

BVGer B-1242/2016 vom 20. Juni 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-06-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1242_2016

FR: TAF B-1242/2016 du 20 juin 2017

IT: TAF B-1242/2016 del 20 giugno 2017

Regeste

Privatversicherung

Erwägungen

E. 1

Der Entscheid der Vorinstanz vom 29. Januar 2016 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 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 gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die unter anderem von Anstalten und Betrieben des Bundes erlassen werden (Art. 33 Bst. e VGG). Darunter fällt die vorliegend von der FINMA erlassene Verfügung (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1]). Ein Ausschlussgrund (Art. 32 VGG) liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung zuständig. Gemäss den allgemeinen verwaltungsverfahrenrechtlichen Bestimmungen ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin hat vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen und ist Verfügungsadressatin. Sie ist durch die Feststellungen und Anordnungen im angefochtenen Entscheid offensichtlich berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Beschwerde wurde innerhalb der gesetzlichen Frist eingereicht (Art. 84 Abs. 2 VAG und 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 daher einzutreten.

E. 2.1

Das Versicherungsaufsichtsgesetz vom 17. Dezember 2004 (VAG, SR 961.01) bezweckt insbesondere den Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen (Art. 1 Abs. 2 VAG). Versicherte vertrauen beim Geschäftsabschluss mit einem Versicherungsunternehmen auf die Einhaltung und künftige Erfüllung des Leistungsversprechens und die im Zeitpunkt des Schadeneintritts bestehende Leistungsfähigkeit des Versicherungsunternehmens. Bis zu diesem Zeitpunkt kann eine lange Zeitspanne liegen. Um dieses Vertrauen der Versicherten zu schützen, werden die Rahmenbedingungen der Versicherungstätigkeit im Versicherungsaufsichtsrecht festgelegt. Der Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken und vor Missbräuchen war zwar schon früher als wesentlicher Zweck der

Versicherungsaufsicht verstanden worden, aber erst aufgrund der mit der Totalrevision der Versicherungsaufsichtsgesetzgebung vorgenommenen Abkehr von der früheren systematischen, präventiven Prüfung von Tarifen und Bedingungen wurde es als erforderlich erachtet, den Schutz der Versicherten als Hauptzweck der Versicherungsaufsicht in den Zweckartikel aufzunehmen (Monica Mächler, in: Hsu/Stupp [Hrsg.], Basler Kommentar zum Versicherungsaufsichtsgesetz [im Folgenden: BSK VAG], 2013, Art. 1 N. 45 ff.; Andreas Burki/Peter Pfund/Jürg Waldmeier, Rechtliches, in: Waldmeier [Hrsg.], Versicherungsaufsicht, 2007, S. 43 f.; Shelby du Pasquier/Valérie Menoud, in: BSK VAG, a.a.O., Art. 46 N. 4 ff.; Botschaft vom 9. Mai 2003 zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen [Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG] und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag [im Folgenden: Botschaft VAG], BBl 2003 3789, 3807 f.).

E. 2.2

Die Aufsicht über die Versicherungsunternehmen obliegt der Vorinstanz (Art. 1 Abs. 1 Bst. g FINMAG und Art. 46 VAG). Sie prüft im Genehmigungsverfahren auf Grund der von den Versicherungsunternehmen vorgelegten Tariffberechnungen, ob sich die vorgesehenen Prämien in einem Rahmen halten, der einerseits die Solvenz der einzelnen Versicherungseinrichtungen und andererseits den Schutz der Versicherten vor Missbrauch gewährleistet (Art. 38 VAG). Sie wacht darüber, dass die Versicherungs- und die Aufsichtsgesetzgebung eingehalten werden (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VAG). Sie wacht über die Einhaltung des Geschäftsplans (Art. 46 Abs. 1 Bst. c VAG). Sie wacht darüber, dass die Versicherungsunternehmen solvent sind, die technischen Rückstellungen vorschriftsgemäss bilden und die Vermögenswerte ordnungsgemäss verwalten und anlegen (Art. 46 Abs. 1 Bst. d VAG). Sie schützt die Versicherten gegen Missbräuche der Versicherungsunternehmen und der Versicherungsvermittler und -vermittlerinnen (Art. 46 Abs. 1 Bst. f VAG). Sie schreitet gegen Missstände ein, welche die Interessen der Versicherten gefährden (Art. 46 Abs. 1 Bst. g VAG). Der Bundesrat erlässt Ausführungsbestimmungen über die einzelnen Aufgaben (Art. 46 Abs. 3 VAG).

E. 3

Im vorliegenden Fall ist umstritten, ob die Gewährung von Kollektivrabatten an Versicherte in Rahmenverträgen bzw. Berechtigte der Vertragspartner von Rahmenverträgen, die zu versicherungstechnisch nicht begründbaren, erheblichen Ungleichbehandlungen zwischen diesen Versicherten und Einzelversicherten führen, missbräuchlich im Sinn von Art. 46 Abs. 1 Bst. f VAG und daher unzulässig ist. Die Vorinstanz stützt sich diesbezüglich auf Art. 117 der Aufsichtsverordnung vom 9. November 2005 (AVO, SR 961.011), der folgenden Wortlaut hat: "1 Als Missbrauch im Sinn von Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe f VAG gelten Benachteiligungen von Versicherten oder Anspruchsberechtigten, wenn sie sich wiederholen oder einen breiten Personenkreis betreffen könnten, namentlich: a.ein Verhalten des Versicherungsunternehmens beziehungsweise des Versicherungsvermittlers oder der Versicherungsvermittlerin, das geeignet ist, Versicherte oder Anspruchsberechtigte erheblich zu schädigen; b.die Verwendung von Vertragsbestimmungen, die gegen zwingende Normen des Versicherungsvertragsgesetzes oder gegen zwingende Normen anderer Erlasse, die auf den Vertrag anwendbar sind, verstossen; c.die Verwendung von Vertragsbestimmungen, welche eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen. 2 Als Missbrauch gilt auch die Benachteiligung einer versicherten oder anspruchsberechtigten Person durch eine juristisch

oder versicherungstechnisch nicht begründbare erhebliche Ungleichbehandlung." Die Beschwerdeführerin dagegen rügt, Art. 117 Abs. 2 AVO sei verfassungswidrig. Obwohl im Privatversicherungsbereich grundsätzlich kein verfassungsmässig bedingtes allgemeines Gleichbehandlungsgebot gelte, sei ein derartiges Gebot mit Art. 117 Abs. 2 AVO auf indirektem Weg, ohne gesetzliche Grundlage, eingeführt worden. Das Gebot, Versicherte gleich zu behandeln, solange eine Differenzierung sich nicht "juristisch oder versicherungstechnisch" rechtfertigen lasse, könne etwa zu einer Pflicht der Versicherungsunternehmen führen, mit bestimmten Personen einen Versicherungsvertrag abzuschliessen oder zu bestimmten Bedingungen abzuschliessen, weil entsprechende Versicherungsverträge auch mit anderen Versicherten abgeschlossen worden seien. Dies sei viel zu weitreichend und verböte unter anderem auch Rabatte für Neukunden, welche in der Versicherungsbranche ein durchaus übliches Instrument der Kundenakquisition darstellten. Damit gehe Art. 117 Abs. 2 AVO deutlich über das Ausmass eines blossen Missbrauchsverbots gemäss VAG hinaus, welches lediglich krasse Fälle erfasse. Die Regelung in Art. 117 Abs. 2 AVO bzw. darauf gestützte Rechtsakte stellten somit einen Eingriff in die Vertrags- bzw. Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV dar, denn durch diese Gleichbehandlungspflicht könnten weder der Vertragspartner frei gewählt noch der Vertragsinhalt frei festgelegt werden. Dieser Eingriff sei nicht grundsatzkonform, weil er nicht im öffentlichen Interesse stehe, selbst wenn er den Schutz der Versicherten bezwecken würde. Zudem sei er wettbewerbsverzerrend, weil er unternehmerische Aktivitäten gleichschalte und somit den erfolgreichen Versicherer den erfolglosen gleichstellen wolle. Er verfolgt auch keinen zulässigen wirtschaftspolitischen Zweck, denn die Gleichschaltung aller Mitbewerber sei kein verfassungskonformer wirtschaftspolitischer Zweck. Zudem entbehre dieser Eingriff in die Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit einer gesetzlichen Grundlage, denn das Gesetz selbst räume dem Bundesrat nur eine Vollzugskompetenz ein, nicht aber die Befugnis, den Missbrauchsbegriff näher zu konkretisieren.

E. 3.1

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 (Giovanni Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2007, Art. 94 N. 1; René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, S. 69; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, Rz. 656). 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). Die Vertragsfreiheit als Grundsatz des Privatrechts steht damit in einem unlöslichen Zusammenhang mit der Wirtschaftsfreiheit (Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, a.a.O., Rz. 630). Die Vertragsfreiheit betont einen wesentlichen Schutzbereich der Wirtschaftstätigkeit, nämlich den Vertrag als äussere, rechtliche Form des wirtschaftlichen Austausches. Die Verhinderung bestimmter Verträge oder Eingriffe in das vertragliche Gleichgewicht treffen einen sensiblen Bereich der Wirtschaftsfreiheit (Felix Uhlmann, in: Waldmann/Belser/Epiney [Hrsg.], Basler

Kommentar Bundesverfassung [im Folgenden: BSK BV], 2015, Art. 27 N. 13).

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin ist als juristische Person mit Sitz in der Schweiz Trägerin der Wirtschaftsfreiheit. Der Abschluss von Verträgen im Bereich der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung stellt eine privatwirtschaftliche Tätigkeit der Beschwerdeführerin dar und fällt in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit. Die vorliegend angefochtene Feststellung der Vorinstanz bzw. die der Beschwerdeführerin erteilten Weisungen in Bezug auf die Gewährung von Rabatten und die Anpassung ihrer bestehenden Versicherungsverträge greift offensichtlich in diesen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin ein.

E. 3.3

Wie jedes Grundrecht gilt auch die Wirtschaftsfreiheit nicht absolut. Dies ergibt sich schon aus Art. 95 Abs. 1 BV, wonach der Bund Vorschriften über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit erlassen kann. Um zulässig zu sein, muss die Einschränkung auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, einem öffentlichen Interesse entsprechen und verhältnismässig sein. Bei schweren Eingriffen muss die Einschränkung auf der Stufe eines Gesetzes geregelt sein (Art. 36 BV). Neben der Normstufe ist zu fragen, mit welcher Dichte und Bestimmtheit der Gesetzgeber einen Eingriff in Gesetz und Verordnung vorsehen muss. Je schwerer der Eingriff wiegt, desto bestimmter ist die entsprechende Eingriffsnorm zu formulieren (BGE 141 I 201 E. 4.1; BGE 136 I 1 E. 5.3.1, m.H.; BGE 118 Ia 305 E. 2a; Felix Uhlmann, in: BSK BV, a.a.O., Art. 27 N. 43; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, a.a.O., Rz. 669; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 19 Rz. 42).

E. 3.4

Wie die Beschwerdeführerin zutreffend anführt, wird in einem Teil der Literatur die Auffassung vertreten, dass weder Art. 117 Abs. 2 AVO noch Art. 46 Abs. 1 Bst. f VAG eine ausreichende Rechtsgrundlage für ein "Gleichbehandlungsgebot" bzw. einen Eingriff in die im Privatversicherungsbereich allgemein geltende Vertragsfreiheit darstellen (du Pasquier/Menoud, a.a.O., Art. 46 N. 53 f.; Rolf H. Weber/Rainer Baisch, Versicherungsaufsichtsrecht, 2. Aufl. 2017, § 6 Rz. 164, 169 ff.; Stephan Fuhrer, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts [im Folgenden: Anmerkungen], HAVE 2006, S. 359; ders., Neuerungen in der Aufsichtsverordnung: Eine erste Beurteilung ausgewählter Fragen aus der Sicht der Versicherungswirtschaft, in: Waldmeier/Weber [Hrsg.], Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsaufsichtsrecht, 2005, S. 94 f.; Silvia Kalbermatten, Gleichbehandlungsgebot in der Privatversicherung, 2010, S. 89 ff.; Burki/Pfund/Waldmeier, a.a.O., S. 70 f.; Vincent Brulhart, La liberté contractuelle: fondement juridique et impératif technique de l'assurance privée, REAS 2007, S. 94). So wird etwa argumentiert, die Delegationsnorm von Art. 46 Abs. 3 VAG besage lediglich, dass der Bundesrat Ausführungsbestimmungen zu den einzelnen Aufgaben der Aufsichtsbehörde erlassen könne, ihm aber nicht die Befugnis einräume, den Begriff des Missbrauchs zu konkretisieren. Der Bundesrat habe durch die Aufnahme einer Pflicht zur Gleichbehandlung der versicherten oder anspruchsberechtigten Person Schranken seiner delegierten Rechtsetzungsbefugnis überschritten. Der Bundesrat stelle sich damit in Widerspruch zum Bundesgericht, das aus dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abgeleitet

habe, dass eine Gleichbehandlungspflicht einer gesetzlichen Grundlage bedürfe, und es abgelehnt habe, das verfassungsmässige Gebot der Gleichbehandlung auf private Versicherungen anzuwenden (Urteil des BGer 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006). Da weder das VAG noch das Versicherungsvertragsgesetz vom 2. April 1908 (VVG, SR 221.229.1) eine Gleichbehandlungspflicht vorsähen, verstosse Art. 117 Abs. 2 AVO gegen höherrangiges Recht (Stephan Fuhrer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2011, Rz. 2.112; ders., Anmerkungen, a.a.O., S. 359).

E. 3.5

Unbestritten ist, dass das Versicherungsaufsichtsgesetz eine ausdrückliche Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn enthält, welche die Aufsichtsbehörde ausdrücklich ermächtigt und beauftragt, anlässlich der Genehmigung der Tarife zu prüfen, ob sich die vorgesehenen Prämien in einem Rahmen halten, der einerseits die Solvenz der einzelnen Versicherungseinrichtungen und andererseits den Schutz der Versicherten vor Missbrauch gewährleistet (Art. 38 VAG), und generell zum Schutz der Versicherten gegen allfällige "Missbräuche" der Versicherungsunternehmen einzuschreiten (Art. 46 Abs. 1 Bst. f VAG). Unbestritten ist ferner, dass das Gesetz selbst nicht definiert, was ein "Missbrauch" im Sinne dieser Bestimmungen ist. Insofern stellt dieser Ausdruck vorerst einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, der auszulegen ist.

E. 3.6

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck, auf die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Texten kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen (BGE 139 III 368 E. 3.2, BGE 136 I 297 E. 4.1, BGE 131 II 697 E. 4.1, m.H.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 181, m.w.H.; Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2016, S. 60 ff.).

E. 3.7

In seiner Botschaft zum VAG führte der Bundesrat zu Art. 31 VAG aus, mit dieser Gesetzesnorm erhalte der Bundesrat die Kompetenz, auf Verordnungsstufe Leitplanken zu setzen, die von den Versicherungsunternehmen aus Gründen der Solvenzerhaltung, aber insbesondere auch zum Schutz der Versicherten vor Missbräuchen einzuhalten seien. Der Bundesrat könne beispielsweise im Bereich der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung die Versicherungsunternehmen verpflichten, ihre Tarife statistisch hinreichend zu begründen und zu kontrollieren, sowie Vorschriften zum Finanzierungssystem und Bestimmungen betreffend die höheren Altersgruppen zum Schutz der älteren Versicherten erlassen (Botschaft VAG, BBl 2003 3789, 3823). Der Entwurf hatte ursprünglich noch keine spezifische Bestimmung über eine vorgängige Prüfung und Genehmigung von Tarifen enthalten. Er war, wie bereits dargelegt, darauf ausgerichtet gewesen, das System der präventiven Produktkontrolle gemäss Art. 20 des alten Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 23. Juni 1978 (aVAG, AS 1978 1836) durch eine

verstärkte und verfeinerte Solvenzkontrolle und durch wirksamere Aufsichtsinstrumente in den Bereichen "Corporate Governance", Transparenz und Konsumentenschutz abzulösen. Es war daher vorgesehen gewesen, auf systematische, präventive Tarifkontrollen selbst für an die Sozialversicherungen gebundene Versicherungsprodukte ganz zu verzichten (Botschaft VAG, BBl 2003 3789, 3794, 3799; Botschaft vom 5. Mai 1976 zu einem neuen Bundesgesetz über die Beaufsichtigung privater Versicherungseinrichtungen, BBl 1976 II 873, 883 f. Ziff. 232; Ausführungen von Bundesrat Villiger im Ständerat, Amtl. Bull. StR 2003, 1026). Im Laufe der parlamentarischen Beratungen wurde dann aber beschlossen, die Krankenzusatzversicherung und die berufliche Vorsorge weiterhin einer präventiven Prämien- und Tarifkontrolle zu unterstellen, wie dies bereits in Art. 20 aVAG der Fall gewesen war. Die Tarifprüfungspflicht habe sich auf die Solvenzfrage einerseits und die Missbrauchsfrage andererseits zu beschränken (Amtl. Bull. StR, 03.035, 18.12.2003, 10.06.2004, 07.12.2004, NR 21.09.2004, 13.12.2004).

E. 3.8

Aufgrund dieser Entstehungsgeschichte ist klar, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass es bei der Krankenzusatzversicherung Missbräuche in der Gestaltung der Tarife geben könne, gegen welche die Aufsichtsbehörde anlässlich der vorgängigen Prüfung und Genehmigung einzuschreiten habe. Diese Auffassung des Gesetzgebers fand ihren Niederschlag nicht nur in der Botschaft und den Protokollen der parlamentarischen Beratungen, sondern auch im Gesetz (Art. 38 und Art. 46 Abs. 1 Bst. f VAG). Aus dieser gesetzlichen Regelung ergibt sich, dass die Aufsichtsbehörde bei einem allfälligen Einschreiten gegen derartige Missbräuche gegebenenfalls in die Tarifgestaltung der Versicherungsunternehmen und damit in deren Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit eingreifen kann.

E. 3.9

Die Delegationsnormen von Art. 31 und Art. 46 Abs. 3 VAG geben dem Bundesrat die Kompetenz, auf dem Verordnungsweg weitere Ausführungsbestimmungen in Bezug auf diese Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde zu erlassen. Wie dargelegt, war in der Botschaft ausdrücklich ausgeführt worden, der Bundesrat könne gestützt auf Art. 31 VAG beispielsweise im Bereich der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung die Versicherungsunternehmen verpflichten, ihre Tarife statistisch hinreichend zu begründen, und diese Absicht hatte in den parlamentarischen Beratungen zu keinen Diskussionen geführt. Wenn der Bundesrat in der Folge die Benachteiligung durch eine juristisch oder versicherungstechnisch nicht begründbare erhebliche Ungleichbehandlung als Missbrauch definierte, gegen den die Aufsichtsbehörde einzuschreiten habe, konnte er sich auf diese bereits in der Botschaft dargelegte Auffassung abstützen. Die Definition in Art. 117 Abs. 2 AVO entspricht insofern - jedenfalls im Kontext der Krankenzusatzversicherungen - auch inhaltlich der Absicht des historischen Gesetzgebers.

E. 3.10

In seinem Urteil BGE 136 I 197 untersuchte das Bundesgericht vorfrageweise die Verfassungs- und Gesetzmässigkeit von Art. 156 AVO. Es führte aus, Art. 156 AVO bezwecke den Schutz von betagten Versicherten mit einer Krankenzusatzversicherung. Die Bestimmung solle verhindern, dass Versicherungsunternehmen durch die sukzessive Schaffung eines Systems von geschlossenen Beständen (Splitting) gute Risiken akquirieren könnten, um sich dann später von diesen Versicherten wieder zu trennen, wenn dieselben

infolge ihres Alters ein höheres Risiko darstellten. In dieser Hinsicht entspreche Art. 156 AVO sowohl dem Wortlaut von Art. 31 VAG als auch dem in der Botschaft dargelegten und in der parlamentarischen Beratung völlig unbestrittenen Zweck dieser Bestimmung. Art. 156 AVO beschränke die Möglichkeiten der Versicherungsunternehmen, auf die bestehenden vertraglichen Beziehungen zum Nachteil der Versicherten einzuwirken und gewisse Kategorien von Versicherten zu begünstigen oder zu benachteiligen mittels des Systems der geschlossenen Bestände. Diese Einschränkung der Vertragsfreiheit erscheine nicht als schwer, so dass sie durchaus durch eine bundesrätliche Verordnung erfolgen könne. Die Einschränkung liege zudem im öffentlichen Interesse, welches gebiete, dass Krankenzusatzversicherungen nicht für einen überwiegenden Teil von älteren Versicherten unerschwinglich gemacht würden. Die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch Art. 156 AVO basiere insofern auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage, sie liege im öffentlichen Interesse und sie sei auch verhältnismässig.

E. 3.11

Dieses Urteil bezieht sich zwar lediglich auf Art. 156 AVO. Bei der Frage nach der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit des vorliegend in Frage stehenden, auf Art. 117 Abs. 2 AVO abgestützten Einschreitens der Vorinstanz gegen die Gewährung von versicherungstechnisch nicht begründbaren, erheblichen Rabatten an gewisse Versicherte liegt die Situation indessen weitgehend gleich: Sinn und Zweck von Art. 156 AVO ist es zu verhindern, dass Versicherungsunternehmen ihre Marketing- und Vertriebsaktivitäten auf junge, "gute" Risiken ausrichten und zur Finanzierung dieser Aktivitäten bei den "gefangenen Beständen" (Ältere, chronisch Kranke) Prämien abschöpfen. "Gefangene Bestände" entstehen, wenn Versicherungsunternehmen jungen, gesunden Versicherungsnehmern neue Produkte zu günstigeren Prämien anbieten, die mit den bereits bestehenden Produkten weitgehend identisch sind, die sie aber den bisherigen Versicherten mit höherem Krankheitsrisiko nicht anbieten. Diese bisherigen Versicherten verbleiben damit in ihrem bisherigen Bestand, der in der Folge nicht mehr erweitert wird (sog. geschlossener Bestand). Stossen keine guten Risiken mehr zum Bestand, kann dies dazu führen, dass die Prämientarife massiv ansteigen, was wiederum zur Folge haben kann, dass die Zusatzversicherung für derartige Versicherungsnehmer unerschwinglich wird, obwohl sie während langer Zeit Prämien bezahlt haben. Durch die Bestimmung von Art. 156 AVO sollen solche unerwünschten Ergebnisse vermieden werden, indem Versicherungsnehmern geschlossener Bestände das Recht eingeräumt wird, anstelle ihres bisherigen einen möglichst gleichwertigen Einzelvertrag aus einem offenen Bestand des betreffenden oder eines zur gleichen Gruppe gehörenden Versicherungsunternehmens zu beanspruchen (Eidgenössisches Finanzdepartement, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, Neue Fassung vom 24. Februar 2009, Ziff. 2.2.27; BGE 136 I 197 E. 4.1).

E. 3.12

Auch im vorliegenden Fall geht es um das Interesse eines Versicherungsunternehmens, aus ökonomischen Überlegungen seine Marketing- und Vertriebsaktivitäten auf junge, "gute" Risiken auszurichten. Durch die Gewährung der massiven, rein kommerziell begründeten Rabatte würden diese Aktivitäten gefördert. Würden die Mindereinnahmen jedoch der technischen Rechnung des betreffenden Produkts verbucht und - wie die Beschwerdeführerin selbst verlangt - in der Folge über das gesamte Kollektiv des Produktes geprüft, ob die Solvabilitätsanforderungen erfüllt seien, so müssten früher oder später bei

den bisherigen Versicherten, insbesondere also bei den "gefangenen Beständen", die Prämien entsprechend erhöht werden. Wäre die Beschwerdeführerin nun frei, von den bei der Aufsichtsbehörde eingegebenen und von dieser genehmigten Tarifen beliebig abzuweichen, wie sie das getan hat, indem sie neuen Kunden aus "unternehmerischen Gründen" das gleiche Versicherungsprodukt mit einem massiven Rabatt - und damit faktisch mit einer wesentlich tieferen Prämie - verkauft hat, dann könnte sie das gleiche verpönte Resultat wie bei einem Bestandsplitting erreichen, ohne formell ein neues, billigeres Produkt zu kreieren und damit einen Wechselanspruch der Versicherungsnehmer des bisherigen Bestandes gestützt auf Art. 156 AVO auszulösen. Eine nach rein kommerziellen Kriterien ausgerichtete Gewährung von Rabatten würde insofern nicht nur zur Umgehung der gesetzlich vorgesehenen Tarifkontrolle durch die Aufsichtsbehörde, sondern insbesondere auch zu einer Umgehung der Schutzbestimmung von Art. 156 AVO führen.

E. 3.13

Die Gemeinsamkeiten und der Zusammenhang zwischen der Bestimmung von Art. 156 AVO, die Gegenstand des genannten Bundesgerichtsentscheids war, und der vorliegend in Frage stehenden Regelung von Art. 117 Abs. 2 AVO im Kontext der Rabattgewährung bei Krankenzusatzversicherungen ist insofern offensichtlich. Der Eingriff in die Vertragsfreiheit der Versicherungsunternehmen ist ohne weiteres vergleichbar, und auch das öffentliche Interesse an einem Einschreiten der Aufsichtsbehörde gegen derartige Praktiken sowie die Verhältnismässigkeit des Eingriffs in die Vertragsfreiheit der Versicherungsunternehmen sind gleich zu beurteilen wie bei der Bestimmung von Art. 156 AVO.

E. 3.14

Entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist daher davon auszugehen, dass die Einschränkung der Vertragsfreiheit der betroffenen Versicherungsunternehmen als nicht derart schwer einzustufen ist, als dass der Bundesrat nicht kompetent gewesen wäre, für den Bereich der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung in der Verordnung vorzusehen, dass die Benachteiligung von Versicherten durch juristisch oder versicherungstechnisch nicht begründbare erhebliche Ungleichbehandlungen als Missbrauch gelte, gegen den die Aufsichtsbehörde einzuschreiten habe. Auch die Voraussetzungen des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit des Eingriffes sind gegeben.

E. 3.15

Während Art. 117 Abs. 2 AVO auch juristisch begründbare Ungleichbehandlungen als nicht missbräuchlich bezeichnet, verlangt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung, dass Kollektivrabatte risiko- oder kostenseitig begründet sein müssen, ohne juristisch begründbare Ungleichbehandlungen zu erwähnen. Diese Einschränkung wird durch die Beschwerdeführerin nicht gerügt und sie macht auch nicht geltend, die von ihr gewährten Rabatte seien juristisch begründbar im Sinne von Art. 117 Abs. 2 AVO. Ob bzw. in welcher Weise sich die Frage einer juristisch begründbaren Ungleichbehandlung im Kontext der Rabattgewährung bei Krankenzusatzversicherungen überhaupt stellen könnte und ob die angefochtene Verfügung daher diesbezüglich über Art. 117 Abs. 2 AVO hinausgeht, kann daher vorliegend offen gelassen werden.

E. 3.16

Die Rüge der Beschwerdeführerin, das vorliegend in Frage stehende, auf Art. 117 Abs. 2 AVO abgestützte Einschreiten der Vorinstanz gegen die Gewährung von versicherungstechnisch nicht begründbaren, erheblichen Rabatten an Versicherte in Rahmenverträgen bzw. Berechtigte der Vertragspartner von Rahmenverträgen verstosse gegen ihre Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit, erweist sich daher als unbegründet.

E. 4

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, selbst wenn das Verbot der Ungleichbehandlung nach Art. 117 Abs. 2 AVO als gesetz- und verfassungsmässig eingestuft würde, verursachten die von ihr gewährten Rabatte keine erhebliche oder unzulässige Ungleichbehandlung. Dass die Rabatte versicherungstechnisch nicht begründet sind, bestreitet sie nicht.

E. 4.1

Streitgegenstand in einem Beschwerdeverfahren ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt. Er wird demnach zum einen durch den Gegenstand der angefochtenen Verfügung und zum anderen durch die Parteibegehren bestimmt (BGE 131 II 200 E. 3.2, BGE 118 V 311 E. 3b, je m.H.; vgl. dazu Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., 1983, S. 42 ff. und 127 ff.). Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann daher nur sein, was Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen (vgl. zum Ganzen BGE 131 V 164 E. 2.1; BVGE 2010/12 E. 1.2.1).

E. 4.2

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz im Dispositiv ihrer Verfügung festgestellt, dass die Gewährung von Kollektivrabatten an Versicherte in Rahmenverträgen bzw. Berechtigte der Vertragspartner von Rahmenverträgen technisch, das heisst risiko- oder kostenseitig begründet sein müsse, die Solvenz des Versicherungsunternehmens sowie der Schutz der Versicherten vor Missbrauch gewährleistet sein müsse und die Kollektivrabatte nicht zu versicherungstechnisch nicht begründbaren, erheblichen Ungleichbehandlungen führen dürften. Weiter hat sie die Beschwerdeführerin angewiesen, ihre Verträge auf diese Kriterien hin zu überprüfen und Verträge, die diesen Anforderungen widersprächen, auf den nächstmöglichen Zeitpunkt anzupassen und keine weiteren unzulässigen Verträge abzuschliessen. Hingegen hat sich die Vorinstanz im Dispositiv ihrer Verfügung nicht dazu geäußert, ob die von der Beschwerdeführerin gewährten Kollektivrabatte mit diesen Anforderungen konform sind oder nicht.

E. 4.3

Diese Frage ist somit nicht Teil des Streitgegenstands des vorliegenden Verfahrens, weshalb auf die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin nicht weiter einzugehen ist.

E. 5

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz verstosse mit der angefochtenen Verfügung gegen den von ihr am 12. Dezember 2013 genehmigten Geschäftsplan. In jener Verfügung seien Kollektivrabatte von bis zu 20% vorbehaltlos genehmigt worden. Die Vorinstanz habe weder in ihrer Genehmigungsverfügung noch im Geschäftsplan selbst einen Vorbehalt angebracht, wonach die genehmigten Kollektivrabatte nur unter der Bedingung gewährt werden könnten, dass sie im einzelnen Rahmenvertrag technisch begründet seien. Die Vorinstanz macht dagegen geltend, sie habe die

Geschäftsplanänderung der Beschwerdeführerin am 12. Dezember 2013 unter der Voraussetzung und in der Erwartung genehmigt, dass das Unternehmen auch innerhalb der vorgesehenen Rabattbandbreite für Kollektivrabatte von maximal 20% die aufsichtsrechtlichen Anforderungen, das heisst insbesondere die versicherungstechnische Begründung, einhalten würde. Die Maximalgrenze von 20% hätte somit nur dann ausgeschöpft werden dürfen, wenn die konkrete Rabattvergabe sich nach den in Gesetz und Verordnung festgehaltenen Regelungen orientiert hätte. Dass diese Kriterien im Geschäftsplan nicht konkret erwähnt worden seien, sei kein Freipass für die Vergabe von Kollektivrabatten gewesen.

E. 5.1

Aktenmässig erstellt ist, dass die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 12. Dezember 2013 eine Geschäftsplanänderung der Beschwerdeführerin betreffend versicherungstechnische Rückstellungen genehmigt hatte. Diese Verfügung basierte auf verschiedenen Eingaben der Beschwerdeführerin, insbesondere der geschäftsplanmässigen Erklärung vom 23. April 2012 und dem von ihr ausgefüllten Formular R mit Informationen über ihre Prämien und Rabatte. In diesem Formular wurde angegeben, dass für Kollektive wie Firmen, Vereine, Verbände usw. auf ausgewählten Produkten Rabatte bis zu 20% gewährt werden könnten.

E. 5.2

Zur Frage, ob diese Rabatte versicherungstechnisch begründet sein müssten oder nicht, äussern sich weder die Beschwerdeführerin in diesen Eingaben noch die Vorinstanz in ihrer Verfügung.

E. 5.3

In ihrem Rundschreiben FINMA-RS 2010/3 hatte die Vorinstanz zur Frage von Rabatten dargelegt, Rabatte seien ein Ersatz für ein nicht erfasstes Risikomerkmal (erwarteter tieferer Schadenerwartungswert oder tiefere Verwaltungskosten) oder dienten der Lenkung des Risikoverhaltens (z.B. Schadenfreiheitsrabatt, Bonus-/Malussysteme, Rabatte für die Mitglieder von Vereinen, für Verbände mit bestimmter Risikostruktur) (FINMA-RS 2010/3, Anhang "Glossar", S. 14). Sofern die Rabatte nicht technisch begründet seien, könnten sie als Element der Umverteilungskomponente zugelassen werden, sofern sich keine erhebliche Ungleichbehandlung ergebe (FINMA-RS 2010/3, Rz. 36).

E. 5.4

Aufgrund der Ausführungen in diesem Rundschreiben war die Rechtsauffassung und Praxis der Vorinstanz zur Frage der Gewährung von versicherungstechnisch nicht begründbaren, erheblichen Rabatten spätestens seit dem Inkrafttreten des Rundschreibens am 1. Mai 2010 bekannt. Der Beschwerdeführerin kann daher nicht gefolgt werden, soweit sie sinngemäss geltend macht, die Vorinstanz habe ihr mit der Genehmigungsverfügung vom 12. Dezember 2013 die Bewilligung erteilt, bei der Gewährung dieser Rabatte im konkreten Einzelfall von den Vorgaben gemäss Art. 117 Abs. 2 AVO abzuweichen. Die angefochtene Verfügung steht daher nicht im Widerspruch zu jener Genehmigungsverfügung, so dass sich die Frage, ob die Genehmigungsverfügung widerrufen werden müsste, nicht stellt.

E. 6

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die angefochtene Verfügung sei auch daher rechtswidrig, weil andere Anbieterinnen von Krankenzusatzversicherungen uneingeschränkt weiterhin im Markt Rabatte für Rahmenverträge anbieten und damit die

Beschwerdeführerin konkurrieren könnten. Damit macht sie sinngemäss einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht geltend. Die Vorinstanz macht dagegen geltend, die Beschwerdeführerin sei das einzige Versicherungsunternehmen, das sich weigere, die im Schreiben vom 24. Juli 2015 dargelegten aufsichtsrechtlichen Vorgaben anzuerkennen. Bei den restlichen Versicherern könne die Vorinstanz davon ausgehen, dass diese die entsprechenden Anforderungen umsetzen und deren Geltung nicht anzweifeln. Die Vorinstanz stehe mit zahlreichen Versicherungsunternehmen in Kontakt, die konkret an der Umsetzung seien. Somit sei davon auszugehen, dass die von der Beschwerdeführerin angeführten Angebote, soweit es sich dabei überhaupt um Kollektivrabatte handeln sollte, im Rahmen dieser Umsetzung noch angepasst würden. Die Vorinstanz nehme hierzu etappenweise Prüfungen vor und wende denselben Massstab an wie bei der Beschwerdeführerin.

E. 6.1

Das Gleichbehandlungsgebot fliesst aus Art. 8 Abs. 1 BV und besagt, dass juristische Sachverhalte nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich zu behandeln sind. Dieselbe Behörde darf nicht ohne sachlichen Grund zwei rechtlich gleiche Sachverhalte unterschiedlich beurteilen. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit (Legalitätsprinzip, Art. 5 Abs. 1 BV) geht dem Rechtsgleichheitsgebot aber im Konfliktfall in der Regel vor. Wenn eine Behörde in einem Fall eine von Gesetz oder Verordnung abweichende Entscheidung getroffen hat, verschafft dies Privaten, die sich in der gleichen Lage befinden, grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls in Abweichung vom Gesetz behandelt zu werden. Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht wird daher bloss ausnahmsweise anerkannt, wenn eine ständige rechtswidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und die Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenkt (BGE 139 II 49 E. 7.1, BGE 136 I 65 E. 5.6).

E. 6.2

Im vorliegenden Fall sind diese Voraussetzungen offensichtlich nicht gegeben. Nachdem die Vorinstanz aufgrund ihrer branchenweiten Datenerhebung zu den Rabatten in Rahmenverträgen von Krankenzusatzversicherungen zum Schluss gekommen war, dass nicht alle der von ihr untersuchten Spezialtarife und Rabatte die aufsichtsrechtlichen Anforderungen von Art. 38 VAG und Art. 117 Abs. 2 AVO erfüllten, teilte sie dies den betroffenen Versicherungen mit Schreiben vom 4. März 2015 mit und forderte sie auf, die entsprechenden Tarife und Rabatte zu korrigieren. Dass die Vorinstanz es im Fall von anderen Versicherungen, deren Rabattgewährung ebenfalls zu Beanstandungen Anlass gegeben hatten, bei dieser Aufforderung hätte bewenden lassen, hat die Beschwerdeführerin nicht nachgewiesen und wird von der Vorinstanz ausdrücklich bestritten. Die von ihr eingereichten Presseartikel belegen zwar, dass auch einzelne andere Versicherungen die Rechtsauffassung der Vorinstanz nicht teilen. Vor allem aber geht daraus hervor, dass verschiedene andere Versicherungen - willig oder murrend - dabei sind, die von der Vorinstanz geforderten Korrekturen umzusetzen.

E. 6.3

Die Beschwerdeführerin kann daher aus dem Verhalten der Vorinstanz keinen Anspruch auf Nichtbefolgung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen nach Art. 117 Abs. 2 AVO ableiten.

E. 7

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

E. 8

Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr ist vorliegend auf Fr. 10'000.- festzulegen.

E. 9

Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE) und ebenso wenig der Vorinstanz (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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