



Abteilung III
C-5897/2011

Urteil vom 11. November 2013

Besetzung

Richterin Franziska Schneider (Vorsitz),
Richter Vito Valenti, Richter Francesco Parrino,
Gerichtsschreiber Roger Stalder.

Parteien

X. _____ AG, Schweiz,
vertreten durch Daniel Staffelbach, Rechtsanwalt, und
Dr. iur. LL.M. Daniel Zimmerli, Fürsprecher, beide Walder
Wyss AG, Seefeldstrasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Gesundheit BAG, Direktionsbereich Kran-
ken- und Unfallversicherung, Schwarzenburgstrasse 165,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Genehmigung der Prämientarife 2012; Verfügung des BAG
vom 26. September 2011.

Sachverhalt:

A.

Mit Schreiben vom 6. Mai 2011 teilte das Bundesamt für Gesundheit BAG (*im Folgenden: BAG oder Vorinstanz*) der X. _____ AG (*im Folgenden: X. _____ oder Beschwerdeführerin*) mit, die A. _____ AG (*im Folgenden: A. _____*) sei mit Brief vom 23. Dezember 2010 dahingehend orientiert worden, dass die nachträgliche Rabattierung im Modell "B. _____" ab dem Jahr 2012 nicht mehr gestattet werde. Das BAG habe festgestellt, dass die X. _____ die Produktepalette der A. _____ in der Grundversicherung teilweise in identischer Form anbiete. Entsprechend werde die Anwendung der korrekten Prämie ab dem Jahr 2012 verlangt. Die Auszahlung der ex post Prämienrabatte für das Jahr 2011 sei erlaubt; die transitorische Buchung sei somit erst im Jahr 2012 – nach Erstattung der Rabatte – aufzulösen. Zudem mache das BAG darauf aufmerksam, dass der A. _____ die Einführung der Modelle "C. _____ und D. _____" nur unter Auflagen erlaubt worden sei; gegenüber der X. _____ habe das BAG nie eine solche Erlaubnis erteilt (act. 37).

B.

Mit Schreiben vom 18. Mai 2011 teilte die X. _____ dem BAG mit, sie sei mit der Aufhebung der ex post Rabattierung für das Versicherungsmodell "E. _____" nicht einverstanden. Bereits die "aktuelle" Gesetzgebung lasse eine solche Lösung zu. Eine Meinung, die auch die Aufsichtsbehörde mit der Zulassung von "B. _____" – worauf "E. _____" basiere – im Jahr 2003 geteilt habe. Im Ergebnis werde festgehalten, dass der Aufforderung nicht nachgekommen werden könne, künftig auf eine individuelle Rückvergütung infolge systemtreuen Verhaltens zu verzichten. Dementsprechend würden auch die AVB für "E. _____" nicht angepasst (act. 38).

C.

Mit Datum vom 1. September 2011 erliess das BAG eine Verfügung (act. 44), wogegen die X. _____, vertreten durch Daniel Staffelbach, Rechtsanwalt, und Dr. iur. LL.M Daniel Zimmerli, Fürsprecher, beim Bundesverwaltungsgericht hat Beschwerde erheben und beantragen lassen, die Verfügung der Vorinstanz vom 1. September 2011 sei aufzuheben (siehe Beschwerdeverfahren C-[...]/2011).

D.

Mit Datum vom 26. September 2011 erliess das BAG eine weitere Verfügung (Akten im Beschwerdeverfahren [*im Folgenden: B-act.*] 1 Beilage 1).

Im Dispositiv wurde entschieden, dass die Prämientarife der obligatorischen Krankenpflegeversicherung für Versicherte mit Wohnsitz in der Schweiz für das Versicherungsmodell E._____ nicht genehmigt würden (Ziff. 1 des Dispositivs) und die X._____ den betroffenen Versicherten dieses Modells gleichzeitig mit der Kommunikation der übrigen neuen Prämien mitzuteilen habe, dass ihr Prämientarif nicht genehmigt worden sei und sie deshalb in diesem Versicherungsmodell nicht weiter versichert werden könnten (Ziff. 2 des Dispositivs); zusätzlich genehmigte das BAG die unter Ziff. 7 und 9 aufgeführten Prämientarife mit dem in Ziff. 7 genannten überarbeiteten Nachtrag, mit Wirkung vom 1. Januar bis 31. Dezember 2012 (Ziff. 3 des Dispositivs). Weiter wurde im Rahmen der Erwägungen unter anderem ausgeführt, die X._____ habe die Prämientarife fristgerecht eingereicht; diese seien deshalb materiell zu prüfen. Die Zustimmung durch Durchführung des Modells B._____ sei nur gegenüber der A._____ unter Auflagen versuchsweise erlaubt worden. Die X._____ habe für das Modell "E._____" beim BAG nie eine entsprechende Anfrage eingereicht. Die AVB des Modells "E._____" unterliefern den zu genehmigenden Prämientarif, weshalb die Prämie nicht genehmigt werden könne.

E.

Hiergegen liess die X._____ durch ihre Rechtsvertreter beim Bundesverwaltungsgericht mit Eingabe vom 25. Oktober 2011 Beschwerde erheben und beantragen, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, soweit sie die Genehmigung des Prämientarifs des Versicherungsmodells "E._____" für das Jahr 2012 verweigere, und die Vorinstanz sei anzuweisen, diesen Prämientarif zu genehmigen sowie die nachträgliche Rückvergütung im Sinne von Art. 21 der AVB F._____ (G._____; E._____; Ausgabe 01.2010) zuzulassen; dieses sowie das Beschwerdeverfahren C-(...)/2011 seien zu vereinigen (B-act. 1).

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Vorinstanz hätte den Prämientarif des Produkts "E._____" für das Jahr 2012 genehmigen müssen. Die Rückvergütung (Art. 21 AVB E._____) sei kein Prämienbestandteil. Sie sei deshalb nicht zwingender Teil der AVB und bedürfe somit auch nicht der Genehmigung durch die Vorinstanz nach Art. 61 Abs. 5 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG; SR 832.10) und Art. 92 Abs. 4 der Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (KVV; SR 832.102). Die Rückvergütung basiere alleine auf einer privatautonomen, zusätzlichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und den Versicherten.

Das Krankenversicherungsrecht verbiete die Rückvergütung nicht, denn diese stelle keinen zusätzlichen Prämienrabatt dar. Vielmehr führe sie zur Rückerstattung von zusätzlichen, erst am Ende des Versicherungsjahrs ersichtlichen Kostenersparnissen aus dem Systemerfolg von "E._____".

Es ginge zu weit, anzunehmen, Krankenversicherer verfügten in der Grundversicherung über keinen privatautonomen Freiraum und unternehmerischen Gestaltungsspielraum. Dies wäre mit der Wirtschaftsfreiheit, dem Legalitätsprinzip und dem zentralen Anliegen des Krankenversicherungsgesetzgebers, den Wettbewerb zwischen den Krankenversicherern zu fördern, nicht vereinbar. Soweit das Krankenversicherungsrecht Freiräume lasse oder sogar Autonomiebereiche formuliere, sei es den Krankenversicherern unbenommen, diese Freiräume privatautonom zu nutzen, solange sie die zwingenden Bestimmungen des KVG einhielten. Verbleibende Frei- und Ermessensspielräume der Versicherer zu Gunsten des Wettbewerbs unter den Versicherern soll die Aufsichtsbehörde nur mit Zurückhaltung einschränken. Staatliche Eingriffe in die unternehmerischen Freiräume hätten den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu beachten (Art. 94 Abs. 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]) und seien ausserdem nur unter den Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 BV zulässig. Diesen Grundsatz missachte die Vorinstanz, wenn sie in der Verfügung vom 1. September 2011 feststelle, die nachträgliche individuelle Rückvergütung (Art. 21 AVB E._____) sei widerrechtlich, weil sie das KVG und die KVV nicht explizit vorsähen, und wenn sie diese Feststellung zur Grundlage der angefochtenen Verfügung mache bzw. zum Anlass nehme, den Prämientarif für "E._____" insgesamt nicht zu genehmigen.

Würden die Versicherten gegen das F._____ verstossen, könnten die Leistungen der Beschwerdeführerin gekürzt werden, oder die Versicherten, die sich nicht an das F._____ hielten, könnten in die OKP umgestuft werden. Dies entspreche dem System von Art. 41 Abs. 4 KVG. Die Rechtmässigkeit dieses Systems sei unbestritten. Verstiesse nicht systemtreue Versicherte leicht gegen das F._____, werde ihr Anspruch auf ihren Anteil an zusätzlichen Kosteneinsparungen nach dem System von Art. 21 AVB E._____ reduziert. Beides bedeute indessen keine Sanktion im Sinne von Art. 41 Abs. 4 KVG. Es würden gemäss Art. 21 AVB E._____ in der Tat keine Leistungen gekürzt. Auch die ordentliche Prämienermässigung von 5 % werde nicht tangiert, wenn die Rückvergütung gemäss Art. 21 AVB E._____ reduziert werde. Schliesslich würden

die Versicherten, die sich nicht systemtreu verhielten, auch keine "Mehrfachkürzungen", die Art. 41 Abs. 4 nicht vorsehe, erleiden. Die Rückvergütung sei ein zusätzlicher, positiver und separat geschaffener Anreiz, sich systemkonform im Sinne des Produkts "E. _____" zu verhalten. Ohne die separate Vereinbarung bestünde dieser Anreiz nicht. Im Gegensatz zu Sanktionen nach Art. 41 Abs. 4 KVG oder zur Umstufung in die OKP werde aber nicht vor systemwidrigem Verhalten abgeschreckt. Vielmehr veranlasse die Aussicht auf die Rückvergütung die Versicherten, sich gesteigert systemkonform zu verhalten, sodass nachträglich zusätzliche Ersparnisse möglich würden, die dann den Versicherten nach Massgabe ihres individuellen Beitrags nachträglich zu Gute kommen würden. Der Vollständigkeit halber weise die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die Rückvergütung auch die maximale Prämienreduktion (Art. 101 Abs. 3 KVV) nicht verletze.

Die Rückvergütung verstosse nicht gegen das System von Art. 62, Art. 41 Abs. 4 KVG und Art. 93 ff. sowie Art. 101 KVV. Dass sie als solche von keiner Bestimmung des KVG oder der KVV erwähnt werde, schade nicht. Sie sei Ausdruck privatautonomen Verhaltens, basiere auf der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), könne die Kosten der Krankenversicherung über positive Anreize zusätzlich reduzieren und sei zuzulassen, weil sie die zwingenden Bestimmungen des Krankenversicherungsrechts nicht verletze.

Weshalb die Rückvergütung den Grundsatz der gleichen Prämien (Art. 61 Abs. 1 KVG) verletzen solle, sei nicht nachvollziehbar. Dass die Rückvergütung auch den Solidaritätsgrundsatz nicht verletze, liege auf der Hand. Der Rückvergütung stünden auch verrechnungsrechtliche Vorschriften nicht entgegen. Die Ausführungen in der Verfügung vom 1. September 2011 zur Verrechnung seien unverständlich.

F.

In ihrer Vernehmlassung vom 27. Januar 2012 beantragte die Vorinstanz, es sei festzustellen, dass die Verfügung vom 26. September 2012 betreffend Genehmigung in Rechtskraft erwachsen sei (Ziff. 1); auf die Beschwerde vom 25. Oktober 2011 gegen die Verfügung vom 26. September 2011 sei nicht einzutreten (Ziff. 2); soweit festgestellt werde, dass die Verfügung vom 26. September 2011 noch nicht in Rechtskraft getreten und auf das Verfahren einzutreten sei, so sei es bis zur Erledigung der Verfahren C-(...)/2011, C-(...)/2011 und C-(...)/2011 zu sistieren (Ziff. 3);

die Beschwerde vom 25. Oktober 2011 gegen die Verfügung vom 26. September 2011 sei vollumfänglich abzuweisen (Ziff. 4).

Zur Begründung wurde unter anderem ausgeführt, der Versuch der Beschwerdeführerin, den Streitgegenstand auf die Zulässigkeit der "individuellen Erfolgsbeteiligung" einzugrenzen, sei nicht hinzunehmen. Die Beschwerdeführerin habe die Ziff. 38 bis 40 der Verfügung vom 26. September 2011 nicht angefochten. Sie seien deshalb in Rechtskraft erwachsen. Das BAG habe in der Verfügung vom 1. September 2011 betreffend der "individuellen Rückvergütung" festgestellt, dass Teile der Versicherungsbedingungen rechtswidrig seien. Das BAG sei der Auffassung, dass diese feststellende Verfügung als Anordnung mit Weisungscharakter zu betrachten sei. Am Rechtszustand ändere sich somit nichts. Die streitige Frage sei, ob das BAG Prämientarifen die Genehmigung versagen könne, wenn es zur Auffassung gelange, dass die Versicherungsbedingungen nicht rechtskonform seien. Nicht relevant sei die Behauptung der Beschwerdeführerin, das BAG würde die "ordentliche Prämienermässigung" und die "nachträgliche, individuelle Erfolgsbeteiligung" vermischen.

Die gleichen Rechtsfragen des Verfahrens C-(...)/2011 betreffend die Verfügung vom 1. September 2011 würden nun von der Beschwerdeführerin zum Gegenstand des vorliegenden Verfahrens gemacht. Diese Fragen müssten nicht zwingend in direktem Zusammenhang mit der Prämien genehmigung stehen. Das BAG habe diese Fragen deshalb auch ausserhalb des Verfahrens der Prämien genehmigung nach Art. 92 KVV in einer Feststellungsverfügung beantwortet. Es könne offen bleiben, ob Verfügungen nach Art. 92 KVV als gestaltende Verfügungen zu betrachten seien. Der Handlungsspielraum der Krankenkassen sei jedenfalls auch in dieser Hinsicht stark beschränkt. Es sei aber offensichtlich nicht die Absicht der Beschwerdeführerin, den Prämientarif zum Modell E. _____ zum Gegenstand des Verfahrens zu machen. Das Weisungsrecht des BAG nach Art. 21 KVG würde damit umgangen. Aus diesen Gründen sei auf die Beschwerde nicht einzutreten; die Anträge gemäss Ziff. 1 und 2 seien damit hinreichend begründet.

Soweit festgestellt werde, dass die Verfügung vom 26. September 2011 noch nicht in Rechtskraft getreten und auf das Verfahren einzutreten sei, so sei es bis zur Erledigung der anderen Verfahren zu sistieren; die Anträge gemäss Ziff. 3 seien somit hinreichend begründet.

Unbestritten sei, dass für die "individuelle Erfolgsbeteiligung" keine gesetzliche Regelungsautonomie vorliege. Die Beschwerdeführerin stütze sich demnach auf eine "privatautonome Vereinbarung" durch eine unhaltbar weitschweifige Auslegung des Legalitätsprinzips. Konsequenterweise habe bisher kein Gerichtsentcheid das Legalitätsprinzip derart in Frage gestellt, wie dies die Beschwerdeführerin tue. Dies sei keine Zufälligkeit im System der Sozialversicherungen. Andere als die aufgeführten Bereiche seien der Weisungsbefugnis der Aufsichtsbehörde untergeordnet (Art. 21 Abs. 3 KVG). Weitere Regelungsbefugnisse für Krankenversicherer existierten nicht, da sie entweder dem gesetzgeberischen Verfassungsauftrag für eine staatlich geordnete Sozialversicherung vorbehalten seien oder weil sie sich der Rechtskontrolle der Justiz entziehen würden. Damit sei der Rahmen für eine allfällig zu prüfende Regelungsautonomie abgesteckt.

Es sei unhaltbar, einen autonomen Regelungsbereich in der sozialen Krankenversicherung zu erkennen, indem die Beschwerdeführerin einen Autonomiebereich durch Ablösung ("Relativierung") des Legalitätsprinzips durch die Privatautonomie konstruiere, obwohl Lehre und Rechtsprechung das Legalitätsprinzip stets bestätigt hätten. Ohne sich auf eine konkrete gesetzliche Grundlage berufen zu können, berufe sie sich direkt auf Art. 27 BV. In "Relativierung" des Legalitätsprinzips kehre sie dessen Bedeutung einfach um. Was durch das KVG und die KVV nicht ausdrücklich verboten sei, gelte als erlaubt. Krankenkassen seien grundsätzlich selber an die Verfassung, vor allem an die Grundrechte, gebunden, und zwar auch dann, wenn sie in privatrechtlicher Form handeln würden. Privatautonomie kommt ihnen in dieser Funktion nicht zu. Tatsächlich verlasse die Beschwerdeführerin ihren eigentlichen Auftrag zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung. Sie ziehe durch ihre Argumentation den Gesetzgebungsauftrag an sich selbst und konstruiere ein autonomes Regelungsfeld, das sie unberechtigt anstelle des Gesetzgebers in Beschlag nehmen wolle. Dazu seien Krankenkassen nicht beauftragt. Gleichzeitig wolle die Beschwerdeführerin die Weisungsbefugnis der Aufsichtsbehörde umgehen. Die "Relativierung" (Ablösung) des Legalitätsprinzips im Sinn der Beschwerdeführerin durch die Privatautonomie hätte zur Folge, dass sich die Krankenversicherer nicht mehr an das KVG zu halten hätten, soweit es ihnen nicht ausdrücklich etwas verbiete. Die "individuelle Erfolgsbeteiligung" als "privatrechtlich vereinbarte Leistung" würde sich so der rechtsstaatlichen Kontrolle der Versicherten (durch Beschwerde; Art. 56 ATSG) als auch der Aufsichtsbehörde vollständig entziehen.

Neu argumentiere die Beschwerdeführerin, die "individuelle Rückvergütung" von Kostenersparnissen nach Art. 101 KVV sei nicht genehmigungspflichtig. Um den Anspruch auf Gestaltungsautonomie aufrecht zu erhalten, gleichzeitig aber dem Genehmigungsverfahren der Prämientarife zu entgehen, konstruiere sie somit aus der "individuellen Erfolgsbeteiligung" eine "Rückvergütung, welche allein auf einer privatautonomen, zusätzlichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und den Versicherten basiere". Wenigstens vorliegend könne sich die Beschwerdeführerin richtigerweise bezüglich der Eintretensfrage auf den Entscheid C-6958/2008 vom 8. Dezember 2009, E. 1.2, berufen, weil das vorliegende Verfahren nicht genehmigte Prämientarife zum Gegenstand habe. Formell stütze sich die Beschwerdeführerin diesmal korrekt auf das Prämien genehmigungsverfahren, materiell möchte sie sich dann dem Konnex der "individuellen Erfolgsbeteiligung" mit der Prämie entledigen, um diesmal die negative Verfügungsbefugnis der Aufsichtsbehörde im Prämien genehmigungsverfahren betreffend der Prämientarife für das Modell "E. _____" im Zusammenhang mit der "individuellen Erfolgsbeteiligung" als ungerechtfertigt erscheinen zu lassen.

Die Argumentation ändere aber an der Tatsache nichts, dass die Beschwerdeführerin Gelder aus vom BAG nach Art. 92 KVV in Verbindung mit Art. 61 KVG genehmigten und demnach gestützt auf das KVG erhobenen Prämien zurückgezahlt habe. Die Argumentation, eine Kürzung der Rückzahlung von Prämienbestandteilen aus der "individuellen Erfolgsbeteiligung" nicht als Sanktion auffassen zu wollen, sei nicht nachvollziehbar oder bestenfalls als Schönfärberei gegenüber Versicherten aufzufassen. De facto zahlten Versicherte, welche sich nicht an den Behandlungspfad halten würden, höhere Prämien. Prämien ermässigungen in Versicherungen mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer könnten nur nach Art. 101 Abs. 2 KVV und nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 13 Abs. 2 Bst. a und Art. 61 Abs. 1 KVG) gewährt werden. Bei der "individuellen Erfolgsbeteiligung" handle es sich um eine Sanktion; diese bestehe darin, dass Versicherte (am Ende des Jahres) höhere Prämientarife bezahlen müssten. Der Versuch der Beschwerdeführerin, die individuell erhöhten Prämientarife als "privatrechtlich vereinbart" zu erklären, ändere an der Überschreitung der gesetzlich eingeräumten Kompetenz nichts. Eine gesetzliche Grundlage für eine individuelle Prämien erhöhung im Sinn einer Sanktion bestehe nicht. Die "individuelle Erfolgsbeteiligung" könne auch nicht als eine (privatrechtlich vereinbarte) zusätzliche Leistung dargestellt werden. Der Leistungskatalog in der sozialen Krankenversicherung sei nämlich nicht nur Einschränkungen, sondern auch allfäll-

ligen Ausdehnungen nicht zugänglich. Die Beschwerdeführerin könne Prämien auch nicht "privatautonom" erheben. Sie könnte sich ebenso wenig auf Gesetz und Verordnung stützen. Auch Art. 117 BV biete dafür keine Grundlage. Noch abwegiger wäre hierfür die direkte Bezugnahme auf Art. 27 BV.

Da Rückzahlungen im Sinn der "individuellen Erfolgsbeteiligung" an die Versicherten aus vom BAG genehmigten Prämienbestandteilen bestanden hätten, sei nicht auszuschliessen, dass die Beschwerdeführerin gegen die maximale Prämienreduktion (erneut) verstossen hätte.

Seit 1. Januar 2012 sei auch Art. 105c KVV in Kraft, welcher die Verrechnung von Versicherungsleistungen mit Prämien und Kostenbeteiligungen verbiete. Indem die Beschwerdeführerin die erwirtschafteten Kosteneinsparungen neu als "zusätzliche Leistungen" gestützt auf einen "privatrechtlichen, obligatorischen Leistungsanspruch" deklariere, versuche sie, der Problematik der Verrechnung zu entgehen. Ergänzend sei erwähnt, dass die "individuelle Erfolgsbeteiligung" selbst zu gar keinen Einsparungen führe. Es handle sich um ein reines Marketinginstrument.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 13. Februar 2012 wurde die Beschwerdeführerin – unter Hinweis auf die Säumnisfolgen (Nichteintreten auf die Beschwerde) – aufgefordert, innert Frist einen Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leisten (B-act. 6 und 7); dieser Aufforderung wurde nachgekommen (B-act. 10).

H.

In ihrer Replik vom 4. April 2012 liess die Beschwerdeführerin die beschwerdeweise gestellten Rechtsbegehren bestätigen, die Abweisung der Anträge der Vorinstanz beantragen und weitere Ausführungen machen (B-act. 11).

I.

In ihrer Duplik vom 4. Juni 2012 bestätigte die Vorinstanz ihre vernehmlassungsweise gestellten Rechtsbegehren, beantragte – soweit darauf einzutreten sei – die Abweisung der Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin und liess sich ebenfalls ergänzend vernehmen (B-act. 13).

J.

Mit prozessleitender Verfügung vom 19. Juni 2012 schloss die Instruktionsrichterin den Schriftenwechsel (B-act. 14).

K.

Auf den weiteren Inhalt der Akten sowie der Rechtsschriften der Parteien ist – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Anfechtungsgegenstand ist vorliegend die Verfügung der Vorinstanz vom 26. September 2011 betreffend Genehmigung der Prämientarife 2012. Im Dispositiv wurde unter anderem festgehalten, die Prämientarife der obligatorischen Krankenpflegeversicherung für Versicherte mit Wohnsitz in der Schweiz für das Versicherungsmodell "E._____" (Eingang/Nachtrag vom 6. September 2011, vorstehende Ziff. 8) würden nicht genehmigt (Ziff. 36) und die X._____ habe den betroffenen Versicherten des Modells "E._____" gleichzeitig mit der Kommunikation der übrigen neuen Prämien mitzuteilen, dass ihr Prämientarif nicht genehmigt worden sei und sie deshalb in diesem Versicherungsmodell nicht weiter versichert werden könnten (Ziff. 37). Weiter genehmigte das BAG die aufgeführten Prämientarife (unter Ziff. 7 und 9 mit dem in Ziff. 7 genannten überarbeiteten Nachtrag) mit Wirkung vom 1. Januar bis 31. Dezember 2012 (Ziff. 38).

1.2 Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung der Beschwerde gegen die Verfügung vom 26. September 2011 ergibt sich aufgrund von Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32) und Art. 33 Bst. d VGG i.V.m. Art. 61 Abs. 5 KVG und Art. 92 Abs. 1 KVV.

1.3 Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 Bst. c des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG; SR 172.021]).

1.4 Nach Art. 62 Abs. 4 VwVG sind Gerichte gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden.

1.5 Die Behörde würdigt, bevor sie verfügt, alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien (Art. 32 Abs. 1 VwVG). Gemäss Art. 32 Abs. 2 VwVG kann sie verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, trotz Verspätung berücksichtigen.

1.6 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Die Genehmigung eines beantragten Prämientarifs bzw. deren Verweigerung stellt eine anfechtbare Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 VwVG dar, bei deren Erlass die Vorschriften des VwVG zu beachten sind, und gegen die die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich zulässig ist (BVGE 2009/65 E. 1.2 mit weiteren Hinweisen).

Im Übrigen gelten Anordnungen einer Aufsichtsbehörde gegenüber Versicherern in deren Eigenschaft als Durchführungsorgan der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) nicht als anfechtbare Verfügungen gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG (RKUV 4/1997 S. 216 ff. und RKUV 6/1997 S. 399 ff.).

1.7 Als weitere Prozessvoraussetzungen wurden die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht und der Kostenvorschuss fristgerecht geleistet (Art. 50 und 52 VwVG, Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.8 Hinsichtlich der Beschwerdelegitimationsvoraussetzungen ergibt sich Folgendes:

1.8.1 Die Legitimationsvoraussetzungen der Teilnahme am Verfahren vor der Vorinstanz (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und der besonderen Berührt-heit durch die angefochtene Verfügung vom 26. September 2011 (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) sind gegeben.

1.8.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat im Beschwerdeverfahren C-(...)/2011 das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses verneint und ist auf die Beschwerde vom 5. Oktober 2011 gegen die Verfügung vom 1. September 2011 nicht eingetreten; dies insbesondere wegen Fehlens eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils. Die Zwischenverfügung vom 1. September 2011 betreffend die Zulässigkeit der individuellen Rückvergütung ist daher im vorliegenden Beschwerdeverfahren gegen die Endverfügung zu behandeln, soweit sie sich auf den Inhalt der Endverfügung ausgewirkt hat (Art. 46 Abs. 2 VwVG).

1.8.3 Betreffend das schutzwürdige Interesse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG ist festzuhalten, dass die Frage, ob ein solches tatsächlich vorliegt, offengelassen werden kann. Die Gründe dafür liegen im Umstand, dass sich die Zwischenverfügung vom 1. September 2011 auf die vorliegend angefochtene Endverfügung vom 26. September 2011 ausgewirkt haben könnte und andererseits die Beschwerde aus den nachfolgend dargelegten Gründen ohnehin abzuweisen ist.

1.9

1.9.1 In Ziffer 38 der angefochtenen Verfügung vom 26. September 2011 genehmigte die Vorinstanz die in Ziffer 7 und 9 aufgeführten Prämientarife mit dem überarbeiteten Nachtrag (Ziff. 7) mit Wirkung ab 1. Januar bis 31. Dezember 2012. Diese genehmigten Prämientarife gehören zwar zum Anfechtungsobjekt in Form der Verfügung vom 26. September 2011, jedoch mangels Anfechtung durch die Beschwerdeführerin nicht zum Streitgegenstand.

1.9.2 Die Ziffern 39 (Kostenregelung) und 40 (Eröffnung) sind ebenfalls nicht strittig resp. wurden nicht angefochten.

1.9.3 Demnach ist vorliegend streitig und zu prüfen, ob eine nachträgliche Rückvergütung gemäss Art. 21 AVB "E._____" als privatautonome, separate Zusatzvereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und den Versicherten ausgestaltet werden kann oder nicht resp. ob die Vorinstanz zu Recht den Prämientarif als Ganzes nicht genehmigt hat. Damit in Zusammenhang stehend und somit ebenfalls streitig und zu prüfen ist die in Ziffer 37 der angefochtenen Verfügung vom 26. September 2011 statuierte Informations- und Mitteilungspflicht, welche sich auf das Versicherungsmodell "E._____" bezieht.

2.

2.1 Gemäss Art. 7 Abs. 1 KVG kann die versicherte Person unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist den Versicherer auf das Ende eines Kalendersemesters wechseln. Bei der Mitteilung der neuen Prämie kann die versicherte Person den Versicherer unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist auf das Ende des Monats wechseln, welcher der Gültigkeit der neuen Prämie vorangeht. Der Versicherer muss die neuen, vom BAG genehmigten Prämien jeder versicherten Person mindestens zwei Monate im Voraus mitteilen und dabei auf das Recht, den Versicherer zu wechseln, hinweisen (Art. 7 Abs. 2 KVG).

2.2 Laut Art. 61 Abs. 1 KVG legt der Versicherer die Prämien für seine Versicherten fest. Soweit dieses Gesetz keine Ausnahme vorsieht, erhebt der Versicherer von seinen Versicherten die gleichen Prämien. Die Prämientarife der obligatorischen Krankenpflegeversicherung bedürfen der Genehmigung durch den Bundesrat. Vor der Genehmigung können die Kantone zu den für ihre Bevölkerung vorgesehenen Prämientarifen Stellung nehmen; das Genehmigungsverfahren darf dadurch nicht verzögert werden (Art. 61 Abs. 5 KVG).

2.3 Gemäss Art. 62 Abs. 1 KVG kann der Versicherer die Prämien für Versicherungen mit eingeschränkter Wahl des Leistungserbringers nach Art. 41 Abs. 4 vermindern. Laut Art. 62 Abs. 2 kann der Bundesrat weitere Versicherungsformen zulassen, namentlich solche, bei denen: die Versicherten die Möglichkeit erhalten, sich gegen eine Prämienermässigung stärker als nach Art. 64 an den Kosten zu beteiligen (Bst. a.); die Höhe der Prämie der Versicherten sich danach richtet, ob sie während einer bestimmten Zeit Leistungen in Anspruch genommen haben oder nicht (Bst. b.). Die Kostenbeteiligung wie auch der Verlust der Prämienermässigung bei Versicherungsformen nach Abs. 2 dürfen weder bei einer Krankenkasse noch bei einer privaten Versicherungseinrichtung versichert werden. Ebenso ist es Vereinen, Stiftungen oder anderen Institutionen verboten, die Übernahme der Kosten, die sich aus diesen Versicherungsformen ergeben, vorzusehen. Von diesem Verbot ausgenommen ist die Übernahme von Kostenbeteiligungen auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften des Bundes oder der Kantone (Art. 62 Abs. 2^{bis} KVG). Der Bundesrat regelt die besonderen Versicherungsformen näher. Er legt insbesondere aufgrund versicherungsmässiger Erfordernisse Höchstgrenzen für die Prämienermässigungen und Mindestgrenzen für die Prämienzuschläge fest. Der Risikoausgleich nach Art. 105 bleibt in jedem Fall vorbehalten (Art. 62 Abs. 3 KVG).

2.4 Laut Art. 92 Abs. 1 KVV haben die Versicherer die Prämientarife der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sowie deren Änderungen dem BAG spätestens fünf Monate, bevor sie zur Anwendung gelangen, zur Genehmigung einzureichen. Diese Tarife dürfen erst angewandt werden, nachdem sie vom BAG genehmigt worden sind. Bei besonderen Versicherungsformen nach Art. 62 des Gesetzes sind die Prämien ebenfalls anzugeben und die entsprechenden Versicherungsbedingungen beizulegen (Art. 92 Abs. 4 KVV). Mit der Genehmigung der Prämientarife oder im Anschluss daran kann das BAG dem Versicherer Weisungen für

die Festsetzung der Prämien der folgenden Geschäftsjahre erteilen (Art. 92 Abs. 5 KVV).

3.

Art. 20 f. der AVB des Versicherungsmodells "E._____" beinhalten die Erfolgsbeteiligung. Im vorliegenden Verfahren liegen den zur Genehmigung eingereichten Prämientarifen des "F._____(G._____), E._____" keine AVB zugrunde, welche die vom BAG verlangten Anforderungen erfüllen, denn die Beschwerdeführerin reichte – im Gegensatz zur A._____. (vgl. Verfahren C-[...]/2011; Urteil vom _____. _____ 2013) – keine neue Version der AVB für dieses Versicherungsmodell für das Jahr 2012 ohne Erfolgsbeteiligung ein. Vielmehr geht sie davon aus, dass eine Rückvergütung gemäss Art. 21 der AVB der Ausgabe 01.2010 krankenversicherungsrechtlich zulässig ist.

4.

Zu prüfen ist nachfolgend, ob die von der X._____ gewährten nachträglichen Rabatte unter dem Titel "Erfolgsbeteiligung" gesetzeswidrig sind, wovon die Vorinstanz ausgeht. Unbestritten ist, dass für die in Art. 21 der AVB E._____ verankerte "individuelle Rückvergütung" keine gesetzliche Regelung im KVG oder in der KVV existiert. Hinsichtlich deren Rechtmässigkeit ergibt sich Folgendes:

4.1 Die Beschwerdeführerin vertrat in ihrer Beschwerde vom 25. Oktober 2011 gegen die vorliegend angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 26. September 2011 die Auffassung, die Rückvergütung verstosse nicht gegen Art. 61, Art. 41 Abs. 4 KVG und Art. 93 ff. KVV. Die Auffassung der Vorinstanz, die fragliche Rückvergütung sei nicht explizit im KVG oder in der KVV erlaubt werde, weshalb sie widerrechtlich sei, verletze Bundesrecht. Es ginge zu weit, anzunehmen, Krankenversicherer verfügten in der Grundversicherung über keinen privatautonen Freiraum und unternehmerischen Gestaltungsspielraum. Dies wäre mit der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), dem Legalitätsprinzip und dem zentralen Anliegen des Krankenversicherungsgesetzgebers, den Wettbewerb zwischen den Krankenversicherern zu fördern, nicht vereinbar.

4.2 Die Vorinstanz hingegen führte in ihrer Vernehmlassung vom 27. Januar 2012 insbesondere aus, die Beschwerdeführerin stütze sich auf eine "privatautonome Vereinbarung" durch eine unhaltbar weitschweifige Auslegung des Legalitätsprinzips. Die "Relativierung" (Ablösung) des Legalitätsprinzips im Sinn der Beschwerdeführerin durch die Privatauto-

nomie hätte zur Folge, dass sich die Krankenversicherer nicht mehr an das KVG zu halten hätten, soweit es ihnen nicht ausdrücklich etwas verbiete. Die "individuelle Erfolgsbeteiligung" als "privatrechtlich vereinbarte Leistung" würde sich so der rechtsstaatlichen Kontrolle der Versicherten (durch Beschwerde; Art. 56 ATSG) als auch der Aufsichtsbehörde (durch Verfügung; Art. 61 Abs. 5 KVG, Art. 21 Abs. 3 KVG) vollständig entziehen. Der Beschwerdeführerin fehle offensichtlich das Bewusstsein, dass es sich bei der sozialen Krankenversicherung um eine staatliche Versicherung mit Versicherungszwang handle, dass sie selber als Beliehene an die Verfassung gebunden sei und in Umsetzung des verfassungsrechtlichen Auftrags keine Befugnis habe, mit Versicherten privatrechtliche Vereinbarungen zu treffen.

4.3

4.3.1 In Art. 5 Abs. 1 BV ist das Legalitätsprinzip statuiert. Der Grundsatz dieses Prinzips bedeutet, dass Grundlage und Schranke staatlichen Handelns das Recht ist und jedes staatliche Handeln einer gültigen gesetzlichen Grundlage bedarf (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern, 2009, § 19 Rz. 1). Das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt grundsätzlich für die gesamte Verwaltungstätigkeit (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen, 2010, Rz. 420 S. 96).

4.3.2 Nach Art. 117 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über die Kranken- und Unfallversicherung. Der Bund erhielt mit Art. 117 BV einen umfassenden, konkurrierenden Gesetzgebungsauftrag im Sinne einer nachträglich derogatorischen Bundeskompetenz. Diese Regelungszuständigkeit erlaubt dem Bund eine Monopolisierung der Kranken- und Unfallversicherung (GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, 1. Kapitel [Rechtliche Grundlagen]) in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, Ulrich Meyer [Hrsg.], 2. Auflage, Basel, 2007, Rz. § 1 Rz. 1 S. 399).

4.3.3 Betreffend die Frage, ob Krankenversicherer befugt sind, mittels Reglementen ergänzendes KV-Recht zu schaffen, ist festzuhalten, dass diese nur in jenen Bereichen autonom reglementieren können, für welche ihnen das KVG eine solche Befugnis ausdrücklich einräumt. Darüber hinaus bleiben die Versicherer lediglich in der Organisation des Geschäftsbetriebes, in Personalfragen und in der Regelung administrativer Verfah-

rensabläufe autonom. Als Durchführungsorgan der mittelbaren Staatsverwaltung sind sie Selbstverwaltungsträger. Sie haben daher die ihnen vom KVG zugewiesenen Aufgaben mit eigenen technischen, personellen und finanziellen Mitteln zu lösen. Das schliesst aber bei allfälligen gesetzlichen Regelungslücken keine Gesetzesergänzende Regelungskompetenz mit ein (GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, 1. Kapitel [Rechtliche Grundlagen]) in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, Ulrich Meyer [Hrsg.], 2. Auflage, Basel, 2007, Rz. 8 S. 402 und 13 S. 403 f. mit Hinweisen; vgl. auch ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 1512 ff. S. 339 f. mit Hinweisen).

4.3.4 Über eine beschränkte Autonomie verfügen die Krankenversicherer im Bereich der Prämienfestsetzung nur insofern, als das KVG und die KVV dies vorsehen (RKUV 6/1997 KV 18 S. 399 ff. E. 6.6.2). Die Beschwerdeführerin überschreitet daher ihre Regelungskompetenz resp. ihren Durchführungsauftrag, soweit sie Regeln bzw. AVB ausserhalb der ihr zustehenden Regelungsautonomie setzt.

Der Gesetzgeber hat die Grundsätze der Prämienfestsetzung in Art. 61 ff. KVG geregelt, und der Bundesrat hat dazu Verordnungsbestimmungen erlassen (Art. 89 ff. KVV). Damit ist der Rahmen für die Autonomie bei der Prämienfestsetzung abgesteckt. Da sich die Beschwerdeführerin auf keine konkrete gesetzliche Grundlage berufen kann, welche ihr eine entsprechende Regelungsautonomie einräumt, besteht kein Raum für die Einrichtung einer "individuellen Rückvergütung" mittels "privatautonomer Vereinbarung".

4.4 Die Beschwerdeführerin beruft sich auf die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV, welche es ihr erlaube, eine "individuelle Rückvergütung" vorzusehen. Aus Art. 27 BV kann sie jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten. Dies aus folgenden Gründen:

Wie dargelegt sind Art. 41 Abs. 4 KVG, Art. 61 Abs. 1 KVG und Art. 101 KVV (nebst zahlreichen weiteren Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen) zwingender Natur. Die Autonomie der Beschwerdeführerin betreffend die Prämiengestaltung beschränkt sich auf den in diesem Sinn von KVG und KVV abgesteckten Rahmen. Soweit die Beschwerdeführerin als Durchführungsorgan der obligatorischen Grundversicherung nach den Vorschriften des KVG tätig ist, kann sie sich daher nicht auf den verfassungsmässigen Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit berufen, um privatrecht-

liche Vereinbarungen ausserhalb dieses Rahmens abzuschliessen. Die Beschwerdeführerin geht somit fehl in der Annahme, sie könne sich im vorliegenden Fall auf die in BVGE 2009/65 (C-6958/2008 vom 8. Dezember 2009) erwähnte Wirtschaftsfreiheit berufen.

5.

Hinsichtlich der Prüfung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin aus diesem Grundsatz nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Sie reichte für das Versicherungsmodell "E._____" beim BAG im Gegensatz zur A._____ nie eine entsprechende Anfrage ein. Eine – wenn auch nur vorübergehende – Zustimmung seitens des BAG lag somit zu keinem Zeitpunkt vor. Bereits aus diesem Grund kann die Beschwerdeführerin keinen Vertrauensschutz geniessen. Hinzuzufügen bleibt, dass sie selbst für den Fall, dass ihr Modell "E._____" vorübergehend geduldet worden wäre, nichts zu ihren Gunsten hätte ableiten können (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C- [...] /2011 vom _____. _____ 2013, E. 6.1 mit Hinweisen).

6.

Mit Blick auf die im Verfügungszeitpunkt hängig gewesene Managed Care Vorlage ist darauf hinzuweisen, dass die Bestimmungen dieser Revisionsvorlage nicht zur Anwendung gelangen können, da eine positive Vorwirkung grundsätzlich unzulässig ist. Dies gilt insbesondere – nebst dem Legalitätsprinzip – aufgrund der Tatsache, dass in der Regel nicht vorhergesehen werden kann, ob und wann eine neue Regelung in Kraft tritt (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 348 S. 76 mit Hinweisen). Einschlägige Weiterungen erübrigen sich daher.

7.

Nach dem Dargelegten ergibt sich zusammenfassend, dass die Vorinstanz zu Recht den Prämientarif als Ganzes nicht genehmigt hat. Die Beschwerde vom 25. Oktober 2011 ist deshalb als unbegründet abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

8.

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

8.1 Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG ist das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht kostenpflichtig und hat die Beschwerdeführerin entsprechend dem Ausgang des Verfahrens die Verfahrenskosten zu

tragen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE). Die Verfahrenskosten sind in Berücksichtigung sämtlicher dieser Kriterien, des Verfahrensausgangs und des erforderlichen Aufwands auf Fr. 4'000.- festzulegen und mit dem bereits geleisteten Verfahrenskostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen.

8.2 Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Einschreiben)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Franziska Schneider

Roger Stalder

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: