

Thomas Gächter

«Für ein von den Krankenkassen unabhängiges Parlament»

Sinnvolle Interessenentflechtung oder Ende des Milizparlaments?

Die Eidgenössische Volksinitiative «Für ein von den Krankenkassen unabhängiges Parlament» möchte die Unabhängigkeit des Parlaments gegenüber den Krankenversicherern stärken. Zu diesem Zweck soll die Bundesverfassung um Unvereinbarkeitsvorschriften für Mitglieder des Bundesparlaments ergänzt werden. Der Beitrag untersucht, inwiefern sich diese Bestimmungen ins geltende System der Unvereinbarkeitsvorschriften einpassen lassen und welche Auswirkungen die Initiative auf die künftige Organisation der Krankenversicherer haben könnte.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung

Zitiervorschlag: Thomas Gächter, «Für ein von den Krankenkassen unabhängiges Parlament», in: Jusletter 27. August 2018

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage und Fragestellung
- II. Unvereinbarkeitsvorschriften, insbesondere bei Parlamentsmandaten
 - A. Grundlagen und Grundwertungen des Systems der Unvereinbarkeitsvorschriften für Bundesparlamentarier
 - 1. Grundanliegen von Art. 144 BV
 - 2. Festlegungen für Bundesparlamentarier
 - 2.1. Verfassungsrechtlicher Rahmen
 - 2.2. Lösungsansatz des Parlamentsgesetzes
 - B. Einordnung von Art. 144 Abs. 2bis BV (gemäss Initiativtext)
 - 1. Änderungen am geltenden System
 - 2. Würdigung aus staatsrechtlicher Sicht
- III. Auswirkungen auf die Krankenversicherer und ihre Organisation
 - A. Elemente des geplanten Verfassungstextes mit Organisationsbezug
 - 1. Verwaltungsrat, Direktion oder Aufsichtsorgan eines Versicherers
 - 2. «Einsitz nehmen»
 - 3. Versicherer mit einer Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung
 - 4. Übergangsbestimmung
 - B. Insbesondere: Mit einem Versicherer wirtschaftlich verbundene Organisation
 - 1. Begriffliche Unklarheiten
 - 2. Inhaltliche Sprengkraft der Bestimmung
 - 3. Mögliche Auswirkungen
 - C. Annahmeverbot jeglicher Vergütung
 - 1. Versuch einer Begriffseingrenzung
 - 2. Auswirkungen
- IV. Grundlagen der Organisationsfreiheit der Krankenversicherer und Auswirkungen der Initiative
 - 1. Grundlagen und Schranken der Organisationsfreiheit
 - 2. Nur indirekte Auswirkungen
- V. Zusammenfassende Stellungnahme

I. Ausgangslage und Fragestellung

[Rz 1] Der Text der Volksinitiative «Für ein von den Krankenkassen unabhängiges Parlament» lautet wie folgt:¹

Die Bundesverfassung² wird wie folgt geändert:

Art. 144 Abs. 2^{bis}

2^{bis} Die Mitglieder der Bundesversammlung dürfen keinen Einsitz nehmen im Verwaltungsrat, in der Direktion oder im Aufsichtsorgan eines Versicherers, der eine Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung hat, oder einer wirtschaftlich mit einem solchen Versicherer verbundenen Organisation; sie dürfen von diesen keinerlei Vergütung annehmen. Das Gesetz regelt Einzelheiten und Verfahren der Beendigung des parla-

¹ Eidgenössische Volksinitiative «Für ein von den Krankenkassen unabhängiges Parlament» vom 19. September 2017, BBl 2017 6155, 6157.

² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

mentarischen Mandats im Falle einer solchen Unvereinbarkeit oder im Falle eines schweren Verstosses gegen das Verbot der Annahme einer Vergütung.

Art. 197 Ziff. 12³

12. Übergangsbestimmung zu Art. 144 Abs. 2^{bis}

Die Mitglieder der Bundesversammlung, die nicht innert sechs Monaten nach Annahme von Artikel 144 Absatz 2^{bis} durch Volk und Stände auf ihren Einsitz in einem Organ nach der genannten Bestimmung verzichten, verlieren ihr parlamentarisches Mandat.

[Rz 2] Ziel der Initianten ist es, den nach ihrer Ansicht ausgeprägten Lobbyismus der Krankenversicherer sowie die vielfältigen Interessenverbindungen zwischen Parlamentsmitgliedern und Krankenversicherern, die letztlich die Handlungsfähigkeit der Behörden einengen oder gar lähmen, zu beseitigen.⁴ Es dürfe nicht sein, dass gewisse Personen einerseits Teil des staatlichen Aufgabenvollzugs (in der obligatorischen Krankenversicherung) und zugleich Teil der für die Oberaufsicht über diese Aufgaben zuständigen Behörde (d.h. des Bundesparlaments) seien. Im Gegensatz etwa zur Pharmaindustrie, die im Parlament auch gut vernetzt sei, nähmen die Krankenversicherer im Auftrag des Bundes öffentliche Aufgaben wahr, weshalb sich eine Ungleichbehandlung, die durch die vorgeschlagenen Unvereinbarkeitsbestimmungen geschaffen würde, rechtfertige. Es sei auch anderen Mitgliedern von Leitungsgremien bundesnaher Betriebe (Post, SBB) nicht gestattet, Einsitz im Bundesparlament zu nehmen. Die Vermischung der Interessen verhindere letztlich Entwicklungen, die für die Versicherten vorteilhaft wären, und gefährde auch die freie Arztwahl.

[Rz 3] Die Sammelfrist für die Initiative hat am 3. Oktober 2017 begonnen und läuft bis und mit 3. April 2019.⁵

[Rz 4] Inhaltlich wirft die Initiative in zwei Bereichen Grundsatzfragen auf: Einerseits stellt sich aus staatsrechtlicher Sicht die Frage, wie grundsätzlich mit der Vernetzung des gegenwärtig (zumindest rechtlich) noch immer als Milizbehörde organisierten Bundesparlaments umzugehen ist. Das ist eine Frage im Umfeld der sog. «Unvereinbarkeitsvorschriften», auf die zunächst in grundsätzlicher Weise einzugehen ist, bevor der Initiativtext im Gesamtkontext der Verfassung verortet werden kann. Andererseits könnte die Initiative erhebliche Rückwirkungen auf die Organisation der Krankenversicherer haben, die anschliessend dargestellt werden. Der Beitrag schliesst mit einer zusammenfassenden Würdigung des Initiativtextes.

³ Die endgültige Ziffer dieser Übergangsbestimmung wird nach der Volksabstimmung von der Bundeskanzlei festgelegt.

⁴ Hierzu und zum Folgenden die Argumente des Initiativkomitees: <https://stop-krankenkassen-lobby.ch/argumente/> (besucht am 31. Juli 2018).

⁵ BBl 2017 6155, 6157 (Fn. 1).

II. Unvereinbarkeitsvorschriften, insbesondere bei Parlamentsmandaten

A. Grundlagen und Grundwertungen des Systems der Unvereinbarkeitsvorschriften für Bundesparlamentarier

1. Grundanliegen von Art. 144 BV

[Rz 5] Unter dem Titel «Unvereinbarkeit» fasst Art. 144 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) verschiedene rechtsstaatliche Grundanliegen zusammen. Es geht im Wesentlichen darum, dass Mitglieder von bestimmten (Bundes-)Behörden nicht gleichzeitig einer anderen Behörde angehören (unvereinbare Ämter) oder eine andere Erwerbstätigkeit ausüben dürfen (unvereinbare Nebenbeschäftigungen).⁶ Die Gründe bzw. Motive für diese Regelungen liegen einerseits in der *personellen Gewaltenteilung*.⁷ Dies wird besonders in Art. 144 Abs. 1 BV deutlich, der die gleichzeitige Mitgliedschaft in mehreren oberen Bundesbehörden verbietet und damit Machtkonzentrationen bei einer einzigen Person verhindert.⁸

[Rz 6] Für die Mitglieder des Bundesrates sowie die vollamtlichen Richter des Bundesgerichts – nicht aber für Mitglieder des Bundesparlaments – sieht andererseits Art. 144 Abs. 2 BV ein Nebenbeschäftigungsverbot vor (Verbot eines anderen Amtes des Bundes oder eines Kantons oder eine andere Erwerbstätigkeit), das die Arbeitskraft der betroffenen Behördenmitglieder vollständig für die Behörde erhalten möchte. Zudem sollen allfällige Loyalitäts- und Interessenkonflikte präventiv verhindert und damit die Würde des Amtes vor Schaden bewahrt werden.⁹

[Rz 7] Das Vorliegen von Unvereinbarkeiten hat nicht die Ungültigkeit der Wahl in eine Behörde zur Folge. Die betroffene Person muss sich aber entscheiden, welche der unvereinbaren Funktionen sie ausübt (z.B. Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung [ParlG]); oder eine Regelung stellt z.B. eine Vermutung auf, auf welches der Ämter verzichtet wird (z.B. Art. 15 Abs. 2 ParlG).¹⁰

2. Festlegungen für Bundesparlamentarier

2.1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

[Rz 8] Wie bereits erwähnt (Rz. 6) werden die Bundesparlamentarier in Art. 144 Abs. 2 BV nicht genannt, was nicht etwa auf Nachlässigkeit des Verfassungsgebers, sondern auf dessen bewusster Entscheidung beruht: Es bildet Ausdruck des *Milizprinzips*, dass die Mitglieder des Bundesparlaments – wie auch die nebenamtlichen Richterinnen und Richter des Bundesgerichts – neben ihrem Mandat im Parlament (bzw. ihrer Stelle als nebenamtliche Mitglieder des Bundesgerichts) noch andere Funktionen bzw. Erwerbstätigkeiten ausüben dürfen oder aus wirtschaftli-

⁶ Z.B. BENJAMIN SCHINDLER, in: Bernhard Ehrenzeller e.a. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich 2014, Art. 144 BV Rz. 2 (zit. SGK-SCHINDLER).

⁷ MORITZ VON WYSS, Art. 14 Rz. 7 f., in: Martin Graf/Cornelia Theler/Moritz von Wyss (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Basel 2014 (zit. Kommentar ParlG); eingehend zu den Motiven der Unvereinbarkeit WERNER BEELER, Personelle Gewaltentrennung und Unvereinbarkeit in Bund und Kantonen, Zürich 1983, 24 ff.

⁸ Z.B. GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 144 Rz. 5.

⁹ BIAGGINI (Fn. 8), Art. 144 Rz. 6; SGK-SCHINDLER (Fn. 6), Art. 144 BV Rz. 3.

¹⁰ BIAGGINI (Fn. 8), Art. 144 Rz. 3.

chen Gründen auch müssen.¹¹ Die Regelung durch den Gesetzgeber sollte es ermöglichen, eine differenzierte Lösung zu finden, die den teilweise widerstreitenden Interessen rund um Unvereinbarkeitsfragen Rechnung trägt.¹²

[Rz 9] Art. 144 Abs. 3 BV besagt, dass das Gesetz weitere Unvereinbarkeiten vorsehen kann. Obwohl die Verfassungsnorm als «Kann»-Bestimmung formuliert ist, sind dem Gesetzgeber für die Schaffung bzw. Ausgestaltung der konkretisierenden Normen Vorgaben gegeben und Grenzen gesetzt. Einerseits *muss* der Gesetzgeber weitere Unvereinbarkeitsvorschriften erlassen, wenn er den Anforderungen an die richterliche Unabhängigkeit genügen will (Art. 30 und 191c BV; Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK]).¹³ Blosser Ausstandsvorschriften genügen etwa dann nicht, wenn Interessenkonflikte systembedingt häufig auftreten und die Amtsausübung übermässig erschweren – und damit das Amt insgesamt schwächen – würden.¹⁴ Punktuell auftretende Interessenkonflikte sind mittels Ausstandsvorschriften, strukturell auftretende Interessenkonflikte mittels Unvereinbarkeitsbestimmungen aufzulösen.¹⁵ Auf jeden Fall soll es dem Gesetzgeber nach der erklärten Absicht des Verfassungsgebers möglich sein, differenzierende Regelungen zu erlassen.¹⁶

[Rz 10] Es ist aber auch unbestritten, dass die Verfassung dem Gesetzgeber bei der Erweiterung und Ausgestaltung der Unvereinbarkeitsvorschriften Grenzen setzt. So muss er bei Unvereinbarkeiten, die sich nicht direkt aus der Verfassung ergeben, verschiedene andere Verfassungsgebote, namentlich auch die Grundrechte, beachten.¹⁷ Die gesetzgeberische Regelung darf sodann – im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV) – nicht weiter gehen, als dies der jeweilige Regelungszweck der Unvereinbarkeitsbestimmung erfordert. Wenn etwa – wie ebenfalls bereits erwähnt (Rz. 9) – der mögliche Interessenkonflikt nicht strukturell, sondern lediglich punktuell auftritt, sollte die Problemlage nicht mit Unvereinbarkeitsregelungen, sondern mit Ausstandsvorschriften angegangen werden.

[Rz 11] Als mögliche Grundrechte, die dem Gesetzgeber Schranken setzen, kommen etwa in Betracht:

- *Rechtsgleichheitsgebot* (Art. 8 BV): Wenn der Gesetzgeber Unvereinbarkeitsvorschriften schafft, führt er – aus der Sicht der möglicherweise betroffenen Parlamentsmitglieder – Kriterien der Ungleichheit ein: Inhaber bestimmter (als unvereinbar erklärter) Funktionen und Personen, die gewisse (als unvereinbar erklärte) Tätigkeiten ausüben, werden anders behandelt als Personen, welche diese Funktionen nicht innehaben oder diese Tätigkeiten nicht ausüben. Sie werden namentlich indirekt gezwungen, entweder die bisherige Funktion oder Tätigkeit aufzugeben, wenn diese als unvereinbar gilt, oder aber daran gehindert, das mit der Unvereinbarkeitsvorschrift geschützte Amt anzunehmen. Eine solche Ungleichbehandlung lässt sich nur rechtfertigen, wenn sie sachlich und vernünftig begründet ist, wobei die

¹¹ Vgl. BIAGGINI (Fn. 8), Art. 144 Rz. 6.

¹² LUKAS SCHAUB, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 144 BV Rz. 17 (zit. BSK-SCHAUB); SGK-SCHINDLER (Fn. 6), Art. 144 BV Rz. 1; VON WYSS, Kommentar ParlG (Fn. 7), Art. 14 Rz. 1 f.

¹³ BIAGGINI (Fn. 8, Art. 144 Rz. 11; SGK-SCHINDLER (Fn. 6), Art. 144 BV Rz. 15.

¹⁴ Vgl. SGK-SCHINDLER (Fn. 6), Art. 144 BV Rz. 15.

¹⁵ BSK-SCHAUB (Fn. 12), Art. 144 BV Rz. 16; SGK-SCHINDLER (Fn. 6), Art. 144 BV Rz. 15.

¹⁶ SGK-SCHINDLER (Fn. 6), Art. 144 BV Rz. 1.

¹⁷ Zum Ganzen und zum Folgenden BIAGGINI (Fn. 8), Art. 144 Rz. 11; SGK-SCHINDLER (Fn. 6), Art. 144 BV Rz. 15.

bereits angeführten Zwecke und Motive der Unvereinbarkeitsregelungen die Bezugspunkte dafür bilden, ob die konkrete Regelung auf hinreichenden Gründen beruht.

- *Wirtschaftsfreiheit* (Art. 27 BV): Die Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 27 BV schützt insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV). Wenn bestimmte privatwirtschaftliche Tätigkeiten als unvereinbar mit einem Amt erklärt werden, schränkt dies die Wirtschaftsfreiheit (möglicher) Amtsträger ein, da sie sich zwischen Amt und privatwirtschaftlicher Tätigkeit entscheiden müssen.
- *Politische Rechte* (Art. 34 BV): Der verfassungsrechtliche Schutz der politischen Rechte umfasst sowohl das aktive wie das passive Wahlrecht.¹⁸ Unvereinbarkeitsregelungen schränken einerseits das passive Wahlrecht derjenigen Person ein, die sich in ein (mit einer Unvereinbarkeitsregelung geschütztes) Amt wählen lassen möchte, beeinträchtigen aber auch das aktive Wahlrecht der potentiellen Wählerinnen und Wähler,¹⁹ denen eine durch eine Unvereinbarkeitsregelung «verhinderte» Person nicht zur Verfügung steht. Die letzteren Einschränkungen wiegen zwar nicht besonders schwer, da meist eine hinreichende Auswahl geeigneter Personen für ein Amt zur Verfügung stehen dürfte. Der faktische Ausschluss bestimmter Gruppen, die durch die Unvereinbarkeitskriterien definiert werden, kann insgesamt aber durchaus ins Gewicht fallen und letztlich auch zu gewissen Einseitigkeiten in der Zusammensetzung der zu bestellenden Behörde führen.
- *Weitere Grundrechte*: Die vorstehend genannten grundrechtlichen Schranken für die gesetzgeberische Konkretisierung der Unvereinbarkeitsregelungen sind nicht abschliessend zu verstehen. Je nach Art der intendierten Regelung können sich Konflikte mit weiteren Grundrechten ergeben; so etwa mit der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), soweit es um die Unvereinbarkeit mit einer (Neben-)Tätigkeit geht, die nicht unter die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) fällt, oder mit der Wissenschafts- oder Kunstfreiheit (Art. 20 und 21 BV), wenn die Unvereinbarkeitsregelungen auch Tätigkeiten erfassen würden, die von diesen Grundrechten geschützt sind, oder auch mit der Vereinigungsfreiheit (Art. 23 Abs. 1 BV), wenn beispielsweise gewisse Mitgliedschaften in Vereinigungen mit einem Amt als unvereinbar erklärt werden.

[Rz 12] Bereits erwähnt wurde auch der *Milizgedanke* (Rz. 8), der dem Verfassungsgeber vor Augen stand, namentlich bei den Mitgliedern des Bundesparlaments.²⁰ Die Parlamentsmandate sind – auch hinsichtlich der finanziellen Entschädigung – nicht als Vollmandate ausgestaltet und erfordern in der Regel, dass die Parlamentsmitglieder auch noch aus anderen Quellen (weitere Einkommen, Vermögen) Mittel für ihre Lebensführung generieren.²¹ Es ist mit anderen Worten dem gegenwärtigen System immanent, dass sich im Parlament nicht nur Vermischungen von politischen Ideen, sondern auch Vermischungen mit wirtschaftlichen, ideellen und sonstigen Interessen ergeben, die teilweise auch von den Zusatzämtern und Nebentätigkeiten der Parlamentsmitglieder geprägt sind. Der Gedanke, statt des heute praktizierenden Ansatzes des Miliz- oder

¹⁸ Z.B. BIAGGINI (Fn. 8), Art. 34 Rz. 5.

¹⁹ Z.B. VON WYSS, Kommentar ParlG (Fn. 7), Art. 14 Rz. 1.

²⁰ Vgl. VON WYSS, Kommentar ParlG (Fn. 7), Art. 11 Rz. 5.

²¹ Z.B. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 1608; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER ÜBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 2472 ff.

Halbberufsparlaments²² ein System mit Berufsparlamenten zu schaffen, wurde in der Schweiz konstant verworfen. Gleichwohl war sich der Verfassungsgeber darüber im Klaren, dass die Mitglieder des Parlaments aufgrund ihrer ausserparlamentarischen Bindungen auch Interessenvertreter sind,²³ weshalb er bereits auf Verfassungsstufe eine die Parlamentsmitglieder unmittelbar bindende Transparenzpflicht festgelegt hat: Laut Art. 161 Abs. 2 BV haben die Mitglieder der Bundesversammlung ihre Interessenbindungen offenzulegen.²⁴

2.2. Lösungsansatz des Parlamentsgesetzes

[Rz 13] Gestützt auf Art. 144 Abs. 3 BV hat der Gesetzgeber die vorstehend genannten verfassungsrechtlichen Vorgaben zu einem differenzierten und – mit wenigen Abstrichen²⁵ – sorgfältig austarierten System geformt, das sich wie folgt gestaltet:²⁶

[Rz 14] Die in Art. 161 Abs. 2 BV statuierte Pflicht, die *Interessenbindungen offenzulegen*, wird in Art. 11 ParlG konkretisiert. Jedes Ratsmitglied hat beim Amtsantritt oder jeweils auf Jahresbeginn gegenüber dem Büro des Rates die in Art. 11 Abs. 1 ParlG genannten Punkte offenzulegen, die in ein von den Parlamentsdiensten geführtes öffentliches Register eingetragen werden (Art. 11 Abs. 3 ParlG). Mit Art. 161 Abs. 2 BV und den konkreten Offenlegungspflichten in Art. 11 ParlG soll in Fällen, in denen eine Interessenbindung als zulässig erscheint, d.h. diese keinen eigentlichen Unvereinbarkeitsgrund bildet, die notwendige Transparenz über die politischen Interessenverflechtungen zwischen Staat, Wirtschaft und Gesellschaft hergestellt werden.²⁷ Im vorliegenden Zusammenhang ist vor allem von Interesse, dass neben der beruflichen Tätigkeit (Art. 11 Abs. 1 lit. a ParlG) auch Tätigkeiten in Führungs- und Aufsichtsgremien als auch Beiräten und ähnlichen Gremien von schweizerischen und ausländischen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des privaten und öffentlichen Rechts (Art. 11 Abs. 1 lit. b ParlG) sowie dauernde Leitungs- oder Beratungstätigkeiten für schweizerische und ausländische Interessengruppen (Art. 11 Abs. 1 lit. c ParlG) offengelegt werden müssen.

[Rz 15] Ebenfalls der Herstellung von *Transparenz* – und zwar *im konkreten Einzelfall* – dient weiter Art. 11 Abs. 3 ParlG, der die Parlamentsmitglieder, die durch einen Beratungsgegenstand in ihren persönlichen Interessen unmittelbar betroffen sind, verpflichtet, auf diese Interessenbindung hinzuweisen, wenn sie sich im Rat oder in einer Kommission äussern. Konkret bezieht sich diese Offenlegungspflicht im Einzelfall auf Konstellationen, die geeignet sind, ein Ratsmitglied in seiner Entscheidungsfindung zu beeinflussen,²⁸ wobei sich die Pflicht auch – anders als in Art. 11 Abs. 1 ParlG – auf andere als wirtschaftliche und politische Beziehungen bezieht. Es geht mit anderen Worten in erster Linie um die Herstellung von Transparenz im politischen Diskurs.²⁹

²² REGINA KIENER, Die Bundesversammlung als Parlament des Bundes, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, § 18 Rz. 10, 90 f.

²³ Z.B. BIAGGINI (Fn. 8), Art. 161 Rz. 8.

²⁴ Z.B. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 21), Rz. 1607.

²⁵ Z.B. SGK-SCHINDLER (Fn. 6), Art. 144 BV Rz. 16, mit Bezug auf die undifferenzierten Unvereinbarkeitsvorschriften in Art. 14 lit. c, e und f des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (ParlG; SR 171.10).

²⁶ Z.B. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 21), Rz. 1413 ff.

²⁷ VON WYSS, Kommentar ParlG (Fn. 7), Art. 11 Rz. 5.

²⁸ VON WYSS, Kommentar ParlG (Fn. 7), Art. 11 Rz. 15.

²⁹ VON WYSS, Kommentar ParlG (Fn. 7), Art. 11 Rz. 16.

Bemerkenswert ist dabei die Gewichtung, die der Gesetzgeber vorgenommen hat: Selbst bei einem persönlichen Interesse im Einzelfall wird *keine Ausstandspflicht* begründet, sondern nur eine viel weniger weitgehende Offenlegungspflicht im Einzelfall – und auch dies nur im Fall, dass sich das entsprechende Ratsmitglied im Rat oder in einer Kommission äussert. Wohnt das Mitglied lediglich den Verhandlungen bei und stimmt am Schluss nur ab, so ist noch nicht einmal die Offenlegung im Einzelfall erforderlich.

[Rz 16] Eine echte *Ausstandspflicht* sieht jedoch Art. 11a ParlG vor: Bei der Ausübung der Oberaufsicht im Sinne von Art. 26 ParlG müssen Mitglieder von Kommissionen und Delegationen in den Ausstand treten, wenn sie an einem Beratungsgegenstand ein unmittelbares persönliches Interesse haben oder aus anderen Gründen befangen sein könnten, wobei politische Interessenverbindungen, insbesondere mit Gemeinwesen, Parteien oder Verbänden, keinen Ausstandsgrund darstellen (Art. 11a Abs. 1 ParlG). Die Ausstandspflicht ist bereits im Wortlaut selbst eng gefasst: Sie greift nur bei Mitgliedern von Kommissionen und Delegationen, die mit der Ausübung der Oberaufsicht im Sinne von Art. 26 ParlG betraut sind, d.h. mit der Oberaufsicht über die Geschäftsführung des Bundesrates und der Bundesverwaltung, der eidgenössischen Gerichte, der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft, der Bundesanwaltschaft und anderer Träger von Aufgaben des Bundes. Da die Ausübung der Oberaufsicht nach Kriterien wie Rechtmässigkeit, Ordnungsmässigkeit, Zweckmässigkeit, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit erfolgt (Art. 26 Abs. 3 ParlG), erscheint es für die Unabhängigkeit und Glaubwürdigkeit des Untersuchungsgremiums besonders zentral, dass keine Personen mitwirken, die aufgrund ihrer unmittelbaren persönlichen Interessen am Geschäft³⁰ das Prüfungs- und Aufsichtsergebnis verfälschen könnten.³¹ Ein Parlamentsmitglied, das von einer Ausstandspflicht betroffen ist, muss den Ausstand von sich aus deklarieren und darf an der Beratung des Gegenstandes sowie bei allfälligen Abstimmungen dazu nicht teilnehmen, d.h. auch nicht (schweigend) anwesend sein. Es erhält beispielsweise auch die entsprechenden Protokolle nicht.³²

[Rz 17] Die eigentlichen *Unvereinbarkeitsbestimmungen* finden sich für die Mitglieder der Bundesversammlung sodann in Art. 14 ParlG, der einen Katalog von insgesamt sechs Gruppen von Personen enthält, die sich im Fall einer Wahl in die Bundesversammlung für die Zugehörigkeit zu einer dieser Gruppen oder aber für das Parlamentsmandat entscheiden müssen. Allerdings weisen die Unvereinbarkeitsbestimmungen aufgrund des Gesetzeswortlauts verschiedene Unschärfen auf und sind auslegungsbedürftig, d.h. sie erreichen das Ziel, Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit – und damit verbunden auch Voraussehbarkeit – herzustellen, nur unzureichend.³³ Die Grundsätze werden in der parlamentarischen Praxis in der Tendenz zugunsten der Vereinbarkeit ausgelegt.³⁴

[Rz 18] Für die weiteren Ausführungen sind vor allem drei der sechs Gruppen, die Art. 14 ParlG nennt, von Interesse:

[Rz 19] Laut Art. 14 lit. c ParlG darf das *Personal* der zentralen und dezentralen Bundesverwaltung, der Parlamentsdienste, der eidgenössischen Gerichte, des Sekretariats der Aufsichtsbehörde

³⁰ Es handelt sich dabei um die gleiche Art von unmittelbaren persönlichen Interessen wie in Art. 11 Abs. 3 ParlG (Rz. 14); siehe von Wyss, Kommentar ParlG (Fn. 6), Art. 11a Rz. 7.

³¹ Vgl. von Wyss, Kommentar ParlG (Fn. 7), Art. 11a Rz. 4.

³² von Wyss, Kommentar ParlG (Fn. 7), Art. 11a Rz. 11.

³³ von Wyss, Kommentar ParlG (Fn. 7), Art. 11 Rz. 12.

³⁴ von Wyss, Kommentar ParlG (Fn. 7), Art. 11 Rz. 13.

über die Bundesanwaltschaft, der Bundesanwaltschaft sowie die Mitglieder der ausserparlamentarischen Kommissionen mit Entscheidkompetenzen der Bundesversammlung nicht angehören, sofern die spezialgesetzlichen Bestimmungen nichts anderes vorsehen. Während ein Teil dieser Unvereinbarkeiten nachvollziehbar und sachlich begründet werden kann, ist die Ausdehnung auf das gesamte Personal der zentralen und der dezentralen Bundesverwaltung – selbst wenn die einzelnen Personen keine herausgehobene Stellung haben – sehr weit und undifferenziert ausgefallen³⁵ und geht über die mit den Unvereinbarkeitsregeln angestrebten Ziele (Rz. 5) hinaus, womit sie vor dem Hintergrund der weiteren verfassungsrechtlichen Vorgaben (Rz. 8 ff.) problematisch erscheint.³⁶

[Rz 20] Art. 14 lit. e ParlG legt sodann fest, dass die *Mitglieder der geschäftsleitenden Organe von Organisationen oder von Personen des öffentlichen oder privaten Rechts*, die nicht der Bundesverwaltung angehören und die mit *Verwaltungsaufgaben betraut* sind, nicht der Bundesversammlung angehören dürfen, sofern dem Bund in der entsprechenden Organisation eine beherrschende Stellung zukommt. Anders als beim Personal der zentralen und dezentralen Bundesverwaltung (Rz. 19) wird hier also zwischen den *Funktionen* innerhalb der Organisation oder juristischen Person unterschieden: Nur die Mitglieder der geschäftsleitenden Organe³⁷ sind von der Unvereinbarkeit betroffen, nicht auch die übrigen Mitarbeitenden. Die beherrschende Stellung, die dem Bund zukommen muss, ergibt sich entweder aus der finanziellen Stellung des Bundes innerhalb der Organisation (d.h. bei einer Mehrheitsbeteiligung) oder der Bestimmung der Organe durch den Bund.³⁸

[Rz 21] Art. 14 lit. f ParlG ist mit Art. 14 lit. e ParlG nahe verwandt. Es geht jedoch nicht um Mitglieder von geschäftsleitenden Organen, sondern um Personen, die *den Bund* in Organisationen oder Personen des öffentlichen oder privaten Rechts *vertreten*, die nicht der Bundesverwaltung angehören und die mit *Verwaltungsaufgaben betraut* sind, sofern dem Bund eine beherrschende Stellung zukommt. Die Vertretung des Bundes kann dabei durch Wahl eines Gremiums oder durch Mandatserteilung erfolgen, wobei mit Vertretung die Einsitznahme im Gremium gemeint ist, nicht etwa eine forensische Vertretung.³⁹

[Rz 22] Wie bereits angedeutet (Rz. 17) bereiten diese drei Gruppen von Unvereinbarkeiten in der Praxis einigen Auslegungs- und Abgrenzungsaufwand, weshalb die Büros der Räte «*Auslegungsgrundsätze*» beschlossen haben, um eine einheitliche und einigermassen berechenbare Anwendung der Unvereinbarkeitsgründe sicherzustellen.⁴⁰ Diese Grundsätze werden periodisch, jeweils 18 Monate vor der nächsten Gesamterneuerungswahl des Nationalrates, überprüft.⁴¹

³⁵ Zur Entstehungsgeschichte VON WYSS, Kommentar ParlG (Fn. 6), Art. 14 Rz. 4.

³⁶ BIAGGINI (Fn. 8), Art. 144 Rz. 12; BSK-SCHAUB (Fn. 12), Art. 144 BV Rz. 17; SGK-SCHINDLER (Fn. 6), Art. 144 BV Rz. 16.

³⁷ Wobei dieser Begriff weit auszulegen ist, VON WYSS, Kommentar ParlG (Fn. 6), Art. 14 Rz. 44.

³⁸ VON WYSS, Kommentar ParlG (Fn. 7), Art. 14 Rz. 38.

³⁹ VON WYSS, Kommentar ParlG (Fn. 7), Art. 14 Rz. 45.

⁴⁰ VON WYSS, Kommentar ParlG (Fn. 7), Art. 14 Rz. 6; die aktuell geltenden Grundsätze finden sich in BBl 2014 3199 ff.

⁴¹ Siehe Ziff. 19 der Grundsätze der Unvereinbarkeiten mit der Mitgliedschaft in den Eidgenössischen Räten vom 17. Februar 2006 (BBl 2014 3203).

B. Einordnung von Art. 144 Abs. 2bis BV (gemäss Initiativtext)

1. Änderungen am geltenden System

[Rz 23] Im geltenden System hat der Verfassungsgeber bewusst und mit guten Gründen darauf verzichtet, die Unvereinbarkeitsregelungen (analog zu Art. 144 Abs. 2 BV) auch für die Mitglieder des Bundesparlamentes bereits auf Verfassungsstufe zu ordnen. Ermöglicht werden sollte dadurch eine *differenzierte Lösung* durch den Gesetzgeber, die den sich teilweise widerstrebenden Interessen rund um die Unvereinbarkeitsregelungen austariert Rechnung tragen kann (Rz. 8).

[Rz 24] Neu sollen die Unvereinbarkeiten *direkt auf Verfassungsstufe* geregelt werden, soweit es sich um Tätigkeiten in einem Leitungs- oder Aufsichtsgremium eines Krankenversicherers oder einer mit einem solchen wirtschaftlich verbundenen Organisation handelt (Art. 144 Abs. 2^{bis} BV). Innerhalb des sorgfältig abgewogenen Systems, das – wenn auch mit gewissen Unebenheiten (Rz. 19) und Auslegungsschwierigkeiten im Einzelfall (Rz. 22) – einen angemessenen Interessenausgleich schafft, stellt die vorgeschlagene Bestimmung einen *erratischen Block* dar, der im Widerspruch zu verschiedenen Grundwertungen des geltenden Systems steht. Die Initiative könnte damit zu einigen massiven Verschiebungen und Nebeneffekten führen, die vermutlich ausserhalb der Intention der Initiantinnen und Initianten liegen dürften (siehe etwa Rz. 29 f.).

[Rz 25] Durch die Ausgestaltung des Wortlauts ergibt sich ein Effekt, der in der gesamten Auseinandersetzung rund um die Initiative bedeutsam sein wird: Da gewisse Unvereinbarkeiten sowie das weiter unten noch zu behandelnde Vergütungsverbot (Ziff. III.C.1) im Verfassungstext selbst enthalten sind und keine Ausnahmen vorsehen, *darf der Bundesgesetzgeber aufgrund des normhierarchisch begründeten Vorrangs der Verfassung keine Differenzierungen und Klärungen vornehmen*. Die aktuelle, auf Art. 144 Abs. 3 BV gestützte Gesetzgebung konnte für verschiedene Gruppen unterschiedliche Voraussetzungen und Schranken der Unvereinbarkeit definieren (Rz. 12); der Initiativtext lässt dies nicht zu.

[Rz 26] Auch der *zweite Satz* von Art. 144 Abs. 2^{bis} BV enthält keine Möglichkeit, die Festlegungen des ersten Satzes von Art. 144 Abs. 2^{bis} BV zu relativieren. Der Gesetzgeber soll zwar tätig werden, aber lediglich die «Einzelheiten und Verfahren der Beendigung des parlamentarischen Mandats im Falle einer solchen Unvereinbarkeit oder im Falle eines schweren Verstosses gegen das Verbot der Annahme einer Vergütung» regeln. *Relativierungen und Konkretisierungen sind nicht vorgesehen*. Auch Art. 144 Abs. 3 BV bietet hierfür keine Grundlage, denn dieser ermächtigt den Gesetzgeber nur, *weitere* Unvereinbarkeiten vorzusehen, nicht auch, die verfassungsrechtlich vorgesehenen Unvereinbarkeiten zu relativieren.

[Rz 27] In Frage gestellt wird sodann auch die *abgestufte Systematik* von Transparenz-, Offenlegungs-, Ausstands- und Unvereinbarkeitsbestimmungen, wie sie das geltende Recht kennt (Rz. 13 ff.). Diese Abstufungen haben es erlaubt, dem Milizgedanken (Rz. 8, 12), den grundrechtlichen Schranken (Rz. 11) sowie der Verhältnismässigkeit (Rz. 10) Rechnung zu tragen, ohne dabei die Aspekte der personellen Gewaltenteilung und der Interessenkollisionen (Rz. 5 f.) zu vernachlässigen.

[Rz 28] Will der Gesetzgeber, falls die Initiative angenommen wird, das Gesamtsystem wieder ins Gleichgewicht bringen, muss er verschiedene *Anpassungen* vornehmen: Die von der Initiative vorgesehenen Sonderbehandlungen von Tätigkeiten im Umfeld von Krankenversicherern sind unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit äusserst problematisch (Rz. 11). Da die *Rechtsgleichheit* normhierarchisch aber auf derselben Stufe gewährleistet ist wie die vorgeschlagene Unvereinbarkeitsbestimmung, vermag die Erstere die Letztere nicht zu relativieren. Vielmehr müsste der Ge-

setzgeber, um die Rechtsgleichheit wiederherzustellen, «*nachziehen*» und auch andere, vergleichbare Gruppen mit Unvereinbarkeitsregeln belegen. Ganz konkret würde das etwa Bereiche wie die Unfallversicherung oder die berufliche Vorsorge betreffen, wo ebenfalls private Anbieter Leistungen als öffentliche Aufgaben erbringen. Vergleichbare Konstellationen gibt es aber in fast allen Wirtschafts- und Tätigkeitsbereichen, in denen nicht einzusehen wäre, weshalb nicht auch die gleichen Argumente Geltung haben sollten wie im Bereich der Krankenversicherung. Gegenüber dem heute geltenden Rechtszustand würde damit der Kreis der von einer Unvereinbarkeitsbestimmung Betroffenen massiv erweitert und damit *sowohl das passive Wahlrecht der Betroffenen als auch das aktive Wahlrecht der Stimmberechtigten erheblich eingeschränkt* werden (vgl. Rz. 11).

[Rz 29] Mit dem letzteren Effekt wäre auch der *Milizgedanke*, der das geltende Recht nach wie vor dominiert (Rz. 8, 12), gefährdet; denn wenn für alle Branchen, die in einer vergleichbaren Art und Weise wie die Krankenversicherer (und mit ihnen wirtschaftlich verbundene Organisationen) einen Interessenkonflikt aufweisen, ähnliche Regelungen geschaffen werden müssten, so würden sich die ausserparlamentarischen Betätigungsfelder für die Mitglieder der Bundesversammlung derart reduzieren, dass ein *entscheidender Schritt in Richtung eines Berufsparlaments* gemacht worden wäre. Dies dürfte nach unserer Einschätzung ausserhalb der Intention der Initianten liegen, weist doch in ihrem Argumentarium nichts auf eine solche Absicht hin (Rz. 2).

[Rz 30] Der vorgeschlagene Verfassungstext birgt noch weitere Schwierigkeiten, auf die – unter anderen Gesichtspunkten – noch einzugehen sein wird (Ziff. III.C.1 ff.), die aber aus systematischen Gründen bereits hier erwähnt werden müssen: Der Tatbestand der «Vergütungsannahme» (ohne Zugehörigkeit zu einem Leitungs- oder Aufsichtsgremium [Rz. 20 f.] oder ohne Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe von Beschäftigten [z.B. Rz. 19]) existiert im geltenden System nicht. Für solche Fälle bestehen bislang einzig Transparenz-, Offenlegungs- und, im Ausnahmefall, Ausstandspflichten (Rz. 14 ff.), nicht aber eigentliche Unvereinbarkeiten. Müssten aus Gründen der Rechtsgleichheit auch die Vergütungen, die aus anderen Branchen stammen, zu Unvereinbarkeiten führen (vgl. Rz. 28)? Und würde dies nicht noch stärker den Milizgedanken unterhöheln (Rz. 29)? Es ist unklar, ob es für die Initianten absehbar war, dass sie mit diesem neuen Tatbestand eine problematische neue Sanktionsnorm schaffen, die mit dem geltenden System nicht kompatibel ist.

[Rz 31] Zwei weitere Merkwürdigkeiten sind im Zusammenhang mit Satz zwei von Art. 144 Abs. 2^{bis} BV des Initiativtextes zu erwähnen: Laut diesem Satz regelt das Gesetz «Einzelheiten und Verfahren der Beendigung des parlamentarischen Mandats im Falle einer solchen Unvereinbarkeit oder im Falle eines schweren Verstosses gegen das Verbot der Annahme einer Vergütung.»

- Als erste Frage stellt sich dabei, weshalb der Gesetzgeber separat und ausdrücklich ermächtigt werden soll, Einzelheiten und Verfahren der Beendigung des parlamentarischen Mandats im Falle einer solchen Unvereinbarkeit zu regeln. Er ist hierfür bereits heute zuständig, da er aufgrund von Art. 164 Abs. 1 lit. g BV die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden zu regeln hat, wozu auch das Parlament gehört.⁴² Gestützt auf diese Bestimmung hat er denn auch bereits das Parlamentsgesetz erlassen und darin auch schon klar geregelt, wie beim Eintreten oder Vorliegen von Unvereinbarkeiten vorzugehen ist (Art. 15 ParlG).

⁴² Z.B. BIAGGINI (Fn. 8), Vorbemerkungen zu BV 143–191c, Rz. 1; so ausdrücklich auch für die Zuständigkeit zur Regelung von Unvereinbarkeitsfragen JUDITH WYTENBACH/KARL-MARC WYSS, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belsler/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 164 BV Rz. 36.

- Als zweite Frage drängt sich auf, was genau damit gemeint ist, dass das Parlamentsmandat bei Verstössen gegen das Vergütungsverbot *beendet* werden soll. Ein solcher Sanktionscharakter ist dem bisherigen Unvereinbarkeitsrecht völlig fremd. Eine Unvereinbarkeit würde sich – entlang der bisherigen Zwecke des Unvereinbarkeitsrechts argumentiert (Rz. 5 f.) – nur rechtfertigen, wenn eine Vergütung die Interessen eines Parlamentsmitglieds derart nachhaltig beeinflussen würde, dass er oder sie nicht mehr in der Lage wäre, das Amt korrekt auszuüben. Das scheint ein eher unwahrscheinlicher Fall zu sein. Zudem fragt sich, was denn bei Verstössen gegen das Vergütungsverbot geschehen soll, wenn diese nicht «schwer» sind. Soll es hier eine disziplinarische Sanktion geben (vgl. Art. 13 ParlG)? Oder wäre hier ein Ausbau der Transparenz-, Offenlegungs- und Ausstandspflichten angezeigt (unter die Tatbestand gegebenenfalls auch heute schon fallen könnte [vgl. Rz. 15 f.]?)

2. Würdigung aus staatsrechtlicher Sicht

[Rz 32] Das erklärte Ziel der Initianten ist es, den nach ihrer Ansicht ausgeprägten Lobbyismus der Krankenversicherer sowie die vielfältigen Interessenverbindungen zwischen Parlamentsmitgliedern und Krankenversicherern zu beseitigen. Misst man den Inhalt des Verfassungstextes an dieser Zielsetzung, dann würde das Ziel wohl erreicht – allerdings um einen äusserst hohen Preis und mit staatsrechtlich nur schwer abschätzbaren Folgen (siehe etwa Rz. 28 f.).

[Rz 33] Man darf das geltende Unvereinbarkeitsregime für die Mitglieder der Bundesversammlung zwar nicht idealisieren, da es unbestreitbar gewisse Inkonsequenzen enthält (Rz. 19), zu schwierigen Abgrenzungs- und Auslegungsfragen führen kann (Rz. 20 ff.) und in bestimmten Fällen nur beschränkt berechenbar ist (Rz. 22). Gleichwohl darf es als – der Absicht des Verfassungsgebers entsprechend – differenziert und im Wesentlichen austariert bezeichnet werden (Rz. 9, 13). Der vorgeschlagene Initiativtext würde das geltende System an verschiedenen Stellen aber geradezu aus den Angeln heben und birgt die Gefahr, zu massiven und von den Initianten kaum in dieser Form beabsichtigten Veränderungen zu führen, die auch sehr grundlegende Aspekte des schweizerischen politischen Systems berühren oder zumindest berühren könnten.

[Rz 34] Die Hauptprobleme, die der vorgeschlagene Verfassungstext schaffen könnte, liegen aus staatsrechtlicher Sicht in folgenden Punkten:

- Die Umschreibung von Unvereinbarkeitsgründen, d.h. die Tätigkeit in gewissen Gremien von Krankenversicherern oder von wirtschaftlich mit diesen verbundenen Organisationen, ist sehr weit und allein schon dadurch problematisch (Rz. 38 ff.).
- Sehr weitgehend ist auch das Vergütungsverbot, das sich auf Vergütungen von Krankenversicherern oder von wirtschaftlich mit diesen verbundenen Organisationen bezieht und von den Initianten offenbar auch als eine Art Unvereinbarkeitsgrund verstanden wird (Rz. 31).
- Die Qualifikation des Vergütungsverbots und die mit dessen Verletzung einhergehende Konsequenz (Verlust des Parlamentsmandats) lassen sich in keine der bestehenden Kategorien einordnen und schaffen zahlreiche Unsicherheiten (Rz. 30).
- Da die genannten Unvereinbarkeitsgründe neu auf Verfassungsstufe geregelt sein sollen, sind diese, in der vorgesehenen Ausgestaltung, auf Gesetzesstufe nicht weiter differenzierbar, was – je nach Auslegung der Unvereinbarkeitsbestimmungen – eine relativ grosse Gruppe von Personen betreffen könnte (Rz. 24 ff.).
- Eine derart weitgehende und undifferenzierte Regelung würde sowohl das passive Wahlrecht der Betroffenen als auch das aktive Wahlrecht der potentiellen Wählerinnen und

Wähler in ungerechtfertigter Art und Weise einschränken (Rz. 28); allerdings hätten die verfassungsrechtlich vorgesehenen Unvereinbarkeitsbestimmungen Bestand vor dem ebenfalls auf Verfassungsstufe gewährleisteten Wahl- und Abstimmungsrecht (Art. 34 BV).

- Der einseitige (faktische) Ausschluss einer grossen Gruppe von Personen von einem allfälligen Parlamentsmandat würde zu einer Einseitigkeit führen, die der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtsgleichheit korrigieren müsste. Konkret müsste er wohl auch für andere Wirtschaftssektoren mit vergleichbaren Konstellationen ähnliche Unvereinbarkeitsgründe festlegen (Rz. 28, 30).
- In der Folge würde das heute noch geltende und im Grundsatz nicht verworfene Milizprinzip bei Parlamentsmandaten ausgehöhlt und faktisch abgeschafft (Rz. 29), was deutlich über die Ziele der Initianten hinausgehen dürfte.

[Rz 35] Aus staatsrechtlicher Sicht schiesst die Initiative damit deutlich über ihr Ziel hinaus, fügt sich kaum ins geltende System ein, führt zu erheblichen Rechtsunsicherheiten und erscheint in dieser Hinsicht rechtlich noch zu wenig reflektiert.

[Rz 36] Unabhängig davon, ob man mit den erklärten Zielen der Initianten sympathisiert oder nicht, erscheint der vorliegende Initiativtext nicht als angepasste Lösung.

III. Auswirkungen auf die Krankenversicherer und ihre Organisation

[Rz 37] Nach der staatsrechtlichen Einordnung und Würdigung des Initiativtextes ist im Folgenden danach zu fragen, wie sich die einzelnen Punkte des Textes direkt und indirekt auf die Krankenversicherer und ihre Organisation auswirken. In einem ersten Schritt werden dabei die Textelemente mit einem direkten Organisationsbezug ausgelegt (Ziff. A.), bevor zwei weitere Punkte geprüft werden, die ebenfalls auf die Organisation der Krankenversicherer zurückwirken könnten (Bedeutung der wirtschaftlich mit einem Krankenversicherer verbundenen Organisation, Annahmeverbot für Vergütungen; Ziff. B. und C.).

A. Elemente des geplanten Verfassungstextes mit Organisationsbezug

1. Verwaltungsrat, Direktion oder Aufsichtsorgan eines Versicherers

[Rz 38] Der Initiativtext legt fest, dass Mitglieder der Bundesversammlung keinen Einsitz nehmen dürfen (Rz. 42) im Verwaltungsrat, in der Direktion oder im Aufsichtsorgan eines Versicherers, der eine Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung hat (Rz. 45), oder einer wirtschaftlich mit einem solchen Versicherer verbundenen Organisation (sogleich Ziff. B.).

[Rz 39] Die von den Initianten gewählte Terminologie dürfte wohl zum Ausdruck bringen wollen, dass der Einsitz in einem Organ, das für einen Krankenversicherer (oder eine mit einem solchen wirtschaftlich verbundene Organisation) wesentliche strategische oder operative Entscheide trifft, mit der Funktion eines Mitglieds des Bundesparlaments in einem Interessengegensatz steht, da die Bundesversammlung auch mit der Oberaufsicht über die Krankenversicherer betraut ist.

[Rz 40] Um eine Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung zu erhalten, muss der Versicherer die Rechtsform der Aktiengesellschaft, der Genossenschaft, des Vereins oder

der Stiftung aufweisen (Art. 5 lit. a des Krankenversicherungsaufsichtsgesetzes [KVAG]⁴³). Die Begriffe «*Verwaltungsrat*» und «*Direktion*» sind dabei insofern ungenau, als sie am ehesten bei Aktiengesellschaften mit der gesetzlichen Terminologie korrelieren (z.B. Art. 707 ff. des Obligationenrechts [OR]⁴⁴ zum Verwaltungsrat), die entsprechenden Organe bei Genossenschaften oder Vereinen aber teilweise gesetzlich anders bezeichnet werden (z.B. gemäss Art. 894 ff. OR «*Verwaltung*» bei Genossenschaften oder gemäss Art. 69 des Zivilgesetzbuches [ZGB]⁴⁵ «*Vorstand*» bei Vereinen) oder eine andere Bezeichnung üblich ist (z.B. Stiftungsrat bei Stiftungen). Gemeint sein dürften wohl die «*Mitglieder der geschäftsleitenden Organe*», wie sie etwa in Art. 14 lit. e ParlG bezeichnet werden. Im dortigen Zusammenhang wird der Begriff sehr weit ausgelegt, d.h. es zählt die Mitgliedschaft in allen Organen, die gesetzlich vorgesehen sind, wie etwa Vorstand, Verwaltungsrat oder Stiftungsrat. Zudem gehört aber auch die Mitgliedschaft in den durch eigenes Satzungsrecht bestimmten Organen (z.B. Direktion, Geschäftsleitung, Geschäftsführer) dazu. Im Zusammenhang mit der Auslegung des Begriffs im Zusammenhang mit Art. 14 lit. e ParlG ist für die Abgrenzung entscheidend, ob es für die entsprechenden Mandatsträger zu einem Konflikt im Zusammenhang mit der Oberaufsicht der Bundesversammlung kommen kann.⁴⁶ Warum die Initianten nicht auch diesen bewährten und in einer Parallelregelung enthaltenen Begriff gewählt haben, wird nicht ersichtlich.

[Rz 41] Zusätzliche Schwierigkeiten bei der Interpretation bereitet der Begriff des «*Aufsichtsorgans*». Soll damit beispielsweise der Stiftungsrat bei als Stiftungen organisierten Krankenversicherern bezeichnet werden? Oder sind damit die Mitglieder der internen Kontrollstelle oder der internen Revisionsstelle im Sinne von Art. 23 KVAG gemeint, oder auch die externe Revisionsstelle (Art. 25 KVAG)?⁴⁷ Oder ist mit «*Aufsichtsorgan*» gar die Aufsichtsbehörde über die Krankenkassen, d.h. das Bundesamt für Gesundheit, gemeint (Art. 1 lit. a KVAG i.V.m. Art. 56 KVAG)? Die letztere Deutung würde insofern wenig Sinn machen, als die Mitarbeitenden des BAG bereits aufgrund von Art. 14 lit. c ParlG einer gesetzlichen Unvereinbarkeit mit einem Mandat in der Bundesversammlung unterliegen. Eine Interpretation, die sowohl die Mitarbeitenden der internen Kontrollstelle, der internen Revisionsstelle sowie auch der externen Revisionsstelle umfasst, erscheint zumindest plausibel und würde, vor allem durch die letztere Ausweitung, den Kreis der von einem Unvereinbarkeitsgrund Betroffenen nochmals weiter ziehen (vgl. Rz. 28).

2. «*Einsitz nehmen*»

[Rz 42] Es darf nach Ansicht der Initianten nicht sein, dass gewisse Personen einerseits Teil des staatlichen Aufgabenvollzugs (in der obligatorischen Krankenversicherung) und zugleich Teil der für die Oberaufsicht über diese Aufgaben zuständigen Behörde (d.h. des Bundesparlaments) sind (Rz. 2), d.h. sie sehen hier einen Unvereinbarkeitsgrund. Nun ist im vorgeschlagenen Verfassungstext aber nur davon die Rede, dass Mitglieder der Bundesversammlung in den beschrie-

⁴³ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung vom 26. September 2014 (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG; SR 832.12).

⁴⁴ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220).

⁴⁵ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

⁴⁶ Zum Ganzen von WYSS, Kommentar ParlG (Fn. 7), Art. 14 Rz. 44.

⁴⁷ Zu diesen TOMAS POLEDNA, KVAG. Krankenversicherungsaufsichtsgesetz. Darstellung mit kritischen Betrachtungen, Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 188 ff.

benen Leitungsgremien «keinen Einsitz nehmen» dürfen. Nach dem Wortlaut wäre also nur die *Übernahme* einer entsprechenden Funktion ein Unvereinbarkeitsgrund, nicht aber das Innehaben einer solchen, beispielsweise im Zeitpunkt der Wahl.

[Rz 43] Die Argumentation der Initianten sowie die vorgeschlagene Übergangsbestimmung lassen aber erkennen, dass auch Mitglieder der Bundesversammlung, die bereits über eine entsprechende Funktion verfügen, diese aufgeben müssen, um nicht ihr Parlamentsmandat zu verlieren. Für dieses Verständnis sprechen auch der französische Wortlaut, der von «siéger»⁴⁸ spricht und damit wohl präziser ist, sowie der nochmals deutlichere italienische Wortlaut («non possono essere membri»⁴⁹).

[Rz 44] Es ist bedauerlich, dass sich die Initianten bei der Ausarbeitung ihres Textes weder an der präziseren Terminologie von Art. 14 ParlG noch an jener von Art. 144 Abs. 1 und 2 BV orientiert haben.

3. Versicherer mit einer Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung

[Rz 45] Die Bezeichnung «Versicherer, der eine Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung hat», gehört zu den wenigen einigermaßen klar und eindeutig bestimmbar Begriffselementen von Art. 144 Abs. 2^{bis} BV. Es handelt sich dabei um Krankenkassen im Sinne von Art. 2 KVAG und private Versicherungsunternehmen, die dem Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG)⁵⁰ unterstehen, im Sinne von Art. 3 KVAG. Diese müssen, um die soziale Krankenversicherung durchführen zu können, über eine Bewilligung im Sinne von Art. 4 KVAG verfügen.

4. Übergangsbestimmung

[Rz 46] Die Übergangsbestimmung stellt klar, dass Parlamentsmitglieder, die eine der in Art. 144 Abs. 2^{bis} BV genannten Funktionen innehaben, diese innerhalb von sechs Monaten seit Annahme durch Volk und Stände aufgeben müssen; ansonsten verlieren sie ihr Parlamentsmandat.

[Rz 47] Für die Krankenversicherer bedeutet dies, dass sie gegebenenfalls innerhalb relativ kurzer Zeit Funktionen neu besetzen müssen oder – im Hinblick auf eine allfällige Annahme der Initiative – diese Funktionen prospektiv schon gar nicht mehr mit Mitgliedern der Bundesversammlung besetzen, wenn sich vorher ein Wechsel ergibt.

⁴⁸ Initiative populaire fédérale «Pour un Parlement indépendant des caisses-maladie» du 19 septembre 2017, FF 2017 5801, 5803.

⁴⁹ Iniziativa popolare federale «Per un Parlamento indipendente dalle casse malati» del 19 settembre 2017, FF 2017 5249, 5251.

⁵⁰ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG; SR 961.01).

B. Insbesondere: Mit einem Versicherer wirtschaftlich verbundene Organisation

[Rz 48] Die Wendung «oder einer wirtschaftlich mit einem solchen Versicherer verbundenen Organisation» («ou d'une entité économiquement liée à ce dernier»⁵¹, «o di un ente ad essa economicamente legato»⁵²) ist einerseits stark auslegungsbedürftig, weist aber auch hohe Sprengkraft auf, insbesondere im Hinblick auf die künftige Organisation der Krankenversicherer (Rz. 54 ff.).

1. Begriffliche Unklarheiten

[Rz 49] Wer die Versicherer sind, die über die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung verfügen, ist klar eingrenzbar (Rz. 45). Wer dagegen die Organisation (entité, ente) ist, mit der diese verbunden sind, und wie die wirtschaftlichen Beziehungen im Sinne der Bestimmung gestaltet sein müssen, um «Unvereinbarkeitswirkungen» erzeugen zu können, ist in hohem Masse auslegungsbedürftig.

[Rz 50] Der Zweck dürfte sein, nicht nur die direkt mit einer Krankenkasse verbundenen Personen, sondern auch diejenigen zu erfassen, die wirtschaftlich und politisch ebenfalls stark an den gleichen Fragen interessiert sind und bei denen sich ein inhaltlich nahezu identischer Interessenkonflikt ergibt, dessen negative Auswirkungen die Initianten mit der Schaffung einer Unvereinbarkeitsbestimmung vermeiden möchten (vgl. Rz. 2).

[Rz 51] Ohne die Orientierung an diesem Zweck lässt sich der Begriff der *Organisation* kaum sinnvoll eingrenzen. Er ist vielleicht deshalb so unbestimmt gewählt, weil vermieden werden soll, dass durch die Wahl einer bestimmten rechtlichen Ausgestaltung die Unvereinbarkeitsbestimmung umgangen werden kann. Der Bundesgesetzgeber hat in Art. 14 lit. e und f ParlG die Formulierung «Organisation oder ... Personen des öffentlichen oder privaten Rechts» gewählt, die ebenfalls sehr weit zu verstehen ist.⁵³ Es ist wiederum zu bedauern, dass sich die Initianten nicht an einer bereits etablierten Terminologie orientieren wollten.

[Rz 52] Zu denken ist, im Hinblick auf den Zweck (Rz. 50), einerseits an Konzernstrukturen rund um eine Krankenkasse (Muttergesellschaften, «Schwestergesellschaften» in einer Holding-Struktur, Gesellschaften mit gegenseitiger wirtschaftlicher Beteiligung), andererseits an Organisationen wie Interessenverbände, mit denen die Krankenkassen wirtschaftlich verbunden sind. Auf deren Rechtsform kommt es, aufgrund der offenen Terminologie, nicht an.⁵⁴

[Rz 53] Würde man die «*wirtschaftliche Verbindung*» wörtlich und damit weit interpretieren, wären letztlich grosse Teile der passiv wahlberechtigten Bevölkerung mit einer Unvereinbarkeit belastet, da etwa sämtliche Leistungserbringer (die auch als Organisationen gelten können) oder auch Pharmaunternehmen oder Anbieter von Hilfsmitteln in wirtschaftlichen Beziehungen mit Krankenversicherern stehen. Eine so weite Interpretation dürfte den Initianten aber nicht vorgeschwebt haben und wäre auch aufgrund der systematischen Auslegung der «wirtschaftlichen Beziehungen» im Gesamtzusammenhang abzulehnen. Es muss sich, wiederum am Zweck orientiert (Rz. 50), um Beziehungen handeln, die von der gesetzgeberischen oder oberaufsichtsrechtlichen

⁵¹ FF 2017 5801, 5803 (Fn. 48).

⁵² FF 2017 5249, 5251 (Fn. 49).

⁵³ VON WYSS, Kommentar ParlG (Fn. 7), Art. 14 Rz. 31 f.

⁵⁴ Vgl. PHILIPP EGLI, Einheitskasse oder verzerrter Wettbewerb, Zürich 2006, 47 ff.

Tätigkeit der Bundesversammlung so stark beeinflusst werden könnten, dass sie typischerweise geeignet sind, einen Interessenkonflikt zu erzeugen. Solche Beziehungen bestehen vor allem in Konzernstrukturen und sonstigen engen Verbindungen zwischen Organisationen (vgl. Rz. 52), zusätzlich aber wohl auch zwischen den Krankenversicherern und den von ihnen finanzierten Interessen- und Branchenverbänden.

2. Inhaltliche Sprengkraft der Bestimmung

[Rz 54] Die eigentliche Sprengkraft der Bestimmung liegt aber darin, dass sie die *Verknüpfung* von Krankenversicherern im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung und anderen, mit diesen verbundenen Versicherern (z.B. Anbietern von Krankenzusatzversicherungen nach Versicherungsvertragsgesetz [VVG]⁵⁵) *auf der Ebene der Verfassung thematisiert und mit negativen Rechtsfolgen* (Unvereinbarkeit mit einer Mitgliedschaft in der Bundesversammlung) *belegt*.

[Rz 55] Seit geraumer Zeit bildet die – rechtlich zulässige und häufig praktizierte – Verbindung von unterschiedlich normierten Versicherungen rund um die obligatorische Krankenversicherung einen politischen Streitpunkt.⁵⁶ Im Zentrum der Problemstellung steht die Festlegung, dass Versicherer, die über eine Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung verfügen, die soziale Krankenversicherung nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit durchführen und die Gleichbehandlung der Versicherten gewährleisten, vor allem aber die Mittel der sozialen Krankenversicherung nur zu deren Zwecken verwenden (Art. 5 lit. f KVAG)⁵⁷ und *keine Gewinne ausschütten*.⁵⁸ Art. 2 Abs. 1 KVAG beschreibt denn auch Krankenkassen als juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts, die keinen Erwerbszweck verfolgen und die soziale Krankenversicherung nach dem KVG⁵⁹ durchführen.

[Rz 56] Durch die wirtschaftliche Verbindung eines Krankenversicherers, der dem Gewinnausschüttungsverbot unterliegt, und Zusatzversicherern nach VVG, die gewinnstrebig tätig sein dürfen, wird gemäss der Meinung der Kritiker dieses Systems die sinnvolle Weiterentwicklung der Krankenversicherung verhindert, weil sich auf Seiten der Krankenversicherer die Interessen an der (nicht-gewinnstrebigem) Grundversicherung mit jenen der (gewinnstrebigem) privaten Zusatzversicherungen vermischen und dementsprechend auch die Vertreterinnen und Vertreter der Krankenversicherer im Parlament von diesem Interessenkonflikt «gelähmt» sind (vgl. die Stossrichtung der Initianten, Rz. 2). Zudem würde die Verbindung zwischen den verschiedenen Versicherern (und der entsprechende Informations- und Datenfluss zwischen diesen) der Risikoselektion Vorschub leisten und «schlechte Risiken» (d.h. Versicherte mit höheren Morbiditätsrisiken) benachteiligen.

[Rz 57] Eine von den Grundlinien her vergleichbare Diskussion ergab sich im Zusammenhang mit der im September 2014 von Volk und Ständen verworfenen Volksinitiative «Für eine öffentliche Krankenkasse», welche eine nationale Einheitskasse hätte schaffen wollen. Im Rahmen eines indirekten Gegenvorschlags, der in dieser Form nicht weiter verfolgt wurde, hätten Grund- und die

⁵⁵ Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1).

⁵⁶ Z.B. EGLI (Fn. 54), 47 ff., 55 ff.

⁵⁷ Z.B. TOMAS POLEDNA, Krankenversicherungen und ihre rechtliche Organisation, Zürich 2002, 20 ff.

⁵⁸ GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Ulrich Meyer (Hrsg.), Soziale Sicherheit, SBVR Band XIV, Basel/Genf/München 2016, Rz. 218.

⁵⁹ Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG; SR 832.10).

Zusatzversicherung in dem Sinne getrennt werden sollen, dass sie von unterschiedlichen Gesellschaften (juristischen Einheiten) durchgeführt werden müssten und dass Informationsbarrieren zwischen einer Krankenkasse und einer anderen Gesellschaft einer Gruppe eingeführt würden. Nebst der daraus resultierenden verbesserten Transparenz sollte die Massnahme der Eindämmung der Risikoselektion dienen.

[Rz 58] Nicht im Sinne einer rechtlichen, sondern vielmehr einer *politischen* Betrachtung stellt sich in diesem Umfeld eine konkrete Frage: Wollen die Initianten mit der verfassungsrechtlichen Thematisierung der wirtschaftlichen Verbindung von Organisationen zu einem Krankenversicherer dieses Anliegen, gewissermassen durch die «Hintertür», wieder aufnehmen, nachdem es im Parlament kein Gehör gefunden hat und die Volksinitiative «Für eine öffentliche Krankenkasse» 2014 deutlich gescheitert ist? Aufgrund der zeitlichen Abfolge der Ereignisse erscheint dies durchaus plausibel. Mit dem «Hebel» der eingereichten Volksinitiative können die Initianten die Wiederaufnahme dieser Diskussion erzwingen; und wenn ihnen nicht in der Form eines direkten Gegenentwurfs oder eines indirekten Gegenvorschlags entgegen gekommen wird, würde eine allfällige Annahme der Initiative faktisch zu ähnlichen Ergebnissen führen (Rz. 59 ff.). Vor allem können sie mit der Ausrichtung der Initiative auf die (behauptete) Interessenverflechtung zwischen Krankenversicherungen und Parlament, die medial regelmässig kolportiert wird, auf eine breitere Unterstützung hoffen als bei der wohl definitiv gescheiterten Idee einer nationalen Einheitskasse.

3. Mögliche Auswirkungen

[Rz 59] Selbst wenn die Initiative angenommen würde, hätte sie grundsätzlich *keine direkten rechtlichen Auswirkungen* auf die Krankenversicherer und ihre Organisation. Es bliebe ihnen unbenommen, auch weiterhin – im Verbund mit privaten Versicherern – zu agieren und die bisherigen Geschäftsmodelle weiter zu pflegen. Der Initiativtext berührt alle diese Strukturen nicht direkt.

[Rz 60] *Indirekt* – und darauf dürfte nach meiner (politischen) Einschätzung die Initiative auch abzielen (Rz. 58) – könnte die Initiative einschneidende Rückwirkungen auf die Organisationsstrukturen haben: Da es den Krankenversicherern selbst und den mit ihnen wirtschaftlich verbundenen Organisationen nicht mehr gestattet wäre, in ihren Gremien Mitglieder des Parlaments zu beschäftigen, dürften diejenigen Teile eines Versicherungskonzerns, die keine Krankenversicherer sind, nicht mehr an der weiteren wirtschaftlichen Verbundenheit mit Krankenversicherern interessiert sein, da sie ansonsten ihren politischen Einfluss über Interessenvertreter (die beispielsweise in ihren Gremien Einsitz haben) verlieren würden. Ebenso müssten sich die Verbände der Krankenversicherer so aufspalten, dass die Interessen der Krankenversicherer von jenen der Zusatzversicherungen vollständig getrennt wären, da die Zusatzversicherungen ansonsten wesentliche Teile ihrer verbandmässigen Einflussmöglichkeiten in der Bundesversammlung einbüßen würden.

[Rz 61] Bildlich gesprochen müssten die Krankenversicherer damit vom Rest der Versicherungsbranche, d.h. von privaten Zusatzversicherern, vollständig getrennt und isoliert werden, wenn die Letzteren nicht als «wirtschaftlich verbundene Organisationen» unter die Regelung von Art. 144 Abs. 2^{bis} BV fallen und aufgrund der darin statuierten Unvereinbarkeitsnormen wesentlich an Einfluss in den Räten verlieren wollen.

[Rz 62] Was dann im Falle einer solchen «Isolation» der Krankenversicherer, d.h. im Falle ihrer Herauslösung aus der Verbindung mit anderen Versicherern, mit der Branche der Krankenversi-

cherer geschehen würde, ist reine Spekulation. Denkbar und wahrscheinlich ist allerdings, dass es dann zu einer Welle von Fusionen, Übernahmen und Einstellungen der Tätigkeit als Krankenversicherer kommt und sich einige Grosskassen bilden, die miteinander in einem oligopolistischen Wettbewerb stehen. Der seit Jahren zu beobachtende *Konzentrationsprozess* bei den Krankenversicherern würde im Falle der Annahme der Initiative nach meiner Einschätzung massiv beschleunigt und verstärkt.

C. Annahmeverbot jeglicher Vergütung

1. Versuch einer Begriffseingrenzung

[Rz 63] Die Initianten wollen verhindern, dass es zwischen den Krankenversicherern und den mit ihnen wirtschaftlich verbundenen Organisationen und der Bundesversammlung zu Interessenkonflikten kommt, indem sich Mitglieder der Bundesversammlung einerseits den Krankenversicherern und den mit ihnen wirtschaftlich verbundenen Organisationen verbunden fühlen, während sie andererseits ihre verfassungsmässigen Pflichten in Gesetzgebung und Oberaufsicht im Krankenversicherungsbereich wahrnehmen müssen (Rz. 2). Diesem Zweck dient auch der Zusatz zum ersten Satz von Art. 144 Abs. 2^{bis} BV: «*sie dürfen von diesen keinerlei Vergütung annehmen*» («*ni recevoir une rémunération sous quelque forme que ce soit de leur part*»,⁶⁰ «*né ottenere qualsivoglia compenso da parte loro*»⁶¹).

[Rz 64] Der sprachliche Bezug dieses Satzteils zielt *sowohl* auf die Krankenversicherer *als auch* auf die mit diesen wirtschaftlich verbundenen Organisationen, d.h. von allen diesen Versicherern und Organisationen darf keinerlei Vergütung angenommen werden.

[Rz 65] Die Formulierung ist ausserordentlich weit und lässt sich nur sehr schwer eingrenzen, denn es soll nach dem Wortlaut *jede* Vergütung erfasst werden. Vermutlich wurde diese weite Formulierung deshalb gewählt, weil die Initianten jede Art von wirtschaftlicher Interessenbindung der Parlamentsmitglieder an die Krankenversicherer und die mit ihnen wirtschaftlich verbundenen Organisationen unterbinden wollen, nicht nur diejenige, die durch den Einsitz im Verwaltungsrat, der Direktion oder in einem Aufsichtsorgan entsteht (vgl. Rz. 38 ff.). Im Hinblick auf den vermutlichen Zweck der Vorschrift (Rz. 63) erscheint dies zwar nachvollziehbar. Gleichwohl verbindet sich mit dieser Erweiterung ein Strauss von Problemen, wobei das staatsrechtliche Problem, dass eine vergleichbare Unvereinbarkeitsbestimmung im geltenden System (nach meiner Einschätzung: zu Recht) fehlt und schwer einzugrenzen wäre, bereits abgehandelt worden ist (Rz. 30).

[Rz 66] Zu den Empfängerinnen und Empfängern finanzieller Leistungen der Krankenversicherung in der Form von Versicherungsleistungen zählt in der Schweiz grundsätzlich, bei Risikoeintritt, die gesamte Bevölkerung. Ebenso beziehen sämtliche Leistungserbringer der sozialen Krankenversicherung regelmässig direkt oder indirekt Vergütungen von den Krankenversicherern. Eine so weite Auslegung würde dazu führen, dass letztlich einzig noch Schweizerbürger mit Wohnsitz im Ausland (und ohne schweizerische Krankenversicherung) in der Bundesversammlung Einsitz nehmen könnten, was kaum der Absicht der Initianten entsprechen dürfte. Auch

⁶⁰ FF 2017 5801, 5803 (Fn. 48).

⁶¹ FF 2017 5249, 5251 (Fn. 49).

eine systematische Auslegung führt zu einem engeren Verständnis. Konkret dürften damit die gesetzlich (d.h. im Krankenversicherungsrecht) vorgesehenen Versicherungsleistungen und die entsprechenden Vergütungen an die Leistungserbringer *nicht* unter den Begriff der Vergütung fallen. Zumindest bei den Leistungserbringern würde sich aber gleichwohl die Frage stellen, ob nicht auch bei diesen – wie dies die Initianten bei den Versicherern verwirklicht sehen – Interessenkonflikte bestehen, denn sie sind in vergleichbarem Mass vom Krankenversicherungssystem abhängig, sollen aber gleichwohl an dessen Gestaltung und an der Oberaufsicht über dieses beteiligt sein dürfen.

[Rz 67] Noch schwieriger wird die Frage, wenn es um *Angestellte* von Krankenversicherungen und von mit diesen wirtschaftlich verbundenen Organisationen geht. Art. 144 Abs. 2^{bis} Satz 1 BV scheint die Unvereinbarkeit vordergründig zwar auf die Mitglieder des Verwaltungsrats, des Direktoriums oder der Aufsichtsgremien zu beschränken; die Angestellten der Versicherer sind aber mindestens im gleichen Mass wirtschaftlich abhängig und beziehen, in der Form ihres Gehalts, ohne jeden Zweifel eine Vergütung. Sollen nun alle Angestellten dieser Versicherer und Organisationen keinen Einsitz mehr in die Bundesversammlung nehmen können? Oder nur die Angestellten mit den genannten Leitungsfunktionen? Der Initiativtext vermischt hier verschiedene Kategorien, die auch im geltenden Recht bereits existieren: So trifft beispielsweise sämtliche Angestellten der zentralen oder dezentralen Bundesverwaltung die Unvereinbarkeitsbestimmung von Art. 14 lit. c ParlG (Rz. 19), während in den Fällen von Art. 14 lit. e ParlG (Rz. 20) nur die Mitglieder der geschäftsleitenden Organe betroffen sind. Bei der Auslegung der Bestimmung fragt sich, weshalb lediglich die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Direktion oder des Aufsichtsorgans explizit genannt werden, wenn über das Vergütungsannahmeverbot letztlich sämtliche Angestellten betroffen wären. Wie bereits dargelegt soll der Unvereinbarkeitsstatbestand mit der Initiative auf Verfassungsstufe abschliessend umschrieben werden, was dem Gesetzgeber die Schaffung einer klaren und differenzierten Regelung verunmöglicht (Rz. 24 f.).

[Rz 68] Wählt man, was mir sinnvoller erscheint, eine Auslegung, die Anstellungen unterhalb der im Verfassungstext nicht genannten Organmitgliedschaften nicht umfasst, stellt sich unweigerlich die Frage, welche Art von Vergütungen gemeint sein könnte. Beratungshonorare im Einzelfall? Oder Geschenke, die aber wohl keine «Vergütungen» im Wortsinn darstellen dürften? Konkret würde das also heissen, dass beispielsweise ein Rechtsanwalt, der eine Krankenversicherung in einer Rechtsfrage beraten und dafür eine Entschädigung erhalten hat, nunmehr sein Parlamentsmandat nicht mehr mit dem (allenfalls auch einmaligen) Mandat für einen Versicherer vereinbaren kann? Das geltende Recht behilft sich – im Sinne der Verhältnismässigkeit und völlig sachgerecht – mit Offenlegungs- und gegebenenfalls mit Ausstandspflichten (Rz. 15 f.). Es ist schwer vorstellbar, wie aus der (legalen und allenfalls auch einmaligen) Annahme einer Vergütung ein Unvereinbarkeitsgrund entstehen soll (Rz. 30).

2. Auswirkungen

[Rz 69] Da der Tatbestand der Vergütungsannahme sehr schwer einzugrenzen und zu konkretisieren ist, fällt auch die Einschätzung seiner allfälligen Auswirkungen schwer. Direkte Auswirkungen auf die Organisation der Krankenversicherer hat auch er nicht, doch wird er den Verkehr der Krankenversicherer und der mit ihnen wirtschaftlich verbundenen Organisationen und Mitgliedern der Bundesversammlung erschweren und die (entgeltliche) Zusammenarbeit wohl gänzlich zum Erliegen bringen – dies auch in Fällen, in denen aus allgemeinen beruflichen Gründen (z.B.

bei einer Rechtsanwältin, die Nationalrätin ist und gelegentlich Mandate für einen Krankenversicherer übernimmt) eine Vergütung üblich und legitim ist und zu keinen wirklichen Interessenkollisionen führen könnte.

[Rz 70] Ein Tatbestand dieser Art wäre geeignet, die Krankenversicherer faktisch zusätzlich zu isolieren, da sämtliche Parlamentsmitglieder, die auf entgeltlicher Basis mit der Versicherungsbranche zusammenarbeiten, daran interessiert sein müssten, dass ihre jeweiligen Vertragspartner nicht mit einem Krankenversicherer wirtschaftlich verbunden sind, weil ihnen ansonsten der Verlust ihres Parlamentsmandats droht, wie dies Art. 144 Abs. 2^{bis} Satz 2 BV vorzeichnet (Rz. 30).

IV. Grundlagen der Organisationsfreiheit der Krankenversicherer und Auswirkungen der Initiative

1. Grundlagen und Schranken der Organisationsfreiheit

[Rz 71] Bei den Versicherern, die eine Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung erlangen können (Art. 4 KVAG), handelt es sich um juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts, die keinen Erwerbszweck verfolgen (Art. 2 Abs. 1 KVAG), oder um private Versicherungsunternehmen, die dem VAG unterstehen (Art. 3 KVAG). Sie müssen laut Art. 5 lit. a KVAG die Rechtsform der Aktiengesellschaft, der Genossenschaft, des Vereins oder der Stiftung aufweisen. Bei den soeben genannten Rechtssubjekten handelt es sich durchwegs um solche des *privaten Rechts*, die aufgrund *privatautonomer Gestaltungsfreiheit* von natürlichen oder juristischen Personen gegründet oder gestiftet worden sind.

[Rz 72] Daneben sollen auch weiterhin Rechtsträger öffentlichen Rechts zulässig sein, da sich der Entstehung des KVAG keine Hinweise darauf entnehmen lassen, dass diese nicht mehr zulässig sein sollen, selbst wenn sie in Art. 5 lit. a KVAG nicht genannt werden.⁶² Auf sie wird im Folgenden nicht weiter eingegangen.

[Rz 73] Die Grundlagen dafür, dass juristische Personen als Instrumente der (wirtschaftlichen und ideellen) Aufgabenerfüllung zur Verfügung stehen und relativ frei organisiert werden können, liegt in verschiedenen Grundentscheidungen und Grundrechten der Verfassung begründet: Die Präferenz für eine wettbewerblich orientierte Privatwirtschaft lässt sich Art. 94 BV entnehmen,⁶³ der Anspruch darauf, sich gemeinsam mit anderen Personen organisieren zu können, beispielsweise in der Form einer juristischen Person, leitet sich aus Art. 23 BV ab (Vereinigungsfreiheit)⁶⁴ und die Grundlagen der Privatautonomie, die im gesetzlichen Rahmen auch für juristische Personen gilt, basieren (auch)⁶⁵ auf Art. 10 (persönliche Freiheit) und Art. 27 (Wirtschaftsfreiheit) BV.⁶⁶

⁶² POLEDNA (Fn. 46), Rz. 54

⁶³ Z.B. BIAGGINI (Fn. 8), Art. 94, Rz. 2.

⁶⁴ BIAGGINI (Fn. 8), Art. 23, Rz. 4, 6; CHRISTOPH ERRASS, in: Bernhard Ehrenzeller e.a. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich 2014, Art. 23 BV, Rz. 8.

⁶⁵ Differenzierend RAINER SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller e.a. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich 2014, Art. 10 BV, Rz. 11.

⁶⁶ Z.B. BIAGGINI (Fn. 8), Art. 27, Rz. 18; KLAUS VALLENDER, in: Bernhard Ehrenzeller e.a. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich 2014, Art. 27 BV, Rz. 27.

[Rz 74] Damit einer Organisation die (wirtschaftliche) Tätigkeit in der beschriebenen Art möglich ist, muss der Staat zunächst die entsprechenden Rechtsinstitute (z.B. juristische Personen des Privatrechts) definieren und zur Verfügung stellen,⁶⁷ was er mit der Zivilrechtskodifikation und den in dieser geregelten juristischen Personen denn auch getan hat. Allein schon durch diese institutionelle Ausgestaltung wird damit rechtlich vorgeformt, wie sich juristische Personen und Vereinigungen konstituieren können und in welchem Rahmen ihnen Autonomie zukommt.

[Rz 75] Wenn nun eine juristische Person des Privatrechts sich in einem öffentlich-rechtlich geordneten Bereich wie der obligatorischen Krankenversicherung engagieren möchte, darf der Staat, für den sie als Versicherer dann eine öffentliche Aufgabe ausübt, auch gesetzlich definieren, welche Voraussetzungen sie dabei erfüllen muss. Dies hat er beispielsweise in Art. 5 KVAG mit der Statuierung der Bewilligungsvoraussetzungen getan. Die Versicherer können sich also entscheiden, ob sie sich diesen Anforderungen unterziehen wollen oder nicht. Indirekt wirkt die Statuierung aber selbstredend auf die Organisationsautonomie der Versicherer ein, weshalb sich der Staat bei der Ausgestaltung solcher Voraussetzungen an allgemeinen Verfassungsgrundsätzen wie der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV), dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) oder dem Anspruch auf Willkürfreiheit (Art. 8 BV) zu orientieren hat. Die Versicherer haben mit anderen Worten keinen Anspruch darauf, auf jeden Fall und nach ihrem eigenen Belieben als Versicherer in der Krankenversicherung zugelassen zu werden. Die für die Ausübung dieser Tätigkeit erforderlichen Voraussetzungen müssen den genannten Massstäben aber genügen.

2. Nur indirekte Auswirkungen

[Rz 76] Der Initiativtext, der vorliegend analysiert wird, enthält zwar massgebliche Einschränkungen für Personen, die für einen Krankenversicherer oder eine mit diesem verbundene wirtschaftliche Organisation tätig sein wollen (z.B. Rz. 28), schränkt die Tätigkeit der Krankenversicherer und der mit ihnen wirtschaftlich verbundenen Organisationen aber nicht direkt ein. Vielmehr können diese nach wie vor im bisherigen Bereich mit dem bisherigen Personal tätig sein – mit der einzigen Veränderung, dass die entsprechenden Personen allenfalls von einem Unvereinbarkeitsgrund betroffen sind und deshalb nicht Mitglieder der Bundesversammlung sein dürfen (Rz. 59).

[Rz 77] Wie bereits beschrieben könnte aber die Annahme der Initiative faktisch dazu führen, dass die Krankenversicherer wirtschaftlich isoliert werden (d.h. nicht weiter mit den bislang wirtschaftlich verbundenen Organisationen zusammenarbeiten; Rz. 60 ff.). Diese Einschränkung ergäbe sich dann als Konsequenz einer Verfassungsnorm, die gleichrangig ist mit den Grundlagen der Organisationsautonomie der Versicherer (Rz. 73) und gegen die deswegen rechtlich nicht vorgegangen werden kann.

[Rz 78] Aus der Organisationsautonomie selbst oder aus den Grundlagen, auf denen sie beruht, lassen sich nach meiner Einschätzung keine schlagkräftigen juristischen Argumente gegen die Initiative herleiten. Dies heisst allerdings nicht, dass es nicht mehr als genügend gute rechtliche Gründe gibt, die gegen die Initiative in der vorliegenden Form angeführt werden können (Rz. 23 ff., 32 ff.).

⁶⁷ Z.B. BIAGGINI (Fn. 8), Art. 23, Rz. 6.

V. Zusammenfassende Stellungnahme

[Rz 79] Die Initiative befriedigt nach meiner Einschätzung zunächst aus staatsrechtlicher Perspektive überhaupt nicht. Man darf das geltende Unvereinbarkeitsregime für die Mitglieder der Bundesversammlung zwar nicht idealisieren, da es unbestreitbar gewisse Inkonsequenzen enthält (Rz. 19), zu schwierigen Abgrenzungs- und Auslegungsfragen führen kann (Rz. 20 ff.) und in bestimmten Fällen nur beschränkt berechenbar ist (Rz. 22). Gleichwohl darf es als – der Absicht des Verfassungsgebers entsprechend – differenziert und im Wesentlichen austariert bezeichnet werden (Rz. 9, 13). Der vorgeschlagene Initiativtext würde das geltende System an verschiedenen Stellen aber geradezu aus den Angeln heben und birgt die Gefahr, zu massiven und von den Initianten kaum in dieser Form beabsichtigten Veränderungen zu führen, die auch sehr grundlegende Aspekte des schweizerischen politischen Systems berühren oder zumindest berühren könnten (Rz. 33).

[Rz 80] Die Hauptprobleme, die der vorgeschlagene Verfassungstext schaffen könnte, liegen aus staatsrechtlicher Sicht in folgenden Punkten (Rz. 32 ff.):

- Die Umschreibung von Unvereinbarkeitsgründen, d.h. die Tätigkeit in gewissen Gremien von Krankenversicherern oder von wirtschaftlich mit diesen verbundenen Organisationen, ist sehr weit und allein schon dadurch problematisch (Rz. 38 ff.).
- Sehr weitgehend ist auch das Vergütungsverbot, das sich auf Vergütungen von Krankenversicherern oder von wirtschaftlich mit diesen verbundenen Organisationen bezieht und von den Initianten offenbar auch als eine Art Unvereinbarkeitsgrund verstanden wird (Rz. 31, 63 ff.).
- Die Qualifikation des Vergütungsverbots und die mit dessen Verletzung einhergehende Konsequenz (Verlust des Parlamentsmandats) lassen sich in keine der bestehenden Kategorien einordnen und schaffen zahlreiche Unsicherheiten (Rz. 30, 63 ff.).
- Da die genannten Unvereinbarkeitsgründe neu auf Verfassungsstufe geregelt sein sollen, sind diese, in der vorgesehenen Ausgestaltung, auf Gesetzesstufe nicht weiter differenzierbar, was – je nach Auslegung der Unvereinbarkeitsbestimmungen – eine relativ grosse Gruppe von Personen betreffen könnte (Rz. 24 ff., 49 ff., 63 ff.).
- Eine derart weitgehende und undifferenzierte Regelung würde sowohl das passive Wahlrecht der Betroffenen als auch das aktive Wahlrecht der potentiellen Wählerinnen und Wähler in ungerechtfertigter Art und Weise einschränken (Rz. 28); allerdings hätten die verfassungsrechtlich vorgesehenen Unvereinbarkeitsbestimmungen Bestand vor dem ebenfalls auf Verfassungsstufe gewährleisteten Wahl- und Abstimmungsrecht (Art. 34 BV).
- Der einseitige (faktische) Ausschluss einer grossen Gruppe von Personen von einem allfälligen Parlamentsmandat würde zu einer Einseitigkeit führen, die der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtsgleichheit korrigieren müsste. Konkret müsste er wohl auch für andere Wirtschaftssektoren mit vergleichbaren Konstellationen ähnliche Unvereinbarkeitsgründe festlegen (Rz. 28, 30).
- In der Folge würde das heute noch geltende und im Grundsatz nicht verworfene Milizprinzip bei Parlamentsmandaten ausgehöhlt und faktisch abgeschafft (Rz. 29), was deutlich über die Ziele der Initianten hinausgehen dürfte.

[Rz 81] Aus staatsrechtlicher Sicht schießt die Initiative damit deutlich über ihr Ziel hinaus, fügt sich kaum ins geltende System ein, führt zu erheblichen Rechtsunsicherheiten und erscheint rechtlich wenig reflektiert. Unabhängig davon, ob man mit den erklärten Zielen der Initianten sympathisiert oder nicht, erscheint der vorliegende Initiativtext nicht als angepasste Lösung.

[Rz 82] Darüber hinaus könnte die Annahme der Initiative für die Versicherer und namentlich deren Organisationsfreiheit gravierende Folgen haben. Diese Auswirkungen lassen sich allerdings nicht direkt dem Verfassungstext entnehmen, der die Unvereinbarkeit von Parlamentsmandaten mit Tätigkeiten für Krankenversicherer und mit diesen wirtschaftlich verbundenen Organisationen zum Gegenstand hat (Rz. 60).

[Rz 83] Da es aufgrund des Initiativtextes den Krankenversicherern selbst und den mit ihnen wirtschaftlich verbundenen Organisationen nicht mehr gestattet wäre, in ihren Gremien Mitglieder des Parlaments zu beschäftigen, dürften diejenigen Teile eines Versicherungskonzerns, die keine Krankenversicherer sind, nicht mehr an der weiteren wirtschaftlichen Verbundenheit mit Krankenversicherern interessiert sein, da sie ansonsten ihren politischen Einfluss über Interessenvertreter (die beispielsweise in ihren Gremien Einsitz haben) verlieren würden (Rz. 60).

[Rz 84] Ebenso müssten sich die Verbände der Krankenversicherer so aufspalten, dass die Interessen der Krankenversicherer von jenen der Zusatzversicherungen vollständig getrennt wären, da die Zusatzversicherungen ansonsten wesentliche Teile ihrer verbandsmässigen Einflussmöglichkeiten in der Bundesversammlung einbüßen würden (Rz. 60).

[Rz 85] Was dann, im Falle einer solchen «Isolation» der Krankenversicherer, d.h. im Falle ihrer Herauslösung aus der Verbindung mit anderen Versicherern, mit der Branche der Krankenversicherer geschehen würde, ist grundsätzlich reine Spekulation. Denkbar und wahrscheinlich ist allerdings, dass es dann zu einer Welle von Fusionen, Übernahmen und Einstellungen der Tätigkeit als Krankenversicherer kommt und sich einige Grosskassen bilden, die miteinander im Wettbewerb stehen. Der seit Jahren zu beobachtende *Konzentrationsprozess* bei den Krankenversicherern würde im Falle der Annahme der Initiative nach meiner Einschätzung massiv beschleunigt und verstärkt (Rz. 62).

[Rz 86] Ob ein solcher Konzentrationsprozess als faktische Folge einer möglichen Annahme der Initiative von den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern tatsächlich gewünscht wird, kann aufgrund der mehrfachen Ablehnung von Vorstössen zu (einer Form von) einer Einheitskasse zumindest bezweifelt werden.

THOMAS GÄCHTER, Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht, Universität Zürich.

Der Text basiert teilweise auf einem Gutachten, das der Autor anfangs 2018 im Auftrag von san-tésuisse erstattet hat. Er gibt die eigene wissenschaftliche Meinung des Autors wieder.