Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD

Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF

2. September 2020

Stärkung der Instrumentarien der FINMA in der Krankenzusatzversicherung (KZV)

Regulatorische Möglichkeiten

Inhaltsverzeichnis

1 Zusammenfassung ... 4

2 Ausgangslage ... 6

2.1 Auftrag ... 6

2.2 Bericht: Kostendämpfungsmassnahmen zur Entlastung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung ... 6

2.3 Kurzbericht EFD: Missbräuchliche Zusatzversicherungstarife verhindern – Handlungsoptionen ... 7

2.4 Inhalt des vorliegenden Berichts ... 8

3 Rechtliche Grundlagen ... 9

3.1 Kompetenzenordnung ... 9

3.1.1 Soziale Krankenversicherung ... 9

3.1.2 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung ... 9

3.2 Aufsicht ... 10

3.2.1 Aufsicht in der sozialen Krankenversicherung ... 10

3.2.2 Aufsicht in der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung ... 11

3.2.3 Koordination zwischen den Aufsichtsbehörden ... 13

3.2.4 Rolle der Wettbewerbsbehörden ... 15

3.2.5 Rolle des Preisüberwachers ... 15

3.2.6 Gesundheitspolizeiliche Aufsicht ... 17

3.3 Umfang des Aufsichtsportfolios ... 18

3.3.1 Obligatorische Krankenpflegeversicherung ... 19

3.3.2 Zusatzversicherung zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung ... 19

3.4 Gesetzliches System der Leistungen ... 20

3.4.1 Leistungen der OKP ... 20

3.4.2 Tarifschutz nach KVG ... 21

3.4.3 Zusatzleistungen ... 21

3.4.4 Mehrleistungen ... 22

3.5 Rechnungsstellung und Rechnungskontrolle ... 22

3.5.1 Rechnungsstellung in der OKP ... 23

3.5.2 Rechnungsstellung der Spitäler und Ärzte für zusatzversicherte Leistungen ... 23

3.5.3 Rechnungskontrolle ... 24

3.5.4 Möglichkeiten der Marktteilnehmer gegen zu hohe Sondertarife ... 25

3.6 Missbrauchsverbot nach VAG ... 26

3.6.1 Aufsichtspraxis der FINMA ... 27

4 Würdigung - Vorschläge, wie das Instrumentarium der FINMA verstärkt werden kann ... 28

4.1 Intensivierung des Austausches zwischen der FINMA und dem BAG 28
4.2 Intensivierung des Austausches zwischen der FINMA und dem Preisüberwacher 29
4.3 Aufnahme der Themen im Rahmen der regelmässigen Gespräche zwischen EFD und FINMA 30
4.4 Anpassungsmöglichkeiten de lege ferenda 30
4.4.1 Präzisierung des Missbrauchsbegriffs im VAG 31
4.4.2 Stärkung der Verhandlungsmacht der Versicherungsunternehmen gegenüber Leistungserbringern im Gesundheitswesen 32
4.4.3 Legalfiktion fehlenden Wettbewerbs 33
5 Vorschlag zum weiteren Vorgehen 35

1 Zusammenfassung

Ende 2018 beauftragte der Bundesrat das EFD in Zusammenarbeit mit andern Bundesbehörden zu prüfen, wie die Instrumentarien der FINMA zur Beschränkung der von Zusatzversicherern zu erbringenden Leistungen ausserhalb der obligatorischen Krankenversicherung gestärkt werden könnten.

Der vorliegende Bericht erläutert das Aufsichtssystem in der Krankenversicherung und zeigt auf, wie die FINMA im Rahmen der heutigen Rechtslage auf die von Zusatzversicherern ausserhalb der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu erbringenden Leistungen einwirken kann. Weiter wird dargestellt, wie die Zusammenarbeit unter den Behörden verbessert werden könnte oder wie, darüberhinausgehend, mit regulatorischen Anpassungen die Instrumentarien der FINMA und der Preisüberwachung zur Kostendämpfung in der Zusatzversicherung zur OKP optimiert werden könnten.

Der hierauf basierende Vorschlag zum weiteren Vorgehen ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass das weitaus effektivste Instrument zur Beschränkung der von den Zusatzversicherungen zu erbringenden Leistungen in der Herstellung von Transparenz bei den Abrechnungen für die versicherten Leistungen bestehen würde. Hier müsste direkt bei den Leistungserbringern angesetzt werden, wozu dem Bund aber die Kompetenzen fehlen. In diesem Licht erscheinen regulatorische Anpassungen im Bereich der Finanzmarktaufsicht als konzeptionell fragwürdig und verhältnismässig ineffizient. Bevor daher ein politisch schwieriger und länger dauernder Gesetzgebungsprozess eingeleitet wird, schlagen wir vor, die nachfolgenden Massnahmen umzusetzen und auf Ende 2022 hin einer Wirksamkeitsanalyse zu unterwerfen:

- Intensivierung des Austausches zwischen der FINMA und dem BAG (vgl. Ziff. 4.1)
  Die Koordination der Aufsichtstätigkeiten und damit die Zusammenarbeit von FINMA und BAG im Bereich der Tarifprüfung und Leistungskontrolle soll formell in einem Memorandum of Understanding (MoU) festgehalten werden.
- Intensivierung des Austausches zwischen der FINMA und dem Preisüberwacher (vgl. Ziff. 4.2)
  Die FINMA soll mit der Preisüberwachung einen institutionalisierten Austausch mit periodischen Sitzungen pflegen. Die FINMA wird eingeladen, bei der Genehmigung von Produkten und Prüfung der Versicherungsprämien bei Fragen zur wirtschaftlichen Angemessenheit von der Preisüberwachung im Rahmen der Amtshilfe Berichte zur wirtschaftlichen Angemessenheit von Spitaltarifen einzufordern. Die Amtshilfe sowie Form und Inhalt der regelmässigen Treffen zwischen den Amtsstellen sollten formell in einem MoU geregelt werden.
- Aufnahme der Themen im Rahmen der regelmässigen Gespräche zwischen EFD und FINMA (vgl. Ziff. 4.3)
  Das EFD nimmt diese Themen im Rahmen der regelmässigen Gespräche mit der FINMA (Strategischer Dialog und Policy Dialog) auf.

Sollten sich die Massnahmen als nicht genügend wirksam erweisen, wären im Anschluss daran Anpassungsmöglichkeiten de lege ferenda zu prüfen (vgl. Ziff. 4.4):

- Der Missbrauchsbegriff im VAG könnte präzisiert werden, indem die heutige Praxis der FINMA zur Kostenkontrolle und zur Gewinnverwendung in der Krankenzusatzversicherung auf Gesetzesstufe präzisiert wird.
- Die Verhandlungsmacht der Versicherungsunternehmen gegenüber Leistungserbringern im Gesundheitswesen könnte gestärkt werden, indem ersteren im VAG erlaubt wird, untereinander eine Vereinbarung über die Vergütung für stationäre Mehr- oder Zusatzleistungen in der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung abzuschliessen.
- Schliesslich könnte ins VAG zur Verbesserung der Datenlage des Preisüberwachers eine Legalfiktion fehlenden Wettbewerbs im Spitalbereich aufgenommen werden.

2 Ausgangslage

2.1 Auftrag

Mit Beschluss vom 19. Dezember 2018 beauftragte der Bundesrat das EFD, zusammen mit dem EDI/BAG, dem EJPD/BJ, dem WBF/Preisüberwacher und der FINMA Optionen zu prüfen für eine Verstärkung des Instrumentariums der FINMA, das dieser zur Beschränkung der von den Zusatzversicherern zu erbringenden Leistungen ausserhalb der obligatorischen Krankenversicherung zur Verfügung steht. Der Bericht zu den entsprechenden regulatorischen Möglichkeiten soll bis Ende 2019 erstellt werden.

Der Bundesratsbeschluss vom 19. Dezember 2018 bezieht sich auf die folgenden Dokumente:

a) Bericht „Kostendämpfungsmassnahmen zur Entlastung der OKP“[1, 2], insbesondere die vorgeschlagene Massnahme „Missbräuchliche Zusatzversicherungstarife verhindern“ (vgl. Ziff. 2, unten);
b) Vorschlag des EDI vom 21. März 2018 zur Umsetzung des Berichts[3, 4];
c) Missbräuchliche Zusatzversicherungstarife verhindern – Kurzbericht EFD vom 10. Dezember 2018 zu Handlungsoptionen (vgl. Ziff. 3, unten).

2.2 Bericht: Kostendämpfungsmassnahmen zur Entlastung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung

Der Expertenbericht zeigt auf, dass die Vergütung der zusatzversicherten Leistungen oftmals einem Vielfachen der Vergütung entspricht, welche Spitäler und Chirurgen für die Behandlung von obligatorisch Versicherten erhalten. Dies schafft Anreize, bei zusatzversicherten Patienten medizinische Prozeduren (Untersuchungen, Behandlungen, Operationen) auch dann durchzuführen, wenn keine zwingende medizinische Indikation besteht, was sich wiederum kostentreibend auf die OKP auswirkt. Zudem funktioniert durch das System der Gesundheitsprüfung und Alterslimitierung der Versicherungsmarkt für die Versicherungsnehmer nur eingeschränkt. Versicherten, die beispielsweise wegen eines Prämienanstiegs zu einem Konkurrenzprodukt wechseln möchten, bleibt dies faktisch verunmöglicht, weil sie vom neuen Versicherer nicht oder nur unter einschneidenden Vorbehalten aufgenommen werden. Das beschriebene System birgt somit Missbrauchsrisiken zu Lasten der Versicherten, wenn die Kosten der Leistungserbringer

---

[1] Bericht vom 24. August 2017 zu Kostendämpfungsmassnahmen zur Entlastung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung der vom EDI beauftragten Expertengruppe (https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/50084.pdf).

[2] Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 25. Oktober 2017 vom Bericht Kenntnis genommen.

[3] Im Zusammenhang mit diesem Expertenbericht vom 24. August 2017 hatte der Bundesrat das EDI 25. Oktober 2017 beauftragt, ihm bis am 31. März 2018 einen Vorschlag zu unterbreiten, wie dieser umgesetzt werden soll.

[4] Der Vorgehensvorschlag sollte sich an die folgenden Leitlinien halten:
1. Alle Akteure des Gesundheitswesens sollen dazu beitragen, das OKP-Kostenwachstum merkbar zu dämpfen.
2. Auf Mengenausweitung ausgerichtete Anreize sind zu korrigieren.
3. Die Tarifpartnerschaft ist aufrechtzuerhalten; führt sie nicht zu Ergebnissen, sollen vermehrt subsidiäre Kompetenzen des Bundes eingesetzt werden, damit sich die Gesundheitsversorgung zum Nutzen und zum Schutze der Patientinnen und Patienten weiterentwickelt.
4. Alle Akteure schöpfen ihre Handlungsspielräume aus, um den medizinischen Fortschritt und die Innovation allen OKP-Versicherten zukommen zu lassen.
5. Alle Akteure sind gehalten, Qualitätsdaten zu veröffentlichen und damit die Transparenz zu verbessern.

ihnen gegenüber nicht transparent dargestellt werden und somit keiner effektiven Kostenkontrolle unterliegen.

Die im Expertenbericht vorgeschlagene Massnahme 28 „Missbräuchliche Zusatzversicherungstarife verhindern“ hat deshalb das Ziel, die Höhe der Spitaltarife für Leistungen, die durch eine Zusatzversicherung zur OKP gedeckt sind, zu beschränken und so missbräuchliche Spitaltarife zu verhindern[5].

Mit der Massnahme 28 schlug die Expertengruppe drei Handlungsoptionen vor:

a) Eine Verhältniszahl definieren, die festlegt, um wieviel höher die Vergütung von zusatzversicherten Leistungen, die im Rahmen der stationären Behandlung erbracht werden, im Vergleich zur OKP-Vergütung für die stationäre Behandlung maximal sein darf.
b) Einführung einer FINMA-Genehmigungspflicht für Tarife für zusatzversicherte Patienten.
c) Der Preisüberwacher greift stärker in den Tarifierungsprozess ein.

2.3 Kurzbericht EFD: Missbräuchliche Zusatzversicherungstarife verhindern – Handlungsoptionen

Der Kurzbericht des EFD[6] vom 10. Dezember 2018 bewertet die im Rahmen der Massnahme 28 des Expertenberichts vorgeschlagenen Handlungsoptionen und zieht Bezug nehmend auf die drei Handlungsoptionen die folgenden Schlüsse:

Option a): Die Festlegung einer Verhältniszahl zwischen OKP- und Zusatzversicherungsleistungen erscheint als zu wenig differenzierte Massnahme zur Beseitigung der missbräuchlichen Zusatzversicherungstarife. Diese Option sollte nicht weiterverfolgt werden.

Option b): Der FINMA stehen zur Beschränkung der von den Zusatzversicherern gegenüber den verschiedenen Leistungserbringern zu erbringenden Leistungen ausserhalb der OKP nach der heutigen Rechtsordnung nur beschränkte Eingriffsmöglichkeiten zur Verfügung. Das EFD ist bereit, zusammen mit dem BAG, dem BJ und der FINMA Optionen zu einer Verstärkung dieses Instrumentariums vertieft zu prüfen und dem Bundesrat bis Ende 2019 einen Bericht zu den gesetzgeberischen Möglichkeiten vorzulegen.

Option c): Es erscheint als sinnvoll, den Preisüberwacher in die Arbeiten von Option b) einzubeziehen.

Nicht Gegenstand des damaligen Kurzberichts waren die detaillierte Beschreibung des Ist-Zustands beziehungsweise des Handlungsbedarfs.

Option b führte schliesslich zum Auftrag des Bundesrats vom 19. Dezember 2018, dem mit dem vorliegenden Bericht nachgekommen wird.

---

[5] Der Titel der Massnahme 28 könnte zu Missverständnissen führen, denn mit dem Ausdruck „Zusatzversicherungstarife“ könnte fälschlicherweise der Eindruck entstehen, das Gremium habe sich auf Versicherungsprämien für Krankenzusatzversicherungsprodukte bezogen. Das ist allerdings nicht der Fall. Vielmehr geht aus dem Bericht der Expertengruppe hervor, dass die Massnahme 28 auf die Tarife der Gesundheitsdienstleister oder mit anderen Worten auf die Abrechnung von Gesundheitsdienstleistungen für zusatzversicherte Patienten zielt.

[6] Eidgenössisches Finanzdepartements (EFD), Missbräuchliche Zusatzversicherungstarife verhindern – Kurzbericht vom 4. Dezember 2018 zu Handlungsoptionen.

2.4 Inhalt des vorliegenden Berichts

Es wird vorerst das Aufsichtssystem in der Krankenversicherung erläutert und aufgezeigt, wie die FINMA im Rahmen der heutigen Rechtslage die von Zusatzversicherern ausserhalb der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu erbringenden Leistungen beschränken kann. Anschliessend daran werden Möglichkeiten diskutiert, wie mit geringen regulatorischen Anpassungen die Instrumentarien der FINMA und der Preisüberwachung zur Kostendämpfung in der Zusatzversicherung zur OKP weiter optimiert werden könnten. Der Bericht wurde vom EFD in Zusammenarbeit mit dem BAG, dem BJ, dem Preisüberwacher und er FINMA erstellt.

Der Bericht ist nachfolgend in zwei Kapitel gegliedert:

- Kapitel 3 (Rechtliche Grundlagen) behandelt die Kompetenzenordnung im Bereich der Zusatzversicherungen zur OKP (vgl. Ziff. 3.1), gibt eine Übersicht über die Aufsichtsorganisationen (vgl. Ziff. 3.2), den Umfang der Aufsichtsportfolios (vgl. Ziff. 3.3), das gesetzliche System der Leistungen (vgl. Ziff. 3.4) unter besonderer Berücksichtigung der Zusatz- (vgl. Ziff. 3.4.3) und Mehrleistungen (vgl. Ziff. 3.4.4) zur OKP sowie der Rechnungsstellung und -kontrolle (vgl. Ziff. 3.5) sowie des Missbrauchsverbots nach VAG (vgl. Ziff. 3.6);
- Unter Kapitel 4 werden diese Erwägungen gewürdigt und Massnahmen vorgeschlagen, wie das Instrumentarium der FINMA verstärkt werden kann (vgl. Ziff. 4.1 bis 4.3); schliesslich werden de lege ferenda Möglichkeiten diskutiert, wie das Instrumentarium auf dem Weg der Gesetzgebung weiter gestärkt werden könnte (vgl. Ziff. 4.4).

3 Rechtliche Grundlagen

3.1 Kompetenzenordnung

Der Bund hat gestützt auf Artikel 117 Absatz 1 BV[7] die Kompetenz, Vorschriften über die Kranken- und Unfallversicherung zu erlassen. Er kann zudem die Kranken- und Unfallversicherung allgemein oder für einzelne Bevölkerungsgruppen obligatorisch erklären (Abs. 2).

Artikel 117 BV enthält einen umfassenden Gesetzgebungsauftrag. Er verpflichtet den Bund insbesondere zur Einführung einer sozialen Krankenversicherung, verleiht ihm jedoch nicht die Kompetenz, das schweizerische Gesundheitswesen zu regulieren. Gemäss der bundesstaatlichen Kompetenzordnung (Art. 3 i.V.m. Art. 42 BV) liegt dieses grundsätzlich im Aufgabenbereich der Kantone.

3.1.1 Soziale Krankenversicherung

Der Bund hat gestützt auf die genannte Kompetenz im Bereich der sozialen Krankenversicherung das Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG)[8] erlassen. Dieses regelt nach Artikel 1*a* die obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP) sowie die freiwillige Taggeldversicherung (Abs. 1).

Die Aufsicht des Bundes im Bereich der sozialen Krankenversicherung ist im Krankenversicherungsaufsichtsgesetz (KVAG)[9] geregelt und wird in der Krankenversicherungsaufsichtsverordnung (KVAV)[10] konkretisiert. Das KVAG «bezweckt namentlich die Interessen der Versicherten nach dem KVG zu schützen, indem insbesondere die Transparenz in der sozialen Krankenversicherung und die Solvenz der Krankenkassen gewährleistet werden» (Art. 1 Abs. 2).

Kantonale Kompetenzen in der sozialen Krankenversicherung bleiben dort bestehen, wo der Bund seine Gesetzgebungskompetenzen nicht ausgeschöpft hat bzw. den Kantonen eine Aufgabe überträgt.[11] Dies ist etwa der Fall bei den Aufenthaltskosten für die Unterbringung in einem Pflegeheim; hier greift nicht der Tarifschutz von Artikel 44 Absatz 1 KVG, sondern der Kanton kann die ihm angemessen scheinende Kostenverteilung treffen.[12, 13] Auch die Regelung der stationären Leistungsbereitstellung und deren Finanzierung obliegt – im Rahmen der verfassungsrechtlichen Wettbewerbsordnung und der Regelung im KVG – den Kantonen.[14]

3.1.2 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung

Privatrechtliche Vertragsverhältnisse zwischen den Versicherungsnehmerinnen oder Versicherungsnehmern (sowie der versicherten, anspruchsberechtigten oder begünstigten Person) und den Versicherungsunternehmen sind im Versicherungsvertragsgesetz (VVG)[15] geregelt. Dem

---

7 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).
8 Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG / SR 832.10).
9 Bundesgesetz vom 26. September 2014 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG / SR 832.12).
10 Verordnung vom 18. November 2015 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsverordnung, KVAV / SR 832.121).
11 EUGSTER, Krankenversicherung, Rz. 1; RKUV 1999, 340; 2003; 10.
12 BGE 129 I 346 E. 3.2, 350f.
13 POLEDNA, St. Galler Kommentar zu Artikel 117 BV, Rz. 8.
14 Siehe POLEDNA, St. Galler Kommentar zu Artikel 117 BV, Rz. 10.
15 Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG / SR 221.229.1).

VVG unterliegen auch die Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung. Im Gegensatz zur OKP besteht aber im Bereich der Zusatzversicherungen kein Kontrahierungszwang. Die Versicherungsunternehmen sind somit nicht verpflichtet, beitrittswillige Personen aufzunehmen.

Die Aufsicht im Bereich der privaten Krankenzusatzversicherungen richtet sich nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG)[16] und wird in der Aufsichtsverordnung (AVO)[17, 18] konkretisiert. Das VAG bezweckt «insbesondere den Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen» (Art. 1 Abs. 2). Beaufsichtigt werden namentlich schweizerische Versicherungsunternehmen, welche die Direktversicherung oder die Rückversicherung betreiben (Art. 2 Abs. 1 Bst. a). Dazu gehören auch Krankenkassen, soweit sie private Zusatzversicherungen anbieten (Art. 2 Abs. 2 KVAG).

3.2 Aufsicht

Das Bundesamt für Gesundheit (BAG)[19] und die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA)[20] teilen sich die Aufsicht über die Krankenversicherung. Das BAG ist zuständig für die OKP und die freiwillige Taggeldversicherung nach KVG (vgl. Ziff. 3.2.1), die FINMA für die Krankenzusatzversicherungen, die dem VVG unterstehen (vgl. Ziff. 3.2.2).

Gemäss Artikel 39 Absatz 1bis FINMAG[21] beziehungsweise Artikel 34 Absatz 5 KVAG müssen die FINMA und das BAG ihre Aufsichtstätigkeiten koordinieren. Sie müssen sich auch gegenseitig informieren, sobald sie von Vorkommnissen Kenntnis erhalten, die für die andere Aufsichtsbehörde von Bedeutung sind (vgl. Ziff. 3.2.3).

Nicht unter die Aufsicht der beiden Bundesbehörden fallen die Leistungserbringer, insbesondere die Spitäler. Diese werden im Rahmen der im kantonalen Recht verankerten gesundheitspolizeilichen Aufsicht überwacht (vgl. Ziff. 3.2.6). Bezogen auf verschiedene Verpflichtungen der Leistungserbringer aus dem KVG besteht zudem die Möglichkeit der Versicherer, diese notfalls auf dem Rechtsweg einzufordern (Art. 59 KVG).

3.2.1 Aufsicht in der sozialen Krankenversicherung

Das BAG überwacht als Aufsichtsbehörde die Durchführung der sozialen Krankenversicherung und prüft, ob die Krankenversicherer die Bestimmungen des KVAG und KVG einhalten und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Im Weiteren wacht das BAG über die Einhaltung des Geschäftsplans und darüber, dass die beaufsichtigten Versicherer solvent sind, Reserven und Rückstellungen vorschriftsgemäss bilden, die Vermögenswerte ordnungsgemäss verwalten und anlegen sowie die gesamten Kapitalerträge der sozialen Krankenversicherung zukommen lassen. Schliesslich schützt das BAG die Versicherten vor Missbräuchen (Art. 34 Abs. 1 Bst. a-e KVAG). Zudem hat das Amt für die gesetzeskonforme und dauerhafte

---

[16] Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG / SR 961.01).

[17] Verordnung vom 9. November 2005 über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung, AVO / SR 961.011).

[18] Massgebende Versicherungszweige nach Anhang 1 AVO: B2 – Krankheit in der Schadenversicherung und A5 – Krankenversicherung in der Lebensversicherung.

[19] Artikel 56 KVAG.

[20] Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe g des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG / SR 956.1) in Verbindung mit Artikel 46 Absatz 1 VAG.

[21] Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1).

Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen durch die Versicherer zu sorgen. Bei Nichteinhaltung der Voraussetzungen verlangt es die Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes (Art. 34 Abs. 2 KVAG). Das BAG kann überdies den Versicherern Weisungen zur einheitlichen Anwendung des Bundesrechts erteilen und – auch unangekündigte – Inspektionen durchführen. Es hat freien Zugang zu sämtlichen im Rahmen der Inspektion als relevant erachteten Informationen (Art. 34 Abs. 3 KVAG).

Bewilligungsvoraussetzung ist unter anderem, dass die Versicherer die rechtlichen Vorgaben des KVG einhalten. So dürfen nach Artikel 34 Absatz 1 KVG die Krankenversicherer im Rahmen der OKP keine anderen Kosten als diejenigen für die Leistungen nach den Artikeln 25-33 KVG übernehmen. Die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben wird vom BAG namentlich durch Audits geprüft. Primäres Ziel ist es dabei zu prüfen, ob die rechtlichen Bestimmungen nach KVAG und KVG von den Versicherern korrekt angewendet und eingehalten werden (Compliance). Bei den Audits vor Ort wird der Fokus auf die Gleichbehandlung der Versicherten gelegt. Zudem wird analysiert, ob die Krankenversicherer Risikoselektion betreiben. Ein weiteres Kernthema ist die prozessorientierte Prüfung der Rechnungs- und Wirtschaftlichkeitskontrolle. Dabei werden die massgebenden Prozesse, das interne Kontrollsystem (IKS) sowie die Kontrollinstrumente im Bereich der Rechnungskontrolle der geprüften Versicherer auf ihre Zweckmässigkeit, Angemessenheit und Wirksamkeit beurteilt.[22] Die Aufsichtstätigkeit des BAG ist durch den Geltungsbereich des KVAG und KVG sowie durch das entsprechende Ausführungsrecht begrenzt. Das BAG prüft namentlich nicht, ob die gemäss Artikel 1 Absatz 1 KVAG seiner Aufsicht unterstellten Unternehmen ausserhalb ihrer Tätigkeit für die soziale Krankenversicherung (d.h. im Bereich des privaten Zusatzversicherungsgeschäfts) gesetzeskonform agieren.

3.2.2 Aufsicht in der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung

Die Aufsicht der FINMA in der Krankenzusatzversicherung umfasst bei den Produkten die Genehmigung sowie Prüfung der Versicherungsprämien (vgl. Ziff. 3.2.2.1) und bei den Instituten neben der Beurteilung der finanziellen Situation insbesondere die Prüfung von Governance-Aspekten (vgl. Ziff. 3.2.2.2).

Die FINMA nimmt die gesetzlichen Aufsichtsaufgaben bei den Krankenzusatzversicherungen mit den Instrumenten Bewilligung, Überwachung, Enforcement und Regulierung wahr. Sie verfolgt dabei, wie vom Gesetzgeber vorgesehen, einen risikoorientierten Ansatz (Art. 24 Abs. 2 FINMAG).

Artikel 46 Absatz 1 VAG zählt die wichtigsten Aufgaben der FINMA auf: Sie wacht darüber, dass die ihr unterstellten Versicherungsunternehmen die massgebende Versicherungs- und Aufsichtsgesetzgebung, namentlich die Bestimmungen des VVG und des VAG, einhalten (Bst. a). Sie prüft, ob die Versicherungsunternehmen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (Bst. b), wacht über die Einhaltung des Geschäftsplans (Bst. c) und darüber, dass die Versicherungsunternehmen solvent sind, die technischen Rückstellungen vorschriftsgemäss bilden und die Vermögenswerte ordnungsgemäss verwalten und anlegen (Bst. d). Zudem schützt die FINMA die Versicherten gegen Missbräuche der Versicherungsunternehmen und der -vermittler (Bst. f). Die Behörde schreitet bei Missständen ein, wenn diese die Interessen der Versicherten gefährden (Bst. g).

---

[22] Vgl. dazu die Tätigkeitsberichte über die Aufsicht der sozialen Kranken- und Unfallversicherung, unter https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/publikationen/taetigkeitsberichte/taetigkeitsbericht-aufsicht-soziale-kranken-und-unfallversicherung.htm.

Die nachfolgende Tabelle gibt eine Übersicht über das Aufsichtssystem der FINMA:

Aufsicht der FINMA über die Krankenversicherer		
Ziel: Schutz der Versicherten vor: Insolvenzrisiken Missbrauch		
Finanzielle Stabilität	Corporate Governance	Produktekontrolle
Jahresberichterstattung Kapitalanlagen, gebundenes Vermögen Rückstellungen Eigenkapital, Schweizer Solvenztest (SST)	Organisation Gewähr der Organe Governance Assessment Risikomanagement	Präventive Genehmigung von Prämien und Versicherungsbedingungen Nachträgliche Produktekontrolle

Quelle: FINMA

3.2.2.1 Tarif- und Produktekontrolle im Bereich der Zusatzversicherung zur OKP

Die FINMA setzt in ihrer Aufsichtspraxis Prämiensenkungen durch, wenn ein Versicherungsunternehmen die Gewinnmarge für ein Krankenzusatzversicherungsprodukt missbräuchlich hoch kalkuliert. Sie kann auch ein Verhalten unterbinden, welches die Versicherungsnehmerin oder den Versicherungsnehmer erheblich schädigt.

Die FINMA prüft im Rahmen des Genehmigungsverfahrens[23] aufgrund der vom Krankenzusatzversicherer vorgelegten Berechnungen, ob sich die für das jeweils kommende Kalenderjahr vorgesehenen Versicherungsprämientarife in einem Bereich halten, der einerseits die Solvenz des Versicherungsunternehmens sicherstellt (angesichts der zu erwarteten versicherten Schäden nicht zu tiefe Prämien) und andererseits den Schutz der Versicherten vor Missbrauch durch das Versicherungsunternehmen (nicht zu hohe Prämien) gewährleistet[24]. Der Begriff des Missbrauchs ist somit sowohl im Rahmen des Tarifgenehmigungsverfahrens (vgl. Art. 38 VAG) als auch für die allgemeine Aufsichtstätigkeit der FINMA über Versicherungsunternehmen (vgl. Art. 46 VAG) von zentraler Bedeutung. Liegt ein Missbrauch vor, so wird die FINMA die Tarife nicht genehmigen oder auf andere Weise aufsichtsrechtlich einschreiten. In der Tarifkontrolle legt der Missbrauchsbegriff aber zugleich auch die Grenzen der aufsichtsrechtlichen Kontrollbefugnisse der FINMA fest: Die FINMA muss Tarife genehmigen, wenn die vorgesehenen Prämien weder zu einem Missbrauch von Versicherten führen noch eine Gefährdung der Solvenz des Versicherungsunternehmens nach sich ziehen (Art. 38 VAG).

Kommt ein Versicherungsunternehmen den einschlägigen Vorschriften oder Anordnungen der FINMA nicht nach oder erscheinen die Interessen der Versicherten anderweitig gefährdet, so trifft die FINMA gestützt auf Artikel 51 Absatz 1 VAG die sichernden Massnahmen, die ihr zur Wahrung der Interessen der Versicherten erforderlich erscheinen. Artikel 51 Absatz 2 VAG zählt sie in nicht abschliessender Weise auf. Stehen Versicherungsprämien im Widerspruch zu aufsichtsrechtlichen Bestimmungen, kann die FINMA mittels Verfügung korrigierend eingreifen. Berühren solche Tarifverfügungen laufende Versicherungsverträge, werden sie im Bundesblatt mitgeteilt und können sowohl vom adressierten Versicherungsunternehmen als auch von betroffenen Versicherten angefochten werden (vgl. Art. 84 VAG).[25]

---

[23] Vgl. Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe r i.V.m. Artikel 5 Absatz 1 VAG.

[24] Vgl. Artikel 5 FINMAG i.V.m. Artikel 38 VAG sowie Artikel 117 AVO.

[25] RÜTSCHE, Aufsicht im Bereich der Krankenzusatzversicherungen, Rechtsgutachten im Auftrag von Privatkliniken Schweiz (PKS), Rz. 20/21.

3.2.2.2 Überprüfung der Corporate Governance

Die FINMA erwartet im Rahmen der Corporate Governance von den Anbietern von Krankenzusatzversicherungen unter anderem, dass sie nur Abrechnungen für echte Mehr- oder Zusatzleistungen (vgl. Ziff. 3.4.3 und 3.4.4, unten) der Leistungserbringer im Gesundheitswesen ausserhalb der OPK akzeptieren, und dass sie zudem sicherstellen, dass die verrechneten Kosten in einem angemessenen Verhältnis zu diesen Leistungen stehen.

Ebenfalls Teil der Aufsichtstätigkeit der FINMA ist die Überprüfung der einwandfreien Geschäftsführung (Corporate Governance) eines Anbieters von Zusatzversicherungen zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung. Eine einwandfreie Geschäftsführung im Sinne von Artikel 14 VAG setzt voraus, dass von der OKP bereits abgegoltene Leistungen nicht ein zweites Mal durch die Zusatzversicherung nach VVG vergütet werden. Wäre dies nicht sichergestellt, müsste die FINMA von einer Doppelverrechnung derselben Leistung ausgehen, was eindeutig gegen die Prinzipien einer einwandfreien Geschäftsführung verstossen würde. Im Hinblick auf den Schutz der Versicherungsnehmerinnen und –nehmer wäre ein solcher Vorgang ebenfalls problematisch, weil so nicht gerechtfertigte Leistungskosten direkt auf die Versicherungsprämie überwälzt würden. Zudem würde eine solche Doppelverrechnung wohl auch das KVG tangieren; für die entsprechende Beurteilung ist jedoch das BAG zuständig.

3.2.3 Koordination zwischen den Aufsichtsbehörden

Gemäss Artikel 39 Absatz 1bis FINMAG beziehungsweise Artikel 34 Absatz 5 KVAG müssen die FINMA und das BAG ihre Aufsichtstätigkeiten koordinieren. Sie müssen sich gegenseitig informieren, sobald sie von Vorkommnissen Kenntnis erhalten, die für die andere Aufsichtsbehörde von Bedeutung sind.

Personen, die an der Durchführung sowie Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung der OKP beteiligt sind, haben gegenüber Dritten grundsätzlich Verschwiegenheit zu wahren.[26] Seit dem 1. Januar 2016 besteht jedoch mit Artikel 34 Absatz 5 KVAG die gesetzliche Grundlage, welche es dem BAG erlaubt, anderen schweizerischen Aufsichtsbehörden und den Kantonen Informationen zu übermitteln. Ebenfalls seit dem 1. Januar 2016 verfügt die FINMA gestützt auf Artikel 39 Absatz 1bis FINMAG über eine gleichlautende gesetzliche Grundlage zum Informationsaustausch mit dem BAG.

Die Möglichkeit des Austauschs zwischen den beiden Aufsichtsbehörden wurde insbesondere deshalb geschaffen, damit die finanzielle Situation der Versicherer frühzeitig und besser beurteilt und allfällige Massnahmen initiiert werden können.

[26] Vgl. Artikel 33 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1). Da das ATSG grundsätzlich auf die Krankenversicherung anwendbar ist (Art. 1 KVG), unterstehen auch die Aufsichtsbehörden dieser Schweigepflicht.

3.2.3.1 Austausch zwischen FINMA und BAG in der Praxis

Nach Inkrafttreten der gesetzlichen Grundlagen (vgl. Ziff. 3.2.3, oben) verständigten sich die FINMA und das BAG über die Koordination ihrer Aufsichtszuständigkeiten und auf einen gegenseitigen Informationsaustausch[27]. Die beiden Aufsichtsbehörden treffen sich seither zweimal pro Jahr zu Semestergesprächen und informieren sich gegenseitig ad hoc und möglichst zeitnah über wichtige Themen. Der gegenseitige Austausch gestaltet sich dabei wie folgt:

Semestergespräche (März und Oktober):

- März (v.a. Ergebnisse aus Jahresgesprächen mit Beaufsichtigten sowie On-Site-Reviews);
- Oktober (v.a. Resultate der Berichts- und Tarifprüfung)
  Für das Oktober-Gespräch wird ein standardisiertes Kennzahlenset aufbereitet (Solvenz-Ratio, Deckung durch das gebundene Vermögen, Jahresergebnis etc.);
- Austausch über bedeutende Vorkommnisse, die für die andere Aufsichtsbehörde von Bedeutung sind, und über die nicht bereits ad hoc informiert worden ist;
- Austausch über beabsichtigte oder bevorstehende Änderungen der Regulierung;
- Austausch zur Entwicklung der Aufsichtspraxis der beiden Aufsichtsbehörden.

Ad-hoc-Austausch:

- Zeitnahe Mitteilung, wenn in Artikel 62 KVAV beziehungsweise Artikel 160*a* AVO erwähnte Sachverhalte festgestellt werden;
- Vorabinformation über mögliche Massnahmen gegenüber einer Krankenkasse oder einer Anbieterin von Zusatzversicherungen zur OKP, die zu einer Gruppe gehören, die auch durch die andere Aufsichtsbehörde beaufsichtigt wird;
- Mitteilung beschlossener Massnahmen vor Veröffentlichung und möglichst zeitnah nach deren Beschluss;
- Information über Vergabe von Mandaten an Prüfgesellschaften oder Dritte, welche über die Basisprüfung hinausgehen;
- Übermittlung von Prüfergebnissen, die über eine Basisprüfung hinausgehen;
- Information über Änderungen in der Regulierung und zur Inkraftsetzung.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die beiden Ämter auch im Bereich der Thematik der doppelten Vergütung von stationären Leistungen im akutsomatischen Bereich durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP) sowie durch die Zusatzversicherung einen Austausch mit den betroffenen Akteuren (Kantone, Leistungserbringer und Versicherer) lanciert haben. Der Austausch hat gezeigt, dass im Zusammenhang mit dem Thema in folgenden Punkten unter den Teilnehmenden (Sitzung vom 27. Oktober 2017) grundsätzlich Einigkeit besteht:

- Der Tarifschutz nach Artikel 44 Absatz 1 KVG ist in jedem Fall einzuhalten.
- Doppelverrechnungen von Leistungen, deren Kosten bereits durch die OKP vergütet werden, sind unzulässig.
- Für ausgewiesene Mehrleistungen können Krankenzusatzversicherer und Leistungserbringer Tarife nach VVG vereinbaren.
- Die Tarife nach VVG müssen nachvollziehbar sein, überrissene Honorare im Bereich des VVG sind nicht zulässig.

Von Seiten des BAG wurde dabei nicht als Aufsichtsbehörde agiert, sondern in Bezug auf seine Aufgabe, Vollzug und korrekte Umsetzung des KVG zu begleiten. In Bezug auf die Faktenlage

[27] Vgl. Schriftenwechsel zwischen der FINMA und dem BAG vom 22./23. Dezember 2015.

stehen grundsätzlich alle Akteure in der Verantwortung. Festgehalten wurde daher, dass das Herstellen von Transparenz in erster Linie denjenigen Akteuren obliegt, die zu Lasten von Prämien- und Steuerzahlern Leistungen erbringen.

Diesbezüglich ist auch auf die vom Bundesrat am 12. Februar 2020 eröffnete Vernehmlassung zur Änderung der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102) hinzuweisen. Mit dieser will er einerseits die Kriterien für die Planung der Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime durch die Kantone weiter vereinheitlichen und er sieht dabei auch vor, dass Spitäler auf kantonalen Spitallisten keine mengenbezogenen Entschädigungen oder Boni mehr auszahlen, um die medizinisch ungerechtfertigte Mengenausweitung zu bekämpfen. Zudem will er die Regeln vereinheitlichen, wie die Tarifpartner und die Kantone die Tarife für stationäre Spitalleistungen ermitteln. Beide Themenbereiche unterstützen die hier im Zentrum stehende Zielsetzung der Kostendämpfung.[28]

3.2.4 Rolle der Wettbewerbsbehörden

Die Wettbewerbsbehörden sind gestützt auf Artikel 7 des Kartellgesetzes[29] (KG) für die Beurteilung von (Preis-) Missbräuchen marktbeherrschender Unternehmen zuständig. Dies gilt auch betreffend allfällige unangemessene Tarife für stationäre Leistungen von Spitälern im Zusatzversicherungsbereich, welcher nicht von der Anwendung des Kartellgesetzes ausgenommen ist.[30] Grundsätzlich haben die Wettbewerbsbehörden eine allgemeine Aufsichtsfunktion (Art. 1 KG), die auch im Zusatzversicherungsbereich betreffend Verhaltensweisen der Leistungserbringer und der Versicherer Anwendung findet. Verfahren zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nach dem KG gehen Verfahren nach dem Preisüberwachungsgesetz[31] (PüG) vor, es sei denn die Wettbewerbskommission und der Preisüberwacher treffen gemeinsam eine gegenteilige Regelung.

3.2.5 Rolle des Preisüberwachers[32]

Der Beauftragte für die Überwachung der Preise (Preisüberwacher) verfasst seit der Inkraftsetzung des KVG im Jahr 1996 Empfehlungen und Stellungnahmen zu den Tarifen von im Rahmen der OKP erbrachten stationären Spitalleistungen. Im Bereich der Zusatzversicherungen zur OKP kann er jedoch nur bei einer marktmächtigen Stellung des Leistungserbringers oder beim Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne des KG tätig werden und Tarife überprüfen. Weiter eingeschränkt wird die diesbezügliche Tätigkeit durch den Umstand, dass die vorhandenen Personalressourcen bereits durch die Prüfung der OKP-Tarife vollständig ausgelastet sind. Aus diesen Gründen beschränkt sich die Tätigkeit des Preisüberwachers bei Zusatzversicherungstarifen für stationäre Spitalleistungen aktuell auf Einzelfälle.

3.2.5.1 Tätigkeit des Preisüberwachers im Bereich der OKP-Spitaltarife

Die Tätigkeit des Preisüberwachers im Bereich der OKP-Spitaltarife stützt sich in erster Linie auf Artikel 14 PüG. Danach sind die Exekutiven von Bund und Kantonen vor Genehmigung

---

[28] https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-revisionsprojekte/aenderung-der-kvv-weiterentwicklung-der-planungskriterien-sowie-ergaenzung-der-grundsaetze-zur-tarifermittlung.html

[29] Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251).

[30] Vgl. Artikel 3 KG sowie Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern, RPW 2008/4, 544 ff.

[31] Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20).

[32] Quelle: Spitaltarife – Praxis des Preisüberwachers bei der Prüfung von akut-stationären Spitaltarifen, Bern, Oktober 2016.

von Spitaltarifen nach Artikel 46 KVG zur Anhörung des Preisüberwachers verpflichtet. Dasselbe gilt bei Tariffestsetzungen nach Artikel 47 KVG für die dafür zuständigen Kantonsregierungen. Die Unterlassung der Konsultation des Preisüberwachers kann insbesondere in Beschwerdefällen ausreichender Grund für die Aufhebung bereits beschlossener OKP-Tarife sein. Der Preisüberwacher ist nicht nur bei Tariferhöhungen, sondern auch bei der Beibehaltung von Tarifen und Tarifsenkungen zuständig, da ein Preismissbrauch auch dann denkbar ist, wenn ein OKP-Tarif nicht oder zu wenig stark gesenkt werden soll.

Kommt der Preisüberwacher aufgrund einer Überprüfung nach Artikel 14 PüG zum Schluss, dass ein Spitaltarif überhöht ist, gibt er eine Empfehlung an die zuständige Behörde ab. Diese kann entweder auf Verzicht einer geplanten Tariferhöhung oder auf Senkung eines missbräuchlich beibehaltenen Preises lauten. In jedem Fall hat die Behörde – in der Regel eine Kantonsregierung – die Tarifempfehlung in ihrem Entscheid anzuführen. Folgt sie ihr nicht, hat sie dies zu begründen.

Gegen die von den Kantonsregierungen nach Artikel 47 KVG festgesetzten Tarife können Krankenversicherer oder Spitäler beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde einreichen. Sofern der Preisüberwacher im erstinstanzlichen Verfahren eine Empfehlung abgegeben hatte, wird er auch im Rekursverfahren als Fachstelle zur Stellungnahme eingeladen. Das Bundesverwaltungsgericht ist dabei in seiner Praxis regelmässig den Empfehlungen des Preisüberwachers gefolgt. Dies ist insofern von Bedeutung, als diese Entscheide viele Streitfragen der Gesetzesauslegung abschliessend klären und damit Präjudiz für die künftige Praxis der Tarifberechnung sind.

3.2.5.2 Tätigkeit des Preisüberwachers im Bereich der Krankenzusatzversicherung

Das PüG gelangt nur in Fällen einer marktmächtigen Stellung beziehungsweise beim Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne des KG zur Anwendung. Entsprechend kann ein Preismissbrauch im Sinne des PüG nur vorliegen, wenn die Preise nicht das Ergebnis eines wirksamen Wettbewerbs sind.

Damit in der Praxis keine formellen und materiellen Doppelspurigkeiten oder positiven Kompetenzkonflikte zwischen den Tätigkeiten der FINMA und des Preisüberwachers entstehen, haben sich die beiden Behörden darauf verständigt[33], dass der Preisüberwacher im Bereich der Zusatzversicherungen zur OKP keine regelmässigen Überprüfungen von Spitaltarifen durchführt. Diese Aufgabe obliegt über die Überprüfung der Versicherungsprämien indirekt bereits der FINMA und wird von ihr als kompetente Behörde wahrgenommen (vgl. Ziff. 3.2.2.1, oben).

Der Preisüberwacher prüft derzeit die Zusatzversicherungstarife in den öffentlichen regionalen Akutspitälern des Kantons Bern auf Preismissbrauch[34]. Der Fall ist ihm im Jahr 2015 vom Sekretariat der Wettbewerbskommission überwiesen worden. Durch Vergleich der von den Spitälern ausgewiesenen Kosten für die echten Mehrleistungen ausserhalb der OKP [35] mit den von den Krankenzusatzversicherern bezahlten vertraglich vereinbarten Pauschaltarifen für diese Mehrleistungen hat der Preisüberwacher bei fünf Spitalzentren einen möglichen Preismissbrauch diagnostiziert. Die Versicherer bezahlen in diesen Spitälern somit Preise, welche die Mehrkosten für die überobligatorischen Leistungen (wie z.B. einen besseren Hotelkomfort) deutlich übersteigen. Anders ausgedrückt bezahlen die Versicherer in diesen Fällen für Leis-

---

[33] Vgl. Schriftenwechsel zwischen der FINMA und dem Preisüberwacher aus dem Jahr 2011.

[34] Folgende Spitalzentren sind Gegenstand dieser Prüfung: Spitäler FMI AG, Hôpital du Jura Bernois, Regionalspital Emmental AG, Spitäler Aarberg, Münsingen, Riggisberg und Tiefenau der Insel Gruppe AG, Spital Region Oberaargau AG, Spital Simmental-Thun-Saanenland AG und Spitalzentrum Biel.

[35] Vgl. dazu auch Ziffer 3.6.1.

tungen, denen kein Gegenwert auf Seite des Spitals gegenübersteht bzw. die die Krankenkassen bereits via die in der OKP gültigen DRG-Fallpauschalen (die sog. Base Rates oder Basispreise) beglichen hatten. Mit den betroffenen Spitälern steht der Preisüberwacher deshalb zurzeit in Verhandlungen zur Reduktion der Zusatzversicherungstarife mit dem Ziel, eine einvernehmliche Regelung nach Artikel 9 PüG abzuschliessen. Mit einem Spitalzentrum konnte am 24. Januar 2020 gestützt auf das Preisüberwachungsgesetz eine einvernehmliche Regelung erzielt werden. Die Abklärungen zogen sich in die Länge, da die Spitäler nur sehr zögerlich die für die Analyse notwendigen Kosten- und Leistungsdaten lieferten und zudem von Anfang an die gesetzliche Zuständigkeit des Preisüberwachers bestritten.

Der Preisüberwacher hat die Absicht, seine Prüftätigkeit im Bereich der Tarife für stationäre Zusatzversicherungsleistungen auch nach Abschluss dieses hängigen Falls fortzuführen. Der Berner Fall zeigt aber auch, dass es aufgrund der aktuellen Gesetzgebung sehr aufwändig ist, innert vernünftiger Frist insbesondere auch die bei vielen Privatkliniken nach Ansicht des Preisüberwachers vermutungsweise stark überhöhten Zusatzversicherungstarife zu beseitigen. Stark überhöhte Tarife belasten neben den Zusatzversicherten auch die OKP, da überhöhte Tarife im vorliegenden Anbietermarkt der stationären Spitalleistungen überflüssige stationäre Behandlungen auslösen, an denen sich die Grundversicherer zwingend mit jeweils 45% an den Kosten für den obligatorisch versicherten Leistungsteil beteiligen müssen. Ein Ausbau der behördlichen Tätigkeit zur Beseitigung missbräuchlicher Zusatzversicherungstarife scheint deshalb aus Sicht des Preisüberwachers auch vor dem Hintergrund der dringend notwendigen Kostendämpfung in der OKP unausweichlich. Um dieser Tätigkeit die notwendige Durchschlagskraft zu verleihen, braucht es einen Ausbau bzw. eine Stärkung der regulatorischen Interventionsmöglichkeiten und -ressourcen.

3.2.6 Gesundheitspolizeiliche Aufsicht

Die gesundheitspolizeiliche Aufsicht dient dem Schutz der öffentlichen Gesundheit. Sie ist weitgehend Aufgabe der Kantone[36] (siehe Ziff. 3.1, oben) und dient dem Schutz der Bevölkerung vor Gesundheitsgefährdungen und -beeinträchtigungen, die eine Vielzahl von Personen treffen könnten. Die aufsichtsrechtlichen Zuständigkeiten der kantonalen Behörden sind in den kantonalen Gesundheits- und Einführungsgesetzen (bzw. Vollzugserlassen) zu den entsprechenden Bundesgesetzen geregelt.

3.2.6.1 Aufsicht über Spitäler

Die Kompetenzen des Bundes beschränken sich auf den Erlass von Regelungen im Bereich der Krankenversicherung. Im Bereich der öffentlichen Gesundheit im Zusammenhang mit Spitälern verfügt er hingegen über keine Regulierungskompetenzen. Diese liegen im kantonalen Recht und regeln die gesundheitspolizeiliche Aufsicht über die Spitäler abschliessend.

Gemäss den Regelungen der Kantone benötigen Spitäler zur Leistungserbringung eine Betriebsbewilligung. Es handelt sich dabei um eine Polizeibewilligung, die dem Schutz der öffentlichen Gesundheit dient. Die Bewilligungspflicht gilt für alle Spitäler, unabhängig davon ob sie zulasten der OKP tätig sind (sog. Listenspitäler) oder nicht. Die Betriebsbewilligung umschreibt zusammen mit dem kantonalen Recht die von den Spitälern einzuhaltenden gesundheitspolizeilichen Vorschriften. Die Einhaltung dieser Vorschriften wird durch die zuständigen kantonalen Behörden überwacht.

---

[36] Eine Ausnahme regelt das Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21): So obliegt gestützt auf Artikel 58ff. i.V.m. Artikel 82 HMG z.B. die behördliche Marktüberwachung (Herstellung, Vertrieb, Abgabe und Anpreisung von Heilmitteln) dem Schweizerischen Heilmittelinstitut (Swissmedic).

3.2.6.2 Aufsicht über Ärztinnen und Ärzte

Gemäss Artikel 34 Absatz 1 des Medizinalberufegesetzes[37] bedarf es für die privatwirtschaftliche Ausübung eines universitären Medizinalberufes in eigener fachlicher Verantwortung einer Bewilligung des Kantons, auf dessen Gebiet der Medizinalberuf ausgeübt wird. Wie bei der Bewilligung für Spitäler (siehe Ziff. 3.2.6.1, oben) handelt es sich dabei um eine Polizeibewilligung, die dem Schutz der öffentlichen Gesundheit dient. Die kantonale Aufsichtsbehörde trifft die nötigen Massnahmen für die Einhaltung der Berufspflichten von den Ärztinnen und Ärzten einzuhaltenden Berufspflichten.[38]

Die von den Spitälern angestellten Ärztinnen und Ärzte unterstehen grundsätzlich keiner eingenständigen behördlichen Aufsicht. Sie werden indirekt gestützt auf die Spitalbewilligung von den zuständigen kantonalen Behörden überwacht.

3.3 Umfang des Aufsichtsportfolios

Die nachfolgende Tabelle gibt einen Überblick über die Aufsichtsportfolios von FINMA und BAG:

	Aufsicht durch das BAG	Aufsicht durch die FINMA
Anzahl Beaufsichtigte	51 Krankenversicherer (2018)	48 Versicherungsunternehmen mit KV-Geschäft
Prämienvolumen	31,6 Mrd. Franken (2019)	11 Mrd. Franken (2018)
Rechnungslegung	Swiss GAAP FER 41	Obligationenrecht
Branchenorganisation	santésuisse, curafutura, RVK – Dienstleistungen und Versicherungen für den Gesundheitsmarkt (RVK), Schweizerischer Versicherungsverband (SVV)	SVV, RVK
Verwaltungskosten der Versicherer	4.5 % der Prämien (2019)	18 % der Prämien (2018)
Anzahl Versicherte	8,4 Mio. Personen (2019)	n.a.
Anzahl Personenstellen der Aufsichtsbehörden	25.3 Vollzeitstellen für Aufsicht i.e.S. über Krankenversicherer	100 Vollzeitstellen für Aufsicht über Kranken-, Lebens-, Schadens- und Rückversicherung)

Quelle: BAG, FINMA, Darstellung RD SIF

37 Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG / SR 811.11

38 Vgl. Artikel 40 i.V.m. Artikel 41 MedBG.

3.3.1 Obligatorische Krankenpflegeversicherung

Das BAG überwachte im Jahr 2019 51 Versicherungsgesellschaften, die in der OKP tätig waren. Die OKP-Krankenversicherer unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Grösse stark: Neben meist nur lokal tätigen Versicherern mit weniger als 1'000 Versicherten gibt es Versicherer, mit weit über 500’000 Kunden. Bis auf zwölf Versicherer (sog. "gemischte Krankenversicherer") sind die Anbieter in der OKP juristisch abgetrennt von jenen, die Produkte im Bereich der Zusatzversicherung anbieten. Der Marktanteil der vierzehn gemischten Krankenversicherer beträgt rund 14 Prozent des Grundversicherungsgeschäfts.

Übersicht über die der Aufsicht BAG unterstellten Krankenversicherer:

	2019	2018	2017
Anzahl Versicherer insgesamt	51	53	57

Quelle: BAG / Tätigkeitsbericht 2018 – Aufsicht über die soziale Kranken- und Unfallversicherung

Im 2019 beliefen sich die gesamten Prämieneinnahmen in der OPK auf 31,6 Mrd. Franken und die Bruttoleistungen 29,6 Mrd. Franken. Die Verwaltungskosten lagen bei 4,5 Prozent. Rund 45 Prozent der Bevölkerung in der Schweiz ist bei den drei grössten Versicherungsgruppen (d.h. der Gruppe Helsana, der CSS-Gruppe und der Groupe Mutuel) versichert.

Die Branche ist heute in vier Branchenverbänden organisiert. Der grösste Verband ist die santésuisse. Die Krankenversicherer CSS, Helsana, Sanitas und KPT sind im Verband curafutura zusammengeschlossen. Hauptsächlich kleine und mittlere Krankenversicherer sind Mitglied des RVK – Dienstleistungen und Versicherungen für den Gesundheitsmarkt. Einige Versicherer sind zudem gleichzeitig Mitglied im Schweizerischen Versicherungsverband (SVV).

3.3.2 Zusatzversicherung zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung

Die Anbieter der privaten Krankenversicherung sind sowohl Versicherungsunternehmen nach VAG als auch Krankenkassen. 18 Versicherungsunternehmen nach VAG haben die Grundversicherung juristisch von der Zusatzversicherung abgetrennt. 12 Krankenversicherer – auch "gemischte Versicherungsanbieter" genannt –, bieten die Grund- und Zusatzversicherung noch unter dem Dach der gleichen juristischen Einheit an.

Übersicht über die der Aufsicht der FINMA unterstellten Anbieter in der KZV:

	2018	2017
In der Schweiz domizilierte Versicherungsunternehmen nach VAG, die Zusatzversicherungen zur OKP anbieten	18	19
Niederlassungen von ausländischen Versicherungsunternehmen nach VAG, die Zusatzversicherungen zur OKP anbieten	2	2
Krankenkassen, die Zusatzversicherungen zur OKP anbieten	12	12

Quelle: FINMA / Bericht über den Versicherungsmarkt 2018 - Direktversicherer

Der Marktanteil[39] der acht grössten Krankenversicherer (Helsana Zusatzversicherungen, SWICA Krankenversicherung, CSS, Visana, Groupe Mutuel [Groupe Mutuel Assurances und

[39] Die Zahlen beinalten jeweils sämtliche erwirtschafteten Prämieneinkommen (inkl. Prämien für die neben der Krankenversicherung zusätzlich betriebenen Versicherungsbranchen).

Mutuel Assurances], Sanitas, CONCORDIA und Assura) beträgt rund 8,4 Mrd. Franken und damit 76 Prozent des gesamten Prämienvolumens.

Marktanteile Krankenversicherer
Beträge in TCHF

	Gebuchte Prämien 2018	Marktanteil 2018	Gebuchte Prämien 2017	Marktanteil 2017
Helsana Zusatzversicherungen	1 764 964	17,6%	1 771 846	18,1%
SWICA Krankenversicherung	1 490 892	14,8%	1 442 071	14,7%
CSS	1 336 000	13,3%	1 264 272	12,9%
Visana	1 133 562	11,3%	1 121 826	11,4%
Groupe Mutuel (Groupe Mutuel Assurances und Mutuel Assurances)	1 024 094	10,2%	931 672	9,5%
Sanitas	772 762	7,7%	766 259	7,8%
CONCORDIA	570 712	5,7%	546 391	5,6%
Assura	348 271	3,5%	338 660	3,5%
Acht grösste Versicherer	**8 441 257**	**84,0%**	**8 182 998**	**83,5%**

Quelle: FINMA / Bericht über den Versicherungsmarkt 2018 - Direktversicherer

Im Jahr 2018 haben die Anbieter von Zusatzversicherungen zur OKP rund 600 Produkte bewirtschaftet. Das gesamte Prämienvolumen betrug dabei rund 11 Mrd. Franken (36% Erwerbs-ausfall-, 35% Stationäre-, 28% Ambulante- und 1% Pflege-Versicherungen).

Im Gegensatz zur OKP existiert bei den privaten Krankenversicherungen nach VVG kein Annahmezwang. Es steht den Versicherungsgesellschaften somit frei zu entscheiden, ob sie eine interessierte Person versichern wollen oder nicht.

3.4 Gesetzliches System der Leistungen

Die Leistungen der OKP sind durch den Gesetzgeber verbindlich und abschliessend vorgegeben: Sie decken einerseits die Kosten für die Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen. Im Weiteren übernimmt die OKP die Kosten für Diagnosen und Behandlungen bei Geburtsgebrechen, Unfällen, Mutterschaft und straflosem Schwangerschaftsabbruch sowie für gewisse zahnärztliche Behandlungen. Darüber hinaus deckt sie bestimmte Leistungen im Bereich der Prävention. Alle übrigen medizinischen Leistungen fallen in den Bereich der Krankenzusatzversicherungen.

Entsprechend wird unterschieden zwischen Leistungen der OKP (vgl. Ziff. 3.4.1, unten) und zusatzversicherten Leistungen. Letztere können in zwei Kategorien eingeteilt werden:

a) Zusatzleistungen (vgl. Ziff. 3.4.3, unten);
b) Mehrleistungen (vgl. Ziff. 3.4.4, unten).

3.4.1 Leistungen der OKP

Die OKP kommt nur dann zum Tragen, wenn auch die Voraussetzungen der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit (sog. WZW-Kriterien) gegeben sind (Art. 32 Abs. 1 KVG). Nach Artikel 34 Absatz 1 KVG dürfen die Krankenversicherer dabei keine anderen Kosten übernehmen, als für die in den Artikeln 25–33 KVG genannten Leistungen. Konkret deckt die OKP die Kosten für:

a) «Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen» (Art. 25 Abs. 1 i.V.m. Art. 25 Abs. 2 Bst. a-h) sowie gewisse Pflegeleistungen bei Krankheit (Art. 25a);

b) «bestimmte Untersuchungen zur frühzeitigen Erkennung von Krankheiten sowie für vorsorgliche Massnahmen zugunsten von Versicherten, die in erhöhtem Masse gefährdet sind» (Art. 26),

c) die Kosten für die gleichen Leistungen wie bei Krankheit bei:
   - Geburtsgebrechen (Art. 27)[40];
   - Unfällen (Art. 28);
   - Mutterschaft (Art. 29);
   - straflosem Abbruch der Schwangerschaft (Art. 30);
   - gewissen zahnärztlichen Behandlungen (Art. 31).

Die in den Artikeln 25–31 KVG umschriebenen Leistungsbereiche werden durch sogenannte Positiv- und Negativlisten ergänzt beziehungsweise konkretisiert. Diese Listen werden nach Anhörung von Fachkommissionen vom Bundesrat (bzw. EDI und/oder BAG) auf Verordnungsstufe erlassen bzw. erstellt (Art. 33 und 52 KVG).

Positivlisten folgen dem Listenprinzip: Gestützt auf eine Positivliste übernimmt die OKP in einem bestimmten Bereich nur die Kosten der auf der jeweiligen Liste ausdrücklich und abschliessend bezeichneten Leistungen.

Negativlisten beruhen demgegenüber auf dem Grundsatz-Ausnahme-Prinzip: Bei den ärztlichen Leistungen besteht ein offener Leistungskatalog und es gilt das sogenannte „Vertrauensprinzip“, wonach die Ärztinnen und Ärzte Leistungen erbringen, die wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sind.Bei ärztlichen Leistungen, deren Wirksamkeit, Zweckmässigkeit oder Wirtschaftlichkeit bestritten wurden, werden der Status bzw. die Modalitäten der Leistungspflicht auf Verordnungsstufe festgehalten.

3.4.2 Tarifschutz nach KVG

In der OKP gilt das Prinzip des Tarifschutzes: Es besagt, dass sich die Leistungserbringer an die vertraglich oder behördlich festgelegten Tarife und Preise halten müssen und für ihre OKP-Leistungen keine weitergehenden Vergütungen berechnen dürfen (Art. 44 Abs. 1 KVG).

Mit den Vergütungen nach Artikel 49 Absätze 1 und 4 KVG sind demnach alle Ansprüche eines Spitals für die stationäre Behandlung einschliesslich Aufenthalt und Pflegeleistungen abgegolten. Andere als die in den Artikeln 25 - 33 KVG genannten Leistungen dürfen von der OKP nicht übernommen werden (vgl. Ziff. 3.4.1, oben).

Das KVG verbietet nicht, dass Leistungserbringer weitere, über den Leistungsumfang der OKP hinausgehende Leistungen erbringen. Solche Zusatz- und Mehrleistungen (vgl. Ziff. 3.4.4 und 3.4.4, unten) dürfen zusätzlich zu den KVG-Tarifen in Rechnung gestellt, aber nicht von der OKP bezahlt werden. Sie sind vom Patienten zu tragen, der für die Deckung dieser Kosten eine dem Privatrecht unterstehende Zusatzversicherung abschliessen kann.

3.4.3 Zusatzleistungen

Gänzlich losgelöst von der OKP sind die sogenannten «Zusatzleistungen». Darunter fallen Leistungen, die entweder nicht in den Leistungsbereich der OKP fallen oder nicht von einem Leistungserbringer der OKP erbracht werden. Ihr Angebot liegt in der Privatautonomie der

---

[40] Die Deckung der OKP greift nur, sofern diese Leistungen nicht auch durch die Invalidenversicherung gedeckt sind (Art. 28 KVG).

Leistungserbringer. Begrenzt wird es namentlich durch die einschlägigen gesundheitspolizeilichen Vorschriften. Das Versichern von «Zusatzleistungen» richtet sich nach dem Versicherungsvertrags- und Versicherungsaufsichtsrecht. Insbesondere dürfen Zusatzversicherungsverträge nicht missbräuchlich sein (vgl. Ziff. 3.6, unten).

Zu den Leistungen, die nicht in den Leistungsbereich der OKP fallen, gehören:

a) Leistungen, die nicht der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen im Sinne von Artikel 25 Absatz 1 KVG dienen, wie zum Beispiel medizinisch nicht indizierte rein ästhetische Eingriffe[41];
b) Untersuchungen und Behandlungen, die entweder nicht in einer Positivliste in die OKP aufgenommen oder in einer Negativliste von der OKP ausgeschlossen wurden, wie zum Beispiel bestimmte Leistungen in den Bereichen Komplementär-, Zahn- oder Fortpflanzungsmedizin sowie die Anwendung von Arzneimitteln, die nicht in der Spezialitätenliste aufgeführt sind[42].

Zu den Leistungen, die nicht von einem zur Abrechnung zulasten der OKP zugelassenen Leistungserbringer erbracht werden, zählen:

a) Behandlungen in Spitälern, die weder auf der Spitalliste eines Kantons stehen noch den Status eines Vertragsspitals nach Artikel 49*a* Absatz 4 KVG haben;
b) Leistungen von nicht-ärztlichen Gesundheitsberufen wie Naturheilpraktiker oder Osteopathen.

3.4.4 Mehrleistungen

Im Gegensatz zu den «Zusatzleistungen» (vgl. Ziff. 3.4.3, oben), die von der OKP gänzlich losgelöst sind, sind sogenannte «Mehrleistungen» mit Leistungen verbunden, die von der OKP vergütet werden. Die «Mehrleistungen» gehen über den Leistungsumfang der OKP hinaus.

Im stationären Bereich dürfen «echte» Mehrleistungen, die sich vom Standard der OKP hinreichend abgrenzen lassen, deshalb auch zusätzlich zu den Tarifen der OKP in Rechnung gestellt werden, ohne dass der Tarifschutz (vgl. Ziff. 3.4.2, oben) verletzt wird. Entsprechend müssen ihre Kosten auch vom Patienten selber getragen oder von einer Zusatzversicherung übernommen werden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gehören zu den echten Mehrleistungen:

a) die luxuriösere Hotellerie in der Privat- oder Halbprivatabteilung eines Spitals oder
b) die freie Arztwahl im Spital.

Für einige andere Leistungen (wie erhöhten Zeitaufwand des Arztes usw.) ist umstritten, ob sie eine solche echte Mehrleistung darstellen können. [43]

3.5 Rechnungsstellung und Rechnungskontrolle

Spitäler und Ärzte legen ausserhalb des Tarifrechts der OKP die Preise für ihre echten Zusatzleistungen (vgl. Ziff. 3.4.3, oben) und Mehrleistungen (vgl. Ziff. 3.4.4, oben) grundsätzlich frei fest. Sie schliessen dazu im Rahmen der privatrechtlichen Schranken mit den Patienten

---

[41] Vgl. BGE 135 V 443, E. 2.2, S. 447 (vom Bundesgericht als «echte Mehrleistungen» bezeichnet).

[42] Vorbehalten bleibt die Vergütung der Kosten von Arzneimitteln ausserhalb der OKP gemäss Artikel 71*a* ff. der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102).

[43] Vgl. BGE 130 I 306 oder BGE 135 V 443, E. 2.1 und 2.2, S. 446 und 447.

(Selbstzahler) beziehungsweise den Anbietern von Krankenzusatzversicherungen zur OKP entsprechende Verträge ab (vgl. Ziff. 3.5.2, unten).

3.5.1 Rechnungsstellung in der OKP

Das KVG verlangt, dass ein Leistungserbringer in der OKP dem Schuldner eine detaillierte und verständliche Rechnung zustellt. Er muss ihm dabei alle Angaben machen, die er benötigt, um die Berechnung der Vergütung und die Wirtschaftlichkeit der Leistung überprüfen zu können.[44]

Haben die Krankenversicherer beziehungsweise deren Verbände und die Leistungserbringer nichts Anderes vereinbart, so schulden ihnen die Versicherten die Vergütung. Die Versicherten haben in diesem Fall gegenüber dem Krankenversicherer einen Anspruch auf Rückerstattung (System des «Tiers Garant»). Krankenversicherer und Leistungserbringer können jedoch vereinbaren, dass der Versicherer die Vergütung schuldet (System des «Tiers Payant»). Im Falle der stationären Behandlung ist dies gesetzlich so vorgeschrieben (vgl. Art. 42 Abs. 2 KVG).

Die Leistungserbringer in der OKP sind verpflichtet, eine detaillierte und verständliche Rechnung auszustellen, die alle Angaben enthält, um die Berechnung der Vergütung und die Wirtschaftlichkeit der Leistung nachvollziehen und überprüfen zu können.[45] Im System des «Tiers Payant» erhält die versicherte Person eine Kopie der Rechnung, die an den Versicherer gegangen ist.[46] Bei stationärer Behandlung muss das Spital zudem die auf Kanton und Versicherer entfallenden Anteile je gesondert ausweisen. Diagnosen und Prozeduren sind auf der Rechnung die nach den gesetzlich vorgeschriebenen Klassifikationen codiert aufführen.

3.5.2 Rechnungsstellung der Spitäler und Ärzte für zusatzversicherte Leistungen

Spitäler und Ärzte wenden für Leistungen, die sie gegenüber zusatzversicherten und selbstzahlenden Patienten erbringen, besondere Tarife an. Diese Sondertarife werden im Rahmen der Privatautonomie vertraglich vereinbart und unterscheiden sich damit

---

[44] Vgl. Artikel 42 Absatz 3 KVG.

[45] Die Leistungserbringer oder deren Verbände und die Versicherer oder deren Verbände sollen neu gesetzlich verpflichtet werden, in gesamtschweizerisch geltenden Verträgen Massnahmen zur Steuerung der Kosten zu vereinbaren. Dies gilt für diejenigen Bereiche, in denen die erwähnten Akteure die Tarife und Preise vereinbaren müssen. Ziel ist es, ein ungerechtfertigtes Mengen- und Kostenwachstum zu korrigieren. Damit diese Verträge Gültigkeit erlangen, müssen sie vom Bundesrat genehmigt werden. Falls innerhalb von zwei Jahren keine Einigung erzielt wird, legt der Bundesrat die Massnahmen fest. Die Leistungserbringer und die Versicherer geben dem Bundesrat auf Verlangen die Informationen bekannt, die für die Festlegung der Massnahmen erforderlich sind. Kommen sie dieser Pflicht nicht nach, kann das EDI als zuständiges Departement Sanktionen aussprechen. Der Bundesrat kann die Bereiche, in welchen Massnahmen vereinbart werden müssen, einschränken.

Vgl. Botschaft vom 21. August 2019 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 1; BBl. 2019 6071).

[46] Die Leistungserbringer sollen neu auf Gesetzesstufe verpflichtet werden, der versicherten Person in jedem Fall eine Rechnungskopie zuzustellen (im System des «Tiers Garant» bisher auf Verordnungsstufe). Die Patienten können somit ihre Rechnungen überprüfen; ihr Kostenbewusstsein wird gestärkt. Bei Nichtbeachtung dieser Regelung soll der Leistungserbringer nach Artikel 59 KVG sanktioniert werden können.

Vgl. Botschaft vom 21. August 2019 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 1).

grundsätzlich von den zwischen Leistungserbringern und Krankenversicherern (beziehungsweise ihren Verbänden) vereinbarten und behördlich genehmigten beziehungsweise festgelegten Tarifen in der OKP.[47]

Die Rechnungsstellung für die Sondertarife in der Zusatzversicherung zur OKP, lässt wie folgt kategorisieren:

a) Separate Rechnung nach der Bottom Up-Methode (vgl. Ziff. 3.5.2.1, unten);
b) Gesamtrechnung nach der Top Down-Methode (vgl. Ziff. 3.5.2.2, unten);
c) Getrennte Rechnungsstellung von Spital und behandelndem Arzt (vgl. Ziff. 3.5.2.3, unten).

3.5.2.1 Bottom Up-Methode

Bei der sogenannten «Bottom Up-Methode» werden die Zusatz- und Mehrleistungen separat ausgewiesen und zusätzlich zum geschuldeten OKP-Tarif (d.h. zur DRG-Fallpauschale) in Rechnung gestellt. Die private Zusatzversicherung übernimmt den für die erbrachten echten Zusatz- und Mehrleistungen (vgl. Ziff. 3.4.3 und 3.4.4, oben) verrechneten, über den OKP-Tarif hinausgehenden Betrag.

3.5.2.2 Top Down-Methode

Bei der sogenannten «Top Down-Methode» sind echte Zusatz- und Mehrleistungen Teil einer gemäss Sondertarif kalkulierten Gesamtrechnung. Sie werden nicht separat ausgewiesen und verrechnet.[48] Im Gesamtbetrag, der sich aufgrund des Sondertarifs ergibt, sind die von der OKP abgedeckten Leistungen enthalten. Die private Zusatzversicherung übernimmt die Differenz zwischen dem Gesamtbetrag und dem Betrag, der von der OKP zu übernehmen ist (DRG-Fallpauschale).

3.5.2.3 Getrennte Rechnungsstellung

Bei der «getrennten Rechnungsstellung» stellt das Spital Rechnung für seine Leistungen, (insb. Aufenthalt und Pflege) und der Chef- oder Belegarzt, der einen Privat- oder Halbprivatpatienten behandelt, verrechnet sein Honorar separat.[49] Die private Zusatzversicherung übernimmt die Differenz zwischen dem Arzthonorar und dem Betrag, der von der OKP zu übernehmen ist (DRG-Fallpauschale).

3.5.3 Rechnungskontrolle

3.5.3.1 Rechnungskontrolle durch die Versicherer in der OKP

Die Krankenversicherer sind gesetzlich verpflichtet, Rechnungs- und Wirtschaftlichkeitskontrollen durchzuführen. Die geltenden Bestimmungen des KVG stellen ihnen entsprechend ein Instrumentarium zur Verfügung. Das Instrumentarium umfasst auch Sanktionsmassnahmen, welche gegen fehlerhaft abrechnende Leistungserbringer ergriffen werden können.

Nach Artikel 59 Absatz 1 KVG umfassen die bereits bestehenden Sanktionsmöglichkeiten die Verwarnung (Bst. a), die gänzliche oder teilweise Rückerstattung der Honorare, welche für

---

[47] Vgl. Artikel 49 Absatz 1 KVG.
[48] Vgl. BGE 130 I 306, S. 311.
[49] In der Praxis gibt es auch Fälle in denen das Spital für den Chef- oder Belegarzt stellvertretend Rechnung stellt.

nichtangemessene Leistungen bezogen wurden (Bst. b), eine Busse (Bst. c) oder im Wiederholungsfall den vorübergehenden oder definitiven Ausschluss von der Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Bst. d).

Ausserhalb des KVG besteht zudem die Möglichkeit, strafrechtlich gegen absichtlich falsch abrechnende Leistungserbringer vorzugehen. Damit Leistungserbringer, welche systematisch fehlerhaft abrechnen, sanktioniert werden können, bedarf es eines koordinierten und gemeinsamen Vorgehens aufseiten der Versicherer.

Das Thema der Rechnungskontrolle wurde in der vom Bundesrat am 21. August 2019 verabschiedeten Botschaft zu einer Teilrevision des KVG "Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 1" aufgenommen, wobei die Pflicht zur Zustellung einer Rechnungskopie an die versicherte Person im System des «Tiers Payant» vorgeschlagen wird und auf zusätzliche gesetzliche Regelungen im Moment verzichtet werden soll. Die Expertengruppe hat in ihrem Bericht vom 24. August 2017 "Kostendämpfungsmassnahmen zur Entlastung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung" als Massnahme die Schaffung einer unabhängigen Rechnungskontrollbehörde vorgeschlagen. Davon hat der Bundesrat in einem ersten Schritt abgesehen, dies zugunsten einer Intensivierung der Aufsicht über die Krankenversicherer in diesem Bereich.

3.5.3.2 Rechnungskontrolle durch die Versicherer in der Zusatzversicherung zur OKP

Seit der Änderung des KVG im Zusammenhang mit der Revision der Spitalfinanzierung auf den 1. Januar 2008 und der Einführung der leistungsbezogenen Spitaltarife umfassen die Leistungen bei Krankheit nach Artikel 25 Absatz 2 KVG u.a. die Untersuchung und Behandlungen sowie Pflegeleistungen, die stationär bzw. im Spital durchgeführt werden (Bst. a) und den Aufenthalt im Spital entsprechend dem Standard der allgemeinen Abteilung (Bst. e). Zudem wurde im Rahmen der Änderung des KVG der Terminus der "allgemeinen Abteilung" in Artikel 49 Absatz 1 KVG gestrichen. Daraus folgt, dass die Vergütung nach Artikel 49 Absatz 1 KVG neu nicht mehr bloss eine tarifarische Grösse darstellt, sondern die Vergütung der Kosten der unter Artikel 25 Absatz 2 KVG genannten Leistungen darstellt und damit eindeutig ein Leistungspaket umschrieben wird. Soweit es sich um gesetzliche Leistungen handelt, sind daher weitergehende Rechnungen wie zusätzliche Honorare für die ärztlichen Leistungen bei einem Aufenthalt in der Privatabteilung eines Spitals ausgeschlossen[50].

Somit sind die Tarife der Zusatzversicherungen nicht mehr ausserhalb der Bestimmungen des KVG festzulegen, sondern unter deren Berücksichtigung zu bestimmen. Die Vergütung nach Artikel 49 Absatz 1 KVG ist nicht mehr als blosse tarifliche Grösse im Sinne der Austauschbefugnis zu verstehen, sondern als ein Leistungspaket, auf welches der zusatzversicherte Patient einen Anspruch hat resp. erhebt und für welches der (partielle) Tarifschutz nach Artikel 44 KVG gilt.

3.5.4 Möglichkeiten der Marktteilnehmer gegen zu hohe Sondertarife

Insbesondere bei der getrennten Rechnungsstellung (vgl. Ziff. 3.5.2.3, oben) ist der Anbieter von Zusatzversicherungen zur OKP daher gehalten, die Rechnungen sorgfältig zu prüfen. Ansonsten könnte bspw. im Umfang der von der OKP abgedeckten Arztkosten eine doppelte Verrechnung vorliegen, d.h. ein Teil der Kosten des Arztes würde sowohl zulasten der OKP als auch zulasten der Zusatzversicherung des Patienten bzw. des selbstzahlenden Patienten verrechnet. Es ist daher jeweils zu prüfen, ob es sich um echte Mehrleistungen handelt, die

[50] Botschaft zur Änderung des KVG (Spitalfinanzierung), BBl 2004 5551, 5580

über den Leistungsumfang der OKP hinausgehen. Wie kann gegen zu hohe Sondertarife vorgegangen werden?

Einem Patienten bleiben zwei Möglichkeiten, wenn er die von einem Leistungserbringer vorgelegten Sondertarife als zu hoch erachtet: Er kann sich ausschliesslich nach den OKP-Tarifen behandeln lassen[51] oder er wechselt den Leistungserbringer und lässt sich in einem anderen Spital behandeln. Auch ein Anbieter von Krankenzusatzversicherungen zur OKP hat grundsätzlich nur zwei Handlungsoptionen: Er kann auf einen Vertragsschluss mit dem Leistungserbringer verzichten und dessen Leistungen nicht in sein Zusatzversicherungsprodukt aufnehmen beziehungsweise – bei einem sich bereits auf dem Markt befindlichen Krankenzusatzversicherungsprodukt – diese aus der Deckung nehmen. Dazu muss er das Versicherungsprodukt beziehungsweise seine allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) anpassen und von der FINMA genehmigen lassen[52]. Oder er setzt im Zusatzversicherungsprodukt Höchstbeträge für die Übernahme von Behandlungskosten fest. Auch dies zieht eine Anpassung der AVB unter Vorbehalt der Genehmigung durch die FINMA nach sich[52].

Hat das Spital oder der behandelnde Arzt jedoch seine Leistung bereits erbracht, so sind der Patient und der Anbieter einer Krankenzusatzversicherung auf den Zivil(prozess)weg verwiesen.

Anbieter von Zusatzversicherungen zur OKP haben grundsätzlich ein ureigenes Interesse, auf zu hohe Sondertarife zu reagieren. Tun sie dies nicht, müssen sie die dadurch verursachten Mehrkosten in die Prämien für die entsprechenden Versicherungsprodukte einrechnen. Sie laufen Gefahr, dass sie durch das dadurch verteuerte Produkt Kunden verlieren bzw. weniger Neukunden akquirieren können.

3.6 Missbrauchsverbot nach VAG

Nach dem Versicherungsaufsichtsrecht dürfen Zusatzversicherungsverträge nicht missbräuchlich sein. Als missbräuchlich anzusehen sind namentlich Zusatzversicherungen, die auch Kosten von Behandlungen abdecken, die für den Patienten keinen Zusatznutzen erwarten lassen.

Streitigkeiten und Konflikte zwischen einzelnen Versicherten und Versicherungsunternehmen sind durch die dazu berufenen ordentlichen Gerichte zu entscheiden und gehören nicht zu den Aufgaben der FINMA. Die FINMA schreitet jedoch gegenüber Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittlern aufsichtsrechtlich zur Wahrung öffentlicher Interessen ein, wenn die privatrechtlichen Streitigkeiten auf aufsichtsrelevantes Fehlverhalten hinweisen. Dies geschieht unabhängig von oder parallel zu einem allfälligen zivilrechtlichen Verfahren.[53]

Basierend auf dem Hauptzweck der Versicherungsgesetzgebung, dem Schutz der Versicherten, wird deshalb der FINMA mit der Generalklausel von Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe f VAG unter anderem auch die ausdrückliche Aufgabe erteilt, die Versicherten gegen Missbräuche der Versicherungsunternehmen zu schützen. Nach bundesverwaltungsrechtlicher Rechtsprechung bietet dieser Artikel zudem die gesetzliche Grundlage, um auf dem Verordnungsweg

---

[51] Dies bedingt einen ausdrücklichen Verzicht auf seinen Status als Privat- bzw. Halbprivatpatient.

[52] Bei schon bestehenden Krankenzusatzversicherungsprodukten können bestehende Kunden (Versicherungsnehmer) zwar bei einer Revision der AVB gestützt auf Artikel 35 VVG verlangen, dass der Vertrag zu den neuen Bedingungen fortgesetzt wird. Tun sie dies nicht – was insbesondere bei einer Verschlechterung der Versicherungsleistungen ohne entsprechende Prämienreduktion plausibel erscheint –, läuft der Vertrag unter den bestehenden AVB (als sogenannter «geschlossener Bestand») weiter.

[53] Vgl. BSK VAG-Shelby du Pasquier / Valérie Menoud, Artikel 46, N 33.

sowohl präventive als auch nachträgliche Massnahmen zur Missbrauchsbekämpfung zu regeln.[54] Unter dem Abschnittstitel «Besondere Bestimmungen für einzelne Versicherungszweige» wird in Artikel 31 VAG dem Bundesrat weiter die Kompetenz eingeräumt, zum Schutz der Versicherten einschränkende Vorschriften für verschiedene Versicherungszweige zu erlassen. Der Bundesrat hat von dieser Kompetenzdelegation Gebrauch gemacht und verschiedene Bestimmungen über einzelne Versicherungszweige aufgestellt (vgl. Art. 118 und 120 ff. AVO).

3.6.1 Aufsichtspraxis der FINMA

Im vorliegend interessierenden Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit prüft die FINMA im Genehmigungsverfahren aufgrund der von den Krankenzusatzversicherern vorgelegten Berechnungen und Daten, ob sich die vorgesehenen Prämien in einem Bereich halten, der einerseits die Solvenz der einzelnen Versicherungseinrichtungen sicherstellt und andererseits den Schutz der Versicherten vor Missbrauch (durch die Versicherungsunternehmen) gewährleistet (vgl. Art. 5 FINMAG i.V.m. Art. 38 VAG sowie Art. 117 AVO). In ihrer Aufsichtspraxis setzt die FINMA Prämiensenkungen durch, wenn ein Versicherungsunternehmen die Gewinnmarge für ein Krankenzusatzversicherungsprodukt missbräuchlich hoch kalkuliert. Die FINMA kann auch ein Verhalten unterbinden, welches den Versicherungsnehmer erheblich schädigt. Diese Instrumente sind indessen in ihrer allgemeinen Formulierung wenig geeignet, der vorliegenden Problematik der hohen Spitaltarife oder der doppelt verrechneten Leistungen zu begegnen, zumal die FINMA im Bereich der Krankenzusatzversicherung über keine spezifischen Aufsichtsinstrumente verfügt.

Auch die Überprüfung der Corporate Governance eines Krankenzusatzversicherers ist Teil der Aufsichtstätigkeit der FINMA. Sie erwartet von den Anbietern von Krankenzusatzversicherungen unter anderem, dass sie nur Abrechnungen für echte Mehrleistungen ausserhalb der OKP akzeptieren, und dass sie zudem sicherstellen, dass die Mehrleistung in einem angemessenen Verhältnis zu den verrechneten Kosten steht. Beide Erwartungen ergeben sich aus den Anforderungen an die ordentliche Geschäftsführung. Auf die Tarifierung der Leistungserbringer kann die FINMA also nach heutiger Gesetzeslage nur indirekt und einzelfallweise Einfluss nehmen, indem sie den Hebel allenfalls bei einem missbräuchlichen Verstoss gegen die Corporate Governance-Regeln durch einen Krankenzusatzversicherer ansetzt.

[54] Vgl. BVGE 2008/45 E.2.4.3.

4 Würdigung - Vorschläge, wie das Instrumentarium der FINMA verstärkt werden kann

4.1 Intensivierung des Austausches zwischen der FINMA und dem BAG

Die Anfang der 2000er Jahre herrschenden Marktgegebenheiten hatten gezeigt, dass ein Austausch zwischen dem BAG, der für die soziale Krankenversicherung zuständigen Aufsichtsbehörde, und der FINMA, als die für die Zusatzversicherungen zur OKP zuständige Aufsichtsbehörde, zwingend notwendig ist, um die finanziellen Situationen der Versicherungsunternehmen frühzeitig beurteilen zu können. Der Bundesrat hatte deshalb in der Botschaft zum KVAG vorgeschlagen, die beiden Behörden zur Koordination ihrer Aufsichtstätigkeiten zu verpflichten[55]. Diese Koordinationspflicht geht über die Amtshilfe und den Informationsaustausch hinaus, die in Artikel 36 KVAG vorgesehen sind, da sie vom BAG und der FINMA – unter Vorbehalt von Artikel 40 FINMAG[56] – ein aktives Verhalten verlangt, während die FINMA im Rahmen von Artikel 36 Absatz 2 KVAG dem Ersuchen der Aufsichtsbehörde entspricht.

Nach Inkrafttreten der entsprechenden gesetzlichen Grundlagen[57] und basierend auf einem Schriftenwechsel[27] findet seit Anfang 2016 ein regelmässiger Austausch zwischen der FINMA und dem BAG statt (vgl. Ziff. 3.2.3, oben). Kern dieses Austausches ist neben der Ad-Hoc-Zusammenarbeit zu konkreten Aufsichtsfragen namentlich die Solvabilität der beaufsichtigten Krankenversicherer und Anbieter von Zusatzversicherungen zur OKP (vgl. Ziff. 3.2.3.1, oben). Zentral dabei ist die Prüfung des gebundenen Vermögens sowie die Kontrolle der genügenden Ertragskraft, damit die Versicherer auch künftige Verpflichtungen aus den laufenden Versicherungsverträgen sowie den Versicherungsbetrieb nach VVG gewährleisten zu können. Diese Aufsichtstätigkeit wird durch die gesetzlich vorgeschriebene präventive Tarifkontrolle der FINMA unterstützt, welche im Prüf- und Genehmigungsverfahren dazu beiträgt, dass die Solvenz gewährleistet ist und die Versicherten in den Versichertenbeständen technisch gleichbehandelt werden.

Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf die vorliegend interessierenden Spitalleistungen (Doppelverrechnungen etc.) schlagen wir vor, die Koordination der Aufsichtstätigkeiten und damit die Zusammenarbeit von FINMA und BAG im Bereich der Tarifprüfung und Leistungskontrolle zu stärken und weiter zu institutionalisieren. Die im Schriftenwechsel von 2015 festgehalten Eckwerte der behördlichen Zusammenarbeit sollten überprüft und formell in ein Memorandum of Understanding (MoU) überführt werden. Namentlich sollten sämtliche regelmässigen und Ad-Hoc-Treffen formalisiert und insbesondere auch dokumentiert werden (Traktandenliste, Protokollführung etc.). Zudem sollten neben den bestehenden beiden Semestertreffen zusätzliche Treffen zu den vorliegend interessierenden Spitalleistungen (Doppelverrechnungen etc.) abgehalten werden. Im Rahmen der vorgeschlagenen Überprüfung der Zusam-

---

[55] Vgl. Botschaft vom 15. Februar 2012 zum Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung, BBl 2012 1976 / 1978.

[56] Die FINMA kann die Bekanntgabe von nicht öffentlich zugänglichen Informationen und die Herausgabe von Akten gegenüber Strafverfolgungs- und anderen inländischen Behörden verweigern, soweit:
a. die Informationen und Akten ausschliesslich der internen Meinungsbildung dienen;
b. deren Bekannt- oder Herausgabe ein laufendes Verfahren gefährden oder die Erfüllung ihrer Aufsichtstätigkeit beeinträchtigen würde;
c. sie mit den Zielen der Finanzmarktaufsicht oder mit deren Zweck nicht vereinbar ist.

[57] Vgl. Artikel 39 Absatz 1bis FINMAG beziehungsweise Artikel 34 Absatz 5 KVAG.

menarbeit sollte zudem geprüft werden, inwieweit Kontrollen bei Krankenversicherern und Anbietern von Zusatzversicherungen zur OKP zum Thema koordiniert und – falls zweckmässig – gemeinsam durchgeführt werden könnten.

4.2 Intensivierung des Austausches zwischen der FINMA und dem Preisüberwacher

Aktuell beschränkt sich der Austausch zwischen der FINMA und der Preisüberwachung auf ein jährliches Treffen, in welchem sich Erstere mit dem Preisüberwacher, drei Schweizer Konsumentenschutz-Organisationen (FRC, SKS und KS), der Ombudsstelle Krankenversicherung, dem Ombudsman der Privatversicherung und der SUVA über die jeweiligen Erfahrungen des vergangenen Jahres im Bereich der Krankenzusatzversicherung austauscht. Bei dieser Gelegenheit gibt die FINMA jeweils auch einen Überblick über ihre diesbezügliche Regulierungstätigkeit und der Preisüberwacher informiert seinerseits über seine Tätigkeit bei OKP- und Zusatzversicherungstarifen für stationäre Spitalleistungen. Die Preisüberwachung ist aktuell die einzige Bundesstelle, welche regelmässig OKP-Spitalpauschalen (DRG-Fallpauschalen und andere) prüft und dazu den Kantonsregierungen gestützt auf Artikel 14 PüG sowie Artikel 46 und 47 KVG formelle Tarifempfehlungen abgibt. Alle im Rahmen der OKP gültigen Spitalpauschalen müssen von den Kantonen genehmigt oder, falls sich Spitäler und Versicherer nicht einigen können, festgesetzt werden. Bei kantonalen Tariffestsetzungen besteht für die Tarifpartner die Möglichkeit einer Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer). In allen vor dem BVGer strittigen Fällen, in welchen der Preisüberwacher zuvor einer Kantonsregierung eine Tarifempfehlung abgegeben hatte, wird er vom Gericht nochmals angehört. Der Vollständigkeit halber ist hier anzufügen, dass das BAG in jedem Fall zur Stellungnahme eingeladen wird. Zudem prüft die Preisüberwachung einzelne stationäre Zusatzversicherungstarife auf Preismissbrauch.

Die Preisüberwachung ist grundsätzlich bereit, ihre langjährige Sachkunde in der Prüfung von Tarifen für stationäre Spitalleistungen der FINMA im Rahmen der Amtshilfe zugänglich zu machen. Die FINMA könnte bei Fragen zur wirtschaftlichen Angemessenheit von DRG-Fallpauschalen zu Lasten der Zusatzversicherung, die bei ihr im Rahmen der Prüfung einzelner Zusatzversicherungsprämien im Bereich Spital stationär auftreten, jeweils beim Preisüberwacher einen Amtsbericht zur Angemessenheit dieser DRG-Fallpauschalen anfordern. Diese Berichte würde der Preisüberwacher innert nützlicher Frist abliefern. Die Preisüberwachung ist zudem bereit, mit der FINMA einen institutionalisierten Austausch mit periodischen Sitzungen zu pflegen, an der methodische Probleme und Einzelfälle besprochen und über die aktuelle Arbeit gegenseitig informiert wird. Die Amtshilfe sowie Form und Inhalt der regelmässigen Treffen zwischen den Amtsstellen könnten in einem Memorandum of Understanding geregelt werden.

Die zweite Voraussetzung, damit die Preisüberwachung in der Lage ist, der FINMA bei der Beurteilung von stationären Zusatzversicherungstarifen Amtshilfe zu leisten, besteht in der Aufstockung der Personalressourcen des Preisüberwachers. Diese sind im Gesundheitsbereich mit der Prüfung der OKP-, UVG- und IVG-Tarife bereits vollständig ausgelastet. Der Preisüberwacher benötigt für die Erstellung von Amtsberichten zu Händen der FINMA im Bereich Krankenzusatzversicherung sowie für Tarifprüfungen in stossenden Fällen eine Plafonderhöhung um 300 Stellenprozente. Es ist dem Preisüberwacher nicht möglich, diese Stellenprozente aus anderen Prüfbereichen abzuziehen.

4.3 Aufnahme der Themen im Rahmen der regelmässigen Gespräche zwischen EFD und FINMA

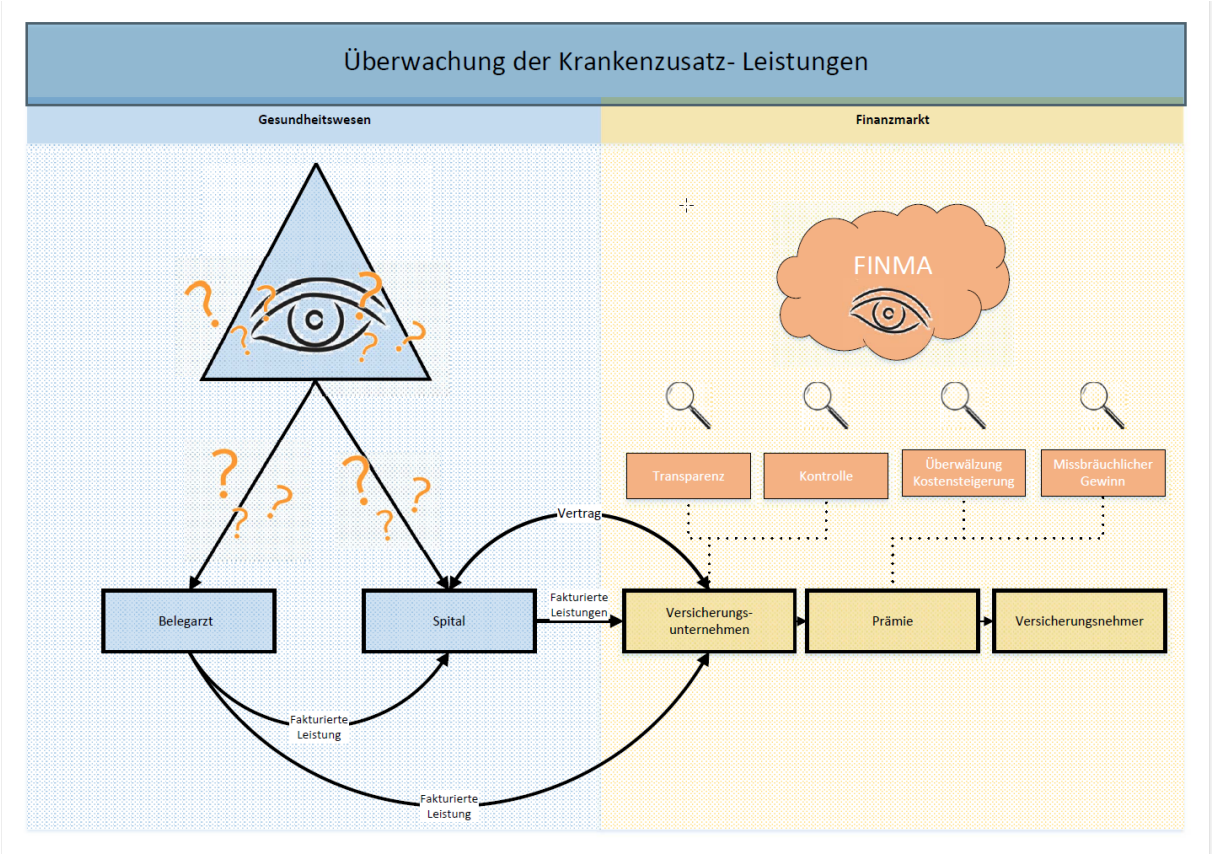
Vom gesetzlichen Auftrag abgeleitet sind die Aufsichtsaufgaben der FINMA: die Bewilligung, die Überwachung und, wo notwendig, die Durchsetzung des Aufsichtsrechts (Enforcement). In ihrer Aufsichtstätigkeit verfolgt sie einen konsequent risikoorientierten Ansatz. Die FINMA achtet dabei auf Kontinuität, Berechenbarkeit und Verhältnismässigkeit.

Der Bericht Kostendämpfungsmassnahmen zur Entlastung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung[6] legt dar, dass gesetzgeberische sowie aufsichtsrechtliche Massnahmen in der OKP einen erhöhten Kostendruck zur Folge haben und bei Spitälern zu einer Verlagerung der Leistungen und somit auch der Kosten von der OKP in den Bereich der Zusatzversicherung führen. Kosteneinsparungen über die gesamte Krankenversicherung hinweg sind somit nur zu erreichen, wenn die FINMA ihre Aufsichtsanstrengungen bei der Genehmigung von Spitalzusatzversicherungsprodukten und in der Missbrauchsaufsicht intensiviert.

Der gesetzliche Auftrag lässt der FINMA aufgrund ihrer institutionellen Unabhängigkeit Handlungsspielraum, bei ihrer Tätigkeit eigene Schwerpunkte zu setzen. Das EFD kann Themen (wie z.B. die Massnahmen gemäss Ziff. 4.1 und 4.2, oben) im Rahmen der regelmässigen Gespräche mit der FINMA (Strategischer Dialog und Policy Dialog) aufnehmen.

4.4 Anpassungsmöglichkeiten de lege ferenda

Die unter Ziffern 4.1 – 4.3 vorgeschlagenen Massnahmen reichen für eine spürbare Kostensenkung im Krankenkassenzusatzversicherungsbereich möglicherweise nicht aus. Entsprechend müssten gesetzgeberische Massnahmen ins Auge gefasst werden. Diese wären dann am effizientesten, wenn die Beteiligten, denen die Versicherer auf Seiten des Gesundheitswesens gegenüberstehen, einer Regulierung unterworfen sind, welche sie zu transparenter Leistungsabrechnung verpflichtet und missbräuchliche Gewinne untersagt. Zu einer entsprechenden Regulierung fehlen dem Bund indessen die Kompetenzen. Die nachfolgend präsentierten möglichen Gesetzesanpassungen im Bereich des Finanzmarkts setzen von daher konzeptionell nicht am wirksamsten Punkt an.



4.4.1 Präzisierung des Missbrauchsbegriffs im VAG

Der heutige Artikel 38 VAG ist offen formuliert (vgl. auch Ziff. 3.6, oben). Die FINMA musste daher in ihrer Praxis insbesondere den Begriff "Missbrauch" bezogen auf die Tarife definieren.

Regulatorisch wäre daher Folgendes zu beachten:

- Es sollen keine ungerechtfertigten Kosten der Leistungserbringer auf die Versicherten überwälzt werden. Dies setzt voraus, dass die Versicherungsunternehmen verpflichtet sind, die Kosten zu prüfen und eine ständige Kontrolle einzurichten. Dazu ist von den Versicherungsunternehmen beim Leistungserbringer das Einfordern einer vollen Transparenz über die Kosten notwendig. Herrscht keine Transparenz bei den Leistungen und werden diese nicht durch das Versicherungsunternehmen geprüft, sollen die Kosten nicht auf die Prämie überwälzt werden können. Fehlt es an einer wirksamen Kontrolle durch das Versicherungsunternehmen, soll die FINMA eingreifen können, indem nicht ausgewiesene Kosten der Leistungserbringer bei der Tarifkalkulation im Rahmen der Versicherungstarifprüfung ausgeklammert werden und nicht Teil des Tarifs bilden dürfen. Dies dürfte disziplinierend und indirekt kostendämmend wirken.
- Darüber hinaus könnte gesetzlich ausdrücklich verankert werden, dass die Krankenversicherer mit Zusatzversicherungen zur OKP zulasten der Versicherten keinen übermässigen Gewinn erzielen dürfen. Dies lässt sich damit rechtfertigen, dass einige Zusatzversicherungen zur OKP (insb. sog. Privat- und Halbprivatversicherungen) in ihrem Wesen nahe einer sozialen Versicherung anzusiedeln sind. Zudem würde dem Umstand Rechnung getragen, dass die Versicherten unter Umständen «gefangen» sind, das heisst je nach Alter und Gesundheitszustand den Anbieter von Zusatzversicherungen zur OKP

nicht einfach oder gar nicht wechseln können Ein übermässiger Gewinn könnte vereinfacht gemäss der heutigen Praxis bei einer Schaden- und Kostenquote von unter 90 Prozent angenommen werden, wobei eventuell noch weitere Aspekte zu berücksichtigen sind. Damit wäre es den Krankenzusatzversicherungen selbstverständlich weiterhin gestattet, Gewinne zu erzielen.

Diese Punkte könnten gesetzgeberisch z.B. wie folgt angegangen werden:

> ***Artikel 38 Absatz 2 (neu) VAG:***
>
> *Missbrauch im Sinne von Absatz 1 liegt insbesondere vor, wenn:*
>
> *a) Das Versicherungsunternehmen einen übermässigen Gewinn erzielt. (Variante: … Gewinn erzielt, der nicht dem übernommenen Risiko entspricht)*
>
> *b) Das Versicherungsunternehmen es unterlässt, eine wirksame Kontrolle der durch die Leistungserbringer verrechneten Kosten vorzunehmen.*
>
> ***Artikel 38 Absatz 3 (neu) VAG:***
>
> *Die FINMA kann die Überwälzung der Teuerung auf die Prämien begrenzen oder ausschliessen, namentlich wenn keine transparenten Berechnungsgrundlagen bestehen.*

4.4.2 Stärkung der Verhandlungsmacht der Versicherungsunternehmen gegenüber Leistungserbringern im Gesundheitswesen

Bereits heute schliesst das geltende Kartellrecht nicht aus, dass sich Versicherungsunternehmen als Anbieter von Zusatzversicherungen im Einzelfall zusammenschliessen, um in den Verhandlungen mit Erbringern von Gesundheitsdienstleistungen (Spitäler) mehr Verhandlungsmacht zu erhalten.[58] Eine entsprechende Kooperation ist allerdings für die involvierten Gesellschaften mit Aufwand sowie erheblichem Rechtsunsicherheiten verbunden: Bevor sie eine allfällige Kooperation umsetzen können, haben Gesellschaften, die sich an der Kooperation beteiligen möchten, bei der WEKO gestützt auf Artikel 49*a* Absatz 3 KG ein sogenanntes Widerspruchsverfahren anzustrengen. Der Grund dafür ist, dass eine solche Zusammenarbeit potentiell eine unzulässige Wettbewerbsabrede sein könnte und im Falle eines Verstosses gegen Artikel 5 KG mit einer Sanktion bedroht wäre. Gelangt die WEKO im Rahmen des Widerspruchsverfahrens zur Ansicht, dass die geplante Zusammenarbeit unproblematisch ist, können die an der Kooperation beteiligten Anbieter von Zusatzversicherungen nach fünf Monaten ihr Projekt umsetzen. Hat die WEKO Bedenken, muss sie innert derselben Frist eine Vorabklärung oder eine Untersuchung eröffnen. In der Praxis bedeuten diese verfahrensmässigen Vorgaben, dass die involvierten Gesellschaften das Kooperationsprojekt gar nicht erst eingehen beziehungsweise einstellen werden, selbst wenn zu Beginn der wettbewerbsrechtlichen Prüfung noch unklar ist, ob ein Verstoss vorliegt oder nicht.

Nach dem vorne Gesagten wäre es aber sinnvoll, wenn sich die Anbieter von Zusatzversicherungen zur OKP für die Verhandlung von Verträgen mit Erbringern von Gesundheitsdienstleistungen zusammenschliessen. So könnte die Verhandlungsmacht der Versicherungsunternehmen gestärkt werden. Dies soll zu Verträgen führen, die ein ausgewogenes Verhältnis zwischen

[58] Die Wettbewerbskommission (WEKO) führte im Jahr 2008 in diesem Zusammenhang eine Untersuchung bei öffentlich subventionierten Spitälern (Vgl. Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern, RPW 2008/4, S. 544) und kam unter anderem zum Ergebnis, dass die Bildung einer Gegenmacht auf Seiten der Krankenversicherer in der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung keine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG darstellt.

Leistung und Gegenleistung aufweisen. Es liegen Gründe vor, die den genannten Zusammenschluss und damit ein Abweichen von wettbewerbsrechtlichen Vorschriften rechtfertigen:

a) Die Zusatzversicherungen zu OKP bieten oft umfassende Deckungen an (freie Arztwahl und sämtliche Spitäler ganze Schweiz), ansonsten würden sie von den Versicherten nicht nachgefragt. In Verhandlungen mit den Spitälern sind die Zusatzversicherungsunternehmen deshalb am kürzeren Hebel, da diese aus dem Versicherungsvertrag ohnehin sämtliche Leistungen von allen möglichen Vertragspartnern begleichen müssen.
b) Die Vertragsparteien verhandeln Preise, die ein Dritter bezahlt (das Kollektiv der Versicherungsnehmer). Deshalb besteht die Gefahr, dass die Versicherungsunternehmen zu wenig hart verhandeln, weil sie die Kosten ohnehin auf die Versicherungsprämie überwälzen können. Ein kräftiger Gegenpol zu den Leistungserbringern wäre im Sinne des Versichertenschutzes.
c) In der Zusatzversicherung zur OKP wird der Wettbewerb durch diverse Umstände stark eingeschränkt (vgl. auch Ziff. 4.4.3, unten): Für ältere Versicherte und Kranke bestehen keine Konkurrenzangebote und somit kein Markt mehr. Im Gesundheitswesen herrscht, beginnend beim Abschluss der Versicherung bis hin zur Abrechnung von medizinischen Leistungen, ein Informationsgefälle zwischen Leistungserbringern und Versicherern einerseits und den Versicherten und Patienten andererseits. Zudem sind die Entscheidungen der Versicherten von Ängsten geprägt (im Zweifelsfall Behandlung durchführen).

Eine Verstärkung der Marktmacht der Versicherer ist unter diesen Umständen prüfenswert. Gesetzgeberisch könnte die Umsetzung zum Beispiel wie folgt erfolgen:

> ***Artikel 31a VAG Vereinbarung unter Versicherungsunternehmen in der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung:***
>
> *Die Versicherungsunternehmen können eine Vereinbarung abschliessen über:*
>
> *a) die Telefonwerbung;*
> *b) den Verzicht auf Leistungen der Call Centers;*
> *c) die Einschränkung der Entschädigung der Vermittlertätigkeit;*
> *d) (neu) die Vergütung für stationäre Mehr- und/oder Zusatzleistungen an Leistungserbringer in der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung.*

4.4.3 Legalfiktion fehlenden Wettbewerbs

Damit Amtshilfe zwischen FINMA und dem Preisüberwacher (Ziff. 4.2, oben) den erwünschten Erfolg in der Beseitigung missbräuchlich hoher Zusatzversicherungstarife der Spitäler zeitigt, benötigt die Preisüberwachung von den Spitälern gute Daten für die Tarifüberprüfung: Es könnte im VAG eine sogenannte «Legalfiktion» dahingehend verankert werden, die feststellt, dass die Tarife der Spitäler für stationäre Zusatzversicherungsleitungen nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind. Dies wäre erforderlich, damit die Preisüberwachung von den Spitälern innert nützlicher Frist die erforderlichen Informationen (d.h. Kosten- und Leistungsdaten) erhält, um ihre Amtsberichte z.H. der FINMA zu erstellen. Ansonsten würden die Spitäler bei entsprechenden Auskunftsbegehren jeweils die Zuständigkeit des Preisüberwachers bestreiten und dadurch die Datenlieferung stark hinauszögern.

Ein entsprechender VAG-Artikel könnte wie folgt lauten[59, 60]:

> ***Artikel 38 Absatz 4 (neu) VAG:***
>
> *In Bezug auf die Tarife der Spitäler für stationäre Leistungen zu Händen der Zusatzversicherung gelten die Spitäler als marktmächtig im Sinne von Artikel 2 des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG) und die entsprechenden Preise gelten nicht als Ergebnis wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Artikel 12 PüG.*

Sollte sich eine diesbezügliche Bestimmung aus verschiedenen Gründen nicht einführen lassen, könnten alternativ die Krankenzusatzversicherer verpflichtet werden, bei allen Spitälern, bei welchen sie stationäre Zusatzversicherungsleistungen begleichen, die erforderlichen Kosten- und Leistungsdaten zur Überprüfung der Tarifhöhe selber einzufordern und diese Daten der FINMA auf Verlangen im Rahmen der Prämienprüfung entsprechender Versicherungsprodukte vorzulegen[61]. Dadurch soll bei den Versicherern einerseits das Bewusstsein geschärft werden, dass sie keine bereits via OKP bezahlten Leistungen ein zweites Mal via Zusatzversicherungstarife entschädigen. Andererseits wären damit in Fällen, in welchen die FINMA vom Preisüberwacher eine Amtshilfe im vorerwähnten Sinn erbittet, die zur Spitaltarifprüfung notwendigen Daten bereits bei der FINMA vorrätig und könnten zusammen mit dem Amtshilfegesuch gleich mitgeliefert werden.

---

59 Die Formulierung dieses Artikels lehnt sich stark an die Formulierung in Artikel 18 Absatz 2 des Bundesgesetzes vom 27. September 2019 über elektronische Identifizierungsdienste (BGEID / SR 943.04; BBl 2019 6567) an, der bereits eine derartige Legalfiktion enthält.

60 Die WEKO hat gegenüber einer solchen Legalfiktion indessen grundsätzliche Bedenken angemeldet. Sie macht geltend, dass eine Legalfiktion dem PüG fremd sei und letztlich dessen Zweck widerspreche, wonach der Preisüberwacher gerade und nur dann eingreifen soll, wenn die Preise tatsächlich nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs seien.

61 Bei Weiterverfolgung dieses Ansatzes wären allfällige Anpassungen des VAG beziehungsweise der AVO zu prüfen.

5 Vorschlag zum weiteren Vorgehen

Der Vorschlag ist vor dem hiervor geschilderten Hintergrund zu sehen, dass das weitaus effektivste Instrument zur Beschränkung der von den Zusatzversicherungen zu erbringenden Leistungen in der Herstellung von Transparenz bei den Abrechnungen für die versicherten Leistungen bestehen würde. Hier müsste aber direkt bei den Leistungserbringern angesetzt werden, wozu dem Bund die Kompetenzen fehlen. In diesem Licht erscheinen regulatorische Anpassungen im Bereich der Finanzmarktaufsicht als konzeptionell eher fragwürdig und verhältnismässig ineffizient. Bevor ein politisch schwieriger und länger dauernder Gesetzgebungsprozess eingeleitet wird, schlagen wir daher vor, die nachfolgenden Massnahmen umzusetzen und auf Ende 2022 hin einer Wirksamkeitsanalyse zu unterwerfen:

- Intensivierung des Austausches zwischen der FINMA und dem BAG (vgl. Ziff. 4.1)
  Die Koordination der Aufsichtstätigkeiten und damit die Zusammenarbeit von FINMA und BAG im Bereich der Tarifprüfung und Leistungskontrolle soll formell in einem Memorandum of Understanding (MoU) festgehalten werden.
- Intensivierung des Austausches zwischen der FINMA und dem Preisüberwacher (vgl. Ziff. 4.2)
  Die FINMA soll mit der Preisüberwachung einen institutionalisierten Austausch mit periodischen Sitzungen pflegen. Die FINMA wird eingeladen, bei der Genehmigung von Produkten und Prüfung der Versicherungsprämien bei Fragen zur wirtschaftlichen Angemessenheit von der Preisüberwachung im Rahmen der Amtshilfe Berichte zur wirtschaftlichen Angemessenheit von Spitaltarifen einzufordern. Die Amtshilfe sowie Form und Inhalt der regelmässigen Treffen zwischen den Amtsstellen sollten formell in einem MoU geregelt werden.
- Aufnahme der Themen im Rahmen der regelmässigen Gespräche zwischen EFD und FINMA (vgl. Ziff. 4.3)
  Das EFD nimmt diese Themen im Rahmen der regelmässigen Gespräche mit der FINMA (Strategischer Dialog und Policy Dialog) auf.

Sollten sich die Massnahmen als nicht genügend wirksam erweisen, wären im Anschluss daran Anpassungsmöglichkeiten de lege ferenda zu prüfen (vgl. Ziff. 4.4):

- Der Missbrauchsbegriff im VAG könnte präzisiert werden, indem die heutige Praxis der FINMA zur Kostenkontrolle und zur Gewinnverwendung in der Krankenzusatzversicherung präzisiert und auf Gesetzesstufe verankert wird.
- Die Verhandlungsmacht der Versicherungsunternehmen gegenüber Leistungserbringern im Gesundheitswesen könnte gestärkt werden, indem ersteren im VAG erlaubt wird, untereinander eine Vereinbarung über die Vergütung für stationäre Mehr- oder Zusatzleistungen in der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung abzuschliessen.
- Schliesslich könnte ins VAG zur Verbesserung der Datenlage des Preisüberwachers eine Legalfiktion fehlenden Wettbewerbs im Spitalbereich aufgenommen werden.