

7 Rückstellungen in der Krankenzusatz- versicherung bei unbewilligter Tätigkeit

**VERFÜGUNG der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA
vom 29. März 2010**

Aufsicht nach dem Versicherungsvertrags- und Krankenversicherungsgesetz; Rückstellungen; Hinterlegungspflicht als Massnahme.

1. Im Bereich der Krankenzusatzversicherungen ist die FINMA zuständige Aufsichts- sowie Bewilligungsbehörde und namentlich auch zuständig, wenn Versicherungen Zusatzversicherungen ohne eine entsprechende Bewilligung vertreiben (Rz. 22 ff.).
2. Zur Sicherung von allfällig unerwartet auftretenden Spätschäden kann die FINMA Krankenversicherer verpflichten, entsprechende versicherungstechnische Rückstellungen zu bilden (Rz. 29 ff.).

Surveillance au sens de la loi sur le contrat d'assurance et de la loi sur l'assurance-maladie; provisions; obligation de dépôt en tant que mesure.

1. Dans le domaine des assurances-maladie complémentaires, la FINMA est l'autorité compétente en matière de surveillance et d'autorisation. Elle est notamment compétente lorsque des compagnies d'assurance distribuent des assurances complémentaires sans disposer d'une autorisation correspondante (Cm 22 ss).
2. Afin de couvrir d'éventuels dommages tardifs imprévus, la FINMA peut en conséquence obliger les compagnies d'assurance-maladie à constituer des provisions techniques (Cm 29 ss).

Vigilanza conformemente alla Legge sul contratto d'assicurazione e alla Legge sull'assicurazione malattie; riserve; misura dell'obbligo di deposito.

1. La FINMA è l'autorità di vigilanza e di autorizzazione nel campo delle assicurazioni malattia complementari. Nella sua competenza rientrano in particolar modo anche i casi in cui le assicurazioni distribuiscono assicurazioni complementari senza disporre della necessaria autorizzazione (m. 22 segg.)
2. La FINMA può obbligare gli assicuratori malattie a costituire adeguate riserve tecniche al fine di garantire eventuali danni tardivi imprevisi (m. 29 segg.)

Zusammenfassung des Sachverhalts

Die KK Y._____ hat gemäss eigenen Angaben in den Jahren 1998 bis 2008 auf eigene Rechnung die «Zusatzversicherung (...)» angeboten. Im Dezember 2007 stellte das BPV fest, die KK Y._____ betreibe ohne Bewilligung das Zusatzversicherungsgeschäft. Es nahm zur Kenntnis, dass die KK Y._____ kein Bewilligungsgesuch für den Betrieb des Krankenzusatzversicherungsgeschäfts stellen werde, und wies diese an, die Risikoträgerschaft im Rahmen der bestehenden Versicherungsverträge auf einen Partner abzugeben, der über die notwendige Bewilligung verfügt. Der Antrag um Weiterführung des ohne Bewilligung betriebenen Zusatzversicherungsgeschäfts bis Ende 2008 wurde abgewiesen. Die KK Y._____ bestätigte im März 2008, sie werde künftig keine neuen Zusatzversicherungen mehr abschliessen, und wies darauf hin, sie beabsichtige weiterhin eine Zusammenarbeit mit der KK Z._____. Im März 2009 verlangte die FINMA von der KK Y._____ eine Bestätigung, dass sämtliche Versicherten, welche das Produkt «Zusatzversicherung (...)» nicht gekündigt hatten, neu bei der KK Z._____ versichert seien. Um eine ordnungsgemässe Abwicklung der Altschäden sicherzustellen, forderte die FINMA die KK Y._____ zudem auf, Rückstellungen nach dem VAG (Bilanzposten «Zusatzversicherung») auf ein Sperrkonto einer von der FINMA beaufsichtigten Bank zu überweisen. Die KK Y._____ bestätigte die Übertragung des Versichertenbestandes, opponierte jedoch gegen die Verpflichtung zur Bildung von Rückstellungen.

Aus den Erwägungen

1. Zuständigkeit

(22) Am 1. Januar 2009 trat die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA als Behörde für die Aufsicht über den Finanzmarkt an die Stelle

des BPV. Die FINMA übernimmt alle Verfahren des BPV, die bei Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG; SR 956.1) hängig sind (Art. 58 FINMAG). Nach Art. 1 Abs. 1 Bst. b und g FINMAG ist die FINMA unter anderem Aufsichtsbehörde nach dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG; SR 221.229.1) und dem Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG; SR 961.01) und damit insbesondere im Bereich der Zusatzversicherungen zuständige Aufsichtsbehörde (vgl. unten Rz. 24).

(23) Verletzt eine Beaufichtigte oder ein Beaufchtigter die Bestimmungen des FINMAG oder eines der Finanzmarktgesetze nach Art. 1 FINMAG oder bestehen sonstige Missstände, so sorgt die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands (Art. 31 FINMAG i. V. m. 46 und 51 VAG). Die ihr übertragenen Aufgaben sind nicht auf die von ihr bewilligten Institute beschränkt. Gemäss Art. 3 Bst. a FINMAG unterstehen der Finanzmarktaufsicht alle natürlichen und juristischen Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigen. Soweit ihr Aufgabenbereich reicht, hat die FINMA somit die Befugnis, generell die im Gesetz vorgesehenen Mittel zur Durchsetzung auch gegenüber nicht formell unterstellten Instituten und Personen einzusetzen (vgl. auch BGE 131 II 314 f. m. w. H.).

2. Bewilligungspflichtige Versicherungstätigkeit

(24) Gemäss Art. 12 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes (KVG; SR 832.10) sind Krankenkassen juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts, die keinen Erwerbzweck verfolgen, hauptsächlich die soziale Krankenversicherung durchführen und vom Eidgenössischen Departement des Inneren anerkannt sind. Nach Art. 12 Abs. 2 KVG steht es den Krankenkassen frei, neben der sozialen Krankenversicherung Zusatzversicherungen anzubieten; ebenso können sie im Rahmen der vom Bundesrat

festgesetzten Bedingungen und Höchstgrenzen weitere Versicherungsarten betreiben (Art. 12 Abs. 2 KVG). Diese Versicherungen unterliegen dem VVG. Ihre Durchführung wird von der FINMA nach der Gesetzgebung über die privaten Versicherungseinrichtungen beaufsichtigt (Art. 21 Abs. 2 KVG).

(25) Der Aufsicht gemäss VAG unterstehen schweizerische Versicherungsunternehmen, welche die Direktversicherung oder die Rückversicherung betreiben (Art. 2 Abs. 1 Bst. a VAG). Jedes schweizerische Versicherungsunternehmen, das der Aufsicht untersteht, bedarf zur Aufnahme der Versicherungstätigkeit einer Bewilligung der Aufsichtsbehörde (Art. 3 Abs. 1 VAG). Das Versicherungsunternehmen, das eine Bewilligung zur Versicherungstätigkeit erlangen will, hat der Aufsichtsbehörde ein Gesuch zusammen mit einem Geschäftsplan einzureichen (Art. 4 Abs. 1 VAG). Die Bewilligung wird erteilt, wenn die gesetzlichen Anforderungen erfüllt und die Interessen der Versicherten gewahrt sind (Art. 6 i. V. m. Art. 7 ff. VAG). Diese Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung bzw. die Aufsicht bestand schliesslich auch bereits unter dem bis zum 31. Dezember 2005 gültigen Versicherungsaufsichtsgesetz vom 23. Juni 1978 (vgl. Art. 3, 7, 8 und 9 aVAG [AS 1978 1836]).

(26) Das Gesetz definiert den Versicherungsbegriff nicht, sondern überlässt dessen Umschreibung (wie bereits im aVAG) der Praxis (vgl. Botschaft zum VAG, BBl 2003 3808). Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts wird die Versicherung mit den folgenden fünf begriffsnotwendigen Merkmalen umschrieben (vgl. BGE 107 Ib 56 E. 1b und 114 Ib 244 sowie Heinrich Honsell, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, allgemeine Einleitung Rz. 6 ff. und Rolf H. Weber/Patrick Umbach, Versicherungsaufsichtsrecht, Bern 2006, S. 54 ff.):

- Risiko: Gegenstand einer Versicherung ist immer ein Risiko oder eine Gefahr, d. h. ein Ereignis, bei dem der Eintritt oder die Zeit des Eintritts ungewiss ist (BGE 92 I 126, 133). Beispiele von Versicherungen mit ungewissem

Ereigniseintritt sind die Sachversicherungen, die Haftpflichtversicherungen und die Erwerbsausfall- und Heilungskostenversicherungen bei Unfall und Krankheit.

- Leistung des Versicherers: Die Leistung des Versicherers umfasst die Übernahme des Risikos bzw. die Tragung der Gefahr und die Erbringung der vereinbarten Leistung bei Eintritt des versicherten Ereignisses, zu der sich der Versicherer rechtlich verpflichtet.
- Prämie: Die Prämie ist die Gegenleistung des Versicherungsnehmers für die Sicherheit, die der Versicherer durch die Übernahme des Risikos gewährt.
- Selbständigkeit der Operation: Mit dem Erfordernis der Selbständigkeit der Operation wird die Versicherung gegenüber anderen Rechtsgeschäften abgegrenzt, bei denen die Verpflichtung zur Erbringung einer Leistung im Schadenfall bloss eine Nebenabrede oder Modalität des anderen Vertragsbestandteils darstellt (BGE 114 Ib 244, 247).
- Planmässiger Geschäftsbetrieb: Eine Versicherung im Sinne des VAG liegt erst dann vor, wenn die Übernahme des Risikos durch das Versicherungsunternehmen planmässig erfolgt, d. h., wenn das Versicherungsunternehmen das Risiko in der einen oder anderen Form kompensiert, zum Beispiel durch den Abschluss einer Vielzahl entsprechender Geschäfte (BGE 107 Ib 54, 61).

(27) Bei der «Zusatzversicherung (...)» handelt es sich um eine Zusatzversicherung zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung nach KVG. Die Leistungen, welche im Ereignisfall versprochen werden, umfassen gemäss Leistungsübersicht der KK Y. _____ unter anderem die Bereiche Alternativmedizin, Geburtsvorbereitung, Impfungen, Physiotherapie, Zahnbehandlungskosten usw. Es handelt sich um eine branchenübliche Versiche-

rung, welche von Versicherungsunternehmen gewöhnlich in einer Vielzahl (wie hier von der KK Y. _____) angeboten werden. Da die Merkmale einer Versicherung (1) Risiko, (2) Leistung des Versicherungsunternehmens, (3) Prämie, (4) Selbständigkeit der Operation und (5) planmässiger Geschäftsbetrieb vorliegend gegeben sind, handelt es sich bei der von der KK Y. _____ angebotenen «Zusatzversicherung (...)» um eine Versicherung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und damit um eine Zusatzversicherung nach VVG. Da die KK Y. _____ es unterliess, für den Vertrieb dieses Produkts beim BPV resp. heute der FINMA eine Bewilligung gemäss VAG einzuholen, bot sie unerlaubt Versicherungen gemäss VVG an. In ihrer Stellungnahme vom 26. Oktober 2009 bestreitet die KK Y. _____ im Übrigen nicht, die «Zusatzversicherung (...)» über mehrere Jahre auf eigene Rechnung angeboten zu haben.

(28) Es wird somit festgestellt, dass die KK Y. _____ ohne Bewilligung in den Jahren 1998 bis 2008 eine bewilligungspflichtige Versicherungstätigkeit ausgeübt und damit gegen das VAG und das aVAG verstossen hat.

3. Bildung von Rückstellungen

(29) Nach Art. 16 VAG ist ein Versicherungsunternehmen verpflichtet, für die gesamte Geschäftstätigkeit ausreichende versicherungstechnische Rückstellungen zu bilden. Die versicherungstechnischen Rückstellungen setzen sich grundsätzlich aus zwei Elementen zusammen: den versicherungstechnischen Rückstellungen zur Abdeckung der erwarteten Verpflichtungen (u. a. Schadenrückstellungen) und den Schwankungsrückstellungen (Art. 54 Abs. 1 und Art. 69 der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen [AVO; SR 961.011]). Das Versicherungsunternehmen muss die Ansprüche aus Versicherungsverträgen durch ein gebundenes Vermögen sicherstellen (Art. 17 Abs. 1 VAG).

(30) Da die KK Y. _____ durch ihr unerlaubtes Betreiben von Versicherungsprodukten dem VAG untersteht, hätte sie die Ansprüche aus Versicherungsverträgen nach Art. 17 VAG sowie nach den entsprechenden Ausführungsnormen durch ein gebundenes Vermögen sicherstellen müssen. Den Betrieb der «Zusatzversicherungen (...)» hat sie zwar in der Zwischenzeit auf die KK Z. _____ übertragen, jedoch verbleiben der KK Y. _____ die Risiken für die Spätschäden und die damit verbundenen Rückstellungen.

4. Massnahmen

(31) Damit die FINMA vorliegend Massnahmen im Rahmen des FINMAG bzw. des VAG ergreifen kann, genügt die Feststellung, dass die KK Y. _____ – wenn auch unerlaubt – eine bewilligungspflichtige Versicherungstätigkeit ausübte (vgl. Rz. 28 oben). Für das von ihr betriebene Zusatzversicherungsgeschäft untersteht sie jedenfalls der Aufsicht der FINMA.

(32) Im Rahmen ihrer Verfügungskompetenz wählt die FINMA die Massnahmen, die sie für angemessen erachtet, um den Zweck des Gesetzes zu erreichen (vgl. BGE 130 II 351 E. 2.1 und EBK-Bulletin 47 S. 49 ff.). Der Schutz der Versicherten und das Vertrauen, welches das Publikum in das Finanzsystem setzt, bilden dabei die Hauptkriterien. In der Wahl der geeigneten Massnahmen hat die FINMA das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren und die Massnahmen zu wählen, die am wenigsten in die Rechte der Betroffenen eingreifen, ihren Zweck jedoch trotzdem erreichen. Die FINMA hat dabei im Rahmen der allgemeinen Verwaltungsgrundsätze in erster Linie den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, vorliegend dem Schutz der Versicherten, Rechnung zu tragen. Die Frage, wie sie ihre Aufsichtsfunktion im Einzelfall wahrnimmt, ist ihrem «technischen Ermessen» überlassen (Urteil des Bundesgerichts vom 22. Mai 2002 2A 65/2002 E. 3.2).

(33) Kommt ein Versicherungsunternehmen den Vorschriften des VAG nicht nach oder scheinen die Interessen der Versicherten anderweitig gefährdet, so trifft die FINMA die sichernden Massnahmen, die zur Wahrung der Interessen der Versicherten erforderlich erscheinen. Sie kann namentlich auch die Hinterlegung von Vermögenswerten anordnen (Art. 51 Abs. 1 und 2 Bst. b VAG).

(34) Da die FINMA bei der KK Y._____ aufgrund deren unbeabsichtigter Tätigkeit keine Tarifrprüfung nach Art. 38 VAG durchgeführt hat, können deren finanzielle Verhältnisse nicht abschliessend beurteilt werden. Um den nach der Übertragung der Zusatzversicherungen für die KK Y._____ verbleibenden Verpflichtungen vollumfänglich nachzukommen und da vorliegend nicht im Einzelnen festgestellt werden kann, ob die ausgewiesenen Schadenrückstellungen zur Finanzierung der Altschäden ausreichen, hat die KK Y._____ somit entsprechende Sicherheiten zu leisten.

(35) Die KK Y._____ hat gemäss ihren Angaben im Jahr 2009 bereits Leistungen von rund CHF (...) für die «Zusatzversicherungen (...)» bezahlt. Entgegen deren Ansicht ist indes nicht auszuschliessen, dass noch mehr Altschäden anfallen werden. Sicherheiten in der Höhe von CHF (...) sind im vorliegenden Fall somit angemessen, nicht zuletzt auch deswegen, weil gemäss Leistungsübersicht der KK Y._____ teure Einzelfälle (Transport-, Rettungs-, Such- und Bergungsaktionen: max. CHF 10'000.– pro Kalenderjahr) nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden können.

(36) Da sich der zu leistende Betrag im kleinen Rahmen hält und die KK Y._____ über die nötigen flüssigen Mittel verfügt, wird die verlangte Sicherheitsleistung keine erhebliche finanzielle Belastung mit sich bringen. Zudem handelt es sich dabei lediglich um eine Sicherheitsleistung, welche – sofern keine unerwarteten Spätschäden anfallen – zum gegeb-

nen Zeitpunkt wieder freigegeben wird. Diese Massnahme stellt lediglich einen geringfügigen Eingriff in die Rechte der KK Y._____ dar und soll in erster Linie dem Schutz der Versicherten Rechnung tragen.

(37) Die KK Y._____ gibt denn auch keine zwingenden Gründe an, weshalb sie die verlangten Sicherheiten nicht leisten will. Sie weist lediglich darauf hin, es würden nebst der von ihr bezahlten Leistungen für die «alte Zusatzversicherung (...)» von CHF (...) «kaum mehr grössere Beträge» hinzukommen. Zudem hält sie fest, sie habe bereits CHF (...) an die KK Z._____ überwiesen, was vorliegend unerheblich ist, da es sich bei dieser Leistung um Schwankungsrückstellungen für das Produkt Kombi 1 und für das Produkt «Zusatzversicherung (...)» und nicht um Schadenrückstellungen zur Finanzierung von Altschäden handelt. Der KK Y._____ ist es im Übrigen freigestellt, diesen Betrag allenfalls auf zivilrechtlichem Weg bei der KK Z._____ zurückzufordern.

(38) Die KK Y._____ wird im Rahmen von Art. 51 VAG i. V. m. Art. 31 FINMAG somit angewiesen, eine Bareinlage in der Höhe von CHF (...) auf ein Sperrkonto einer von der FINMA beaufsichtigten Bank zu überweisen. Die Überweisung auf ein Sperrkonto ist innert Frist der FINMA anhand von entsprechenden Beweismitteln zu bestätigen. Die KK Y._____ hat der FINMA zudem eine Abrechnung über die Abwicklung der Altschäden für den Zeitrahmen bis Anfang 2011 einzureichen, welche von einer Prüfungsgesellschaft mit Spezialzulassung der FINMA zu prüfen ist.
(...)

Dispositiv.