

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 717/2017

Urteil vom 25. November 2019

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz,
Bundesrichter Haag,
Gerichtsschreiberin De Sépibus.

Verfahrensbeteiligte
Helsana Zusatzversicherungen AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwälte Daniel Staffelbach und/oder Dr. Martin Zobl,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, Laupenstrasse 27, 3003 Bern.

Gegenstand
Rabatte in Rahmenverträgen der Zusatzversicherung,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 20. Juni 2017 (B-1242/2016).

Sachverhalt:

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

Mit Verfügung vom 12. Dezember 2013 genehmigte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (im Folgenden: FINMA) eine Änderung des Geschäftsplans der Helsana betreffend versicherungstechnische Rückstellungen. Im Vorfeld hatte die Helsana die FINMA darüber informiert, dass sie für Kollektive wie Firmen und Vereine Rabatte bis zu 20% auf den Krankenzusatzversicherungen gewähren wolle.

B.

In den Jahren 2014/2015 führte die FINMA eine branchenweite Datenerhebung zu den Rabatten in Rahmenverträgen (im Folgenden: Kollektivrabatte) von Krankenzusatzversicherungen durch, anlässlich welcher auch die Helsana Daten lieferte. Die FINMA kam darin zum Schluss, dass nicht alle von der Helsana gewährten Rabatte die aufsichtsrechtlichen Anforderungen erfüllten. Einzelversicherte, die nicht in Rahmenverträgen versichert seien, könnten gegenüber Versicherten in Rahmenverträgen benachteiligt sein, und es könnte eine erhebliche Ungleichbehandlung vorliegen, da der Vergleich der jeweiligen Schadenquoten ergeben habe, dass die durchschnittliche Schadenquote der Versicherten in Rahmenverträgen deutlich höher sei als diejenige der Einzelversicherten.

C.

Mit Schreiben vom 4. März 2015 teilte die FINMA 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. Sie informierte die Versicherungsunternehmen infolgedessen mit Schreiben vom 24. Juli 2015 darüber, dass als Ergänzung zur Wegleitung für Gesuche betreffend die Einreichung von Tarifierungsvorlagen 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 dargelegte Regelung gilt ab sofort für sämtliche Neuabschlüsse und Verlängerungen von bestehenden Rahmenverträgen."

D.

In einem Schreiben vom 14. September 2015 hielt die FINMA gegenüber der Helsana fest, dass die von dieser gewährten Kollektivrabatte nicht den aufsichtsrechtlichen Vorgaben entsprechen, weshalb sie diese aufforderte, ihre Verträge unverzüglich anzupassen.

Die Helsana bestritt die Rechtmässigkeit der Vorgaben der FINMA, weshalb diese am 29. Januar 2016 die folgende Verfügung (nachfolgend: aufsichtsrechtliche Verfügung) erliess:

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 zuentsprechen 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."

E.

Die Helsana erhob am 26. Februar 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die aufsichtsrechtliche Verfügung mit dem Antrag, die Verfügung sei aufzuheben und die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen.

Mit Verfügung vom 8. März 2016 lehnte das Bundesverwaltungsgericht die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab. Dagegen erhob die Helsana Beschwerde beim Bundesgericht. Mit Urteil 2C 270/2016 vom 22. Juni 2016 wies das Bundesgericht diese Beschwerde ab.

Mit Urteil B-1242/2016 vom 20. Juni 2017 (nachfolgend: das angefochtene Urteil) wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gegen die Verfügung der FINMA vom 29. Januar 2016 ab.

F.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 28. August 2017 beantragt die Helsana, das angefochtene Urteil sowie die Verfügung der FINMA vom 29. Januar 2016 seien aufzuheben, eventualiter sei die Sache zur Beurteilung der Erheblichkeit der Ungleichbehandlung nach Art. 117 Abs. 2 der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 (Aufsichtsverordnung/AVO, SR 961.011) an die FINMA zurückzuweisen.

Das Bundesverwaltungsgericht sowie die FINMA beantragen, die Beschwerde abzuweisen.

Erwägungen:

1.

1.1. Die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde (Art. 42 Abs. 2 und Art. 100 Abs. 1 BGG) richtet sich gegen einen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG), der sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt (Art. 82 lit. a BGG), wozu keine Ausnahmen bestehen (Art. 83 BGG). Die Beschwerdeführerin ist nach Art. 89 Abs. 1 BGG legitimiert.

1.2. Anfechtbar ist allerdings nur das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (sog. Devolutiveffekt); dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Aufhebung auch der Verfügung der FINMA kann daher von vornherein nicht stattgegeben werden. Immerhin gelten Entscheide unterer Instanzen als inhaltlich mitangefochten (vgl. BGE 134 II 142 E. 1.4 S. 144; 129 II 438 E. 1 S. 441).

1.3. Mit der Beschwerde an das Bundesgericht kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), prüft die bei ihm angefochtenen Entscheide aber grundsätzlich nur auf Rechtsverletzungen hin, die von den Beschwerdeführern geltend gemacht und begründet werden (vgl. Art. 42 Abs. 2 BGG).

1.4. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG).

2.

2.1. Gegenstand des vorliegenden Falls bildet die Frage, ob die gegenüber der Beschwerdeführerin erfolgte Anweisung der FINMA, bestehende Kollektivverträge den in Dispositiv 1 ihrer Verfügung festgelegten Kriterien anzupassen bzw. keine neuen Verträge abzuschliessen, welche diesen widersprechen, ordnungs- bzw. gesetzes- und verfassungskonform ist.

Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Verfügung sich auf Art. 117 Abs. 2 AVO stütze, welcher auf keiner hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruhe. Mangels hinreichender gesetzlicher Grundlage, fehlenden öffentlichen Interesses und wegen offensichtlicher Unverhältnismässigkeit stelle die streitbetroffene Verfügung sodann einen unzulässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin dar (Art. 27 BV). Selbst wenn Art. 117 Abs. 2 AVO rechtmässig sein sollte, verstiesse die Verfügung gegen die dort verankerten Vorgaben, da sie verlange, dass sämtliche von der Beschwerdeführerin gewährten Rabatte, unabhängig von ihrer Höhe, versicherungstechnisch begründet sein müssten. Schliesslich macht sie geltend, dass selbst wenn sich die angefochtene Verfügung auf eine genügende Rechtsgrundlage stützen könnte, diese im klaren Widerspruch zur Verfügung der FINMA vom 12. Dezember 2013 stünde, weshalb sie einem unzulässigen Widerruf derselben gleichkomme.

2.2. Uneinig sind sich die Verfahrensbeteiligten zunächst in Bezug auf die Frage, was Streitgegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens bildet.

Die Vorinstanz hält fest, dass die FINMA im Dispositiv ihrer Verfügung festgestellt habe, 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 habe die FINMA 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. Auf die Rüge, die von der Beschwerdeführerin gewährten Rabatte führten zu keiner erheblichen unzulässigen Ungleichbehandlung, ging die Vorinstanz nicht ein, da sie die Frage der Konformität der Kollektivrabatte mit den aufsichtsrechtlichen Vorgaben nicht zum Streitgegenstand zählt.

2.3. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, dass die Vorinstanz gegen das Willkürverbot verstosse, indem sie auf die Frage, ab wann Rabatte eine erhebliche Ungleichbehandlung i.S. von Art. 117 Abs. 2 AVO darstellten, nicht eingetreten sei, ist die Rüge unbegründet. Der angefochtenen Verfügung der FINMA ging die Frage voraus, ob die Beschwerdeführerin an die aufsichtsrechtlichen Vorgaben der FINMA gebunden und verpflichtet sei, ihre Rabattpraxis diesen anzupassen. Zur Frage,

welche Kollektivrabatte der Beschwerdeführerin den aufsichtsrechtlichen Vorgaben widersprechen, hat sich die FINMA (bislang) nicht geäußert. Die Vorinstanz hat insofern nicht willkürlich gehandelt, wenn sie die Frage der Konformität der von der Beschwerdeführerin gewährten Kollektivrabatte mit den aufsichtsrechtlichen Anforderungen nicht als Teil des Streitgegenstands wertete.

3.

3.1. Zu prüfen in der Sache ist, ob das angefochtene Urteil, mit welchem die Vorinstanz die Verfügung der FINMA bestätigt, bundesrechtskonform ist. Dies setzt voraus, dass die Verfügung der FINMA mit den Vorgaben von Art. 117 Abs. 2 AVO übereinstimmt. Dieser hält fest, dass Benachteiligungen einer versicherten oder anspruchsberechtigten Person durch eine juristisch oder versicherungstechnisch nicht begründbare erhebliche Ungleichbehandlung als Missbrauch im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG gelten.

3.2. Strittig ist, was der genaue Inhalt der Verfügung der FINMA ist. Insoweit die Beschwerdeführerin geltend macht, dass die FINMA alle versicherungstechnisch nicht begründeten Rabatte verbiete, ist ihre Rüge unbegründet. Die FINMA verweist in der Begründung ihrer Verfügung darauf, dass die Gewährung von Kollektivrabatten in Konformität mit den in Art. 117 Abs. 2 AVO verankerten Vorgaben zu erfolgen habe. Zu diesen gehört insbesondere, dass die Ungleichbehandlungen erheblich sein müssen, um den Missbrauchstatbestand zu erfüllen. Dass nicht alle versicherungstechnisch ungerechtfertigten Rabatte unrechtmässig sind, kommt des Weiteren in der Formulierung zum Ausdruck, dass nur stark unterschiedliche Prämien für ein vergleichbar hohes Risiko bzw. gleiche Prämien bei deutlich unterschiedlichen Risiken einen Verstoss gegen die Vorgaben der FINMA darstellen. Schliesslich kann auch nicht aus der Anordnung, die Beschwerdeführerin müsse jederzeit die versicherungstechnische Rechtfertigung der Rabatte darlegen können, ein anderer Schluss gezogen werden. Diese Pflicht stellt lediglich die notwendige Grundlage für die Überprüfung der Rabatte mit den Vorgaben von Art. 117 Abs. 2 AVO durch die FINMA dar.

3.3. Das Dispositiv der Verfügung der FINMA ist dahingehend auszulegen, dass nur versicherungstechnisch nicht begründbare Kollektivrabatte, die zu erheblichen Ungleichheiten führen, untersagt sind. Die in diesem Sinne ausgelegte Verfügung stimmt insofern mit den aufsichtsrechtlichen Vorgaben von Art. 117 Abs. 2 AVO überein und ist verordnungskonform.

4.

4.1. In der Folge ist zu untersuchen, ob Art. 117 Abs. 2 AVO auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruht. Die Überprüfung dieser Frage wird durch den Streitgegenstand insofern eingegrenzt, als hier ausschliesslich das von der FINMA angeordnete Verbot unternehmerisch motivierter Rabatte, die zu erheblichen Ungleichbehandlungen von Versicherten im Bereich der Krankenzusatzversicherungen führen, zu beurteilen ist.

Zentral für diese Prüfung ist einerseits die Bestimmung der Tragweite der bundesrätlichen Kompetenznorm, andererseits die Abklärung der Frage, ob die in Art. 117 Abs. 2 AVO erfolgte Konkretisierung des in Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG verankerten Schutzes der Versicherten vor Missbräuchen durch die Versicherungsunternehmen gesetzeskonform ist.

4.2. Zwei Bestimmungen des Versicherungsaufsichtsgesetzes ermächtigen den Bundesrat zum Erlass konkretisierender Normen. Art. 31 VAG ermächtigt ihn, zum Schutz der Versicherten einschränkende Vorschriften für die verschiedenen Versicherungszweige zu erlassen. Gemäss Art. 46 Abs. 3 VAG ist er berechtigt, Ausführungsbestimmungen über die einzelnen in Art. 46 VAG verankerten Aufgaben der FINMA festzulegen.

4.3. Zu prüfen ist eingangs, ob Art. 31 bzw. Art. 46 Abs. 3 VAG dem Bundesrat ausschliesslich Vollzugskompetenzen einräumen wollte oder ob er dadurch auch zum Erlass gesetzesvertretender Normen ermächtigt ist. Die Unterscheidung ist von Bedeutung, da Vollziehungsverordnungen das ausführende Gesetz - wie auch alle anderen Gesetze - weder aufheben noch abändern dürfen. Sie müssen der Zielsetzung des Gesetzes folgen und dürfen dabei lediglich die Regelung, die in grundsätzlicher Weise bereits im Gesetz Gestalt angenommen hat, aus- und weiterführen. Durch eine Vollziehungsverordnung dürfen dem Bürger grundsätzlich keine neuen Pflichten auferlegt werden, selbst wenn diese durch den Gesetzeszweck gedeckt wären (BGE 136 I 29 E 3.3; 130 I 140 E. 5.1 S. 149 mit Hinweisen). Gesetzesvertretende Verordnungen enthalten dagegen Regelungen, welche dem delegierenden Gesetz neue Normen hinzufügen und dieses vervollständigen (Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage 2009, S. 109).

4.4. Art. 31 VAG bestimmt, dass der Bundesrat zum Schutz der Versicherten einschränkende Vorschriften für die verschiedenen Versicherungszweige erlassen kann. Gemäss der Botschaft zum VAG erhält der Bundesrat durch Art. 31 VAG das Recht, auf Verordnungsstufe Leitplanken zu setzen, die von den Versicherungsunternehmen zum Schutz der Versicherten vor Missbräuchen einzuhalten sind. Der Bundesrat könne namentlich im Bereich der Krankenzusatzversicherungen die Versicherungsunternehmen verpflichten, ihre Tarife statistisch hinreichend zu begründen und Bestimmungen zum Schutz älterer Versicherter zu erlassen, die sowohl das Verhältnis zwischen Versicherungsunternehmen und Aufsichtsbehörde als auch dasjenige zwischen Versicherungsunternehmen und Versicherten betreffen (vgl. Botschaft zum VAG, BBl 2003 3789, 3823).

4.5. Daraus folgt, dass der historische Gesetzgeber dem Bundesrat gestützt auf Art. 31 VAG das Recht einräumen wollte, die Gestaltungsfreiheit der Versicherer bei der Festsetzung ihrer Prämien im Bereich der Krankenzusatzversicherung zum Schutz der Versicherten vor Missbräuchen zu begrenzen. Für das Recht des Bundesrates, den Versicherungsunternehmen gestützt auf Art. 31 VAG bestimmte Pflichten aufzuerlegen, spricht ferner dessen Wortlaut, der bestimmt, dass der Bundesrat einschränkende Vorschriften erlassen kann (anders SILVIA KALBERMATTEN, Gleichbehandlungsgebot in der Privatversicherung, 2010, S. 95). Teleologische Gründe, welche gegen eine solche Auslegung sprechen, sind keine ersichtlich. Soll der Schutz der Versicherten vor Missbrauch im Bereich der Krankenzusatzversicherung nicht zur Leerformel verkommen, muss dem Bundesrat bei der Bestimmung der notwendigen Beschränkungen ein gewisser Spielraum bei der Konkretisierung des Missbrauchsbegriffs zukommen. Schliesslich legen auch Rechtssicherheitsüberlegungen nahe, dass der Bundesrat den in Art. 46 VAG sehr grob umrissenen Handlungsspielraum der FINMA durch den Erlass gewisser Vorgaben eingrenzen darf.

4.6. Zusammengefasst kann insofern festgehalten werden, dass Art. 31 VAG den Bundesrat im Bereich der Krankenzusatzversicherung zum Erlass gesetzesvertretender Normen ermächtigt, die jedenfalls den Schutz vor Missbräuchen bezwecken. Offen gelassen werden kann insofern die Frage, ob der Bundesrat auch gestützt auf Art. 46 Abs. 3 VAG den Missbrauchsbegriff im Sinne einer Beschränkung der Tarifgestaltungsfreiheit der Versicherungsunternehmen konkretisieren könnte (dazu kritisch BURKI/PFUND/WALDMEIER, Versicherungsaufsichtsrecht, 2007, S. 70).

5.

5.1. Dem Verbot unternehmerisch motivierter Rabatte, die mit Art. 117 Abs. 2 AVO unvereinbar sind, liegt der Schutz vor Missbräuchen zugrunde, den bereits die Zweckbestimmung von Art. 1 Abs. 2 VAG festhält und der zu den Kernüberwachungsaufgaben der FINMA gehört (Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG). Der Schutz vor Missbräuchen ist sowohl im Zeitpunkt der Überprüfung der Bewilligungsvoraussetzungen für die Zulassung zum Geschäftsbetrieb als auch bei der nachfolgenden Überwachung der Versicherungsgesellschaften zu gewährleisten (Shelby du Pasquier/Menoud, Kommentar zum Versicherungsaufsichtsgesetz, N. 5 und 6 zu Art. 46 VAG).

5.2. Bei der Auslegung des in Art. 2 Abs. 1 und Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG verankerten Missbrauchsbegriffs ist im Auge zu behalten, dass das Schutzbedürfnis der Versicherten nicht in allen Versicherungszweigen gleich hoch ist. Die Unterschiedlichkeit des erforderlichen Schutzes kommt insbesondere darin zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber die Präventivkontrolle der Prämien für die Krankenzusatzversicherungen beibehalten hat, während diese für die meisten anderen Branchen mit der Liberalisierung weggefallen ist. Bei Einreichen des Gesuches zur Bewilligung einer Versicherungstätigkeit sind die Krankenzusatzversicherer gehalten, der FINMA einen Geschäftsplan vorzulegen, welcher ihre Tarife und Allgemeinen Versicherungsbedingungen enthält (Art. 4 Abs. 2 lit. r VAG). Art. 38 VAG bestimmt seinerseits, dass die FINMA die den genehmigungspflichtigen Tarifen zugrunde liegenden Berechnungen der Krankenzusatzversicherungen daraufhin zu prüfen hat, ob sich die vorgesehenen Prämien in einem Rahmen halten, der den Schutz der Versicherten vor Missbrauch gewährleistet.

5.3. Die Entscheidung des Gesetzgebers für eine engermaschigere Überwachung der Versicherer im Bereich der Krankenzusatzversicherung rechtfertigt sich sowohl durch die Art der abgedeckten Risiken, als auch durch gewisse Besonderheiten dieses Versicherungszweigs. Wie das Bundesgericht klargestellt hat, entspricht die Zusatzkrankenversicherung nicht lediglich einem Luxusbedarf, sondern deckt Dienstleistungen im Gesundheitsbereich ab, von denen auch ältere Versicherte profitieren können sollen. Gemäss dem Bundesgericht stellt die Gesundheit nicht ein Gut

wie jedes andere dar, weshalb sozialpolitische Überlegungen in diesem Bereich nicht ignoriert werden dürften (vgl. Urteil 4A 18/2010 vom 15. März 2010 E. 4.4.3).

Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass im Gegensatz zur Krankengrundversicherung kein Versicherungszwang besteht und dem Abschluss des Vertrages eine Prüfung des Gesundheitszustands des zu Versichernden vorangeht. Daraus folgt, dass bei einer Änderung der Vertragsbedingungen der Versicherte zwar grundsätzlich die Wahl hat, zu anderen Versicherern zu wechseln, der Wechsel jedoch wegen Gesundheitsvorbehalten faktisch erschwert ist. Die FINMA weist nicht zuletzt aus diesen Gründen darauf hin, dass im Markt der Krankenzusatzversicherung es eine beachtliche Anzahl von Versicherten gebe, insbesondere bei Alten und chronisch Kranken, bei denen der Markt nicht spiele (Rz. 23 der Verfügung). In solchen Fällen ermöglicht die tatsächliche Verhandlungsmacht des Versicherers diesem, den Vertragsinhalt und somit die Höhe der Prämie beim Abschluss eines Vertrages praktisch zu diktieren (vgl. dazu Dominique Wohnlich, Zusatzleistungen im ambulanten Bereich der Krankenversicherung, Änderungen in der Rechtsstellung von Zusatzversicherten beim Übergang vom KUVG zum KVG, Diss. Zürich 2002, S. 50 ff.).

Das Argument der Beschwerdeführerin, der Gesetzgeber habe die Krankenzusatzversicherer in ihrer Tarifgestaltung gänzlich frei lassen wollen, ist jedenfalls unbegründet. Die der FINMA durch Art. 38 VAG eingeräumte Präventivkontrolle der Tarife setzt vielmehr voraus, dass sie bei Feststellung missbräuchlicher Tarife das Recht hat, Korrekturen anzuordnen. Damit wird auch nicht, wie die Beschwerdeführerin anführt, einer faktischen, vom Parlament ausdrücklich abgelehnten Angemessenheitskontrolle der Tarife das Wort geredet. Es geht vielmehr darum, gewisse, insbesondere aus sozialpolitischen Gründen unerwünschte Tarifgestaltungen zu unterbinden.

5.4. Die Beschwerdeführerin geht fehl, wenn sie geltend macht, Art. 117 Abs. 2 AVO statuiere ein Gleichbehandlungsgebot, das mit dem gängigen Verständnis eines Versicherungsvertrags als ein gewöhnlicher schuldrechtlicher Vertrag nicht vereinbar sei (kritisch zu einem Gleichbehandlungsgebot Viviane Kull, Die Tarifierung aufgrund der Staatsangehörigkeit in der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung, 2017, S. 301 ff. [mit Hinweisen]; Waldmeier/Weber, Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsaufsichtsrecht, 2005, S. 94 ff.; Stephan Fuhrer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2011, S. 44; Stephan Fuhrer, HAVE 4/2006 S. 357 ff.; Burki/Pfund/Waldmeier, a.a.O.; Weber/Baisch, Versicherungsaufsichtsrecht, 2. Auflage 2017, Rz. 161 ff.; Hsu/Stupp, in: Basler Kommentar, Versicherungsaufsichtsrecht, N. 54 zu Art. 46 VAG; Vincent Brühlhart, La liberté contractuelle: Fondement juridique et impératif technique de l'assurance privée, S. 88 ff.; Silvia Kalbermatten, a.a.O. S. 89 ff.). Indem Art. 117 Abs. 2 AVO lediglich erhebliche Ungleichbehandlungen, die nicht versicherungstechnisch oder juristisch gerechtfertigt sind, für missbräuchlich erklärt, beschränkt er sich darauf, qualifizierte Ungleichbehandlungen zu ahnden. Das

Kriterium der Erheblichkeit garantiert, dass nur solche Ungleichbehandlungen vom Missbrauchsverbot erfasst werden, die ein bestimmtes Fehlverhalten, das unter Ausnutzung der Schwäche der anderen Vertragspartei erfolgt, darstellen (vgl. Viviane Kull, a.a.O, S. 301). Daraus folgt insbesondere, dass die Gewährung von Rabatten aus kaufmännischen Überlegungen zur Gewinnung von Neukunden solange mit Art. 117 Abs. 2 AVO vereinbar ist, als diese nicht juristisch und versicherungstechnisch nicht begründbare erhebliche Ungleichbehandlungen zwischen den Versicherten begründen.

5.5. Der Beschwerdeführerin kann schliesslich auch nicht gefolgt werden, als sie sinngemäss geltend macht, dass die Missbrauchskontrolle sich auf marktmächtige Unternehmen beschränke bzw. auf Situationen, wo der Wettbewerb nicht spiele. Ein auf diese Situationen beschränktes Eingriffsrecht kann weder der Botschaft noch dem Versicherungsaufsichtsgesetz entnommen werden und ist angesichts des besonderen Schutzbedürfnisses gewisser Versicherungsnehmer nicht gerechtfertigt.

5.6. Zusammenfassend kann insofern festgehalten werden, dass Art. 117 Abs. 2 AVO, welcher juristisch oder versicherungstechnisch nicht gerechtfertigte erhebliche Ungleichbehandlungen der Versicherten im Bereich der Krankenzusatzversicherung untersagt, durch den in Art. 1 Abs. 2 und Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG verankerten Missbrauchs begriff gedeckt ist und sich auf die Delegationsnorm von Art. 31 VAG stützen kann. Das durch die FINMA angeordnete Verbot beruht insofern auf einer gesetzesmässigen Verordnung und das angefochtene Urteil ist bundesrechtskonform.

6.

Schliesslich ist noch zu prüfen, ob Art. 117 Abs. 2 AVO verfassungsmässig ist. Konkret steht hier seine Kompatibilität mit der in Art. 27 BV verankerten Wirtschaftsfreiheit im Vordergrund, insbesondere das Recht auf die freie Ausübung einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit. Ein wesentlicher Ausfluss dieser Freiheit ist es, dass die Unternehmen im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs (Art. 94 Abs. 4 BV) selber ihre Preise festsetzen, namentlich auch

günstigere Preise anbieten können als die Konkurrenz (Urteil 2C 940/2010 vom 17. Mai 2011 E. 4.3 und 4.7). Ein Unternehmen darf aus wirtschaftlichen Gründen auch Preise festsetzen, die nicht kostendeckend sind. Es ist auch nicht verpflichtet, allen Kunden seine Leistungen zum gleichen Preis anzubieten. Insbesondere die Möglichkeit, Rabatte zu gewähren, stellt ein wesentliches Element der Preisgestaltungs- und der Wirtschaftsfreiheit dar (Urteil 2C 109/2017 vom 3. Juli 2018 E. 5.6.2).

6.1. 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.

6.2. Das Legalitätsprinzip verlangt eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze zur Sicherung des Gesetzesvorbehalts, der Rechtssicherheit und der rechtsgleichen Rechtsanwendung (BGE 139 II 243 E. 10 S. 252; BGE 135 I 169 E. 5.4.1 S. 173; BGE 132 I 49 E. 6.2 S. 58 f. [je mit Hinweisen]). Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidungen, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in die Verfassungsrechte sowie von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen sachgerechten Entscheidung ab (BGE 139 II 243 E. 10 S. 252; BGE 136 I 87 E. 3.1 S. 90 f. [mit Hinweisen]). Das Erfordernis der Gesetzesform verlangt, dass wichtige oder wesentliche Rechtsnormen in die Form eines Gesetzes (im formellen Sinn) zu kleiden sind (BGE 136 I 316 E. 2.4.1 S. 320). Für einen schweren Eingriff in die Grundrechte bedarf es einer klaren und eindeutigen Grundlage in einem Gesetz; für leichtere Eingriffe genügt eine kompetenzkonform erlassene Regelung im materiellen Sinn, d.h. eine rechtsetzende oder -vollziehende

Verordnung (vgl. BGE 143 II 162 E. 3.2.1 S. 169). Der Gesetzgeber kann je nach Materie nicht völlig darauf verzichten, allgemeine Begriffe zu verwenden, die formal nicht eindeutig umschrieben sind.

6.3. Vor diesem Hintergrund stellt sich insbesondere die Frage, ob die Pflicht, die Prämien so auszugestalten, dass diese zu keinen versicherungstechnisch unbegründbaren erheblichen Ungleichbehandlungen führen, einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstellt.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass im Gegensatz zu Art. 156 AVO, der die Vertragsfreiheit der Versicherer im Fall von geschlossenen Beständen nur leicht einschränke, die Verfügung der FINMA einen präzedenzlosen Eingriff in die Vertragsfreiheit der Beschwerdeführerin darstelle. Die Vorinstanz habe insofern zu Unrecht in Analogie zur Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 156 AVO (BGE 136 I 197 E. 4.4.2) angenommen, die auf Art. 117 Abs. 2 AVO gestützte Verfügung der FINMA stelle einen leichten Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar.

6.4. Diesbezüglich ist vorab festzuhalten, dass die Anordnung der FINMA, die Prämien entsprechend den Vorgaben von Art. 117 Abs. 2 AVO zu gestalten, den Preiswettbewerb zwischen den verschiedenen Versicherungsunternehmen nicht ausschaltet. Die Versicherungsgesellschaften bleiben grundsätzlich frei, die Höhe ihrer Prämien selbst zu bestimmen. Der Eingriff ist insofern nicht mit Vorschriften vergleichbar, welche im Verhältnis zwischen privaten Wirtschaftssubjekten verbindliche Preise vorschreiben und damit den Preismechanismus ausschalten (vgl. Urteil 2C 940/2010 vom 17. Mai 2011 E. 4.3). Einzig die Freiheit, den Inhalt frei zu gestalten, erfährt gewisse Beschränkungen, die den Versicherungsgesellschaften jedoch weiterhin grosse Spielräume belassen und einzig die missbräuchliche Gestaltung bestimmter Vertragsbedingungen untersagen. Der mit den Vorgaben der FINMA erfolgte Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit ist insofern als leicht zu qualifizieren, weshalb Art. 117 Abs. 2 AVO eine hinreichende gesetzliche Grundlage darstellt.

6.5. Mit dem Verbot der Festsetzung von Prämien, die zu juristisch oder versicherungstechnisch ungerechtfertigten erheblichen Ungleichbehandlungen führen, werden zudem sozialpolitische Ziele verfolgt. Damit soll insbesondere verhindert werden, dass gewisse Versicherungsnehmer, wie Alte oder chronisch Kranke, bei der Prämiengestaltung erheblich benachteiligt werden. Dieses Anliegen steht im öffentlichen Interesse. Es ist keine mildere Massnahme ersichtlich, welche den sogenannten "gefangenen Beständen" den gleichen Schutz gewährleisten würde, weshalb der durch die Anordnung der FINMA erfolgende Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit erforderlich ist.

6.6. Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass der Bundesrat durch den Erlass von Art. 117 Abs. 2 AVO seine ihm durch Art. 31 VAG eingeräumten Kompetenzen im Bereich der Krankenzusatzversicherung nicht offensichtlich sprengt und die Norm auch nicht anderweitig

gesetzes- und verfassungswidrig ist.

7.

7.1. Schliesslich ist zu prüfen, ob die Vorinstanz gegen Bundesrecht versties, indem sie die Gesetzesmässigkeit der Verfügung der FINMA bestätigte, mit welcher diese die Gewährung von nicht den aufsichtsrechtlichen Anforderungen entsprechenden Rabatten untersagte, obwohl sie die von der Beschwerdeführerin vorgelegte Geschäftsplanänderung mit Verfügung vom 12. Dezember 2013 (nachfolgend: "Genehmigungsverfügung"), mit welcher sie über die mögliche Gewährung von Kollektivrabatten durch die Beschwerdeführerin informiert worden war, vorbehaltlos genehmigt hatte.

7.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass, solange die FINMA die Genehmigungsverfügung nicht formgerecht widerrufen habe, diese rechtskräftig und damit für sie verbindlich sei. Da der Genehmigungsverfügung nicht habe entnommen werden können, dass Rabatte versicherungstechnisch zu begründen seien, könne diese Pflicht nun nicht nachträglich durch die FINMA eingeführt werden. An der Verbindlichkeit der Genehmigung der Gewährung von Rabatten durch die Beschwerdeführerin ändere auch die Tatsache nichts, dass die FINMA in ihrem Rundschreiben FINMA-R5 2010/3 angekündigt habe, dass Rabatte nur in gewissen Grenzen genehmigt werden sollten. Diese Rundschreiben enthielten keine rechtsverbindlichen Normen, weshalb sie für die Beschwerdeführerin auch nicht verbindlich seien.

7.3. Der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden, wenn sie sinngemäss geltend macht, dass mit der Genehmigung der von ihr vorgelegten Geschäftsplanänderung auch die darin aufgeführten geplanten Kollektivrabatte von der FINMA vorbehaltlos bewilligt worden seien. Zu Recht macht die FINMA geltend, dass die Genehmigung der Geschäftsplanänderung der Beschwerdeführerin nicht zur Folge hatte, diese von der gesetzmässigen Umsetzung des in dieser aufgeführten Rabattierungsplanes zu entbinden. Mit ihrem Rundschreiben FINMA-R5 2010/3, welches der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Genehmigung bekannt war, hatte die FINMA zudem klar aufgezeigt, dass die Vorgaben von Art. 117 Abs. 2 AVO auch auf Rabatte Anwendung finden. Indem die FINMA mit ihrer aufsichtsrechtlichen Verfügung nun explizit eine gesetzeskonforme Umsetzung der Rabattierungspraxis der Beschwerdeführerin verlange, handelt sie insofern weder willkürlich noch im Widerspruch zu der von ihr erteilten Genehmigungsverfügung. Ein expliziter Widerruf der Genehmigungsverfügung ist insofern weder nötig noch angezeigt, um die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben zu gewährleisten.

8.

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, sofern darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Es sind keine Parteientschädigungen geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten sowie dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 25. November 2019

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Die Gerichtsschreiberin: De Sépibus