



Urteil vom 31. Mai 2021

Besetzung

Richterin Viktoria Helfenstein (Vorsitz),
Richter Vito Valenti,
Richter Christoph Rohrer,
Gerichtsschreiberin Rahel Schöb.

Parteien

A. _____ AG,
Tribtschenstrasse 21, Postfach 2568, 6005 Luzern,
vertreten durch Prof. Dr. iur. Tomas Poledna, Rechtsanwalt,
und Dr. iur. Ralph Trümpler, Rechtsanwalt, Poledna RC AG,
Limmatquai 58, Postfach, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Gesundheit,
Schwarzenburgstrasse 157, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

KVAG, Aufsicht; Weisung des BAG vom 30. Mai 2017.

Sachverhalt:

A.

A.a Die A. _____ AG mit Sitz in (...) bezweckt den «Betrieb der obligatorischen Krankenpflege- und der freiwilligen Taggeldversicherung als Krankenkasse gemäss Art. 12 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG)» (vgl. Eintrag im Handelsregister, <www.zefix.ch>, abgerufen am 31.05.2021). Sie ist im Verzeichnis der zugelassenen Krankenversicherer des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) für den örtlichen Tätigkeitsbereich «CH» aufgeführt (Version Stand 1. Januar 2021; Nr. [...]).

A.b Gemäss eigenen Angaben der A. _____ AG ist diese Teil der B. _____ Gruppe. Die B. _____ Holding AG halte alle Anteile der im Bereich des KVG tätigen Gesellschaften B. _____ Kranken-Versicherung AG, der C. _____ AG, der D. _____ Kranken-Versicherung AG und der A. _____ AG sowie der im Bereich des UVG und VVG tätigen B. _____ Versicherung AG. Alleinaktionär der B. _____ Holding AG sei der B. _____ Verein (Akten im Beschwerdeverfahren [*nachfolgend*: BVGeract.]1, Rz. 19).

B.

B.a Am 23. März 2015 liess das Bundesamt für Gesundheit (*nachfolgend*: BAG oder Vorinstanz) der A. _____ AG und zwei weiteren Tochtergesellschaften der B. _____ Holding AG (*nachfolgend*: KVG-Gesellschaften) betreffend Zuschüsse in die obligatorische Krankenpflegeversicherung (*nachfolgend auch*: OKP) je eine Weisung zukommen. Das BAG wies die KVG-Gesellschaften an, (1.) Art. 13 Abs. 2 KVG (SR 832.10), Art. 60 Abs. 2 KVG und Art. 106a Abs. 3 KVG im Sinne der in der Weisung enthaltenen Erläuterungen einzuhalten und (2.) bezifferte Zuschüsse der B. _____ Holding AG (im Falle der A. _____ AG: Fr. 8.5 Mio.) bis zum 30. April 2015 rückgängig zu machen. Weiter orientierte das BAG, dass die vorsätzliche oder fahrlässige Zuwiderhandlung gegen diese Weisungen nach Art. 93a Abs. 1 Bst. b KVG mit Busse bis zu Fr. 5'000.– bestraft würde und dass das BAG die Öffentlichkeit über die zu treffende Massnahme informieren könne (Art. 21 Abs. 5^{bis} KVG). Die KVG-Gesellschaften wurden schliesslich aufgefordert, die erfolgte Rückbuchung innert Frist durch die Revisionsstelle bestätigen zu lassen.

B.b Gegen die Weisungen des BAG reichten die KVG-Gesellschaften gleichlautende Beschwerden an das Bundesverwaltungsgericht ein. Mit Urteil C-2542/2015, C-2557/2015, C-2552/2015 vom 7. September 2015 vereinigte der Einzelrichter die Verfahren und trat auf die Beschwerden

nicht ein. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, bei den Weisungen handle es sich nicht um Endentscheide, sondern mit Blick auf die Genehmigung der Prämientarife der OKP für das Prämienjahr 2016 um Zwischenverfügungen. Bezüglich deren Anfechtbarkeit sei – da kein Fall des Art. 45 VwVG (Zwischenverfügung über Zuständigkeit oder Ausstandsbegehren) gegeben sei – Art. 46 VwVG massgeblich, dessen Voraussetzungen (nicht wiedergutzumachender Nachteil, sofortiger Endentscheid bei Gutheissung mit gleichzeitiger Ersparnis bedeutenden Aufwandes an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren) nicht erfüllt seien.

B.c Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil 9C_742/2015 vom 5. Juli 2016 ab, soweit es darauf eintrat.

C.

C.a Am 22. September 2015 genehmigte das BAG die Prämientarife der A. _____ AG und ihrer Schwestergesellschaften für das Jahr 2016 einerseits, einen Einmalzuschlag in der Höhe von Fr. 33.– für das Jahr 2016 anderseits.

C.b Mit dagegen erhobenen Beschwerden vom 23. Oktober 2015 liessen die KVG-Gesellschaften in materieller Hinsicht beantragen, die Verfügungen seien insoweit aufzuheben, als sie sich nicht zur Verwendung des Zuschusses der B. _____ Holding AG an die Beschwerdeführerinnen in der rubrizierten Angelegenheit äusserten und diesen Punkt nicht rechtsverbindlich regelten; die Sache sei zum Entscheid in der Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter seien die Verfügungen aufzuheben, soweit sie sich unter Einbezug der Weisung des BAG vom 23. März 2015 zur Verwendung des Zuschusses seitens der B. _____ Holding AG an die Beschwerdeführerinnen äusserten.

C.c Mit Urteil C-6826/2015, C-6827/2015, C-6835/2015 vom 6. November 2017 wies das Bundesverwaltungsgericht die vereinigten Beschwerden ab und ordnete an, dass die Zuschüsse der B. _____ Holding AG entsprechend der Weisung vom 23. März 2015 rückgängig zu machen seien.

C.d Hiergegen liessen die KVG-Gesellschaften beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen. Mit Urteil 9C_903/2017 vom 21. November 2018 (= BGE 144 V 388) wies das Bundesgericht die Beschwerde ab.

D.

D.a Die Generalversammlung (Universalversammlung) der A. _____ AG vom 29. März 2017 beschloss, ihr Aktienkapital von Fr. 100'000.– durch Ausgabe von 5'000'000 Namensaktien mit einem Nennwert von Fr. 0.01 auf Fr. 150'000.– zu erhöhen; der Ausgabebetrag solle Fr. 2.54 je Aktie betragen und in Geld zu zahlen sein. Der im Anschluss tagende Verwaltungsrat beschloss angesichts der Beschlüsse der Generalversammlung über die ordentliche Kapitalerhöhung, des Vorliegens eines Zeichnungsscheines über die vollständige Zeichnung des neu ausgegebenen Aktienkapitals durch die B. _____ Holding AG für 5'000'000 Namenaktien zu je Nominal Fr. 0.01 zu einem Ausgabepreis von je Fr. 2.54 je Aktie, der schriftlichen Bescheinigung der E. _____ AG über die Hinterlegung von Fr. 12'700'000.– zur alleinigen Verfügung der Gesellschaft und des Kapitalerhöhungsberichts des Verwaltungsrates, die entsprechende Statutenänderung (Beilagen 4 zu BVGer-act. 1). Die Kapitalerhöhung wurde am 4. April 2017 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert (Tagesregister-Nr . [...] vom [...] 2017).

D.b Auf Anzeige der Kapitalerhöhung an das BAG als Aufsichtsbehörde hin stellte dieses am 5. April 2017 der A. _____ AG diverse Nachfragen (Beilage 3 zu BVGer-act. 1), welche von deren Seite am 12. April 2017 beantwortet wurden (Beilage 4 zu BVGer-act. 1).

D.c Am 30. Mai 2017 erliess das BAG folgende Weisung (Beilage 2 zu BVGer-act. 1):

Das BAG weist gestützt auf Art. 34 Abs. 3, Art. 38 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a KVAG die A. _____ AG an,

- die Einschüsse in der Höhe von CHF 12'700'000 innerhalb der Frist bis zum 31. Juli 2017 mit allen damit verbundenen Konsequenzen rückgängig zu machen.

Das BAG weist darauf hin, dass die Verletzung der Vorschriften über das Finanzierungsverfahren und die Rechnungslegung mit einer Busse bis zu CHF 100'000 bestraft werden kann (Art. 54 Abs. 3 Bst. c KVAG).

Wir bitten Sie, uns die erfolgte Rückbuchung gemäss dieser Weisung innerhalb der Frist bis zum 31. August 2017 durch die Revisionsstelle bestätigen zu lassen.

E.

E.a Mit Eingabe vom 28. Juni 2017 erhob die A. _____ AG (*nachfolgend*: Beschwerdeführerin), vertreten durch die Rechtsanwälte Tomas Poledna

und Ralph Trümpler, hiergegen Beschwerde und stellte folgende Anträge (BVGer-act. 1):

1. Die Weisung vom 30. Mai 2017 sei nichtig zu erklären;
2. eventualiter sei die Weisung vom 30. Mai 2017 aufzuheben und sei entsprechend von einer Rückgängigmachung des Einschusses in der Höhe von Fr. 12,7 Mio. aus ordentlicher Kapitalerhöhung und den damit verbundenen Konsequenzen abzusehen;
3. Soweit nebst Eventualantrag Ziff. 2 nötig, sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit den Feststellungen der Vorinstanz in der Weisung vom 30. Mai 2017 Art. 12 KVAG einhält;
4. die Vorinstanz sei anzuweisen, von einer Orientierung der Öffentlichkeit nach Art. 37 KVAG sowie allfälligen weiteren Vollzugsmassnahmen und Sanktionen zumindest bis zur rechtskräftigen Erledigung der vorliegenden Angelegenheit abzusehen, soweit das Vorstehende nicht als durch die aufschiebende Wirkung nach Art. 55 Abs. 1 VwVG abgedeckt angesehen wird;
5. Die Vorinstanz sei vorsorglich für die Verfahrensdauer anzuweisen, von der Rechtmässigkeit des Einschusses in der Höhe von Fr. 12,7 Mio. nach Antrag Ziff. 2 auszugehen, insbesondere mit Blick auf künftig durchzuführende Prämienfestsetzungsverfahren;
6. der unterzeichnende Rechtsanwalt sei vor Abschluss des Verfahrens zur Einreichung seiner Kostennote aufzufordern;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen einschl. MWST.

E.b Mit Zwischenverfügung vom 7. Juli 2017 wurde die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die Säumnisfolgen (Nichteintreten auf die Beschwerde) aufgefordert, einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr.5'000.– zu leisten (BVGer-act. 2). Der einverlangte Kostenvorschuss ging am 14. Juli 2017 in der Gerichtskasse ein (BVGer-act. 4).

E.c Mit Vernehmlassung vom 15. September 2017 stellte die Vorinstanz folgende

Hauptantrag

1. Auf die Beschwerde der A. _____ AG gegen die Weisung vom 30. Mai 2017 sei nicht einzutreten.

Eventualanträge

2. Die Beschwerde der A. _____ AG gegen die Weisung vom 30. Mai 2017 sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Unter der Voraussetzung, dass das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde eintreten sollte, sei dieser die aufschiebende Wirkung zu entziehen.
4. Auf das Feststellungsbegehren gemäss Antrag Ziffer 3 der Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei dieses abzuweisen.
5. Der Antrag gemäss Ziffer 4 der Beschwerde auf Verzicht der Information der Öffentlichkeit durch das BAG sei abzuweisen.
6. Der Antrag auf vorsorgliche Massnahmen gemäss Antrag Ziffer 5 der Beschwerde sei abzuweisen.

Kostenentscheid

7. Unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

E.d In ihrer Replik vom 23. Oktober 2017 liess die Beschwerdeführerin an den materiellen Anträgen (Ziffern 1 bis 4) und den noch nicht behandelten Verfahrensanträgen (Ziffern 5 und 6) festhalten (BVGer-act. 8).

E.e In ihrer Duplik vom 24. November 2017 hielt die Vorinstanz ebenfalls an ihren Rechtsbegehren fest (BVGer-act. 10).

E.f Triplicando liess die Beschwerdeführerin am 20. Februar 2018 an den beschwerdeweise resp. replicando gestellten materiellen und formellen Anträgen festhalten. Ergänzend beantragte sie «die in der Duplik, Rz. 4, erwähnten Akten seien aus dem Verfahren zu weisen und der Beschwerdegegner sei erneut aufzufordern, sämtliche Akten nummeriert und in einem kompletten Aktenverzeichnis dem Gericht einzureichen und der Beschwerdeführerin zur Kenntnis zu bringen» (BVGer-act. 12).

E.g Mit Quadruplik vom 25. September 2018 machte die Vorinstanz weitere Ausführungen und ersuchte das Bundesverwaltungsgericht, den Anträgen gemäss der Vernehmlassung vom 15. September 2017 und der Duplik vom 24. November 2017 unter Mitberücksichtigung der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung stattzugeben. Die Vorinstanz stellte zudem folgende Verfahrensanträge (BVGer-act. 17):

1. Der beschwerdeführerische Antrag unter N 1 der Stellungnahme vom 20. Februar 2018, «die in der Duplik, Rz. 4, erwähnten Akten [...] aus dem Verfahren zu weisen», sei abzuweisen.
2. Der beschwerdeführerische Antrag unter N 1 der Stellungnahme vom 20. Februar 2018, «[das BAG] erneut aufzufordern, sämtliche Akten nummeriert und in einem kompletten Aktenverzeichnis dem Gericht einzureichen und der Beschwerdeführerin zur Kenntnis zu bringen» sei abzuweisen.

E.h Mit prozessleitender Verfügung vom 27. September 2019 liess die Instruktionsrichterin die Stellungnahme der Vorinstanz vom 25. September 2018 der Beschwerdeführerin zur Kenntnis zukommen und schloss den Schriftenwechsel (BVGer-act. 18).

E.i In ihrer unaufgefordert eingereichten Eingabe vom 3. Oktober 2019 machte die Beschwerdeführerin ergänzende Ausführungen (BVGer-act. 19).

E.j Mit prozessleitender Verfügung vom 6. Januar 2020 ging eine Kopie der unaufgefordert eingereichten Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 3. Oktober 2019 zur Kenntnisnahme an die Vorinstanz (B-act. 20).

F.

Auf den weiteren Inhalt der Akten sowie der Rechtsschriften und Beweismittel der Parteien ist – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen (Art. 7 Abs. 1 VwVG [SR 172.021]) und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen).

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt nach Art. 31 VGG (SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme in Bezug auf das Sachgebiet nach Art. 32 VGG vorliegt, was vorliegend nicht der Fall ist. Das BAG gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts.

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

2.

Die Beschwerdeführerin hat vorliegend die «Weisung» des BAG vom 30. Mai 2017 angefochten. Zu prüfen ist vorab, ob ein taugliches Anfechtungsobjekt für eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht vorliegt.

2.1 Vom Ausnahmefall der Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde (Art. 46a VwVG) abgesehen, werden im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht nur Rechtsverhältnisse überprüft, zu denen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich in Form einer Verfügung Stellung genommen hat. Anfechtungsobjekt im Beschwerdeverfahren ist gemäss Art. 44 VwVG eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. Das Vorliegen einer Verfügung bildet unabdingbare Sachurteilsvoraussetzung für ein Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (BGE 130 V 388 E. 2.3; BVGE 2016/28 E. 1.4; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 29 Rz. 2.1 und 2.6). Liegt keine Verfügung vor, fehlt es an einem Beschwerdeobjekt und damit an einer Sachurteilsvoraussetzung (vgl. FELIX UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Rz. 4 zu Art. 5 [*nachfolgend*: Praxiskommentar VwVG]), weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist (vgl. Urteil des BVGer C-520/2012 vom 10. August 2012 E. 1.2).

2.2

Art. 5 Abs. 1 VwVG definiert die Verfügung als Anordnung der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt und die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten (Bst. a), die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder des Umfanges von Rechten oder Pflichten (Bst. b) oder die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren (Bst. c) zum Gegenstand hat.

2.2.1 Als Verfügung zu qualifizieren ist eine hoheitliche, individuell-konkrete, auf Rechtswirkungen ausgerichtete und verbindliche Anordnung einer Behörde, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt, oder eine autoritative und individuell-konkrete Feststellung bestehender Rechte oder

Pflichten (Art. 5 Abs. 1 VwVG; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 855 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 28 Rz. 17). Verfügungen sind den Parteien schriftlich zu eröffnen (Art. 34 Abs. 1 VwVG). Sie sind, auch wenn sie in Briefform ergehen, als solche zu bezeichnen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Im Falle von Unklarheiten über den Verfügungscharakter eines Schreibens ist nicht massgebend, ob die Verwaltungshandlung als Verfügung gekennzeichnet ist oder den gesetzlichen Formvorschriften für eine Verfügung entspricht, sondern, ob sie die vom Verfügungsbegriff geforderten Strukturmerkmale aufweist (BVG 2009/43 E. 1.1.4 ff.; Urteil des BVerfG A-1672/2016 vom 25. Oktober 2016 E. 1.2.1; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 29 Rz. 3). Eine Verfügung muss zwingend auf die Erzeugung von Rechtswirkungen gerichtet sein. Damit eine Verfügung vorliegt, ist entscheidend, dass das Handlungsziel der Behörden die Regelung, d.h. die bewusste, ausdrückliche und verbindliche Gestaltung der Rechtsstellung des Betroffenen sein muss (vgl. Urteile des BVerfG A 2235/2017 vom 11. Juli 2017 E. 1.2 und A 3433/2013 vom 29. Oktober 2014 E. 2.6.3; FELIX UHLMANN, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 5 Rz. 17 ff. und 94). Bei der Frage der Anfechtbarkeit von Akten ist auch dem Rechtsschutzbedürfnis Rechnung zu tragen (vgl. BGE 138 I 6 E. 1.2; Urteile des BVerfG A-4699/2015 vom 11. April 2016 E. 4.1 und A-1725/2015 vom 8. Juni 2015 E. 2.1, je mit Hinweisen).

2.2.2 Verfügungen sind zu unterscheiden von den Erlassen (Rechtssätzen). Dazu zählen Anordnungen generell-abstrakter Natur, die für eine unbestimmte Vielzahl von Personen gelten und eine unbestimmte Vielheit von Tatbeständen regeln, ohne Rücksicht auf einen bestimmten Einzelfall oder auf eine einzelne Person, d.h. die letztliche Allgemeinverbindlichkeit beanspruchen (BGE 139 V 72 E. 2.2.1; 135 II 38 E. 4.3 mit Hinweisen). Ein Rechtssatz begründet Rechte oder Pflichten der Parteien oder regelt die Organisation, Zuständigkeit oder die Aufgaben von Behörden oder das Verfahren (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 340; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., S. 101 Rz. 6 ff.).

2.2.3 Nicht als verbindliche Rechtssätze (Erlasse) gelten die sog. Verwaltungsverordnungen (auch Direktiven, Dienstreglemente, allgemeine Dienstbefehle, Rundschreiben, Kreisschreiben, Zirkulare, Wegleitungen, Anleitungen, Instruktionen). Solche Verwaltungsverordnungen sind Dienst-anweisungen generell-abstrakter Natur, die Regeln für das verwaltungsin-

terne Verhalten von Angestellten beinhalten und ihnen gegenüber als «Innenrecht» verbindlich sind, jedoch grundsätzlich keine Aussenwirkungen entfalten, d.h. die Privaten nicht zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet. Sie dienen vielmehr der Schaffung einer einheitlichen Verwaltungspraxis und sollen den Beamten die Rechtsanwendung erleichtern. Da sie nicht vom verfassungsmässigen Gesetzgeber stammen, sondern von einer Verwaltungsbehörde, können sie keine von der gesetzlichen Ordnung abweichenden Bestimmungen vorsehen (BGE 120 Ia 343 E. 2a S. 345, mit Hinweisen). Sie stellen Meinungsäusserungen über die Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen dar, welche die vorgesetzte Behörde oder die Aufsichtsbehörde im Interesse der gleichmässigen Gesetzesanwendung abgibt. Als solche bedürfen Verwaltungsverordnungen keiner förmlichen gesetzlichen Ermächtigung (FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1983, S. 103). Die rechtsanwendenden Behörden haben sich an Verwaltungsverordnungen nur zu halten, soweit sie den richtig verstandenen Sinn des Gesetzes wiedergeben. Die in Verwaltungsverordnungen vorgenommene Auslegung des Gesetzes unterliegt der richterlichen Nachprüfung. Der Richter soll Verwaltungsverordnungen bei seiner Entscheidung mitberücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen (BGE 109 Ib 205 E. 2 S. 207; 117 Ib 225 E. 4b S. 231, 358 E. 3 S. 364; ROBERT PATRY, Le problème des directives de l'Administration fédérale des contributions, in: ASA 59 S. 28 m.w.H.). Verwaltungsverordnungen sind in der Verwaltungsrechtspflege als solche nicht anfechtbar. Zeitigt eine Verwaltungsverordnung dennoch Aussenwirkungen, indem eine Norm zumindest mittelbar die Rechtsstellung der Privaten berührt, ist sie gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wie eine Rechtsverordnung anfechtbar (vgl. z.B. BGE 122 I 44 E. 2.a). Ausgeschlossen ist jedoch die Anfechtbarkeit, wenn in dem durch die Verwaltungsverordnung geregelten Bereich Verfügungen ergehen, gegen die sich der Betroffene auf dem üblichen Beschwerdeweg zur Wehr setzen kann (BGE 128 I 167 E. 4.3).

2.3

Zunächst ist festzustellen, dass die vorliegend angefochtene Weisung (vgl. Beilage 2 zu BVGer-act. 1) nicht als Verfügung bezeichnet ist und weder ein Dispositiv noch eine Rechtsmittelbelehrung enthält. Unbestritten ist im Übrigen, dass das BAG hoheitlich, einseitig, individuell-konkret und in Anwendung von Bundesrecht gehandelt hat. Bestritten und nachfolgend zu

prüfen ist demgegenüber, ob dadurch Rechte und Pflichten der Beschwerdeführerin tangiert wurden und der Weisung damit materiell Verfügungscharakter zukommt.

2.3.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass es sich bei der Weisung des BAG vom 30. Mai 2017 um eine Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG handle. Insbesondere handle es sich nicht um eine Weisung im Sinne einer innerdienstlichen bzw. organisatorischen Anweisung, welche bloss im Innern eines (besonderen) Rechtsverhältnisses wirkten und keine Rechte und Pflichten von Weisungsempfängern berühre. Die Kombination der Grundlagen, auf welche sich die Vorinstanz stütze – Art. 34 Abs. 3 und Art. 38 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG [SR 832.12]) – lege offen, dass weder tatsächliches oder informelles Verwaltungshandeln noch organisatorische Anordnungen etwa zur einheitlichen Rechtsanwendung angestrebt seien, sondern «sichernde Massnahmen» angeordnet würden, welche ihr (gem. Art. 38 Abs. 2 Bst. a KVAG) die freie Verfügung über ihre Vermögenswerte untersagten. Damit sei der Autonomiebereich der Beschwerdeführerin tangiert, der sich aus der Autonomie in der Prämienfestsetzung, der Freiheit in der Wahl der Rechtsform, der Zulässigkeit von Konzernverhältnissen, und der nicht abschliessenden Regelung der Finanzierungsmöglichkeiten in der OKP ergebe. Der Versicherer könne in seinem Autonomiebereich seine eigenen Vermögenswerte nicht mehr einsetzen. Dies sei ebenso geeignet, seine Position als Träger von Rechten und Pflichten gegenüber dem Staat zu beeinflussen, wie der Umstand, dass ohne gesetzliche Grundlagen Vorschriften über die Handhabung der gewählten Organisationsform gemacht würden. Für die Gewährung von Rechtsschutz reiche aus, dass eine individuelle, schützenswerte Rechtsposition von staatlichem Handeln berührt sei. Auch aus der bisherigen Rechtsprechung ergebe sich, dass aufsichtsrechtliche Anordnungen an die Krankenversicherer als Verfügungen respektive Zwischenverfügungen angesehen würden. Hier liege eine rechtsgestaltende Verfügung vor, welche die Rechte und Pflichten der Beschwerdeführerin in verbindlicher und erzwingbarer Weise regle, was mit der Fristansetzung und Strafandrohung betont werde. Die Vorinstanz wolle durch Rückgängigmachen der Kapitalerhöhung einen aus ihrer Sicht rechtmässigen Zustand wiederherstellen. Ob der dazu vorausgesetzte Eingriff in die Rechte und Pflichten der Beschwerdeführerin zulässig sei, müsse materiell geprüft werden können (BVGer-act. 1, Rz. 4 ff.; BVGer-act. 8, Rz. 6 ff.).

2.3.2 Gemäss der Auffassung der Vorinstanz (Vernehmlassung, Rz. 15 ff.; Duplik, Rz. 21 ff.) könne sie den Krankenversicherern als Durchführungsorgane der sozialen Krankenversicherung Weisungen zur einheitlichen Anwendung des Bundesrechts erteilen. Diese seien keine Verfügungen. Anordnungen der Aufsichtsbehörde an die Versicherer seien nur ausnahmsweise Verfügungen, beispielsweise in den Fällen der Erteilung oder des Entzuges der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung oder der Genehmigung von Prämientarifen. Komme den Krankenversicherern kein gesetzliches Ermessen zu, würden dagegen Weisungen erteilt. In der angefochtenen Weisung habe die Vorinstanz die Unzulässigkeit des Zuschusses festgestellt und die Beschwerdeführerin angewiesen, den ungerechtfertigt kassierten Zuschuss innert Frist «mit allen damit verbundenen Konsequenzen rückgängig zu machen». Dabei sei festgehalten worden, dass die Finanzierungsquellen in der OKP im Gesetz abschliessend geregelt seien, um den fairen Wettbewerb zwischen den Versicherern sicherzustellen. Die Beschwerdeführerin habe ihre Prämientarife nach dem Bedarfsdeckungsverfahren festzusetzen. Der Autonomiebereich der Versicherer bewege sich im gesetzlich und in der Verfassung festgesetzten Rahmen; eine Autonomie ausserhalb des Prämienfestsetzungsverfahrens sei vom Gesetzgeber weder vorgesehen noch erwünscht. Folglich werde die Rückleistung der Zuschüsse nicht in einer (beschwerdefähigen) Verfügung, sondern in einer Weisung angeordnet. Die Beschwerdeführerin agiere nicht als Private, sondern als Durchführungsorgan ausserhalb der Bundesverwaltung (i.S.v. Art. 4 KVAG und Art. 117 BV) zur Durchführung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe und habe dabei spezialgesetzliche Finanzierungsvorschriften missachtet. Sie habe auch keinen Anspruch auf Verwendung der fraglichen Mittel (die nicht ihre eigenen, sondern solche Dritter seien) und könne sich als Durchführungsorgan weder auf Verfassung noch auf das Gesetz berufen. Aus den vorstehend (Bst. B und C) geschilderten Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts ergebe sich, dass ein zwingender Konnex zum Verfahren der Prämien genehmigung nicht notwendig sei; der Qualifikation der dort angefochtenen Weisungen als Zwischenverfügung sei nicht zu folgen, aus dem Urteil des Bundesgerichts könne eine Bestätigung dieser Qualifikation nicht gefolgert werden. Auch aus der weiteren (im einzelnen zitierten) Rechtsprechung sei nichts abzuleiten, da dort jeweils von Zwischen- oder Teilentscheiden mit Blick auf die Prämienfestsetzung ausgegangen worden sei; letztlich gebe es aber kaum einen Bereich in der sozialen Krankenversicherung, der sich nicht als Zwischenschritt zur Prämienfestsetzung verstehen liesse. Eine Befassung mit der Rechtsprechung und ihrer «unnötigen Folgen» erübrige sich jedoch, da eine Prüfung der Weisung als Vorfrage zur Prämienfestsetzung 2018

aus zeitlichen Gründen ausser Betracht falle. Es müsse dem Gericht jedoch möglich sein, die gegenständliche Weisung «materiell (vor-) zu prüfen, wodurch es aber keineswegs gehindert [werde], auf die Beschwerde in der Folge nicht einzutreten. Die materielle Prüfung [könne] kein Anlass sein, die Weisung vorab zur Zwischenverfügung umzudeuten und den Versicherungspflichtigen (und dem BAG) im Rahmen des Prämiengenehmigungsverfahrens die Konsequenzen daraus zu überlassen» (Vernehmlassung, Rz. 26). Auch die (bestrittene) Nichtigkeit würde ein Eintreten auf die Beschwerde nicht rechtfertigen. Soweit die Beschwerdeführerin auf Mittel zugreifen wolle, die ausserhalb der gesetzlich vorgesehenen Finanzierung lägen, sei sie nicht berührt. Der «einengenden Betrachtungsweise» der Beschwerdeführerin über die Weisungsbefugnis der Vorinstanz gestützt auf das KVAG sei nicht zu folgen, denn dieses Gesetz habe die Aufsicht stärken wollen. Ausserhalb des Autonomiebereichs der Kassen habe die Vorinstanz das Recht mittels Weisung die Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes zu erreichen. Den Weg der «Weisung» beschreite das BAG «ausschliesslich in den Bereichen, wo es die Rechtsauffassung [vertrete], dass die Aufsichtsunterworfenen das Gesetz verletzen» (Duplik, Ziff. 27); es sei verfehlt, über verweigerten Rechtsschutz zu klagen, hätte der Beschwerdeführerin doch offen gestanden, nach der Weisung eine Feststellungsverfügung i.S.v. Art. 25 VwVG zu beantragen. In diesem Rahmen hätte sie auch das rechtlich geschützte Interesse an den fraglichen Zuschüssen nachzuweisen gehabt (Duplik, Ziff. 30).

2.4

2.4.1 Krankenkassen sind juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts, die keinen Erwerbszweck verfolgen und die soziale Krankenversicherung nach dem KVG durchführen (Art. 2 Abs. 1 KVAG). Diese erfüllen als Durchführungsorgane der sozialen Krankenversicherung Bundesverwaltungsaufgaben im Bereich des Vollzugs des KVG (vgl. Art. 178 Abs. 3 BV [SR 101]).

2.4.2 Die Aufsichtsbehörde überwacht die Durchführung der sozialen Krankenversicherung (Art. 34 Abs. 1 KVAG). Sie wacht darüber, dass die Bestimmungen des KVAG und des KVG eingehalten werden (Bst. a). Sie prüft, ob Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit geboten wird (Bst. b). Sie wacht über die Einhaltung des Geschäftsplans (Bst. c) und darüber, dass die Versicherer solvent sind, die Reserven und Rückstellungen vorschriftsgemäss bilden, die Vermögenswerte ordnungsgemäss verwalten und anlegen sowie die gesamten Kapitalerträge der sozialen Krankenver-

sicherung zukommen lassen (Bst. d). Sie schützt die Versicherten vor Missbräuchen (Bst. e). Die Aufsichtsbehörde kann den Versicherern Weisungen zur einheitlichen Anwendung des Bundesrechts erteilen und bei ihnen Inspektionen durchführen. Diese können auch unangekündigt durchgeführt werden. Die Versicherer haben dem Bundesamt freien Zugang zu sämtlichen ihm im Rahmen der Inspektion als relevant erachteten Informationen zu verschaffen (Art. 34 Abs. 3 KVAG). Die Versicherer sind verpflichtet, der Aufsichtsbehörde jährlich Angaben über die Daten zu machen, die im Rahmen ihrer Tätigkeit im Bereich der sozialen Krankenversicherung anfallen. Die Aufsichtsbehörde kann diese Angaben auch häufiger verlangen (Art. 35 Abs. 2 KVAG). Die Versicherer müssen der Aufsichtsbehörde zudem unverzüglich Vorkommnisse melden, die für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung sind (Art. 35 Abs. 3 KVAG). Missachtet ein Versicherer die gesetzlichen Vorschriften, kommt er den Anordnungen der Aufsichtsbehörde nicht nach oder scheinen die Interessen der Versicherten anderweitig gefährdet, so ergreift das Bundesamt je nach Art und Schwere der Mängel die in Art. 38 KVAG vorgesehenen Massnahmen. Dabei kann es unter anderem die freie Verfügung über die Vermögenswerte des Versicherers untersagen (Bst. a) und deren Hinterlegung oder Sperre anordnen (Bst. b).

2.4.3 Bei der Wahl der Sanktionen gegenüber den Krankenversicherungen ist der Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten. Es muss die mildeste aufsichtsrechtliche Massnahme ausgesprochen werden, die zur Erreichung des aufsichtsrechtlich angestrebten Zieles führt; weitergehende Massnahmen wären unverhältnismässig. Genügt mit anderen Worten eine Weisung oder Ermahnung (Warnung), so wäre es unverhältnismässig, eine Ersatzvornahme durchzuführen oder gar die Bewilligung zu entziehen (Urteil des BGer K 133/03 vom 7. Mai 2004 E. 3 mit Hinweisen).

2.5

Die Aufsicht des Bundes über die Krankenversicherung stützte sich ab dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG, SR. 832.1) am 1. Januar 1996 bis zum Inkrafttreten des KVAG am 1. Januar 2016 namentlich auf Art. 21 KVG (vgl. Botschaft KVAG, BBI 2012 1941 ff., 1946). Bereits im Jahr 1997 hatten sich das Eidgenössische Versicherungsgericht (Urteil vom 6. Juni 1997, RKUV 1997/4, S. 216 ff., KV 7 [*nachfolgend*: RKUV 1997/7]) und der Bundesrat (Entscheid vom 22. Oktober 1997, RKUV 1997/6, 399 ff, KV 18 [*nachfolgend*: RKUV 1997/18]) vor dem Hintergrund der so geregelten Aufsicht mit der Rechtsnatur der Aufsicht des Art. 21 KVG (in der ursprünglichen Fassung, vgl. AS 1995 1334) auseinanderzusetzen. Wie bereits ausgeführt wurde, ist die Durchführung

der sozialen Krankenversicherung demgemäss eine öffentliche Aufgabe des Bundes (vgl. E. 2.4.1 hiervor). Sie wird von Versicherern wahrgenommen, die als Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung stehen. In Erfüllung dieser Aufgabe treten sie hoheitlich auf und sind als Behörden zu betrachten (RKUV 1997/18 E. II.5 Ingress). Die Aufsicht des Bundes über die Versicherer ist damit eine direkte Verbandsaufsicht über die Versicherer als Durchführungsorgane (RKUV 1997/7 E. 2a). Anordnungen im Rahmen der Verbandsaufsicht wirken – analog dienstlichen Anordnungen – allgemein gesprochen in erster Linie im staatlichen Innenraum. Rechtliche Aussenwirkung und damit Verfügungscharakter kommt ihnen damit nur ausnahmsweise zu, nämlich dann, wenn der dezentrale Verwaltungsträger von der konkreten Anordnung in seinem Autonomiespielraum oder wie eine Privatperson betroffen ist oder wenn die Aufsichtsmassnahme in einer direkten aussenwirksamen Handlung besteht, etwa bei einer Ersatzvornahme (MARKUS MÜLLER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), VwVG. Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, Art. 5 VwVG, Rz. 47 und 44). Fragen im Zusammenhang mit der Finanzierung der OKP als hoheitliche Tätigkeit tangieren zwar Vermögensinteressen der Versicherer, betreffen sie aber nicht in ihrer Eigenschaft als Eigentümer von Gegenständen des Finanz- und Verwaltungsvermögens und sie stehen dem Bund als Aufsichtsbehörde nicht als Privatpersonen auf dem Boden des Privatrechts, sondern als Hoheitsträger im öffentlichen Bereich gegenüber (RKUV 1995/18 E. II.5 unter Übernahme der Rechtsprechung zum vor Inkrafttreten des KVG geltenden Recht gemäss BGE 112 Ib 356 E. 5.b und 5.c). Versicherungsträger im Bereich der OKP können somit Anordnungen der Aufsichtsbehörde grundsätzlich nicht als Verfügung anfechten, es sei denn, es stehe ihnen im betreffenden Sachbereich gesetzlich eingeräumte Autonomie zu (RKUV 1997/7 E. 2.c; RKUV 1997/18 E. 5.2). Angesichts der vollständigen und detaillierten Regelung der OKP durch das KVG – und nun durch das KVAG – ist davon auszugehen, dass das vor dem Inkrafttreten des KVG geltende Autonomieprinzip der Krankenversicherer gänzlich dahingefallen ist; in Bereichen, in denen das Gesetz den Versicherern nicht ausdrücklich Autonomie zugesteht, gilt grundsätzlich das Legalitätsprinzip (Urteil des BGer 9C_582/2016 vom 16. Januar 2017 E. 6). Autonomie besteht insbesondere (wenn auch eingeschränkt) bezüglich der Gestaltung der Prämientarife, weshalb deren Genehmigung mittels anfechtbarer Verfügung erfolgt (RKUV 1997/18 E. 6 f., insb. E. 7.2). Im Übrigen gelten Anordnungen der Aufsichtsbehörde gegenüber Versicherern in deren Eigenschaft als Durchführungsorgan der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) nicht als anfechtbare Verfügungen gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG (RKUV 4/1997 S. 216 ff. und RKUV 6/1997 S. 399

ff.; Urteil des BVGer C-5735/2011 vom 21. Oktober 2013 E. 2.1; SÄGESER, in: Basler Kommentar, Krankenversicherungsgesetz, Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, 2020, Art. 35 KVAG, Rz. 20 m.w.H.).

2.6

2.6.1 Aufgrund des Bestehens eines Ungleichgewichts zwischen Prämien der OKP und den Kosten für die medizinischen Leistungen in einigen Kantonen 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, 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]). Gemäss aArt. 106a Abs. 1 KVG – aufgehoben (wie auch weitere nachfolgend mit «a» gekennzeichnete Bestimmungen des KVG) durch Anhang Ziff. 2 KVAG – bezahlten 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 BAG zur Genehmigung zu unterbreiten und die Versicherten transparent darüber zu informieren (Abs. 4).

2.6.2 Im Rahmen der Analyse der provisorischen Berichterstattung zum Geschäftsjahr 2014 stellte das BAG fest, dass die B. _____ Holding AG Zuschüsse in der Höhe von Fr. 8,5 Mio. in die Beschwerdeführerin sowie zwei weitere Tochtergesellschaften geleistet hatte zur Finanzierung der Umsetzung der sog. Prämienkorrektur nach aArt. 106a KVG und Steigerung der Solvenz einzelner KVG-Gesellschaften. 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 aArt. 21 Abs. 3, 5 und 5^{bis} KVG auf, aArt. 13 Abs. 2, aArt. 60 Abs. 2 und aArt. 106a Abs. 3 KVG im Sinne der Erläuterungen einzuhalten und die erhaltenen Zuschüsse bis Ende April 2015 rückgängig zu machen. Die vorsätzliche oder fahrlässige Zuwiderhandlung

würde gegen die Weisungen mit Busse bis zu Fr. 5'000.– bestraft (aArt. 93a Abs. 1 Bst. b KVG) und die Öffentlichkeit könne über die zu treffende Massnahme informiert werden. 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).

2.6.3 Das Bundesverwaltungsgericht ist mit Urteil C-2542/2015, C-2557/2015 und C-2552/2015 vom 7. September 2015 auf die gegen die «Weisungen» des BAG vom 23. März 2015 erhobenen Beschwerden wegen Fehlens eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils im Sinn von Art. 46 Abs. 1 Bst. a und b VwVG (E. 3.2 f.) nicht eingetreten. In diesem Zusammenhang erwog das Bundesverwaltungsgericht insbesondere, die angefochtene «Weisung» stelle lediglich einen Schritt auf dem Weg zu Endentscheiden betreffend Genehmigung der OKP Prämien 2016 im Sinne von Art. 106a KVG dar. Das BAG bezwecke damit, dass ihm Gesuche unterbreitet würden, die es ohne Weiterungen abschliessend mit entsprechenden Endentscheiden genehmigen könne (E. 2.3).

2.6.4 Die dagegen erhobenen Beschwerden wies das Bundesgericht mit Urteil 9C_742/2015 vom 5. Juli 2016 ab, soweit es darauf eintrat. In der Urteilsabwägung 3.2.2.2 führt das Bundesgericht wörtlich was folgt aus: «Vor dieser im angefochtenen Entscheid einlässlich dargestellten Rechtslage hat das Bundesverwaltungsgericht die Weisungen der Beschwerdeführerin vom 23. März 2015 als ‚Schritt auf dem Weg‘ zu einem Endentscheid betreffend Prämien genehmigung im aufgezeigten Sinne – und damit als Zwischenverfügungen – eingestuft und die Beschwerdeführerinnen auf das entsprechende (Haupt-)Verfahren verwiesen. Steht es den Beschwerdeführerinnen nach den Ausführungen der Vorinstanz somit offen, ihre Einwendungen betreffend den durch die Weisungen des BAG untersagten Reservetransfer im betreffenden Prämien genehmigungsverfahren einzubringen, ist nicht erkennbar, inwiefern ihnen durch den Nichteintretensentscheid ein nicht wiedergutzumachender rechtlicher Nachteil gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG erwachsen sollte. Jedenfalls springt ein solcher

nicht geradezu in die Augen. Anzumerken bleibt, dass das Bundesverwaltungsgericht diesen – seinen – Erwägungen im Rahmen des bereits bei ihm anhängig gemachten, zur Zeit sistierten Prämien genehmigungsprozesses Rechnung zu tragen haben wird. Die Beschwerdeführerinnen haben Anspruch darauf, dass darin auf ihre gegen die Rechtmässigkeit der Weisungen der Beschwerdegegnerin vom 23. März 2015 vorgebrachten Argumente eingegangen wird (vgl. Art. 93 Abs. 3 BGG).»

2.6.5 Diese Rechtsprechung kann indes nicht ohne Weiteres auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden. So erfolgte die Kapitalerhöhung vom 29. März 2017, insbesondere die Liberierung mit einem erheblichen Agio, nicht mit Blick auf die dereinst zu genehmigenden Prämien (des Jahres 2018), sondern zur nachhaltigen Verbesserung der Solvenz der Beschwerdeführerin (vgl. Schreiben der Beschwerdeführerin an das BAG vom 12. April 2017, Beilage 4 zu BVGer-act. 1). Die angefochtene Weisung stellt somit gerade nicht «einen Schritt auf dem Weg [zum] Endentscheid» «betreffend Genehmigung der OKP-Prämien» (Urteil BVGer C-2542/2015, C-2557/2015, C-2552/2015, E. 2.3) dar. Die Frage der Zulässigkeit der Zuschüsse durch die Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin war denn auch nicht Gegenstand des nunmehr abgeschlossenen Verfahrens über die Genehmigung der Prämientarife 2018. Die entsprechende Verfügung des BAG vom 26. September 2017 über die Prämientarife 2018 ist unanagefochten in Rechtskraft erwachsen (vgl. Beilage 15 zu BVGer-act. 10).

2.7

Es ist demnach im Folgenden zu prüfen, über welchen Autonomiebereich die Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Erbringerin von Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Rahmen ihrer Finanzierung verfügt.

2.7.1 Mit Urteil C-6826/2015, C-6827/2015, C-6835/2015 vom 6. November 2017 hielt das Bundesverwaltungsgericht insbesondere fest, dass «[...] die finanzielle Autonomie der Krankenversicherer und deren wettbewerbsrechtliche Vorgehensweise durch die gesetzlichen Grundlagen des KVG beschränkt [ist]. Mit Blick auf die individuelle rechtliche Ausgestaltung von Unternehmungen resp. juristischen Personen bedeutet dies, dass auch durch gesellschaftsrechtliche Konstrukte, im vorliegenden Fall einer Holding-Gesellschaft, das geltende Finanzierungsverfahren und die beschränkte finanzielle Autonomie nicht unterlaufen werden dürfen. Daran hat auch das am 1. Januar 2016 in Kraft getretene KVAG nichts geändert. Dies verdeutlichen die Ausführungen in der Botschaft zum Bundesgesetz

betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung vom 15. Februar 2012 zu Art. 11 des Entwurfs KVAG (BBL 2011 1941 S. 1962; Art. 12 KVAG): «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 in den 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».

2.7.2 Das Bundesgericht bestätigte den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts mit BGE 144 V 388 und hielt wörtlich fest: «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» [...], 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 [...]. Eine (indirekte) Quersubventionierung der sozialen Krankenversicherung durch Mittel aus dem VVG-Bereich ist

ausgeschlossen. [...] Wie die 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. [...] 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. [...] Es steht damit [...] 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.»

2.7.3 Nach dem Gesagten ist aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sowie deren höchstrichterlicher Bestätigung festzuhalten, dass die Finanzierung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gesetzgeberisch abschliessend geregelt wird und demnach der Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Tätigkeit als Versicherer diesbezüglich keine Privatautonomie mehr zukommen kann. Es besteht vorliegend kein Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Im vorliegenden Fall gelangte das BAG zur Ansicht, der Zuschuss der B. _____ Holding AG als Muttergesellschaft an die Beschwerdeführerin als deren Tochtergesellschaft widerspreche den abschliessenden, gesetzlichen Finanzierungsvorschriften des KVAG. Unter diesen Umständen war es berechtigt und verpflichtet, in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde über die Krankenversicherer gestützt auf Art. 34 Abs. 3 und 38 Abs. 1 KVAG einzugreifen und die Beschwerdeführerin anzuweisen, den gesetzmässigen Zustand wiederherzustellen. Soweit es dies tat, griff das BAG mit seiner Weisung nicht in die Privatautonomie des Versicherers ein. Insbesondere tangiert die vorliegend umstrittene Weisung auch die Wahlfreiheit des Versicherers nicht,

sich in einer Konzernstruktur nach den Vorschriften des OR (SR 220) zu organisieren. Eine Berufung auf die Konzernleitungspflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR geht indes mit Blick auf den Vorrang der zwingenden Regelungen des KVG und dessen Ausführungsverordnungen als spezialgesetzliche Normen gegenüber den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des OR fehl. Auch kann sich die Beschwerdeführerin nicht auf ihren angestammten Autonomiebereich betreffend die Prämienfestsetzung und die diesbezügliche Verwendung ihrer eigenen Vermögenswerte berufen (vgl. BVGer-act. 1, Rz. 10), handelt es sich bei den betroffenen Vermögenswerten in der Höhe von Fr. 12,7 Mio. gerade nicht um eigene Vermögenswerte der Beschwerdeführerin, sondern um einen Zuschuss ihrer Muttergesellschaft. Folglich wies das BAG als Aufsichtsbehörde die Beschwerdeführerin als Durchführungsorgan der sozialen Krankenversicherung lediglich an, den erfolgten Zuschuss rückgängig zu machen. Damit fehlt es der angefochtenen Weisung des BAG vom 30. Mai 2017 an Verfügungscharakter und es ist auf die Beschwerde mangels eines tauglichen Anfechtungsobjekts nicht einzutreten.

3.

Betreffend die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Nichtigkeit der angefochtenen Weisung vom 30. Mai 2017 ergibt sich schliesslich was folgt:

3.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, es sei nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 136 II 415 E. 1.2) selbst dann auf die Beschwerde einzutreten, wenn es an einem Anfechtungsobjekt fehlt, soweit Nichtigkeit geltend gemacht werde und infolge Berührtseins der Beschwerdeführerin in deren tatsächlichen Verhältnissen das Bedürfnis nach Rechtsschutz bestehe. Es werde vorliegend die Nichtigkeit der strittigen Weisung geltend gemacht und die Beschwerdeführerin sei offensichtlich in ihren finanziellen Interessen berührt (BVGer-act. 1, Rz. 17). Die materielle Beurteilung ergebe, dass das BAG die gesetzliche Frist von acht Wochen gemäss Art. 8 Abs. 2 KVAG nicht eingehalten habe und entsprechend gar nicht über den bereits von Gesetzes wegen bewilligten Zustand verfügen respektive diesen nun nicht widerrufen könne (BVGer-act. 1, Rz. 28 ff. und 70).

3.2

3.2.1 Liegt kein zulässiges Anfechtungsobjekt vor, so ist grundsätzlich auf die Beschwerde ohne jede materielle Prüfung nicht einzutreten. Indessen ist bei Vorliegen eines entsprechenden Rechtsschutzbedürfnisses zu untersuchen, ob sich die Vereinbarung nicht als geradezu nichtig erweist.

Fehlerhafte Entscheide sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (sog. Evidenztheorie). Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht. Inhaltliche Mängel einer Entscheidung führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit. Die Nichtigkeit eines Entscheides ist von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden jederzeit von Amtes wegen zu beachten (BGE 145 IV 197 E. 1.3.2; 138 II 501 E. 3.1; BVGE 2015/15 E. 2.5.2).

Zusammengefasst müssen für die Annahme der Nichtigkeit kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sein:

1. Der Mangel muss besonders schwer wiegen;
2. er muss zudem offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar sein;
3. die Rechtssicherheit darf durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet werden.

3.2.2 Vorliegend kann von Nichtigkeit der Weisung keine Rede sein. Ebenfalls kann offenbleiben, ob es sich beim Schreiben der Beschwerdeführerin vom 29. März 2017 (Beilage 4 zu BVGer-act. 6) an das BAG um ein Gesuch um Änderung von Geschäftsplanelementen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b-f, j, o und p KVAG handelt. So geht aus der Botschaft zu Art. 8 Abs. 2 KVAG hervor, dass die Aufsichtsbehörde «ihre Bedenken innert acht Wochen nach der Mitteilung durch die Krankenkasse darlegen» muss (BBl 2012 1941 ff., S. 1961). Mit Schreiben vom 5. April 2017 (Beilage 3 zu BVGer-act. 1 = Beilage 6 zu BVGer-act. 6) zeigte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin erste Bedenken an und forderte diese zur Beantwortung von Fragen und Einreichung entsprechender Dokumente, nahm also gerade eine «Prüfungseinleitung» (vgl. BVGer-act. 1, Rz. 29; siehe dazu auch die entsprechende Kommentierung des Basler Kommentars, der ebenfalls von der Einleitung einer Prüfung ausgeht: LACHER/VON ZEDWITZ, in: Basler Kommentar, Krankenversicherungsgesetz, Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, 2020, Art. 8 KVAG, Rz. 15) vor. Damit erscheint eine allfällige gesetzliche Genehmigung aufgrund des Verstreichens der achtwöchigen Frist gemäss Art. 8 Abs. 2 KVAG (vgl. BVGer-act. 1, Rz. 70) nicht bereits offensichtlich und damit eindeutig und augenfällig eingetreten zu sein, womit es bereits hier an den Voraussetzungen für die Annahme der

Nichtigkeit der Weisung fehlt. Weitere Nichtigkeitsgründe sind indes nicht ersichtlich.

4.

Insgesamt ist damit mangels eines tauglichen Anfechtungsobjekts auf die Beschwerde nicht einzutreten. Die materiellen Einwände der Beschwerdeführerin gegen Weisung des BAG an sich sind daher nicht zu prüfen. Bei diesem Verfahrensausgang erübrigt sich aus prozessrechtlichen Gründen auch die Prüfung der noch offenen Verfahrensanträge (Ausschluss der in der Duplik, Rz. 4, erwähnten Akten; Beizug weiterer vorinstanzlicher Akten).

5.

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

5.1 Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind vorliegend auf Fr. 3'000.– festzusetzen und der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Dieser Betrag wird dem Kotenvorschuss in der Höhe von insgesamt Fr. 5'000.– entnommen. Der Restbetrag (Fr. 2'000.–) ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

5.2 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 und Art. 7 Abs. 1 VGKE). Keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben Bundesbehörden und, in der Regel, andere Behörden, die als Parteien auftreten (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Der obsiegenden Vorinstanz ist demzufolge keine Parteientschädigung zuzusprechen.

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

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Rechtsbegehren Nr. 4, 5 und 6 der Beschwerde sowie die prozessualen Anträge der Beschwerdeführerin, «die in der Duplik, Rz. 4, erwähnten Akten seien aus dem Verfahren zu weisen» und es sei «[das BAG] erneut aufzufordern, sämtliche Akten nummeriert und in einem kompletten Aktenverzeichnis dem Gericht einzureichen und der Beschwerdeführerin zur Kenntnis zu bringen», werden als gegenstandslos abgeschrieben.

3.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von insgesamt Fr. 5'000.– entnommen. Der Restbetrag (Fr. 2'000.–) wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

4.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahlungsadresse)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement des Innern (Einschreiben)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Viktoria Helfenstein

Rahel Schöb

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 Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift 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: