

Prof. Dr.iur. René Rhinow
Ordinarius f. öffentl. Recht, Universität Basel

Prof. Dr.iur. Regula Kägi-Diener
Titularprofessorin f. öffentl. Recht, Universität St. Gallen

Gutachten

betreffend Aufsicht über Santésuisse

erstattet zuhanden der

Consano – Vereinigung für eine faire & soziale
Medizin

07.11.2006

Kontaktadresse:
Anwaltsbüro Hälg & Kägi-Diener
Marktgasse 14
9004 St. Gallen
kaegi-diener.rechtsanwaeltin@bluewin.ch
Tel. 071 223 81 21; Fax. 071 223 81 28

Inhalt

I. EINLEITUNG	2
1. Ausgangssituation	2
2. Problemstellung	3
II. BEARBEITUNG IM EINZELNEN.....	4
1. Allgemeines zur rechtlichen Situation.....	4
a) Gesundheitswesen als öffentliche Aufgabe.....	4
b) Die Stellung der Krankenkassen.....	5
c) Rechtsfolgen der Beleihung	6
d) Art der Aufsicht und rechtlicher Rahmen.....	8
2. Zu den einzelnen Fragestellungen.....	10
a) Dürfen Tätigkeitsbereiche der Krankenkassen der staatlichen Aufsicht entzogen werden, indem sie auf den Verband übertragen werden?.....	10
b) Folgen einer unzulässigen Übertragung	16
c) Vorgehen im Aufsichtsfall.....	18
d) Muss sich ein Dritter (konkret der Branchenverband) das Einschreiten der Aufsichtsbehörde gefallen lassen?.....	20
e) Eingreifen des Branchenverbandes in einem Abstimmungskampf	21
III. ZUSAMMENFASSUNG	26

ANHANG: Abkürzungsverzeichnis

I. Einleitung

1. Ausgangssituation

Das Bundesgesetz über die Krankenversicherung von 1996 (KVG) beauftragt die privaten Krankenkassen, die so genannte soziale Krankenversicherung (Grundversicherung, siehe Art. 1 KVG) durchzuführen (Art. 4 und 11 KVG). Die Krankenkassen unterstehen dabei einem besonderen rechtlichen Regime, namentlich was die Behandlung der Versicherten, die Organisation und die finanzielle Sicherheit betrifft. Die Einhaltung dieser Vorschriften ist primär über eine staatliche Bewilligung gesichert (Kontrolle der Voraussetzungen im Rahmen der Erteilung bzw. des Entzugs der Bewilligung, Art. 13 KVG). Der Bundesrat hat darüber hinaus die Krankenversicherungen (allgemein) zu überwachen (Art. 21 KVG), wobei er sich für die Durch-

führung der Überwachung der sozialen Krankenversicherung gemäss Gesetz und zugehöriger Verordnung des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) bedient.

Die Krankenkassen arbeiten seit Ende des 19. Jh. in gewissen Bereichen zusammen, zunächst im Rahmen eines Freizügigkeitsverbandes, der 1891 in der Ostschweiz gegründet wurde. Später (ab 1924) wurde das sogenannte Krankenkassenkonkordat ausgebaut und professionalisiert. Seine Nachfolgeorganisation ist seit 2002 der gesamtschweizerisch agierende Branchenverband „santésuisse“. Die Krankenkassen übertragen diesem Verband gewisse Aufgaben; er will ihnen, nach eigener Darstellung, ein Dienstleistungsbetrieb und eine Interessenvertretung sein. Während die Krankenkassen, wie erwähnt, der staatlichen Aufsicht unterstehen, hat sich das BAG dagegen verwahrt, die „santésuisse“ in seine Aufsicht einzubeziehen. Es stellt sich auf den Standpunkt, seiner Aufsicht unterstünden nur die Krankenkassen, nicht aber der Verband.

2. Problemstellung

Vor diesem Hintergrund trat die Consano an die Gutachterin und den Gutachter. Die Consano ist eine private Vereinigung, welche sich zum Ziel gesetzt hat, einen konstruktiven Dialog herzustellen zur Verbesserung des Zustandes des schweizerischen Gesundheitswesens. Es ergaben sich im einzelnen folgende Fragen, an deren Klärung die Consano interessiert ist:

- a) Dürfen Tätigkeitsbereiche der Krankenkassen der staatlichen Aufsicht entzogen werden, indem sie auf den Verband übertragen werden?
- b) Muss die „santésuisse“ gegebenenfalls die Aufsicht gegen sich gelten lassen?
- c) Ist es zulässig, dass die „santésuisse“ Gelder, die sie von den Krankenkassen erhält, für einen Abstimmungskampf einsetzt? Ist dies gegebenenfalls dann zulässig, wenn die Krankenkassen vom Ausgang der Volksabstimmung existenziell betroffen sein können?

II. Bearbeitung im Einzelnen

1. Allgemeines zur rechtlichen Situation

a) Gesundheitswesen als öffentliche Aufgabe

aa) Gesundheitswesen als Teilgehalt der Sozialstaatlichkeit

Die Schweiz versteht sich als liberaler und sozialer Rechtsstaat, was sich rechtlich im grundsätzlichen staatlichen Ziel ausdrückt, die „gemeinsame Wohlfahrt“ zu fördern (Art. 2 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV]). In die „gemeinsame Wohlfahrt“ fällt auch das Gesundheitswesen. Das Gesundheitswesen ist zunehmend zentral für das Wohlbefinden des modernen Menschen, es bildet darüber hinaus einen Gradmesser für die Leistungsfähigkeit und den Zustand einer Gesellschaft und ist ein bedeutsamer (volks-)wirtschaftlicher Faktor. Das Gesundheitswesen ist rechtlich teilweise dem Bund, teilweise und vor allem in der Umsetzung den Kantonen überantwortet. Gründe für diese komplizierte Struktur sind vorab in der historischen Entwicklung zu suchen, weil die Gesundheitsversorgung von unten her gewachsen ist.¹ Sie liegen aber auch im föderalistischen Verständnis darüber, wie Staatsziele erreicht werden können.

bb) Krankenversicherung als öffentliche Aufgabe

Die Sozialstaatlichkeit wird über eine Reihe von Verfassungsbestimmungen direkt und indirekt normiert. Sie wird im Bund insbesondere (aber nicht ausschliesslich) durch Versicherungslösungen umgesetzt. Diese Versicherungen sind Ausdruck eines Solidaritätsprinzips, sie sollen zugleich auf überindividueller Ebene Sicherheit für den Bedarfsfall garantieren. 1890 erhielt der Bund die Kompetenz und den Auftrag, im Bereich der Krankenversicherung zu legislieren (Art. 34bis aBV)². Er machte davon früh Gebrauch, belies aber die Durchführung der Krankenversicherung den Privaten. Während etwa in der Altersvorsorge und auch weitgehend in der Unfallvorsorge vom Bund eigene Versicherungen eingerichtet wurden, knüpft der Bund im Gesundheitswesen bis heute an vorbestehende Strukturen der privaten

Vorsorge. Es liegt deshalb hier eine der nicht seltenen Situationen vor, in denen Private und Gemeinwesen zusammenarbeiten, um eine vom Staat als zentral erkannte Aufgabe zu erfüllen. Mit dem verfassungsmässigen Auftrag an den Bund und mit dessen stringenten Regulierung wurde aber zum Ausdruck gebracht, dass die schweizerische Rechtsordnung das Gesundheitswesen auch als öffentliche Aufgabe betrachtet.³ Es handelt sich demnach um eine *öffentliche Aufgabe*, die teilweise aus der Verwaltung ausgelagert und Dritten übertragen ist; dass Private wesentlich mitbeteiligt sind, macht sie noch nicht zur privaten Aufgabe.⁴

b) Die Stellung der Krankenkassen

aa) Beschränkte Privatautonomie

Mit der Totalrevision des KVG führte der Bund per 1. Januar 1996 eine in wesentlichen Zügen neue Ordnung ein. Diese beinhaltet ein Obligatorium in der Grundversicherung der Krankenpflege für alle in der Schweiz wohnhaften Personen. Der Bund übertrug damals die Durchführung dieser obligatorischen Versicherung in erster Linie den (vorbestehenden) Krankenkassen (Art. 11 KVG).⁵ Die Privatautonomie der Kassen ist rechtlich stark beschränkt, sowohl was die Ausgestaltung ihrer Geschäftstätigkeit betrifft, als auch was ihre Organisation, ihre Reservebildung und ihre strategische Ausrichtung anbelangt.⁶ Namentlich dürfen Krankenkassen keinen Erwerbszweck verfolgen (Art. 12 Abs. 2 KVG). Sie unterliegen einem Kontrahierungszwang; sie sind verpflichtet, beitrittswillige Personen in die Grundversicherung aufzunehmen.

bb) Hoheitsgewalt (Verfügungsgewalt)

Bereits 1965 übertrug der Bund den (anerkannten) Krankenkassen im Gegenzug Hoheitsgewalt im Sinn einer Entscheidungsbefugnis, mit der sie Dritte (Versicherte) verpflichten konnten. Diese Verfügungsbefugnis der Krankenversicherer besteht nach wie vor (Art. 80 KVG). Verfügungen sind typische Handlungsformen der Verwaltung⁷ und die damit verknüpfte Hoheitsgewalt nimmt teil an der staatlichen Gewalt. Die Verfügungsbefugnis bringt zum Ausdruck, dass es sich bei den Krankenkassen nicht um „gewöhnliche“ private juristische Personen (Vereine oder andere nicht-gewinnorientierte juristische Personen) handelt, sondern dass sie in ihrer

Funktion als Versicherer der Verwaltung zuzuordnen sind.⁸ Gelegentlich spricht man von sogenannten parastaatlichen Organisationen.⁹

Private werden vor allem dann funktionell als Organe des Gemeinwesens bzw. der Verwaltung betrachtet, wenn sie andere Private *einseitig verpflichten* können.¹⁰ Sie können alsdann als Organe der *mittelbaren Staatsverwaltung* bezeichnet werden. Ihre Aufgaben sind ihnen in solchen Fällen mittels einer sog. „Konzession des öffentlichen Dienstes“ übertragen oder beliehen.¹¹ Das gilt auch für die Krankenkassen. Ihre „Verwaltungstätigkeit“ besteht in der Grundversicherung. Sie handeln mit Bezug hierauf in einem weiteren Sinne im Bundesauftrag; sie sind in ihrem Vorgehen nicht mehr frei, sondern müssen sich den Grundsätzen unterziehen, die für die Verwaltung gelten.¹²

cc) Stellung zwischen privatem und öffentlichrechtlichem Subjekt

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass eine Beleihung den Privaten eine gewisse Zwitterstellung verleiht. Die Zwitterstellung wird allerdings umso schwächer und umso mehr der Stellung der Verwaltung angenähert, je enger die gesetzlichen Vorgaben für die Aufgabenerfüllung sind. Die Krankenkassen verfügen in der Grundversicherung kaum über (privatautonomen) Freiraum und unternehmerischen Gestaltungsspielraum.¹³ Das folgt aus ihrer starken Einbindung ins öffentliche Recht. Die geringe Eigenständigkeit erklärt sich aus dem Umstand, dass den Krankenkassen die soziale Krankenversicherung nicht übertragen wurde, um die im freien Markt herrschenden Regulierungs- und Motivationskräfte zu nutzen, sondern weil der Gesetzgeber bei der Neuordnung der Krankenversicherung die historisch gewachsene Struktur mit ihrem Knowhow und dem (damals) vorhandenen Vertrauensbonus nicht vollständig umkrempeln und diese Ressourcen nicht verspielen wollte.

c) Rechtsfolgen der Beleihung

aa) Grundsätzlich

Überträgt die öffentliche Hand eine öffentliche Aufgabe an private Organisationen, klinkt sich der Staat im Prinzip aus der tatsächlichen Umsetzung aus. Er bleibt

gleichwohl weiterhin für die Aufgabe grundsätzlich verantwortlich. Nach Lehre und Rechtsprechung werden die privaten Beliehenen deshalb

- der Aufsicht der öffentlichen Hand unterstellt,
- an die Grundrechte gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV),
- sowie auf weitere rechtsstaatliche und verfassungsmässige Grundsätze verpflichtet.

Diese Einbindung dient einerseits der Kontrolle, dass die öffentliche Aufgabe richtig erfüllt wird. Andererseits sollen mit ihr auch die Privaten geschützt werden, denn diese werden auf eine Beziehung zu den Beliehenen verpflichtet und – hier angesichts des Obligatoriums – gezwungen, mit ihnen zu verkehren.

bb) Aufsicht und Gesetzmässigkeitsprinzip

Die *Aufsicht* stellt eine besondere Beziehung zwischen Staat und Behörden her, in casu zwischen Bundesverwaltung und Krankenkassen. Sie richtet sich an der Erfüllung der übertragenen Aufgabe sowie Ziel und Zweck des betreffenden Gesetzes (hier des KVG) aus und wird regelmässig normativ ausgestaltet. Ihr Umfang und ihre Mittel ergeben sich deshalb im einzelnen aus der konkreten Gesetzgebung (oder – was hier keine Rolle spielt – aus der betreffenden Konzession). Die der Aufsicht Unterstellten haben das Recht, zu wissen, was für sie gilt und inwieweit sie frei oder gebunden agieren können. Das in Art. 5 Abs. 1 BV verankerte Gesetzmässigkeitsprinzip garantiert ihnen ein allgemein gültiges, voraussehbares, mit den Garantien des Rechts ausgestattetes und gleichmässig anwendbares Vorgehen der Aufsichtsbehörde.¹⁴

In diesem Zusammenhang ist aber folgendes zu beachten:

- Selbst wenn die Aufsicht nicht normiert ist, lässt sich diese aus der Letztverantwortung des Bundes ableiten. Man nimmt auch in Fällen, in denen das Gesetz nichts Näheres zur Aufsicht sagt, an, dass die Beliehenen verpflichtet sind, aufsichtsrechtliches Vorgehen der öffentlichen Hand zu beachten. Das Bundesamt für Justiz hat bereits 1990 festgestellt, dass selbst ohne gesetzliche Grundlage ein minimales Aufsichtsrecht des Bundes zu bejahen ist, soweit Bundesaufgaben von Dritten erfüllt werden (VPB 54.36 [1990], S. 238 lit. d).

- Wo keine besondere gesetzliche Normierung besteht, dürfen Aufsichtsmittel nur in zurückhaltender Weise eingesetzt werden. Zulässig sind zumindest eine laufende Beobachtung der Aufgabenerfüllung sowie der Erlass von Empfehlungen u.dgl.
- Gewisse Autoren verlangen aber auf jeden Fall eine *effektive* Aufsicht. Der Gesetzeszweck muss trotz der Beleihung erreicht werden. Im einzelnen bedeutet das Effektivitätsgebot bei einer offenen gesetzlichen Regelung der Tätigkeit der Beliehenen (hier der Krankenkassen), dass eine *Fachaufsicht* erforderlich ist. Dagegen kann eine *Rechtsaufsicht* ausreichen, sofern die Tätigkeit der Privaten stark durchnormiert ist.¹⁵
- Bei der Frage der Gesetzmässigkeit aufsichtsrechtlichen Einschreitens spielt sodann eine Rolle, dass Organe der Verwaltung, auch der mittelbaren Verwaltung, sich in bezug auf ihre Tätigkeit nicht in einer grundrechtlich geschützten Position befinden. In den Fällen, in denen Grundrechte tangiert sind, gelten striktere Voraussetzungen, damit der Staat gegen Private vorgehen kann.¹⁶ Diese Voraussetzungen sind gegenüber den Krankenkassen nicht anwendbar. Eingriffe in die Selbstbestimmung oder die Geschäftstätigkeit der Krankenkassen, die sich aus der Aufsichtsverantwortung des Bundes ergeben, dürfen deshalb auch dann vorgenommen werden, wenn sie nicht ausdrücklich vorgesehen sind.¹⁷

d) Art der Aufsicht und rechtlicher Rahmen

Wie erwähnt wird eine öffentliche Aufgabe – hier die soziale Krankenversicherung oder Grundversicherung – nicht zur privaten Aufgabe, auch wenn Private mit der Ausführung betraut sind; sie behält ihren öffentlichen Charakter. Der Bund hat zwar die Verantwortung für die Durchführung (sog. Erfüllungsverantwortung) abgegeben; er übernimmt aber eine sog. *Gewährleistungsverantwortung*. Diese richtet sich gegen die Krankenkassen als Trägerinnen der Grundversicherung als solche und nicht gegen einzelne Einheiten oder Personen derselben (sog. Verbandsaufsicht).

Die soziale Krankenversicherung ist in der Schweiz durch eine vielfältige Trägerlandschaft gekennzeichnet. Da der Bund jeden einzelnen Versicherer der sozialen Krankenversicherung (Krankenkasse) beaufsichtigen muss, hat er notfalls auch ge-

gen jeden von ihnen, gegen mehrere zusammen oder gar gegen alle vorzugehen. Im Vergleich zum „normalen“ Fall der Beleihung an eine einzelne Institution oder an wenige Institutionen findet sich hier eine kompliziertere Situation. Sie rechtfertigt aber deshalb keinesfalls eine weniger strikte Aufsicht. Gegenteilens birgt die Zersplitterung selber gewisse Gefahren in sich, die nach einer erhöhten Aufmerksamkeit in der Aufsicht rufen. Bei Absprachen unter den diversen Krankenkassen können sich faktische Machtballungen geben, welche ebenfalls eine besondere Sorgfalt des Bundes in der Aufsicht rechtfertigen. Es sei an dieser Stelle bemerkt, dass der Gesetzgeber wohl nicht zufällig die Zusammenschlüsse der Krankenkasse beschränkt hat (Art. 18 und 19 KVG). Darauf wird noch zurückgekommen (siehe unten Ziff. 2/a./cc, S.14f.).

Der Bund muss kontrollieren und gewährleisten, dass jede einzelne Krankenkasse die soziale Krankenversicherung tatsächlich erfüllt (Ergebnissicherung) und im Sinne des gesetzlichen Auftrages verwirklicht; es kommt ihm also eine *Ergebnisverantwortung* zu. Die öffentliche Hand hat auch weiterhin für die Qualität einzustehen (sog. *Qualitätsverantwortung*). Sie setzt dies mittels Qualifikationsanforderungen an die Krankenkassen um. In diesem Zusammenhang geht es vor allem um die Auswahl der beliebigen Privaten (Mittel: Bewilligungserteilung) und um die Beibehaltung der Qualifikation (Bewilligungsentzug beim Fehlen der Voraussetzungen als letzte Massnahme). Sowohl aus Gründen der Ergebnis- wie der Qualitätssicherung hat die Aufsicht über die *organisatorische Unabhängigkeit* der Krankenkassen zu wachen, also eine Organisationform, welche gewährleistet, dass die Krankenkassen nicht auf Fremdinteressen Rücksicht nehmen müssen, dass sie sich ihre Entscheidungs- und Handlungsautonomie bewahren, und dass die Krankenkassen die *Wahrnehmung der sozialen Krankenversicherung* optimal verfolgen können.¹⁸ Den gleichen Zweck verfolgt auch die Beschränkung des Tätigkeitsbereichs der Krankenkassen (dazu unten Ziff. 2/a./aa, S.10). Letztlich ist und bleibt die öffentliche Hand auch dafür verantwortlich, dass der Schutz Dritter (in unserem Fall vor allem der Versicherten) sichergestellt ist. Hierfür wurden – im Fall der Krankenversicherung – Rechtsschutzverfahren eingerichtet.¹⁹ Wie bereits ausgeführt, muss die Aufsicht effektiv sein.

2. Zu den einzelnen Fragestellungen

a) Dürfen Tätigkeitsbereiche der Krankenkassen der staatlichen Aufsicht entzogen werden, indem sie auf den Verband übertragen werden?

aa) Tätigkeitsbereiche ausserhalb der sozialen Krankenversicherung

Grundsätzlich ist es möglich, dass Beliehene auch Tätigkeiten ausüben, die sich ausserhalb der ihnen übertragenen öffentlichen Aufgabe bewegen. Das trifft für die Krankenkassen insofern zu, als sie neben der Grundversicherung andere Versicherungen anbieten und v.a. im Bereich der Zusatzversicherung tätig sein können (Art. 12 Abs. 2 KVG).²⁰ Dieser Bereich darf indessen nur *nebensächlich* sein, sieht doch Art. 12 Abs. 1 KVG wörtlich vor, dass Krankenkassen „hauptsächlich“ die soziale Krankenversicherung betreiben müssen. Aus Art. 12 Abs. 1 KVG kann sodann gefolgert werden, dass die ausserhalb der Grundversicherung wahrgenommene Tätigkeit sich dieser jedenfalls *unterordnen* muss, namentlich deren Erfüllung, Zweck und Ziel nicht tangieren darf. Aktivitäten ausserhalb der genannten Versicherungstätigkeit dürfen die Krankenkassen nicht aufnehmen.²¹

Soweit die Krankenkassen Zusatzversicherungen (und andere Versicherungen) anbieten, unterliegen sie ebenfalls einer Aufsicht, allerdings nicht derselben wie für die soziale Krankenversicherung. In diesem Fall richtet sich die Aufsicht nach den Grundlagen, wie sie auch für andere Versicherungsträger gelten.²² In den Tätigkeitsfeldern, in denen die Krankenkassen frei sind, kann sich die Aufsicht nach KVG grundsätzlich nicht entfalten. Es ist dem Bundesamt für Sozialversicherung folglich verwehrt, dafür Weisungen zu erlassen.²³ Hingegen kann es nach Ansicht der Gutachter die Krankenkassen selbstverständlich anhalten, jede Tätigkeit, die mehr als nur nebensächlich ist, aufzugeben, und es kann notfalls aufsichtsrechtliche Schritte hierzu einleiten. Diese Kompetenz ergibt sich aus der Aufsichtskompetenz über die Grundversicherung und stützt sich materiell auf Art. 12 Abs. 1 KVG ab. Sie wird durch den Umstand, dass für daneben ausgeübte Versicherungen allenfalls eine Bewilligung des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vorliegt, nicht aufgehoben.

Die neben der Grundversicherung ausgeübten Aktivitäten können auch wieder aufgegeben und gegebenenfalls an andere übertragen werden. Aus *Sicht des KVG*

lässt sich nichts dagegen einwenden, wenn nebensächlich ausgeübte Tätigkeiten ausserhalb der Grundversicherung ganz oder teilweise anderen Versicherungsträgern abgegeben werden. Damit verbundene Hilfstätigkeiten oder versicherungszusammenhängenden Aktivitäten können ausserhalb der sozialen Krankenversicherung auch auf einen (Branchen-)Verband übertragen werden. Sie unterstehen, wie bereits ausgeführt, ohnehin nicht der eigentlichen Aufsicht gemäss KVG.

bb) Tätigkeiten im Zusammenhang mit der sozialen Krankenversicherung

Anders präsentiert sich die Lage, wenn Tätigkeiten, die im Zusammenhang mit der sozialen Krankenversicherung stehen, angesprochen werden.

- Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass es die Krankenkassen sind, die für die Grundversicherung zugelassen wurden, und nicht Dritte, die möglicherweise ebenfalls (oder besser) in der Lage wären, diese ganz oder teilweise wahrzunehmen. Die Krankenkassen dürfen wohl Dritte für ihre Aktivitäten im Sinne von *Hilfspersonen* heranziehen, nicht aber ihnen Aktivitäten eigenverantwortlich überlassen. Würden sie ihren Auftrag in substantziellen Teilen abgeben, würden sie nicht nur die Zulassungsbewilligung strapazieren, sondern zudem die Aufsicht über die abgegebene Tätigkeit ausschalten. Beides würde eine Umgehung der Beleihungsordnung darstellen, die rechtlich keinen Schutz finden kann. Es wäre alsdann Pflicht der Aufsichtsbehörde, Massnahmen gegen die Übertragung zu ergreifen. Die Unzulässigkeit der Übertragung von Aufgaben der Grundversicherung zur autonomen Wahrnehmung durch Dritte gilt jedenfalls solange, als es der Aufsichtsbehörde nicht möglich ist, auch die entsprechenden Dritten ihrer Aufsicht zu unterstellen.

Nun bestimmt allerdings Art. 46 der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV) in Anschluss an Art. 43 Abs. 4 KVG, dass (auch) die Verbände der Versicherer Tarifverträge mit den Leistungserbringern oder ihren Verbänden schliessen können. In dieser Hinsicht ging der Verordnungsgeber von der Zulässigkeit einer Übertragung aus. Konsequenterweise muss sich deshalb auch die staatliche Aufsicht auf diese Tätigkeit erstrecken. Die Tarifverträge sind von den Kantonsregierungen oder dem Bundesrat zu genehmigen (Art. 46 Abs. 4 KVV), wodurch die öffentliche Hand involviert wird.

- Auf jeden Fall bleiben die Krankenkassen für die Dritten anvertrauten Aktivitäten der Aufsichtsbehörde gegenüber verantwortlich und müssen in der Lage sein, die ausgelagerte Tätigkeit jederzeit wieder an sich zu ziehen.

Vor diesem Hintergrund scheint uns Art. 17 der Statuten der „santésuisse“ fragwürdig: Die Bestimmung verankert eine generelle Vollmacht der „santésuisse“ für Auseinandersetzungen bei Vertrags- und Tariffdifferenzen (mit Leistungserbringern). Mit dem Beitritt zum Branchenverband stimmt die Krankenkasse dieser generellen Vertretung zu. Auch wenn die Mitglieder „im Einzelfall auf die Vertretung verzichten“ können, bleibt diese generelle Vollmacht nicht über alle Zweifel erhaben.

- Auslagerungen von Teilen der mit der sozialen Krankenversicherung zusammenhängenden Tätigkeit auf ein anderes Privatrechtssubjekt – auch auf einen Branchenverband – sind nach Meinung der Gutachterin und des Gutachters deshalb – sofern nicht das Gesetz (oder die Verordnung) etwas anderes zulässt – grundsätzlich nur mit einer Bewilligung der Aufsichtsbehörde (BAG) statthaft (formelle Anforderung). Dies ergibt sich direkt aus der Bewilligungsanforderung für die sozialen Krankenversicherer und bedarf keiner weiteren gesetzlichen Grundlage. Die dritten Privatrechtssubjekte sind denselben Qualitätsanforderungen zu unterstellen, wie sie für Krankenkassen gelten.
- Auslagerungen sind selbst unter dieser Voraussetzung dann nicht zulässig, wenn die Ziele des KVG direkt oder indirekt verletzt bzw. wenn diese Ziele unterlaufen würden. Das bedeutet konkret, dass eine Betrauung Dritter durch die Krankenkassen nicht erlaubt ist, wenn die Gestaltungskriterien für die Grundversicherung gemäss Art. 13 Abs. 2 KVG tangiert werden. Dieser Artikel verpflichtet die Krankenkassen (bzw. Versicherer) u.a. auf
 - den Grundsatz der Gegenseitigkeit (worin insbesondere enthalten ist, dass die Krankenkassen nicht gewinnstrebig sein dürfen und Überschüsse im Interesse sämtlicher Versicherter verwenden müssen²⁴), und
 - die Zweckbindung der Mittel der sozialen Krankenversicherung.²⁵

Vor diesem Hintergrund ist es fragwürdig, wenn die sozialen Krankenversicherer, wie dies Art. 23 der Statuten der „santésuisse“ vorsieht, aus den Ver-

sichertengelder der obligatorischen Krankenversicherung (!) Beiträge für den Branchenverband abzweigen, zumal die Verwendung dieser Gelder zugunsten der Versicherten kaum kontrolliert wird (der Verwaltungsrat der „santésuisse“ definiert die Bedürfnisse des Branchenverbandes). Mit Grund hat der Gesetzgeber eine andere Regelung für die gemeinsamen Einrichtungen gemäss KVG gewählt. Darauf wird zurückgekommen (nachstehend Ziff.2/a/cc, S.14).

- Verlangt werden ferner eine zweckmässige Organisation, was ein ausreichendes Qualitätsniveau erfordert, ein wirtschaftliches Management sowie die fachlichen und personellen Ressourcen, um die soziale Krankenversicherung richtig durchzuführen. Dazu gehört auch Unabhängigkeit in der Verfolgung der Aufgabe. Diese letzte Anforderung wird verletzt, wenn auf fremde Interessen Rücksicht genommen werden muss.²⁶

Aus diesem Grunde dürfen die operative und die strategische Leitung der Krankenkassen nicht ausgegliedert werden.

- Auslagern dürfen die Krankenkassen freilich etwa administrative Tätigkeiten. Sobald diese zentral sind für ihre Leistungspflicht in der Grundversicherung oder relevant werden für ihre aus der Beleihung resultierende, besonders starke Stellung gegenüber den Versicherten oder den Leistungsträgern (Ärzten, Spitäler), ist die Auslagerung indessen nicht erlaubt. Vor diesem Hintergrund scheint es den Gutachtern höchst fragwürdig, wenn sie hoheitliche oder hoheitsähnliche Tätigkeit, welche auf die Rechtsstellung der Versicherten oder Leistungsträger bestimmenden Einfluss haben, abgeben (wie Verfügungen bei Kostenstreitigkeiten, Ausschluss von Leistungserbringern oder Versicherten, Aufnahme von Versicherten udgl.).

Tatsächlich hat sich die Praxis über diese Auffassung hinweggesetzt: Die „santésuisse“ erteilt oder verweigert Leistungserbringern die sog. Zahlstellen-Register-Nummer (ZSR-Nr.), welche ihnen erst die Abrechnung mit den Krankenkassen ermöglicht. Es handelt sich hierbei, wie das EVG zu Recht feststellte, um einen Akt, der die Rechtsbeziehung zwischen Leistungserbringer und Versicherer „sowohl tatsächlich wie rechtlich beeinflusst“ und normative Bedeutung hat, auch wenn der Zulassungsentscheid nach Gesetz den Versicherern als hiezu vorge-

sehene Organen vorbehalten bleibt. Das EVG unterstellte den Entscheid des Branchenverbandes deshalb mit Grund dem speziellen sozialversicherungsrechtlichen Rechtsweg.²⁷

Die genannten Anforderungen sind zu beachten, wenn die „santésuisse“ als „Dienstleistungsbetrieb“ von den Krankenkassen „benutzt“ wird.

cc) Problem der Tätigkeit eines Dachverbandes (konkret „santésuisse“)

Das KVG ordnet neben den Krankenversicherern zwei Arten von Institutionen, denen die Krankenkassen angehören können oder müssen:

- Das Krankenversicherungsgesetz bestimmt in Art. 18, dass die Krankenversicherer für die Grundversicherung sich in der sog. „Gemeinsamen Einrichtung“ zusammen zu schliessen haben. Es handelt sich um eine Stiftung. Dieser Stiftung sind näher bestimmte gesetzlich Aufgaben übertragen; die Versicherer können ihr zusätzlich im gegenseitigen Einvernehmen „Aufgaben von gemeinsamen Interesse anvertrauen, namentlich im administrativen und technischen Bereich“.²⁸ Die Krankenversicherer haben Beiträge zu entrichten, die reglementarisch festgelegt sind. Das Gesetz hat damit ein Instrument geschaffen, welches für die zersplitterte Trägerschaft der Grundversicherung Aufgaben zentral wahrnehmen kann. Indem die „Gemeinsame Einrichtung“ als Stiftung ausgestaltet wird, ist eine Gewinnstrebigkeit ausgeschlossen und ihre strategische Handlungsfreiheit zum vorneherein anhand eines Rahmens definiert. Die „Gemeinsame Einrichtung“ ist auch einer staatlichen Aufsicht unterstellt. In den ihr gemäss Art. 95 KVG übertragenen Aufgaben im internationalen Verhältnis hat sie Hoheitsgewalt.
- Ausserdem haben die Versicherungen gemeinsam mit den Kantonen eine Institution zu betreiben, welche „Massnahmen zur Förderung der Gesundheit und zur Verhütung von Krankheiten anregt, koordiniert und evaluiert“.²⁹ Deren Organisation ist gesetzlich festgelegt. Sie wird dadurch finanziert, dass von jeder obligatorisch versicherten Person ein jährlicher Beitrag erhoben wird. Der Beitrag wird vom Departement festgesetzt. Dem Parlament ist über die Verwendung der Gelder Bericht zu erstatten.³⁰ Die Institution nach Art. 19 KVG und der Einsatz der ihr zufließenden Gelder unterstehen damit einer besonderen demokratischen und insofern auch besonders strengen Aufsicht.

Diese strikte Kontrolle über die von den Versicherungsgeldern abgezweigten Beiträge und über ihre Verwendung erklärt sich im Hinblick auf den Grundsatz der Zweckbindung der Mittel (Art. 12 Abs. 2 lit. a KVG). In ihrem Lichte erscheint die Verwendung von Versichertengeldern durch einen Branchenverband („santésuisse“) ohne nähere Kontrolle (siehe oben Ziff. 2./a./bb, Pkt. 4, S. 12/13) *nicht* konform mit der gesetzlichen Vorsicht, denen die Verwendung solcher Gelder im übrigen unterliegt. Das stützt grundsätzliche Zweifel über die Rechtmässigkeit der Finanzierung des Dachverbandes

- Ergänzend zu den beiden erwähnten, vom KVG geregelten Organisationsformen geht das KVG in Art. 43 Abs. 4 davon aus, dass für die Aushandlung von Tarifverträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern (Ärzten, Spitälern) *Verbände* eingesetzt werden können. Beim Erlass dieser Bestimmung knüpfte der Gesetzgeber an bestehende Strukturen und an die bestehende Praxis an. Der Bundesrat hatte in seiner Botschaft „prinzipiell auch nichts (dagegen) einzuwenden“, denn Verbandsverträge erlaubten eine „durchaus wünschenswerte Konzertierung, Harmonisierung und Rationalisierung im Tarifwesen“ und seien geeignet, da von ungefähr gleich gewichtigen Partnern ausgegangen werden könne, eine „weitgehenden Ausgewogenheit ihres Inhaltes“ zu garantieren.³¹ Da über die Verbände im KVG aber keine weiteren Regelungen bestehen, für sie namentlich keine Anforderungen definiert und sie jedenfalls nicht ausdrücklich der Aufsicht nach KVG unterstellt sind, muss angenommen werden, dass der Gesetzgeber ihre wesentlichste Aufgabe in der Aushandlung der Tarifverträge sah. Ein weiteres Handeln in der Öffentlichkeit entspricht so gesehen nicht der gesetzlichen Vorstellung.
- Andere Möglichkeiten des Zusammenschlusses sind im KVG nicht vorgesehen oder anerkannt und es ist den Gutachtern nicht bekannt, dass weitere Rechtsgrundlagen bestünden. Wie bereits von anderer Seite hingewiesen wurde, sprechen angesichts der nicht offen formulierten, insgesamt vorsichtigen gesetzlichen Regelung gute Gründe dafür, dass der Gesetzgeber die genannten Institutionen mit den näher bestimmten Funktionen als die einzigen Formen des Zusammenschlusses ansah.³² Für die Zulassung weiterer Zusammenschlüsse und die Schaffung von zusätzlichen „Dienstleistungsbetrieben“ und Interessenvertretun-

gen der Grundversicherer besteht von der gesetzlichen Ordnung her kein Raum. Im Hinblick auf die Interessenvertretung ist auch zu berücksichtigen, dass das KVG die Krankenkassen als Organe der (mittelbaren) Verwaltung begreift. Sie nehmen nicht (oder nur sehr beschränkt) am Kräftespiel der freien Wirtschaft teil, wo es u.U. auf Interessenbündelung ankommt. Eine gewisse Interessenvertretung (z.B. im Anhörungsverfahren im Bund³³) könnte die „Gemeinsame Einrichtung“ gemäss Art. 18 KVG übernehmen.

dd) Grundrechtsbindung als Schranke der Auslagerung

Unzulässig ist im Hinblick auf den Auftrag, die Grundversicherung durchzuführen, dass die Krankenkassen Dritte mit Aktivitäten betrauen, die sie selber *nicht* vornehmen dürfen, sei es, weil sie nicht dazu dienen, ihren Verwaltungsauftrag sicherzustellen, sei es, weil sie gegen ihre Bindung an das öffentliche Recht, namentlich an die Grundrechte, verstossen würden. Da die Krankenkassen Verwaltungsträger sind, die (für die Grundversicherung) einem engen rechtlichen Regime unterstehen, gelten für Aktivitätsauslagerungen im wesentlichen die Bedingungen, die jede andere Verwaltungsstelle gegen sich gelten lassen müsste. Für eine weitergehende Autonomie müsste sich eine besondere rechtliche Begründung finden lassen, welche aber aus dem KVG nicht hervorgeht.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Teilnahme an einem Abstimmungskampf die Stimmfreiheit in einer Art und Weise tangiert, welche unzulässig ist (siehe unten, Ziff. 2./e, S.21 ff.).

b) Folgen einer unzulässigen Übertragung

aa) Aufsicht als Tätigkeitsaufsicht

Überträgt eine Krankenkasse Geschäftsbereiche in unzulässiger Weise einem Dritten, tritt ein Aufsichtsfall ein. Die Aufsicht, die im Sinne einer „Überwachung“ dem Bundesrat übertragen wird, will sicherstellen, dass die *Durchführung* der sozialen Krankenversicherung korrekt erfolgt (Art. 21 Abs. 1 KVG). Nach dem Wortlaut des Gesetzes handelt sich um eine *Tätigkeitsaufsicht*, welche nicht primär subjektiv ein-

geschränkt ist. Bei der Revision im Jahre 2000 wurde der frühere Text, der nur bestimmte *Institutionen* der Aufsicht unterstellte, nämlich die (soziale) Krankenversicherung und die „Gemeinsame Einrichtung“ nach Art. 18 KVG³⁴ geändert und weiter gefasst. In seiner Botschaft führte der Bundesrat – der die Änderung von Art. 21 Abs. 1 KVG vorschlug – aus, die Bundesaufsicht beziehe sich „auf alle Aspekte des KVG und dessen Ausführungsverordnungen“.³⁵ Wohl regelt das Gesetz ausdrücklich nur Massnahmen des BAG gegenüber den *Versicherern*, so in Art. 21 Abs. 2 (Weisungen, Auskünfte etc.) und Art. 21 Abs. 4 KVG (Massnahmen). Es kann aber daraus nicht geschlossen werden, dass andere Institutionen ohne weiteres aus der Aufsicht heraus fallen.

bb) Erweiterung der Aufsicht auf Privatrechtssubjekte ausserhalb des KVG?

Die Aufsicht muss, wie dargelegt, die korrekte Durchführung der (sozialen) Krankenversicherung sicherstellen. Sie erfasst deshalb konsequenterweise diejenigen Personen und Institutionen, die auf diese korrekte Durchführung verpflichtet sind. Das sind, wie oben ausgeführt, die Krankenkassen (bzw. Krankenversicherer gemäss Art. 11 KVG). Das BAG hat aus diesem Grunde in einem Entscheid vom 14. Dezember 2005 betreffend eine Aufsichtsbeschwerde gegen die „santésuisse“ kürzlich entschieden, dass diese Institution nicht seiner Aufsicht unterliege. Diese Haltung entspricht der klassischen Konzeption der Verwaltungsaufsicht.

Der Verband „santésuisse“ ist, wie dargelegt, im KVG nur in einer ganz bestimmten Funktion anerkannt. Aufgrund seines Verhältnisses zu den Krankenkassen, wohl vor allem weil er sich eine generelle Vollmacht hat einräumen lassen, spielt er im „Krankenversicherungsmarkt“ eine nicht zu übersehende Rolle. Die Ablehnung jeglicher Aufsicht ihm gegenüber befriedigt deshalb nicht, namentlich auch nicht mit Rücksicht darauf, dass die Aufsicht als Tätigkeitsaufsicht konzipiert ist. Es scheint auch nicht folgerichtig eine Aufsicht abzulehnen, und zwar aus mehreren Gründen:

- Der Branchenverband „santésuisse“ wurde vom Bund bzw. der Bundesverwaltung verschiedentlich als Akteur in der sozialen Krankenversicherung anerkannt und jedenfalls als solcher geduldet. Namentlich ist seine starke Stellung in Tariffragen (auch ausserhalb von Verhandlungsmandaten) notorisch. Er schloss sodann am 21.03.2001 mit der Schweiz. Sanitätsdirektorenkonferenz eine (aussergerichtliche) Vereinbarung über die nachträgliche Erstattung von

gerichtliche) Vereinbarung über die nachträgliche Erstattung von Sockelbeiträgen für die Hospitalisierung in Privatbetten öffentlicher Spitäler, worin der Bund involviert war.³⁶ Der Bund hat es auch zugelassen, dass er den Ärzten die sog. Zahlstellen-Register-Nummer (ZSR-Nr.) erteilt bzw. verweigert, womit diese praktisch als Kassenärzte zugelassen oder ausgeschlossen sind.³⁷ *Man kann darin eine stillschweigende Genehmigung der Übertragung der genannten Tätigkeiten von den Krankenkassen auf die „santésuisse“ erblicken.* Folgt man dieser Konstruktion, wird mit der Genehmigung auch ein öffentlich-rechtliches Verhältnis begründet. Dieses unterstellt die santésuisse gleichzeitig der Aufsicht des Bundes. Denn damit akzeptiert der Bund, dass die „santésuisse“ mit öffentlichen Aufgaben betraut ist.

- Die „santésuisse“ wird von den Kantonen zudem als Ansprechpartnerin auch im Bereich der Grundversicherung anerkannt (siehe den oben erwähnten Vertrag betreffend Sockelbeiträge, der die Grundversicherung der zusatzversicherten Personen betraf).
- Die Gerichte, insb. das Bundesgericht, haben verschiedentlich erkannt, dass das Vorgehen der „santésuisse“ öffentlich-rechtlich bzw. sozialversicherungsrechtlich erheblich ist und sich entsprechend über den Rechtsweg ausgesprochen (über das Aufsichtsverhältnis hatte das Bundesgericht nicht zu entscheiden).³⁸

Bei dieser Sachlage und mit Rücksicht auf den Umstand, dass das KVG eine Tätigkeitsaufsicht statuiert, erscheint es nicht konsequent, wenn die Aufsicht über den Branchenverband grundsätzlich abgelehnt wird. Eine Auslegung, die den Gesetzeszusammenhang sowie Sinn und Zweck der Aufsichtsregelung berücksichtigt, müsste den Branchenverband ebenfalls aufsichtsrechtlich erfassen.

c) Vorgehen im Aufsichtsfall

aa) Vorgehen gegenüber den Krankenversicherern

Im Aufsichtsfall kann und muss die zuständige Behörde, d.h. bei der Grundversicherung das BAG, gegen die verantwortlichen Institutionen vorgehen, somit in erster Linie gegen die sozialen Krankenversicherer. Es kann dies einzeln tun oder auch

durch generell-konkrete Anweisungen gegenüber mehreren bzw. allen Kassen zusammen. Die komplexe Struktur im Krankenversicherungswesen darf wie erwähnt kein Hinderungsgrund für ein aufsichtsrechtliches Einschreiten sein. Das gilt auch im Falle einer unzulässigen oder fraglichen Übertragung von Verwaltungsbefugnissen oder mit diesen zusammenhängenden Tätigkeitsbereichen.

bb) Vorgehen gegen Dritte, insbes. gegen den Branchenverband

- Kommen Krankenversicherer, gegen die aufsichtsrechtlich vorgegangen wurde, einer Anordnung nicht nach, steht der Aufsichtsbehörde die Befugnis zu, ersatzweise anstelle der Beaufichtigten zu handeln (sog. *Ersatzvornahme*), um Zustände herbeizuführen, die rechtlich konform sind. Das beinhaltet auch, dass sie allenfalls dem Branchenverband ein Vertretungsmandat entziehen können. Die Krankenkassen müssten allerdings zuvor Gelegenheit erhalten, selber für Ordnung zu sorgen (dringliche Fälle ausgenommen).
- Möglich ist ein direktes Vorgehen gegen die „santésuisse“ ebenfalls in den Bereichen, in denen eine (stillschweigende) Bewilligung oder Zulassung der zuständigen Bundesbehörden angenommen wird. Eine solche Annahme dürfte insbesondere dann nicht problematisch sein, wenn die Bundesverwaltung mit der „santésuisse“ in gewissen Sachfragen positiv zusammenarbeitet, die Stellung des Branchenverbandes ein erhebliches Gewicht im sozialen Krankenversicherungswesen einnimmt und wenn heikle Fragen berührt werden, welche rechtsstaatlich fraglich oder in einem Grenzbereich anzusiedeln sind, namentlich wenn sie Grundrechte tangieren, bedrohen oder verletzen könnten.³⁹

dd) Bemerkung

Wenngleich es demnach Fälle gibt, in denen ein aufsichtsrechtliches Eingreifen der Bundesbehörden – sei es direkt, sei es ersatzweise – möglich ist, befriedigt die geltende Rechtslage nicht. Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber der faktischen Situation entsprechend eine Ordnung schaffen würde, die einen zielkonformen und gleichzeitig den rechtsstaatlichen Garantien entsprechenden Vollzug gewährleistet.⁴⁰ Damit sind vor allem der Schutz der Grundrechte, einschliesslich der Anhörungsrechte und der Rechtsgleichheit, sodann Fairness, Verhältnismässigkeit und der Rechtsschutz angesprochen. Indem der Gesetzgeber die Durchführung der

Krankenversicherung Privaten zuwies, hat sich der Staat, wie bereits ausgeführt, nicht der Aufgabe vollumfänglich entledigt, sondern der Aufsicht einen besonderen Stellenwert eingeräumt. Dazu wäre ein gesetzlicher Rahmen für alle Akteure, eine genauere Ausgestaltung des Aufsichtsverfahrens bzw. des Verfahrens über das Zusammenspiel von öffentlichen Stellen und Privaten wichtig, neben ausreichenden fachlichen und personellen Ressourcen für die verantwortlichen Behörden.

d) Muss sich ein Dritter (konkret der Branchenverband) das Einschreiten der Aufsichtsbehörde gefallen lassen?

- Nehmen Dritte eine Tätigkeit wahr, welche zur Verwaltungstätigkeit der Krankenkassen gehört, massen sie sich eine „monopolisierte“ Tätigkeit an. Sie verletzen gleichzeitig die Ordnung des KVGs, zumindest das Bewilligungserfordernis (Art. 13 KVG). Das gilt auch dann, wenn die Dritten nur in Teilbereichen, die substantziellen Einfluss auf die Durchführung der Grundversicherung haben, tätig sind. Es werden alsdann zwingende Normen des öffentlichen Rechts missachtet, deren Überwachung dem Bundesrat bzw. dem BAG übertragen ist. In diesem Fall kann die Bewilligungsbehörde gegen die Dritten vorgehen, ein Gesuch um Bewilligung verlangen oder gegebenenfalls zur Einstellung der betreffenden Aktivität auffordern. Dies ergibt sich aus dem Gesetz, auch wenn das Vorgehen nicht im einzelnen im KVG vorgesehen ist.⁴¹ Eine Berufung auf *Grundrechte* durch die Dritten, beispielsweise auf die Wirtschaftsfreiheit, muss in solchen Fällen scheitern, weil wegen des Zusammenhangs mit dem Krankenversicherungsgesetz die betreffende Aktivität nicht grundrechtlich geschützt ist, sondern einer öffentlichen Aufgabe zugeordnet werden muss.
- Es muss allerdings darauf hingewiesen werden, dass es Abgrenzungsprobleme geben kann und nicht immer klar sein dürfte, ob und in wie weit eine Aktivität der sozialen Krankenversicherung zuzuschreiben ist.
- Wird unter der Konstruktion einer (*stillschweigenden*) *Bewilligung* direkt aufsichtsrechtlich vorgegangen (siehe oben Ziff. 2./c./bb, S.19), handelt die Bundesbehörde innerhalb eines Aufsichtsverhältnisses und kann sich deshalb auf das Unterstellungsverhältnis berufen (Art. 21 KVG). Auch wenn die aufsichtsrechtlichen Mittel im KVG nicht sehr eingehend geregelt sind, entstehen keine

besonderen Schwierigkeiten aufgrund des Gesetzmässigkeitsgebotes. Selbstverständlich müssen ergriffene Massnahmen und Vorkehren verhältnismässig, das heisst auch zielführend sein.

- Kommt es zu einer *Ersatzvornahme*, kann die Aufsichtsbehörde (BAG) nur Vorkehren treffen, die an ihrer Stelle die Krankenkassen hätten treffen müssen, d.h. sie kann insbesondere einem Branchenverband ein unzulässigerweise erteiltes oder ein zu weit gehendes Mandat entziehen. Der Aktionsbereich der Aufsichtsbehörde aber auch ihre Kompetenz lässt sich direkt aus der Aufsichtskompetenz über die sozialen Krankenversicherer ableiten. Der (ausserstehende) Branchenverband muss sich diesen Eingriff gefallen lassen. Grundsätzliche Probleme mit dem Legalitätsprinzip dürften ebenfalls nicht entstehen.

e) Eingreifen des Branchenverbandes in einem Abstimmungskampf

aa) Ausgangslage

Im Zusammenhang mit der voraussichtlich im Jahre 2007 zur Abstimmung gelangenden Volksinitiative „für eine soziale Einheitskrankenkasse“ ist zu erwarten, dass die „santésuisse“ in erheblichem Umfang direkt und indirekt in den Abstimmungskampf eingreifen wird.

Die „santésuisse“ hat auf ihrer Homepage bereits heute, bevor der Abstimmungstermin feststeht, ein Argumentarium und ein Positionspapier aufgeschaltet.⁴² Zudem soll sie, wie einem Artikel der NZZ am Sonntag vom 03.09.2006 unter dem Titel „Krankenkassen bekämpfen Einheitskasse mit Prämien-geld“ entnommen werden kann, das Forum Gesundheit Schweiz, das bereits eine Inseratenkampagne in Schweizer Zeitungen gestartet hat, mit einem grösseren Betrag versehen haben. Insgesamt sei, so liess die „santésuisse“ verlauten, ein Fonds von 7 Mio. Franken geüfnet worden. Die Kampagne soll damit gerechtfertigt worden sein, dass das Sozialversicherungsrecht zur Information verpflichte.⁴³

bb) Problematik

Das Eingreifen einer mächtigen Organisation in einen Abstimmungskampf berührt und beeinflusst das Abstimmungsverhalten der Bürgerinnen und Bürger. Diese haben aufgrund von Art. 34 BV Anspruch auf Schutz der „freien Willensbildung“ und „der unverfälschten Stimmenabgabe“. Art. 34 Abs. 2 BV garantiert die Wahlfreiheit. Diese bezieht sich auf die Phase der Abstimmung, aber ebenso sehr auf die Vorbereitungsphase und weist grundrechtlichen Charakter auf. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis soll die Willensbildung den gesellschaftlichen und politischen Kräften vorbehalten sein. Das Eingreifen der *Behörden* in einen Abstimmungskampf darf nur ausnahmsweise erfolgen, wenn dies durch triftige Gründe gerechtfertigt ist, etwa wenn offensichtlich falsche Informationen von privater Seite richtig zu stellen sind, und hat sich auf eine an Objektivität und Verhältnismässigkeit orientierte Information zu beschränken. Triftig sind Gründe für zusätzliche Informationen oder Klarstellung nur dann, wenn sie im Interesse einer unverfälschten Willensbildung und Willensbetätigung der Stimmbürger und -bürgerinnen notwendig erscheinen.⁴⁴ Informationen im Sinne von Erläuterungen der Vorlage sind dagegen möglich und unter Umständen auch angezeigt, ebenso Abstimmungsempfehlungen.⁴⁵ Sie müssen aber objektiv und vollständig sein.⁴⁶ Behördliches Eingreifen in den Abstimmungskampf muss sodann transparent sein und darf grundsätzlich nicht verdeckt (d.h. etwa durch Unterstützung von Abstimmungskomitees) erfolgen.

cc) Die grundsätzliche Stellung der Krankenkassen in einem Abstimmungskampf

Ein Eingreifen der Krankenkassen (bzw. der sozialen Krankenversicherer) in einen Abstimmungskampf stellt einen Eingriff in eine grundrechtlich geschützte politische Auseinandersetzung dar. Art. 35 Abs. 2 BV legt fest, dass alle, die staatliche Aufgaben wahrnehmen, an die Grundrechte gebunden und verpflichtet sind, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Nach der Lehre bezieht sich diese Vorschrift auf Beliehene, denen eine öffentliche (staatliche) Aufgabe übertragen wurde.⁴⁷ Der erste Halbsatz der Bestimmung dürfte zwar in erster Linie den Fall erfassen, in dem die beliehenen Privaten (hier die Krankenkassen) in ihrem hoheitlichen oder anderweitig von der übertragenen öffentlichen Aufgabe geprägten Handeln die Grundrechte respektieren müssen. Der zweite Halbsatz (die Verpflichtung, zur Grundrechtsverwirklichung beizutragen) geht indessen eindeutig über eine blosser Schrankenfunktion der Grund-

rechte hinaus. Das heisst, dass die Krankenkasse nicht nur im Zusammenhang mit ihrem *öffentlichen Auftrag* dort zurückgebunden sind, wo sie Grundrechte sonst verletzen könnten. Sie haben ihr Handeln *allgemein* so auszurichten, dass grundrechtliche Positionen gewahrt und gegebenenfalls gestärkt werden. Die privatrechtlich organisierten Krankenkassen können aus diesen Gründen, wenngleich sie eine gewisse Zwitterstellung inne haben,⁴⁸ jedenfalls mit Bezug auf die Grundrechtsfrage nicht Privaten gleichgestellt werden, sondern müssen sich (ähnlich) wie eine Verwaltungsstelle verhalten. Das gilt im Besonderen, soweit die Wahl- und Stimmfreiheit und der Anspruch der Stimmberechtigten angesprochen sind, sich ihren Willen ohne unzulässige Beeinflussung im Vorfeld einer Abstimmung frei bilden zu können.

Als Träger von öffentlichen (staatlichen) Aufgaben müssen die sozialen Krankenversicherer deshalb triftige Gründe namhaft machen können, wenn sie in den Abstimmungskampf eingreifen wollen. Ihr Verhalten müsste ausserdem objektiv, transparent und verhältnismässig sein.

dd) Kein Grundrechtsschutz, namentlich kein Stimm- und Wahlrecht für die Krankenkassen

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass sich die Krankenkassen für eine Beteiligung am Abstimmungskampf nicht auf das eigene Wahl- und Stimmrecht berufen können, da ihnen ein solches nicht zusteht. Dies gilt übrigens auch für den Branchenverband „santésuisse“.⁴⁹ Sie können sich ebensowenig auf die Meinungsäusserungsfreiheit oder auf die Wirtschaftsfreiheit berufen. Aus einer eigenen Grundrechtsposition lässt sich deshalb kein triftiger Grund für ein Handeln der Krankenkassen ableiten.

ee) Besondere Informationspflicht der Krankenkassen?

Die Krankenkassen können sich für die Rechtfertigung eines Eingreifens in den Abstimmungskampf auch nicht darauf berufen, dass sie eine besondere Informationspflicht gegenüber den Stimmbürgern wahrzunehmen hätten. Zwar kommt ihnen wie allen Sozialversicherungsträgern eine Aufklärungs- und Beratungspflicht zu: Art. 27 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG)⁵⁰ hält sie dazu an, „die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären und zu beraten“. Diese Bestimmung meint aber offensichtlich die

aus der (sozialen) Krankenversicherung fließenden Rechte und Pflichten. Von einer „Aufklärungspflicht“ im Zusammenhang mit einer Änderung des Versicherungssystems bzw. im Abstimmungskampf betreffend eine Volksinitiative kann gestützt auf die erwähnte Gesetzesnorm keine Rede sein.

ff) Besondere Betroffenheit der Krankenkassen als Grund für ein Eingreifen in den Abstimmungskampf?

Die anstehende Volksinitiative „für eine soziale Einheitskrankenkasse“ will einen Systemwechsel im Krankenversicherungswesen herbeiführen. Sie könnte, wird sie angenommen, zur Folge haben, dass die Krankenkassen (und andere soziale Krankenversicherer) ihres Auftrags zur Durchführung der Grundversicherung verlustig gehen. Eine solche Ausgangslage betrifft die Krankenkassen in ihrer Existenz. Es ist deshalb verständlich, dass sie in einer solchen Situation Stellung nehmen wollen. Allerdings ist zu sehen, dass die Initiative von Parlament und Bundesrat abgelehnt worden ist.⁵¹ Diese werden in der Abstimmungsempfehlung deshalb eine für die Krankenkassen positive Stellungnahme abgeben und in den Abstimmungserläuterungen die Gründe darlegen, die *gegen* die Initiative sprechen. Das Bedürfnis, die Krankenkassen teilnehmen zu lassen, relativiert sich damit etwas. Die Situation der Krankenkassen lässt sich mit derjenigen einer Gemeinde vergleichen, die durch eine Sachabstimmung im Kanton oder im Bund mehr als andere betroffen ist.⁵² Auch den Krankenkassen als besonders Betroffene wird man nicht verwehren können, dass sie selber Position beziehen. Ihr Positionsbezug muss jedoch, wie erwähnt, sachlich sein und namentlich auch transparent und verhältnismässig.

gg) Verhältnismässigkeit und Transparenz

Bei der Frage, was verhältnismässig ist und was nicht mehr, ist zunächst zu beachten, dass die offiziellen Stellungnahmen bereits die Krankenkassen unterstützen. Es kann deshalb im Wesentlichen nur darum gehen, dass die Krankenkassen ihre eigene Position klar stellen und auf ihre besonderen Leistungen hinweisen können. In dieser Hinsicht muss ein verdecktes Vorgehen über private Abstimmungskomitees, bei welchen die Beteiligung der Krankenkassen nicht klar ersichtlich ist, als *unzulässig* angesehen werden.⁵³ Es ist bereits fraglich, ob die Krankenkassen über die „santésuisse“ Informationen streuen dürfen, ist doch den Stimmberechtigten ange-

sichts des nicht transparenten Namens nicht unbedingt bekannt, dass es sich dabei um den Branchenverband der Krankenversicherer und deren Interessenvertretung handelt.⁵⁴ Eine verdeckte Beteiligung zuhanden des „Forum Gesundheit Schweiz“ ist erst recht nicht zulässig. Anders wäre der Auftritt der Krankenkassen zu beurteilen, wenn sie z.B. in ihren Mitteilungsblättern, die sie alle zuhanden der Versicherten herausgeben, zur Initiative (sachlich und im Umfang zurückhaltend) Stellung beziehen würden.

Unter der Anforderung eines verhältnismässigen Eingreifens in den Abstimmungskampf spielt sodann besonders der Umfang des *finanziellen* Einsatzes eine Rolle. In diesem Zusammenhang muss darauf hingewiesen werden, dass ein Einsatz von mehreren Millionen Franken in einem schweizerischen Abstimmungskampf für sich allein schon eine ausserordentlich hohe Summe darstellt.⁵⁵ Sie muss im Hinblick auf das Klärungsbedürfnis über die Stellung der Krankenkasse zur Volksinitiative ohne Zweifel *als unverhältnismässig* qualifiziert werden.

Schliesslich ist zu beachten, dass die Krankenkassen an sich nicht über freie Mittel verfügen, die ihnen für eine Teilnahme am politischen Prozess offen stehen. Art. 13 Abs. 2 lit. a KVG verpflichtet sie darauf, die Mittel der sozialen Krankenversicherung nur zum Zwecke dieser *Versicherung* zu verwenden. Insofern verwalten sie die Prämiegelder quasi „treuhänderisch“ für die Versicherten. Die Bereitstellung von Millionen von Franken für einen Abstimmungskampf verletzt deshalb die Zweckbindung der Prämiegelder. Unerheblich ist, dass es sich pro versicherter Person um eine eher geringfügige Summe handelt; entscheidend ist vielmehr, dass damit mehrere Millionen Franken nicht für Leistungen an die Versicherten verwendet werden.

hh) Gleichstellung des Branchenverbandes mit den Krankenkassen

Agieren die Krankenkassen über den Branchenverband, ist dessen Verhalten den Krankenkassen zuzurechnen, bzw. so zu behandeln, wie wenn die Krankenkassen ihrerseits vorgehen würden. Daran ändert nichts, dass der Branchenverband formell nach dem KVG selber keine öffentlichen Aufgaben wahrnimmt. Auch wenn man eine stillschweigende Zulassung der „santésuisse“ für öffentliche Aufgaben konstruieren würde (siehe vorstehend Ziff. 2./c./bb, S.19.) und „santésuisse“ daneben noch anderweitige Tätigkeitsbereiche zukommen, ergibt sich das nämliche Resultat.

Das Verhalten des Branchenverbandes im Rahmen seiner Finanzierung durch die Krankenkassen und seiner Vertretungsbefugnis muss schon deshalb den Krankenkassen zugerechnet (oder wie das Verhalten der Krankenkassen behandelt) werden, weil sonst eine Gesetzesumgehung zugelassen würde. Solches kann keinen Rechtsschutz finden. Es spielt deshalb für die Beurteilung des Eingreifens in den Abstimmungskampf letztlich keine Rolle, ob dieses von der „santésuisse“ oder von den Krankenkassen ausgeht. Die vorne dargestellten Grenzen der Beteiligung am Abstimmungskampf gelten in beiden Fällen.

III. Zusammenfassung

1. Die soziale Krankenversicherung ist eine öffentliche Aufgabe. Sie ist den Krankenkassen und weiteren Krankenversicherern, welche den Voraussetzungen von Art. 12 KVG entsprechen, zur Erfüllung übertragen worden (Beleihung). Der Bund bleibt letztlich dafür verantwortlich, dass der gesetzliche Auftrag korrekt ausgeführt wird (Gewährleistungsverantwortung).
2. Die sozialen Krankenversicherer (Krankenkassen) erhalten durch die Beleihung die Stellung von Organen der mittelbaren Verwaltung. Sie sind, obwohl privatrechtlich entstanden und organisiert, durch das heutige KVG in ihrer Privatautonomie stark beschränkt. Sie sind in ihrem Handeln in weiten Teilen an die Grundsätze des öffentlichen Rechts gebunden. Namentlich müssen sie die Grundrechte beachten.
3. Das KVG nennt die Formen, in denen die Krankenkassen bzw. die sozialen Krankenversicherer handeln können und müssen. Es sieht zwei Institutionen vor, die „Gemeinsame Einrichtung“ und die gemeinsame Institution der Gesundheitsförderung. Die „Gemeinsame Einrichtung“ wurde gemäss Art. 18 KVG auch geschaffen, um administrative und technische Aufgaben, die sinnvollerweise zentral erledigt werden, im Auftrag der Krankenkassen wahrzunehmen. Der Branchenverband ist gesetzlich nicht geordnet, wird aber vom Gesetz- und vom Verordnungsgeber für Tarifverhandlungen mit Leistungserbringern anerkannt. Als Dienstleistungsbetrieb und genereller Vertreter (selbst in Tariffragen) findet er keine gesetzliche Grundlage.

4. Wo die Praxis dem Branchenverband „santésuisse“ über die gesetzliche Basis hinweg Kompetenzen einräumt, muss die rechtliche Ordnung – sofern sie dies zulässt – auch Wege finden, um die soziale Krankenversicherung so zu gewährleisten, wie wenn der Branchenverbände *nicht* eingeschaltet wäre. In diesem Sinne muss sich die Aufsicht entweder direkt oder indirekt auf die Tätigkeit der „santésuisse“ erstrecken. Eine direkte Aufsicht gilt, wenn eine stillschweigende Bewilligung angenommen wird, andernfalls sind zunächst die Krankenkassen und erst sekundär der Branchenverband ins Recht zu fassen.
5. Das Gesetz schreibt einen vorsichtigen Umgang mit Prämiegeldern in der sozialen Krankenversicherung vor (enge Zweckverwendung, siehe Art. 13 Abs. 2 lit. a sowie 20 KVG) und kontrolliert diesen auch. Vor diesem Hintergrund erscheint die unkontrollierte Verwendung von Mitteln, die aus den Prämien der sozialen Krankenversicherung stammen, durch den Branchenverband santésuisse nicht gesetzeskonform. Es wäre deshalb angezeigt, die Abzweigung von Prämiegeldern und die Verwendung durch den Branchenverband aufsichtsrechtlich hinreichend zu kontrollieren. Eine Kontrolle im Sinne von Art. 20 Abs. 3 KVG (Genehmigung von Budget, Rechnung und Rechenschaftsbericht) erschiene sinnvoll.
6. Eine Beteiligung der Krankenkassen (bzw. der sozialen Krankenversicherer) in einen Abstimmungskampf stellt einen Eingriff in eine grundrechtlich geschützte politische Auseinandersetzung dar. Die Krankenkassen können sich hierfür nicht auf das Wahl- und Stimmrecht berufen, da dieses weder ihnen noch dem Branchenverband „santésuisse“ zusteht. Es kommt ihnen auch keine Informationspflicht zu, welche ein massives Eingreifen rechtfertigen könnte.
7. Die Verwendung von erheblichen Beträgen in siebenstelliger Höhe aus Prämiegeldern in einem Abstimmungskampf über eine Volksinitiative stellt eine unverhältnismässige und damit unzulässige Beeinträchtigung des grundrechtlich geschützten Abstimmungskampfes dar. Dies gilt selbst dann, wenn man die besondere Lage und das vitale Interesse der Krankenkassen berücksichtigt, namentlich die Gefahr, dass die Krankenkassen ihrer Aufgabe verlustig gehen und ihre Daseinsberechtigung verlieren könnten. Ein derartiger Eingriff durch die Krankenkassen oder ihren Dachverband verletzte in unzulässiger Weise verfas-

sungsmässig gewährleistete Grundrechte. Es würde ausserdem die Zweckbindung der Prämiegelder gemäss KVG missachtet.

St. Gallen/Basel, den 7. November 2006

Regula Kägi-Diener

René Rhinow

¹ Siehe TOMAS POLEDNA, Gesundheit als Bundesaufgabe, in: Tomas Poledna/Ueli Kieser (Hrsg.), Gesundheitsrecht, Basel 2005, § 8, Rz. 19 ff., S. 21 ff.

² Heute: Art. 117 BV

³ Siehe BGE vom 19.09.2003, 2P.153/2003, E. 1.4: „Die soziale Krankenversicherung ist eine öffentlichrechtliche Aufgabe, die zwar teilweise von privatrechtlich organisierten Versicherern betrieben wird, aber für die Bevölkerung obligatorisch (Art. 3 KVG) und durch öffentlichrechtliche Vorschriften bis in die Details geregelt ist.“

⁴ Man kann in Abgrenzung zur nachträglichen oder sekundären Auslagerung von originärer Auslagerung sprechen, weil der Bund die Krankenversicherung nie selber führte.

⁵ In gewissen Fällen können auch andere Krankenversicherer mit der Durchführung betraut sein. Der Einfachheit halber wird nachstehend nur von Krankenkassen gesprochen.

⁶ Siehe dazu etwa TOMAS POLEDNA, Krankenversicherungen und ihre rechtliche Organisation, Zürich 2002, S. 50 f.

⁷ Siehe etwa PIERRE MOOR, Droit administratif, II, 2. Aufl. 2002, S. 5.

⁸ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Bern 2005, § 1 N. 5 (S. 2) zählen zur Verwaltung im organisatorischen Sinne alle „Privatrechtssubjekte, die mit der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben betraut sind.“

⁹ So etwa das Bundesamt für Justiz in einem Gutachten vom 10.11.1989, veröffentlicht in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VBP) 54.36 (1990).

¹⁰ Siehe VPB 70.54 (2006), S. 888.

¹¹ Siehe dazu Art. 178 BV, Art. 2 Abs. 4 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG, SR 172.010). Zur Beleihung generell siehe etwa MARKUS HEINTZEN, Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62, 240 ff.

¹² Siehe z.B. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allg. Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, N. 1532. - Vor 1996 hatten die Krankenkassen nicht die gleiche Stellung: sie waren private beitragsberechtigte Institutionen, die wesentlich weniger stark in die öffentlichrechtliche Rechtsordnung bzw. die Verwaltung eingebunden waren.

¹³ Diesen haben sie eigentlich nur in der Zusatzversicherung. Die Versicherten können immerhin noch – im Prinzip - die Krankenkassen selber auswählen, wogegen die Krankenkassen diese akzeptieren müssen.

¹⁴ Art. 5 Abs. 1 BV lautet: „Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.“

¹⁵ HEINTZEN, (Fn 11), S. 242 f. in Anschluss an einen Entscheid des Bremischen Staatsgerichtshofs vom 15.01.2002.

¹⁶ Geregelt in Art. 36 BV: Danach müssen schwere Einschränkungen im Gesetz selber (also nicht in Verordnungen oder dgl.) vorgesehen sein. Ausserdem muss ein öffentliches Interesse vorliegen und die Einschränkungen haben dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu gehorchen.

¹⁷ POLEDNA, (Fn. 6), S. 28 spricht mit Bezug auf die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für administrative Rechtsnachteile bzw. aufsichtsrechtliches Vorgehen von „Grosszügigkeit“ der Praxis.

¹⁸ So zutreffend POLEDNA, (Fn. 6), S. 24.

¹⁹ Siehe zum Ganzen etwa ANDREAS VOSSKUHL, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 308 ff.

²⁰ Daneben können sie auch „weitere Versicherungsarten“ in einem gewissen Rahmen und u.U. Rückversicherungen betreiben (Art. 12 Abs. 2 und 4 KVG).

²¹ Der bundesrätliche Entwurf zum KVG zählte die zulässigen Versicherungen ausdrücklich auf (siehe Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, BBl 1992 I 93 ff. insbes. S. 259 f.), das geltende Gesetz verzichtete auf diese Aufzählung, ohne den Grundsatz ändern zu wollen, dass nur Versicherungen angeboten werden können, die einen Zusammenhang mit der sozialen Krankenversicherung haben.

²² Genauer dem Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG), SR 961.01.

²³ So allgemein TSCHANNEN/ZIMMERLI a.a.O. (Fn. 8), § 5 N. 28.

²⁴ POLEDNA (Fn. 6), S. 20 f. mit Hinweisen.

²⁵ beides in Art. 13 Abs. 2 lit. a KVG. Daneben gilt auch die Gleichbehandlung der Versicherten und das Solidaritätsprinzip.

²⁶ Hierzu überzeugend POLEDNA (Fn. 6), S. 23 f.

²⁷ Urteil des EVG vom 27. März 2006, K 139/04, insbes. E. 4.4.

²⁸ Art. 18 Abs. 4 KVG.

²⁹ Art. 19 KVG. Die Förderung von Krankheitsverhütung ist eine gesetzliche Aufgabe der sozialen Krankenversicherer.

³⁰ Art. 20 KVG.

³¹ Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, BBl 1992 I 93 ff, insbes. S. 178 (Separatdruck 91.071).

³² Bereits POLEDNA (Fn. 6), S. 46 war der Ansicht, dass das KVG die Rechtsfiguren abschliessend benennt, welche die Krankenversicherungen (zu den dort genannten Zwecken) betreiben dürfen.

³³ Siehe etwa Art. 77 Abs. 3 KVV.

³⁴ Es handelt sich um eine Stiftung, die für die Leistungen zahlungsunfähiger Versicherer einstand, heute v.a. Aufgaben im Zusammenhang mit der Versicherungspflicht für Personen aus dem europäischen Ausland wahrzunehmen hat.

³⁵ Botschaft über die Anpassung und Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten in den Sozialversicherungen, BBl 2000, S. 255 ff, insbes. S. 268.

³⁶ Erwähnt in ROLAND SCHÄR, Die Rechtsprechung des EVG zur obligatorischen Unfall- und Krankenversicherung, in: ZBJV 2006, 684 f. – Allerdings agierte dort das Bundesamt für Privatversicherung, was aber nichts ändert.

³⁷ Siehe dazu Urteil des EVG vom 27.03.2006, K 139/04, i.S. x gegen santésuisse; sodann oben Ziff. 2./a./bb, S. 11.

³⁸ So im Urteil des EVG vom 27.03.2006 (Fn. 37); BGE betreffend Verrechnung der Sockelbeiträge mit Geschäftsverlusten, erwähnt bei SCHÄR (Fn. 36), S. 685f. In BGE vom 19.09.2003, 2P.153/2003, liess das Bundesgericht die „santésuisse“ nicht zur staatsrechtlichen Beschwerde zu, weil die Krankenkassen eine öffentlich-rechtliche Aufgabe wahrnehmen.

³⁹ Diesfalls gebietet auch Art. 35 BV ein Einschreiten der Bundesbehörden. Dabei ist klarzustellen, dass diese Vorschrift, die die Verwirklichung der Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung vorschreibt, für sich allein keine Kompetenz zum Einschreiten verleiht.

⁴⁰ Ähnliche Forderungen wurden bereits früher erhoben, so von POLEDNA (Fn. 6), S. 57 f.; BARBARA HÜRLIMANN et al., Krankenversicherung, Zürich 1998, S. 261.

⁴¹ Das KVG kennt interessanterweise auch keine Strafnorm, welche bewilligungslose Aktivitäten ahnt.

⁴² Unter www.santesuisse.ch, abgerufen am 20.10.2006.

⁴³ Der in dem erwähnten Artikel zitierte SP-Präsident Hans-Jürg Fehr schätzte die für die Inseratekampagne ausgegebene Summe damals auf bereits rund 1 Million Franken. Gemäss dem erwähnten Artikel soll der santésuisse-Sprecher bekannt gegeben haben, dass die Krankenkassen (bei der santésuisse) einen Fonds von rund 7 Millionen Franken geöfnet haben sollen. Dies entspricht angeblich rund Fr. -.50 pro versicherter Person, was aber angesichts der schweizerischen Einwohnerzahl der Schweiz nicht stimmen kann. Es dürften eher Fr. 1.—bis Fr. 1.50 pro versicherter Person sein. Siehe ERICH ASCHWANDEN, Krankenkassen bekämpfen Einheitskasse mit Prämiengeld, in: NZZ am Sonntag vom 03.09.2006, S. 10.

⁴⁴ Siehe ZBI 1988 S. 125; BGE 112 Ia 131 E. 1

⁴⁵ Siehe GEROLD STEINMANN, St. Galler Kommentar (1. Aufl.) zu Art. 34, Rz. 14; PASCAL MAHON, L'information par les autorités, in: ZSR 1999 II 243 f. (Rz 35 f.), S. 257 ff, Rz. 47 ff. geht etwas weiter und fordert, dass die Behörden eine aktive Informationspolitik betreiben, er legt aber Wert darauf, dass die Mittel der Information streng zu beachten sind und dass die Information „objective, transparente et loyale“ sowie verhältnismässig sei.

⁴⁶ Sofern sie zu Wertungsfragen Stellung nehmen und sich auf Argumente stützen, die sich nicht oder nicht ohne weiteres durch Tatsachen belegen lassen, muss doch die Objektivität gewahrt werden, BGE 125 I 156; 105 Ia 153; ALFRED KÖLZ, Die Abgabe separater Abstimmungsempfehlungen an die Stimmberechtigten durch den Zürcher Kantonsrat, in: ZBI 1998, 406.

⁴⁷ RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Art. 35 Rz. 15; RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000, Basel/Genf/München 2000, S. 153.

⁴⁸ Siehe oben Ziff. II./1./b./cc, S. 6.

⁴⁹ Siehe BGE vom 19.09.2003, 2P.153/2003, wo das Bundesgericht der „santésuisse“ die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde absprach, weil auch die Krankenkassen keine Grundrechtsträger sind, sondern öffentlich-rechtliche Aufgabe wahrzunehmen haben.

⁵⁰ Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG), SR 830.1.

⁵¹ Zur Position des Bundesrates, siehe Botschaft zur Volksinitiative „Für eine soziale Einheitskrankenkasse“, BBl 2005, 735 ff.

⁵² Siehe dazu YVO HANGARTNER, Intervention eines Gemeinwesens im Abstimmungskampf eines anderen Gemeinwesens, in: AJP/PJA 1996, S. 271.

⁵³ Dies gilt nach Lehre und Rechtsprechung für die öffentliche Hand: PIERMARCO ZEN RUFFINEN, L'expression fidèle et sûre de la volonté du corps électoral, in : DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS Aubert/JÖRG PAUL MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, § 21, Rz. 28; BGE 116 Ia 468.

⁵⁴ In dieser Hinsicht war die Vorgängerorganisation, das „Konkordat der Krankenkassen“, weit transparenter.

⁵⁵ Zum Vergleich: Gemäss Presseberichten soll die Sozialdemokratische Partei für die nächste Kampagne der Nationalratswahlen 1,2 Millionen Franken einsetzen, was bereits absolut als hoch einzustufen ist, siehe St. Galler Tagblatt Nr. 245 vom 24.10.2006, S. 1. Die Stellung einer politischen Partei ist aber im Hinblick auf die Teilnahme am politischen Prozess eine ganz andere als diejenige von (mittelbaren) Verwaltungsträgern. Zu Zurückhaltung ist sie nicht verpflichtet, vielmehr ist dieser ihr eigentliches Aktionsfeld.