

BVGer B-5146/2021 vom 25. Juli 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-07-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5146_2021

FR: TAF B-5146/2021 du 25 juillet 2022

IT: TAF B-5146/2021 del 25 luglio 2022

Regeste

Privatversicherung

Erwägungen

E. 1.1

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 22. Oktober 2021, mit der diese auf das Gesuch der Beschwerdeführenden um Erlass einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von Art. 25a VwVG nicht eingetreten ist. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1] i.V.m. Art. 31 und 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

E. 1.2

Zur Beschwerdeführung vor dem Bundesverwaltungsgericht ist legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Eine Vereinigung ist nur legitimiert, soweit sie als juristische Person die Interessen ihrer Mitglieder vertritt und diese in der Mehrzahl selber zur Beschwerde legitimiert wären (BGE 128 I 327 nicht publizierte E. 1.2 des Urteils 1P.91/2002 vom 26. August 2002; BGE 125 I 369 E. 1a). Der Beschwerdeführer 2 bezweckt nach den Statuten, die Interessen seiner Mitglieder zu wahren (vgl. Statuten Y._____, gültig ab [...], Art. 3). Die Beschwerdeführenden haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und haben insofern ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung der Frage, ob die Vorinstanz ihr Gesuch um Erlass einer Verfügung nach Art. 25a VwVG zu Recht nicht materiell behandelt hat. Der Streitgegenstand kann in oberer Instanz grundsätzlich nur noch eingeschränkt, aber nicht mehr ausgeweitet werden. Mit einer Beschwerde gegen einen Nichteintretensentscheid kann daher im Prinzip nur das Nichteintreten beanstandet und nicht eine materielle Beurteilung verlangt werden (BGE 135 II 38 E. 1.2). Begründet eine Vorinstanz einen Nichteintretensentscheid indessen mit materiellen Argumenten, ist praxisgemäss davon auszugehen, es handle sich um einen materiellen Entscheid, und der Streitgegenstand erweitert sich entsprechend (vgl. Urteil des BGer 2C_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 2; Urteil des BVGer B-5405/2015 vom 1. Februar 2017 E. 1). Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz ihren Nichteintretensentscheid im Wesentlichen mit formellen Argumenten begründet. Zwar hat die Vorinstanz zusätzlich noch auf zwei Seiten ausgeführt, warum das Gesuch auch abzulehnen wäre, wenn darauf eingetreten würde. Es erscheint allerdings als sehr fraglich, ob eine derartige reine Eventual- oder Subsidiärbegründung, die keinen Niederschlag im Dispositiv gefunden hat, an der

Qualifikation der vorliegend angefochtenen Verfügung als Nichteintretensentscheid etwas ändern könnte. Soweit die Beschwerdeführenden daher, über den Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung und den impliziten Antrag auf Rückweisung zur materiellen Beurteilung ihres Gesuches hinaus, auch verschiedene materielle Rechtsbegehren stellen, erscheint es daher als fraglich, ob darauf überhaupt eingetreten werden könnte.

E. 1.3

Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet und die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

E. 1.4

Auf die Beschwerde ist daher im dargelegten Umfang einzutreten.

E. 2

Die Beschwerdeführenden rügen in verfahrensrechtlicher Hinsicht, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Sie habe Art. 22 FINMAG erstmals in der angefochtenen Verfügung erwähnt und während des gesamten Verfahrens nicht zu erkennen gegeben, dass sie einen Nichteintretensentscheid in Erwägung ziehe. Vor Erlass einer Verfügung sei den Betroffenen die Möglichkeit zu geben, sich vorgängig zu den Grundlagen des Entscheids zu äussern. Vorliegend sei es für die Beschwerdeführenden nicht voraussehbar gewesen, dass die Vorinstanz beabsichtigt habe, einen Nichteintretensentscheid zu fällen beziehungsweise ihr Verhalten mit Art. 22 FINMAG zu begründen. Die Vorinstanz bestreitet, das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden verletzt zu haben. Von den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden dürfe erwartet werden, dass sie ein allfälliges Nichteintreten bei einem Gesuch um Erlass einer Verfügung über Realakte als reelle Möglichkeit hätten in Betracht ziehen müssen. Dies gelte umso mehr, als die Beschwerdeführenden bloss Drittbetroffene seien, die nicht von der Vorinstanz beaufsichtigt würden. Die Beschwerdeführenden hätten bereits in ihrem Gesuch vor der Vorinstanz ihre Legitimation über mehrere Seiten hinweg zu begründen versucht. Zudem habe die Vorinstanz sie anlässlich des in der Folge durchgeführten Gesprächs ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie auch die Eintretensvoraussetzungen prüfen werde. Ebenso wenig könne es als "überraschende Rechtsanwendung" qualifiziert werden, dass die FINMA jede Medienmitteilung auf Art. 22 FINMAG abstütze.

E. 2.1

Aus der Garantie des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) lässt sich kein genereller Anspruch der Verfahrensbeteiligten ableiten, sich vor Erlass eines Entscheids zu dessen Begründung äussern zu können. Ein solcher Anspruch bestünde nur, wenn die Behörde ihren Entscheid mit einer rechtlichen Würdigung zu begründen beabsichtigt, die für den Betroffenen völlig überraschend gekommen wäre (BGE 126 I 19 E. 2c/aa).

E. 2.2

Wie die Vorinstanz zutreffend darlegt, sind die Beschwerdeführenden nicht von der Vorinstanz beaufsichtigt, weshalb sich von Anfang an die Frage aufdrängen musste, inwiefern sie vom Aufsichtshandeln der Vorinstanz direkt und unmittelbar betroffen sein und daher Anspruch auf eine Verfügung der Vorinstanz haben könnten. Auch war es mehr als naheliegend, dass die Vorinstanz sich bei einer allfälligen materiellen Prüfung eines Gesuchs um Widerruf einer Medienmitteilung auf die gesetzliche Grundlage ihrer

Medienmitteilungen (Art. 22 FINMAG) abstützen könnte. Soweit die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden diese rechtlichen Überlegungen als für sie "nicht voraussehbar" bezeichnen und daraus einen Anspruch auf eine zusätzliche Einladung zu einer weiteren Stellungnahme vor dem Entscheid über das von ihnen selbst gestellte Gesuch ableiten wollen, ist ihre Rüge offensichtlich unbegründet.

E. 3

Wie bereits in ihrem Gesuch vom 17. Juni 2021 um Erlass einer Verfügung verlangen die Beschwerdeführenden in ihrer Beschwerde formal einen Widerruf der Medienmitteilung sowie eine "Berichtigung" der Medienmitteilung. Diesbezüglich beantragen sie, es sei klarzustellen, dass die Vorinstanz nicht berechtigt sei, das Verhältnis zwischen Krankenzusatzversicherern und Leistungserbringern zu regeln, und festzustellen, dass die in der Medienmitteilung enthaltenen Empfehlungen gegenüber den Krankenzusatzversicherern widerrechtlich seien. Sie beziehen sich dabei insbesondere auf folgende Empfehlungen der Vorinstanz. "Die Versicherer müssen dafür sorgen, dass die Leistungserbringer transparente und nachvollziehbare Abrechnungen erstellen." "Die Versicherer dürfen nur für Leistungen aufkommen, die wegen Mehrleistungen gerechtfertigt sind, die also über die in der OKP gedeckten Leistungen hinausgehen und preislich begründbar sind. Dafür sollen sie für vergleichbare Leistungen z.B. Quervergleiche mit anderen Leistungserbringern anstellen." "Die Versicherer sollen wo nötig die Verträge mit den Leistungserbringern anpassen oder neue Verträge abschliessen, um diesen Kriterien Rechnung tragen zu können."

E. 3.1

Die Beschwerdeführenden machen geltend, in ihrer Medienmitteilung fordere die Vorinstanz die Krankenzusatzversicherer auf, dafür zu sorgen, dass die Leistungserbringer transparente und nachvollziehbare Abrechnungen erstellen, und die Versicherer dürften nur für Leistungen aufkommen, die wegen Mehrleistungen gerechtfertigt seien, unter der Androhung, dass sie neue Produkte nur noch genehmigen werde, wenn dabei diese Kriterien eingehalten würden. Aufgrund dieser Androhung setzten die Zusatzversicherer die in der Medienmitteilung genannten Forderungen der Vorinstanz konsequent gegenüber den stationären Leistungserbringern um. Unmittelbare Folge sei eine Flut von Kündigungen und Anpassungen von Tarifverträgen mit dem Ziel der Preissenkung. Als stationäre Leistungserbringer hätten die Beschwerdeführenden ein aktuelles schützenswertes Interesse am Widerruf und der Berichtigung sowie an der Feststellung der Widerrechtlichkeit der Medienmitteilung, da diese ihnen vorschreibe, wie sie die Preise ("preislich begründbar") und Abrechnungen ("transparent und nachvollziehbar") von Mehrleistungen zu gestalten hätten. Die Krankenversicherer würden unter Androhung von Sanktionen (Nichtgenehmigung neuer Produkte) gezwungen, die in der Medienmitteilung aufgestellten Kriterien umzusetzen. Die aktuellen Tarifangebote der Versicherer lägen teilweise bis zu 40% unter dem heutigen Niveau. Diese Nachteile könnten mit zahlreichen Beweisen belegt werden. So habe eine konkret genannte Krankenzusatzversicherung einer von der Beschwerdeführerin 1 betriebenen Klinik eine Offerte unterbreitet, die verglichen mit den bisherigen Versicherungsleistungen teilweise Preisreduktionen von mehr als 50% vorsehe. Es sei unausweichlich, dass weitere Zusatzversicherer folgen würden. Die in der Medienmitteilung enthaltene Forderung, wonach die Versicherer dafür sorgen müssten, dass die Leistungserbringer transparente und nachvollziehbare Abrechnungen erstellen, verlange dies nicht von den Zusatzversicherern, sondern von den stationären

Leistungserbringern. Die Medienmitteilung greife damit erheblich in die Vertragsautonomie und Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführenden ein. Sie hätten daher ein praktisches und aktuelles Interesse am Widerruf und an der Berichtigung der Medienmitteilung.

E. 3.2

Demgegenüber ist die Vorinstanz der Meinung, dass es im Rahmen der Vertragsautonomie und Wirtschaftsfreiheit den Krankenzusatzversicherern freistehe, durch Vertragsanpassungen die Tarife weiter zu senken, ebenso, wie es den Leistungserbringern freistehe, solche Vertragsanpassungen zu akzeptieren oder nicht. Ob eine Partei für sich vorteilhafte Bedingungen aushandeln könne, sei letztlich eine Frage der privatrechtlichen Verhandlungsmacht zwischen den Vertragsparteien. Die Vorinstanz bestreitet sodann, dass die Beschwerdeführenden ein schutzwürdiges Interesse nachweisen könnten. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern ihnen ein eigenständiger und unmittelbarer Nachteil aus der Medienmitteilung entstanden sein solle. Die Vorinstanz greife nicht direkt in das Rechtsverhältnis zwischen Krankenzusatzversicherer und Leistungserbringer ein, sondern verlange primär mehr Transparenz, damit die Krankenzusatzversicherer den Mehrwert der von den Leistungserbringern erbrachten Leistungen überprüfen könnten. Mehr Transparenz bei der Leistungsabrechnung allein habe keine direkte wirtschaftliche Einbusse bei den Leistungserbringern zur Folge. Zu finanziellen Einbussen komme es nur dann, wenn entweder der Leistungserbringer infolge mehr Transparenz bisher in Rechnung gestellte Kosten nun erst gar nicht mehr abrechne oder der Krankenzusatzversicherer diese aus dem Grund ablehne, weil diese nicht mit den tatsächlichen Mehrleistungen begründbar seien. Somit seien die geltend gemachten wirtschaftlichen Einbussen der Gesuchsteller typische Reflexwirkung der angepassten vertraglichen Beziehung mit den Krankenzusatzversicherern. Es lägen daher nur mittelbare vermögensrechtliche Konsequenzen vor, welche kein schutzwürdiges Interesse bei Drittbetroffenen zu begründen vermöchten.

E. 3.3

Es ist unbestritten, dass die in Frage stehende Medienmitteilung der Vorinstanz vom 17. Dezember 2020 ein Realakt ist (vgl. BVerGE 2013/59 E. 9.4.3; Urteile des BVerfG B-80/2019 vom 1. September 2020 E. 1.2; B-105/2019 vom 1. September 2020 E. 1.2; B-108/2019 vom 1. September 2020 E. 1.2; B-116/2019 vom 1. September 2020 E. 1.2; B-121/2019 vom 1. September 2020 E. 1.2; B-127/2019 vom 1. September 2020 E. 1.2; B-130/2019 vom 1. September 2020 E. 1.2; A-3155/2019 vom 15. Oktober 2019 E. 2.2 und A-5323/2012 vom 6. November 2012 S. 3).

E. 3.4

Gegenstand der Medienmitteilung ist eine Information der Vorinstanz zu ihrer aktuellen Aufsichtstätigkeit im Bereich Krankenzusatzversicherung. Die Beschwerdeführenden verlangen einen "Widerruf" dieser Medienmitteilung sowie die Publikation einer "Berichtigung", worin klarzustellen sei, dass die Vorinstanz nicht berechtigt sei, das Verhältnis zwischen Krankenzusatzversicherern und Leistungserbringern zu regeln, und festzustellen, dass die in der Medienmitteilung enthaltenen Empfehlungen gegenüber den Krankenzusatzversicherern widerrechtlich seien. Wie eine bereits ein halbes Jahr vorher versandte und publizierte Medienmitteilung überhaupt "widerrufen" werden könnte, wie die Beschwerdeführenden verlangen, ist allerdings schwer vorstellbar. Auch die von den

Beschwerdeführenden verwendete Bezeichnung als "Berichtigung" umschreibt ihr Anliegen nicht korrekt, bestreiten sie doch gar nicht, dass die Vorinstanz in der Medienmitteilung das Ergebnis ihrer Abklärungen und ihre Absicht zutreffend dargelegt hat. Vielmehr geht es den Beschwerdeführenden darum, eine ausdrückliche und publizierte Feststellung zu erwirken, wonach die Rechtsauffassung der Vorinstanz, sie sei kompetent, um über die Genehmigung von neuen Produkten der Krankenzusatzversicherer zu entscheiden und dabei die in der Medienmitteilung aufgeführten Kriterien als Voraussetzungen für eine Genehmigung zu behandeln, unzutreffend und rechtswidrig sei. Den Beschwerdeführenden ist zwar zu folgen, dass sich in der Tat aus der Medienmitteilung ergibt, dass die Vorinstanz diese Rechtsauffassung vertritt, allerdings lediglich implizit. Es erscheint daher als sehr fraglich, ob die Rechtsbegehren der Beschwerdeführenden überhaupt vom möglichen Gegenstand einer Verfügung über einen Realakt gedeckt sind. Diese Fragen können indessen offengelassen werden (vgl. E. 3.6 hiernach).

E. 3.5

Art. 25a Abs. 1 VwVG sieht vor, dass, wer ein schutzwürdiges Interesse hat, von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte und Pflichten berühren, verlangen kann, dass sie a) widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft, b) die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt oder c) die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt (vgl. BGE 146 V 38 E. 4.3). Diese Bestimmung räumt der betroffenen Person das Recht auf ein eigenständiges, nachgeschaltetes Verwaltungsverfahren ein, das in eine Verfügung über den beanstandeten Realakt mündet (Art. 25a Abs. 2 VwVG; BGE 136 V 156 E. 4.2). Art. 25a VwVG betrifft jene Fälle, in denen behördliches Verhalten nicht auf die Regelung von Rechten oder Pflichten gerichtet ist - dies ist Sache der Verfügung nach Art. 5 VwVG -, aber dennoch Rechte oder Pflichten berührt. Mit Art. 25a VwVG sollen einer Behörde zugerechnete und wahrnehmbare Handlungen, welche widerrechtlich sein können, einer Überprüfung auf Rechtskonformität zugeführt werden. Bei den Handlungen handelt es sich um Realakte, wie die Überschrift von Art. 25a VwVG nahelegt. Realakte grenzen sich von Rechtsakten ab. Abgrenzungskriterium bildet der Erfolg, den der Verwaltungsträger mit seiner Handlung unmittelbar anstrebt. Danach heissen zur Bewirkung eines Rechtserfolgs bestimmte Verwaltungshandlungen Rechtsakte, zur Bewirkung eines blossen Taterfolgs bestimmte Handlungen Realakte. Realakte zielen auf unmittelbare Gestaltung der Faktenlage (vgl. BGE 146 V 38 E. 4.3.1 m.H.). Art. 25a VwVG definiert das streitlagenspezifische Rechtsschutzinteresse über ein akt- und ein subjektbezogenes Kriterium. Zum einen muss der Realakt "Rechte oder Pflichten berühren", zum anderen die gesuchstellende Person ein "schutzwürdiges Interesse" an einer Verfügung über den Realakt haben. Obwohl die genannten Kriterien mit der Bestimmung des Rechtsschutzinteresses die gleiche Stossrichtung haben, werden sie innerhalb von Art. 25a VwVG klar getrennt (zum Ganzen: BGE 146 I 145 E. 4.4; BGE 144 II 233 E. 7.1; BGE 140 II 315 E. 4.1, je m.H.). Ist die gesuchstellende Person durch den Realakt in ihren Rechten oder ihren Pflichten berührt, gründet das schutzwürdige Interesse im Berührtsein in der Rechtsstellung. Die beiden Kriterien des "schutzwürdigen Interesses" und des "Berührtseins in Rechten oder Pflichten" fallen dann weitgehend ineinander (BGE 140 II 315 E. 4.3 m.H.).

E. 3.5.1

Das Erfordernis des Berührtseins in Rechten und Pflichten setzt nach herrschender Auffassung einen Eingriff in die persönliche Rechtssphäre der betroffenen Person voraus (vgl. BGE 144 II 233 E. 7.3.1; BGE 140 II 315 E. 4.3 und E. 4.5 je m.H.). In diesem Sinne schützenswerte Rechtspositionen ergeben sich vor allem aus Grundrechten; einzubeziehen sind aber auch rechtlich geschützte Interessen aus anderen Rechtstiteln (BGE 144 II 233 E. 7.3.1; BGE 140 II 315 E. 4.3 m.w.H.). Ein eigentlicher Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts ist nicht erforderlich. Es reicht aus, wenn die gesuchstellende Person darzulegen vermag, dass ein von einem Realakt ausgehender Reflex grundrechtsrelevant ist, mithin den Grad eines Eingriffs annehmen könnte (BGE 146 I 145 E. 4.4; BGE 140 II 315 E. 4.8). Wie dargelegt, machen die Beschwerdeführenden diesbezüglich geltend, die Medienmitteilung greife erheblich in die Vertragsautonomie und damit in ihre Wirtschaftsfreiheit ein. Die Vorinstanz fordere darin die Krankenzusatzversicherer auf, dafür zu sorgen, dass die Leistungserbringer transparente und nachvollziehbare Abrechnungen erstellen, und die Versicherer dürften nur für Leistungen aufkommen, die wegen Mehrleistungen gerechtfertigt seien, unter der Androhung, dass die Vorinstanz neue Produkte nur noch genehmigen werde, wenn dabei diese Kriterien eingehalten würden. Aufgrund dieser Androhung setzten die Zusatzversicherer die in der Medienmitteilung genannten Forderungen der Vorinstanz konsequent gegenüber den stationären Leistungserbringern um. Unmittelbare Folge sei eine Flut von Kündigungen und Anpassungen von Tarifverträgen mit dem Ziel der Preissenkung. Die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV schützt vor allem das Recht des Einzelnen, uneingeschränkt von staatlichen Massnahmen jede privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit frei auszuüben und einen privatwirtschaftlichen Beruf frei zu wählen. Juristische Personen des Privatrechts sind ebenfalls Träger der Wirtschaftsfreiheit. Dies gilt für inländische juristische Personen uneingeschränkt (Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl. 2020, Rz. 656; René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, S. 69). Die Beschwerdeführerin 1 ist als juristische Person mit Sitz in der Schweiz Trägerin der Wirtschaftsfreiheit. Beim Beschwerdeführer 2 handelt es sich um einen im Handelsregister eingetragenen Verein und damit um eine juristische Person (vgl. Art. 52 Abs. 1 ZGB) mit Sitz in der Schweiz. Beide Beschwerdeführende können sich demnach grundsätzlich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen. Die Wirtschaftsfreiheit schliesst auch ein, dass man bei der Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit seinen Vertragspartner frei auswählt und den Inhalt des Vertrags frei von staatlichem Zwang aushandelt. Einschränkungen der Vertragsfreiheit sind daher nur soweit haltbar, als sie mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbar sind (BGE 113 Ia 126 E. 8c; Urteil des BVGer B-1242/2016 vom 20. Juni 2017 E. 3.1). Eine Garantie, dass der frei ausgewählte Vertragspartner auch bereit ist, einen Vertrag mit dem vom betreffenden Grundrechtsträger gewünschten Inhalt abzuschliessen, beinhaltet die Wirtschaftsfreiheit allerdings nicht. Soweit die Beschwerdeführenden daher geltend machen, aufgrund der Sanktionsandrohung der Vorinstanz kündigten die Krankenzusatzversicherer ihre Verträge mit den stationären Leistungserbringern und drängten auf Anpassungen mit dem Ziel der Preissenkung, wodurch sie in ihrer Wirtschaftsfreiheit berührt seien, kann ihnen daher nicht gefolgt werden.

E. 3.5.2

Das "schutzwürdige Interesse" im Sinne von Art. 25a VwVG ist grundsätzlich gleich zu verstehen wie beim Parteibegriff (Art. 6 VwVG) und der Beschwerdebefugnis (Art. 48 Abs.

1 VwVG bzw. Art. 89 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es muss demnach eine besondere Nähe der gesuchstellenden Person zum Realakt vorliegen, wobei das schutzwürdige Interesse rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein kann, soweit die gesuchstellende Person an der Rechtsklärung mittels Verfügung über den Realakt einen praktischen Nutzen hat (BGE 140 II 315 E. 4.2; 139 II 279 E. 2.2; 135 II 172 E. 2.1; Urteil des BGer 1C_455/2011 vom 12. März 2012 E. 4.4). Gegenstand der vorliegend in Frage stehenden Medienmitteilung vom 17. Dezember 2020 ist eine Information der Vorinstanz zu ihrer aktuellen Aufsichtstätigkeit im Bereich der Krankenzusatzversicherung. Versicherungsunternehmen, welche in der Schweiz Krankenzusatzversicherungen anbieten, unterstehen der Aufsicht der Vorinstanz (Art. 1 Abs. 1 Bst. g FINMAG und Art. 1, Art. 2 und Art. 46 des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 17. Dezember 2004 [VAG, SR 961.01]), nicht aber Leistungserbringer wie die Beschwerdeführenden, welche mit diesen Krankenzusatzversicherern vertragliche Vereinbarungen über die Vergütung der versicherten Leistungen abschliessen. Die Vorinstanz hat daher keine Kompetenz, gegenüber derartigen Leistungserbringern Verfügungen zu erlassen. In der in Frage stehenden Medienmitteilung wird eine Verfügungskompetenz der Vorinstanz gegenüber den Leistungserbringern auch gar nicht behauptet, weder ausdrücklich noch implizit. Richtig ist, dass die Vorinstanz in ihrer Medienmitteilung über bestimmte Kriterien informiert, welche sie künftig bei gewissen aufsichtsrechtlichen Verfügungen gegenüber den ihr unterstellten Krankenzusatzversicherungen berücksichtigen will. Die Argumentation der Beschwerdeführenden ist daher insoweit teilweise nachvollziehbar, als die Vorinstanz damit implizit zum Ausdruck bringt, dass sie sich als kompetent erachtet, um über die Genehmigung von neuen Produkten der Krankenzusatzversicherer zu entscheiden und dabei die von ihr aufgeführten Kriterien als Voraussetzungen für eine Genehmigung zu behandeln. Es ist diese Rechtsauffassung der Vorinstanz, welche von den Beschwerdeführenden als unzutreffend gerügt wird und welche Gegenstand ihres Feststellungsbegehrens ist. Würde die Vorinstanz diese Rechtsauffassung zum Gegenstand einer Feststellungsverfügung gegenüber einem beaufsichtigten Krankenzusatzversicherer machen - so wie sie dies beispielsweise in Bezug auf eine andere Rechtsfrage in jenem Fall getan hat, der Gegenstand der Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-1242/2016 vom 20. Juni 2017 und des Bundesgerichts 2C_717/2017 vom 25. November 2019 bildete - oder implizit in einer Gestaltungsverfügung zum Ausdruck bringen, indem sie einem neuen Krankenzusatzversicherungsprodukt, das ihrer Meinung nach die aufgeführten Kriterien nicht erfüllt, die Genehmigung versagen würde, so könnte der betreffende Krankenzusatzversicherer als formeller und materieller Adressat eine derartige Verfügung anfechten und die in Frage stehende Rechtsauffassung der Vorinstanz gerichtlich überprüfen lassen. Die Beschwerdeführenden dagegen, die selbst nicht Adressaten einer derartigen Verfügung wären, sondern lediglich Vertragspartner oder potentieller Vertragspartner des adressierten Krankenzusatzversicherers, könnten die Verfügung nicht anfechten. Nach ständiger Rechtsprechung gelten Dritte nämlich nur dann als "besonders berührt" und daher zur Beschwerde legitimiert, wenn sie eine besondere beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streitsache aufweisen (BGE 139 II 279 E. 2.2; BGE 135 II 172 E. 2.1 m.H. Isabelle Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 2000, Rz. 525, Bernhard Waldmann, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum BGG, 3. Aufl. 2018, N. 19 zu Art. 89 BGG, Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1155). Der

Beschwerdeführer muss durch den angefochtenen Akt persönlich und unmittelbar einen Nachteil erleiden. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse berechtigt - ohne die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache selber - nicht zur Verwaltungs- oder Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Vertragliche Rückwirkungen oder Folgen der dem Adressaten durch die Verfügung auferlegten Anordnungen begründen in der Regel kein unmittelbares, sondern nur ein mittelbares Interesse des vertraglich gebundenen Dritten zur Streitsache, weshalb der Vertragspartner nicht zur Drittbeschwerde legitimiert ist (BGE 131 II 587 E. 2.2 und 3; BGE 130 V 560 E. 3.5; René Wiederkehr/Stefan Eggenschwiler, Die allgemeine Beschwerdebefugnis Dritter, 2018, Rz. 291). Als Vertragspartner oder potentielle Vertragspartner des adressierten Krankenzusatzversicherers könnten die Beschwerdeführenden eine derartige Feststellungs- oder Gestaltungsverfügung der Vorinstanz daher nicht anfechten, da ihr Interesse als ein nur mittelbares oder indirektes Interesse einzustufen wäre und sie daher zur Beschwerdeerhebung nicht legitimiert wären. Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz die in Frage stehende Rechtsauffassung nicht in einer Verfügung geäussert, weder ausdrücklich in der Form einer Feststellungsverfügung noch implizit in einer Gestaltungsverfügung zur Frage der Genehmigung eines neuen Krankenzusatzversicherungsprodukts, sondern lediglich implizit in ihrer Medienmitteilung zum Ausdruck gebracht. Wie bereits dargelegt, ist das "schutzwürdige Interesse" im Sinne von Art. 25a VwVG indessen grundsätzlich gleich zu verstehen wie bei der Beschwerdelegitimation gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG oder Art. 89 Abs. 1 BGG. Da die Beschwerdeführenden die in Frage stehende Rechtsauffassung der Vorinstanz, wenn diese von der Vorinstanz zum Gegenstand einer Feststellungs- oder Gestaltungsverfügung gemacht würde, mangels Beschwerdelegitimation nicht anfechten könnten, ist ihnen auch das erforderliche schutzwürdige Interesse an einer Rechtsklärung mittels Verfügung über den vorliegend umstrittenen Realakt abzusprechen.

E. 3.5.3

Die Vorinstanz ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführenden durch die Medienmitteilung vom 17. Dezember 2020 nicht in ihren Rechten oder Pflichten berührt wurden und dass sie auch kein schutzwürdiges Interesse an einer Verfügung über diesen Realakt hatten.

E. 3.6

Wie dargelegt, ist fraglich, ob die Rechtsbegehren der Beschwerdeführenden überhaupt vom möglichen Gegenstand einer Verfügung über einen Realakt gedeckt sind, ergibt sich die Rechtsauffassung der Vorinstanz, welche die Beschwerdeführenden als rechtswidrig einstufen, doch nicht direkt, sondern lediglich implizit aus der Medienmitteilung. Insofern stellt sich die Frage, ob die verlangte "Klarstellung" und "Feststellung" zu dieser Rechtsfrage allenfalls eher als eigenständiges Begehren um eine Feststellungsverfügung denn als Verfügung über einen Realakt einzustufen ist. Auch diese Frage kann aber im Ergebnis offenbleiben.

E. 3.6.1

Ein Anspruch darauf, dass eine Behörde auf Gesuch hin eine Feststellungsverfügung trifft, setzt voraus, dass die Voraussetzungen von Art. 25 VwVG erfüllt sind. So muss das Gesuch eine Feststellung über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten betreffen, die Behörde muss in der Sache zuständig sein und der Gesuchsteller muss ein schutzwürdiges Interesse nachweisen (Art.

25 Abs. 1 und 2 VwVG). Aus systematischen Gründen wird das schutzwürdige Interesse im Sinn dieser Bestimmung gleich ausgelegt wie dasjenige zur Beschwerdelegitimation gemäss Art. 48 VwVG oder Art. 89 Abs. 1 BGG (vgl. BGE 139 V 143 E. 3; Isabelle Häner, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016, Art. 25 N. 17 f.; Beatrice Weber-Dürler/Pandora Kunz-Notter, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG. Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, Art. 25 N. 14).

E. 3.6.2

Im vorliegenden Fall ist, wie bereits dargelegt, das Interesse der Beschwerdeführenden an der Klärung der in Frage stehenden Rechtsfrage als ein lediglich mittelbares und indirektes und damit nicht als schutzwürdiges Interesse im Sinn von Art. 48 VwVG oder Art. 89 Abs. 1 BGG einzustufen. Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung waren daher nicht erfüllt. Ob das Begehren der Beschwerdeführenden ganz oder teilweise als Gesuch um eine Feststellungsverfügung im Sinn von Art. 25 VwVG einzustufen ist, kann daher offengelassen werden.

E. 3.7

Die Vorinstanz ist daher zu Recht auf das Gesuch der Beschwerdeführenden nicht eingetreten.

E. 4

Die Beschwerdeführenden werfen der Vorinstanz auch eine Rechtsverzögerung und -verweigerung vor. Die Vorinstanz habe das Gesuch der Beschwerdeführenden vom 17. Juni 2021 um Erlass einer anfechtbaren Verfügung fast einen Monat unbeantwortet gelassen. Auf das Gesuch der Beschwerdeführenden um vorsorgliche Massnahmen vom 21. September 2021 sei erst am 19. Oktober 2021 und nach Rückfrage eine Reaktion erfolgt. Im Ergebnis habe die Vorinstanz für die Behandlung des Gesuchs um Erlass einer anfechtbaren Verfügung mehr als vier Monate gebraucht. In einem vergleichbaren Fall habe die Swissmedic innerhalb von 10 Tagen eine anfechtbare Verfügung erhalten. Die Fristerstreckung für die Beschwerdeführenden von wenigen Tagen sei nicht ursächlich für die massive Verfahrensverzögerung. Die Vorinstanz bestreitet dies und wendet ein, die Beschwerdeführenden hätten selber eine Fristerstreckung beantragt, welche ihnen gewährt worden seien.

E. 4.1

Dass die Vorinstanz auf das Gesuch der Beschwerdeführenden nicht eingetreten ist, ist nach dem Gesagten nicht zu beanstanden. Soweit die Beschwerdeführenden der Vorinstanz eine Rechtsverweigerung vorwerfen, ist ihre Rüge daher unbegründet.

E. 4.2

Was ihre Rüge bezüglich der vorinstanzlichen Verfahrensdauer betrifft, so bringen die Beschwerdeführenden diese nicht in einer Rechtsverzögerungsbeschwerde vor, sondern erst in ihrer Beschwerde gegen den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern die Frage der vorinstanzlichen Verfahrensdauer für das Ergebnis des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens relevant sein sollte, weshalb auf diese Rüge nicht weiter einzugehen ist.

E. 5

Die Beschwerdeführenden rügen weiter, die ihnen in der angefochtenen Verfügung auferlegten Verfahrenskosten von Fr. 15'000.- seien nicht verhältnismässig.

E. 5.1

Die Vorinstanz erhebt Gebühren für Aufsichtsverfahren im Einzelfall und für Dienstleistungen (Art. 15 Abs. 1 FINMAG). Der Bundesrat hat mit Erlass der FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung vom 15. Oktober 2008 (FINMA-GebV; SR 956.122) von seiner Verordnungskompetenz Gebrauch gemacht und in Art. 5 Abs. 1 Bst. a festgehalten, dass gebührenpflichtig ist, wer eine Verfügung veranlasst. Damit soll der Aufwand der Vorinstanz möglichst kostendeckend und verursachergerecht erfasst und einer Person zugeordnet werden (vgl. Erläuterungsbericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung EFV vom 15. Oktober 2008 zur FINMA-Gebührenverordnung, S. 1 f. und 4). Für die Bemessung der Gebühren der Vorinstanz gelten die Ansätze im Anhang der FINMA-GebV (Art. 8 Abs. 1 FINMA-GebV). Ist im Anhang ein Rahmen festgelegt, so setzt die Vorinstanz die konkret zu bezahlende Gebühr innerhalb des Rahmens anhand des durchschnittlichen Zeitaufwands für gleichartige Verrichtungen und der Bedeutung der Sache für die gebührenpflichtige Person fest (Art. 8 Abs. 2 FINMA-GebV). Für Verfügungen, für die im Anhang kein Ansatz festgelegt ist, bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand und der Bedeutung der Sache für die gebührenpflichtige Person (Art. 8 Abs. 3 FINMA-GebV).

E. 5.2

Die Beschwerdeführenden bemängeln, Art. 15 FINMAG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 Bst. a und Art. 8 Abs. 3 FINMAG-GebV seien nicht einschlägig. Es handle sich nicht um ein Aufsichtsverfahren, und die Beschwerdeführenden seien keine Beaufsichtigten der Vorinstanz. Es habe keine durch die Vorinstanz erbrachte "Dienstleistung" im Sinne von Art. 15 Abs. 1 FINMAG vorgelegen. Fraglich sei mit Blick auf Art. 6 FINMA-GebV, ob nicht die Allgemeine Gebührenverordnung (AllGebV; zitiert in E. 5.2.3) zur Anwendung hätte gelangen müssen. Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a AllGebV könne auf die Gebührenerhebung verzichtet werden, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verfügung bestehe. Die Vorinstanz erklärt, sie stütze ihre Verfügung auf Art. 5 Abs. 1 Bst. a FINMA-GebV, denn die Beschwerdeführenden hätten durch ihr Gesuch unbestrittenermassen eine Verfügung veranlasst. Dass sich diese Bestimmung nur auf Aufsichtsverfügungen beschränken sollte, lasse sich weder dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte noch der systematischen Einordnung noch dem Sinn und Zweck dieser Norm entnehmen. Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV habe keine eigenständige Bedeutung, da im subsidiär geltenden Art. 2 Abs. 1 AllGebV ebenfalls festgehalten werde, dass derjenige eine Gebühr zu bezahlen habe, der eine Verfügung veranlasst habe. Die Vorinstanz habe die Beschwerdeführenden mehrmals explizit auf die Möglichkeit eines Rückzugs ihres Gesuchs hingewiesen, weil andernfalls mit einer kostenpflichtigen Verfügung zu rechnen sei.

E. 5.2.1

Nach Art. 5 Abs. 1 FINMA-GebV ist gebührenpflichtig, wer eine Verfügung veranlasst (Bst. a), ein Aufsichtsverfahren veranlasst, das nicht mit einer Verfügung endet oder das eingestellt wird (Bst. b), eine Dienstleistung der FINMA beansprucht (Bst. c). Die drei Buchstaben listen alternative Tatbestände auf, nicht kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen.

E. 5.2.2

Die Beschwerdeführenden haben eine Verfügung ausdrücklich verlangt und fallen damit unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 Bst. a FINMA-GebV.

E. 5.2.3

Gemäss der von den Beschwerdeführenden als anwendbar behaupteten allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV, SR 172.041.1) kann auf die Gebührenerhebung verzichtet werden, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verfügung oder Dienstleistung besteht (Art. 3 Abs. 1 Bst. a AllgGebV). Ob diese Verordnung auch auf Verfügungen der Vorinstanz Anwendung findet, für welche die FINMA-GebV eine konkrete Regelung enthält, kann vorliegend offengelassen werden, da nicht ersichtlich ist, inwiefern ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer Nichteintretensverfügung bestehen sollte.

E. 5.2.4

Die Erhebung einer Gebühr gestützt auf Art. 5 Abs. 1 Bst. a FINMA-GebV ist daher nicht zu beanstanden.

E. 5.3

Die Beschwerdeführenden rügen auch die Höhe der Gebühr von Fr. 15'000.- als unverhältnismässig. Die Vorinstanz habe sich mit den sich stellenden Fragen nicht ernsthaft auseinandergesetzt. Die Verfahrensakte bestünden lediglich aus dem Schriftenwechsel und drei Jahresberichten der Vorinstanz aus den Jahren 2017, 2019 und 2020. Mangels entsprechender Anhaltspunkte in den Vorakten gingen die Beschwerdeführenden davon aus, dass die Vorinstanz keine weiteren Sitzungen oder Abklärungen getätigt habe. Angesichts der fehlenden Auseinandersetzung mit den Vorbringen der Beschwerdeführenden seien die Verfahrenskosten unverhältnismässig hoch, umso mehr, als es sich bei der angefochtenen Verfügung um einen Nichteintretensentscheid handle. Die Vorinstanz äussert sich nicht zur Höhe der Gebühr, weder in der angefochtenen Verfügung noch in ihrer Vernehmlassung.

E. 5.3.1

Für die Gebührenbemessung im Zusammenhang mit Verfügungen, für die im Anhang der FINMA-GebV kein Ansatz festgelegt ist, sind die Kriterien des Zeitaufwandes und der subjektiven Bedeutung der Sache massgeblich (Art. 8 Abs. 3 FINMA-GebV). Dabei beträgt der Stundenansatz für die Gebühr je nach Funktionsstufe der ausführenden Person und der Bedeutung für die gebührenpflichtige Person Fr. 100.- bis Fr. 500.- (Art. 8 Abs. 4 FINMA-GebV).

E. 5.3.2

Nach dem Kostendeckungsprinzip sollen die Gesamterträge der Gebühren die Gesamtkosten des betreffenden Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen (vgl. BGE 126 I 180 E. 3a/aa). Art. 15 Abs. 1 FINMAG sieht ausdrücklich vor, dass die Einnahmen der Vorinstanz, aus denen sie ihre gesamten Kosten decken muss, ausschliesslich aus den Gebühren und Abgaben der Beaufsichtigten bestehen. Entsprechend wird in Art. 8 Abs. 2 FINMA-GebV von einem hohen Kostendeckungsgrad ausgegangen. Solange die Vorinstanz ihrer Gebührenbemessung den im konkreten Fall effektiv erbrachten, ausscheidbaren und objektiv erforderlichen Zeitaufwand ihrer Mitarbeiter zu Grunde legt und die Gebühr diese Selbstkosten nicht übersteigt, ist das

Kostendeckungsprinzip nicht verletzt (vgl. Urteile des BVGer B-7096/2013 vom 16. November 2015 E. 10.2; B-5837/2012 vom 21. Juni 2013 E. 2.4.2; B-2786/2009 vom 5. November 2009 E. 2.7).

E. 5.3.3

Das Äquivalenzprinzip verlangt in Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, dass eine Gebühr im Einzelfall nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der bezogenen Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss (vgl. BGE 132 II 371 E. 2.1). Der Wert der Leistung bemisst sich entweder nach dem Nutzen, den sie dem Pflichtigen einträgt, oder nach dem Kostenaufwand für die konkrete Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs. Anders als das Kostendeckungsprinzip bezieht sich das Äquivalenzprinzip nicht auf die Gesamtheit der Erträge und Kosten in einem bestimmten Verwaltungszweig, sondern immer nur auf das Verhältnis von Abgabe und Leistung im konkreten Fall. Wird die Gebühr nach dem Kostenaufwand für die konkrete Verwaltungshandlung bemessen, so darf nicht einfach der effektive, sondern höchstens der objektiv erforderliche Aufwand berücksichtigt werden (Urteil des BVGer B-6958/2015 vom 19. Dezember 2016 E. 8.4.3 m.H.).

E. 5.3.4

Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall darauf verzichtet, den üblichen Auszug aus ihrer internen Kostenaufstellung einzureichen, aus welchem jeweils der Aufwand in Stunden und die angewendeten Stunden-sätze detailliert ersichtlich sind, und auch in ihrer Vernehmlassung nicht begründet, warum sie die Verfahrenskosten auf Fr. 15'000.- festgesetzt hat. Aus den Vorakten ergibt sich, dass die Vorinstanz nicht nur mit sehr umfangreichen und komplexen Rechtsschriften der Beschwerdeführenden konfrontiert war. Sie führte auch ein mündliches Gespräch von über einer Stunde Dauer mit ihnen, an dem drei Mitarbeiter der Vorinstanz teilnahmen und von dem nachher ein Protokoll erstellt wurde. Die angefochtene Verfügung erscheint mit 15 Seiten nicht als sehr lang, ist aber sorgfältig und qualitativ hochstehend begründet. Der vorliegende Fall warf für die Vorinstanz ungewohnte, anspruchsvolle Verfahrensfragen auf, für deren Beantwortung sie kaum auf ihre bisherige Praxis zurückgreifen konnte, sondern vertiefte Recherchen in Literatur und Gerichtspraxis anstellen musste, was aus der Begründung ersichtlich wird. Verschiedene Umstände deuten auch darauf hin, dass die Vorinstanz möglicherweise unter dem Eindruck der Argumentation der Beschwerdeführenden nicht von Anfang an klar erkannte, dass auf das Gesuch nicht einzutreten war, was den Aufwand erhöht haben dürfte. Auch wenn aus diesem Grund, im Nachhinein betrachtet, nicht der gesamte Aufwand als objektiv notwendig erscheint, liegt die Verantwortung für den darauf zurückzuführenden zusätzlichen Aufwand primär bei den Beschwerdeführenden, welche ihn durch ihre Argumentation verursacht haben. Verfahrenskosten von Fr. 15'000.- für einen Nichteintretensentscheid erscheinen zwar als relativ hoch; im vorliegenden Fall ist aber aufgrund der Akten anzunehmen, dass der effektive Aufwand und die internen Kosten der Vorinstanz mindestens diesen Betrag erreichten, ohne dass der Vorinstanz der Vorwurf zu machen ist, sie habe übertriebenen, objektiv nicht erforderlichen Aufwand betrieben.

E. 5.4

Die Kostenaufgabe in der Höhe von Fr. 15'000.- hält daher vor dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip stand. Die Rüge, die Verfahrenskosten seien unverhältnismässig hoch,

erweist sich als unbegründet.

E. 6

Im Ergebnis erweist die Beschwerde sich daher als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

E. 7

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gelten die Beschwerdeführenden als unterliegend, weshalb ihnen die Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG).

E. 8

Den unterliegenden Beschwerdeführenden ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]).

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