

Zusammenfassung des Gutachtens von Prof. Dr. iur. Ueli Kieser zum Entwurf einer Verordnung über die Aufsicht in der Krankenversicherung (E-KVAV)

Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) legte im März 2015 einen Entwurf für eine vom Bundesrat zu verabschiedende KVAV vor (= E-KVAV). Dieser Entwurf wird im Gutachten von Prof. Kieser kritisch untersucht. Das Gutachten zeigt zunächst, dass in der Sozialversicherung eine einheitliche Aufsicht im Vordergrund steht; die wichtigsten Elemente dieser Aufsicht werden in Art. 76 und Art. 77 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) genannt. Falls für einen einzelnen Sozialversicherungszweig – hier die Krankenversicherung – eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Regelung eingeführt werden soll, muss dies sachlich begründet sein. Sachlich begründet ist es etwa, die Aufsicht in der beruflichen Vorsorge intensiver auszugestalten, weil hier die Vorsorgeeinrichtungen Reglemente erlassen können, welche von der Aufsichtsbehörde überprüft werden müssen. In der Krankenversicherung verhält es sich aber gerade nicht so.

Die Krankenversicherung ist durchnormiert und schützt die Versicherten in guter Weise. Die Versicherten können die Krankenversicherung ohne Einschränkung wechseln. Die Leistungen, welche gewährt werden müssen, sind gesetzlich genau festgelegt. Falls die Versicherten mit einer Entscheidung der Krankenversicherung nicht einverstanden sind, können sie die Entscheidung in einem einfachen und raschen Gerichtsverfahren überprüfen lassen. Bei dieser Ausgangslage drängt sich wenig auf, die Aufsicht in der Krankenversicherung strenger auszugestalten als beispielsweise in der Unfallversicherung. Der Entwurf einer Verordnung über die Aufsicht in der Krankenversicherung geht ohne Begründung viel weiter als die Regelung der Aufsicht in der Unfallversicherung.

Das Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG) ist ein wenig geglücktes Gesetz, welches Aufsicht und Durchführungsmaßnahmen vermischt. Die Vollzugsverordnung, welche im Entwurf vorliegt, sollte bei dieser Ausgangslage besonders sorgfältig ausgestaltet sein und klar zwischen Aufsicht des BAG und (Mit-)Beteiligung des BAG an der Versicherungsdurchführung unterscheiden. Die Sorgfalt der Rechtsetzung lässt die E-KVAV vermissen.

Der Entwurf des BAG zu einer KVAV enthält eine Reihe von Schwachpunkten. Das Gutachten von Prof. iur. Ueli Kieser nennt neun Elemente:

Kritik 1: Überreguliert

Die Bestimmungen der E-KVAV berücksichtigen ungenügend, dass eine besondere Form der Aufsicht – nämlich die Aufsicht einer Bundesbehörde über ein aussenstehendes Unternehmen – geregelt werden muss. Die Verordnung zeichnet sich vielmehr immer wieder durch Elemente aus, welche für die Aufsicht einer oberen Behörde über eine untere Behörde typisch sind. Bei der Aufsicht über ein aussenstehendes Unternehmen – wie es die Krankenversicherungen sind – muss immer berücksichtigt werden, dass der Gesetzgeber den betreffenden Unternehmen typischerweise eine erhebliche Freiheit gewährt hat; die Aufsicht darf nicht so ausgestaltet sein, dass damit die vom Gesetz gewährte Freiheit gerade wieder eingeschränkt wird.

Beispiel: Insbesondere im Bereich der Erteilung von Auskünften gehen die Bestimmungen der E-KVAV weit über das Notwendige hinaus und verletzen das Verhältnismässigkeitsprinzip. So kann die Aufsichtstätigkeit des BAG nicht einschliessen, dass die Krankenversicherer zur Bereitstellung von Entscheidungsgrundlagen für Gesetzesänderungen systematisch Daten von allen Versicherten zu liefern haben (so aber Art. 82 Abs. 1 lit. j E-KVAV).

Kritik 2: Vermischt Aufsicht und Geschäftsführung in unzulässiger Weise

Die E-KVAV verkennt zuweilen die gerade erforderliche Abgrenzung zwischen Aufsichtstätigkeit und Regelung von organisatorischen Fragen. Insgesamt zeigt die Analyse der E-KVAV, dass die Verordnung ungenügend unterscheidet zwischen den verschiedenen Bereichen, welche je unterschiedliche Regelungen erfordern.

Beispiele:

- Art. 82 Abs. 1 lit. i und lit. j E-KVAV betreffen offensichtlich nicht den Aufsichtsbereich, sondern die eigentliche Rechtsetzung. In diesem Bereich von den Krankenversicherern die systematische Übermittlung von Daten zu verlangen, ist vom Gesetz nicht vorgesehen.
- In Art. 82 Abs. 1 lit. h E-KVAV wird Zweck der Datenverarbeitung durch das BAG die „Festlegung der versicherungsmathematisch korrekten Prämienrabatte“ genannt. Hier wird vollständig übergangen, dass die Bestimmung der Prämienrabatte Aufgabe der der Krankenversicherer ist.

Kritik 3: Berücksichtigt Grundentscheidungen des Krankenversicherungsgesetzes nicht

Die E-KVAV spiegelt nicht, dass die Grundentscheidungen des Krankenversicherungsgesetzes – etwa die unternehmerische Freiheit der Krankenversicherer in organisatorischen Bereichen oder der Wettbewerbsgedanke – durch die Aufsichtstätigkeit gefördert werden sollen.

Beispiele:

- *Art. 27 E-KVAV ordnet die Prämienfestlegung bis in weit gehende Einzelheiten. Grundsätzlich fällt dieser Vorgang in den Autonomiebereich der Krankenversicherer und stellt einen zentralen Bereich des durch das Gesetz gewährleisteten Wettbewerbs dar.*
- *Art. 38 E-KVAV geht auf die Verwaltungskosten ein. Bei den Verwaltungskosten liegt ein Bereich vor, in welchem – gerade typischerweise – die Autonomie der Krankenversicherer spielt. Insbesondere muss auch beachtet werden, dass die Versicherten die Versicherung wechseln können, wenn sie die Prämie (welche ja auch mitbestimmt wird durch die Verwaltungskosten) als zu hoch empfinden. Insoweit müsste eine gesetzliche Grundlage dafür erkennbar werden, dass die Aufsichtsbehörde sich vertiefter mit den Verwaltungskosten beschäftigt. Eine solche Grundlage ist aber nicht erkennbar.*

Kritik 4: Ist unverhältnismässig

Die Bestimmungen der E-KVAV lassen nicht erkennen, dass bei der Wahl zwischen unterschiedlichen Aufsichtsformen immer diejenige Form zu wählen ist, welche mit der geringsten Eingriffswirkung verbunden ist. Die Tragweite des – zentralen – Verhältnismässigkeitsprinzips wird bei der Analyse der einzelnen Bestimmungen der E-KVAV nicht erkennbar.

Beispiele:

- *Art. 27 E-KVAV, welche Bestimmung die Prämienfestlegung bis in weit gehende Einzelheiten ordnet, geht bezüglich der Einzelheiten der Prämienfestlegung zu weit und verletzt deshalb das Verhältnismässigkeitsprinzip.*
- *In Art. 40 E-KVAV wird festgelegt, dass über die Unternehmensführung interne Richtlinien zu erlassen und der Aufsichtsbehörde zuzustellen sind. Dabei stellt sich die Frage, ob damit das Verhältnismässigkeitsprinzip gewahrt wird. Es wird nicht begründet, weshalb zusätzlich hinzutretende interne Richtlinien zwingend ausgearbeitet und zudem der Aufsichtsbehörde zugestellt werden müssen. Damit wird ein zentrales Moment der Autonomie der Krankenversicherer betroffen.*
- *Art. 43 Abs. 1 E-KVAV schliesst in weiten Bereichen Doppelmandate aus; die Bestimmung geht über den gesetzlichen Rahmen hinaus. Das KVAG will zwar auch das Doppelmandat verhindern, bezieht sich aber nicht auf beliebige Personen innerhalb der Organe, sondern allein auf den Vorsitzenden oder die Vorsitzende.*

- *Art. 49 E-KVAV bezieht sich auf die Dokumentation des Risikomanagements und legt fest, dass die betreffende Dokumentation der Aufsichtsbehörde kontinuierlich zuzustellen ist. Diesbezüglich ist wenig ersichtlich, weshalb diese Daten laufend der Aufsichtsbehörde zu übermitteln sind. Die Bestimmung geht mit der laufenden Zustellung an die Aufsichtsbehörde offensichtlich über dasjenige hinaus, welches unbedingt erforderlich ist, um der Aufsichtsbehörde zu ermöglichen, das Risikomanagement hinreichend beaufsichtigen zu können.*

Kritik 5: Geht über das Gesetz hinaus

Die E-KVAV vollzieht ein Gesetz, welches seinerseits sehr detailliert ist und wichtige Fragen klärt. Insoweit ist schwer nachvollziehbar, dass die Vollzugsverordnung sich nicht auf eine Regelung der zwingend zu entscheidenden Vollzugsfragen beschränkt, sondern zusätzliche Bereiche aufgreift.

Beispiel: *In Art. 9 Abs. 2 E-KVAV wird festgelegt, dass Krankenversicherer keine „Schenkungen“ entgegennehmen dürfen. Dieses Verbot hat keine gesetzliche Grundlage.*

Kritikpunkt 6: Schafft Rechtsunsicherheit

Die E-KVAV verwendet Begriffe, welche einen schwer fassbaren Gehalt haben und nicht mit den üblicherweise verwendeten Begriffen in Übereinstimmung stehen. Damit wird die Rechtsunsicherheit gefördert.

Beispiele:

- *Art. 9 Abs. 1 E-KVAV spricht von den „Erträgen“ und meint damit offensichtlich die Einnahmen.*
- *Nach Art. 34 Abs. 2 E-KVAV wird von der Aufsichtsbehörde der Entscheid über den Ausgleich von zu hohen Prämieinnahmen dem betreffende Kanton mitgeteilt. Hier wird sich die Frage stellen, ob damit eine Rechtsmittelbefugnis des betreffenden Kantons entsteht.*
- *Art. 46 Abs. 1 E-KVAV regelt die „Interessenkonflikte“ – ein ganz unbestimmter Begriff. Die Bestimmung will ferner festlegen, dass die Mitglieder der Leitungsorgane ihre „persönlichen Verhältnisse“ so zu ordnen haben, dass kein Konflikt mit den Interessen der Krankenversicherung entsteht. Das ist wiederum ein ganz unbestimmter Begriff, der in seinen Auswirkungen unfassbar ist.*

Kritik 7: Ist nicht sachgerecht

Die E-KVAV stellt auch für solche Bereiche fixe Grenzen auf, bei denen es um die Umsetzung von allgemeinen Prinzipien und Grundsätzen geht. Die Verordnung erschwert damit die Versicherungsdurchführung, engt sie ein und führt zu zufällig anmutenden Ergebnissen.

Beispiele:

- *In Art. 9 Abs. 1 E-KVAV wird verlangt, dass „sichergestellt“ sein muss, dass die Erträge den Bedarf für jedes Geschäftsjahr decken. Dieses fixe Erfordernis kann sinnvollerweise gar nicht erfüllt werden.*
- *Art. 27 Abs. 4 E-KVAV legt für die Reserven eine starre Grenze von 200% fest. Dazu ist festzuhalten, dass die Reserven immer im Verhältnis zur konkreten Versicherung und zu deren Solvenz zu betrachten sind. Bei kleinen Versicherungen können 200% ungenügend sein; bei anderen Versicherungen können 200% unangemessen viel sein. Zwingend erscheint also entweder eine Ausnahmeklausel oder zumindest die Aufnahme des Begriffes: „... sind in der Regel übermässig ...“*
- *Art. 29 Abs. 5 E-KVAV sieht eine Genehmigung der Prämie für ein Jahr vor. Diese zeitliche Begrenzung ergibt sich nicht aus dem KVAG; sie ist auch nicht sinnvoll.*

Kritik 8: Ist unsorgfältig ausgearbeitet

Bei der Ausarbeitung der E-KVAV sind die Materialien des Gesetzes unsorgfältig berücksichtigt worden.

Beispiele:

- *Es werden in der E-KVAV Unterscheidungen, welche das Gesetz offensichtlich vornimmt – etwa in Art. 35 KVAG Daten einerseits, Angaben über Daten andererseits – gänzlich und ohne jede Erläuterung missachtet (vgl. dazu Art. 82 Abs. 1 E-KVAV).*
- *Unsorgfältig ist ferner der Bezug der E-KVAV auf das Gesetz, indem beispielsweise in Art. 82 E-KVAV einzig auf Art. 35 Abs. 2 KVAG Bezug genommen wird, während offensichtlich auf den ganzen Art. 35 KVAG Bezug zu nehmen wäre.*
- *Unsorgfältig ist auch der Bericht des BAG zum E-KVAV: Zu Art. 25 Abs. 4 E-KVAV wird im Kommentar des BAG davon gesprochen, dass die Kosten des mit der Prüfung beauftragten Dritten durch den geprüften Versicherer zu tragen sind. Dieser Kommentar des BAG widerspricht nicht nur der gesetzlichen Regelung, sondern auch der Verordnung selber.*

Kritik 9: Berücksichtigt datenschutzrechtliche Grundsätze ungenügend

Die E-KVAV berücksichtigt datenschutzrechtliche Grundsätze ungenügend und verletzt hier das Verhältnismässigkeitsprinzip. Während Art. 35 Abs. 1 KVAG davon spricht, dass Auskünfte zu erteilen und Belege einzureichen sind, wird in Art. 82 ff. E-KVAV eine systematische Datenlieferung festgelegt. Diesbezüglich muss eine umfassende Überarbeitung der E-KVAV erfolgen.

Beispiele:

- *Weshalb der Aufsichtsbehörde nach Art. 83 Abs. 1 lit. a E-KVAV von allen Versicherten die Daten zu „Alter, Geschlecht und Wohnort“ systematisch zu übermitteln sind, bleibt unklar.*
- *Weshalb der Aufsichtsbehörde nach Art. 83 Abs. 1 lit. c E-KVAV bei allen Austritten von Versicherten systematisch der „Austrittsgrund“ anzugeben ist, ist unklar und jedenfalls unverhältnismässig; die Versicherten müssen ja gar keinen Austrittsgrund angeben.*
- *Aus welchem Grund der Aufsichtsbehörde nach Art. 83 Abs. 1 lit. e E-KVAV sämtliche Tarifpositionen aller erhaltenen Rechnungen (Millionen von Daten) systematisch zu übermitteln sind, ist unklar.*

Gesamtfazit: Umfassende Überarbeitung notwendig

Angesichts der Schwächen der E-KVAV drängt sich eine umfassende Überarbeitung des Entwurfes auf. Insbesondere muss klar zwischen Aufsicht des BAG einerseits und (Mit-)Beteiligung des BAG an der Versicherungsdurchführung andererseits unterschieden werden.

Prof. Dr. Ueli Kieser, Titularprofessor für Sozialversicherungsrecht / Öffentliches Gesundheitsrecht an den Universitäten Bern und St.Gallen sowie Vizedirektor des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen

24. August 2015