Bundesgericht	*2C_717/2017*	*d*	*25.11.2019*	*nicht publ.*

Missbräuchliche Rabatte

Leitsatz

Art. 117 Abs. 2 AVO (Verbot von weder juristisch noch versicherungstechnisch begründbaren erheblichen Ungleichbehandlungen) kann sich auf die Delegationsnorm von Art. 31 VAG stützen und ist zudem durch den in Art. 1 Abs. 2 und Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG verankerten Missbrauchsbegriff gedeckt.

Sachverhalt

Die FINMA verlangte von der Helsana Zusatzversicherungen AG (nachfolgend: Helsana), dass diese (u.a.) ihre Rabattpraxis bei Rahmenverträgen zu ändern. Rabatte müssen technisch (d.h. risiko- oder kostenseitig) begründet sein, die Solvenz des Versicherers sowie den Schutz der Versicherten vor Missbräuchen gewährleisteten und dürfen nicht zu versicherungstechnisch nicht begründbaren, erheblichen Ungleichbehandlungen führen.

Die Helsana wehrte sich gegen diese Verfügung. Im Wesentlichen begründete sie ihren Widerstand damit, dass sie geltend machte, der die Verfügung tragende Art. 117 Abs. 2 AVO sei unwirksam, weil er auf keiner hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruhe, und einen unzulässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV darstelle.

Das Bundesverwaltungsgericht schützte die Verfügung der FINMA (BVwGer B-1242/2016 vom 20.06.2017).

Erwägungen

Das Bundesgericht stellt einleitend fest, dass die FINMA mit ihrer Verfügung nur jene Rabatte untersagt, die zu versicherungstechnisch nicht begründbaren *erheblichen* Ungleichbehandlungen führen. Die Verfügung erweist sich damit als verordnungskonform.

Als Nächstes prüft das Bundesgericht, ob Art. 117 Abs. 2 AVO auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruht. In Frage kommen dafür die Art. 31 VAG *(«Der Bundesrat kann zum Schutz der Versicherten einschränkende Vorschriften für die verschiedenen Versicherungszweige erlassen»)* und 46 Abs. 3 VAG *(«Der Bundesrat erlässt Ausführungsbestimmungen über die einzelnen Aufgaben»).*

Um die Tragfähigkeit dieser Grundlagen zu prüfen, muss zuerst geklärt werden, ob die beiden Bestimmungen «dem Bundesrat ausschliesslich Vollzugskompetenzen einräumen wollen oder ob er dadurch auch zum Erlass gesetzesvertretender Normen ermächtigt ist. Die Unterscheidung ist von Bedeutung, da Vollziehungsverordnungen das auszuführende 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 (…). Gesetzesvertretende Verordnungen enthalten dagegen Regelungen, welche dem delegierenden Gesetz neue Normen hinzufügen und dieses vervollständigen (…).»

Nach Art. 31 VAG kann der Bundesrat *«einschränkende Vorschriften»* erlassen. Dies bedeutet, dass er auch Pflichten auferlegen kann, was wiederum die Kompetenznorm als solche zum Erlass gesetzesvertretender Verordnungsbestimmungen ausweist. Eine solche ist Art. 117 Abs. 2 AVO, weshalb Art.

© Stephan Fuhrer

31 VAG eine hinreichende gesetzliche Grundlage darstellt. Damit erübrigt sich die Prüfung, ob dies auch für Art. 46 Abs. 3 VAG gilt.

Als Nächstes prüft das Bundesgericht, ob die Gewährung unternehmerisch motivierter Rabatte als Missbrauch i.S. der Art. 1 Abs. 2 und Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG qualifiziert werden kann. Dabei stellt es klar, dass das Schutzbedürfnis der Versicherten nicht in allen Versicherungszweigen gleich hoch ist. Diese Unterschiedlichkeit des Schutzniveaus kommt z.B. auch dadurch zum Ausdruck, dass das Parlament für die Versicherungszweige Krankenzusatz und berufliche Vorsorge beim System der präventiven Produktkontrolle blieb, während es sie für alle anderen Versicherungszweige aufgehoben hat. Diese engmaschigere Überwachung der Krankenzusatzversicherer lässt sich nach dem Bundesgericht durch sozialpolitische Überlegungen (erhöhte Schutzbedürftigkeit älterer oder kranker Versicherter) begründen. Vor diesem Hintergrund kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass sich der von Art. 117 Abs. 2 AVO anvisierte Missbrauch durchaus im Rahmen des Missbrauchsbegriffs von Art. 1 Abs. 2 und Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG hält.

Da Art. 117 Abs. 2 AVO nur *erhebliche* Ungleichbehandlungen, die nicht versicherungstechnisch oder juristisch gerechtfertigt sind, verbietet, ist sichergestellt, dass einerseits die FINMA keine (vom Parlament explizit ausgeschlossene) Angemessenheitskontrolle betreiben kann, und dass andererseits auch kein Gleichbehandlungs*gebot* eingeführt worden ist.

Schliesslich prüft das Bundesgericht noch die Kompatibilität von Art. 117 Abs. 2 AVO mit der in Art. 17 BV verbrieften Wirtschaftsfreiheit. Einschränkungen derselben sind nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, einem öffentlichen Interesse entsprechen und verhältnismässig sind. In Bezug auf die gesetzliche Grundlage differenziert die Rechtsprechung nach der Schwere des Eingriffs in die Grundrechte. Bei schweren Eingriffen bedarf es einer Grundlage in einem formellen Gesetz, während bei leichteren Eingriffen eine kompetenzkonform erlassene Regelung im materiellen Sinn (d.h. eine rechtssetzende oder -vollziehende Verordnung) genügt. Da den Versicherern ein Handlungsspielraum verbleibt (*un*erhebliche Ungleichbehandlungen sind auch dann zulässig, wenn sie weder technisch noch rechtlich gerechtfertigt werden können), qualifiziert das Bundesgericht den Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit als leicht und damit die gesetzliche Grundlage von Art. 117 Abs. 2 AVO hinreichend.

Anmerkungen

Dem Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Begründung ist zwar stringent und gut nachvollziehbar, dennoch wirft sie einige Fragen auf. Richtig ist zweifellos, dass bei Versicherungszweigen, für die das System der präventiven Produktkontrolle gilt, der mit Art. 117 Abs. 2 AVO verbundene Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit als leicht qualifiziert werden kann.

Fragen kann man sich jedoch, ob das Rabattverbot der FINMA wirklich auf das Verbot einer erheblichen ökonomischen Ungleichbehandlung in Art. 117 Abs. 2 AVO abgestützt werden kann. Fragen kann man sich auch, ob Art. 31 VAG eine tragfähige Grundlage für das Ungleichbehandlungsverbot darstellt.

Abstützen liesse sich das Rabattverbot auch auf Art. 4 Abs. 2 lit. r i.V.m. Art. 5 Abs. 1 VAG. Das System der präventiven Produktkontrolle kann nicht funktionieren, wenn die Versicherer beliebig von genehmigten Tarifen abweichen können. Der Gesetzgeber hat mit den genannten Bestimmungen die Wirtschaftsfreiheit in den Zweigen Krankenzusatz und berufliche Vorsorge sehr weitgehend beschränkt. Die Regelung erfüllt alle Anforderungen an eine Grundrechtseinschränkung. Die FINMA hat in ihrer Verfügung klargestellt, in welchem Rahmen die Versicherer Rabatte gewähren dürfen. Das Setzen eines solchen Rahmens entspricht den Vorgaben von Art. 38 VAG zur Umsetzung der präventiven Produktkontrolle. Solche Rahmen sind dann aber für die Versicherer verbindlich. Verletzt ein Versicherer diese Vorgabe, so hat die FINMA nach Art. 31 FINMAG den ordnungsgemässen Zustand wiederherzustellen. Genau das hat die FINMA vorliegend getan. Dass ein qualifiziertes Abweichen von einem genehmigungsbedürftigen und ordentlich genehmigten Tarif als Missbrauch i.S. der Art. 1 Abs. 2 und Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG gewertet werden kann, ist offensichtlich.

Ein Abstützen der Verfügung der FINMA auf Art. 4 Abs. 2 lit. r i.V.m. Art. 5 Abs. 1 VAG hätte den Vorteil, dass sich die FINMA und die Rechtsmittelinstanzen nicht auf das dünne Eis von Art. 117 Abs. 2 AVO begeben müssten. Trotz des klaren Urteils des Bundesgerichts bleiben einige Fragen zu dieser Bestimmung offen:

- Art. 117 Abs. 2 VO verbietet erhebliche Ungleichbehandlungen, die sich weder versicherungstechnisch noch juristisch rechtfertigen lassen. Das Bundesgericht entschied, dass die damit verbundene Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit für die einer präventiven Produktkontrolle unterstehenden Versicherungszweige als leicht zu werten sei. Aus diesem Grund genüge es, wenn das Gesetz den Bundesrat zum Erlass gesetzesvertretender Normen ermächtigt. Um eine solche, das Gesetz «vervollständigende» Norm handelt es sich bei Art. 117 Abs. 2 AVO. Die gesetzliche Grundlage erblickt das Bundesgericht in Art. 31 VAG. Zwar ist richtig, dass diese Bestimmung dem Bundesrat erlaubt, «zum Schutz der Versicherten *einschränkende* Vorschriften zu erlassen». Ebenso wahr ist aber, dass er solche Vorschriften nur «für die verschiedenen Versicherungszweige» erlassen kann. Das Verbot einer ökonomisch motivierten, erheblichen Ungleichbehandlung ist aber gerade nicht eine Vorschrift, die nur für einzelne Versicherungszweige gilt. Das Bundesgericht hat diesen Mangel erkannt und argumentiert, dass das Mass der zulässigen Ungleichbehandlung (nämlich die *un*erhebliche Ungleichbehandlung) für jeden Versicherungszweig individuell bestimmt werden müsse. Daraus – so die unausgesprochene Feststellung – lässt sich der versicherungszweigbezogene Charakter des Ungleichbehandlungsverbotes ableiten. Dies übersieht, dass zwar das Mass der zulässigen Ungleichbehandlung unterschiedlich ist, das Verbot einer Überschreitung des zulässigen Masses aber weiterhin für alle Versicherungszweige gilt und sich deshalb gerade nicht auf Art. 31 VAG abstützen lässt.
- Dem Bundesgericht ist dahingehend zu folgen, dass die mit Art. 117 Abs. 2 AVO verbundene Grundrechtsbeschränkung für die Versicherungszweige Krankenzusatz und berufliche Vorsorge nur leicht wiegt. Aber gilt dies auch für die übrigen Versicherungszweige? Diese sind in der Ausgestaltung ihrer Tarife frei. Dies bedeutet, dass ökonomisch motivierte Rabatte in den Tarifen vorgesehen werden können. Aus diesem Grund wiegt die Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit durch ein Verbot erheblicher ökonomisch begründeter Rabatte wesentlich schwerer als in den stärker regulierten Zweigen. Kommt man zum Schluss, dass der Eingriff schwer wiegt, so bedarf er einer Grundlage in einem formellen Gesetz, womit Art. 31 VAG als gesetzliche Grundlage ausfiele. Gleiches gälte im Übrigen auch für Art. 46 Abs. 3 VAG.
- Auch wenn die FINMA den Versicherern (verordnungskonform) einen gewissen Spielraum belässt (unerhebliche Ungleichbehandlungen), so setzt sie gleichwohl einen Rahmen, den die Versicherer einzuhalten haben. Das Einhalten dieses Rahmens stellt ein Gebot dar. In diesem Sinne enthält – entgegen den Ausführungen des Bundesgerichts – Art. 117 Abs. 2 AVO gleichwohl ein (wenn auch abgeschwächtes) Gleichbehandlungs*gebot*.

Fazit: Art. 117 Abs. 2 AVO bleibt ausserhalb der Versicherungszweige Krankenzusatz und berufliche Vorsorge problematisch. Ein Verbot von Tarifabweichungen in diesen beiden Versicherungszweigen lässt sich auch auf die Bestimmungen abstützen, welche die präventive Produktkontrolle anordnen. Ein Abstellen auf Art. 117 Abs. 2 AVO wäre dazu nicht erforderlich. In diesem Sinne sind die Anmerkungen des Autors zum vorinstanzlichen Urteil zu ergänzen (BVwGer B-1242/2016 vom 20.06.2019, kommentiert in HAVE 2018, 43 f.).