



---

Abteilung II  
B-8800/2010

## **Urteil vom 21. November 2012**

---

Besetzung

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

---

Parteien

A.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

B.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Tarifgenehmigung in der Privatversicherung (...).

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

A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer) ist Versicherungsnehmer der B.\_\_\_\_\_ (Beschwerdegegnerin).

Mit Tarifeingabe vom (...) 2010 bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (Vorinstanz) beantragte die Beschwerdegegnerin die Genehmigung von Tarifierpassungen bei bestehenden Krankenzusatzversicherungen, darunter bei der (...).

Mit Verfügung vom (...) 2010 genehmigte die Vorinstanz die vorgesehenen Tarifierpassungen. Die Verfügung wurde am (...) 2010 auszugsweise im Bundesblatt Nr. (...) publiziert.

**B.**

Mit Eingabe vom (...) 2010 erhebt der Beschwerdeführer Beschwerde gegen diese Verfügung, soweit sie sich auf die (...) -zusatzversicherung (...) bezieht, und beantragt deren Rückweisung. In prozessualer Hinsicht beantragt er Einsicht in die Akten der Beschwerdegegnerin zu den Berechnungsgrundlagen für die Tarifierpassung für die (...) -zusatzversicherungs-Prämien 2011. Weiter beantragt er eine übergeordnete behördliche Kontrolle (Audit) betreffend die Arbeitsweise der Vorinstanz im Genehmigungsverfahren bei Tarifierpassungen im Segment der (...) -zusatzversicherungen sowie die Neuberechnung der Tarife für das Jahr 2011 auf der Grundlage der tatsächlichen Kostenentwicklung im Gesundheitswesen gemäss Bundesamt für Statistik unter Berücksichtigung der effektiven, durchschnittlichen Kostensteigerung von 3.1% bei der stationären Behandlung seiner Altersgruppe.

Zur Begründung führt er an, dass zum dritten Mal im Zeitraum 2009-2011 die Prämien für die (...) -zusatzversicherung (...) im zweistelligen Prozentbereich erhöht worden seien. Unter Berücksichtigung des leistungsfreien Rabattes von 20% habe diese Erhöhung im Jahr 2009 23.7%, im Jahr 2010 15.4% und für das Jahr 2011 15.2% betragen. Für die Altersgruppe 71-75 und auf der Indexbasis 2008 entspreche dies einem Prämienzuwachs von 64.7% in drei Jahren. Diese Prämienexplosion stehe in keinem realistischen Verhältnis zur Gesamtkostenzunahme im Gesundheitswesen. Im Fünfjahresvergleich betrage die durchschnittliche jährliche Kostenzunahme im Gesundheitswesen für die statistisch verfügbaren Jahre (2004-2008) 3.5%. Für die Altersgruppe 66-100 belaufe sich die

Kostenzunahme für stationäre Behandlung im Durchschnitt dieser fünf Jahre auf 3.1% p.a.

Seit der Abkoppelung der Versicherungsdeckung im Bereich 'Privatversicherung' 1996 könnten Versicherte im Alter von über 65 Jahren die Versicherung nicht mehr ohne Gesamtverlust der Deckung kündigen. Die Versicherer nutzten ihre Monopolstellung aus und genössen freie Hand in der Tarifgestaltung.

Seine Interventionen bei der Beschwerdegegnerin und seine Anfrage zur Offenlegung der Kalkulationsunterlagen für die Tarifierung des Produktes seien damit abgetan worden, dass die Prämienhöhung mit der Änderung der Altersgruppe zu tun habe, die Parameter für die Berechnung geheim seien und die jährlichen Prämien gesetzeskonform bewilligt worden seien. Die Vorinstanz, die die Versicherungsnehmer vor Missbrauch schützen sollte, habe auf seine Anfrage nur festgehalten, dass sie sich nach dem Gesetz richte und dass kein Akteneinsichtsrecht gewährt werden könne. Sie sei nicht bereit, auch nur ansatzweise eine Stellungnahme zu den diskriminierenden Prämienhöhungen abzugeben.

### **C.**

Mit Beschwerdeantwort vom 14. März 2011 teilt die Beschwerdegegnerin mit, dass sie vorerst auf eine materielle Beschwerdeantwort verzichte, weil diese eine Wiederholung der im Rahmen eines Pilotfalles gemachten Ausführungen darstellen würde. Sie behält sich aber weitere Ausführungen je nach Ausgang jenes Verfahrens vor. Ihrer Beschwerdeantwort legt sie die Kopien von drei Policen des Beschwerdeführers bei. In Bezug auf die Akteneinsicht beantragt sie, dass nur jene Teile der Dokumentationen offengelegt werden, die den Streitgegenstand betreffen und ihr Geschäftsgeheimnis nicht verletzen.

### **D.**

In ihrer Vernehmlassung vom 16. März 2011 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Der Antrag auf Akteneinsicht bezüglich Akten der Vorinstanz im Zusammenhang mit dem beantragten Audit über ihre Arbeitsweise im Tarifgenehmigungsverfahren sei abzuweisen respektive es sei nicht darauf einzutreten, da auch auf den zugrunde liegenden Antrag nicht eingetreten werden könne. Sie sei eine selbständige und unabhängige Aufsichtsbehörde deren Oberaufsicht den eidgenössischen Räten obliege. Das Bun-

desverwaltungsgericht sei nicht zuständig, ein Audit über ihre Arbeitsweise anzuordnen.

Insofern als der Antrag auf Akteneinsicht sich auf die Genehmigung der Tarifierhöhung beziehe, sei der Schutz der Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin berechtigt. Sie weist aber darauf hin, dass infolge der Beschwerde die Rechtsmittelinstanz den Entscheid über den Umfang der Einsicht und die Modalitäten einer indirekten Kenntnissgabe falle. Sofern die Akten Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin enthielten, liege es an ihr darzulegen, inwiefern diese schutzwürdig seien.

Ob sich eine Tarifierhöhung innerhalb des gesetzlichen Rahmens bewege, sei eine Ermessensfrage. Sie habe dieses Ermessen pflichtgemäss und unter Wahrung der verfassungsmässigen Grundsätze ausgeübt. Der Beschwerdeführer lege auch keine konkreten Hinweise dar, inwieweit ihr ein Ermessensfehler vorzuwerfen wäre.

#### **E.**

Mit Zwischenverfügung vom 17. März 2011 lud das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführer und die Vorinstanz ein, zum sinngemässen Antrag der Beschwerdegegnerin auf Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zum Entscheid in einem Parallelverfahren Stellung zu nehmen.

#### **F.**

Mit Eingabe vom 24. März 2011 erhob die Vorinstanz keine Einwände gegen eine Sistierung des Verfahrens.

#### **G.**

Am 29. März 2011 erklärte sich der Beschwerdeführer unter bestimmten Bedingungen mit einer Sistierung einverstanden. Im Sinne einer Replik führt er ergänzend aus, gemäss Wegleitung der Vorinstanz verlange diese bei Tarifierfassungsvorlagen eine detaillierte Begründung sowie Kalkulationsunterlagen im Umfang von 4 Excel-Tabellen. Es sei schleierhaft, wie sie allein auf Grund dieser Tabellen die entsprechenden Prämienhöhungsvorlagen und die Solvenz des ganzen Unternehmens beurteile. Die Vorinstanz gewähre ihm keine Einsicht in die Berechnungsgrundlagen, womit die Zweifel am Aufsichtsverfahren nur durch ein Spezialaudit beziehungsweise eine behördliche Kontrolle aus der Welt zu schaffen seien. Eine Untersuchung einer Geschäftsprüfungskommission auf Anordnung des Parlamentes sei diesbezüglich die ultimative Massnahme, falls sich die Vorinstanz nicht freiwillig zu ihrer Aufsichtspflicht äussere.

Die Akteneinsicht sei von erstrangiger Bedeutung. Ohne Einsicht in die Berechnungsgrundlagen sei kein Nachweis für eine fundierte Beanstandung möglich. Da bekannt sei, dass die Krankenversicherer die Grundversicherung jährlich mit zirka 1.6 Mia Franken über die Zusatzversicherung querfinanzierten, sei der Verdacht der Manipulation während den letzten Jahren zu Lasten der Zusatzversicherten erwiesen. Die Forderung nach Akteneinsicht in alle Excel-Daten für die Tarifanpassungsvorlage 2011, einschliesslich der bei der Beurteilung der Prämienhöhung angewendeten technischen Parameter, in die Bilanz und Erfolgsrechnung sowie in die Planzahlen der Beschwerdegegnerin sei daher selbstverständlich. Dass die Vorinstanz auf eine mögliche Verletzung des Geschäftsgeheimnisses bei der Beschwerdegegnerin aufmerksam mache, sei eine Schutzbehauptung ohne Grundlage, denn er könnte durch eine Geheimhaltungsklausel verbindlich verpflichtet werden.

#### **H.**

Mit Zwischenverfügung vom 4. April 2011 sistierte die Instruktionsrichterin das Verfahren bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids in einem Parallelverfahren.

#### **I.**

Am 29. September 2011 hob die Instruktionsrichterin die Sistierung des Verfahrens auf, stellte dem Beschwerdeführer eine anonymisierte Kopie des Urteils im Parallelverfahren zu und setzte ihm eine Frist für den Entscheid an, ob er an seiner Beschwerde festhalten oder diese zurückziehen wolle.

#### **J.**

Mit Eingabe vom 12. Oktober 2011 hält der Beschwerdeführer an seiner Beschwerde fest. Zur Ergänzung seiner Begründung führt er aus, die Beschwerdegegnerin habe eine Monopolstellung in diesem Versicherungssegment, welche sie schamlos und unkontrolliert ausnütze. Die Übervorteilung von Versichertengruppen in der Tarifgestaltung sei nur möglich, weil ein Versicherter ab Alter 65 (entgegen den Ansichten des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil B-7407/2009 im Parallelverfahren) die Zusatzversicherung nicht mehr wechseln könne, was allgemein bekannt sei. Er habe es selber im Jahr 2004 bei verschiedenen Versicherungsgesellschaften versucht, doch seien seine Anfragen abgelehnt worden. Von 2009 bis 2011 hätten die Prämienhöhungen für ihn und seine Frau indexiert insgesamt 64.7% oder in absoluten Zahlen CHF 655.20 pro Person betragen. Er beantrage nochmals Akteneinsicht in die Prü-

fungsunterlagen der Vorinstanz, in das budgetierte Kalkulationsschema der Beschwerdegegnerin auf Grund der Excel-Tabellen (...) zur Begründung der Tarifstruktur und in ihre Bilanz für die Geschäftsjahre 2009 und 2010.

#### **K.**

Mit Eingabe vom 31. Oktober 2011 hält die Vorinstanz an ihren Anträgen und Ausführungen fest.

#### **L.**

Mit Duplik vom 12. Dezember 2011 beantragt die Beschwerdegegnerin, die Beschwerde abzuweisen. Sie verweist auf ihre Korrespondenz mit dem Beschwerdeführer und hält fest, dass der Streitwert CHF 18.40 pro Monat, CHF 220.80 pro Jahr oder 15.54% betrage.

In Bezug auf die aufsichtsrechtliche Tarifgenehmigung und die Missbrauchsprüfung durch die Vorinstanz hält sie fest, dass diese über einen Ermessensspielraum verfüge, um die Solvenz des Unternehmens sicherzustellen und die Versicherten vor Missbrauch zu schützen. Zwischen der versicherungstechnisch genügenden und der übersetzten Prämie bestehe ein Spielraum. Die Vorinstanz dürfe nicht eine 'gerechte' Prämie festlegen und die Prämien auf deren Angemessenheit hin überprüfen. Vorliegend seien keine Missbrauchstatbestände erfüllt. Die Erhöhung der Prämie um 15.54% sei – wie vom Preisüberwacher konstatiert – nicht missbräuchlich. Vielmehr sei der Beschwerdeführer mit dem Jahreswechsel 2008-2009 in eine andere Altersgruppe (neu: 71-75 Jahre) gewechselt, was die Prämienerrhöhung für das Jahr 2009 erkläre.

Sie erhebe keine Einwände gegenüber der Einsicht des Beschwerdeführers in die Bilanzen für die Jahre 2009 und 2010. Durch eine allfällige Einsicht in die Kalkulationsgrundlagen für die Tarifgenehmigung dagegen würden ihre Rechte tangiert. Eine Einschränkung der Akteneinsicht sei zulässig, wenn wesentliche private Interessen insbesondere von Gegenparteien die Geheimhaltung erfordern und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt bleibe. Im Rahmen einer Interessenabwägung sei das Interesse einer Partei an der Akteneinsicht umso höher zu gewichten, je direkter sie durch das Verfahren in ihren persönlichen Verhältnissen betroffen sei. Sie habe das Recht, Dokumente aus dem Recht zu weisen oder Textpassagen abzudecken, wenn Geschäftsgeheimnisse betroffen seien, die wettbewerbsrelevant seien, und wenn der Beschwerdeführer nicht in seinen Rechten tangiert sei. Auch die Lehre gehe davon aus,

dass Geschäftsgeheimnisse, insbesondere Angaben über Geschäftsstrategien und Preiskalkulationen nicht offenbart werden dürften. Neben der Geheimhaltung dieser Dokumente beantrage sie auch, die Einsicht in die Statistiken zu verweigern, soweit es sich um absolute Zahlen handle. Relative Angaben (Prozentangaben) genügten, weil die Vorinstanz keine Einzelfallprämie festlege, sondern nur eine Solvenz- und Missbrauchsprüfung vornehme. Ihre Geheimhaltungsinteressen seien höher zu gewichten als das Interesse des Beschwerdeführers an der Einsicht in die Akten. Die Offenlegung von absoluten Zahlen und strategischen Überlegungen würde einen massiven Eingriff in ihre Geschäftsgeheimnisse darstellen.

**M.**

Mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 28. Dezember 2011 schildert der Beschwerdeführer den Sachverhalt seit 2008. Diese Vorgeschichte bilde einen integrierenden Bestandteil der Beschwerde. Die Beschwerdegegnerin habe ihm zwar rückwirkend für das Jahr 2009 einen Mehrjahres- und Krankenversicherungsrabatt ausgerichtet. Innerhalb von drei Jahren hätten die durchschnittlichen Kostensteigerungen im stationären Bereich aber 3.5% pro Jahr betragen, während diejenigen der Beschwerdegegnerin auf der Basis von 2008 im Durchschnitt 21.6% pro Jahr betragen hätten, was missbräuchlich sei, zumal mit den Einnahmen andere Sparten subventioniert würden.

**N.**

Mit Eingabe vom 7. Februar 2012 bezeichnete die Beschwerdegegnerin diejenigen Akten und Stellen in den Akten, die sie geheim halten wolle.

**O.**

Mit Verfügung vom 8. Februar 2012 gewährte das Bundesverwaltungsgericht dem Beschwerdeführer im von der Beschwerdegegnerin zugestandenem Umfang Einsicht in die Vorakten.

**P.**

Mit Eingabe vom 23. Februar 2012 hält der Beschwerdeführer fest, die zugestandene Akteneinsicht entspreche in keiner Weise seiner Forderung. Für eine betriebswirtschaftliche Beurteilung der Frage, ob bei der Tarifierung des Produktes versteckte Gewinnmargen in der Altersstufe 71-75 Jahre einkalkuliert worden seien, würde nur die vollständige Rechnungslegung für diese Sparte für alle Altersstufen und landesweit Aufschluss geben. Auch die Ist-Zahlen der Vorjahre 2009 und 2010 seien dafür nötig. Das Bundesverwaltungsgericht diskriminiere seine legitimen

Rechte auf eine vollständige Akteneinsicht mit Vergleichsmöglichkeiten und übernehme die Argumentation der Beschwerdegegnerin.

**Q.**

Mit Beschwerdeergänzung vom 26. April 2012 nimmt der Beschwerdeführer zur den erhaltenen Dokumenten zwecks Analyse der Tarifstruktur der Krankenzusatzversicherung für das Jahr 2011 Stellung. Die einsehbaren Unterlagen seien vollständig unbrauchbar. Kein Kalkulationsschema könne darauf vorgenommen werden und der Missbrauch der Monopolstellung durch die Beschwerdegegnerin könne nicht nachgewiesen werden.

Die Vorinstanz verstehe ihre Aufsichtspflicht nicht als Prüfungsauftrag, sondern lediglich als eine Ermessensfrage. Sie habe ihn belehrt, dass in diesem Versicherungsbereich Vertragsfreiheit bestehe und der Versicherte die Wahl habe, eine solche Versicherung überhaupt abzuschliessen, was mehr als zynisch sei. Das Versicherungsaufsichtsgesetz liefere keine Hinweise zur Definition oder Limitierung der Tarifierfassung einzelner Altersgruppen nach Regionen oder gar nach einzelnen Versicherungsprodukten und deren Gesamtheit. Die Vorinstanz ziehe keine Korrelation der Prämienhöhungen zu den eigentlichen Kosten-Parametern im Gesundheitswesen in Betracht.

Zur Akteneinsicht habe er ungefähr 3% der auf Stufe Erfolgsrechnung verfügbaren Daten auf Konzernebene und nur den Bruchteil eines Prozentes auf Stufe Konzernbilanz erhalten. Zwar seien einige Informationen zu finden gewesen. Hinweise auf die Methodik der Tarifikalkulation fehlten aber in den Tabellen. Die Ausgliederung der Krankenzusatzversicherung als privatrechtliche "Entity" habe bewirkt, dass die Marktkräfte im Senioren-Segment nicht mehr spielten und diese als Umverteilungsapparat diene. Auch der Preisüberwacher stelle fest, dass Korrekturen bei den höchsten Altersgruppen überproportional erschienen und überdacht werden müssten. Die Sache bleibe aber beim Schweizer Solvenz Test (SST) stecken, der für die Prüfung der Solvabilität verwendet und als Erklärung für ausufernde Prämienhöhungen missbraucht werde. Dessen finanzwirtschaftlichen Konsequenzen dürften aber nicht fallweise Bestandteil der Tarifikalkulation sein.

Die B.\_\_\_\_\_ veröffentliche keine separate Bilanz und Erfolgsrechnung für ihre Tochtergesellschaft, die Beschwerdegegnerin. Deren Geschäftsergebnisse würden konsolidiert, obschon anzunehmen sei, dass die fragliche Gesellschaft in diesem Segment bei weitem den höchsten Prämien-

erlös beisteuere. Die Bilanzkennzahlen könnten aber nicht zugeordnet werden, was gewollt sei. Es sei unschwer zu erraten, dass mit margengesteuerten Umlageschlüsseln eine Querfinanzierung auf Kosten der Senioren stattfinde, was durch Medienberichte bereits bekannt sei. Es sei auch nicht nachvollziehbar, warum die Beschwerdegegnerin für die Sparte der Krankenzusatzversicherung einen beinahe doppelt so hohen Betriebsaufwand aufweise wie für das obligatorische Krankenpflegeversicherungsgeschäft und mehr als dreimal so viel wie ihre Konkurrenz. Die Analyse der Bilanzkennzahlen bekräftige die Vermutung, dass die Gesellschaft die Prämien im Krankenzusatzversicherungssegment für die oberen Semester missbräuchlich kalkuliere.

Die Daten des Bundesamtes für Statistik (BfS) begründeten in keiner Weise eine zweistellige Prämienenerhöhung im Laufe der letzten Jahre. In einem zwischenbetrieblichen Vergleich habe auch die Comparis bestätigt, dass für seinen Jahrgang im Kanton (...) einzig die Beschwerdegegnerin zweistellige Prämienerschübe verzeichne. Von sieben weiteren namhaften Versicherungsunternehmen hätten sechs keine Prämienenerhöhung für das Produkt, weder für das Jahr 2011 noch für die beiden Vorjahre, vollzogen.

Insgesamt sei er dazu gezwungen worden, mühsame und zeitaufwändige Analysen und Vergleiche anzustellen. Diese bewiesen die betriebswirtschaftlich unbegründeten Tarifierhöhungen der Beschwerdegegnerin. Aufgrund des fehlenden Datenmaterials hätten aber wichtige Betriebskennzahlen und die Methodik des Aufsichtsverfahrens nicht angesprochen werden können. Die Aussagen der Analyse seien aber absolut beweisfähig. Neben der ungenügenden Kontrollaufsicht werde die Kostenumlage in einem manipulierbaren Profit-Center der Beschwerdegegnerin verschleiert und eine Monopolstellung unethisch ausgenutzt.

**R.**

Mit Eingabe vom 3. Mai 2012 hält die Beschwerdegegnerin vollumfänglich an den bisherigen Ausführungen fest.

**S.**

Mit Eingabe vom 25. Mai 2012 hält die Vorinstanz vollumfänglich am Antrag gemäss Stellungnahme vom 16. März 2012 fest und verzichtet auf weitere Ausführungen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

## 1.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit voller Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. Art. 7 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021]).

**1.1.** Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Tarifgenehmigung der Vorinstanz vom 28. September 2010. Diese stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG dar. Verfügungen der Vorinstanz unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31 und 33 Bst. e des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]). Ein Ausschlussgrund (Art. 32 VGG) liegt nicht vor.

**1.2.** Zur Beschwerde ist 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).

Vorliegend hat der Beschwerdeführer zwar nicht am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, dazu aber auch keine Möglichkeit erhalten. Tarife der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung sind Bestandteil des Geschäftsplans der Versicherungen und unterliegen der Bewilligung durch die zuständige Aufsichtsbehörde beziehungsweise die Vorinstanz. Die Versicherungsunternehmen sind verpflichtet, diesbezügliche Änderungen jeweils vor der Umsetzung der Vorinstanz zur Genehmigung zu unterbreiten (Art. 4 Abs. 2 Bst. r und 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 [Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG, SR 961.01]). Das Gesetz sieht nicht vor, dass beziehungsweise auf welche Weise allen Versicherten, auf die sich die betreffenden Tarifänderungen auswirken würden, die Möglichkeit einer Beteiligung im Verfahren der Tarifgenehmigung eingeräumt werden sollte. Eine derartige Beteiligung erschiene denn auch aus verschiedenen Gründen als offensichtlich problematisch. Das Gesetz geht vielmehr davon aus, dass diejenigen Versicherten, die aufgrund eines laufenden Versicherungsvertrags durch eine allfällige Tarifierhöhung betroffen sind, erst durch die auszugswise Publikation der Tarifgenehmigungsverfügung über das Verfahren informiert werden und in der Folge gegebenenfalls zur Beschwerde legitimiert sind (vgl. Art. 84 VAG).

Es ist aktenkundig und unbestritten, dass der Beschwerdeführer bei der Beschwerdegegnerin für das Produkt (...) für die Jahre 2010 und 2011 versichert ist. Er ist daher durch die angefochtene Verfügung insofern berührt, als die Tarifgenehmigung für ihn selbst zu einer Erhöhung der Prämien dieses Versicherungsproduktes führt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.691/2004 vom 17. Mai 2005 E. 1.2.1 mit weiteren Hinweisen; BGE 99 Ib 51 E. 1b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7407/2009 vom 7. Juli 2011, E.1.3).

**1.3.** Abgesehen von der teilweisen Aufhebung dieser Verfügung beantragt der Beschwerdeführer weiter eine übergeordnete behördliche Kontrolle (Audit) betreffend die Arbeitsweise der Vorinstanz im Genehmigungsverfahren bei Tarifanpassungen im Segment der (...) -zusatzversicherungen.

Der Streitgegenstand in einem Beschwerdeverfahren umfasst das durch die Verfügung geregelte Rechtsverhältnis, soweit dieses angefochten wird. Er wird durch zwei Elemente bestimmt: Erstens durch den Gegenstand der angefochtenen Verfügung (Anfechtungsgegenstand) und zweitens durch die Parteibegehren (vgl. dazu FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 42 ff. und 127 ff.; BGE 118 V 311 E. 3b mit Hinweisen). Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Gegenstände, über welche die Vorinstanz nicht entschieden hat und über welche sie nicht entscheiden musste, darf die Rechtsmittelinstanz nicht beurteilen.

Das Rechtsbegehren, eine übergeordnete behördliche Kontrolle (Audit) betreffend die Arbeitsweise der Vorinstanz durchzuführen, geht über die angefochtene Genehmigungsverfügung hinaus und liegt daher ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes. Auch ist das Bundesverwaltungsgericht nicht Aufsichtsbehörde der Vorinstanz und wäre daher nicht zuständig, eine derartige Kontrolle anzuordnen.

Auf dieses Beschwerdebegehren ist daher nicht einzutreten.

**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 und der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (Art. 52 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**1.5.** Auf die Beschwerde ist daher im dargelegten Umfang einzutreten.

## 2.

In prozessualer Hinsicht verlangt der Beschwerdeführer Akteneinsicht in die Vorakten, insbesondere in die Berechnungsgrundlagen betreffend die Tarifierung für die Prämien der (...) Zusatzversicherung 2011 einschliesslich der technischen Parameter, welche die Vorinstanz bei der Beurteilung der Prämienhöhe anwende, in die Bilanz und Erfolgsrechnung sowie in die Planzahlen der Beschwerdegegnerin. Er macht geltend, diese Akteneinsicht sei für ihn von erstrangiger Bedeutung, um seine Rechtsschriften zu begründen. Ohne Einsicht in die Berechnungsgrundlagen sei kein Nachweis für eine fundierte Beanstandung möglich. Da bekannt sei, dass die Krankenversicherer die Grundversicherung jährlich mit zirka 1.6 Mia Franken über die Zusatzversicherung querfinanzierten, sei der Verdacht der Manipulation während den letzten Jahren zu Lasten der Zusatzversicherten erwiesen. Die Forderung nach Akteneinsicht in alle Excel-Daten für die Tarifierungsvorlage 2011, einschliesslich der für bei der Beurteilung der Prämienhöhe angewendeten technischen Parameter, in die Bilanz und Erfolgsrechnung sowie in die Planzahlen der Beschwerdegegnerin sei daher selbstverständlich. Für eine betriebswirtschaftliche Beurteilung der Frage, ob bei der Tarifierung des Produktes versteckte Gewinnmargen in der Altersstufe 71-75 Jahre einkalkuliert worden seien, würde nur die vollständige Rechnungslegung für diese Sparte für alle Altersstufen und landesweit Aufschluss geben. Auch die Ist-Zahlen der Vorjahre 2009 und 2010 seien dafür nötig. Die behauptete Gefahr einer Verletzung von Geschäftsgeheimnissen der Beschwerdegegnerin, sei eine reine Schutzbehauptung ohne Grundlage, denn er könnte durch eine Geheimhaltungsklausel verbindlich verpflichtet werden.

Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Einsicht in strategisch und konzeptionell ausgerichtete Dokumente und Statistiken sei zu verweigern, soweit es sich um absolute Zahlen handle. Die relativen Angaben genügen um zu beurteilen, ob die Vorinstanz ihre Aufsichtspflicht erfüllt habe, weil sie nur eine Solvenz- und Missbrauchsprüfung vornehmen dürfe und über einen Ermessensspielraum verfüge. Die Offenlegung von absoluten Zahlen und strategischen Überlegungen stelle einen massiven Eingriff in ihre Geschäftsgeheimnisse dar. Dementsprechend sei dem Beschwerdeführer das Akteneinsichtsrecht grundsätzlich zu verweigern, oder ihm sei, wenn überhaupt, ein absolut beschränktes Akteneinsichtsrecht in Bezug auf das betroffene Produkt, den betroffenen Kanton und die betroffene Altersgruppe zu gewähren.

**2.1.** Der Anspruch auf rechtliches Gehör und damit zusammenhängend das Recht auf Akteneinsicht richtet sich nach Art. 26 ff. VwVG sowie nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welches in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere auch das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, sofern dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 132 II 485 E. 3.2).

Das Akteneinsichtsrecht findet indessen seine Grenzen an überwiegenden öffentlichen Interessen oder an berechtigten Geheimhaltungsinteressen privater Dritter. Diesfalls sind die einander entgegenstehenden Interessen an der Akteneinsicht einerseits und an deren Verweigerung andererseits sorgfältig gegeneinander abzuwägen (BGE 129 I 249 E. 3). Gemäss Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG darf die Einsichtnahme in die Akten unter anderem dann verweigert werden, wenn wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern, dazu zählen namentlich Geschäftsgeheimnisse. Die Verweigerung der Einsichtnahme darf sich nur auf die Aktenstücke erstrecken, für die Geheimhaltungsgründe bestehen. Wird einer Partei die Einsichtnahme in ein Aktenstück verweigert, so darf auf dieses zum Nachteil dieser Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich in Kenntnis gesetzt und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen (vgl. dazu Art. 27 Abs. 2, Art. 28 VwVG; STEPHAN C. BRUNNER, in: Auer / Müller / Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Rz. 30 zu Art. 27; BERNHARD WALDMANN / MAGNUS OESCHGER, in: VwVG, Praxis-Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich, 2009, N. 35 zu Art. 27; Urteil des Bundesgerichts 2A.651/2005 vom 21. November 2006 E. 2.5).

**2.2.** Die vorinstanzlichen Akten, in die dem Beschwerdeführer nur unwesentlich Einsicht gewährt wurde, enthalten detailliertes Zahlen- und Kalkulationsmaterial, insbesondere bezüglich der Prämieinnahmen, der Leistungszahlen, der Bruttomarge, der Entwicklung des Versichertenbestandes, der Schadensquote und der Rückstellungen. Die sinngemässe Behauptung der Beschwerdegegnerin, es handle sich bei diesen Dokumenten um vertraulichste Kennzahlen, welche insbesondere vor der Konkurrenz geheim gehalten werden müssten und einen erheblichen wirtschaftlichen Wert repräsentierten, erscheint daher ohne Weiteres als glaubhaft.

Auf Seiten des Beschwerdeführers ist zwar der verfassungsmässige Anspruch auf das rechtliche Gehör zu berücksichtigen. Dies ändert indessen nichts daran, dass der Streitwert in diesem Verfahren und damit sein Interesse mit insgesamt CHF 18.40 pro Monat beziehungsweise CHF 220.80 pro Jahr zu beziffern ist. Hinzu kommt – wie in der Folge noch darzulegen sein wird – dass der geheimhaltungsbedürftige Teil der Vorakten für die Beantwortung der im vorliegenden Fall entscheidenden Fragen nicht relevant ist.

**2.3.** Die Interessenabwägung führt somit zum eindeutigen Resultat, dass die Geheimhaltungsinteressen der Beschwerdegegnerin überwiegen. Dem Antrag des Beschwerdeführers auf Einsicht in die umstrittenen Dokumente beziehungsweise auf Bekanntgabe der darin enthaltenen Zahlen kann daher nicht stattgegeben werden.

### **3.**

In materieller Hinsicht rügt der Beschwerdeführer, die Prämienhöhung für das Jahr 2011 sei von der Vorinstanz zu Unrecht genehmigt worden. Im Zeitraum 2009-2011 seien die Prämien für die (...) -zusatzversicherung (...) zum dritten Mal im zweistelligen Prozent-Bereich erhöht worden. Für die Altersgruppe 71-75 und auf der Indexbasis 2008 entspreche dies einem Prämienzuwachs von 64.7% in drei Jahren. Diese Prämienexplosion stehe in keinem realistischen Verhältnis zur Gesamtkostenzunahme im Gesundheitswesen, denn im Fünfjahresvergleich betrage die durchschnittliche jährliche Kostenzunahme im Gesundheitswesen für die statistisch verfügbaren Jahre (2004-2008) 3.5%. Für die Altersgruppe 66-100 belaufe sich die Kostenzunahme für stationäre Behandlung im Durchschnitt dieser fünf Jahre auf 3.1% p.a.

Die Beschwerdegegnerin macht dagegen geltend, die Vorinstanz verfüge bei ihrer Aufsichtstätigkeit über einen Ermessensspielraum. Zwischen der versicherungstechnisch genügenden und der übersetzten Prämie bestehe ein Spielraum. Die Vorinstanz dürfe nicht eine 'gerechte' Prämie festlegen und die Prämien auf deren Angemessenheit hin überprüfen. Vorliegend seien keine Missbrauchstatbestände erfüllt. Die Erhöhung der Prämie um 15.54% sei – wie vom Preisüberwacher konstatiert – nicht missbräuchlich. Vielmehr sei der Beschwerdeführer mit dem Jahreswechsel 2008-2009 in eine andere Altersgruppe (neu: 71-75 Jahre) gewechselt, was die Prämienhöhung auf das Jahr 2009 erkläre.

Die Vorinstanz legt dar, dass sie anlässlich einer Tarifgenehmigung zu prüfen habe, ob sich die neuen Prämien in einem Rahmen hielten, der einerseits die Solvenz des Versicherungsunternehmens und andererseits den Schutz der Versicherten vor Missbrauch gewährleiste. Es sei nicht ihre Aufgabe, die Angemessenheit der Tarifierhöhungen vollständig zu prüfen. Sie müsse Tarifierhöhungen genehmigen, wenn sie sich innerhalb des gesetzlichen Rahmens bewegen. Im vorliegenden Fall habe sie das ihr zustehende Ermessen pflichtgemäss und unter Wahrung der verfassungsmässigen Grundsätze ausgeübt.

**3.1.** Gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. g des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR 956.1) und Art. 46 VAG obliegt der Vorinstanz die Aufsicht über die Versicherungsunternehmen. Sie wacht insbesondere darüber, dass diese solvent sind, die technischen Rückstellungen vorschriftsgemäss bilden und die Vermögenswerte ordnungsgemäss verwalten und anlegen (Art. 46 Abs. 1 Bst. d VAG). Sie schützt die Versicherten gegen Missbräuche der Versicherungsunternehmen (Art. 46 Abs. 1 Bst. f VAG).

Im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit hat die Vorinstanz auch verschiedene Tarife – unter anderem die Tarife der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung – zu genehmigen (Art. 4 Abs. 2 Bst. r, 5 Abs. 1 erster Satz und 38 VAG). Bei der Prüfung der genehmigungspflichtigen Tarife prüft sie auf Grund der von den Versicherungsunternehmen vorgelegten Tarifberechnungen, ob sich die vorgesehenen Prämien in einem Rahmen halten, der einerseits die Solvenz der einzelnen Versicherungseinrichtungen sicherstellt und andererseits den Schutz der Versicherten vor Missbrauch gewährleistet (Art. 38 VAG).

**3.2.** Der Ausdruck "Missbrauch" stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar. Die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Rechtsfrage, die grundsätzlich ohne Beschränkung der richterlichen Kognition zu überprüfen ist. Nach konstanter Praxis und Lehrmeinung ist jedoch Zurückhaltung auszuüben und der rechtsanwendenden Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen, wenn diese den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen näher steht oder über spezifische Fachkenntnisse verfügt. Der Richter hat solange nicht einzugreifen, als die Auslegung der Verwaltungsbehörde oder der Fachbehörde als vertretbar erscheint (vgl. ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2010, Rz. 445 ff., mit weiteren Hinweisen).

**3.3.** Die Vorinstanz hat am 18. März 2010 das Rundschreiben 2010/3 "Krankenversicherung nach VVG – Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung und Spezialfragen der privaten Krankenversicherung" erlassen, welches seit 1. Mai 2010 in Kraft ist. Das Rundschreiben sieht vor, dass eine versicherungstechnische Ungleichbehandlung gemäss Art. 117 Abs. 2 AVO vorliege, wenn für ein vergleichbar hohes Risiko stark unterschiedliche Prämien verlangt oder wenn für die gleiche Prämie deutlich unterschiedliche Risiken gedeckt würden. Insbesondere sei zu vermeiden, dass ein Teil der Versicherten zu tiefe Prämien zu Lasten anderer Versicherter bezahlen (FINMA-Rundschreiben 2010/3 Krankenversicherung nach VVG, Rz. 30).

Rundschreiben sind Verwaltungsverordnungen und als solche nur für die Durchführungsorgane beziehungsweise im Innenverhältnis einer Verwaltungseinheit verbindlich. Verwaltungsverordnungen begründen – im Gegensatz zu Rechtsverordnungen – keine Rechtswirkungen für Private. Ihre Hauptfunktion besteht vielmehr darin, insbesondere im Ermessensbereich der Behörde eine einheitliche und rechtsgleiche Verwaltungspraxis zu gewährleisten. Auch sind sie in der Regel Ausdruck des Wissens und der Erfahrung einer Fachstelle. Das Bundesverwaltungsgericht ist als verwaltungsunabhängige Gerichtsinstanz (Art. 2 VGG) nicht an Verwaltungsverordnungen gebunden, sondern bei deren Überprüfung frei. Sofern Verwaltungsverordnungen aber eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen, werden sie von den Gerichten bei der Entscheidungsfindung mitberücksichtigt (vgl. BGE 132 V 200 E. 5.1.2; BGE 130 V 163 E. 4.3.1; HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, a.a.O., Rz. 123 ff.;

PIERRE TSCHANNEN / ULRICH ZIMMERLI / MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 14 Rz. 9 ff. und § 41 Rz. 11 ff.; TOBIAS JAAG, Die Verordnung im schweizerischen Recht, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, 112/2011, S. 633-635; PATRICIA EGLI, Verwaltungsverordnungen als Rechtsquellen des Verwaltungsrechts?, in: Aktuelle Juristische Praxis 09/11, S. 1159-1167).

**3.4.** Für die Auslegung ist insbesondere auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck, auf die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt, abzustellen. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Texten kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen (vgl. zur Auslegung allgemein HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, a.a.O., Rz. 214 ff. mit weiteren Hinweisen; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Bern 2010, S. 53 ff.). Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen (BGE 134 I 184 E. 5.1 mit Hinweisen).

**3.5.** In historischer Hinsicht ergibt sich aus den Materialien, dass der Entwurf zu einem neuen Versicherungsaufsichtsgesetz vom Frühjahr 2003 zunächst noch keine spezifische Bestimmung über eine Prüfung von genehmigungspflichtigen Tarifen enthielt. Dieser Entwurf war darauf ausgerichtet, das System der präventiven Produktkontrolle, das im Art. 20 des alten Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 23. Juni 1978 (aVAG, AS 1978 1836) angewendet worden war, durch eine verstärkte und verfeinerte Solvenzkontrolle und durch wirksamere Aufsichtsinstrumente in den Bereichen "Corporate Governance", Transparenz und Konsumentenschutz abzulösen. Es war daher vorgesehen, auf systematische, präventive Tarifkontrollen selbst für an die Sozialversicherungen gebundene Versicherungsprodukte ganz zu verzichten (vgl. Botschaft zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen [Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG] und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 9. Mai 2003, BBI 2003, 3789 ff., 3794, 3799; Botschaft zu einem neuen Bundesgesetz über die Beaufsichtigung privater Versicherungseinrichtungen vom 5. Mai 1976, BBI 1976 II 873 Ziff. 232; Ausführungen von Bundesrat Villiger im Ständerat, Amtl. Bull. StR 2003, 1026).

Im Laufe der parlamentarischen Beratungen zum Entwurf zu einem neuen Versicherungsaufsichtsgesetz wurde dann aber beschlossen, die Krankenzusatzversicherung und die berufliche Vorsorge weiterhin einer präventiven Prämien- und Tarifkontrolle zu unterstellen, wie dies bereits in Art. 20 aVAG der Fall war. Entsprechend dieser bisherigen Regelung wurde vorgesehen, dass die behördliche Prüfungspflicht sich auf die Solvenz und die Verhinderung von Missbräuchen zu beschränken habe. Zwar wurde anlässlich der Erstbehandlung im Nationalrat eine Formulierung beantragt, die ausdrücklich vorsah, dass die Aufsichtsbehörden auch kontrollieren müssten, ob die Tarife angemessen seien. Dieser Antrag unterlag aber in der Folge im Differenzbereinigungsverfahren. Die Vertreter der Mehrheitsmeinung begründeten ihre Auffassung damit, dass eine Angemessenheitsprüfung bedeuten würde, dass der Wettbewerb ausgeschaltet und die Verantwortung für die Prämienfestsetzung letztlich den Behörden übertragen würde. Damit würde man sich deutlich von den marktwirtschaftlichen Prinzipien im Bereich der Privatversicherung abwenden und eher planwirtschaftliche Prinzipien zum Zuge kommen lassen. Der Markt würde von den Behörden nicht mehr kontrolliert, sondern er würde letztlich von ihnen gesteuert. Das Resultat behördlicher Preisfestsetzungen sei in vielen Fällen, dass ineffiziente Strukturen aufrechterhalten blieben, die dann nicht mehr wettbewerbsfähig seien. Die Mehrheit vertrat daher die Auffassung, dass die Tarifprüfungspflicht sich auf die Solvenzfrage einerseits und die Missbrauchsfrage andererseits zu beschränken habe. Die Angemessenheit solle durch den Markt geregelt werden (vgl. Amtl. Bull. StR, 03.035, 18.12.2003, 10.06.2004, 07.12.2004, NR 21.09.2004, 13.12.2004).

Aus den Materialien ergibt sich somit, dass anlässlich der Einführung von Art. 38 VAG beziehungsweise der Beibehaltung von Art. 20 aVAG ausdrücklich beschlossen wurde, von einer eigentlichen Angemessenheitskontrolle durch die Aufsichtsbehörde abzusehen.

**3.6.** Der Begriff des "Missbrauchs", vor dem die Vorinstanz die Versicherten zu schützen hat, findet sich im Gesetz nicht nur im Kontext der präventiven Tarifgenehmigung gemäss Art. 38 VAG, sondern vor allem in Art. 46 Abs. 1 Bst. f VAG. Dieser Tatbestand wird in Art. 117 AVO näher konkretisiert. Demnach gelten Benachteiligungen von Versicherten oder Anspruchsberechtigten als Missbrauch, wenn sie sich wiederholen oder einen breiten Personenkreis betreffen könnten (Art. 117 Abs. 1 AVO). Als Missbrauch gilt auch die Benachteiligung einer versicherten oder anspruchsberechtigten Person durch eine juristisch oder versicherungs-

technisch nicht begründbare erhebliche Ungleichbehandlung (Art. 117 Abs. 2 AVO). Das Gesetz selbst räumt dem Bundesrat nur eine Vollzugskompetenz ein, nicht aber die Befugnis, den Begriff des Missbrauchs näher zu konkretisieren. Die dargelegte Konkretisierung in Art. 117 AVO ist daher nicht als abschliessend aufzufassen (vgl. ROLF H. WEBER / PATRICK UMBACH, Versicherungsaufsichtsrecht, Bern 2006, Rz. 152 zu § 6).

**3.7.** Noch unter der Geltung zu Art. 20 aVAG war in der damaligen Literatur ausgeführt worden, ein Missbrauch könne z.B. darin bestehen, dass einzelne Gruppen von Prämienzahlern innerhalb des Tarifes viel stärker als andere Gruppen belastet würden, obwohl dies sachlich nicht gerechtfertigt sei (ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl. Bern 1995, S. 115). Die im Rundschreiben 2010/13 vertretene Auffassung der Vorinstanz entspricht dieser Literaturmeinung. In der neueren Lehre zu Art. 38 VAG wird dagegen eher die Auffassung vertreten, eine präventive Tarifgenehmigung durch die Aufsichtsbehörde sei nur insoweit mit der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) vereinbar, als sie der Solvenzerhaltung des betreffenden Versicherungsunternehmens diene. Der Schutz der Versicherungsnehmer vor (vermeintlich) zu hohen Prämien dagegen sei nicht verfassungskonform (vgl. WEBER / UMBACH, a.a.O., Rz. 7 zu § 3; RETO JACOBS, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], 2. Aufl., Zürich 2008, Art. 98 BV, Rz. 16; ANDREAS BURKI / PETER PFUND / JÜRIG WALDMEIER, Rechtliches, in: Jürg Waldmeier [Hrsg.], Versicherungsaufsicht, Solvenz, Risikomanagement, Verantwortlicher Aktuar, Kontrollsysteme, Gruppen und Konglomerate, Versicherungsvermittler, Zürich, 2007, S. 5-7).

**3.8.** Dieser Auffassung ist das Bundesverwaltungsgericht im bereits erwähnten Urteil im Parallelverfahren B-7407/2009 weitgehend gefolgt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7407/2009 vom 7. Juli 2011, E. 3). In jenem Urteil legte es dar, dass grundsätzlich davon auszugehen ist, dass Preise, die das Ergebnis von wirksamem Wettbewerb sind, nicht missbräuchlich sind. Dieses wirtschaftssystematische Grundverständnis ergibt sich aus der Bundesverfassung. So ist die Zuständigkeit des Bundes, Massnahmen gegen missbräuchliche Preise zu treffen, ausdrücklich beschränkt auf Missbräuche in der Preisbildung durch marktmächtige Unternehmen und Organisationen (vgl. Art. 96 Abs. 2 Bst. a BV). Diese Kompetenzdefinition sowie die Grundrechte der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit (vgl. Art. 26 und 27 BV) beruhen auf einem wirtschaftssystematischen Grundverständnis, das impliziert, dass missbräuch-

liche Preise nur vorliegen können, sofern auf dem betroffenen Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Durch wirksamen Wettbewerb werden die Preisfestsetzungsspielräume automatisch auf ein nicht missbräuchliches Niveau beschränkt (vgl. JACOBS, a.a.O., Rz. 34 ff. zu Art. 96 BV).

**3.9.** Wirksamer Wettbewerb liegt vor, wenn zentrale Wettbewerbsfunktionen gewährleistet sind, wie insbesondere die Optimierung des Ressourceneinsatzes, die Anpassung von Produkten und Produktionskapazitäten an veränderte äussere Bedingungen sowie die Entwicklung neuer Produkte und Produktionsverfahren (eingehend zum Begriff des wirksamen Wettbewerbs: PETER HETTICH, *Wirksamer Wettbewerb, Theoretisches Konzept und Praxis*, St.Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bern 2003, S. 38 ff.; PATRICK L. KRAUSKOPF / OLIVIER SCHALLER, in: *Basler Kommentar zum Kartellgesetz*, Marc Amstutz / Mani Reinernt [Hrsg.], Basel 2009, Nr. 68 ff. zu Art. 5; PHILIPPE GUGLER / PHILIPP ZURKINDEN, in: *CR Concurrence*, a.a.O., Rz. 25 ff. zu Art. 5 KG). Allgemeine Kriterien, die für das Vorhandensein von wirksamem Wettbewerb sprechen, sind etwa die Zahl der Wettbewerber, der Organisationsgrad, das Vorhandensein von Aussenseitern und das Marktergebnis. Selbst wenn eine grössere Anzahl von Anbietern vorhanden sind, können das gleichförmige Verhalten, ein Referenzpreissystem oder eine grosse Reglementierungsdichte staatlicher oder privater Natur Anhaltspunkte dafür sein, dass möglicherweise kein wirksamer Wettbewerb stattfindet (vgl. JACQUES BONVIN, in: *Tercier/Bovet* [Hrsg.], *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, Genf / Basel / München 2002 [nachfolgend: *CR Concurrence*], Rz. 23 zu Art. 13 PüG; ROLF H. WEBER, *Preisüberwachungsgesetz*, Bern 2009, Rz. 15 zu Art. 12 PüG).

**3.10.** Der Beschwerdeführer macht in Bezug auf diese Frage geltend, die Beschwerdegegnerin habe eine Monopolstellung im betreffenden Versicherungssegment, welche sie schamlos und unkontrolliert ausnütze. Die Übervorteilung von Versichertengruppen in der Tarifgestaltung sei möglich, weil ein Versicherter im Alter von über 65 Jahren die Zusatzversicherung nicht mehr wechseln könne. Dies sei allgemein bekannt. Er und seine Frau hätten dies selber im Jahr 2004 bei verschiedenen Versicherungsgesellschaften versucht, doch seien seine Anfragen abgelehnt worden.

**3.10.1.** Im vorliegenden Fall sind unbestrittenermassen eine Vielzahl von Versicherungsunternehmen auf dem Markt, die vergleichbare Produkte der Krankenzusatzversicherung anbieten. So geht zum Beispiel aus dem

Jahresbericht 2010 der Vorinstanz hervor, dass gleichzeitig mit der Beschwerdegegnerin eine Vielzahl von Versicherungsunternehmen oder Krankenkassen – 43 bis Ende Juli 2010 – geplante Anpassungen ihrer Tarife von Krankenzusatzversicherungsprodukten der Vorinstanz zur Genehmigung vorgelegt hatten (FINMA Jahresbericht 2010 S. 63). Anhaltspunkte für allfällige wettbewerbshindernde Absprachen oder andere Umstände, die trotz dieser grossen Anzahl von Anbietern gegen das Vorliegen von wirksamem Wettbewerb sprechen würden, hat der Beschwerdeführer nicht geltend gemacht und sind für das Bundesverwaltungsgericht auch nicht ersichtlich.

**3.10.2.** Die Behauptung des Beschwerdeführers, er könne die Versicherung nicht mehr wechseln, ist einerseits nicht belegt, denn er hat die von ihm behaupteten Anfragen bei verschiedenen Versicherungsgesellschaften und die erhaltenen Absagen nicht nachgewiesen. Ohnehin aber ist fraglich, inwieweit die Situation im Jahr 2004, also noch vor dem Inkrafttreten des neuen Versicherungsaufsichtsgesetzes, mit derjenigen im Jahr 2010 gleichgesetzt werden könnte.

**3.10.3.** Die Frage kann indessen offen gelassen werden, denn die Argumentation des Beschwerdeführers, Versicherte im Alter von über 65 Jahren könnten die Zusatzversicherung nicht mehr wechseln, was dem Versicherer eine Monopolstellung gebe, welche er ausnutze, um diese Versicherten bei der Prämiengestaltung zu übervorteilen, ist bereits in sich widersprüchlich und unlogisch:

Krankenzusatzversicherungen werden nicht individuell pro Versicherten, sondern für eine ganze Tarifklasse beziehungsweise für den ganzen Versichertenbestand eines Produkts kalkuliert (vgl. FINMA-Rundschreiben 2010/3 Krankenversicherung nach VVG). Der in der einzelnen Prämie enthaltene Anteil für Risikoprämie und Gewinnmarge hängt daher nicht vom erwarteten Schadenaufwand des betroffenen einzelnen Versicherten, sondern vom Durchschnitt der Tarifklasse beziehungsweise des ganzen Versichertenbestandes ab. Jeder Versicherer ist naturgemäss daran interessiert, neue Versicherte zu gewinnen, die vorteilhaftere Risikomerkmale aufweisen, als für seine Tarifklasse veranschlagt wurden, weil derartige Neuzuzüge die Ertragsstruktur verbessern. Bei Produkten mit altersmässig abgestuften, risikogerechten Tarifklassen stellt das Tarifmerkmal "Alter" kein wesentliches zusätzliches Risikomerkmale mehr dar, so dass auch ältere Personen erwünschte Versicherungsnehmer sein können.

Andere unvorteilhafte Risikomerkmale, wie beispielsweise gewisse dauerhafte, schwere gesundheitliche Probleme, führen zwar versicherungsstatistisch zu einem überdurchschnittlichen Schadenaufwand, sind aber weniger geeignet, als Tarifmerkmale verwendet zu werden. Personen mit derartigen unvorteilhaften Risikomerkmale stellen daher versicherungsmathematisch "schlechte Risiken" dar, d.h. es ist aufgrund der statistischen Erfahrung zu erwarten, dass derartige Versicherte im Vergleich zum Durchschnitt ihrer Tarifklasse einen überdurchschnittlichen Schadenaufwand verursachen werden. Durch den Zuzug derartiger "schlechter Risiken" vermindert sich entsprechend die Gewinnmarge des Versicherers. Je ausgeprägter das unvorteilhafte Risikomerkmale ist, desto weniger Raum bleibt für die kalkulierte Gewinnmarge des Versicherers und desto weniger ist er an einem Vertragsabschluss interessiert. Bei ernsthaften gesundheitlichen Problemen ist es daher möglich und wirtschaftlich nachvollziehbar, dass davon betroffene Personen allenfalls keinen Versicherer finden, der bereit wäre, mit ihnen einen Krankenzusatzversicherungsvertrag abzuschliessen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006).

Ist das unvorteilhafte Risikomerkmale eines Versicherungsnehmers derart ausgeprägt, dass trotz der grossen Anzahl von Anbietern kein anderer Versicherer bereit ist, ihm in Kenntnis dieses Merkmals eine vergleichbare Krankenzusatzversicherung anzubieten, so muss daraus zwingend geschlossen werden, dass nach marktwirtschaftlicher Kalkulation im Fall dieses Versicherungsnehmers keine relevante Gewinnmarge vorhanden ist. Dies gilt natürlich auch für die Kalkulation des bisherigen Versicherers, sofern die Prämie des bisherigen Versicherungsvertrags vergleichbar ist. Von einer missbräuchlich hohen Prämie des bisherigen Versicherers kann in einem derartigen Fall offensichtlich keine Rede sein.

Die Behauptung des Beschwerdeführers, Versicherte im Alter über 65 Jahren könnten trotz einem an sich funktionierenden Wettbewerb mit diversen Anbietern den Versicherer nicht mehr wechseln und stünden daher in einem Abhängigkeitsverhältnis vom bisherigen Versicherer, was dieser ausnutzen könne, um die Prämien auf ein missbräuchlich hohes, nicht mehr risikogerechtes Niveau zu erhöhen, ist daher bereits in sich widersprüchlich und unlogisch.

**3.11.** Unter diesen Umständen ist somit davon auszugehen, dass die Vorinstanz bei der ihr obliegenden Prüfung der genehmigungspflichtigen Tarife davon ausgehen durfte, die ihr vorgelegten Tarife seien in einem Sys-

tem von wirksamem Wettbewerb zustande gekommen und daher nicht missbräuchlich, ohne dass sie die Kalkulation der Beschwerdegegnerin darüber hinaus auch daraufhin hätte kontrollieren müssen, ob die Prämienerhöhung der Kostenentwicklung im Gesundheitswesen entspreche oder wie gross die Diskrepanz zwischen Risiko- und Tarifprämie sei.

Waren diese Fragen für einen rechtskonformen Entscheid der Vorinstanz nicht relevant, so steht dem Beschwerdeführer auch kein Anspruch auf Einsicht in die Kalkulationsunterlagen der Beschwerdegegnerin zu.

#### **4.**

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Rügen des Beschwerdeführers unbegründet sind und seine Beschwerde daher abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist.

#### **5.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer 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> Bst. b 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]). Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse beträgt die Gerichtsgebühr bei einem Streitwert zwischen CHF 0.– und 10'000.– CHF 200.– bis 5'000.– (Art. 4 VGKE). Im vorliegenden Fall ist der nominale Streitwert gering. Die Gerichtsgebühr wird daher auf CHF 600.– festgelegt.

#### **6.**

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 2 VGKE). Bei diesem Verfahrensausgang stellt sich daher lediglich die Frage, ob der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung auszurichten hat. Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Die Beschwerdegegnerin war im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht anwaltlich vertreten und hat auch nicht dargelegt, inwiefern der Aufwand durch den hauseigenen Rechtsdienst das in eigenen Verfahren normale

Ausmass in erheblichem Ausmass überstiegen hätte. Von der Zuspren-  
chung einer Parteientschädigung ist daher abzusehen.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

**2.**

Die Verfahrenskosten von CHF 600.– werden dem Beschwerdeführer  
auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Ur-  
teils mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 600.– verrechnet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Myriam Senn

### **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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 26. November 2012