

Wie das Bundesgericht das FINMA-Rundschreiben 2010/3 versteht

Das Rundschreiben 2010/3 Krankenversicherung nach VVG enthält mehrere Grenzwerte, bei deren Überschreiten die FINMA in ihrer bisherigen Praxis von Missbrauch ausging. Das Bundesgericht hat diese Praxis in einem neuen Entscheid von 2026 abgelehnt. Danach muss die FINMA sinngemäss stets eine Missbrauchsprüfung mit Bezug auf das jeweilige Versicherungsprodukt nach Massgabe von Art. 117 AVO durchführen. Das blosses Überschreiten eines festen Grenzwertes stellt keinen gültigen Massstab zur Bestimmung von Missbrauch dar. Die FINMA darf nicht länger Prämien- bzw. Prämien-erhöhungsgesuche mit der blossen Begründung ablehnen, es sei ein Grenzwert gemäss Rundschreiben 2010/3 überschritten worden.



Alois Rimle
Dr. iur., LL.M.,
Rechtsanwalt

Inhalt

Überprüfung von FINMA-Rundschreiben....	1
Missbrauch in der Krankenversicherung	2
Missbrauch nach VAG.....	2
Falsches Missbrauchsverständnis der FINMA	2
Missbräuchliche Prämien-erhöhung 	3
Missbrauchsvermutung	3
Beschreibung des Missbrauchsfalls	3
Widerlegung der Vermutung durch das VU.....	3
Missbrauchsprüfung durch die FINMA.....	4
Zulässiges Nachholen der Teuerung	4
Unzulässige Begrenzung.....	4
Zulässiges Nachholen der Teuerung	4
Nachweis des Nachholbedarfs durch das VU.....	5
Missbrauchsprüfung durch die FINMA.....	5
Missbräuchlicher Gewinn	5
Keine Missbrauchsvermutung.....	5
Beschreibung des Missbrauchsfalls	6
Feststellung des Missbrauchs durch die FINMA ..	6
Missbrauchsprüfung durch die FINMA.....	7
Missbräuchliche Rabatte	7
Keine Missbrauchsvermutung.....	7
Beschreibung des Missbrauchsfalls	7
Feststellung des Missbrauchs durch die FINMA ..	7
Missbrauchsprüfung durch die FINMA.....	7
Ergebnis	8
Abkürzungsverzeichnis	8

Überprüfung von FINMA-Rundschreiben

FINMA-Rundschreiben enthalten Vorgaben, die der geltenden Praxis der FINMA entsprechen. Die FINMA reguliert durch Rundschreiben über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung (Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG). Diese dienen ausschliesslich der Rechtsanwendung; sie dürfen keine rechtssetzenden Bestimmungen enthalten (Art. 5 Abs. 2 der Verordnung zum FINMAG).

Das Bundesgericht ist nach eigener Rechtsprechung nicht befugt, Rundschreiben der FINMA wegen Gesetzes- oder Verfassungswidrigkeit aufzuheben. Bei diesen handelt es sich nämlich um Verwaltungsverordnungen des Bundes. Ein normativer Erlass kann lediglich mittels abstrakter Normenkontrolle aufgehoben werden. Bundesgesetze und Verordnungen des Bundes unterstehen aber nicht der abstrakten Normenkontrolle (BGer Urteil 2C_388/2024 vom 22. Januar 2026, nachfolgend «BGer Entscheid 2026», E. 1.3).

Immerhin ist – auch bei Verwaltungsverordnungen des Bundes – eine **inzidente Normenkontrolle** durch die Gerichte zulässig. Dabei handelt es sich um eine *Überprüfung der Vereinbarkeit* der Verwaltungsverordnung mit übergeordnetem Recht im Rahmen der Prüfung eines konkreten Anwendungsfalls bzw. Entscheids. Eine inzidente Normenkontrolle ist in der Krankenzusatzversicherung umso mehr gerechtfertigt, als

sich das Rundschreiben 2010/3 Krankenversicherung nach VVG («Rundschreiben 2010/3») ausdrücklich an die beaufsichtigten Versicherungsunternehmen («VU») richtet und ihnen Vorgaben bezüglich Tarifierung macht (BGer Entscheid 2026 E. 1.3).

FINMA-Rundschreiben sind als Verwaltungsverordnungen für die Gerichte rechtlich unverbindlich, werden von ihnen aber bei der Auslegung des Gesetzes berücksichtigt, soweit sie mit den entsprechenden Gesetzesbestimmungen vereinbar sind (Urteil des BVGer B-2370/2022 vom 2. Juni 2025 E. 4.1.1). Das Bundesgericht weicht von einer rechtmässigen Verwaltungsverordnung nicht ohne triftigen Grund ab, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren Bestimmungen zulässt und eine überzeugende Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben beinhaltet (BGer Entscheid 2026 E. 2.4.2).

Wenn das Bundesgericht von einem FINMA-Rundschreiben abweicht, weil dieses mit übergeordnetem Recht nicht vereinbar ist, muss sich die FINMA trotz (zunächst) formell weiterbestehendem Rundschreiben an die abweichende bundesgerichtliche Rechtsprechung halten. Das Rundschreiben kann insoweit nicht länger als rechtlich zulässige Praxis der FINMA gelten. Die FINMA ist verpflichtet, das Rundschreiben entsprechend den Vorgaben des Bundesgerichts anzuwenden bzw. anzupassen.

Das Bundesgericht ist in seinem Entscheid von 2026 teilweise vom Rundschreiben 2010/3 bzw. dessen Wortlaut abgewichen. Die Krankenversicherer, die Adressaten dieses Rundschreibens sind, dürfen sich bei künftigen Gesuchen um Genehmigung von Prämien bzw. Prämien erhöhungen an der abweichenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung orientieren. Die FINMA ist verpflichtet, solche Gesuche nach den Vorgaben des Bundesgerichts und abweichend vom Rundschreiben 2010/3 bzw. dessen Wortlaut zu beurteilen und gegebenenfalls zu bewilligen.

Missbrauch in der Krankenversicherung

Missbrauch nach VAG

Bei einem Missbrauch nach VAG werden Versicherte durch ein stossendes Fehlverhalten eines VU erheblich benachteiligt. Fälle von Missbrauch im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG werden in Art. 117 AVO geregelt. Diese allgemeine Verordnungsbestimmung ist auch auf das Geschäft der Krankenzusatzversicherung anwendbar.

Die FINMA hat mit dem Rundschreiben 2010/3 den Missbrauch nach VAG für die Krankenzusatzversicherung spezifiziert. Darin werden verschiedene Missbrauchsfälle im Verhältnis zwischen Krankenversicherer und versicherten Personen beschrieben.

Das Rundschreiben 2010/3 muss mit übergeordnetem Recht vereinbar sein. Soweit es Missbrauchsfälle in der Krankenzusatzversicherung beschreibt, muss es den Anforderungen von Art. 117 AVO entsprechen.

Falsches Missbrauchsverständnis der FINMA

Die VU, die das Geschäft der Krankenzusatzversicherung betreiben, sind verpflichtet, der FINMA die Tarife und Allgemeinen Versicherungsbedingungen zwecks Genehmigung vorzulegen (Art. 4 Abs. 2 lit. r VAG). Die FINMA muss nach Art. 38 VAG die den genehmigungspflichtigen Tarifen zugrunde liegenden Berechnungen der Krankenzusatzversicherung insbesondere daraufhin prüfen, ob sich die vorgesehenen Prämien in einem Rahmen halten, der den Schutz der Versicherten vor Missbrauch gewährleistet.

Ob ein Missbrauch nach VAG vorliegt, muss unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Der Missbrauch kann rechtlich nicht «geschlossen» definiert, sondern muss «offen» umschrieben werden, damit die konkreten Umstände des Einzelfalls bei der Umsetzung der Regelung wertend einbezogen werden können. Dementsprechend liegt z.B. eine missbräuchliche Ungleichbehandlung nach Art. 117 Abs. 2 AVO vor, wenn eine versicherte oder anspruchsberechtigte Person *«durch eine juristisch oder versicherungstechnisch nicht begründbare erhebliche Ungleichbehandlung»* benachteiligt wird. Dabei muss anhand der Umstände des Einzelfalls bestimmt werden, ob die Ungleichbehandlung juristisch oder versicherungstechnisch nicht begründbar und zudem erheblich ist. Gegebenenfalls liegt in dem zu beurteilenden Einzelfall ein Missbrauch nach VAG vor.

Abweichend von diesem Missbrauchskonzept hat die FINMA im Rundschreiben 2010/3 Grenzwerte für Missbrauch festgelegt, wonach ein Missbrauch immer dann vorliegen soll, wenn der Grenzwert überschritten wird, und ein Missbrauch immer dann nicht vorliegen soll, wenn der Grenzwert nicht überschritten wird. Feste Grenzwerte sind naturgemäss nicht geeignet, den Missbrauch nach VAG zu bestimmen. Prämien und Prämien erhöhungen können nicht *per se* missbräuchlich sein, wenn ein Grenzwert überschritten wird. Der Missbrauch

muss unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls festgestellt werden. In der Krankenzusatzversicherung betrifft der Einzelfall ein bestimmtes vom VU vertriebenes Versicherungsprodukt (vgl. BGer Entscheid 2026 E. 3.3.2).

Mit der Einführung von Grenzwerten im Rundschreiben 2010/3 hat die FINMA offenbar versucht, die nach VAG vorgeschriebene Tarifprüfung (Art. 4 Abs. 2 lit. r VAG) zu vereinfachen bzw. zu standardisieren. Eine solche «Abkürzung» verträgt sich hingegen nicht mit dem gesetzlichen Missbrauchskonzept. Die FINMA ist verpflichtet, sich bei der Beurteilung von Missbrauch an Art. 117 AVO zu orientieren und dabei den Einzelfall zu berücksichtigen. Sie muss das eigene Rundschreiben so anwenden bzw. nicht anwenden, dass es mit Art. 117 AVO vereinbar ist.

Missbräuchliche Prämienerrhöhung

Missbrauchsvermutung

Gemäss Bundesgericht liegt bei einer Prämienerrhöhung noch kein Missbrauch, sondern lediglich eine **Missbrauchsvermutung** vor, wenn die produktexogene Teuerung *erheblich* über der am Markt gemessenen exogenen Teuerung liegt (BGer Entscheid 2026 E. 3.3.2). Wenn die produktexogene Teuerung nur geringfügig über der marktexogenen Teuerung liegt, besteht noch keine Missbrauchsvermutung (BGer Entscheid 2026 E. 3.3.2 im Umkehrschluss).

Mit dieser Rechtsprechung «korrigiert» das Bundesgericht das falsche Missbrauchsverständnis der FINMA durch das rechtliche *Konstrukt der tatsächlichen Vermutung*. Das **«Vermutungskorrektiv»** besteht darin, dass das blosses Überschreiten des Grenzwertes der marktexogenen Teuerung entgegen dem Wortlaut des Rundschreibens noch keinen Missbrauch bedeutet, sondern lediglich eine tatsächliche Vermutung der Missbräuchlichkeit begründet, die vom VU im konkreten Fall widerlegt werden kann (*widerlegbare Vermutung der Missbräuchlichkeit*) (BGer Entscheid 2026 E. 3.1.3 und 3.3.2.).

Gemäss Bundesgericht ist Rz. 39 des Rundschreibens 2010/3, wonach ein Tarif *«höchstens im Umfang der (...) [markt]exogenen Teuerung erhöht werden»* darf, nicht wörtlich zu verstehen. Diese Regelung muss gewissermassen «vermutungskorrigiert» gelesen und verstanden werden. Nur so lässt sich die erforderliche Vereinbarkeit mit Art. 117 AVO erreichen.

Beschreibung des Missbrauchsfalls

Die FINMA geht in ihrer Praxis davon aus, dass insbesondere dann ein von ihr zu unterbindender Missbrauch vorliegt, wenn ein VU einen zu tiefen Anfangstarif festlegt, weil es annimmt, die Prämien, wenn diese sich denn nicht als kostendeckend erweisen, ohne Weiteres zu Lasten der Versicherten erhöhen zu können (BGer Entscheid 2026 E. 3.2.1 zweiter Absatz).

Gemäss Bundesgericht ist auf Prämienerrhöhungen Art. 117 Abs. 1 lit. c AVO anwendbar. Diese Bestimmung untersagt nicht jede Prämienerrhöhung, die zu einer allfälligen Risikoverschiebung von VU auf Versicherte führen kann, als missbräuchlich; sie greift nur dann, wenn eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten resultieren würde. Davon ist auszugehen, *«wenn mit der Prämienerrhöhung Risiken, die typischerweise im Versicherungsvertrag vom Versicherer übernommen werden, auf den Versicherten überwältzt werden»* (BGer Entscheid 2026 E. 3.2.2). Derartige Risikoverschiebungen sind missbräuchlich, *«wenn das (eingetretene) Risiko eines unzureichend prognostizierten und in der Prämie eingepreisten Schadenverlaufs durch entsprechende Prämienerrhöhungen auf die Versicherten überwältzt werden soll»* (BGer Entscheid 2026 E. 3.2.2).

Mit der Missbrauchsbestimmung von Art. 117 Abs. 1 lit. c AVO wird gemäss Bundesgericht vorliegend nicht die Ungleichbehandlung älterer (gefangener) Versicherungsnehmer anvisiert, sondern ganz allgemein Missbräuche, welche sich bei Prämienerrhöhungen durch die Überwälzung von bisher nur ungenügend berücksichtigen Risiken auf die Versicherungsnehmer (der Krankenzusatzversicherung) ergeben können. Es liegt nach dieser Bestimmung eine missbräuchliche Prämienerrhöhung vor, wenn die berücksichtigte produktexogene Teuerung erheblich über der marktexogenen Teuerung liegt, und das VU, das die Prämienanpassung beantragt hat, keine plausible Erklärung für diesen Umstand vorzubringen vermag (fehlende Widerlegung der Vermutung) (BGer Entscheid 2026 E. 3.3.3).

Widerlegung der Vermutung durch das VU

Das gesuchstellende VU muss nachweisen, dass die aus der Abweichung von der marktexogenen Teuerung abgeleitete Missbrauchsvermutung im konkreten Fall nicht zutrifft, *«d.h. andere Gründe als eine nicht ausreichend vorsichtige Tarifierung, welche nunmehr durch*

entsprechende Prämienerrhöhungen wettgemacht werden soll, Ursache für die Abweichung sind» (BGer Entscheid 2026 E. 3.3.2).

Wenn das VU den Nachweis im konkreten Fall, d.h. mit Bezug auf das vertriebene Versicherungsprodukt, erbringen kann, ist die beantragte Prämienerrhöhung zulässig, auch wenn sie erheblich über der marktexogenen Teuerung liegt. Nur wenn das VU den Nachweis nicht erbringen kann, darf die FINMA gestützt auf Art. 117 Abs. 1 lit. c AVO von Missbrauch ausgehen und die beantragte Prämienerrhöhung auf die am Markt beobachtete Teuerung begrenzen (BGer Entscheid 2026 E. 3.3.2).

Es dürfen m.E. keine hohen Anforderungen an den Nachweis der fehlenden Missbräuchlichkeit durch das VU gestellt werden. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass der Missbrauch nach Art. 117 Abs. 1 lit. c AVO eine erhebliche Benachteiligung der Versicherten voraussetzt, die nicht ohne Weiteres gegeben ist, wenn diese zunächst von einem zu niedrigen Tarif profitieren, der nachträglich zwecks Kostendeckung erhöht wird, während der Tarif eines Konkurrenzprodukts von Anfang an höher gewesen wäre (vgl. BGer Entscheid 2026 E. 4.3.1 zweiter Absatz). Des Weiteren kann es nicht sein, dass VU wegen der Verweigerung einer beantragten Prämienerrhöhung aufgrund einer fehlenden Kostendeckung gezwungen werden, alte Produktbestände mit Verlust zu betreiben und den Verlust von anderen Versicherten-Kollektiven quer zu finanzieren oder aus eigenen Mitteln zu bezahlen (vgl. LegalInsights 4/2025, Missbrauch in der Krankenzusatzversicherung, S. 8).

Wenn die produktexogene Teuerung nur geringfügig über der marktexogenen Teuerung liegt, besteht gemäss Bundesgericht keine Missbrauchsvermutung (BGer Entscheid 2026 E. 3.3.2 im Umkehrschluss). Gegebenenfalls muss das VU keine Vermutung widerlegen, sondern die FINMA hat den Missbrauch von Amtes wegen festzustellen. Dies entspricht der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren.

Missbrauchsprüfung durch die FINMA

Im Fall einer möglicherweise missbräuchlichen Prämienerrhöhung kann die FINMA zunächst das erhebliche Überschreiten der marktexogenen Teuerung durch die beantragte Prämienerrhöhung für das vertriebene Versicherungsprodukt nach Rz. 39 des Rundschreibens 2010/3 feststellen. Daraus ergibt sich die Vermutung der Missbräuchlichkeit.

Das gesuchstellende VU hat dann die Möglichkeit, die Vermutung der Missbräuchlichkeit zu widerlegen und plausible Gründe für das erhebliche Überschreiten der marktexogenen Teuerung vorzubringen.

Die FINMA muss schliesslich prüfen, ob es dem gesuchstellenden VU gelungen ist, die Vermutung der Missbräuchlichkeit zu widerlegen. Erst wenn die FINMA zum Schluss kommt, dass die Missbrauchsvermutung vom VU nicht widerlegt worden ist, darf sie das Gesuch ablehnen und die beantragte Prämienerrhöhung auf die marktexogene Teuerung begrenzen. Dabei ist eine sachliche Begründung der Ablehnung erforderlich. Ein blosser Verweis auf das erhebliche Überschreiten der marktexogenen Teuerung (Rz. 39 des Rundschreibens 2010/3) ist nicht zulässig.

Zulässiges Nachholen der Teuerung

Unzulässige Begrenzung

Nach Rz. 39 des Rundschreibens 2010/3 darf ein Tarif *«höchstens im Umfang der bislang noch nicht berücksichtigten [markt]exogenen Teuerung erhöht werden»*. Die FINMA geht in ihrer Praxis davon aus, dass – nachträgliche – Tarifierhöhungen grundsätzlich treuwidrig und schon deshalb unzulässig sind (BGer Entscheid 2026 E. 4.3.1).

Das Bundesgericht widerspricht: Das «Nachholen» der Teuerung vergangener Perioden ist nicht missbräuchlich, sondern grundsätzlich zulässig (BGer Entscheid 2026 E. 4.3.1. und 4.3.2). Dementsprechend ist die betreffende Regelung von Rz. 39 des Rundschreibens 2010/3 mit übergeordnetem Recht nicht vereinbar; sie ist rechtswidrig.

Zulässiges Nachholen der Teuerung

Das Nachholen der Teuerung ist gemäss Bundesgericht nur dann unzulässig, wenn es einer früheren Verfügung der FINMA entgegensteht. Das ist nur dann der Fall, wenn die FINMA eine beantragte Prämienerrhöhung nicht bewilligt und eine Reduktion verlangt hat, bevor sie die Prämie genehmigt hat. Dann ist über die Frage der maximal zulässigen Prämienerrhöhung rechtskräftig verfügt worden und nur dann steht ein späteres Prämienerrhöhungsgesuch dem früheren Prämienerrhöhungsentscheid entgegen (BGer Entscheid 2026 E. 4.3.1).

Wenn hingegen für den früheren Zeitraum kein Prämienerrhöhungsgesuch gestellt oder ein gestelltes Prämienerrhöhungsgesuch bewilligt

worden ist, kann eine bei der Tarifierung unberücksichtigt gebliebene Teuerung vorliegen, für die bisher keine oder keine die Teuerung voll kompensierende Prämienerrhöhung beantragt worden ist. Im entsprechenden Umfang kann die Teuerung mit einem aktuellen Prämienerrhöhungsgesuch nachgeholt werden. Es ist nicht erkennbar, inwiefern die Geltendmachung einer Teuerung, die früher eingetreten, bisher bei der Prämienfestsetzung aber noch nicht berücksichtigt wurde, rechtsmissbräuchlich wäre (BGer Entscheid 2026 E. 4.3.1)

Nachweis des Nachholbedarfs durch das VU

Beruft sich das VU für eine von ihm beantragte Prämienerrhöhung auf früher eingetretene Teuerungen, für die es bisher keine oder keine die Teuerung voll kompensierende Prämienerrhöhung beantragt hat, d.h. will es bisher bei der Tarifierung unberücksichtigt gebliebene Teuerungen mit seinem aktuellen Prämienerrhöhungsgesuch nachholen, so stellt sich gemäss Bundesgericht die Frage, ob für diese Teuerungen in den infrage stehenden Zeiträumen mit Erfolg hätten Prämienerrhöhungen verlangt werden können (BGer Entscheid 2026 E. 4.3.2). Ein Missbrauch liegt vor, wenn damals keine Prämienerrhöhungen mit Erfolg hätten beantragt werden können, etwa wegen der Missachtung einer gültigen Gewinnbeschränkung (vgl. Rz. 8 des Rundschreibens 2010/3).

Der Nachweis eines rechtlich zulässigen Nachholbedarfs liegt beim gesuchstellenden VU. Beruft sich das VU für eine von ihm beantragte Prämienerrhöhung auf früher eingetretene Teuerungen, für die es bisher keine oder keine diese voll kompensierende Prämienerrhöhung beantragt hat (Nachholen von unberücksichtigt gebliebenen Teuerungen mit aktuellem Prämienerrhöhungsgesuch), so muss es nachweisen, dass die nachträgliche Prämienerrhöhung auch in den infrage stehenden Zeiträumen mit Erfolg hätten verlangt werden können und nicht zu einem Ertragsmissbrauch geführt hätte (BGer Entscheid 2026 E. 4.3.2, 4.3.3 und 4.3.4). Das VU muss nicht nur mit Bezug auf die aktuelle Periode, sondern auch hinsichtlich jener Perioden, für welche eine Nachholung verlangt wird, darlegen, inwiefern ein (nicht ausgeschöpft) Potential für nicht missbräuchliche Prämienerrhöhungen vorlag (BGer Entscheid 2026 E. 4.4.1 zweiter Absatz). Wenn für die früher eingetretene Teuerung dazumal eine Tarifierung hätte verlangt werden können, die nicht als missbräuchlich anzusehen gewesen wäre, kann diese aufgelaufene Teuerung, soweit der weitere Schadenverlauf

die Berücksichtigung auch dieser Teuerung für ein befriedigendes Ergebnis verlangt, in einer späteren Periode geltend gemacht werden (BGer Entscheid 2026 E. 4.3.2).

Trotz Geltung der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren kann es gemäss Bundesgericht nicht Aufgabe der FINMA sein, bei einer beantragten Nachholung der Teuerung nachzuforschen, ob und in welchem Ausmass die von ihr gesetzte Missbrauchsgrenze eines technischen Ergebnisses vom gesuchstellenden VU in früheren Perioden unterschritten worden ist. Dieses muss den entsprechenden Nachweis erbringen (BGer Entscheid 2026 E. 4.3.4).

Missbrauchsprüfung durch die FINMA

Die FINMA muss zunächst feststellen, dass mit dem Gesuch um Prämienerrhöhung die Teuerung einer vergangenen Periode nachgeholt werden soll.

Danach hat das gesuchstellende VU trotz Geltung der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren den Nachholbedarf nachzuweisen (BGer Entscheid 2026 E. 4.3.4).

Die FINMA muss schliesslich prüfen, ob es dem gesuchstellenden VU gelungen ist, den Nachholbedarf nachzuweisen. Erst wenn die FINMA zum Schluss kommt, dass der Nachholbedarf vom VU nicht nachgewiesen worden ist, darf sie das Gesuch ablehnen und die beantragte Prämienerrhöhung reduzieren bzw. das Nachholen der vergangenen Teuerung ablehnen. Es bedarf einer sachlichen Begründung der Ablehnung.

Missbräuchlicher Gewinn

Keine Missbrauchsvermutung

Die FINMA verfolgt in ihrer Praxis eine Gewinnbeschränkung auf Versicherungsprodukten (Rz. 8 des Rundschreibens 2010/3), um die Versicherten vor missbräuchlich hohen Prämien zu schützen, indem sie Prämienerrhöhungen nur zulässt, falls nach der infrage stehenden Prämienerrhöhung das technische Ergebnis nicht 10% der Prämieinnahmen überschreitet (BGer Entscheid 2026 E. 4.3.3).

Zwar hat das Bundesgericht in seinem Entscheid von 2026 die FINMA-Praxis der Gewinnbeschränkung nicht überprüft, weil diese nicht beanstandet worden sei (BGer Entscheid 2026 E. 4.3.3 und 4.4.1 zweiter Absatz) bzw. deren Zulässigkeit vorliegend offenbleiben könne (BGer Entscheid 2026 E. 4.3.5 zweiter Absatz).

Doch lassen sich die Ausführungen des Bundesgerichts zum Grenzwert der marktexogenen Teuerung nach Rz. 39 indirekt auch für die Beurteilung der Gewinnbeschränkung nach Rz. 8 des Rundschreibens 2010/3 nutzbar machen:

- *Kein Missbrauch*: Wie ein Überschreiten der marktexogenen Teuerung kann m.E. auch ein Überschreiten der 10%igen Gewinnbeschränkung nicht *per se* missbräuchlich sein. Die Missbräuchlichkeit kann sich (wie gesagt) nicht aus dem blossen Überschreiten eines festen Grenzwertes ergeben.
- *Keine Missbrauchsvermutung*: Anders als ein erhebliches Überschreiten der marktexogenen Teuerung kann m.E. ein erhebliches Überschreiten einer 10%igen Gewinnbeschränkung keine tatsächliche Vermutung der Missbräuchlichkeit begründen. Im Fall einer tatsächlichen Vermutung wird von Bekanntem (Vermutungsbasis) auf die vermutete Tatsache (Vermutungsfolge) gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung geschlossen; es wird eine Wahrscheinlichkeitsfolgerung getroffen (STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozess, 4. Aufl., Zürich/Genf 2024, § 18 Rz. 57 f.; vgl. auch BGE 117 II 258). Nur bei der marktexogenen Teuerung, aber nicht bei der 10%igen Gewinnbeschränkung besteht ein «vergleichsfähiger» Sachverhaltsbezug, der überhaupt eine Vermutungsbasis und eine Vermutungsfolge ermöglicht.

Im Ergebnis kann ein Überschreiten der 10%igen Gewinnbeschränkung von Rz. 8 des Rundschreibens 2010/3 weder *per se* missbräuchlich sein noch eine Vermutung der Missbräuchlichkeit begründen. Die 10%ige Gewinnbeschränkung kann m.E. lediglich als Grenze verstanden werden, bei deren Überschreiten die FINMA beabsichtigt, eine Missbrauchsprüfung durchzuführen.

Beschreibung des Missbrauchsfalls

Ein hoher Ertrag und eine daraus resultierende hohe Prämie bzw. Prämienerrhöhung können missbräuchlich sein, wenn gefangene Versicherte betroffen sind, bei denen der Markt nicht spielt, insbesondere bei Alten und chronisch Kranken (vgl. BGer Urteil 2C_717/2017 E. 5.3). Unter solchen Umständen können Versicherte durch ein Fehlverhalten des VU erheblich benachteiligt werden. Es kann vergleichsweise auf den Ausbeutungsmissbrauch bei der Erzwingung unangemessener Preise durch marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 7 Abs. 2 lit. c KG verwiesen werden.

Das Bundesgericht betrachtet den Missbrauchsfall des «Übergewinns» als Anwendungsfall von Art. 117 Abs. 1 lit. c AVO, bei dem eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorliegt (BGer Entscheid 2026 E. 4.4.1 zweiter Absatz und E. 4.4.2).

Das Vorliegen eines missbräuchlichen Gewinns von VU kann m.E. etwa dann verneint werden, wenn andere regulierte Finanzdienstleister, deren Kunden ebenfalls unter gesetzlichem Schutz stehen, gleich hohe oder höhere Erträge erwirtschaften, ohne dass diese von Schweizer Gerichten als missbräuchlich beurteilt worden wären. Aus einem solchen Vergleich kann abgeleitet werden, dass mit einem bestimmten Gewinn oberhalb der 10%-Limite des Rundschreibens 2010/3 nicht die Schwäche von gefangenen Versicherten ausgenutzt wird, d.h. kein Missbrauch im konkreten Fall vorliegt.

Des Weiteren kann m.E. die Missbräuchlichkeit des Gewinns bei geschlossenen Beständen von Vornherein ausgeschlossen werden, wenn die Versicherten nach Art. 156 AVO die Möglichkeit haben, in einen offenen Bestand des Versichers (mit tieferer Prämie) zu wechseln.

Dasselbe muss gelten, wenn Versicherte aufgrund eines wirksamen Prämienwettbewerbs die Möglichkeit haben, den Versicherer zu wechseln. Es liegt jedenfalls dann kein missbräuchlicher Gewinn vor, wenn die Prämie (inkl. Gewinnanteil) das Ergebnis von wirksamem Wettbewerb ist (vgl. BVGer B-7407/2009 E. 3.7. - 3.9.; BVGer B-8800/2010 E. 3.8. - 3.9.). Dies ist auf dem Markt für Krankenzusatzversicherungsprodukte m.E. für Produktbestände zu bejahen, bei denen ein erheblicher Teil der Versicherten nicht gefangen ist und die Prämienerrhöhung nicht nur gefangene Versicherte, sondern alle Versicherte gleichermaßen betrifft. Unter diesen Umständen haben nicht gefangene Versicherte die Möglichkeit, den Versicherer zu wechseln; es kann dann angenommen werden, dass die Prämie und mithin auch der Gewinn nicht missbräuchlich hoch sind.

Feststellung des Missbrauchs durch die FINMA

Es wird beim Überschreiten der 10%igen Gewinngrenze nach Rz. 8 des Rundschreibens 2010/3 (wie gesagt) keine Missbrauchsvermutung begründet, die vom gesuchstellenden VU widerlegt werden müsste. Somit muss die FINMA entsprechend der Untersuchungsma-

xime im Verwaltungsverfahren einen missbräuchlichen Gewinn von Amtes wegen feststellen. Dabei ist das gesuchstellende VU immerhin zur Mitwirkung verpflichtet (Art. 12 und 13 VwVG). Die Mitwirkungspflicht kommt naturgemäss bei Tatsachen zum Tragen, welche die Parteien besser kennen als die Behörde und die ohne ihre Mitwirkung gar nicht oder jedenfalls nicht mit vertretbarem Aufwand erhoben werden könnten (BGer Entscheid 2026 E. 4.3.4).

Missbrauchsprüfung durch die FINMA

Im Fall eines möglicherweise missbräuchlichen Gewinns kann die FINMA zunächst feststellen, dass die 10%ige Gewinnbeschränkung nach Rz. 8 des Rundschreibens 2010/3 mit dem Prämien- bzw. Prämienerrhöhungsgesuch des VU überschritten wird, und sie deshalb beabsichtigt, eine Missbrauchsprüfung durchzuführen.

Die FINMA ist dann im Rahmen der Missbrauchsprüfung berechtigt, vom gesuchstellenden VU zusätzliche Informationen zum Versicherungsprodukt zu verlangen, um über die Frage der Missbräuchlichkeit entscheiden zu können. Die FINMA fällt schliesslich einen begründeten Entscheid über das Bestehen oder Nichtbestehen eines missbräuchlichen Gewinns im konkreten Einzelfall.

Missbräuchliche Rabatte

Keine Missbrauchsvermutung

Die FINMA geht in ihrer Praxis von einer Beschränkung von Rabatten bei Versicherungsprodukten aus, um die Versicherten vor missbräuchlich ungleich hohen Prämien zu schützen. Sie lässt keine technisch unbegründeten Rabatte zu, bei denen die Vertragsprämie die Referenzprämie um mehr als 10% unterschreitet (Rz. 37.1 des Rundschreiben 2010/3).

Es gilt für die Rabattbeschränkung nach Rz. 37.1 grundsätzlich dasselbe wie für die Gewinnbeschränkung nach Rz. 8 des Rundschreibens 2010/3: Ein Überschreiten der 10%igen Rabattbeschränkung kann weder automatisch missbräuchlich sein noch die Vermutungsbasis für eine tatsächliche Vermutung der Missbräuchlichkeit begründen. Die Beschränkung von Rabatten kann m.E. nur als Grenze verstanden werden, bei deren Überschreiten die FINMA eine Missbrauchsprüfung in Aussicht stellt.

Beschreibung des Missbrauchsfalls

Ungleich hohe Prämien aufgrund von Rabatten können dann missbräuchlich sein, wenn gefangene Versicherte betroffen sind, bei denen der Markt nicht spielt, insbesondere bei Alten und chronisch Kranken (vgl. BGer Urteil 2C_717/2017 E. 5.3). Unter solchen Umständen können Versicherte durch ein Fehlverhalten des VU benachteiligt werden.

Auf diesen Missbrauchsfall ist der Tatbestand von Art. 117 Abs. 2 AVO (Ungleichbehandlung) anwendbar. Die Bestimmung verbietet nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur *erhebliche* Ungleichbehandlungen, die versicherungstechnisch oder juristisch nicht gerechtfertigt sind. Es werden nur Ungleichbehandlungen vom Missbrauchsverbot erfasst, *«die ein bestimmtes Fehlverhalten, das unter Ausnutzung der Schwäche der anderen Vertragspartei erfolgt, darstellen»* (BGer Urteil 2C_717/2017 E. 5.4).

Die Missbräuchlichkeit hoher Rabatte kann m.E. von vornherein ausgeschlossen werden, wenn die vergleichsweise hohe Referenzprämie immer noch das Ergebnis von wirksamem Wettbewerb ist, d.h. zahlreiche nicht gefangene Versicherte mitbetroffen sind und diese den Versicherer wechseln könnten. Es kann auf die weitergehenden Ausführungen zum missbräuchlichen Gewinn verwiesen werden.

Feststellung des Missbrauchs durch die FINMA

Wie ein Überschreiten der 10%igen Gewinngrenze nach Rz. 8 begründet auch ein Überschreiten der 10%igen Rabattgrenze nach Rz. 37.1 des Rundschreibens 2010/3 keine Missbrauchsvermutung, die vom gesuchstellenden VU widerlegt werden müsste. Somit muss die FINMA entsprechend der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren missbräuchliche Rabatte von Amtes wegen feststellen, wobei das gesuchstellende VU zur Mitwirkung verpflichtet ist (Art. 12 und 13 VwVG).

Missbrauchsprüfung durch die FINMA

Im Fall von möglicherweise missbräuchlichen Rabatten kann die FINMA zunächst feststellen, dass die 10%ige Rabattbeschränkung nach Rz. 37.1 des Rundschreibens 2010/3 mit dem Prämien- bzw. Prämienerrhöhungsgesuch des VU überschritten wird, und sie deshalb eine Missbrauchsprüfung durchführen will.

Die FINMA kann dann im Rahmen der Missbrauchsprüfung vom gesuchstellenden VU zu-

sätzliche Informationen zum Versicherungsprodukt verlangen, um über die Frage der Missbräuchlichkeit entscheiden zu können. Die FINMA fällt schliesslich einen begründeten Entscheid darüber, ob im konkreten Fall missbräuchliche Rabatte vorliegen oder nicht.

Ergebnis

Gemäss Bundesgericht darf die FINMA Prämien- bzw. Prämienhöhungsgesuche von VU in der Krankenzusatzversicherung nur ablehnen, wenn sich diese als missbräuchlich erweisen. Die FINMA muss dementsprechend abklären, ob eine beantragte Prämie bzw. Prämienhöhung für ein bestimmtes Versicherungsprodukt nach Massgabe von Art. 117 AVO missbräuchlich ist.

Das blosses Überschreiten eines Grenzwertes im Rundschreiben 2010/3 kann nicht missbräuchlich sein. Feste Grenzwerte stellen keinen gültigen Massstab für die Bestimmung von Missbrauch dar. Die FINMA muss ihre bisherige Praxis ändern und darf nicht länger von einem Missbrauch ausgehen, sobald ein von ihr festgelegter Grenzwert überschritten wird.

Abkürzungsverzeichnis

AVO	Versicherungsaufsichtsverordnung
BGE	BGer Entscheid 2026
BGer	Bundesgericht
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
E.	Erwägung
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
FINMAG	Finanzmarktaufsichtsgesetz
KG	Kartellgesetz
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VU	Versicherungsunternehmen
VwVG	Verwaltungsverfahrensgesetz
Rz.	Randziffer(n)

Alois Rimle
Dr. iur., LL.M.,
Rechtsanwalt
rimle@ruossvoegele.ch

RUOSS VÖGELE
Kreuzstrasse 54
CH-8032 Zürich
+41 44 250 43 00
www.ruossvoegele.ch

RUOSS VÖGELE kommentiert in Legal Insights Themen des schweizerischen Rechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar. Rechtsentwicklungen können dazu führen, dass darin enthaltene Informationen nicht mehr aktuell sind. Die in diesen Medien erfolgten Ausführungen sollen deshalb nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Entscheide oder Handlungen genommen werden.