



Abteilung II  
B-468/2022

## Urteil vom 11. Juni 2024

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),  
Richter Jean-Luc Baechler, Richter Christoph Errass,  
Gerichtsschreiber Corrado Bergomi.

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch Dr. iur. Alois Rimle, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,**  
Vorinstanz.

Gegenstand

Geschäftsplanänderung –  
Tarifanpassung in der Privatversicherung.

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Die X. \_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) betreibt unter anderem das Geschäft der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung.

**A.b** Am 6. Mai 2021 nahm die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (im Folgenden: FINMA oder Vorinstanz) eine Teilrevision ihres Rundschreibens 10/03 "Krankenversicherung nach VVG" vom 18. März 2010 (im Folgenden: FINMA-RS 10/03) vor. Die revidierte Fassung trat am 1. Juni 2021 in Kraft und enthält unter anderem neue bzw. ergänzte Bestimmungen zur Anpassung bestehender Tarife. Danach dürfe ein Tarif grundsätzlich höchstens im Umfang der bislang noch nicht berücksichtigten exogenen Teuerung erhöht werden. Die exogene Teuerung wird definiert als die Zunahme des Schadenaufwandes pro Versicherten abzüglich der finanziellen Auswirkungen eingetretener Bestandsveränderungen.

In einer E-Mail vom 26. Mai 2021 gab die FINMA den beaufsichtigten Versicherungsunternehmen bekannt, welche Werte sie bei der Prüfung der Tarife für die exogene Teuerung berücksichtigen werde. Sie legte dar, dass die Berechnung der exogenen Teuerung auf der Entwicklung der Kopfleistungen über die letzten sechs Jahre beruhe. Pro Produktkategorie würden entsprechend sechs einjährige Teuerungssätze ermittelt, deren Durchschnittswert den massgebenden Teuerungswert ergebe.

**A.c** Am 29. Juli 2021 unterbreitete die Beschwerdeführerin der Vorinstanz eine Geschäftsplanänderung mit verschiedenen Prämien erhöhungen zur Genehmigung. Darin sah sie für fünf Produkte Prämien erhöhungen per 1. Januar 2022 vor, darunter auch für die Produkte "A. \_\_\_\_\_" und "B. \_\_\_\_\_". Zur Begründung führte sie aus, die Prämienanpassung für das Produkt "A. \_\_\_\_\_" entspreche einer Erhöhung von durchschnittlich 6.3%, und werde beantragt, um den Bedarf an Alterungsrückstellungen zu stabilisieren. Sie habe eine prognostizierte, produktspezifische exogene Teuerung von 6.1% geschätzt. Die Prämienhöhung für das Produkt "B. \_\_\_\_\_" betrage durchschnittlich 8.2% und werde beantragt, um die prognostizierte exogene Teuerung auf 2022, welche sie auf 1.9% schätze, sowie einen Teil der durch die Prämienanpassung per 1. Januar 2021 nicht berücksichtigten Teuerung der Vorjahre zu kompensieren.

**A.d** Mit E-Mail vom 1. September 2021 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, dass die Tarifierpassung für das Produkt "A. \_\_\_\_\_" nicht genehmigt werden könne, da der Rahmen der bisher noch nicht berücksichtigten exogenen Teuerung überschritten werde. Sie könne die Herleitung der exogenen Teuerung auf Stufe des Produkts gemäss Darlegung der Beschwerdeführerin nicht teilen. Die exogene Teuerung sei auf der Basis von allgemeinen Beobachtungen aller Bestände der gleichen Deckungsart auf dem ganzen Markt zu beurteilen. Denn nur damit werde für die Versicherten das Risiko minimiert, dass ihre Zugehörigkeit zu einem bestimmten Produktbestand einen Einfluss auf die Entwicklung ihrer Prämien habe. Ferner erachtete die Vorinstanz die beantragte Prämienenerhöhung betreffend das Produkt "B. \_\_\_\_\_" aufgrund der Überschreitung der exogenen Teuerung ebenfalls als nicht genehmigungsfähig. Demgegenüber gäben die weiteren beantragten Prämienanpassungen für andere Produkte zu keiner Bemerkung Anlass.

**A.e** Die Beschwerdeführerin teilte am 15. September 2021 mit, dass sie im Sinne eines Hauptantrags vollumfänglich an ihren Tarifierpassungsgesuchen vom 29. Juli 2021 festhalte. Sollte die Vorinstanz den per Ende Juli 2021 eingereichten Tarifierpassungsanträgen betreffend die Produkte "A. \_\_\_\_\_" und "B. \_\_\_\_\_" nicht entsprechen, stelle sie für diese Produkte per 1. Januar 2022 den Eventualantrag auf lineare Prämienenerhöhungen im Umfang der von der Vorinstanz im E-Mail vom 26. Mai 2021 kommunizierten Teuerung, nämlich von 2.7% für das Produkt "A. \_\_\_\_\_" und von 2.5% für das Produkt "B. \_\_\_\_\_".

**A.f** Mit E-Mails vom 30. September 2021 und vom 1. Oktober 2021 führte die Beschwerdeführerin aus, die Prämienanpassungen würden per 1. Januar 2022 in den Systemen vorläufig wie folgt implementiert (operative Umsetzung): Produkt "A. \_\_\_\_\_": lineare Erhöhung der Basisprämien um 2.7%; Produkt "B. \_\_\_\_\_": lineare Erhöhung der Basisprämien um 2.5%.

**A.g** Im Anschluss an einen weiteren E-Mail-Austausch vom 30. September 2021 und vom 1., 4. und 5. Oktober 2021 hielt die Vorinstanz mit E-Mail vom 5. Oktober 2021 zwar fest, die Tarifierpassungen für die Produkte "A. \_\_\_\_\_" und "B. \_\_\_\_\_" lägen hinsichtlich Prämienenerhöhung mit 0.7% bzw. 0.5% über der zulässigen exogenen Teuerung von 2%, aber aus Gründen der Verhältnismässigkeit und ohne Präjudiz für zukünftige Tarifierpassungsgesuche erachte sie die Prämienanpassungen auf der Basis des am 1. Oktober 2021 zugestellten Tarifblattes als genehmigungsfähig.

**A.h** Mit E-Mail vom 7. Oktober 2021 teilte die Beschwerdeführerin mit, sie halte am Hauptantrag gemäss Gesuch vom 29. Juli 2021 betreffend die Prämienenerhöhung der Produkte "A. \_\_\_\_\_" und "B. \_\_\_\_\_" fest und erwarte in diesem Punkt den Erlass einer anfechtbaren Verfügung.

**A.i** Mit Verfügung vom 15. November 2021 genehmigte die FINMA die Prämienanpassungen per 1. Januar 2022 für die Produkte "C. \_\_\_\_\_", "D. \_\_\_\_\_" und "E. \_\_\_\_\_" entsprechend der Tarifeingabe der Beschwerdeführerin vom 29. Juli 2021. Die Prämienanpassungen für die Produkte "A. \_\_\_\_\_" und "B. \_\_\_\_\_" genehmigte die Vorinstanz lediglich im Umfang des Eventualantrags der Beschwerdeführerin vom 15. September 2021. Weiter hielt sie in der Dispositiv-Ziff. 2 fest, sie werde zum Hauptantrag betreffend die Produkte "A. \_\_\_\_\_" und "B. \_\_\_\_\_" zu einem späteren Zeitpunkt Stellung nehmen.

**A.j** Mit Verfügung vom 10. Dezember 2021 wies die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin um eine Geschäftsplanänderung (Tarifanpassung) für die Produkte "A. \_\_\_\_\_" und "B. \_\_\_\_\_" im Hauptantrag ab (Dispositiv-Ziff. 1) und auferlegte ihr die Gebühr für die Verfügung in der Höhe von Fr. 4'000.00.– (Dispositiv-Ziff. 2).

Zur Begründung hielt die Vorinstanz in Bezug auf das Produkt "A. \_\_\_\_\_" im Wesentlichen fest, das Produkt gehöre zur Kategorie "Anderes Ambulantprodukt". Bei dieser Art Produkt erachte sie die auf dem Markt – und nicht im individuellen Bestand – allgemein beobachtbare Entwicklung der Kosten pro Produktkategorie als die angemessene Methode zur Bestimmung der exogenen Teuerung. Eine nur auf Basis des Produkts ermittelte Teuerung sei als missbräuchlich zu qualifizieren, da eine über dem Marktmittel liegenden exogene Teuerung des Bestands von den Versicherten getragen werden müsste und damit dem Grundsatz zuwiderliefe, wonach mit dem Versicherungsvertrag die Risiken auf das Versicherungsunternehmen transferiert würden.

Bezüglich des Produkts "B. \_\_\_\_\_" hielt die Vorinstanz fest, bei der Kategorie der "Langzeitpflegeprodukte", unter welche dieses Produkt falle, sei es nicht zweckmässig, eine allgemeine exogene Teuerung auf der Grundlage des Gesamtmarktes zu berechnen, da diese Produkte sehr oft als Summenversicherungen konzipiert seien oder zeitlich begrenzte Leistungen vorsähen. Es obliege einer Gesuchstellerin, den Nachweis zu erbringen, dass die technischen Grundlagen für den Tarif sich derart und nach-

haltig abgeändert hätten, dass von einer exogenen Teuerung ausgegangen werden müsse. Die Vorinstanz erachte die Argumente der Beschwerdeführerin bezüglich der exogenen Teuerung seit der letzten Tarifierhebung als nachvollziehbar und habe daher die Tarife gemäss dem Eventualantrag genehmigt. Was aber die beantragte zusätzliche Berücksichtigung der bereits vor der letzten Tarifierhebung eingetretenen Teuerung betreffe, so wäre dies als treuwidrig und rechtsmissbräuchlich einzustufen, wenn das Versicherungsunternehmen Anpassungen aufgrund der Teuerung in der Vergangenheit nachträglich vornehmen dürfte. Da die Beschwerdeführerin zudem nicht geltend mache, es bestehe für die Versicherten dieses geschlossenen Bestands ein nachteilloses Übertrittsrecht, sehe sie keine Veranlassung, bei dem geschlossenen Produkt "B. \_\_\_\_\_" ausnahmsweise eine über die exogene Teuerung hinausgehende Tarifierhebung zuzulassen.

#### **B.**

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 28. Januar 2022 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Sache sei mit verbindlichen Weisungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ferner beantragt sie, es sei festzustellen, dass im Rahmen der Prüfung von genehmigungspflichtigen Tarifen nach Art. 38 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (VAG, SR 961.01) die Bestimmung des Missbrauchstatbestands nach Massgabe der marktexogenen oder produktexogenen Teuerung gemäss FINMA-Rundschreiben 2010/3 Krankenversicherung nach VVG (letzte Änderung vom 6. Mai 2021, Inkrafttreten am 1. Juni 2021) gesetzes- und verfassungswidrig sei.

In formeller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe ihr rechtliches Gehör verletzt, weil sie sich in ihrer Verfügung nicht mit allen Argumenten auseinandergesetzt habe.

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen, die Vorinstanz habe die Tarifierhebungsanträge in Bezug auf die Produkte "A. \_\_\_\_\_" und "B. \_\_\_\_\_" gestützt auf rechtlich unzulässige Grundlagen, nämlich gestützt auf das revidierte Rundschreiben 2010/3 Krankenversicherung nach VVG vom 6. Mai 2021 abgelehnt. Diese neuste, im Jahr 2021 von der Vorinstanz festgelegte Praxis sehe vor, bestehende Tarife grundsätzlich höchstens im Umfang der bislang noch nicht berücksichtig-

ten exogenen Teuerung auf dem Markt zu genehmigen, was auf eine unzulässige Angemessenheitskontrolle hinauslaufe. Diese neue Praxis der Vorinstanz habe wirtschaftlich unerwünschte Wirkungen, weil Ergebnisverschlechterungen aufgrund negativer Bestandsentwicklungen, eine Negativspirale und Produktschliessungen drohten. Sie sei auch gesetzes- und verfassungswidrig. Mit der marktexogenen Teuerung werde ein allgemeiner Massstab für zulässige Tarifierpassungen eingeführt, obwohl das Gesetz lediglich eine Missbrauchs- und keine Angemessenheitsprüfung zulasse. Die Überprüfung von Missbrauch zum Schutz der Versicherten könne nicht in Anlehnung an die marktexogene Teuerung, sondern müsse im Einzelfall unter Würdigung der konkreten Umstände erfolgen. Die neue Praxis der Vorinstanz sei auch verfassungswidrig, weil sie sich gegen den Wettbewerb richte und einen schweren und nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstelle. Es fehle an einer gesetzlichen Grundlage, einem öffentlichen Interesse und der Verhältnismässigkeit. Versicherungsunternehmen hätten ein verfassungsmässiges Recht, ihre Tarife selber zu bestimmen, welches nur ausnahmsweise eingeschränkt werden dürfe, nämlich dann, wenn es an einem wirksamen Wettbewerb fehle.

**C.**

Mit Vernehmlassung vom 25. April 2022 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

**D.**

Mit Replik vom 25. Mai 2022 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest und ergänzt ihre Begründung.

**E.**

Die Vorinstanz verzichtete mit Eingabe vom 15. Juni 2022 auf die Einreichung einer Duplik.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Der Entscheid der Vorinstanz vom 10. Dezember 2021 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.

**1.2** Die Beschwerdeführerin beantragt nicht nur eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Beschwerdebegehren 1) und Rückweisung an die Vorinstanz mit verbindlichen Weisungen zur Neu beurteilung (Beschwerdebegehren 2), sondern auch, es sei festzustellen, dass im Rahmen der Prüfung von genehmigungspflichtigen Tarifen nach Art. 38 VAG die Bestimmung des Missbrauchstatbestands nach Massgabe der marktexogenen Teuerung gemäss FINMA-Rundschreiben 2010/3 Krankenversicherung nach VVG in der am 6. Mai 2021 geänderten und am 1. Juni 2021 in Kraft getretenen Fassung gesetzes- und verfassungswidrig sei (Beschwerdebegehren 3). Es ist nicht klar, ob dieses Rechtsbegehren als Konkretisierung der verbindlichen Weisungen anlässlich der von der Beschwerdeführerin beantragten Rückweisung (Beschwerdebegehren 2) oder als Eventualbegehren zu diesem Rückweisungsbegehren zu verstehen ist. Die Frage kann indessen offenbleiben, da aufgrund des Grundsatzes "in maiore minus" ein derartiges Eventualbegehren zulässig wäre, auch wenn eine solche Feststellung an sich nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung war oder hätte sein sollen.

**1.3** 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).

**1.3.1** Die Beschwerdeführerin ficht die teilweise Nichtgenehmigung ihrer Geschäftsplanänderung durch die Vorinstanz an. Sie ist daher offensichtlich formal beschwert.

**1.3.2** Das schutzwürdige Interesse im Sinn von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG setzt grundsätzlich voraus, dass der Beschwerdeführer nicht bloss beim Einreichen der Beschwerde, sondern auch im Zeitpunkt der Urteilsfällung ein aktuelles praktisches Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat (BGE 142 I 135 E. 1.3.1).

Gegenstand der vorliegend angefochtenen Verfügung sind von der Beschwerdeführerin geplante und von der Vorinstanz nicht genehmigte Tarifierhöhungen für zwei Produkte mit Wirkung ab 1. Januar 2022. Dieser Anfechtungsgegenstand ist auch massgebend dafür, was die Beschwerdeführerin mit der von ihr beantragten Rückweisung maximal erreichen könnte. Tarifierhöhungen in der Krankenzusatzversicherung können nicht rückwirkend, sondern nur nach angemessener Vorankündigung gegenüber den Versicherten auf einen künftigen Zeitpunkt hin implementiert werden. Die von der Beschwerdeführerin geplanten Tarifierhöhungen könnten daher auch bei einem für sie günstigen Rückweisungsurteil des Bundesverwaltungsgerichts und entsprechendem neuen Entscheid der Vorinstanz nicht bereits ab dem 1. Januar 2022, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt faktisch umgesetzt werden. Indessen würde eine derartige rückwirkende Genehmigung, auch wenn sie nicht mehr für das Jahr 2022 praktisch umgesetzt werden könnte, die Berechnung späterer Tarife beeinflussen, weil diese auf einem höheren zulässigen Wert für das Jahr 2022 aufbauen könnten. Hinzu kommt, dass vom Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses dann abgesehen werden kann, wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (BGE 147 I 478 E. 2.2; BGE 146 II 335 E. 1.3; BGE 142 I 135 E. 1.3.1). Bei Verfügungen über Tarifierhöhungen ist dies typischerweise der Fall. Insbesondere, da die Anwendung des FINMA-Rundschreibens 2010/3 Krankenversicherung nach VVG umstritten ist, besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass sich die mit der Beschwerde aufgeworfenen Fragen hinsichtlich der Berücksichtigung und Berechnung der exogenen Teuerung beim nächsten Gesuch um Tarifierhöhung unter ähnlichen Umständen wieder stellen könnten, ohne dass im Einzelfall rechtzeitig eine richterliche Prüfung möglich wäre. Zudem liegt die Beantwortung solcher Fragen wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse.

Die Beschwerdeführerin ist daher zur Beschwerde legitimiert.

**1.4** 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, der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet und der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 52 Abs. 1, Art. 63 Abs. 4 und Art. 11 Abs. 2 VwVG).

**1.5** Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

## **2.**

Die Beschwerdeführerin macht in formeller Hinsicht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Insbesondere sei die FINMA auf die Argumente der Beschwerdeführerin betreffend das Recht auf Gewinnerwirtschaftung, das Recht zur Tarifierung, die neue Praxis der FINMA zur exogenen Teuerung nach der Revision des FINMA-RS 2010/3, die zeitliche Begrenzung bei der Berücksichtigung der Teuerung nur seit der letzten Tarifierungsanpassung, das Verlustrisiko und die geschlossenen Bestände nicht eingegangen.

Auf diese formelle Rüge ist vorab einzugehen.

**2.1** Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 VwVG, welcher eine Konkretisierung von Art. 29 Abs. 2 BV darstellt, und die damit verbundene Begründungspflicht bedeuten nicht, dass sich die verfügende Behörde mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen in der Verfügung respektive im Entscheid zu widerlegen hätte. Sie kann sich vielmehr auf die notwendigen, für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (BGE 143 III 65 E. 5.2; 140 II 262 E. 6.2; 136 I 184 E. 2.2.1).

**2.2** Vorliegend hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung das Gesuch um Geschäftsplanänderung betreffend die Produkte "A. \_\_\_\_\_" und "B. \_\_\_\_\_" im Sinne des Hauptantrags abgewiesen, da beide Tarifierungsanpassungen aus ihrer Sicht den Rahmen der bisher noch nicht berücksichtigten exogenen Teuerung überschritten hätten. In der Begründung legte sie ihre Auffassung dar, auf welcher Grundlage die exogene Teuerung bei den beantragten Tarifierungsanpassungen für die Produkte "A. \_\_\_\_\_" und "B. \_\_\_\_\_" berücksichtigt werden könne, nämlich auf Basis der im Markt beobachtbaren exogenen Teuerung für das Produkt "A. \_\_\_\_\_" bzw. auf

Basis der Berücksichtigung von einer allfälligen bei der letzten Tarifierpassung nicht berücksichtigten Teuerung für das Produkt "B. \_\_\_\_\_". Ferner verneinte die Vorinstanz für beide Produkte das Vorliegen der Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Zulassung einer über die exogene Teuerung hinausgehenden Tarifierhöhung.

Wie die Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde erkennen lassen, wurde sie durch die Erwägungen der FINMA in die Lage versetzt, die Überlegungen zu erkennen, von welchen sich die Vorinstanz leiten liess, sich über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft zu geben und ihn in voller Kenntnis der Sache weiterzuziehen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist deshalb nicht ersichtlich.

### **3.**

Vorliegend angefochten ist die Nichtgenehmigung der von der Beschwerdeführerin beabsichtigten Prämienenerhöhungen von durchschnittlich 6.3% für das Produkt "A. \_\_\_\_\_" und von durchschnittlich 8.2% für das Produkt "B. \_\_\_\_\_". Entsprechend dem Eventualantrag der Beschwerdeführerin genehmigte die Vorinstanz lediglich Prämienenerhöhungen von 2.7% für das Produkt "A. \_\_\_\_\_" beziehungsweise auf 2.5% für das Produkt "B. \_\_\_\_\_".

**3.1** Die Vorinstanz begründete diese nur teilweise Genehmigung der von der Beschwerdeführerin beabsichtigten Prämienenerhöhungen in Bezug auf das Produkt "A. \_\_\_\_\_" damit, dass die auf dem Markt für diese Produktkategorie beobachtbare Entwicklung der Kosten die angemessene Methode zur Bestimmung der exogenen Teuerung sei, und nicht die im individuellen Bestand dieses Produkts der Beschwerdeführerin feststellbare Kostensteigerung. Eine Prämienenerhöhung entsprechend der lediglich auf der Basis des Produkts der Beschwerdeführerin ermittelten, wesentlich höheren Teuerung wäre nach Auffassung der Vorinstanz als missbräuchlich zu qualifizieren. In Bezug auf das Produkt "B. \_\_\_\_\_" sei es nicht zweckmässig, eine allgemeine exogene Teuerung auf der Grundlage des Gesamtmarktes zu berechnen, da diese Produkte sehr oft als Summenversicherungen konzipiert seien oder zeitlich begrenzte Leistungen vorsähen. Es obliege daher einer Gesuchstellerin, den Nachweis zu erbringen, dass die technischen Grundlagen für den Tarif sich derart und nachhaltig geändert hätten, dass von einer exogenen Teuerung ausgegangen werden müsse. Die Vorinstanz habe die Argumente der Beschwerdeführerin bezüglich der exogenen Teuerung seit der letzten Tarifierpassung als nach-

vollziehbar erachtet und eine entsprechende Tarifierhöhung mit dem Eventualantrag genehmigt. Soweit weitergehend, wäre es nach Auffassung der Vorinstanz aber als treuwidrig und rechtsmissbräuchlich einzustufen, wenn ein Versicherungsunternehmen Anpassungen aufgrund der Teuerung in der Vergangenheit nachträglich vornehmen dürfte. Da die Beschwerdeführerin zudem nicht geltend mache, es bestehe für die Versicherten dieses geschlossenen Bestands ein nachteilloses Übertrittsrecht, sehe die Vorinstanz keine Veranlassung, bei dem geschlossenen Produkt "B. \_\_\_\_\_" ausnahmsweise eine über die exogene Teuerung hinausgehende Tarifierhöhung zuzulassen.

**3.2** Die Beschwerdeführerin rügt, die neue Praxis der Vorinstanz gemäss dem revidierten Rundschreiben 2010/3 Krankenversicherung nach VVG vom 6. Mai 2021, in Kraft seit 1. Juni 2021, welche zur Ablehnung der Tarifierhöhungsanträge geführt habe, sei gesetzes- und verfassungswidrig. Sie sehe vor, bestehende Tarife grundsätzlich höchstens im Umfang der bislang noch nicht berücksichtigten exogenen Teuerung auf dem Markt zu genehmigen, was auf eine unzulässige Angemessenheitskontrolle auf der Basis der marktexogenen Teuerung hinauslaufe. Dies habe wirtschaftlich unerwünschte Wirkungen, weil Ergebnisverschlechterungen aufgrund negativer Bestandsentwicklungen, eine Negativspirale und Produktschliessungen drohten. Die neue Praxis sei auch gesetzes- und verfassungswidrig, denn mit der marktexogenen Teuerung werde ein allgemeiner Massstab für zulässige Tarifierhöhungen eingeführt, obwohl das Gesetz lediglich eine Missbrauchs- und keine Angemessenheitsprüfung zulasse. Die Überprüfung von Missbrauch zum Schutz der Versicherten könne nicht in Anlehnung an die marktexogene Teuerung erfolgen, sondern müsse im Einzelfall unter Würdigung der konkreten Umstände geschehen. Die neue Praxis der Vorinstanz sei auch verfassungswidrig, weil sich eine Überprüfung von beantragten Tarifierhöhungen auf der Basis der marktexogenen Teuerung gegen den Wettbewerb richte und einen schweren und nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstelle. Es fehle an einer gesetzlichen Grundlage, einem öffentlichen Interesse und der Verhältnismässigkeit. Versicherungsunternehmen hätten ein verfassungsmässiges Recht, ihre Tarife selber zu bestimmen, welches nur ausnahmsweise eingeschränkt werden dürfe, nämlich dann, wenn ein wirksamer Wettbewerb fehle.

**3.3** Die Aufsicht über die Versicherungsunternehmen obliegt der Vorinstanz (Art. 1 Abs. 1 Bst. g FINMAG und Art. 46 VAG). Sie wacht darüber, dass die Versicherungs- und die Aufsichtsgesetzgebung eingehalten

werden (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VAG), über die Einhaltung des Geschäftsplans (Art. 46 Abs. 1 Bst. c VAG), sowie 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). Die Vorinstanz 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). Im Unterschied zu anderen Versicherungszweigen hat der Gesetzgeber im Bereich der Krankenzusatzversicherungen die Präventivkontrolle der Prämien beibehalten. Bei Einreichen eines Gesuches zur Bewilligung einer Versicherungstätigkeit sind die Krankenzusatzversicherer gehalten, der FINMA einen Geschäftsplan vorzulegen, welche ihre Tarife und Allgemeinen Versicherungsbedingungen enthält (Art. 4 Abs. 2 Bst. r VAG). Änderungen der Tarife sind der FINMA vor der Umsetzung zur Genehmigung zu unterbreiten (vgl. Art. 5 Abs. 1 erster Satz VAG).

Das Versicherungsaufsichtsgesetz bezweckt insbesondere den Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen (Art. 1 Abs. 2 VAG). Anlässlich ihrer Prüfung von allfälligen Tarifänderungen, welche ihr vor der Umsetzung zur Genehmigung zu unterbreiten sind (vgl. Art. 5 Abs. 1 VAG), prüft die FINMA auf Grund der von den Versicherungsunternehmen vorgelegten Tarifberechnungen, 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).

Was unter "Missbrauch" im Sinn von Art. 38 VAG zu verstehen ist, konkretisiert das Gesetz selbst nicht näher. Es delegiert indessen den Erlass von Ausführungsbestimmungen über die einzelnen Aufgaben der Vorinstanz an den Bundesrat (vgl. Art. 46 Abs. 3 VAG). Der Bundesrat kann auch zum Schutz der Versicherten einschränkende Vorschriften für die verschiedenen Versicherungszweige erlassen (Art. 31 VAG). Gestützt auf diese Delegationsnormen hat der Bundesrat die Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 erlassen (Aufsichtsverordnung, AVO [SR 961.011]). In dieser Verordnung finden sich Bestimmungen, welche für die Konkretisierung des Missbrauchsbegriffs herangezogen werden.

So sieht insbesondere Art. 117 Abs. 1 AVO ausdrücklich vor, dass als Missbrauch im Sinn von Art. 46 Abs. 1 Bst. f VAG Benachteiligungen von Versicherten oder Anspruchsberechtigten gelten, wenn sie sich wiederholen oder einen breiten Personenkreis betreffen könnten, namentlich ein Verhalten des Versicherungsunternehmens beziehungsweise des Versicherungsvermittlers, das geeignet ist, Versicherte oder Anspruchsberechtigte erheblich zu schädigen, die Verwendung von Vertragsbestimmungen, die gegen zwingende Normen des Versicherungsvertragsgesetzes oder gegen zwingende Normen anderer Erlasse, die auf den Vertrag anwendbar sind, verstossen, sowie die Verwendung von Vertragsbestimmungen, welche eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen (Art. 117 Abs. 1 AVO). Als Missbrauch gilt auch die Benachteiligung einer versicherten oder anspruchsberechtigten Person durch eine juristisch oder versicherungstechnisch nicht begründbare erhebliche Ungleichbehandlung (Art. 117 Abs. 2 AVO).

Die Auflistung in Art. 117 AVO ist nicht abschliessend, wie bereits der Ausdruck "namentlich" zeigt (vgl. auch GION PAGNONCINI, in: Hsu/Stupp [Hrsg.], Basler Kommentar zum Versicherungsaufsichtsgesetz [im Folgenden: BSK VAK], 2013, Art. 38 N. 4).

**3.4** Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, eine über die exogene Teuerung hinausgehende Tarifanpassung sei missbräuchlich im Sinne von Art. 38 und 46 Abs. 1 Bst. f VAG i.V.m. Art. 117 Abs. 1 Bst. c AVO.

**3.4.1** Sie konkretisierte diese Auffassung und ihre diesbezügliche Praxis im FINMA-Rundschreiben 2010/3, Krankenversicherung nach VVG, vom 18. März 2010. Dieses Rundschreiben wurde einer Teilrevision unterzogen, die am 1. Juni 2021 in Kraft trat.

Die Hauptanliegen der Teilrevision lassen sich im Wesentlichen in drei Punkten zusammenfassen: Erstens hat die FINMA die Höhe der kommerziellen Prämienabschläge, die sich nicht versicherungstechnisch begründen lassen, auf maximal zehn Prozent der Prämie beschränkt (FINMA-RS 2010/3 Rz. 37 ff.). Zweitens wurde neu festgehalten, dass Gewinnmargen in einem Zusatzversicherungsprodukt von über zehn Prozent der Prämieinnahmen grundsätzlich als missbräuchlich gelten (FINMA-RS 2010/3 Rz. 8). Und drittens wurden die Bestimmungen betreffend das besondere Schutzbedürfnis der Versicherten in geschlossenen Beständen präzisiert (FINMA-RS 2010/3 Rz. 39 ff.).

Der Abschnitt "F. Anpassung bestehender Tarife" lautet in der revidierten Fassung des Rundschreibens wie folgt:

#### **"F. Anpassung bestehender Tarife**

38\* Ein bestehender Tarif darf im Rahmen einer Geschäftsplanänderung nach Art. 5 Abs. 1 VAG angepasst werden, sofern dies zivilrechtlich zulässig ist.

39\* Ein Tarif darf, vorbehältlich Rz 39.3, höchstens im Umfang der bislang noch nicht berücksichtigten exogenen Teuerung erhöht werden. Sind erhöhte Storni nicht auszuschliessen und ist die Solvenz hinreichend, kann die Erhöhung der betroffenen Tarife in Etappen angeordnet werden. Für geschlossene Produkte, bei denen durch das Übertrittsrecht in offene Bestände keinem Versicherten zum Zeitpunkt der Tarifierhöhung und über die gesamte Vertragslaufzeit, weder leistungs- noch tarifseitig, ein Nachteil erwächst, sind die teuerungsbedingten Erhöhungen nicht auf die exogene Teuerung beschränkt. Erhöhungen dürfen nur moderat ausfallen und müssen sich auf den ökonomischen Nachteil beschränken, der dem Versicherungsunternehmen durch den parallelen Betrieb des geschlossenen Produkts und des äquivalenten offenen Produkts entsteht.

39.1\* Überschreitet das technische Ergebnis des zuletzt abgeschlossenen Geschäftsjahres die obere Grenze nach Rz 8\*\* oder führt die Erhöhung zu einer Überschreitung derselben, so darf der Tarif nicht erhöht werden.

39.2\* Die FINMA nimmt im Falle eines nicht konsistenten technischen Ergebnisses bei Bedarf Korrekturen vor. Dies betrifft insbesondere inadäquate Abschluss- und Verwaltungskosten oder inadäquate Veränderungen der technischen Rückstellungen.

39.3\* Eine über den Umfang der bislang noch nicht berücksichtigten exogenen Teuerung hinausgehende Tarifierhöhung ist ausnahmsweise zulässig, sofern Verluste – als negative technische Ergebnisse- für das Versicherungsunternehmen erwartet werden müssen, die zu einer Solvenzgefährdung führen würden.

\*\*Rz.8 Das erwartete technische Ergebnis resultiert aus der Tarifikalkulation. Es überschreitet weder bei neuen Verträgen noch beim Bestand einen Anteil von 10 % der Prämieinnahmen auf Basis der Vertragsprämie. Bei Tarifen, welche ausschliesslich bei neuen Verträgen angewendet werden, ist das erwartete technische Ergebnis grundsätzlich mindestens null."

**3.4.2** Rundschreiben der FINMA sind Verwaltungsverordnungen. Verwaltungsverordnungen statuieren keine neuen Rechte und Pflichten für Private, sondern stellen eine blosser Orientierung über die bisherige und künftig zu gewärtigende Praxis der Behörde dar. Insofern bezwecken sie, Gewähr für eine einheitliche und rechtsgleiche Auslegung und Anwendung der

Gesetze und Verordnungen durch die Verwaltung zu bieten. Verwaltungsverordnungen sind für die Gerichte an sich nicht verbindlich und die darin vorgenommene Auslegung des Gesetzes unterliegt der richterlichen Nachprüfung. In Nachachtung dieses Zwecks von Verwaltungsverordnungen berücksichtigen aber auch die Gerichte sie und weichen nicht ohne triftigen Grund davon ab, sofern die betroffene Verwaltungsverordnung eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellt und eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulässt (BGE 146 I 105 E. 4.1; BGE 142 V 425 E. 7.2; BGE 142 II 182 E. 2.3.3; BGE 137 II 284 E. 5.2.2).

Das Gleichheitsprinzip und der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangen, dass an einer Praxis in der Regel festgehalten wird. Ändert eine Behörde ihre Genehmigungspraxis, so hat sie sich an die verfassungsmässigen Voraussetzungen zu halten. Demgemäss ist eine bisher geübte Praxis nicht unwandelbar, sondern muss sogar geändert werden, wenn die Behörde zur Einsicht gelangt, dass das Recht bisher unrichtig angewendet worden ist oder eine andere Rechtsanwendung dem Sinn des Gesetzes oder veränderten Verhältnissen besser entspricht. Eine Praxisänderung muss sich deshalb auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die – vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit – umso gewichtiger sein müssen, je länger die als nicht mehr richtig erkannte bisherige Praxis befolgt wurde (BGE 127 I 49 E. 3c; 126 I 122 E. 5). Es gibt keinen allgemeinen Vertrauensschutz gegen Änderungen der materiellen Praxis (BGE 146 I 105 E. 5.2.1). Ein Verstoss gegen Treu und Glauben liegt insbesondere dann nicht vor, wenn die Änderung früh genug angekündigt wurde und eine Übergangsfrist gewährt wird, um sich der geänderten Rechtspraxis anzupassen (vgl. BGE 132 II 153 E. 5.1).

Im vorliegenden Fall rügt die Beschwerdeführerin indessen weder ausdrücklich noch sinngemäss, die Vorinstanz verletze mit ihrer Praxisänderung das Gleichheitsgebot, den Grundsatz der Rechtssicherheit oder Treu und Glauben. Sie macht insbesondere nicht konkret geltend, sie hätte vor der Praxisänderung und im Vertrauen auf die frühere Praxis nachteilige Dispositionen getroffen.

Sie rügt nur, es gebe keinen sachlichen Grund für einen solchen Systemwechsel und die neue Praxis sei verfassungswidrig.

**3.5** Gemäss Art. 27 Abs. 1 BV ist die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet. Sie beinhaltet namentlich die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang

zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein (vgl. BGE 142 I 162 E. 3.2.1; BGE 141 V 557 E. 7.1 m.w.H.; GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2017, Art. 27 N 29; RENE RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, S. 69). Die Wirtschaftsfreiheit steht natürlichen und juristischen Personen gleichermassen zu (vgl. BGE 140 I 218 E. 6.3 S. 229 m.w.H.). Gemäss Art. 94 Abs. 1 BV halten sich Bund und Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Abweichungen von diesem Grundsatz, insbesondere Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind. Während Art. 27 BV den individualrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit schützt, gewährleistet Art. 94 BV als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung die systembezogene oder institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit. Diese beiden Aspekte sind freilich eng aufeinander bezogen und können nicht isoliert betrachtet werden (vgl. BGE 142 I 162 E. 3.2.1; BGE 138 I 378 E. 6.1; FELIX UHLMANN, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, Art. 27 BV N 1; Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996, BBl 1997 I 175 ff. zu Art. 23, 293 Ziff. 6, 296 zu Art. 85). Eine Scharnierfunktion kommt sodann dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden und der staatlichen Wettbewerbsneutralität zu (vgl. BGE 138 I 378 E. 6.1 S. 384 f. m.w.H.). Die Wirtschaftsfreiheit schliesst auch die Vertragsfreiheit ein. Diese beinhaltet die Abschlussfreiheit, die Partnerwahlfreiheit, die Inhaltsfreiheit ("liberté de déterminer l'objet du contrat"; vgl. Urteil des BGer 4C\_2/2013 vom 10. Juli 2013 E. 3.2), die Formfreiheit und die Aufhebungsfreiheit (vgl. BGE 129 III 35 E. 6.1; Urteil des BGer 4A\_417/2009 vom 26. März 2010 E. 3.3).

Bei Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit verlangt das Legalitätsprinzip eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze zur Sicherung des Gesetzesvorbehalts, der Rechtssicherheit und der rechtsgleichen Rechtsanwendung (BGE 143 II 162 E. 3.2.1; BGE 139 II 243 E. 10; BGE 135 I 169 E. 5.4.1; BGE 132 I 49 E. 6.2; 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, das heisst eine rechtsetzende oder -vollziehende Verordnung. Der Gesetzgeber kann je nach Materie nicht völlig darauf verzichten, allgemeine Begriffe zu verwenden, die formal nicht eindeutig umschrieben sind; dies kann sich etwa wegen einer nicht abstrakt erfassbaren Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, des Bedürfnisses nach sachgerechten Entscheidungen im Einzelfall oder ständiger Anpassung einer Regelung an veränderte Verhältnisse rechtfertigen. Die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot sind weniger streng zu handhaben, wenn eine stark technische Materie oder unterschiedlich gelagerte Sachverhalte zu regeln sind, bei denen im Interesse einer sachgerechten Flexibilität Differenzierungen im Anwendungsfall angebracht erscheinen; so oder anders dürfen die wesentlichen Wertungen aber nicht von der rechtsanwendenden Behörde selber ausgehen (BGE 143 II 162 E. 3.2.1).

**3.6** Im Bereich der Krankenzusatzversicherung und der Versicherungstarife beinhaltet die Wirtschaftsfreiheit insbesondere die Gestaltungsfreiheit der Versicherer bei der Festsetzung ihrer Prämien. Die Genehmigungspflicht der Tarife durch die Vorinstanz als Aufsichtsbehörde stellt daher unbestrittenermassen eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit des Versicherungsunternehmens dar (BGE 136 I 197 E. 4.4-4.6; vgl. Urteil des BGer 2C\_717/2017 vom 25. November 2019 E. 6 ff.). Das Bundesgericht hatte bereits Gelegenheit, die Verfassungsmässigkeit eines derartigen Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit der Versicherer zu überprüfen. So beurteilte es den durch eine Anwendung von Art. 117 Abs. 2 AVO im Kontext der Genehmigung von Tariferhöhungen verursachten Eingriff als zulässig (Urteil 2C\_717/2017 E. 6.3 f.). Dem Sachverhalt jenes Urteils lag der Fall eines Versicherungsunternehmens zu Grunde, das bestimmten neuen Versicherten massive, rein kommerziell begründete Rabatte gewähren und die Mindereinnahmen der technischen Rechnung des betreffenden Produkts verbuchen wollte. Das Bundesgericht führte in seinem Urteil aus, im Bereich der Krankenzusatzversicherungen bestehe, im Gegensatz zur Grundversicherung, kein Versicherungszwang, weshalb dem Abschluss des Vertrages eine Prüfung des Gesundheitszustands des zu Versichernden vorangehe. Daraus folge, dass bei einer Änderung der Vertragsbedingungen der Versicherte zwar grundsätzlich die Wahl habe, zu anderen Versicherern zu

wechseln, der Wechsel jedoch wegen Gesundheitsvorbehalten faktisch erschwert sei. Insbesondere bei Alten und chronisch Kranken spiele daher der Markt nicht. In solchen Fällen ermögliche die tatsächliche Verhandlungsmacht des Versicherers diesem, den Vertragsinhalt und somit die Höhe der Prämie beim Abschluss eines Vertrages praktisch zu diktieren. Die der FINMA durch Art. 38 VAG eingeräumte Präventivkontrolle der Tarife setze voraus, dass sie bei Feststellung missbräuchlicher Tarife das Recht habe, Korrekturen anzuordnen. Damit werde nicht einer faktischen Angemessenheitskontrolle der Tarife das Wort geredet, sondern es gehe darum, gewisse, insbesondere aus sozialpolitischen Gründen unerwünschte Tarifgestaltungen zu unterbinden (Urteil 2C\_717/2017 E. 5.3). Die Vorgabe, dass die Prämien nicht so festgesetzt werden dürften, dass versicherungstechnisch nicht begründbare, erhebliche Ungleichbehandlungen entstünden, schalte den Preiswettbewerb zwischen den verschiedenen Versicherungsunternehmen nicht aus, weshalb der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit lediglich als leicht zu qualifizieren sei. Art. 117 Abs. 2 AVO stelle dafür eine hinreichende Grundlage dar (Urteil 2C\_717/2017 E. 6.4). Mit dieser Verordnungsbestimmung sollten sozialpolitische Ziele verfolgt werden, es solle insbesondere verhindert werden, dass gewisse Versicherungsnehmer, wie Alte oder chronisch Kranke, bei der Prämiengestaltung erheblich benachteiligt würden. Dieses Anliegen stehe im öffentlichen Interesse und es sei 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 auch erforderlich sei (Urteil 2C\_717/2017 E. 6.5).

Bereits in einem früheren Urteil zu einer anderen Bestimmung der Aufsichtsverordnung untersuchte das Bundesgericht vorfrageweise die Verfassungs- und Gesetzmässigkeit von Art. 156 AVO (BGE 136 I 197).

Art. 156 AVO sieht vor, dass ein Versicherungsunternehmen den Versicherten eines geschlossenen Bestands das Recht anbieten muss, in einen möglichst gleichwertigen Versicherungsvertrag aus einem offenen Bestand des Versicherungsunternehmens zu wechseln. Sinn und Zweck von Art. 156 AVO ist es zu verhindern, dass Versicherungsunternehmen ihre Marketing- und Vertriebsaktivitäten auf junge, „gute“ Risiken ausrichten und zur Finanzierung dieser Aktivitäten bei den „gefangenen Beständen“ (Ältere, chronisch Kranke) Prämien abschöpfen. „Gefangene Bestände“ entstehen, wenn Versicherungsunternehmen jungen, gesunden Versicherungsnehmern neue Produkte zu günstigeren Prämien anbieten, die mit den bereits bestehenden Produkten weitgehend identisch sind, die sie aber

den bisherigen Versicherten mit höherem Krankheitsrisiko nicht anbieten. Diese bisherigen Versicherten verbleiben damit in ihrem bisherigen Bestand, der in der Folge nicht mehr erweitert wird (sog. geschlossener Bestand). Stossen keine guten Risiken mehr zum Bestand, kann dies dazu führen, dass die Prämientarife massiv ansteigen, was wiederum zur Folge haben kann, dass die Zusatzversicherung für derartige Versicherungsnehmer unerschwinglich wird, obwohl sie während langer Zeit Prämien bezahlt haben. Durch die Bestimmung von Art. 156 AVO sollen solche unerwünschten Ergebnisse vermieden werden, indem Versicherungsnehmern geschlossener Bestände das Recht eingeräumt wird, anstelle ihres bisherigen einen möglichst gleichwertigen Einzelvertrag aus einem offenen Bestand des betreffenden oder eines zur gleichen Gruppe gehörenden Versicherungsunternehmens zu beanspruchen (Eidgenössisches Finanzdepartement, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, Neue Fassung vom 24. Februar 2009, Ziff. 2.2.27; BGE 136 I 197 E. 4.1)

In seinem Urteil führte das Bundesgericht 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 (BGE 136 I 197 E. 4.1, 4.3.1). 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 durch Art. 156 AVO 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 (BGE 136 I 197 E. 4.4.1 ff.).

**3.7** Sowohl Art. 117 Abs. 2 AVO wie auch Art. 156 AVO wurden somit bereits höchstrichterlich auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft und der dadurch verursachte Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit eines Krankenzusatzversicherers als zulässig beurteilt.

Art. 117 Abs. 1 Bst. c AVO, auf den sich die Vorinstanz im vorliegenden Fall stützt, war zwar noch nicht Gegenstand der höchstrichterlichen Beurteilung. Gemäss dieser Bestimmung werden Vertragsbestimmungen, welche eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen, als missbräuchlich eingestuft. Die Nichtgenehmigung von Tarifen, welche missbräuchlich im Sinn dieser Bestimmung sind, ist von der Schwere des Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit des Krankenversicherers her ohne Weiteres mit den Fällen vergleichbar, die das Bundesgericht in den genannten Urteilen zu beurteilen hatte, weshalb auch vorliegend von einem leichten Eingriff auszugehen ist.

Eine andere Frage ist, ob Art. 117 Abs. 1 Bst. c AVO hinreichend konkret ist, um die Auslegung der Vorinstanz und den daraus resultierenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin in einer dem Legalitätserfordernis genügenden Weise zu begründen.

**3.8** Wie dargelegt verlangt das Legalitätsprinzip eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze, wobei der Grad der erforderlichen Bestimmtheit 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 abhängt. Für leichtere Eingriffe genügt eine kompetenzkonform erlassene Regelung in einer Verordnung. Die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot sind weniger streng, wenn eine stark technische Materie oder unterschiedlich gelagerte Sachverhalte zu regeln sind, bei denen im Interesse einer sachgerechten Flexibilität Differenzierungen im Anwendungsfall angebracht erscheinen. Die wesentlichen Wertungen dürfen dabei aber nicht von der rechtsanwendenden Behörde selber ausgehen (vgl. E. 3.5 hievor).

Das FINMA-Rundschreiben 2010/3 selbst stellt keine dem Legalitätsprinzip genügende Grundlage dar, da das Rundschreiben, wie dargelegt, kein Rechtssatz ist, sondern lediglich eine Orientierung über die zu gewärtigende Praxis der Vorinstanz selbst.

Art 117 Abs. 1 Bst. c AVO bezeichnet die Verwendung von Vertragsbestimmungen, welche eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen, als missbräuchlich. Diese Bestimmung ist sehr viel unbestimmter und auslegungsbedürftiger als die Bestimmungen von Art. 117 Abs. 2 und 156 AVO, welche Gegenstand der dargelegten höchstrichterlichen Beurteilung waren. Dass eine über die exogene Teuerung hinausgehende Tarifanpassung zu einer der Vertragsnatur erheblich widersprechenden Verteilung von Rechten und Pflichten führe, ist nicht gleich offensichtlich, wie dass versicherungstechnisch nicht begründbare erhebliche Unterschiede bei der Prämiengestaltung eine juristisch oder versicherungstechnisch nicht begründbare erhebliche Ungleichbehandlung darstellen. Ob Art. 117 Abs. 1 Bst. c AVO genügend bestimmt ist, um die Auslegung der Vorinstanz und den daraus resultierenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin in einer dem Legalitätserfordernis genügenden Weise zu begründen, ist daher etwas fraglich.

Diese Frage kann indessen im vorliegenden Fall offengelassen werden.

**3.9** Wie bereits dargelegt, verbietet Art. 117 Abs. 2 AVO versicherungstechnisch nicht begründbare erhebliche Ungleichbehandlungen, und Art. 156 AVO sieht vor, dass ein Versicherungsunternehmen den Versicherten eines geschlossenen Bestands das Recht anbieten muss, in einen möglichst gleichwertigen Versicherungsvertrag aus einem offenen Bestand des Versicherungsunternehmens zu wechseln. In ihrer Kombination begründen die Bestimmungen von Art. 117 Abs. 2 AVO und Art. 156 AVO damit einen Rechtsanspruch der Versicherten, auch im fortgeschrittenen Alter ihre Versicherung fortführen zu können zu Prämien, die einem offenen, weiterhin kommerzialisierten Produkt entsprechen, ohne dass sie dabei im Vergleich mit anderen Versicherten des gleichen Produkts erheblich höhere Prämien bezahlen müssen, als versicherungstechnisch begründbar ist.

Wenn ein Versicherungsunternehmen seine Marketingaktivitäten auf junge, gute Risiken ausrichtet und diesen neue Produkte zu günstigeren Prämien anbietet, ist das zwar aus der eigenen Sicht des Versicherungsunternehmens verständlich. Allerdings führt dieses Verhalten dazu, dass die Bestände in den bisherigen Produkten entsprechend weniger Neuzugänge erhalten und daher zunehmend überaltern, was wiederum die Schadenquote des Produkts erhöht. Da das Versicherungsunternehmen diese Veränderung der Schadenquote indessen selbst verursacht hat durch seine Marketingstrategie, mit der es den dargelegten, aus Art. 117 Abs. 2

AVO und Art. 156 AVO fliessenden Rechtsanspruch der älteren Versicherten zu umgehen versucht, wäre es missbräuchlich, die aus einer derartigen Überalterung des Bestands resultierende Unterdeckung durch eine Prämienhöhung auf die Versicherten zu überwälzen.

Im vorliegenden Fall kann offengelassen werden, ob jede Prämienhöhung, die über die exogene Teuerung hinausgeht, missbräuchlich ist, wie das die Vorinstanz in Auslegung von Art. 117 Abs. 1 Bst. c AVO geltend macht. Der Vorinstanz ist indessen insoweit zu folgen, als sie davon ausgeht, dass eine Prämienhöhung, die wesentlich über die exogene Teuerung, das heisst die allgemeine Teuerung der für diese Art Produkt typischerweise relevanten Gesundheitsleistungen, hinausgeht, jedenfalls die Vermutung begründet, dass der wesentliche Grund dafür im Umstand zu suchen ist, dass der Bestand des entsprechenden Produkts nicht mehr demjenigen eines offenen, weiterhin kommerzialisierten Produkts entspricht, sondern bereits wesentlich überaltert ist und zu viele gefangene Versicherte beziehungsweise überproportional viele schlechte Risiken enthält. Ausgehend von den grundsätzlichen Wertungen der Bestimmungen von Art. 117 Abs. 2 AVO und Art. 156 AVO, deren Gesetz- und Verfassungsmässigkeit, wie dargelegt, höchstrichterlich geprüft und bestätigt sind, ist davon auszugehen, dass es missbräuchlich wäre, die aus einer derartigen Bestandsveränderung resultierende Unterdeckung durch eine Prämienhöhung zu kompensieren und so auf die Versicherten zu überwälzen.

Dem Versicherungsunternehmen muss dabei aber der Nachweis offenstehen, dass diese Vermutung im konkreten Einzelfall nicht zutrifft und die Erhöhung der Schadenquote nicht auf eine zunehmende Überalterung des Produktbestands, sondern auf andere Gründe zurückzuführen ist.

#### 4.

In Bezug auf das Produkt "A. \_\_\_\_\_" ging die Vorinstanz davon aus, dass dieses zur Kategorie "Anderes Ambulantprodukt" gehört. Sie ermittelte in der Folge die exogene Teuerung praxisgemäss auf Basis der in den letzten sechs Jahren (von 2015 bis 2020) auf dem Markt beobachteten Durchschnittswerte für diese Produktkategorie. Aufgrund der von ihr beobachteten Teuerungen der letzten 6 Jahre (2015: 3.2%, 2016: 2.8%, 2017: 1.8%, 2018: 1.5%, 2019: 6.6% und 2020: -5.6%) berechnete die Vorinstanz einen Mittelwert von 1.7%. Zu Gunsten der Beschwerdeführerin berücksichtigte sie noch einen Sicherheitszuschlag von 0.3%, um den Unsicherheiten in der Ermittlung Rechnung zu tragen.

**4.1** Die Beschwerdeführerin bestreitet die Einordnung des Produkts in die Kategorie "Anderes Ambulantprodukt" nicht. Sie argumentiert, die exogene Teuerung sei produktbezogen und nicht über einen Marktdurchschnitt zu definieren. Eine marktbezogene Bestimmung der exogenen Teuerung sei weder sachlich vertretbar noch rechtlich zulässig. Zudem habe der Ansatz der marktexogenen Teuerung unerwünschte Wirkungen und führe schrittweise in die Verlustzone und zu unnötigen Prämien erhöhungen. Für das Produkt "A. \_\_\_\_\_" würden schon zum jetzigen Zeitpunkt die Prämien nicht ausreichen, um die Schadenzahlungen und die Verwaltungskosten zu decken. Da das technische Ergebnis dieses Produkts für das Unternehmen schon jetzt Verluste produziere, werde sich diese Situation künftig aufgrund der Bestandsentwicklung noch verschlimmern, insbesondere, weil der Anteil älterer Versicherter sukzessive ansteige. Der Bestand des Produkts "A. \_\_\_\_\_" enthalte einen wesentlichen Anteil an nicht gefangenen Versicherten. In den letzten Jahren seien jährlich mehr als 4'000 Neuabschlüsse im Altersband von 0 bis 70 erfolgt, wobei die meisten Abschlüsse in den jungen Altersklassen angefallen seien. Der Bestand bis 50 Jahre sei dabei als gesund beziehungsweise wechselfähig einzustufen. Die gefangenen Versicherten bezahlten bei diesem Produkt die gleiche Prämie wie die nicht gefangenen Versicherten.

**4.2** Die Beschwerdeführerin behauptet zwar einerseits, dass der Bestand des Produkts "A. \_\_\_\_\_" einen wesentlichen Anteil an nicht gefangenen Versicherten enthalte. Aus ihren Gesuchsunterlagen ergibt sich indessen, dass der Bestand des Produkts "A. \_\_\_\_\_" zu rund 55.6% der Alterskategorie 51+ angehört, zu rund 30.1% sogar der Alterskategorie 66+. Es ist unbestritten, dass Versicherte ab einem Alter von ca. 50 Jahren als nicht mehr wechselfähig beziehungsweise als gefangen einzustufen sind, geht doch auch die Beschwerdeführerin selbst ausdrücklich von dieser Annahme aus.

Der Bestand des Produkts "A. \_\_\_\_\_" besteht daher bereits jetzt überwiegend aus gefangenen Versicherten. Auch wenn das Produkt im entscheiderelevanten Zeitpunkt noch nicht als geschlossen anzusehen war, entwickelt der Bestand sich unbestrittenermassen in diese Richtung. Auch die Beschwerdeführerin geht offenbar nicht davon aus, dass dies ein vorübergehender Zustand und die Entwicklung umkehrbar ist, sondern sie erwartet nach ihren eigenen Angaben, dass sich diese Bestandsentwicklung verschlimmern und der Anteil älterer Versicherter sukzessiv ansteigen werde.

Wie bereits dargelegt, begründet eine Teuerung, die wesentlich über der relevanten exogenen Teuerung liegt, die Vermutung, dass der Bestand des entsprechenden Produkts bereits derart überaltert ist, dass es missbräuchlich wäre, die daraus resultierende Unterdeckung durch eine Prämienerrhöhung auf die Versicherten zu überwälzen (vgl. E. 3.9 hievon). Dem Versicherungsunternehmen steht dabei zwar der Nachweis offen, dass diese Vermutung im konkreten Einzelfall nicht zutrifft und die Erhöhung der Schadenquote nicht auf eine Überalterung des Produktbestands, sondern auf andere Gründe zurückzuführen ist. Im vorliegenden Fall liegt die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Erhöhung der Schadenquote signifikant über der von der Vorinstanz auf dem Markt für andere Ambulantprodukte beobachteten exogenen Teuerung, doch hat die Beschwerdeführerin keine nachvollziehbaren Gründe dargetan oder gar belegt, welche diese Diskrepanz anders erklären würden als mit der bereits fortgeschrittenen Überalterung des Bestands. Damit hat sie die dargelegte Vermutung nicht widerlegt.

**4.3** Wenn die Vorinstanz daher die beantragte Tarifierhöhung für das Produkt "A. \_\_\_\_\_", soweit dabei der Mittelwert der auf dem Markt beobachteten exogenen Teuerung der letzten sechs Jahre für Ambulantprodukte wesentlich, das heisst um mehr als die von ihr angewandte Marge von 0.3 Teuerungsprozente, überschritten wird, als missbräuchlich einstufte und nicht genehmigte, ist das daher nicht zu beanstanden.

## **5.**

Das Produkt "B. \_\_\_\_\_" ordnete die Vorinstanz der Kategorie der "Langzeitpflegeprodukte" zu. Eine Berechnung der exogenen Teuerung auf Basis des Gesamtmarktwerts dieser Produkte erachtete sie jedoch als un Zweckmässig, weil diese Produkte häufig als Summenversicherungen ausgestaltet seien. Sie nahm daher eine Einzelfallprüfung vor und genehmigte das Gesuch lediglich im Rahmen des Eventualantrags im Umfang von 2.5%. Dabei berücksichtigte sie die exogene Teuerung, die nach der letzten Tarifieranpassung eingetreten war. Sie wies dagegen den Hauptantrag der Beschwerdeführerin insoweit ab, als diese auch die bereits vor der letzten Tarifieranpassung eingetretene Teuerung im Umfang von 8.2% berücksichtigen wollte.

**5.1** Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, dass die Versicherungsunternehmer grundsätzlich und vorbehältlich eines definitiven Verzichts ihrerseits gehalten seien, die eingetretene Teuerung zu berücksichtigen. An-

ders würde es sich verhalten, wenn erhebliche und ausserordentliche Stornorisiken drohten und die Vorinstanz eine entsprechende Staffellung bzw. Etappierung angeordnet hätte, was vorliegend weder der Fall sei noch geltend gemacht werde. Nachträgliche Tarifierpassungen aufgrund der Teuerung in der Vergangenheit seien als treuwidrig und missbräuchlich einzustufen, da im Ergebnis mit zu tiefen Prämien Versicherte zum Vertragsabschluss oder zum weiteren Verbleiben im Bestand motiviert würden, welche danach nach einer nachträglichen Prämienenerhöhung faktisch nicht mehr die Möglichkeit hätten, den Versicherer zu wechseln. Bei einer Tarifierpassung müssten die Versicherungsnehmer davon ausgehen können, dass im überarbeiteten Tarif die Veränderung der technischen Grundlagen abgebildet worden sei. Weiter sah die Vorinstanz keinen Grund für eine ausnahmsweise Zulassung einer über die exogene Teuerung hinausgehenden Tarifierhöhung, da die Beschwerdeführerin für das geschlossene Produkt "B. \_\_\_\_\_" kein Übertrittsrecht anbiete.

**5.2** Die Beschwerdeführerin hält die Berücksichtigung nur der nach der letzten Tarifierpassung eingetretenen Teuerung für nicht sachgerecht und rechtlich unzulässig. Ein tatsächlicher Missbrauchsvorfall läge dann vor, wenn Versicherungsnehmer mit tiefen (allenfalls nicht kostendeckenden) Prämien angelockt würden und die Prämien zu einem späteren Zeitpunkt, zu dem ein Wechsel für sie nicht mehr möglich sei, erhöht würden. Sie wirft der Vorinstanz vor, sie habe im hier zu beurteilenden Fall das tatsächliche Vorliegen eines derartigen Missbrauchsfalls nicht behauptet, sondern lediglich sinngemäss ausgeführt, dass Missbrauch bei einer nachträglichen Kompensation der Teuerung theoretisch möglich wäre. Aus Sicht der Beschwerdeführerin sollten in der Vergangenheit nicht durch Prämienanpassung kompensierte Teuerungen grundsätzlich immer berücksichtigt werden, insbesondere, wenn sich die Rentabilität eines Produkts stark verschlechtere.

**5.3** Die Beschwerdeführerin beziffert die Teuerung der Jahre 2018 bis 2020, die sie berücksichtigt haben möchte, nicht näher. Sie stuft das Produkt "B. \_\_\_\_\_" indessen als "Anderes Ambulantprodukt" ein, was gemäss der Aufstellung der Vorinstanz eine Teuerung von durchschnittlich rund 0.83% pro Jahr für die Jahre 2018 bis 2020 bedeuten würde.

**5.4** Es ist unbestritten, dass der Bestand des Produkts "B. \_\_\_\_\_" seit 31. Dezember 2016 als geschlossen gilt. Die Vorinstanz macht auch gar nicht konkret geltend, dass sich in diesem Bestand eine relevante Anzahl

von Versicherten befinde, die ihren Vertrag erst nach der letzten Prämien-erhöhung per 1. Januar 2021 abgeschlossen haben. Das Argument der Vorinstanz, wonach sie die nachträgliche Kompensation der Teuerung vor der letzten Tarifierung für missbräuchlich hält, weil die Versicherungs-unternehmen so die Versicherten mit "Lockvogelangeboten" bzw. "Dum-pingpreisen" initial ködern könnten, um nachträglich Prämien-erhöhungen einseitig durchzusetzen, ist daher auf den vorliegenden Fall nicht anwend-bar.

**5.5** Die Beschwerdeführerin führte im vorinstanzlichen Verfahren aus, die letzte Prämien-erhöhung für dieses Produkt sei per 1. Januar 2021 erfolgt. Diese Prämien-erhöhung habe bezweckt, die auf 2021 prognostizierte exo-gene Teuerung von 2.0% zu kompensieren. In Anbetracht der guten durch-schnittlichen Combined Ratio der Jahre 2017 bis 2019 von 90.6% sei auf eine stärkere Prämien-erhöhung verzichtet worden. Im Jahresabschluss 2020 hätten sich der prognostizierte höhere Bedarf an Alterungsrückstel-lungen und die erwarteten Verluste realisiert. Die Combined Ratio habe im Jahr 2020 105.6% betragen und sich aus der hohen Schadenquote von 86.9% und den eingerechneten Verwaltungskosten zusammengesetzt. Für 2021 und 2022 werde eine ähnlich hohe Schadenquote erwartet. Ohne Prämienanpassung sei mit einem weiteren starken Anstieg des Bedarfs an Alterungsrückstellungen zu rechnen.

**5.6** Wenn ein Versicherungsunternehmen, das seine Prämien-erhöhungen der Vorinstanz zur Genehmigung unterbreitet und diese Genehmigung er-halten hat, in späteren Jahren geltend macht, diese Prämie sei eigentlich zu niedrig gewesen, weil sie nicht allen möglichen Erhöhungsgründen Rechnung getragen habe, und diese früheren Erhöhungsgründe im Kon-tekst einer späteren Prämien-erhöhung nachholen will, stellt sich die Frage, ob die Rechtsbeständigkeit jener früheren Genehmigungsverfügung einer späteren Thematisierung dieser Erhöhungsgründe entgegensteht. Diese Frage ist differenziert zu beantworten. Da die Vorinstanz die Prämienhöhe nicht selbst verfügt, sondern lediglich die von den Versicherungsunterne-hmen selbst beantragten Prämien-erhöhungen einer Missbrauchskontrolle unterzieht und gegebenenfalls genehmigt, ist die Frage, ob die genehmigte Prämienhöhe alle zulässigen Erhöhungsgründe berücksichtigt, nicht zwin-gend Gegenstand einer derartigen Genehmigungsverfügung. Genehmigt die Vorinstanz die beantragte Prämienhöhe nicht und verlangt eine Reduk-tion, bevor sie die Prämie genehmigt, so ist die Frage der maximal zuläs-sigen Prämienhöhe als für jenes Jahr rechtskräftig verfügt anzusehen. So-fern indessen, wie im vorliegenden Fall, die beantragten Prämien damals

genehmigt wurden, ohne dass diese Frage thematisiert worden wäre, steht die Rechtsbeständigkeit der Genehmigungsverfügung der Vorinstanz einer späteren Berücksichtigung von früheren, aber damals noch nicht berücksichtigten Erhöhungsgründen nicht grundsätzlich entgegen.

**5.7** Im vorliegenden Fall ergibt sich indessen aus der Darlegung der Beschwerdeführerin selbst, dass sie im Produkt "B. \_\_\_\_\_" in den Jahren 2017 bis 2019 eine durchschnittliche Combined Ratio von 90.6% erzielt hat. Der Bestand dieses Produkts ist aber seit Ende 2016 geschlossen. 92% der Versicherten dieses Bestands wiesen im Jahr 2020 ein effektives Alter von über 75 Jahren auf. Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin den Versicherten dieses geschlossenen Bestands kein Übertrittsrecht zugestanden hat.

Art. 156 AVO sieht vor, dass ein Versicherungsunternehmen den Versicherten eines geschlossenen Bestands das Recht anbieten muss, in einen möglichst gleichwertigen Versicherungsvertrag aus einem offenen Bestand des Versicherungsunternehmens zu wechseln. Die ratio legis dieser Bestimmung basiert auf der versicherungsmathematischen Annahme, dass sich in einem geschlossenen Bestand, dem keine guten Risiken mehr zugeführt werden, der Anteil von Versicherten mit höherem Krankheitsrisiko stetig erhöht, so dass auch die Schadenquote und damit die versicherungstechnisch begründbare Prämie der Versicherten in diesem Bestand schneller steigt als diejenige von Versicherten der gleichen Altersgruppe in einem offenen Bestand eines vergleichbaren Produkts. Wenn ein Versicherungsunternehmen, ohne den betroffenen Versicherten ein Übertrittsrecht im Sinn von Art. 156 AVO einzuräumen, das Produkt als geschlossenen Bestand weiterführt, begründet dies offensichtlich eine Situation mit einem Missbrauchsrisiko im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. Urteil 2C\_717/2017; BGE 136 I 197; vgl. vorne E. 3.6). Die Weiterführung eines geschlossenen Bestands kann daher über kurz oder lang nur dazu führen, dass das Versicherungsunternehmen entweder Prämien in missbräuchlicher Höhe verlangen muss oder zunehmende Verluste erzielt. Soweit die verlangten Prämien in einem geschlossenen Bestand ohne Übertrittsmöglichkeit wesentlich höher sind als die Prämien für Versicherte der gleichen Altersklasse in einem vergleichbaren offenen Produkt, sind solche Prämien daher als missbräuchlich einzustufen.

Es ist aktenkundig, dass das Produkt "B. \_\_\_\_\_" seit Ende 2016 geschlossen ist und dessen Bestand damals zu über 92% aus Versicherten

im Alter von über 70 Jahren bestand, das heisst aus besonders schutzbedürftigen Versicherten im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. vorne E. 3.6). Wenn die Beschwerdeführerin für dieses Produkt in den auf 2016 folgenden drei Jahren eine durchschnittliche Combined Ratio von 90.6% erzielte, also eine versicherungstechnische Gewinnmarge von fast 10%, ist offensichtlich davon auszugehen, dass die Prämien dieses Produkts in jenen Jahren missbräuchlich hoch gewesen sein müssen. Die Annahme liegt nahe, dass die Beschwerdeführerin auch selbst davon ausging, dass in diesen Jahren ein Antrag auf Genehmigung einer Prämienerrhöhung die Missbrauchskontrolle der Vorinstanz nicht bestehen würde, selbst wenn er mit der Teuerung dieser Jahre begründet worden wäre, und deshalb von sich aus darauf verzichtete, einen solchen Antrag zu stellen.

**5.8** Für einen allfälligen "Nachholbedarf" bezüglich der Teuerung in den Jahren 2018 bis 2020 im Kontext der streitgegenständlichen Prämienerrhöhung auf den 1. Januar 2022 ist nach dem Gesagten offensichtlich kein Raum.

**5.9** Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz eine weitere Erhöhung der Prämien des Produkts "B. \_\_\_\_\_" um die Teuerung der Jahre 2018 bis 2020 nicht genehmigt hat.

## **6.**

Ist die angefochtene Verfügung nicht zu beanstanden, so besteht kein Anlass, sie aufzuheben. Ob die von der Beschwerdeführerin mit ihrem Beschwerdebegehren 3 beantragte Feststellung als Konkretisierung des Beschwerdebegehrens 2 oder als Eventualbegehren dazu aufzufassen ist, kann daher offengelassen werden.

## **7.**

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

**8.**

**8.1** 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<sup>bis</sup> 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.

**8.2** 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. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss von Fr. 25'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 15'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Eva Schneeberger

Corrado Bergomi

**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 Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 18. Juni 2024

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular "Zahladresse");
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde).