Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung III
C-5896/2011

Urteil vom 21. Oktober 2013

Besetzung

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

Parteien

A._____ **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
Kranken- und Unfallversicherung,
Schwarzenburgstrasse 165, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

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

Sachverhalt:

A.

Mit Schreiben vom 19. Januar 2010 gelangte die A._____ AG (*im Folgenden:* A._____ oder Beschwerdeführerin) betreffend die Änderung der Versicherungsbedingungen "B._____" an das Bundesamt für Gesundheit BAG (*im Folgenden:* BAG oder Vorinstanz; act. 32). Mit Schreiben vom 23. Dezember 2010 orientierte das BAG die A._____ dahingehend, dass die Aufsichtsbehörde zum Schluss komme, dass eine ex post Rabattierung weder aufgrund des Gesetzes noch der Verordnung vorgesehen werden könne. Im Jahr 2002 sei das Modell "C._____" unter der Bedingung der regelmässigen Berichterstattung, jährlicher detaillierter Abrechnung und weiteren Auflagen zugelassen worden. Die Aufsichtsbehörde habe sich zudem vorbehalten, die Einstellung des Systems auf das Ende eines Kalenderjahres anzuordnen. Sie mache daher aufmerksam, dass die nachträgliche Rabattierung ab dem Jahr 2012 nicht mehr gestattet werde. Dies bedinge eine vollständige Überarbeitung der Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) für das D._____. Es werde dazu aufgefordert, nur noch die vom BAG genehmigten Prämien gemäss Art. 61 KVG in Verbindung mit Art. 92 KVV für das Jahr 2011 in jedem Fall korrekt anzuwenden und keine Rabatte mehr auf die vom BAG genehmigten Prämien zu gewähren oder in anderer Form Rückerstattungen an die Versicherten zu leisten. Die AVB D._____ nach E._____, Ausgabe 01.2007, seien für die Modelle "C._____, F._____, G._____ und H._____" vollständig zu überarbeiten (act. 34). In der Folge gab die A._____ am 14. März 2011 eine Stellungnahme ab. Sie hielt im Ergebnis fest, dass sie der Aufforderung des BAG, in den Jahren 2011 (für 2010) und 2012 (für 2011) auf eine individuelle Rückvergütung infolge systemtreuen Verhaltens namentlich im Modell "C._____" zu verzichten, nicht nachkommen könne. Ebenfalls müsse zur Einhaltung der einschlägigen Rechnungslegungsvorschriften die entsprechende transitorische Buchung beibehalten werden (act. 35). Am 26. April 2011 teilte das BAG der A._____ mit, es erlaube die Auszahlung der ex post Prämienrabatte auf für das Jahr 2011. Weiter wurde die A._____ daran erinnert, die vollständig überarbeiteten AVB zwei Monate vor der Frist nach Art. 92 KVV zur Prüfung einzureichen (act. 36). Mit Datum vom 12. Mai 2011 orientierte die A._____ darüber, dass sie mit der Aufhebung der ex post Rabattierung für die Versicherungsmodelle "C._____ und F._____" nicht einverstanden sei, was im Schreiben vom 14. März 2011 ausführlich dargelegt worden sei. Im Ergebnis werde festgehalten, dass der Aufforderung, künftig auf eine individuelle Rückvergütung infolge systemtreuen

Verhaltens zu verzichten, nicht nachgekommen werden könne. Dementsprechend würden auch die AVB für die D._____ nach KVG nicht angepasst. Falls an der Forderung um Aufhebung der individuellen Rückvergütung infolge systemtreuen Verhaltens ab 2012 und Anpassung der AVB festgehalten werde, werde um Zustellung eines formellen Entscheides mit Rechtsmittelbelehrung ersucht (act. 37). Im Rahmen des Schreibens vom 25. Mai 2011 führte das BAG aus, es werde an der Aufhebung der nachträglichen individuellen Rückvergütung ab 2012 festhalten und der A._____ eine einsprachefähige Verfügung zustellen; zuvor werde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben (act. 38). Nachdem am 26. August 2011 eine Sitzung stattgefunden hatte (act. 40), zeigte sich das BAG am 30. August 2011 bereit, der A._____ eine letzte Frist zur schriftlichen Stellungnahme bis zum 7. September 2011 einzuräumen (act. 42).

B.

Im Rahmen des Schreibens vom 12. September 2011 – betitelt als "Ergänzung des Prämienbewilligungsgesuchs für die Versicherungsmodelle C._____ und F._____" – liess die A._____ die Genehmigung einer zusätzlichen Prämienermässigung beantragen; diese funktioniere nach dem im Privatversicherungswesen bekannten System der Überschussbeteiligung (act. 45). Nach einer weiteren, ebenfalls vom 12. September 2011 datierenden Eingabe eines Rechtsvertreters (act. 46) erliess das BAG mit Datum vom 13. September 2011 eine Verfügung, mit welcher festgestellt wurde, dass die von der A._____ gemäss den AVB des "D._____ nach E._____", Ausgabe 01.2007 ("C._____ G._____ und H._____ bzw. B._____") nach Art. 23 und 25 sowie nach Art. 24 ("F._____") und den damit zusammenhängenden Artikeln gewährten nachträglichen Rabatten unter dem Titel "Erfolgsbeteiligung" gesetzwidrig seien. Die nachträgliche Rabattierung dürfe ab dem 1. Januar 2012 nicht mehr angewendet werden (Ziff. 1 des Dispositivs). Die transitorischen Passiven des Kontos "Auszahlung C._____" seien ab dem 1. Januar 2012 ordnungsgemäss aufzulösen (Ziff. 2) und die A._____ habe die Aufhebung der Erfolgsbeteiligung gemäss dem "D._____ nach E._____" den betroffenen Versicherten mit der Kommunikation der neuen Prämien mitzuteilen (Ziff. 3).

C.

In der Folge wurde der A._____ am 14. September 2011 unter Hinweis auf die Säumnisfolgen mitgeteilt, dem BAG müssten innert Frist die schriftlich unterzeichneten und im Sinn der erwähnten Punkte angepassten AVB, gültig ab 1. Januar 2012, zu diesen Modellen vorliegen. Das

BAG könne – mit Verweis auf die Ausführungen in der Verfügung vom 13. September 2011 – auf den Antrag zur Genehmigung einer zusätzlichen Prämienermässigung gemäss Brief vom 12. September 2011 nicht eintreten (act. 47). Nachdem die Beschwerdeführerin diesbezüglich am 20. September 2011 eine Stellungnahme hatte abgeben lassen (act. 49) und die A._____ dem BAG am 22. September 2011 die überarbeiteten AVB für die D._____ nach KVG zugestellt hatte (act. 52), erliess dieses am 26. September 2011 eine weitere Verfügung (Akten im Beschwerdeverfahren [*im Folgenden:* B-act.] 1 Beilage 1); das BAG genehmigte die unter Ziff. 3 bis 8 aufgeführten Prämientarife mit den überarbeiteten Nachträgen mit Wirkung vom 1. Januar bis 31. Dezember 2012 und wies die A._____ an, sie habe die betroffenen Versicherten der Modelle C._____ und F._____ schriftlich, transparent und fristgerecht vor Ende Oktober 2011 über die in den Ziff. 5 und 6 genannten Änderungen der AVB zu informieren und ihnen insbesondere mitzuteilen, dass die Erfolgsbeteiligung in diesen Modellen nicht mehr vorgesehen sei. Weiter wurde im Rahmen der Erwägungen unter anderem ausgeführt, die zusätzlich beantragte Prämienermässigung könne nicht Gegenstand der materiellen Prüfung sein; das entsprechende Gesuch sei deshalb aus formellen Gründen als gegenstandslos zu betrachten, soweit es nicht ohnehin als verspätet zu betrachten sei. Das BAG weise dabei auch auf die Frist gemäss Brief vom 30. August 2011 hin, welche auch zur Gewährung des rechtlichen Gehörs betreffend die Genehmigung der Prämie gewährt worden sei.

D.

Nachdem die A._____ mit Eingabe vom 17. Oktober 2011 durch ihre Rechtsvertreter Beschwerde gegen die Verfügung vom 13. September 2011 beim Bundesverwaltungsgericht hatte erheben und die Aufhebung der Verfügung des BAG vom 13. September 2011 beantragen lassen (act. im Beschwerdeverfahren C-5735/2011), wurde auch gegen die Verfügung vom 26. September 2011 beim Bundesverwaltungsgericht mit Eingabe vom 25. Oktober 2011 Beschwerde erhoben. Es wurde beantragt, die Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und diese sei anzuweisen, das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 12. September 2011 um Genehmigung einer Überschussbeteiligung für das Produkt C._____ zu prüfen und gutzuheissen (B-act. 1). Zur Begründung wurde im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Weder das Nichteintreten noch die Nichtbewilligung des Gesuchs würden im Dispositiv der angefochtenen Verfügung adressiert; sie ergäben sich

immerhin aus der Begründung. Die beantragte, zusätzliche Prämienermässigung in Form einer Überschussbeteiligung hätte die weggefallene Rückvergütung (Art. 25 AVB I._____) kompensiert. Der wegen der Verfügung der Vorinstanz vom 13. September 2011 verursachte Wettbewerbsnachteil hätte damit ausgeglichen werden können. Die zusätzliche Prämienermässigung hätte eine nachträgliche Überschussbeteiligung nach objektiven Kriterien vorgesehen, die Teil des genehmigten Prämientarifs gewesen wäre und ebenfalls die individuelle Systemtreue der Versicherten berücksichtigt hätte.

Die Beschwerde betreffe die Weigerung der Vorinstanz, das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 12. September 2011 um Gewährung einer zusätzlichen Prämienermässigung in Form einer Überschussbeteiligung materiell zu beurteilen bzw. zu bewilligen. Die rechtliche Fragestellung dieses Beschwerdeverfahrens unterscheide sich von demjenigen gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 13. September 2011, auch wenn sich beide Verfahren auf das Produkt "C._____" beziehen würden und letztlich ein ähnliches wirtschaftliches Resultat ermöglichen könnten.

Streitgegenstand bilde nur die Frage, ob eine zusätzliche Prämienermässigung gewährt werden dürfe, indem den versicherten Personen ihr Anteil an allfälligen zusätzlichen Ersparnissen aus dem D._____ in Form einer Überschussbeteiligung erstattet werde, und ob diese Überschussbeteiligung Teil des genehmigten Prämientarifs sein könne. Nicht Streitgegenstand würden die ordentlichen Prämienermässigungen, welche die Vorinstanz für sämtliche Produkte der Beschwerdeführerin bereits genehmigt habe und die in Rechtskraft erwachsen seien (insb. für die Produkte "B._____", "F._____" sowie "C._____"), bilden.

Die Beschwerdeführerin habe ein aktuelles und praktisches Interesse an einem materiellen Entscheid über ihr Gesuch vom 12. September 2011. Die Vorinstanz habe sich zu Unrecht und in krasser Verletzung von Art. 61 Abs. 5 KVG sowie des "Rechtsgewährungsanspruchs" der Beschwerdeführerin nicht materiell damit befasst. Die Beschwerdeführerin sei gezwungen gewesen, die Verfügung der Vorinstanz vom 13. September 2011, welche die nachträgliche Rückvergütung gemäss Art. 25 AVB I._____ untersage, anzufechten. Dies ändere nichts daran, dass die Beschwerdeführerin ein aktuelles und praktisches Interesse daran habe, dass ihr Gesuch vom 12. September 2011 um Bewilligung einer zusätzlichen Prämienermässigung in Form einer Überschussbeteiligung beurteilt und gutgeheissen werde.

Das Beschwerdeverfahren gegen die Verfügung vom 13. September 2011 beschlage die Frage, ob die nachträgliche Rückvergütung gemäss Art. 25 AVB I._____ als privatautonome, separate Zusatzvereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und den Versicherten ausgestaltet werden könne. Die Rückvergütung wäre in diesem Fall zwar Teil der AVB, jedoch nicht Prämienbestandteil und deshalb nicht nach Art. 61 Abs. 5 KVG genehmigungsbedürftig. Dagegen sei im vorliegenden Beschwerdeverfahren die Frage zu beantworten, ob die Rückvergütung in der Art, wie sie die Beschwerdeführerin der Vorinstanz mit ihrem Gesuch vom 12. September 2011 unterbreitet habe – d.h. als Überschussbeteiligung –, Teil der Prämienberechnung sein könne. Diesfalls wäre die Rückvergütung jeweils genehmigungspflichtig im Sinne von Art. 61 Abs. 5 KVG und keine privatautonome Zusatzvereinbarung mehr. Sie müsste jedes Jahr neu genehmigt werden. Die Beschwerdeführerin sei wegen des Verhaltens der Vorinstanz rechtlich und wirtschaftlich darauf angewiesen, Gewissheit zu erhalten, ob die Rückvergütung entweder als privatautonome Zusatzvereinbarung oder als Prämienbestandteil gestaltet werden könne.

Es sei objektiv qualifiziert falsch, widerspreche dem elementaren Gerechtigkeitsempfinden und verstosse gegen Art. 9 BV, wenn die Vorinstanz das erzwungene Einlenken der Beschwerdeführerin als "ausdrücklichen Verzicht" auf die "nachträgliche Erfolgsbeteiligung" und "anderslautende AVB" darstelle und daraus schliesse, die Beschwerdeführerin habe kein praktisches Interesse an einer materiellen Beurteilung ihres Gesuchs vom 12. September 2011. Dieses stelle auch kein "Eventualbegehren" oder gar ein Prämiengenehmigungsgesuch "in Varianten" dar. Es habe vielmehr die einzige Möglichkeit gebildet, den Wettbewerbsvorteil des Produkts "C._____" zu retten, nachdem die Vorinstanz die Rückvergütung gemäss Art. 25 AVB I._____ nach neun Jahren der Duldung ohne nachvollziehbare Gründe verboten habe. Unter den gegebenen Umständen hätten weder Anlass noch die Möglichkeit bestanden, bereits im ordentlichen Prämienermässigungsgesuch an die Vorinstanz eine zusätzliche Prämienreduktion zu beantragen, zumal die Beschwerdeführerin die Rückvergütung gemäss Art. 25 AVB I._____ nicht als Prämienbestandteil, sondern als separate, privatautonome Vereinbarung mit den Versicherten verstanden habe, die mit der ordentlichen Prämienermässigung von 5 % auf die OKP-Prämie nichts zu tun gehabt habe. Es sei daher der Beschwerdeführerin auch nicht anzulasten, dass sie ihr ordentliches Prämiengenehmigungsgesuch am 12. September 2011 mit einem Gesuch um Bewilligung einer zusätzlichen Prämienermässigung in Form einer Überschussbeteiligung ergänzt habe. Unter den gegebenen Umstän-

den verstosse es gegen Treu und Glauben und sei willkürlich, das Gesuch vom 12. September 2011 als verspätet zurückzuweisen.

Im Krankenversicherungsrecht spreche nichts dagegen, dass die Versicherer Rechnungsüberschüsse nach eigenem Ermessen, jedoch allemal in transparenter und rechtsgleicher Weise an die Versicherten zurückerstatteten oder auf Rechnung künftiger Prämien kompensierten.

Überschussbeteiligungen seien im Privatversicherungsrecht üblich. Das für das Produkt "C._____" beantragte System der individuellen Überschussbeteiligung nach Prämienermässigungsklassen, welches die individuelle Systemtreue honorierte, respektiere die für Überschussbeteiligungen im Privatversicherungsrecht erwähnten Prinzipien. Darüber hinaus stehe die beantragte Vergütung des Überschussanteils nach Prämienermässigungsklassen mit den Vorgaben des KVG im Einklang. Sie respektiere den Grundsatz der gleichen Prämie (Art. 61 Abs. 1 KVG), das Gegenseitigkeitsprinzip, den Grundsatz der Gleichbehandlung der Versicherten (Art. 13 Abs. 2 Bst. a KVG) sowie das Solidaritätsprinzip.

E.
In ihrer Vernehmlassung vom 27. Januar 2012 beantragte die Vorinstanz, es sei festzustellen, dass die Verfügung vom 26. September 2011 betreffend die Genehmigung der Prämientarife 2012 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) resp. diese sei vollumfänglich abzuweisen (Ziff. 3; B-act. 5).

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, der Versuch der Beschwerdeführerin, den Beschwerdegegenstand einzugrenzen, sei keinesfalls hinzunehmen. Es sei absolut korrekt, wenn in der Verfügung vom 26. September 2011 das "Gesuch" vom 12. September 2011 als verspätet beurteilt werde. Es möge nicht der "innere Wille" der Beschwerdegegnerin gewesen sein, die "individuelle Erfolgsbeteiligung" aufzugeben, sonst hätte sie diesbezüglich auch keine Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung verlangt. Dennoch habe sie nach der verpassten Frist gemäss Art. 92 Abs. 1 und 4 KVV und der verpassten Frist vom 7. September 2011 in guten Treuen nicht mehr erwarten können, dass das BAG das "Gesuch" als (geänderte, unvollständige) Grundlage für die zu genehmigenden Prämien noch hätte prüfen können. Ihr habe auch klar sein müssen, dass erneut eine modifizierte "individuelle Erfolgsbeteiligung" vorgesehen sei und

somit zu ähnlichen rechtlichen Fragezeichen führen würde, wie dies schon bei der Verfügung vom 13. September 2011 der Fall gewesen sei.

Die Rüge der Beschwerdeführerin, das BAG habe die Pflicht verletzt, die unterbreiteten Prämientarife zu genehmigen, sei unhaltbar, weil es die Tarife vollumfänglich genehmigt habe. Es sei deshalb festzustellen, dass die Verfügung in Rechtskraft erwachsen sei, wovon selbst die Beschwerdeführerin ausgehe. Auf die Beschwerde sei deshalb nicht einzutreten.

Ein allfälliger Entscheid des BAG über das "Gesuch" vom 12. September 2011 hätte (analog der Verfügungen vom 1. bzw. 13. September 2011) in Form einer negativen Feststellungsverfügung ausfallen müssen. Es sei nicht ernsthafte Absicht gewesen, die AVB Ausgabe 01.2007 zu ändern und durch Bestimmungen des "Gesuchs" zu ersetzen. Wenn dies tatsächlich Absicht gewesen wäre, so wäre sie aufgrund der Fristen völlig verspätet gewesen. Ein unmittelbares Interesse an der sofortigen Klärung eines Rechtszustands habe demnach nicht mehr bestanden. Eine Beurteilung hätte nicht im Zusammenhang mit den übrigen Bestimmungen erfolgen können und hätte theoretische Rechtsfragen betroffen, welche überdies teilweise bereits Gegenstand des Beschwerdeverfahrens betreffend die Verfügung vom 13. September 2011 seien. Da fast identische Rechtsfragen zum Gegenstand des Verfahrens C-5735/2011 gemacht worden seien, hätten diese in kurzer Zeit zweimal zur Beurteilung gestanden. Zur Beurteilung des "Gesuchs" vom 12. September 2011 habe somit kein ausreichendes tatsächliches, unmittelbares Feststellungsinteresse bestanden. Die Beschwerdeführerin habe zwar ein schutzwürdiges Interesse, dass sie die "individuelle Erfolgsbeteiligung" weiterführen könne. Dieses Interesse beschlage aber nur die angefochtene Verfügung vom 13. September 2011 und nicht diejenige vom 26. September 2011. Das Interesse, die Verfügung anzufechten, sei nicht unmittelbar; der Nachteil, die "individuelle Erfolgsbeteiligung" aufgeben zu müssen, sei nicht mit dem Interesse an einer neuartigen, modifizierten "individuellen Erfolgsbeteiligung" im Sinne einer "Überschussbeteiligung" gleichzusetzen.

Nebst dem Motiv der Beschwerdeführerin, trotz Verspätung und Fristablauf in einem Beschwerdeverfahren einen materiellen Entscheid erwirken zu können, versuche die Beschwerdeführerin mit dem Begehren auf eine gestaltende Verfügung, auf rechtsmissbräuchliche Art das Weisungsrecht des BAG nach Art. 21 KVG zu umgehen.

Sollte die Verfügung vom 26. September 2011 entgegen der Annahme des BAG noch nicht in Rechtskraft getreten sein, hätte die Beschwerde vom 25. Oktober 2011 aufschiebende Wirkung.

Die Behauptung, einmal handle es sich um eine privatautonome, separate Zusatzvereinbarung, und einmal sei zu prüfen, ob die Überschussberechnung Teil der Prämienberechnung sein könne, betreffe nicht die gleichen Sachverhalte und sei irreführend. In Ziff. 15 und 16 der Beschwerdeschrift bestätige die Beschwerdeführerin, dass sie mit dem Gesuch vom 12. September 2011 beabsichtige, einen Entscheid über die "individuelle Erfolgsbeteiligung" im Prämiengenehmigungsverfahren als Variante des "D._____ nach E._____ Ausgabe 01.2007 oder als Eventualbegehren nach Ablauf aller Fristen herbeizuführen. Um diese Motivation zu kaschieren, dementiere sie dies in Ziff. 38 und 42.

Zum Legalitätsprinzip habe sich das BAG bereits in der Beschwerdeantwort zum Verfahren C-5735/2011 ausführlich geäussert. Die Auseinandersetzung um die Rechtsgrundlage der "individuellen Erfolgsbeteiligung" gestützt auf die Prinzipien der Legalität, der Gegenseitigkeit und der Gleichbehandlung beschlage die gleichen Rechtsfragen, wie dies bereits im Verfahren C-5735/2011 der Fall sei. Auch dieses Gesuch zeige, dass von der "individuellen Erfolgsbeteiligung" vor allem Gesunde am meisten profitierten. Diese Beteiligung selbst führe zu gar keinen Einsparungen. Es handle sich um ein reines Marketinginstrument. Der Anreiz wirke ausschliesslich gegenüber den gesunden und den sich systemtreu verhaltenden Versicherten. Die sich nicht systemkonform verhaltenden Versicherten würden möglicherweise am Ende des Jahres nicht einmal etwas davon erfahren, dass sie höhere Prämientarife berappen müssten. Dieser Effekt soll gemäss "Gesuch" noch massiv verstärkt werden, indem den Versicherten Fr. ___.- pauschal zu reinen Marketingzwecken zurückerstattet würden. Es handle sich dabei nicht mehr um eine Prämie. Der Erhebung einer solchen Gebühr fehle jede Gesetzes- oder Verfassungsgrundlage. Eine Begründung liefere das "Gesuch" nicht. Ziel der "individuellen Erfolgsbeteiligung" sei letztlich, jeweils vor der neuen Prämienrunde die gesunden und sich systemtreu verhaltenden Versicherten mit einer Prämienrückvergütung bei guter Laune zu halten, während die anderen durch höhere Prämien aus dem Versicherungsmodell verdrängt werden sollen.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 13. Februar 2012 wurde die Beschwerdefüh-

rerin – unter Hinweis auf die Säumnisfolgen (Nichteintreten auf die Beschwerde) – aufgefordert, 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).

G.
In ihrer Replik vom 4. April 2012 liess die Beschwerdeführerin die Bestätigung der beschwerdeweise gestellten Rechtsbegehren und die Abweisung der Begehren der Vorinstanz – soweit darauf eingetreten werden könne – beantragen (B-act. 11).

Zur Begründung wurde ergänzend ausgeführt, Streitgegenstand bilde die Frage, ob die Vorinstanz das Gesuch um Bewilligung einer nachträglichen Prämienermässigung hätte materiell beurteilen müssen. Diese Prämienermässigung habe die Vorinstanz verweigert. Diese Verweigerung sei angefochten. Alle anderen Ausführungen der Vorinstanz seien irrelevant und sollten nur dazu dienen, vom Verfahrensgegenstand abzulenken.

Die Beschwerdeführerin habe ein aktuelles und praktisches – und keineswegs nur theoretisches – Interesse an der Beurteilung ihrer Beschwerde. Sie sei wegen des unzulässigen Vorgehens der Vorinstanz genötigt gewesen, das Gesuch vom 12./20. September 2011 zu stellen. Es sei ihr nichts anderes übrig geblieben, als abklären zu lassen, ob die Rückvergütung gemäss Art. 25 AVB I._____ 2007 als Prämienbestandteil genehmigt (Art. 61 Abs. 5 KVG) werden könne. Das wirtschaftliche Resultat beider Ansätze (Rückvergütung als vertragliche, nicht genehmigungspflichtige Zusatzabrede bzw. als genehmigungspflichtiger Prämienbestandteil) möge sich gleichen. Das Gesuch vom 12./20. September 2011 und dieses Beschwerdeverfahren einerseits sowie das Beschwerdeverfahren C-5735/2011 andererseits würden aber unterschiedliche Rechtsfragen betreffen.

Im Zusammenhang mit der Beschwerde sei wesentlich, ob die Beschwerdeführerin über Autonomie in der Gestaltung ihrer Produkte und der Prämien verfüge, wie sie dies begründet habe, und ob der Entscheid der Vorinstanz, die Rückvergütung als Prämienbestandteil von "C._____" nicht gemäss Gesuch zu beurteilen resp. bewilligen, die Autonomie der Beschwerdeführerin verletze. Antrag 2 der Vorinstanz verkenne, dass dieser Streitgegenstand im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens eine materiellrechtliche Frage sei. Über diese habe das Bundes-

verwaltungsgericht mit Sachurteil zu entscheiden. Hierzu müsse es auf die Beschwerde eintreten.

Verfehlt sei auch der Antrag der Vorinstanz, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Ihr fehle es an einem Rechtsschutzinteresse hinsichtlich des Antrags 4 ihrer Vernehmlassung; darauf sei nicht einzutreten, eventuell sei er abzuweisen.

Es gebe keinen Grund, die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Frage zu stellen. Die Beschwerdeführerin bewege sich in einem Autonomiebereich.

Die nachträgliche Prämienermässigung als Prämienbestandteil unterstehe der "Rechtskontrolle" und der Aufsicht der Vorinstanz. Die strittige Prämienermässigung führe auch nicht dazu, dass die Versicherten ihre Ansprüche aus dem Versicherungsverhältnis nicht mehr nach den Regeln des ATSG und des KVG durchsetzen könnten.

Die Prämienermässigung als nachträglich zu erstattender Anteil am Systemerfolg gemäss individueller Systemtreue im Rahmen der genehmigten Prämie sei auch keine Sanktion (Art. 41 Abs. 4 KVG). Sie sei auch keine "Kollektivstrafe" und bewirke auch keine "doppelte Bestrafung". Weiter respektiere sie die gesetzlich maximal zulässige Prämienermässigung und basiere nicht auf einer Risikoselektion. Auch würden Verrechnungsregeln der Prämienermässigung nicht entgegen stehen, und die nachträgliche Prämienermässigung führe zu Kosteneinsparungen. Antrag 3 der Vernehmlassung sei abzuweisen.

H.
In ihrer Duplik vom 4. Juni 2012 beantragte die Vorinstanz die Bestätigung der vernehmlassungsweise gestellten Rechtsbegehren und die Abweisung der replicando gestellten Anträge der Beschwerdeführerin, soweit darauf einzutreten sei (B-act. 13).

Zur Begründung wurde zusammengefasst ausgeführt, die Prämientarife seien nicht Gegenstand des "Gesuchs" vom 12. bzw. 20. September 2011. Das BAG habe mit der Beschwerdeführerin über dieses "Gesuch" weder Verhandlungen geführt noch habe es dieses im Rahmen des Prämiengenehmigungsverfahrens einer materiellen Rechtmässigkeitsprüfung unterzogen. Das BAG betone, dass es Versicherungsbestimmungen von Krankenversicherern nicht genehmige. Soweit das "Gesuch" den Autonomiebereich der Ausgestaltung der AVB nicht verletze, habe die Be-

schwerdeführerin ohnehin keinen Anspruch auf eine feststellende Verfügung. Überschreite sie diesen Autonomiebereich, unterliege ihr "Gesuch" der Weisungsbefugnis der Aufsichtsbehörde. Auch in diesem Fall habe die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Feststellungsverfügung.

Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin möchte sie nicht einen Prämientarif, sondern die Vertragsbestimmungen des Modells "C._____" ersetzen. Dabei berufe sie sich auf die ihr nicht zustehende Privatautonomie, was vorliegend nicht zu prüfen gewesen sei, aber in vergleichbarer Weise Gegenstand des Beschwerdeverfahrens C-5735/ 2011 sei. Das BAG gehe nach wie vor davon aus, dass die Verfügung vom 26. September 2011 betreffend die Prämiengenehmigung in Rechtskraft erwachsen sei; eventualiter sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Die Prämientarife selbst fechte die Beschwerdeführerin nicht an, weil sie diese tatsächlich anwenden wolle.

Die vernehmlassungsweise gemachten Ausführungen zur Einschränkung des Streitgegenstandes seien so zu verstehen, dass die rechtliche Wirkung der Beschwerde auf die angefochtene Verfügung nicht einengend verstanden werden dürfe. Es sei nicht ersichtlich, dass und weshalb das BAG das "Gesuch" 10 Tage vor Publikation der Prämientarife nur einschränkend auf das Modell "C._____ G._____" hätte verstehen sollen. Es bleibe dabei, dass der Entwurf zu "Neuen Allgemeinen Versicherungsbedingungen AVB" laut "Gesuch" ein gemäss Art. 92 Abs. 1 und 4 KVV unvollständiger, verspätet eingereichter, mit groben Fehlern behafteter, nicht anwendbarer Ausschnitt aus nicht genehmigungsfähigen Versicherungsbedingungen darstelle. Es könne nicht im Belieben der Beschwerdeführerin sein, den Eintritt der Rechtskraft der Verfügung nur da sehen zu wollen, wo sie die modifizierte "individuelle Erfolgsbeteiligung" gemäss "Gesuch" nicht mehr angewendet sehen möchte. Für die Verspätung trage sie die volle Verantwortung.

Die vom Gesetzgeber vorgesehene Leistungskürzung bzw. Leistungsverweigerung nach Art. 41 Abs. 4 KVG habe den Vorteil, dass die Versicherten über ihre verweigerten Ansprüche offen informiert seien, wodurch sie diese nötigenfalls auch auf dem Einspracheweg einfordern könnten. Der Bundesrat habe die Versicherungsformen abschliessend geregelt (Art. 62 Abs. 3 KVG). Die Durchsetzung der modifizierten "individuellen Erfolgsbeteiligung" auf dem Rechtsweg des ATSG sei dafür weder geeig-

net noch vorgesehen. Im Übrigen werde auf die Verfügung und die Vernehmlassung verwiesen.

I.
Mit prozessleitender Verfügung vom 19. Juni 2012 schloss die Instruktionsrichterin den Schriftenwechsel.

J.
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, das BAG genehmige mit Wirkung vom 1. Januar bis 31. Dezember 2012 die in Ziff. 3 bis 8 aufgeführten Prämientarife mit den soweit in diesen Ziffern genannten, überarbeiteten Nachträgen (Ziff. 44), die A._____ habe die betroffenen Versicherten der Modelle "C._____" und "F._____" schriftlich, transparent und fristgerecht vor Ende Oktober 2011 über die in den Ziff. 5 und 6 genannten Änderungen der AVB zu informieren und ihnen insbesondere mitzuteilen, dass die Erfolgsbeteiligung in diesen Modellen nicht mehr vorgesehen sei (Ziff. 45).

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 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG; SR 832.10) und Art. 92 Abs. 1 der Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (KVV; SR 832.102).

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 VwVG).

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 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021). 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 Berührtheit durch die angefochtene Verfügung vom 13. September 2011 (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) sind gegeben.

1.8.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat im Beschwerdeverfahren C-5735/2011 das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses verneint und ist auf die Beschwerde vom 17. Oktober 2011 gegen die Verfügung vom 13. September 2011 nicht eingetreten; dies insbesondere wegen Fehlens eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils. Die Zwischenverfügung vom 13. 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 hat die Beschwerdeführerin ausführen lassen, das Dispositiv der angefochtenen Verfügung vom 26. September 2011 sei unvollständig, da weder das Nichteintreten noch die Nichtbewilligung des Gesuchs enthalten seien. Die Beschwerdeführerin erleide wirtschaftliche Nachteile aus dem Umstand, dass die Vorinstanz auf das Gesuch vom 12. September 2011, das an 20. September 2011 bekräftigt worden sei, nicht eingetreten sei. Sie sei darauf angewiesen, Gewissheit zu erhalten, ob die im Gesuch vom 12. September 2011 beschriebene Gewährung einer zusätzlichen Prämienermässigung in Form einer Überschussbeteiligung als Teil des genehmigten Prämientarifs zulässig sei. Sie habe ein aktuelles und praktisches Interesse an einem materiellen Entscheid über ihr Gesuch vom 12. September 2011.

Aufgrund des Umstands, dass die Beschwerdeführerin das Dispositiv der Verfügung vom 26. September 2011 (Ziff. 44 bis 46; vgl. auch E. 1.9 hiernach) nicht angefochten und die AVB entsprechend den Vorgaben der Vorinstanz – die Erfolgsbeteiligung war nicht mehr vorgesehen – revidiert hat, erscheint das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses zumindest fraglich. Da einerseits nicht von der Hand zu weisen ist, dass sich die Zwischenverfügung vom 13. September 2011 auf die Endverfügung vom 26. September 2011 ausgewirkt haben könnte, und andererseits die Beschwerde aus den nachfolgend dargelegten Gründen ohnehin abzuweisen ist, kann diese Frage vorliegend offen gelassen werden.

1.9

1.9.1 In Ziffer 44 der angefochtenen Verfügung vom 26. September 2011 genehmigte die Vorinstanz die in Ziffer 3 bis 8 aufgeführten Prämientarife mit den überarbeiteten Nachträgen mit Wirkung ab 1. Januar 2012 bis 31. Dezember 2012. Diese genehmigten Prämientarife, welche von der Beschwerdeführerin zur Anwendung gebracht worden sind, gehören zwar zum Anfechtungsobjekt in Form der Verfügung vom 26. September 2011, jedoch mangels Anfechtung durch die Beschwerdeführerin nicht zum Streitgegenstand.

1.9.2 Ebenfalls nicht angefochten wurde die in Ziffer 45 der angefochtenen Verfügung vom 26. September 2011 statuierte Informations- und Mitteilungspflicht, welche sich auf die Versicherungsmodelle "C._____" und "F._____" bezieht; dieser ist die Beschwerdegegnerin unbestrittenermassen nachgekommen.

1.9.3 Die Ziffern 46 (Kostenregelung) und 47 (Eröffnung) sind ebenfalls nicht strittig resp. wurden nicht angefochten.

1.9.4 Demnach ist vorliegend einerseits streitig und zu prüfen, ob die Rückvergütung als Überschussbeteiligung Teil des Prämientarifs sein kann; andererseits – mit Blick auf die Ausführungen im Entscheid C-5735/2011 – ob eine nachträgliche Rückvergütung gemäss Art. 25 AVB I._____ als privatautonome, separate Zusatzvereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und den Versicherten ausgestaltet werden kann oder nicht.

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 Bundesamt für Gesundheit (Bundesamt) 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. 2bis 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.

3.1 Nach durchgeführter Sitzung vom 26. August 2011 (act. 40) gelangte die Vorinstanz – nachdem sie am 13. September 2011 betreffend die A._____ die erste Verfügung erlassen hatte (vgl. Verfahren C-5735/2011) – mit Schreiben vom 14. September 2011 an die Beschwerdegegnerin und teilte dieser mit, ihr müssten bis zum 20. September 2011 die schriftlich unterzeichneten und im Sinn der erwähnten Punkte angepassten, ab 1. Januar 2012 gültigen AVB der entsprechenden Modelle vorliegen (act. 47). Mit Eingabe vom 20. September 2011 wurden die mo-

difizierten AVB (Ausgabe 01.2012; Gültigkeit ab 1. Januar 2012) für die Modelle "C._____" und "F._____" dem BAG eingereicht (act. 48 und 49). Nach Kontaktaufnahme des BAG mit der Beschwerdeführerin am 21. September 2011 reichte diese am 22. September 2011 die erneut modifizierten AVB nach (act. 51) und bestätigte, dass die betroffenen Versicherten schriftlich und transparent über die Änderungen informiert würden. Die in der Eingabe vom 20. September 2011 noch erwähnte Erfolgsbeteiligung war nicht mehr vorgesehen (act. 51). Die AVB gemäss Ausgabe 01.2007 zu "D._____ nach E._____ (C._____ und F._____) sind damit per 1. Januar 2012 auf dieses Produkt nicht mehr anwendbar. Somit ist festzuhalten, dass den zur Genehmigung eingereichten Prämientarifen der Modelle "C._____", F._____" und "B._____" AVB zugrunde liegen, welche die vom BAG verlangten Anforderungen erfüllen. Die revidierten AVB konnten, wie die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 26. September 2011 korrekt ausgeführt hat, in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 VwVG trotz Verspätung berücksichtigt werden.

4.

4.1 Während laufendem Prämiengenehmigungsverfahren und bevor die Vorinstanz am 13. September 2011 die erste Verfügung erlassen hatte (vgl. Beschwerdeverfahren C-5735/2011), liess die Beschwerdeführerin mit Gesuch vom 12. September 2011 – betitelt als "Ergänzung des Prämienbewilligungsgesuchs für die Versicherungsmodelle C._____ und F._____" – die Genehmigung einer zusätzlichen Prämienermässigung beantragen (act. 45). Im Schreiben vom 20. September 2011 liess die Beschwerdeführerin darauf hinweisen, dass im Unterschied zu der bisherigen, vertraglich zwischen der A._____ und den Versicherten vereinbarten Erfolgsbeteiligung diese neue Prämienermässigung im Sinne einer in der Versicherungsbranche üblichen Überschussbeteiligung ein Bestandteil des Prämientarifs sei. Dementsprechend sei auch um Bewilligung dieser ergänzenden Prämienermässigung nach Art. 101c (recte: 101) Abs. 2 KVV ersucht worden.

4.2 Die Gesuche um eine ergänzende Prämienermässigung vom 12. bzw. 20. September 2011 wurden im Prämiengenehmigungsverfahren nach dem 31. Juli 2011 gestellt und sind somit verspätet eingereicht worden. Die Vorinstanz kann gemäss Art. 32 Abs. 2 VwVG verspätete, ausschlaggebende Parteivorbringen trotz Verspätung berücksichtigen (vgl. E. 2.4 hiervor), was sie im vorliegenden Fall auch getan hat.

4.2.1 Wie vorstehend erwähnt (vgl. E. 3. hiervor), lagen für diverse Versicherungsmodelle der A._____ die unterzeichneten AVB Ausgabe 01.2012 vor. Wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vom 26. September 2011 in korrekter Weise festgestellt hat, ist eine Überschussbeteiligung im Sinne der Gesuche vom September 2012 um eine zusätzliche Prämienermässigung weder in dem von der Beschwerdeführerin der Vorinstanz eingereichten, zu genehmigenden Prämientarif noch in den erwähnten AVB enthalten. Es trifft zu, dass die im Schreiben vom 20. September 2011 kursiv wiedergegebenen Passagen betreffend Berechnungsmethode und Systemtreue eine Überarbeitung der AVB zur Folge haben müssten und die entsprechenden Bedingungen Teil eines neuen Prämientarifs und – damit zusammenhängend – eines neuen oder modifizierten Versicherungsmodells mit neuen oder geänderten AVB sein müssten, welche in Anwendung von Art. 92 Abs. 1 KVV fünf Monate vor der Anwendung zur Prüfung durch die Vorinstanz einzureichen gewesen wären. Mit der Unterzeichnung der neuen AVB Ausgabe 01.2012 resp. aufgrund der Erklärung vom 22. September 2011 (act. 50) verzichtete die A._____ jedoch explizit auf andere AVB.

4.2.2 Ein Gesuch um Genehmigung eines Prämientarifs kann entweder gutgeheissen oder abgewiesen werden. Die Prämienermässigung, welche die Beschwerdeführerin gesuchsweise beantragt hat, ist als Teil des Prämiengenehmigungsverfahrens zu qualifizieren. Insofern kann das entsprechende Gesuch nicht ausserhalb des Genehmigungsverfahrens in einem separaten Verfahren behandelt werden. Da gemäss den aktuell gültigen, von der Vorinstanz genehmigten AVB auf die entsprechenden Passagen (act. 50) verzichtet worden war und sich die Praxis, dass das BAG nur Prämientarife zu Modellen prüft, für die bei Eingabe vor der Frist vom 31. Juli 2011 bereits vorformulierte AVB vorliegen, nicht beanstanden lässt, bleibt für die spätere Eingabe von Tarifen, welche als neues Modell mit entsprechenden AVB ausgestaltet werden müssten, kein Raum. Ergänzend ist diesbezüglich insbesondere zu erwähnen, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs betreffend Prämiengenehmigung 2012 kein entsprechendes Gesuch eingereicht hat und die letztmals bis zum 7. September 2011 gewährte Frist zur Stellungnahme unbenutzt verstreichen liess (act. 42; vgl. auch act. 39 und 40).

4.2.3 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist als Zwischenergebnis zusammenfassend festzuhalten, dass die Gesuche vom 12. und 20. September 2011 als verspätete Eingaben im Prämiengenehmigungsverfahren

zu qualifizieren sind. Nachdem die Beschwerdeführerin sowohl die Frist gemäss Art. 92 Abs. 1 und 4 KVV als auch diejenige im Rahmen des rechtlichen Gehörs bis zum 7. September 2011 (act. 42 und 44) verpasst hatte, konnte das Gesuch für die zu genehmigenden Prämien für das "D._____ nach E._____" nicht (mehr) geprüft werden. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin der Vorinstanz mit Eingabe vom 22. September 2011 eine Version der AVB für das Jahr 2012 eingereicht, in der die Erfolgsbeteiligung – entsprechend der Weisung des BAG – nicht mehr enthalten ist (act. 51 und 52). Die Vorinstanz hat daher das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 12. resp. 20. September 2011 betreffend das System der "individuellen Erfolgsbeteiligung" im Rahmen des Erlasses der angefochtenen Verfügung vom 26. September 2013 betreffend den Prämientarif 2012 zu Recht nicht berücksichtigt. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin, einerseits die Erfolgsbeteiligung aus den AVB zu löschen und die Genehmigung des Prämientarifs explizit nicht anzufechten und andererseits zu rügen, das Gesuch vom 12. resp. 20. September 2011 hätte als Teil der Prämiengenehmigungsverfügung vom 26. September 2011 gutgeheissen werden müssen, widersprüchlich ist.

4.2.4 Die angefochtene Prämiengenehmigungsverfügung vom 26. September 2011 ist aus diesen Gründen nicht zu beanstanden.

5.
Zu prüfen ist nachfolgend die Rüge der Beschwerdeführerin, die Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 13. September 2011 sei insofern rechtswidrig, als sie die Gesetzwidrigkeit des dazumal in den AVB verankerten Systems der "individuellen Rückvergütung" festgestellt habe.

Unbestritten ist, dass für die "individuelle Rückvergütung" keine gesetzliche Regelung im KVG oder in der KVV existiert. Nachfolgend ist zu prüfen, ob das von der Beschwerdeführerin praktizierte System der nachträglichen individuellen Rückvergütung trotzdem rechtmässig ist.

5.1 Die Beschwerdeführerin vertrat in ihrer Beschwerde vom 17. Oktober 2011 gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 13. September 2011 (vgl. Verfahren C-5735/2011) die Auffassung, dass die Rückvergütung nicht gegen das System von Art. 62, Art. 41 Abs. 4 KVG und Art. 93 ff. sowie Art. 101 KVV verstosse. Dass die Rückvergütung 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.

5.2 Die Vorinstanz hingegen führte in ihrer Vernehmlassung vom 27. Januar 2012 im Beschwerdeverfahren C-5735/2011 insbesondere aus, die Beschwerdeführerin verfüge in keiner Weise über Regelungsautonomie für die Einrichtung einer "individuellen Erfolgsbeteiligung" und sie stütze sich auf eine "privatautonome Vereinbarung" durch eine unhaltbar weitschweifige Auslegung des Legalitätsprinzips. 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) wie auch der Aufsichtsbehörde (durch Verfügung; Art. 61 Abs. 5 KVG, Art. 21 Abs. 3 KVG) vollständig entziehen.

5.3

5.3.1 In Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) ist das Legalitätsprinzip statuiert. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit (auch: Legalitätsprinzip) 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).

5.3.2 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).

5.3.3 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 Verfahrensabläufe 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).

5.3.4 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".

5.4 Die Beschwerdeführerin beruft sich auf die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV, welche es ihr erlaube, eine "individuelle Rückvergütung" vorzusehen. Aber auch aus Art. 27 BV kann die Beschwerdeführerin 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 Verordnungsbestimmun-

gen) 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 privatrechtliche 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.

6.
Nachfolgend ist weiter zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes etwas zu ihren Gunsten ableiten kann.

6.1 Wie bereits dargelegt lässt sich die individuelle Rückvergütung nicht auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage stützen. Aus der anfänglich erteilten Zustimmung des BAG zu den Bonusmodellen kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten; dies aufgrund des Umstands, dass eine vorübergehende Duldung eines rechtswidrigen Zustands – wie er nach dem Dargelegten vorgelegen hatte – die Vorinstanz nicht an der späteren Behebung dieses Zustandes hindert. Eine Vertrauensgrundlage, die der Wiederherstellung der Rechtmässigkeit ganz oder teilweise entgegensteht, wird durch behördliche Untätigkeit nur in Ausnahmefällen geschaffen (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 652 S. 147 mit Hinweisen). Eine solche Ausnahme liegt mit Blick auf die Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 13. September 2011 nicht vor, und jene hat die individuelle Rückvergütung zu Recht nicht nachträglich resp. rückwirkend aufgehoben. Da vorliegend keine vermögenswerten Ansprüche von Privaten gegenüber dem Staat vorliegen resp. zu beurteilen sind, sind der Beschwerdeführerin auch keine – besonders rechtsbeständige – wohlerworbene Rechte entstanden (vgl. hierzu bspw. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 1008 S. 223 mit Hinweisen).

6.2 Betreffend den Hinweis der Beschwerdeführerin 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 Beschwerde vom 25. Oktober 2011 als unbegründet abzuweisen ist, 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. 4bis 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.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 4000.- 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, 1000 Lausanne 14, 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: