

# Rabatte in Rahmenverträgen der Zusatzversicherung

(Bundesgerichtsentscheid 2C\_717/2017 vom 25. November 2019)

## *Discounts in additional insurance master agreements*

### **Lehre aus Gerichtsentscheid / Learning from court decision**

Rabatte in Rahmenverträgen der Krankenzusatzversicherung sind gemäss FINMA aufsichtsrechtlich nur beschränkt zulässig. Ein Versicherungsunternehmen stellte sich gegen diese einschränkende aufsichtsrechtliche Praxis und reichte Beschwerde ein. Die Praxis verstosse gegen die Aufsichtsverordnung, die ihrerseits auf keiner hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruhe und zudem verfassungswidrig sei. Die Beschwerde erscheint rückblickend mutig und von vornherein wenig erfolversprechend. Verwaltungsgerichte greifen nur bei klaren Rechtsverletzungen korrigierend ein (vgl. Art. 49 VwVG). Die Rechtslage war vorliegend aber eher unklar. Die Konsequenzen einer Gutheissung wären zudem erheblich gewesen (Änderung der FINMA-Praxis und Anpassung der Aufsichtsverordnung). Die Abweisung der Beschwerde war somit zu erwarten.

*Discounts in master agreements of additional health insurance are admitted to a limited extent only in accordance with supervisory law. An insurance undertaking opposed this restrictive supervisory practice and filed a complaint, based on the reasoning that the practice contradicts the supervisory ordinance which for its part is not based on sufficient statutory ground and also contradicts the constitution. The complaint retrospectively appears courageous and not very promising at the outset. Administrative courts intervene in clear breach of law cases only (see Art. 49 APA). In the case at hand, however, the legal situation was unclear. Furthermore, the consequences of an approval would have been considerable (change of FINMA praxis and amendment of ordinance). Under the circumstances the dismissal of the complaint could somewhat have been expected.*

### **Sachverhalt**

Die FINMA informierte 2015 alle Versicherungsunternehmen schriftlich darüber, dass im Bereich 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 Gröszenordnung 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 stellte fest, dass die bestehenden Verträge des betreffenden Versicherungsunternehmens nicht den aufsichtsrechtlichen Vorgaben entsprechen und deshalb angepasst werden müssten. Das Versicherungsunternehmen bestritt daraufhin die Rechtmässigkeit der Vorgaben der FINMA, weshalb diese im Januar 2016 folgende Verfügung erliess («**FINMA-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: (a) Die Kollektivrabatte müssen technisch, d.h. risiko- oder kostenseitig begründet sein; (b) Die Solvenz des Versicherungsunternehmens sowie der Schutz der Versicherten vor Missbrauch müssen gewährleistet sein; (c) Die Kollektivrabatte dürfen nicht zu versicherungstechnisch nicht begründbaren, erheblichen Ungleichbehandlungen führen.

(2) Das Versicherungsunternehmen 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) Dem Versicherungsunternehmen 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.»

Das betreffende Versicherungsunternehmen erhob im Februar 2016 Beschwerde und beantragte, die angefochtene Verfügung der FINMA sei aufzuheben und die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederherzustellen. Die Beschwerde wurde prozessual und materiell-rechtlich zuerst vom Bundesverwaltungsgericht und dann vom Bundesgericht abgewiesen.

## **Materiell-rechtliche Fragen**

### Schutz vor Missbrauch:

Es stellte sich zunächst die Frage, ob die FINMA-Verfügung der Missbrauchsnorm von Art. 117 Abs. 2 AVO widersprach und mithin nicht bundesrechtskonform war. Die Bestimmung von Art. 117 Abs. 2 AVO hat folgenden Wortlaut:

«Als Missbrauch gilt auch die Benachteiligung einer versicherten oder anspruchsberechtigten Person durch eine juristisch oder versicherungstechnisch nicht begründbare erhebliche Ungleichbehandlung.»

Nach Auffassung des Bundesgerichts widersprach die FINMA-Verfügung den Vorgaben von Art. 117 Abs. 2 AVO nicht. Sie konnte nämlich dahingehend verstanden werden, dass nur versicherungstechnisch nicht begründbare Kollektivrabatte, die zu *erheblichen* Ungleichheiten führen, untersagt wurden.

### Gesetzliche Grundlage:

Es stellte sich weiter die Frage, ob Art. 117 Abs. 2 AVO auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruht.

Nach Auffassung des Bundesgerichts besteht die ausreichende gesetzliche Grundlage in Art. 31 VAG und 46 Abs. 3 VAG. Der Bundesrat wird insbesondere gemäss Art. 31 VAG im Bereich der Krankenzusatzversicherung zum Erlass gesetzvertretender Normen ermächtigt, die jedenfalls den Schutz vor Missbräuchen bezwecken. Bei der Überprüfung der Tarifgestaltung dürfen im Fall der Krankenzusatzversicherung zusätzlich sozialpolitische Überlegungen einbezogen werden. Versicherte haben zwar die Wahl, zu anderen Versicherern zu wechseln; ein solcher Wechsel ist aber wegen Gesundheitsvorbehalten faktisch erschwert. Für viele Versicherte, insbesondere Alte und chronisch Kranke, spielt der Markt nicht. In solchen Fällen können die Versicherer beim Vertragsabschluss praktisch die Höhe der Prämie diktieren. Der Schutz vor Missbräuchen erscheint angezeigt.

#### Grundrechtsfrage:

Es stellt sich schliesslich die Frage, ob Art. 117 Abs. 2 AVO verfassungsgemäss ist.

Nach Auffassung des Bundesgerichts gilt grundsätzlich die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV. Ein Unternehmen darf aus wirtschaftlichen Gründen auch Preise festsetzen, die nicht kostendeckend sind. Es muss auch nicht allen Kunden Leistungen zum gleichen Preis anbieten. Insbesondere darf es Rabatte gewähren; dies stellt ein wesentliches Element der Preisgestaltungs- und Wirtschaftsfreiheit dar. Doch gilt die Wirtschaftsfreiheit wie andere Grundrechte nicht absolut. Einschränkungen müssen, um zulässig zu sein, auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, einem öffentlichen Interesse entsprechen und verhältnismässig sein. Im vorliegenden Fall der Rabatte in Rahmenverträgen bejahte das Bundesgericht die gesetzliche Grundlage, das öffentliche Interesse in Form von sozialpolitischen Zielen (Schutz von Alten und chronisch Kranken vor nachteiliger Prämiengestaltung) sowie die Verhältnismässigkeit, indem keine mildere Massnahme ersichtlich sei, welche den sogenannten «gefangenen Beständen» den gleichen Schutz gewährleisten würde.

#### **Verfahrensfragen**

##### Verfahrensart:

Der Entscheid der FINMA stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG dar. Das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31 VGG) und danach das Bundesgericht (Art. 42 Abs. 2 und Art. 100 Abs. 1 BGG) sind die zuständigen Beschwerdeinstanzen.

##### Aufschiebende Wirkung:

Art. 84 Abs. 3 VAG bestimmt ausdrücklich, dass Beschwerden gegen Verfügungen über Tarife keine aufschiebende Wirkung haben. Das Bundesgericht erachtete das Gesuch um aufschiebende Wirkung angesichts der klaren gesetzlichen Regelung als offensichtlich unbegründet.



Dr. Alois Rimle  
Rechtsanwalt, LL.M.  
Spezialist Versicherungs-  
und Rückversicherungsrecht



Dr. Franziska Buob  
Rechtsanwältin  
Spezialistin Prozessführung