



Abteilung III
C-2001/2022

Urteil vom 11. März 2025

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),
Richter David Weiss, Richterin Viktoria Helfenstein,
Gerichtsschreiberin Tanja Jaenke.

Parteien

Amt für Sozialbeiträge,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Gesundheit,
Vorinstanz.

Gegenstand

KVAG, Bundesbeitrag an individuelle Prämienverbilligung
(2022); Verfügung des BAG vom 5. April 2022.

Sachverhalt:**A.**

Der Bund gewährt den Kantonen jährlich einen Beitrag zur Verbilligung der Prämien in der Höhe von 7.5 Prozent der Bruttokosten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP).

B.

B.a Am 8. April 2021 informierte das Bundesamt für Gesundheit (nachfolgend BAG) die zuständigen kantonalen Stellen mittels E-Mail über zwei vorsichtige Schätzungen (Wert «CH» und für 26 Kantone) betreffend die Bundesbeiträge Prämienverbilligung 2022 und machte insbesondere darauf aufmerksam, dass die Auswirkungen von allfälligen Rückzahlungen von zu hohen Prämieinnahmen in der Berechnung des Bundesbeitrages noch nicht berücksichtigt worden seien (BAG-act. 4).

B.b Mit E-Mail vom 11. Oktober 2021 informierte das BAG die zuständigen kantonalen Stellen darüber, dass die Beiträge für das Jahr 2022 berechnet worden und die Berechnungen im Anhang zu finden seien. Für das Jahr 2022 ergab die Berechnung zunächst einen Bundesbeitrag von total Fr. 2'880'718'675.97, welcher nach einem Abzug aufgrund des Ausgleichs von zu hohen Prämieinnahmen im Prämienjahr 2020 in der Höhe von Fr. 133'543'390.– um Fr. 10'015'754.25 auf gerundet Fr. 2'870'702'921.– reduziert wurde. Der Anteil des Kantons Basel-Stadt am Bundesbeitrag wurde vor Berücksichtigung des Ausgleichs von zu hohen Prämieinnahmen im Kanton auf Fr. 73'096'524.48 festgesetzt und schliesslich aufgrund des Ausgleichs von zu hohen Prämieinnahmen im Kanton Basel-Stadt in der Höhe von Fr. 13'108'490.– um Fr. 983'136.75 auf Fr. 72'113'388.– gekürzt (BAG-act. 5).

B.c In der Folge wandte sich das Amt für Sozialbeiträge des Departements für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt (nachfolgend Amt für Sozialbeiträge) mit Schreiben vom 18. Oktober 2021 an das BAG und bat einerseits um eine nachvollziehbare Erläuterung der Berechnungsgrundlagen, weil die Rechtmässigkeit des vorgenommenen Abzugs vom Bundesbeitrag 2022 bestritten werde, sowie andererseits um Hinweise zu den zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln (BAG-act. 6).

B.d Das BAG legte mit Schreiben vom 22. November 2021 die rechtlichen Grundlagen sowie die Berechnung des Bundesbeitrages für das Jahr 2022 dar und teilte dem Amt für Sozialbeiträge mit, es erachte die grundsätzliche

Kürzung des Bundesbeitrages sowie die konkrete Verteilung dieser Kürzung auf die einzelnen Kantone, insbesondere den Kanton Basel-Stadt, als rechtmässig. Weiter teilte das BAG mit, es werde eine beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbare Verfügung erlassen, sollte das Amt für Sozialbeiträge an den Ausführungen im Schreiben vom 18. Oktober 2021 festhalten (BAG-act. 7).

B.e Am 26. November 2021 ersuchte das Amt für Sozialbeiträge das BAG um Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung, da die Rechtmässigkeit des für den Kanton Basel-Stadt festgelegten Bundesbeitrags weiterhin bezweifelt werde (BAG-act. 8).

B.f Das BAG stellte dem Amt für Sozialbeiträge daraufhin am 4. Februar 2022 zur Gewährung des rechtlichen Gehörs einen Verfügungsentwurf zu. Darin wurde in Aussicht gestellt, den definitiven Bundesbeitrag an die individuelle Prämienverbilligung (IPV) zugunsten des Kantons Basel-Stadt für das Jahr 2022 – unter Berücksichtigung einer Kürzung von Fr. 983'136.75 aufgrund von zu hohen Prämieinnahmen – auf Fr. 72'113'388.– festzusetzen (BAG-act. 9).

B.g Mit Eingabe vom 16. Februar 2022 brachte das Amt für Sozialbeiträge im Wesentlichen vor, das Vorgehen des BAG hinsichtlich der Kürzung des Bundesbeitrages aufgrund von zu hohen Prämieinnahmen verletze höherrangiges Bundesrecht sowie die kantonale Hoheit im Bereich der Prämienverbilligungen, verstosse gegen das Vertrauens- und Verhältnismässigkeitsprinzip und die Rückforderung sei ohnehin unverhältnismässig (BAG-act. 10).

B.h Am 5. April 2022 erliess das BAG eine Verfügung mit folgendem Dispositiv (BAG-act. 11):

«1. Der definitive Bundesbeitrag an die individuelle Prämienverbilligung zugunsten des Kantons Basel-Stadt für das Jahr 2022 wird auf Fr. 72'113'388.00 festgesetzt.

2. Es werden keine Gebühren erhoben.»

C.

C.a Hiergegen erhob das Amt für Sozialbeiträge (nachfolgend Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 29. April 2022 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und stellte die folgenden Rechtsbegehren (BVGer-act. 1):

«1. Die Verfügung des Bundesamtes für Gesundheit BAG vom 5. April 2022 sei aufzuheben und das BAG sei zu verpflichten, die dem Kanton Basel-Stadt zustehenden Bundesanteile an der individuellen Prämienverbilligung gemäss Artikel 66 KVG ohne Abzug gemäss Artikel 3 Absatz 4^{bis} VPVK neu zu berechnen.

2. Unter o/e Kostenfolge.»

C.b Der mit Zwischenverfügung vom 5. Mai 2022 bei der Beschwerdeführerin eingeforderte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– ging am 10. Mai 2022 bei der Gerichtskasse ein (BVGer-act. 2; 4).

C.c Mit Vernehmlassung vom 16. Juni 2022 stellte das BAG (nachfolgend Vorinstanz) den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen und die Verfahrenskosten seien der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (BVGer-act. 6).

C.d In ihrer Replik vom 22. August 2022 stellte die Beschwerdeführerin die Rechtsbegehren, die Beschwerde sei gutzuheissen und die Verfahrenskosten seien der Vorinstanz aufzuerlegen (BVGer-act. 8).

C.e Mit Duplik vom 22. September 2022 hielt die Vorinstanz an den bereits in der Vernehmlassung gestellten Anträgen fest (BVGer-act. 10).

C.f Der Instruktionsrichter schloss den Schriftenwechsel – vorbehältlich weiterer Instruktionsmassnahmen – am 23. September 2022 ab (BVGer-act. 11).

D.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien sowie die eingereichten Akten ist – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich im Wesentlichen nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das

Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021) und dem Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32).

1.1 Die Zuständigkeit zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache ergibt sich aus Art. 31 ff. VGG. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 33 Bst. d VGG Beschwerden gegen Verfügungen der Bundeskanzlei, der Departemente und der ihnen unterstellten oder administrativ zugeordneten Dienststellen der Bundesverwaltung, wozu auch das BAG zu zählen ist. Weiter ist die angefochtene Anordnung ohne Zweifel als Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG zu qualifizieren und es liegt keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vor, weshalb das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist.

1.2 Die Beschwerdeführerin hat als Adressatin der angefochtenen Verfügung vom 5. April 2022 am vorinstanzlichen Verfahren als Partei teilgenommen, ist durch diesen Entscheid besonders berührt und hat an dessen Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG; vgl. auch BAG-act. 12) ist, nachdem der einverlangte Kostenvorschuss fristgerecht geleistet worden ist (Art. 63 Abs. 4 VwVG; vgl. auch BVGer-act. 4), einzutreten.

2.

Anfechtungsobjekt und damit Begrenzung des Streitgegenstandes des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet die Verfügung der Vorinstanz vom 5. April 2022, mit welcher die Vorinstanz den definitiven Bundesbeitrag an die IPV des Kantons Basel-Stadt für das Jahr 2022 – unter Berücksichtigung eines Abzugs von Fr. 983'136.75 – auf Fr. 72'113'388.– festgesetzt hat. Die Beschwerdeführerin verlangt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Neuberechnung des Bundesbeitrags an die IPV für den Kanton Basel-Stadt. Sie rügt zusammenfassend, dass Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK erstens die kantonale Hoheit im Bereich der Prämienverbilligung verletze, zweitens die Rückforderung unmöglich und unverhältnismässig sei, wodurch die Kantone benachteiligt würden und die Planbarkeit fehle, drittens die Bestimmung gegen Art. 66 KVG verstosse, viertens eine rechtmangelhafte Verordnungsbestimmung sei, da die gesetzliche Ermächtigung für die Auferlegung neuer Pflichten fehle sowie fünftens Art. 30 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 (Subventionsgesetz, SuG, SR 616.1) und sechstens Art. 65 Abs. 3 KVG verletze (vgl. BVGer-act. 1). Die Beschwerdeführerin

hat ihre fünfte Rüge mit Replik vom 22. August 2022 zurückgezogen (BVGer-act. 8 Rz. 19).

3.

Nachfolgend sind die verfahrensspezifischen Regeln aufzuführen:

3.1 Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

3.2 Das Bundesverwaltungsgericht ist nach dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] C-2798/2020 vom 27. August 2021 E. 3.2 m.H.; vgl. auch MADELEINE CAMPRUBI, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Verwaltungsrechtspflege VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 64 Rz. 16).

3.3 Nach den allgemeinen intertemporalen Regeln sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung, unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Übergangsbestimmungen, Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 296). In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 141 V 657 E. 3.5.1 m.w.H.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 292 f.). Anwendbar sind vorliegend demnach die im Zeitpunkt der Verfügung vom 5. April 2022 geltenden materiellen Bestimmungen insbesondere des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10; in der ab 1. Januar 2022 gültigen Fassung), des Bundesgesetzes vom 26. September 2014 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG, SR 832.12; in der ab 1. Januar 2017 gültigen Fassung), der Verordnung vom 18. November 2015 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsverordnung, KVAV, SR 832.121; in der ab 1. Juni 2021 gültigen Fassung) und der Verordnung vom 7. November 2007 über den

Bundesbeitrag zur Prämienverbilligung in der Krankenversicherung (VPVK, SR 832.112.4; in der ab 1. Januar 2016 gültigen Fassung).

4.

Zunächst sind die vorliegend massgebenden Grundlagen in der Bundesverfassung, in Bundesgesetzen und in bundesrätlichen Verordnungen (in den jeweils anwendbaren Fassungen, vgl. dazu oben E. 3.3) im Zusammenhang mit dem Bundesbeitrag an die IPV darzulegen:

4.1 Gemäss Art. 117 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101; in der ab 13. Februar 2022 gültigen Fassung) erlässt der Bund Vorschriften über die Kranken- und Unfallversicherung. Gestützt hierauf erliess die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits das Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (vgl. nachfolgend E. 4.2) und andererseits das Bundesgesetz über die Krankenversicherung (vgl. nachfolgend E. 4.3).

4.2 Das KVAG regelt seit 1. Januar 2016 insbesondere die Aufsicht des Bundes im Bereich der sozialen Krankenversicherung über die Krankenkassen (Art. 1 Abs. 1 Bst. a KVAG) und bezweckt namentlich den Schutz der Interessen der Versicherten nach dem KVG, indem insbesondere die Transparenz in der sozialen Krankenversicherung und die Solvenz der Krankenkassen gewährleistet werden (Art. 1 Abs. 2 KVAG):

4.2.1 Gemäss Art. 16 KVAG bedürfen die Prämientarife für die obligatorische Krankenpflegeversicherung der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde (Abs. 1). Die Aufsichtsbehörde prüft, ob die vorgelegten Prämientarife die Solvenz des Versicherers und die Interessen der Versicherten nach dem KVG gewährleisten (Abs. 2). Die Prämien des Versicherers decken die kantonal unterschiedlichen Kosten, wobei der Wohnort der versicherten Person massgebend ist (Abs. 3).

4.2.2 Für den Fall, dass die Prämieinnahmen eines Versicherers in einem Kanton in einem Jahr deutlich über den kumulierten Kosten in diesem Kanton lagen, so kann der Versicherer im betreffenden Kanton im Folgejahr einen Prämienausgleich machen. Die Höhe des entsprechenden Ausgleichs ist durch den Versicherer im Genehmigungsantrag klar auszuweisen und zu begründen. Der Antrag ist bis Ende Juni des Folgejahres bei der Aufsichtsbehörde einzureichen (Art. 17 Abs. 1 KVAG). Der Prämienausgleich soll das Gleichgewicht zwischen Prämien und Kosten

wiederherstellen (Art. 17 Abs. 2 KVAG). Der Bundesrat erlässt die notwendigen Ausführungsbestimmungen zum Prämienausgleich und hört dazu die Versicherer an (Art. 17 Abs. 4 KVAG).

4.2.3 Die Rückerstattung der Prämien erfolgt in der Form einer Rückvergütung des Versicherers an diejenigen Personen, welche am 31. Dezember des Jahres, dessen Prämien rückerstattet werden, versichert waren. Die Rückvergütung muss im Kalenderjahr erfolgen, in dem der Antrag gestellt wurde (Art. 18 KVAG).

4.2.4 Gemäss Art. 57 KVAG vollzieht der Bundesrat dieses Gesetz und erlässt Ausführungsbestimmungen.

4.3 Das KVG regelt seinerseits im 4. Abschnitt des 5. Kapitels die Prämienverbilligung durch Beiträge der öffentlichen Hand:

4.3.1 Die Kantone gewähren Versicherten in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen gemäss Art. 65 Abs. 1 KVG Prämienverbilligungen. Sie sorgen ausserdem dafür, dass bei der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen, insbesondere auf Antrag der versicherten Person, die aktuellsten Einkommens- und Familienverhältnisse berücksichtigt werden und – nach der Feststellung der Bezugsberechtigung – dass die Auszahlung der Prämienverbilligung so erfolgt, dass die anspruchsberechtigten Personen ihrer Prämienzahlungspflicht nicht vorschussweise nachkommen müssen (Art. 65 Abs. 3 KVG).

4.3.2 Gemäss Art. 66 KVG gewährt der Bund den Kantonen jährlich einen Beitrag zur Verbilligung der Prämien im Sinne der Art. 65 und 65a KVG (Abs. 1), wobei der Bundesbeitrag 7.5 Prozent der Bruttokosten der OKP beträgt (Abs. 2). Die Anteile der einzelnen Kantone am Bundesbeitrag werden vom Bundesrat nach deren Wohnbevölkerung sowie der Anzahl der Versicherten gemäss Art. 65a Bst. a KVG festgesetzt (Abs. 3).

4.3.3 Der Bundesrat ist mit dem Vollzug des KVG beauftragt und erlässt Ausführungsbestimmungen (Art. 96 KVG).

4.4 Unter Bezugnahme auf Art. 66 und 96 KVG erliess der Bundesrat die Verordnung über den Bundesbeitrag zur Prämienverbilligung in der Krankenversicherung, welche die Ermittlung des Bundesbeitrages an die Prämienverbilligung und dessen Aufteilung auf die Kantone regelt (Art. 1 VPVK).

4.4.1 Die Bruttokosten (der OKP) nach Art. 66 Abs. 2 KVG werden gemäss Art. 2 Abs. 1 VPVK aufgrund folgender Masszahlen berechnet: Durchschnittsprämie (P), Versichertenbestand (V), geschätzter Versichertenbestand (Vest), Prämiensoll (PS) und Kostenbeteiligung (KB). Die Bruttokosten (B) werden durch das BAG für ein Kalenderjahr (x) mit der folgenden Formel berechnet (Art. 2 Abs. 9 VPVK):

$$B_x = \frac{\frac{\text{Jahr } x - 4}{P \times 12 \times V} (\text{PS} + \text{KB}) + \frac{\text{Jahr } x - 3}{P \times 12 \times V} (\text{PS} + \text{KB}) + \frac{\text{Jahr } x - 2}{P \times 12 \times V} (\text{PS} + \text{KB})}{3} \times P_x \times 12 \times \text{Vest}_x$$

4.4.2 Der Anteil der einzelnen Kantone am Bundesbeitrag wird gemäss Art. 3 Abs. 1 VPVK aufgrund folgender Masszahlen berechnet: Wohnbevölkerung des Kantons (BevK), Wohnbevölkerung der Schweiz (BevCH), Anzahl der Grenzgänger und Grenzgängerinnen und ihrer Familienangehörigen nach Art. 65a Bst. a KVG im Kanton (GrK) und Anzahl der Grenzgänger und Grenzgängerinnen und ihrer Familienangehörigen nach Art. 65a Bst. a KVG in der Schweiz (GrCH). Das BAG berechnet gemäss Art. 3 Abs. 4 VPVK den Anteil jedes Kantons aufgrund der folgenden Formel:

$$AK = \frac{\text{BevK} + \text{GrK}}{\text{BevCH} + \text{GrCH}}$$

Im Fall eines Ausgleichs von zu hohen Prämieinnahmen nach Art. 17 KVAG zieht es 7.5 Prozent vom nach Absatz 4 berechneten Kantonsanteil ab, wobei das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) festlegen kann, wie der Abzug zu berechnen ist (Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK).

4.4.3 Die Aufteilung des Bundesbeitrags auf die Kantone für das folgende Jahr wird jeweils im Oktober veröffentlicht (Art. 3 Abs. 5 VPVK) und der Bundesbeitrag im laufenden Jahr in drei Raten ausbezahlt (Art. 4 VPVK).

5.

In einem ersten Schritt ist die vierte Rüge der Beschwerdeführerin, wonach Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK eine rechtsmangelhafte Verordnungsbestimmung sei, vorfrageweise im Rahmen der akzessorischen (auch inzidenten oder konkreten) Normenkontrolle zu prüfen (vgl. nachfolgend E. 5.1 und 5.2.4.4).

5.1 Bei der akzessorischen Normenkontrolle wird ein Erlass (vorliegend Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK) anlässlich der Anfechtung eines darauf gestützten

Einzelaktes (konkret die angefochtene Verfügung vom 5. April 2022) vorfrageweise auf seine Rechtmässigkeit (einschliesslich seiner Verfassungsmässigkeit) geprüft und im Falle der Rechtswidrigkeit nicht angewendet (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts [BGer] 2C_345/2014 u.w. vom 23. September 2014 E. 4.3; vgl. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 11. Aufl. 2024, Rz. 2389 und 2578 ff.). Das akzessorische Prüfungsrecht führt jedoch nicht zur formellen Aufhebung von Rechtsnormen. Die rechtsanwendenden Behörden können den betreffenden Rechtssatz lediglich als rechtswidrig erklären und ihm im zu beurteilenden Fall die Anwendung versagen. Aufgehoben wird nur der Rechtsanwendungsakt. Die Rechtswidrigkeit einer Norm kann in jedem weiteren Anwendungsfall geltend gemacht werden. Entsprechend wirken negative Entscheide der obersten Rechtsmittelinstanz faktisch wie eine Ungültigkeitserklärung (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 2585). Früher ergangene Anwendungsakte bleiben jedoch davon unberührt, ausser wenn diese an derart groben Mängeln leiden, dass sie selbst als nichtig erscheinen (Urteil des BGer 2P.112/2003 vom 29. August 2003 E. 2.4.2).

5.2 Im Hinblick auf die vorzunehmende akzessorische Normenkontrolle sind vorweg die in der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Gesetzmässigkeit von Verordnungen darzulegen:

5.2.1 Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage (Legalitätsprinzip, vgl. Art. 5 Abs. 1 BV). Inhaltlich gebietet das Legalitätsprinzip, dass staatliches Handeln grundsätzlich auf einem Rechtssatz von genügender Normstufe und genügender Bestimmtheit zu beruhen hat (vgl. BGE 130 I 1 E. 3.1; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, Rz. 387).

5.2.2 Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind gemäss Art. 164 Abs. 1 BV in der Form eines Gesetzes zu erlassen (materieller Gesetzesvorbehalt), Detailregelungen und Ausführungsbestimmungen können in untergeordneten Rechtssätzen enthalten sein (vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, a.a.O., Rz. 389; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 350 ff.). Art. 164 Abs. 1 BV umschreibt die Gesetzgebungsmaterien. Dadurch soll erreicht werden, dass alle Bestimmungen von grundlegender Bedeutung in den für die Rechtsunterworfenen zentralen Belangen in einem formellen Gesetz geregelt werden und kein wichtiger Regelungsbereich den direktdemokratischen Einwirkungsmöglichkeiten entzogen wird (vgl. BGE 131 II 13 E. 6.3 m.H.). Gemäss Art. 164 Abs. 2 BV können

Rechtsetzungsbefugnisse durch Bundesgesetz übertragen werden, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen ist.

5.2.3 Art. 182 BV bestimmt sodann, dass der Bundesrat rechtsetzende Bestimmungen in der Form der Verordnung erlässt, soweit er durch Verfassung oder Gesetz dazu ermächtigt ist (Abs. 1). Er sorgt zudem für den Vollzug der Gesetzgebung (Abs. 2).

5.2.4 Entsprechend wird in der Lehre und Rechtsprechung zwischen gesetzesvertretenden Verordnungen (Art. 164 Abs. 2 BV) und Vollziehungsverordnungen (Art. 182 Abs. 2 BV) unterschieden:

5.2.4.1 Gesetzesvertretende Verordnungen beruhen auf einer Ermächtigung durch ein Gesetz, das noch keine vollständige materielle Regelung enthält; solche Verordnungen fügen der weitmaschigen, sich auf das Grundsätzliche beschränkenden Regelung im Gesetz neue Normen hinzu. Voraussetzung für solche Verordnungen ist also eine Rechtssetzungsdelegation durch ein Gesetz (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 96 ff.). Lehre und Praxis anerkennen heute die grundsätzliche Zulässigkeit der Gesetzesdelegation an die Exekutive. Nach der Rechtsprechung ist eine Gesetzesdelegation nur zulässig, wenn vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt werden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 367 ff. m.w.H.):

- Die Gesetzesdelegation darf nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein (vgl. auch bereits oben E. 5.2.2 in fine).
- Die Delegationsnorm muss in einem Gesetz enthalten sein.
- Die Delegation muss sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken.
- Die Grundzüge der delegierten Materie, das heisst die wichtigsten Regelungen, insbesondere Zweck, Gegenstand und Umfang der übertragenen Befugnisse müssen in einem Gesetz umschrieben sein.

Das Problem der Gesetzesdelegation stellt sich nur bei den unselbstständigen Verordnungen. Selbstständige Verordnungen kann die Exekutive kraft der Ermächtigung durch die Verfassung in eigener Kompetenz erlassen, weshalb diese die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation nicht erfüllen müssen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 367 ff. m.w.H.).

5.2.4.2 Vollziehungsverordnungen führen die durch das Gesetz bereits begründeten Verpflichtungen und Berechtigungen näher aus, passen das schon im Gesetz Bestimmte den konkreten praktischen Gegebenheiten an. Sie dürfen nur dem durch das Gesetz geschaffenen Rahmen entsprechend die im Gesetz gegebenen Richtlinien ausfüllen, nicht ergänzen,

insbesondere die Rechte der Betroffenen nicht einschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen. Die Kompetenz der Exekutive zum Erlass von Vollziehungsverordnungen ist in der allgemeinen, von der Verfassung eingeräumten Vollzugskompetenz enthalten; für den Bundesrat ergibt sie sich aus dem – allerdings missverständlich formulierten – Art. 182 Abs. 2 BV (vgl. oben E. 5.2.3). Vollziehungsverordnungen beruhen also nicht auf einer Gesetzesdelegation. Häufig wird jedoch die aus der Verfassung abgeleitete Vollzugskompetenz in einer entsprechenden Bestimmung auf Gesetzesstufe wiederholt; dies hat aber nur deklaratorische Wirkung (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 99 f. m.w.H.; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, a.a.O., Rz. 316).

5.2.4.3 Die Übergänge zwischen gesetzvertretenden und gesetzvollziehenden Verordnungen sind fließend. Verordnungen können sowohl gesetzvertretende als auch gesetzvollziehende Rechtssätze enthalten (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 94; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, a.a.O., Rz. 312).

Für das Vorgehen bei der richterlichen Überprüfung von Rechtsverordnungen ist die (dogmatische) Differenzierung nach Ansicht von BRUNNER/ZOLLINGER ohnehin nicht ergiebig, denn ob eine vollziehende oder eine gesetzvertretende Rechtsverordnung vorliege, lasse sich nicht ex ante (aufgrund der Selbstdeklaration der Verordnungsgeberin), sondern erst ex post (aufgrund einer materiellen Beurteilung des gerügten Verordnungsrechts) beurteilen. Die Gerichte hätten mit anderen Worten in einem ersten Schritt die Gesetzmässigkeit einer Verordnungsbestimmung zu beurteilen, und zwar unabhängig davon, ob die Verordnungsgeberin ihren Erlass als vollziehende oder gesetzvertretende Rechtsverordnung betrachte. Komme das Gericht bei dieser Prüfung zum Schluss, dass die Verordnung allein vollziehenden Charakter aufweise, sei deren Vereinbarkeit mit dem vollzogenen Gesetzesrecht automatisch gegeben und eine materielle (Gesetzmässigkeits-)Prüfung der umstrittenen Verordnungsbestimmung erübrige sich. Geprüft werden müsse indes gegebenenfalls die Rüge, die Anwendung der betreffenden Verordnungsbestimmung verletze das dem vollzogenen Gesetz übergeordnete Recht. Komme das Gericht bei der Prüfung der Gesetzmässigkeit zum Schluss, dass die beanstandete Verordnung Bestimmungen enthalte, denen mehr als nur vollziehender Charakter zukomme, stelle sich die Folgefrage, ob die Verordnungsgeberin vom Gesetzgeber für den Erlass dieser Bestimmungen in formeller und materieller Hinsicht hinreichend ermächtigt wurde. Räume die bundesgesetzliche Delegationsnorm dem Bundesrat einen sehr weiten Spielraum für

die inhaltliche Ausgestaltung der gesetzesvertretenden Rechtsverordnung ein, sei dieser Gestaltungsbereich für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden nach ständiger Rechtsprechung verbindlich (BRUNNER/ZOLLINGER, a.a.O., N. 14 m.w.H.).

Massgebend für die Auslegung der beanstandeten Verordnungsbestimmung sowie für die Auslegung des übergeordneten Rechts seien sodann grundsätzlich die allgemeinen Auslegungsgrundsätze (BRUNNER/ZOLLINGER, a.a.O., N. 18 mit Hinweis auf BGE 137 III 217 E. 2.4.1).

5.2.4.4 Gegenüber Bundesratsverordnungen – wie vorliegend – kommt aus prozessualen Gründen allein die akzessorische Normenkontrolle in Betracht, wobei unselbständige Bundesratsverordnungen zwar immer auf ihre Gesetzmässigkeit, jedoch aufgrund von Art. 190 BV nicht vorbehaltlos auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft werden können (TSCHANEN/MÜLLER/KERN, a.a.O., Rz. 424; vgl. dazu auch BRUNNER/ZOLLINGER, a.a.O., N 7 und 16).

5.3 Die Parteien führen im Hinblick auf die vierte Rüge, wonach Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK eine rechtmangelhafte Verordnungsbestimmung darstelle, Folgendes aus:

5.3.1 Die Beschwerdeführerin macht beschwerdeweise geltend, die Bestimmung in Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK verletze das verfassungsmässige Gesetzmässigkeitsgebot und sei damit mangelhaft. Dazu führt sie im Wesentlichen aus, die Vorinstanz halte in der angefochtenen Verfügung fest, es handle sich um eine «gesetzesvollziehende Verordnung». Ihrer Ansicht nach sei jedoch aufgrund von Art. 66 Abs. 3 und Art. 96 KVG von einer Gesetzesdelegation beziehungsweise von einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen von der Legislative an die Exekutive auszugehen. Die nähere Prüfung von Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK zeige, dass die Voraussetzungen einer Gesetzesdelegation nicht erfüllt seien: So erfolge nach Art. 66 Abs. 3 KVG die Festlegung des Bundesbeitrags pro Kanton gemäss dem Wohnbevölkerungsanteil und der Anzahl Versicherter nach Art. 65a Bst. a KVG, und dieser solle nach Art. 3 Abs. 6 VPVK auf der Grundlage der genehmigten Prämientarife nach Art. 16 KVAG ermittelt werden. Es lasse sich aus diesen Regelungen keine Ermächtigung herauslesen, welche auch nachträgliche Ausgleiche gemäss Art. 17 KVAG infolge wesentlich höherer Prämieinnahmen erfassen sollen. Die Delegation auf nachträgliche Ausgleiche gemäss Art. 17 KVAG auszudehnen, sei eine unzulässige Ausweitung des in Art. 66 Abs. 3 KVG genau umschriebenen Sachgebietes und den Aufteilungskriterien. So seien die Grundzüge der zu delegierenden

Materie, nämlich die Kompensation durch den Kanton von zu viel geleisteten Bundesbeiträgen nach einem fakultativen Ausgleich zu hoher Prämieinnahmen, nicht im Gesetz enthalten. Die blosse gesetzliche Regelung von Art. 17 KVAG reiche nicht aus und beinhalte auch keinen Verweis auf Art. 66 KVG. Der Kompensationsmechanismus müsste in einem formellen Gesetz beziehungsweise in Art. 66 KVG selbst enthalten sein und nicht nur in der Verordnung. Überdies wären auch die Voraussetzungen gemäss einer Vollziehungsverordnung nicht erfüllt: Die Regelung von Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK beinhalte für den rechtsunterworfenen Kanton zusätzliche, belastende Bestimmungen, welche über die blosse Konkretisierung des Verfahrens hinausgehen würden (BVGer-act. 1 Ziff. III.B Rz. 11 ff.).

5.3.2 Vernehmlassungsweise führt die Vorinstanz aus, der Bundesrat sei entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin nicht nur gemäss Art. 66 Abs. 3 i.V.m. Art. 96 KVG ermächtigt, die Anteile der einzelnen Kantone am Bundesbeitrag nach deren Wohnbevölkerung und Anzahl der Versicherten nach Art. 65a Bst. a KVG festzusetzen. Daraus ergebe sich eine Delegation zum Erlass der VPVK. In Art. 66 Abs. 2 KVG werde bereits die Höhe des Bundesbeitrags definiert. Aus dem ganzen Art. 66 KVG, insbesondere jedoch aus dessen Absatz 2, ergebe sich, dass der Bundesrat auch zur Ermittlung der Bruttokosten der OKP legitimiert sei. Von dieser Legitimation habe er mit dem Erlass der VPVK Gebrauch gemacht. Die Beschwerdeführerin irre, wenn sie davon ausgehe, es handle sich bei Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK um eine gesetzesvertretende Verordnungsbestimmung, zumal dort keine neuen Pflichten zu Lasten der Beschwerdeführerin begründet würden. Beim Bundesbeitrag zur IPV handle es sich um einen Vorteil, der den Kantonen zu Lasten des Bundes gewährt werde, und nicht um eine Verpflichtung. An diesem Grundsatz ändere die Tatsache nichts, dass im Rahmen der Berechnung des Beitrags ein Abzug erfolge. Der Vorteil verringere sich, falls in einem betroffenen Kanton von den Versicherern ein Prämienausgleich zugunsten der Versicherten vorgenommen werde. Zwischen dem Prämienausgleich und den Bruttokosten, an denen sich der Bundesbeitrag bemesse, bestehe ein sachlicher Zusammenhang, den es zu berücksichtigen gelte. So sei an einem Rechenbeispiel ersichtlich, dass der Bundesbeitrag nach Berücksichtigung des Prämienausgleichs in prozentual gleicher Höhe ausfalle wie vor Berücksichtigung des Prämienausgleichs. Die massgebenden Kennzahlen, wonach die Bruttokosten zu ermitteln seien, seien nicht in Art. 66 Abs. 2 KVG geregelt. Es fehle somit an einer formell gesetzlichen Definition der Bruttokosten der OKP. Da der Bundesrat damit beauftragt worden sei, die Höhe der Bruttokosten zu berechnen, sei er auch dazu ermächtigt, eine Verringerung der Bruttokosten bei

deren Berechnung zu berücksichtigen. Es handle sich bei Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK daher lediglich um eine das Gesetz konkretisierende Verordnungsbestimmung, weshalb die Anforderungen an gesetzesvertretende Verordnungsbestimmungen vorliegend keine Anwendung finden würden. Es handle sich bei Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK weiter nicht um eine neue Pflicht, weil diese Bestimmung gleichzeitig mit Art. 17 KVAG in Kraft gesetzt worden sei und seit Bestehen dieser Bestimmung die Bundesbeiträge mit einem Abzug ausbezahlt worden seien, sofern im betroffenen Kanton ein Prämienausgleich erfolgt sei. Im Übrigen wäre diese, selbst wenn es sich bei Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK – wider Erwarten – um eine gesetzesvertretende Verordnungsbestimmung handeln sollte, als zulässig zu beurteilen. Die Delegation sei vorliegend nicht durch eine Verfassungsbestimmung ausgeschlossen und ergebe sich aus Art. 66 KVG. Im Gesetz sei keine Definition beziehungsweise keine Berechnung der Bruttokosten enthalten, womit der Gesetzgeber diese offengelassen und dem Bundesrat überlassen habe. Die Delegation beschränke sich zudem auf ein äusserst enges, genau umschriebenes Sachgebiet, nämlich gemäss Art. 1 VPVK auf die Ermittlung des Bundesbeitrags zur Prämienverbilligung nach Art. 66 KVG und dessen Aufteilung auf die Kantone. Weiter seien mit der Pflicht des Bundes, Bundesbeiträge zur IPV zu gewähren, der Koppelung der Höhe des Bundesbeitrags an 7.5 Prozent der Bruttokosten der OKP sowie dem Verteilschlüssel nach Wohnbevölkerung sowie nach der Anzahl der Versicherten die wichtigsten Regelungen im Gesetz selbst enthalten (vgl. BVGer-act. 6 Ziff. III.B Rz. 39 ff.).

5.3.3 Die Beschwerdeführerin betont in ihrer Replik ergänzend, der Bundesbeitrag sei in Art. 66 KVG geregelt und Absatz 3 dieser Bestimmung regle eine Ermächtigung an den Verordnungsgeber zur Festsetzung der Bundesanteile gemäss der Wohnbevölkerung und den Grenzgängern und Grenzgängerinnen inklusive Familienangehörigen. Diese Ermächtigung beziehe sich nicht auf eine Mitberücksichtigung der individuellen Ausgleichs gemäss Art. 17 KVAG. Auch gemäss Absatz 2 könne diese nicht hergeleitet werden, da die Prämienausgleiche nicht zu den Bruttokosten gehören würden. Somit stelle die Bestimmung von Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK eine davon losgelöste und sachfremde Bestimmung ohne gesetzliche Grundlage dar. Auch wenn man bei der VPVK beziehungsweise dem Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK von Normen mit gemischtem Charakter ausgehe, seien weder die Voraussetzungen für gesetzesvollziehende noch diejenigen von gesetzesvertretenden Verordnungen erfüllt: Wenn die Vorinstanz nun von einer gesetzesvollziehenden Verordnung ausgehe, welche genügend gesetzlich legitimiert sei und keine neuen Pflichten für den

Verfügungsadressaten enthalte, sei dies nicht nachvollziehbar. So würden sehr wohl Pflichten in Höhe von fast 1 Million Franken für den Kanton Basel-Stadt entstehen, wenn die Prämienausgleiche ohne ausreichende gesetzliche Grundlage mitberücksichtigt werden sollten. So werde in der Vernehmlassung auch der Mangel aufgeführt, dass es in Art. 66 Abs. 2 KVG an einer formell-gesetzlichen Definition der Bruttokosten der OKP fehle. Dies treffe zwar zu, jedoch sei die Definition auf Verordnungsstufe in Art. 2 Abs. 1 Bst. d VPVK erfolgt. Dort sei der Prämienausgleich eben nicht aufgeführt, sondern nur das Prämien Soll, welches sich auf die im ordentlichen Verfahren genehmigten Prämien beziehe. Die allgemeine Verordnungs-kompetenz des Bundesrats und der Bundesbehörden reiche nicht aus, um auf Verordnungsebene neue Pflichten für den Kanton zu begründen und den Mangel der fehlenden gesetzlichen Grundlage zu kompensieren. Angesichts der Bedeutung und Konsequenz für die Kantone könne auch nicht von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers ausgegangen werden. Der Kompensationsmechanismus, nämlich die sachfremde Verknüpfung der zwei unterschiedlichen Rechtsbereiche «Bundesbeitrag gemäss Art. 66 KVG» und «Prämienausgleich gemäss Art. 17 KVAG», könne ohne ausreichende gesetzliche Grundlage nicht einfach auf Verordnungsstufe herbeigeführt werden. Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK sei gesetzeswidrig und vom Verordnungsgeber nicht anzuwenden (BVGer-act. 8 Ziff. III.B Rz. 16 ff.).

5.3.4 Duplikweise führt die Vorinstanz ergänzend aus, dass der Prämienausgleich in den Art. 17 und 18 KVAG verankert sei. Gemäss Art. 17 Abs. 4 KVAG erlasse der Bundesrat die notwendigen Ausführungsbestimmungen zum Prämienausgleich. Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK stelle eine Ausführungsbestimmung zum Prämienausgleich dar. Somit verfüge Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK über eine gesetzliche Delegationsnorm. Im Übrigen sei diese Verordnungsbestimmung durch den Anhang Ziffer 5 der Krankenversicherungsaufsichtsverordnung vom 18. November 2015 in die VPVK eingefügt worden und seit dem 1. Januar 2016 in Kraft. Ein Prämienausgleich beeinflusse wie bereits erläutert die Höhe der Bruttokosten der OKP. Somit bestehe ein sachlicher Zusammenhang zwischen Art. 66 KVG, Art. 17 KVAG und Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK, weshalb diese Ausführungsbestimmung zum Prämienausgleich bei der Berechnung des Bundesbeitrags zur IPV gemäss Art. 66 KVG zu berücksichtigen sei (BVGer-act. 10 Ziff. III.B Rz. 20 ff.).

5.4 Zusammenfassend sind sich die Parteien nicht einig, ob ein allfälliger Prämienausgleich der Krankenversicherer gemäss Art. 17 KVAG Auswirkungen auf den Bundesbeitrag an die IPV zugunsten der Kantone gemäss Art. 66 KVG haben darf. Hierzu ist zunächst einleitend darzustellen, wie die

beiden Verfahren in zeitlicher Hinsicht ablaufen: Die Kantone sind gemäss Art. 65 Abs. 1 KVG verpflichtet, Versicherten in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen Prämienverbilligungen zu gewähren, wobei die Kantone – im Rahmen von Art. 65 KVG – über einen gewissen Spielraum bei der Ausgestaltung verfügen. Die Auszahlung der individuellen Prämienverbilligung hat jedenfalls so zu erfolgen, dass die anspruchsberechtigten Personen ihrer Prämienzahlungspflicht nicht vorschussweise nachkommen müssen. Der Bund beteiligt sich seinerseits an den Kosten für die Prämienverbilligung mit dem sogenannten Bundesbeitrag gemäss Art. 66 KVG. Dieser Beitrag des Bundes wird im Jahr x-1 für das Jahr x anhand der Bruttokosten der OKP – berechnet aufgrund der in der VPVK definierten Masszahlen unter Berücksichtigung der Jahre x-4, x-3 und x-2 (vgl. dazu Art. 2 Abs. 9 VPVK) – festgesetzt, auf die Kantone verteilt und schliesslich im Jahr x in drei Tranchen an die Kantone ausbezahlt (vgl. dazu im Detail oben E. 4.3 und 4.4). Im Jahr x gewähren die Kantone ihrerseits den Versicherten allfällige ihnen zustehende Prämienverbilligungen, finanziert durch die vom Kanton bereit gestellten Mittel sowie dem Bundesbeitrag. In der Folge kann ein Krankenversicherer im Folgejahr x+1 gestützt auf Art. 17 KVAG bei der Aufsichtsbehörde einen Antrag auf Prämienausgleich stellen, wenn die Prämieinnahmen dieses Versicherers in einem Kanton im Jahr x deutlich über den kumulierten Kosten in diesem Kanton lagen. Die Rückerstattung der Krankenversicherer an die Versicherten erfolgt sodann gemäss Art. 18 KVAG und Art. 33 KVAV im Jahr x+1 direkt an die Versicherten (vgl. auch oben E. 4.2). Es kann also der Fall eintreten, dass Versicherte, die für das Jahr x vom Kanton eine Prämienverbilligung erhalten haben, im Jahr x+1 von einer Prämienrückerstattung für das Jahr x profitieren. Gleichzeitig wird gestützt auf Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK der im Jahr x+1 für das Jahr x durch den Krankenversicherer vorgenommene Prämienausgleich bei der im Jahr x+1 erfolgenden Berechnung des Kantonsanteils am Bundesbeitrag an die IPV für das Jahr x+2 berücksichtigt beziehungsweise in Abzug gebracht (vgl. oben E. 4.4).

5.5 Nachfolgend ist nunmehr zu prüfen, ob Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK gesetzmässig ist (vgl. dazu auch oben E. 5.2.4.3):

5.5.1 Wie bereits in Erwägung 4.4.2 dargelegt, sieht Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK vor, dass im Falle eines Ausgleichs von zu hohen Prämieinnahmen nach Art. 17 KVAG vom nach Absatz 4 berechneten Kantonsanteil 7.5 Prozent abzuziehen sind. In Übereinstimmung mit den Parteien ist die Gesetzmässigkeit dieser Bestimmung vor dem Hintergrund von Art. 17 KVAG und Art. 66 KVG zu überprüfen.

5.5.2 Art. 17 KVAG gibt den Krankenversicherern seit 1. Januar 2016 die Möglichkeit, im Folgejahr einen Prämienausgleich vorzunehmen, wenn in einem Kanton die Prämieinnahmen deutlich über den kumulierten Kosten lagen (vgl. oben E. 4.2.2). Der Bundesrat hat gestützt auf Art. 182 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 17 Abs. 4 KVAG die Verordnung betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsverordnung, KVAV, SR 832.121) erlassen, in welcher insbesondere die in Art. 17 KVAG unbestimmten Rechtsbegriffe «kumulierte Kosten», «deutlich höhere Prämieinnahmen» und «massgebender Versichertenbestand» definiert werden. Allerdings ist Art. 17 KVAG kein Hinweis auf einen Zusammenhang mit dem Bundesbeitrag an die IPV und insbesondere mit der Berechnung des *Kantonsanteils* zu entnehmen. Dies entspricht sodann auch den Ausführungen in der Botschaft zum Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung vom 15. Februar 2012, wonach die Kantone und Gemeinden durch die Vorlage nicht tangiert würden. Dies gelte auch für den Prämienkorrekturmechanismus gemäss dieser Vorlage, der – anders als mit der Botschaft vom 15. Februar 2012 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Korrektur der zwischen 1996 und 2011 bezahlten Prämien; BBl 2012 1923) vorgesehen – keine Korrekturen der Differenzen zwischen dem Prämien- und Kostenvolumen eines Kantons beziehungsweise einer Region über die Bundesbeiträge zur Prämienverbilligung an die Kantone vorsehe. Deshalb habe die Vorlage auf die Kantone und Gemeinden keine direkten finanziellen Auswirkungen (vgl. BBl 2012 1941, 1995). Dennoch wurde die VPVK im Rahmen des Erlasses der KVAV um Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK ergänzt, der aufgrund seiner Regelung direkten Einfluss auf die Höhe des Kantonsanteils hat. Dem Kommentar zur Verordnung betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (KVAV) ist diesbezüglich zu entnehmen, dass die Beträge des Prämienausgleichs in die Berechnung des Bundesbeitrags an die IPV einfließen sollen. Allerdings würden *alle* Kantone einen entsprechend kleineren Beitrag erhalten, wenn die Ausgleichsbeträge in der Schätzung der Bruttokosten berücksichtigt würden. Deshalb sollten diese Beträge bei der Aufteilung des Bundesbeitrags auf die Kantone berücksichtigt werden (vgl. BAG-act. 16 S. 42). Vor diesem Hintergrund kann Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK jedenfalls nicht – entgegen der duplikweisen Ausführungen der Vorinstanz (vgl. oben E. 5.3.4) – als gesetzesvollziehende Verordnungsbestimmung zu Art. 17 KVAG qualifiziert werden.

5.5.3 Art. 66 KVG enthält seinerseits in Absatz 1 die Grundlage für die Gewährung des Bundesbeitrags an die Kantone, welcher gemäss Absatz 2 7.5 Prozent der Bruttokosten der OKP beträgt und gemäss Absatz 3 vom

Bundesrat anhand der Wohnbevölkerung der Anzahl der Versicherten auf die Kantone verteilt wird (vgl. oben E. 4.3.2). Der Begriff der Bruttokosten der OKP gemäss Art. 66 Abs. 2 KVG wird im Gesetzestext nicht weiter definiert, allerdings hat der Bundesrat gestützt auf Art. 182 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 96 KVG diesen Begriff in Art. 2 Abs. 1 VPVK definiert (vgl. oben E. 4.4.1). Was sodann die Berechnung der Kantonsanteile am Bundesbeitrag betrifft, hat der Bundesrat diese gestützt auf Art. 66 Abs. 3 KVG in Art. 3 VPVK geregelt (vgl. oben E. 4.4.2).

Allerdings ist mit der Beschwerdeführerin festzuhalten, dass der in Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK im Falle eines Prämienausgleichs vorgesehene Abzug von 7.5 Prozent vom nach Art. 3 Abs. 4 VPVK berechneten Kantonsanteil weder als gesetzesvollziehende noch als gesetzesvertretende Verordnungsbestimmung durch Art. 66 Abs. 2 KVG abgedeckt wird: Der allenfalls nachträglich vorzunehmende Prämienausgleich gemäss Art. 17 KVAG ist nämlich in keiner der vom Bundesrat in Art. 2 VPVK festgelegten Masszahlen zur Berechnung der Bruttokosten der OKP enthalten, da insbesondere die Durchschnittsprämie (P) aufgrund der *genehmigten Prämien* der Personen mit Wohnsitz in der Schweiz nach Kantonen und Prämienregionen berechnet wird (vgl. Art. 2 Abs. 2 VPVK) und das Prämien Soll (PS) der Summe der Prämien gemäss den *genehmigten Prämientarifen* für den Versichertenbestand entspricht (Art. 2 Abs. 6 VPVK). Ein allfälliger Prämienausgleich gemäss Art. 17 KVAG erfolgt jedoch erst im Nachhinein, falls die Einnahmen aus den gemäss Art. 16 Abs. 1 KVAG genehmigten Prämien deutlich über den kumulierten Kosten im betreffenden Kanton lagen. In systematischer Hinsicht ist zudem festzuhalten, dass Art. 3 VPVK, dessen Abs. 4^{bis} vorliegend umstritten ist, den Titel «Aufteilung auf die Kantone» trägt, woraus zu schliessen ist, dass Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK nicht der Berechnung der Bruttokosten der OKP dient. Dieser Schluss wird im Kommentar zur Verordnung betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (KVAV) bestätigt, indem festgehalten wird, dass die Ausgleichsbeträge nicht in der Schätzung der Bruttokosten, sondern vielmehr bei der Aufteilung des Bundesbeitrages auf die Kantone berücksichtigt werden sollen (vgl. bereits oben E. 5.5.2). Entsprechend dient Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK – entgegen der Ausführungen der Vorinstanz (vgl. oben E. 5.3.2) – nicht der Berechnung beziehungsweise der Verringerung der Bruttokosten der OKP gemäss Art. 66 Abs. 2 KVG.

Der Abzug von Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK wird ebenso wenig – weder als gesetzesvollziehende noch als gesetzesvertretende Verordnungsbestimmung – durch Art. 66 Abs. 3 KVG gedeckt: Der Gesetzgeber hat nämlich die

Berechnung des Kantonsanteils am Bundesbeitrag an die IPV bereits im Gesetz abschliessend dahingehend geregelt, dass die Anteile nach der Wohnbevölkerung der Kantone sowie der Anzahl der Versicherten gemäss Art. 65a Bst. a KVG festgesetzt werde. Die Berücksichtigung eines allfälligen Prämienausgleichs gemäss Art. 17 KVAG ist in Art. 66 Abs. 3 KVG damit nicht vorgesehen. Ein vom Gericht zu berücksichtigender Spielraum des Bundesrates ist aufgrund des Wortlautes von Art. 66 Abs. 3 KVG nicht auszumachen, da vorliegend entsprechende Hinweise, wie beispielsweise durch die Verwendung der Worte «insbesondere» oder «unter anderem», fehlen. In diesem Zusammenhang ist zudem festzustellen, dass sich der Verordnungsgeber zunächst – vor In-Kraft-Treten von Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK am 1. Januar 2016 – auch an diesen Vorgaben orientiert hatte, als er diesbezügliche Ausführungsbestimmungen in Art. 3 Abs. 1-4 VPKV erliess. Erst mit Erlass des KVAG sowie der KVAV im Jahr 2016 wurde der vorliegend umstrittene Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK eingefügt, ohne dass gleichzeitig eine Anpassung von Art. 66 KVG erfolgte.

5.6 Aufgrund der obigen Ausführungen ist festzuhalten, dass Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK – der als gesetzvertretende Verordnungsbestimmung zu qualifizieren ist – über keine Delegationsnorm in einem Gesetz verfügt und somit nicht gesetzmässig ist.

Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass aufgrund der Änderung des KVG vom 29. September 2024 die VPVK totalrevidiert werden soll und die diesbezügliche Vernehmlassungsfrist noch bis zum 31. März 2025 läuft (vgl. Vernehmlassung 2024/81). Dem erläuternden Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 13. Dezember 2024 (abrufbar unter <https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2024/81/cons_1>, zuletzt besucht am 22. Januar 2025; nachfolgend Bericht) ist zu entnehmen, dass im Falle eines Ausgleichs von zu hohen Prämieinnahmen *kein* Abzug am Kantonsanteil des Bundesbeitrages mehr vorgenommen werden soll (vgl. Bericht Ziff. 4.2 in fine). Begründet wird dies mit der Anwendung der mittleren Prämie, welche dazu führen werde, dass in Fällen, in denen ein Ausgleich von zu hohen Prämieinnahmen nach Art. 17 KVAG vorgenommen werde, kein Abzug von 7.5 Prozent vom kantonalen Anteil am Bundesbeitrag mehr erfolge (vgl. Bericht Ziff. 4.1 zweiter Absatz).

6.

Vor dem Hintergrund der Feststellung, dass Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK nicht gesetzmässig und demzufolge nicht anzuwenden ist (vgl. oben E. 5), was

vorliegend zur Aufhebung der Verfügung vom 5. April 2022 führt, erübrigt sich die Prüfung der weiteren Rügen der Beschwerdeführerin (vgl. oben E. 2). Zusammenfassend ist damit die Beschwerde vom 29. April 2022 gutzuheissen, die Verfügung vom 5. April 2022 aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, den Bundesanteil an der IPV des Kantons Basel-Stadt ohne Abzug gemäss Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK neu zu berechnen.

7.

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

7.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 und Abs. 3 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Der obsiegenden Beschwerdeführerin sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen, weshalb ihr der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten ist. Der unterliegenden Vorinstanz sind ebenfalls keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

7.2 Weder die obsiegende Beschwerdeführerin als Durchführungsorgan der IPV noch die Vorinstanz haben Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2] und Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung vom 5. April 2022 wird aufgehoben und die Vorinstanz angewiesen, den Bundesanteil an der IPV des Kantons Basel-Stadt ohne Abzug gemäss Art. 3 Abs. 4^{bis} VPVK neu zu berechnen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das EDI.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Beat Weber

Tanja Jaenke

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, 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: