



Urteil vom 12. Juni 2019

Besetzung

Richter David Weiss (Vorsitz),
Richter Christoph Rohrer,
Richter Vito Valenti,
Gerichtsschreiberin Tania Sutter.

Parteien

1. **A.**_____ **AG**, Weltpoststrasse 19, 3015 Bern,
2. **B.**_____ **AG**, Weltpoststrasse 19, 3015 Bern,
3. **C.**_____ **AG**, Weltpoststrasse 19, 3015 Bern,
alle vertreten durch Dr. iur. Thomas Eichenberger,
Rechtsanwalt, und MLaw Claudio Helmle, Rechtsanwalt,
Kellerhals Carrard Bern KIG,
Effingerstrasse 1, Postfach, 3001 Bern,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Bundesamt für Gesundheit, Direktionsbereich
Kranken- und Unfallversicherung, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Krankenversicherungsaufsichtsgesetz (KVAG),
Nichteintretensverfügung des BAG vom 2. September 2016
(A._____ AG),
Nichteintretensverfügung des BAG vom 2. September 2016
(B._____ AG).

Sachverhalt:**A.**

A.a Die A. _____ AG und die B. _____ AG (nachfolgend auch: KVG-Gesellschaften) bezwecken die Durchführung der sozialen Krankenversicherung als vom Bund anerkannte Krankenkassen. Die C. _____ AG bezweckt insbesondere den Erwerb, die Verwaltung und die Veräusserung von Beteiligungen jeder Art im Sinne einer Holdinggesellschaft (vgl. Eintrag im Handelsregister, < www.zefix.ch >, abgerufen am 26.02.2019). Sie ist Eigentümerin der genannten KVG-Gesellschaften.

A.b Im Rahmen der Prüfung der provisorischen Jahresrechnungen 2015 der A. _____ AG und der B. _____ AG stellte das Bundesamt für Gesundheit (BAG) fest, dass die beiden KVG-Gesellschaften per Ende des Jahres 2015 Zuschüsse von der C. _____ AG im Betrag von Fr. 5 Mio. bzw. Fr. 10 Mio. zur Stärkung der KVG-Reserven erhalten hatten (vgl. Akten der Vorinstanz [act.] 6).

A.c Mit Briefen vom 24. Februar 2016 teilte das BAG der A. _____ AG und der B. _____ AG mit, dass diese Zuschüsse eine gesetzeswidrige Finanzierung der sozialen Krankenversicherung darstellen und ihnen ungerechtfertigte Vorteile im Wettbewerb unter den sozialen Krankenversicherern verschaffen würden. Das BAG forderte die A. _____ AG und die B. _____ AG auf, die kassierten Zuschüsse an die C. _____ AG bis zum 11. März 2016 zurückzuzahlen, andernfalls entsprechende Weisungen erlassen werden würden (act. 5).

A.d In der Folge ersuchten die A. _____ AG und die B. _____ AG mit Schreiben vom 10. März 2016 um Erlass einer selbständig anfechtbaren Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG (act. 4).

A.e Am 17. Juni 2016 wies das BAG die A. _____ AG und die B. _____ AG an, die Zuschüsse in der Höhe von Fr. 5 Mio. bzw. Fr. 10 Mio. bis zum 15. Juli 2016 rückgängig zu machen und durch die Revisionsstelle bestätigen zu lassen. Weiter bat das BAG die beiden KVG-Gesellschaften, mitzuteilen, ob sie am Begehren um Erlass einer selbständig anfechtbaren Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG festhalten würden. Diesfalls werde anschliessend eine Verfügung zugestellt, welche den Rechtsweg eröffne. Zur Begründung führte das BAG zusammengefasst an, dass unter dem bis zum 31. Dezember 2015 geltenden Recht die Finanzierung der obligatori-

schen Krankenpflegeversicherung (nachfolgend: OKP) durch den Gesetzgeber begrenzt worden sei (vgl. Art. 60 ff. KVG [SR 832.10] in der bis zum 31. Dezember 2015 geltenden Fassung). Zudem wies es darauf hin, dass diese Finanzierungsgrundsätze auch durch die Einführung des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG, SR 832.12, in Kraft seit 1. Januar 2016) keine Änderung erfahren hätten (act. 3).

A.f Mit Schreiben vom 27. Juni 2016 ersuchten die A. _____ AG und die B. _____ AG erneut um Erlass einer selbständig anfechtbaren Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG (act. 2).

A.g Das BAG trat je mit separaten Verfügungen vom 2. September 2016 auf die Anträge der A. _____ AG bzw. der B. _____ AG auf Eröffnung einer Verfügung zur Frage der Rechtmässigkeit der im Jahr 2015 von der C. _____ AG kassierten Zuschüsse von Fr. 5 Mio. bzw. Fr. 10 Mio. in die Reserven nicht ein. Die jeweils entsprechende Verfügung wurde der A. _____ AG bzw. der B. _____ AG eröffnet. Das BAG begründete ihr Vorgehen im Wesentlichen damit, dass die Finanzierung der sozialen Krankenversicherung durch den Gesetzgeber abschliessend geregelt worden sei. Den beiden KVG-Gesellschaften stehe keine vom Gesetzgeber zugebilligte Privatautonomie zu, die es ihnen erlauben würde, sich weiterer Finanzierungsquellen zu bedienen. Die Weisungen vom 17. Juni 2016 seien daher nicht als Verfügungen im Sinn von Art. 5 VwVG zu qualifizieren und hätten auch nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen werden müssen. Des Weiteren wies das BAG darauf hin, dass die beiden KVG-Gesellschaften auch ohne Zuschüsse über eine ausreichende Solvenzquote verfügen würden. Daher sei absehbar, dass diese Quote nicht Anlass dazu geben werde, den kostendeckend berechneten Tarifen die Genehmigung zu verweigern. Dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und dem Interesse der Versicherten an genehmigten Prämientarifen würde jedenfalls entgegenstehen, die Genehmigung der Prämientarife aufgrund nicht rechtmässig kassierter Zuschüsse zu verweigern, wenn im Übrigen die Voraussetzungen für die Genehmigung der Tarife gegeben sein sollten. Das BAG sehe sich aus diesem Grund veranlasst, über die kassierten Zuschüsse in einer separaten Verfügung zu entscheiden, welche der A. _____ AG bzw. der B. _____ AG gegebenenfalls den Rechtsweg eröffne. Das BAG führte ferner an, der Nichtbestand öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten könne nur gegenüber Privaten festgestellt werden. Die A. _____ AG und die B. _____ AG hätten die Finanzierung der OKP gestützt auf ihren Durchführungsauftrag als Behörde umzusetzen. Mangels privatautomen

Gestaltungsspielraums könnten sie keinen Feststellungsanspruch geltend machen. Auf ein entsprechendes Gesuch handelnder Behörden (Beliebhene) sei demzufolge nicht einzutreten (act. 1).

A.h Alsdann genehmigte das BAG mit separaten Verfügungen vom 24. September 2016 – wie angekündigt – die von der A. _____ AG bzw. der B. _____ AG jeweils vorgelegten Prämientarife für das Jahr 2017. Zu den umstrittenen Zuschüssen äusserte es sich dabei nicht (BVGer act. 1 Beilagen 15 f.).

B.

Gegen die Nichteintretensverfügungen des BAG (nachfolgend: Vorinstanz) vom 2. September 2016 erhoben die A. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1), die B. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 2) und die C. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 3) mit gemeinsamer Eingabe vom 3. Oktober 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und stellten folgende Rechtsbegehren (Akten im Beschwerdeverfahren [BVGer act.] 1):

1. Die beiden Verfügungen vom 2. September 2016 i.S. A. _____ AG und B. _____ AG seien aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass die von der C. _____ AG an die Krankenversicherung A. _____ AG in der Höhe Fr. 5 Mio. und an die Krankenversicherung B. _____ AG in der Höhe von Fr. 10 Mio. ausgerichteten Zuschüsse zulässig sind.
3. Eventualiter zu 2.: Die Streitsache sei nach Massgabe der Erwägungen zwecks Erlass einer Verfügung in der Sache an das BAG zurückzuweisen.
4. Verfahrensantrag: Die Beschwerdeverfahren der Beschwerdeführerinnen seien zu vereinigen und in einem Urteil zu erledigen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Die Beschwerdeführerinnen stellten sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass die zulässigen Finanzierungsquellen der sozialen Krankenversicherung nicht abschliessend geregelt seien, womit den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 diesbezüglich eine gewisse Autonomie zukomme. Weiter seien die strittigen Zuschüsse nicht für die Finanzierung laufender Ausgaben bestimmt und würden damit gerade keine Finanzierung der Leistungen der sozialen Krankenversicherung darstellen. So habe die Vorinstanz selbst bekannt gegeben, dass die berechneten Prämientarife kostendeckend seien und diese zwischenzeitlich vorbehaltlos genehmigt. Sodann

führten sie an, es liege in der Autonomie der Krankenversicherungen, die gesetzlich vorgegebenen Mindestreserven zu überschreiten. Schliesslich machten sie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, weil sie sich nicht vorgängig zu den (beabsichtigten) Nichteintretensverfügungen hätten äussern können (vgl. BVGer act. 1).

C.

Mit Zwischenverfügung vom 17. Oktober 2016 wurden die Beschwerdeführerinnen aufgefordert, bis zum 16. November 2016 einen Kostenvorschuss von Fr. 20'000.– zugunsten der Gerichtskasse zu leisten (BVGer act. 2). Der einverlangte Kostenvorschuss ging am 26. Oktober 2016 in der Gerichtskasse ein (BVGer act. 5).

D.

D.a Die Vorinstanz wurde mit Instruktionsverfügung vom 31. Oktober 2016 ersucht, bis zum 30. November 2016 eine Vernehmlassung einzureichen und zum Verfahrensantrag auf Verfahrensvereinigung sowie zur Frage der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 3 eine Stellungnahme abzugeben. Zudem wurden die Beschwerdeführerinnen ersucht, innert derselben Frist die Namen der unterzeichneten Vollmachtgeber/innen anzugeben (BVGer act. 6).

D.b Die Beschwerdeführerinnen teilten mit Schreiben vom 1. November 2016 die Namen der unterzeichneten Vollmachtgeber/innen mit (BVGer act. 7).

D.c Mit Vernehmlassung vom 30. November 2016 stellte die Vorinstanz folgende Rechtsbegehren (BVGer act. 8):

Hauptantrag

1. Auf die Beschwerde gegen die Verfügungen vom 2. September 2016 sei nicht einzutreten.

Eventualantrag

2. Die Beschwerde gegen die Verfügungen vom 2. September 2016 sei vollumfänglich abzuweisen.

Verfahrensanträge

3. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 3 sei zurückzuweisen.

4. Dem Antrag der Beschwerdeführerinnen 1 und 2, ihre beiden Beschwerdeverfahren seien zu vereinigen, sei stattzugeben.

Kostenentscheid

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerinnen.

Die Vorinstanz führte zunächst aus, die Beschwerdeführerin 3 sei weder von den Weisungen vom 17. Juni 2016 noch von den Verfügungen vom 2. September 2016 besonders berührt oder betroffen, weshalb sie nicht zur Beschwerde legitimiert sei. Im Weiteren hielt die Vorinstanz zusammenfassend fest, der Gesetzgeber habe die Finanzierungsautonomie unter dem früheren Kranken- und Unfallversicherungsgesetz (KUVG) im neuen KVG nicht mehr beibehalten wollen. Die Finanzierung der sozialen Krankenversicherung sei im KVG umfassend und abschliessend normiert. An diesem Grundsatz habe sich auch im KVAG nichts geändert. Soweit die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend machen, führte die Vorinstanz an, ein solches stehe ihnen mangels Autonomiebefugnissen ohnehin nicht zu. Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 seien zu Recht mit den Weisungen vom 17. Juni 2016 aufgefordert worden, die kassierten Zuschüsse zurückzuzahlen.

E.

E.a Mit Instruktionsverfügung vom 9. Dezember 2016 wurde den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit gegeben, bis zum 24. Januar 2017 eine Replik einzureichen. Weiter wurde zur Kenntnis genommen und gegeben, dass die Vorinstanz einer Vereinigung der Verfahren betreffend den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 zugestimmt habe. Ferner wurde zur Kenntnis genommen und gegeben, dass die Vorinstanz sinngemäss die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 3 bestreite, weshalb dieser bis zum 24. Januar 2017 Gelegenheit gegeben wurde, eine Stellungnahme dazu im Rahmen der Replik einzureichen (BVGer act. 9).

E.b Innert erstreckter Frist reichten die Beschwerdeführerinnen am 21. Februar 2017 eine Replik ein und wiederholten ihre Rechtsbegehren gemäss Beschwerde vom 3. Oktober 2016 (BVGer act. 12).

F.

Innert der mit Instruktionsverfügung vom 22. Februar 2017 bis zum 24. März 2017 angesetzten Frist reichte die Vorinstanz ihre Duplik vom 23. März 2017 ein und hielt an ihren Rechtsbegehren gemäss Vernehmlassung vom 30. November 2016 fest (BVGer act. 13 f.).

G.

Mit Instruktionsverfügung vom 30. März 2017 wurde der Schriftenwechsel vorbehältlich weiterer Instruktionsmassnahmen per 10. April 2017 abgeschlossen (BVGer act. 15).

H.

Die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen reichten mit Eingabe vom 10. April 2017 ihre Kostennote im Betrag von total Fr. 15'940.80 ein (BVGer act. 16).

I.

I.a Mit Instruktionsverfügung vom 31. Oktober 2018 wurde den Verfahrensbeteiligten unter Hinweis auf den bei Nichteintretensentscheiden auf die Eintretensfrage beschränkten Streitgegenstand, auf die nur ausnahmsweise Möglichkeit zur materiellen Prüfung sowie auf das Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6826/2015, C-6827/2015, C-6835/2015 vom 6. November 2017 Gelegenheit gegeben, bis zum 30. November eine abschliessende Stellungnahme abzugeben und gegebenenfalls weitere Anträge zu stellen (BVGer act. 17).

I.b Die Vorinstanz hielt mit abschliessender Stellungnahme vom 29. November 2018 an ihren Rechtsbegehren unverändert fest (BVGer act. 20).

I.c Mit Instruktionsverfügung vom 6. Dezember 2018 wurde unter Hinweis auf die Instruktionsverfügung vom 31. Oktober 2018 zur Kenntnis genommen und gegeben, dass das Bundesgericht mit Urteil 9C_903/2017 vom 21. November 2018 (= BGE 144 V 388) die Beschwerde gegen das Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. November 2017 (C-6826/2015, C-6827/2015, C-6835/2015) abgewiesen hat. Ferner wurde festgehalten, dass den Verfahrensbeteiligten zu gegebener Zeit das vorerwähnte Bundesgerichtsurteil zugestellt und ihnen eine neue Frist für die abschliessende Stellungnahme angesetzt werden würde (BVGer act. 21).

I.d Mit Instruktionsverfügung vom 13. Dezember 2018 wurde den Beschwerdeführerinnen und der Vorinstanz das Urteil des Bundesgerichts 9C_903/2017 zugestellt und Gelegenheit gegeben, bis zum 28. Januar 2019 abschliessende Stellungnahmen abzugeben (BVGer act. 22).

I.e Die Vorinstanz reichte am 28. Januar 2019 eine Ergänzung zu ihrer abschliessenden Stellungnahme vom 29. November 2018 ein und hielt unverändert an ihren Rechtsbegehren fest (BVGer act. 26).

I.f Die Beschwerdeführerinnen hielten mit ihrer innert erstreckter Frist eingereichten abschliessenden Stellungnahme vom 25. Februar 2019 an ihrer Beschwerde fest (vgl. BVGer act. 23–25, 27).

I.g Mit Instruktionsverfügung vom 4. März 2019 wurden die abschliessenden Stellungnahmen den Verfahrensbeteiligten gegenseitig zugestellt. Der Schriftenwechsel wurde vorbehältlich weiterer Instruktionsmassnahmen per 15. März 2019 abgeschlossen (BVGer act. 28).

I.h Mit Instruktionsverfügung vom 15. März 2019 wurde den Beschwerdeführerinnen ein Doppel der unaufgeforderten Eingabe der Vorinstanz vom 13. März 2019 zugestellt. Die Parteien wurden informiert, dass der Schriftenwechsel abgeschlossen bleibt (BVGer act. 29 und 30).

I.i Mit Instruktionsverfügung vom 5. April 2019 wurde den Parteien zur Kenntnis gegeben, dass das Zirkulationsverfahren nach Art. 41 Abs. 1 VGG am 4. April 2019 vorläufig beendet worden sei. Des Weiteren wurde den Parteien mitgeteilt, dass ohne Gegenbericht der Verfahrensbeteiligten bis zum 15. April 2019 davon ausgegangen werde, dass das unbedingte Replikrecht nicht nochmals ausgeübt werde und das Urteil eröffnet werden könne (BVGer act. 31). Innert Frist ging keine weitere Eingabe beim Bundesverwaltungsgericht ein.

J.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Beweismittel ist – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Anfechtungsobjekte der vorliegenden Streitigkeit bilden die beiden separaten Verfügungen vom 2. September 2016, mit welchen die Vorinstanz je auf den Antrag der Beschwerdeführerin 1 bzw. 2 auf Eröffnung einer Verfügung zur Frage der Rechtmässigkeit der im Jahr 2015 von der C._____ AG jeweils kassierten Zuschüsse von Fr. 5 Mio. bzw. Fr. 10 Mio. in die Reserven nicht eingetreten ist.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, die von den als Vorinstanzen in Art. 33 VGG genannten Behörden erlassen wurden. Da das Bundesamt für Gesundheit zu den Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts gehört (Art. 33 Bst. d VGG), die angefochtenen Verfügungen als Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG zu qualifizieren sind und keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2 Zur Beschwerde ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a); durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b); und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Voraussetzungen zur Beschwerdelegitimation müssen kumulativ erfüllt sein.

1.2.1 Die Beschwerdeführerin 1 ist als Adressatin der sie betreffende Verfügung vom 2. September 2016 besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, womit sie zur Erhebung der Beschwerde gegen diese Verfügung legitimiert ist. Dasselbe gilt für die Beschwerdeführerin 2 und die sie betreffende Verfügung, welche ebenfalls vom 2. September 2016 datiert.

1.2.2 Demgegenüber ist die Beschwerdeführerin 3 nicht Adressatin der Verfügungen vom 2. September 2016. Ferner hat sie weder am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen noch hat sie – anders als die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 – eine selbständig anfechtbare Verfügung verlangt. Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 3 wird von der Vorinstanz denn auch bestritten und ist im Folgenden näher zu prüfen.

1.2.2.1 Die Beschwerdeführerin 3 brachte vor, den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 sei vor Erlass der Verfügungen das rechtliche Gehör nicht mehr gewährt worden, weshalb es auch für die Beschwerdeführerin 3 nicht möglich gewesen sei, sich am Verfahren zu beteiligen. Sodann sei sie Eigentümerin der Beschwerdeführerinnen 1 und 2. Die Vorgänge rund um die Kapitalisierung der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 hätten massgeblichen Einfluss auf den wirtschaftlichen Wert dieser Gesellschaften, weshalb auch die Beschwerdeführerin 3 in ihrer Wirtschaftsfreiheit unmittelbar von der Anordnung betroffen sei und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung habe. Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 hätten einen ideellen und einen wirtschaftlichen Wert, wobei es offensichtlich sei, dass die

Verfügungen vom 2. September 2016 diese Werte betreffen würden, wodurch auch die Beschwerdeführerin 3 betroffen sei (BVGer act. 1 S. 5, 2 S. 5 f.).

1.2.2.2 Die Regelung von Art. 48 Abs. 1 VwVG entspricht derjenigen von Art. 89 Abs. 1 BGG und ist in Anlehnung an diese auszulegen; sie soll die Popularbeschwerde ausschliessen und den Charakter des allgemeinen Beschwerderechts als Instrument des Individualrechtsschutzes unterstreichen. Diese Anforderungen sind besonders bedeutend bei der Beschwerde eines Dritten, der nicht Verfügungsadressat ist. Der Beschwerdeführer muss durch den angefochtenen bzw. den zu erlassenden Entscheid stärker als ein beliebiger Dritter betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Neben der spezifischen Beziehungsnähe zur Streitsache muss der Beschwerdeführer einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen, d.h. seine Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse besteht im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse begründet – ohne die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache selber – keine Parteistellung (BGE 142 II 451 E. 3.4.1).

1.2.2.3 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Allein- oder Mehrheitsaktionär nicht bereits wegen seiner Stellung und des damit verbundenen wirtschaftlichen Interesses berechtigt, einen Entscheid anzufechten, der die von ihm beherrschte Gesellschaft betrifft. Der Beteiligungsinhaber ist als bloss mittelbar Betroffener generell nicht legitimiert zur Beschwerde «pro Adressat», soweit es um Verfügungen geht, die ausschliesslich an die Kapitalgesellschaft gerichtet sind (Urteil des BGer 2C_1158/2012 vom 27. August 2013 E. 2.3.3). Demnach kann die Beschwerdeführerin 3 aus der geltend gemachten Eigentümerstellung und den damit verbundenen wirtschaftlichen Interessen an den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 grundsätzlich kein ausreichendes eigenes Rechtsschutzbedürfnis ableiten. Inwiefern die Beschwerdeführerin 3 – abgesehen vom lediglich allgemein angeführten wirtschaftlichen Interesse – durch die in Frage stehenden Verfügungen einen unmittelbaren Nachteil erleiden sollte, hat sie im Einzelnen nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich. Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 3 ist somit zu verneinen.

1.3 Die Beschwerde vom 3. Oktober 2016 wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 und Art. 52 VwVG). Der einverlangte Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet.

1.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 hinsichtlich der jeweils sie betreffenden Verfügung vom 2. September 2016 die Eintretensvoraussetzungen erfüllen, womit auf ihre Beschwerden einzutreten ist. Hingegen fehlt es der Beschwerdeführerin 3 an der Beschwerdelegitimation, weshalb auf ihre Beschwerde nicht einzutreten ist.

2.

Aus prozessökonomischen Gründen ist die Vereinigung der rechtlich und sachlich zusammenhängenden Beschwerdeverfahren der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 angezeigt, sodass dem übereinstimmenden Verfahrensantrag der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 sowie der Vorinstanz entsprochen werden kann.

3.

3.1 Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

3.2 Es ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Im Rahmen seiner Kognition kann es die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. Urteil des BGer 2C_393/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.2; BGE 132 II 47 E. 1.3 m.H.).

3.3 In zeitlicher Hinsicht beurteilt sich die Sache – vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen – nach denjenigen materiellen Rechtsätzen, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (vgl. BGE 130 V 329 E. 2.3). Weiter stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung bzw. des streitigen Einspracheentscheids eingetretenen Sachverhalt ab (Urteil des BGer 9C_582/2016 vom 16. Januar 2017 E. 5.1; BGE 132 V 215 E. 3.1.1). Die umstrittenen Zuschüsse erfolgten im Jahr 2015 und damit noch unter der Herrschaft des KVG (SR 832.10) und der KVV (SR 832.102) in der jeweils

bis zum 31. Dezember 2015 geltenden Fassung (die entsprechenden Bestimmungen werden nachfolgend mit «alt» gekennzeichnet, z.B. altArt. 1 KVG). Die vorliegend angefochtenen Nichteintretensverfügungen vom 2. September 2016 wie auch die vorangehenden Weisungen vom 17. Juni 2016 betreffend Rückgängigmachung der Zuschüsse und die späteren Verfügungen vom 24. September 2016 betreffend Genehmigung der Prämientarife 2017 wurden dagegen allesamt im Jahr 2016 erlassen, mithin unter Geltung des am 1. Januar 2016 in Kraft getretenen Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG, SR 832.12). Letztlich kann die Frage nach dem anwendbaren Recht hier offen gelassen werden, zumal sowohl das alte als auch das neue Recht zum selben Ergebnis führen (vgl. E. 5.3 nachstehend).

4.

Streitgegenstand in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.8; BGE 125 V 413 E. 1b). Die Vorinstanz hat in ihrer Funktion als Aufsichtsbehörde die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 zunächst mit Weisungen vom 17. Juni 2016 angewiesen, die Zuschüsse rückgängig zu machen. Anschliessend ist die Vorinstanz auf den jeweiligen Antrag der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 um Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend die Frage der Rechtmässigkeit der erfolgten Zuschüsse nicht eingetreten, weil sie als *Beliehene* die Finanzierung der OKP gemäss ihrem gesetzlichen Durchführungsauftrag umzusetzen hätten und ihnen mangels privatautonomem Gestaltungsspielraums in diesem Bereich kein Feststellungsanspruch zukomme. Wird ein Nichteintretensentscheid angefochten, beschränkt sich der Streitgegenstand auf die Eintretensfrage und das Bundesverwaltungsgericht prüft grundsätzlich nur, ob dieser Entscheid zu Recht erfolgte (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.8 und 2.164; BGE 132 V 74 E. 1.1; Urteil des BGer 4A_330/2008 vom 27. Januar 2010 E. 2.1 [in BGE 136 III 102 nicht publ. E.]; Urteil des BVGer A-1543/2012 vom 11. Januar 2013 E. 3; WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, 2012, Rz. 2448). Im Folgenden ist somit zunächst zu prüfen, ob die Vorinstanz auf den jeweiligen Antrag der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 zu Recht nicht eingetreten ist.

4.1 Im Verwaltungsrecht stellen weder der Verfügungsbegriff noch der Parteibegriff auf das Vorliegen eines Rechtsanspruchs ab: Zur Parteistellung

reicht ein bloss tatsächliches schutzwürdiges Interesse aus. Wer Parteistellung im Sinne von Art. 6 und Art. 48 VwVG beanspruchen kann, kann bei der zuständigen Behörde ein Begehren um Erlass einer Verfügung stellen. Die ersuchte Behörde hat zu prüfen, ob die gesuchstellende Person ein hinreichend schutzwürdiges Interesse hat; fehlt es daran, hat sie auf das Gesuch mangels Parteieigenschaft nicht einzutreten. Ist die Parteieigenschaft zu bejahen, hat die Behörde zu prüfen, ob die materiellrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Verfügung gegeben sind; ist dies zu verneinen, ist das Gesuch abzuweisen. In beiden Fällen muss der Entscheid in der Form einer anfechtbaren Verfügung ergehen, jedenfalls wenn die gesuchstellende Person ausdrücklich eine Verfügung verlangt (BGE 130 II 521 E. 2.5 m.H.).

4.2 Um die Frage nach der Parteistellung der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 beantworten zu können, ist vorweg ihre Rechtsstellung gegenüber der Vorinstanz als Aufsichtsbehörde bzw. gegenüber dem Bund zu klären.

4.2.1 Nach Art. 117 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über die Kranken- und die Unfallversicherung. Demnach hat der Bund einen umfassenden, konkurrierenden Gesetzgebungsauftrag im Sinne einer nachträglich derogatorischen Bundeskompetenz inne. Diese Regelungszuständigkeit erlaubt dem Bund eine Monopolisierung der Kranken- und Unfallversicherung. Dieses mittelbar rechtliche Monopol stellt als solches eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV dar. Der Bund ist im Rahmen seiner umfassenden Kompetenz insbesondere befugt, den Zugang zur Tätigkeit für die OKP zu regeln und diese Beschränkungen zu unterwerfen, die nicht nur die Zulassung, sondern auch die Berufsausübung betreffen können (vgl. GEBHARD EUGSTER, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, Bd. XIV, Rz. 1 und 751).

4.2.2 Krankenkassen und private Versicherungsunternehmen mit entsprechender Bewilligung sind die gesetzlich vorgesehenen Durchführungsorgane der sozialen Krankenversicherung nach dem KVG (vgl. Art. 2 f. KVAG sowie altArt. 11 KVG). Das Bundesamt für Gesundheit überwacht als Aufsichtsbehörde die Durchführung der sozialen Krankenversicherung (vgl. Art. 34 Abs. 1 i.V.m. Art. 56 KVAG). Bereits altArt. 21 Abs. 1 KVG begründete – im Gegensatz zur Aufsicht unter dem früheren KUVG – eine direkte Verbandsaufsicht. Die aufsichtsrechtliche Stellung der Krankenversicherer ist gleich wie in anderen dezentralisiert vollzogenen Zweigen der Sozial-

versicherung (vgl. GEBHARD EUGSTER, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, Bd. XIV, Rz. 275; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 6. Juni 1997 E. 2a, in: RKUV 4/1997 KV 7 S. 216 ff.). Die Aufsichtsbehörde kann den Krankenversicherern Weisungen zur einheitlichen Anwendung des Bundesrechts erteilen und bei ihnen Inspektionen durchführen (vgl. Art. 34 Abs. 3 KVAG sowie altArt. 21 Abs. 3 KVG).

4.2.3 Die Durchführung der OKP bildet demnach eine öffentliche Aufgabe des Bundes. Sie wird von Krankenversicherern wahrgenommen, die als Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung stehen. Soweit sie in Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe des Bundes handeln, treten sie jedoch hoheitlich auf und sind als Behörden zu betrachten. Soweit die Krankenversicherer die ihnen vom KVG übertragenen Aufgaben erfüllen, ist ihr Handeln – im Rahmen ihrer Funktion als Sozialversicherungsträger – ein verwaltungsrechtliches und damit staatliches. Im Bereich der OKP stehen daher die Krankenkassen – auch wenn sie privatrechtlich organisiert sind – als Hoheitsträger den Bundesbehörden nicht wie Private gegenüber, die sich auf dem Boden des Privatrechts bewegen (vgl. Entscheid des Bundesrates vom 22. Oktober 1997 E. 5, in: RKUV 6/1997 KV 18 S. 399 ff.; BGE 144 V 388 E. 4.1).

4.3 Vorliegend umstritten ist die Frage der Zulässigkeit der von den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 von der C._____ AG entgegengenommenen Zuschüsse. Diese Frage beschlägt primär nur die Beziehungen zwischen dem BAG als gesetzlicher Aufsichtsbehörde und den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 als Durchführungsorgane der OKP. Anordnungen im Rahmen dieses aufsichtsrechtlichen Verhältnisses betreffen die Krankenversicherer grundsätzlich nicht wie private Personen in ihrer privaten wirtschaftlichen Tätigkeit, sondern wirken in erster Linie im staatlichen Innenraum. Entsprechend können solche Anordnungen grundsätzlich auch nicht als anfechtbare Verfügungen qualifiziert werden. In diesem Sinne kann ein allfälliges Rechtsschutzinteresse, für das eine faktische Betroffenheit genügt, die fehlende Verfügung nicht ersetzen, welche erfordert, dass die behördliche Anordnung auf die Regelung eines Rechtsverhältnisses zwischen Bürger und Gemeinwesen abzielt (vgl. Entscheid des Bundesrates vom 22. Oktober 1997 E. 5.1 f., a.a.O.; MARKUS MÜLLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Rz. 47 zu Art. 5). Daraus folgt, dass den Durchführungsorganen der OKP im aufsichtsrechtlichen Bereich grundsätzlich keine Parteistellung zukommt und

sie daher auch nicht berechtigt sind, den Erlass einer Verfügung zu verlangen.

4.4 Anders verhält es sich jedoch, wenn aufsichtsrechtliche Anordnungen Aussenwirkung zeigen oder die Autonomie der Krankenversicherer tangieren. Im Bereich der Finanzierung der OKP verfügen die Krankenversicherer über eine beschränkte Autonomie. Aufsichtsrechtliche Anordnungen zur Genehmigung der Prämientarife der OKP können diese Autonomie tangieren. Nach der Rechtsprechung wird deshalb die Genehmigung der Prämientarife als Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG qualifiziert (vgl. GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, Bd. XIV, Rz. 277; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 892; Entscheid des Bundesrates vom 22. Oktober 1997 E. 7.2, a.a.O.; Urteile des BVGer C-7604/2006 und C-627/2007 vom 10. Juli 2007 E. 1.4.2; C-5897/2011 vom 11. November 2013 E. 1.6; BVGE 2009/65 E. 1.2). Insofern kommt den Krankenversicherern als Durchführungsorgane der OKP in diesem Bereich ausnahmsweise Parteistellung zu.

4.5 Im Fall der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 wurden die Prämientarife für das Jahr 2017 mit separaten Verfügungen vom 24. September 2016 antragsgemäss genehmigt. Diese Verfügungen blieben unangefochten und sind in Rechtskraft erwachsen. Offen blieb hingegen die Frage nach der Zulässigkeit der von den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 entgegengenommenen Zuschüsse. Nachdem die Vorinstanz zunächst in ihren Weisungen vom 17. Juni 2016 ausdrücklich um Mitteilung ersucht hatte, ob die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 weiterhin an ihrem Antrag auf Erlass einer selbständig anfechtbaren Verfügung zur Frage der Zulässigkeit der Zuschüsse festhalten würden, und sie in der Folge betreffend diese Frage am 2. September 2016 separate Nichteintretensverfügungen erlassen hatte, bestand für die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 kein Anlass, weder die Weisungen vom 17. Juni 2016 noch die Prämien genehmigungsverfügungen vom 24. September 2016 anzufechten.

4.6 Da aber Prämientarife auch insofern auf ihre Gesetzmässigkeit zu prüfen sind, als sie die Regeln des Bedarfsdeckungsverfahrens, der selbsttragenden Finanzierung der OKP und die Regeln getrennter Buchführung für die verschiedenen Betriebszweige der OKP respektieren (vgl. GEBHARD EUGSTER, a.a.O., Rz. 1311), bildet die vorliegend umstrittene Frage der Zulässigkeit der erfolgten Zuschüsse letztlich einen Teilaspekt der Prüfung

der Prämientarife. So wurde namentlich auch in BGE 144 V 388 E. 1.2.2 festgehalten, dass die Frage der Zulässigkeit der Zuschüsse einer Holdinggesellschaft an ihre KVG-Gesellschaften jedenfalls im Zusammenhang mit den vom BAG bewilligten Einmalzuschlägen zu prüfen war. Folglich muss den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 diesbezüglich Parteistellung zukommen bzw. muss ihnen die Möglichkeit eingeräumt werden, die von der Vorinstanz angeordnete Rückzahlung anzufechten.

4.7 Zusammenfassend ergibt sich, dass unter den gegebenen Umständen die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren materiellen Verfügung hatten und die Vorinstanz auf ihre jeweiligen Anträge auf Erlass von selbständig anfechtbaren Verfügungen hätte eintreten müssen. Die Nichteintretensverfügungen vom 2. September 2016 sind daher zu Unrecht erfolgt. Bei diesem Ergebnis wäre an sich die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese auf die jeweiligen Anträge der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 auf Erlass von selbständig anfechtbaren Verfügungen zur Frage der Zulässigkeit der entgegengenommenen Zuschüsse eintrete und materiell entscheide. Die angefochtenen Nichteintretensverfügungen vom 2. September 2016 enthalten jedoch bereits ausführliche materielle Erwägungen zur vorliegend umstrittenen Frage. Zudem haben sich die Verfahrensbeteiligten auch im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens in materieller Hinsicht geäußert. Mit Instruktionsverfügung vom 31. Oktober 2018 wurde den Beschwerdeführerinnen und der Vorinstanz überdies das rechtliche Gehör bezüglich der ausnahmsweisen Möglichkeit zur materiellen Prüfung gewährt. In der vorliegenden Konstellation würde eine Rückweisung an die Vorinstanz zu einem unnötigen, prozessökonomisch nicht sinnvollen Leerlauf führen, weshalb ausnahmsweise direkt eine materielle Prüfung vorzunehmen ist (Urteil des BVGer A-1543/2012 vom 11. Januar 2013 E. 4.8; vgl. in diesem Sinne auch BGE 139 II 233 E. 3.2).

5.

Im Folgenden ist die Frage der Zulässigkeit der umstrittenen Zuschüsse in materieller Hinsicht zu prüfen.

5.1 Die OKP wird nach dem Bedarfsdeckungs- bzw. Ausgabeumlageverfahren finanziert (vgl. Art. 12 KVAG bzw. altArt. 60 Abs. 1 KVG). Die Versicherer sind verpflichtet, angemessene versicherungstechnische Rückstellungen und ausreichende Reserven zu bilden (vgl. Art. 13 f. KVAG sowie Art. 9 ff. der Verordnung betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung [KVAV; SR 832.121] bzw. altArt. 60 Abs. 1 und 2 KVG sowie

altArt. 78 ff. KVV). Als Finanzierungsquellen sind im KVG die Prämien der Versicherten, die Kostenbeteiligung der Versicherten und die Prämienverbilligung durch Beiträge der öffentlichen Hand vorgesehen (vgl. Art. 61, Art. 64 und Art. 65 ff. KVG). Zudem sahen Art. 106–106c KVG (eingefügt durch Ziff. I der Änderung vom 21. März 2014, in Kraft vom 1. Januar 2015 bis zum 31. Dezember 2017 [AS 2014 2463]) eine Prämienkorrektur vor, welche zum Ziel hatte, die Ungleichgewichte, die sich seit Inkrafttreten des KVG in den einzelnen Kantonen aufgrund von zu viel oder zu wenig bezahlten Prämien ergeben hatten, teilweise auszugleichen.

5.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Grundsatzurteil C-6826/2015, C-6827/2015, C-6835/2015 vom 6. November 2017 (nachfolgend Grundsatzurteil vom 6. November 2017) bereits über die Zulässigkeit von Zuschüssen einer Muttergesellschaft an drei die soziale Krankenversicherung durchführende Tochtergesellschaften zu befinden. In Abweisung der Beschwerde der Tochtergesellschaften ordnete es die Rückgängigmachung der Zuschüsse an. Das Bundesgericht wies mit BGE 144 V 388 die von den drei KVG-Gesellschaften dagegen erhobene Beschwerde ab und bestätigte damit das Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. November 2017.

5.2.1 Dabei wurde festgehalten, dass mit dem KVG das unter dem früher geltenden KUVG vorherrschende Autonomieprinzip durch das Legalitätsprinzip abgelöst worden sei. Das KVG regle die OKP umfassend und detailliert. Im Bereich der Prämienfestsetzung würden die Krankenversicherer nur insoweit über eine beschränkte Autonomie verfügen, als das KVG und die KVV dies vorsehen. 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 und hätten die ihnen vom KVG zugewiesenen Aufgaben mit eigenen technischen, personellen und finanziellen Mitteln zu lösen. Dies schliesse aber bei allfälligen gesetzlichen Regelungslücken keine Gesetzesergänzende Regelungskompetenz mit ein. Vielmehr dürften die Krankenversicherer nur in jenen Bereichen Regeln aufstellen, in denen das Gesetz ihnen eine diesbezügliche Kompetenz ausdrücklich einräume (vgl. Grundsatzurteil vom 6. November 2017 E. 3.5; BGE 144 V 388 E. 4.1).

5.2.2 Die Finanzierungsquellen der OKP seien vom Gesetzgeber abschliessend geregelt worden (Prämien und Kostenbeteiligungen der Versicherten sowie Beiträge der öffentlichen Hand). Zu Beginn der Tätigkeit

müssten die Versicherer über ein minimales Eigenkapital verfügen, welche der Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit diene. Danach habe der Gesetzgeber zum Ausgleich ungenügender Einnahmen die Erhöhung der Prämien vorgesehen. Eine (indirekte) Quersubventionierung der sozialen Krankenversicherung durch Mittel aus dem VVG-Bereich sei ausgeschlossen (vgl. Grundsatzurteil vom 6. November 2017 E. 4.5 f.; BGE 144 V 388 E. 5.4.1 f.).

5.2.3 Sodann würden das KVG (insbesondere altArt. 60 KVG) sowie die entsprechenden Verordnungsbestimmungen (altArt. 78–78c KVV [seit 1. Januar 2016 Art. 9–13 KVAG]; Verordnung des EDI vom 18. Oktober 2011 über die Reserven in der sozialen Krankenversicherung [ResV-EDI; SR 832.102.15]) auch im Zusammenhang mit den Reserven eine umfassende Regelung beinhalten. Zwar sei die Organisierung von OKP-Versicherern in einer obligationenrechtlichen Konzernstruktur nicht unzulässig. Dadurch dürften jedoch die zwingenden Regelungen des KVG nicht verletzt werden, welche als spezialgesetzliche Normen den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts vorgehen würden. Die OKP-Versicherer hätten sich betreffend die Finanzierung ihrer Leistungen zwingend an die spezialgesetzlichen Regelungen des KVG und seiner Ausführungsverordnungen zu halten. Diese würden eine Äufnung der Reserven der OKP-Versicherer durch Zuschüsse der Muttergesellschaft, welcher auch finanzielle Mittel aus der Privatversicherung zufließen würden, nicht vorsehen (vgl. Grundsatzurteil vom 6. November 2017 E. 4.7). Dabei würde altArt. 60 Abs. 1 und 2 KVG nicht bloss den Mittelfluss aus dem VVG-Bereich in den KVG-Bereich innerhalb derselben Versicherungseinheit umfassen, sondern darüber hinaus auch Mittelzuflüsse aus Beteiligungs- und Anlageerfolgen der Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft unter der Voraussetzung, dass die entsprechenden Zuschüsse aus finanziellen Mitteln der Privatversicherungen stammten. Ein Mittelzufluss aus dem VVG-Bereich von der Mutter- zu den Tochtergesellschaften sei deshalb als eine der Besserstellung der Tochtergesellschaften im Wettbewerb unter den OKP- und VVG-Versicherern dienende Quersubventionierung zu qualifizieren. Dies stelle eine Umgehung des Verbots des Mittelflusses innerhalb derselben Versicherung dar (vgl. Grundsatzurteil vom 6. November 2017 E. 4.8).

5.2.4 Entsprechend hielt das Bundesgericht zusammenfassend fest, die Finanzierung der OKP habe gesetzgeberisch abschliessend geregelt werden sollen und altArt. 60 KVG lasse nicht die Möglichkeit weiterer Finan-

zierungsquellen offen. Dies ergebe sich nicht nur aus einer wortlautgetreuen und historischen, sondern auch aus einer teleologischen Auslegungsoptik. Eine Zulassung der fraglichen Zuschüsse könnte denjenigen Versicherern, welche den Zusatzversicherungs- neben dem obligatorischen Krankenpflegeversicherungsbereich in einer Holdingstruktur betreiben würden, ungerechtfertigte Vorteile verschaffen und den Wettbewerb der Krankenversicherer nach KVG in unzulässiger Weise beeinträchtigen. Die Konkurrenz unter den KVG-Versicherern würde dadurch mittels verfälschter Prämienunterschiede verschärft und die Höhe der Prämienunterschiede würde nicht mehr allein das Resultat von effizienter Führung, einer guten Verwaltung und einer umfassenden Kostenkontrolle durch den sozialen Krankenversicherer bilden, sondern wäre ebenso auf den Rückhalt durch die (finanziell starken) VVG-Versicherer zurückzuführen. Schliesslich lasse altArt. 60 KVG auch unter systematischem Auslegungsblickwinkel keine andere Lösung zu. Die in altArt. 78–78c KVV enthaltene umfassende Regelung zu den Reserven samt dazugehöriger ResV-EDI zeuge von der gewollten Transparenz und Kontrolle der Mittelflüsse (BGE 144 V 388 E. 5.5).

5.2.5 Auch die auf den 1. Januar 2015 eingeführten Normen zur Prämienkorrektur (Art. 106–106c KVG) würden mit dem in altArt. 60 Abs. 1 KVG festgelegten Ausgabeumlageverfahren in untrennbaren Zusammenhang stehen und würden keine (neuen) Regelungen zur Finanzierung resp. zu den Finanzierungsquellen beinhalten. Der Gesetzgeber habe mit Art. 106–106c KVG keine Finanzierung der sozialen Krankenversicherung aus Gewinnen der Zusatzversicherungen oder aus Zuschüssen ermöglichen wollen. Vielmehr stelle der Beitrag für die Prämienkorrektur eine finanzielle gesetzliche Verpflichtung der OKP-Versicherer dar, die sie mit eigenen Mitteln zu begleichen hätten. Die Finanzierung mit Geld eines Dritten oder aus Reserven, welche sie mit Hilfe eines Dritten geäufnet hätten, sei nicht selbsttragend, sondern bilde das Ergebnis einer unzulässigen Quersubventionierung. Dass die fraglichen Zuschüsse von der Mutter- zu ihren Tochtergesellschaften geflossen seien, ändere nichts daran (vgl. Grundsatzzurteil vom 6. November 2017 E. 5.5; BGE 144 V 388 E. 7.2.2).

5.2.6 Schliesslich seien die Finanzierungsgrundsätze auch mit dem am 1. Januar 2016 in Kraft getretenen KVAG nicht geändert worden. Vielmehr seien mit dem KVAG neue Instrumente geschaffen worden, um unter anderem die besagten Quersubventionierungen besser erkennen und verhindern zu können. Die finanzielle Autonomie der Krankenversicherer und de-

ren wettbewerbsrechtlichen Verhaltensweisen seien durch die gesetzlichen Grundlagen des KVG beschränkt. Mit Blick auf die individuelle rechtliche Ausgestaltung von Unternehmen bedeute dies, dass auch durch gesellschaftsrechtliche Konstrukte wie etwa eine Holdinggesellschaft das geltende Finanzierungsverfahren und die beschränkte finanzielle Autonomie nicht unterlaufen werden dürfe, dies weder vor noch nach Inkrafttreten des KVAG (vgl. Grundsatzurteil vom 6. November 2017 E. 6.3; BGE 144 V 388 E. 6).

5.3 Aufgrund des Grundsatzurteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. November 2017, welches vom Bundesgericht mit BGE 144 V 388 bestätigt worden ist, erweisen sich somit auch die von den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 von ihrer Muttergesellschaft C. _____ AG entgegengenommenen Zuschüsse im Betrag von Fr. 5 Mio. bzw. Fr. 10 Mio. als unzulässig. Dies sowohl unter der Herrschaft des KVG und der KVV in der bis zum 31. Dezember 2015 geltenden Fassung als auch unter Berücksichtigung des seit 1. Januar 2016 geltenden Rechts (KVAG und KVAV).

5.4 Der Vollständigkeit halber ist noch auf die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen 1 und 2, soweit diese nicht schon durch die vorstehende Erwägung 5.2 abgehandelt worden sind, im Folgenden kurz einzugehen:

5.4.1 Wie bereits erwähnt, hat der Gesetzgeber die Finanzierung der OKP abschliessend geregelt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die OKP-Versicherer ihr Vermögen unter bestimmten Vorgaben gewinnbringend anlegen und die Erträge der OKP-Versicherung zuführen dürfen (vgl. altArt. 80 ff. KVV; Art. 15 ff. KVAV; Grundsatzurteil vom 6. November 2017 E. 6.3 a.E.). Die daraus resultierenden Vermögenserträge sind lediglich Folge der zulässigen Vermögensbewirtschaftung durch die OKP-Versicherer und stellen daher – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 – keine zusätzliche Finanzierungsquelle dar.

5.4.2 Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 argumentierten, die Zuschüsse würden keine Finanzierung der Leistungen der sozialen Krankenversicherung darstellen, da sie nicht für die Finanzierungen laufender Ausgaben bestimmt seien. Sie wiesen zudem darauf hin, dass die berechneten Prämientarife kostendeckend und inzwischen vorbehaltlos genehmigt worden seien (vgl. BVGer act. 1 S. 11 f.). Ferner sei ausgeschlossen, dass eine KVG-Versicherung, welche einen Zuschuss einer Muttergesellschaft verzeichnet habe, diesen Zuschuss dazu verwenden könne, sich einen Prämienvorteil zu verschaffen (vgl. BVGer act. 1 S. 14 f.). Nach Angaben der

Beschwerdeführerinnen 1 und 2 sollten die Zuschüsse der Stärkung der KVG-Reserven dienen. Der Gesetzgeber hat jedoch im Rahmen der Finanzierung der OKP auch eine abschliessende Regelung bezüglich der Reserven getroffen (vgl. vorstehende E. 5.2.3). Abgesehen von der bei Aufnahme der Versicherungstätigkeit vorgeschriebenen Mindestreserve (altArt. 12 Abs. 3 KVV; Art. 9 KVAV) haben die OKP-Versicherer die Reserven aus den Prämieeinnahmen zu bilden (vgl. BBI 2012 1941, 1963; BBI 1992 I 93, 192; altArt. 60 Abs. 1 KVG; Art. 14 Abs. 1 KVAG). Zuschüsse einer Muttergesellschaft an ihre die OKP durchführende Tochtergesellschaft erweisen sich schon aus diesem Grund als unzulässig. Sodann sind die Reserven für die langfristige Solvenzerhaltung bestimmt und dienen der Abdeckung der eingegangenen Risiken (vgl. BBI 2012 1941, 1947; BBI 1992 I 93, 192). Die Versicherer haben stets über genügend Reserven zu verfügen, was bei der Beurteilung der kostendeckenden Prämien miteinfliesst. Denn zu tiefe Prämien müssen mittels Reserven aufgefangen und mit Prämien erhöhungen im nächsten Jahr wieder aufgebaut werden (BBI 2012 1941, 1943). Demgegenüber führen Prämien, die zu hoch sind oder über den Kosten liegen, zur Anhäufung von Reserven, was angesichts des geltenden Bedarfsdeckungsverfahrens nicht Sinn und Zweck der sozialen Krankenversicherung entspricht (vgl. BBI 2012 1941, 1966). Damit sind die Reserven letztlich durchaus geeignet, die Festsetzung der Prämien zu beeinflussen. Hohe Reserven ermöglichen dem Versicherer namentlich über längere Zeit tiefe Prämien abzufedern, was gegenüber anderen Versicherern, die ihre Reserven ausschliesslich aus den Prämieeinnahmen bilden, ein erheblicher Prämien- bzw. Wettbewerbsvorteil darstellt. In diesem Sinne wurde in der Botschaft zum KVAG ausgeführt, dass Krankenkassen keinen Erwerbszweck verfolgen dürften und in Konkurrenz zueinander stünden. Sie hätten deshalb grundsätzlich keinen Anreiz, höhere Reserven zu halten, als effektiv nötig sei. Mittels konsequent kostendeckenden Prämien erübrige sich die Quersubventionierung mittels Geldern aus anderen Versicherungszweigen oder der Holding. Ferner sei eine übermässige Reservebildung störend, da erstens die soziale Krankversicherung im Bedarfsdeckungsverfahren finanziert sei und zweitens es sich bei der OKP um eine obligatorische Sozialversicherung handle (vgl. BBI 2012 1941, 1943 und 1966).

5.4.3 Schliesslich erachteten die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 eine Kapitalisierung von KVG-Gesellschaften durch Zuschüsse als zulässig. Dabei wiesen sie insbesondere darauf hin, dass altArt. 12 Abs. 3 KKV bzw. Art. 9 KVAV eine Mindestreserve bei Beginn der Versicherungstätigkeit vorsehe, jedoch keine Höchstreserve. Ferner habe das Bundesgericht im Urteil

K 123/03 vom 26. Februar 2004 (publiziert in BGE 130 V 196 E. 6.2) explizit die Möglichkeit einer Kapitalerhöhung von KVG-Gesellschaften genannt. Damit liege es in der Autonomie der Beschwerdeführerinnen 1 und 2, auch nach Aufnahme der Versicherungstätigkeit ihre Reserven durch Zuschüsse zu stärken (vgl. BVGer act. 1 S. 12 f.; 12 S. 9 f.). Diesbezüglich ist erneut darauf hinzuweisen, dass auch die Reserven in der sozialen Krankenversicherung umfassend geregelt sind. Eine Äufnung der Reserven der OKP-Versicherer durch Zuschüsse der Muttergesellschaft, der auch finanzielle Mittel aus der Privatversicherung zufließen, ist dabei nicht vorgesehen (vgl. Grundsatzurteil vom 6. November 2017 E. 4.7; BGE 144 V 388 E. 5.6.1 f.). Nichts anderes ergibt sich aus der Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, wonach die Versicherer die finanziellen Anforderungen jederzeit zu erfüllen haben und bei ungenügenden Einnahmen die Prämien zu erhöhen sind. Dabei gehört auch die Schaffung von Reserven zu den Pflichten der Versicherer (vgl. BBI 1992 I 93, 147; BGE 130 V 196 E. 5.1). Ebenso wurde in der Botschaft zum Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung vom 15. Februar 2012 festgehalten, dass Reserven aus den Prämieeinnahmen zu bilden sind (BBI 2012 1941, 1962). Sodann hat im Fall der Zahlungsunfähigkeit eines OKP-Versicherers die gestützt auf Art. 18 KVG von den Versicherern gegründete Stiftung «Gemeinsame Einrichtung KVG» die Kosten für die gesetzlichen Leistungen zu übernehmen. Bei einer allfälligen Zahlungsunfähigkeit eines Versicherers ist somit keine Querfinanzierung aus dem Zusatzversicherungsbereich vorgesehen, sondern vielmehr der Entzug der Durchführungsbewilligung der OKP (vgl. Grundsatzurteil vom 6. November 2017 E. 4.9; BGE 144 V 388 E. 5.6.2). Schliesslich kann aus BGE 130 V 196 E. 6.2 nicht ohne Weiteres auf die Zulässigkeit von Zuschüssen zur Stärkung der Reserven seitens der Muttergesellschaft geschlossen werden, zumal das Bundesgericht einerseits ausdrücklich festhielt, dass die obligatorische Versicherung nur durch die Mittel aus dieser Versicherung finanziert werden könnten, und andererseits im dort zu behandelnden Insolvenzfall eines OKP-Versicherers der (blosse) Entscheid der Generalversammlung betreffend Kapitalerhöhung ohnehin als keine geeignete Sanierungsmassnahme betrachtet wurde.

6.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 3 mangels Beschwerdelegitimation nicht einzutreten ist. Hinsichtlich der Beschwerden der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 ergibt sich zunächst, dass die Vorinstanz zu Unrecht nicht auf die Anträge auf

Erlass einer selbständig anfechtbaren Verfügung eingetreten ist. In der Sache erweisen sich jedoch die von den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 von der C._____ AG entgegengenommenen Zuschüsse im Betrag von Fr. 5 Mio. bzw. Fr. 10 Mio. als unzulässig. Somit sind die Beschwerden der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 im Ergebnis abzuweisen. Die genannten Zuschüsse sind daher innert 30 Tagen nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils rückgängig zu machen.

7.

7.1 Die Verfahrenskosten werden gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Diese sind unter Berücksichtigung der Vermögensinteressen und der finanziellen Lage der Beschwerdeführerinnen 1–3, des Umfangs und der Schwierigkeiten der Streitsache sowie der Art der Prozessführung auf Fr. 20'000.– festzusetzen (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG, Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]). Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 20'000.– ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

7.2 Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Als Bundesbehörde hat die obsiegende Vorinstanz keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Die unterliegenden Beschwerdeführerinnen 1–3 haben ebenfalls keinen Anspruch auf Parteientschädigung.

(Für das Urteilsdispositiv wird auf die nächste Seite verwiesen).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 3 wird nicht eingetreten.

2.

Die Beschwerden der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 werden abgewiesen. Die von den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 von der C._____ AG entgegengenommenen Zuschüsse im Betrag von Fr. 5 Mio. bzw. Fr. 10 Mio. sind innert 30 Tagen nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils rückgängig zu machen.

3.

Die Verfahrenskosten von Fr. 20'000.– werden den Beschwerdeführerinnen 1–3 auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 20'000.– wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

4.

Es werden keine Parteientschädigungen gesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement des Innern (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

David Weiss

Tania Sutter

(Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen).

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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: