



---

Abteilung II  
B-1295/2006  
{T 0/2}

## **Urteil vom 3. Mai 2007**

Mitwirkende: Richter Stephan Breitenmoser (vorsitzender Richter), Richter Jean-Luc Baechler, Richterin Eva Schneeberger (Kammerpräsidentin); Gerichtsschreiberin Andrea Pfeleiderer

**X.**\_\_\_\_\_

vertreten durch Advokat und Notar Dr. Alexander Filli, Basel,

Beschwerdeführerin

gegen

**Bundesamt für Privatversicherungen**, Schwanengasse 2, 3003 Bern,

Vorinstanz

betreffend

**Abschreibungen auf den aktivierten Abschlusskosten bei der Betriebsrechnung für das Geschäft der beruflichen Vorsorge – Verfügung des Bundesamtes für Privatversicherungen vom 16. Dezember 2005.**

**Sachverhalt:**

- A. Das Bundesamt für Privatversicherungen (BPV) hat bei den Lebensversicherungen die Aktivierung nicht amortisierter Abschlusskosten oder deren Abzug vom Deckungskapital (Zillmerung) aus Sicherheitsgründen jahrelang nicht zugelassen. 2001 wurde diese Praxis erstmals gelockert. Mit Rundschreiben vom 9. Oktober 2001 erlaubte die Aufsichtsbehörde die Aktivierung nicht amortisierter Abschlusskosten für die Einzelversicherung. Gemäss Ziff. 2 des Rundschreibens durften nicht amortisierte Abschlusskosten der Produktionsjahre 2000 und 2001 erstmals im Jahresabschluss 2001 aktiviert werden (vgl. Ziff. 2 des Rundschreibens vom 9. Oktober 2001).
- B. Die Beschwerdeführerin, welche das Geschäft der beruflichen Vorsorge im Sinne des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) betreibt, aktivierte infolge des erwähnten Rundschreibens des BPV Abschlusskosten aus dem Einzelversicherungsgeschäft in der Höhe von insgesamt 60 Mio. Franken. Damit glich sie im Wesentlichen die in den Jahren 2001 und 2002 bei den Kapitalerträgen im Kollektivversicherungsgeschäft erlittenen Verluste aus. Einen Teil dieser Aktivierung (20 Mio. Franken) hat die Beschwerdeführerin bereits wieder abgeschrieben.
- C. Per 1. April 2004 wurden im Rahmen der 1. BVG-Revision neue sog. Transparenzbestimmungen (Art. 6a aLeVG bzw. Art. 37 Abs. 2 VAG) eingeführt. Diese verpflichteten sämtliche Versicherungsunternehmen, welche die berufliche Vorsorge betreiben, u.a. per 1. Januar 2005 den bisherigen Sicherungsfonds für die Lebensversicherung in einen für die berufliche Vorsorge und einen zweiten für das übrige Versicherungsgeschäft aufzuteilen. Ferner haben die Gesellschaften eine jährliche Betriebsrechnung für das Geschäft der beruflichen Vorsorge, insbesondere auch der nachgewiesenen Abschluss- und Verwaltungskosten, und eine Betriebsrechnung für das übrige Geschäft zu erstellen. Die hierfür erforderlichen Dokumente wurden durch das BPV in einem Rundschreiben an alle beaufsichtigten Lebensversicherer, welche die berufliche Vorsorge betreiben, konkretisiert (vgl. Rundschreiben des BPV vom 30. April 2004).
- D. Die Beschwerdeführerin reichte dem BPV am 28. Mai 2004 einen Plan zur Aufteilung des Sicherungsfonds in der beruflichen Vorsorge zur Prüfung und Genehmigung ein. Dieser Plan genügte den aufsichtsrechtlichen Anforderungen, so dass er mit Verfügung vom 28. Oktober 2004 vom BPV genehmigt wurde.
- E. Umstritten war jedoch in der Folge die gemäss Art. 51a Abs. 3 aLeVV zu erstellende jährliche Betriebsrechnung für die berufliche Vorsorge. Die Beschwerdeführerin verlangte nämlich eine anteilige Abschreibung der aktivierten Abschlusskosten zu Lasten des Kollektivversicherungsgeschäftes. Sie stellte sich auf den Standpunkt, dass sie die Aktivierung der Ab-

schlusskosten im Bereich der Einzelversicherung in den Jahren 2001 und 2002 hauptsächlich deswegen vornehmen musste, um in der beruflichen Vorsorge angesichts des Börseneinbruchs und des zu hohen BVG-Zinssatzes ein ausgeglichenes Ergebnis ausweisen zu können. Eine anteilige Abschreibung im Geschäft der beruflichen Vorsorge müsse daher innerhalb der "Legal Quote" möglich sein. Das BPV lehnte die Genehmigung dieser Abschreibungen jedoch mit der Begründung ab, dass die Abschreibung einer Position, die technisch dem Einzelleben zugeordnet sei, im Bereich der beruflichen Vorsorge klar den neu geltenden Transparenzvorschriften widerspräche. Dies gelte ungeachtet der Tatsache, dass der Effekt der Aktivierung dem gesamten Geschäft, also auch der beruflichen Vorsorge zugute gekommen sei.

F. Die Beschwerdeführerin ersuchte mit Schreiben vom 10. August 2005 um Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung. Nachdem das BPV den Nachweis des schutzwürdigen Interesses verlangt hatte, erliess es am 16. Dezember 2005 eine Verfügung, die festhielt, dass gestützt auf Art. 6a Abs. 2 aLeVG, Art. 51a Abs. 1 der Übergangsbestimmungen und Art. 49 ff. und 51a aLeVV Abschreibungen aktivierter Abschlusskosten im Bereich der beruflichen Vorsorge unzulässig seien. Begründet wurde diese Auffassung im Wesentlichen damit, dass bei der Betriebsrechnung für die berufliche Vorsorge, die ab dem Geschäftsjahr 2005 gemäss den neuen Transparenzvorschriften getrennt geführt werden müsse, die Erfassungsposition für die Veränderung aktivierter Abschlusskosten aufgrund von Art. 53e Abs. 3 BVG gesperrt sei und somit keine Abschreibungen auf den aktivierten Abschlusskosten der Einzellebensversicherung zu Lasten des Bereichs der beruflichen Vorsorge vorgenommen werden dürften. Im Bereich der beruflichen Vorsorge seien nicht amortisierte Abschlusskosten nicht aktiviert worden, so dass eine jetzige Abschreibung juristisch oder versicherungstechnisch nicht begründet werden könne und somit eine erhebliche Ungleichbehandlung darstelle. Das beabsichtigte Vorgehen der Beschwerdeführerin würde die Mindestquote unterlaufen und sei als Missbrauch zu betrachten, gegen den die Aufsichtsbehörde einzuschreiten habe.

G. Gegen diese Feststellungsverfügung erhob die Beschwerdeführerin am 19. Januar 2006 Beschwerde mit den folgenden Rechtsbegehren:

"1. Es sei die Verfügung des Bundesamtes für Privatversicherungen BPV vom 16. Dezember 2005 aufzuheben und es sei festzustellen, dass Abschreibungen der Beschwerdeführerin auf den in den Jahren 2001 und 2002 aktivierten Abschlusskosten zulasten der Betriebsrechnung der Beruflichen Vorsorge zulässig sind.

2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens seien der Beschwerdebeklagten aufzuerlegen und es sei der Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen."

Begründet wird die Verwaltungsbeschwerde im Wesentlichen damit, dass der Bilanzsanierungsbedarf der Jahre 2001 und 2002 nicht aus der Einzelversicherung gekommen sei, sondern sich ausschliesslich aus dem Geschäftsbereich der Kollektivversicherung ergeben habe. Es wäre daher

sachlogisch, nun auch die Abschreibungen im Bereich der Kollektivversicherung vorzunehmen, schliesslich hätten auch die Kollektivversicherten von der damaligen Aktivierung profitiert. Überschusszuweisungen in der Höhe von Fr. 17'156'000.– in den Jahren 2002 bis 2004 wären nicht möglich gewesen, wenn die Bilanz nicht durch die Aktivierung von Abschlusskosten hätte aufgebessert werden können. Eine einseitige Bevorzugung des Kollektivversicherungsgeschäftes zu Lasten der Einzelversicherung stelle eine erhebliche Ungleichbehandlung dar, welche nicht Ziel des Gesetzgebers sein könne. Eine derartige Interpretation, insbesondere von Art. 49 aLeVV, sei unangemessen und willkürlich, da von der Aktivierung der Abschlusskosten beide Versicherungssparten profitiert hätten. Die von der Beschwerdeführerin vorgesehene Aufteilung der Abschlusskosten nach Massgabe des Deckungskapitals des Einzelversicherungsgeschäfts im Verhältnis zum Deckungskapital des Kollektivversicherungsgeschäfts bilde eine sachgerechte und solidarische Lösung. Der per 31. Dezember 2006 noch aktivierte Restbetrag in Höhe von Fr. 14'235'000.– (entspricht dem Anteil Kollektivversicherung) sei daher dem Bereich der beruflichen Vorsorge zu belasten, und zwar ab Geschäftsjahr 2006.

- H. Mit Vernehmlassung vom 29. März 2006 beantragt das Bundesamt für Privatversicherungen die Abweisung des Rechtsbegehrens der Beschwerdeführerin unter Kostenfolge. Zur Begründung führt es erneut aus, dass die Zulassung von Abschreibungen aktivierter Abschlusskosten bei der Betriebsrechnung der beruflichen Vorsorge dem Willen des Gesetzgebers entgegenlaufen würde. Das Argument der Beschwerdeführerin, wonach lediglich aufgrund der Aktivierung von Abschlusskosten in der Einzelversicherung im Bereich der beruflichen Vorsorge im Folgejahr ein Überschuss ausgeschüttet werden konnte, gehe ins Leere. Ein derartiges Vorgehen erweise sich als solvenzgefährdend und könne aufsichtsrechtlich keine Unterstützung finden. Das BPV habe sich immer dagegen verwahrt, dass entsprechende Aktivierungen als Gewinne ausgeschüttet werden.
- I. Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Replik vom 8. Mai 2006 ihrerseits an den Anträgen vom 19. Januar 2006 fest.
- J. Die Vorinstanz erneuert in ihrer Duplik vom 30. Juni 2006 ebenfalls ihre Rechtsbegehren.
- K. Nach der Bezeichnung der Richter am 19. September 2006 haben die Parteien auf eine mündliche und öffentliche Verhandlung verzichtet. Mit Verfügung vom 17. Januar 2007 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht die Übernahme der bei der Rekurskommission für die Aufsicht über die Privatversicherung hängigen Beschwerde und teilte den neuen Spruchkörper mit. Innert der angesetzten Frist ging kein Ausstandsbegehren ein.

## Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat die entscheidende Instanz von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (vgl. BGE 130 II 65 E. 1; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 222).

Der Entscheid des Bundesamtes für Privatversicherungen vom 16. Dezember 2005, mit welchem die Abschreibung aktivierter Abschlusskosten bei der Betriebsrechnung für das Geschäft der beruflichen Vorsorge abgewiesen wurde, stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) dar. Diese Verfügung wurde bei der Rekurskommission für die Aufsicht über die Privatversicherung angefochten, welche vor dem Inkrafttreten des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) am 1. Januar 2007 (vgl. AS 2006 1069 f.) zur Beurteilung der Streitsache sachlich und funktionell zuständig war (Art. 45a aVAG, aufgehoben gemäss Ziff. 147 Anhang VGG).

Das Bundesverwaltungsgericht, das gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG als Beschwerdeinstanz beurteilt, ist nach Art. 53 Abs. 2 VGG (i.V.m. Art. 33 Bst. d VGG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG greift.

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen eine Feststellungsverfügung des Bundesamtes für Privatversicherungen. Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung besteht gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung über Bestand, Nichtbestand oder Umfang von Rechten und Pflichten nachzuweisen vermag. Ein schutzwürdiges Interesse liegt dann vor, wenn die gesuchstellende Person ohne die verbindliche und sofortige Feststellung des Bestandes, Nichtbestandes oder Umfangs öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten Gefahr liefe, dass sie ihr nachteilige Massnahmen treffen oder ihr günstige Massnahmen unterlassen würde. Die Feststellungsverfügung kann ausserdem nicht abstrakte, theoretische Rechtsfragen zum Gegenstand haben, sondern nur konkrete Rechte oder Pflichten (KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 75).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie ein schutzwürdiges Interesse daran habe, zu erfahren, was mit den aktivierten Abschlusskosten geschehen solle. Die Klärung dieser Rechtsfrage habe für die aktuelle und

künftige Abschlussgestaltung einen entscheidenden Einfluss und sei daher von massgeblichem und aktuellem Interesse. In der Tat läuft die Beschwerdeführerin ohne die verbindliche und sofortige Feststellung der Frage der Zulässigkeit von Abschreibungen aktivierter Abschlusskosten Gefahr, dass sie im Rahmen der Abschlussgestaltung ihr nachteilige Massnahmen trifft bzw. ihr günstige Massnahmen unterlässt. Die Beschwerdeführerin hat demnach ein unmittelbares und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung dieser Frage.

Die übrigen Beschwerde Voraussetzungen sind unbestritten und an deren Vorliegen ist nicht zu zweifeln. Namentlich die Beschwerdefrist von 30 Tagen (Art. 50 Abs. 1 VwVG), unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes (Art. 22a VwVG), sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerde sind gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG), und auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist daher einzutreten.

Die vorliegend angefochtene Verfügung wurde noch gestützt auf das Versicherungsaufsichtsgesetz vom 23. Juni 1978 (aVAG von 1978, AS 1978 1836), das Lebensversicherungsgesetz vom 18. Juni 1993 (aLeVG von 1993, AS 1993 3221) und die Lebensversicherungsverordnung vom 29. November 1993 (aLeVV von 1993, AS 1993 3230) erlassen, welche auf den 1. Januar 2006 aufgehoben worden sind (Art. 89 i.V.m. Ziff. I/3 und Ziff. I/5 des Anhangs zum Versicherungsaufsichtsgesetz vom 17. Dezember 2004 [VAG, SR 961.01] sowie Art. 217 Ziff. 9 der Aufsichtsverordnung vom 9. November 2005 [AVO, SR 961.011]). Nach allgemeinen Grundsätzen des Übergangsrechts ist die Rechtmässigkeit der fraglichen Verfügung daher grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit ihres Erlasses zu beurteilen. Insoweit der Sachverhalt fort dauert, ist jedoch auch das neue Recht zu berücksichtigen (BGE 122 V 85 E. 3, 126 V 134 E. 4a). Dieses sieht im vorliegend relevanten Zusammenhang indes keine inhaltliche Abweichungen vor, vielmehr wurden die relevanten Bestimmungen im Wesentlichen übernommen (Art. 17 Abs. 2 aVAG und Art. 20 aVAG bzw. Art. 46 Abs. 1 Bst. f und g VAG sowie Art. 6a LeVG bzw. Art. 37 ff. VAG; siehe auch die Erläuterungen zum Vorentwurf der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 22. September 2004, S. 46).

2. Die Beschwerdeführerin rügt, dass das ihr von der Vorinstanz auferlegte Verbot der Abschreibung von aktivierten Abschlusskosten zulasten der beruflichen Vorsorge gestützt auf Art. 49 Bst. b aLeVV unangemessen und willkürlich sei. Es läge eine erhebliche Ungleichbehandlung vor, wenn der Abschreibungsaufwand nur einseitig dem Kollektivversicherungsbereich zugewiesen würde, während beide Versicherungssparten von der Aktivierung profitiert hätten. Zu klären gilt es somit im Wesentlichen, ob die Beschwerdeführerin mit ihrem beabsichtigten Vorgehen gegen die Transparenzbestimmungen verstösst und ob insofern ein Missbrauch im Sinne des Aufsichtsgesetzes vorliegt, gegen den die Aufsichtsbehörde einzuschreiten

hat.

- 2.1 Die Vorinstanz erlaubte mit Rundschreiben vom 9. Oktober 2001 die Aktivierung von amortisierten Abschlusskosten der Produktionsjahre 2000 und 2001 erstmals zum Jahresabschluss 2001 (Ziff. 2). Ziff. 1 dieses Rundschreibens hielt explizit fest, dass die Aktivierung und die entsprechenden Bestimmungen nur für die Einzelversicherung gelten und dass in der Kollektivversicherung der status quo beibehalten werden soll. Weiter legte das Rundschreiben fest, dass die aktivierten Abschlusskosten nicht dem Sicherungsfonds zur Deckung des Sollbetrages angerechnet werden dürfen (Ziff. 4). Die Beschwerdeführerin aktivierte gestützt auf dieses Rundschreiben Abschlusskosten in der Höhe von insgesamt 60 Mio. Franken aus dem Einzelversicherungsgeschäft. Mit den aktivierten Abschlusskosten glich sie in der Einzelversicherung, vor allem aber in der Kollektivversicherung entstandene Verluste aus. Die aktivierten Abschlusskosten wurden von der Beschwerdeführerin zum Ausgleich von erlittenen Kapitalverlusten im gesamten Versicherungsgeschäft, also auch in der Kollektivversicherung, und damit sozusagen als Schwankungsreserven verwendet. Schwankungsrückstellungen werden zum Ausgleich der Volatilität des Geschäfts unter Berücksichtigung der Diversifikation, der Grösse und der Struktur des Versicherungsportefeuilles gebildet (Art. 54 Abs. 1 Bst. b AVO). Diese Reserven werden in Anspruch genommen, um allfällige Prämien erhöhungen abzuwenden oder zu mildern. Die Schwankungsreserven ermöglichten der Beschwerdeführerin nicht nur den Ausgleich von Verlusten, sondern darüber hinaus konnten den Kollektivversicherten in den Jahren 2002 bis 2004 Überschusszahlungen in der Höhe von Fr. 17'156'000.– ausgerichtet werden. Die Vorinstanz bestreitet die von der Beschwerdeführerin angeführten Zahlen nicht. Sie rügt aber, dass dieses Vorgehen die Solvenz der Versicherungsgesellschaft gefährden könnte und daher aufsichtsrechtlich keine Unterstützung finden könne. Das Amt habe sich immer dagegen verwahrt, dass entsprechende Aktivierungen als Gewinne ausgeschüttet werden.

Bezüglich des Auf- oder Abbaus der aktivierten Abschlusskosten hat die Vorinstanz nur wenige Vorschriften erlassen. Die Versicherungsgesellschaften wurden lediglich gebeten, ihre aktivierten Abschlusskosten in der jährlichen Berichterstattung in Formular EA 01B, Zeile 18, "Abgegrenzte Abschlussaufwendungen (ausser Zillmerbeträgen)", auszuweisen (Ziff. 7 des Rundschreibens des BPV vom 9. Oktober 2001). Sämtliche Lebensversicherungseinrichtungen, welche Risiken der beruflichen Vorsorge abdecken, waren und sind nach wie vor verpflichtet, sowohl ihre Tarife als auch Angaben über technische Rückstellungen sowie ihre Überschusspläne vor ihrer erstmaligen Anwendung (Art. 8 Abs. 1 Bst. f und g aVAG i.V.m. Art. 9 aVAG) und danach alljährlich (Art. 19 aVAG) von der Aufsichtsbehörde überprüfen und genehmigen zu lassen. Die Vorinstanz hat dabei gemäss Art. 20 aVAG sicherzustellen, dass sich die Prämien in einem Rahmen halten, der einerseits die Solvenz der

Versicherungseinrichtung gewährleistet und andererseits den Schutz der Versicherten vor Missbräuchen sicherstellt. Zu beachten gilt es insbesondere, dass eine Versicherungseinrichtung, z.B. aufgrund zu hoher Überschusszahlungen, nicht insolvent wird, dass die Überschüsse nicht willkürlich ermittelt und die Versicherten nicht übervorteilt werden (siehe auch Art. 17 aVAG). Weitergehende rechtliche Vorschriften, insbesondere was die Ermittlung und Verteilung der Überschussanteile anbelangt, waren aber, soweit ersichtlich, nicht vorhanden. Gesetzliche Bestimmungen über die Zulässigkeit von Querverrechnungen fehlten genauso wie die Normierung einer Mindestbeteiligung von Überschüssen der Versicherten. Die Versicherungsgesellschaften hatten weitgehende Freiheiten und auch der Aufsichtsbehörde verblieb im Rahmen der normativen Gesetzes- und Verordnungsstufe ein weiter Ermessensspielraum. Insbesondere im Bereich der Aufsicht über Einrichtungen der beruflichen Vorsorge herrschten zahlreiche Unklarheiten und Lücken (vgl. das dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement erstattete Gutachten von Prof. Dr. GERHARD SCHMID zu Auftrag und Kompetenzen des Bundesamtes für Privatversicherungen vom 31. Oktober 2002, Schlussbericht vom 31. Oktober 2002, S. 28).

Um eine willkürliche Ermittlung der Überschüsse zu verhindern, gilt es im Allgemeinen jedoch zu beachten, dass der Gesamtüberschuss, der als Grundlage für die Überschussverteilung dient, sich grundsätzlich nur aus dem mit dem jeweiligen Versicherungsprodukt und dem diesem zugrunde liegenden Versichertenbestand in einem Geschäftsjahr erwirtschafteten Gesamtüberschuss zusammensetzen kann. Die Prüfung der Überschussbeteiligung hat nach Versicherungssparten (Einzel- und Kollektivleben) zu erfolgen, damit Quersubventionierungen ausgeschlossen werden können (vgl. Gutachten SCHMID, a.a.O., S. 29). Ausserdem muss ein wesentlicher Teil der erwirtschafteten Überschüsse an die betreffenden Versicherungsnehmer zurückfliessen, ansonsten sich eine unerwünschte Übervorteilung der Versicherungsnehmer ergäbe. In vorliegendem Zusammenhang hat die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin eingereichten Geschäftspläne inklusive der Überschusspläne geprüft und genehmigt. Damit hat sie die von der Beschwerdeführerin beabsichtigte Nutzung der aktivierten Abschlusskosten im Bereich der beruflichen Vorsorge akzeptiert. Geht man nun davon aus, dass die Aufsichtsbehörde die Verwendung der aktivierten Abschlusskosten als Schwankungsreserven und als Investition in Überschusszahlungen zum damaligen Zeitpunkt genehmigt hat bzw. dagegen nicht eingeschritten ist, so würde es gegen Treu und Glauben verstossen, wenn sie nachträglich rügt, dass die Verwendung der aktivierten Abschlusskosten zu diesem Zweck sich als solvenzgefährdend erweisen und daher aufsichtsrechtlich keine Unterstützung finden könne. Genauso wenig kann sich die Vorinstanz darauf berufen, dass aufgrund der dem BPV vorgelegten Unterlagen und Dokumenten die entsprechenden Zahlungen nicht ersichtlich gewesen seien. Bei Unklarheiten wäre das BPV verpflichtet gewesen, weitere Unterlagen oder Dokumente zu verlangen, die den

Nachweis ermöglicht hätten, dass die Solvenz nicht gefährdet ist. Die Vorinstanz kann nach dem Gesagten allein aus der Tatsache, dass in der Kollektivversicherung keine Abschlusskosten aktiviert worden sind, nicht allgemein den Schluss ziehen, dass daher auch keine solchen Kosten abgeschrieben werden können. Das BPV hat die Nutzung der aktivierten Abschlusskosten als Überschusszuweisungen im Bereich der beruflichen Vorsorge Jahr für Jahr genehmigt und damit die Verwendung der aktivierten Abschlusskosten als Schwankungsreserven billigend in Kauf genommen. Einen anderen Standpunkt hierzu einzunehmen, käme einem widersprüchlichen Verhalten gleich. Die Beschwerdeführerin konnte deshalb zum damaligen Zeitpunkt in guten Treuen davon ausgehen, dass die Verwendung der in der Einzelversicherung aktivierten Abschlusskosten zum Ausgleich von Verlusten sowie für Überschusszuweisungen im Kollektivversicherungsgeschäft dem geltenden Aufsichtsrecht nicht widersprechen würde.

- 2.2 Die Vorinstanz behauptet, dass sich die Beschwerdeführerin missbräuchlich verhält, weil sie die in der Einzellebensversicherung aktivierten Abschlusskosten zu Lasten der Kollektivversicherung abschreiben will. Das von der Beschwerdeführerin beabsichtigte Vorgehen unterlaufe die seit dem 1. April 2004 geltenden Bestimmungen betreffend Mindestquote (Legal Quote), was aufsichtsrechtlich nicht toleriert werden könne.

Eines der Hauptziele der 1. BVG-Revision war die Schaffung von Transparenz und – damit verbunden – die Stärkung der Informationsrechte der Versicherungsnehmer. So führt der Bundesrat in seiner Botschaft zum Versicherungsaufsichtsgesetz aus, dass mehr noch als das Geschäft in der Einzellebensversicherung das Kollektivlebensversicherungsgeschäft in der beruflichen Vorsorge besondere Bestimmungen zum Schutze der Versicherten erfordere. Im Geschäft der beruflichen Vorsorge könnten aus verschiedenen Gründen nicht alle Gesetze des freien Marktes wirken. Die Gründe hierfür lägen einerseits im Obligatorium und andererseits im Fehlen völliger Freizügigkeit (BBI 2003 3825). Zu diesem Zweck wurden per 1. April 2004 neue Bestimmungen eingeführt (Art. 6a aLeVG bzw. nun Art. 37 VAG), welche das Vertrauen der Versicherten in ihre Vorsorgelösung stärken sollen. Die vom BPV ausgeübte Aufsicht über die Lebensversicherungsgesellschaften, welche die berufliche Vorsorge betreiben, wurde dadurch verschärft (Stellungnahme des Bundesrates zur Problematik der Überschussverteilung in der beruflichen Vorsorge vom 1. Oktober 2004, BBI 2005 686). Sämtliche Lebensversicherungsgesellschaften, welche die berufliche Vorsorge betreiben, wurden vom Geschäftsjahr 2005 an verpflichtet, einen eigenen Sicherungsfonds zu errichten (Art. 6a Abs. 1 aLeVV). Ferner haben sie für die berufliche Vorsorge eine getrennte jährliche Betriebsrechnung zu führen (Art. 6a Abs. 2 aLeVV).

In diesem Sinne hatte die Beschwerdeführerin dem BPV zunächst einen Plan zur Aufteilung des bisherigen Sicherungsfonds in den Sicherungsfonds für die berufliche Vorsorge und den Sicherungsfonds für die übrige

Lebensversicherung per 28. Mai 2004 bzw. 31. August 2004 zur Genehmigung vorgelegt. Gemäss Rundschreiben des BPV vom 30. April 2004 stellte der Bestand der technischen Rückstellungen per 31.12.2003 einen wichtigen Bestandteil dieses Plans dar. Das BPV genehmigte den von der Beschwerdeführerin vorgelegten Plan mit Verfügung vom 28. Oktober 2004. Es ist unklar, ob die Beschwerdeführerin bereits zu diesem Zeitpunkt eine Aufteilung der umstrittenen Vermögenswerte hätte vornehmen können. Das BPV behauptet ganz allgemein, dass die aktivierten Abschlusskosten keine Bestandteile des Sicherungsfonds seien, da es sich nicht um anrechenbare Werte handle. Die Verfügung vom 24. Oktober 2004 habe ausschliesslich die Aufteilung der Deckungswerte des Sicherungsfonds zum Gegenstand gehabt (Vernehmlassung des BPV vom 29. März 2006, S. 2). Ob die hier zur Diskussion stehenden aktivierten Abschlusskosten bereits bei der Aufteilung des Sicherungsfonds hätten zugeordnet werden können, ist nicht auszuschliessen. Zwar hält Ziff. 4 des Rundschreibens vom 9. Oktober 2001 ausdrücklich fest, dass die aktivierten Abschlusskosten nicht dem Sicherungsfonds zur Deckung des Sollbetrags angerechnet werden dürfen. Für die Zurechnung zum Sicherungsfonds bzw. neu zum gebundenen Vermögen spricht aber die Regelung im neuen Aufsichtsgesetz, welches in Art. 55 Abs. 1 Bst. I AVO i.V.m. Art. 54 Abs. 1 Bst. b AVO ausdrücklich festhält, dass Schwankungsrückstellungen zu den versicherungstechnischen Rückstellungen zu zählen sind und in Art. 56 AVO die versicherungstechnischen Rückstellungen nach Art. 55 Abs. 1 AVO für den Sollbetrag des gebundenen Vermögens heranzieht. Diese Frage kann hier aber offen bleiben, da auch die Genehmigung der Aufteilung des Sicherungsfonds nicht dazu führt, dass die aktivierten Abschlusskosten nicht mehr zu Lasten der Kollektivversicherten abgeschrieben werden können, und zwar aus den folgenden Gründen.

Mit der Aufteilung des Sicherungsfonds in einen für die berufliche Vorsorge und in einen anderen für das übrige Versicherungsgeschäft soll die Verflechtung der Vermögenswerte der Einzelversicherten und der Kollektivversicherten aufgelöst werden. Daneben soll, insbesondere mit der jährlichen Betriebsrechnung sichergestellt werden, dass die von Versicherungsgesellschaften geführten Sammelstiftungen ihren Versicherungsnehmern dieselben Informationen zur Verfügung stellen, wie sie in autonomen Vorsorgeeinrichtungen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber erhältlich sind. Das betrifft im Besonderen die Offenlegung der vorhandenen Reserven, Angaben über Renditen, Angaben über die Berechnung der Überschussanteile und die Darstellung der verschiedenen Kosten (vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2002 N 556). Der Versicherungsnehmer soll eine möglichst faire, der Wirklichkeit so nahe als möglich kommende Darstellung der wirtschaftlichen Situation des Versicherungsunternehmens erhalten. Die Ermittlung und Verteilung der Überschussanteile sollen für die Versicherungsnehmer nachvollziehbar werden und eine gesetzliche Mindestausschüttungsquote (Legal Quote) soll ihre Ansprüche schützen. Die

Vermögenswerte der Einzellebensversicherung und die Vermögenswerte der Kollektivversicherung müssen daher auseinander geflochten und vollständig getrennt werden. Um eine ungerechtfertigte Schmälerung der Legal Quote zu vermeiden, und damit zur Sicherstellung der beabsichtigten Ziele, muss strikt vermieden werden, dass Kosten, welche im Bereich der Einzelversicherung entstanden sind, mit Überschüssen aus dem Kollektivversicherungsgeschäft verrechnet werden. Die Kollektivversicherten sollen möglichst an den ihnen im Rahmen der beruflichen Vorsorge erwirtschafteten Gewinnen beteiligt werden, schliesslich handelt es sich bei der beruflichen Vorsorge um einen Teil der Sozialversicherung.

Eine klare Trennung der beiden Geschäftsbereiche bedeutet gleichzeitig aber auch, dass Versicherungsverträge nicht mit Kosten belastet werden dürfen, die nicht in ihrer Sparte entstanden sind. Jegliche Querverrechnungen zwischen den verschiedenen Geschäftsbereichen sollen nicht bzw. nicht mehr stattfinden können. Die Versicherungsnehmer sollen möglichst in derjenigen Höhe am Überschuss beteiligt werden, wie sie zu dessen Entstehung beigetragen haben und die Versicherten sollen vor allem aufgrund von Querverrechnungen mit anderen Sparten nicht übervorteilt werden. Damit wird mit den neuen Bestimmungen eine verursachungsgerechte und transparente Ermittlung und Verteilung der Überschussanteile angestrebt. Entsprechend einer verursachungsgerechten Ermittlung und Verteilung der Überschussanteile stehen den Einzelversicherten wie den Kollektivversicherten die im Rahmen ihrer Versicherungssparte und aufgrund ihrer Leistung erwirtschafteten Überschussanteile zu. Wenn in vorliegendem Zusammenhang davon auszugehen ist, dass die Kollektivversicherten zumindest auch von den aktivierten Abschlusskosten profitiert haben, so müssen ihnen gemäss einer verursachungsgerechten Ermittlung und Verteilung von Überschussanteilen auch die entsprechenden Kosten belastet werden. Konnten im Geschäftsbereich der Kollektivversicherung nur deshalb Verluste ausgeglichen und Überschüsse ausbezahlt werden, weil die in den Jahren 2001 und 2002 aktivierten Abschlusskosten als Schwankungsreserven zum Ausgleich von Verlusten investiert wurden, so haben die Kollektivversicherten von Leistungen profitiert, zu deren Entstehung sie nichts beigetragen haben. Den Einzelversicherten wurden hingegen zwischenzeitlich Vermögenswerte entzogen und im Bereich der Kollektivversicherung eingesetzt. Eine verursachungsgerechte Überschussbeteiligung im Sinne des Schutzzweckes des VAG verlangt nun aber, dass die aktivierten Abschlusskosten anteilmässig auch den Kollektivversicherten belastet werden, ansonsten sie gegenüber den Einzellebensversicherten bevorteilt werden.

Nach dem bereits Gesagten stellte es eine unangemessene Ungleichbehandlung dar, wenn die Einzellebensversicherten aufgrund der Einführung der Transparenzbestimmungen anders behandelt würden, obwohl ein rechtlich erheblicher Unterschied nicht vorliegt. Insbesondere dürfen die

Einzelversicherten aufgrund der Einführung der Transparenzbestimmungen und der Legal Quote nicht schlechter gestellt werden als vorher. Die Interessen der Einzelversicherten dürfen nicht von vornherein gegenüber den Interessen der Kollektivversicherten zurücktreten. Die Vorinstanz hält zwar zu Recht fest, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der Transparenzbestimmungen eine klare Trennung zwischen dem Geschäft der beruflichen Vorsorge und dem übrigen Geschäft beabsichtigte. Daraus kann jedoch nicht automatisch der Schluss gezogen werden, dass das von der Beschwerdeführerin beabsichtigte Vorgehen dem Willen des Gesetzgebers entgegenlaufe. Die Vorinstanz verkennt, dass es sich in vorliegendem Zusammenhang genau umgekehrt verhält. Folgte man nämlich der Auffassung der Vorinstanz und würde man in vorliegendem Zusammenhang die Abschreibungen der aktivierten Abschlusskosten zu Lasten der Kollektivversicherten nicht zulassen, so läge eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der Einzelversicherten vor, was nicht im Sinne des Gesetzgebers wäre. Will man den zum Schutze des Konsumenten eingeführten Transparenzbestimmungen gerecht werden, so muss es der Beschwerdeführerin in vorliegendem Zusammenhang vielmehr gestattet werden, die Vermögenswerte in diejenige Sparte zurückzuführen, in welcher das Vermögen gebildet worden ist. Der Sinn und Zweck der Überschussbeteiligung, der sich in den Transparenzbestimmungen konkretisiert, verlangt, dass die entsprechenden Abschreibungen – trotz der Legal Quote – auch diesen Versicherungsnehmern angelastet werden, die in Form von Überschusszuweisungen von diesen Leistungen profitiert haben. Die Einführung dieser Bestimmungen kann daher dem beabsichtigten Vorgehen gerade nicht entgegenstehen. Nach dem Gesagten ist auch klar, dass Art. 51a aLeVV dieser Lösung nicht entgegensteht. Dem Willen des Gesetzgebers nach einer Trennung der Vermögenswerte der beruflichen Vorsorge und des übrigen Geschäfts sowie dem Ruf nach einer transparenten und verursachungsgerechten Ermittlung und Verteilung von Überschussanteilen wird man nur gerecht, wenn die Abschreibungen in demjenigen Geschäftsbereich zugelassen werden, in welchem von der Aktivierung der Abschlusskosten profitiert worden ist.

- 2.3 Das Aufsichtsgesetz bezweckt insbesondere den Schutz der Versicherten vor den Folgen einer Insolvenz der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen (Art. 1 Abs. 2 VAG). Der Aufsichtsbehörde kommt nach wie vor die Aufgabe zu, die Versicherten vor Missbräuchen zu schützen (ANTON K. SCHNYDER, Revision des schweizerischen Versicherungsrechts – praktische Auswirkungen, in: Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift 67 [1999], S. 283). Die Missbrauchsaufsicht beschränkt sich dabei infolge ihrer wirtschafts- und gewerbepolizeilichen Art im Wesentlichen auf die Gefahrenabwehr und muss sich an der Gesamtheit der Versicherten orientieren. Gewährleistet werden soll ein gesetzeskonformes und faires Verhalten der Versicherungsunternehmen den Versicherten gegenüber (BOTSCHAFT Versicherungsaufsichtsgesetz, BBl 2003 3828). Als Missbrauch im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. f VAG gelten Benachteiligungen von Versicherten

oder Anspruchsberechtigten, wenn sie sich wiederholen oder einen breiten Personenkreis betreffen könnten. Die Schwelle für das Einschreiten der Aufsichtsbehörde entspricht damit jener des Aufsichtsgesetzes von 1978 (BOTSCHAFT, a.a.O., 3828). Gestützt auf die Missbrauchsaufsicht hat die Vorinstanz zu gewährleisten, dass nicht eine Vielzahl von Versicherten benachteiligt wird. Die Aufsichtsbehörde hat nicht darüber zu wachen, dass die Interessen der Versicherten die denkbar beste Berücksichtigung erfahren. Vielmehr gilt es sicherzustellen, dass nicht ein den Versicherten abträgliches Verhalten einen breiten Personenkreis von Versicherten betrifft. Zu beachten ist in vorliegendem Zusammenhang ausserdem Art. 117 Abs. 2 AVO, wonach – als beispielhafte Aufzählung einzelner Missbrauchstatbestände – auch die Benachteiligung einer versicherten oder anspruchsberechtigten Person durch eine juristisch oder versicherungstechnisch nicht begründbare erhebliche Ungleichbehandlung als Missbrauch gilt.

Gestützt auf Art. 49b ff. aLeVV hat die Vorinstanz dafür zu sorgen, dass in Bezug auf die Ermittlung und Verteilung der Überschüsse im Bereich der beruflichen Vorsorge keine Übervorteilung der Versicherten möglich ist. Sie muss gewährleisten, dass die Überschüsse nicht willkürlich ermittelt und dass die massgeblichen Überschussquellen erhalten bleiben und den Versicherten im gleichen Umfang zugute kommen, wie sie zu deren Entstehung beigetragen haben. Vor diesem Hintergrund führte in vorliegendem Zusammenhang ein Verbot von Abschreibungen zu Lasten der Kollektivversicherung aus versicherungstechnischen Aspekten zu einer unangemessen Beeinträchtigung der schutzwürdigen Belange der Versicherten und gleichzeitig zu einer sachlich nicht begründbaren und daher rechtswidrigen Ungleichbehandlung der Einzelversicherten. Nach dem Gesagten ist es in vorliegendem Zusammenhang umso mehr gerechtfertigt, die Einzelversicherten vor einer Übervorteilung zu schützen und die Abschreibungen der Abschlusskosten zu Lasten der Kollektivversicherung vorzunehmen.

- 2.4 An diesem Ergebnis ändert auch das von der Vorinstanz vorgebrachte Argument, dass es gemäss Art. 53e Abs. 3 BVG nicht möglich sei, bei der beruflichen Vorsorge aktivierte Abschlusskosten als Abzugsposten bei einem vorzeitigen Rückkauf geltend zu machen, nichts. Es ist unbestritten, dass Abschlusskosten regelmässig in der Einzellebensversicherung entstehen und dadurch auch nur in dieser Sparte aktiviert und grundsätzlich auch nur in diesem Bereich abgeschrieben werden können. In der beruflichen Vorsorge ist es gemäss Art. 53e Abs. 3 BVG, abgesehen von einem Abzug für das Zinsrisiko bei Anschlussverträgen mit einer Dauer von unter fünf Jahren, bei Auflösung des Vertrages nicht erlaubt, einen Abzug für "Abschlusskosten" vorzunehmen. Die Beschwerdeführerin hat auch nie behauptet, dass sie Abschlusskosten aus dem Bereich der beruflichen Vorsorge aktiviert hat. Wie oben ausführlich dargelegt worden ist, muss in vorliegendem Zusammenhang jedoch berücksichtigt werden, dass die Beschwerdeführerin einen Teil der in der Einzelversicherung aktivierten Ab-

schlusskosten in den Geschäftsbereich der Kollektivversicherung investiert hat. Da die Vorinstanz diese Vermögensverschiebung im Rahmen der Geschäfts- und Überschusspläne jeweils öffentlich-rechtlich genehmigte, ist es nun auch angemessen, dass die entsprechenden Abschreibungen auch wieder zu Lasten dieser Versichertengruppe gehen.

- 2.5 Bestätigt wird dieses Ergebnis durch den auch im öffentlichen Recht anerkannten ungeschriebenen Rechtsgrundsatz, dass eine Zuwendung, die aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund erfolgte, zurückgefordert werden kann (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/St. Gallen 2006, S. 35). Begriff und Sinn der Rückerstattung verlangen, dass diejenigen, die zuviel erhalten haben, diesen Überschuss denjenigen zurückgeben, die ihn bezahlt haben. In vorliegendem Zusammenhang drängt es sich deshalb auf, dass die Abschreibungen zu Lasten der Kollektivversicherten vorgenommen werden.
- 2.6 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass in vorliegendem Zusammenhang Abschreibungen auf in den Jahren 2001 und 2002 aktivierten Abschlusskosten zu Lasten der Betriebsrechnung der beruflichen Vorsorge zulässig sind. Die Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2005 ist aufzuheben (Art. 61 VwVG) und die Beschwerde gutzuheissen.
3. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin keine Kosten zu tragen. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss wird zurückerstattet. In Anwendung von Art. 63 Abs. 2 VwVG werden der Vorinstanz im vorliegenden Verfahren keine Verfahrenskosten auferlegt.
- 3.1 In Anwendung von Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die obsiegende Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässige Kosten. Die Höhe der Entschädigung bemisst sich gemäss Art. 8 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006 (VGKE, SR 173.320.2). Sie umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei. Das Anwaltshonorar wird nach dem notwendigen Zeitaufwand bemessen. Der Stundenansatz beträgt mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.– (Art. 10 Abs. 2 VGKE). Vorliegend setzt das Bundesverwaltungsgericht die Parteientschädigung auf Grund der Akten fest, da keine Kostennote eingereicht worden ist (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Aufgrund des doppelten Schriftenwechsels und der Komplexität der Angelegenheit erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 15'000.– als angemessen. Die Entschädigung ist vom Eidgenössischen Finanzdepartement zu leisten, in dessen Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde vom 19. Januar 2006 wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen und die Verfügung des Bundesamtes für Privatversicherungen vom 16. Dezember 2005 wird aufgehoben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.– ist ihr zurückzuerstatten.
4. Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten des Eidgenössischen Finanzdepartements für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 15'000.– (inkl. MWSt) zugesprochen.
5. Dieses Urteil wird eröffnet:
  - der Beschwerdeführerin (mit Gerichtsurkunde);
  - der Vorinstanz (mit Gerichtsurkunde).

Die Kammerpräsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Andrea Pfeleiderer

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen den vorliegenden Entscheid kann innert dreissig Tagen nach Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Rechtsschriften sind in einer Amtssprache abzufassen und haben die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hält (Art. 42 BGG).

Versand am: 14. Mai 2007