

Un litige oppose Sanagate AG, CSS Assurance-maladie AG et Arcosana AG à l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) au sujet du **financement des primes d'assurance-maladie de base** et du déséquilibre des coûts entre les cantons pour la période allant du 1<sup>er</sup> janvier 1996 au 31 décembre 2013 (c. A.a). Selon les recourantes, la société-mère, en vertu de la politique de groupe, peut décider librement de faire circuler des flux financiers vers ses sociétés-filles d'assurance-maladie LAMal (c. 4.2).

Le TF rappelle que **c'est le principe de la légalité, et non le principe l'autonomie des assureurs, qui s'applique dans le régime de la LAMal** (c. 4.1). L'art. 60 aLAMal ne laisse pas d'autre possibilité de financement que celles prévues dans la loi. Partant, les assureurs doivent s'en tenir aux dispositions spéciales de la LAMal quant aux moyens de financement (c. 5.5). Ainsi, la constitution de réserves des assureurs par le biais de subventions de la société-mère, qui fait également circuler des ressources financières provenant de l'assurance privée, n'est pas prévue par la LAMal et est, de ce fait, interdite (c. 5.6.1).

**La contribution à la correction des primes selon l'art. 60 al. 3 aLAMal, étant un devoir des assureurs, doit être réglée par leurs propres ressources.** Le financement à l'aide de fonds provenant d'un tiers ou de réserves créées par des tiers n'est pas autonome, mais résulte de l'aboutissement d'une subvention croisée illicite (c. 7.2.2). En l'espèce, les transferts de flux entre société-mère et sociétés-filles, engendre une violation de l'art. 60 al. 2 aLAMal, raison pour laquelle les montants correspondants ne peuvent servir au financement des contributions au fond selon l'art. 106 al. 1 aLAMal (c. 7.2.2). Le recours des assureurs est rejeté.

**Auteur : Charles Guerry, avocat à Fribourg**

Beschwerde gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. November 2017 (C-6826/2015, C-6827/2015, C-6835/2015).

## Sachverhalt:

### A.

**A.a.** Im Zeitraum vom 1. Januar 1996 bis 31. Dezember 2013 hatten sich zwischen den Prämien der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und den Kosten für die medizinischen Leistungen in einigen Kantonen Ungleichgewichte gebildet. In gewissen Kantonen waren im Verhältnis zu den Leistungen zu hohe oder zu tiefe Prämien erhoben worden. In den Kantonen mit zu hohen Prämien hatten sich entsprechend Überschüsse angehäuft, während in Kantonen mit zu tiefen Prämien Defizite entstanden waren. In der Folge leitete die Bundesversammlung am 21. März 2014 mit dem Erlass von Art. 106 bis 106c KVG, in Kraft vom 1. Januar 2015 bis 31. Dezember 2017 (nachfolgend: altArt.), Massnahmen zu einer Prämienkorrektur in die Wege (AS 2014 2463; ergänzt durch die bundesrätliche Verordnung vom 12. September 2014 über die Prämienkorrektur [SR 832.107.21; nachfolgend: Prämienkorrekturverordnung]; vgl. Botschaft des Bundesrates vom 15. Februar 2012 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [Korrektur der zwischen 1996 und 2011 bezahlten Prämien], BBl 2012 1923[nachfolgend: Botschaft Prämienkorrektur KVG]). Mit den Gesetzesnovellen sollten die jeweils zu viel oder zu wenig bezahlten Prämien zu rund der Hälfte ausgeglichen werden. Die Finanzierung wurde je zu einem Drittel durch den Bund, die Versicherten in den begünstigten Kantonen sowie die Krankenversicherer bestritten. AltArt. 106a KVG regelte die Beiträge zur

Prämienkorrektur durch die Versicherer und den Bund. Dabei bezahlten gemäss dessen Abs. 1 die Versicherer und der Bund einen Beitrag in einen Fonds zugunsten der Versicherten, in deren Wohnsitzkanton zu viel Prämien bezahlt wurden. Die Versicherer hatten dabei einen einmaligen Fondsbeitrag von Fr. 33.- pro versicherte Person am Ende des zweiten Jahres nach Inkrafttreten der Änderung des KVG vom 21. März 2014 zu leisten (Abs. 2). Die Versicherer finanzierten ihre Beiträge über einen Einmalzuschlag auf den Prämien. Sie konnten ihre Beiträge auch aus den Reserven finanzieren, falls diese übermässig waren (Abs. 3). Die Versicherer hatten die Einmalzuschläge auf den Prämien dem Bundesamt für Gesundheit (BAG) zur Genehmigung zu unterbreiten und die Versicherten transparent darüber zu informieren (Abs. 4).

**A.b.** Im Rahmen der Analyse der provisorischen Berichterstattung zum Geschäftsjahr 2014 stellte das BAG fest, dass die in Luzern domizilierte CSS Holding AG Zuschüsse in der Höhe von Fr. 8,5 Mio. in die Sanagate AG, von Fr. 58,6 Mio. in die CSS Kranken-Versicherung AG und von Fr. 12,8 Mio. in die Arcosana AG, allesamt mit Sitz in Luzern (nachfolgend: KVG-Gesellschaften), geleistet hatte. Damit wurde bezweckt, die Umsetzung der sog. Prämienkorrektur nach altArt. 106a KVG zu finanzieren und die Solvenz einzelner KVG-Gesellschaften zu steigern. Am 20. Februar 2015 teilte das BAG den KVG-Gesellschaften mit, dass die getätigten Zuschüsse einen Verstoss gegen Art. 60 Abs. 2 KVG darstellten (aufgehoben - wie auch weitere, nachfolgend mit "alt" gekennzeichnete Bestimmungen - durch Anhang Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 26. September 2014 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung [Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG; SR 832.12], mit Wirkung seit 1. Januar 2016 [AS 2015 5137; BBl 2012 1941]). Demgemäss müsse die Finanzierung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung selbsttragend sein. Gleichzeitig forderte das Amt die KVG-Gesellschaften auf, Massnahmen zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands zu nennen. Mit Stellungnahme vom 9. März 2015 bestätigten die betroffenen Unternehmen, dass die CSS Holding AG als Muttergesellschaft entschieden habe, einen Teil ihrer freien Gewinnreserven zur einmaligen Alimentierung der Reserven einzelner KVG-Gesellschaften zu verwenden und deren Eigenkapital mit Zuschüssen aufzustocken. Für die Umsetzung der sog. Prämienkorrektur gemäss altArt. 106a KVG sei einmalig eine entsprechende zweckgebundene Rückstellung gebildet worden. Am 23. März 2015 liess das BAG den KVG-Gesellschaften Weisungen "betreffend Zuschüsse in die obligatorische Krankenpflegeversicherung" zustellen. Darin forderte es diese in Anwendung von altArt. 21 Abs. 3, 5 und 5bis KVG auf, altArt. 13 Abs. 2, altArt. 60 Abs. 2 und altArt. 106a Abs. 3 KVG im Sinne der Erläuterungen einzuhalten und die erhaltenen Zuschüsse bis Ende April 2015 rückgängig zu machen. Im Weiteren wies das Bundesamt darauf hin, dass die vorsätzliche oder fahrlässige Zuwiderhandlung gegen die Weisungen mit Busse bis zu Fr. 5'000.- bestraft würde (altArt. 93a Abs. 1 lit. b KVG) und die Öffentlichkeit über die zu treffende Massnahme informiert werden könne.

**A.c.** Die KVG-Gesellschaften beantragten dem BAG Mitte September 2015, den Einmalzuschlag auf den Prämien freiwillig, unpräjudiziell und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht - im Sinne der Rückerstattung der Einmalzuschläge an die Versicherten für den Fall der gerichtlich bestätigten Rechtmässigkeit der Finanzierung der Zuschüsse durch die Konzernmutter - im Rahmen der Prämientarifierung 2016 zu erheben. Das BAG nahm die Anträge als Genehmigungsgesuche entgegen und bewilligte mit Verfügungen vom 22. September 2015 die entsprechenden Prämientarife wie auch die einmaligen Prämienzuschläge (in voller Höhe von Fr. 33.- pro versicherte Person).

## **B.**

**B.a.** Gegen die Weisungen des BAG vom 23. März 2015 liessen die KVG-Gesellschaften Beschwerden beim Bundesverwaltungsgericht einreichen. Dieses vereinigte die Verfahren und trat mit Entscheid vom 7. September 2015 auf die Rechtsvorkehren nicht ein. Die in der Folge letztinstanzlich erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht ab, soweit es darauf eintrat (Urteil 9C\_742/2015 vom 5. Juli 2016).

**B.b.** Die gegen die Verfügungen des BAG vom 22. September 2015 eingeleiteten Beschwerdeprozesse wurden vom Bundesverwaltungsgericht ebenfalls vereinigt und mit Entscheid vom 3. Dezember 2015 sistiert. Nach Ergehen des bundesgerichtlichen Urteils 9C\_742/2015 vom 5. Juli 2016 nahm das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren wieder auf. Mit Entscheid vom 6. November 2017 beschied es die Beschwerde abschlägig und wies die KVG-Gesellschaften an, die Zuschüsse der CSS Holding AG in der Höhe von Fr. 8,5 Mio. (Sanagate AG), von Fr. 58,6 Mio. (CSS Kranken-Versicherung AG) und von Fr. 12,8 Mio. (Arcosana AG) entsprechend der Weisung des BAG vom 23. März 2015 rückgängig zu machen.

**C.**

Die KVG-Gesellschaften lassen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des angefochtenen Entscheids sowie der Weisungen des BAG vom 23. März 2015 sei dieses anzuhalten, von einer Rückgängigmachung der in den Weisungen vom 23. März 2015 erwähnten Zuschüssen in der Höhe von Fr. 8,5 Mio. hinsichtlich der Sanagate AG, von Fr. 58,6 Mio. hinsichtlich der CSS Kranken-Versicherung AG und von Fr. 12,8 Mio. hinsichtlich der Arcosana AG abzusehen. Das Bundesamt sei sodann anzuweisen, ihre Prämientarife und die Einmalzuschläge für das Jahr 2016 in Berücksichtigung der genannten Zuschüsse zu genehmigen, eventualiter die Genehmigung ihrer Prämientarife und der Einmalzuschläge für das Jahr 2016 in Berücksichtigung der Zuschüsse neu zu verfügen (Antrag-Ziff. 1). Ferner sei, soweit erforderlich, festzustellen, dass sie im Zusammenhang mit den Feststellungen des BAG in dessen Weisungen vom 23. März 2015 altArt. 13 Abs. 2, altArt. 60 Abs. 2 und altArt. 106a Abs. 3 KVG eingehalten hätten (Antrag-Ziff. 2). Zudem sei dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Das BAG beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei diese abzuweisen; des Weiteren sei das Feststellungsbegehren gemäss Antrag-Ziff. 2 der Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

**Erwägungen:**

**1.**

Uneinig sind sich die Verfahrensbeteiligten zunächst in Bezug auf die Frage, was Streitgegenstand des vor- wie letztinstanzlichen Verfahrens bildet.

**1.1.** Die Vorinstanz führte aus, Anfechtungsgegenstand stellten die (End-) Verfügungen des BAG vom 22. September 2015 betreffend die Genehmigung der Prämientarife und des Einmalzuschlags für das Jahr 2016 dar. Die genehmigten Prämientarife seien durch die Beschwerdeführerinnen unbeanstandet geblieben und daher nicht streitgegenständlich. Demgegenüber hätten die Beschwerdeführerinnen die Genehmigung des Einmalzuschlags für den Fall bzw. unter dem Vorbehalt gerügt, dass die Weisung des Bundesamtes vom 23. März 2015 - und damit die Unrechtmässigkeit der Zuschüsse der CSS Holding AG an ihre KVG-Gesellschaften zwecks Erhöhung der Reserven und daraus resultierend Vermeidung des Einmalzuschlags - gerichtlich als korrekt beurteilt würde. Demnach sei, so das Bundesverwaltungsgericht im Weiteren, mit Blick auf die materiellen Anträge der Beschwerdeführerinnen und deren Begründung vorab die Frage der Zulässigkeit des Zuschusses der CSS Holding AG streitig und zu prüfen.

Die Beschwerdeführerinnen stellen sich ihrerseits auf den Standpunkt, sie hätten die Verfügungen des BAG vom 22. September 2015 im Kontext mit den fraglichen Zuschüssen vollumfänglich - sowohl mit Bezug auf die für das Jahr 2016 genehmigten Prämientarife wie auch Einmalzuschläge - angefochten. Es habe daher eine uneingeschränkte Prüfung zu erfolgen.

Der Beschwerdegegner vertritt demgegenüber die Auffassung, die Beschwerdeführerinnen hätten weder die mit Verfügungen vom 22. September 2015 für 2016 genehmigten Prämientarife noch die

Einmalzuschläge angefochten, sondern insbesondere auch letztere tatsächlich von ihren Versicherten eingefordert. Es sei den Beschwerdeführerinnen vielmehr stets darum gegangen, die fraglichen Zuschüsse gerichtlich überprüfen zu lassen, was jedoch, da kein diesbezüglicher Konnex zum Prämientarif- und Einmalzuschlagsgenehmigungsverfahren 2016 bestehe, mittels Feststellungsverfahrens hätte bewerkstelligt werden müssen. Da die Verfügungen vom 22. September 2015 somit in Rechtskraft erwachsen seien, sei auf die Beschwerde letztinstanzlich nicht einzutreten.

## **1.2.**

**1.2.1.** Der Streitgegenstand bestimmt sich nach dem angefochtenen Entscheid und den Parteibegehren (Urteil 9C\_818/2013 vom 24. Februar 2014 E. 1 mit Hinweis).

**1.2.2.** Nach Massgabe der vorinstanzlichen Erwägungen sowie der Ausführungen der Beschwerdeführerinnen sowohl vor dem Bundesverwaltungsgericht wie auch letztinstanzlich kann davon ausgegangen werden, dass die (End-) Verfügungen des Beschwerdegegners vom 22. September 2015 soweit angefochten worden sind, als das BAG damit Einmalzuschläge für 2016 ohne Berücksichtigung der von der CSS Holding AG an die KVG-Gesellschaften transferierten privatversicherungsrechtlichen Zuschüsse, womit eine Erhöhung der Reserven und als Folge die Vermeidung der Erhebung von Einmalzuschlägen bewirkt werden sollte (vgl. altArt. 106a Abs. 3 Satz 2 KVG), genehmigt hat. Zu prüfen ist im vorliegenden Verfahren daher - mit der Vorinstanz - die Frage der Zulässigkeit der entsprechenden Zuschüsse jedenfalls im Zusammenhang mit den vom Beschwerdegegner für das Jahr 2016 bewilligten Einmalzuschlägen. Ob gleichzeitig auch, wie von den Beschwerdeführerinnen geltend gemacht, die Genehmigung der Prämientarife 2016 beanstandet wurde und wird, braucht in Anbetracht des Ergebnisses des vorliegenden Verfahrens nicht abschliessend beantwortet zu werden. So oder anders ist entgegen der Betrachtungsweise des Bundesamtes auf die Beschwerde letztinstanzlich einzutreten und ein rechtsgestaltendes (Leistungs- oder Gestaltungs-) Urteil zu fällen. Auf das Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerinnen ist vor diesem Hintergrund nicht weiter einzugehen (vgl. BGE 135 I 119 E. 4 S. 122; Urteil 9C\_582/2016 vom 16. Januar 2017 E. 2.2 mit diversen Hinweisen).

## **2.**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), und kann deren Sachverhaltsfeststellung nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG). Unter Berücksichtigung der Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) prüft es nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind, und ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr aufgegriffen werden (BGE 134 I 65E. 1.3 S. 67 f. und 313 E. 2 S. 315, je mit Hinweisen).

## **3.**

Die Rechtmässigkeit der am 22. September 2015 erlassenen Verfügungen des Beschwerdegegners ist - unstreitig - gestützt auf die bis Ende 2015 gültig gewesenen Fassungen von KVG und KVV zu prüfen (vgl. BGE 130 V 329 E. 2.3 S. 333 mit Hinweis; 127 V 466 E. 1 S. 467; Urteil 9C\_582/2016 vom 16. Januar 2017 E. 5.1). Keine (unmittelbare) Geltung zu beanspruchen vermögen deshalb die Bestimmungen des am 1. Januar 2016 in Kraft getretenen KVAG sowie der darauf beruhenden Verordnung vom 18. November 2015 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsverordnung, KVAV; SR 832.121).

#### 4.

Zu beurteilen ist vor dem Hintergrund der Weisungen des BAG vom 23. März 2015 und der mit (End-) Verfügungen vom 22. September 2015 u.a. für das Jahr 2016 genehmigten Einmalzuschläge gemäss altArt. 106a KVG - sowie der in diesem Zusammenhang untersagten Zuschüsse der CSS Holding AG an die KVG-Gesellschaften - in einem ersten Schritt, ob und inwiefern die Beschwerdeführerinnen in ihrer Eigenschaft als Erbringerinnen von Leistungen nach KVG im Rahmen der Finanzierung autonom sind.

**4.1.** Im angefochtenen Entscheid wurde zutreffend erwogen, dass Art. 1 Abs. 2 des bis Ende 1995 in Kraft gestandenen Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes vom 13. Juni 1911 (KUVG) den Krankenversicherern das Recht verlieh, sich nach ihrem Gutdünken zu organisieren, soweit das Gesetz keine gegenteilige Regelung enthielt. Dieser Grundsatz war, wie das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht darlegte (BGE 124 V 356 E. 2d S. 359 f.), auf die Tatsache zurückzuführen, dass das KUVG im Wesentlichen ein Subventionsgesetz darstellte und sich daher auf eine Aufzählung von Minimalvoraussetzungen beschränkte, welche die Versicherer zu erfüllen hatten, um anerkannt zu werden und Bundessubventionen zu erhalten. Demgegenüber beinhaltet das KVG nicht nur entsprechende Minimalerfordernisse, sondern regelt die obligatorische Krankenpflegeversicherung auf eine vollständige und detaillierte Weise. Dies gilt insbesondere für reglementarische Bestimmungen betreffend Anschluss, Prämien und Leistungen, welche Bereiche ausschliesslich durch das KVG normiert sind. Angesichts dieser Elemente wie auch des Fehlens einer analogen Bestimmung zu Art. 1 Abs. 2 KUVG wurde der Schluss gezogen, dass das Autonomieprinzip der Krankenversicherer, wie es von Lehre und Rechtsprechung anerkannt war, unter dem Regime des KVG gänzlich dahingefallen ist. Im Gegenteil kommt in den Bereichen, die der Gesetzgeber im Einzelnen geregelt hat, das Legalitäts- statt des bisherigen Autonomieprinzips zum Tragen. Die Krankenversicherer können deshalb nur in jenen Bereichen eigene Regeln aufstellen, in denen das Gesetz ihnen eine diesbezügliche Kompetenz ausdrücklich einräumt. Dieser Grundsatz wurde in der Folge mehrfach bestätigt (BGE 130 V 546 E. 4.1 S. 550 f. und 142 V 87 E. 5.3 S. 93; Urteil 9C\_582/2016 vom 16. Januar 2017 E. 6 mit diversen Hinweisen).

Darüber hinaus bleiben die Krankenversicherer namentlich in der Organisation des Geschäftsbetriebs, in der Werbung, in Personalfragen und in der Regelung administrativer Verfahrensabläufe selbstständig. Als Durchführungsorgan der mittelbaren Staatsverwaltung (vgl. BGE 140 I 338 E. 7 S. 346; 124 V 393E. 2c S. 399 mit Hinweis) sind sie Selbstverwaltungsträger. Sie haben daher die ihnen vom KVG zugewiesenen Aufgaben mit eigenen technischen, personellen und finanziellen Mitteln zu lösen. Das schliesst aber bei allfälligen gesetzlichen Regelungslücken keine Gesetzesergänzende Regelungskompetenz mit ein. Soweit die Krankenversicherer die ihnen vom KVG übertragenen Aufgaben erfüllen, ist ihr Handeln - im Rahmen ihrer Funktion als Sozialversicherungsträger (vgl. Art. 117 BV) - ein verwaltungsrechtliches und damit staatliches (Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 3. Aufl. 2016, S. 411 Rz. 8 und S. 414 Rz. 17; vgl. auch Urteil 9C\_878/2013 vom 14. Oktober 2014 E. 3.4, in: SVR 2015 KV Nr. 9 S. 36).

**4.2.** Die Beschwerdeführerinnen gehen daher fehl in der Annahme, ihre Muttergesellschaft könne über die Konzernpolitik und damit auch über allfällige Finanzflüsse zuhanden ihrer KVG-Tochtergesellschaften frei bestimmen. Vielmehr gilt nach dem Ausgeführten mit Vorinstanz und Bundesamt der Grundsatz, dass die finanzielle Autonomie der Krankenversicherer - auch in ihrer Rolle als konkurrierende Anbieter der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Urteil 9C\_878/2013 vom 14. Oktober 2014 E. 3.4 mit diversen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur, in: SVR 2015 KV Nr. 9 S. 36) - ebenfalls auf die gesetzlichen Grundlagen des KVG beschränkt ist. Mit dem System der sozialen Krankenversicherung wäre es nicht vereinbar, wenn der Gesetzgeber deren Finanzierung nicht abschliessend geregelt hätte. Nur für den Fall, dass dieser eine Verflechtung von Mitteln aus dem Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und denjenigen, die aus den auf dem Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1) basierenden Zusatzversicherungen resultieren, ausdrücklich für zulässig erklärte, wäre

es den Beschwerdeführerinnen erlaubt, ihre Eigenmittel durch privatversicherungsrechtliche Zuschüsse der CSS Holding AG zu erhöhen. Dies ist, wie die nachstehenden Erwägungen zeigen, nicht der Fall. Soweit in der Beschwerde auf die in der Botschaft des Bundesrates vom 6. November 1991 über die Revision der Krankenversicherung (BBl 1992 I 93; nachfolgend: Botschaft KVG) erwähnte "weitgehende Autonomie" der Krankenkassen hingewiesen wird, handelt es sich um die bundesrätliche Beschreibung der noch unter dem KUVG herrschenden Rechtslage (vgl. BBl 1992 I 95 3. Abschnitt).

## **5.**

Zentrale Bestimmung zur Finanzierung der Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung stellte bis Ende 2015 altArt. 60 KVG dar ("Finanzierungsverfahren und Rechnungslegung").

**5.1.** Nach altArt. 60 Abs. 1 wird die obligatorische Krankenpflegeversicherung nach dem Ausgabenumlageverfahren finanziert. Die Versicherer bilden für bereits eingetretene Krankheiten und zur Sicherstellung der langfristigen Zahlungsfähigkeit ausreichende Reserven. Die Finanzierung muss gemäss Abs. 2 der Bestimmung selbsttragend sein (vgl. auch altArt. 13 Abs. 2 lit. c KVG). Die Versicherer weisen die Rückstellungen und Reserven für die obligatorische Krankenpflegeversicherung in der Bilanz gesondert aus. Abs. 3 Satz 1 sieht sodann vor, dass die Versicherer für die obligatorische Krankenpflegeversicherung eine besondere Betriebsrechnung führen. Die Versicherer erstellen - so Abs. 4 - für jedes Geschäftsjahr einen Geschäftsbericht, der sich aus Jahresbericht und Jahresrechnung zusammensetzt. Der Bundesrat legt fest, in welchen Fällen zusätzlich eine Konzernrechnung zu erstellen ist. Der Geschäftsbericht ist laut Abs. 5 von altArt. 60 KVG nach den Vorschriften des OR über die Aktiengesellschaften und nach den Bestimmungen dieses Gesetzes zu erstellen. Der Bundesrat erlässt schliesslich gemäss Abs. 6 Satz 1 die notwendigen Vorschriften, insbesondere über die Rechnungsführung, die Rechnungsablage, die Rechnungskontrolle, den Geschäftsbericht, die Reservebildung und die Kapitalanlagen. Gestützt auf letztere Norm enthalten die altArt. 78 bis 78c KVV eine umfassende Regelung zu den Reserven (Bestimmung, Mindesthöhe, Häufigkeit und Zeitpunkt der Ermittlung, Berichterstattung; vgl. zudem Verordnung des Eidgenössischen Departements des Innern [EDI] vom 18. Oktober 2011 über die Reserven in der sozialen Krankenversicherung [ResV-EDI], SR 832.102.15).

**5.2.** Der zentrale Finanzierungsgrundsatz lautet demgemäss, dass sich die soziale Krankenversicherung nach dem Ausgabenumlageverfahren (bzw. nunmehr - seit 1. Januar 2016 - Bedarfsdeckungsverfahren genannt [Art. 12 KVAG; vgl. E. 6.2.1.1 hiernach]) mit Reservefonds finanziert. Dies bedeutet, dass die eingehenden Prämien eines Jahres ausreichen müssen, um den gesamten Bedarf desselben Jahres zu decken (vgl. Eugster, a.a.O., S. 787 Rz. 1274). Die Versicherer haben als finanziell autonome Einrichtungen dafür zu sorgen, dass sie die sich aus dem KVG ergebenden finanziellen Verpflichtungen erfüllen können (altArt. 13 Abs. 2 lit. c KVG). Deshalb haben sie die Prämien so festzulegen, dass ihre Krankenpflegeversicherung selbsttragend ist (altArt. 60 Abs. 2 KVG; Eugster, Krankenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 2. Aufl. 2007, S. 736 Rz. 997).

**5.3.** Der Botschaft KVG sind im Zusammenhang mit der Finanzierung der sozialen Krankenversicherung - und damit namentlich altArt. 60 KVG (sowie dessen Ausführungsbestimmungen) - die folgenden Hinweise zu entnehmen:

**5.3.1.** "Im Bereich der Finanzierung bringt der Entwurf keine grundlegenden Änderungen im Vergleich zur geltenden Ordnung. Die Krankenversicherung soll weiterhin durch eine unbestimmte Zahl von Versicherern durchgeführt werden, von welchen jeder finanziell autonom ist. Das Ausgabenumlageverfahren mit einem Reservefonds der einzelnen Versicherer wird beibehalten. Sämtliche Versicherer, also auch die neu hinzutretenden privaten Versicherungsgesellschaften, haben in der Finanzierung der sozialen Krankenversicherung, das heisst in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und der freiwilligen Taggeldversicherung, den Grundsatz der

Gegenseitigkeit zu beachten. Dies bedeutet, dass die Einnahmen für die soziale Krankenversicherung dieser Versicherung erhalten bleiben müssen. Ein allfälliger Überschuss darf nicht für andere Zwecke verwendet werden, insbesondere dürfen keine Gewinnbeteiligungen ausgeschüttet werden. Der Entwurf kennt wie das geltende Recht für die obligatorische Krankenpflegeversicherung drei Finanzierungsquellen, nämlich die Prämien der Versicherten, die Kostenbeteiligungen der Patienten und die Beiträge der öffentlichen Hand" (BBl 1992 I 133).

**5.3.2.** "Wie bisher wird eine Vielzahl von Versicherern die Krankenversicherung betreiben. Zu den Krankenkassen kommen nun die Privatversicherer hinzu. Dieses System hat sich bei der Unfallversicherung bewährt. Selbstverständlich müssen alle Versicherer, die sich am Vollzug des KVG beteiligen, die soziale Krankenversicherung nach denselben Bestimmungen durchführen, das heisst von den übrigen Versicherungen völlig getrennt und ohne Erwerbszweck" (BBl 1992 I 145 oben [zu Art. 8 des Entwurfs [später Art. 11 KVG]]).

**5.3.3.** "Im Rahmen der sozialen Krankenversicherung sind die Versicherer dem Grundsatz der Gegenseitigkeit verpflichtet, was im Wesentlichen bedeutet, dass sie bei dieser Versicherung keinen Gewinn erzielen dürfen. [...] Ausserdem ist auch der verwaltungsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten. Schliesslich haben die Versicherer dafür zu sorgen, dass die soziale Krankenversicherung selbsttragend ist. [...] In finanzieller Hinsicht müssen die Versicherer insbesondere über die vorgeschriebenen Reserven und Liquiditäten verfügen. Eine minimale Ausgangsreserve (Eigenkapital zu Beginn der Tätigkeit als Sozialversicherer) wird auf dem Verordnungsweg festgelegt. Die finanziellen Anforderungen müssen jederzeit erfüllt sein; bei ungenügenden Einnahmen der sozialen Krankenversicherung sind die Prämien zu erhöhen" (BBl 1992 I 146 f. [zu Art. 10 des Entwurfs [später altArt. 13 KVG]]).

**5.3.4.** "Das heute in der sozialen Krankenversicherung geltende Ausgabenumlageverfahren soll auch unter dem neuen Recht beibehalten werden. Dies bedeutet, dass die laufenden Ausgaben grundsätzlich durch die laufenden Einnahmen zu decken sind. Die Versicherer haben also ihre Prämien so festzusetzen, dass sie damit die für die gleiche Periode geschuldeten Leistungen decken können. [...] Die Versicherer haben aus ihren Einnahmen aber auch Reserven zu bilden. Dabei werden zwei Arten von Reserven unterschieden, nämlich Reserven für bereits eingetretene Krankheiten, das heisst für vorhandene Verpflichtungen, die im Zeitpunkt der Rechnungsablage noch nicht erfüllt sind, und Reserven, denen keine eigentliche Verpflichtung gegenübersteht, die aber für die längerfristige Zahlungsfähigkeit des Versicherers garantieren sollen. Mit dem in Absatz 2 erwähnten Grundsatz, dass die Finanzierung selbsttragend sein müsse, wird klargestellt, dass zur Finanzierung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nur Einnahmen aus dieser Versicherung verwendet werden dürfen und die Versicherer die Finanzierung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nicht mit anderen von ihnen geführten Versicherungen vermischen dürfen. Aus diesem Grund wird vorgeschrieben, dass in der Bilanz des Versicherers, die dieser für seinen gesamten Tätigkeitsbereich aufzustellen hat, auf der Passivseite seine Reserven für die obligatorische Krankenpflegeversicherung gesondert von anderen Reserven auszuweisen sind. Nicht verlangt wird hingegen, dass er auch seine Aktiven (Wertschriften usw.) den einzelnen Versicherungszweigen gesondert zuweist. Im Gegensatz zur Bilanz, die den gesamten Tätigkeitsbereich des Versicherers abdeckt, verlangt Absatz 3, dass für die obligatorische Krankenpflegeversicherung eine besondere, das heisst vollständige Betriebsrechnung zu führen ist. Für die bedeutendsten Teile der Rechnung, nämlich die Prämien und die Leistungen bietet dies keine besonderen Probleme. Für Einnahmen und Ausgaben, die von anderen Versicherungen nicht eindeutig getrennt werden können (Zinse, Verwaltungskosten), können für die Aufteilung Annahmen getroffen werden, die aber der Realität entsprechen müssen. In Absatz 4 wird festgehalten, dass der Bundesrat die notwendigen Vorschriften zum Finanzierungsverfahren und zur Rechnungslegung erlässt. Dazu zählen Vorschriften zur Rechnungsführung (Buchhaltung usw.), Rechnungsablage (Gliederung der Rechnung usw.), Rechnungskontrolle (Kontrollstelle des Versicherers, Kontrollen durch

Aufsichtsbehörde), Reservebildung (Höhe, Bewertungsgrundsätze) und zulässigen Kapitalanlagen" (BBl 1992 I 192 unten f. [zu Art. 52 des Entwurfs [später altArt. 60 Abs. 1 und 2 KVG]]).

#### **5.4.**

**5.4.1.** Mit Vorinstanz und Beschwerdegegner lassen der Wortlaut von altArt. 60 KVG und die vorstehend dazu wiedergegebenen Botschaftsauszüge unzweideutig darauf schliessen, dass der Gesetzgeber die Finanzierungsquellen klar bestimmt und deren Verbuchung definiert hat. Entgegen der von den Beschwerdeführerinnen auch letztinstanzlich vertretenen Betrachtungsweise kann aus der bundesrätlichen Botschaft nur der Schluss gezogen werden, dass die Finanzierung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gesetzgeberisch abschliessend geregelt werden sollte und altArt. 60 KVG nicht die Möglichkeit weiterer Finanzierungsquellen für Leistungen von Versicherern aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung offenlässt. Auch geht daraus klar hervor, dass sämtliche Versicherer, die sich am Vollzug des KVG beteiligen, die soziale Krankenversicherung nach denselben Bestimmungen durchzuführen haben, "das heisst von übrigen Versicherungen völlig getrennt und ohne Erwerbszweck" (vgl. E. 5.3.2 am Ende hiervor), und auf diese Weise unter den gleichen Bedingungen am Wettbewerb partizipieren können sollen. Die bundesrätlichen Erläuterungen verdeutlichen sodann ebenfalls, dass die Krankenversicherer über ein minimales Eigenkapital verfügen müssen, welches der Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit zu Beginn der Tätigkeit dient (vgl. E. 5.3.3 hiervor). Schliesslich beinhalten das KVG und seine Verordnungsbestimmungen im Zusammenhang mit den Reserven eine umfassende Regelung. An die betreffenden spezialgesetzlichen Vorgaben sind die Beschwerdeführerinnen in ihrer Eigenschaft als KVG-Versicherer ebenfalls gebunden.

**5.4.2.** Der Auffassung von Bundesverwaltungsgericht und BAG, wonach der Botschaftstext kein anderes Ergebnis zulasse, als dass der Gesetzgeber die Quellen der Finanzierung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abschliessend geregelt habe (Prämien und Kostenbeteiligungen der Versicherten sowie Beiträge der öffentlichen Hand [vgl. E. 5.3.1 am Ende hiervor]) und zur Kompensation ungenügender Einnahmen die Prämien zu erhöhen seien (E. 5.3.3 am Ende hiervor), ist vor diesem Hintergrund vollumfänglich beizupflichten. Eine (indirekte) Quersubventionierung der sozialen Krankenversicherung durch Mittel aus dem VVG-Bereich ist ausgeschlossen.

**5.5.** Zusammenfassend sollte die Finanzierung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung somit gesetzgeberisch abschliessend geregelt werden und lässt altArt. 60 KVG nicht die Möglichkeit weiterer Finanzierungsquellen offen.

**5.5.1.** Dies ergibt sich zum einen aus der dargestellten wortlautgetreuen sowie historischen Auslegungsoptik. In Bezug auf letzteres Element gilt es zudem zu beachten, dass die Entstehungsgeschichte im Auslegungsvorgang zwar nicht unmittelbar entscheidend ist, sie aber als Hilfsmittel dient, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich zur Auslegung neuerer Texte, die - wie hier - noch auf wenig veränderte Umstände und ein kaum gewandeltes Rechtsverständnis treffen, kommt den Materialien eine besondere Bedeutung zu (BGE 142 V 442 E. 5.1 S. 445 mit Hinweisen; 144 V 333 E. 10.1 S. 344).

**5.5.2.** Zum andern zeigt auch eine teleologische Herangehensweise den nämlichen Schluss auf. Eine Zulassung der hier fraglichen Zuschüsse könnte denjenigen Versicherern, welche den Zusatzversicherungs- neben dem obligatorischen Krankenpflegeversicherungsbereich in einer Holdingstruktur betreiben, ungerechtfertigte Vorteile verschaffen und beeinträchtigte den Wettbewerb der Krankenversicherer nach KVG in unzulässiger Weise. Die Konkurrenz unter den KVG-Versicherern würde dadurch mittels verfälschter Prämienunterschiede verschärft und die Höhe der Prämienunterschiede bildete nicht mehr allein das Resultat von effizienter Führung, einer guten Verwaltung und einer umfassenden Kostenkontrolle durch den sozialen Krankenversicherer, sondern

wäre ebenso auf den Rückhalt durch die (finanziell starken) VVG-Versicherer zurückzuführen. Die zwingenden Normen des KVG sehen sodann nicht nur eine finanzielle, sondern auch eine rechtliche Abgrenzung zwischen KVG- und VVG-Bereich vor. So unterliegen die Zusatzversicherungen der Wirtschaftsfreiheit, während für die soziale Krankenversicherung die Sonderordnung des Wettbewerbs nach den Regeln des KVG (und nunmehr des KVAG) gilt (Urteil 9C\_878/2013 vom 14. Oktober 2014 E. 3.4, in: SVR 2015 KV Nr. 9 S. 36). Unabhängig von ihrer Rechtsform dürfen Krankenversicherer nach wie vor auch im Zusatzversicherungsgeschäft keinen Erwerbszweck verfolgen, wenn sie dieses und die obligatorische Krankenpflegeversicherung unter dem Hut einer einzigen juristischen Person betreiben. Um nicht dem Gewinnverbot unterworfen zu sein und um aufsichtsrechtlich problematische Verflechtungen zu vermeiden, haben sich viele Krankenversicherer entschieden, die Zusatzversicherungen auf eigene Rechtsträger zu übertragen, die von der sozialen Krankenversicherung in diesen Punkten unbeeinflusst sind. Versicherer wie die CSS-Gruppe bieten ihre Zusatzversicherungen gerade auch aus diesem Grund im Rahmen eines Holdinggefässes an. Die dieser angegliederten Gesellschaften der Zusatzversicherungen (CSS Versicherung AG und INTRAS Versicherung AG) unterliegen dank dieser bewusst gewählten Struktur nicht dem Erwerbszweckverbot. Andere Krankenversicherer bieten ihre Zusatzversicherungen demgegenüber in der gleichen Rechtseinheit an, vermitteln diese bloss oder verzichten überhaupt darauf. Diesen gegenüber hätten die Beschwerdeführerinnen einen Wettbewerbsvorteil, wenn sie über Zuschüsse der Holding (sprich aus dem Zusatzversicherungsbereich) ihre eigenen Eigenmittel erhöhen könnten. Dies kann nicht Sinn und Zweck von altArt. 60 Abs. 1 und 2 KVG entsprechen.

**5.5.3.** Schliesslich lässt altArt. 60 KVG auch unter einem systematischen Auslegungsblickwinkel keine andere Lösung zu. Die in altArt. 78 bis 78c KVV enthaltene umfassende Regelung zu den Reserven (Bestimmung, Mindesthöhe, Häufigkeit und Zeitpunkt der Ermittlung, Berichterstattung) samt dazugehöriger ResV-EDI (vgl. E. 5.1 am Ende hiervor) zeugt von der gewollten Transparenz und Kontrolle der Mittelflüsse.

## **5.6.**

**5.6.1.** Im angefochtenen Entscheid wurde ferner zutreffend darauf hingewiesen, dass es den Beschwerdeführerinnen zwar unbenommen ist (und war), sich als Anbieter der obligatorischen Krankenpflegeversicherung in einer Konzernstruktur nach den Vorschriften des OR zu organisieren (BGE 128 V 272 E. 6d/aa S. 285 f.). Dadurch dürfen jedoch die zwingenden Regelungen des KVG und seiner Ausführungsverordnungen nicht verletzt bzw. umgangen werden, die als spezialgesetzliche Normen den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des OR vorgehen. Auch erweist sich nach dem Gesagten der Einwand der Beschwerdeführerinnen als unbehelflich, die CSS Holding AG habe als Konzernmutter durch die fraglichen Zuschüsse lediglich ihre Sorgfalts- und Treuepflicht und somit die Konzernleitungspflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR wahrgenommen, wonach die Mitglieder des Verwaltungsrats sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren müssen. Ebenso wenig fällt schliesslich mit der Vorinstanz im vorliegenden Kontext ins Gewicht, dass die externe Revisionsstelle der Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Prüfung der Jahresrechnung 2014 keinen Gesetzesverstoss festgestellt und ihr Testat ohne Vorbehalt erteilt hat. Vielmehr gilt hier einzig, dass sich die Versicherer der obligatorischen Krankenpflegeversicherung in Bezug auf die Finanzierung ihrer Leistungen zwingend an die spezialgesetzlichen Regelungen des KVG zu halten haben, welche eine Äufnung der Reserven der Krankenversicherer durch Zuschüsse der Muttergesellschaft, der auch finanzielle Mittel aus der Privatversicherung zufließen, nicht vorsehen und daher untersagen.

**5.6.2.** Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass die in Frage stehenden Mittelzuflüsse nach Aussage der Beschwerdeführerinnen aus Beteiligungs- und Anlageerfolgen der Muttergesellschaft (in Form von Dividenden) stammen und damit Ausdruck eines marktwirtschaftlichen Engagements und einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung sind. Die Regelung von altArt. 60 Abs. 1 und 2 KVG umfasst

nicht bloss den Mittelfluss aus dem VVG- in den KVG-Bereich innerhalb derselben Versicherungseinheit, sondern darüber hinaus Mittelzuflüsse aus Beteiligungs- und Anlageerfolgen der Muttergesellschaft an ihre Tochter, sofern die entsprechenden Zuschüsse aus finanziellen Mitteln der Privatversicherungen herrühren. Ein Mittelzufluss - wie vorliegend - aus dem VVG-Bereich von der Mutter- zu den (KVG-) Tochtergesellschaften ist deshalb als Quersubventionierung zu qualifizieren, welche der Besserstellung der Beschwerdeführerinnen im Wettbewerb unter den KVG- und VVG-Versicherern dienen soll. Dies stellt eine nicht schützenswerte Umgehung des Verbots des Mittelzuflusses innerhalb derselben Versicherung dar. Weder aus BGE 128 V 272 (E. 6d S. 284 ff. und E. 7c S. 291), welches Urteil die Anerkennung als Krankenkasse und die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung betraf, noch aus BGE 135 V 443, das sich zur Frage von Quersubventionen im Leistungsbereich äusserte, geht etwas Gegenteiliges hervor. Was den von den Verfahrensbeteiligten ebenfalls erwähnten BGE 130 V 196 anbelangt, wird darin ausdrücklich postuliert, dass bei einer allfälligen Zahlungsunfähigkeit eines Versicherers keine Querfinanzierung aus dem Zusatzversicherungsbereich vorgesehen ist, sondern vielmehr der Entzug der Durchführungsbewilligung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (E. 5.5 S. 207 ff. und E. 6.2 S. 210 f.). Des Weiteren besteht die von den Krankenversicherern gegründete Stiftung "Gemeinsame Einrichtung", welche die Kosten für die gesetzlichen Leistungen anstelle von zahlungsunfähigen Versicherern zu übernehmen hat (Art. 18 KVG; BBl 1992 I 148 f.), sodass auch in dieser Konstellation kein Mittelzufluss durch die Zusatzversicherungen erforderlich ist.

**5.7.** Die vom Beschwerdegegner verfügte Rückzahlungsverpflichtung der von der CSS Holding AG an die Beschwerdeführerinnen übereigneten Zuschüsse beruht demnach auf einer nicht zu beanstandenden Auslegung von altArt. 60 KVG.

## **6.**

Die Beschwerdeführerinnen berufen sich ferner im Sinne einer "Vorberücksichtigung" auf das per 1. Januar 2016 in Kraft getretene KVAG.

**6.1.** Unstreitig findet das betreffende Gesetz auf die hier zu beurteilende Zulässigkeit der fraglichen Zuschüsse der CSS Holding AG an ihre KVG-Tochtergesellschaften keine unmittelbare Anwendung (vgl. E. 3 hiavor).

**6.2.** Wie Vorinstanz und Beschwerdegegner überdies richtig erkannt haben, ändert das KVAG ohnehin nichts an der sich bis Ende 2015 in altArt. 60 KVG manifestierenden Stossrichtung des KVG bezüglich Finanzierung. Diese äussert (e) sich, wie hiavor beschrieben, darin, dass die finanzielle Autonomie der Krankenversicherer und deren wettbewerbsrechtlichen Verhaltensweisen durch die gesetzlichen Grundlagen des KVG beschränkt sind. Mit Blick auf die individuelle rechtliche Ausgestaltung von Unternehmen bedeutet (e) dies, dass auch durch gesellschaftsrechtliche Konstrukte wie etwa eine Holding-Gesellschaft das geltende Finanzierungsverfahren und die beschränkte finanzielle Autonomie nicht unterlaufen werden durften und dürfen.

**6.2.1.** Dass das neue Aufsichtsgesetz über die soziale Krankenversicherung keine grundsätzliche Abkehr von diesen Grundsätzen bewirken sollte, verdeutlichen namentlich die Ausführungen in der entsprechenden bundesrätlichen Botschaft (vom 15. Februar 2012, BBl 2012 1941 [nachfolgend: Botschaft KVAG]).

**6.2.1.1.** Zu Art. 11 des Entwurfs (später: Art. 12 KVAG ["Finanzierungsverfahren"]) wurde festgehalten (BBl 2012 1962) : "Der Finanzierungsgrundsatz erhält im Gesetz einen eigenen Artikel, wodurch die Transparenz erhöht wird. Die soziale Krankenversicherung wird nach dem Bedarfsdeckungsverfahren finanziert. Der Bedarf umfasst sämtliche Ausgaben im Zusammenhang mit der Durchführung der sozialen Krankenversicherung. Dazu gehören insbesondere die medizinischen Leistungen, die Verwaltungskosten, die Abgaben im Risikoausgleich und die notwendigen Mittel für die

Reservenbildung und die versicherungstechnischen Rückstellungen. Das Bedarfsdeckungssystem bedeutet, dass die eingehenden Prämien eines Jahres ausreichen müssen, um den ganzen Bedarf desselben Jahres zu finanzieren. Aufwand und Ertrag eines Jahres sind über einen Versichertenbestand ausgeglichen zu halten. In der sozialen Krankenversicherung müssen die Prämien so festgesetzt werden, dass damit die für die gleiche Periode geschuldeten Leistungen gedeckt werden können. [...] Ob der Grundsatz der Bedarfsdeckung eingehalten wurde, wird aufgrund der Jahresrechnung festgestellt. Aus den Einnahmen sind aber auch Rückstellungen und Reserven zu bilden. [...] Im KVG (Art. 60 Abs. 1) wird vom Ausgabenumlageverfahren gesprochen. In dieser Gesetzesvorlage wird nun der aktuariell richtige Begriff eingeführt. Am aktuellen Finanzierungsverfahren ändert sich dadurch nichts."

Ferner enthält die Botschaft KVAG zu Art. 15 Abs. 2 des Entwurfs (später: Art. 16 Abs. 2 KVAG["Genehmigung der Prämientarife"]) folgenden Hinweis (BBl 2012 1966 oben) : "[...] Mittels konsequent kostendeckenden Prämien erübrigt sich die Quersubventionierung mittels Geldern aus anderen Versicherungszweigen oder der Holding."

**6.2.1.2.** Gerade die letztgenannte Aussage lässt, wie im angefochtenen Entscheid korrekt erwoogen wurde, nicht den Schluss zu, dass die bisherigen Finanzierungsgrundsätze mit dem KVAG hätten geändert werden sollen bzw. die Quersubventionierung nach altArt. 60 KVG zulässig gewesen wäre.

**6.2.2.** Schliesslich ergeben sich auch aus den übrigen Materialien keinerlei Hinweise darauf, dass Mittelzuflüsse aus anderen Versicherungszweigen zur Äufnung von Reserven im KVG-Bereich zugelassen werden sollten.

So ist auf die Beratungen in den Räten hinzuweisen, aus denen nichts Anderes hervorgeht, als dass die Finanzierung aus Drittmitteln mit dem KVAG (endlich) kontrolliert und unterbunden werden können sollte (in diesem Sinne etwa das Votum der Nationalrätin Moret [in AB 2014 N 1350]: "Grâce à cette loi, la FINMA et l'OFSP pourront procéder à des échanges d'informations afin de s'assurer qu'il n'y a pas de transferts financiers entre l'assurance de base et les assurances complémentaires. [...]").

Ebenso wenig sind dem "Kommentar und Inhalt der Bestimmungen" zur KVAV von März 2015 (abrufbar unter [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2613/KVAV-Aufsicht\\_Erl-Bericht\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2613/KVAV-Aufsicht_Erl-Bericht_de.pdf) [zuletzt besucht am 30. Oktober 2018]) zu Art. 22 des Entwurfs (später: Art. 20 KVAV ["Begrenzungen"]) diesbezügliche Anhaltspunkte zu entnehmen.

**6.3.** Zusammenfassend hat das Parlament über die Jahre mit verschiedenen Änderungen immer wieder versucht, den innerhalb des KVG bestehenden Wettbewerb unter den Teilnehmern zu stärken und auch von den Zusatzversicherungen unabhängiger zu gestalten (vgl. Art. 7 Abs. 6 bis 8 KVG; Bestimmungen über den Risikoausgleich). In diesem Sinne wurden mit dem KVAG neue Instrumente - insbesondere aufsichtsrechtlicher Art - geschaffen, um unter anderem die besagten Quersubventionierungen besser zu erkennen und zu verhindern. Namentlich wurde auch die Aufsicht des BAG über allfällige Konzernstrukturen verstärkt, damit finanzielle Transaktionen innerhalb eines entsprechenden Unternehmens besser überprüft werden können (Art. 44 Abs. 1 KVAG). Dabei geht es etwa um Zahlungen, welche durch Gruppengesellschaften zu leisten sind, um die tatsächlichen Verwaltungskosten auszugleichen, oder die der Abgeltung der vom Rückversicherer übernommenen Risiken dienen. Aufgabe der Aufsichtsbehörde ist es diesfalls, beispielsweise zu kontrollieren, ob "für Einnahmen und Ausgaben, die von anderen Versicherungen nicht eindeutig getrennt werden können (Zinse, Verwaltungskosten), [...] für die Aufteilung Annahmen getroffen werden, die der Realität entsprechen" (BBl 1992 I 193; vgl. E. 5.3.4 hiervor). Die Finanzierung der sozialen Krankenversicherung blieb damit, wie erwähnt, unangetastet.

## 7.

In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob die Feststellung der Vorinstanz, die im Zusammenhang mit der Prämienkorrektur erlassenen, vom 1. Januar 2015 bis 31. Dezember 2017 in Kraft gestandenen altArt. 106 ff. KVG hätten zu keiner Änderung der Rechtslage geführt, gegen Bundesrecht verstösst.

**7.1.** Wie bereits dargelegt, hatte das Parlament am 21. März 2014 eine Revision des KVG zur Prämienkorrektur verabschiedet (altArt. 106 bis 106c KVG). Diese zielte darauf ab, während des Zeitraums vom 1. Januar 2015 bis 31. Dezember 2017 die Ungleichheiten teilweise auszugleichen, die seit Inkrafttreten des KVG in den einzelnen Kantonen auf Grund von zu viel oder zu wenig ausbezahlten Prämien eingetreten waren (vgl. im Detail Sachverhalt lit. A.a hiervor). Dem BAG war diesbezüglich bis zum 31. Juli 2015 ein Gesuch durch die Krankenversicherer um Genehmigung des zu leistenden Einmalzuschlags auf den Prämien einzureichen (altArt. 106a Abs. 3 Satz 1 KVG in Verbindung mit altArt. 5 Abs. 2 Satz 1 Prämienkorrekturverordnung). Das BAG genehmigte die Einmalzuschläge auf den Prämien gleichzeitig mit den Prämien (altArt. 5 Abs. 2 Satz 2 Prämienkorrekturverordnung). Reichte ein Krankenversicherer dem BAG kein entsprechendes Gesuch ein, hatte er nachzuweisen, dass er nach Bezahlung des Beitrags in den Fonds nach altArt. 106a Abs. 1 KVG immer noch über ausreichend Reserven nach altArt. 78a Abs. 1 KVV verfügte, wobei dieser Nachweis nach Massgabe von altArt. 78b Abs. 3 KVV zu erbringen war (altArt. 5 Abs. 4 Prämienkorrekturverordnung [in der bis Ende 2015 gültig gewesenen Fassung]).

**7.2.** Die Gründe für den entsprechenden Ausgleich sind in der Botschaft Prämienkorrektur KVG wie folgt beschrieben (BBl 2012 1923 ff., insb. 1925 f.) : "Die obligatorische Krankenpflegeversicherung wird nach Artikel 60 Abs. 1 KVG nach dem Ausgabenumlageverfahren finanziert. Die Prämien können nach den ausgewiesenen Kostenunterschieden kantonale abgestuft werden. Die Differenz zwischen den in einem Kanton anfallenden Einnahmen (primär Prämien, Kapitalerträge und allfällige Beiträge aus dem Risikoausgleich) und den in diesem Kanton anfallenden Ausgaben (hauptsächlich Versicherungsleistungen inkl. Bildung und Auflösung von Rückstellungen, allfällige Abgaben in den Risikoausgleich und Verwaltungskosten) ergibt einen positiven oder einen negativen Saldo. Da die Mittel der sozialen Krankenversicherung nur zu deren Zweck verwendet werden dürfen, fliessen die Saldi aus den Einnahmen und den Ausgaben den Reserven zu beziehungsweise verringern diese. Die kantonalen Ergebnisse, seit Einführung des KVG im Jahr 1996 kumuliert, zuzüglich einer fiktiven Aufteilung des Reservebestandes auf die Kantone bei Einführung des KVG, wurden deshalb als 'kalkulatorische kantonale Reserven' bezeichnet. Mit dem Zusatz 'kalkulatorisch' wurde darauf hingewiesen, dass es sich um eine rein rechnerische Grösse handelt. Die Reserven eines Krankenversicherers sind dazu da, die langfristige Zahlungsfähigkeit zu garantieren. Da ein Unternehmen nur als Ganzes Konkurs gehen kann, können die Reserven nicht kantonale sein. Das KVG und seine Ausführungsverordnungen verwenden entsprechend den Begriff 'kantonale Reserve' nicht. Zur Benennung der aufgelaufenen Überschüsse oder Defizite wird daher korrekterweise der Begriff der 'zu viel oder zu wenig bezahlten Prämien' verwendet. Seit Inkrafttreten des KVG haben sich die Ergebnisse aufgrund von zu viel oder zu wenig bezahlten Prämien in den einzelnen Kantonen unterschiedlich entwickelt. In gewissen Kantonen wurden im Verhältnis zu den Leistungen zu hohe Prämien oder zu tiefe Prämien erhoben. In den Kantonen mit zu hohen Prämien haben sich entsprechend Überschüsse angehäuften, während in Kantonen mit zu tiefen Prämien Defizite entstanden. Die entstandenen Ungleichgewichte haben folgende Ursachen: In Kantonen mit Überschüssen haben die Versicherer die Leistungssteigerung über mehrere Jahre hinweg überschätzt. In diesen Kantonen wurden oftmals auch tiefgreifende Kostensenkungsmassnahmen umgesetzt, deren Effekte von den Versicherern ebenfalls unterschätzt wurden. In Kantonen mit Unterdeckung wurden die Kostenanstiege von den Versicherern unterschätzt."

**7.2.1.** Wie hiervor ausgeführt, finanziert sich die obligatorische Krankenpflegeversicherung über das Ausgabenumlageverfahren (gemäss altArt. 60 Abs. 1 KVG) bzw. - seit 1. Januar 2016 - über das Bedarfsdeckungsverfahren (gemäss Art. 12 KVAG). Die Korrektur der Prämien nach Massgabe von altArt. 106 ff. KVG orientiert sich demgegenüber nicht mehr unmittelbar an dieser Finanzierungsform, was der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen hat (vgl. Urteil 9C\_125/2016 vom 11. März 2016 E. 2.2.1 und 2.2.2). Mit Blick auf die Erörterungen im Botschaftstext, wonach die Mittel der sozialen Krankenversicherung nur zu deren Zweck verwendet werden dürfen und zur Benennung der

aufgelaufenen Überschüsse oder Defizite korrekterweise der Begriff der "zu viel oder zu wenig bezahlten Prämien" zur Anwendung gelangt, kann die Prämienkorrektur jedoch nicht aus dem Kontext des in altArt. 60 Abs. 1 KVG festgelegten Ausgabenumlageverfahrens gerissen werden. Vielmehr steht diese damit in untrennbarem Zusammenhang bzw. ist gleichsam darin eingebettet. Es sind entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Normen zur Prämienkorrektur ein abweichendes Finanzierungskonzept beinhalteten und mit diesen eine Sonderordnung der Finanzierung hätte geschaffen werden sollen, welche es erlaubte, Zuschüsse aus dem VVG (oder andere ordentliche oder ausserordentliche Zuwendungen) zu rechtfertigen. Vielmehr hat der Gesetzgeber die Finanzierung der Prämienkorrektur mit altArt. 106 bis 106c KVG vollständig und abschliessend geregelt, wie er dies auch bei der vorstehend erörterten Finanzierung der sozialen Krankenversicherung getan hat.

**7.2.2.** Es steht damit mit Vorinstanz und Beschwerdegegner fest, dass der Beitrag für die Korrektur der Prämien nach altArt. 106a Abs. 3 KVG eine Verpflichtung der Beschwerdeführerinnen darstellt, die sie mit eigenen Mitteln zu begleichen haben. Die Finanzierung mit Geld eines Dritten oder aus Reserven, welche sie mit Hilfe eines Dritten geäufnet haben, ist nicht selbsttragend, sondern bildet das Ergebnis einer unzulässigen Quersubventionierung. Daran ändert nichts, wenn die fraglichen Zuschüsse, wie im vorliegenden Fall, von der Mutter- zu ihren Tochtergesellschaften geflossen sind. Auch diesfalls liegt ein Verstoß gegen altArt. 60 Abs. 2 KVG vor, weshalb die entsprechenden Beträge nicht zur Finanzierung der Beiträge in den Fonds nach altArt. 106a Abs. 1 KVG dienen können. Weder aus ihrer (analogen) Bezugnahme auf Art. 25 ATSG noch aus dem Hinweis, wonach es sich bei der Regelung von altArt. 106 ff. KVG im Verhältnis zu altArt. 60 Abs. 1 und 2 KVG um Vorrang genießende spätere (posterior) und speziellere (specialis) Gesetzgebung handle, vermögen die Beschwerdeführerinnen ein anderes Ergebnis herbeizuführen.

## **8.**

Abschliessend anzumerken ist, dass die gestützt auf die Darstellung des Beschwerdegegners getroffenen Feststellungen der Vorinstanz, die Reservesätze der Beschwerdeführerinnen hätten nach Zahlung des Beitrags in den Fonds zugunsten der Versicherten, in deren Wohnsitzkanton zu viel Prämien bezahlt worden waren (altArt. 106 Abs. 1 KVG), die erforderliche Mindesthöhe nach altArt. 78a KVV ohne die kassierten Zuschüsse der CSS Holding AG nicht mehr erreicht, unwidersprochen geblieben sind. Da keine Anzeichen für eine offensichtliche Unrichtigkeit dieser Erwägungen bestehen (vgl. E. 2 hiervor), kann davon ausgegangen werden, dass den Beschwerdeführerinnen der Nachweis, über ausreichende Reserven im Sinne von altArt. 106a Abs. 3 Satz 2 KVG zu verfügen, um auf einen Einmalzuschlag auf den Prämien zu verzichten, nicht gelungen ist.

## **9.**

Sowohl die Weisungen des BAG vom 23. März 2015 wie auch dessen Verfügungen vom 22. September 2015 (Einmalzuschläge auf Prämien 2016 und insoweit Prämientarif 2016) sind daher rechtmässig ergangen. Es hat folglich beim vorinstanzlichen Entscheid sein Bewenden.

## **10.**

Mit dem Urteil in der Hauptsache wird das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

## **11.**

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG). Das obsiegende Bundesamt hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 3 BGG).

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 12'000.- werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt.

**3.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich mitgeteilt.