



Abteilung II
B-1242/2016

Urteil vom 20. Juni 2017

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Ronald Flury, Richter Jean-Luc Baechler,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

Helsana Zusatzversicherungen AG,
vertreten durch Rechtsanwälte
Daniel Staffelbach, lic. iur. Fabienne Anner und/oder
Dr. iur. Martin Zobl,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Rabatte in Rahmenverträgen der Zusatzversicherung.

Sachverhalt:**A.**

A.a Die Helsana Zusatzversicherungen AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) bietet Versicherungsprodukte nach dem Versicherungsvertragsgesetz an, darunter auch Krankenzusatzversicherungen.

A.b Mit Verfügung vom 12. Dezember 2013 genehmigte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (im Folgenden: FINMA oder Vorinstanz) eine Geschäftsplanänderung der Beschwerdeführerin betreffend versicherungstechnische Rückstellungen. Im Vorfeld hatte die Beschwerdeführerin am 24. April 2012 unter anderem eine geschäftsplanmässige Erklärung und das Formular R mit Informationen über ihre Prämien und Rabatte eingereicht. Darin wurde ausgeführt, dass für Kollektive wie Firmen, Vereine, Verbände usw. auf ausgewählten Produkten Rabatte bis zu 20% gewährt werden könnten.

A.c In den Jahren 2014/2015 führte die Vorinstanz eine branchenweite Datenerhebung zu den Rabatten in Rahmenverträgen (im Folgenden auch: Kollektivrabatte) von Krankenzusatzversicherungen durch.

A.d Die Beschwerdeführerin stellte der Vorinstanz die von dieser verlangten Unterlagen zu und erläuterte ihre Tarif- und Rabattstruktur.

A.e Mit Schreiben vom 4. März 2015 teilte die Vorinstanz allen betroffenen Versicherungsunternehmen mit, sie sei aufgrund ihrer branchenweiten Datenerhebung zum Schluss gekommen, dass nicht alle der untersuchten Spezialtarife und Rabatte die aufsichtsrechtlichen Anforderungen erfüllten, und forderte sie auf, die entsprechenden Tarife und Rabatte zu korrigieren. Mit gleichem Schreiben stellte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin verschiedene Ergänzungsfragen, zu denen die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 3. Juni 2015 Stellung nahm.

A.f Mit Schreiben vom 24. Juli 2015 informierte die Vorinstanz alle Versicherungsunternehmen mit Betrieb der Krankenzusatzversicherung darüber, dass als Ergänzung zur Wegleitung für Gesuche betreffend die Einreichung von Tarifanpassungsvorlagen in der Krankenzusatzversicherung ab sofort Folgendes gelte:

„- Rabatte, die in Rahmenverträgen als Prämienreduktionen von genehmigungspflichtigen Krankenversicherungstarifen gewährt werden, müssen der

FINMA nicht unterbreitet werden, wenn diese maximal 10% betragen und bereits im Rahmen des Geschäftsplans in dieser Grössenordnung genehmigt wurden.

- Alle übrigen Rabatte müssen der FINMA ab sofort vor deren Verwendung zur Genehmigung vorgelegt werden. Die 10%-Schwelle für die Einreichung gilt auch in den Fällen, bei denen im Geschäftsplan aktuell eine höhere Rabattgrenze festgelegt ist. (...)

- Die FINMA wird nur dann einen solchen Rabatt genehmigen können, wenn die Rabattierung versicherungstechnisch begründet und dementsprechend belegt werden kann. Aufgrund der Erfahrungswerte aus der Erhebung ist davon auszugehen, dass die Bewilligungsvoraussetzungen nur in wenigen Ausnahmefällen gegeben sein werden.

(...)

Die dargelegte Regelung gilt ab sofort für sämtliche Neuabschlüsse und Verlängerungen von bestehenden Rahmenverträgen.“

A.g Mit Schreiben vom 27. Juli 2015 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, sie sei aufgrund eines Vergleichs der jeweiligen Schadenquoten zur Auffassung gelangt, dass durch die Rabattvergabe an Versicherte in Rahmenverträgen eine erhebliche Ungleichbehandlung zwischen diesen und Einzelversicherten bestehe und die Einzelversicherten zum Teil deutlich benachteiligt würden. Sie ersuchte die Beschwerdeführerin um Stellungnahme, mit welchen Massnahmen sie diese erhebliche Ungleichbehandlung beseitigen werde.

A.h Die Beschwerdeführerin teilte der Vorinstanz mit Schreiben vom 31. August 2015 mit, fast (...) % der bei ihr Versicherten (...) seien in Kollektivverträgen versichert. Diese seien als unbefristetes Vertragsverhältnis ausgestattet und könnten erst nach Ablauf der Mindestvertragsdauer mit einer Frist von 3 oder 6 Monaten auf Ende des Versicherungsjahres gekündigt werden. Aufgrund der grossen Menge an Vertragspartnern (...) und betroffenen Versicherten sei es ihr nicht möglich, per 1. Januar 2016 eine Bereinigungsaktion durchzuführen, für welche die konkreten Rahmenbedingungen erst Ende Juli bekannt gegeben worden seien. Sie sehe daher für ihren Bestand eine etappierte Bereinigungsaktion im Jahr 2016 mit Wirkung ab 1. Januar 2017 vor. Indessen werde sie per 1. Januar 2016 keine Rabatte mehr über 20% gewähren und ab sofort keine Offerten für Rabatte über 10% mehr ausstellen.

A.i Die Vorinstanz verlangte mit Schreiben vom 14. September 2015, die Beschwerdeführerin habe Verträge, die gegen Aufsichtsrecht und insbesondere gegen genehmigungspflichtige Tarife verstiesse, unverzüglich zu bereinigen, damit der rechtmässige Zustand ohne Verzögerung auf den (zivilrechtlich) nächstmöglichen Termin hergestellt werde.

A.j Die Beschwerdeführerin teilte der Vorinstanz mit Schreiben vom 30. September 2015 mit, dass ihre Auffassungen letztlich in nur einem Punkt divergierten, nämlich hinsichtlich des von der Beschwerdeführerin bestrittenen Erfordernisses der versicherungstechnischen Begründung für die Rabatte. Allen anderen Forderungen komme die Beschwerdeführerin, soweit zivilrechtlich möglich, per 1. Januar 2016 nach.

A.k Mit Verfügung vom 19. Oktober 2015 genehmigte die Vorinstanz eine Geschäftsplanänderung der Beschwerdeführerin und ordnete als Auflage an, dass im Rahmen der Berichterstattung an die Vorinstanz die aus der Gewährung von Rahmenvertrags-Rabatten resultierenden Prämienminder-einnahmen ab dem Berichtsjahr 2016 zum Geschäftsjahr 2015 nicht der technischen Rechnung belastet werden dürften, sondern unter dem sonstigen Aufwand zu buchen seien.

Die Beschwerdeführerin focht diese Verfügung mit Beschwerde vom 18. November 2015 beim Bundesverwaltungsgericht an (Verfahren B-7448/2015).

Mit Verfügung vom 16. Dezember 2015 wurde das Verfahren B-7448/2015 bis zum rechtskräftigen Entscheid in einem allfälligen Parallelverfahren sistiert, längstens aber bis zu einem allfälligen Antrag auf Aufhebung der Sistierung oder bis zum 31. März 2016.

A.l Mit Verfügung vom 11. November 2015 setzte die Vorinstanz gestützt auf Art. 24a FINMAG die A. _____ AG als Prüfbeauftragte bei der Beschwerdeführerin ein, um den Sachverhalt im Zusammenhang mit den von der Beschwerdeführerin auf Zusatzversicherungen gewährten Kollektivrabatten aufzuarbeiten.

A.m Mit Schreiben vom 30. November 2015 ersuchte die Beschwerdeführerin um Erlass einer Verfügung, um die strittigen Rechtsfragen einer gerichtlichen Prüfung zugänglich zu machen.

B.

Am 29. Januar 2016 erliess die Vorinstanz die folgende Verfügung:

"1. Es wird festgestellt, dass die Gewährung von Kollektivrabatten in Rahmenverträgen sowie an Versicherte in Rahmenverträgen, d.h. an Mitglieder/Berechtigte der Vertragspartner von Rahmenverträgen, folgenden aufsichtsrechtlichen Anforderungen zu entsprechen hat:

- Die Kollektivrabatte müssen technisch, d.h. risiko- oder kostenseitig begründet sein;

- Die Solvenz des Versicherungsunternehmens sowie der Schutz der Versicherten vor Missbrauch müssen gewährleistet sein;

- Die Kollektivrabatte dürfen nicht zu versicherungstechnisch nicht begründbaren, erheblichen Ungleichbehandlungen führen.

2. Die Helsana Zusatzversicherungen AG wird verpflichtet, die bestehenden Rahmenverträge sowie die bestehenden Verträge mit Versicherten in Rahmenverträgen auf ihre Konformität mit den aufsichtsrechtlichen Anforderungen gemäss Ziffer 1 des Dispositivs zu überprüfen und Verträge, die diesen Anforderungen widersprechen, auf den nächstmöglichen Zeitpunkt anzupassen.

3. Der Helsana Zusatzversicherungen AG wird untersagt, Kollektivrabatte in Neuabschlüssen von Rahmenverträgen und in Neuabschlüssen von Verträgen mit Versicherten in bestehenden Rahmenverträgen zu gewähren, sofern die aufsichtsrechtlichen Anforderungen gemäss Ziffer 1 des Dispositivs nicht eingehalten werden.

4. Ziffer 3 des Dispositivs wird sofort vollstreckt. Einer allfälligen Beschwerde ist die aufschiebende Wirkung entzogen.

5. [...]“

Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, gemäss Sinn und Zweck des Versicherungsaufsichtsgesetzes sei es eine ihrer Hauptaufgaben als Aufsichtsbehörde, die Versicherten gegen Missbräuche der Versicherungsunternehmen zu schützen und die dafür notwendigen Massnahmen zu ergreifen. Sie habe ihre Praxis für die Genehmigung von Tarifen und Rabatten in der Krankenzusatzversicherung im Rundschreiben (RS) 2010/3 „Krankenversicherung nach VVG“ konkretisiert. Darin werde präzisiert, dass eine gemäss Art. 117 Abs. 2 AVO unzulässige versicherungstechnische Ungleichbehandlung vorliege, wenn für ein vergleichbar hohes Risiko stark unterschiedliche Prämien verlangt oder wenn für die gleiche Prämie deutlich unterschiedliche Risiken gedeckt würden. Rabatte, die das versicherungstechnische Risiko bzw. die Kosten beträfen, stellten Tarifmerkmale dar und seien daher vorlage- und genehmigungspflichtig. Sie seien gegen-

über der Aufsichtsbehörde technisch zu begründen, damit diese sich vergewissern könne, dass diese Rabatte nicht zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung führten.

Die Beschwerdeführerin bestreite in grundsätzlicher Form, dass diese aufsichtsrechtlichen Anforderungen für Kollektivrabatte anwendbar seien und verlange in diesem Zusammenhang eine anfechtbare Verfügung. Sie habe daher ein schutzwürdiges Interesse daran, dass die Aufsichtsbehörde ihr gegenüber die Rahmenbedingungen für die Gewährung von Kollektivrabatten in einer anfechtbaren Verfügung verbindlich festhalte, zumal die Aufsichtsbehörde sie auch aufgefordert habe, ihre Rabatte und Verträge im Sinne dieser aufsichtsrechtlichen Anforderungen auf den zivilrechtlich nächstmöglichen Termin anzupassen.

Im Rahmen ihrer Datenauswertung sei die Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass nicht alle der von der Beschwerdeführerin gewährten Rabatte die aufsichtsrechtlichen Anforderungen erfüllten, da sie teilweise nicht versicherungstechnisch begründbar seien. Einzelversicherte, die nicht in Rahmenverträgen versichert seien, könnten gegenüber Versicherten in Rahmenverträgen benachteiligt sein und es könnte eine erhebliche Ungleichbehandlung vorliegen, denn der Vergleich der jeweiligen Schadenquoten ergebe, dass die durchschnittliche Schadenquote der Versicherten in Rahmenverträgen deutlich höher sei als diejenige der Einzelversicherten. (...).

Die Beschwerdeführerin habe geltend gemacht, dass die ihr auferlegte Pflicht, Kollektivrabatte versicherungstechnisch zu begründen, gegen den aktuell gültigen und genehmigten Geschäftsplan verstossen würde, welcher solche Rabatte voraussetzungslos zulasse. Diese Behauptung treffe nicht zu. Die Vorinstanz habe gemäss ihrer bisherigen Bewilligungspraxis für Kollektivrabatte je nach Institut Rabattbandbreiten für Rahmenverträge bis zu 20% bewilligt. Soweit die gewährten Kollektivrabatte innerhalb dieser Bandbreite gelegen hätten, sei bei einem Abschluss eines Rahmenvertrags keine neue Vorlage bei der Vorinstanz notwendig gewesen. Die Institute seien jedoch auch in diesen Fällen verpflichtet gewesen, die aufsichtsrechtlichen Anforderungen bei der Rabattierung einzuhalten. Dementsprechend habe die Vorinstanz auch die Geschäftsplanänderung der Beschwerdeführerin am 12. Dezember 2013 unter der Voraussetzung genehmigt, dass die Beschwerdeführerin auch innerhalb der vorgesehenen Rabattbandbreite von maximal 20% die aufsichtsrechtlichen Anforderungen einhalte, wonach die Kollektivrabatte insbesondere versicherungstech-

nisch begründet sein müssten und nicht zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung gemäss Art. 117 Abs. 2 AVO führen dürften. Diese Genehmigung entbinde die Beschwerdeführerin daher nicht davon, die aufsichtsrechtlichen Anforderungen für die Rabattierung einzuhalten.

Da die Beschwerdeführerin sich weigere, die Geltung der aufsichtsrechtlichen Vorgaben anzuerkennen und ihre Verträge zeitnah zu bereinigen, sei es zum Schutz der Versicherten vor einem möglichen (weiteren) Missbrauch sowie zur Verhinderung eines ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteils gegenüber den anderen Versicherungsunternehmen, welche die aufsichtsrechtlichen Vorgaben sowie die Praxis der Vorinstanz bereits umsetzen, unerlässlich, dass die Beschwerdeführerin zumindest das präventive Verbot für die Gewährung von Kollektivrabatten in Neuabschlüssen unverzüglich umsetze. Die aufschiebende Wirkung sei diesbezüglich zu entziehen. Angesichts der Gefahr, dass sich das Problem der Ungleichbehandlung zwischen Einzel- und Kollektivversicherten durch Neuabschlüsse noch weiter verschärfen würde, sei diese Massnahme verhältnismässig.

C.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 26. Februar 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben. In prozessualer Hinsicht beantragt sie, Dispositivziffer 4 der angefochtenen Verfügung sei umgehend aufzuheben und die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei wiederherzustellen.

Zur Begründung führt sie aus, sie habe um Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung ersucht, damit die Grundsatzfrage – die Gesetzmässigkeit der von der Vorinstanz willkürlich festgelegten aufsichtsrechtlichen Anforderungen gemäss Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung – gerichtlich geklärt werde. Sowohl die mit Schreiben vom 24. Juli 2015 mitgeteilte, mit sofortiger Wirkung geltende neue Bewilligungspraxis für Kollektivrabatte als auch die von der Vorinstanz willkürlich festgelegten aufsichtsrechtlichen Anforderungen gemäss informellem Schreiben vom 4. März 2015 gingen über den Umfang der gesetzlich zulässigen Prüfungskompetenz der Vorinstanz hinaus. Die Vorinstanz verstosse damit auch gegen den von ihr am 12. Dezember 2013 genehmigten Geschäftsplan. Mit der Verordnungsbestimmung von Art. 117 Abs. 2 AVO sei auf indirektem Weg und ohne gesetzliche Grundlage ein Gleichbehandlungsgebot eingeführt worden, welches über den Missbrauchs begriff gemäss dem Versicherungsaufsichtsgesetz hinausgehe. Die Regelung in Art. 117 Abs. 2 AVO

bzw. darauf gestützte Rechtsakte stellten einen Eingriff in die Vertrags- bzw. Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin dar. Der Eingriff sei nicht grundsatzkonform, weil er nicht im öffentlichen Interesse sei. Er sei zudem wettbewerbsverzerrend, weil er unternehmerische Aktivitäten gleichschalte. Die Gleichschaltung aller Mitbewerber sei kein wirtschaftspolitischer verfassungsgemässer Zweck. Zudem entbehre er einer gesetzlichen Grundlage und sei nicht verhältnismässig.

Selbst wenn das Verbot der Ungleichbehandlung nach Art. 117 Abs. 2 AVO Bestand hätte, was bestritten sei, liege mit der Rabattierung in Rahmenverträgen der Beschwerdeführerin keine unzulässige Ungleichbehandlung vor. Mit den Rahmenverträgen würden bestimmte Versicherungsgruppen zusammengefasst, um den Vertrieb zu unterstützen und weil nachgewiesen sei, dass die kombinierte Schadenquote von Grund- und Zusatzversicherung zu tieferen Prämien führe. Dies sei die unternehmerische, kaufmännische und versicherungstechnische Begründung für die Rahmenverträge und die damit gewährten Rabatte. Versicherte in Rahmenverträgen würden bezüglich geschäftsplanmässig bewilligter Rabatte (z.B. Rabatte für Familien, Vertragstreue etc.) die gleichen Rabatte wie Einzelversicherte erhalten. Wenn die Kollektivversicherten nur wegen einer möglichen Rabattkumulation die im Geschäftsplan definierten Rabatte nicht erhielten, würde dies demgegenüber nicht dem Grundsatz der Gleichbehandlung entsprechen. Das Gleichbehandlungsgebot verlange keine absolute Gleichheit. Die Beschwerdeführerin behandle alle Versicherten gleich, weil alle nach gleichen Regeln in einen Rahmenvertrag eintreten könnten, wenn sie dessen Bedingungen erfüllten. Zudem wäre die Ungleichbehandlung nicht erheblich. Zwar seien 20% Prämienunterschied für den Vertrieb wesentlich, im Vergleich zu Prämien von Mitbewerbern aber unerheblich. Der Gesamtmarkt zeige um ein Vielfaches höhere Prämienunterschiede zwischen den Versicherern als die bis zu 20% Rabatt, welche die Beschwerdeführerin in ihren Rahmenverträgen anbiete.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, der Entzug der aufschiebenden Wirkung sei mangels überzeugender Gründe unrechtmässig und unverhältnismässig.

D.

Mit Verfügung vom 8. März 2016 wies die Instruktionsrichterin das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 26. Februar 2016 um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde gegen Dispositivziffer 3 der Verfügung der FINMA vom 29. Januar 2016 ab.

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 22. März 2016 Beschwerde beim Bundesgericht.

Mit Urteil 2C_270/2016 vom 22. Juni 2016 wies das Bundesgericht die Beschwerde ab.

E.

Mit Vernehmlassung vom 4. April 2016 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen.

Zur Begründung führt sie aus, die Kontroverse zwischen ihr und der Beschwerdeführerin gehe weiter als in den Sommer 2015 zurück, denn die Beschwerdeführerin habe im Wesentlichen bereits im Jahr 2009 in ihrer Vernehmlassung zum Entwurf des FINMA-RS 2010/3 die Argumente vorgebracht, die sie im vorliegenden Beschwerdeverfahren vorbringe. Korrekterweise hätte die Beschwerdeführerin die Bestimmung bzw. die darauf basierende Praxis der Vorinstanz bereits nach der Publikation des FINMA-RS 2010/3 anfechten müssen. Die Beschwerdeführerin habe aber eine entsprechende Beschwerde erst im Jahr 2016 erhoben, nachdem die Vorinstanz aufgrund der Datenerhebung konkreten Verdacht betreffend eine aufsichtswidrige Rabattpraxis der Beschwerdeführerin geschöpft habe. Selbst wenn man der Argumentation der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Verfassungswidrigkeit von Art. 117 Abs. 2 AVO folgen würde, sei ihr Verhalten krass treuwidrig und nicht zu schützen.

Die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Gewährung von Rabatten stützten sich unmittelbar auf die gesetzlichen Grundlagen im Versicherungsaufsichtsgesetz, namentlich Art. 4 Abs. 2 Bst. r i.V.m. Art. 5 Abs. 1 VAG, Art. 38 VAG sowie Art. 46 Abs. 1 Bst. f VAG sowie die entsprechenden Ausführungsbestimmungen des Bundesrats in Art. 117 Abs. 2 AVO. Es bestehe eine ausreichende gesetzliche Grundlage für das Erfordernis der versicherungstechnischen Begründung von Rabatten. Dieses Erfordernis bedeute, dass die Versicherungsunternehmen Rabatte über Schadenkomponenten und andere tarifarische Elemente begründen müssten. Vertriebs- und Marketingmassnahmen stellten keine versicherungstechnische Begründung für Rabatte dar. Rabatte auf rein kommerzieller Basis, wie beispielsweise Rabatte zur Kundenakquisition, seien zwar vorübergehend zulässig, müssten aber im Rahmen der Berichterstattung an die Vorinstanz ausserhalb der technischen Rechnung ausgewiesen werden. Sobald ein Rabatt langfristig gewährt werde, stelle er ein Tarifmerkmal dar und müsse

für die jeweilige Risikogruppe versicherungstechnisch begründet werden können.

Die Vorinstanz habe nicht dafür zu sorgen, dass keine Ungleichbehandlung im Gesamtmarkt erfolge, sondern dafür, dass ein Versicherungsunternehmen seine Versicherten bei Krankenzusatzversicherungen nicht erheblich ungleich behandle. Es sei primär die Aufgabe des Versicherungsunternehmens, zu gewährleisten, dass ihre Tarife (auch nach der Genehmigung durch die Vorinstanz) nicht missbräuchlich seien. Unzutreffend sei, dass sich die Praxis der Vorinstanz hinsichtlich einer versicherungstechnischen Begründungspflicht für Kollektivrabatte im Sommer 2015 wesentlich geändert habe, sowie, dass auf dem Markt für Krankenversicherungsprodukte ein wirksamer Wettbewerb bestehe. Vielmehr habe erwiesenermassen eine Vielzahl von Krankenzusatzversicherten keine Wahlmöglichkeit mehr, um einen anderen Anbieter auszuwählen, da die Krankenversicherer ab einem gewissen Alter oder bei Vorerkrankungen eine Aufnahme verweigerten. Für diese Versicherungsnehmer spiele der Markt daher faktisch nicht.

F.

Mit Replik vom 4. Juli 2016 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

G.

Die Vorinstanz verzichtete mit Eingabe vom 18. Juli 2016 auf die Einreichung einer Duplik. Sie hält in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht an ihren Ausführungen und Anträgen fest.

H.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien sowie die eingereichten Aktenstücke wird – soweit entscheidungswesentlich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

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 verwaltungsverfahrensrechtlichen 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 Rechtsschrift sind erfüllt und der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (Art. 52 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4 VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

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, präven-

tiven 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/JÜRIG 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.).

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 Tarfberechnungen, 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).

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 Ver-

tragsinhalt 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 Missbrauchs begriff näher zu konkretisieren.

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 unlösbaren 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).

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.

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).

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 ausreichenden Rechtsgrundlage für ein „Gleichbehandlungsgebot“ bzw. einen Eingriff in die im Privatversicherungsbereich allgemein geltende Vertragsfreiheit darstellen (DU PASQUIER/MENOU, 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).

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.

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.).

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).

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.

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.

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.

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 Vernehmlassung).

sungsvorlage, Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, Neue Fassung vom 24. Februar 2009, Ziff. 2.2.27; BGE 136 I 197 E. 4.1).

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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).

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.

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

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 Vorausset-

zung 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.

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.

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.

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 Risikomerkmäl (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).

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 sinnge-

mässig 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.

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 umsetzten 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.

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).

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 Anforderung 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.

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.

7.

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

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. 4^{bis} 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.

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).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 10'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. Die Beschwerdeführerin hat den Differenzbetrag von Fr. 5'000.– innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zugunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 26. Juni 2017