

Daniel Donauer / Anna Pellizzari

Das Optionsrecht im Bereich der Krankenpflegeversicherung

Optierungsmodalitäten für Grenzgängerinnen und Grenzgänger hinsichtlich der Unterstellung unter die soziale Krankenversicherung in der Schweiz

Le droit d'option des travailleurs transfrontaliers en matière d'assurance-maladie soulève depuis peu un certain nombre de questions dogmatiques non négligeables. Dans de nombreux cas, les ressortissants de pays limitrophes cherchent à intégrer le système de la LAMal après avoir exercé leur droit d'option et avoir bénéficié, dans la plupart des cas, d'une couverture d'assurance alternative pendant une longue période. De même, un refus par les autorités compétentes se base généralement sur le caractère (prétendument) unique et irrévocable du droit d'option. Cette présentation indifférenciée du droit d'option est examinée de manière critique dans cette contribution. (jp)

Catégories d'articles: Contributions

Domaines juridiques: Droit des assurances sociales; Droit de la santé; Assurance maladie et accidents. Assurance invalidité

Proposition de citation: Daniel Donauer / Anna Pellizzari, Das Optionsrecht im Bereich der Krankenpflegeversicherung, in : Jusletter 1 juillet 2019

Inhaltsübersicht

- I. Einleitende Bemerkungen
- II. Geltungsbereich des KVG
 - A. Sedes Materiae der sozialen Krankenversicherung
 - B. Gesetzlicher Geltungsbereich des Krankenpflegeversicherungsrechts
- III. Versicherungspflicht gemäss KVG
 - A. Allgemeine Versicherungspflicht
 - B. Sondertatbestände betreffend Unterstellungspflicht
 - 1. Versicherungspflichtige Personen ohne Schweizer Wohnsitz
 - 2. Freiwillige (variable) Ausnahme von der Unterstellungspflicht
- IV. Das Grenzgänger-Optionsrecht
 - A. Rechtliche Verankerungen
 - 1. Allgemeine Bemerkungen
 - 2. Freizügigkeitsabkommen
 - 3. Krankenversicherungsgesetzgebung und Implementierung des FZA
 - B. Rechtsnatur des Optionsrechts
 - 1. Tatbestandsmerkmale der Optierung
 - 2. Modalitäten des Optionsrechts im Allgemeinen
 - 3. Einmaligkeit und Unwiderruflichkeit der Grenzgänger-Optierung?
 - 4. Novation der Optierung?
 - 5. Zeitlich verspätete Ausübung des Optionsrechts?
- V. Würdigung

I. Einleitende Bemerkungen

[Rz 1] In jüngerer Zeit begegnet man sowohl im Rahmen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als auch auf Stufe der kantonalen Versicherungsgerichte im Zusammenhang mit dem schweizerischen Krankenpflegeversicherungsrecht verschiedentlich Entscheidungen, bei welchen Grenzgängerinnen und Grenzgänger auf eine gesetzliche Unterstellung unter das schweizerische Krankenpflegeversicherungs-Obligatorium drängten. Die relevante Rechtsfrage, welche sich in den erwähnten Fällen mit zum Teil unterschiedlicher Begründung und Stossrichtung stellte, lautete jeweils dahingehend, welche Voraussetzungen für die Unterstellung unter das schweizerische Krankenpflegeversicherungs-Obligatorium gelten sollen bzw. welche Modalitäten dem sog. *Optionsrecht* (verstanden als die willensbasierte Unterstellung unter eines von mehreren zur Verfügung stehenden nationalen Krankenversicherungssystemen) korrekterweise zugrunde liegen.

[Rz 2] Für die Illustration der hier zu erörternden Rechtsfragen zum Optionsrecht gemäss schweizerischem Krankenpflegeversicherungsrecht kann beispielhaft auf den nachfolgenden Sachverhalt abgestellt werden:

«Der in Deutschland wohnhafte A. arbeitet ab 2002 aufgrund einer für die ganze Schweiz gültigen Grenzgängerbewilligung beim Betrieb B. in Basel. Im November 2013 gelangte er an die Gemeinsame Einrichtung KVG und beantragte, in eine «gesetzliche Schweizer Krankenversicherung» zu wechseln, wozu er eine Bestätigung seines Versicherungsstatus benötige. Mit Verfügung vom 7. Januar 2014 lehnte das Amt für Sozialbeiträge Basel-Stadt das Gesuch von A. um «Aufhebung der Befreiung von der schweizerischen Krankenversicherungspflicht» ab, woran es mit Einspracheentscheid vom 10. Februar 2014 festhielt. Die Beschwerde des A. wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Basel-Stadt nach zweifachem Schriftenwechsel mit Entscheid vom 19. August 2014 ab. A. hat Beschwerde eingereicht mit dem Antrag, es sei ihm «ein neues Optionsrecht zu gewähren». Das Amt für

Sozialbeiträge Basel-Stadt und das Bundesamt für Gesundheit haben auf eine Vernehmlassung verzichtet».¹

[Rz 3] Aufgrund unterschiedlicher Ausgangslagen in den jeweiligen Fällen äusserten sich die angerufenen Gerichte (erstaunlich) zurückhaltend und setzten sich mit der Rechtsnatur des Optionsrechts nur sehr rudimentär – wenn überhaupt – auseinander. Die dem Optionsrecht zugrundeliegenden Anwendungsmerkmale und Modalitäten wurden dabei kaum über den bestehenden Gesetzes-, Verordnungs- und Staatsvertragstext hinaus konturiert. Dem soll mit dem vorliegenden Artikel zumindest teilweise entgegnet werden.

[Rz 4] Bevor jedoch auf die konkreten Modalitäten des Optionsrechts eingegangen wird, sollen primär die allgemeingültigen Prinzipien zur (obligatorischen) Versicherungsunterstellung gemäss schweizerischem Krankenpflegeversicherungs-Statut dargestellt werden. In diesem Zusammenhang gilt es aufzuzeigen, welche Rechtssubjekte in der Schweiz grundsätzlich als unterstellungspflichtig anzusehen sind, welche Ausnahmen dazu bestehen (können) und in welcher Form und in welchem Ausmass das Optionsrecht materiellrechtlich verankert ist. Anschliessend sind die allgemeine Rechtsnatur des Optionsrechts sowie dessen Modalitäten zu thematisieren.

[Rz 5] Wie sich zeigen wird, wirkt das auf den ersten Blick als prinzipiell «anwendungseinfach» erscheinende Optionsrecht nach schweizerischem Krankenpflegeversicherungs-Statut durchaus bislang ungelöste Fragen auf, welche von grosser praktischer Bedeutung sein können und deren nähere Untersuchung sich angesichts der sich intensivierenden Fallproblematik in der Praxis verstärkt aufdrängt.

II. Geltungsbereich des KVG

A. Sedes Materiae der sozialen Krankenversicherung

[Rz 6] Die für die soziale Krankenversicherung relevante verfassungsrechtliche Grundlage findet sich mit Art. 117 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999.² Es handelt sich hierbei um eine *umfassende* Zuständigkeitsvorschrift zugunsten des Bundes.³ Demnach erlässt der Bund Vorschriften über die Kranken- und Unfallversicherung (Art. 117 Abs. 1 BV). Er kann darüber hinaus die Kranken- und die Unfallversicherung allgemein oder für einzelne Bevölkerungsgruppen obligatorisch erklären (Art. 117 Abs. 2 BV).

[Rz 7] Infolgedessen hat der Bundesgesetzgeber im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung (unter anderem) das Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994

¹ BGer 9C_801/2014 vom 10. März 2015 (Sachverhalt). Weitere vergleichbare Sachverhalte finden sich beispielsweise in BGer 9C_561/2016 vom 27. März 2017, BGE 134 V 145 (zur rechtlichen Wirksamkeit einer formlosen Mitteilung), BGer 9C_150/2018 vom 22. Februar 2018, das Urteil KV.2017.00126 vom 14. Mai 2018 des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich oder das Urteil KV.2018.00023 vom 31. Januar 2019 des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich.

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

³ Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 117 N 2; THOMAS POLEDNA, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., St. Gallen 2014, Art. 117 N 6.

erlassen.⁴ Der Bundesrat seinerseits hat das KVG durch die Verordnung über die Krankenversicherung (KVV) vom 27. Juni 1995⁵ weiter präzisiert und die an ihn delegierten Rechtsetzungsvorschriften auf Verordnungsstufe umgesetzt. Darüber hinaus besteht die ebenfalls bedeutsame Verordnung des EDI über Leistungen der obligatorischen Krankenversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV) vom 29. September 1995.⁶ Gemeinsam bilden diese referenzierten Erlasse «*sedes materiae*» des sozialen Krankenversicherungsrechts.⁷

[Rz 8] Vom Recht über die soziale Krankenversicherung ausgenommen sind Verträge über Zusatzversicherungen bzw. Leistungen, die über die obligatorische Krankenpflegeversicherung hinausgehen. Diese werden durch das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) vom 2. April 1908 geregelt.⁸ Im vorliegenden Kontext des gesetzlichen Optionsrechts nach KVG /FZA sind solche Verträge jedoch allenfalls dann relevant, wenn eine Befreiung vom Krankenpflegeversicherungs-Obligatorium bereits gewährt wurde. Entsprechend finden sich innerhalb dieser Abhandlung zum privatversicherungsrechtlichen Bereich grundsätzlich keine weiterführenden Ausführungen.

B. Gesetzlicher Geltungsbereich des Krankenpflegeversicherungsrechts

[Rz 9] Gemäss Art. 1a Abs. 1 KVG regelt das Gesetz die soziale Krankenversicherung. Sie umfasst die obligatorische Krankenpflegeversicherung und die freiwillige Taggeldversicherung, wobei die Krankenpflegeversicherung das Kernstück des sozialen Krankenversicherungsrechts bildet.⁹ Leistungen werden unter anderem im Falle von Krankheit – wie in Art. 3 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000¹⁰ definiert – gewährt. *Krankheit* umfasst demnach jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalls ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.¹¹ Daneben

⁴ Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994 (SR 832.10). Für die historischen Entwicklungen s. GUSTAVO SCARTAZZINI/MARC HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, 4. Aufl., Basel 2012 (zit. SCARTAZZINI/HÜRZELER), N 1 ff.

⁵ Verordnung über die Krankenversicherung (KVV) vom 27. Juni 1995 (SR 832.102).

⁶ Verordnung des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV; SR 832.112.31); vgl. zur Rechtsübersicht THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHKE, *Gesundheitsrecht*, 4. Aufl., Basel 2018 (zit. GÄCHTER/RÜTSCHKE), N 970; für die gesetzliche und verfassungsrechtliche Entwicklung s. DIETER WIDMER, *Die Sozialversicherung in der Schweiz*, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. WIDMER), S. 202 f.

⁷ GÄCHTER/RÜTSCHKE (FN 6), N 970.

⁸ Einführend KARIN CAVIEZEL, *Sozialversicherung*, in: Hansueli Schürer/Christoph Schürer, *Handbuch Arbeitsrecht und Gesundheitswesen*, Band II, Zürich 2018 (zit. CAVIEZEL), Ziff. 3.6 ff.

⁹ GÄCHTER/RÜTSCHKE (FN 6), N 970.

¹⁰ Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1).

¹¹ Eingehend zum Begriff der Krankheit UELI KIESER, *ATSG Kommentar*, 3. Aufl., Zürich 2015 (zit. KIESER), Art. 4 N 4 ff.

sind über die Krankenversicherung auch subsidiär der Unfall (im Sinne von Art. 4 ATSG)¹² sowie die Mutterschaft (im Sinne von Art. 5 ATSG) versichert.¹³

[Rz 10] Begriffe und Inhalte des ATSG kommen für das soziale Krankenversicherungsrecht nur solange zur Anwendung, als dieses nicht ausdrücklich von den Bestimmungen des ATSG befreit. Es kann dazu insbesondere auf Art. 1 Abs. 2 KVG verwiesen werden, welcher eingangs des Gesetzes unter dem Titel der «Allgemeinen Bestimmungen» zahlreiche Abweichungen zum ATSG vorsieht.¹⁴ Darüber hinaus existieren an jeweils gesonderter Stelle gesetzliche Derogationsnormen, welche von den Bestimmungen des ATSG gezielt abweichen (so zum Beispiel in Art. 42 Abs. 1 und Abs. 6 KVG).¹⁵

[Rz 11] Das schweizerische Recht über die soziale Krankenversicherung wird weiter durch bedeutende staatsvertragliche Übereinkommen reguliert, die das innerstaatliche Recht (teilweise) ergänzen oder erst begründen.¹⁶ In diesem Zusammenhang besonders zu erwähnen ist das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, am 1. Juni 2002 in Kraft getreten). Das FZA überlagert das KVG an unterschiedlicher Stelle und ist – wie sich noch zeigen wird – gerade im Bereich des hier zu thematisierenden Grenzgänger-Optionsrechts von grosser Bedeutung.¹⁷

III. Versicherungspflicht gemäss KVG

A. Allgemeine Versicherungspflicht

[Rz 12] Die schweizerische Krankenpflegeversicherung ist generell als eine sog. Individualversicherung ausgestaltet. Nach dieser hat jede Person der Krankenversicherung zwingend dann selbstständig oder über ihre gesetzliche Vertretung beizutreten, wenn sie gemäss der gesetzlichen Konzeption als subjektiv unterstellungspflichtig qualifiziert wird (bzw. ein gesetzlicher Anknüpfungspunkt begründet ist). Es handelt sich dabei um eine Volksversicherung, welche primär am Wohnsitz sämtlicher Personen auf dem schweizerischen Territorium anknüpft.¹⁸ Innerhalb der obligatorischen Krankenpflegeversicherung in der Schweiz ist damit grundsätzlich die gesamte Wohnbevölkerung versichert. Gemäss Art. 3 Abs. 1 KVG muss sich jede Person mit Wohnsitz in der Schweiz innert dreier Monate nach deren Wohnsitznahme oder der Geburt in der Schweiz für

¹² Demnach ist im Rahmen der Krankenpflegeversicherung ein Unfall nur dann versichert, soweit dafür primär keine Unfallversicherung aufzukommen hat. Ein *Unfall* ist gemäss Art. 4 ATSG jede plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat. Eingehend dazu KIESER (FN 11), Art. 4 N 7 ff.

¹³ Mutterschaft umfasst nach Art. 5 ATSG die Schwangerschaft und Niederkunft sowie die nachfolgende Erholungszeit der Mutter. Eingehend dazu KIESER (FN 11), Art. 5 N 2 ff.

¹⁴ Vgl. GÄCHTER/RÜTSCHKE (FN 6), N 971.

¹⁵ Thematisch handelt der 3. Abschnitt vom Schuldner der Vergütung sowie der Rechnungsstellung, Art. 42 ff. KVG.

¹⁶ Vgl. GÄCHTER/RÜTSCHKE (FN 6), N 971.

¹⁷ Daneben gilt es das Pendant für die EFTA-Staaten in Form des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA-Abkommen) zu erwähnen. Vgl. auch GÄCHTER/RÜTSCHKE (FN 6), N 971.

¹⁸ Vgl. UELI KIESER/KASPAR GEHRING/SUSANNE BOLLINGER, KVG/UVG Kommentar, Zürich 2018 (zit. KIESER/GEHRING/BOLLINGER), Art. 3 N 1.

Krankenpflege versichern oder von ihrem gesetzlichen Vertreter versichern lassen.¹⁹ Als Wohnsitz gilt dabei gemäss Art. 1 Abs. 1 KVV derjenige Ort, an welchem sich eine Person mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält.

[Rz 13] Aufgrund von Art. 3 Abs. 2 KVG ist der Bundesrat dazu ermächtigt, materielle Ausnahmen von der Versicherungspflicht vorzusehen (hier als *negative* Ausnahmen bezeichnet).²⁰ Ausführlich finden sich solche Ausnahmekonstellationen in Art. 2 Abs. 1 KVV. Als solche gelten etwa aktive und pensionierte Bundesbedienstete, die (bereits) der Militärversicherung unterstellt sind (Art. 2 Abs. 1 lit. a KVV) oder auch Personen, welche sich ausschliesslich zur ärztlichen Behandlung oder zur Kur in der Schweiz aufhalten (Art. 2 Abs. 1 lit. b KVV). Bei diesen Personen würde eine KVG-Unterstellungspflicht in stossender Weise zu einer Doppelversicherung oder zu einer unvertretbaren (finanziellen) Überbelastung führen. Durch den Erlass des Verordnungskatalogs negativer Ausnahmen hat der Bundesrat das grundsätzlich konzeptionell gültige Krankenpflegeversicherungs-Obligatorium in (zumeist) koordinationsrechtlicher Weise relativiert. In sämtlichen Fällen und unter allen Umständen besteht daher für die aufgeführten Personen als negative Ausnahme (positivrechtlich verankert) gerade keine KVG-Unterstellungspflicht.

B. Sondertatbestände betreffend Unterstellungspflicht

1. Versicherungspflichtige Personen ohne Schweizer Wohnsitz

[Rz 14] Nach Art. 3 Abs. 3 KVG kann der Bundesrat die grundsätzlich bestehende Versicherungspflicht – welche, wie oberhalb dargestellt, regelmässig am Wohnsitz in der Schweiz anknüpft – auch auf Personen *ohne* Wohnsitz innerhalb der Schweiz ausdehnen (hier als *positive* Ausnahmen bezeichnet). Das Gesetz erwähnt dazu insbesondere Personen, die auf schweizerischem Territorium tätig sind, dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von Art. 13 Abs. 2 ATSG haben oder im Ausland von einem Arbeitgeber mit Sitz in der Schweiz beschäftigt werden. Darunter fallen etwa Ausländer mit einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung nach dem schweizerischen Ausländerrecht, die mindestens drei Monate gültig ist (Art. 1 Abs. 2 lit. a KVV) oder unselbstständige erwerbstätige Ausländer, deren Kurzaufenthaltsbewilligung weniger als drei Monate gültig ist, sofern sie für die Behandlung in der Schweiz nicht über einen gleichwertigen Versicherungsschutz verfügen (Art. 1 Abs. 2 lit. b KVV). Besonders zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang das *Grenzgänger-Optionsrecht* gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. d KVV (sowie sinngemäss für gewisse EFTA-Staaten Art. 1 Abs. 2 lit. e KVV), wonach Personen, welche in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union wohnen und nach dem in Art. 95a lit. a KVG genannten FZA sowie seinem Anhang II der schweizerischen Versicherung (grundsätzlich) unterstellt sind.²¹

¹⁹ Vgl. CAVIEZEL (FN 8), Ziff. 3.6.3.

²⁰ Darunter fallen Personen, die im Sinne von Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge vom 22. Juni 2007 durch gewisse Vorrechte begünstigt werden (Vorrechte, Immunitäten, Erleichterungen und finanzielle Beiträge).

²¹ Gleiches gilt im Übrigen gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. e KVV für Personen aus einem EFTA-Mitgliedstaat.

2. Freiwillige (variable) Ausnahme von der Unterstellungspflicht

[Rz 15] Art. 2 Abs. 2 – 8 KVV sehen schliesslich Konstellationen vor, in welchen zwar prinzipiell eine gesetzliche Unterstellungspflicht unter das schweizerische Krankenpflegeversicherungs-Obligatorium bestehen kann, für welche der Bundesrat jedoch wegen sachlicher Gründe oder aufgrund staatsvertraglicher Vereinbarung explizit eine Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen (nationalen) Versicherungssystemen vorsieht. Die Unterstellung erfolgt demnach basierend auf einer gesuchweisen Befreiung von der schweizerischen Unterstellungspflicht. In einem weiteren Sinne handelt es sich dabei um verschiedene, sachverhätlich divergierende Formen von Optionsrechten (hier als *variable* Ausnahmen bezeichnet). Es sei angemerkt, dass positive Ausnahmen zwar durchaus eine Grundregel begründen, jedoch teilweise durch variable Ausnahmen (d.h. durch Einführung einer Optierungsmöglichkeit) ergänzt sein können. Mit anderen Worten gelten gewisse Unterstellungspflichten gemäss KVV lediglich relativ und es kann durch Gesuch auf Optierung von diesen rechtswirksam abgewichen werden.

[Rz 16] Folgende Konstellationen sind materiellrechtlich verankert und begründen variable Ausnahmen vom schweizerischen Krankenversicherungs-Obligatorium:

- **Art. 2 Abs. 2 KVV:** Auf Gesuch hin von der Versicherungspflicht ausgenommen sind Personen, die nach dem Recht eines Staates, mit dem keine Regelung über die Abgrenzung der Versicherungspflicht besteht, obligatorisch krankenversichert sind, sofern der Einbezug in die schweizerische Versicherung für sie eine Doppelbelastung bedeuten würde und sie für Behandlungen in der Schweiz über einen gleichwertigen Versicherungsschutz verfügen.
- **Art. 2 Abs. 4 KVV:** Auf Gesuch hin von der Versicherungspflicht ausgenommen sind Personen, die sich im Rahmen einer Aus- oder Weiterbildung in der Schweiz aufhalten, wie namentlich Studierende, Schüler, Praktikanten und Stagiaires sowie die sie begleitenden Familienangehörigen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 KVV, sofern sie während der gesamten Geltungsdauer der Befreiung für Behandlungen in der Schweiz über einen gleichwertigen Versicherungsschutz verfügen.
- **Art. 2 Abs. 5 KVV:** Auf Gesuch hin von der Versicherungspflicht ausgenommen sind in die Schweiz entsandte Arbeitnehmer, welche gestützt auf eine zwischenstaatliche Vereinbarung über soziale Sicherheit von der Beitragspflicht in der schweizerischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) befreit sind sowie die sie begleitenden Familienangehörigen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 KVV, wenn der Arbeitgeber sich verpflichtet, dafür zu sorgen, dass während der gesamten Geltungsdauer der Befreiung für Behandlungen in der Schweiz mindestens die Leistungen nach KVG versichert sind. Diese Regelung gilt sinngemäss auch für andere Personen, die gestützt auf eine zwischenstaatliche Vereinbarung durch eine Ausnahmegewilligung während eines vorübergehenden Aufenthaltes in der Schweiz von der Beitragspflicht in der AHV/IV befreit sind.
- **Art. 2 Abs. 6 KVV:** *Auf Gesuch hin von der Versicherungspflicht ausgenommen sind Personen, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union wohnen, sofern sie nach dem FZA sowie seinem Anhang II von der Versicherungspflicht befreit werden können und nachweisen, dass sie im Wohnstaat und während eines Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union und in der Schweiz für den Krankheitsfall gedeckt sind (vorliegend als «Grenzgänger-Optionsrecht» bezeichnet und im Nachfolgenden vertieft behandelt).*

- **Art. 2 Abs. 7 KVV:** Auf Gesuch hin von der Versicherungspflicht ausgenommen sind Personen, die über eine Aufenthaltsbewilligung für Personen ohne Erwerbstätigkeit nach dem Freizügigkeitsabkommen oder dem EFTA-Abkommen verfügen, sofern sie während der gesamten Geltungsdauer der Befreiung für Behandlungen in der Schweiz über einen gleichwertigen Versicherungsschutz verfügen.
- **Art. 2 Abs. 8 KVV:** Auf Gesuch hin von der Versicherungspflicht ausgenommen sind Personen, für welche eine Unterstellung unter die schweizerische Versicherung eine klare Verschlechterung des bisherigen Versicherungsschutzes oder der bisherigen Kostendeckung zur Folge hätte und die sich aufgrund ihres Alters und/oder ihres Gesundheitszustandes nicht oder nur zu kaum tragbaren Bedingungen im bisherigen Umfang Zusatzversichern könnten.

IV. Das Grenzgänger-Optionsrecht

A. Rechtliche Verankerungen

1. Allgemeine Bemerkungen

[Rz 17] Grenzgängerinnen und Grenzgänger wohnen für gewöhnlich in einem (angrenzenden)²² EU-Mitgliedsstaat, generieren ihr Erwerbseinkommen jedoch teilweise oder vollständig in der Schweiz. Wie oberhalb bereits erörtert wurde, sieht das schweizerische Krankenpflegeversicherungs-Statut für solche Personen ebenfalls eine grundsätzlich geltende KVG-Unterstellung vor. Gerade für Grenzgängerinnen und Grenzgänger ist daher eine zweckmässige Koordination der sozialen Versicherungssysteme zentral, widrigenfalls solche Personen aufgrund verschiedener Anknüpfungspunkte innerhalb zweier Staaten – z.B. in Deutschland und in der Schweiz – zu (gleichen oder ähnlichen) Versicherungsleistungen verpflichtet sein könnten. Eine Doppelbelastung dieser Art wäre überaus stossend und bedarf deshalb der Regulierung bzw. Koordination. Damit gemeint ist in erster Linie die Koordination der sozialen Sicherheit, wie sie im FZA abgebildet ist.

2. Freizügigkeitsabkommen

[Rz 18] Gemäss dem FZA²³ zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten mit Inkrafttreten per 1. Juni 2002 wenden die Vertragsparteien die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit (die EG VO Nr.883/2004)²⁴

²² Aufgrund des hochtaktigen Flugverkehrs gibt es mittlerweile auch «Grenzgänger», welche nicht zwingend in anliegenden Staaten wohnhaft sein müssen. Das vorliegend behandelte Grenzgänger-Optionsrecht beschäftigt sich allerdings mit grenzüberschreitenden Arbeitnehmern aus den Staaten Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich (Finnland und Portugal mit Sonderregelung sind vorbehalten).

²³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, in Kraft getreten am 1. Juni 2002 (SR 0.142.112.681).

²⁴ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, geändert durch: Verordnung (EG) Nr. 988/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 (Abl. L 284 vom 30. Oktober 2009, S. 43), in der Fassung von Anhang II zum Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. April 2012

an. Gemäss Anhang XI Schweiz Ziff. 3 lit. a Ziff. i der EG VO Nr. 883/2004 unterliegen Personen, die nicht in der Schweiz wohnen, den schweizerischen Rechtsvorschriften über die obligatorische Krankenpflegeversicherung, wenn sie in der Schweiz eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben. Demnach untersteht prinzipiell jede Person aus den betreffenden Staaten der Europäischen Gemeinschaft, die gleichzeitig in der Schweiz erwerbstätig ist, den schweizerischen Rechtsvorschriften über die soziale Krankenversicherung.

3. Krankenversicherungsgesetzgebung und Implementierung des FZA

[Rz 19] Wie bereits oberhalb allgemein dargelegt wurde, sind gemäss Art. 3 Abs. 1 KVG Personen mit Wohnsitz in der Schweiz grundsätzlich dazu verpflichtet, sich innert dreier Monate nach der Wohnsitznahme oder der Geburt in der Schweiz für Krankenpflege versichern zu lassen. Für Personen ohne Wohnsitz besteht demnach prinzipiell keine Unterstellungspflicht, wobei der Bundesrat das schweizerische Territorium überschreitende Unterstellungspflichten vorsehen kann (Art. 3 Abs. 3 lit. a KVG; Anknüpfung an zusätzlichen Unterstellungselementen wie etwa eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz).

[Rz 20] Der Bundesrat hat von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und die Krankenpflegeversicherungspflicht auf Verordnungsebene hinsichtlich verschiedener Personengruppen konkretisiert. Für Grenzgänger – betreffend vor allem die Staaten Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich – hat der Bundesrat in Art. 1 Abs. 2 lit. d KVV rezitiert, was bereits aufgrund des FZA in Bezug auf die EG VO Nr. 883/2004 geltendes Recht darstellt. Demnach sind grundsätzlich ebenfalls Personen unterstellungspflichtig, welche in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union wohnen und nach dem in Art. 95a lit. a KVG referenzierten FZA sowie dessen Anhang II dem schweizerischen Krankenpflegeversicherungs-Obligatorium unterstellt sind (Art. 1 Abs. 2 lit. d KVV).

[Rz 21] Nach Anhang XI Schweiz Ziff. 3 lit. b der EG VO Nr. 883/2004 können die von einer nationalen Versicherungspflicht betroffenen Personen von ihrer (grundsätzlich im Sinne einer positiven Ausnahme geltenden) Unterstellungspflicht in der Schweiz befreit werden, wenn sie in einem der folgenden Staaten wohnhaft sind und nachweisen, dass sie dort für den Krankheitsfall abgedeckt sind:

- Deutschland («klassische» Grenzgänger);
- Frankreich («klassische» Grenzgänger);
- Italien («klassische» Grenzgänger);
- Österreich («klassische» Grenzgänger); sowie
- *Finnland und Portugal (Sonderregelung; nachfolgend nicht weiter behandelt).*

[Rz 22] Diese soeben erwähnte Ausnahme von der grundsätzlich geltenden obligatorischen Krankenpflegeversicherungsunterstellung wird – sinngemäss – im schweizerischen Verordnungsrecht in Art. 2 Abs. 6 KVV abgebildet. Demnach ist *auf Gesuch hin* von der Versicherungspflicht ausgenommen (es handelt sich um eine *variable* Ausnahme), wer in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union wohnt, sofern er nach dem FZA sowie dessen Anhang II von der Versicherungspflicht

(SR 0.831.109.268.1). Anhang XI der EG VO Nr. 883/2004 ist beschriftet mit «Besondere Vorschriften für die Anwendung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten.

befreit werden kann und nachweist, dass er im Wohnstaat und während seines Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union und in der Schweiz für den Krankheitsfall gedeckt ist.

B. Rechtsnatur des Optionsrechts

1. Tatbestandsmerkmale der Optierung

[Rz 23] Sinngemäss hält somit Anhang XI Schweiz Ziff. 3 lit. b der EG VO Nr. 883/2004 für das hier als *Grenzgänger-Optionsrecht* bezeichnete Optierungsrecht fest, dass sich grundsätzlich nur *in der Schweiz versicherungspflichtige Personen* auf Antrag von der Versicherungspflicht befreien lassen können, wenn sie in einem der erwähnten (*angrenzenden*) Staaten wohnhaft sind und nachweisen, dass sie im Wohnsitzstaat *gegen den Krankheitsfall gedeckt* sind. Die Ausübungsbedingungen sowie der Umfang des Optierungsrechts werden entsprechend in der EG VO Nr. 883/2004 in deren Anhang XI Schweiz Ziff. 3 lit. b aa) und bb) dargelegt. Der betreffende Antrag muss diesen Voraussetzungen folgend (i) innerhalb von drei Monaten nach Entstehung der Versicherungspflicht in der Schweiz gestellt werden und (ii) schliesst gleichzeitig sämtliche im selben Staat wohnenden Familienangehörigen ein.

[Rz 24] Die dem FZA bzw. der EG VO Nr. 883/2004 entsprechende Norm des schweizerischen Krankenpflegeversicherungs-Statuts hält mit Art. 2 Abs. 6 KVV sinngemäss fest, dass Personen auf Gesuch hin von der Versicherungspflicht ausgenommen werden können, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union wohnhaft sind, sofern sie nach dem FZA sowie dessen Anhang II von der Versicherungspflicht befreit werden können und nachweisen, dass sie im Wohnsitzstaat und während des gesamten Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union und in der Schweiz für den Krankheitsfall gedeckt sind. *Weitere Voraussetzungen*, welche über das FZA bzw. die EG VO Nr. 883/2004 hinausgehen würden, lassen sich dem schweizerischen Verordnungsrecht hingegen *nicht* entnehmen (vorbehalten bleibt die Gesuchstellungsfrist, wie sie in Art. 7 Abs. 4 KVV statuiert ist).

[Rz 25] Aus den erwähnten (konsolidierten) Rechtsgrundlagen lassen sich somit für das Grenzgänger-Optionsrecht die folgenden – *ausdrücklich statuierten* – Voraussetzungen aufzählen:

- **Bestehen einer Befreiungsmöglichkeit von der Unterstellungspflicht nach KVG:** Gemeint ist damit die rechtliche Verankerung des Tatbestandes, wonach die Grenzgängereigenschaft sowie die Optierungsmöglichkeit überhaupt definiert werden. Wie gesehen, besteht die Befreiungsmöglichkeit vom schweizerischen Krankenpflegeversicherungs-Obligatorium ausschliesslich für Personen mit Wohnsitz in den der Schweiz angrenzenden Staaten Deutschland, Italien, Frankreich und Österreich.
- **Formelle Gesuchstellung:** Mit Urteil BGer 9C_801/2014 vom 10. März 2015 hielt das Bundesgericht im Wesentlichen fest, dass in der Schweiz unterstellungspflichtige Grenzgängerinnen und Grenzgänger sich nur mittels eines formellen Gesuchs nach Art. 2 Abs. 6 KVV von ihrer Versicherungspflicht befreien lassen können. Folge dieses Urteils war und ist es, dass sämtliche Personen, welche bislang über eine alternative Versicherungsdeckung abgesichert waren und nicht mittels eines schriftlichen (formellen) Gesuchs vom schweizerischen Krankenpflegeversicherungs-Obligatorium befreit wurden, sich auch nachträglich noch über das KVG-Obligatorium unterstellen lassen können. Nach Auffassung des Bun-

desgerichts ist in Bezug auf die Modalitäten des Grenzgänger-Optionsrechts dieses zumindest nicht stillschweigend ausübbar.²⁵ Somit kann immerhin festgehalten werden, dass die Eingabe eines formellen Gesuchs als notwendige Rechtsvoraussetzung des Grenzgänger-Optionsrechts anzusehen ist.

- **Einhaltung der Gesuchsfrist:** Das Gesuch für die Optierung des Versicherungspflichtigen ist bei der kantonally zuständigen Behörde in der Schweiz zu stellen und muss innerhalb von grundsätzlich *drei Monaten* nach der Aufnahme der Beschäftigung in der Schweiz eingereicht werden. In begründeten Fällen darf der Antrag jedoch (noch) nach diesem Zeitraum gestellt werden. Diesfalls wird die Befreiung ebenfalls ab dem Zeitpunkt der Entstehung der Versicherungspflicht wirksam.²⁶
- **Nachweis einer alternativen Versicherungsdeckung:** Bei der alternativen Versicherungsdeckung muss es sich nach allgemeiner Auffassung nicht zwingend um ein identisches oder zur KVG-Deckung gleichwertiges Produkt handeln. Vielmehr reicht es aus, wenn die Grenzgängerin oder der Grenzgänger einen ausreichenden Nachweis erbringen kann, wonach sie oder er gegen Fälle von Krankheit hinreichend abgedeckt ist.²⁷ Ein solches Produkt muss dabei sinnigerweise sowohl im Ausland als auch in der Schweiz bezogen werden können. Mit anderen Worten dürfte es also nicht notwendig sein, dass ein Grenzgänger zwingend im Heimatstaat zu versichern ist (sollte dieser eine Optierung in Betracht ziehen). Vielmehr muss es auch möglich sein, dass ein privates Versicherungsprodukt – in Übereinstimmung mit den schweizerischen und allfälligen ausländischen Bestimmungen des Heimatstaates – als Alternativabdeckung bezogen werden darf.

2. Modalitäten des Optionsrechts im Allgemeinen

[Rz 26] Über die exakten Modalitäten des Grenzgänger-Optionsrechts lassen sich bis auf die oberhalb erwähnten Tatbestandsvoraussetzungen weder dem FZA (bzw. der EG VO 883/2004, Anhang XI Schweiz Ziff. lit. b aa) und bb)) noch dem schweizerischen Krankenversicherungsrecht zur sozialen Krankenversicherung weitere klärende (oder weiterführende) Hinweise entnehmen. Auch die Materialien zum schweizerischen Krankenpflegeversicherungsrecht enthalten keine präzisierenden Erläuterungen.

[Rz 27] Insbesondere ist unklar, ob und falls ja, wie oft das betreffende Optionsrecht erneut ausgeübt werden darf; mit anderen Worten stellt sich die Frage, ob das Grenzgänger-Optionsrecht als (absolut) *einmalig* und *unwiderruflich* anzusehen ist oder ob eine mehrmalige Ausübung (unter gewissen Voraussetzungen) rechtlich zulässig wäre (nachfolgend unter 3.). Zu unterscheiden wären diesfalls folgende drei Konstellationen: (1) **Absolut** einmalig und unwiderruflich (eine mehrmalige Ausübung des gleichen Optionsrechts wäre ungeachtet neu eintretender Ereignisse und Umstände unzulässig); (2) **Relativ** einmalig und unwiderruflich (eine mehrmalige Ausübung des gleichen Optionsrechts wäre grundsätzlich unzulässig, allerdings können bestimmte Ereignisse und sich ändernde Umstände eine neuerliche Optierung ermöglichen); (3) **Generell nicht ein-**

²⁵ BGer 9C_801/2014 vom 10. März 2015, E. 3.1 ff.; vgl. Informationsschreiben des Bundesamtes für Gesundheit vom 20. April 2015: Optionsrecht in der Krankenversicherung – Urteil des Bundesgerichts vom 10. März 2015 (9C_801/2014).

²⁶ S. dazu nachfolgend unter 5.

²⁷ vgl. BGer 9C_561/2016 vom 27. März 2017; BGE 136 V 295, E. 2.3.2-3 S; BGE 135 V 339, E. 4.3.2; BGE 131 V 202 E. 2.2.1

malig und unwiderruflich (eine KVG-Unterstellung könnte auch bei unveränderten Umständen erneut ausgeübt werden. Wie sich allerdings noch zeigen wird, stehen einer solchen Interpretation nicht bloss praktische, sondern auch rechtliche Gründe entgegen).

[Rz 28] Sodann fragt sich, ob hinsichtlich eines bereits ausgeübten Optionsrechts ein ausnahmsweises Wiederaufleben (nachfolgend auch Novation) möglich bleibt, wobei diese Frage insbesondere dann von Belang sein dürfte, wenn der Rechtscharakter des Grenzgänger-Optionsrechts als grundsätzlich einmalig und unwiderruflich qualifiziert werden müsste (nachfolgend unter 4.).

[Rz 29] Auf die soeben aufgeworfenen Fragen wird nachfolgend eingegangen.

3. Einmaligkeit und Unwiderruflichkeit der Grenzgänger-Optierung?

[Rz 30] Eine gesetzliche Grundlage dafür, dass das Grenzgänger-Optionsrecht lediglich einmal ausgeübt werden können soll und damit unwiderruflich ist, lässt sich den anwendbaren Rechtsquellen weder explizit noch implizit entnehmen. Auf den ersten Blick müsste vielmehr die Annahme getroffen werden, dass das Grenzgänger-Optionsrecht – zumindest dem Grundsatz nach – mehrfach ausgeübt werden darf und somit nicht als einmalig und unwiderruflich qualifiziert.

[Rz 31] Erste Hinweise auf ein solches Verständnis des Optionsrechts ergeben sich aus dem klaren Wortlaut sowie dem systematischen Aufbau von Art. 2 KVV. Art. 2 Abs. 4 KVV ermöglicht es beispielsweise Personen, die sich im Rahmen einer Aus- oder Weiterbildung in der Schweiz aufhalten, wie namentlich Studierende, Schüler und Schülerinnen, Praktikanten und Praktikantinnen sowie Stagiaires, sich vom schweizerischen Krankenpflegeversicherungs-Obligatorium auszunehmen (s. bereits oberhalb). Im letzten Satz der Bestimmung wird sodann *explizit* festgehalten, dass der betreffende Gesuchsteller die Befreiung oder einen Verzicht auf die Befreiung – mithin das ausgeübte Optionsrecht – ohne besonderen Grund *nicht* widerrufen kann (Art. 2 Abs. 4 KVV, letzter Satz).²⁸ Solche Bezugnahmen auf Einmaligkeit und Unwiderruflichkeit finden sich darüber hinaus auch in Art. 2 Abs. 5, Abs. 7 sowie Abs. 8 KVV. Art. 2 Abs. 6 KVV – das Grenzgänger-Optionsrecht – wurde hingegen als einziger thematischer Absatz²⁹ *nicht* durch einen entsprechenden Zusatz ergänzt. Es kann deshalb wohl davon ausgegangen werden, dass eine diesbezügliche Einengung für Art. 2 Abs. 6 KVV vom Gesetzgeber (bzw. vorliegend vom Bundesrat) nicht anvisiert wurde. Eine entgegenstehende Auffassung liesse sich bereits deshalb nur schwerlich vertreten, weil Art. 2 Abs. 6 KVV diesfalls – ohne einen solchen Zusatz betreffend die Ausübungsmodalitäten des Optionsrechts zu beinhalten – enger ausgelegt würde, als die übrigen Absätze von Art. 2 KVV, welche eine Ausübungseinschränkung in Bezug auf die Widerruflichkeit *explizit* enthalten.

[Rz 32] Im Abkommen vom 7. Juli 2016 zwischen der Schweiz und Frankreich (nachfolgend **Abkommen**)³⁰ nimmt der Bundesrat zu gewissen Punkten über die Auslegung des Optionsrechts Stellung. Er hält dabei unter anderem in der Präambel des Abkommens Folgendes fest: «[...]

²⁸ Art. 2 Abs. 4 letzter Satz lautet wie folgt: «Die betreffende Person kann die Befreiung oder einen Verzicht auf die Befreiung ohne besonderen Grund nicht widerrufen».

²⁹ Immerhin besteht mit Art. 2 Abs. 2 KVV eine Ausnahmetatbestand mit ähnlicher Struktur im Vergleich zu Art. 2 Abs. 6 KVV. Erste Anspruchsgrundlage findet nur auf Personen aus solchen Staaten Anwendung, mit welchen die Schweiz keine besonderen Vereinbarungen zur sozialrechtlichen Koordination getroffen hat.

³⁰ Es ist selbsterklärend, dass es sich hierbei um einen leicht anderen Kontext – nämlich das Verhältnis Frankreich zu Schweiz – handelt. Dennoch dient der Accord durchaus als interpretative Quelle für die Klärung über die Rechtsnatur des Grenzgänger-Optionsrechts in Bezug auf dessen Ausübbarkeit.

considérant que les autorités compétentes suisses et françaises ont conjointement reconnu la pratique selon laquelle l'exemption est irrévocable à moins que ne survienne un nouveau fait générateur de son exercice; considérant que le Tribunal fédéral suisse a confirmé que le dépôt d'une demande d'exemption est nécessaire; [...]». Demgemäss beschreibt der Bundesrat das durch einen Antrag auszuübende Optionsrecht grundsätzlich wohl als einmalig, hält aber gleichzeitig fest, dass dies nicht auch für *neuartige Ereignisse* gelten könne und bestätigt damit den *nicht absoluten (d.h. den relativen) Charakter des Optionsrechts* im vorliegenden Kontext der Grenzgängerthematik. Diese Erwägungen werden sodann in Art. 2 Ziff. 2 des Abkommens explizit verankert, indem der Bundesrat besagt: *«L'exemption de l'assurance-maladie obligatoire suisse prévue à la lettre b du chiffre 3 sous «Suisse» de l'annexe XI du règlement (CE) no 883/2004 est définitive et irrévocable, sous réserve de la survenance d'un nouveau fait générateur de son exercice [...]*».

[Rz 33] Nach dem Gesagten muss wohl am ehesten gelten, dass (immerhin) für das Grenzgänger-Optionsrecht gemäss Anhang XI Schweiz Ziff. 3 lit. b sowie Art. 2 Abs. 6 KVV ein Widerruf aus rechtlicher Sicht durchaus denkbar ist und dieses Recht damit nicht zwingend nur einmal ausgeübt werden kann. Vielmehr lässt der Anwendungsbereich der anwendbaren Bestimmungen es zu – gemäss aktuell vorliegendem Verordnungstext –, dass bestimmte Ereignisse die Ausübung des Optionsrechts (erneut) ermöglichen. Dies würde es theoretisch zulassen, dass ein betroffener Grenzgänger jederzeit auf sein Optionsrecht zurückkommen und seine Versicherungsunterstellung abändern dürfte. Das Grenzgänger-Optionsrecht würde unter diesen Umständen als nicht einmalig und unwiderruflich qualifizieren. Ob eine solche Auslegung allerdings wirklich dem gesetzgeberischen Willen bzw. dem Willen des Ordnungsgebers entspricht, darf durchaus angezweifelt werden. So deutet das hierin zitierte Abkommen zwischen der Schweiz und Frankreich ein (allgemeines) Verständnis des Bundesrates über Art. 2 Abs. 6 KVV dahingehend an, dass das Widerrufsrecht nach einer entsprechenden Optierung ohne sich ändernde Umstände nicht ohne weiteres erneut ausgeübt werden kann.

[Rz 34] Ein jederzeitiges und bedingungsloses Widerrufsrecht würde mithin auch dem Solidaritätsprinzip, welches dem schweizerischen Sozialversicherungsrecht zugrunde liegt, widersprechen. Dem Solidaritätsprinzip zufolge sollen soziale Risiken durch einen Zusammenschluss zu einer Versichertengemeinschaft kollektiviert werden (sog. Versicherungssolidarität), wobei ein Risikoausgleich zwischen verschiedenen Risikogruppen erfolgen soll. Jeder Versicherte soll hierbei Beiträge unabhängig davon leisten, ob er jemals in den Genuss von Versicherungsleistungen kommen wird (sog. Risikosolidarität).³¹ Als Mittel zur Umsetzung der Versicherungssolidarität bedarf es einer möglichst grossen Versichertengemeinschaft, welche einzig mittels eines staatlichen Versicherungsobligatoriums erfolgreich sichergestellt werden kann.³² Indem Grenzgänger sich nun beliebig der obligatorischen Krankenversicherung in der Schweiz entziehen und wieder unterstellen könnten, würde dies Sinn und Zweck des Solidaritätsprinzips zuwiderlaufen. Mit anderen Worten dürfte daher das Optionsrecht gemäss Art. 2 Abs. 6 auch ohne einen grammatikalischen Zusatz – wie die übrigen Absätze von Art. 2 KVV es teilweise indizieren – viel eher als *relativ* einmalig und unwiderruflich qualifizieren. Nach hier vertretener Auffassung ist einer solchen Interpretation durchaus der Vorrang zu gewähren; ein jederzeitiges Widerrufsrecht

³¹ MERET BAUMANN, Das Solidaritätsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, in: SzS – Schriften zum Sozialversicherungsrecht Band/Nr. 18, 2008 (zit. BAUMANN), S. 135 ff.

³² BAUMANN (FN 31), S. 106 ff. und 138.

ohne einschränkende Voraussetzungen und unter gleichbleibenden Umständen gilt es demnach abzulehnen (s. deshalb zur Novation nachfolgend).

[Rz 35] Interessant ist darüber hinaus die von der Gemeinsamen Einrichtung KVG – korrekterweise – vertretene Auffassung, wonach bei Endigung der Tätigkeit und bei Versicherungspflicht im Wohnstaat aufgrund von Arbeitslosigkeit nach erneuter Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz wieder ein Optionsrecht besteht.³³ Diese Praxis zeigt denn auch deutlich, dass eine verabsolutierte Ausübung des Optionsrechts bereits schon aus praktischen, aber eben auch aus rechtlichen Gründen nicht korrekt sein kann (s. etwa Art. 7 Abs. 4 KVV). Mit anderen Worten sind neue oder sich ändernde Umstände durchaus für die neuerliche Ausübung (desselben) Optionsrechts von Bedeutung.

4. Novation der Optierung?

[Rz 36] Sollte man – wie an dieser Stelle postuliert – zum Ergebnis gelangen, das Optionsrecht sei in seiner Ausübbarkeit dem Grundsatz nach zwar (relativ) einmalig und unwiderruflich, würde diesem Grundsatz jedoch keinesfalls absoluter Charakter zukommen können. So hält das Bundesgericht denn auch in BGer 9C_561/2016 vom 27. März 2017 als Zusatzbemerkung in der Erwägung 8.2 fest, das Optionsrecht habe *relativ unwiderruflichen Charakter*, da es bei Eintreten eines neuen Ereignisses wieder ausgeübt werden könne. Begründet wird diese Auffassung jedoch nicht, weshalb das Urteil als verlässliche Quelle wenig ergiebig ist. Daraus wäre allerdings in konsequenter Fortführung und der Behauptung folgend, das Optionsrecht sei einmalig und unwiderruflich, zwingend abzuleiten, dass eine Novation der Optierung aufgrund «besonderer Verhältnisse» trotz grundsätzlich einmaligen Charakters möglich bleiben muss.

[Rz 37] Im Leitfaden über die Krankenversicherung mit Bezug zur EU/EFTA und über die Leistungsaushilfe für Personen mit einer obligatorischen Krankenpflegeversicherung (KVG) in der Schweiz, herausgegeben von der Gemeinsamen Einrichtung KVG und datierend vom 12. Dezember 2018 (nachfolgend der **Leitfaden**), wird in Ziffer 4.3.1.3.6 Folgendes festgehalten: «*Ist ein Grenzgänger im Rahmen einer Privatversicherung im Wohnstaat gedeckt und verliert er diesen Versicherungsschutz auf unverschuldete Weise, so sind die Voraussetzungen für eine Befreiung von der Versicherungspflicht in der Schweiz nicht mehr erfüllt. Infolgedessen wechselt die Zuständigkeit in der Krankenversicherung vom Wohnstaat in die Schweiz. Die Schweiz muss einen Grenzgänger, welcher unverschuldet seinen Versicherungsschutz verliert, in die obligatorische Krankenversicherung aufnehmen*».

[Rz 38] Dass eine Novation des Optionsrechts im Allgemeinen zudem durchaus möglich bleiben muss, bestätigt ebenfalls der Leitfaden mit Bezugnahme auf eine Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland. Unter Ziffer 4.3.1.3.5 wird dazu Folgendes festgehalten: «*Die Ausübung des Optionsrechts ist an den Wohnstaat geknüpft und eng mit der Wahl des Gesundheitssystems im Wohnstaat verbunden. Darum muss bei Verlegung des Wohnsitzes von einem EU-Staat mit Optionsrecht in einen andern EU-Staat mit Optionsrecht die versicherungsrechtliche Situation neu beurteilt werden. Zum Zeitpunkt der Wohnsitzverlegung tritt erneut Versicherungspflicht in der Schweiz ein mit der Möglichkeit, dass die Person innerhalb von drei Monaten nochmals von ihrem Optionsrecht Gebrauch machen kann. Um das Optionsrecht nach Anhang XI zur VO 883/2004 rechtsgültig auszuüben, muss die Person u.a. eine*

³³ Vgl. Informationspapier der Gemeinsamen Einrichtung KVG, Befreiung von der Krankenversicherungspflicht auf Basis des Freizügigkeitsabkommens – Optionsrecht für Grenzgänger, S. 2.

Versicherungsdeckung im Wohnstaat nachweisen können. Hat eine Person ihr Optionsrecht zu Gunsten einer Versicherung im Wohnstaat ausgeübt und sich von der Versicherungspflicht in der Schweiz befreien lassen, kann bei einer Wohnsitzverlegung in einen anderen Staat mit Optionsrecht nicht davon ausgegangen werden, dass die Person auch im neuen Wohnstaat automatisch über eine Versicherungsdeckung verfügt. Zum Zeitpunkt der Wohnsitzverlegung ist der Person somit entweder ein Wechsel in die Versicherung nach KVG oder eine Befreiung von der Versicherungspflicht nach KVG zu ermöglichen».

[Rz 39] Aus den vorangehenden Quellenzitaten wird ersichtlich, dass die Merkmale «Einmaligkeit und Unwiderruflichkeit» des Optionsrechts keinesfalls absolut gelten können. Ein Grenzgänger, welcher durch *unverschuldete Ereignisse* seine alternative Versicherungsdeckung (d.h. die die soziale KVG-Lösung ersetzende Abdeckung) einbüsst, ist demgemäss wieder dem KVG-Versicherungsstatut der Schweiz zu unterstellen. Damit lebt das ursprüngliche Optionsrecht auf und der Grenzgänger hat neuerlich die Wahl, ob er sich von der schweizerischen obligatorischen Krankenpflegeversicherung per Gesuch befreien lassen möchte oder aber, ob er sich dem schweizerischen Krankenpflegeversicherungs-Obligatorium unterstellt. Irrelevant ist dabei, ob für die betroffene Person eine alternative Versicherungsdeckung im Wohnstaat (nach wie vor) möglich wäre oder nicht. Diejenige Person, welche ihre optierte Versicherungsdeckung *unverschuldet* verliert, ist nämlich keineswegs dazu verpflichtet, eine alternative Versicherungsdeckung zum schweizerischen KVG-Statut zu gewährleisten, da diese ohne eine neuerliche Optierung automatisch (subsidiär) unter die schweizerischen KVG-Bestimmungen und somit unter das schweizerische Krankenpflegeversicherungs-Obligatorium fallen müsste. Diesfalls geht nämlich das schweizerische Recht davon aus, dass das dem Grenzgänger zukommende Optionsrecht nicht ausgeübt wurde und folglich keine Ausnahme von der Versicherungspflicht vorliegt (Art. 2 Abs. 6 KVV). Daraus müsste konsequenterweise *ex lege* eine obligatorische KVG-Unterstellung gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. d KVV resultieren.

[Rz 40] Fraglich bleibt somit, welche Szenarien als *unverschuldeter Versicherungsverlust* angesehen werden müssen. So dürften nach hier vertretener Auffassung etwa diejenigen Konstellationen zu einem unverschuldeten Verlust führen, in welchen der Versicherungsnehmer einer alternativen (optierten) Versicherungslösung aufgrund eines Konkurses seines Versicherers oder aufgrund einer umfassenden Produkteinstellung durch den Versicherer seine soziale Krankenversicherungsdeckung insgesamt verliert. Die Berufung der schweizerischen Behörden, wonach in diesen Fällen rechtmässig optiert wurde und das betreffende Optionsrecht damit erloschen sei, wäre diesfalls unzulässig und das ausgeübte Optionsrecht würde novieren. Inwieweit dieses hier postulierte *Novationsrecht* im Einzelnen geht, müsste anhand der Rechtsprechung und Lehre fortentwickelt werden. In sämtlichen Fällen eines unverschuldeten Versicherungsverlusts wäre immerhin zu fordern, dass der Versicherungsnehmer zu keinem Zeitpunkt für den Verlust der Versicherungsdeckung (selbstverschuldet) mitursächlich war. Klarerweise wird deshalb der Versicherungsnehmer dann keinen Übertritt in das KVG-Obligatorium verlangen können, wenn er aufgrund seines eigenen Verhaltens (z.B. Zahlungsunwilligkeit oder auch Zahlungsunfähigkeit) den Versicherer zur Auflösung der alternativen Versicherungslösung veranlasst hat. Nicht ursächlich wäre hingegen der Wechsel von einer Versicherung in eine andere als Ausdruck eines ökonomischen, opportunistischen Verhaltens. Wirtschaftlich-rationales Handeln darf dem Versicherungsnehmer nicht zum Nachteil gereichen und ist entsprechend im Rahmen des Novationsrechts solange hinzunehmen, als dem Verhalten kein rechtsmissbräuchlicher Charakter nachgewiesen werden kann. Rechtsmissbräuchlich wäre es beispielsweise, wenn der Versicherungsnehmer trotz eingehender Aufklärung darüber, dass ein bestimmtes Versicherungsprodukt nur für

eine bestimmte Zeit auf dem Markt angeboten werden wird, dennoch in diese Versicherungslösung wechselt, um dadurch in Zukunft den Verlust seiner alternativen Versicherungsdeckung zu bewirken. Allgemein bekannte Tatsachen sind deshalb dem Wissen des Versicherungsnehmers zuzurechnen und gelten nach hier vertretener Ansicht für den allfälligen Deckungsverlust als mitursächlich und somit verschuldet.

5. Zeitlich verspätete Ausübung des Optionsrechts?

[Rz 41] Gemäss EG VO Nr. 883/2004 und ihres Anhangs XI Schweiz Ziff. 3 lit. b aa) ist der Antrag grundsätzlich innerhalb von drei Monaten nach Entstehung der Versicherungspflicht in der Schweiz zu stellen. Wird in begründeten Fällen der Antrag nach diesem Zeitraum gestellt, so wird die Befreiung rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Entstehung der Versicherungspflicht wirksam. Was allerdings unter begründeten Fällen zu verstehen ist, kann der Bestimmung allein nicht entnommen werden.

[Rz 42] Für Grenzgängerinnen und Grenzgänger besteht innerhalb der KVV eine Sonderregelung über den Versicherungsbeginn. Demnach müssen sich Grenzgängerinnen und Grenzgänger (sowie ihre Familienangehörigen), die der schweizerischen Versicherung unterstellt sein wollen, innerhalb von drei Monaten nach Beginn der Gültigkeit der Grenzgängerbewilligung versichern (Art. 7 Abs. 4 KVV). Bei rechtzeitigem Beitritt beginnt die Versicherung im Zeitpunkt des Beginns der Gültigkeit der Bewilligung. Versichern sie sich später, beginnt die Versicherung im Zeitpunkt des Beitritts. Die Versicherung endet mit der Aufgabe der Erwerbstätigkeit in der Schweiz, mit dem Ablauf oder dem Widerruf der Grenzgängerbewilligung, mit dem Tod der Versicherten oder mit dem Verzicht auf die Unterstellung unter die schweizerische Versicherung. Im letzteren Fall darf ohne besonderen Grund kein neues Gesuch gestellt werden.

[Rz 43] Gründe, welche trotz eines verspäteten Gesuchs eine Versicherungsdeckung rückwirkend auf den Gültigkeitstermin der Grenzgängerbewilligung zulassen, wie dies die EG VO Nr. 883/2004 in ihrem Anhang XI Schweiz statuiert, können Art. 7 Abs. 4 KVV nicht entnommen werden. Auch finden sich in der EG VO Nr. 883/2004 keine präzisierenden Hinweise.

[Rz 44] Solche Gründe könnten u.E. etwa darin liegen, dass die gesuchstellende Person krankheitsbedingt verhindert war, um zum vorgesehenen Zeitpunkt das Gesuch zu stellen. Ein begründeter Fall könnte auch dann vorliegen, wenn der Grenzgänger durch die zuständigen Behörden nicht auf die 3-Monatsfrist hingewiesen wurde oder aufgrund sprachlicher Hindernisse die Pflicht zur Gesuchstellung innert 3 Monaten nicht verstehen konnte. In jedem Fall muss es sich um einen *unverschuldeten* Grund handeln, da eine verspätete Gesuchseinreichung dennoch die Ausnahme bilden soll, ansonsten Sinn und Zweck der 3-Monatsfrist verfehlt und damit die Bestimmung obsolet würde.

[Rz 45] Nebenbemerkung: Immerhin hält der letzte Satz von Art. 7 Abs. 4 KVV fest, dass ohne besonderen Grund kein neues Gesuch auf Unterstellung unter das KVG-System der Schweiz gestellt werden kann. Dies deutet auf das bereits oben dargelegte Verständnis des Grenzgänger-Optionsrechts und dessen Modalitäten hin, wonach von *relativer* Einmaligkeit und Unwiderruflichkeit auszugehen ist. Trotz fehlender Konkretisierung der besonderen Gründe lässt sich nämlich aus dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 4 KVV schliessen, dass bei Vorliegen dieser besonderen Gründe ein neues Gesuch auf Unterstellung unter das KVG-System der Schweiz gestellt werden kann.

V. Würdigung

[Rz 46] Abschliessend deutet der gesetzgeberische Wille aus dem Gesagten nicht auf eine absolut unwiderrufliche Optierungsmöglichkeit hin, sodass das Grenzgänger-Optionsrecht nach hier vertretener Ansicht als **relativ** einmalig und unwiderruflich einzustufen ist. Aus entsprechenden Gründen kann das Optionsrecht novieren und eine neuerliche KVG-Unterstellung muss unter bestimmten Voraussetzungen durchaus möglich bleiben. Ein absolutes Widerrufsverbot wäre insofern gemäss aktueller Rechtslage als unzulässig zu erachten. Zahlreiche Behörden werden daher inskünftig die dem Gesuch zugrundeliegenden Gründe für die KVG-Unterstellung beachten und allfällige Gründe für den Verlust alternativer Versicherungsdeckung erfragen müssen. Eine pauschale Ablehnung von KVG-Anfragen wäre daher widerrechtlich. Soll das Grenzgänger-Optionsrecht gemäss Art. 2 Abs. 6 KVV, wie bisher von den schweizerischen Behörden gehandhabt, als absolut einmalig und unwiderruflich gelten, bedürfte dies somit einer genügenden rechtlichen (gesetzlichen) Grundlage, welche u.E. in der geltenden Fassung der KVV nicht gegeben ist. Um das Grenzgänger-Optionsrecht als absolut einmalig und unwiderruflich zu qualifizieren, müsste folglich der Wortlaut von Art. 2 Abs. 6 KVV mit dem Zusatz «Die betreffende Person kann die Befreiung oder einen Verzicht auf die Befreiung nicht widerrufen» ergänzt werden, wie dies in den gesetzessystematisch umliegenden Abs. 4, 5, 7 und 8 vorgenommen wurde. Solange dies nicht der Fall ist, ist das Optionsrecht u.E. als **relativ** einmalig und unwiderruflich zu qualifizieren, wobei eine Konkretisierung der «besonderen Gründe» zwecks Rechtssicherheit wünschenswert wäre.

Dr. iur. DANIEL DONAUER ist Rechtsanwalt in Zürich mit Fokus auf das Gesundheitsrecht und absolviert derzeit ein LL.M.-Programm (Health Law) an der University of Washington, Seattle, in den USA.

ANNA PELLIZZARI, BLaw, studiert an der Universität Zürich und an der University of Queensland, Brisbane, Australien, mit Fokus auf das Gesundheitsrecht.