

# **BVGer B-4592/2020 vom 15. Dezember 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-12-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4592\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4592_2020)

FR: TAF B-4592/2020 du 15 décembre 2023

IT: TAF B-4592/2020 del 15 dicembre 2023

## **Regeste**

Finanzmarktaufsicht (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist.

### **E. 1.2**

Der Entscheid der Vorinstanz vom 14. August 2020 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz für Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, die unter anderem von Anstalten und Betrieben des Bundes erlassen werden (Art. 33 Bst. e VGG). Darunter fällt die von der Vorinstanz erlassene Verfügung (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1]). Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig.

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Die Beschwerdeführerin ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Sie hat die Beschwerde innerhalb der gesetzlichen Frist eingereicht (Art. 50 Abs. 1 VwVG). Die Anforderungen an Form und Inhalt der Rechtschrift sind erfüllt und der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (Art. 52 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

B-4592/2020 Seite 8

### **E. 2**

Anfechtungsobjekt des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet die Verfügung der Vorinstanz vom 14. August 2020, mit welcher die im Gesuch vom 6. Juni 2019 gestellten und mit Schreiben vom 7. Mai 2020 präzisierten Anträge der Beschwerdeführerin um Freigabe von Vermögenswerten (Antrag 1), Anpassung des Run-Off Business Plans sowie des Geschäftsplans (Antrag 2) und Ausschüttung von Dividenden (Antrag 3) abgewiesen worden sind. Die Beschwerdeführerin hat die Verfügung nur betreffend die Abweisung der Anträge auf Ausschüttung von Dividenden und Freigabe von Vermögenswerten angefochten; die nicht beanstandete Abweisung des Antrags auf Anpassung des Run-Off

Business Plans und des Geschäftsplans gemäss dem Rundschreiben 2017/5 Randziffer 34 ist rechtskräftig geworden und ist damit zwar Teil des Anfechtungsobjekts, aber nicht Teil des Streitgegenstands (vgl. BGE 136 II 457 E. 4.2). Damit bildet nur die Abweisung der Anträge 1 und 3 den Streitgegenstand.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin kann im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des Entscheids beanstanden (Art. 49 VwVG).

### **E. 3.2**

In zeitlicher Hinsicht sind – vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen – grundsätzlich diejenigen materiellen Rechtssätze anwendbar, die bei der Verwirklichung des rechtlich zu würdigenden und zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts in Kraft waren (BGE 144 II 326 E. 2.1.1; zum Finanzmarktrecht ausdrücklich Urteil des BGer 2C\_29/2016 vom 3. November 2016 E. 3.2). Massgebend sind vorliegend die im Zeitpunkt der Verfügung, also am 14. August 2020 geltenden materiellen Bestimmungen. Dazu gehören namentlich das Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1) und das Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG; SR 961.01) in den seit 1. Januar 2020 geltenden Fassungen.

### **E. 4**

Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Beschwerdeführerin am (...) 2014 auf die Bewilligung zur Ausübung der Versicherungstätigkeit verzichtet und die FINMA daraufhin ihren Abwicklungsplan genehmigt hat, welcher

B-4592/2020 Seite 9 die Folgen der Einstellung des Geschäftsbetriebs regelt und u.a. die Bestimmung enthält, dass Substanzentnahmen von der FINMA zu genehmigen seien. Im Weiteren ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin im Zeitraum von Juli 2016 bis Mai 2018 vier Gesuche um Substanzentnahmen (u.a. Dividendenausschüttungen und Darlehensrückzahlungen) gestellt hat, welche die Vorinstanz – die letzteren zwei unter Bedingungen und Auflagen – gutgeheissen hat. Nicht strittig ist zudem, dass sämtliche bis zum 10. Juli 2018 ergangene Verfügungen der Vorinstanz in Rechtskraft erwachsen sind. Uneinig sind sich die Parteien hingegen, ob die Vorinstanz das im Jahr 2019 gestellte Gesuch der Beschwerdeführerin (s. Sachverhalt Bst. A.f) zu Recht abgewiesen hat.

### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. In der Beschwerde macht sie implizit geltend, die vorinstanzliche Verfügung sei mangelhaft begründet. Sie führt aus, die Vorinstanz habe sich nicht mit ihren Vorbringen einlässlich auseinandergesetzt; die angefochtene Verfügung beruhe auf diversen unvollständigen, teilweise falschen Sachverhaltsdarstellungen (BVGer-act. 1, Rz. 5). Replikweise betont sie, dass die Vorinstanz es erneut unterlassen habe, die Vorbringen der Beschwerdeführerin sorgfältig und ernsthaft zu prüfen. Sie gibt ausdrücklich an, dass die Vorinstanz damit ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen sei (BVGer-act. 11, Rz. 23).

### **E. 5.2**

Das Recht auf Begründung der Verfügung ist ein Teilgehalt des in Art. 29 der Bundesverfassung (BV, SR 101) und Art. 29 VwVG verankerten Grundsatzes des rechtlichen Gehörs. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 144 I 11 E. 5.3 mit Hinweisen; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2023, Art. 29 Rz. 28, Rz. 70 i.V.m. Rz. 102). Diese Rüge ist deshalb vorweg zu behandeln.

### **E. 5.2.1**

Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verlangt unter anderem, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung

B-4592/2020 Seite 10 berücksichtigt (vgl. Art. 32 Abs. 1 VwVG). Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG). Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (BGE 146 II 335 E. 5.1 f. m.H.; BVGE 2016/9 E. 5.1). Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er als auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt, was indessen nicht bedeutet, dass sich diese ausdrücklich mit jedem Sachvorbringen und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Die Behörde hat demnach in der Begründung ihres Entscheids diejenigen Argumente aufzuführen, die tatsächlich ihrem Entscheid zugrunde liegen. Schliesslich muss die Begründung verständlich und nachvollziehbar sein (BGE 142 I 135 E. 2.1; Urteil des BGer 1C\_495/2020 vom 12.08.2021; BGE 129 I 232 E. 3.2; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 29 Rz. 103).

### **E. 5.2.2**

Eine Gehörsverletzung ist vorliegend nicht auszumachen: In der angefochtenen Verfügung hat sich die Vorinstanz mit den Standpunkten der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt und ihren Entscheid detailliert begründet. Sie hat insbesondere dargelegt, ob die Voraussetzungen für die im Gesuch vom 7. Mai 2020 gestellten Anträge um Genehmigung der frei verfügbaren Vermögenswerte, Anpassung des Run-Off Business Plans und Geschäftsplans sowie Auszahlung von Dividenden erfüllt waren (Vorakten-Reg. 9, S. 14 – 17, Rz. 34 – 40). Dabei hat sie nicht sämtliche Sachvorbringen oder Argumente der Beschwerdeführerin in extenso, sondern in angemessener Kürze wiedergegeben. So war eine sachgerechte Anfechtung der Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht ohne Weiteres möglich; das Vorgehen der Vorinstanz entspricht auch der hievor erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Damit ist der gesetzlichen Begründungspflicht Genüge getan. Ob die Vorinstanz dabei diejenigen Behauptungen und Darstellungen der Beschwerdeführerin, zu denen sie sich nicht geäußert hat, allenfalls zu Unrecht als

unerheblich eingestuft hat, ist keine Frage des rechtlichen Gehörs, sondern im Rahmen der materiellen Beurteilung der Streitsache zu behandeln. Dasselbe gilt für die Frage, ob die Begründung der angefochtenen Verfügung zutreffend ist.

B-4592/2020 Seite 11

### **E. 5.2.3**

Unbehelflich ist die in diesem Zusammenhang vorgebrachte Rüge, die Vernehmlassung entspreche nicht einmal im Ansatz den Anforderungen an eine Beschwerdeantwort, weil die Vorinstanz darin keine Stellung zu den in der Beschwerde vorgebrachten Sachverhaltsrügen genommen habe (BVGer-act. 11, Rz. 4). Wenn die Beschwerdeführerin daraus eine vorinstanzliche Verletzung der Begründungspflicht herleiten möchte, ist dem entgegenzuhalten, dass eine solche nur für die Verfügung gilt. Die zur Einreichung der Vernehmlassung aufgeforderte Vorinstanz kann grundsätzlich auch darauf verzichten, sich vernehmen zu lassen, oder sie kann in ihrer Antwort lediglich auf die Erwägungen in der angefochtenen Verfügung verweisen (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER/MARTIN KAISER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 3. Aufl. 2022, S. 183 Rz. 3.43). Demzufolge kann in der Vernehmlassung vom 27. November 2020, selbst mit rudimentären Ausführungen zum Sachverhalt, keine Gehörsverletzung erkannt werden.

### **E. 5.3**

Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet.

### **E. 6.1**

Die Beschwerdeführerin rügt weiter mit Verweis auf Art. 49 VwVG, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie ihrer Pflicht, den Sachverhalt zu ermitteln, nicht nachgekommen sei (BVGer-act. 1, Rz. 5; BVGer-act. 11, Rz. 23). Dabei macht die Beschwerdeführerin Mängel einerseits in der Darstellung und andererseits in der Ermittlung resp. Feststellung des Sachverhalts geltend.

#### **E. 6.1.1**

Zum einen kritisiert sie, die Verfügung gebe den Sachverhalt beziehungsweise die Schriftenwechsel nicht vollständig wieder; die Darstellungen des Sachverhalts seien deshalb unvollständig und zu ergänzen. Dabei bezieht sie sich insbesondere auf die zwischen ihr und der Vorinstanz erfolgte Korrespondenz, welche seit dem Verzicht der Bewilligung zum Geschäftsbetrieb im Jahr 2014 erfolgt ist. Ferner erachtet sie eine Vielzahl ihrer Eingaben, Stellungnahmen und Verfügungen der Vorinstanz sowie genehmigte Abwicklungspläne als unzureichend ausführlich wiedergegeben (BVGer-act. 1, Rz. 137 – 166; Rz. 171, 177 – 210).

#### **E. 6.1.2**

Zum anderen rügt die Beschwerdeführerin, die Ausführung in der Verfügung, dass keine hinreichend schlüssige Portfolio-Analyse eingereicht worden sei resp. eine solche nach wie vor fehlerhaft, sei falsch und

B-4592/2020 Seite 12 aktenwidrig (BVGer-act. 1, Rz. 168). Sie habe über mehrere 100 Seiten hinweg eine umfangreiche Portfolio-Analyse präsentiert und ihre Einschätzung zum Zeitpunkt der Beendigung des Run-Off erläutert. Dasselbe gelte für die

vorinstanzlichen Ausführungen, dass nicht schlüssig und hinreichend konkret dargelegt worden sei, ab wann und aus welchen Gründen keine Versichertenansprüche mehr geltend gemacht werden könnten. Sie habe sich bereits am 11. Juli 2019 ausführlich zu den Spätschäden geäußert (BVGer-act. 1, Rz. 169 f.). Ferner bezieht sich die Beschwerdeführerin auf die Angaben in der Verfügung (Vorakten-Reg. 9, Rz. 39), in welcher die Vorinstanz ausgeführt hatte, dass die beantragte Anpassung des Run-Off und Geschäftsplans sinngemäss einen Ersatz der bereits rechtskräftig verfüigten Genehmigungspflicht durch die ordentliche Meldepflicht gemäss dem FINMA-Rundschreiben darstellen würde. Auch diese Aussage bezeichnete die Beschwerdeführerin als falsch und aktenwidrig; es handle sich um eine leere Behauptung (BVGer-act. 1, Rz. 212).

### **E. 6.2**

Art. 12 VwVG verankert den Untersuchungsgrundsatz (statt vieler: BGE 143 II 425 E. 5.1; BVGE 2013/32 E. 3.4.2). Dieser auferlegt der Behörde die Pflicht, von Amtes wegen den rechtserheblichen Sachverhalt vollständig und richtig zu ermitteln. Die Sachverhaltsermittlung muss einen ermessensfehlerfreien Entscheid ermöglichen. Entscheid- bzw. rechtserheblich sind alle Tatsachen, welche die tatbeständlichen Voraussetzungen der anwendbaren Rechtsnormen erfüllen (KRAUSKOPF/WYSSLING, in: WALDMANN/KRAUSKOPF [Hrsg.], Praxiskommentar zum VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 12 Rz. 16, 27 f.). Die Ermittlung endet, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt bewiesen ist oder wenn willkürfrei ausgeschlossen werden kann, dass weitere Abklärungen zu einem zusätzlichen Erkenntnisgewinn führen; ferner, wenn die Partei die ihr zumutbare Mitwirkung verweigert (vgl. BVGE 2015/1 E. 4.2). Sowohl der Ermittlungsvorgang als auch das daraus gewonnene Resultat (Beweisergebnis) unterliegt der uneingeschränkten Kontrolle durch die Beschwerdeinstanz (Art. 49 Bst. b VwVG; vgl. ZIBUNG/HOFSTETTER, Praxiskommentar zum VwVG; a.a.O., Art. 49 Rz. 36).

### **E. 6.3**

Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn die vorinstanzliche Beweiswürdigung schlechterdings unhaltbar ist, d.h. wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen, aktenwidrig sind oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen. Dass eine andere Lösung ebenfalls möglich erscheint, genügt nicht (vgl. BGE 143 IV 241 E. 2.3.1; 137 I 58 E. 4.1.2; je mit Hinweisen). Unvollständig ist die Sachverhaltsfeststellung,

B-4592/2020 Seite 13 wenn die Behörde trotz Untersuchungsmaxime den Sachverhalt nicht von Amtes wegen abgeklärt oder nicht alle für den Entscheid wesentlichen Sachumstände berücksichtigt hat (vgl. BVGE 2012/21 E. 5.1; 2008/43 E. 7.5.6; BENJAMIN SCHINDLER, Kommentar zum VwVG, a.a.O., Art. 49 Rz. 29 m.w.H.). Auch die unvollständige Feststellung des massgeblichen Sachverhalts ist offensichtlich unrichtig (vgl. BGE 135 II 369 E. 3.1; 133 IV 293 E. 3.4.2). Für einen massgeblichen Mangel bei der Erhebung der Tatsachen reicht es allerdings nicht, dass eine Behörde nicht alle wesentlichen Umstände im Detail wiedergibt (Urteil des BGer 1C\_530/2021 vom 23. August 2022 E. 3.2 f.).

### **E. 6.4**

Im Sachverhalt der angefochtenen Verfügung (Vorakten-Reg. 9) hat die Vorinstanz die Verfahrensgeschichte über elf Seiten wiedergegeben: In den Randziffern 1 bis 7 (S. 1 – 4)

hat sie zunächst den Verfahrensablauf beginnend vom Verzicht der Beschwerdeführerin zur Ausübung der Versicherungstätigkeit im Juli 2014 bis zum Erlass der zwischenzeitlich rechtskräftigen Verfügungen betreffend ihre Gesuche um Genehmigung von Darlehenszahlungen, Dividendenausschüttungen und Anpassungen des Abwicklungsplans im Jahr 2018 detailliert beschrieben (vgl. dazu auch Sachverhalt Bst. A.a – A.d dieses Urteils). Sodann ist sie auf das vorliegend relevante Verfahren betreffend das Gesuch der Beschwerdeführerin im Jahr 2019 eingegangen und hat sämtliche Verfahrensschritte dargestellt, soweit sie dies für ihre Verfügung als massgeblich erachtet hat (S. 7 – 11; Rz. 8 – 25). Sie hat dabei auch Bezug auf die Eingaben der Beschwerdeführerin sowie die in diesem Zusammenhang durchgeführten Schriftenwechsel genommen, welche sich ebenfalls in den Vorakten befinden. Schliesslich finden sich auch sämtliche Formulierungen, welche die Beschwerdeführerin zur Ergänzung in der Verfügung erwähnt haben möchte, in den Akten. Daraus ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vorinstanz von einem unvollständigen oder offensichtlich unrichtigen entscheidungswesentlichen Sachverhalt ausgegangen wäre. Hingegen geht der von der Beschwerdeführerin verlangte Detaillierungsgrad über das rechtlich Geforderte weit hinaus (vgl. E. 6.3). Die Rüge der unvollständigen Sachverhaltsdarstellung (E. 6.1.1) in der Verfügung erweist sich somit als unbegründet.

#### **E. 6.5**

Auf die Rügen betreffend Mängel in der Sachverhaltsermittlung, nämlich, dass die Vorinstanz den Sachverhalt falsch und aktenwidrig festgestellt habe, wird jeweils unter den rechtlichen Gesichtspunkten eingegangen (E. 9.2.8).

B-4592/2020 Seite 14

#### **E. 7**

Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin mehrmals darauf hingewiesen, dass die geforderten Unterlagen, welche für die Prüfung der Anträge notwendig seien, nicht eingereicht worden seien. Sie behielt sich vor, das Verhalten der Beschwerdeführerin als fehlende Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhalts zu qualifizieren. Nachdem die Beschwerdeführerin den Aufforderungen der Vorinstanz nicht nachgekommen ist, sondern eine anfechtbare Verfügung verlangt hat, hat die Vorinstanz das Gesuch schliesslich abgewiesen. Sie begründet die Abweisung im Wesentlichen damit, dass die Beschwerdeführerin ihren Mitwirkungspflichten nach Art. 13 Abs. 1 Bst. a und b VwVG und Art. 29 Abs. 1 FINMAG nicht nachgekommen sei, weshalb sie sich ausserstande gesehen habe, das Gesuch zu beurteilen.

#### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerin hingegen stellt sich auf den Standpunkt, dass sie ihren Pflichten nachgekommen sei. Die Vorinstanz habe ihr Gesuch zu Unrecht abgewiesen und mit ihrem Vorgehen das Legalitätsprinzip nach Art. 5 BV und das Verbot von Willkür nach Art. 9 BV verletzt. Sie macht zusammengefasst geltend, im Kern gehe es vorliegend um die Frage, wie eine Versicherungsgesellschaft während der freiwilligen Abwicklung, dem sogenannten Run-Off, Rückstellungen und Reserven zu bilden habe. Sie ist der Ansicht, dass auch dann weiterhin die Regeln und rechtlichen Bestimmungen zur Anwendung kämen, die für alle anderen Versicherungsunternehmen gälten. Für die Beurteilung ihres Gesuchs genüßten die Best-Estimate-Berechnungen; im Gesetz stehe nichts anderes. Nach Auffassung der FINMA dürfe eine Versicherungsgesellschaft im Run-off, unabhängig

vom Stand des Abwicklungsverfahrens, keine Dividenden ausschütten und müsse ihre gesamten Aktiven vornehmlich in Obligationen anlegen, bis alle theoretisch denkbaren – aber schon lange verwirkten – Ansprüche aus sämtlichen je abgeschlossenen Versicherungspolice n verjährt seien. Die vorliegende Differenz betreffend Dividendenausschüttungen und Anlagerestriktionen habe sich bereits im Jahre 2017 abgezeichnet. So habe die FINMA 2016, d.h. rund zwei Jahre nach Beginn der Abwicklung, anstandslos die Anträge der Beschwerdeführerin auf Dividendenausschüttung und Darlehensrückzahlung genehmigt. In den folgenden Jahren habe sie dann die Dividendenausschüttungen zwar genehmigt, diese aber ohne gesetzliche Grundlage an Auflagen geknüpft; angeblich, um die Interessen der Versicherten zu schützen. Im Jahr 2019 habe die FINMA – anstatt die aufsichtsrechtlichen Gesetze und die von ihr selber erlassenen Rundschreiben anzuwenden – begonnen, von der

B-4592/2020 Seite 15 Beschwerdeführerin unzählige Dokumente zu verlangen. Sie habe behauptet, damit eine im Vergleich zur Jahresrechnung und insbesondere zum Schweizer Solvenztest (im Folgenden: SST) relevantere Informationsbasis zu erhalten. Eine rechtliche Grundlage habe für die Anfragen nicht bestanden. Die Beschwerdeführerin habe der FINMA sämtliche verlangte Unterlagen stets zeitnah zur Verfügung gestellt, unzählige Fragen beantwortet und diverse Besprechungen und Telefonate mit ihr geführt. Dies alles vergebens. Nach einer über einjährigen Odyssee mit ständig neu definierten Prüfkriterien habe die FINMA die Gesuche mit der Begründung abgewiesen, dass die Beschwerdeführerin ihre Mitwirkungspflichten verletzt habe. Die Beschwerdeführerin sei aber sämtlichen Mitwirkungspflichten nachgekommen. Die FINMA verfüge über alle notwendigen Informationen, um über ihre Anträge zu entscheiden. Sie habe die Ausschüttung von Dividenden ohne rechtliche Grundlage bzw. in schwerwiegender Verletzung bestehender aufsichtsrechtlicher Vorschriften verboten sowie Anlagerestriktionen ohne rechtliche Grundlage und in Verletzung bestehender aufsichtsrechtlicher Vorschriften angeordnet (BVGer-act. 1, Rz. 8 – 17).

## **E. 7.2**

Dem hält die Vorinstanz entgegen, dass die Situation bei Versicherungen, welche sich in der Abwicklungsphase befinden, nicht mit aktiven Versicherungen zu vergleichen sei. Die Beschwerdeführerin scheine dies in ihren Ausführungen zu ignorieren, in dem sie u.a. auf die Bestimmungen im Versicherungsaufsichtsgesetz zu den Eigenmitteln (Art. 9 VAG), den versicherungstechnischen Rückstellungen (Art. 16 VAG) sowie dem gebundenen Vermögen (Art. 17 – 20 VAG) verweise. Eine Versicherung im Run-Off sei jedoch, was der Beschwerdeführerin bereits dargelegt worden sei, viel eher mit einer sich in Liquidation befindenden Versicherung zu vergleichen: es werde kein Neugeschäft gezeichnet (Art. 60 Abs. 4 VAG). Für die Beurteilung von Gesuchen um Substanzentnahmen sei ein strengerer Beurteilungsmassstab anzuwenden. Zu den Besonderheiten eines Versicherungsunternehmens im Run-Off gehöre, dass der Best Estimate ebenso die SST-Kennzahl u.a. wegen der abnehmenden Risikodiversifikation an Aussagekraft und Relevanz verlören. Deshalb seien Worst-Case-Berechnungen zwingend notwendig, um die Anträge der Beschwerdeführerin beurteilen zu können (BVGer-act. 7, Rz. 12).

## **E. 8.1**

Vorliegend ist zunächst strittig und die Frage zu beantworten, welche Normen und Rechtsgrundsätze für die Beurteilung des im Jahr 2019 gestellten Gesuchs zur Anwendung

gelangen.

B-4592/2020 Seite 16

## **E. 8.2**

Betreffend die Versicherungsaufsicht gelten im Wesentlichen folgende Bestimmungen:

### **E. 8.2.1**

Nach Art. 1 Abs. 1 und 2 VAG regelt das Versicherungsaufsichtsgesetz die Aufsicht des Bundes über Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittlerinnen und Versicherungsvermittler. Es bezweckt insbesondere den Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen.

### **E. 8.2.2**

Jedes Versicherungsunternehmen nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a und b, das der Aufsicht untersteht (Versicherungsunternehmen), bedarf zur Aufnahme der Versicherungstätigkeit einer Bewilligung der FINMA (Art. 3 Abs. 1 VAG). Ein Versicherungsunternehmen nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a und b, das eine Bewilligung zur Versicherungstätigkeit erlangen will, hat der FINMA ein Gesuch zusammen mit einem Geschäftsplan einzureichen (Art. 4 VAG). Änderungen, welche die Elemente des Geschäftsplans betreffen, sind – abhängig von dem Element – vor deren Umsetzung der FINMA zur Genehmigung zu unterbreiten oder mitzuteilen. Jene Elemente, welche lediglich mitzuteilen sind, gelten als genehmigt, sofern die FINMA nicht innert vier Wochen eine Prüfung des Vorgangs einleitet (vgl. Art. 5 Abs. 1 und 2 VAG).

### **E. 8.2.3**

Die Voraussetzungen für die Ausübung der Versicherungstätigkeit sind im 3. Kapitel des VAG geregelt. Betreffend die finanzielle Ausstattung finden u.a. folgende rechtliche Grundlagen Anwendung: Art. 16 VAG («Versicherungstechnische Rückstellungen») besagt, dass das Versicherungsunternehmen verpflichtet ist, für die gesamte Geschäftstätigkeit ausreichende versicherungstechnische Rückstellungen zu bilden (Abs. 1). Der Bundesrat legt die Grundsätze zur Bestimmung der versicherungstechnischen Rückstellungen fest. Er kann die Regelung der Einzelheiten bezüglich Art und Umfang der versicherungstechnischen Rückstellungen der FINMA überlassen (Abs. 2). Nach Art. 17 Abs. 1 VAG muss das Versicherungsunternehmen die Ansprüche aus Versicherungsverträgen durch ein gebundenes Vermögen sicherstellen. Der Sollbetrag des gebundenen Vermögens entspricht den versicherungstechnischen Rückstellungen nach Art. 16 und einem angemessenen Zuschlag. Die FINMA legt diesen Zuschlag fest (Art. 18 VAG). Die Werte des gebundenen Vermögens werden für die durch das gebundene Vermögen sicherzustellenden Ansprüche verwendet (Art. 19 Abs. 1 VAG). Der Bundesrat erlässt Vorschriften über die Bestellung, Belegenheit, Deckung, Veränderungen und Kontrolle des

B-4592/2020 Seite 17 gebundenen Vermögens. Er kann die Regelung der technischen Einzelheiten der FINMA überlassen (Art. 20 VAG).

### **E. 8.2.4**

Die Bestimmungen zu sichernden Massnahmen finden sich im 2. Abschnitt von Kapitel 5 des VAG.

#### **E. 8.2.4.1**

Gemäss Art. 51 Abs. 1 VAG trifft die FINMA die sichernden Massnahmen, die ihr zur Wahrung der Interessen der Versicherten erforderlich erscheinen, wenn ein Versicherungsunternehmen beziehungsweise ein Vermittler oder eine Vermittlerin den Vorschriften dieses Gesetzes, einer Verordnung oder Anordnungen der FINMA nicht nachkommt oder die Interessen der Versicherten anderweitig gefährdet erscheinen. Nach Abs. 2 Bst. a kann sie insbesondere die freie Verfügung über Vermögenswerte des Versicherungsunternehmens untersagen.

#### **E. 8.2.4.2**

Der weite Ermessensspielraum, über den die FINMA verfügt, zeigt sich speziell auch bei den Anwendungsvoraussetzungen dieser Bestimmung. Massnahmen können nicht nur dann ergriffen werden, wenn die Versicherungsunternehmen oder Vermittler gegen aufsichtsrechtliche Vorschriften oder gegen Anordnungen der FINMA verstossen, sondern gemäss Art. 51 Abs. 1 VAG ganz generell auch dann, wenn die Interessen der Versicherten «anderweitig» gefährdet erscheinen. Zwar wird ein Verstoss gegen das Aufsichtsrecht oder gegen eine Verfügung der FINMA in aller Regel den Auslöser für eine Massnahme bilden, doch ist diese Anwendungsvoraussetzung nicht zwingend. Es genügt entsprechend den Auslegungsregeln vielmehr, wenn ein Versicherungsunternehmen oder Vermittler – selbst ohne Verstoss gegen das Aufsichtsrecht – eine Situation bewirkt, welche geeignet erscheint, die Interessen der Versicherten zu gefährden (vgl. RENATO DEGLI UOMINI/HANS-PETER GSCHWIND, in: PETER CH. HSU/ERIC STUPP [Hrsg.], Basler Kommentar zum Versicherungsaufsichtsgesetz, 1. Aufl., Basel 2013, Art. 51 Rz. 7).

#### **E. 8.2.4.3**

Der Zeitpunkt der Ergreifung von Massnahmen nach Art. 51 VAG wird im Regelfall vor einem allfälligen Bewilligungsverzicht (Art. 60 VAG) oder einem Bewilligungsentzug (Art. 37 FINMAG) liegen, solange eben eine Sanierung noch möglich und realistisch erscheint. Allerdings kann es auch notwendig sein, solche Massnahmen nach einem Bewilligungsverzicht oder einem Bewilligungsentzug zu ergreifen. Hält bspw. ein Versicherungsunternehmen den genehmigten Abwicklungsplan nicht ein, so ist die FINMA verpflichtet, sämtliche Massnahmen zu ergreifen, namentlich diejenigen nach Art. 51 VAG, die zur Wahrung der Interessen der Versicherten

B-4592/2020 Seite 18 notwendig und erforderlich sind. Die Kompetenz der Aufsichtsbehörde, sichernde Massnahmen zu ergreifen, um die finanziellen Interessen der Versicherten sicherzustellen, darf insb. im Liquidationsverfahren nicht eingeschränkt oder aufgehoben, sondern muss vollumfänglich aufrechterhalten werden. Der FINMA kommt dabei zwar ein weites Ermessen zu, aber sie muss sich dabei an die rechtsstaatlichen Grundsätze und insbesondere auch an das Verhältnismässigkeitsprinzip halten (RENATO DEGLI UOMINI/HANS-PETER GSCHWIND, a.a.O., Art. 51 Rz. 8). Die Vorinstanz kann bereits im Abwicklungsplan selbst Sicherungsmassnahmen vorsehen (vgl. E. 8.2.5.4 dieses Urteils).

#### **E. 8.2.5**

Für das Verfahren betreffend die Entlassung von Versicherungsunternehmen aus der Versicherungsaufsicht sind im Wesentlichen die folgenden Bestimmungen und Grundsätze massgebend:

### **E. 8.2.5.1**

Art. 60 VAG regelt unter dem 5. Kapitel im 5. Abschnitt («Beendi- gung der Versicherungstätigkeit») den freiwilligen Verzicht einer Versiche- rung auf die bestehende Bewilligung zur Ausübung der Versicherungstätig- keit und die damit verbundene Entlassung aus der Versicherungsaufsicht. Gemäss Art. 60 Abs. 1 VAG hat ein Versicherungsunternehmen, welches auf die Bewilligung verzichtet, der Aufsichtsbehörde einen Abwicklungs- plan zur Genehmigung vorzulegen. Dieser Abwicklungsplan hat nach Art. 60 Abs. 2 VAG unter anderem Angaben zu enthalten über die Abwick- lung der finanziellen Verpflichtungen aus den Versicherungsverträgen (Bst. a), die dafür bereitgestellten Mittel (Bst. b) und die für diese Aufgabe verantwortliche Person (Bst. c). Hält sich das Versicherungsunternehmen nicht an den genehmigten Abwicklungsplan, so ist Art. 61 Abs. 2 VAG (Massnahmen beim Entzug der Bewilligung, namentlich sichernde Mass- nahmen nach Art. 51 VAG) – sinngemäss anwendbar (Art. 60 Abs. 3 VAG). Das Versicherungsunternehmen, das auf die Bewilligung verzichtet hat, darf in den fraglichen Versicherungszweigen keine neuen Versicherungs- verträge abschliessen; bestehende Versicherungsverträge dürfen weder verlängert noch in Bezug auf den Deckungsumfang erweitert werden (Art. 60 Abs. 4 VAG). Das Versicherungsunternehmen, das die Pflichten aus dem Aufsichtsrecht erfüllt hat, wird aus der Aufsicht entlassen und er- hält die Kautions zurück (Art. 60 Abs. 5 VAG).

### **E. 8.2.5.2**

In der herrschenden Lehre wird stets der Zweck des Versicherten- schutzes der Versicherungsaufsicht betont. Danach steht es wie jedem an- deren Unternehmen auch einem Versicherungsunternehmen frei, jederzeit freiwillig seine Tätigkeit (ganz oder teilweise) einzustellen, die Liquidation

B-4592/2020 Seite 19 zu beschliessen und/oder seinen Zweck zu ändern. Aufgrund der vorhan- denen Bewilligungspflicht von Versicherungsunternehmen sowie wegen der langfristigen Verpflichtungen ist sowohl die freiwillige als auch die un- freiwillige Beendigung der Versicherungstätigkeit von der Zustimmung der FINMA abhängig, da diese die involvierten vermögensrechtlichen Interes- sen der Versicherten schützen soll. Denn die wichtigste Aufgabe der Auf- sichtsbehörde besteht nach Art. 1 Abs. 2 VAG darin, die Solvenz des be- aufsichtigten Versicherungsunternehmens zu überwachen und im Inte- resse der Versicherten sicherzustellen. Im Rahmen eines Liquidationsver- fahrens sind die Aufsichtsbehörden besonders gefordert, die gefährdeten Kundenkreise vor Schaden zu schützen. Die Aufsichtsbehörde hat daher die Massnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, um die Interessen der Betroffenen im Liquidationsverfahren zu wahren. Ein Versicherungsunter- nehmen soll sich nicht der Aufsicht entziehen können, indem es auf die Bewilligung verzichtet (ANDREA PFLEIDERER/PASCAL GROLIMUND, in: PETER CH. HSU/ERIC STUPP [Hrsg.], Basler Kommentar zum Versicherungsauf- sichtsgesetz, Basel 2013, Art. 60 Rz. 1).

### **E. 8.2.5.3**

Die Beendigung der Geschäftstätigkeit zieht die Beendigung der Beaufsichtigung durch die FINMA nach sich. Bis die Gesellschaft jedoch definitiv aus der Aufsicht entlassen werden kann, verlagert sich die Aufsicht auf die ordentliche Abwicklung der bestehenden Versicherungsvertrags- verhältnisse. Für die Belange von Art. 60 VAG spielt es keine Rolle, aus welchem Grund der Verzicht auf die Bewilligung erfolgt. Abzuwickeln sind

allein die vorhandenen Versicherungsverträge (ANDREA PFLEIDE- RER/PASCAL GROLIMUND, a.a.O., Art. 60 Rz. 5 f.).

#### **E. 8.2.5.4**

Beschliesst ein Versicherungsunternehmen den Verzicht auf seine Versicherungstätigkeit, so reicht sie hierfür bei der FINMA ein Gesuch um Entlassung aus der Versicherungsaufsicht. Gleichzeitig hat sie der FINMA wie bereits erwähnt, einen Abwicklungsplan zur Genehmigung einzureichen. Festzuhalten bleibt, dass der FINMA auch ohne die explizite Verweisung in Art. 60 Abs. 3 VAG die Kompetenz zukäme, sichernde Massnahmen i.S.v. Art. 51 VAG zu ergreifen, wenn es die Interessen der Versicherten erheischen. Folgerichtig muss es der FINMA aus dem gleichen Grund auch offenstehen, Sicherungsmassnahmen zu ergreifen, ohne dass der genehmigte Abwicklungsplan verletzt würde bzw. im Abwicklungsplan selbst Sicherungsmassnahmen vorzusehen. Definitiv aus der Aufsicht entlassen wird der Versicherer gem. Art. 60 Abs. 5 VAG erst, wenn er sämtliche Verpflichtungen aus den Versicherungsverträgen gemäss Abwicklungsplan nachgekommen ist. Unsicherheiten darüber dürfen keine mehr

B-4592/2020 Seite 20 bestehen, es wird vielmehr Gewissheit darüber verlangt (ANDREA PFLEIDE- RER/PASCAL GROLIMUND, a.a.O., Art. 60 Rz. 7, 14, 17 mit Verweis u.a. auf Urteil des BVGer B-1299/2006 vom 29. Januar 2008).

#### **E. 8.3**

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom (...) 2014 auf die Bewilligung zur Ausübung ihrer Versicherungstätigkeit verzichtet. Demzufolge liegt ein Sachverhalt nach Art. 60 VAG vor. Die Vorinstanz hat die entsprechende Bestimmung angewandt und sich auf die Erwägung 6.1 des bundesverwaltungsgerichtlichen Urteils B-1299/2006 vom 29. Januar 2008 gestützt. Sie macht geltend, aus Gründen des Versicherungsschutzes seien Substanzentnahmen insbesondere im Run-Off eines Versicherungsunternehmens nur in engen Grenzen zulässig; allfällige Unsicherheiten betreffend den Schutz der Versicherten gingen zu Lasten des Versicherungsunternehmens. Für die Prüfung des Gesuchs werde eine praktische Gewissheit betreffend die Sicherung aller Forderungen verlangt; deshalb seien Worst-Case-Berechnungen zwingend notwendig.

#### **E. 8.4**

Die Beschwerdeführerin hingegen ist der Ansicht, es seien weiterhin die Bestimmungen betreffend die Ausübung der Versicherungstätigkeit massgebend (s. E. 8.2.3), denn für die Beurteilung der Solvenz und der Anlagen gälten die allgemein anwendbaren Vorschriften, unabhängig davon, ob sich das Unternehmen im Run-Off befinde oder es sich um eine aktive Versicherungsgesellschaft handle. Daneben sei lediglich Art. 60 Abs. 1, 2 und 4 VAG heranzuziehen; die darin verankerten Regelungen stellten zusätzliche Pflichten während der Abwicklung dar. Erst wenn ein Versicherungsunternehmen sämtliche Pflichten aus dem Aufsichtsrecht erfüllt habe, wozu auch die Erfüllung des Abwicklungsplans gehöre, werde es aus der Aufsicht gem. Art. 60 Abs. 5 VAG entlassen. Dementsprechend sei die Entlassungsreife erst dann zu prüfen, wenn eine Versicherung um Entlassung aus der Aufsicht ersucht habe. Ein solches Gesuch habe die Beschwerdeführerin jedoch nicht gestellt. Deshalb sei die Entlassungsreife vorliegend nicht relevant und stelle kein Kriterium für die von ihr beantragte Genehmigung zur Freigabe verfügbarer Vermögenswerte, die Anpassung des Abwicklungs- und Geschäftsplans sowie die Ausschüttung von Dividenden dar (BVGer-act. 1, Rz. 118 ff., 125, 247; BVGer-act. 1, Ziff. 4, Bst. c; S. 36). Aus

demselben Grund könne auch nicht die von der Vorinstanz zitierte Rechtsprechung herangezogen werden. Bei diesem Verfahren handle es sich um einen komplett anderen Sachverhalt, denn das Versicherungsunternehmen habe – anders als im vorliegenden Fall – die Entlassung aus der Versicherungsaufsicht verlangt, ohne einen Abwicklungsplan nach Art. 60 Abs. 2 VAG vorgelegt zu haben. Die von der FINMA

B-4592/2020 Seite 21 erwähnte praktische Gewissheit sei damals vom Bundesverwaltungsgericht denn auch nicht im Zusammenhang mit der Dividendenausschüttung, sondern betreffend die Entlassung aus der Versicherungsaufsicht erwähnt worden (BVGer-act. 1, Rz. 238, 240).

### **E. 8.5**

Aus Art. 60 VAG, welcher das Verfahren des Bewilligungsverzichts regelt, geht hervor, dass ein Versicherungsunternehmen nach dem erfolgten Verzicht keine neuen Versicherungsverträge abschliessen oder bestehende verlängern darf. Demzufolge kann das Unternehmen auch keine Einnahmen beispielsweise in Form von Prämien mehr generieren; es bleibt somit lediglich noch die Abwicklung des Geschäfts und der bestehenden Versicherungsverträge. Dabei ist das Ziel des Bewilligungsverzichts klar, nämlich die Beendigung der Tätigkeit des Versicherungsunternehmens. Die Tätigkeit kann jedoch nur eingestellt werden, wenn das Unternehmen sämtliche aufsichtsrechtliche Pflichten erfüllt hat. Als Folge wird es aus der Aufsicht entlassen und das Verfahren abgeschlossen. Dieser Ablauf ist üblich für das Verfahren betreffend den Bewilligungsverzicht. Inwiefern sich der vorliegende Sachverhalt anders gestalten sollte, legt die Beschwerdeführerin nicht dar. Sie argumentiert zwar, sie habe mit dem Verzicht zur Ausübung der Versicherungstätigkeit nicht die Beendigung und damit die Entlassung aus der Aufsicht verlangt, weshalb für die Prüfung ihrer Anträge kein strengerer Massstab als für aktive Versicherungen anzuwenden sei. Sie übersieht dabei jedoch, dass ein Bewilligungsverzicht zwangsläufig die Entlassung aus der Aufsicht bedingt, was sich aus Art. 60 Abs. 5 VAG i.V.m. Art. 60 Abs. 1 VAG ergibt. Dies gilt unabhängig davon, ob sie ein explizites Gesuch um Entlassung aus der Aufsicht gestellt hat oder nicht. Ein solches Gesuch wird denn auch – entgegen ihrer Ansicht – weder vom Gesetz noch der Praxis oder Lehre verlangt (vgl. E. 8.2.5.1 erster Satz).

### **E. 8.6**

Dasselbe gilt für die von der Vorinstanz herangezogene bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung B-1299/2006 vom 29. Januar 2008. In der zitierten Entscheidung, dessen Gegenstand ein Gesuch um Entlassung aus der Versicherungsaufsicht ist, hatte die damalige Gesuchstellerin entschieden, keine neuen Versicherungsverträge abzuschliessen, sondern die bestehenden Geschäfte auslaufen zu lassen. In der Folge entschieden sich die Aktionäre, die Versicherungsgesellschaft in Liquidation zu setzen und ein Entlassungsgesuch bei der Vorinstanz zu stellen. Die Vorinstanz forderte die damalige Gesuchstellerin auf, einen Abwicklungsplan einzureichen und bis zur Erledigung der noch offenen Verpflichtungen Abschlagszahlungen aus dem Liquidationserlös an die Aktionäre zu unterlassen (Sachverhalt Bst. A). Zwar hatte die damalige Gesuchstellerin, wie die B-4592/2020 Seite 22 Beschwerdeführerin zutreffend ausführt, keinen Abwicklungsplan eingereicht; ihr Gesuch wurde von der Vorinstanz jedoch deshalb abgewiesen, weil Unsicherheiten betreffend die Forderungen aus Rückversicherungsverhältnissen bestanden haben. Das Bundesverwaltungsgericht setzte sich in der Folge einlässlich mit der Frage

auseinander, unter welchen Voraussetzungen die Entlassung aus der Versicherung resp. die Ausschüttung der liquiden Mittel an die Aktionäre erfolgen könne. In Bezug auf die Entlassung aus der Aufsicht befand es, dass die Liquidation einer Versicherungsgesellschaft erst vollendet werden könne, wenn sämtliche finanzielle Verpflichtungen aus den Versicherungsverträgen tatsächlich abgewickelt worden seien. Allfällige diesbezügliche Unsicherheiten seien von der gesuchstellenden Partei auszuräumen und gingen zu deren Lasten. Die wichtigste Aufgabe der Aufsichtsbehörde bestehe nämlich darin, die Solvenz des beaufsichtigten Versicherungsunternehmens zu überwachen und im Interesse der Versicherten sicherzustellen. Im Rahmen eines Liquidationsverfahrens seien die Aufsichtsbehörden besonders gefordert, um Schaden von gefährdeten Kundengruppen abzuwenden (E. 4.2 des Entscheids B-1299/2006). Betreffend die Ausschüttung von liquiden Mittel hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass erst wenn die Interessen sämtlicher Gläubiger befriedigt oder sichergestellt seien, das Vermögen an die Aktionäre ausgeschüttet werden dürfe. Es betonte zwar, dass ein Abwicklungsplan zwingend einzureichen sei, begründete dies aber mit Verweis auf Erwägung 4.2 mit der Notwendigkeit des Schutzes der Vermögensinteressen der Versicherten (E. 6.1). Das ist klar, denn der Abwicklungsplan gibt über die finanziellen Verpflichtungen und die dafür bereit gestellten Mittel Auskunft (vgl. oben E. 8.2.5.1); basierend darauf kann die FINMA prüfen, ob die Interessen der Versicherten sichergestellt sind. Die Abweisung des Gesuchs um Ausschüttung von liquiden Mitteln erfolgte somit nicht aufgrund eines nicht eingereichten Abwicklungsplans, sondern weil ohne diesen die Basis für die Beurteilung des Versichertenschutzes fehlte. Somit bezieht sich die erwähnte Rechtsprechung – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – generell auf die Beendigung der Versicherungstätigkeit, wobei eindeutig der Schutz der Gläubiger im Vordergrund steht.

### **E. 8.7**

Beim vorliegenden Fall handelt es sich um einen ähnlichen Sachverhalt. Wie bereits ausgeführt, hat der von der Beschwerdeführerin am (...) 2014 erklärte Verzicht auf die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb die Entlassung aus der Aufsicht zur Folge (E. 8.5). Die Beschwerdeführerin befindet sich momentan zwar nicht unmittelbar vor der Beendigung ihrer Geschäftstätigkeit, jedoch in der Phase der Abwicklung; d.h. sie zeichnet – im Gegensatz zu aktiven Versicherungsgesellschaften – keine Neugeschäfte

B-4592/2020 Seite 23 mehr, sondern schliesst die noch verbleibenden Geschäfte ab. Dies wird von ihr auch nicht bestritten. Da sie in diesem Stadium kein oder zumindest erheblich weniger Einkommen erwirtschaften dürfte, sondern mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln die Gläubigerinteressen zu befriedigen hat, ist der vorliegende Sachverhalt in diesem entscheidenden Punkt gleichgelagert mit jenem, auf welchen sich die erwähnte Rechtsprechung bezieht. Um im Run-Off den Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen zu gewährleisten, ist es deshalb – gleich wie im hiervor diskutierten Liquidationsverfahren – notwendig, dass die Interessen sämtlicher Gläubiger sichergestellt sind. Demzufolge ist vorliegend die sich auf das Urteil B-1299/2006 bezogene bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, neben den Bestimmungen zur Entlassungsreife (Art. 60 Abs. 1 – 5 VAG) zu beachten.

### **E. 9**

Die Vorinstanz hat bei der Prüfung des im Jahr 2019 gestellten Gesuchs dem verlangten strengen Beurteilungsmassstab Rechnung getragen, in- dem sie – mit Blick auf ihre Aufgabe, nämlich den Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen – detaillierte Un- terlagen gefordert hat. Sie macht nun geltend, die von der Beschwerdefüh- rerin eingereichten Dokumente seien nicht genügend aussagekräftig, der rechtserhebliche Sachverhalt könne gar nicht vollständig erstellt werden. Basierend darauf könne das Gesuch nicht gutgeheissen werden. Die Be- schwerdeführerin habe die geforderten Unterlagen trotz mehrmaliger Auf- forderung nicht nachgereicht und sei damit ihrer Mitwirkungs- und Aus- kunftspflicht nicht nachgekommen.

### **E. 9.1**

Es ist zu prüfen, ob die Vorinstanz das Gesuch mangels Vorliegens des rechtserheblichen Sachverhalts aufgrund der Verletzung der Mitwirkungs- pflicht der Beschwerdeführerin zu Recht abgewiesen hat.

#### **E. 9.1.1**

Die Behörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 12 VwVG, vgl. E. 6.2). Die Parteien sind verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken, in einem Verfahren, das sie durch ihr Begeh- ren einleiten, in einem anderen Verfahren, soweit sie darin selbständige Begehren stellen oder soweit ihnen nach einem anderen Bundesgesetz eine weitergehende Auskunftspflicht obliegt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a – c VwVG). Die Mitwirkungspflicht erstreckt sich insbeson- dere auf Tatsachen, die eine Partei besser kennt als die Behörden und die diese ohne Mitwirkung der Betroffenen gar nicht oder nicht mit

B-4592/2020 Seite 24 vernünftigen Aufwand beheben können (BGE 143 II 425 E. 5.1), was in Art. 29 Abs. 1 FINMAG, worauf noch einzugehen ist, auch zu Gesetz ge- worden ist. Das Ausmass der Mitwirkungspflichten richtet sich nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Die Mitwirkung der Verfahrenspar- teien bei Verfahren mit Parteianträgen ist damit auf die notwendige und zumutbare Mitwirkung beschränkt. Verweigert die Partei hingegen die Mit- wirkung an unnötigen Abklärungen, die nicht der Feststellung des rechts- erheblichen Sachverhaltes dienen, darf dies nicht zu ihren Ungunsten ge- würdigt werden (KRAUSKOPF/WYSSLING, a.a.O., Art. 13 VwVG Rz. 43, 45).

#### **E. 9.1.2**

Art. 13 Abs. 2 VwVG regelt die Folgen bei fehlender Mitwirkung. Er sieht vor, dass die Behörde auf Begehren im Sinne von Abs. 1 Bst. a oder b nicht einzutreten braucht, wenn die Parteien die notwendige und zumut- bare Mitwirkung verweigern. Der Gesetzgeber hat die Rechtsfolge im Falle einer unzureichenden Mitwirkung somit nicht abschliessend festgelegt. Vielmehr hat er der Behörde ein Ermessen eingeräumt: Sie kann einen Nichteintretensentscheid erlassen, ist aber auch befugt, auf andere Weise zu reagieren. Insbesondere kann sie die fehlende Mitwirkung im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigen. Sieht die Behörde davon ab, einen Nichteintretensentscheid zu fällen, hat sie grundsätzlich einen Entscheid aufgrund der Aktenlage zu treffen. Dabei kann sie die Verweigerung der Mitwirkung bei der Beweiswürdigung zu Ungunsten der nicht kooperieren- den Partei berücksichtigen. Ein solches Verfahren ist namentlich in Ge- suchsverfahren angezeigt, in denen die Kooperation bei der Sachverhalts- feststellung im

eigenen Interesse der mitwirkungspflichtigen Partei liegen würde. Gegebenenfalls führt eine Berücksichtigung der Mitwirkungsverweigerung im Rahmen der Beweiswürdigung dann zur Abweisung des gestellten Gesuchs (CHRISTOPH AUER/ANJA MARTINA BINDER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2019, Art. 13 N. 35, 40).

### **E. 9.1.3**

Gemäss Art. 29 Abs. 1 FINMAG müssen die Beaufsichtigten, ihre Prüfgesellschaften und Revisionsstellen sowie qualifiziert oder massgebend an den Beaufsichtigten beteiligte Personen und Unternehmen der FINMA alle Auskünfte erteilen und Unterlagen herausgeben, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt. Die Beaufsichtigten trifft somit eine Auskunfts- und Mitwirkungspflicht, die praxisgemäss im Zweifelsfall weit auszulegen ist (vgl. BGE 126 II 111 E. 3b; Urteil des BGer 2C\_1097/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 2.2). Sie umfasst die Erteilung sämtlicher Auskünfte sowie die Herausgabe aller Unterlagen, die zur Ausübung der Aufsichtstätigkeit benötigt werden (vgl. BGE 121 II 147 E. 3a; Urteil des BGer

B-4592/2020 Seite 25 2A.509/1999 vom 24. März 2000 E. 3b; Urteil des BVGer B-5540/2018 vom 17. August 2020 E. 4.9.4). Das Gericht kann im Rahmen der Beweiswürdigung die Verweigerung der zumutbaren Mitwirkungspflicht einer Partei bei der Sachverhaltsabklärung zu deren Ungunsten berücksichtigen (vgl. Urteile des BVGer B-5540/2018 vom 17. August 2020 E. 4.9.4 und B-561/2014 vom 19. September 2017 E. 3.7.3.3) oder gem. Art. 13 VwVG auf das Gesuch nicht eintreten.

### **E. 9.2**

Zunächst ist zu klären, ob die von der Vorinstanz für die Prüfung des Gesuchs verlangten Unterlagen als notwendig im Sinne von Art. 13 Abs. 2 VwVG zu qualifizieren sind.

#### **E. 9.2.1**

Rechtssprechungsgemäss hat die Vorinstanz u.a. eine ausführliche Portfolio-Analyse, einen Run-Off Business Plan bis zur Entlassungsreife und Worst-Case-Berechnungen der versicherungstechnischen Rückstellungen verlangt. Sie legte detailliert dar, welchen Inhalt die Unterlagen aufzuweisen hätten. Insbesondere erachtete sie eine Übersicht über alle Versicherungsverträge der letzten 15 Jahre, ferner die Beschreibung der Art dieser Verträge inkl. Annexdeckungen sowie der Anspruchserhebungsergebnisse (Schadenverursachungsprinzip, Schadeneintrittsprinzip, Schadenerhebungsprinzip) als nötig. Im Weiteren verlangte sie eine Darstellung der vertraglichen oder gesetzlichen Meldefristen sowie Auskunft über die rechtlichen Folgen bei deren Verletzung, Angaben über die Verjährungsfristen mit Bezug auf das in den verschiedenen Rechtsordnungen anwendbare Recht, Informationen über die durchschnittliche sowie die längste Dauer zwischen einem Schadenereignis und der Meldung; eine Darstellung der regulierten Fälle, eine Übersicht über die offenen Fälle mit einer Einschätzung der noch möglichen Ansprüche, eine Aufstellung bisheriger Spätschäden sowie eine Beurteilung des zukünftigen Risikos für Spätschäden. Sie bat die Beschwerdeführerin weitere Gründe anzugeben, ob und wie lange noch Ansprüche der Versicherten geltend gemacht werden könnten (Vorakten-Reg. 1, S. 129 – 132). Ferner sei eine bereinigte Liste aller offenen Fälle einzureichen und alle offenen Fragen zum Run-Off Business Plan zu beantworten; dieser sei zudem über 2020 resp. bis 2031 bis zur mutmasslichen Entlassungsreife zu verlängern. Aufgrund der Eingaben der Beschwerdeführerin nahm die Vorinstanz an, dass

massgebende Verjährungsfristen wahrscheinlich frühestens 2030 eintraten (Vorakten-Reg. 1, S. 129, 1120 – 1123, 1145 – 1194, 1197).

#### **E. 9.2.2**

Der Beschwerdeführerin ist beizupflichten, wenn sie in diesem Zusammenhang geltend macht, dass Art. 60 VAG keine Sonderregelung für

B-4592/2020 Seite 26 die Berechnung von versicherungstechnischen Rückstellungen vorsieht. Ebenfalls sagt sie zutreffend, dass das Bundesverwaltungsgericht im Entscheid B-1299/2006 nicht explizit eine Worst-Case-Betrachtung für die Schätzungen der Rückstellungen gefordert habe (BVGer-act. 1, Rz. 241). Ob im Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts die Unterlagen ausdrücklich aufgeführt worden sind, ist nicht massgebend. Die Vorinstanz hat nach der klar anzuwendenden bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung einzig zu gewährleisten, dass die Interessen sämtlicher Gläubiger sichergestellt sind. Dazu sind Angaben und Berechnungen notwendig, welche den ungünstigsten anzunehmenden Fall berücksichtigen. Unterlagen wie eine ausführliche Portfolio-Analyse, ein Run-Off Business Plan bis zur Entlassungsreife, Worst-Case-Berechnungen sowie eine «positive assurance», dass keine Forderungen mehr aus den Versicherungsverträgen geltend gemacht werden können, sind deshalb für die Beurteilung des Gesuchs durchaus geeignet.

#### **E. 9.2.3**

Die Beschwerdeführerin reichte am 11. Juli 2019 eine Stellungnahme sowie ergänzende Unterlagen (Vorakten-Reg. 1, S. 139 – 1118) dem Gesuch vom 6. Juni 2019 nach. Bei den Beilagen handelt es sich um eine Übersicht der Versicherungsverträge (Beilage 1), den Run-Off Business Plan vom 10. Februar 2015 (Beilage 2), Vertragsdokumente (Beilage 3), eine Liste materieller Schadenfälle der Jahre 2004 bis 2015 (Beilage 4), die SST-Reports 2008 – 2019 (Beilage 5), eine als «abgelaufene Risiken der Jahre 2015 – 2016 mit geltenden Verjährungsfristen» bezeichnete Tabelle (Beilage 6) sowie einen aktualisierten Run-Off Business Plan (Beilage 7). Im weiteren Verlauf liess sie der Vorinstanz zusätzliche Belege und Dokumentationen zukommen (Vorakten-Reg. 1, S. 1145 – 1194).

#### **E. 9.2.4**

Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass allein die allgemein anwendbaren Vorschriften, welche für aktive Versicherungen anwendbar sind, auch im vorliegenden Fall zur Anwendung kämen, hingegen der von der Vorinstanz geforderte, strenge Prüfungsmassstab nicht anwendbar sei (E. 8.4). Deshalb genügten Berechnungen nach dem Best-Estimate Prinzip, denn das Kriterium für die Beurteilung der versicherungstechnischen Rückstellungen ist ihrer Ansicht nach eine objektive Schätzung, die weder auf der vorsichtigen noch der unvorsichtigen Seite liegt und keine Sicherheitsverstärkungen enthält. Sie selbst versichert, dass die von ihr eingereichten Unterlagen diesem Prinzip entsprechen (BVGer-act. 1, Rz. 231). Wie hiervor einlässlich dargelegt, ist die Annahme der Beschwerdeführerin unzutreffend. Gerade weil sie sich in der Phase der Abwicklung befindet,

B-4592/2020 Seite 27 ist für die Prüfung ihres Gesuchs ein der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung entsprechender, strenger Massstab anzuwenden (E. 8.7). Es ist deshalb unabdingbar, dass Sicherheitszuschläge in der Phase des Run-Off mitberücksichtigt werden und Worst-Case-Berechnungen als Basis für die

Beurteilung des Gesuchs heranzuziehen sind (E. 9.2.2). Best Estimates, wonach versicherungstechnischen Annahmen zur Bewertung keine impliziten oder expliziten Sicherheits-, Schwankungs- oder sonstige Zuschläge enthalten, sind hingegen klar ungenügend (zum Begriff Best-Estimate s. bspw. die Beschreibung der FINMA «Standardmodell Versicherungen, Technische Beschreibung für das SST-Standardmodell Leben» vom 31. Oktober 2022, Ziff. 3.1, S. 6). Berechnungen, welche dem erforderlichen Massstab entsprechen, liegen jedoch – wie die Beschwerdeführerin bestätigt – nicht vor. Schon aus diesem Grund sind ihre Unterlagen als unzureichend zu qualifizieren.

#### **E. 9.2.5**

Ein Blick in die zahlreichen Vorakten zeigt auch auf, dass diese unvollständig und klar mangelhaft sind: Beilage 6 des am 11. Juli 2019 eingereichten Schreibens etwa stellt eine tabellarische Übersicht über die abgelaufenen oder gekündigten Risiken von 2015 – 2016 mit geltenden Verjährungsfristen dar (Vorakten-Reg. 1, S. 1113 – 1116). Dabei handelt es sich um ausländische Ansprüche; es kommen somit unterschiedliche, länderspezifische Verjährungsfristen zur Anwendung. Die Angaben zur Verjährung sind teilweise nicht nachvollziehbar, denn die von der Beschwerdeführerin eingereichte Darstellung ist ungenau. Aus der Liste lässt sich beispielsweise nicht erkennen, innert welcher Frist und nach welchem Vertragsstatut (in- oder ausländisches Privatrecht, allenfalls ausländisches öffentliches Recht) Versicherungsrisiken verjähren. Die Frage, ob aufgrund von unbekanntem Verjährungsfristen mit noch nicht bekannten Forderungen gerechnet werden muss, lässt sich basierend darauf nicht eindeutig beantworten. Die Empfehlung der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz, sich für eine umfassendere Beschreibung der Verjährung in das von Clyde & Co. erstellte Handbuch «Time Bar in Insurance and Reinsurance – An International Comparison» einzulesen, ist unbehelflich (Vorakten-Reg. 1, S. 137). Denn wie bereits oben dargelegt, obliegt es der Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht, fallspezifische Unterlagen in der von der Vorinstanz geforderten Form einzureichen (s. E. 9.2.1).

#### **E. 9.2.6**

Wie auch die Vorinstanz nach eingehender Prüfung der Unterlagen festgestellt hat, zeigen sich zudem Widersprüchlichkeiten in den Aussagen der Beschwerdeführerin und den Akten. Beispielsweise behauptet die Beschwerdeführerin, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit

B-4592/2020 Seite 28 keine zukünftigen berechtigten Schadenfälle entstehen könnten und keine Forderungen mehr geltend gemacht würden. Alle bisher bekannten Fälle seien bearbeitet und nach den Best Estimates quantifiziert worden. Sie betonte, dass Sachschäden bei Eintritt sofort entdeckt würden, also typischerweise keine Latenzzeit hätten und im Zeitpunkt des Eintritts sofort bekannt würden. Würde der Schaden nicht sofort gemeldet, verwirke der Anspruch. Es sei also nicht mit neuen Meldungen zu rechnen (BVGeract. 1, Rz. 28). Im Schreiben vom 11. Juli 2019 bestätigte sie, dass die durchschnittliche Dauer einer Schadenmeldung im Rückversicherungsgeschäft sehr kurz sei, nämlich bei 63 Tagen liege (Vorakten-Reg. 1, S. 141). Nach der als Beilage 4 eingereichten Liste der materiellen Schadenfälle von 2004 bis 2015 (Vorakten-Reg. 1, S. 671 – 686) beträgt die durchschnittliche Dauer zwischen dem Schadenereignis und der Meldung – wie von der Beschwerdeführerin dargelegt – lediglich 63 Tage, der Durchschnitt ergibt sich jedoch aus (...) gelisteten Schäden. Betrachtet man den Einzelfall zeigt sich ein

anderes Bild: So wurde der aufgrund eines Feuers entstandene Schaden im Fall «B.\_\_\_\_\_» erst nach (...) Tagen gemeldet. Die Beschwerdeführerin führte dazu im Schreiben vom 11. Juli 2019 explizit aus, dass es sich dabei um einen Einzelfall, nämlich um eine Rückversicherungssache gehandelt habe, die unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten, d.h. auf Basis von «Commercial Considerations» abgewickelt worden sei. Diese kommerzielle Überlegung sei Ende 2011, also vor dem Run-Off, getroffen worden. Der Argumentation, dass es sich dabei um eine Ausnahme gehandelt habe, kann aufgrund der Liste nicht gefolgt werden. Auch im Fall «C.\_\_\_\_\_» wurde der Schaden wegen eines Maschinenzusammenbruchs (machinary breakdown) spät, nämlich erst nach (...) Tagen gemeldet. Ebenso zeigen die nachfolgenden (...) Positionen auf der Liste Schadenereignisse, deren Meldung erst nach über einem Jahr – also nach einer fünfeinhalb Mal längeren als der durchschnittlichen Dauer – erfolgt ist (Vorakten-Reg. 1, S. 671). Demzufolge musste die Beschwerdeführerin in der Vergangenheit auch für Schäden aufkommen, welche nicht sofort gemeldet worden sind. Abgesehen davon sind Prognosen immer schwierig; vor allem, wenn es nicht in den Händen der Vorinstanz liegt. Ob zukünftig keine Schadenmeldungen mehr eingehen werden, kann die Beschwerdeführerin nicht zuverlässig bestätigen. Ihre Aussagen widersprechen den Angaben in der von ihr selbst erstellten Liste, welche für einen derartigen Beweis mangels Ausführlichkeit ohnehin ungeeignet ist.

#### **E. 9.2.7**

Ebenfalls bestätigen sich unter anderem Unklarheiten betreffend den von der Vorinstanz stichprobenartig geprüften Fall D.\_\_\_\_\_. Die Beschwerdeführerin hatte u.a. in ihrem Gesuch vom 6. Juni 2019 in der

B-4592/2020 Seite 29 Beilage «Potential Negative Reserve Developement» für die Gesellschaft einen «Claimed Amount» von CHF 1'582'000 angegeben (Vorakten-Reg. 1, S. 78). Dabei bezog sie sich auf einen in Israel eingeklagten Betrag in der Höhe von 16'401'416 Israelische Schekel (NIS). Bei dem zum Gesuchszeitpunkt gültigen Umrechnungskurs von 3.6273 ergibt sich jedoch ein Betrag von CHF 4'521'659.64 (vgl. <https://www.exchange-rates.org/de/wechselkursverlauf/chf-ils-2019>; aufgerufen am 2. November 2023). Selbst wenn der eingeklagte Betrag – wie die Beschwerdeführerin darlegt – nur mit NIS 10'240'206 beziffert worden wäre, weil der Kläger in Israel auch bei Unterliegen nicht sämtliche Verfahrenskosten zu übernehmen habe – hat sie diesen dennoch unzutreffend angegeben. Denn in solch einem Fall würde der umgerechnete Wert CHF 2'823'093.21 betragen. Demzufolge liegt die von der Beschwerdeführerin angegebene Höhe der Forderung weit unter der tatsächlichen. Es ist unklar, wie die Beschwerdeführerin die entsprechenden Beträge berechnet hat; ihre Angaben lassen sich nicht nachvollziehen.

#### **E. 9.2.8**

Die Beschwerdeführerin bringt in Bezug auf ihre eingereichte Unterlagen Sachverhaltsrügen vor. Zum einen gibt sie an, die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch und aktenwidrig festgestellt, weil sie die Portfolio-Analyse als ungenügend erachtet hat; zum anderen macht sie geltend, die Vorinstanz habe anlässlich der Abklärungen von Versicherungsansprüchen aktenwidrige Tatsachen angenommen und rechtserhebliche Umstände nicht beachtet (BVGer-act. 1, Rz. 168 ff.). Wie hiervor dargelegt, hat sich die Vorinstanz einlässlich mit den Angaben und Unterlagen der Beschwerdeführerin

auseinandergesetzt und diese dann (zu Recht) für zu wenig aussagekräftig befunden. Ihr kann somit nicht vorgeworfen werden, dass sie den Sachverhalt mangelhaft festgestellt habe. Die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin verfangen nicht (E. 6.1.2, s. auch E. 6.5).

#### **E. 9.2.9**

In diesem Zusammenhang fällt auf, dass die Beschwerdeführerin keine Vollständigkeitserklärung eingereicht hat, obwohl die Vorinstanz sie zweimal, nämlich am 26. Februar und 24. März 2020 explizit dazu aufgefordert hat (Vorakten-Reg. 1, S. 1388, 1398). Die Vorinstanz hat keine hohen Ansprüche an deren Form gestellt. Sie sollte lediglich einschliessen, dass gegenüber der Beschwerdeführerin in keinem anderen Fall als gemäss der ebenfalls einzureichenden Aufstellung, in irgendwelcher Form Ansprüche angemeldet worden seien bzw. es keinerlei Anzeichen gebe, dass es noch weitere offene Fälle geben könnte. Weshalb die Beschwerdeführerin nicht in der Lage war, eine formlose Erklärung zu den Akten zu

B-4592/2020 Seite 30 reichen, ist unergründlich. Die Vorinstanz hat diesen Punkt im vorliegenden Beschwerdeverfahren zwar nicht mehr thematisiert, dennoch bleiben mangels einer solchen Erklärung ohnehin Zweifel über die Vollständigkeit der erteilten Auskünfte und Nachweise.

#### **E. 9.2.10**

Zusammengefasst beinhalten die im Recht liegenden Unterlagen keine ausreichenden Angaben, um das Gesuch der Beschwerdeführerin beurteilen zu können. Schon allein die auf dem Best-Estimate-Prinzip basierenden Berechnungen der versicherungstechnischen Rückstellungen entsprechen nicht dem geforderten Beurteilungsmassstab. Zudem fehlen eine ausführliche Portfolio-Analyse sowie eindeutige Angaben betreffend die Verjährungsfristen. Wie die (zukünftigen) Verpflichtungen der Beschwerdeführerin aussehen, ist unklar geblieben. Die in grosser Menge eingereichten Unterlagen sind mangels Zusammenstellung nicht zuordenbar; eine referenzierte Liste fehlt. Ob überhaupt im Ansatz die geforderten Nachweise eingereicht worden sind, lässt sich deshalb nicht überprüfen. Schliesslich geht aus den Akten nicht hervor, wann die Beschwerdeführerin beabsichtigt, die Versicherungstätigkeit zu beenden. Gestützt darauf lässt sich daher nicht mit dem erforderlichen Grad an Gewissheit abschliessend beurteilen, ob die Voraussetzungen für die Ausschüttung von Dividenden oder die Freigabe von Vermögenswerten vorliegen.

#### **E. 9.2.11**

Aufgrund des soeben Ausgeführten ist klar erstellt, dass die von der Vorinstanz geforderten Unterlagen notwendig sind, dass aber die von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen nicht dem geforderten Prüfungsmassstab entsprechen, weshalb sie für eine Beurteilung des 2019 gestellten Gesuchs ungenügend sind.

### **E. 9.3**

Es ist nun zu prüfen, ob es für die Beschwerdeführerin zumutbar war, die notwendigen Unterlagen einzureichen.

#### **E. 9.3.1**

Die Parteien sind zwar verpflichtet, aktiv zur Ermittlung des Sachverhaltes beizutragen. Mitwirkungspflichten können ihnen jedoch nur insoweit auferlegt werden, als deren Erfüllung überhaupt zumutbar ist (Verhältnismässigkeitsprinzip). Generell-abstrakt besehen ist eine Partei nur zur Mitwirkung an solchen Beweismassnahmen verpflichtet, die zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes dienlich sein können und deren Beschaffung nicht mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden ist. Was als zumutbar anzusehen ist, bestimmt sich nach konkreten Umständen. Bei nicht genügender Erfüllung der Mitwirkungspflicht ist der Partei eine entsprechende Nachfrist einzuräumen. Für die Zumutbarkeit ist es

B-4592/2020 Seite 31 grundsätzlich belanglos, ob die Mitwirkung für den Betroffenen positive oder negative Auswirkungen hat. Eine Mitwirkungspflicht besteht selbst dann, wenn sich die Auskunft – unter Vorbehalt des Selbstbelastungsverbots – zum Nachteil des Rechtsunterworfenen auswirkt. Wirkt sich die Mitwirkung zugunsten einer Partei aus, so dürfen an die Mitwirkung höhere Anforderungen gestellt werden (KRAUSKOPF/WYSSLING, a.a.O., Art. 13 VwVG Rz. 46 – 49).

### **E. 9.3.2**

Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, die FINMA habe mit jedem ihrer Schreiben den angeblich anwendbaren Prüfmasstab für die Beurteilung der Genehmigung von Dividendenaus-schüttungen und die Auflage von Anlagerstriktionen geändert. Es sei unklar, welche Unterlagen eingereicht werden müssten. Wie jedes Jahr habe sie Best-Estimates-Berechnungen eingereicht; diese seien für die Beurteilung ihrer Anträge genügend. Die Vorinstanz habe jedoch, anstatt das Gesuch zu genehmigen, zahlreiche weitere Unterlagen verlangt; insbesondere einen aktualisierten Run-Off Plan über die bisherige Dauer hinaus bis zur mutmasslichen Entlassungsreife sowie eine vertiefte Portfolio-Analyse der mindestens letzten 15 Jahre. Der Zweck, weshalb die Vorinstanz diese Unterlagen eingefordert hat, sei unklar. Ein objektiver Anlass für Zusatzfragen habe nicht bestanden; auch sei kein solcher Grund angegeben worden. Ebenfalls ohne Begründung hätten sich in den Schreiben der FINMA sodann Ausführungen zur Entlassung aus der Versicherungsaufsicht gefunden (BVGer-act. 1, Rz. 40, 47, 64).

### **E. 9.3.3**

Wie hiervor einlässlich dargelegt (E. 8.5), ist die Annahme der Beschwerdeführerin, dass die Entlassungsreife vorliegend nicht relevant sei, weil sie kein solches Gesuch gestellt habe, nicht zutreffend. Wenn sie nun den Schluss daraus zieht, dass sie deshalb keine ausführliche, schlüssige Portfolio-Analyse oder einen vollständigen, bis zur Entlassungsreife erstellten Run-Off Business Plan einzureichen habe, kann ihr nicht gefolgt werden. Ebenfalls ist ihr Argument unbehelflich, wenn sie geltend macht, dass die Vorinstanz weder eine Begründung noch einen Zweck angegeben habe, weshalb detaillierte Unterlagen notwendig seien. Die Vorinstanz hat nämlich bereits in den Verfügungen vom 11. und 26. August 2016, mit welchen sie das erste Gesuch der Beschwerdeführerin um Substanzentnahmen seit dem Bewilligungsverzicht gutgeheissen hat, explizit auf die Besonderheiten während des Abwicklungsverfahrens hingewiesen. So hat sie schon damals mit Verweis auf die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung B-1299/2006 einen strengen Prüfungsmasstab angewandt und das Gesuch nur unter einer Auflage gutgeheissen (Vorakten-Reg. 1,

B-4592/2020 Seite 32 S. 6 – 15). Auch in den weiteren Gesuchsverfahren hat die Vorinstanz de- tailliert dargelegt, dass die Voraussetzungen um Ausschüttung von Divi- denden und Rückzahlungen von Darlehen während eines Abwicklungsver- fahrens nicht mit jenen einer aktiven Versicherungsgesellschaft vergleich- bar seien; insbesondere seien die Gläubigerinteressen sicherzustellen und die Solvenz zu überwachen (Vorakten-Reg. 1, S. 16 – 29; s. Sachverhalt Bst. A.b – A.d). Die Beschwerdeführerin hat gegen die Ausführungen der Vorinstanz zu keinem Zeitpunkt Einwände vorgebracht; die entsprechen- den Verfügungen sind unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Demzu- folge war die Beschwerdeführerin bereits 2016 klar darüber im Bilde, wel- che Voraussetzungen für Substanzentnahmen während des Abwicklungs- verfahrens erfüllt sein müssen. Es ist ihr insofern zuzustimmen, dass die Vorinstanz in früheren Verfahren im Vergleich zum Verfahren von 2019 we- niger detaillierte Unterlagen und vor allem keine Worst-Case-Berechnun- gen verlangt hat. Dieses Vorgehen ist jedoch einleuchtend. Die Beschwer- deführerin befindet sich seit 2014 im Run-Off und zeichnet seitdem keine neuen Geschäfte mehr. Die Sicherstellung von Gläubigerinteressen ist al- lein mit dem verbleibenden Kapital zu gewährleisten. Reichen die vorhan- denen liquiden Mittel nicht, können die Ansprüche der Versicherten nicht mehr befriedigt werden. Umso notwendiger ist es deshalb, eine langfristige Betrachtung der Risiken und Verpflichtungen anzustellen, wenn der Zeit- punkt der Entlassung näher heranrückt. Dass die Vorinstanz den Prüfungs- massstab anlässlich der Beurteilung des 2019 gestellten Gesuchs geän- dert oder wie die Beschwerdeführerin behauptet, die Prüfkriterien ständig neu definiert hätte, kann nicht festgestellt werden. Insbesondere bestätigt sich die Aussage der Beschwerdeführerin nicht, nämlich, dass die Vor- instanz nicht nach den geltenden Grundsätzen entschieden, sondern eine je nach Autor ihrer Schreiben inhaltlich ändernde «lex A. \_\_\_\_\_» ange- wandt haben soll (BVGer-act. 1, Rz. 247).

#### **E. 9.3.4**

Bereits in früheren Verfahren hat die Vorinstanz zwar unterschiedli- che Unterlagen gefordert, jedoch den gleichen strengen Prüfungs- mass- stab angewandt. So hat sie die damaligen Gesuche nicht per se, sondern mit Blick auf den Stand und die vermutliche Dauer des Abwicklungsverfah- rens und nach eingehender Überprüfung der Voraussetzungen, der Vor- nahme einer Interessensabwägung und unter Bedingungen und Auflagen gutgeheissen. Auch im vorliegenden Verfahren hat die Vorinstanz bereits im Schreiben vom 3. Juli 2019 auf die aufsichtsrechtlichen Regelungen und Anforderungen betreffend die Beendigung der Versicherungstätigkeit und die für die Prüfung des Gesuchs erforderlichen Unterlagen hingewie- sen. Sie hat wiederholt aufgezeigt, welche Belege dafür nötig seien und

B-4592/2020 Seite 33 welche Mängel die eingereichten Unterlagen aufweisen würden. Insbeson- dere hat sie im Schreiben vom 26. Februar 2020 klar dargelegt, dass so- wohl für gerichtshängige, als auch für Fälle, die nicht vor einem Gericht hängig sind, eine glaubhafte Worst-Case-Berechnung notwendig sei. Zu- dem hat sie die Beschwerdeführerin um Klärung offener Fragen im Zusam- menhang mit dem Run-Off Business Plan und um Zustellung einer berei- nigten Liste aller offenen Fälle, einschliesslich Worst-Case-Berechnungen, gebeten. Sie hat der Beschwerdeführerin die Gelegenheit geboten, ihre Überlegungen einzubringen, weshalb im konkreten Fall allenfalls nicht vom Worst-Case-Fall auszugehen sei. Inwiefern für die Beschwerdeführerin dennoch Unklarheiten bestanden haben sollen, lässt sich nicht nachvoll- ziehen und führt sie auch

nicht aus. Es wäre an ihr gelegen, die klar definierten Unterlagen im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht zur Verfügung zu stellen (vgl. E. 9.1, E. 9.2.5).

### **E. 9.3.5**

In Bezug auf die verlangten Worst-Case-Berechnungen macht die Beschwerdeführerin im Besonderen geltend, die Vorinstanz wolle damit einen neuen Standard der absoluten Gewissheit einführen. Es gebe keine Worst-Case-Betrachtung, die Gewissheit vermitteln könne; die Zukunft lasse sich nicht voraussagen. Wenn die FINMA eine 100-prozentige Schätzung der Zukunft verlange, so verlange sie das Unmögliche. Das Unmögliche könne die Beschwerdeführerin nicht liefern, daher müsse zur Beurteilung auf Best-Estimates-Berechnungen abgestellt werden. (BVGer-act. 1, Rz. 222; BVGer-act. 11, Rz. 28 f., 84).

### **E. 9.3.6**

Die Beschwerdeführerin übersieht in ihrer Argumentation, dass die Vorinstanz keine Berechnungen, welche «absolute» Gewissheit garantieren, verlangt und deshalb keinen unbekanntenen, neuen Bewertungsmassstab angewandt hat. Sie hat lediglich die hier klar analog anzuwendenden bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung betreffend Liquidationsverfahren in dem Sinne umgesetzt, indem sie Worst-Case-Berechnungen, also Berechnungen zum schlechtesten bzw. den ungünstigsten (anzunehmenden) Fall verlangt hat; dies, um die Sicherstellung der Interessen sämtlicher Gläubiger zu gewährleisten. Wie hiervor dargelegt, ist das Vorgehen der Vorinstanz rechtmässig und nicht zu bemängeln (E. 9.2.2). Die Argumentation der Beschwerdeführerin hingegen ist widersprüchlich. Einerseits bringt sie vor, die Sicherstellung sämtlicher Gläubigerinteressen sei aufgrund des Kriteriums der «Gewissheit» unmöglich erfüllbar; andererseits anerkennt sie, dass es Situationen gibt, in denen die Interessen sämtlicher Gläubiger sichergestellt sein müssten. Sie selbst erwähnt in diesem Zusammenhang den Begriff «praktische Gewissheit» (BVGer-act. 1,

B-4592/2020 Seite 34 Rz. 240). Dabei bezieht sie sich auf die erwähnte bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, welche sie fälschlicherweise jedoch nur dann als anwendbar sieht, wenn die Prüfung eines expliziten Antrags um Entlassung aus der Versicherungsaufsicht Gegenstand des Verfahrens ist. Entgegen ihrer Ansicht lässt sich aus dem Urteil B-1299/2006 aber kein Unterschied zwischen einer «absoluten», unerfüllbaren oder einer «praktischen» Gewissheit in Bezug auf die Sicherstellung von Gläubigerinteressen ausmachen. Ebenso geht aus den Akten nirgends hervor, dass die Vorinstanz eine solche Unterscheidung getroffen hätte. Dass deshalb Worst-Case-Berechnungen nicht erstellt werden könnten, kann daraus nicht hergeleitet werden.

### **E. 9.3.7**

Ausserdem geht aus den Akten hervor, dass die Beschwerdeführerin im Vorverfahren selbst beabsichtigt hat, Worst-Case-Berechnungen einzureichen. So hat sie im Schreiben vom 19. März 2020 betreffend die Einsetzung eines Prüfbeauftragten unter Ziff. 3 «Parameter des Prüfauftrags» angegeben, dass der Prüfbeauftragte nebst der Bestandesaufnahme des Worst Case pro Schadenfall die Beurteilung der Beschwerdeführerin respektive Einschätzung in seinen Prüfbericht miteinbeziehen müsse. Der Prüfbeauftragte müsse auf der Basis des Worst Case eine realistische Einschätzung der Schadenreserven und Schwankungsrückstellungen vornehmen und eine verbindliche Aussage machen, um welchen absoluten Betrag die Schwankungsrückstellungen zu erhöhen seien

(Vorakten-Reg. 1, S. 1393 f.). Sie hat zwar den vom Prüfbeauftragten zu ermittelnden Worst- Case-Betrag als hypothetisch anzuerkennende Annahme bezeichnet, jedoch nur deshalb, weil sie davon ausgegangen ist, dass für eine Worst- Case-Betrachtung keine rechtliche Grundlage vorhanden sei.

#### **E. 9.3.8**

Im Hinblick auf die Einsetzung eines Prüfbeauftragten sind die Angaben der Beschwerdeführerin zudem widersprüchlich zu den Akten. Daraus geht hervor, dass die Beschwerdeführerin der Vorinstanz zunächst nach einem vorgängigen Telefonat mit Schreiben vom 19. März 2020 mitgeteilt hatte, sie erachte es als sinnvoll, einen unabhängigen Prüfbeauftragten zu ernennen. Sie formulierte, unter welchen Voraussetzungen sie mit dessen Einsetzung einverstanden sei. Die Vorinstanz wies daraufhin am 24. März 2020 auf ihre von Amtes wegen zukommende Verantwortung hin, den Sachverhalt abzuklären und die Beweismittel frei zu würdigen. Insbesondere könne die FINMA auch weitere Risikoaspekte berücksichtigen, welche allenfalls nicht zum Gegenstand des Mandats des Prüfbeauftragten gemacht würden, wie beispielsweise die Risiken auf der Aktivseite der Bilanz. Sie präsentierte der Beschwerdeführerin die nächsten Schritte für die

B-4592/2020 Seite 35 Einsetzung des Prüfbeauftragten und verwies auf Angaben ihrer Webseite, aus welchen weitere diesbezügliche Einzelheiten entnommen werden könnten. Zudem bot sie der Beschwerdeführerin an, die Angelegenheit an einer Sitzung zu besprechen. Die Beschwerdeführerin wurde aufgefordert, innert Frist explizit mitzuteilen, ob sie mit dem skizzierten Vorgehen einverstanden sei (Vorakten-Reg. 1, S. 1393 – 1399). Die Beschwerdeführerin informierte die Vorinstanz in der Folge mehrmals, dass sie die Sache mit externen Beratern prüfen würde; schlussendlich äusserte sie sich jedoch nicht zu den Darlegungen der Vorinstanz, sondern verlangte eine anfechtbare Verfügung. Wenn sie nun geltend macht, dass die Einsetzung des Prüfbeauftragten daran gescheitert sei, weil die Vorinstanz nicht «zielführend» auf dessen Bestellung eingegangen sei (BVGer-act. 1, Rz. 58 f.), kann ihr nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat sich beim diesbezüglichen Verfahren an die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen gehalten und die Beschwerdeführerin ausführlich über das Vorgehen informiert. Dass mangels Einsetzung eines Prüfbeauftragten schlussendlich keine Worst-Case-Berechnungen eingereicht worden sind, ist deshalb nicht ihr anzulasten. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit (E. 9.3) ist dieser Aspekt jedoch nicht entscheidend. Ausschlaggebend ist, dass aus der aufgezeigten Korrespondenz eindeutig hervorgeht, dass selbst nach Ansicht der Beschwerdeführerin eine Case-by-Case-Beurteilung sämtlicher Schadenfälle auf Basis eines Worst-Case-Estimates nicht unmöglich und somit zumutbar ist.

#### **E. 9.3.9**

Insgesamt stellen nach dem Gesagten die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Gründe keine konkreten Umstände dar, weswegen die notwendigen Unterlagen der Vorinstanz nicht hätten vorgelegt werden können. Deren Einreichung ist somit als zumutbar zu erachten.

#### **E. 9.4**

Nachfolgend bleibt zu klären, ob die Vorinstanz ihrer Pflicht, der Beschwerdeführerin eine Nachfrist einzuräumen, nachgekommen ist.

#### **E. 9.4.1**

Die Vorinstanz teilte der Beschwerdeführerin bereits am 3. Juli 2019 mit Verweis auf die aufsichtsrechtlichen Regelungen und Anforderungen betreffend die Beendigung der Versicherungstätigkeit bzw. Entlassung aus der Aufsicht mit, welche Unterlagen für die Beurteilung der Anträge notwendig seien. Diese Ausführungen wiederholte sie mit Schreiben vom 4. September 2019. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2019 schliesslich wies die Vorinstanz die Beschwerdeführerin auf zwei von ihr untersuchte Stichproben in Bezug auf Fälle mit Gerichtsstand im Ausland hin und gab an, dass diesbezüglich Unklarheiten beständen. Sie forderte die Beschwerdeführerin auf, zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen und die

B-4592/2020 Seite 36 Behauptungen zu belegen. Nachdem die Beschwerdeführerin zwar eine grosse Menge an Unterlagen eingereicht hatte, die Dokumentationen, jedoch nicht in der verlangten Form vorgelegen haben, gelangte die Vorinstanz mit Schreiben vom 26. Februar 2020 sowie vom 24. März 2020 erneut an die Beschwerdeführerin. Im letzterem ersuchte sie die Beschwerdeführerin unter Ansetzung einer Frist bis zum 20. April 2020 abermals, die notwendigen Unterlagen einzureichen; widrigenfalls behalte sie es sich u.a. vor, dieses Verhalten als fehlende Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhalts i.S.v. Art. 13 VwVG zu qualifizieren (Vorakten-Reg. 1, S. 1396 – 1399). Die Beschwerdeführerin ist dieser Aufforderung nicht nachgekommen (vgl. dazu auch E. 9.3.3 und E. 9.3.8).

#### **E. 9.4.2**

Aus dem hiervor dargestellten Schriftenwechsel ist erstellt, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mehrere Nachfristen eingeräumt hat. Somit kann der Vorinstanz diesbezüglich keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden.

#### **E. 9.5**

Zusammengefasst waren die von der Vorinstanz für die Beurteilung des Gesuchs nachgeforderten Unterlagen zum einen notwendig, zum anderen ergeben sich aus den Akten keine Hinweise dafür, dass die Beschwerdeführerin aus objektiven Gründen nicht in der Lage gewesen sein soll, sie nachzureichen. Die Vorinstanz war auf die nachgeforderten Unterlagen insbesondere auch deshalb angewiesen, weil diese unternehmensspezifische Informationen betreffen, welche die Vorinstanz ohne die Mitwirkung der Beschwerdeführerin nicht anderweitig erhalten konnte (s. E. 9.1.1). Da die Beschwerdeführerin auf die mehrmaligen Aufforderungen der Vorinstanz nicht entsprechend reagiert hat, ist sie ihrer Mitwirkungspflicht in unentschuldbarer Weise nicht nachgekommen. Die Vorinstanz hat deshalb ihr Verhalten zu Recht als schuldhafte Verletzung der Mitwirkungspflicht gemäss Art. 13 VwVG gewertet. Als Folge hat sie einen Entscheid aufgrund der Aktenlage getroffen. Aus den Akten geht eindeutig hervor, dass der rechtserhebliche Sachverhalt mangels ungenügender Unterlagen nicht vollständig vorliegt. Ob die Sicherstellung der Gläubigerinteressen gewährleistet ist und deshalb ein Anspruch auf Ausrichtung von Dividenden oder Freigabe von Vermögenswerten besteht, ist unbewiesen und somit nicht feststellbar. Die Folgen dieser Beweislosigkeit – nämlich die Abweisung des Gesuchs – hat aufgrund der Verletzung der Mitwirkungspflicht wie mit Schreiben der Vorinstanz vom 24. März 2020 angedroht, die Beschwerdeführerin zu tragen (E. 9.1.2).

## **E. 10**

Die Beschwerdeführerin bringt weitere Einwände vor, auf die nachfolgend einzugehen ist.

### **E. 10.1**

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, die Vorinstanz habe unrecht- mässig Anlagerestriktionen angeordnet.

#### **E. 10.1.1**

Sie macht zusammengefasst geltend, die Voraussetzungen für die Einschränkung der Verwendung freier Mittel resp. die Beschränkung der Anlagefreiheit seien nicht gegeben. In Bezug auf die Anlagerestriktion, wo- nach die Beschwerdeführerin maximal 20 % des gesamten Vermögens in Aktien und Fonds anlegen dürfe, fehlten die Voraussetzungen für die An- ordnung von Sanktionen. Weder liege eine Verletzung von aufsichtsrecht- lichen Vorschriften vor, noch seien Interessen von Versicherten gefährdet. Es sei nicht ersichtlich, worauf die FINMA diese Anordnung stütze, weshalb eine substantiierte Auseinandersetzung unmöglich sei (BVGer-act. 1, Rz. 129, 135, 257).

#### **E. 10.1.2**

Die Beschwerdeführerin bezieht sich zunächst auf den Antrag 1 ih- res Schreibens vom 7. Mai 2020 (s. Sachverhalt Bst. A.f.d), welchen die Vorinstanz mit der hier angefochtenen Verfügung abgewiesen hat. Dessen Abweisung bildet – wie in Erwägung 2 dieses Urteils ausgeführt – den Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens. Wie hiervor erwogen, sind die im Recht liegenden Unterlagen mangelhaft; basierend darauf kann nicht mit der erforderlichen Sicherheit gesagt werden, dass die Vorausset- zungen für die Freigabe von Vermögenswerten gegeben sind. Die Vor- instanz hat dies dementsprechend bei der Beweiswürdigung zu Ungunsten der Beschwerdeführerin berücksichtigt und den Antrag zu Recht abgewie- sen (E. 9.5). Dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung – wie die Beschwerdeführerin behauptet – «Sanktionen» erlassen, oder neue si- chernde Massnahmen nach Art. 51 VAG ergriffen hätte (BVGer-act. 1, Ziff. 4, S. 75), geht daraus nicht hervor. Demzufolge ist die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin unbegründet.

#### **E. 10.1.3**

Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Rüge die angeordnete Anla- gerestriktion kritisiert, wonach sie maximal 20 % des gesamten Vermögens in Aktien und Fonds anlegen dürfe und für weitere ausserordentliche Sub- stanzentnahmen die Genehmigung der Vorinstanz notwendig sei, bezieht sie sich auf die Verfügung vom 10. Juli 2018, welche unbestrittenermassen unangefochten geblieben und in Rechtskraft erwachsen ist (s. Sachverhalt Bst. A.e; E. 4). Ob die Voraussetzungen für die Anordnung von sichernden B-4592/2020 Seite 38 Massnahmen nach Art. 51 VAG zum damaligen Zeitpunkt gegeben waren, ist im vorliegenden Verfahren mangels Verfügungsgegenstand nicht zu überprüfen.

### **E. 10.2**

Ebenfalls kommen den Rügen der Beschwerdeführerin, dass die Vor- instanz verschiedene Grundrechte, nämlich Art. 26, 27 und 36 BV (SR 101) verletzt habe, keine Bedeutung zu. Massgebend ist hier das Verwaltungs- rechtsverhältnis (vgl. Urteil 2C\_377/2016 vom 16. April 2018 E. 3.2 m.w.H.), das durch das VAG bestimmt wird. Dieser Erlass ist unmittelbarer Prüfmasstab. Als unmittelbarer Prüfmasstab wirken die genannten Grundrechte nur dann, wenn die Verfügungsgrundlage in Frage gestellt würde (vgl. dazu

prägnant PIERRE TSCHANNEN, Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2008, Rz. 101), deren Überprüfung aber bei bundes- rechtlichen Gesetzesbestimmungen aufgrund von Art. 190 BV ohnehin un- zulässig ist. Als mittelbarer Prüfmasstab wirken Grundrechte bei der grundrechtskonformen Auslegung.

### **E. 10.3**

Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe willkürlich (Art. 9 BV) gehandelt (BVGer-act. 1, Rz. 251 – 253), kann sie ebenfalls nicht gehört werden. Willkür liegt nach der ständigen Praxis des Bundes- gerichts dann vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhalt- bar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 141 I 70 E. 2.2). Nur qualifizierte Rechtsfehler erreichen die Willkürschwelle; un- richtige Rechtsanwendung allein genügt nicht. Folglich ist ein Anwen- dungsakt nicht schon dann wegen Willkür zu kassieren, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre (PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, a.a.O., § 23, Rz. 528). Die von der Vorinstanz vorgenommene Überprüfung des 2019 gestellten Ge- suchs ist unter Einhaltung der rechtlichen Bestimmungen sowie der bun- desgerichtlichen und bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung und unter Berücksichtigung der herrschenden Lehre erfolgt. Deshalb ist die Argumentation der Beschwerdeführerin, dass sie sich erstens geweigert habe, die aufsichtsrechtlichen Kriterien anzuwenden, zweitens ihr Vorge- hen auf keiner gesetzlichen Grundlage basierende und sie ausserdem stets wechselnde Kriterien aufgestellt habe und drittens sich vorbehalten habe, die bestehende Modellierung, d.h. die von ihr definierten Kriterien in Zukunft erneut anzupassen, unbegründet. Die Verfügung ist demzufolge weder offensichtlich unhaltbar noch liegen andere Umstände vor, welche das Willkürverbot verletzen würden. Ein Verstoss dagegen kann nicht

B-4592/2020 Seite 39 erkannt werden. Aus denselben Gründen erweist sich die Rüge der Verlet- zung des Legalitätsprinzips als unbegründet.

### **E. 11**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz das Gesuch zu Recht abgewiesen hat. Dementsprechend ist die Beschwerde abzuweisen.

### **E. 12.1**

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind unter Berücksichtigung des Streitwerts sowie des Umfangs und der Schwierig- keit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Par- teien (vgl. Art. 63 Abs. 4bis VwVG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigun- gen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) hier auf Fr. 5'000.– festzusetzen. Der einbezahlte Kostenvorschuss ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

### **E. 12.2**

Vor Bundesverwaltungsgericht obsiegende Parteien haben grund- sätzlich Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). In Anbetracht ihres Unterliegens ist der

Beschwerdeführerin vorliegend keine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf Ausrichtung einer Parteientschädigung (Art. 63 Abs. 2 VwVG i.V.m. 7 Abs. 3 VGKE).

B-4592/2020 Seite 40

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.