

**Bundesverwaltungsgericht**  
**Tribunal administratif fédéral**  
**Tribunale amministrativo federale**  
**Tribunal administrativ federal**



---

Abteilung II  
B-7402/2007  
{T 0/2}

**Urteil vom 16. September 2008**

---

Besetzung

Richter Hans-Jacob Heitz (Vorsitz), Richter Ronald Flury,  
Richter Jean-Luc Baechler;  
Gerichtsschreiber Kaspar Luginbühl

---

Parteien

**Konkursmasse der X. \_\_\_\_\_ SA,**  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Y. \_\_\_\_\_ AG,**  
Beschwerdegegnerin,

**Bundesamt für Privatversicherungen BPV,**

---

Gegenstand

Aufsicht / Forderung zufolge Abtretung von Versicherten.

**Sachverhalt:****A.**

Die X.\_\_\_\_\_SA wurde im Jahr 1998 mit Sitz in G.\_\_\_\_\_ gegründet. Im Jahr 2003 zeigte sich anlässlich verschiedener, auf Geheiss des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV) sowie des Bundesamtes für Privatversicherungen BPV (Vorinstanz) vorgenommener Audits, dass sich die X.\_\_\_\_\_SA in finanziellen Schwierigkeiten befand und überschuldet war. Daraufhin deponierte die Revisionsstelle der X.\_\_\_\_\_SA die Bilanz beim Bezirksgericht D.\_\_\_\_\_. Am 11. Juni 2003 gewährte der Konkursrichter der X.\_\_\_\_\_SA einen Konkursaufschub, um die notwendigen Massnahmen für eine Sanierung zu treffen. Nachdem dieser Versuch offenbar fruchtlos geblieben war, entzog das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) mit Verfügung vom 3. September 2003 der X.\_\_\_\_\_SA die Bewilligung als Anbieter von obligatorischen Krankenversicherungen und Taggeldversicherungen, womit auch die Bewilligung für Zusatzversicherungen hinfällig wurde. Dieser Entscheid wurde von der X.\_\_\_\_\_SA vor Bundesgericht (damals: Eidgenössisches Versicherungsgericht) angefochten, von diesem jedoch vollumfänglich bestätigt.

In der Zwischenzeit war die X.\_\_\_\_\_SA mit der Y.\_\_\_\_\_AG (Beschwerdegegnerin) in Verhandlungen getreten, um bilateral die Übernahme des Versicherungsbestands betreffend Krankenzusatzversicherungen zu regeln. Zu diesem Zweck schloss die X.\_\_\_\_\_SA mit der Y.\_\_\_\_\_AG am 7. Mai 2004 zwei Konventionen ("Convention", "Seconde Convention") sowie einen Annex ("Annexe") ab, welche die Übernahmemodalitäten regeln sollten. In Ziff. 5.1 Convention hielten die Parteien fest, dass die Vorinstanz die von der Beschwerdegegnerin zu leistende "Entschädigung" wertmässig festsetze. In Ziff. 3.1 Annexe wurde jedoch festgehalten, dass die Y.\_\_\_\_\_AG der X.\_\_\_\_\_SA pro Versicherten einen Betrag von Fr. 75.– zahle.

Mit Schreiben vom 30. April und vom 17. Mai 2004 reichte die Beschwerdegegnerin bei der Vorinstanz eine Offerte für die Übertragung der Versicherungsbestände der X.\_\_\_\_\_AG ein, wobei sie dafür Fr. 0.– (null Franken) anbot.

Nachdem die Vorinstanz im Hinblick auf die Wahrung der Interessen

der Versicherten im Komplementärbereich die X.\_\_\_\_\_SA im Jahr 2003 mit mehreren Verfügungssperren auf das gebundene Vermögen belegt hatte, übertrug sie mit Verfügung vom 21. Juni 2004 den gesamten Bestand von Krankenzusatzversicherungsverträgen der X.\_\_\_\_\_SA zwangsweise auf die Beschwerdegegnerin. In derselben Verfügung legte die Vorinstanz fest, dass sie "die Höhe des Betrags, welchen die Y.\_\_\_\_\_AG der X.\_\_\_\_\_SA für die Übernahme des Versicherungsbestandes entrichtet," in einer separaten Verfügung festlegen werde. Diese Verfügung blieb unangefochten.

Am 23. Juni 2004 ging bei der Vorinstanz das von ihr angeforderte Gutachten von Versicherungsmathematiker B.\_\_\_\_\_ ein, welcher den an die Beschwerdegegnerin übertragenen Bestand wertmässig auf ungefähr Fr. 2 Mio. bezifferte. Die Beschwerdegegnerin nahm in verschiedenen Schreiben zu diesem Ergebnis Stellung, wobei sie darlegte, dass die Übertragung des Bestandes für sie eher ein Verlustgeschäft darstelle, weshalb der Preis auf Fr. 0.– festzusetzen sei. Die Vorinstanz fand den Standpunkt der Beschwerdegegnerin gemäss eigenen Berechnungen nachvollziehbar.

Mit Präsidialurteil des Bezirksgerichts D.\_\_\_\_\_ vom 7. März 2006 wurde am selben Tag um 11:30 Uhr der Konkurs über die X.\_\_\_\_\_SA eröffnet. Die Konkursmasse der X.\_\_\_\_\_SA wurde ab diesem Zeitpunkt vom kantonalen Konkursamt verwaltet.

In einem Nachgutachten vom 24. September 2007 stufte B.\_\_\_\_\_ die Berechnungen der Vorinstanz in Bezug auf den Wert des übertragenen Bestandes als vertretbar ein.

Mit Verfügung vom 28. September 2007 in *deutscher Sprache* setzte die Vorinstanz den Preis für die Übernahme des Zusatzversicherungsbestandes der X.\_\_\_\_\_SA durch die Beschwerdegegnerin auf Fr. 0.– fest.

## **B.**

Gegen diesen Entscheid der Vorinstanz erhob die Konkursmasse der X.\_\_\_\_\_SA (Beschwerdeführerin), vertreten durch das kantonale Konkursamt, mit Eingabe vom 1. November 2007 Beschwerde in *französischer Sprache* an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt prinzipaliter, die Verfügung der Vorinstanz aufzuheben und

festzustellen, dass die von der Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegnerin übertragenen Bestände einen Wert von mindestens Fr. 2 Mio. oder einen zu bestimmenden, darüberliegenden Wert haben. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin einen zu bestimmenden, bei Fr. 2 Mio. oder darüberliegenden Betrag zuzüglich 5% Verzugszins seit dem 1. Juli 2004 zu zahlen. Eventualiter beantragt sie, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Rechtssache sei mit der Anweisung an die Vorinstanz zurückzuweisen, ein "komplettes, kontradiktorisches" Verfahren durchzuführen sowie eine neue externe Expertise zur Wertbestimmung erstellen zu lassen. Weiter stellt die Beschwerdeführerin die Verfahrensanhträge, ihr sei uneingeschränkte Akteneinsicht zu gewähren und eine neue Frist zur Vervollständigung der Beschwerde anzusetzen. Schliesslich sei eine neue "kontradiktorische" Expertise zur Wertbestimmung des Bestandes einzuholen. Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, dass die X.\_\_\_\_\_ SA, und, nach deren Konkurs, sie als Konkursmasse, von der Vorinstanz überhaupt nicht in das Verfahren einbezogen worden seien. So habe sie sich in Bezug auf die Festsetzung des Werts des übertragenen Bestandes zu keinem Zeitpunkt äussern können. Auch habe sie keinerlei Akteneinsicht genossen, weshalb sie die Beschwerde nur teilweise begründen könne. Dadurch sei ihr Anspruch auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs in krasser Weise verletzt worden. Die Vorinstanz habe sich gänzlich der Argumentation der Beschwerdegegnerin angeschlossen und das externe Gutachten von B.\_\_\_\_\_ vom 23. Juni 2004 ignoriert. B.\_\_\_\_\_ sei bis kurz vor Erlass der angefochtenen Verfügung in Bezug auf die Festlegung des Bestandswerts anderer Meinung als die Vorinstanz gewesen, schliesslich aber unerklärlicherweise im Nachgutachten zur Auffassung der Vorinstanz gelangt.

### **C.**

Mit Schreiben vom 6. November 2007 machte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin darauf aufmerksam, dass die Verfahrenssprache gemäss Art. 33a Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) i.d.R. jene des angefochtenen Entscheides sei, und das vorliegende Verfahren ohne Rückmeldung der Beschwerdegegnerin auf Deutsch geführt werde. Die Beschwerdegegnerin liess sich am 13. November 2007 mündlich dahingehend vernehmen, dass sie das Verfahren auf Deutsch zu führen wünsche.

**D.**

In ihrer Vernehmlassung vom 18. Februar 2008 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Dem Akteneinsichtsbegehren bzw. dem Begehren um Anhörung der Beschwerdeführerin beim erkennenden Gericht könne sie sich anschliessen. Sie führt im Wesentlichen aus, dass ihr nicht der Vorwurf gemacht werden könne, sie sei in Bezug auf die Festlegung des Bestandeswerts gleichgültig gewesen. Zwar hätten einige Versicherungen Offerten für eine Bestandesübertragung eingereicht, sich dann jedoch wieder davon distanziert. Eine Offerte über Fr. 2 Mio. habe nicht berücksichtigt werden können, da die X.\_\_\_\_\_ SA selbst in Verhandlungen mit der Beschwerdegegnerin getreten sei, was dieses Angebot obsolet gemacht habe. Zum ersten Gutachten von B.\_\_\_\_\_ könne festgehalten werden, dass z.Z. der Erstellung nicht alle relevanten Tatsachen bekannt gewesen seien. Zudem hätten die X.\_\_\_\_\_ SA und die Beschwerdegegnerin in Ziff. 5.1 der Convention festgehalten, dass die Bestimmung des Werts durch die Vorinstanz erfolge. Eine abschliessende Beurteilung des Sachverhalts bzgl. Preisfestsetzung sei erst kurz vor Erlass der angefochtenen Verfügung möglich gewesen. Es treffe zu, dass lediglich die Beschwerdegegnerin zu dem zu entrichtenden Preis angehört worden sei. Dies sei v.a. deshalb geschehen, weil die Offerte der Beschwerdegegnerin erheblich vom Gutachten Bs.\_\_\_\_\_ abgewichen sei. Aus diesem Grund sei nichts dagegen einzuwenden, wenn der Beschwerdeführerin Akteneinsicht und eine Anhörung gewährt würden. Jedoch müsse die Verfügung nicht aufgehoben und zurückgewiesen werden, da dieser allfällige Mangel von der Rechtsmittelinstanz geheilt werden könne.

**E.**

In ihrer Beschwerdeantwort vom 18. Februar 2008 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Sie führt aus, dass der Übernahmepreis korrekt und gestützt auf eine externe Expertise zustande gekommen sei, weshalb weder eine Neubewertung noch eine weitere externe Expertise notwendig sei. Die Beschwerdegegnerin habe sich aufgrund der damaligen Unsicherheiten in Bezug auf die X.\_\_\_\_\_ SA sowie deren nicht kooperativen Verhaltens entschieden, zweigleisig vorzugehen und sowohl mit der X.\_\_\_\_\_ SA zu verhandeln als auch bei der Vorinstanz eine Offerte einzureichen. Dies sei jedoch vorliegend nicht massgeblich, da sie mit der X.\_\_\_\_\_ SA in Ziff. 5.1 Convention ohnehin vereinbart habe, der Übernahmepreis werde durch die Vorinstanz festgesetzt. Soweit die Beschwerdeführerin

vorbringe, sie sei von der Vorinstanz nicht angehört worden, könne dieser Mangel im vorliegenden Verfahren geheilt werden. Schliesslich macht die Beschwerdegegnerin technische Ausführungen zur Berechnung des Preises für die Bestandesübernahme.

#### **F.**

Mittels Replik vom 5. Mai 2008 hält die Beschwerdeführerin vollumfänglich an ihren Rechtsbegehren fest und macht sehr umfangreiche Präzisierungen zu ihren in der Beschwerde vorgebrachten Sachverhaltsdarstellungen. Abermals vertritt sie den Standpunkt, der Preis für die Bestandesübertragung sei durch die X.\_\_\_\_\_ SA und die Beschwerdegegnerin im Rahmen der Privatautonomie ausgehandelt worden, was die Vorinstanz ignoriert habe. Am Antrag auf Gewährung des Akteneinsichtsrechts sowie des rechtlichen Gehörs hält sie fest.

#### **G.**

In ihrer Duplik vom 8. Juli 2008 hält die Vorinstanz an ihren Anträgen fest und führt erneut aus, dass das rechtliche Gehör allenfalls vom Bundesverwaltungsgericht nachgewährt werden könne, ohne die Rechtssache an sie zurückzuweisen.

#### **H.**

Die Beschwerdegegnerin hält in ihrer Duplik vom 9. Juli 2008 an ihren Rechtsbegehren fest und führt insbesondere erneut aus, die Bestimmung des Preises für die Bestandesübertragung sei gemäss Ziff. 5.1 Convention an die Vorinstanz delegiert worden.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Die Beschwerde ist zulässig gegen Verfügungen der Departemente und der ihnen unterstellten Dienststellen der Bundesverwaltung (vgl. Art. 33 Bst. d VGG). Die Verfügung der Vorinstanz vom 28. September 2007 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar, und die Vorinstanz ist eine Dienststelle im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

Die Konkursmasse der X.\_\_\_\_\_ SA hatte keine Gelegenheit zur Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren. Sie ist jedoch Adressatin der angefochtenen Verfügung und davon berührt; sie hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, womit sie die Erfordernisse von Art. 48 Abs. 1 Bst. a bis c VwVG erfüllt.

Gemäss Art. 240 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1) hat die Konkursverwaltung alle zur Erhaltung und Verwertung der Konkursmasse gehörenden Geschäfte zu besorgen und die Konkursmasse gegebenenfalls vor Gericht zu vertreten. Indem die Konkursverwaltung im Namen der Konkursmasse gegen die angefochtene Verfügung Beschwerde führt, kommt sie ihrer Pflicht zur Erhaltung der Konkursmasse nach. Die Vertretung der Konkursmasse durch das kantonale Konkursamt ist somit rechtsgültig.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerde form- und fristgemäss eingereicht und den Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet.

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

## **2.**

Vorliegend ist strittig, ob die Vorinstanz den Preis für die Bestandesübertragung der X.\_\_\_\_\_ SA an die Beschwerdegegnerin von Amtes wegen und nach eigenen Berechnungen festsetzen durfte, oder ob sie den in Ziff. 3.1 Annexe vereinbarten Preis von Fr. 75.– pro Versicherten bei der Preisfestsetzung hätte berücksichtigen müssen.

**2.1** Gemäss Art. 62 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (VAG, SR 961.01) können Versicherungsunternehmen ihre Bestände ganz oder teilweise gestützt auf vertragliche Vereinbarung an andere Versicherungsunternehmen übertragen. Die zwischen den Versicherungsunternehmen getroffene Vereinbarung bedarf der Bewilligung durch die Vorinstanz, wobei diese darauf zu achten hat, dass die Interessen der Versicherten gewahrt werden. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung legt die Vorinstanz die Bedingungen einer Übertragung selbst fest, sofern sie eine solche verfügt. Eine durch die Vorinstanz verfügte Bestandesübertragung kommt v.a. dann in Betracht, wenn einem Versicherungsunternehmen die Bewilligung nach Art. 61 Abs. 1 VAG entzogen wurde. Der Vorinstanz kommt diesfalls im Rahmen von Art. 61 Abs. 2 VAG die Aufgabe zu, alle Massnahmen zu treffen, um die Interessen

der Versicherten zu wahren. Dabei verweist Art. 61 Abs. 2 VAG ausdrücklich auf die Massnahmen von Art. 51 VAG. Art. 51 Abs. 2 Bst. d VAG sieht vor, dass die Vorinstanz eine Übertragung des Bestandes und des gebundenen Vermögens auf ein anderes Versicherungsunternehmen mit dessen Zustimmung vornehmen kann (ROLF H. WEBER/PATRICK UMBACH, Versicherungsaufsichtsrecht, Bern 2006, S. 142).

**2.2** Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass der X.\_\_\_\_\_ SA schon mit Verfügung des EDI vom 3. September 2003 die Bewilligung als soziale Krankenversicherung entzogen wurde, womit gemäss Art. 12 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10) auch die Bewilligung im Zusatzversicherungsbereich entfiel, da diese Tätigkeit auf der Bewilligung als soziale Krankenversicherung fusst. Aufgrund der Beschwerde der X.\_\_\_\_\_ SA an das Bundesgericht (damals: Eidgenössisches Versicherungsgericht), welcher aufschiebende Wirkung zukam, verfügte das EDI den Bewilligungsentzug neu auf den 30. Juni 2004. Mit Verfügung des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD vom 21. Juni 2004 wurde nebst der Bestandesübertragung an die Beschwerdegegnerin der Entzug der Bewilligung der X.\_\_\_\_\_ SA im Zusatzversicherungsbereich auch formell verfügt. Diese Verfügung wurde von X.\_\_\_\_\_ SA nicht angefochten, womit sie 30 Tage nach der Eröffnung, mithin ungefähr am 22. Juli 2004, rechtskräftig geworden ist. Die "Convention", die "Seconde Convention" sowie der "Annexe", worin die Bestandesübertragung von der X.\_\_\_\_\_ SA an die Beschwerdegegnerin geregelt wurde, wurden allesamt am 7. Mai 2004 abgeschlossen. Daraus ergibt sich, dass die private Vereinbarung der X.\_\_\_\_\_ SA mit der Beschwerdegegnerin vor dem formellen Bewilligungsentzug durch das EFD erfolgte. Eine Umsetzung der Verträge fand aufgrund verschiedener Querelen jedoch nie statt. Aus diesem Grund stellten die X.\_\_\_\_\_ SA und die Beschwerdegegnerin der Vorinstanz auch nicht den Antrag auf Genehmigung der Modalitäten.

**2.3** Indem das EFD der X.\_\_\_\_\_ SA mit Verfügung vom 21. Juni 2004 die Bewilligung als Versicherung im Zusatzversicherungsbereich entzog, war die Vorinstanz gemäss Art. 62 Abs. 2 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 VAG rechtlich verpflichtet, die Bestandesübertragung von Amtes wegen vorzunehmen. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 62 Abs. 2 VAG war sie in diesem Zusammenhang ebenso verpflichtet, die Bedingungen für die Bestandesübertragung von Amtes wegen festzulegen. Da-

bei war die Vorinstanz klarerweise nicht an die früher unterzeichneten Verträge der X.\_\_\_\_\_ SA und der Beschwerdegegnerin gebunden. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin ist somit unbehelflich und kann nicht gehört werden.

### 3.

Es ist unbestritten, dass sich die X.\_\_\_\_\_ SA bzw. die Beschwerdeführerin vor der Vorinstanz nicht zur Preisfestsetzung für die Bestandesübertragung äussern konnte. Es ist daher zu ermitteln, ob die Vorinstanz die X.\_\_\_\_\_ SA bzw. die Beschwerdeführerin zur Preisfestsetzung hätte anhören müssen.

**3.1** Mittels der angefochtenen Verfügung wurde der Preis für die zwangsweise Bestandesübertragung von der X.\_\_\_\_\_ SA an die Beschwerdegegnerin festgesetzt. Es handelte sich hierbei, wie in E. 2.1 ausgeführt, um einen durch die Vorinstanz im Sinn der Officialmaxime von Amtes wegen vorzunehmenden Vorgang. Da eine Bundesbehörde das rechtliche Gehör lediglich jenen Personen gewähren muss, welchen Parteistellung im massgeblichen Verfahren zukommt, ist vorerst abzuklären, ob der X.\_\_\_\_\_ SA bzw. der Beschwerdeführerin als deren Rechtsnachfolgerin anlässlich des Verfahrens vor der Vorinstanz diese Eigenschaft zugekommen wäre.

Die Parteistellung im erstinstanzlichen, nichtstreitigen Verwaltungsverfahren richtet sich nach Art. 6 VwVG. Demnach ist Partei, wessen Rechte und Pflichten durch die zu erlassende Verfügung berührt werden sollen bzw. wem ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Indem die Vorinstanz den Preis für die Bestandesübernahme durch die Beschwerdegegnerin festsetzte, ist die Beschwerdeführerin als Rechtsnachfolgerin der X.\_\_\_\_\_ SA offensichtlich davon betroffen. Gemäss Art. 197 Abs. 1 SchKG dient die Konkursmasse zur Befriedigung der Gläubiger. Laut Abs. 2 dieser Bestimmung fliesst Vermögen, welches dem Schuldner vor Schluss des Konkursverfahrens anfällt, ebenfalls in die Konkursmasse. Nach Abschluss des Konkursverfahrens werden die Gläubiger i.S.v. Art. 264 SchKG i.V.m. Art. 150 Abs. 1 und 2 SchKG soweit möglich befriedigt und erhalten für den nicht gedeckten Restbetrag ihrer Forderungen einen Schuldschein. Gerade bei einem grösseren Aktivposten der Konkursmasse, wozu der Bestand der Versicherten zählt, fällt die Preisbestimmung relativ stark ins Gewicht und hat direkte Auswirkungen auf die Befriedigung der Gläubiger. Da die Konkursmasse auf-

grund von Art. 62 Abs. 2 VAG den Versichertenbestand nicht versteigern bzw. dem Meistbietenden verkaufen kann, ist die Beschwerdeführerin durch die Preisfestsetzung in ihren Rechten als Konkursmasse wie auch in ihrem Interesse, die Gläubiger möglichst zu befriedigen, betroffen. Folglich kam der X.\_\_\_\_\_ SA bzw. der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren ohne weiteres Parteistellung zu.

**3.2** In Bezug auf das Verfahren vor der Vorinstanz waren demnach Art. 7 bis 43 VwVG anwendbar. Überdies hatte das Verfahren der Vorinstanz insbesondere auch den Verfahrensgarantien gemäss Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) sowie – wie vorliegend anlässlich einer zivilrechtlichen Streitigkeit – Art. 6 Abs. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) zu genügen (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 1613 ff.; JENS MEYER-LADEWIG, EMRK, Handkommentar, Baden 2003, N 8 zu Art. 6). Der Anspruch auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs ergibt sich sowohl aus Art. 6 Abs. 1 EMRK als auch aus Art. 29 Abs. 2 BV. Bezogen auf das Verwaltungsverfahren wird der Anspruch in Art. 26 bis 33b VwVG konkretisiert. Vorliegend bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, die Vorinstanz habe sie vor Erlass der angefochtenen Verfügung nicht angehört und habe ihr keine Akteneinsicht gewährt.

**3.2.1** Vor Erlass einer Verfügung ist den davon Betroffenen in der Regel im Rahmen von Art. 30 Abs. 1 VwVG Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Aus diesem Recht folgt, dass die verfügende Behörde die Äusserungen der Parteien tatsächlich zur Kenntnis nimmt und sich damit in der Entscheidungsfindung und -begründung sachgerecht auseinandersetzt (BGE 123 I 31 E. 2c). Gerade bei Entscheiden von grosser Tragweite, die auf unbestimmt gehaltenen Normen basieren und in Ausübung eines grossen Ermessensspielraums getroffen werden, muss die Behörde den Parteien den voraussichtlichen Inhalt der Verfügung mitteilen, damit sie Stellung zu dieser vorläufigen Würdigung beziehen können. Holt die Behörde zur Abklärung des Sachverhalts eine Expertise ein, so müssen die Parteien auch hierzu Stellung nehmen können (BGE 128 V 272 E. 5cc). Das Recht auf vorgängige Anhörung kann gemäss Art. 30 Abs. 2 VwVG u.a. dann eingeschränkt werden, wenn eine Verfügung besonders dringlich ist, wenn schutzwürdige In-

teressen Dritter oder des Staates entgegenstehen, oder wenn eine im öffentlichen Interesse liegende Massnahme durch vorgängige Anhörung vereitelt würde (BGE 125 II 508 E. 4).

**3.2.2** Im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren knüpft das Recht auf Akteneinsicht an die Parteieigenschaft an. Jene Personen, welche im Verfahren schutzwürdige Interessen verfolgen, haben gemäss Art. 26 i.V.m. Art. 6 VwVG das Recht, die betreffenden Akten einzusehen. Das Einsichtsrecht gilt – abgesehen von amtlichen Akten des internen Verkehrs – grundsätzlich für die gesamten das Verfahren betreffenden Akten (Entscheid des EGMR i.S. Ressegatti gegen die Schweiz vom 13. Juli 2006, Ziff. 30). Der Anspruch kann hingegen bei überwiegenden öffentlichen oder privaten Geheimhaltungsinteressen eingeschränkt werden (GEROLD STEINMANN in: EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, Die Schweizerische Bundesverfassung, Komm., 2. Aufl., Zürich et al. 2008, N. 29 zu Art. 29).

**3.3** Vorliegend ist unbestritten, dass sich weder die X.\_\_\_\_\_ SA noch die Beschwerdeführerin vor Erlass der angefochtenen Verfügung zum Verfahren äussern konnten. Weder wurde ihnen Gelegenheit gegeben, ihre Sicht zum Sachverhalt darzulegen, noch konnten sie allfällige eigene Berechnungen zum festzulegenden Kaufpreis einbringen. Zu der von der Vorinstanz eingeholten Expertise sowie der stark von dieser abweichenden Nachexpertise konnten die X.\_\_\_\_\_ SA bzw. die Beschwerdeführerin keine Stellung beziehen. Ebensowenig waren ihnen das Übernahmeangebot und die diesbezüglichen Bedingungen der Beschwerdegegnerin bekannt. Indem die Beschwerdeführerin vollkommen vom Verfahren ausgeschlossen war, konnte sie logischerweise auch keine Einsicht in die Verfahrensakten nehmen. Das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin wurde demzufolge von der Vorinstanz in krasser Weise verletzt. Dies umso mehr, als die Beschwerdeführerin nach den Vertragsverhandlungen mit der Beschwerdegegnerin im Jahr 2004 nicht damit rechnen musste, dass der Preis für die Bestandesübernahme auf Fr. 0.– festgesetzt würde.

Die Verfahrensrechte der Beschwerdeführerin wurden somit in einem völlig untransparent gehaltenen Verfahren geradezu ignoriert. Daran ändert sich auch nichts, soweit die Interessen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin anders liegen. Auch wenn die Vorinstanz gesetzlich dazu verpflichtet ist, die Interessen der Versicherten zu wahren,

befreit sie dies nicht davon, die Beschwerdeführerin, welche hauptsächlich finanzielle Interessen hat, vorgängig anzuhören und ihr Akteneinsicht zu gewähren.

#### 4.

Unter diesen Umständen stellt sich die Frage, ob das erkennende Gericht in der Sache selbst entscheiden kann, oder ob sie mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

**4.1** Beim rechtlichen Gehör handelt es sich um einen formellen Anspruch. Wird eine Verletzung dieses Anspruchs festgestellt, führt dies zur Aufhebung des angefochtenen Hoheitsakts, und zwar unabhängig davon, ob die nicht gewährte Anhörung bzw. die fehlende Akteneinsicht materiell zu einem anderen Verfahrensausgang geführt hätten (BGE 127 V 431 E. 3c). Nach Rechtsprechung und herrschender Lehre kommt eine Heilung einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nur unter engen Voraussetzungen in Frage. Vorerst muss der Rechtsmittelbehörde dieselbe Kognition zukommen wie der Vorinstanz. Weiter darf die Verletzung nicht zu schwer wiegen, um geheilt werden zu können (BGE 126 I 68 E. 2). Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass die von der Verletzung betroffene Partei durch eine Heilung im Rechtsmittelverfahren eines Instanzenzugs verlustig geht. Bedarf die Sache einer schnellen Erledigung, weil sie bspw. in wachsendem Schaden liegt, können die Anhörungsrechte im Rechtsmittelverfahren nachgewährt werden. Ist dies hingegen nicht der Fall, ist die Rechtssache in der Regel mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1711).

**4.2** Vorliegend wiegt die Verletzung des Anspruchs der Beschwerdeführerin auf das rechtliche Gehör ausserordentlich schwer (vgl. E. 3.3). Schon unter Berücksichtigung dieser Tatsache kommt eine Heilung durch das erkennende Gericht nicht in Frage. Hinzu kommt, dass es nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts ist, ein zumindest in formeller Hinsicht unvollständiges und untransparentes Verfahren nachzuholen. Schliesslich setzte die Vorinstanz den Preis für die Bestandesübernahme in der angefochtenen Verfügung auf Fr. 0.– fest, wobei sie sich hauptsächlich auf eigene Berechnungen und sekundär auf die Vorbringen der Beschwerdegegnerin und das Nachgutachten von B.\_\_\_\_\_ stützte. Die Sachverhaltsabklärungen basieren demnach stark auf versicherungsmathematischen bzw. technischen Erwägungen.

gen, welche für das Bundesverwaltungsgericht nicht ohne weiteres nachvollziehbar sind, zumal die Vorinstanz die Beschwerdeführerin nicht Stellung dazu nehmen liess. Hinzu kommt, dass sich die von B.\_\_\_\_\_ erstellten Expertisen ohne nachvollziehbaren Grund widersprechen. Je nach Vorbringen der Beschwerdeführerin könnte sich die Lage in Bezug auf die sachverhaltsrelevante Situation somit erheblich ändern. Unter diesen Aspekten ist ein Entscheid in der Sache auszuschliessen und die diesbezüglichen Rechtsbegehren der Parteien sind abzuweisen.

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Sache unter Aufhebung der angefochtenen Verfügung und mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Die Vorinstanz hat demzufolge das Verfahren um die Preisfestsetzung für die Bestandesübertragung komplett zu wiederholen. Bei den Abklärungen für ihre Berechnungen hat sie das massgebende Verfahrensrecht, wozu die Verfahrensgarantien der Parteien gehören, anzuwenden. Sie hat den Parteien insbesondere das rechtliche Gehör und Akteneinsicht zu gewähren. Schliesslich hat die Vorinstanz von einer anderen Person als jener B.\_\_\_\_\_ eine neue externe Expertise erstellen zu lassen. Ein Expertenwechsel hat deshalb zu erfolgen, weil sich die beiden Gutachten von B.\_\_\_\_\_ ohne Grundangabe widersprechen. Da die Vorinstanz mit vorliegendem Urteil angehalten wird, das Verfahren vollständig zu wiederholen, ist eine externe Expertise von einer bis anhin mit der Sache unbefassten Person für die korrekte Sachverhaltsermittlung unerlässlich. Die neu zu erstellende Expertise hat die Parteivorbringen zu berücksichtigen. Gestützt auf die Erkenntnisse eines neuen, korrekt durchgeführten Verfahrens hat die Vorinstanz die Preisfestsetzung neu zu verfügen.

## **5.**

**5.1** Die Verfahrenskosten sind gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Unterliegt die Partei nur teilweise, sind die Verfahrenskosten zu ermässigen. Vorliegend ist die Beschwerdeführerin mit ihren Rechtsbegehren in der Hauptsache durchgedrungen, nicht aber in den Nebenpunkten; die angefochtene Verfügung wird zwar aufgehoben, hingegen wird nicht in der Sache selbst entschieden. Die Beschwerdegegnerin ist in diesem Ausmass teilweise unterlegen, womit beide Parteien ermässigte Verfahrenskosten nach Massgabe ihres Unterliegens zu tragen haben (zur weitgehend gleichen Rechtslage gemäss Bundesgerichtsgesetz und Gesetz

über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern: THOMAS GEISER in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/PETER UEBERSAX/HANS WIPRÄCHIGER, Bundesgerichtsgesetz, Komm., Basel 2008, Rz. 13 zu Art. 66; THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N. 2 zu Art. 108). Die Verfahrenskosten werden gemäss Art. 1 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) festgesetzt. Bei der Berechnung der Höhe der Verfahrenskosten wird auf die zu beurteilenden Vermögensinteressen abgestellt. Vorliegend hat die Beschwerdeführerin beantragt, den Preis für den zu übertragenden Bestand auf mindestens Fr. 2 Mio. festzusetzen. Die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz kommen zum Schluss, dass der Preis für den Bestand bei Fr. 0.– liege. Das erste Gutachten von B.\_\_\_\_\_ beziffert den Preis auf Fr. 2 Mio. Die Beschwerdeführerin hat daher Veranlassung zur Annahme, dass die Festsetzung des Preises auf Fr. 2 Mio. im Bereich des Möglichen liegt. Dies umso mehr, als der Wert des einzelnen Versicherungsvertrags gemäss Ziff. 3.1 Annexe auf Fr. 75.– festgelegt wurde. Die Vermögensinteressen sind unter diesen Umständen in der Grössenordnung von 1-2 Mio. anzusiedeln. Bei Vermögensinteressen in dieser Höhe sind die Verfahrenskosten gemäss Art. 4 VGKE auf Fr. 5'000.– bis Fr. 20'000.– festzusetzen. Vorliegend rechtfertigen sich gemessen am Aufwand des Verfahrens Verfahrenskosten von Fr. 10'000.–. Angesichts des Umstands, dass die Beschwerdegegnerin nur teilweise, jedoch in der Hauptsache unterlegen ist, sind die ihr zu auferlegenden Kosten auf Fr. 7'000.– zu ermässigen. Der Beschwerdeführerin sind nach Massgabe ihres Unterliegens Fr. 3'000.– Verfahrenskosten aufzuerlegen. Der von der Beschwerdeführerin am 28. November 2007 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 15'000.– wird ihr unter Verrechnung des ihr auferlegten Verfahrenskostenanteils von Fr. 3'000.– von der Kasse des Bundesverwaltungsgerichts im Umfang von Fr. 12'000.– zurückerstattet. Die Beschwerdegegnerin hat den ihr auferlegten Verfahrenskostenanteil in der Höhe von Fr. 7'000.– binnen 30 Tagen nach Rechtskraft dieses Urteils zugunsten des Bundesverwaltungsgerichts zu überweisen. Ein Einzahlungsschein wird ihr mit separater Post zugestellt.

**5.2** Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE haben obliegende Parteien Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Parteientschädigung wird der verfügenden Behörde auferlegt, sofern sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann. Eine

Parteientschädigung wird gemäss Art. 64 Abs. 3 VwVG dann der unterliegenden Gegenpartei je nach deren *Leistungsfähigkeit* auferlegt, wenn sie sich mit eigenen Anträgen am Verfahren beteiligt hat. Die Beschwerdegegnerin hat in ihrer Vernehmlassung Rechtsbegehren gestellt, welchen nicht stattgegeben wurde. Bei der Beschwerdegegnerin handelt es sich um eine der grössten Krankenversicherungen der Schweiz, weshalb ihre Leistungsfähigkeit ausser Zweifel steht. Die Beschwerdeführerin verlangt sinngemäss eine Parteientschädigung ("dépens de la recourante"). Laut Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 VGKE haben die Rechtsvertreter der Parteien dem Bundesverwaltungsgericht vor dem Entscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen, andernfalls das Bundesverwaltungsgericht die Parteientschädigung von Amtes wegen aufgrund der Akten festlegt; die Beschwerdeführerin hat keine Kostennote eingereicht. Die Akten in vorliegendem Verfahren sind eher umfangreich, weshalb ein verrechenbarer Arbeitsaufwand der Rechtsvertreter von 40 Stunden vertretbar erscheint. Die Parteientschädigung wird demnach, ausgehend von einem Stundensatz von Fr. 250.–, von Amtes wegen auf Fr. 10'000.– festgelegt. Die Beschwerdegegnerin ist im vorliegenden Verfahren mit ihren Anträgen unterlegen; die Beschwerdeführerin ist lediglich mit einem Teil ihrer Begehren durchgedrungen. Unter diesen Umständen wird die Beschwerdegegnerin verpflichtet, der Beschwerdeführerin ermässigte Parteikosten zu erstatten (THOMAS GEISER in: NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHIGER, a.a.O., Rz. 14 zu Art. 68). Vorliegend rechtfertigt sich eine Ermässigung der an die Beschwerdeführerin zu zahlenden Parteikosten auf Fr. 7'000.–. Der Beschwerdegegnerin als unterliegenden Partei steht kein Parteikostenersatz zu.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben. Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.

#### **2.**

Die Sache wird zu erneuter Entscheidung im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

#### **3.**

Von den Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 10'000.– wird der Beschwerdegegnerin ein Anteil von Fr. 7'000.– auferlegt. Dieser Betrag

ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Der Beschwerdeführerin wird ein Anteil von Fr. 3'000.– auferlegt, welcher mit dem von ihr am 28. November 2008 geleisteten Kostenvorschuss verrechnet wird. Die verbleibenden Fr. 12'000.– des Kostenvorschusses werden ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils von der Gerichtskasse zurückerstattet.

**4.** Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine ermässigte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 7'000.– zu zahlen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (GU)
- die Beschwerdegegnerin (GU)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. G395-0088; GU)
- das Eidgenössische Finanzdepartement EFD (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans-Jacob Heitz

Kaspar Luginbühl

**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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 18. September 2008