

# **BVGer C-3/2006 vom 17. November 2008**

Bundesverwaltungsgericht, 2008-11-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-3\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-3_2006)

FR: TAF C-3/2006 du 17 novembre 2008

IT: TAF C-3/2006 del 17 novembre 2008

## **Regeste**

Risikoausgleich

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt, sofern es zuständig ist, die Beurteilung der beim Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) bei Eidgenössischen Rekurs- oder Schiedskommissionen oder bei den Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittel. Die Beurteilung erfolgt nach neuem Verfahrensrecht (Art. 53 Abs. 2 VGG).

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern kein Ausnahmetatbestand erfüllt ist (Art. 31 und Art. 32 VGG). Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich zweifellos um eine Verfügung im Sinn von Art 5 VwVG und eine Ausnahme liegt nicht vor. Zulässig sind Beschwerden gegen Verfügungen von Vorinstanzen gemäss Art. 33 VGG. Die GE KVG ist eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 Bst. h VGG, da sie eine Stiftung ist, die öffentliche Aufgaben des Bundes wahrnimmt. Bei Streitigkeiten zwischen einem Versicherer und der gemeinsamen Einrichtung über die Durchführung des Risikoausgleichs entscheidet die gemeinsame Einrichtung in der Form einer Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG (Art. 15 der Verordnung über den Risikoausgleich in der Krankenversicherung vom 12. April 1995 [VORA, SR 832.112.1]). Der Rechtsmittelweg richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen der Bundesrechtspflege (Art. 22 Abs. 4 der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung [KVV, SR 832.102]). Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zuständig für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde.

### **E. 1.2**

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerdeführung vor dem Bundesverwaltungsgericht legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung vom 4. September 2002 zweifellos besonders berührt und hat an deren Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

## **E. 2**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach den Vorschriften des VwVG und VGG. Ebenfalls sind die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) anwendbar, soweit das Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10) nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht (Art. 1 Abs. 1 KVG). Eine Ausnahme nach Art. 1 Abs. 2 KVG liegt nicht vor.

## **E. 3**

Anfechtungsobjekt ist vorliegend die Verfügung der GE KVG vom 4. September 2002 betreffend die korrigierte Abrechnung für den definitiven Risikoausgleich 2001, worin die Beschwerdeführerin aufgefordert worden ist, die aus der korrigierten Abrechnung für den definitiven Risikoausgleich 2001 resultierende Schuld im Betrag von Fr. 5'900'377.-- zu begleichen. Die Verfügung der GE KVG vom 18. Juni 2002 betreffend den definitiven Risikoausgleich 2001 ist als gegenstandslos abgeschrieben worden.

### **E. 3.1**

Vorab ist zu prüfen, ob die GE KVG berechtigt war, die Verfügung vom 18. Juni 2002 als nichtig zu qualifizieren und sie auf der Basis der korrigierten Daten durch die Verfügung vom 4. September 2002 zu ersetzen.

#### **E. 3.1.1**

Das Bundesgericht hat festgehalten, am Risikoausgleich seien nicht nur die GE KVG und die Beschwerdeführerin als Parteien beteiligt. Stattdessen stehe die Beschwerdeführerin im Rahmen des Risikoausgleichs gegenüber ihren Konkurrentinnen einerseits und der als Organ des gesetzlichen Risikoausgleichs handelnden Durchführungsstelle andererseits in einem besonderes Rechtsverhältnis, welches sich als ein von Jahr zu Jahr saldiertes Abrechnungsverhältnis charakterisiere. Dies habe zur Folge, dass bei nachträglichen Änderungen der Berechnungsgrundlagen auf Seiten auch nur eines Krankenversicherers sämtliche am Risikoausgleich beteiligten Krankenversicherer betroffen seien und grundsätzlich eine Neuberechnung stattzufinden habe (BGE K 149/01 vom 14. Mai 2003, E. 3.4).

#### **E. 3.1.2**

Ebenso ist nach Art. 58 Abs. 1 VwVG die nachträgliche Abänderung von angefochtenen, noch nicht formell rechtskräftigen Verfügungen durch die verfügende Behörde grundsätzlich zulässig. Danach wird die Verwaltungsbehörde ermächtigt, aufgrund neuer Tatsachen oder aus besserer Einsicht auf die Verfügung zurückzukommen und die Vorinstanz kann bis zu ihrer Vernehmlassung eine neue Verfügung erlassen (August Mächler in: Christoph Auer / Markus Müller / Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 58, Rz. 12). Beizufügen ist, dass selbst Verfügungen, die in formelle Rechtskraft erwachsen sind, von den Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen geändert werden können. Die Verwaltungsbehörde ist grundsätzlich befugt, eine von ihr erlassene Verfügung sowohl vor als auch nach Eintritt der formellen Rechtskraft, zu ändern. Nach Eintritt der formellen Rechtskraft sind die Voraussetzungen für eine Neuurteilung jedoch strenger, weil dem Gebot der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz dann grössere Bedeutung zukommt als vorher (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines

Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 995).

### **E. 3.1.3**

Den Akten ist zu entnehmen, dass die ursprüngliche Verfügung vom 18. Juni 2002 von der Beschwerdeführerin am 5. Juli 2002 angefochten wurde. Am 8. Juli 2002 wurde das Verfahren antragsgemäss sistiert. Am 4. September 2002 teilte die GE KVG allen Krankenversicherern mit, dass ein Versicherer fehlerhafte Daten geliefert habe. Ferner habe die bei einem anderen Krankenversicherer durchgeführte Stichprobenkontrolle ergeben, dass dessen Datenlieferung ebenfalls Fehler aufgewiesen hätten. Der Risikoausgleich 2001 habe daher nochmals berechnet werden müssen. In der Folge erliess die GE KVG mit Schreiben vom 4. September 2002 eine korrigierte Verfügung betreffend Risikoausgleich 2001. Aufgrund der fehlerhaften Daten war die GE KVG berechtigt, die ursprüngliche, materiell fehlerhafte Verfügung vom 18. Juni 2002 (die im Übrigen für die Beschwerdeführerin aufgrund des eingelegten Rechtsmittels noch nicht in Rechtskraft erwachsen war) in Wiedererwägung zu ziehen und aufgrund neuer Tatsachen und Beweismittel neu zu verfügen. Entgegen der Bezeichnung der Vorinstanz in ihrem Schreiben vom 4. September 2002 an alle Krankenversicherer war die Verfügung vom 18. Juni 2002 hingegen nicht nichtig und demzufolge nicht von ihrem Erlass an unwirksam.

### **E. 3.1.4**

Streitobjekt ist somit vorliegend die Verfügung vom 4. September 2002. Der Beschwerdeführerin dürfen aus dem Wegfall des ursprünglichen Anfechtungsobjekts, der Verfügung vom 18. Juni 2002, jedoch keine Nachteile erwachsen. Über eine allfällige Parteientschädigung für die erforderlich gewordene doppelte Beschwerdeführung ist im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zu entscheiden.

## **E. 4**

Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich Überschreiten oder Missbrauch des Ermessens), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 VwVG).

### **E. 4.1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss 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. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 212).

## **E. 5**

Die Beschwerdeführerin beruft sich in ihrer Beschwerde auf den Vertrauensschutz, trotz Deklaration der Rheinschifferinnen und Rheinschiffer mit Wohnsitz im Ausland, habe die GE KVG den provisorischen Risikoausgleich 2001 ohne diese Gruppe berechnet und verfügt. Des Weiteren rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Rückwirkungsverbots, da für sie erst mit Verfügung vom 6. Dezember 2000 erkennbar gewesen sei, dass von der GE KVG eine andere Rechtsauffassung vertreten werde. Zudem rügt sie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da sie vor Erlass der angefochtenen Verfügung vom 4. September 2002 nicht angehört worden sei.

## **E. 6**

In formeller Hinsicht ist vorab zu prüfen, ob eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt. Die Beschwerdeführerin macht geltend, aufgrund des Umstandes, dass die Rheinschifferinnen und Rheinschiffer mit Wohnsitz im Ausland bis anhin nicht in den Risikoausgleich einbezogen worden seien, wäre die GE KVG verpflichtet gewesen, die Beschwerdeführerin vor Erlass der angefochtenen Verfügung vom 4. September 2002 anzuhören, bzw. ein Vorbescheidverfahren durchzuführen.

### **E. 6.1**

Nach Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. auch Art. 26 ff. VwVG). Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es aber auch ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass von Verfügungen dar, welche in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreifen. Dazu gehört insbesondere das Recht der Parteien, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden 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, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (vgl. Urteil des Bundesgerichts I 3/05 vom 17. Juni 2005 E. 3.1.3 und BGE 132 V 368 E. 3.1). Der Anspruch auf vorgängige Anhörung besteht namentlich, wenn die Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde ihren Entscheid mit einer Rechtsnorm oder einem Rechtsgrund zu begründen beabsichtigt, die oder der im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurde, auf die sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit deren Erheblichkeit sie im konkreten Fall nicht rechnen konnten (BGE 128 V 272 E. 5 b/bb, BGE 125 V 370 E. 4a). Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt - ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst - zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, ob die Anhörung im konkreten Fall für den Ausgang der materiellen Streitentscheidung von Bedeutung ist, das heisst, die Behörde zu einer Änderung ihres Entscheides veranlasst wird oder nicht (BGE 132 V 387 E. 5.1, BGE 127 V 431 E. 3d/aa). Nach der Rechtsprechung kann eine - nicht besonders schwerwiegende - Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 127 V 431 E. 3d/aa).

### **E. 6.2**

Die Berechnung des Risikoausgleichs wird in zwei Phasen durchgeführt: Der provisorische Risikoausgleich wird im Ausgleichsjahr X - in casu im Jahre 2001 - aufgrund der Versichertenbestände und Kosten des Jahres X - 1 berechnet. Die Versicherer liefern der GE KVG die für die Berechnung des provisorischen Risikoausgleichs benötigten Daten bis Ende April des Ausgleichsjahres X (Art. 6 Abs. 2 VORA, Art. 10 VORA). Der definitive Risikoausgleich wird im Jahre X + 1 - in casu im Jahre 2002 - aufgrund der Daten des Versicherers des Ausgleichsjahres X berechnet. Die für die Berechnung des definitiven Risikoausgleichs benötigten Daten liefern die Versicherer der GE KVG bis Ende April des Jahres X + 1 (Art. 6 Abs. 3 VORA, Art. 10 VORA). Den Akten ist zu entnehmen, dass die GE KVG den provisorischen Risikoausgleich 2001 am 28. Juni 2001 ohne Einbezug der Rheinschifferinnen und Rheinschiffer verfügte. Diesbezüglich macht die GE KVG mit Vernehmlassung vom 31. Januar 2008 geltend, die Beschwerdeführerin habe sich

geweigert, die Daten der Rheinschifferinnen und Rheinschiffer mit Wohnsitz im Ausland zu liefern. Deshalb sei sie gezwungen gewesen, den provisorischen Risikoausgleich 2001 ohne entsprechende Daten zu berechnen und zu verfügen. Am 26. April 2002 lieferte die Beschwerdeführerin der GE KVG die Daten (inkl. einer separaten Excel-Tabelle mit den Daten der bei ihr versicherten Rheinschifferinnen und Rheinschiffer mit Wohnsitz im Ausland) zur Berechnung des definitiven Risikoausgleichs 2001. Unter Berücksichtigung der Rheinschifferinnen und Rheinschiffer mit Wohnsitz im Ausland verfügte die GE KVG am 4. September 2002 den definitiven Risikoausgleich 2001. Die GE KVG hat die Beschwerdeführerin vor Erlass der angefochtenen Verfügung betreffend den Einbezug der Rheinschifferinnen und Rheinschiffer unbestrittenermassen nicht speziell angehört. Wie vorgehend ausgeführt, trifft die Versicherer die Pflicht, der GE KVG die Daten der Versicherten zu liefern (Art. 1 Abs. 2 i. V. m. Art. 10 VORA). Diesbezüglich werden den Versicherern Mitwirkungspflichten im Sinn des rechtlichen Gehörs zur Klärung des Sachverhalts auferlegt (Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren, Bern 2000, S. 259 ff.). Dieser Pflicht kam die Beschwerdeführerin nicht nach. Im Gegenteil hat sie sich geweigert - trotz Aufforderung der GE KVG mit Verfügung vom 5. Juni 2001 betreffend die Daten für die Berechnung des definitiven Risikoausgleichs 2000 - die Daten der versicherten Rheinschifferinnen und Rheinschiffer mit Wohnsitz im Ausland zu liefern. Diese Daten wären jedoch für die Berechnung des provisorischen Risikoausgleichs 2001 unabdingbar gewesen, da der provisorische Risikoausgleich 2001 aufgrund der gelieferten Daten betreffend den definitiven Risikoausgleich 2000 berechnet wurde. Aus dem Gesagten geht hervor, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der GE KVG bereits vor Erlass der angefochtenen Verfügung ein reger Schriftenwechsel betreffend den Einbezug der Rheinschifferinnen und Rheinschiffer stattgefunden hat. Aufgrund der Akten steht fest, dass spätestens seit Ende 2000 zwischen der Beschwerdeführerin und der GE KVG Meinungsverschiedenheiten betreffend Einbezug der Rheinschiffer und Rheinschifferinnen mit Wohnsitz im Ausland in den Risikoausgleich bestanden (vgl. Verfügung vom 6. Dezember 2000 betreffend Risikoausgleich 1998, 1999). Die Beschwerdeführerin musste somit damit rechnen, dass die Rheinschiffer und Rheinschifferinnen mit Wohnsitz im Ausland in den Risikoausgleich 2001 einbezogen werden. Von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz kann daher nicht gesprochen werden. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass selbst, wenn das Recht der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör von der Vorinstanz tatsächlich verletzt worden wäre, dieser Mangel jedenfalls nicht als besonders schwerwiegend zu betrachten wäre. Die Beschwerdeführerin hatte im vorliegenden Fall die Möglichkeit, im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ihre Argumente vorzubringen und Beweismittel einzureichen. Da das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde mit voller Kognition prüft (Art. 49 VwVG), würde eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten.

## **E. 7**

Im Folgenden ist zu prüfen, welche materiellen Rechtsnormen im vorliegenden Verfahren zur Anwendung gelangen. In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 130 V 329 E. 2.3). Da im vorliegenden Fall die Berechnung des Risikoausgleichs 2001 streitig ist, sind die für diesen Zeitraum massgebenden Rechtsnormen anwendbar.

### **E. 7.1**

Gesetzliche Grundlage für die Durchführung des Risikoausgleichs ist Art. 105 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10). Die Ausführungsbestimmungen zum Risikoausgleich sind in der VORA geregelt.

### **E. 7.2**

Gemäss Art. 105 KVG müssen Versicherer, die unter ihren Versicherten weniger Frauen und ältere Personen haben als der Durchschnitt aller Versicherer, der Gemeinsamen Einrichtung (Art. 18 KVG) zugunsten von Versicherern mit überdurchschnittlich vielen Frauen und älteren Personen Abgaben entrichten, welche die durchschnittlichen Kostenunterschiede zwischen den massgebenden Risikogruppen in vollem Umfang ausgleichen (Abs. 1). Für den Vergleich massgebend sind die Strukturen der Bestände innerhalb eines Kantons und jedes Versicherers (Abs. 2). Die Gemeinsame Einrichtung führt den Risikoausgleich unter den Versicherern innerhalb der einzelnen Kantone durch (Abs. 3). Nach Art. 1 VORA gilt der Risikoausgleich nach Art. 105 des Gesetzes für die obligatorische Krankenpflegeversicherung, einschliesslich der besonderen Versicherungsformen nach den Artikeln 41 Abs. 4 und 62 des Gesetzes.

### **E. 7.3**

Nach Art. 4 Abs. 2 Satz 4 VORA, in der Fassung gemäss Ziff. I der Verordnung vom 3. Juli 2001, in Kraft seit 1. Juni 2002 (AS 2002 925) werden Versicherte, die gestützt auf das Übereinkommen vom 30. November 1979 über die Soziale Sicherheit der Rheinschiffer der schweizerischen Krankenversicherung unterstellt sind, dem Kanton zugeordnet, in welchem der Versicherer seinen Sitz hat. Somit ist mit dieser Bestimmung die Grundsatzfrage für die Versicherungspflicht für die Rheinschiffer und Rheinschifferinnen mit Wohnsitz im Ausland für die Zeit ab 1. Juni 2002 positiv rechtlich geregelt worden.

### **E. 7.4**

Das Bundesgericht hat mit Urteil K 149/01 vom 14. Mai 2003 betreffend den Risikoausgleich 1998/1999 die Grundsatzfrage entschieden, dass die Rheinschifferinnen und Rheinschiffer mit Wohnsitz im Ausland bereits vor Inkrafttreten des revidierten Art. 4 Abs. 2 VORA in den Risikoausgleich einzubeziehen seien. Es hat erwogen, dass im Gesetz der Grundsatz des gesamten Einbezugs des Versichertenbestandes einer Krankenkasse in den Risikoausgleich verankert (Art. 105 KVG) und somit die im Ausland wohnenden Rheinschiffer und Rheinschifferinnen grundsätzlich in den Risikoausgleich einzubeziehen seien (E. 3.3).

### **E. 8**

Streitig und daher zu prüfen ist ferner, ob die bei der Beschwerdeführerin versicherten Rheinschiffer und Rheinschifferinnen mit Wohnsitz im Ausland in den Risikoausgleich 2001 einzubeziehen sind, oder ob sich die Beschwerdeführerin auf den Vertrauensschutz gemäss Art. 9 BV berufen kann mit der Folge, dass die Rheinschiffer und Rheinschifferinnen mit Wohnsitz im Ausland nicht in die Berechnung des Risikoausgleichs 2001 einbezogen werden.

### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die GE KVG sei über den Nichteinbezug der Rheinschiffer und Rheinschifferinnen in dem für den Risikoausgleich 2001 bereitgestellten Zahlenmaterial informiert und damit einverstanden gewesen und beruft sich daher auf den

Vertrauensschutz.

### **E. 8.2**

Die Grundrechtsgarantie, von den staatlichen Organen nach Treu und Glauben behandelt zu werden, wird durch Art. 9 BV gewährleistet. Die bisherige Rechtsprechung zum aus Art. 4 BV abgeleiteten verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz gilt auch unter der Herrschaft von Art. 9 BV (SVR 2001 KV Nr. 3 S. 5 E. 2; AHI 2003 S. 206 E. 1b; ARV 2002 S. 115 E. 2b). Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) umfasst einerseits den Anspruch auf Schutz berechtigten Vertrauens in Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden, sofern sich dieses auf eine konkrete, den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit bezieht. Andererseits verbietet er sowohl den staatlichen Behörden wie auch den Privaten, sich in ihren öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen widersprüchlich oder rechtsmissbräuchlich zu verhalten. Rechtsmissbrauch liegt insbesondere dann vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will (BGE 130 I 26 E. 8.1 mit Hinweisen, 127 II 49 E. 5a; Urteil des Bundesgerichts H 157/04 vom 14. Dezember 2004, E. 3.3.1 mit Hinweisen). Praxisgemäss können nicht bloss falsche Auskünfte eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der Rechtssuchenden gebieten. Vielmehr kann jede Form behördlichen Fehlverhaltens den öffentlichrechtlichen Vertrauensschutz auslösen, wenn und soweit es bei den betroffenen Personen eine entsprechende Vertrauenssituation schafft (BGE 111 Ib 116 E. 4). Dazu gehört auch der Umstand, dass die Behörde eine unrichtige Verfügung erlassen hat (BGE 113 V 66 E. 2; SVR 1998 AHV Nr. 30 E. 8a). Denn mit dem Erlass einer konkreten Verfügung wird in der Regel eine noch viel eindeutiger Vertrauensbasis geschaffen als mit einer blossen Auskunft (ARV 1999 S. 237 E. 3a).

### **E. 8.3**

Voraussetzung, um sich erfolgreich auf den Vertrauensschutz berufen zu können, ist das Vorliegen einer Vertrauensgrundlage, namentlich das Verhalten eines staatlichen Organs, das bei den Betroffenen bestimmte Erwartungen auslöst. Diesbezüglich ist zu erwähnen, dass grundsätzlich die vorübergehende Duldung eines rechtswidrigen Zustandes die Behörde nicht an der späteren Behebung dieses Zustandes hindert. Behördliche Untätigkeit schafft nur in Ausnahmefällen eine Vertrauensgrundlage, die der Wiederherstellung der Rechtmässigkeit ganz oder teilweise entgegensteht (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 652). Auf Vertrauensschutz kann sich nur berufen, wer von der Vertrauensgrundlage Kenntnis hatte und ihre etwaige Fehlerhaftigkeit nicht kannte und auch nicht hätte kennen sollen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 655).

### **E. 8.4**

Den Akten ist vorliegend zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin und die GE KVG spätestens seit dem Jahre 2000 Meinungsverschiedenheiten darüber hatten, ob die Rheinschifferinnen und Rheinschiffer mit Wohnsitz im Ausland in den Risikoausgleich einzubeziehen seien. Mit Verfügung vom 6. Dezember 2000 forderte die GE KVG die Beschwerdeführerin auf, die Daten der bei ihr versicherten Rheinschifferinnen und Rheinschiffer mit Wohnsitz im Ausland für die Jahre 1998 und 1999 zu liefern. Die dagegen erhobene Verwaltungsbeschwerde wies das EDI ab. Mit Urteil K 149/01 vom 14. Mai 2003 stellte das Bundesgericht fest, dass die Rheinschifferinnen und Rheinschiffer grundsätzlich in den Risikoausgleich einzubeziehen seien. Es wies die Sache aber an das

EDI zurück, damit dieses den Sachverhalt hinsichtlich der Frage abkläre, ob die Nichtmeldung der im Ausland wohnenden Personen mit Wissen der GE KVG unterblieben sei und sich die Beschwerdeführerin gegebenenfalls auf Treu und Glauben berufen könne. Mit Entscheid vom 5. Juli 2006 erkannte das EDI, die Beschwerdeführerin könne sich betreffend die Risikoausgleichsjahre 1998/1999 nicht auf den Vertrauensschutz berufen und wies die Beschwerde ab. Die dagegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde vom Bundesgericht mit Urteil K 107/06 vom 15. Februar 2007 abgewiesen. Hiezu führte das Bundesgericht insbesondere aus, nichts habe die Beschwerdeführerin damals berechtigt, einfach davon auszugehen, dass die von ihr in eigenem finanziellen Interesse vertretene, indes von keiner (behördlichen) Seite bestätigte Auffassung im Rahmen des Risikoausgleichs ab 1. Januar 1996 Bestand haben würde. Ferner wies es darauf hin, eine Kenntnis der gesetzwidrigen Meldepraxis vor dem 9. Dezember 1999 (Bericht der Revisionsstelle) sei nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgewiesen. Deshalb dringe die Beschwerdeführerin mit der Berufung auf den Vertrauensschutz nicht durch.

#### **E. 8.5**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, trotz anderer Rechtsauffassung seitens der GE KVG, sei der provisorische Risikoausgleich 2001 ohne Einbezug der Rheinschifferinnen und Rheinschiffer sowie ohne Vorbehalt berechnet und verfügt worden. Wie in Erwägung 6.2. bereits erwähnt, erfolgt der Risikoausgleich in zwei Phasen: In der ersten Phase wird der Risikoausgleich provisorisch und in der zweiten Phase definitiv berechnet und verfügt. Der provisorische Risikoausgleich 2001 wurde anhand der gelieferten Daten der Beschwerdeführerin aus dem Jahr 2000 berechnet. Um den Risikoausgleich durchführen zu können, ist die GE KVG auf die korrekte und vollständige Datenlieferung der Versicherer angewiesen. Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdeführerin die Bestätigung vom 9. April 2001 betreffend die Richtigkeit der Datenlieferung im Jahre 2001 mit dem Hinweis versehen hat, dass die Rheinschifferinnen und Rheinschiffer in den entsprechenden Daten nicht berücksichtigt seien, da die Verwaltungsbeschwerde vom 22. Dezember 2000 gegen die Verfügung vom 6. Dezember 2000 betreffend Einbezug der Rheinschifferinnen und Rheinschiffer für die Risikoausgleichsjahre 1998/1999 immer noch pendent sei. Die GE KVG forderte die Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 5. Juni 2001 auf, die Daten mit den bei der Beschwerdeführerin versicherten Rheinschifferinnen und Rheinschiffern zu liefern, um den definitiven Risikoausgleich 2000 durchzuführen. Die Beschwerdeführerin verweigerte die Lieferung der besagten Daten und erhob gegen diese Verfügung am 15. Juni 2001 Beschwerde. In der Folge war die GE KVG gezwungen, den provisorischen Risikoausgleich 2001 aufgrund der gelieferten Daten der Beschwerdeführerin bzw. ohne Rheinschifferinnen und Rheinschiffer zu berechnen (vgl. Verfügung vom 28. Juni 2001). Diesbezüglich erliess die Beschwerdeführerin die Verfügung ohne Vorbehalt. Erst am 26. April 2002 lieferte die Beschwerdeführerin die zur Berechnung des definitiven Risikoausgleichs 2001 benötigten Daten inkl. einer Excel-Tabelle mit den Daten der bei der Beschwerdeführerin versicherten Rheinschifferinnen und Rheinschiffer. Dies hatte zur Folge, dass die GE KVG den definitiven Risikoausgleich 2001 unter Berücksichtigung der Rheinschifferinnen und Rheinschiffer verfügte. Aufgrund des Gesagten ist festzustellen, dass der GE KVG zwar vorzuwerfen ist, dass sie die Verfügung vom 28. Juni 2001 betreffend provisorischen Risikoausgleich 2001 ohne Vorbehalt betreffend den Einbezug der Rheinschifferinnen und Rheinschiffer erlassen hat. Die Beschwerdeführerin kann sich jedoch nicht auf den Vertrauensschutz berufen, da es vorliegend am Vorliegen einer Vertrauensgrundlage fehlt (vgl. E. 8.3). Die Beschwerdeführerin kannte mit Sicherheit seit

Ende 2000 sowohl die unterschiedliche rechtliche Beurteilung der massgebenden Streitfrage einerseits durch sie selbst und andererseits durch die Vorinstanz wie auch die Tatsache, dass die Vorinstanz den provisorischen Risikoausgleich 2001 - mangels Kenntnis der einschlägigen Daten - ohne Einbezug der Rheinschifferinnen und Rheinschiffer berechnet hatte. Die Beschwerdeführerin hat indessen ihre Mitwirkungspflichten verletzt, indem sie der Vorinstanz die einverlangten Daten für die Berechnung des provisorischen Risikoausgleich 2001 nicht geliefert hat. Überdies ist ihr widersprüchliches Verhalten vorzuwerfen, wenn sie sich im vorliegenden Beschwerdeverfahren darauf beruft, sie hätte sich auf den Bestand der provisorischen Verfügung betreffend den Nichteinbezug der Rheinschifferinnen und Rheinschiffer in den Risikoausgleich 2001 verlassen dürfen. Denn zu diesem Zeitpunkt hatte sie in eben dieser Streitfrage betreffend den Risikoausgleich 1998/1999 bereits Beschwerde erhoben. Ebenfalls ist es der Beschwerdeführerin anzulasten, wenn sie keine Dispositionen bezüglich einer allfälligen Prämienanpassung getroffen hat; denn aufgrund der pendenten Beschwerdeverfahren betreffend den Einbezug der Rheinschifferinnen und Rheinschiffer in den Risikoausgleich für die Jahre 1998, 1999 und 2000 war sie in voller Kenntnis der abweichenden Auffassung der Vorinstanz und der Möglichkeit des Unterliegens im Beschwerdeverfahren (vgl. auch BGE K 107/06 vom 15. Februar 2007, E. 3.1). Es wäre ihr damit unbenommen gewesen, die ihr erforderlich erscheinenden Vorkehrungen zu treffen.

## **E. 9**

Des Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, die GE KVG habe betreffend Risikoausgleich 2001 das Rückwirkungsverbot verletzt.

### **E. 9.1**

Unter Rückwirkung wird die Anwendung neuen Rechts auf einen Sachverhalt, der sich noch unter altem Recht zugetragen hat, verstanden. Gewöhnlich wird zwischen echter und unechter Rückwirkung unterschieden (TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2005, § 24 Rz. 22). Echte Rückwirkung ist gegeben, wenn neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses Rechts verwirklicht hat. Unechte Rückwirkung ist das Anknüpfen neuer Rechtsnormen an einen in der Vergangenheit eingetretenen, jedoch in die Gegenwart fortdauernden Sachverhalt. Die Anwendung der unechten Rückwirkung ist grundsätzlich erlaubt, sofern ihr nicht wohlerworbene Rechte entgegen stehen (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 24 Rz. 29).

### **E. 9.2**

Wie in Erwägung 7.4 ausgeführt, hat das Bundesgericht im Urteil K 149/01 vom 14. Mai 2003 festgestellt, dass bereits vor Inkrafttreten des Art. 4 Abs. 2 VORA, in der Fassung gemäss Ziff. I der V vom 3. Juli 2001, in Kraft seit 1. Juni 2002 (AS 2002 925), der Einbezug der Rheinschifferinnen und Rheinschiffer in den Risikoausgleich in Art. 105 Abs. 1 KVG eine hinreichende und klare gesetzliche Grundlage hatte. Der Einbezug der Rheinschifferinnen und Rheinschiffer mit Wohnsitz im Ausland war demzufolge bereits vor Inkrafttreten des revidierten Art. 4 Abs. 2 VORA durch Art. 105 Abs. 1 KVG dem Grundsatz nach geregelt. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Rückwirkungsverbots durch die Tatsache, dass sie erstmals mit Verfügung der Vorinstanz vom 6. Dezember 2000 erkennen konnte, dass die Vorinstanz eine andere Rechtsauffassung vertrete. Da die provisorische Berechnung und die Akontozahlung für das

Risikoausgleichsjahr 2001 trotz entsprechender Deklaration durch die Beschwerdeführerin ohne Einbezug der Rheinschifferinnen und Rheinschiffer und ohne einschlägigen Vorbehalt erfolgt sei, stelle der Einbezug mit der hier angefochtenen Verfügung des Jahres 2002 rückwirkend für das Jahr 2001 eine verbotene Rückwirkung dar. Auch mit dieser Rüge dringt die Beschwerdeführerin nicht durch. Wie bereits ausgeführt wurde, ist dem System der Risikoausgleichsberechnung immanent, dass eine in Rechtskraft erwachsene Verfügung nachträglich in Wiedererwägung zu ziehen ist, wenn sich die ursprüngliche Datenlieferung als unvollständig oder falsch erweist (vgl. E. 3.1.1). Überdies ist darauf hinzuweisen, dass der Einbezug der Rheinschifferinnen und Rheinschiffer in die Berechnung des definitiven Risikoausgleichs 2001 für den Beschwerdeführer nicht unvorbereitet erfolgte (vgl. E. 8.5).

#### **E. 10**

Die Beschwerde vom 12. September 2002 ist damit vollumfänglich abzuweisen.

#### **E. 11**

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

##### **E. 11.1**

Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen, die sich aus der Gerichtsgebühr und den Auslagen zusammensetzt. Sie werden unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache auf Fr. 3000.-- festgesetzt und mit dem bereits geleisteten Kostenvorschuss verrechnet (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1, 2 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird für das vorliegende Verfahren sowie für das infolge der Wiedererwägung als gegenstandslos abgeschriebene Verfahren betreffend die Beschwerde vom 5. Juli 2002 gegen die Verfügung vom 18. Juni 2002 keine Parteientschädigung zugesprochen (Art. 7 VGKE e contrario, Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

##### **E. 11.2**

Der obsiegenden Partei kann von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die GE KVG hat jedoch als mit öffentlichrechtlichen Aufgaben betraute Behörde keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE i. V. m. Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.