrebte Konkurrenz zwischen den Krankenkassen als Anbieter der OKP (vgl. Urteil 9C_878/2013 vom 14. Oktober 2014 E. 3.4) würde wirkungslos.

7.7 Gemäss Art. 61 Abs. 5 KVG in Verbindung mit Art. 21a Abs. 1 KVG können die Kantone zu den für ihre Bevölkerung vorgesehenen Prämientarifen Stellung nehmen. Könnten die definitiven Prämien aufgrund einer Überschussausschüttung nachträglich und rückwirkend von der genehmigten Prämie abweichen, würde auch dieses Anhörungsrecht der Kantone ausgehöhlt.

7.8 Eine nachträgliche, rückwirkende frankenmässige Prämienenkung könnte dazu führen, dass gewisse weitere rechtliche Vorgaben, die bei der Festsetzung und Genehmigung von OKP-Prämien zu berücksichtigen sind, im Nachhinein verletzt werden. Dies gilt z.B. – wie das BAG zurecht geltend macht – für die in Art. 91a KVV geregelte Prämienreduktion für Versicherte, die eine obligatorische Versicherung nach UVG abgeschlossen haben, welche höchstens 7 Prozent betragen darf. Werden die Prämien im Nachhinein um einen bestimmten Frankenbetrag gesenkt, erhöht

sich das prozentuale Verhältnis zwischen der (in Franken festgesetzten) UVG-Prämienreduktion und der nachträglich gesenkten Nettoprämie. Dies kann dazu führen, dass die UVG-Prämienreduktion widerrechtlich auf über 7 Prozent steigt. Weiter ist nicht ausgeschlossen, dass analog die Prämienmindestgrenzen gemäss Art. 90c KVV und die Maximalgrenzen für Prämienabstufungen nach Regionen (Art. 91 Abs. 1 KVV in Verbindung mit Art. 61 Abs. 2 KVG) verletzt werden.

7.9 Aufgrund der dargelegten Rechtsprechung und den weiteren Ausführungen ist zu schliessen, dass die vorliegend umstrittene Überschussbeteiligungsausschüttung unzulässig ist. Daher hat das BAG die umstrittene Ausschüttung zu Recht verboten. Die gegen die entsprechende Verfügung des BAG vom 29. Juli 2014 geführte Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (s. oben E. 1.4).

8.

Bei diesem Verfahrensausgang kann offenbleiben, ob das A._-Modell – wenn die anvisierte Ausschüttung grundsätzlich zulässig wäre – in seiner konkreten Ausgestaltung gegen das KVG verstossen würde und deswegen zu Recht verboten worden wäre. Ebenfalls offenbleiben kann, ob einzelne von den Parteien angesprochene Elemente des A._-Modells – insbesondere in Bezug auf die OKP – mehrheitlich positiv oder negativ zu bewerten wären.

8.1 Offenbleiben kann auch, ob das Modell dem Verhältnismässigkeitsprinzip ausreichend Rechnung trägt.

8.2 Offenzulassen ist, ob die hinter dem Modell steckende Absicht (das BAG unterstellt der Beschwerdeführerin, das Modell aus Marketingzwecken anzubieten) für die Beurteilung seiner KVG-Konformität massgebend sein könnte.

8.3 Ebenfalls offenbleiben kann, ob die „Risikobeiträge“, welche die Beschwerdeführerin vom Kanton Baselstadt bis ins Jahr 2012 erhalten hat, Auswirkungen auf die Rechtmässigkeit der vorliegend umstrittenen Ausschüttung hätte (vgl. Vernehmlassung S. 7; Replik S. 6; Duplik S. 6; Triplik S. 4).

8.4 Soweit die Parteien sich auf das Gesetz- und Verordnungsgebungsverfahren betreffend das KVAG und die KVAV, ist darauf nicht weiter einzugehen, da diese vorliegend (in zeitlicher Hinsicht) keine Anwendung finden (vgl. oben E. 2.1).

9.

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

9.1 Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG ist das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht kostenpflichtig und hat die Beschwerdeführerin entsprechend dem Ausgang des Verfahrens die Verfahrenskosten zu tragen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Verfahrenskosten sind in Berücksichtigung sämtlicher Kriterien, des Verfahrensausgangs – soweit auf die Beschwerde nicht eingetreten wird, gilt auch dies als Unterliegen – und des erforderlichen Aufwands auf Fr. 5'000.- festzulegen und mit dem bereits geleisteten Verfahrenskostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen.

9.2 Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE, je e contrario; Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.- werden der Beschwerdeführerin aufgelegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement des Innern (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Beat Weber

Daniel Golta

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 BGG). 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: