

*Kranken- und
Unfallversicherung*

Rechtsprechung und Verwaltungspraxis

*Assurance-maladie
et accidents*

Jurisprudence et pratique administrative

*Assicurazione malattia
e infortuni*

Giurisprudenza e prassi amministrativa

5/2002

RKUV/RAMA/RAMI

Umwandlung einer KVG-Taggeldversicherung bei Arbeitslosigkeit; Bemessung der Überentschädigung	
KV 222 Urteil des EVG vom 4. Juni 2002 (K 114/01)	347
Arzneimittel, deren Wirksamkeit nicht hinreichend nachgewiesen ist	
KV 223 Urteil des EVG vom 10. Juli 2002 (K 182/00)	356
Obligation de s'assurer; affiliation d'office	
KV 224 Arrêt du TFA du 15 juillet 2002 (K 130/01)	369
Anerkennung als Krankenkasse und Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung	
KV 225 Urteil des EVG vom 26. Juli 2002 (K 13+14/02)	378
Durchführung der sozialen Krankenversicherung; Auslagerung des gesamten Geschäftsbereichs	
KV 226 Urteil des EVG vom 26. Juli 2002 (K 17/02)	401
Augmentation de prime; procédure de recours	
KV 227 Arrêt du TFA du 31 mai 2002 (K 120/01)	408
Mitteilungen – Communications – Comunicazioni	
Corrigenda RKUV-RAMA-RAMI 3/2002	414

*Fortsetzung auf der 3. Umschlagseite/
Suite à la 3^e page de couverture/
Continua alla 3^a pagina della copertina*

Oktober – octobre – ottobre 2002

Herausgeber/Editeur/Editore
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Effingerstrasse 20, 3003 Bern
Telefon 031 322 91 12, Telefax 031 322 90 20

Vertrieb/Distribution/Distribuzione
BBL, Vertrieb Publikationen, CH-3003 Bern
OFCL, Diffusion publications, CH-3003 Berne
UFCL, Distribuzione pubblicazioni, CH-3003 Berna
UFEL, Distribuziun publicaziuns, CH-3003 Berna
SFBL, Distribution of Publications, CH-3003 Berne

Internet-Bestellung/Commandes par Internet:
www.bbl.admin.ch/bundespublikationen

Redaktion/Rédaction/Redazione
Marc Léderrey, Monika Schuler,
Bernard Schuler, Helen Kaufmann
Abonnementspreis Fr. 27.60 inkl. MWST
Prix d'abonnement fr. 27.60 TVA incluse
Prezzo d'abbonamento Fr. 27.60 IVA compresa

Auflage/Tirage/Tiratura 1900
Erscheint 5–6 mal jährlich
Paraît 5–6 fois par année
Pubblicato 5–6 volte l'anno

Indennità per menomazione dell'integrità in caso di malattia professionale grave e incurabile: nascita del dirittoU 460 Sentenza del TFA del 4 aprile 2002 in re M. (U 327/00) **415****Übergangentschädigung**U 461 Urteil des EVG vom 22. April 2002 i. Sa. Y. (U 363/01) **420****Berufskrankheit**U 462 Urteil des EVG vom 23. April 2002 i. Sa. P. (U 160/01) **423****Nicht rechtzeitig diagnostiziertes Krankheitsgeschehen**U 463 Urteil des EVG vom 2. Mai 2002 i. Sa. B. (U 319/01) **428****Prämienbemessung in der Berufsunfallversicherung**U 464 Urteil des EVG vom 28. Mai 2002 i. Sa. S. (U 346/01) **433****Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs**U 465 Urteil des EVG vom 18. Juni 2002 i. Sa. W. (U 164/01) **437****Saisonbeschäftigung mit stark schwankendem Lohn**U 466 Urteil des EVG vom 25. Juni 2002 i. Sa. A. (U 217/01) **441****Mitteilungen – Communications – Comunicazioni**

Mutationen bei den Unfallversicherern

Mutations dans l'état des assureurs-accidents

Mutazioni concernenti gli assicuratori infortuni **445**

Umwandlung einer KVG-Taggeldversicherung bei Arbeitslosigkeit; Bemessung der Überentschädigung KV 222 Urteil des EVG vom 4. Juni 2002 (K 114/01)

Art. 28 Abs. 2 AVIG statuiert den subsidiären Charakter der Leistungspflicht der Arbeitslosenversicherung. **Art. 73 Abs. 2 KVG** räumt einen uneingeschränkten Anspruch auf Umwandlung einer bestehenden Taggeldversicherung ein.

Eine Kürzung von Sozialversicherungsleistungen soll vermieden werden, solange die versicherte Person Kosten oder Einbussen im Sinne von **Art. 122 Abs. 2 KVV** zu tragen hat. Wie im Unfallversicherungsbereich ist für die Bemessung der Überentschädigung auf die gesamte Abrechnungsperiode abzustellen und – wie schon unter dem **KUVG** – eine Globalrechnung vorzunehmen.

Conformément à l'art. 28 al. 2 LACI, les prestations de l'assurance-chômage ont un caractère subsidiaire. **L'art. 73 al. 2 LAMal** institue un droit inconditionnel à la transformation d'une assurance d'indemnités journalières.

Une réduction des prestations d'assurance sociale doit être évitée tant que la personne assurée supporte des frais ou des pertes au sens de **l'art. 122 al. 2 OAMal**. Comme dans le domaine de l'assurance-accidents, le calcul de surindemnisation doit porter sur toute la période de décompte et – comme déjà sous l'empire de la LAMA – reposer sur un compte global.

L'art. 28 cpv. 2 LADI stabilisce il carattere sussidiario dell'obbligo prestativo dell'assicurazione contro la disoccupazione. **L'art. 73 cpv. 2 LAMal** istituisce un diritto senza restrizioni alla trasformazione di una assicurazione d'indennità giornaliera esistente.

Una riduzione delle prestazioni di assicurazioni sociali deve essere evitata fintanto che la persona assicurata assume a carico delle spese o delle perdite ai sensi dell'**art. 122 cpv. 2 OAMal**. Come nel campo dell'assicurazione contro gli infortuni, il calcolo del sovrindennizzo deve vertere sull'intero periodo di conteggio e – come già sotto l'egida della LAMI – poggiare su un computo globale.

I.

A. – S., geboren 1939, arbeitete für das Geschäft F. und war im Rahmen dieses Arbeitsverhältnisses bis zum 31. Dezember 1997 über einen Kollektiv-Taggeldversicherungs-Vertrag bei der SKBH Kranken- und Unfallversicherung (nachfolgend: SKBH) versichert. Ab dem 26. November 1996 er-

krankte er und die SKBH richtete ihm über die Arbeitgeberin ein Krankentaggeld von Fr. 133.65 pro Tag aus. Diese wechselte auf den 1. Januar 1998 den Kollektivversicherer und löste auf den 31. Januar 1998 das Arbeitsverhältnis mit S. auf. Am 22. Dezember 1997 erklärte S. gegenüber der SKBH schriftlich seinen Willen, auf den 1. Januar 1998 zu den bisherigen Bedingungen in die Einzel-Taggeldversicherung überzutreten und den Leistungsbeginn ab dem 1. Februar 1998 auf den 31. Tag festzusetzen. Die SKBH wies dieses Begehren mit Verfügung vom 16. April 1998 und Einspracheentscheid vom 31. Juli 1998 zurück. Sie wurde aber vom Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau mit Entscheid vom 27. Januar 1999 dazu verhalten, S. per 1. Januar 1998 den Übertritt in die Einzeltaggeldversicherung zu gewähren.

Ab Februar 1998 bezog S. Leistungen der Arbeitslosenversicherung im Umfang der ärztlich bescheinigten Arbeitsfähigkeit von 50 %. Mit Verfügung vom 24. November 1999 sprach ihm die Invalidenversicherung ab 1. November 1997 eine ganze Invalidenrente zu und verrechnete bei dieser Gelegenheit die ausgerichteten Taggelder der Arbeitslosenversicherung im Gesamtbetrag von Fr. 23 665.75 und Leistungen der SKBH von Fr. 1560.– mit den aufgelaufenen Rentenbeträgen.

Die SKBH begründete die gegenüber der Invalidenversicherung geltend gemachte Rückforderung damit, durch die rückwirkende Zusprechung der IV-Rente sei S. in den Monaten November und Dezember 1997 überentschädigt worden. Zudem verweigerte sie ihm die Umwandlung der Versicherung in eine solche mit Leistungsbeginn ab dem 31. Tag und erliess am 15. Dezember 1999 eine entsprechende Verfügung. Mit Einspracheentscheid vom 15. September 2000 erklärte sie sich bereit, das Taggeld bis zu einer Höhe von Fr. 22.70 in ein Taggeld mit Leistungsbeginn ab 31. Tag umzuwandeln. Im Umfang von Fr. 110.95 bis zur bisherigen Deckung von Fr. 133.65 verweigerte sie die Einräumung einer Wartefrist. Zudem beschränkte sie die Leistungen auf 83 % des versicherten Taggeldes, mit der Begründung, die restlichen 17 % würden durch die Arbeitslosenversicherung gedeckt.

B. – Gegen diesen Entscheid erhob S. beim Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau Beschwerde und beantragte, die SKBH sei zur Bezahlung eines Betrages von Fr. 44 328.– nebst Zins zu 5 % zu verpflichten. Die SKBH sei für berechtigt zu erklären, für den Monat Januar 1998 noch eine Monatsprämie von Fr. 1069.20 mit den zugesprochenen Leistungen zu verrechnen, für die Monate Februar 1998 bis Januar 1999 aber nur noch eine solche für ein Taggeld von Fr. 133.65 bei einem Eintrittsalter von 57 Jahren und einer Wartefrist von 30 Tagen.

Mit Entscheid vom 11. Juli 2001 hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau die Beschwerde in dem Sinne gut, dass es die SKBH zur Bezahlung des beantragten Betrages verpflichtete und hinsichtlich der Verrechnung mit ausstehenden Versicherungsprämien die nachgesuchte Feststellung traf, die Verrechnung aber auf Ende Dezember 1998 begrenzte. Das Begehren um die Verzinsung wies es ab.

C. – Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt die SKBH, der kantonale Entscheid sei aufzuheben und die Verfügung und der Einspracheentscheid seien zu schützen. S. stellt den Antrag auf teilweise Guttheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde in dem Sinne, dass die SKBH für berechtigt zu erklären sei, die noch festzusetzende Prämie bis Ende Januar 1999 verrechnungsweise abzuziehen. Das Bundesamt für Sozialversicherung verzichtet auf eine Vernehmlassung.

II.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus den folgenden Erwägungen teilweise gutgeheissen:

1. – Nachdem die Vorinstanz in ihrem Entscheid vom 27. Januar 1999 die Beschwerdeführerin bereits dazu verhalten hat, dem Beschwerdegegner per 1. Januar 1998 den Übertritt in die Einzeltaggeldversicherung mit einem Taggeld von Fr. 133.65 zu gewähren, ist vorliegend noch der konkrete Leistungsanspruch des Beschwerdegegners aus dieser Versicherung streitig. Im Einzelnen geht es um den Umfang der Versicherungsdeckung, die Methode der Überentschädigungsberechnung und die Frage des Einbezugs von Kinderzulagen in den versicherten Verdienst.

2. – a) Nach Art. 67 Abs. 1 KVG kann, wer in der Schweiz Wohnsitz hat oder erwerbstätig ist und das 15., aber noch nicht das 65. Altersjahr zurückgelegt hat, bei einem Versicherer gemäss Art. 68 KVG eine Taggeldversicherung abschliessen. Die Versicherer sind verpflichtet, in ihrem örtlichen Tätigkeitsbereich jede zum Beitritt berechtigte Person aufzunehmen (Art. 68 Abs. 1 KVG). Das versicherte Taggeld wird vom Versicherer mit dem Versicherungsnehmer vereinbart (Art. 72 Abs. 1 KVG). Das Gesetz enthält in Art. 72 KVG zwingende Bestimmungen insbesondere zum Anspruchsbeginn (Abs. 2), zur Dauer des Anspruchs (Abs. 3) sowie zur Kürzung der Leistung bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit (Abs. 4) und bei Überentschädigung (Abs. 5). Der Taggeldanspruch entsteht, wenn die versicherte Person mindestens zur Hälfte arbeitsunfähig ist. Ist nichts anderes vereinbart, so entsteht der Anspruch am dritten Tag nach der Erkrankung. Der Leistungsbeginn kann gegen eine entsprechende Herabsetzung der Prämie auf-

geschoben werden. Die Definition der Arbeitsunfähigkeit ist im KVG die gleiche wie unter dem KUVG, weshalb die bisherige Rechtsprechung zu den einzelnen Begriffselementen auch unter dem neuen Recht Gültigkeit hat (RKUV 1998 Nr. KV 45 S. 430 mit Hinweisen zum Begriff der Arbeitsunfähigkeit [BGE 114 V 283 Erw. 1c, 111 V 239 Erw. 1b¹], zur Bestimmung des Grades der Einschränkung in der Arbeitsfähigkeit [BGE 114 V 283 Erw. 1c, 111 V 239 Erw. 1b²], zur Zumutbarkeit eines Berufswechsels bei dauernder Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Tätigkeitsgebiet auf Grund des Gebotes der Schadenminderung [BGE 114 V 283 Erw. 1d und 285 Erw. 3a]).

b) Art. 73 KVG bestimmt unter dem Marginale «Koordination mit der Arbeitslosenversicherung», dass arbeitslosen (Kranken-)Taggeldversicherten bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 50 % das volle Taggeld und bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 25 %, aber höchstens 50 % das halbe Taggeld auszurichten ist, sofern die (Kranken-)Versicherer auf Grund ihrer Versicherungsbedingungen oder vertraglicher Vereinbarungen bei einem entsprechenden Grad der Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich Leistungen erbringen (Abs. 1). Arbeitslose (Kranken-)Versicherte haben gegen angemessene Prämienanpassung Anspruch auf Änderung ihrer bisherigen Versicherung in eine Versicherung mit Leistungsbeginn ab dem 31. Tag, unter Beibehaltung der bisherigen Taggeldhöhe und ohne Berücksichtigung des Gesundheitszustandes im Zeitpunkt der Änderung (Abs. 2).

Art. 28 Abs. 1 AVIG sieht entsprechend vor, dass Arbeitslosenversicherte, die wegen Krankheit, Unfall oder Mutterschaft vorübergehend nicht oder nur vermindert arbeits- und vermittlungsfähig sind und deshalb die Kontrollvorschriften nicht erfüllen können, einen längstens bis zum 30. Tag nach Beginn der ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit dauernden und innerhalb der Rahmenfrist auf 34 Taggelder beschränkten Anspruch auf das volle Arbeitslosentaggeld haben, sofern sie die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllen. Nach Abs. 2 von Art. 28 AVIG werden Taggelder der Kranken- oder Unfallversicherung, die Erwerbsersatz darstellen, von der Arbeitslosenentschädigung oder der Entschädigung für die Teilnahme an Umschulungs-, Weiterbildungs- und Eingliederungsmassnahmen der Arbeitslosenversicherung abgezogen.

c) Nach Art. 78 Abs. 2 KVG sorgt der Bundesrat dafür, dass die Versicherten oder die Leistungserbringer durch die Leistungen der sozialen Krankenversicherung oder durch deren Zusammentreffen mit den Leistungen anderer Sozialversicherungen nicht überentschädigt werden, insbesondere beim Aufenthalt in einem Spital. Gemäss Art. 72 Abs. 5 KVG hat die

¹ siehe Nr. K 664 (1986) dieser Sammlung

² siehe Nr. K 664 (1986) dieser Sammlung

arbeitsunfähige versicherte Person bei Kürzung des Taggeldes infolge Überentschädigung nach Art. 78 Absatz 2 KVG Anspruch auf den Gegenwert von 720 vollen Taggeldern. Die Fristen für den Bezug des Taggeldes verlängern sich entsprechend der Kürzung. Gestützt auf die Kompetenzdelegation in Art. 78 Abs. 2 KVG hat der Bundesrat in Art. 122 Abs. 1 KVV bestimmt, dass die Leistungen der Krankenversicherung oder deren Zusammentreffen mit denjenigen anderer Sozialversicherungen nicht zu einer Überentschädigung der versicherten Person führen dürfen. Liegt eine Überentschädigung vor, so werden nach Art. 122 Abs. 3 KVV die betreffenden Leistungen der Krankenversicherung um deren Betrag gekürzt.

3. – a) Nach dem Entscheid der Vorinstanz vom 27. Januar 1999 steht fest, dass dem Beschwerdegegner per 1. Januar 1998 zu den bisherigen Versicherungsbedingungen der Übertritt in die Einzeltaggeldversicherung zu gewähren war (Taggeld von Fr. 133.65; ohne Wartefrist; Monatsprämie Fr. 1069.20). Es ist strittig, ob die Beschwerdeführerin berechtigt war, dem Beschwerdegegner ab dem Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitslosigkeit am 1. Februar 1998 die Umwandlung der Versicherung in eine solche mit Leistungsbeginn ab dem 31. Tag ganz oder teilweise (Verfügung vom 15. Dezember 1999 resp. Einspracheentscheid vom 15. September 2000) zu verweigern. Sie erklärte sich im Einspracheentscheid bereit, das Taggeld bis zu einer Höhe von Fr. 22.70 in ein Taggeld mit Leistungsbeginn ab 31. Tag umzuwandeln. Im Umfang von Fr. 110.95 bis zur bisherigen Deckung von Fr. 133.65 verweigerte sie die Einräumung einer Wartefrist und begründet dies in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde damit, dass nach der rückwirkenden Zusprechung einer Rente der Invalidenversicherung lediglich 17 % des Erwerbsausfalls durch die Arbeitslosenversicherung gedeckt gewesen seien. Wenn die Arbeitslosenversicherung den Erwerbsausfall nur zu 17 % decke, dann seien die Leistungen der sozialen Taggeldversicherung und der Arbeitslosenversicherung nur in diesem Umfang zu koordinieren.

b) Eine solche Aufteilung der Versicherungsdeckung entspricht nicht den Vorstellungen des Gesetzgebers. Aus dem Marginale zu Art. 73 KVG sowie der entsprechenden Koordinationsregel in Art. 28 AVIG ergibt sich, dass der Taggeldanspruch nach Art. 73 KVG voraussetzt, dass die versicherte Person, wäre sie nicht erkrankt, Anspruch auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung (oder auf Arbeitslosentaggelder nach kantonalem Recht; SVR 1998 KV Nr. 4 S. 10 Erw. 5b) hat. Dieser gesetzlichen Regelung liegt die Überlegung zu Grunde, dass ebenfalls einen von der Krankentaggeldversicherung zu entschädigenden Verdienstausschlag erleidet, wer zwar grundsätzlich Anspruch auf Arbeitslosentaggelder hat, zufolge Krankheit

indessen vorübergehend vermittlungsunfähig ist und deshalb keine Arbeitslosentaggelder beziehen kann (RKUV 1998 Nr. KV 43 S. 422 Erw. 3a mit Hinweis auf BGE 102 V 83³; SVR 1998 KV Nr. 4 S. 9 Erw. 3b).

Der bundesrätlichen Botschaft zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung vom 2. Juli 1980 (BBl 1980 III 489 ff.) ist zu entnehmen, dass die Sonderregelung des heutigen Art. 28 Abs. 1 AVIG in dem der Vernehmlassung unterbreiteten Entwurf noch nicht enthalten war (BBl 1980 III 585). Die Einführung von Taggeldern bei vorübergehend fehlender oder verminderter Arbeitsfähigkeit wurde in der Expertenkommission und der von dieser eingesetzten «Arbeitsgruppe für die Nahtstellenprobleme» zwar eingehend diskutiert, schliesslich aber abgelehnt. Ausschlaggebend war unter anderem, dass die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an vermittlungsunfähige Arbeitslose einen nicht leicht zu nehmenden Einbruch in ein seit jeher geltendes Grundprinzip der Arbeitslosenversicherung, wonach die Vermittlungsfähigkeit eine Voraussetzung der Anspruchsberechtigung ist, bedeutet (BBl 1980 III 585 f.). Erst nachdem in der Vernehmlassung verschiedentlich auf die Lücke aufmerksam gemacht wurde, die dadurch entstand, dass kranke Arbeitslose nicht nur keine Leistungen der Arbeitslosenversicherung, sondern auf Grund der in vielen Fällen aufgeschobenen Krankentaggeldversicherung auch keine Taggelder der Krankenversicherung erhielten, wurde die Ausnahmeregelung des Art. 28 Abs. 1 AVIG in den Gesetzesentwurf aufgenommen (BBl 1980 III 585). Die Begrenzung der Arbeitslosenentschädigung auf den 30. Tag der Krankheit sollte dem Umstand Rechnung tragen, dass die aufgeschobene Krankentaggeldversicherung nach der damaligen Rechtslage in der Regel in jenem Zeitpunkt wirksam wurde und den Arbeitslosen der Abschluss einer solchen Versicherung mit Leistungsbeginn ab dem 31. Tag auf eigene Kosten zugemutet werden konnte (Amtl. Bull. 1981 N 605, vgl. auch 825; Amtl. Bull. 1982 S 136). Absatz 2 der Bestimmung statuiert den subsidiären Charakter der Leistungspflicht der Arbeitslosenversicherung und soll eine «Überversicherung» verhindern (BBl 1980 III 586 f.; vgl. dazu auch *Kieser*, Die Taggeldkoordination im Sozialversicherungsrecht, AJP 2000 S. 255).

Art. 28 Abs. 1 AVIG weicht vom Grundprinzip der Arbeitslosenversicherung ab, wonach Leistungen nur bei Vermittlungsfähigkeit der versicherten Person in Betracht kommen (BGE 117 V 246 f. Erw. 3c), und erfasst – im Unterschied zu Art. 15 Abs. 2 Satz 1 AVIG – Fälle bloss vorübergehend fehlender oder verminderter Arbeitsfähigkeit (BGE 126 V 127 Erw. 3b;

³ siehe Nr. K 248 (1976) dieser Sammlung

ARV 1995 Nr. 30 S. 174 Erw. 3a/bb, 1989 Nr. 1 S. 56 oben; *Gerhards*, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. I, N 5 zu Art. 28) infolge Krankheit, Unfall und Mutterschaft. Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung besteht darin, trotz Vermittlungsunfähigkeit und damit an sich fehlender Anspruchsberechtigung Härtefälle zu vermeiden und Lücken im Bereich der «Nahtstellen» zwischen der Arbeitslosenversicherung und insbesondere der Kranken- und Unfallversicherung zu schliessen. Im Interesse der Verbesserung der sozialen Sicherung Arbeitsloser sollte namentlich bei Krankheit und Unfall (weiterhin) ein zeitlich limitierter Taggeldanspruch bestehen (ARV 2001 S. 166 Erw. 6a/b).

c) Wenn Absatz 2 von Art. 28 AVIG, wonach Taggelder der Kranken- oder Unfallversicherung, die Erwerbssersatz darstellen, von der Arbeitslosenentschädigung oder der Entschädigung für die Teilnahme an Umschulungs-, Weiterbildungs- und Eingliederungsmassnahmen der Arbeitslosenversicherung abgezogen werden, und wenn Art. 73 KVG unter dem Marginale «Koordination mit der Arbeitslosenversicherung» einen uneingeschränkten Anspruch auf Umwandlung einer bestehenden Taggeldversicherung in eine solche mit 30 Tagen Wartefrist einräumt, dann erweist sich die von der Beschwerdeführerin vertretene Interpretation der Rechtslage als nicht zugänglich; auch kann in dem hier erörterten Zusammenhang die in Art. 13 ihres Reglementes über besondere Bedingungen der Einzel-Taggeldversicherung getroffene Regelung über die Änderung der Wartefrist während einer Krankheit oder nach einem Unfall nicht greifen. Wie der Beschwerdegegner zu Recht darauf hinweist, unterscheidet Art. 73 KVG nicht zwischen Ganz- und Teilarbeitslosigkeit und räumt der krankentaggeldversicherten Person das Recht auf Abänderung der bestehenden Versicherung zur Koordination mit den Leistungen der Arbeitslosenversicherung unabhängig vom Gesundheitszustand ein.

Nicht zulässig ist angesichts des Erörterten ebenfalls die von der Beschwerdeführerin vorgenommene Beschränkung der Leistungen auf 83 % des versicherten Taggeldes, was sie damit begründet, die restlichen 17 % würden durch die Arbeitslosenversicherung gedeckt. Der Beschwerdegegner hat nach der Koordinationsbestimmung von Art. 73 Abs. 1 KVG bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 50 % Anspruch auf das volle (Kranken-)Taggeld von Fr. 133.65, das dann allenfalls zur Vermeidung einer Überentschädigung zu kürzen ist. Die Leistungen auf Grund der Regel von Art. 73 Abs. 1 KVG unterstehen ebenfalls dem Überentschädigungsverbot (*Eugster*, Krankenversicherungsrecht, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, S. 209 Rz 378).

4. – a) Die freiwillige Taggeldversicherung nach Art. 67 ff. KVG ist eine

Erwerbsausfallversicherung; allerdings können die Parteien weitere krankheitsbedingte Schadenspositionen als versicherte Risiken in den Versicherungsvertrag aufnehmen. Dem stehen namentlich die Bestimmungen über die Vermeidung einer Überentschädigung (Art. 78 Abs. 2 KVG und Art. 122 KVV) nicht entgegen. Diese bezeichnen nicht den Gegenstand der Taggeldversicherung. Sie bezwecken vielmehr, die Kürzung von Sozialversicherungsleistungen zu vermeiden, solange die versicherte Person Kosten oder Einbussen im Sinne von Art. 122 Abs. 2 KVV zu tragen hat. Um die Überentschädigungsberechnung durchführen zu können, muss aber selbstverständlich in jedem Fall zunächst festgestellt werden, auf welche Sozialversicherungsleistungen die versicherte Person überhaupt Anspruch hat (RKUV 1998 Nr. KV 43 S. 421 Erw. 2a und b mit Hinweisen). Die im UVG massgebenden Grundsätze sind für die Frage der zeitlichen Kongruenz sinngemäss anwendbar. Danach ist für die Bemessung der Überentschädigung auf die gesamte Abrechnungsperiode abzustellen (BGE 117 V 395 Erw. 3⁴ und 105 V 315 Erw. I/4; RKUV 2000 Nr. U 376 S. 182 Erw. 2b; *Eugster*, a. a. O., S. 215 Rz 392 mit Hinweisen). Zur Bemessung der Überentschädigung gemäss Art. 122 Abs. 2 KVV ist wie unter dem KUVG eine Globalrechnung zu erstellen (*Eugster*, a. a. O., S. 216 Rz 392 mit Hinweisen in Fn. 979 und 980).

b) Die Beschwerdeführerin hat sich im vorinstanzlichen Verfahren gegen eine globale Abrechnung für die gesamte Bezugsperiode, beginnend ab der Entstehung des Anspruchs auf Krankentaggelder, ausgesprochen, weil sie darin eine mögliche Benachteiligung von Versicherten erblickt, die gegen eine entsprechend höhere Prämie als Versicherte mit einer Deckungsquote von nur 80 % des Lohnes eine volle Versicherungsdeckung (100 % des Lohnes) gewählt haben. Die Globalrechnungsmethode sei für den Bereich der Unfallversicherung entwickelt worden anders als in der Krankenversicherung, wo der Deckungsgrad und die Wartefrist frei gewählt werden könnten, gehe man dort bei allen Versicherten von den gleichen Parametern aus. Weil deren Überentschädigung beim Zusammentreffen mit Leistungen anderer Sozialversicherungen höher ausfalle, werde die Bezugsdauer bis zur Erschöpfung des gesamten Leistungsanspruchs stärker verlängert, und sie hätten somit eine höhere Prämie für eine längere Periode zu bezahlen als Versicherte, die sich willentlich und gegen eine entsprechende Prämienreduktion für eine nur teilweise Versicherungsdeckung entscheiden, was nicht im Sinne des Gleichbehandlungsprinzips sein könne. Wie die Vorinstanz dazu bereits zutreffend ausgeführt hat, besteht das Grundanliegen der Globalrechnungsmethode darin, dass eine versicherte Person, welche aus

⁴ siehe Nr. U 141 (1992) dieser Sammlung

dem gleichen Ereignis Leistungen mehrerer Sozialversicherungen bezieht, finanziell nicht besser gestellt wird, als wenn sie vom versicherten Ereignis nicht betroffen worden wäre. Dies bedeutet aber umgekehrt auch, dass sie nicht schlechter gestellt sein soll. Es wird damit von einem mutmasslich entgangenen Verdienst bei voller Arbeitsfähigkeit und dem entsprechenden Verdienst bei voller Arbeitsunfähigkeit ausgegangen. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Differenzen sind nicht dergestalt, dass von einer im Sozialversicherungsrecht bewährten Praxis für diesen Bereich der Krankentaggeldversicherung abgewichen werden müsste.

c) Die Vorinstanz hat die zur Bemessung der Überentschädigung und zur Bestimmung des restlichen Taggeldanspruches durchzuführende Berechnung richtig vorgenommen. Darauf kann verwiesen werden, wobei allerdings hinsichtlich des Einbezugs der Kinderzulagen ein Vorbehalt anzubringen ist (vgl. Erw. 5).

5. – Hinsichtlich des Einbezugs von Kinderzulagen in den versicherten Verdienst ist auf Grund der Einlassungen des Beschwerdegegners in der Vernehmlassung vom 17. Oktober 2001 erstellt, dass ein Anspruch darauf nicht während des gesamten von der Vorinstanz in die Globalberechnung einbezogenen Zeitraums bestand, sondern lediglich bis Juli 1997. Damit verlängert sich die Bezugsdauer für das Resttaggeld von 40 Tagen auf 72 Tage und endigte die Versicherung am 27. Januar 1999 statt bereits am 26. Dezember 1998. Die von der Beschwerdeführerin in Nachachtung des vorinstanzlichen Entscheides festzusetzenden und verrechnungsweise abzuziehenden Prämien sind bis Ende Januar 1999 geschuldet. In diesem Sinne ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde teilweise gutzuheissen.

6. – Das Verfahren ist kostenlos (Art. 134 OG). Dem Prozessausgang entsprechend ist dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 159 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 135 OG). Die teilweise Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Nebenpunkt des Einbezugs von Kinderzulagen rechtfertigt keine Reduktion der Parteientschädigung.

Arzneimittel, deren Wirksamkeit nicht hinreichend nachgewiesen ist

KV 223 Urteil des EVG vom 10. Juli 2002 (K 182/00)

Die Aufnahme von Arzneimitteln in die Spezialitätenliste, deren Wirksamkeit sich noch in Abklärung befindet, d. h. nicht hinreichend (nach wissenschaftlichen Methoden) nachgewiesen ist, widerspricht dem Gesetz.

L'admission dans la liste des spécialités de médicaments dont l'efficacité fait encore l'objet de vérifications – autrement dit, lorsque l'efficacité n'est pas suffisamment démontrée (selon des méthodes scientifiques) – est contraire à la loi.

L'ammissione nella lista delle specialità di medicinali la cui efficacia è ancora oggetto di verifiche, ossia non è (secondo metodi scientifici) sufficientemente provata, è contraria alla legge.

I.

A. – Am 29. Januar 1999 stellte die Firma Knoll AG das Gesuch um Aufnahme des von ihr vertriebenen, von der Interkantonalen Kontrollstelle für Heilmittel (IKS, seit 1. Januar 2002: Schweizerisches Heilmittelinstitut) als Anorexikum unter dem Index Therapeuticus (IT) 01.11 registrierten REDUCTIL mit dem Wirkstoff Sibutramin für die Indikation «Adipositas mit BMI ≥ 30 » in die Spezialitätenliste (SL) zum Preis von Fr. 138.–/186.30 für 30 caps.10 mg/15 mg. Mit Verfügung vom 28. Juli 1999 lehnte das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) das Begehren u. a. wegen fehlender Zweckmässigkeit des Präparates ab.

B. – Die von der Knoll AG hiegegen erhobene Beschwerde wies die Eidgenössische Rekurskommission für die Spezialitätenliste mit Entscheid vom 28. September 2000 ab, dies im Wesentlichen mit der gleichen Begründung, mit welcher sie am gleichen Tag das auf zwei Jahre befristete und u.a. mit der Auflage «Erstellung einer Evaluation, die beweist, dass der erzielte Gewichtsverlust von Dauer ist», aufgenommene XENICAL der Roche Pharma (Schweiz) AG von der Spezialitätenliste gestrichen hatte.

C. – Die Knoll AG lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen und zur Hauptsache die Aufhebung des Entscheides der Rekurskommission sowie die Aufnahme von REDUCTIL in die Spezialitätenliste, eventuell mit der gleichen Limitation wie für XENICAL beantragen.

Das BSV schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

(...)

II.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus den folgenden Erwägungen abgewiesen:

1. – Streitgegenstand bildet die vorinstanzlich bestätigte Ablehnung des Bundesamtes, REDUCTIL für die Indikation «Adipositas mit BMI \geq 30», evtl. mit der gleichen Limitation wie für XENICAL, zum Preis von Fr. 138.–/Fr. 186.30 für 30 caps. 10 mg/15 mg in die Spezialitätenliste aufzunehmen.

2. – Da es bei Fragen im Zusammenhang mit der Spezialitätenliste nicht um Versicherungsleistungen im Sinne von Art. 132 OG (vgl. BGE 122 V 136 Erw. 1 mit Hinweisen) geht, ist die Überprüfungsbefugnis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts auf die Rüge der Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens eingeschränkt (Art. 104 lit. a OG); eine Prüfung der Angemessenheit des angefochtenen Entscheides findet nicht statt (Art. 104 lit. c Ziff. 3 OG). In tatsächlicher Hinsicht ist sodann zu beachten, dass die Eidgenössische Rekurskommission für die Spezialitätenliste eine richterliche Behörde im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG ist (vgl. Art. 71a–d VwVG und Art. 4 der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen [VRSK; SR 173.31]; ferner Botschaft vom 18. März 1991 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege [...], BBl 1991 II 465 ff., 479 f. Ziff. 224.1] sowie BGE 106 Ib 201 f. Erw. 1a). Das Eidgenössische Versicherungsgericht ist daher an die Feststellung des Sachverhalts durch die Rekurskommission gebunden, soweit dieser nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden ist (anders noch BGE 108 V 132 f. Erw. 1, 102 V 78 Erw. 1¹). Lediglich in diesem Rahmen spielt das Novenrecht (BGE 121 II 99 Erw. 1c, 120 V 485 Erw. 1b, je mit Hinweisen).

3. – a) Nach Art. 25 KVG übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten für die Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen (Abs. 1). Diese Leistungen umfassen unter anderem die ärztlich oder unter den vom Bundesrat bestimmten Voraussetzungen von Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen verordneten Arzneimittel (Abs. 2 lit. b).

Die Leistungen nach Art. 25 KVG müssen laut Art. 32 Abs. 1 KVG wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein (Satz 1). Die Wirksamkeit muss nach wissenschaftlichen Methoden nachgewiesen sein (Satz 2).

Gemäss Art. 33 KVG kann der Bundesrat die von Ärzten und Ärztinnen

¹ siehe Nr. K 270 (1976) dieser Sammlung

oder von Chiropraktoren und Chiropraktorinnen erbrachten Leistungen bezeichnen, deren Kosten von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen übernommen werden (Abs. 1). Er bezeichnet u.a. die nicht von Ärzten und Ärztinnen oder von Chiropraktoren und Chiropraktorinnen erbrachten Leistungen nach Artikel 25 Absatz 2 (Abs. 2). Er bestimmt, in welchem Umfang die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten einer neuen oder umstrittenen Leistung übernimmt, deren Wirksamkeit, Zweckmässigkeit oder Wirtschaftlichkeit sich noch in Abklärung befindet (Abs. 3). Der Bundesrat setzt Kommissionen ein, die ihn bei der Bezeichnung der Leistungen beraten (Abs. 4 erster Satz; vgl. Art. 37a ff. KVV). Die Kompetenzen gemäss Art. 33 Abs. 1–3 KVG hat die Exekutive gestützt auf Art. 33 Abs. 5 KVG auf das Departement übertragen (vgl. Art. 33 KVV sowie Art. 1 ff. KLV; ferner Art. 48 Abs. 1 RVOG und BGE 124 V 261 Erw. 6b zur Subdelegationskompetenz des Bundesrates).

b) Gemäss Art. 52 Abs. 1 lit. b KVG (in Verbindung mit Art. 34 und Art. 37e Abs. 1 KVV) erstellt das Bundesamt nach Anhören der Eidgenössischen Arzneimittelkommission eine Liste der pharmazeutischen Spezialitäten und konfektionierten Arzneimittel mit Preisen (Spezialitätenliste; Satz 1). Diese hat auch die mit den Originalpräparaten austauschbaren preisgünstigeren Generika zu enthalten (Satz 2).

aa) Der Bundesrat hat in den Art. 64 ff. KVV, das Eidgenössische Departement des Innern in den Art. 30 ff. KLV gestützt auf Art. 96 KVG (vgl. BGE 126 III 39 oben) resp. Art. 65 Abs. 3 und Art. 75 KVV (formelle und materielle) Ausführungsbestimmungen im Zusammenhang mit der Spezialitätenliste erlassen. Zu erwähnen sind insbesondere die Aufnahmebedingungen gemäss Art. 65 Abs. 1 und 2 KVV sowie Art. 30 Abs. 1 KLV. Danach muss das in Frage stehende Arzneimittel wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein. Sodann darf eine pharmazeutische Spezialität in die Liste nur aufgenommen werden, wenn die Registrierung oder ein Attest der zuständigen schweizerischen Prüfstelle resp. seit 1. Januar 2002 die Zulassung des Schweizerischen Heilmittelinstituts vorliegt. Die Zweckmässigkeit des Arzneimittels in Bezug auf seine Wirkung und Zusammensetzung im Besonderen werden laut Art. 33 Abs. 1 KLV u. a. nach unerwünschten Wirkungen sowie nach der Gefahr missbräuchlicher Verwendung beurteilt. In der bis 31. Dezember 2000 gültig gewesenen Fassung sahen die erwähnten Vorschriften der Krankenpflege-Leistungsverordnung als weitere Aufnahmekriterien vor, dass das Arzneimittel nachgewiesen einem medizinischen Bedürfnis entspricht und zuverlässig ist. Im Weiteren kann die Aufnahme in

die Liste unter der Bedingung einer Limitierung erfolgen. Die Limitierung kann sich insbesondere auf die Menge oder die medizinischen Indikationen beziehen (Art. 73 KVV).

bb) Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit eines Arzneimittels waren schon unter dem früheren Recht Voraussetzungen für deren Aufnahme in die Spezialitätenliste. Diese Begriffe haben inhaltlich keine wesentliche Änderung erfahren, was auch der gesetzgeberischen Absicht entspricht, an der im Bereich der Spezialitätenliste geltenden Ordnung grundsätzlich nichts zu ändern (BGE 127 V 278 Erw. 2a mit Hinweis auf die Materialien; vgl. zum Ganzen *Eugster*, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR]/Soziale Sicherheit, Rz 204 ff.). Neu ist im Wesentlichen einzig, dass die Spezialitätenliste in Bezug auf die Vergütung der Kosten der darin aufgeführten Arzneimittel durch die Krankenversicherer im Unterschied zu früher verpflichtenden und nicht bloss empfehlenden Charakter hat (vgl. Art. 12 Abs. 6 zweiter Satz KUVG, Art. 22 Abs. 3 Vo III und Art. 3 Abs. 1 Vo VIII sowie BGE 127 V 87 Erw. 3c/cc²).

cc) Die Eidgenössische Arzneimittelkommission (EAK) als zuständige Kommission im Sinne von Art. 52 Abs. 1 KVG ist nach Zusammensetzung und Arbeitsweise eine verwaltungsunabhängige, der Funktion nach aber eine verwaltungsinterne beratende Fachkommission des Bundesrates bzw. des Bundesamtes (BGE 119 V 464 Erw. 4a mit Hinweisen). Ihre Meinungsäusserungen und Empfehlungen, denen nicht die Qualität von Sachverständigengutachten im Sinne von Art. 12 lit. e VwVG und Art. 57 ff. BZP eignet (BGE 108 V 130), sind für das BSV zwar nicht verbindlich (RKUV 2000 Nr. KV 120 S. 164 f. Erw. 3c/aa). Wenn und soweit indessen die Streitpunkte medizinische und pharmazeutische Fragen betreffen, deren Beantwortung besondere Fachkenntnis und Erfahrung verlangt, was vorliegend in Bezug auf die in erster Linie umstrittene Wirksamkeit und Zweckmässigkeit von REDUCTIL unter allfälligen Limitierungen zutrifft, ist bei der gerichtlichen Überprüfung der darauf beruhenden Entscheide praxisgemäss eine gewisse Zurückhaltung am Platze. Dies gilt, solange nicht ernsthafte Gründe ein Abweichen von der Expertenmeinung rechtfertigen (BGE 118 V 57 Erw. 5b mit Hinweis). Umgekehrt ergibt sich aus der Stellung und der Funktion der EAK, dass das Bundesamt nachvollziehbar zu begründen hat, wenn es im Einzelfall der klaren Meinungsäusserung des Fachgremiums nicht folgt.

c) Im konkreten Fall haben sich die Experten der EAK resp. des schulmedizinischen Ausschusses dieses Fachgremiums zusammengefasst in folgendem Sinne zum Gesuch um Aufnahme von REDUCTIL in die Spezialitäten-

² siehe Nr. KV 170 (2001) dieser Sammlung

liste geäußert: Bei REDUCTIL mit dem Wirkstoff Sibutramin handle es sich um eine zentral angreifende Substanz. Der Wirkmechanismus bestehe darin, dass der Hunger durch Impulse vom Hirn unterdrückt werde, mit der Folge, dass die Person weniger esse, was auf die Dauer zu einer Reduktion der Nahrungszufuhr und damit zur gewünschten Gewichtsabnahme führe. Die gleiche Wirkung habe XENICAL, dessen Substanz Orlistat im oberen Dünndarm ansetze und die Fettresorption hemme. Trotz unterschiedlichem Wirkmechanismus seien REDUCTIL und XENICAL in ihrer Wirkung vergleichbar, indem bei beiden Präparaten eine Änderung des Essverhaltens im Sinne einer Reduzierung der Nahrungszufuhr eintrete, woraus sich der angestrebte Gewichtsverlust ergebe. Die dem Gesuch beigelegten Studien hätten im Übrigen eine vergleichbare Wirksamkeit gezeigt. Auf die Stellungnahme der EAK aus dem Jahre 1975, die zur Bemerkung «Anorexika. Keine Zugelassen» in der Spezialitätenliste geführt habe, könne zurückgekommen werden. Diese Eintragung habe sich auf die Gruppe der Phenfluramine bezogen, wozu REDUCTIL nicht gehöre. Sibutramin wirke als Serotonin-Stoffwechselfemmer und führe keinesfalls zu Suchtproblemen. REDUCTIL sei eindeutig kein Amphetamin. Zu bedenken sei allerdings, dass die Abgabe von Appetitzüglern sprunghaft zugenommen habe. Im Ergebnis befürworten die Experten grundsätzlich die Aufnahme von REDUCTIL in die Spezialitätenliste mit denselben Limitationen wie XENICAL, insbesondere befristet auf zwei Jahre mit der Auflage «Erstellung einer Evaluation, die beweist, dass der erzielte Gewichtsverlust von Dauer ist» (vgl. RKUV 2000 Nr. KV 120 S. 158 unten), sofern der Auslandspreisvergleich stimmt (Protokolle der Sitzungen vom 19. November und 15. Dezember 1999).

Anlässlich der Sitzung vom 27. Juni 2001 beantragten die Experten der EAK aufgrund der in diesem Verfahren von der Knoll AG nachgereichten Unterlagen, REDUCTIL auf Diabetes zu limitieren und einen weniger hohen BMI als 35 zu verlangen.

4. – a) Das Bundesamt lehnt nach wie vor, entgegen der Empfehlung der Experten der EAK, die Aufnahme von REDUCTIL in die Spezialitätenliste, allenfalls unter denselben Limitationen wie XENICAL, ab. Seinen auch in diesem Verfahren aufrechterhaltenen Standpunkt hat es in der vorinstanzlichen Vernehmlassung ausführlich dargelegt. Danach ist in erster Linie die Aufnahmebedingung der Zweckmässigkeit des Arzneimittels nicht erfüllt. REDUCTIL mit dem Wirkstoff Sibutramin HCl sei ein Anorexikum (Appetitzügler) und damit ein zentral im Hirn wirkendes Präparat. Dementsprechend sei REDUCTIL durch die IKS unter dem IT 01.11 registriert worden. Diese Einteilung sei für das BSV verbindlich, und zwar umso mehr, als es die Kontrollstelle abgelehnt habe, eine neue IT-Hauptgruppe

«Antiadiposita» zu bilden, unter die sowohl REDUCTIL als auch das als Antiadiposikum in der therapeutischen Gruppe «Stoffwechsel/Varia» (07.99) figurierende XENICAL fallen. Da jedoch in der Spezialitätenliste Anorexika nicht zugelassen seien (Eintrag des BSV auf Antrag der EAK im Jahre 1977), könne REDUCTIL nicht aufgenommen werden. Gegen die Zweckmässigkeit dieses Arzneimittels spreche sodann ein gewisses Missbrauchspotenzial, indem eine Aufnahme von REDUCTIL in die Spezialitätenliste aller Voraussicht nach dazu führte, dass weitere Anorexika aufgenommen werden müssten. Dies würde der Mengenausweitung Vorschub leisten und damit weitere Kostensteigerungen im Gesundheitswesen bewirken. Sinngemäss würde mit der Aufnahme von REDUCTIL in die Spezialitätenliste der bestehende Trend zu so genannten Befindlichkeits-Medikamenten noch verstärkt, welche wie die appetithemmenden Substanzen auf das Zentralnervensystem wirkten. Aufgrund des unterschiedlichen Wirkmechanismus sei im Übrigen REDUCTIL nicht mit XENICAL vergleichbar, da es lediglich das Hungergefühl unterdrücke und damit nicht auf den Nahrungsaufnahmeablauf einwirke und nicht wie dieses «direkt am Ort des Geschehens» greife.

b) Die Rekurskommission betrachtet die Begründung des Bundesamtes für die Nichtaufnahme von REDUCTIL in die Spezialitätenliste zu Recht als nicht nachvollziehbar. Vorweg ist nicht einsehbar, inwiefern der verglichen mit XENICAL verschiedene Wirkmechanismus die letztlich entscheidende Wirksamkeit dieses Präparates (vgl. dazu nachstehend Erw. 5c/aa) in Frage stellt. Wenn das BSV im Zusammenhang argumentiert, falls der Patient trotz Einnahme dieses Mittels an seinen Essgewohnheiten festhalte, könne es überhaupt keinen Effekt erzielen, kommt dieser Aussage offensichtlich über ihren tautologischen Inhalt hinaus keine Bedeutung zu. Unbegründet ist sodann das vom Bundesamt auch in diesem Verfahren wiederum vorgetragene Argument, die Einteilung von REDUCTIL zur therapeutischen Gruppe der Anorexika durch die IKS und der Eintrag in der Spezialitätenliste, dass solche Präparate nicht zugelassen seien, stünden der Aufnahme jenes Arzneimittels entgegen. Nach Art. 65 Abs. 1 KVV und Art. 30 Abs. 1 lit. b KLV genügt die Registrierung oder ein Attest der Kontrollstelle. Auf die Klassifikation gemäss IT kommt es nicht an. Diese Meinung vertritt richtig auch die EAK, welche seinerzeit die Eintragung «Anorexika. Keine Zulassung» in die Spezialitätenliste, allerdings unter anderen Vorzeichen, beantragt hatte.

Nicht stichhaltig und in diesem Verfahren zu Recht nicht mehr vorgebracht wird sodann das Argument, mit der Aufnahme von REDUCTIL in die Spezialitätenliste würde der Zulassung einer Vielzahl weiterer Befind-

lichkeits-Medikamente, zu welchen insbesondere Arzneimittel im Sucht- und Lustbereich gehörten, gleichsam Tür und Tor geöffnet. Gesetz und Verordnung legen die Bedingungen für die Aufnahme von Arzneimitteln in die Spezialitätenliste fest. Sind die massgeblichen Kriterien gegeben, besteht Anspruch auf Aufnahme. Abgesehen davon beurteilt sich die Zweckmässigkeit eines Arzneimittels nach dem diagnostischen oder therapeutischen Nutzen der Anwendung im Einzelfall unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken (vgl. BGE 127 V 146 Erw. 5), wozu gemäss Art. 33 Abs. 1 KLV u. a. auch die Gefahr missbräuchlicher Verwendung gehört. Inwiefern ein solches Risiko bei REDUCTIL besteht, tut das BSV indessen nicht dar. Im Gegenteil weist die EAK ausdrücklich darauf hin, dass bei REDUCTIL keine Suchtgefahr besteht, wie dies offenbar bei früheren Anorexika der Fall gewesen war. Soweit im Übrigen allgemein bei einem Arzneimittel die Gefahr der missbräuchlichen Verwendung besteht, kann dies nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip so lange kein Nichtaufnahmegrund sein, als durch geeignete Limitierungen im Sinne von Art. 73 KVV das betreffende Risiko ausgeschlossen oder hinreichend vermindert werden kann.

5. – a) aa) Die Rekurskommission hat zur streitigen Nichtaufnahme von REDUCTIL unter bestimmten Limitationen in die Spezialitätenliste erwogen, das medizinische Bedürfnis nach Medikamenten zur wirksamen Bekämpfung der Adipositas sei aufgrund der mit dieser Erkrankung verbundenen metabolischen und statisch bedingten Komplikationen und zahlreichen negativen Folgen (Hypertonie, Angina pectoris, zerebrovaskuläre Insulte, Diabetes Typ 2, Gicht, Gallensteine und verschiedene Krebsarten) unbestrittenermassen klar gegeben. Die Aufnahme von gewichtsreduzierenden Präparaten in die SL setze indessen deren Wirksamkeit in dem Sinne voraus, dass die Gewichtsabnahme von Dauer ist, mithin einigermassen stabil bleibt, und ein Ausmass erreicht, welches das Risiko der entsprechenden Folgeerkrankungen auch tatsächlich zu senken vermag. Mit anderen Worten könne es nicht auf den mit der medikamentösen Therapie erzielten unmittelbaren «Gewichtserfolg» ankommen. Vielmehr müsse sich die Behandlung langfristig vorteilhaft auf klinisch relevante Endpunkte (Herzkrankheiten, Diabetes, Tod) auswirken, damit ein Adipositas-Präparat als wirksam beurteilt werden könne. Eine solche Langzeitwirkung sei in Bezug auf REDUCTIL ebenso wenig wie für XENICAL datenmässig belegt resp. durch klinische Studien nachgewiesen, insbesondere nicht für Patienten mit einem BMI ≥ 35 . Dies ergebe sich schon daraus, dass die Experten der EAK die Aufnahme von REDUCTIL in die Spezialitätenliste befristet auf zwei Jahre vorschlugen mit der Auflage zur Erstellung einer Evaluation, die beweist, dass der erzielte Gewichtsverlust von Dauer ist. Die aufgelegten

Studien zeigten denn auch, dass bei einer einjährigen Behandlungsdauer mit REDUCTIL nach drei bzw. sechs Monaten keine nennenswerte Gewichtsabnahme mehr zu verzeichnen gewesen sei, der erreichte Zustand aber relativ stabil blieb. Wie es sich mit der Wirkung dieses Präparates im zweiten Behandlungsjahr oder nach dessen Absetzen verhalte, werde nicht dokumentiert.

Bei dieser Sachlage, so die Rekurskommission, erstaune, dass die EAK die Evaluation der Dauerhaftigkeit des mit REDUCTIL erzielten Gewichtsverlustes nicht vor dessen Aufnahme in die Spezialitätenliste durchgeführt haben wolle, beschlage deren Ergebnis doch ganz zentral die Frage der eigentlichen Wirksamkeit des Präparates gemäss Art. 32 Abs. 1 KVG und Art. 65 Abs. 2 KVV. Angesichts dessen, dass das Risiko (kostenrelevanter) adipositasbedingter Folgeerkrankungen nur wirksam, mithin dauerhaft reduziert werde, wenn die erlangte Gewichtsreduktion auch dauerhaft und damit stabil bleibe, bedürfe diese Frage unbedingt der klinischen Überprüfung. Eine auf zwei Jahre befristete Aufnahme eines Präparates in die Spezialitätenliste unter der Bedingung, dass eine noch durchzuführende klinische Studie den Nachweis seiner tatsächlichen Wirksamkeit erbringe, ergäbe sich weder aus Gesetz noch Verordnung. Insbesondere könne hiefür nicht Art. 73 KVV dienstbar gemacht werden. Vielmehr sei den einschlägigen Bestimmungen zweifelsfrei zu entnehmen, dass ein Arzneimittel nur aufgenommen werden darf, wenn von den drei Kriterien der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit kumulativ alle drei gegeben seien.

bb) In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird vorab eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gerügt, indem die Rekurskommission mit einer gänzlich anderen Begründung als das Bundesamt die angefochtene Nichtaufnahme von REDUCTIL in die Spezialitätenliste bestätige, ohne dass die davon betroffene Firma sich vorgängig dazu haben äussern können (vgl. Art. 29 und Art. 30 Abs. 1 VwVG sowie BGE 122 V 412, ferner Art. 29 Abs. 2 BV und BGE 125 V 370 Erw. 4a). In materieller Hinsicht wird vorgebracht, die vorinstanzliche Argumentation lasse den für die klinische Prüfung von Medikamenten, die für den Langzeiteinsatz bestimmt seien, massgeblichen wissenschaftlichen Standard, an den sich auch die Schweiz halte, ausser Acht. Dieser «State of the Art» ergebe sich aus zwei EU-Richtlinien, von denen diejenige, übertitelt mit «Note for Guidance on Clinical Investigation of Drugs used in Weight Control», spezifisch die klinische Prüfung von Medikamenten für die Gewichtskontrolle betreffe. Sinngemäss sei danach zu unterscheiden zwischen den positiven medizinischen Auswirkungen, die mit der Gewichtsabnahme bereits kurzfristig verbunden seien, nämlich Reduktion von kardiovaskulären Risiken, Bluthochdruck, Verbes-

serung der Lipid-Profile und bessere Kontrolle des Blutzuckers, sowie dem erst auf längere Dauer beobachtbaren Einfluss auf Morbidität und Mortalität. Während für den Nachweis der positiven kurzfristigen Wirkungen Studien über einen Zeitraum von wenigstens einem Jahr notwendig und hinreichend seien, ergebe sich schon von der Natur der Sache her in Bezug auf die Endpunkte Morbidität und Mortalität die Notwendigkeit umfangreicherer und auf längere Dauer angelegter statistischer Untersuchungen. Nach der Registrierung (durch die IKS resp. ab 1. Januar 2002 das Schweizerische Heilmittelinstitut) sei unter dem Gesichtspunkt der Wirksamkeit für die Aufnahme von «Adipositas-Medikamenten» in die Spezialitätenliste grundsätzlich der auf wissenschaftlichen Methoden beruhende Nachweis hinreichend, dass die Gewichtsabnahme die erwähnten positiven Effekte auf den Bluthochdruck, das Lipid-Profil sowie die kardiovaskulären Risiken habe. Dieser Nachweis sei für REDUCTIL erbracht. Dagegen sei nicht Aufnahmebedingung, dass der positive Einfluss auf die Endpunkte Morbidität und insbesondere Mortalität noch nicht «schwarz auf weiss» bewiesen, sondern aufgrund der bisherigen Untersuchungen lediglich mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen sei. Im Übrigen stehe die im Aufnahmegesuch vom 29. Januar 1999 beantragte medizinische Indikation «BMI \geq 30» im Einklang mit der einschlägigen EU-Richtlinie und entspreche der Registrierung durch die IKS. Die Festlegung eines Body-Mass-Index von mindestens 35 sei sachlich nicht gerechtfertigt, da die Grösse des BMI nachgewiesenermassen für die Wirksamkeit des Präparates nicht von Bedeutung sei.

b) Soweit eine Gehörsverletzung der gerügten Art gegeben ist, kann sie als geheilt gelten. Zum einen hatte die Verwaltungsgerichtsbeschwerde führende Firma in diesem Verfahren ausreichend Gelegenheit, sich mit allen von der Rekurskommission und vom Bundesamt angeführten rechtlichen Argumenten gegen die Aufnahme von REDUCTIL in die Spezialitätenliste auseinander zu setzen. Ebenfalls hat sie, antragsgemäss, Gelegenheit zur Einreichung neuer Beweismittel erhalten. Zum anderen spricht das Interesse an einer beförderlichen Erledigung des Streites gegen die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, damit sie die Parteien zu den neuen Rechtsgründen für die Abweisung der Beschwerde anhöre und hernach einen neuen Entscheid fälle, zumal nicht anzunehmen ist, dieser werde in Ergebnis und Begründung wesentlich anders lauten als der angefochtene. Dies scheint im Übrigen auch der Meinung der Beschwerdeführerin selber zu entsprechen, wenn sie die Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht aus (rein) formellen Gründen, sondern (lediglich) «in Verbindung mit der materiellen Situation (d. h. der Anerkennung der Beschwerdestandpunkte)» beantragt.

c) aa) Wirksamkeit einer Leistung im Sinne von Art. 32 Abs. 1 KVG ist gegeben, wenn die betreffende Behandlung geeignet ist, das angestrebte diagnostische oder therapeutische Ziel zu erreichen (*Eugster a. a. O. Rz 184 ff.*, insbesondere Rz 185; vgl. auch BGE 123 V 63 oben). Ob ein Arzneimittel im Besonderen wirksam ist, hängt somit entscheidend davon ab, welcher medizinische Erfolg damit erzielt werden soll. Vorliegend ergibt sich aus den Limitierungen für XENICAL, welche gemäss EAK bei einer allfälligen Aufnahme in die Spezialitätenliste im Wesentlichen auch für REDUCTIL zu gelten hätten, dass die Wirksamkeit zu bejahen ist, wenn der Gewichtsverlust nach sechs Monaten mindestens 10 % des Körpergewichts zu Beginn der Therapie beträgt und nach Absetzen der Medikation spätestens nach zwei Jahren von Dauer ist (Erw. 3c). Diese Umschreibung des mit der Einnahme von REDUCTIL angestrebten therapeutischen Ziels, bei welcher unzweifelhaft schon Überlegungen der Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit eine Rolle gespielt haben – welche Aufnahmebedingungen allgemein u. a. an der indizierten Heilwirkung des in Frage stehenden Arzneimittels gemessen werden (vgl. Art. 33 Abs. 1 und Art. 34 Abs. 1 KLV) –, steht ausser Frage. Insbesondere wird nicht geltend gemacht, das Bundesamt gehe mit dem Erfordernis einer langfristig stabil bleibenden Gewichtsreduktion, dies als Folge der Änderung des Essverhaltens, von einem realitätsfremden oder sogar gesetzwidrigen Begriff der Wirksamkeit aus. Insofern gehen die Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zum Standard in der Europäischen Union betreffend die Zulassung von der Gewichtskontrolle dienenden Medikamenten an der Sache vorbei, und es ist darauf nicht weiter einzugehen. Dass in Bezug auf REDUCTIL der Nachweis der Dauerhaftigkeit des Gewichtsverlustes nach einer Behandlungsdauer von zwei Jahren resp. nach Absetzen des Medikamentes nicht erbracht ist, steht ausser Diskussion.

bb) Es bleibt die von der Rekurskommission grundsätzlich verneinte, von der Beschwerdeführerin im Eventualstandpunkt sinngemäss in Bezug auf REDUCTIL bejahte Frage zu prüfen, ob die Aufnahme von Arzneimitteln in die Spezialitätenliste, deren Wirksamkeit noch nicht hinreichend nachgewiesen ist, zulässig ist.

aaa) Art. 52 Abs. 1 KVG hält in seinem Ingress fest, dass das Bundesamt beim Erstellen der Spezialitätenliste die Grundsätze nach Art. 32 Abs. 1 KVG und dem hier nicht unmittelbar interessierenden Art. 43 Abs. 6 KVG zu berücksichtigen hat. Will ein Arzneimittel in die Spezialitätenliste aufgenommen werden, hat es also, wie in Art. 65 Abs. 2 KVV nochmals ausdrücklich erwähnt, u. a. wirksam zu sein, wobei die Wirksamkeit nach wissenschaftlichen Methoden nachgewiesen sein muss (Art. 32 Abs. 1 zweiter

Satz KVG). Ausnahmen von diesem Erfordernis sieht Art. 52 KVG nicht vor. Insbesondere fehlt ein Bezug auf Art. 33 Abs. 3 KVG oder zumindest der Hinweis, dass die dort getroffene Regelung, wonach der Bundesrat den Umfang der Vergütungspflicht bei neuen oder umstrittenen Leistungen bestimmt, deren Wirksamkeit, Zweckmässigkeit oder Wirtschaftlichkeit sich noch in Abklärung befindet (Erw. 3a), sinngemäss auch im SL-Bereich gelten soll. Umgekehrt ist in Art. 33 KVG nur vom Bundesrat und nicht von der vom Gesetz für zuständig erklärten Behörde die Rede, was ebenfalls gegen die Annahme spricht, unter den Begriff der Leistungen im Sinne dieser Bestimmung fielen auch die Arzneimittel der Spezialitätenliste.

bbb) Den Gesetzesmaterialien lässt sich weder in diesem noch in jenem Sinne etwas zur Zulässigkeit der Aufnahme von Arzneimitteln in die Spezialitätenliste entnehmen, deren Wirksamkeit sich noch in Abklärung befindet, mithin nicht hinreichend (nach wissenschaftlichen Methoden [Art. 32 Abs. 1 zweiter Satz KVG]) nachgewiesen ist. Immerhin wollte der Gesetzgeber, wie in Erw. 3b/bb hievordargelegt, abgesehen vom nunmehr im Unterschied zu früher verpflichtenden Charakter der Liste in diesem Leistungsbereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung grundsätzlich nichts ändern. Im Zusammenhang mit der Entstehungsgeschichte von Bedeutung und hier im Besonderen zu beachten ist, dass schon unter dem alten Recht die Aufnahme in die Spezialitätenliste die Wirksamkeit des Arzneimittels verlangte. Seine Heilwirkung musste nachgewiesen sein. Bei Originalpräparaten war der klinische Nachweis der therapeutischen Wirksamkeit erforderlich (vgl. Art. 4 Abs. 1 und 2 Vo 10, welche wörtlich mit Art. 32 Abs. 1 und 2 KLV in der bis 31. Dezember 2000 gültigen Fassung übereinstimmen). Demgegenüber war für den Pflichtleistungscharakter der von einem Arzt vorgenommenen diagnostischen oder therapeutischen Massnahme resp. einer auf ärztliche Anordnung durch medizinische Hilfspersonen durchgeführten Heilbehandlung deren wissenschaftliche Anerkennung entscheidend (vgl. BGE 123 V 58 Erw. 2b/aa mit Hinweisen).

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hatte unter der Herrschaft des alten Rechts, soweit ersichtlich, lediglich einmal Gelegenheit, sich zur Zulässigkeit der Aufnahme von Arzneimitteln in die Spezialitätenliste, zu äussern, deren Wirksamkeit noch nicht hinreichend nachgewiesen ist. Im Urteil P. AG vom 12. März 1982, auszugsweise wiedergegeben in RSKV 1982 Nr. 508 S. 220 ff., hatte es zu entscheiden, ob ein Präparat, welches mangels eines hinreichenden Wirkungsnachweises vom Bundesamt nicht in die Liste aufgenommen worden war, «unter der Auflage der Einreichung weiterer therapeutischer-klinischer Nachweise seiner Wirksamkeit innert einer angemess-

senen Frist von z. B. fünf Jahren» zuzulassen sei. Das Eidgenössische Versicherungsgericht entsprach diesem Antrag der Gesuch stellenden Firma nicht, «da sowohl nach dem Wortlaut der anwendbaren Bestimmungen wie auch nach dem Sinn des Prüfungsverfahrens sowie der SL die therapeutische Wirksamkeit eines Heilmittels vorgängig der Aufnahme nachgewiesen sein muss. Andernfalls wäre die Möglichkeit nicht auszuschliessen, dass unwirksame Medikamente in die SL aufgenommen würden und von den Krankenkassen zu bezahlen wären» (RSKV a. a. O. S. 225 f. Erw. 4).

cc) Gesetzeswortlaut und -systematik sowie die Materialien unter Berücksichtigung der früheren Rechtslage sprechen gegen die Zulässigkeit der Aufnahme von Arzneimitteln in die Spezialitätenliste, deren Wirksamkeit nach Massgabe der diagnostischen und therapeutischen Zielsetzung nicht rechtsgenügend nachgewiesen ist. Für eine (vorläufige) Aufnahme unter der Auflage, innerhalb eines bestimmten Zeitraumes eine Evaluation zu erstellen, welche die Wirksamkeit, hier von REDUCTIL, belegt, fehlt es an einer genügenden gesetzlichen Grundlage. Art. 73 KVV kann, wie die Rekurskommission richtig erkannt hat, nicht angerufen werden, und zwar schon deshalb nicht, weil Limitierungen im Sinne dieser Bestimmung andere Zwecke verfolgen (vgl. RKUV 2001 Nr. KV 158 S. 158 Erw. 2d; ferner BGE 118 V 279 Erw. 2b³).

d) Nach dem Gesagten kann sich einzig fragen, ob entsprechend dem Eventualantrag in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde Anspruch auf Aufnahme von REDUCTIL unter den gleichen Limitationen wie für XENICAL resp. den von den Experten der EAK formulierten Auflagen (Erw. 3c) in die Spezialitätenliste besteht.

aa) Nach der Rechtsprechung geht der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung in der Regel der Rücksicht auf die gleichmässige Rechtsanwendung vor. Der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt dem Bürger und der Bürgerin grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Das gilt jedoch nur, wenn lediglich in einem einzigen oder in einigen wenigen Fällen eine abweichende Behandlung dargetan ist. Wenn dagegen die Behörde die Aufgabe der in anderen Fällen geübten gesetzwidrigen Praxis ablehnt, kann der Bürger oder die Bürgerin verlangen, dass die gesetzwidrige Begünstigung, die den Dritten zuteil wird, auch ihm bzw. ihr gewährt werde, soweit dies nicht andere legitime Interessen verletzt. Die Anwendung der Gleichbehandlung im Unrecht setzt als Vorbedingung voraus, dass die zu beurteilenden Sachverhalte identisch oder zu-

³ siehe Nr. K 907 (1993) dieser Sammlung

mindest ähnlich sind (BGE 126 V 392 Erw. 6a mit Hinweisen; vgl. auch BGE 127 I 2 Erw. 3a, 127 II 121 Erw. 9b).

bb) Vorliegend kann in Bezug auf die Aufnahme von Arzneimitteln in die Spezialitätenliste, deren Wirksamkeit noch nicht hinreichend nachgewiesen ist, nicht von einer gesetzwidrigen Praxis im dargelegten Sinne gesprochen werden. Der einzige im Raum stehende, unter diesem Aspekt nicht rechtskonform behandelte Fall betrifft XENICAL. Dies genügt trotz der besonderen Umstände (weitgehend gleicher Anwendungsbereich, praktisch gleichzeitiges Erscheinen auf dem Markt und Anmeldung zur Aufnahme in die Spezialitätenliste sowie Fehlen einer Vergleichsstudie, welche das eine Arzneimittel gegenüber dem anderen als wirksamer zeigt) indessen nicht für die erfolgreiche Anrufung der Anspruchsgrundlage der Gleichbehandlung im Unrecht. Die auf zwei Jahre befristete Aufnahme unter Limitationen dieses Antiadipositums in die Spezialitätenliste per 1. Oktober 1999, ebenso wie die Verlängerung der Aufnahme um weitere zwei Jahre bis 30. September 2003 auf Antrag des schulmedizinischen Ausschusses der EAK vom 12. September 2001 erfolgten unzweifelhaft in der Annahme der Zulässigkeit der Auflage «Erstellung einer Evaluation, die beweist, dass der erzielte Gewichtsverlust von Dauer ist» (Erw. 3c). Es ist nicht anzunehmen und fehlen diesbezügliche Anhaltspunkte dafür, dass das Bundesamt und das (auch) im SL-Bereich als in der Sache zuständige Departement im Sinne von Art. 103 lit. b OG (BGE 127 V 152 Erw. 1c/bb; vgl. auch BGE 127 V 86 f. Erw. 3c/bb⁴) XENICAL nach und trotz höchstrichterlich festgestellter Unzulässigkeit der Aufnahme eines Arzneimittels in die Liste bei fehlendem rechtsgenügendem Wirksamkeitsnachweis darin belassen werden. Es ist an dieser Stelle im Übrigen auf Art. 68 Abs. 1 lit. a KVV hinzuweisen, wonach ein Arzneimittel aus der Spezialitätenliste gestrichen wird, wenn es nicht mehr alle Aufnahmebedingungen erfüllt (vgl. zum alten Recht BGE 119 V 460 Erw. 2a und b).

e) Der angefochtene Entscheid ist somit rechtens.

⁴ siehe Nr. KV 170 (2001) dieser Sammlung

Obligation de s'assurer; affiliation d'office

KV 224 Arrêt du TFA du 15 juillet 2002 (K 136/01)

Une décision d'affiliation d'office rendue par l'organe cantonal de contrôle de l'assurance-maladie en vertu de l'art. 6 al. 2 LAMal est susceptible, en dernière instance, d'un recours de droit administratif (cons. 1a).

La procédure d'affiliation d'office de l'art. 6 al. 2 LAMal ne peut concerner que les personnes soumises à l'obligation d'assurance qui ne se sont pas assurées ou qui n'ont pas été assurées par leur représentant légal en temps utile (cons. 3b).

La procédure de changement d'assureur ne peut amener en aucun cas une interruption, même momentanée, de la protection d'assurance (cons. 3b).

L'organe de contrôle de l'assurance-maladie ne peut pas affilier d'office à un assureur les candidats à l'assurance que celui-ci refuse d'accepter (in casu: les requérants d'asile assistés séjournant dans le canton de Genève), lorsqu'ils sont déjà assurés par une autre caisse-maladie (cons. 3c).

Des frais de justice ne peuvent, en principe, être exigés de l'organe cantonal de contrôle de l'assurance-maladie (cons. 7).

Die vom kantonalen Kontrollorgan der Krankenversicherung gemäss Art. 6 Abs. 2 KVG erlassene Zuweisungsverfügung kann letztinstanzlich Gegenstand einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde sein (Erw. 1a).

Die Zuweisung an einen Versicherer nach Art. 6 Abs. 2 KVG kann nur auf versicherungspflichtige Personen angewandt werden, die nicht versichert sind oder von ihrem gesetzlichen Vertreter nicht rechtzeitig versichert worden sind (Erw. 3b).

Der Versichererwechsel darf keine auch nur vorübergehende Unterbrechung des Versicherungsschutzes zur Folge haben (Erw. 3b).

Das Kontrollorgan der Krankenversicherung kann einem Versicherer gegen seinen Willen keine versicherungspflichtige Personen zuweisen (in casu im Kanton Genf wohnhafte unterstützte Asylbewerber), wenn diese bereits bei einer anderen Krankenkasse versichert sind (Erw. 3c).

Dem kantonalen Kontrollorgan der Krankenversicherung können grundsätzlich keine Gerichtskosten auferlegt werden (Erw. 7).

Contro una decisione d'affiliazione d'ufficio emanata dall'organo cantonale di controllo dell'assicurazione malattie in virtù dell'art. 6 cpv. 2 LAMal è possibile inoltrare, in ultima istanza, un ricorso di diritto amministrativo (cons. 1a).

La procedura d'affiliazione d'ufficio ai sensi dell'art. 6 cpv. 2 LAMal è applicata unicamente alle persone soggette all'obbligo d'assicurazione che non si sono assicurate o non sono state assicurate per tempo dal loro rappresentante legale (cons. 3b).

In nessun caso il cambiamento di assicuratore può comportare un'interruzione, pur momentanea, della copertura assicurativa (cons. 3b).

L'organo di controllo dell'assicurazione malattie non può affiliare d'ufficio ad un assicuratore candidati da esso respinti (nella fattispecie: i richiedenti d'asilo assistiti residenti nel Canton Ginevra), se le persone in questione sono già assicurate presso un'altra cassa malati (cons. 3c).

L'organo cantonale di controllo dell'assicurazione malattie è generalmente dispensato dal pagamento delle spese processuali (cons. 7).

I.

A. – a) Après l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'assurance-maladie, l'Hospice Général, Institution genevoise d'action sociale (Hospice général), et Concordia, assurance suisse de maladie et accidents (Concordia), ont conclu un contrat-cadre portant sur l'assurance obligatoire des soins des requérants d'asile (permis pour étrangers N) et des personnes admises provisoirement (permis pour étrangers F) totalement ou partiellement assistés dans le canton de Genève (requérants d'asile). L'accord, de durée indéterminée, a déployé ses effets à partir du 1^{er} janvier 1997.

Se prévalant notamment de la forte dégradation de sa situation concurrentielle engendrée par l'exécution de ce contrat-cadre, et invoquant son devoir de défendre les intérêts de ses autres assurés dans le canton de Genève, Concordia a résilié le contrat-cadre pour le 31 décembre 2000. Elle a informé le chef du Département de l'action sociale et de la santé du canton de Genève (DASS) que les assurés concernés par le contrat-cadre passeraient dans l'assurance individuelle au 1^{er} janvier 2001; en outre, elle l'a invité à lui proposer des solutions concrètes sur la couverture des coûts à partir de cette date et à répartir ces assurés entre les autres assureurs-maladie actifs dans le canton (cf. lettres des 22 février et 4 octobre 2000).

Tout en réfutant les arguments de Concordia (cf. écriture du 20 octobre 2000), le Conseil d'Etat du canton de Genève a décidé de répartir l'ensem-

ble de cet effectif entre les treize caisses-maladie comptant plus de 10 000 assurés dans le canton, pro rata numeris, de façon à ce que l'effort de solidarité soit réparti sur 80 % de la population genevoise; il a chargé le Service de l'assurance-maladie du DASS (service de l'assurance-maladie) de procéder à la répartition. Par lettre du 26 novembre 2000, confirmée le 6 décembre 2000, le service de l'assurance-maladie a notifié à Concordia la démission de l'ensemble des quelques 4500 requérants d'asile affiliés auprès d'elle, selon fichier du 27 octobre 2000.

Par lettre du 6 décembre 2000, le service de l'assurance-maladie a notifié aux treize caisses le fichier des requérants d'asile dont l'affiliation dans l'assurance obligatoire des soins avec couverture accidents et franchise à option de 1500 fr. pour les adultes étaient requise à partir du 1^{er} janvier 2001; en annexe figuraient la clé de répartition entre les différentes caisses et le nombre de demandeurs. Neuf des treize caisses concernées ont affilié, à partir du 1^{er} janvier 2001, les requérants dont la liste leur avait été communiquée.

b) Le 20 décembre 2000, la Caisse-maladie et accident Mutuelle Valaisanne (Mutuelle Valaisanne) a fait savoir au service de l'assurance-maladie qu'elle pouvait souscrire à la clé de répartition pour les requérants d'asile attribués par la Confédération au canton de Genève à partir du 1^{er} janvier 2001. En revanche, elle refusait la répartition des requérants d'asile déjà attribués au canton et couverts par Concordia selon le contrat-cadre, alléguant qu'il appartenait à cet assureur de continuer à les assumer, dans la mesure où il avait obtenu un contrat exclusif et espéré réaliser une affaire commerciale; en outre le service de l'assurance-maladie n'était pas compétent pour lui affilier d'office ces personnes.

Après plusieurs échanges de correspondance, le service de l'assurance-maladie, agissant en qualité d'organe de contrôle de l'assurance-maladie, a prononcé «en tant que besoin» l'affiliation d'office à la Mutuelle Valaisanne, dans l'assurance obligatoire des soins à partir du 1^{er} janvier 2001, des requérants d'asile dont les coordonnées étaient jointes en annexe, par décision du 23 février 2001. Par décision sur opposition du 7 mai 2001, le service de l'assurance-maladie a confirmé sa décision et l'a déclarée exécutoire nonobstant recours.

B. – La Mutuelle Valaisanne a recouru contre cette décision devant le Tribunal administratif du canton de Genève, qui l'a déboutée par jugement du 25 septembre 2001.

Dans l'intervalle, la juridiction cantonale avait rejeté, par jugement incident du 19 juillet 2001, une demande de la Mutuelle Valaisanne tendant à la

restitution de l'effet suspensif au recours cantonal. La Mutuelle Valaisanne a déféré ce jugement incident au Tribunal fédéral des assurances, qui par décision du 27 février 2002, a déclaré le recours sans objet et radié la cause du rôle (dossier K 103/01).

C. – La Mutuelle Valaisanne interjette recours de droit administratif contre ce jugement dont elle demande l'annulation, avec suite de dépens, en concluant à ce qu'elle ne soit pas tenue d'assurer les requérants d'asile concernés par le contrat-cadre conclu entre Concordia et l'Hospice général.

Le service de l'assurance-maladie conclut au rejet du recours, avec suite de frais et dépens.

L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a renvoyé au préavis qu'il avait déposé à l'occasion de l'affaire K 103/01.

Un second échange d'écritures a été ordonné, dans le cadre duquel la Mutuelle Valaisanne a requis des mesures provisionnelles et la restitution de l'effet suspensif au recours de droit administratif. L'intimé a conclu au rejet de ces requêtes.

II.

Par les considérants suivants, le TFA a admis le recours de droit administratif:

1. – a) Selon l'art. 128 OJ, le Tribunal fédéral des assurances connaît en dernière instance des recours de droit administratif contre des décisions au sens des art. 97, 98 let. b à h et 98a OJ, en matière d'assurances sociales. Quant à la notion de décision pouvant faire l'objet d'un recours de droit administratif, l'art. 97 OJ renvoie à l'art. 5 PA. Selon le premier alinéa de cette disposition, sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral (et qui remplissent encore d'autres conditions, définies plus précisément par rapport à leur objet).

L'affiliation d'office par l'organe de contrôle de l'assurance-maladie cantonal (art. 6 al. 2 LAMal) constitue bien une telle décision, susceptible en dernière instance, d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral des assurances.

b) L'objet du litige est de savoir si l'organe cantonal de contrôle était en droit, en vertu de l'art. 6 al. 2 LAMal, d'affilier d'office à la recourante, à partir du 1^{er} janvier 2001, les requérants d'asile que celle-ci refusait de couvrir dès cette date. Comme la décision litigieuse n'a pas pour objet l'octroi

ou le refus de prestations d'assurance, le Tribunal fédéral des assurances doit se borner à examiner si les premiers juges ont violé le droit fédéral, y compris par l'excès ou par l'abus de leur pouvoir d'appréciation, ou si les faits pertinents ont été constatés d'une manière manifestement inexacte ou incomplète, ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de procédure (art. 132 en corrélation avec les art. 104 let. a et b et 105 al. 2 OJ).

2. – Selon les premiers juges, l'Hospice général était compétent pour représenter les requérants d'asile totalement ou partiellement assistés par le canton de Genève dans la procédure de changement d'assureur. Le courrier du 26 novembre 2000 adressé à Concordia avait mis fin aux contrats des requérants d'asile affiliés auprès de cet assureur pour le 31 décembre 2000, vu l'augmentation des primes annoncées pour 2001. Ces derniers n'étant plus couverts dans l'assurance obligatoire dès le 1^{er} janvier 2001, il ne pouvait être fait reproche à l'organe de contrôle d'avoir affilié d'office à la recourante, selon la clé de répartition arrêtée, les requérants d'asile qu'elle refusait d'affilier auprès d'elle vu son obligation légale de les accepter.

En revanche, d'après la recourante, ni Concordia, ni l'Hospice général ne pouvaient mettre fin unilatéralement pour le 31 décembre 2000 aux rapports d'assurance des requérants d'asile couverts par le contrat-cadre et ceux-ci restaient affiliés à Concordia. Aussi avait-elle refusé d'affilier cet effectif à partir du 1^{er} janvier 2001 et l'organe de contrôle n'était pas compétent pour procéder à une affiliation d'office lorsque, comme en l'espèce, l'assureur refuse d'accepter des candidats à l'affiliation.

3. – a) La loi fédérale sur l'assurance-maladie régit l'assurance-maladie sociale (art. 1 al. 1 LAMal). Toute personne domiciliée en Suisse doit s'assurer pour les soins en cas de maladie, ou être assurée par son représentant légal, dans les trois mois qui suivent sa prise de domicile ou sa naissance en Suisse (art. 3 al. 1 LAMal).

Les personnes tenues de s'assurer choisissent librement parmi les assureurs désignés à l'art. 11 (art. 4 al. 1 LAMal). Les assureurs doivent, dans les limites de leur rayon d'activité territorial, accepter toute personne tenue de s'assurer (art. 4 al. 2 LAMal).

Les cantons veillent au respect de l'obligation de s'assurer (art. 6 al. 1 LAMal). L'autorité désignée par le canton affilié d'office toute personne tenue de s'assurer qui n'a pas donné suite à cette obligation en temps utile (art. 6 al. 2 LAMal).

L'assuré peut, moyennant un préavis de trois mois, changer d'assureur pour la fin d'un semestre d'une année civile (art. 7 al. 1 LAMal). Lors de la

communication de la nouvelle prime, il peut changer d'assureur pour la fin du mois qui précède le début de la validité de la nouvelle prime, moyennant un préavis d'un mois (art. 7 al. 2 LAMal, première phrase, nouvelle du 24 mars 2000 en vigueur dès le 1^{er} octobre 2000, RO 2000 pp. 2305 et 2311). L'affiliation auprès de l'ancien assureur ne prend fin que lorsque le nouvel assureur lui a communiqué qu'il assure l'intéressé sans interruption de la protection d'assurance. Si le nouvel assureur omet de faire cette communication, il doit réparer le dommage qui en résulte pour l'assuré, en particulier la différence de prime. Dès réception de la communication, l'ancien assureur informe l'intéressé de la date à partir de laquelle il ne l'assure plus (art. 7 al. 5 LAMal). Lorsque le changement d'assureur est impossible du fait de l'ancien assureur, celui-ci doit réparer le dommage qui en résulte pour l'assuré, en particulier la différence de prime (art. 7 al. 6 LAMal, nouvelle du 24 mars 2000).

A cet égard, il convient de rappeler que la loi ne règle pas le moment où le rapport d'assurance existant prend fin lorsque la communication du nouvel assureur selon l'art. 7 al. 5 LAMal intervient tardivement. Comblant cette lacune authentique, le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'en pareilles circonstances, l'ancien rapport d'assurance s'éteint à la fin du mois au cours duquel l'information tardive parvient à l'assureur précédent (ATF 127 V 41–42 consid. 4b/dd-ee et les références¹).

b) A la lumière de ces dispositions, force est de constater que la procédure d'affiliation d'office de l'art. 6 al. 2 LAMal ne peut concerner que les personnes soumises à l'obligation d'assurance qui ne se sont pas assurées ou qui n'ont pas été assurées par leur représentant légal en temps utile. La compétence dévolue sur ce point à l'autorité cantonale s'inscrit dans le but du respect de l'obligation de s'assurer (sur ces questions, voir *Maurer*, Das neue Krankenversicherungsrecht, § 4, p. 39). L'absence de protection dans l'assurance obligatoire des soins, de la personne tenue de s'affilier, est ainsi la condition indispensable à une intervention de l'organe de contrôle et la seule susceptible de justifier une affiliation d'office.

La loi consacre le libre choix de l'assureur et l'obligation de celui-ci d'accepter tout candidat à l'assurance dans son rayon d'activité (*Maurer*, op. cit., § 3 let. a, p. 37). Ainsi, peu importe les raisons qui poussent un assuré à un changement d'assureur; objectifs ou subjectifs, ces motifs ne sont susceptibles d'avoir une incidence que dans les délais prévus par la loi pour changer d'assureur.

¹ voir n° KV 159 (2001) de ce recueil

A l'examen, les modalités prévues par la loi (art. 7 LAMal) excluent qu'un candidat au changement d'assureur puisse se trouver sans couverture d'assurance ou puisse subir une interruption de la protection d'assurance; l'affiliation au premier assureur ne prend fin que lorsque le nouvel assureur a communiqué à celui-ci qu'il assurait l'intéressé sans interruption de la protection d'assurance (RDAT I-2001 n° 61 p. 260; *Maurer*, op. cit., § 3 let. b/cc, p. 38). Aussi, dès lors que la procédure de changement d'assureur ne peut entraîner pour le candidat à l'affiliation une absence de la protection d'assurance, la condition nécessaire à l'intervention de l'organe de contrôle pour procéder à une affiliation d'office fait défaut.

c) Ni la qualité des candidats au changement d'assureur, ni la forme particulière que leur assurance initiale dans le cadre de la LAMal puisse revêtir, ni le refus de l'assureur sollicité d'accepter ces candidats ne permettent de déroger aux règles claires et distinctes qui régissent le changement d'assureur, d'une part, l'affiliation d'office, d'autre part, et qui excluent une telle affiliation dans le cadre d'un changement d'assureur.

aa) Les personnes qui ont déposé une demande d'asile en Suisse ou qui se sont vu accorder la protection provisoire (art. 18 et 66 LAsi) ou pour lesquelles une admission provisoire a été décidée (art. 14a LSEE) sont soumises à l'obligation d'assurance (art. 3 al. 1 LAMal, art. 1 al. 2 let. c OAMal). Le fait qu'en raison de facilités administratives ces personnes puissent être réunies au sein d'un contrat-cadre conclu avec un petit nombre d'assureur ne saurait constituer une dérogation à la LAMal. A cet égard, l'OFAS souligne que de tels contrats ne constituent pas un contrat collectif au sens de l'ancien droit, mais un arrangement administratif entre un preneur d'assurance et un assureur pour la gestion d'un nombre déterminé d'assurés individuels, soumis aux règles et obligations de la LAMal (RAMA 1996 p. 139). De tels arrangements ne peuvent dès lors s'écarter des règles relatives au changement d'assureur définies à l'art. 7 LAMal et amener une interruption de la protection d'assurance susceptibles de justifier l'intervention de l'organe de contrôle et une procédure d'affiliation d'office.

bb) Le refus opposé, par un assureur, à un candidat au changement d'assureur n'entraîne pas une interruption de la protection d'assurance; tant qu'un nouvel assureur n'a pas fait savoir au premier qu'il assure l'intéressé sans interruption de la protection d'assurance, le candidat au changement d'assureur lui reste affilié. Toute autre interprétation est contraire à la loi et incompatible avec les dispositions relatives à la réparation du dommage subi par l'assuré du fait du nouvel ou de l'ancien assureur (art. 7 al. 5 et 6 in fine LAMal). Faute d'interruption de la couverture d'assurance, il n'y a égale-

ment pas place à une affiliation d'office par l'organe de contrôle, en cas de refus d'un assureur d'accepter un candidat au changement d'assurance.

Toutefois, sur ce point, il y a lieu de relever que le refus d'un assureur, organe d'application de la loi, doté d'une parcelle de la puissance publique dans le cadre de son exercice, ne devrait revêtir que les formes prévues aux art. 80 et ss LAMal. A cet égard, la nature particulière de la décision en cause, décision de refus d'admission, n'y change rien.

4. – En l'espèce, si Concordia ou l'Hospice général pouvaient mettre fin à l'arrangement administratif qui les liaient, selon les dispositions propres à ce contrat, ni la première ni le second, au nom et pour le compte des assurés, ne pouvaient mettre fin unilatéralement aux rapports d'assurance de ces personnes dans l'assurance obligatoire des soins de Concordia. Contrairement à ce qu'ont retenu l'organe de contrôle et les premiers juges, ces personnes restaient affiliées auprès de Concordia tant qu'un changement d'assureur, selon les modalités prévues par la loi, n'était intervenu. La procédure suivie par l'organe de contrôle s'avère ainsi contraire au droit.

Il ressort cependant du dossier que Concordia avait annoncé, en temps utile, aux autorités en charge de ces assurés une augmentation des primes de l'assurance obligatoire des soins pour l'année suivante. Une telle augmentation pouvait ainsi justifier un changement d'assureur pour le 1^{er} janvier 2001. Dans le cadre de ses attributions cantonales et des décisions prises par les autorités genevoises, le service de l'assurance-maladie était habilité à approcher la recourante et lui transmettre les demandes d'affiliation des personnes dont l'Hospice général a la charge; la lettre du 6 décembre 2000 constituait bien une demande d'affiliation au nom et pour le compte de ces personnes. Toutefois, face au refus de la recourante d'admettre ces candidats au nombre de ses assurés, il ne lui était pas possible de procéder à leur affiliation d'office, en tant qu'organe de contrôle de l'assurance-maladie, par la voie de la décision de l'art. 6 al. 2 LAMal, dans la mesure où le refus de cet assureur, n'avait et ne pouvait entraîner aucune interruption dans la protection d'assurance. Non sans pertinence, l'autorité fédérale de surveillance a d'ailleurs estimé que le service de l'assurance-maladie avait outrepassé ses prérogatives en matière de contrôle de l'affiliation en rendant une décision à l'encontre d'un assureur et non pas, comme le requiert le système de l'affiliation d'office, envers des personnes tenues de s'assurer mais qui refuseraient de l'être.

En définitive, la décision de l'organe de contrôle s'avère incompatible avec les règles claires et impératives qui régissent dans l'assurance sociale l'affiliation d'office, d'une part, et le changement d'assureur, d'autre part.

La décision de l'organe de contrôle et le jugement entrepris doivent être annulés.

5. – Ainsi qu'il a été relevé plus haut, la recourante a été saisie, le 6 décembre 2000, d'une demande d'affiliation, portant sur un nombre déterminé de candidats au changement d'assureur pour le 1^{er} janvier 2001, sur lesquelles elle n'a pas statué. Il sied dès lors de renvoyer le dossier à la recourante pour qu'elle statue sur cette demande, sous la forme idoine et selon la procédure qu'elle appelle maintenant de ses vœux. A cet égard, la recourante est rendue attentive à ses obligations (art. 4 al. 2 LAMal); en outre, si elle devait avoir encore des doutes sur les pouvoirs ou les compétences de l'Hospice général pour agir au nom et pour le compte des candidats au changement d'assureur, il lui sera loisible, avant de rendre sa décision, d'inviter ce dernier à en justifier.

6. – Vu le sort du litige, les requêtes de mesures provisionnelles et de restitution de l'effet suspensif au recours de droit administratif deviennent sans objet.

7. – La procédure n'est pas gratuite, s'agissant d'un litige qui ne porte pas sur l'octroi ou le refus de prestations d'assurance (art. 134 OJ a contrario). L'intimé, qui succombe, est intervenu en qualité d'organe cantonal de contrôle de l'assurance-maladie, au sens de l'art. 6 LAMal, de sorte que des frais de justice ne sauraient être exigés du canton de Genève (art. 156 al. 2 OJ; *Poudret*, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. V, pp. 145 ss).

Quant aux dépens, ni la recourante ni l'intimé ne peuvent en prétendre, attendu qu'ils ont agi tous deux en qualité d'organismes chargés de tâches de droit public (art. 159 al. 2 OJ in fine; ATF 126 II 62 consid. 8, 118 V 169–170 consid. 7 et les références).

Anerkennung als Krankenkasse und Erteilung der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung

KV 225 Urteil des EVG vom 26. Juli 2002
(K 13/02 und K 14/02)

Rechtliches Gehör bei Einholung von Rechtsgutachten

Holt die entscheidende Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde ein Rechtsgutachten ein, um Grundlagen für die Konkretisierung relativ offener Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen zu erhalten, und stellt sie in der Folge darauf ab, hat sie vorgängig die Expertise der Partei oder den Parteien zur Kenntnis zu bringen und ihr oder ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Anerkennung als Krankenkasse und Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung

Die Anerkennung als Krankenkasse kann nicht abgelehnt und die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung nicht verweigert werden allein aufgrund der Tatsache, dass die gesuchstellende juristische Person in einen Konzern eingebunden ist, dem bereits eine Krankenkasse sowie eine im Privatversicherungsbereich tätige Versicherungseinrichtung angehören; aus einer solchen Verbindung kann nicht ohne weiteres gefolgert werden, die Risikoselektion werde durch zielgerichtete Risikoverteilung in einer mit dem Prinzip der Solidarität unter den Versicherten unvereinbaren Weise erleichtert.

Risikoselektion

Freizügigkeit, Einheitsprämie und Risikoausgleich bedeuten nicht, aus Sicht des Gesetzes könne es keine unerwünschte Risikoselektion (mehr) geben.

Droit d'être entendu en cas d'obtention d'un avis de droit

Si l'autorité administrative ou judiciaire appelée à statuer demande un avis de droit afin d'établir les éléments nécessaires à l'application de dispositions légales et réglementaires relativement indéterminées et qu'elle se fonde sur celui-ci par la suite, elle doit donner préalablement connaissance de cet avis à la partie ou aux parties, avec la possibilité pour elle(s) de se déterminer.

Reconnaissance de la caisse-maladie et autorisation de pratiquer l'assurance-maladie sociale

La reconnaissance comme caisse-maladie et l'autorisation de pratiquer l'assurance-maladie sociale ne peuvent être refusées au seul

motif que la personne morale requérante est intégrée à un groupe de sociétés comprenant déjà une caisse-maladie ainsi qu'une institution d'assurance pratiquant l'assurance privée; on ne saurait sans plus déduire de la seule existence d'un tel rapport que la sélection des risques serait facilitée d'une manière incompatible avec le principe de la solidarité entre les assurés, par une répartition ad hoc des risques.

Sélection des risques

Le libre passage, la prime uniforme et la compensation des risques ne signifient pas qu'il n'existe pas ou plus d'obstacle légal à une sélection indésirable des risques.

Diritto di essere sentito nell'allestimento di una perizia giuridica

L'autorità amministrativa o giudiziaria, che, chiamata a statuire, ordina una perizia giuridica al fine di stabilire le basi necessarie all'applicazione di disposizioni di legge e di ordinanza relativamente indeterminate e si fonda in seguito sulle risultanze della medesima, deve prima portare la perizia a conoscenza della parte o delle parti e conferire loro la possibilità di esprimersi.

Riconoscimento quale cassa malati ed autorizzazione a esercitare

Il riconoscimento quale cassa malati e l'autorizzazione a esercitare l'assicurazione malattia sociale non possono essere rifiutati per il solo motivo che la persona giuridica istante fa parte di un gruppo societario comprendente già una cassa malati come pure un istituto assicurativo esercitante l'assicurazione privata; per l'esistenza di un simile collegamento non si può concludere senz'altro che la selezione dei rischi venga facilitata, mediante una ripartizione ad hoc degli stessi, in maniera incompatibile con il principio di solidarietà tra gli assicurati.

Selezione dei rischi

Libero passaggio, premio unico e compensazione dei rischi non significano che per legge non possa (più) verificarsi alcuna selezione indesiderata dei rischi.

I.

A. – Am 22. Juni 2001 (Statutendatum) sind die Firmen KVD AG sowie CMAR SA mit Sitz in Rotkreuz gegründet worden. Gemäss Handelsregistereintrag vom 26. Juni 2001 bezwecken beide Gesellschaften insbesondere, als Krankenkasse die soziale Krankenversicherung nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit durchzuführen und Versicherungen gegen die wirt-

schaftlichen Folgen von Krankheit, Unfall, Mutterschaft, Invalidität und Tod anzubieten. Verwaltungsräte der KVD AG und der CMAR SA sind M. (Präsident), F. (Vizepräsident) sowie K. Die genannten Personen haben gleichzeitig Einsitz im Verwaltungsrat u. a. der Helsana (Holding), der Helsana Versicherungen AG, einer Krankenkasse im Sinne des Krankenversicherungsgesetzes (KVG), sowie der Helsana Zusatzversicherungen AG, einer privaten Versicherungseinrichtung im Sinne des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG), und sind zudem Mitglieder der Helsana-Konzernleitung.

Am 28. Juni 2001 stellten sowohl die KVD AG als auch die CMAR SA das Gesuch um Anerkennung als Krankenkasse und um Erteilung der Bewilligung für die Durchführung der sozialen Krankenversicherung ab 1. Januar 2002. Dem Antragsschreiben beigelegt war u. a. ein vom selben Tag datierter Rückversicherungsvertrag mit der Helsana Versicherungen AG. Im Rahmen der Prüfung des Gesuchs forderte das instruierende Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) weitere Unterlagen ein, insbesondere Angaben zur Struktur des Helsana-Konzerns und zur Einbettung der beiden Firmen in denselben. Im Weiteren untersagte das BSV den beiden Gesellschaften einen Marktauftritt bis zur allfälligen Erteilung der Bewilligung durch das Eidgenössische Departement des Innern (EDI). Am 13. Juli 2001 beauftragte das Bundesamt Prof. Dr. iur. P., zu Fragen im Zusammenhang mit dem Auftreten und der Zusammenarbeit von Krankenversicherern, insbesondere wenn zwischen ihnen ein Rückversicherungsvertrag besteht, Stellung zu nehmen. Am 25. September 2001 wurde das Rechtsgutachten zur «Zulässigkeit von aktuellen Entwicklungen auf gesellschaftsrechtlicher und vertraglicher Ebene zwischen den Krankenversicherern» erstattet.

Mit Verfügung vom 28. Dezember 2001 lehnte das Departement das Gesuch sowohl der KVD AG als auch der CMAR SA (seit 8. November 2001: sansan Versicherungen AG resp. avanex Versicherungen AG) um Anerkennung als Krankenkasse und um Erteilung der Bewilligung für die Durchführung der sozialen Krankenversicherung ab. Als Gründe für den negativen Entscheid wurden die administrative, finanzielle und auch personelle Abhängigkeit von Gesellschaften der Helsana-Gruppe, namentlich der Helsana Versicherungen AG sowie der Helsana Zusatzversicherungen AG, sowie die Gefahr der Risikoselektion (Transfer «guter Risiken» von der Helsana Versicherungen AG in die neuen Versicherungen) genannt.

B. – Die sansan Versicherungen AG und die avanex Versicherungen AG führen je Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem in der Sache gleichen hauptsächlichen Rechtsbegehren, es sei die sie betreffende Verfügung vom

28. Dezember 2001 aufzuheben und das Gesuch um Anerkennung als Krankenkasse und um Erteilung der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung gutzuheissen.

Das Departement beantragt die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerden, desgleichen das ebenfalls zur Vernehmlassung eingeladene Bundesamt.

II.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerden gutgeheissen und die Sache an das Eidgenössische Departement des Innern zurückgewiesen, damit es im Sinne der Erwägungen über die Gesuche um Anerkennung als Krankenkasse und Erteilung der Durchführungsbewilligung für die Zeit ab 1. Januar 2003 neu verfüge.

1. – Da den beiden Verwaltungsgerichtsbeschwerden im Wesentlichen derselbe Sachverhalt zu Grunde liegt, sich die gleichen Rechtsfragen stellen und die angefochtenen Verfügungen der nämlichen Vorinstanz materiell in Dispositiv und Begründung gleich lauten, sind antragsgemäss die Verfahren zu vereinigen und die beiden Streite in einem einzigen Urteil zu erledigen (vgl. BGE 123 V 215 Erw. 1, 120 V 466 Erw. 1 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 127 V 33 Erw. 1, 157 Erw. 1, 126 V 285 Erw. 1; *Poudret*, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Bd. 1, S. 343 f.).

2. – Die Verfügungen des Departements vom 28. Dezember 2001 betreffen die Nichtanerkennung als Krankenkasse (Art. 11 lit. a in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 KVG) sowie die Verweigerung der Bewilligung für die Durchführung der sozialen Krankenversicherung (Art. 13 Abs. 1 KVG). Solche Entscheide sind mangels einer anders lautenden Bestimmung im Krankenversicherungsgesetz mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 128 OG in Verbindung mit Art. 98 lit. b OG beim Eidgenössischen Versicherungsgericht anfechtbar (vgl. Art. 44, Art. 46 lit. a und Art. 74 lit. a VwVG). Ein Unzulässigkeitsgrund nach Art. 129 OG liegt nicht vor. Somit ist Eintreten gegeben (RKUV 1999 Nr. KV 73 S. 262 Erw. 1 sowie nicht veröffentlichtes Urteil Fonds A. vom 16. Juli 1998 [K 107/97]).

3. – Da es beim Streit um die Anerkennung als Krankenkasse und die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung nicht um Versicherungsleistungen im Sinne von Art. 132 OG geht, ist die Überprüfungsbefugnis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts auf die Rüge der Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens eingeschränkt (Art. 104 lit. a OG; eine Prüfung der

Angemessenheit der angefochtenen Verfügungen findet nicht statt (Art. 104 lit. c Ziff. 3 OG). Weil das Departement keine richterliche Behörde im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG ist, besteht in tatsächlicher Hinsicht keine Bindung an die vorinstanzliche Feststellung des Sachverhaltes (BGE 125 V 85 Erw. 3b¹; vgl. auch BGE 108 V 133 Erw. 1 in fine).

4. – a) Gemäss Art. 12 Abs. 1 KVG setzt die Anerkennung einer juristischen Person als Krankenkasse u. a. voraus, dass sie keinen Erwerbszweck verfolgt und hauptsächlich die soziale Krankenversicherung betreibt. Für die Bewilligung der Durchführung der sozialen Krankenversicherung ist laut Art. 13 Abs. 1 KVG erforderlich, dass der Versicherer (anerkannte Krankenkasse oder private Versicherungseinrichtung, die dem Versicherungsaufsichtsgesetz [VAG] untersteht [Art. 11 lit. a und b KVG]) die Anforderungen des Gesetzes erfüllt. Nach Art. 13 Abs. 2 KVG müssen die Versicherer insbesondere:

- a. die soziale Krankenversicherung nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit durchführen und die Gleichbehandlung der Versicherten gewährleisten; sie dürfen die Mittel der sozialen Krankenversicherung nur zu deren Zwecken verwenden;
- b. über eine Organisation und eine Geschäftsführung verfügen, welche die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften gewährleisten;
- c. jederzeit in der Lage sein, ihren finanziellen Verpflichtungen nachzukommen;
- d. auch die Einzeltaggeldversicherung nach diesem Gesetz durchführen;
- e. einen Sitz in der Schweiz haben.

b) Der Bundesrat hat gestützt auf die ihm in Art. 96 KVG eingeräumte Gesetzesvollzugskompetenz in den Art. 12 und 15 Abs. 1 KVV Ausführungsbestimmungen zu den Voraussetzungen der Anerkennung als Krankenkasse sowie der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung erlassen. In Art. 12 KVV werden die Rechtsformen genannt, in welchen Krankenkassen gemäss Art. 12 KVG organisiert sein müssen (Abs. 1); im Weiteren werden die Unterlagen aufgezählt, die dem Gesuch um Anerkennung als Krankenkasse beizulegen sind und worüber sie Auskunft zu geben haben (Abs. 2 lit. a–e). Diese Angaben u. a. zu den Prämientarifen, zum Budget sowie zu den Reserven und Rückstellungen in beiden Zweigen der sozialen Krankenversicherung (obligatorische Krankenpflegeversicherung und freiwillige Taggeldversicherung [Art. 1 Abs. 1

¹ siehe Nr. KV 73 (1999) dieser Sammlung

KVG]) sind gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. a KVV auch für die Erteilung der Durchführungsbewilligung massgebend. Art. 12 Abs. 3 KVV schliesslich nennt die minimale Reserve, welche eine um Anerkennung als Krankenkasse nachsuchende juristische Person aufweisen muss, und deren Berechnung.

c) Es ist unbestritten, dass die in den angefochtenen Verfügungen als formell bezeichneten Zulassungsbedingungen gemäss Art. 12 Abs. 1 bis 3 KVV im Entscheidzeitpunkt erfüllt waren. Hingegen erachtete das Departement die administrative, finanzielle und auch personelle Abhängigkeit von Gesellschaften der Helsana-Gruppe, namentlich der Helsana Versicherungen AG sowie der Helsana Zusatzversicherungen AG, als mit dem Gesetz unvereinbar. Eine Anerkennung würde zu einem Transfer «guter Risiken» (jüngere, männliche Versicherte) von der bereits als Krankenkasse anerkannten Helsana Versicherungen AG zu den Gesuchstellerinnen führen, indem ein finanziell interessantes Versicherungspaket, bestehend aus Zusatzversicherungen der Helsana Versicherungen AG und einer bei den neuen und zum selben Konzern gehörenden Krankenkassen günstigeren «Grundversicherung», angeboten werden könnte. In einem ähnlich gelagerten Fall (K 17/02²) hat das Departement weiter argumentiert, solche bedeutend günstigere Gesamtpakete mit Grund- und Zusatzversicherungen sollten verhindern, dass grössere Versichertenkollektive von der bestehenden Krankenkasse an einen Versicherer ausserhalb des Konzerns verloren gehen. Die Konzernstruktur begünstige somit die Möglichkeit der Risiko-selektion, und es sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass eine solche auch stattfinde, was für die Nichtanerkennung genüge.

5. – a) aa) Die Beschwerdeführerinnen rügen in formeller Hinsicht eine mehrfache Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Sie hätten nicht mit den in den angefochtenen Verfügungen genannten Gründen für die Nichtanerkennung als Krankenkasse sowie die Verweigerung der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung rechnen müssen. Das instruierende Bundesamt habe zu keiner Zeit kundgetan, dass es die Konzernstrukturen, in welche sie eingebettet seien, als unzulässig ansehen werde. Ebenso hätten sie nicht wissen können und müssen, dass das Departement seine Entscheide auf Äusserungen in der Presse abstützen und die betreffenden Artikel zu den Akten legen werde, aus welchen zudem der unzutreffende Schluss gezogen werde, sie wollten mit ihrem Gesuch aufsichtsrechtliche Massnahmen gegen die «Billig-Tochterkassen» provozieren oder sich den gleichen, gegen das Krankenversicherungsgesetz verstossen-

² zur BGE-Publikation vorgesehen; siehe Nr. KV 226 (2002) dieser Sammlung

den Vorteil verschaffen. Indem das Bundesamt weder die als massgeblich erachteten Akten noch die in Betracht gezogenen Rechtsgründe für die Gesuchsablehnung vor der Entscheidung des Departementes mitgeteilt und zur Stellungnahme unterbreitet habe, sei ihr Gehörsanspruch verletzt worden. Ebenfalls hätten sie sich nicht vorgängig zum Rechtsgutachten des Prof. Dr. P. vom 25. September 2001 äussern können. Aus dieser Expertise werde in den angefochtenen Verfügungen zum Teil wörtlich zitiert. Dies betreffe vorab die – völlig aus dem Zusammenhang gerissene – Formulierung, die um die Anerkennung als Krankenkasse und die Bewilligung für die Durchführung der sozialen Krankenversicherung nachsuchenden Gesellschaften benützten diesen Versicherungszweig bloss als Sprungbrett für die Zusatzversicherungen.

bb) Das Departement weist den Vorwurf der Gehörsverletzung von sich. In grundsätzlicher Hinsicht gelte es zu beachten, dass in Gesuchsverfahren eine eigentliche Vorverlagerung des rechtlichen Gehörs auf das Anfangsstadium stattfinde in dem Sinne, dass mit Einreichung des Gesuchs und der Obliegenheit, dieses zu begründen, der Anspruch in der Regel bereits erfüllt sei. Im konkreten Fall der Beschwerdeführerinnen, im Besonderen sodann habe am 6. Juli 2001 eine Sitzung mit Vororientierung und Anhörung stattgefunden. Dabei sei schon damals unmissverständlich auf die Grundproblematik (Unabhängigkeit vom Helsana-Konzern, namentlich von der Helsana Versicherungen AG, sowie Gefahr der Risikoselektion) aufmerksam gemacht worden. Im Rahmen der daran anschliessenden Korrespondenz seien sodann die offenen Punkte näher erörtert worden. Es hätten somit genügend Kontakte vor der Ablehnung des Gesuches bestanden. Was den Ablauf des Verfahrens in zeitlicher Hinsicht anbelange, habe das Bundesamt beabsichtigt, bis Ende November 2001 dem Departement Antrag zu stellen. Nach Zustellung der mit Schreiben vom 3. Oktober 2001 eingeforderten weiteren Unterlagen Mitte Oktober 2001 habe das BSV festgestellt, dass die vorgesehenen Strukturen der um die Anerkennung als Krankenkasse sowie die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung nachsuchenden Aktiengesellschaften sich kaum innert nützlicher Frist – nach noch festzulegenden Vorgaben – hätten entflechten lassen, zumal dies insbesondere Auswirkungen auf die Gründungsdokumente mit allen formellen und finanziellen Folgen gehabt hätte. Da aufgrund von Art. 12 Abs. 2 KVV bis Ende Jahr habe entschieden werden müssen, habe das Departement im Dezember 2001 direkt die Verfügung erlassen.

b) aa) Gemäss Art. 29 des im Streit um die Anerkennung als Krankenkasse und die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenver-

sicherung (Art. 11 lit. a in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 KVG, Art. 13 Abs. 1 und 2 KVG sowie Art. 12 ff. KVV) vor dem EDI anwendbaren (Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a) Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das Departement hört die Parteien an, bevor es eine Verfügung mit Begründung erlässt (Art. 30 Abs. 1 und Art. 35 Abs. 1 VwVG). Diese Regelung stellt eine Konkretisierung des in Art. 29 Abs. 2 BV verankerten verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör dar (BGE 124 V 181 Erw. 1b; *Kölz/Häner*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., S. 107 Rz 293 f.; ferner BGE 121 V 153 Erw. 4c).

bb) Nach der zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangenen, auch unter der Herrschaft des Art. 29 Abs. 2 BV massgebenden Rechtsprechung (BGE 126 V 130 f. Erw. 2a) besteht Anspruch auf vorgängige Anhörung, 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 im konkreten Fall sie nicht rechnen konnten (BGE 126 I 22 Erw. 2c/aa, 125 V 370 Erw. 4a, 124 I 52 Erw. 3c, 123 I 69, 116 V 185 Erw. 1a, je mit Hinweisen). Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet sodann, dass die Behörde die Parteien über neue, dem Dossier beigefügte Beweismittel informiert, welche für die Entscheidungsfindung massgebend sind (BGE 124 II 137 Erw. 2b, 114 Ia 100 Erw. 2c). Unter Umständen kann es allerdings genügen, wenn sie die Akten zur Verfügung der Parteien bereit hält (BGE 112 Ia 202 Erw. 2a; ZAK 1991 S. 99 Erw. 4a).

cc) Mit Bezug auf Rechtsgutachten im Besonderen besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts im nicht streitigen Verwaltungsverfahren mit lediglich einer Partei grundsätzlich kein Anspruch darauf, zu einer Expertise, welche sich auf die blosser Beantwortung von Rechtsfragen beschränkt, vor Erlass der Verfügung oder des Entscheides Stellung zu nehmen. Soweit die rechtlichen Erörterungen im Gutachten in die Begründung des Erkenntnisses Eingang gefunden haben, sei mit der Möglichkeit, diese Rechtsanwendung im Rechtsmittelverfahren überprüfen zu lassen, der Gehörsanspruch gewahrt (Urteil vom 10. Dezember 1984 in Sachen Personalfürsorgefonds der X. AG, auszugsweise wiedergegeben in SZS 1985 S. 194 ff.; kritisch *Riemer*, Rechtsfragen um Rechtsgutachten, in: recht 4/2001 S. 148 ff., S. 152). In diesem Zusammenhang gilt es in grundsätzlicher Hinsicht zu beachten, dass je nach abstrakter rechtlicher Sichtweise der konkrete ent-

scheidwesentliche Sachverhalt in einem andern Licht erscheint. Das kann unter Umständen nach weiteren Abklärungen tatsächlicher Natur rufen. Diesem Gesichtspunkt ist insbesondere dort erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken, wo die Partei eine verstärkte Mitwirkungspflicht bei der Sachverhaltsermittlung trifft, was regelmässig in Anerkennungs-, Zulassungs- und Bewilligungsverfahren der Fall ist. Hier kommt der Anspruch auf rechtliches Gehör in Form eines verstärkten Mitwirkungsrechts bei der Abklärung der rechtserheblichen Tatsachen zum Ausdruck (vgl. zum Ganzen *Michele Albertini*, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000 [Abhandlungen zum schweizerischen Recht Heft 637], S. 261 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung, insbesondere BGE 111 Ia 104 Erw. 2b; vgl. auch BGE 124 I 49 [Rechtsgutachten als Beweismittel für eine Rechtstatsache]).

Wie es sich mit dem Gehörsanspruch in Bezug auf von der entscheidenden Behörde eingeholte Rechtsgutachten im streitigen Verwaltungsverfahren mit mindestens zwei Parteien grundsätzlich verhält, ist unklar, kann vorliegend indessen letztlich offen bleiben. Immerhin ist hier der Anspruch auf vorgängige Stellungnahme zur Expertise in der Regel wohl zu bejahen, wenn und soweit über die Behandlung reiner Rechtsfragen hinaus der Experte sich auch zur Rechtsanwendung im konkreten hängigen Fall äussert oder seine Ausführungen Anlass für die Behörde bilden, ihren Entscheid auf ein anderes rechtliches oder tatsächliches Fundament zu stützen, als von den Parteien erwartet werden durfte (vgl. Erw. 5b/bb und *Albertini* a. a. O. S. 270 unten).

dd) In Bezug auf das in Art. 30 Abs. 1 VwVG statuierte Anhörungsrecht vor Erlass der Verfügung ist sodann der Grundsatz zu beachten, dass je offener und unbestimmter die den Verwaltungsakt tragenden materiellen Rechtsnormen sind, desto stärker die verfahrensrechtlichen Garantien als Schutz vor unrichtiger Rechtsanwendung auszubauen sind. Die verfassungskonforme Gewährung des rechtlichen Gehörs erfordert daher unter Umständen, dass die Behörde, bevor sie in Anwendung einer unbestimmt gehaltenen Norm oder in Ausübung eines besonders grossen Ermessensspielraums einen Entscheid von grosser Tragweite für die Betroffenen fällt, diese über ihre Rechtsauffassung orientiert und ihnen Gelegenheit bietet, dazu Stellung zu nehmen (BGE 127 V 434 f. Erw. 2b/cc³ mit Hinweisen auf die Lehre, 109 Ia 284 Erw. 4d; zur Bestimmtheit der angewendeten Rechtsätze vgl. BGE 123 I 5 f. Erw. 4b).

ee) Schliesslich ist auf Art. 30 Abs. 2 lit. e VwVG hinzuweisen. Nach dieser Ausnahmeregelung zu Art. 30 Abs. 1 VwVG braucht eine Partei nicht

³ siehe Nr. KV 200 (2000) dieser Sammlung

vorgängig angehört zu werden vor Verfügungen in einem erstinstanzlichen Verfahren, wenn Gefahr im Verzug ist, den Parteien die Beschwerde gegen die Verfügung zusteht und ihnen keine andere Bestimmung des Bundesrechts einen Anspruch auf vorgängige Anhörung gewährleistet. Dieser Tatbestand setzt neben dem Gefahrenmoment kumulativ voraus, dass gegen die Verfügung ein verwaltungsinterner Beschwerdeweg mit voller Überprüfungsbefugnis offen steht; die Verwaltungsgerichtsbeschwerde genügt für den Verzicht auf eine Anhörung grundsätzlich nicht (BGE 126 II 122 f. Erw. 6b/aa).

c) aa) Im Lichte des Vorstehenden ergibt sich für den vorliegenden Fall Folgendes: Aufgrund der Akten trifft zu, dass die Beschwerdeführerinnen von Anfang an wussten oder zumindest wissen konnten, dass das Bundesamt die Anerkennung als Krankenkasse und die Erteilung der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Unabhängigkeit von ebenfalls zum Helsana-Konzern gehörenden Gesellschaften sowie der damit verbundenen Gefahr der Risikoselektion als problematisch erachtete. Insoweit als das Departement mit dieser Begründung, ob zu Recht oder nicht, die Gesuche abgelehnt hat, kann nicht von einer Gehörsverletzung gesprochen werden.

bb) Anders verhält es sich in Bezug auf die vom EDI zur Rechtfertigung des Verzichts auf eine vorgängige formelle Anhörung hauptsächlich ins Feld geführte zeitliche Dringlichkeit der Verfügungen. Nach Lage der Akten war das eigentliche Instruktionsverfahren zur Beschaffung der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen, worauf die angefochtenen Verfügungen beruhen, mit der Einreichung weiterer vom Bundesamt geforderter Dokumente Mitte Oktober 2001 grundsätzlich abgeschlossen. Das bei Prof. Dr. P. in Auftrag gegebene Rechtsgutachten war bereits am 25. September 2001 erstattet worden. Es ist daher unter zeitlichem Gesichtswinkel kein genügender Grund ersichtlich, weshalb das Bundesamt entgegen seiner Ankündigung im Schreiben vom 14. September 2001 die Beschwerdeführerinnen nicht vorgängig darüber orientierte, in welchem Sinne es Antrag an das Departement stellen werde, und ihnen – nach Kenntnissgabe der Expertise – keine Gelegenheit zur Ergänzung der Gesuchsunterlagen gab. Wenn und soweit die rechtlichen Entscheidungsgrundlagen eine zuverlässige Beurteilung der Gesuche in dem Sinne nicht erlaubten, dass auf Verordnungsstufe oder der Ebene von Verwaltungsverordnungen oder Weisungen noch keine im Einzelfall anwendbaren, die gesetzlichen Anerkennungs- und Durchführungsbewilligungsvoraussetzungen konkretisierenden Kriterien ausformuliert waren, stellt dies keinen rechtlich anerkannten Tatbestand dar, um von der vorgängigen Anhörung der Gesuchstellerinnen abzusehen. Ein sol-

cher Sachverhalt wird insbesondere nicht von Art. 30 Abs. 2 lit. e VwVG gedeckt.

c) Was sodann die Rüge anbetrifft, das Rechtsgutachten vom 25. September 2001 sei den Gesuchstellerinnen nicht vorgängig der Verfügungen zur Stellungnahme unterbreitet worden, ist zu beachten, dass die Anerkennungs- und Durchführungsbewilligungsordnung (Art. 11 ff. KVG, Art. 12 ff. KVV; Erw. 4a und b) in materieller Hinsicht einen relativ hohen Unbestimmtheitsgrad aufweist. In diesem Zusammenhang wird namentlich im Gutachten unter Hinweis auf den Wortlaut («insbesondere») zu Recht festgehalten, dass die Aufzählung in Art. 13 Abs. 2 KVG nicht abschliessend ist. Vielmehr setzt die Erteilung der Durchführungsbewilligung voraus, dass der Versicherer laut Art. 13 Abs. 1 KVG die «Anforderungen dieses Gesetzes» erfüllt, worunter grundsätzlich alle an ihn gerichteten Vorschriften zu verstehen sind. Umgekehrt entzieht das Departement einem Versicherer die Bewilligung, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind (Art. 13 Abs. 3 erster Satz KVG). In Bezug auf die Organisation und die Geschäftsführung (Art. 13 Abs. 2 lit. b KVG) im Besonderen, welche vorliegend nach Auffassung des Departementes wegen der administrativen, finanziellen und personellen Abhängigkeit der Beschwerdeführerinnen von zum gleichen Konzern gehörenden Versicherungsgesellschaften die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften, u. a. Gefahr unzulässiger Risikoselektion, nicht gewährleisten, räumen Gesetz und Verordnung den Versicherern einen grossen Gestaltungsspielraum ein. Das vom Bundesamt eingeholte Rechtsgutachten vom 25. September 2001 sollte offensichtlich die Grundlagen für die Formulierung von Kriterien liefern, welche die gesetzlichen Anerkennungs- und Durchführungsbewilligungsvoraussetzungen konkretisieren (vgl. nachstehende Erw. 6). Den Beschwerdeführerinnen hätte daher Gelegenheit gegeben werden müssen, vor der Verfügung zum Rechtsgutachten Stellung zu nehmen und in Kenntnis der von Bundesamt und Departement daraus entnommenen Grundsätze, welchen eine anerkannte Krankenkasse insbesondere in organisatorischer Hinsicht zu genügen hat, allenfalls mit weiteren tatsächlichen und rechtlichen Vorbringen gehört zu werden.

d) Eine Heilung der dargelegten Gehörsverletzungen im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren fällt zumal mit Blick auf die angesichts der Offenheit der Anerkennungs- und Durchführungsbewilligungsordnung gemäss Art. 11 ff. KVG umso grössere Bedeutung des Rechtsgutachtens vom 25. September 2001 (Erw. 5b/dd) und die erhebliche Tragweite eines negativen Entscheides für die Beschwerdeführerinnen grundsätzlich ausser Betracht. Von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Wahrung

des Gehörsanspruchs und neuer Entscheidung ist aus nachfolgenden Gründen indessen abzusehen.

6. – Materiellrechtlich stellt sich vorab die Frage, inwiefern die Grundsätze, welchen gemäss Rechtsgutachten vom 25. September 2001 und auch nach Auffassung des Departementes eine bundesrechtlich anerkannte Krankenkasse in organisatorischer Hinsicht genügen muss, eine Konkretisierung gesetzlicher Anforderungen im Sinne von Art. 13 Abs. 1 KVG darstellen und, soweit dies zutrifft, vorliegend zur Nichtanerkennung als Krankenkasse und Verweigerung der Durchführungsbewilligung führen. Bei den erwähnten Regeln handelt es sich um die folgenden:

- Verbot der Weiterdelegation der Aufgabe der sozialen Krankenversicherung auf Dritte ohne Kontrollmöglichkeiten;
- Beachtung des Grundsatzes der Vermeidung von Interessenkollisionen im Führungs- und Geschäftsleitungsbereich;
- Gewährleistung der grundsätzlichen Ziele des Krankenversicherungsgesetzes (Solidaritätsprinzip, Gleichbehandlungsprinzip, Gegenseitigkeitsprinzip, Zweckbindung der Mittel usw.);
- keine unzulässige Vermischung mit anderen Versicherungsaufgaben, zumindest soweit dadurch der Hauptzweck des Betriebes (soziale Krankenversicherung) gefährdet würde;
- Verpflichtung zur wirtschaftlichen Geschäftsführung.

a) Zwei der erwähnten Regeln, nämlich die «Gewährleistung der grundsätzlichen Ziele des Krankenversicherungsgesetzes (Solidaritätsprinzip, Gleichbehandlungsprinzip, Gegenseitigkeitsprinzip, Zweckbindung der Mittel usw.)» und die «Verpflichtung zur wirtschaftlichen Geschäftsführung» wiederholen praktisch wortwörtlich, was schon das Gesetz in Art. 13 Abs. 2 lit. a und Art. 22 Abs. 1 KVG sagt. Daraus lässt sich für die Anwendung im Einzelfall nichts entscheidend Neues gewinnen. Nicht näher einzugehen braucht sodann auf den Grundsatz: «Keine unzulässige Vermischung mit anderen Versicherungsaufgaben, zumindest soweit dadurch der Hauptzweck des Betriebes (soziale Krankenversicherung) gefährdet würde.» Aufgrund der Akten steht fest und ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerinnen einzig die soziale Krankenversicherung durchführen und keine Zusatzversicherungen im Sinne von Art. 12 Abs. 2 KVG anbieten wollen.

b) Was das «Verbot der Weiterdelegation der Aufgabe der sozialen Krankenversicherung auf Dritte ohne Kontrollmöglichkeiten» anbelangt, ist zu

beachten, dass die juristische Person, welche um Anerkennung als Krankenkasse sowie um Bewilligung für die Durchführung der sozialen Krankenversicherung nachsucht, selber die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen muss und bei einer Zulassung, allenfalls unter Auflagen, der aufsichtsrechtlichen Kontrolle durch das Bundesamt unterliegt. Im Weiteren lässt sogar das Gesetz insofern eine solche Delegation zu, als die Versicherer Leistungen, die sie nach diesem Gesetz ausrichten, vertraglich rückversichern lassen können (Art. 14 Abs. 1 KVG). Dabei kommen als Rückversicherer auch anerkannte Krankenkassen mit einem vom Bundesrat in Art. 16 Abs. 1 lit. b KVV festgesetzten Mindestbestand an Versicherten in Betracht (Art. 12 Abs. 4 KVG). Die Rückversicherer bedürfen ebenfalls einer Bewilligung des Departements, wobei für deren Erteilung Art. 13 KVG sinngemäss gilt (Art. 14 Abs. 2 KVG). Und nach Art. 16 Abs. 3 KVV sind die Bestimmungen über die Versicherer sinngemäss auf die Rückversicherer anwendbar, soweit sie diese betreffen. Stehen somit die um Anerkennung als Krankenkasse nachsuchende juristische Person und der delegierte Dritte in einem gesetzlichen Rückversicherungsverhältnis, kann klarerweise nicht von einer fehlenden Kontrollmöglichkeit gesprochen werden. So verhält es sich hier, indem die Beschwerdeführerinnen mit der Helsana Versicherungen AG einen Rückversicherungsvertrag abgeschlossen haben und diese ihrerseits beim Departement um die erforderlichen Bewilligungen nachgesucht hat. In diesem Zusammenhang ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass entgegen den angefochtenen Verfügungen weder die Reserven noch das Aktienkapital der am Recht stehenden Gesellschaften von der Helsana Versicherungen AG finanziert wurden. Ein solche Beteiligung zwischen (anerkannten) Krankenkassen widerspräche offensichtlich dem Grundsatz der Gegenseitigkeit sowie dem Verbot der Zweckentfremdung der Mittel (Art. 13 Abs. 2 lit. a KVG). Aufgrund der Akten und der unwidersprochen gebliebenen Darlegungen in den Verwaltungsgerichtsbeschwerden stammen die betreffenden Mittel von der Helsana Zusatzversicherungen AG, welche gemäss statutarischem Zweck nicht im Bereich der sozialen Krankenversicherung tätig ist, sondern einzig private Versicherungen anbietet.

c) Dem Grundsatz der «Vermeidung von Interessenkollisionen im Führungs- und Geschäftsleitungsbereich» schliesslich soll gemäss angefochtenen Verfügungen offenbar der Umstand widersprechen, dass die Verwaltungsräte der Beschwerdeführerinnen gleichzeitig Mitglieder der Helsana-Konzernleitung sind und überdies Einsitz im Verwaltungsrat u. a. der Helsana (Holding), der Helsana Versicherungen AG sowie der Helsana Zusatzversicherungen AG haben. Inwiefern indessen aufgrund dieser perso-

nellen «Verflechtungen» die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften nicht gewährleistet sei, worauf es bei der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung letztlich ankommt (Art. 13 Abs. 2 lit. b KVG), ist nicht ersichtlich und bisher vom Departement auch nicht dargetan worden. Abgesehen davon kann nicht gesagt werden, die Interessen der erwähnten Gesellschaften einerseits und der Beschwerdeführerinnen andererseits stünden zueinander in einem Gegensatz. Bei einer allfälligen Anerkennung als Krankenkassen befänden sich im Übrigen die Beschwerdeführerinnen in einem Konkurrenzverhältnis mit der Helsana Versicherungen AG als bereits anerkannter Krankenkasse, welches trotz Zugehörigkeit zum selben Konzern grundsätzlich kein anderes ist als zwischen irgend zwei von der Grösse und Risikostruktur her vergleichbaren Versicherern. Wenn und soweit eine Zusammenarbeit im Bereich Organisation und Geschäftsführung zwecks Nutzung von Synergien stattfindet, ist dagegen solange nichts einzuwenden, als jede Krankenkasse für sich allein die Anforderungen dieses Gesetzes erfüllt, insbesondere über eine Organisation und eine Geschäftsführung verfügt, welche die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften gewährleisten (Art. 13 Abs. 2 lit. b KVG). Gemäss der Botschaft vom 6. November 1991 über die Revision der Krankenversicherung (BBl 1992 I 93 ff.) ist u. a. die Verwaltung der Anzahl der Versicherten und dem Tätigkeitsgebiet anzupassen und sollten «die Verantwortlichen die zur Durchführung einer Sozialversicherung nötigen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzen» (BBl a. a. O. S. 146 f.). Vorbehalten bleiben allenfalls kartellrechtlich unzulässige Monopolkonstellationen (vgl. Amtl. Bull. 1993 N 1738 f. [Segmüller und Philipona, Berichterstatter], 1743 [Heberlein], 1747 [Gonseth] und 1753 [Jäggi]).

d) aa) Nach dem Vorstehenden lassen sich aus den vom Departement herangezogenen Grundsätzen gemäss Rechtsgutachten vom 25. September 2001 somit direkt keine Argumente ableiten, welche gegen die Anerkennung der Beschwerdeführerinnen als Krankenkassen sowie die Verweigerung der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung sprächen. Insbesondere bildet die Zugehörigkeit zum gleichen Konzern wie die bereits als Krankenkasse anerkannte und im Bereich der sozialen Krankenversicherung tätige Helsana Versicherungen AG sowie die im Privatversicherungsbereich operierende Helsana Zusatzversicherungen AG für sich allein genommen keinen Ablehnungsgrund. Die gegenteilige Auffassung liesse sich auch schwerlich mit der Rechtstatsache in Einklang bringen, dass im Unterschied zum alten Recht der Bereich der sozialen Krankenversicherung neu ebenfalls den privaten Versicherungseinrichtungen, die dem Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) unterstehen, zugänglich ist (Art. 11

lit. b KVG; vgl. BBl 1992 I 120 und 145 sowie Amtl. Bull. 1992 S 1279 [Coutau] und 1284 [Schoch, Präsident der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates, SGK-S]; Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR]/Soziale Sicherheit, S. 25 f. Rz 47). Dabei besteht kein Numerus clausus der Versicherer, auch nicht in Form des Erfordernisses eines Bedürfnisnachweises. In dieser in Bezug auf die Durchführungsorgane liberaleren Zulassungsordnung kommt der gesetzgeberische Wille zum Ausdruck, einerseits die Konkurrenz zu verstärken und andererseits bestehendes Know-how im privaten Versicherungsbereich für die Belange der sozialen Krankenversicherung dienstbar zu machen (vgl. Amtl. Bull. 1992 S 1274 [Seiler] und 1287 [Huber, Berichterstatter]; ferner Protokoll der Sitzung der SGK-S vom 29./30. Juni 1992). In diesem Kontext ist die Ausdehnung der Rechtsformen, in welchen sich die Krankenkassen zu organisieren haben, auf die im Entwurf des Bundesrates nicht vorgesehene Aktiengesellschaft mit andern als wirtschaftlichen Zwecken (Art. 620 Abs. 3 OR) zu sehen (vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. a KVV; BBl 1992 I 145 und 259; Protokoll der Sitzung der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates [SGK-N] vom 25./26. Januar 1993). Folgerichtig gilt für alle Versicherer gemäss Art. 11 KVG als solche und auch in ihrem Verhältnis untereinander das Verbot der Zweckentfremdung der Mittel der sozialen Krankenversicherung nach Art. 13 Abs. 2 lit. a KVG (vgl. BBl 1992 I 133; ferner Eugster a. a. O. S. 28 Fn 103).

bb) Dass Krankenkassen laut Art. 12 Abs. 1 KVG im Unterschied zu den privaten Versicherungseinrichtungen auch im Bereich der Zusatzversicherungen gemäss Art. 12 Abs. 2 KVG keinen Erwerbzweck verfolgen dürfen (BBl 1992 I 145; Amtl. Bull. 1992 S 1288 [Huber, Berichterstatter]; Eugster a. a. O. S. 30 Rz 58), ist in diesem Zusammenhang insofern nicht von Belang, als zwischen den im Bereich der sozialen Krankenversicherung tätigen Versicherern möglichst gleich lange (Wettbewerbs-)Spiesse gelten sollen (Protokoll der Sitzung der SGK-S vom 29./30. Juni 1992). Andererseits wollte der Gesetzgeber nicht so weit gehen und den Transfer von Mitteln, insbesondere in Form einer Beteiligung, von privaten Versicherungseinrichtungen, die nicht im Bereich der sozialen Krankenversicherung tätig sind, zu Krankenkassen verbieten. Dieser Schluss ergibt sich abgesehen vom Fehlen einer entsprechenden gesetzlichen Regelung daraus, dass in der SGK-S bei der Erörterung der Frage, ob auch die SUVA zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung zuzulassen sei, u. a. darauf hingewiesen wurde, dass nach der Praxis seit jeher die Möglichkeit für Privatversicherer bestanden habe, sich an einer Krankenkasse zu beteiligen oder (Tochter-)Gesellschaften zu gründen, welche sich dem Status der

Krankenversicherung unterstellen (Protokoll der Sitzung vom 4. bis 6. November 1992). In gleichem Sinne äussert sich auch das Departement in der Vernehmlassung. Danach ist die Ausgliederung der Zusatzversicherung in eine private Versicherungsgesellschaft unter Beibehaltung eines engen Kontaktes mit der Krankenkasse bisher von den zuständigen Aufsichtsbehörden (Bundesamt für Sozialversicherung [BSV] und Bundesamt für Privatversicherungen [BPV]) ausdrücklich gebilligt worden. Soweit in solchen Fällen die in den angefochtenen Verfügungen mit Bezug auf die Beschwerdeführerinnen sinngemäss bejahte Gefahr besteht, dass nach der Einschränkung des Tätigkeitsfeldes auf die soziale Krankenversicherung eine Krankenkasse lediglich «Sprungbrett in den Zusatzversicherungsbe- reich» zugunsten einer privaten Versicherungseinrichtung sein könnte, genügt dies daher nicht, um die Anerkennung abzulehnen und die Durch- führungsbewilligung zu verweigern. Dies muss umso mehr gelten, als dem Gesetzgeber durchaus bewusst war, dass Versicherer versucht sein könn- ten, mit kombinierten Angeboten von «Grundversicherung» und Zusatz- versicherungen Personen mit (privat- und kranken-)versicherungsrechtlich günstiger Risikostruktur zu gewinnen oder umgekehrt «schlechte Risiken» von einem Beitritt abzuhalten (Amtl. Bull. 1992 S 1340 [Plattner], 1993 N 1909 [Rychen] sowie 1994 N 39 [Hafner]; vgl. auch nachstehend Erw. 7). Im Übrigen kann ganz allgemein eine bloss abstrakte (vermutete) Gefährdung der Ziele oder eine theoretisch denkbare Unvereinbarkeit mit Vorschriften des Krankenversicherungsgesetzes nicht diese für die betreffende juristi- sche Person einschneidende Rechtsfolge zeitigen. Dies muss umso mehr gelten, als es sich beim Anerkennungs- und Durchföhrungsbewilligungs- verfahren nicht um eine repressive, am tatsächlichen Verhalten des Ge- suchstellers oder der Gesuchstellerin gemessene verwaltungsrechtliche Massnahme handelt.

7. – Aus grundsätzlichen Erwägungen, und weil vorliegend entscheidwe- sentlich, ist nachfolgend auf das schon in den angefochtenen Verfügungen sinngemäss enthaltene Argument in der Vernehmlassung des Departements näher einzugehen, eine konzernmässige Verbindung mehrerer Versi- cherer im Sinne von Art. 11 KVG und allenfalls privater Versicherungsein- richtungen, die nicht im Bereich der sozialen Krankenversicherung tätig sind, erleichtere offensichtlich die Risikoselektion durch zielgerichtete Ri- sikoverteilung im Rahmen des Konglomerates. Dabei ist unter Risikoselek- tion in diesem Zusammenhang das gezielte Anwerben von so genannten «guten Risiken» zu verstehen, namentlich jüngere, männliche Versicherte, welche vergleichsweise geringe Krankheitskosten verursachen (vgl. *Stefan Spycher*, Risikoausgleich in der Krankenversicherung: Notwendigkeit, Aus-

gestaltung und Wirkungen, Diss. Basel 2001, S. 133 sowie S. 140 ff. zu den verschiedenen Risikoselektionsstrategien; ferner BGE 125 V 80, insbesondere 90 f. Erw. 5c/bb⁴, zum umgekehrten Tatbestand des Abstossens «schlechter» Risiken, u. a. ältere und weibliche Versicherte). Wann ein Versicherer unzulässige Risikoselektion betreibt, hat das Gesetz zu sagen.

a) aa) Aus krankensicherungsrechtlicher Sicht unerwünschte Risikoselektion war schon unter altem Recht ein brennendes Thema. Es führte zur Schaffung des Risikoausgleichs mit Bundesbeschluss vom 13. Dezember 1991 über befristete Massnahmen gegen die Entsolidarisierung in der Krankenversicherung. In der dazugehörigen Botschaft vom 6. November 1991 (BBl 1991 IV 917 ff.) wird dazu u. a. Folgendes ausgeführt: «Das heutige System begünstigt neue Krankenkassen, weil diese in erster Linie junge und gesunde Versicherte anwerben und damit sehr günstige Prämien offerieren können. Gleichzeitig verlieren dadurch die «alten» Krankenkassen die Substanz an jungen, das heisst kostengünstigen Versicherten. Die Leidtragenden sind die älteren und kranken Versicherten, die nach heutigem Recht die Krankenkasse praktisch nicht mehr wechseln können. In letzter Zeit haben sich die Anzeichen vermehrt, dass die Krankenkassen selber dazu übergehen möchten, neue «Billigkassen» zu gründen und diese durch ein «Mutter-Tochter-Verhältnis» an sich zu binden. Dies würde längerfristig den Ruin der Krankenversicherung in der heutigen Form bedeuten» (BBl a. a. O. S. 920; vgl. auch Amtl. Bull. 1991 S 1003 [*Simmen*]; ferner BGE 122 V 406 Erw. 2b⁵, 120 V 461 Erw. 4b⁶; vgl. auch Spycher a. a. O. S. 13 und 111). Art. 1 Abs. 1 des Bundesbeschlusses ordnete daher an, dass Krankenkassen, denen im Vergleich zum Durchschnitt aller Krankenkassen als Mitglieder weniger Frauen und ältere Personen angehören, zugunsten von Kassen mit überdurchschnittlich vielen Frauen und älteren Personen Abgaben zu entrichten haben, welche die durchschnittlichen Kostenunterschiede zwischen den massgebenden Risikogruppen in vollem Umfang ausgleichen. Im Weiteren sah Art. 3 des Bundesbeschlusses vor, dass keine neuen Krankenkassen anerkannt werden und dass bei bereits anerkannten Krankenkassen keine Ausdehnung des Tätigkeitsgebietes zugelassen wird. Der Bundesrat hat in der Verordnung IX vom 31. August 1992 über die Krankenversicherung betreffend den Risikoausgleich unter den Krankenkassen nähere Bestimmungen erlassen.

bb) Der kraft Dringlichkeitsrecht geschaffene Risikoausgleich ist, inhaltlich im Wesentlichen unverändert, befristet auf zehn Jahre ins neue

⁴ siehe Nr. KV 73 (1999) dieser Sammlung

⁵ siehe Nr. K 981 (1997) dieser Sammlung

⁶ siehe Nr. K 959 (1995) dieser Sammlung

Krankenversicherungsgesetz überführt worden (vgl. Art. 105 KVG sowie Verordnung vom 12. April 1995 über den Risikoausgleich in der Krankenversicherung [VORA]). In der Botschaft vom 6. November 1991 wird dazu u. a. ausgeführt, es bestünden heute zwischen den Krankenkassen grosse Unterschiede in der Risikostruktur in Bezug auf Alter und Geschlecht der Versicherten. Diese würden zunächst noch verschärft, indem neue Versicherer zugelassen werden können, die wahrscheinlich mit einer eher günstigen Risikostruktur begännen; die Freizügigkeit (in Bezug auf die Wahl und den Wechsel des Versicherers [Art. 4 und 7 E-KVG]) werde nur allmählich zu einem Ausgleich führen. Der Risikoausgleich könne zu einer an sich unerwünschten Strukturhaltung führen. Andererseits dürfe die Konkurrenz zwischen den Versicherern durchaus zur Folge haben, dass schlecht geführte Versicherer ihre Tätigkeit einstellen müssten (BB1 1992 I 216 f.). Der Risikoausgleich als solcher wie auch die Befristung auf die Dauer von zehn Jahren ab Inkrafttreten des Krankenversicherungsgesetzes wurden in den Kommissionen für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) des Ständerates und des Nationalrates sowie in beiden Kammern des Parlamentes ausführlich diskutiert (vgl. Amtl. Bull. 1992 S 1275 und 1340 ff., 1993 N 1727, 1747 und 1907 ff., S 1096 f. sowie 1994 N 39 ff.; Protokolle der Sitzungen der SGK-S vom 1. und 16. Oktober 1992 sowie der SGK-N vom 14. Mai 1993 und 3. Februar 1994). Schliesslich setzten sich trotz einiger Bedenken wegen des strukturhaltenden und wettbewerbsfeindlichen Charakters dieses Instrumentes (Amtl. Bull. 1993 N 1755 [*Allenspach*] und 1907 [*Gysin*]), welchem im Übrigen keine weiter gehende Funktion und Bedeutung zukommt als die Verhinderung unerwünschter Risikoselektion, die im Wesentlichen bereits in der Botschaft enthaltenen Argumente für die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung durch. Insbesondere fand die Auffassung die Zustimmung der Ratsmehrheit, die Freizügigkeit als unbestritten notwendige Bedingung für funktionierenden Wettbewerb unter den Versicherern, wo und soweit Konkurrenz möglich ist, genüge allein nicht, um das Ziel der bestmöglichen Verteilung nach Alter und Geschlecht der Versicherten unter den Kassen überhaupt oder innert nützlicher Frist zu erreichen. Vielmehr sei gleichsam als flankierende Massnahme der Risikoausgleich für eine bestimmte, nicht zu kurz bemessene Dauer weiterzuführen (vgl. Amtl. Bull. 1992 S 1341 [*Huber*, Berichterstatter], 1993 N 1747 [*Eymann*], 1909 [*Rychen*], 1910 [*Segmüller*, Berichterstatterin] sowie 1994 N 40 [*Heberlein*, *Gonseth*, *Deiss*, *Rychen*]).

b) aa) Die Entstehungsgeschichte zum Risikoausgleich zeigt, dass die unter altem Recht als unerwünscht erachteten Risikoselektions-Tatbestände im Wesentlichen systembedingt waren. Namentlich nach Alter und Ge-

schlecht differenzierende Prämientarife, Vorbehalte zwecks Ausschlusses bestehender oder früherer Krankheiten von der Versicherungsdeckung sowie statutarisch festgelegte Höchsteintrittsalter führten dazu, dass «faktisch nur junge und gesunde Versicherte die Kassen wechseln und so von günstigeren Prämienangeboten profitieren können und dass bei einer Auflösung von Krankenkassen ältere Versicherte benachteiligt sind» (BB1 1992 I 103 ff. und 134; vgl. auch Amtl. Bull. 1993 N 1824 [Bundesrätin *Dreifuss*]). Der Gesetzgeber vom 18. März 1994 hat, in Verwirklichung des Hauptzieles der Neuordnung der sozialen Krankenversicherung (Herstellung umfassender Solidarität, insbesondere zwischen Gesunden und Kranken, Jungen und Alten sowie zwischen Männern und Frauen [BB1 1992 I 119; vgl. auch Amtl. Bull. 1992 S 1283 (*Schoch*, Präsident der SGK-S) und 1285 (Bundesrat *Cotti*) sowie 1993 N 1824 (Bundesrätin *Dreifuss*)]), die im KUVG enthaltenen, unerwünschte Risikoselektion begünstigenden Regelungen nicht ins KVG übernommen. Vielmehr hat er neben dem Versicherungsobligatorium (Art. 3 KVG) die uneingeschränkte Freizügigkeit in Bezug auf die Wahl und den Wechsel des Versicherers (Art. 4 und 7 KVG) sowie die Einheitsprämie (Art. 61 KVG) eingeführt. Unter dem neuen Recht kann somit eine versicherte Person unabhängig von Alter, Geschlecht und Gesundheitszustand den Versicherer wechseln und denjenigen mit den günstigsten Prämien wählen (BB1 1992 I 125; vgl. auch Amtl. Bull. 1993 N 1908 [*Allenspach*]). Die Solidarität als umfassend zu verstehendes Prinzip (Alle Versicherten bilden eine einzige Risikogemeinschaft, «une véritable communauté solidaire nationale» [Amtl. Bull. 1993 N 1746 (*Deiss*)]) bedeutet im Besonderen das Ende geschlossener, eine spezifische in der Regel günstige Risikostruktur aufweisender Krankenkassen, namentlich Betriebskrankenkassen (BB1 1992 I 99 und 142; Amtl. Bull. 1993 N 1755 [*Allenspach*]; vgl. Art. 3 Abs. 6 und Art. 6 Abs. 1 KUVG). Desgleichen sind im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung prämiengünstige(re) Kollektivversicherungen für bestimmte Personengruppen innerhalb desselben Versicherers grundsätzlich nicht mehr zulässig (BB1 1992 I 104 und 125; Amtl. Bull. 1992 S 1272 [*Huber*, Berichterstatter], 1280 [*Meier*], 1993 N 1820 [*Dorrmann*]; vgl. Art. 5^{bis} KUVG).

bb) Zur Konzeption des neuen Krankenversicherungsgesetzes gehört sodann weiter, dass unter den Versicherern Wettbewerb herrscht. Die Konkurrenz soll indessen nur spielen, wenn und soweit die kostenmässig im Allgemeinen und in Form hoher Prämien für einen Teil der Versicherten im Besonderen (vgl. Amtl. Bull. 1992 S 1279 [*Coutau*]) relevanten Risiken, namentlich das Alter und das Geschlecht, möglichst gleichmässig unter den Anbietern verteilt sind. Die hiezu notwendigen Voraussetzungen hat der

Gesetzgeber im Wesentlichen selber mit der Einführung der Freizügigkeit und der Einheitsprämie geschaffen. Zweck des Risikoausgleichs im neuen System ist es, den Prozess hin zur erwünschten besseren Risikodurchmischung im Sinne der Angleichung der Risikostrukturen unter den Versicherern (Amtl. Bull. 1992 S 1340 [Plattner], 1993 N 1907 [Gysin]) zu unterstützen, indem er den Anreiz zur gezielten Selektion «guter Risiken» nimmt (Amtl. Bull. 1993 N 1909 [Rychen]), die «Jagd auf günstige Risiken» (Amtl. Bull. 1994 N 39 [Hafner]) resp. «la chasse aux bons risques» (Amtl. Bull. 1993 N 1910 [Philipona, Berichterstatter]) weiterhin nicht lohnenswert macht (Amtl. Bull. 1993 N 1875 [Bundesrätin Dreifuss]). Dabei geht es nicht darum, bestimmte Verhaltensweisen der Versicherer zu sanktionieren. Vielmehr soll der Risikoausgleich Solidarität zwischen den Anbietern im Bereich der sozialen Krankenversicherung herstellen, und zwar solange, bis das Ziel einer für gesunden Wettbewerb als notwendig erachteten besseren Risikodurchmischung erreicht ist (Amtl. Bull. 1992 S 1341 [Huber, Berichterstatter], 1993 N 1820 [Dormann]) und die Bandbreite der Prämien sich entsprechend verringert hat (BBl 1992 I 135, Amtl. Bull. 1993 N 1910 [Segmüller, Berichterstatterin]; Spycher a. a. O. S. 113). Dem trägt die Genehmigungspraxis des Bundesamtes dadurch Rechnung, dass neue Krankenkassen im ersten Jahr die Durchschnittsprämie im jeweiligen Kanton anbieten müssen.

c) Aus dem Vorstehenden ist zu folgern, dass Freizügigkeit und Einheitsprämie sowie Risikoausgleich nicht bedeuten, es könne aus Sicht des Gesetzes keine unerwünschte Risikoselektion mehr geben (vgl. in diesem Zusammenhang auch die Botschaft vom 18. September 2000 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [BBl 2001 741 ff.] S. 766 und 797). Wann ein solcher Tatbestand gegeben und ein aufsichtsrechtliches Einschreiten geboten ist, beurteilt sich nach dem gesetzgeberischen Ziel, dass bis zum Ablauf der Dauer des Risikoausgleichs zehn Jahre nach Inkrafttreten des Krankenversicherungsgesetzes (Art. 105 Abs. 4 KVG) in Bezug auf die Risikostruktur (Verteilung nach Alter und Geschlecht der Versicherten unter den Kassen) Bedingungen herrschen, welche einen gesunden und unter dem Kostengesichtspunkt wirksamen Wettbewerb ermöglichen (in diesem Sinne auch Amtl. Bull. 1993 S 1340 [Plattner] und 1994 N 41 [Bundesrätin Dreifuss]). Unzulässig ist insbesondere, wenn eine Krankenkasse oder eine private Versicherungseinrichtung nach Art. 11 lit. b KVG zwar rechtlich für alle Versicherten offen ist, ein Beitritt indessen faktisch lediglich für einen ganz bestimmten Kreis von Personen mit günstiger Risikostruktur effektiv in Betracht fällt. Vorliegend stellt sich in der Tat die Frage, ob ein solcher Sachverhalt gegeben ist (vgl. nach-

stehend Erw. 8). Hingegen kann aus der konzernmässigen Verbindung mehrerer Versicherer im Sinne von Art. 11 KVG und allenfalls privater Versicherungseinrichtungen, die nicht im Bereich der sozialen Krankenversicherung tätig sind, allein nicht ohne weiteres gefolgert werden, die Risikoselektion werde durch zielgerichtete Risikoverteilung im Rahmen des Konglomerates in einer mit dem Prinzip der Solidarität unter den Versicherten unvereinbaren Weise erleichtert. Eine lediglich mit dieser Begründung versehene Ablehnung der Anerkennung als Krankenkasse und Verweigerung der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung müsste als bundesrechtswidrig bezeichnet werden.

8. – a) In den Verwaltungsgerichtsbeschwerden werden als «Zweck der Neugründung» günstige Prämien dank Erleichterungen in administrativer Hinsicht durch den Einsatz neuer Technologien genannt. Indem die Krankenversicherungen auf dem Internet und in Call-Centern offeriert würden, könne auf ein teures Filialnetz verzichtet werden, dies bei gleichbleibendem Dienstleistungsniveau. Nach Dafürhalten des Departementes würde der Einsatz der neuen Technologien «praktisch unausweichlich zu einer Risikoselektion führen, da die älteren Versicherten bekanntlich von diesen Technologien weniger Gebrauch machen als die jüngeren». Es sei insbesondere davon auszugehen, dass vor allem nicht gerade die ältesten und gesundheitlich angeschlagenen Versicherten (z. B. Pflegeheiminsassen) die neuen Marktentwicklungen im Technologiebereich nutzten. Im Übrigen könne Risikoselektion nicht nur bei bestehenden Versicherungsverhältnissen innerhalb des Konzerns (mit der Helsana Versicherungen AG), sondern auch bei der Akquirierung von neuen Versicherten ausserhalb des Konzerns erfolgen. Schliesslich dürfe der Wettbewerb und die Konkurrenz unter den Versicherern nicht mit Mitteln verfolgt werden, welche eine Risikoselektion begünstigten.

b) aa) Dem Departement ist darin beizupflichten, dass der Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel bei der Offertstellung (Internet, Call-Center) und allgemein im Verkehr mit den Versicherten alle jene Personen faktisch von einem möglichen Beitritt zu einem Versicherer ausschliesst, die, aus welchen Gründen auch immer, diese neuen Formen des Informationsaustausches und der Geschäftsabwicklung nicht benutzen. Dabei ist in erster Linie, und auch hierin ist dem EDI zuzustimmen, an die älteren und betagten Leute zu denken. Diese Feststellung ist allerdings insofern zu relativieren, als die Bereitschaft für einen Kassenwechsel gerade bei der älteren Generation eher gering sein dürfte. Auf diesen Umstand wurde ebenfalls im Rahmen der parlamentarischen Beratung des Risikoausgleichs von mehreren Votanten hingewiesen. Als Gründe hiefür wurden eine im Alter ausge-

prägt die Kassentreue sowie die verglichen mit den Jungen geringere geistige (und körperliche) Beweglichkeit im Allgemeinen und in Bezug auf die Umstellung von dem einen Kassenwechsel praktisch ausschliessenden alten zum neuen Recht mit voller Freizügigkeit und Einheitsprämie im Besonderen genannt (Amtl. Bull. 1992 S 1275 [Onken], 1993 N 1909 [Rychen] und 1910 [Bundesrätin Dreifuss], 1993 S 1096 [Huber] sowie 1994 N 39 [Hafner]). Zur fehlenden Bereitschaft, die Krankenkasse (noch) zu wechseln, trägt im Übrigen bei Personen in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen, und zwar bei allen, nicht bloss bei den älteren und betagten Leuten, zumindest tendenziell auch das Institut der individuellen Prämienverbilligung bei (Art. 65 f. KVG; Amtl. Bull. 1993 N 1874 [Segmüller]; ferner Protokoll der Sitzung der SGK-N vom 14. Mai 1993, wo u. a. darauf hingewiesen wird, es könne für einen grossen Teil von Versicherten «egal sein, ob die Prämien hinaufgehen», die Differenz wird ja von anderen übernommen, wenn der Prozentsatz beim Einkommen überschritten ist», sowie die «Statistik über die Krankenversicherung 2000» des BSV, S. 17 ff.).

bb) Im Weiteren ist zum Argument des Departementes, der von den Beschwerdeführerinnen anvisierte Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel im Verkehr mit den Versicherten schliesse den Beitritt älterer und betagter Personen aus, zu sagen, dass auch zahlreiche jüngere Leute entweder nicht über einen Internet-Anschluss verfügen oder ihre Geschäfte (Zahlungen, Bestellungen, Steuererklärung usw.) nicht auf elektronischem Weg abwickeln (wollen). Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Gefahr einer unerwünschten gezielten Auswahl «guter Risiken» weniger gross, als vom EDI befürchtet. Im Übrigen haben die Fähigkeit, neue Informationstechnologien, wie namentlich das Internet, zu benutzen und auch die Bereitschaft, davon effektiv Gebrauch zu machen, in den letzten Jahren in der Bevölkerung stetig zugenommen. Diese Entwicklung wird dank der breiten und vom Bund geförderten Anwendung in Schule und Beruf in beschleunigtem Masse weiter gehen. Damit wächst automatisch auch der Anteil der älteren und betagten Leute, die mit den neuen Kommunikationsmitteln vertraut sind und damit umzugehen wissen.

cc) An das soeben Gesagte anknüpfend kann nicht davon gesprochen werden, die Beschwerdeführerinnen bildeten nach der Anerkennung faktisch geschlossene Krankenkassen, was, wie gezeigt, unter dem neuen Recht nicht mehr zulässig wäre. Es kann aber auch nicht angenommen werden, mit ihrer sofortigen Zulassung zur Tätigkeit im Bereich der sozialen Krankenversicherung erscheine der Prozess hin zur erwünschten besseren Risikodurchmischung im Sinne der Angleichung der Risikostrukturen unter den Versicherern (Erw. 7b/bb) ernstlich gefährdet. Ob bei einer Anerkennung

weitere Anbieter mit gleicher oder ähnlicher, in Bezug auf die Verwaltungskosten günstiger Abwicklung des Geschäftsverkehrs mit den Versicherten auf elektronischem Weg auf den Markt drängen werden, und inwiefern dies unerwünschte Auswirkungen haben könnte, mag offen bleiben. Die blossе Möglichkeit eines solchen Szenarios reicht nicht aus, um die Anerkennung als Krankenkassen abzulehnen und die Durchführungsbewilligung zu verweigern, zumal nicht mit Blick auf das aufsichtsrechtliche Instrumentarium, welches sogar deren Entzug als äusserste Massnahme vorsieht (vgl. Art. 21 Abs. 5 lit. b KVG).

dd) Nicht zu vergessen ist schliesslich, dass nach dem klaren Willen des Gesetzgebers Wettbewerb zwischen den Versicherern herrschen soll, wo und soweit dies möglich ist (BBl 1992 I 126 und 135; Amtl. Bull. 1992 S 1283 [Schoch]). Dies gilt im Besonderen, wie zu Recht vorgebracht wird, für den Bereich von Verwaltung und Administration (Amtl. Bull. 1992 S 1284 [Schoch], 1993 N 1909 [Rychen], 1994 N 39 [Hafner]). Dementsprechend und folgerichtig sind die Verwaltungskosten von der Berechnung des Risikoausgleichs ausgenommen (vgl. Art. 3 Abs. 2 VORA sowie die «Statistik über die Krankenversicherung 2000» des BSV, S. 12 ff., 44 und 53 ff.). In diesem Zusammenhang zu erwähnen ist, dass auf Antrag der SGK-S in Art. 97 Abs. 4 des bundesrätlichen Entwurfes und heutigen Art. 105 Abs. 4 KVG der Passus «unter Wahrung der Anreize zur Kosteneinsparung» eingefügt wurde (Amtl. Bull. 1993 S 1096 und 1994 N 39). Der Verordnungsgeber sollte nach den Intentionen der Kommission den Risikoausgleich in der Weise ausgestalten, dass Kassen mit unterdurchschnittlichen Kosten in den einzelnen Risikogruppen als Folge der Ausgleichspflicht nicht davon abgehalten werden, «ihre Kosten durch effizientes Kostenmanagement weiterhin tief zu halten» (Protokoll der Sitzung vom 15. bis 17. November 1993; vgl. auch Amtl. Bull. 1994 N 40 [Eymann]). Der Kostenaspekt spricht somit auch nicht gegen die Zulassung der Beschwerdeführerinnen als Anbieter im Bereich der sozialen Krankenversicherung.

c) Zusammenfassend ist festzustellen, dass die vom Departement in den angefochtenen Verfügungen und in der Vernehmlassung angeführten Gründe nicht ausreichen, um die Anerkennung als Krankenkassen abzulehnen und die Durchführung der sozialen Krankenversicherung zu verweigern. Nach Lage der Akten waren die bundesrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen per 1. Januar 2002 erfüllt. Es ist Sache des Departementes, über die Anerkennung als Krankenkasse und die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung für die Zeit ab 1. Januar 2003 neu zu entscheiden.

Durchführung der sozialen Krankenversicherung; Auslagerung des gesamten Geschäftsbereichs

KV 226 Urteil des EVG vom 26. Juli 2002 (K 17/02)

Die Delegation der Kernaufgaben der sozialen Krankenversicherung an einen Dritten – i. c. Auslagerung des gesamten Geschäftsbereichs – ist grundsätzlich unzulässig.

La délégation à un tiers des tâches essentielles de l'assurance-maladie sociale – in concreto transfert de l'ensemble du secteur de la gestion de la société – n'est en principe pas admissible.

La delega ad un terzo dei compiti essenziali dell'assicurazione malattia sociale – in concreto, trasferimento dell'intero settore della gestione societaria – non è, di principio, ammessa.

I.

A. – Am 29. Juni 2001 stellte die PRIMA Krankenversicherung AG mit Sitz in Winterthur, eine Tochter der SWICA Holding AG, welche ihrerseits zu 100 % von der Stiftung für ein erweitertes Versicherungsangebot SWICA gehalten wird, das Gesuch um Anerkennung als Krankenkasse und um Erteilung der Bewilligung für die Durchführung der sozialen Krankenversicherung ab 1. Januar 2002. Im Rahmen der Prüfung des Antrages forderte das instruierende Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) weitere Unterlagen ein, insbesondere mit Angaben zur Stellung der Gesellschaft innerhalb des SWICA-Konzerns. Im Weiteren untersagte das BSV der Gesuchstellerin einen Marktauftritt sowie die Veröffentlichung der Prämien bis zur allfälligen Erteilung der Bewilligung durch das Eidgenössische Departement des Innern (EDI). Am 13. Juli 2001 beauftragte das Bundesamt Prof. Dr. iur. P., zu Fragen im Zusammenhang mit dem Auftreten und der Zusammenarbeit von Krankenversicherern Stellung zu nehmen. Am 25. September 2001 wurde das Rechtsgutachten zur «Zulässigkeit von aktuellen Entwicklungen auf gesellschaftsrechtlicher und vertraglicher Ebene zwischen den Krankenversicherern» erstattet.

Mit Verfügung vom 28. Dezember 2001 lehnte das Departement die Anerkennung der PRIMA Krankenversicherung AG als Krankenkasse ab und verweigerte die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung. Zur Begründung führte es u. a. aus, die Gesuchstellerin weise in vertraglicher, aber auch in administrativer und finanzieller Hinsicht nicht die gesetzlich erforderliche Unabhängigkeit von den Gesellschaften der

SWICA-Gruppe, namentlich der SWICA Management AG und der SWICA Versicherungen AG, auf. Sie wäre bei einer Anerkennung eine zur Risikoselektion dienende Tochter der bereits als Krankenkasse agierenden und als Rückversichererin vorgesehenen SWICA Gesundheitsorganisation, ohne eigene unternehmerische Tätigkeit.

B. – Die PRIMA Krankenversicherung AG lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem hauptsächlichen Rechtsbegehren, es sei die Verfügung vom 28. Dezember 2001 aufzuheben, die Anerkennung als Krankenkasse auszusprechen und die Durchführung der sozialen Krankenversicherung zu bewilligen.

Das Departement beantragt die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, desgleichen das ebenfalls zur Vernehmlassung eingeladene Bundesamt.

II.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutgeheissen und die Sache an das Eidgenössische Departement des Innern zurückgewiesen, damit es im Sinne der Erwägungen über das Gesuch um Anerkennung als Krankenkasse und Erteilung der Durchführungsbewilligung ab 1. Januar 2003, allenfalls unter Auflagen, neu verfüge.

(...)

3. – c) Es ist unbestritten, dass die in der angefochtenen Verfügung als formell bezeichneten Zulassungsbedingungen gemäss Art. 12 Abs. 1 bis 3 KVV im Entscheidzeitpunkt erfüllt waren. Hingegen erachtete das Departement die Tatsachen der Geschäftsführung durch die ebenfalls zur SWICA-Gruppe gehörende SWICA Management AG sowie der Rückversicherung bei der SWICA Gesundheitsorganisation als mit dem Gesetz unvereinbar. Eine Anerkennung würde mit Sicherheit zu einem Transfer «guter Risiken» von der SWICA Gesundheitsorganisation in die PRIMA Krankenversicherung AG führen, indem ein finanziell interessantes Versicherungspaket, bestehend aus Zusatzversicherungen der SWICA Versicherungen AG und der bei der Gesuchstellerin günstigeren «Grundversicherung», angeboten werden könnte. In der Vernehmlassung führt das Departement ergänzend aus, die SWICA Gesundheitsorganisation habe im gesamtschweizerischen Vergleich relativ hohe Prämien. Nach der Genehmigungspraxis des Bundesamtes müssten neue Krankenkassen im ersten Jahr die Durchschnittsprämie im jeweiligen Kanton anbieten. Da die Risikostruktur (in Bezug auf Alter und Geschlecht der Versicherten) von neuen Krankenkassen ohnehin günstiger

sei als diejenige von historisch gewachsenen Versicherern, würde die Prämie der Gesuchstellerin über eine längere Frist tiefer zu liegen kommen als bei der SWICA Gesundheitsorganisation. Dadurch, dass bei einer Anerkennung der PRIMA Krankenversicherung AG als Krankenkasse bedeutend günstigere Gesamtpakete mit Grund- und Zusatzversicherungen angeboten werden könnten, sollte verhindert werden, dass grössere Versichertenkollektive von der SWICA Gesundheitsorganisation an einen Versicherer ausserhalb des Konzerns verloren gehen. Damit begünstige die Konzernstruktur die Möglichkeit der Risikoselektion, und es sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass eine solche auch stattfinde, was für die Nichtanerkennung genüge.

4. – a) Die SWICA-Gruppe ist gemäss Akten wie folgt aufgebaut: Zuoberst steht die Stiftung für ein erweitertes Versicherungsangebot der SWICA. Die Stiftung hält alle Aktien der SWICA Holding, welche ihrerseits zu 100% an der Beschwerdeführerin und der SWICA Management AG sowie zu 91% an der SWICA Versicherungen AG beteiligt ist. Die restlichen 9% der Aktien hält die SWICA Gesundheitsorganisation.

Die SWICA Versicherungen AG ist u. a. im obligatorischen Unfallversicherungs- sowie im Privatversicherungsbereich tätig, führt aber nicht die soziale Krankenversicherung durch. Die SWICA Management AG ist als Dienstleistungsunternehmen konzipiert. Sie soll nach Anerkennung der Beschwerdeführerin als Krankenkasse deren Geschäftsführung sowie diejenige der SWICA Versicherungen AG übernehmen. Damit werden gemäss Vorbringen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde eine Vereinfachung der Führungsstruktur in der Gruppe sowie Kosteneinsparungen im Personal- und Administrativbereich angestrebt. Die SWICA Gesundheitsorganisation schliesslich ist eine in der Form eines Vereins gemäss Art. 60 ff. ZGB organisierte Krankenkasse im Sinne von Art. 11 lit. a KVG, welche die soziale Krankenversicherung durchführt und daneben Zusatzversicherungen nach Art. 12 Abs. 2 KVG anbietet. Bei einer Anerkennung der Beschwerdeführerin als Krankenkasse mit der Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung agierte die SWICA Gesundheitsorganisation als Rückversicherer nach Art. 14 KVG.

b) ...

aa) ...

bb) ...

cc) Zur Frage der Weiterdelegation der Aufgabe der sozialen Krankenversicherung auf Dritte im Besonderen hat das Eidgenössische Versiche-

rungsgericht [im Urteil in Sachen sansan Versicherungen AG und avanex Versicherungen AG vom heutigen Tag (K 13+14/02¹)] u. a. erwogen, die juristische Person, welche um Anerkennung als Krankenkasse sowie um Bewilligung für die Durchführung der sozialen Krankenversicherung nachsuche, müsse selber die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen und unterliege bei einer Zulassung, allenfalls unter Auflagen, der aufsichtsrechtlichen Kontrolle durch das Bundesamt. Im Weitern lasse sogar das Gesetz insofern eine solche Delegation zu, als die Versicherer Leistungen, die sie nach diesem Gesetz ausrichteten, vertraglich rückversichern lassen könnten (Art. 14 Abs. 1 KVG). Dabei kämen als Rückversicherer auch anerkannte Krankenkassen mit einem vom Bundesrat in Art. 16 Abs. 1 lit. b KVV festgesetzten Mindestbestand an Versicherten in Betracht (Art. 12 Abs. 4 KVG). Die Rückversicherer bedürften ebenfalls einer Bewilligung des Departements, wobei für deren Erteilung Art. 13 KVG sinngemäss gelte (Art. 14 Abs. 2 KVG). Und nach Art. 16 Abs. 3 KVV seien die Bestimmungen über die Versicherer sinngemäss auf die Rückversicherer anwendbar, soweit sie diese betreffen. Stünden somit die um Anerkennung als Krankenkasse nachsuchende juristische Person und der delegierte Dritte in einem gesetzlichen Rückversicherungsverhältnis, was im konkreten Fall zutrefte, sei die notwendige Kontrollmöglichkeit gegeben. Bei einer allfälligen Anerkennung als Krankenkassen befänden sich im Übrigen die Beschwerdeführerinnen im erwähnten Fall in einem Konkurrenzverhältnis mit der Helsana Versicherungen AG als bereits anerkannter Krankenkasse, welches trotz Zugehörigkeit zum selben Konzern grundsätzlich kein anderes ist als zwischen irgend zwei von der Grösse und Risikostruktur her vergleichbaren Versicherern. Wenn und soweit eine Zusammenarbeit im Bereich Organisation und Geschäftsführung zwecks Nutzung von Synergien stattfinde, sei dagegen solange nichts einzuwenden, als jede Krankenkasse für sich allein die Anforderungen dieses Gesetzes erfülle, insbesondere über eine Organisation und eine Geschäftsführung verfüge, welche die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften gewährleisten (Art. 13 Abs. 2 lit. b KVG). Vorbehalten blieben allenfalls kartellrechtlich unzulässige Monopolkonstellationen (vgl. Amtl. Bull. 1993 N 1738 f. [*Segmüller* und *Philipona*, Berichterstatter], 1743 [*Heberlein*], 1747 [*Gonseth*] und 1753 [*Jäggi*]).

c) Im Lichte des Vorstehenden kann sich im Kontext einzig fragen, ob die bei einer Anerkennung als Krankenkasse vorgesehene Übertragung der gesamten Geschäftsführung auf die SWICA Management AG sich mit dem Gesetz vereinbaren lässt. Dagegen ist nicht von Bedeutung, dass gemäss Verwaltungsgerichtsbeschwerde die SWICA Versicherungen AG «ihre Zu-

¹ zur BGE-Publikation vorgesehen; siehe Nr. KV 225 (2002) dieser Sammlung

satzversicherungsprodukte im Verbund mit den Grundversicherungsprodukten der Beschwerdeführerin verkaufen will». Es kann insoweit keinen Unterschied machen zum gesetzlich normierten Tatbestand einer privaten Versicherungseinrichtung, die private (Zusatz-)Versicherungen anbietet und daneben die soziale Krankenversicherung durchführt.

aa) Unter den Parteien ist unbestritten, dass eine (anerkannte) Krankenkasse die soziale Krankenversicherung selber durchzuführen hat. Die Delegation von Aufgaben zum autonomen Vollzug an Dritte ist grundsätzlich unzulässig, wenn und soweit sie – in den Worten des Departementes in der angefochtenen Verfügung – «das Wesen der Krankenkassentätigkeit ausmachen». Dazu gehören gemäss EDI u. a. der gesamte Bereich hoheitlichen Handelns, insbesondere der Erlass von Verfügungen, der Verkehr mit den (Aufsichts-)Behörden und Versicherten sowie alle mit dem Datenschutz im Zusammenhang stehenden Massnahmen.

In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird sinngemäss geltend gemacht, der Tatbestand der unzulässigen «Auslagerung einer Krankenkassentätigkeit zum autonomen Vollzug an Dritte» sei nicht gegeben, wenn der entsprechende Vertrag die jederzeitige Kontrolle vorsehe und wenn der Dritte so verpflichtet sei, dass die Krankenkasse jederzeit ohne Gefährdung ihrer Hauptaufgabe der Durchführung der sozialen Krankenversicherung sich von ihm trennen könne. So verhalte es sich indessen vorliegend. Dabei führe die SWICA Management AG das Versicherungsgeschäft der Beschwerdeführerin in deren Namen, auf deren Rechnung und auf deren Risiko.

bb) Könnte sich die Tätigkeit einer Krankenkasse im Wesentlichen auf die Kontrolle der richtigen Durchführung der sozialen Krankenversicherung durch einen Dritten beschränken, müsste dieser notwendigerweise «über eine Organisation und eine Geschäftsführung verfügen, welche die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften gewährleisten» (Art. 13 Abs. 2 lit. b KVG). Es bedeutete im Weiteren aber auch, dass diejenigen Personen, welche die Kontrollfunktion ausüben, hiezu befähigt sind und selbstredend den vom Gesetz an die verantwortlichen Kassenorgane gestellten fachlichen Anforderungen genügen (vgl. BBl 1992 I 146 f.). Selbst wenn diese Bedingungen erfüllt sind, kann die Durchführung der sozialen Krankenversicherung nach den gesetzlichen Vorgaben nicht als hinreichend gesichert gelten, wenn der delegierte Dritte die vertraglichen Beziehungen jederzeit aufkündigen kann, wie dies vorliegend der Fall ist. Daran ändert Ziff. 4 des (nicht unterzeichneten) Geschäftsführungsvertrages vom 28. Juni 2001 nichts, wonach die SWICA Management AG das Geschäft so zu führen hat, dass sich die Beschwerdeführerin jederzeit von ihr trennen kann, ohne or-

ganisatorische, finanzielle oder administrative Nachteile zu erleiden, und bei Vertragsauflösung auf erstes Verlangen Zugang zu sämtlichen für die Fortführung des Geschäftes notwendigen Daten und Akten besteht. Zu beachten ist sodann, dass Krankenkassen von Gesetzes wegen keinen Erwerbszweck verfolgen dürfen (Art. 12 Abs. 1 KVG) und dass die Mittel der sozialen Krankenversicherung nicht zweckentfremdet werden dürfen (Art. 13 Abs. 2 lit. a KVG). Mit dieser Zielsetzung nicht vereinbar ist, wenn es sich, wie vorliegend bei der SWICA Management AG, bei dem mit der Geschäftsführung beauftragten Dritten um eine juristische Person mit gewinnorientierter wirtschaftlicher Zwecksetzung handelt.

Im Weiteren ist bei Übertragung von Aufgaben, welche zum Kernbereich der Tätigkeit von Krankenkassen zu zählen sind, an Dritte die aufsichtsmässige Kontrolle insofern erschwert, als sie nicht unmittelbar bei und gegenüber der juristischen Person erfolgt, welche die soziale Krankenversicherung effektiv durchführt. Wenn in diesem Zusammenhang vorgebracht wird, «usanzgemäss» würden Aufgaben, wo es um hoheitliches Handeln gehe, delegiert, wie beispielsweise der Abschluss von Verträgen mit Leistungserbringern an die Kassenverbände, ist diese Möglichkeit ausdrücklich im Gesetz vorgesehen (vgl. Art. 46 KVG). Was schliesslich das Argument anbetrifft, dadurch, dass die SWICA Management AG gleichzeitig mit der Geschäftsführung der Beschwerdeführerin und der SWICA Versicherungen AG beauftragt werde, könnten Effizienzgewinne in den Bereichen Logistik, Administration etc. realisiert werden, liesse sich dieses Ziel wohl ebenfalls erreichen, wenn die private Versicherungseinrichtung auch den Bereich der sozialen Krankenversicherung in ihr Tätigkeitsfeld aufnähme.

cc) Aus diesen Gründen ergibt sich, dass die für den Fall der Anerkennung als Krankenkasse vorgesehene Auslagerung des gesamten Geschäftsbereichs dem Gesetz widerspricht. Insoweit ist das Gesuch der Beschwerdeführerin zu Recht abgelehnt worden. Ob die Anerkennung unter Auflagen in Bezug auf die Delegation von Teilen der Geschäftstätigkeit an einen Dritten hätte ausgesprochen werden können und müssen, wie in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde geltend gemacht wird, kann insofern offen bleiben, als das Departement noch aus anderen Gründen (Gefahr der Risikoselektion) gegen die Gesuchstellerin entschied. Immerhin ist diesem Gesichtspunkt bei der Kostenauflegung für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht Rechnung zu tragen (Erw. 7).

(...)

6. – a) Zusammenfassend ist festzustellen, dass mit Ausnahme der als unzulässig erkannten Auslagerung der gesamten Geschäftsführung das De-

partement in der angefochtenen Verfügung und in der Vernehmlassung keine Gründe nennt, welche entscheidend gegen die Anerkennung als Krankenkasse und die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung sprechen. Nach Lage der Akten waren die bundesrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen per 1. Januar 2002 unter Auflagen betreffend die Delegation von bestimmten Tätigkeiten an die SWICA Management AG (vgl. Erw. 4c) erfüllt. Es ist Sache des Departementes, über die Anerkennung als Krankenkasse und die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung ab 1. Januar 2003 neu zu entscheiden.

b) Bei dieser Rechtslage kann die Frage der Gehörsverletzung im Zusammenhang mit dem nicht vorgängig der Verfügung zur Stellungnahme unterbreiteten Rechtsgutachten vom 25. September 2001 offen bleiben (vgl. immerhin Erw. 4 und 5 des Urteils in Sachen sansan Versicherungen AG und avanex Versicherungen AG vom heutigen Tag [K 13+14/02²]).

² zur BGE-Publikation vorgesehen; siehe Nr. KV 225 (2002) dieser Sammlung

Augmentation de prime; procédure de recours

KV 227 Arrêt du TFA du 31 mai 2002 (K 120/01)

Selon l'art. 129, al. 1, let. b, OJ le recours de droit administratif n'est pas recevable devant le TFA contre des décisions concernant des tarifs. D'après la jurisprudence, l'art. 129, al. 1, let. b, OJ est une disposition applicable dans la procédure de recours de droit administratif devant l'autorité de dernière instance. En revanche, il ne s'applique pas dans la procédure de recours devant le tribunal cantonal des assurances compétent pour connaître des litiges en matière d'assurance-maladie. Il n'existe en effet pas de norme excluant les litiges concernant les tarifs de la compétence de l'autorité cantonale de recours.

Par la décision sur opposition litigieuse, la caisse a confirmé l'augmentation de prime. Cet acte administratif constitue une décision au sens de l'art. 5 PA et la juridiction cantonale devait entrer en matière sur le recours dont elle était saisie, pour autant que les autres conditions de recevabilité du recours fussent réalisées. Au demeurant, la décision attaquée a été prise en application d'un tarif dans une situation concrète, de sorte que la voie du recours de droit administratif est également ouverte.

Gemäss Art. 129 Abs. 1 lit. b OG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig vor dem Bundesgericht gegen Verfügungen über Tarife. Nach der Rechtsprechung ist Art. 129 Abs. 1 lit. b OG eine für das letztinstanzliche verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren massgebende Vorschrift. Hingegen ist sie auf das kantonale Beschwerdeverfahren in Krankenversicherungssachen nicht anwendbar. Es fehlt an einer Rechtsgrundlage für den Anschluss der Tarifstreitigkeiten im kantonalen Beschwerdeverfahren.

Mit der streitigen Verfügung hat die Kasse die Prämienerrhöhung bestätigt. Dieser Verwaltungsakt stellt eine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG dar, somit musste die Vorinstanz auf die eingereichte Beschwerde eintreten, soweit die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt waren. Die angefochtene Verfügung ist zudem in Anwendung eines Tarifs im Einzelfall ergangen, weshalb auch der Weg der Verwaltungsgerichtsbeschwerde offen ist.

In conformità all'art. 129 cpv. 1 lett. b OG il ricorso di diritto amministrativo non è ammissibile davanti al TFA contro decisioni concernenti le tariffe. Secondo la giurisprudenza, l'art. 129 cpv. 1 lett. b OG è applicabile alla procedura di diritto di ricorso amministrativo davanti all'ultima istanza giudiziaria. Non può per contro essere applicato alla procedura di ricorso davanti al tribunale cantonale delle as-

sicurazioni, competente per i contenziosi in materia di assicurazione malattie. In effetti non esistono norme che escludano i contenziosi sulle tariffe dalla competenza dell'autorità cantonale di ricorso.

Con la decisione presa su opposizione la cassa ha confermato l'aumento del premio. Questo atto amministrativo costituisce una decisione ai sensi dell'art. 5 PA e la giurisdizione cantonale doveva entrare nel merito del ricorso inoltrato, a patto che le altre condizioni di ammissibilità fossero soddisfatte. Dato che in questo caso la decisione impugnata è stata presa nel quadro dell'applicazione di una tariffa ad una situazione concreta, le possibilità d'inoltrare un ricorso di diritto amministrativo rimangono intatte.

I.

A. – M. est affilié à la Mutuelle Valaisanne, Assurance maladie et accident (ci-après: la Mutuelle), pour l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie.

Le 23 octobre 2000, la Mutuelle lui a notifié un nouveau certificat d'assurance, aux termes duquel la prime mensuelle de l'assurance obligatoire des soins avec franchise annuelle de 1200 fr., d'un montant de 200 fr. 10, a été portée, à partir du 1^{er} janvier 2001, à 218 fr.

L'assuré ayant contesté cette augmentation, la caisse a confirmé sa position par décision du 20 décembre 2000, confirmée sur opposition le 23 février 2001.

B. – Saisi d'un recours contre la décision sur opposition, le Tribunal administratif du canton de Genève l'a déclaré irrecevable, motif pris qu'il n'était pas compétent *ratione materiae* (jugement du 7 août 2001).

C. – M. interjette recours de droit administratif contre ce jugement, dont il demande l'annulation, en concluant, sous suite de dépens, au renvoi de la cause à la juridiction cantonale pour qu'elle entre en matière sur son recours formé le 28 mars 2001. A l'appui de cette conclusion, il se fonde en particulier sur un avis de droit établi le 11 janvier 2000 par Z., portant sur le contrôle des hausses de primes dans l'assurance obligatoire des soins.

La Mutuelle s'en remet à justice. L'Office fédéral des assurances sociales a renoncé à se déterminer.

II.

Par les considérants suivants, le Tribunal fédéral des assurances a admis le recours de droit administratif:

1. – Le litige porte sur le point de savoir si la juridiction cantonale était fondée à déclarer irrecevable le recours formé par l'assuré contre la décision sur opposition du 23 février 2001.

a) Lorsque l'assuré n'accepte pas une décision de l'assureur, celui-ci doit la confirmer par écrit, dans les trente jours à compter de la demande expresse de l'assuré (art. 80 al. 1 LAMal). Toute décision peut être attaquée, dans les trente jours, par voie d'opposition auprès de l'assureur qui l'a notifiée (art. 85 al. 1 LAMal). Les décisions rendues sur opposition peuvent être attaquées par la voie du recours de droit administratif. Le recours doit être déposé dans les trente jours à partir de la notification de la décision rendue sur opposition devant le tribunal des assurances désigné par chaque canton pour connaître des litiges opposant un assureur à un autre assureur, à un assuré ou à un tiers (art. 86 al. 1 LAMal).

b) Dans son recours devant la juridiction cantonale, l'assuré contestait la décision sur opposition, par laquelle la Mutuelle avait confirmé l'augmentation à 218 fr. du montant de la prime mensuelle de l'assurance obligatoire des soins due à partir du 1^{er} janvier 2001. Cela étant, le tribunal administratif, en tant que tribunal cantonal des assurances désigné par la législation genevoise, était compétent pour connaître du litige opposant l'assureur à l'assuré au sujet de l'augmentation de ses primes.

2. – a) La juridiction cantonale n'est pas entrée en matière sur le recours dont elle était saisie, motif pris que le litige porte sur un tarif de primes d'assurance, de sorte qu'un tel recours n'est pas recevable selon l'art. 129 al. 1 let. b OJ.

b) Selon cette disposition, le recours de droit administratif n'est pas recevable devant le Tribunal fédéral des assurances contre des décisions concernant des tarifs. Toutefois, selon la jurisprudence, le recours de droit administratif n'est irrecevable que contre des décisions qui ont pour objet l'établissement ou l'approbation d'un tarif dans son ensemble ou lorsqu'il vise directement des clauses tarifaires particulières en tant que telles. En revanche, la voie du recours de droit administratif est ouverte contre des décisions qui sont prises en application d'un tarif dans une situation concrète. Il n'en demeure pas moins que, même dans cette éventualité, le Tribunal fédéral des assurances n'a pas le pouvoir de se prononcer sur tous les postes du tarif en question, y compris la relation qui existe entre ceux-ci; il doit bien plutôt se borner à contrôler la légalité du poste tarifaire incriminé, appliqué dans un cas précis (ATF 126 V 345 consid. 1, 125 V 104 consid. 3b et les références).

D'après la jurisprudence, l'art. 129 al. 1 let. b OJ est une disposition applicable dans la procédure de recours de droit administratif devant l'auto-

rité de dernière instance. En revanche, il ne s'applique pas dans la procédure de recours devant le tribunal cantonal des assurances compétent pour connaître des litiges en matière d'assurance-maladie. Il n'existe en effet pas de norme excluant les litiges concernant les tarifs de la compétence de l'autorité cantonale de recours. Par ailleurs, le principe de l'unité de la procédure ne commande pas l'application par analogie de l'art. 129 al. 1 let. b OJ à la procédure cantonale (ATF 120 V 349 consid. 2a et les références citées¹).

c) Le recours devant le tribunal cantonal des assurances selon l'art. 86 al. 1 LAMal est ouvert contre des décisions sur opposition rendues par des assureurs-maladie au sens de l'art. 11 LAMal. En outre, le tribunal peut être saisi lorsque l'assureur n'a pas rendu de décision ni de décision sur opposition en dépit de la demande de l'assuré (art. 86 al. 2 LAMal). La LAMal ne définit pas la notion de décision. Par ailleurs, la PA ne s'applique pas aux assureurs-maladie (art. 3 let. a PA; *Eugster*, *Krankenversicherung*, in: *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit*, p. 224 n. 403). Selon la jurisprudence, la notion de décision attaquable par la voie du recours doit toutefois être interprétée à la lumière de l'art. 5 PA. Sont donc considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral (ou plus exactement: qui auraient dû reposer sur le droit public fédéral) et qui ont pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations, de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations, ou encore de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (ATF 120 V 349 consid. 2b et les arrêts cités).

Par la décision sur opposition litigieuse, la Mutuelle a confirmé l'augmentation à 218 fr. du montant de la prime mensuelle d'assurance due à partir du 1^{er} janvier 2001. Cet acte administratif constitue une décision au sens de l'art. 5 PA et la juridiction cantonale devait entrer en matière sur le recours dont elle était saisie, pour autant que les autres conditions de recevabilité du recours fussent réalisées. Au demeurant, la décision attaquée a été prise en application d'un tarif dans une situation concrète, de sorte que la voie du recours de droit administratif est également ouverte (ATF 120 V 350 consid. 2b et la référence).

3. – a) Vu ce qui précède, il convient de renvoyer la cause à la juridiction cantonale, afin qu'elle se prononce, après examen des autres conditions de recevabilité du recours, sur la légalité de l'augmentation de prime notifiée par décision sur opposition du 23 février 2001. Le recours se révèle ainsi bien fondé.

¹ voir n° K 954 (1995) de ce recueil

Kommentar:

Der in Dreierbesetzung gefällte Entscheid der IV. Kammer des EVG wurde in den Medien intensiv diskutiert. In Tat und Wahrheit hat das EVG die selbe Sachlage schon früher beurteilt und vorliegend einzig seine bisherige Rechtsprechung, namentlich BGE 120 V 346, bestätigt. Das EVG hat schon damals die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit diese, nach Prüfung der übrigen Prozessvoraussetzungen, über die Rechtmässigkeit der mit der streitigen Verfügung bestätigten Prämienhöhung materiell entscheide. Nicht eingetreten ist das EVG auf den Antrag, es sei zu prüfen, ob die Kasse in andern Fällen unzulässige Prämienhöhungen vorgenommen habe. Das Gericht habe im konkreten Einzelfall zu entscheiden und keine Aufsichtsfunktionen wahrzunehmen.

Es wäre falsch zu glauben, die Gerichte könnten grundsätzlich in die Prämienfestlegung der Krankenkassen eingreifen und damit das durch das BSV genehmigte Tarifgefüge korrigieren. Hat das BSV einen Tarif genehmigt, ist dieser für den Versicherer verbindlich. Er ist gemäss dem KVG anzuwenden. Verfügte Prämienhöhungen können durch das kantonale Gericht einzig im konkreten Fall auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden, beispielsweise in Bezug auf die Rabattierung (besondere Versicherungsformen), die Einteilung in Altersgruppen und in Prämienregionen oder die Herabsetzung der Prämie infolge Sistierung der Unfaldeckung.

Commentaire:

L'arrêt rendu par la IV^e chambre du TFA, composée de trois juges, a suscité de nombreuses réactions dans les médias. En réalité, le TFA a déjà eu l'occasion de juger un cas semblable ; dans le cas concret, il n'a fait que confirmer sa propre jurisprudence, notamment l'ATF 120 V 346. A l'époque, le TFA avait déjà renvoyé l'affaire à l'instance inférieure afin que celle-ci, après examen des autres conditions de la procédure, se prononce matériellement sur la conformité au droit de l'augmentation de primes entérinée avec la décision contestée. Le TFA n'est pas entré en matière sur la demande d'examiner si la caisse avait procédé dans d'autres cas à des augmentations de primes non autorisées. Le tribunal doit, d'après le TFA, se prononcer sur des cas concrets et non pas exercer une fonction de surveillance.

Il serait faux de croire que les tribunaux peuvent intervenir sur le principe de la fixation des primes des assureurs-maladie et ainsi corriger les structures tarifaires approuvées par l'OFAS. Si l'office a approuvé un tarif, celui-ci est contraignant pour l'assureur et il doit être appliqué selon la LAMal. Le tribunal cantonal peut examiner la conformité au droit des augmentations de

primes décidées uniquement dans des cas concrets ; par exemple, il peut vérifier que la pratique des rabais (formes particulières d'assurance), la répartition en groupes d'âge et en régions de primes et la prise en considération du rabais en cas de suspension de la couverture des accidents sont conformes au droit.

Commento:

La decisione presa dalla IV^a camera del TFA, composta da tre giudici, ha richiamato in modo sorprendente l'attenzione degli organi di comunicazione. Di fatto il TFA, che ha già statuito su una fattispecie identica, ha inteso in questo caso unicamente confermare l'attuale giurisprudenza (DTF 120 V 346). Già allora il TFA aveva rinviato la questione all'istanza precedente, affinché essa, dopo avere esaminato le ulteriori condizioni di ammissibilità, si esprimesse dal punto di vista materiale sulla legalità dell'aumento dei premi confermato nella decisione contestata. Il TFA non è entrato in materia sulla domanda di esaminare se la cassa abbia proceduto in altri casi ad un aumento non autorizzato dei premi. Il tribunale deve statuire su casi concreti e non assumere funzioni di vigilanza.

Sarebbe errato credere che i tribunali possano intervenire sul principio della determinazione dei premi delle casse malati, correggendo in questo modo anche la struttura tariffale approvata dall'UFAS. Le tariffe approvate dall'UFAS sono vincolanti per gli assicuratori e vanno applicate conformemente alla LAMal. Il tribunale cantonale può esaminare la legalità delle decisioni inerenti l'aumento dei premi solo in casi concreti; ad esempio può verificare che gli sconti (forme particolari di assicurazione), la ripartizione nelle classi di età e nelle regioni di premi e la presa in considerazione dello sconto in caso di sospensione della copertura incidente siano conformi al diritto.

Corrigenda RKUV – RAMA – RAMI 3/2002**Korr. KV 214, S. 203**

Bei der Überarbeitung des Entscheides KV 214 hat sich leider ein Fehler eingeschlichen. Die auf Seite 203 unten abgedruckte Übersicht ist durch den nachfolgenden Text zu ersetzen:

Lors de la préparation de l'arrêt KV 214, une erreur s'y est malheureusement glissée. Le condensé publié au bas de la page 203 est à remplacer par le texte suivant:

Durante i preparativi della decisione KV 214 si è verificato uno spiacevole errore. Il riassunto pubblicato in fondo alla pagina 203 è da sostituire con il testo seguente:

Übersicht – Condensé

Der Regierungsrat des Kantons Bern hat am 17. Januar 2001 für das Jahr 2001 eine Tagespauschale für die Berner Klinik Montana (BKM) in der Höhe von Fr. 176.— festgesetzt.

Mit Eingabe vom 27. Februar 2001 führt der KVBK Beschwerde an den Bundesrat. Er beantragt, den Beschluss des Regierungsrates aufzuheben und eine Pauschale von Fr. 147.— festzusetzen.

Par décision du 17 janvier 2001, le Conseil d'Etat du canton de Berne a fixé à Fr. 176.— le forfait journalier de la Clinique bernoise de Montana pour l'année 2001.

Le 27 février 2001, l'Association bernoise des assureurs-maladie a interjeté recours contre cette décision auprès du Conseil fédéral. Dans son acte, la recourante conclut à l'annulation de l'arrêt litigieux et à la fixation d'un forfait de Fr. 147.—.

Indennità per menomazione dell'integrità in caso di malattia professionale grave e incurabile: nascita del diritto

U 460 Sentenza del TFA del 4 aprile 2002 in re M.
(U 327/00)

Indennità per menomazione dell'integrità in caso di malattia professionale grave e incurabile: nascita del diritto (art. 24 cpv. 2 in relazione all'art. 19 cpv. 2 LAINF):

Nel caso di una malattia professionale grave e incurabile che riduce notevolmente la speranza di vita, il diritto ad un'indennità per menomazione dell'integrità nasce dal momento in cui la prosecuzione delle cure mediche non lascia più intravedere la possibilità di un sensibile miglioramento dello stato di salute. Non è necessaria la stabilizzazione dello stato di salute.

Integritätsentschädigung bei schwerer, unheilbarer Berufskrankheit: Anspruchsentstehung (Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 2 UVG):

Bei einer schweren, unheilbaren Berufskrankheit, welche die Lebenserwartung stark reduziert, entsteht der Anspruch auf eine Integritätsentschädigung, sobald von der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung keine namhafte Besserung des Gesundheitszustandes mehr erwartet werden kann. Eine Stabilisierung des Gesundheitszustandes wird nicht vorausgesetzt.

Indemnité pour atteinte à l'intégrité en cas de maladie professionnelle grave et inguérissable: naissance du droit (art. 24 al. 2 en liaison avec l'art. 19 al. 2 LAA)

En cas de maladie professionnelle grave et inguérissable, qui réduit considérablement l'espérance de vie, le droit à une indemnité pour atteinte à l'intégrité prend naissance dès qu'il n'y a plus lieu d'attendre de la continuation du traitement médical une sensible amélioration de l'état de l'assuré. Une stabilisation de l'état de santé n'entre pas en ligne de compte.

Estratto dei considerandi:

...

6. – a) La prassi non si è invece ancora confrontata a fondo con il tema di sapere se adempie i requisiti di legge pure una menomazione che durerà sì tutta la vita, ma che però sarà limitata a un periodo più o meno breve a dipendenza delle ridotte prospettive di vita.

b) Solo di recente, nell'ambito di una vertenza analoga a quella che qui ci occupa, questa Corte ha avuto modo di chinarsi una prima volta su tale questione (sentenza del 27 dicembre 2001 in re K., U 372/99). Dovendosi pronunciare sulla richiesta di indennità per menomazione dell'integrità formulata dagli eredi di un assicurato deceduto – nemmeno tre mesi dopo che, terminate le cure chemioterapiche, i medici curanti avevano di fatto escluso un suo miglioramento e limitato gli interventi a cure palliative – a seguito di un mesotelioma maligno diffuso, il Tribunale federale delle assicurazioni ha negato in quel contesto la prestazione per carenza dei presupposti legali. Precisando in particolare che l'istituto in parola si prefigge di alleviare all'avente diritto le conseguenze della menomazione subita e di compensargli, per il fatto di dovere *durevolmente* convivere con la grave menomazione, il diminuito piacere di vivere, mentre non intende istituire un risarcimento diretto in favore degli eredi, la Corte ha negato nell'esaminata vertenza l'esistenza dei requisiti di legge, poiché la prospettiva di vita formulata dai medici in occasione della decisione di interrompere gli interventi propriamente curativi era già ex ante assai limitata, di modo che, non potendosi più realizzare il fondamento stesso della pretesa, ossia il presupposto di una durevole menomazione, veniva a mancare in partenza lo scopo intrinseco giustificante la corresponsione della prestazione (sentenza citata, consid. 5).

c) Pur non escludendo a priori la possibilità di riconoscere un'indennità per menomazione dell'integrità nell'eventualità di malattie professionali con prognosi infauste, qualora sia ipotizzabile che l'assicurato, «stabilizzata» la situazione medica, possa verosimilmente convivere con la menomazione per un lungo periodo – sui cui limiti minimi la Corte ha rinunciato a determinarsi in termini assoluti –, il Tribunale federale delle assicurazioni ha dichiarato di non condividere le valutazioni espresse da parte della dottrina (*Duc*, op. cit., pag. 954 con riferimento alla tesi di *Frei*, op. cit., pag. 58) nella misura in cui, relativizzando il requisito di durevolezza del danno all'integrità, fanno dipendere il riconoscimento di una tale prestazione dal solo fatto che l'assicurato, anche soltanto per un ipotetico secondo (cfr. *Frei*, op. cit., pag. 58: «mindestens während einer logischen Sekunde»), si veda costretto a convivere con un danno all'integrità insuscettibile di miglioramento. Ammettere in un tal caso il diritto all'indennità significherebbe doverlo riconoscere pure all'infortunato di un incidente stradale, per il quale il personale medico, già al momento del ricovero in ospedale, esprime una prognosi certa e (quasi) immediata di morte intervenendo di conseguenza sul paziente solo per alleviargli, nel limite del possibile, i dolori, in attesa del certo e repentino decesso. Sennonché, appare evidente che siffatta soluzio-

ne configurerebbe una incompatibile forzatura della volontà del legislatore, snaturando lo scopo originario dell'istituto e trasformando di conseguenza la prestazione in una non voluta compensazione (diretta) in favore degli eredi.

7. – Posto quanto sopra, occorre ora determinare se nel caso di specie sono adempiute le condizioni per riconoscere un'indennità per menomazione dell'integrità e le ulteriori prestazioni.

a) L'art. 24 cpv. 2 LAINF, oltre a prescrivere all'ente assicuratore quando dover rendere la decisione di propria competenza, stabilisce pure il momento determinante per l'esame dei presupposti materiali della pretesa (DTF 113 V 53 consid. 4). Ora, in virtù del rinvio operato da tale disposto, che sottolinea come la decisione relativa all'indennità per menomazione dell'integrità vada normalmente – eccezionalmente, invece, il provvedimento può essere rimandato ad un successivo momento, qualora i requisiti materiali della pretesa non siano ancora sufficientemente determinabili (DTF 113 V 53 consid. 3b; *Gilg/Zollinger*, op. cit., pag. 71 segg.; *Maurer*, op. cit., pag. 415 seg.), oppure, circostanza non ravvisabile in concreto, anche anticipato se la cura è già terminata (RAMI 1988 n° U 50 pag. 285 consid. 1b) – resa simultaneamente a quella relativa alla rendita, se è dato il diritto a una tale prestazione, ci si deve avantutto domandare se l'INSAI avrebbe dovuto pronunciarsi sulla questione per essere insorto, durante la malattia professionale, il diritto a una rendita d'invalidità in quanto, conformemente all'art. 19 cpv. 1 LAINF, dalla continuazione della cura medica non vi era da attendersi un sensibile miglioramento della salute dell'assicurato.

Irrilevante è invece, ai fini della presente valutazione, l'eccezione sollevata dall'ente ricorrente per cui ogni ulteriore pretesa degli eredi non si giustificerebbe in partenza, poiché la situazione valetudinaria dell'assicurato non si sarebbe mai stabilizzata e le cure non sarebbero mai terminate. Siffatta soluzione, oltre a non tener conto della particolare situazione valida in ambito di malattie professionali, il cui disciplinamento prevede espressamente la possibilità della continuazione della cura medica anche dopo la determinazione di una rendita (art. 21 cpv. 1 lett. a LAINF), sembra pure misconoscere che giusta l'art. 19 cpv. 1 LAINF la nascita del diritto – alla rendita come pure, in virtù del rinvio di cui all'art. 24 cpv. 2 LAINF, all'indennità – viene fatta dipendere in prima linea dalla sola circostanza che dalla continuazione della cura medica non sia da attendersi un sensibile *miglioramento* dello stato di salute dell'assicurato, indipendentemente quindi da una mancata «stabilizzazione» conseguente a un continuo deterioramento della stessa e alla necessità di dover continuare a dispensare delle cure

onde, ad esempio, alleviare, nel limite del possibile, i dolori di un assicurato in fase terminale. Si volesse seguire la tesi dell'INSAI, l'assicuratore infortuni potrebbe liberamente procrastinare la decisione sul diritto alla rendita e sull'indennità per menomazione dell'integrità, eludendo così i diritti degli assicurati e dando spazio ad eventuali abusi.

b) La pronunzia querelata, che, a dipendenza della gravità e della fase avanzata della malattia, esclude già a partire dal ricovero avvenuto in data 19 novembre 1996 presso l'Ospedale X., ancor prima quindi della formulazione di una diagnosi, ogni possibilità di intervento destinato a guarire o comunque migliorare la situazione medica dell'assicurato, appare troppo assoluta ed in contrasto con gli atti di causa.

Le conclusioni dei primi giudici, riprese dall'UFAS, muovono dall'assunto secondo cui, venendo diagnosticata una malattia, come quella in oggetto, con prognosi *generalmente* infausta secondo la comune esperienza medica (cfr. *Pschyrembel*, *Klinisches Wörterbuch*, Berlin/New York 1998, 258a ed., pag. 1258), verrebbe a cadere in partenza la possibilità di praticare trattamenti curativi, entrando per contro in linea di considerazione solo interventi palliativi, intesi unicamente a migliorare la qualità di vita del paziente. Orbene, tale tesi, di natura prettamente sanitaria e, pertanto, come tale, tutta da verificare, non può essere avallata senza previa consultazione specialistica, e, oltre a non convincere nella misura in cui astraie in maniera assoluta dalle particolarità del caso, sembra pure contrastare con le tavole processuali. Dall'esame degli atti non risulta infatti che le cure dispensate si siano limitate ad interventi di natura palliativa – ossia a quei trattamenti che, per definitionem, sono destinati ad agire solo contro i sintomi, non anche contro le cause della malattia (cfr. *Pschyrembel*, op. cit., pag. 1185). Non solo la documentazione all'inserto riferisce in maniera dettagliata di ripetuti cicli chemio- e radioterapici cui è stato sottoposto l'interessato. I rapporti medici, in particolare quelli relativi al periodo tra il 13 gennaio e il 24 ottobre 1997, danno pure atto di miglioramenti del quadro clinico e di riduzione del versamento pleurico. Infine, dall'attestato 28 settembre 1998 del Centro oncologico di C. emerge che (solo) in tale data era stato iniziato un trattamento antidolorifico di salvataggio. Ora, già solo alla luce di queste risultanze – senza per questo voler assolutamente sminuire l'entità e la tragicità dell'evento –, la valutazione espressa dal Tribunale cantonale, che esclude a priori l'eventualità di qualsivoglia miglioramento dello stato di salute del de cuius e ritiene essere dati, sin dal primo ricovero avvenuto nel novembre 1996, i requisiti per riconoscere una rendita d'invalidità, un'indennità per menomazione dell'integrità ed eventualmente un assegno per grandi invalidi, non convince e deve essere ulteriormente approfondita.

Questo Tribunale non dispone infatti di chiare indicazioni che permettano di stabilire con la necessaria cognizione se, e a partire da quando, *nel caso concreto* si possa affermare che, non potendo attendersi più alcun sensibile miglioramento della situazione medica, gli interventi propriamente curativi siano cessati oppure siano divenuti superflui, con conseguente nascita del diritto a una rendita d'invalidità e, di riflesso, eventualmente a una indennità per menomazione dell'integrità. Facendo difetto tale accertamento, a questa Corte mancano gli elementi necessari per pronunciarsi sul merito delle richieste. Ne consegue pertanto la necessità di annullare la pronunzia cantonale e la decisione amministrativa e di retrocedere la causa all'INSAI affinché, previo complemento istruttorio, verifichi la circostanza relativa all'evoluzione concreta della situazione medica e, esaminati i presupposti materiali delle chieste prestazioni conformemente a quanto esposto nei precedenti considerandi, vi si pronunci nuovamente.

Übergangschädigung

U 461 Urteil des EVG vom 22. April 2002 i. Sa. Y.
(U 363/01)

Übergangschädigung (Art. 84 UVG, Art. 86 Abs. 1 VUV):

Die Voraussetzungen für den Anspruch auf Übergangschädigungen, welche im Zusammenhang mit der Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten erbracht werden, sind in Art. 86 Abs. 1 lit. a–c VUV geregelt. Massgebend ist daher nicht das Bestehen eines natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen einem Gesundheitsschaden und der Berufskrankheit, sondern die wirtschaftliche Beeinträchtigung des Versicherten infolge der ergangenen Nichteignungsverfügung (Erw. 3).

Indemnité (art. 84 LAA, 86 al. 1 OPA):

Les conditions du droit aux indemnités pour changement d'occupation qui sont octroyées dans le cadre de la prévention des accidents et maladies professionnels sont fixées à l'art. 86 al. 1 let. a à c OPA. L'élément déterminant n'est dès lors pas l'existence d'un lien de causalité naturelle et adéquate entre l'atteinte à la santé et la maladie professionnelle, mais le préjudice économique subi par l'assuré par suite de la décision d'inaptitude (cons. 3).

Indennità per cambiamento d'occupazione (art. 84 LAINF, art. 86 cpv. 1 OPI):

L'art. 86 cpv. 1 lett. a–c OPI disciplina le condizioni poste per aver diritto a indennità per cambiamento d'occupazione concesse in relazione con la prevenzione d'infortuni professionali e di malattie professionali. E' quindi determinante il pregiudizio economico subito dall'assicurato in seguito all'emanazione della decisione concernente la mancanza d'idoneità, e non l'esistenza di un nesso di causalità naturale e adeguato tra un danno alla salute e la malattia professionale (cons. 3).

Auszug aus den Erwägungen:

...

3. – a) Wenn das kantonale Gericht ausführt, die Feststellung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts im Urteil vom 10. November 1999, wonach die Berufskrankheit und die durchgemachten anaphylaktischen Reaktionen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht geeignet sind, eine psychische Störung zu verur-

sachen, wie sie sich bei der vom Beschwerdeführer an den Tag gelegten Vermeidungshaltung manifestierte, sei auch mit Bezug auf die Überentschädigung verbindlich, kann ihm nicht gefolgt werden. Diese Adäquanzbeurteilung bezog sich einzig auf den Leistungsanspruch im Zusammenhang mit der Berufskrankheit.

Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht bereits früher festgehalten hat, ergibt sich aus der Systematik des Unfallversicherungsgesetzes, dass es sich bei den ÜbergangsentSchädigungen nicht um Versicherungsleistungen im engeren Sinne handelt, sondern um Leistungen, welche im Zusammenhang mit der Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten erbracht werden. Der unfallversicherungsrechtlichen ÜbergangsentSchädigung und der Unfallinvalidenrente liegen unterschiedliche leistungsbegründende Tatbestände, d. h. verschiedenartige Risiken zugrunde. Beide Institute unterscheiden sich sowohl von den Voraussetzungen wie auch vom Inhalt her (BGE 126 V 204 Erw. 2c, 120 V 139 Erw. 4c/bb; RKUV 1995 Nr. U 225 S. 164 Erw. 2b).

b) Die SUVA kann einen Arbeitnehmer als nicht geeignet oder nur bedingt geeignet erklären und ihn von Arbeiten ausschliessen, die seine Gesundheit erheblich gefährden. Die befristete oder dauernde Nichteignungsverfügung stellt eine Einschränkung der Freiheit dar, sich in einer gewissen Hinsicht erwerblich zu betätigen. Es haften ihr versicherungsrechtliche, aber auch polizeirechtliche Züge im Sinne des Gesundheitsschutzes an (*Maurer*, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985, S. 591 FN 1512a). Sie ergeht von der Verwaltung gestützt auf die gesicherten medizinischen Erkenntnisse einer besonderen Gefährdung des Arbeitnehmers auf Berufsunfälle oder Berufskrankheiten durch bestimmte Arbeiten (Art. 84 Abs. 2 Satz 1 UVG). Mit der ÜbergangsentSchädigung soll dem Versicherten sodann der Wechsel von der ihn gefährdenden Arbeit auf eine neue geeignete Erwerbstätigkeit und die Erlangung der erforderlichen Fertigkeiten erleichtert werden (BGE 126 V 367 Erw. 4b; EVGE 1967 S. 206 Erw. 4). Die dafür notwendigen Voraussetzungen, welche kumulativ erfüllt sein müssen (RKUV 1995 Nr. U 225 S. 165 Erw. 2b), sind in Art. 86 Abs. 1 lit. a–c VUV geregelt.

c) Die ÜbergangsentSchädigung setzt weder Arbeitsunfähigkeit noch Invalidität voraus. Wenn der Versicherte wegen einer bereits bestehenden Invalidität als nicht geeignet erklärt wird und eine Invalidenrente erhält, ist die Überentschädigung zwar ausgeschlossen; der Grund liegt indessen darin, dass in diesem Fall die Invalidenrente die Funktion der ÜbergangsentSchädigung übernimmt (Art. 48 Abs. 2 Satz 2 UVG; *Maurer*, a. a. O., S. 594

FN 1517a). Verfügt der Versicherte dagegen über eine ganze oder teilweise Erwerbsfähigkeit, steht ihm keine Invalidenrente zu Lasten des Unfallversicherers zu, und er bezieht in diesem Umfange keine anderen Versicherungsleistungen im Sinne von Art. 84 Abs. 2 Satz 2 UVG (BGE 120 V 139 Erw. 4c/bb). Ebenso entfällt eine Leistung des Unfallversicherers, wenn der adäquate Kausalzusammenhang zwischen Berufskrankheit oder Unfall und Gesundheitsschaden verneint wurde. Vorbehalten bleibt in diesem Fall eine allfällige Kürzung der Übergangentschädigung gemäss Art. 40 UVG in Verbindung mit Art. 89 Abs. 1 VUV, wenn eine andere Sozialversicherung Leistungen erbringt.

...

Berufskrankheit

U 462 Urteil des EVG vom 23. April 2002 i. Sa. P.
(U 160/01)

Berufskrankheit (Art. 9 Abs. 2 UVG):

In casu wurde das Vorliegen einer Berufskrankheit (im Sinne der Generalklausel) bei einem langjährigen Berufstrompeter bejaht, der an einer beschäftigungsabhängigen Muskeldystonie im rechten Oberlippenbereich leidet (Erw. 3).

Maladie professionnelle (art. 9 al. 2 LAA):

En l'espèce, on a admis l'existence d'une maladie professionnelle (au sens de la clause générale) chez un trompettiste professionnel de longue date qui souffre d'une dystonie musculaire dans la région de la lèvre supérieure droite imputable à son activité (cons. 3).

Malattia professionale (art. 9 cpv. 2 LAINF).

Nella fattispecie è stata ammessa l'esistenza di una malattia professionale (conformemente alla clausola generale) per quanto riguarda un trombettista professionista attivo da molti anni e affetto da distonia muscolare al labbro superiore destro dovuta all'attività svolta (cons. 3).

I.

A. – Der 1943 geborene P. arbeitete seit 1969 als Trompetensolist des Orchesters X. und seit 1975 zusätzlich als Lehrer an der Musik-Akademie der Stadt Y. Über seine Arbeitgeberin, die Stiftung Z., war er bei der Schweizerischen National-Versicherungs-Gesellschaft (nachfolgend: National-Versicherung) obligatorisch gegen die Folgen von Berufs- und Nichtberufsunfällen sowie Berufskrankheiten versichert.

Mit ärztlichem Zeugnis vom 16. Juni 1994 diagnostizierte Dr. med. R., Spezialarzt für Neurochirurgie und Neurologie FMH, eine muskuläre Oberlippendystonie und attestierte P. vollständige Arbeitsunfähigkeit in seiner beruflichen Tätigkeit als Solotrompeter seit November 1993. Nach weiteren ärztlichen Abklärungen, namentlich den Berichten des Dr. med. M., Spezialarzt für Neurologie FMH, Neurologie-Zentrum A., vom 4. Juli 1994, des Dr. med. R. vom 18. Januar 1995 sowie des Dr. med. V., Spezialarzt für Psychiatrie und Psychotherapie FMH, vom 26. Januar 1995, ersuchte die Amtsärztin des Gesundheitsamtes C. die National-Versicherung mit Schreiben vom 3. März 1995 unter Hinweis auf den Befund einer fokalen Dystonie im Be-

reich der rechten Oberlippe («Musikerkrampf») um Ausrichtung von Leistungen an den Versicherten. Die National-Versicherung holte in der Folge Stellungnahmen des Dr. med. B., Spezialarzt für Chirurgie FMH, speziell Handchirurgie, Medizinischer Dienst, Schweizerische Vereinigung privater Kranken- und Unfallversicherer, vom 23. März und 1. Juni 1995 sowie des Dr. med. V. vom 24. April 1995 ein. Gestützt darauf teilte sie P. am 25. Juli 1995 verfügungsweise mit, eine Leistungspflicht entfalle, da keine Berufskrankheit vorliege. An diesem Standpunkt hielt sie auf Einsprache hin auch nach Bezug von Berichten des Dr. med. M. vom 23. Januar 1996 und des Dr. med. B. vom 1. Juli 1998 sowie von Gutachten des Zahnarztes Dr. L. vom 22. Oktober 1997 und des Dr. med. D., Spezialarzt für Psychiatrie und Psychotherapie FMH, vom 11. März 1998 mit Einspracheentscheid vom 13. Juli 1998 fest.

Nachdem das Obergericht des Kantons Schaffhausen eine dagegen erhobene Beschwerde unter Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides teilweise gutgeheissen und die Sache zu weiteren Abklärungen sowie Neuentscheidung an die National-Versicherung zurückgewiesen hatte (Entscheid vom 16. April 1999), veranlasste diese ein Gutachten des Prof. Dr. med. E., Institut für Musikphysiologie und Musiker-Medizin, vom 17. November 1999. Unter Berufung auf die gutachtlichen Schlussfolgerungen verneinte sie in der Folge mit Verfügung vom 10. Februar 2000, bestätigt durch Einspracheentscheid vom 17. August 2000, einen qualifizierten Kausalzusammenhang zwischen der festgestellten Dystonie und der beruflichen Musikertätigkeit.

B. – Die hiegegen eingereichte Beschwerde hiess das Obergericht des Kantons Schaffhausen gut, hob den Einspracheentscheid vom 17. August 2000 auf und wies die Sache an die National-Versicherung zurück, damit sie P. die ihm zufolge Berufskrankheit zustehenden Versicherungsleistungen zuspreche (Entscheid vom 20. April 2001).

C. – Die National-Versicherung führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben.

Während P. auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliessen lässt, verzichten das Bundesamt für Sozialversicherung und der als Mitinteressierter beigelegene Krankenversicherer, die Concordia, Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung, auf eine Vernehmlassung.

II.

Das Eidg. Versicherungsgericht hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus den folgenden Erwägungen abgewiesen:

1. – a) Es steht fest und ist unbestritten, dass der Beschwerdegegner weder an den Folgen eines versicherten Unfalles (Art. 6 Abs. 1 UVG in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 UVV) noch an einer unfallähnlichen Körperschädigung (Art. 6 Abs. 2 UVG in Verbindung mit 9 Abs. 2 UVV) oder an einer Berufskrankheit gemäss Art. 9 Abs. 1 UVG in Verbindung mit dem Anhang 1 zur UVV leidet. In Betracht fällt als Anspruchsgrundlage einzig Art. 9 Abs. 2 UVG, wonach als Berufskrankheiten auch andere Krankheiten gelten, von denen nachgewiesen wird, dass sie ausschliesslich oder stark überwiegend durch berufliche Tätigkeit verursacht worden sind.

b) Wie das kantonale Gericht richtig dargelegt hat, ist die Voraussetzung des ausschliesslichen oder stark überwiegenden Zusammenhanges gemäss Art. 9 Abs. 2 UVG nach ständiger Rechtsprechung erfüllt, wenn die Berufskrankheit mindestens zu 75 % durch die berufliche Tätigkeit verursacht worden ist (BGE 126 V 186 Erw. 2b mit Hinweis auf BGE 114 V 109). Die Anerkennung von Beschwerden im Rahmen dieser von der Rechtsprechung als «Generalklausel» bezeichneten Anspruchsgrundlage ist an relativ strenge Beweisanforderungen gebunden. Sofern der Nachweis eines qualifizierten (zumindest stark überwiegenden [Anteil von mindestens 75 %]) Kausalzusammenhanges nach der medizinischen Empirie allgemein nicht geleistet werden kann (z.B. wegen der weiten Verbreitung einer Krankheit in der Bevölkerung, welche es ausschliesst, dass eine bestimmte versicherte Berufstätigkeit ausübende Person zumindest vier mal häufiger von einem Leiden betroffen ist als die Bevölkerung im Durchschnitt), scheidet die Anerkennung im Einzelfall aus (BGE 126 V 186 Erw. 2b, 190 Erw. 4c, je mit Hinweisen). Verlangt wird, dass der Versicherte für eine gewisse Dauer einem typischen Berufsrisiko ausgesetzt ist (BGE 126 V 186 Erw. 2b mit Hinweis), wobei für die Beurteilung der Exposition (oder Arbeitsdauer) die gesamte, gegebenenfalls auch die schon vor dem 1. Januar 1984 (Inkrafttreten des UVG) ausgeübte Berufstätigkeit zu berücksichtigen ist (BGE 119 V 200).

2. – a) Der Beschwerdegegner ist mehrfach medizinisch umfassend untersucht worden, wobei die Diagnose der beteiligten Ärzte, namentlich der neurologischen Fachexperten, von Anfang an übereinstimmend auf einen so genannten «Musikerkrampf», d.h. auf eine beschäftigungsabhängige Muskeldystonie im rechten Oberlippenbereich, lautete (vgl. ärztliches Zeugnis des Dr. med. R. vom 16. Juni 1994; Berichte des Dr. med. M. vom 4. Juli 1994 und 23. Januar 1996, des Dr. med. R. vom 18. Januar 1995, der Amtsärztin des Gesundheitsamtes C. vom 3. März 1995 und des Dr. med. V. vom 24. April 1995; Gutachten des Dr. L. vom 22. Oktober 1997).

b) In seinem von der Beschwerdeführerin veranlassten Gutachten vom 17. November 1999, welchem – mit Ausnahme gewisser Schlussfolgerungen (vgl. Erw. 3b hienach) – voller Beweiswert zukommt, da es alle rechtssprechungsgemässen Kriterien für beweiskräftige ärztliche Entscheidungsgrundlagen erfüllt (BGE 125 V 352 Erw. 3 mit Hinweisen), diagnostizierte Prof. Dr. med. E. im Einklang mit den Vorakten eine tätigkeitsspezifische fokale Dystonie (sog. Ansatzdystonie) bei Berufstrompetern. Eine psychische Ursächlichkeit des Leidens wie auch das Bestehen eines krankhaften Vorzustandes, der eine psychische Fehlentwicklung bewirkt oder zumindest begünstigt hätte, schloss der Fachspezialist im Gegensatz zu den vorhergehenden Einschätzungen durch die Dres. med. V. (Berichte vom 26. Januar und 24. April 1995), B. (Berichte vom 23. März und 1. Juni 1995 sowie 1. Juli 1998) und D. (Gutachten vom 11. März 1998) – aus. Diese Beurteilung, der auch die National-Versicherung im Rahmen des zweiten Verwaltungs- und Einspracheverfahrens (Verfügung vom 10. Februar 2000; Einspracheentscheid vom 17. August 2000) nicht mehr opponierte, erscheint insbesondere mit Blick darauf überzeugend und nachvollziehbar, dass ihr u. a. eine eingehende psychologische bzw. psychiatrische Untersuchung des Beschwerdegegners zu Grunde liegt. Prof. Dr. med. E. hat die Kausalität zwischen der beruflichen Tätigkeit des Versicherten als Berufstrompeter und dessen Erkrankung, namentlich auch in Bezug auf die Ausweitung der gestörten Bewegungsprogramme zur unwillkürlichen Tonisierung und zur fokalen Tremoraktivität der Gesichtsmuskulatur, vor dem Hintergrund der ständigen beruflichen Belastung über Jahrzehnte sowie auf Grund des Umstands bejaht, dass in der «sonstigen», das Trompetenspiel nicht professionell ausübenden Bevölkerung keine derartigen Lippendystonien existierten.

3. – a) Wie die Vorinstanz in sorgfältiger und korrekter Würdigung des Gutachtens des Prof. Dr. med. E. erkannt hat, ist in Nachachtung der in Erw. 1b hievor genannten materiell- und beweisrechtlichen Anforderungen vorliegend entscheidewesentlich, dass die fragliche Krankheit zum einen ausschliesslich in der Berufsgruppe des Beschwerdegegners vorkommt – und damit weit mehr als viermal häufiger auftritt als in der Bevölkerung im Allgemeinen – und dieser zum anderen während längerer Arbeitsdauer einer besonderen beruflichen Belastung mit spezifischer Auswirkung auf die betroffene Ansatzmuskulatur ausgesetzt war. Hieraus erhellt, dass die diagnostizierte tätigkeitsspezifische fokale Dystonie zumindest stark überwiegend durch die berufliche Tätigkeit verursacht worden ist und, da der Nachweis eines im Sinne der Rechtsprechung qualifizierten Kausalzusammenhanges erbracht ist, eine Berufskrankheit nach Art. 9 Abs. 2 UVG darstellt.

b) Nicht beigepflichtet kann dem Gutachter insoweit, als er schlussfolgernd die Auffassung vertritt, angesichts der Tatsache, dass die Krankheit auch unter Berufstrompetern nur selten auftritt, müsse als massgebliche Mitursache eine bislang unbekannte schicksalsbedingte, im Organismus des Beschwerdegegners begründete Voraussetzung und somit ein durch die Forschung noch näher zu definierender persönlicher Risikofaktor angesehen werden, weshalb die berufliche Verursachung in diesem Zusammenhang als unter 50% anzunehmen bzw. die Auslösung der Krankheit letztlich überwiegend anlagebedingt sei.

Wie im angefochtenen Entscheid zutreffend ausgeführt wurde, sind zum einen Art und spezifische Bedeutung des lediglich vermuteten – anlagebedingten – persönlichen Risikofaktors nicht bekannt; die berufliche Tätigkeit stellt den einzig konkret bekannten und mithin ursächlichen Faktor für das Leiden dar. Ferner sind auch innerhalb einer beruflichen Risikogruppe nicht regelmässig alle Personen von einem bestimmten Leiden betroffen. Deren Anzahl variiert vielmehr in starkem Ausmass und kann deshalb letztlich nicht ausschlaggebend für die Qualifikation als Berufskrankheit sein. Überdies beschäftigt vorliegend nicht primär die Frage nach dem exakten Anteil der Betroffenen innerhalb der Risikogruppe, sondern ist in erster Linie relevant, ob die vom Beschwerdegegner geklagte gesundheitliche Beeinträchtigung ausschliesslich oder stark überwiegend durch die berufliche Tätigkeit verursacht worden ist. Dies trifft ohne weiteres zu, wenn das Leiden – wie Prof. Dr. med. E. für das hier zu beurteilende Beschwerdebild glaubhaft darlegt – ausserhalb einer Berufsgruppe gar nicht auftritt. Der Kausalzusammenhang zwischen beruflicher Tätigkeit und Beschwerden ist vorliegend denn auch evident: Der Versicherte spielte seit seinem fünften Lebensjahr Trompete. Das muskuläre Leiden trat im Jahre 1993, mithin in seinem 50. Altersjahr bzw. nachdem er 45 Jahre lang Trompete gespielt hatte, auf. Der Beschwerdegegner war somit dem typischen, dauerhaften, wenn auch geringen Risiko der Erkrankung (BGE 116 V 144 Erw. 5d) während langer Zeit ausgesetzt gewesen. Hievon abweichende Ursachen (vorbestandene Gesundheitsschäden, andere, nicht beruflich belastende Tätigkeiten) können nach dem Gesagten medizinisch weder nachgewiesen noch zugeordnet werden.

4. – Das Verfahren ist kostenlos (Art. 134 OG). Dem Prozessausgang entsprechend hat der anwaltlich vertretene Beschwerdegegner Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 159 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 135 OG).

Nicht rechtzeitig diagnostiziertes Krankheitsgeschehen

U 463 Urteil des EVG vom 2. Mai 2002 i. Sa. B.
(U 319/01)

Nicht rechtzeitig diagnostiziertes Krankheitsgeschehen
(Art. 6 Abs. 3, Art. 10 Abs. 1 UVG; Art. 10 UVV):

Keine Haftung des Unfallversicherers für ein mit dem versicherten Unfall nicht in Zusammenhang stehendes Krebsleiden, das während der Heilbehandlung im Sinne von Art. 10 UVG nicht (rechtzeitig) entdeckt worden ist.

Maladie diagnostiquée tardivement
(art. 6 al. 3, art. 10 al. 1 LAA; art. 10 OLAA):

Pas de responsabilité de l'assureur-accidents pour un cancer sans rapport de causalité avec l'accident assuré et qui n'a pas été découvert (à temps) pendant le traitement médical au sens de l'art. 10 LAA.

Malattia non diagnosticata tempestivamente
(art. 6 cpv. 3, art. 10 cpv. 1 LAINF; art. 10 OAINF):

L'assicuratore infortuni non è responsabile per un cancro senza nesso di causalità con l'infortunio assicurato e non evidenziato (in tempo) durante la cura medica ai sensi dell'art. 10 LAINF.

I.

A. – B., gelernter Schlosser, war bei der S. AG angestellt und dadurch bei der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) obligatorisch gegen Unfälle versichert. Am 20. Januar 1997 zog er sich als Mitfahrer bei einem Verkehrsunfall eine Keilimppressionsfraktur Th12/L1 zu. Der Heilungsverlauf mit konservativer Behandlung erfolgte zunächst ohne Komplikationen. Im Bericht des SUVA-Inspektors vom 26. Juni 1997 wird festgehalten, B. leide nach wie vor unter Rückenbeschwerden und Kopfweh. Die Arbeitstätigkeit habe er ab 2. Juni 1997 zu 25 % und ab 9. Juni 1997 zu 40 % aufgenommen, dabei aber beim Versuch, mit einem vollen Pensum zu arbeiten, unter Müdigkeit und Konzentrationsstörungen gelitten. Ab 16. August 1997 steigerte er sein Arbeitspensum mit leichter Tätigkeit auf 60 %. Im Bericht des Hausarztes Dr. med. W. vom 14. Oktober 1997 wird von teilweise grosser Müdigkeit sowie Rücken- und Kopfschmerzen bei stärkerer Belastung berichtet. Nach einer kreisärztlichen Untersuchung am 11. November 1997 hielt sich B. vom 5. Januar bis zum 4. März 1998 in der Reha-

bilitationsklinik Z. auf, wo eine orthopädische-traumatologische Frührehabilitation, eine berufliche Abklärung und ein psychosomatisches Konsilium durchgeführt wurden (Austrittsbericht vom 25. März 1998). Neben Kopfschmerzen, Hörschwäche und Miktionsproblemen gab er Sensibilitätsstörungen in der rechten Wangenregion und in der rechten Zungenhälfte sowie im Geschmackempfinden an. Das psychosomatische Konsilium führte zu keiner definitiven psychiatrischen Diagnose, doch wurde eine sehr eigentümliche Präsentation erwähnt. Aufgrund der beruflichen Abklärung war wegen der Rückenbeschwerden eine Umschulung auf eine leichtere Tätigkeit wie in einem kaufmännischen Beruf angezeigt. Nach Zuweisung durch den Hausarzt veranlasste Dr. med. M., Neurologie FMH, Anfang Mai 1998 ein MRI der LWS, HWS und des Kopfes. Dabei wurde ein diffus wachsendes Hirnstammgliom mit Ausdehnung ins rechte Kleinhirn festgestellt. Am 8. Juni 1998 wurde B. in der Neurochirurgischen Klinik des Universitätsspitals X. notfallmässig operiert.

Mit Verfügung vom 6. Januar 2000 sprach die SUVA B. ab 1. Juli 1998 für die Unfallfolgen eine Invalidenrente für eine Erwerbsunfähigkeit von 10 % sowie eine Integritätsentschädigung für eine Integritätseinbusse von 15 % zu. Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 18. Mai 2000 fest.

B. – Hiegegen liess B. Beschwerde erheben mit dem Antrag, die SUVA sei für die Folgen der Tumorerkrankung als leistungspflichtig zu erklären. Am 27. Januar 2001 verstarb er an den Folgen der Tumorerkrankung. Nachdem seine Mutter A. als seine einzige Erbin in den Prozess eingetreten war, wies das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau die Beschwerde mit Entscheidung vom 21. Februar 2001, eröffnet am 23. August 2001, ab.

C. – A. lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen unter Erneuerung des vorinstanzlich gestellten Rechtsbegehrens. Eventuell sei die Sache zur weiteren Abklärung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Kantonales Gericht und SUVA schliessen auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherung verzichtet auf eine Vernehmlassung.

II.

Aus den folgenden Erwägungen hat das Eidg. Versicherungsgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abgewiesen:

1. – a) Gemäss Art. 6 UVG werden – soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt – die Versicherungsleistungen bei Berufsunfällen, Nichtberufsunfällen und Berufskrankheiten gewährt (Abs. 1). Ausserdem erbringt die

Versicherung ihre Leistungen für Schädigungen, die dem Verunfallten bei der Heilbehandlung im Sinne von Art. 10 UVG zugefügt werden (Abs. 3). Ferner bestimmt Art. 10 UVV, dass der Versicherer seine Leistungen auch für Körperschädigungen erbringt, die der Versicherte durch von ihm angeordnete oder sonstwie notwendig gewordene medizinische Abklärungsuntersuchungen erleidet.

b) Nach Art. 10 Abs. 1 UVG hat der Versicherte Anspruch auf Heilbehandlung. Dabei hat der Versicherer die Pflegeleistungen nur solange zu erbringen, als davon eine namhafte Besserung des Gesundheitszustandes erwartet werden kann (Art. 19 Abs. 1 UVG; *Locher*, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 2. Aufl. S. 170 N 11; *Maurer*, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, S. 274). Kommt die Versicherung zum Schluss, dass von einer Fortsetzung der Behandlung keine namhafte Besserung des Gesundheitszustandes erwartet werden kann, oder hält sie eine vom Versicherten oder dessen Arzt vorgeschlagene Behandlung für unzweckmässig, kann sie gestützt auf Art. 48 Abs. 1 UVG die Fortsetzung der Behandlung ablehnen. Indem das Gesetz den Versicherer ermächtigt, im Einzelfall die diagnostischen und therapeutischen Massnahmen festzulegen, überbindet es diesem die Verantwortung für die Heilbehandlung; es ist dies ein Ausfluss des für die Pflegeleistungen nach UVG gültigen Naturalleistungsprinzips (*F.-X. Deschenaux*, Le précepte de l'économie du traitement dans l'assurance-maladie sociale, en particulier en ce qui concerne le médecin, in: Festschrift 75 Jahre EVG, Bern 1992, S. 529 f.; *Maurer*, a. a. O., S. 299 und 274 f.). Konsequenz des Rechts des Unfallversicherers zur Anordnung von Behandlungsmassnahmen ist, dass er einerseits Leistungen zu erbringen hat für Schädigungen, welche dem Verunfallten bei der Heilbehandlung zugefügt werden (Art. 6 Abs. 3 UVG; BGE 118 V 286), andererseits berechtigt ist, die Leistungspflicht für eine nicht bewilligte Heilmassnahme und die sich aus ihr ergebenden Folgen abzulehnen (RKUV 1995 Nr. U 227 S. 190; RDAT 1997 II Nr. 62 S. 226).

c) Mit Art. 6 Abs. 3 UVG und Art. 10 UVV hat der Gesetzgeber die unter dem KUVG entwickelte Rechtsprechung (EVGE 1967 S. 19 Erw. 2, 1964 S. 207, 1961 S. 9 mit Hinweis) kodifiziert (*Alfred Bühler*, Der Unfallbegriff, in *Alfred Koller* [Hrsg.], Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, S. 256; *Ghéléw/Ramelet/Ritter*, Commentaire de la loi sur l'assurance-accidents [LAA], S. 58 f.). Sinn und Zweck dieser Bestimmungen sind die Tragung des Risikos durch den Unfallversicherer für die von ihm übernommenen medizinischen Massnahmen; damit wird das Korrelat der Behandlungspflicht und der Weisungsgebundenheit des Versicherten hergestellt. Die Haftung erstreckt sich auf Gesundheitsschädigungen, die auf Behandlungs-

massnahmen im Anschluss an einen Unfall zurückzuführen sind. Es muss weder ein Behandlungsfehler vorliegen noch der Unfallbegriff erfüllt noch ein Kunstfehler oder auch nur objektiv eine Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht gegeben sein (BGE 118 V 292 Erw. 3b; Bühler, a. a. O., S. 256). Damit ist die medizinische Komplikation im Sinne einer mittelbaren Unfallfolge mitversichert, und zwar selbst im Falle seltenster, schwerwiegendster Komplikationen (*Werner E. Ott*, Haftung des Arztes oder des Spitals infolge fehlerhafter Unfallbehandlung, in *Collezione Assista Genf* 1998 S. 451; BGE 118 V 291 Erw. 3a mit Hinweis). Der Versicherer leistet denn auch nicht Schadenersatz im Sinne des Haftpflichtrechts, sondern er erbringt Versicherungsleistungen nach UVG (Maurer, a. a. O., S. 259; *Thomas A. Bühlmann*, Die rechtliche Stellung der Medizinalpersonen im Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981, Diss. Bern 1985 S. 198). Angesichts dieser gesetzlichen Konzeption hat der Unfallversicherer nur für Schädigungen aufzukommen, die in einem natürlichen und adäquat kausalen Zusammenhang mit den durch den versicherten Unfall erfolgten Heilbehandlungen und medizinischen Abklärungsuntersuchungen stehen (BGE 122 V 32 unten Erw. 2b/bb zu Art. 18 Abs. 6 MVG; *Jürg Maeschi*, Kommentar zum Bundesgesetz über die Militärversicherung [MVG] vom 19. Juni 1992, S. 177 f. N 41 zu Art. 18 MVG; a. A. Bühler, a. a. O., S. 256, wonach ein natürlich kausaler Zusammenhang genügt). Nicht unter den Anwendungsbereich der beiden Bestimmungen fallen hingegen ärztliche Handlungen oder Unterlassungen im Zusammenhang mit Krankheiten, die ausserhalb der Heilbehandlung im Sinne von Art. 10 UVG liegen. So haftet der Unfallversicherer nicht gestützt auf diese beiden Bestimmungen für die Folgen einer vom versicherten Unfall völlig unabhängigen Gesundheitsschädigung, auch wenn diese Folgen (z. B. Herzinfarkt) bei rechtzeitiger Diagnosestellung durch den vom Versicherer eingesetzten untersuchenden Arzt vermieden worden wären (EVGE 1961 S. 9; *Alexandra Rumo-Jungo*, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 2. Aufl., Zürich 1995, S. 61).

2. – Der Versicherte befand sich im Anschluss an den Unfall vom 20. Januar 1997 in (kreis-)ärztlicher Behandlung sowie vom 5. Januar bis 4. März 1998 in der Rehabilitationsklinik Z. zur orthopädisch-traumatologischen Frührehabilitation, zur Beurteilung der somatischen und psychosozialen Problematik sowie zur Abklärung der beruflichen Situation. Das Tumorleiden, an welchem er am 27. Januar 2001 verstorben ist, wurde am 2. Juni 1998 anlässlich einer Untersuchung mit dem MRI entdeckt. Dieser Tumor steht aufgrund der Akten weder mit dem Unfall noch mit der wegen der Unfallfolgen notwendigen Heilbehandlung und mit den medizinischen Abklä-

rungsuntersuchungen in Zusammenhang. Vielmehr handelt es sich um ein davon völlig unabhängiges Krankheitsgeschehen. Unter diesen Umständen hat die Beschwerdegegnerin keine Leistungen nach Art. 6 Abs. 3 UVG und Art. 10 UVV zu erbringen. Sie haftet gestützt auf diese beiden Bestimmungen mithin nicht für eine allfällig verspätete Diagnosestellung der die Unfallfolgen behandelnden Ärzte. Es ist daher auch nicht Sache des Sozialversicherungsgerichts, sich zu dieser Frage zu äussern oder dazu ein Gutachten einzuholen. Aus diesem Grund sind die Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu diesen beiden Punkten unbehelflich.

Prämienbemessung in der Berufsunfallversicherung

U 464 Urteil des EVG vom 28. Mai 2002 i. Sa. S.

(U 346/01)

Prämienbemessung in der Berufsunfallversicherung

(Art. 92 Abs. 2 und 5 UVG; Art. 113 Abs. 1 UVV):

In Streitigkeiten betreffend die Einreihung eines Betriebes in den Prämientarif für die Berufsunfallversicherung kann die materielle Richtigkeit der für die Prämienbemessung bedeutsamen Versicherungsleistungen – i. c. Taggelder – grundsätzlich nicht gerichtlich überprüft werden (Erw. 4b).

Calcul des primes de l'assurance-accidents professionnelle

(art. 92 al. 2 et 5 LAA; art. 113 al. 1 OLAA) :

Dans les litiges ayant pour objet le classement d'une entreprise dans le tarif des primes de l'assurance-accidents professionnelle, il n'est pas possible en principe de faire vérifier par le juge l'exactitude matérielle des prestations d'assurances – en l'occurrence des indemnités journalières – entrant en ligne de compte pour le calcul des primes (consid. 4b).

Calcolo dei premi dell'assicurazione contro gli infortuni

professionali (art. 92 cpv. 2 e 5 LAINF; art. 113 cpv. 1 OAINF):

Per principio, in caso di controversie concernenti l'attribuzione di un'azienda alle tariffe dei premi dell'assicurazione contro gli infortuni professionali, la correttezza materiale delle prestazioni assicurative rilevanti per il calcolo dei premi, nelle fattispecie delle indennità giornaliere, non può essere verificata nell'ambito di una procedura giudiziale (cons. 4b).

Auszug aus den Erwägungen:

...

4. – a) Gegen den Einbezug des Taggeldrisikos an sich in die Prämienbemessung wird vorgebracht, die hohen Leistungen an Taggelder wirkten sich auf die Prämieinstufung negativ aus. Damit vermag der Beschwerdeführer aber nicht darzutun, inwiefern die Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes bei der Prämienberechnung auf der Grundlage des Bonus-Malus-Systems den Tarifierungsgrundsätzen widerspricht. In diesem Zusammenhang führt die Rekurskommission im Übrigen richtig aus, dass eine Tarifposition nicht losgelöst von den übrigen Tarifbestimmungen gewürdigt

werden darf, sondern im Gesamtzusammenhang zu beurteilen ist (vgl. BGE 112 V 288 Erw. 3 in fine).

b) In masslicher Hinsicht wird vorgebracht, die 1998 an resp. für den ehemaligen Arbeitnehmer M. ausgerichteten Taggelder seien für den hohen Taggeldrisikosatz (161 %) verantwortlich. Dieser habe im Mai 1998 einen Unfall erlitten und dabei den kleinen Finger der linken Hand verloren. Trotz mehrmaligem Versuch, M. in den Arbeitsprozess einzugliedern, habe er die Wiederaufnahme der Arbeit verweigert. Schliesslich sei ihm am 20. Januar 1999 gekündigt worden. Tatsache sei, dass M. hätte arbeiten müssen und können, wie auch im Bericht der Rehabilitationsklinik Bellikon vom 19. November 1998 festgehalten werde. Die Taggelderleistungen an M. seien daher, sinngemäss da zu Unrecht ausgerichtet, aus der Berechnung des Taggeldrisikosatzes zu streichen.

Gemäss Berechnungsunterlagen wurden 1998 insgesamt Fr. 20904.– an Taggeldern an resp. für M. ausgerichtet. Dies entspricht mehr als 60 % der insgesamt in der Beobachtungsperiode 1997/98 an Betriebsangehörige bezahlten Taggelderleistungen von Fr. 34 103.– und wirkt sich dementsprechend (erhöhend) auf den Taggeldrisikosatz aus. Diese Kennzahl gibt das prozentuale Verhältnis zwischen Taggeld- und Lohnsumme insgesamt im Vergleich Betrieb/Branche wieder (hier: $161\% = [1,76\% / 1,09\%] \times 100\%$; vgl. Ziff. 2.2 des Grundlagenblattes für die Einreihung 2000). Die Taggelder finden sodann zusammen mit weiteren Versicherungsleistungen (u. a. Heilkosten, Renten und Kapitalabfindungen) auch Eingang in die Berechnung des Gesamtkostenrisikosatzes.

aa) Dem Beschwerdeführer ist insoweit beizupflichten, dass bei der Ermittlung des Taggeld- und des Gesamtkostenrisikosatzes grundsätzlich nur Versicherungsleistungen berücksichtigt werden dürfen, auf die das Gesetz Anspruch gibt, die also zu Recht ausgerichtet worden sind. Mit deren förmlichen oder auch formlosen Zusprechung durch den Unfallversicherer oder im Beschwerdefall das kantonale Versicherungsgericht (Art. 106 UVG) oder das Eidgenössische Versicherungsgericht (Art. 110 UVG) ist diese Frage indessen rechtskräftig entschieden. Daran ist das Gericht im Streit betreffend die Einreihung in den Prämientarif gebunden. Der allgemeine verwaltungsrechtliche Grundsatz, wonach der Entscheid der zuständigen Behörde über Vorfragen aus einem anderen Rechtsgebiet für das mit einer Streitsache befasste Gericht verbindlich ist (vgl. BGE 115 V 7 oben sowie RKUV 1991 Nr. U 119 S. 48 Erw. 7b; *Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., S. 97 oben), gilt auch hier. Dabei sind Ausnahmen aus Gründen der Rechtssicherheit, insbesondere Vermeidung widersprüchlicher Erkenntnis-

se, lediglich im Falle der Nichtigkeit des fraglichen Entscheides, welche jederzeit festgestellt werden kann und muss (BGE 121 III 144 Erw. 2, 115 Ia 4 Erw. 3 mit Hinweisen), zugelassen (*Moor*, Droit administratif I, 2. Aufl., S. 279, sowie *Rhinow/Koller/Kiss*, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, S. 177 Rz 919 f. mit Hinweisen). Dass dem Arbeitgeber in Leistungsstreitigkeiten im Rahmen seiner Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324b OR ein Beschwerderecht zusteht, wenn der Versicherer seine Leistungspflicht verneint (vgl. RKUV 1989 Nr. U 73 S. 239 mit Hinweis), ist in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung.

bb) Dieser Rechtsauffassung ist auch die Vorinstanz, welche die Einwendungen gegen die Berücksichtigung der 1998 an resp. für M. ausgerichteten Taggelder bei Berechnung der betrieblichen Risikoprämien gemäss Bonus-Malus-System verworfen hat, dies u. a. mit der Begründung, die Frage der Rechtmässigkeit dieser Leistungen im Rahmen der Einreihung des Betriebes in den Prämientarif aufwerfen zu können, bedeute, den Inhalt einer bereits ergangenen Verfügung erneut zum Verfahrensgegenstand zu machen. Zudem hätte, so die Rekurskommission weiter, im Bestreitungsfall die Überprüfung durch eine Instanz zu erfolgen, der im Leistungsbe- reich keine Rechtsprechungsbefugnis zukomme (vgl. Art. 109 UVG). Mit der Vorinstanz ist zwar nicht zu verkennen, dass einzelne Unfälle von Betriebsangehörigen direkt die Prämie beeinflussen können und daher der Arbeitgeber ein Interesse daran hat, sich zu den dadurch ausgelösten Leistungen zu äussern. Über die rechtliche Ausgewiesenheit wird indessen mit deren Zusprechung durch den Unfallversicherer (oder im Beschwerdefall das Gericht) entschieden. Es kommt dazu, wie die Rekurskommission richtig erkannt hat, dass Unfallversicherer und Arbeitgeber sowohl in Bezug auf die medizinisch korrekte Beurteilung und die zügige Führung und Erledigung eines Falles als auch und insbesondere, was die Wiederaufnahme einer Arbeitstätigkeit betrifft, die gleichen Interessen haben.

cc) Gegen die Überprüfung der materiellen Richtigkeit der für die Prämienbemessung bedeutsamen Versicherungsleistungen im Rahmen eines Streites betreffend die Einreihung eines Betriebes in den Prämientarif spricht schliesslich, dass eine solche in der Regel den Beizug des medizinischen Dossiers des Arbeitnehmers erforderte, in welches auch der Arbeitgeber Einsicht nehmen könnte. Angesprochen ist das in Art. 98 UVG geordnete verfahrensrechtliche Akteneinsichtsrecht (unveröffentlichtes Urteil M. vom 16. September 1999 [C 418/98] mit Hinweis auf BGE 123 II 534; vgl. auch BBl 2000 264). Das Geheimhaltungsinteresse des Arbeitnehmers ist nun aber höher zu bewerten als das Interesse des Arbeitgebers an der Überprüfung der Rechtmässigkeit der Leistungszusprechung und -ausrich-

tung im Verfahren der Einreihung in den Prämientarif, zumal der Unfallversicherer, wie in Erw. 4b/bb dargelegt, nur im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften leisten darf und mit grundsätzlich demselben Interesse die Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen vorgenommen hat.

dd) Soweit im Entscheid über die Versicherungsleistungen nicht dispositivmässig Feststellungen getroffen werden, dürfte eine Bindungswirkung entfallen. Ob die Rekurskommission etwa die Qualifikation als Berufsunfall oder die Zuordnung der Kosten zu einem bestimmten Arbeitgeber überprüfen könnte, wie sie dafür hält, kann vorliegend aber offen gelassen werden.

c) Nach dem Gesagten ist der angefochtene Entscheid rechtens, insbesondere auch, soweit er feststellt, dass in Streitigkeiten betreffend die Einreihung eines Betriebes in den Prämientarif für die Berufsunfallversicherung die Rechtmässigkeit von für die Prämienbemessung bedeutsamen Versicherungsleistungen einer gerichtlichen Überprüfung grundsätzlich nicht zugänglich ist.

Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs

U 465 Urteil des EVG vom 18. Juni 2002 i. Sa. W.

(U 164/01)

Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs (Art. 6 Abs. 1 UVG):

Die Adäquanz des Kausalzusammenhangs ist nur dann im Sinne von BGE 123 V 99 Erw. 2a unter dem Gesichtspunkt einer psychischen Fehlentwicklung nach Unfall zu beurteilen, wenn die psychische Problematik bereits unmittelbar nach dem Unfall eindeutige Dominanz aufweist (Erw. 3a).

Wird die Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 99 Erw. 2a in einem späteren Zeitpunkt angewendet, ist zu prüfen, ob im Verlaufe der ganzen Entwicklung vom Unfall bis zum Beurteilungszeitpunkt die physischen Beschwerden gesamthaft nur eine sehr untergeordnete Rolle gespielt haben und damit ganz in den Hintergrund getreten sind. Nur wenn dies zutrifft, ist die Adäquanz nach der Rechtsprechung zu den psychischen Unfallfolgen (BGE 115 V 133) zu beurteilen (Erw. 3b).

Appréciation de la causalité adéquate (art. 6 al. 1 LAA):

L'existence d'un lien de causalité adéquate ne doit être appréciée à la lumière des principes applicables en cas de troubles du développement psychique consécutifs à un accident selon l'ATF 123 V 99 cons. 2a que si la problématique psychique présente un caractère prédominant déjà immédiatement après l'accident (cons. 3a).

Si la jurisprudence développée dans l'ATF 123 V 99 cons. 2a est appliquée à un stade ultérieur, il convient d'examiner si, durant toute la phase d'évolution, depuis l'accident jusqu'à la date du prononcé, les troubles psychiques n'ont joué dans l'ensemble qu'un rôle tout à fait secondaire et, partant, sont relégués entièrement au second plan. L'existence du lien de causalité adéquate ne doit être appréciée selon la jurisprudence applicable en cas de troubles du développement psychique (ATF 115 V 133) que si tel est le cas (cons. 3b).

Esame del nesso di causalità (art. 6 cpv. 1 LAINF):

Il nesso di causalità adeguato va valutato conformemente alla DTF 123 V 99 cons. 2a dal punto di vista di una deficienza nello sviluppo psichico in seguito a infortunio solo se già immediatamente dopo l'infortunio la problematica psichica è chiaramente predominante (cons. 3a).

Se la giurisprudenza secondo la DTF 123 V 99 cons. 2a viene applicata successivamente, bisogna esaminare se nel corso dell'intero sviluppo, dall'infortunio fino al momento della valutazione, i disturbi

psichici hanno svolto complessivamente soltanto un ruolo marginale, passando così in secondo piano. Solo in questo caso il nesso di causalità adeguato deve essere valutato secondo la giurisprudenza relativa ai postumi d'infortunio psichici (DTF 115 V 133; cons. 3b).

Auszug aus den Erwägungen:

...

3. – Die Gutachter der Klinik B. stellen namentlich auf Grund des rheumatologischen Konsiliums vom 27. Februar 1997 eine Symptomausweitung auf dem Hintergrund einer histrionischen Charakterstruktur der Versicherten fest. Eine solche Symptomausweitung ist in der Tat offensichtlich. Nach dem erwähnten Konsilium liegt ein generalisiertes Beschwerdebild vor, das nicht mehr einzelnen Strukturen der Wirbelsäule zugeordnet werden kann. Im ganzen Wirbelsäulenbereich finden sich auf leichte Berührungen hochgradige Empfindlichkeiten. Es ist dem Gutachter zu folgen, dass diese Befunde nicht auf ein post-distorsionelles Geschehen bezogen werden können, wobei diese Aussage nicht den natürlichen Kausalzusammenhang betrifft, sondern bedeutet, dass diese Erscheinung nicht zum typischen Beschwerdebild nach einem Schleudertrauma der HWS (vgl. BGE 117 V 360 Erw. 4b) gehört. Damit stellt sich die Frage, ob diese Ausweitung des Beschwerdebildes, die psychogener Natur ist, die übrigen Beschwerden ganz in den Hintergrund treten lässt mit der Folge, dass die Adäquanz des Kausalzusammenhangs nach Massgabe von BGE 115 V 133 zu beurteilen wäre.

a) Der Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 99 Erw. 2a liegt der Sachverhalt zu Grunde, dass sehr bald nach einem Unfall mit Schleudertrauma der HWS oder äquivalenten Verletzungen, gleichsam an diesen anschliessend, die psychische Problematik derart überwiegt, dass die mit dem Schleudertrauma einhergehenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen (buntes Beschwerdebild) völlig in den Hintergrund treten. Die Formulierung in BGE 123 V 99 Erw. 2b, «das in den ersten Monaten nach dem Unfall durch die Schleuderverletzung geprägte Beschwerdebild (habe) in der Folge in eine psychische Überlagerung umgeschlagen, welche schliesslich eindeutige Dominanz aufwies», ist insofern nicht unmissverständlich, als die Wendung «in der Folge» unter Umständen auf eine gewisse zeitliche Distanz zum Unfall schliessen lassen könnte. Die in BGE 123 V 99 Erw. 2a zitierten Urteile (Urteil C. vom 28. November 1994, U 107/94, auszugsweise publiziert in RKUV 1995 S. 116 Nr. 8 und F. vom 6. Januar 1995, U 185/94, auszugsweise publiziert in RKUV 1995 S. 117 Nr. 9) zeigen aber ganz klar, dass die psychische Problematik unmittelbar nach dem Unfall eindeutige Dominanz

aufweisen muss, damit anstelle von BGE 117 V 351 die zur Adäquanz bei Unfällen mit anschliessend einsetzender psychischer Fehlentwicklung geltende Rechtsprechung Anwendung findet. Würde auf das Erfordernis eines nahen zeitlichen Zusammenhangs zwischen Unfall und überwiegender psychischer Problematik verzichtet, hätte dies zur Folge, dass der adäquate Kausalzusammenhang bei den meisten Versicherten, die ein Schleudertrauma der HWS oder eine äquivalente Verletzung erlitten haben und im Zusammenhang mit diesem Unfall auch an psychogenen Beschwerden leiden, nach BGE 115 V 133 zu beurteilen wäre. Denn bei Opfern eines Schleudertraumas der HWS, bei welchem keine organischen Befunde vorliegen, steht mit zunehmender zeitlicher Distanz zum Unfall immer häufiger die psychische Problematik im Vordergrund. Damit würde jedoch die Rechtsprechung zum adäquaten Kausalzusammenhang bei Schleudertraumen der HWS ohne organisch nachweisbare Befunde (BGE 117 V 359) unterlaufen, für deren Anwendung eben gerade nicht entscheidend ist, ob Beschwerden medizinisch eher als organischer und/oder psychischer Natur bezeichnet werden.

b) Soll die Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 99 Erw. 2a auch in einem späteren Zeitpunkt angewendet werden, ist die Frage, ob die psychische Problematik die übrigen Beschwerden nach einem Unfall mit Schleudertrauma der HWS ganz in den Hintergrund treten lässt, nicht auf Grund einer Momentaufnahme zu entscheiden. So ist es nicht zulässig, längere Zeit nach einem solchen Unfall, wenn die zum typischen Beschwerdebild gehörenden physischen Beschwerden weitgehend abgeklungen sind, die psychische Problematik aber fortbesteht, diese fortan nach der Rechtsprechung zu den psychischen Unfallfolgen zu beurteilen, während sie in einem früheren Stadium, als das typische Beschwerdebild noch ausgeprägt war, nach der Schleudertrauma-Praxis beurteilt worden wäre. Vielmehr ist in einem solchen Fall zu prüfen, ob im Verlaufe der ganzen Entwicklung vom Unfall bis zum Beurteilungszeitpunkt die physischen Beschwerden gesamthaft nur eine sehr untergeordnete Rolle gespielt haben und damit ganz in den Hintergrund getreten sind. Nur wenn dies zutrifft, ist die Adäquanz nach der Rechtsprechung zu den psychischen Unfallfolgen (BGE 115 V 133) zu beurteilen.

c) Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Aus den ärztlichen Berichten, die aus der Zeit vor der Begutachtung durch die Klinik B. stammen, geht hervor, dass die Versicherte am 1. Oktober 1992 ein Schleudertrauma der HWS erlitten hat und das nach solchen Verletzungen übliche bunte Beschwerdebild vorlag (Berichte der Dres. med. M. vom 7. November 1992 und H. vom 28. Dezember 1992, 7. Januar und 6. Mai 1993

sowie 6. April 1994 und der Klinik R. vom 21. September 1993, 29. Oktober 1993 und 4. März 1994). Die psychische Problematik, die sich laut neuropsychologischem Bericht der Klinik R. vom 15. September 1993 im September 1993 manifestierte und in der Folge ausweitete, hat damit die übrigen Beschwerden nicht ganz in den Hintergrund treten lassen. Für die Adäquanzbeurteilung ist daher – im Ergebnis übereinstimmend mit der Vorinstanz – die Rechtsprechung gemäss BGE 117 V 359 massgebend.

d) In Anwendung dieser Rechtsprechung hat die Vorinstanz, ausgehend von einem im unteren Bereich der mittelschweren Unfälle liegenden Ereignis, die Adäquanz des Kausalzusammenhangs zu Recht bejaht. Es kann auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden.

...

Saisonbeschäftigung mit stark schwankendem Lohn

U 466 Urteil des EVG vom 25. Juni 2002 i. Sa. A.

(U 217/01)

Saisonbeschäftigung mit stark schwankendem Lohn (Art. 15 Abs. 2 und 3 UVG; Art. 22 Abs. 3 und 4 UVV und Art. 23 Abs. 3 und 4 UVV):

Bei einer Saisonbeschäftigung mit stark schwankendem Lohn ist für die Bemessung des Taggeldes Art. 22 Abs. 3 UVV ebenfalls anwendbar (Erw. 2c; Änderung der Rechtsprechung von BGE 121 V 321).

Massgebender Lohn für das Taggeld bei einem Skilehrer, der kurz nach Saisonbeginn verunfallt (Erw. 3b).

Activité saisonnière avec salaire soumis à de fortes variations (art. 15 al. 2 et 3 LAA; art. 22 al. 3 et 4 OLAA et art. 23 al. 3 et 4 OLAA):

En cas d'activité saisonnière avec salaire soumis à de fortes variations, l'art. 22 al. 3 OLAA est également applicable pour le calcul de l'indemnité journalière (cons. 2c; changement de la jurisprudence de l'ATF 121 V 321).

Salaire déterminant pour le calcul de l'indemnité journalière revenant à un moniteur de ski qui est accidenté peu après l'ouverture de la saison (cons. 3b).

Attività stagionale con un salario sottoposto a forti fluttuazioni (art. 15 cpv. 2 e 3 LAINF; art. 22 cpv. 3 e 4 OAINF e art. 23 cpv. 3 e 4 OAINF).

In caso di attività stagionale con un salario sottoposto a forti fluttuazioni, per calcolare l'indennità giornaliera si applica parimenti l'art. 22 cpv. 3 OAINF (cons. 2c; modifica della giurisprudenza della DTF 121 V 321).

Salario determinante per calcolare l'indennità giornaliera spettante ad un maestro di sci infortunatosi poco dopo l'inizio della stagione (cons. 3b).

Auszug aus den Erwägungen:

...

2. – a) Laut Art. 15 Abs. 1 UVG werden Taggelder nach dem versicherten Verdienst bemessen (Abs. 1). Als versicherter Verdienst gilt dabei der letzte vor dem Unfall bezogene Lohn (Art. 15 Abs. 2 Halbsatz 1 UVG). Art. 15 Abs. 3 UVG räumt dem Bundesrat die Befugnis ein, Bestimmungen über den versicherten Verdienst in Sonderfällen zu erlassen, wovon dieser für das

Taggeld in Art. 23 UVV Gebrauch gemacht hat. Gemäss Art. 22 UVV, welcher den versicherten Verdienst im Allgemeinen regelt, gilt als versicherter Verdienst, vorbehältlich hier nicht zur Diskussion stehender Ausnahmetatbestände (lit. a–d), der nach der Bundesgesetzgebung über die AHV massgebende Lohn (Abs. 2). Grundlage für die Bemessung der Taggelder ist der letzte vor dem Unfall bezogene Lohn, einschliesslich noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht (Art. 22 Abs. 3 erster Satz UVV); er wird auf ein volles Jahr umgerechnet und durch 365 geteilt (Abs. 3 zweiter Satz in der bis 31. Dezember 1997 in Kraft gestandenen, vorliegend anwendbaren Fassung). Übt die versicherte Person keine regelmässige Erwerbstätigkeit aus oder unterliegt ihr Lohn starken Schwankungen, so wird, gemäss der in Art. 23 Abs. 3 UVV normierten Sonderregel, auf einen angemessenen Durchschnittslohn pro Tag abgestellt.

Nach Abs. 4 von Art. 23 UVV gilt für eine versicherte Person, die während einer Saisonbeschäftigung einen Unfall erleidet, Art. 22 Abs. 3 UVV. Ereignet sich der Unfall in der Zeit, in der sie nicht erwerbstätig ist, so wird der im vorangegangenen Jahr tatsächlich erzielte Lohn durch 365 geteilt.

b) aa) Massgebend für die nach der abstrakten Methode erfolgende Berechnung des Taggeldes ist nicht der mutmasslich entgangene Verdienst, sondern jener, den die versicherte Person vor dem Unfall bezogen hat. Das gilt grundsätzlich auch für die in Art. 23 UVV geregelten Sonderfälle. Mit Ausnahme von Abs. 7 (lang andauernde Taggeldberechtigung) und Abs. 8 (Rückfall) knüpfen die Regeln des Art. 23 UVV allesamt an Tatsachen an, die sich vor dem Unfall verwirklicht haben. Art. 23 Abs. 3 UVV zielt darauf, dort einen Ausgleich zu schaffen, wo eine versicherte Person einen Unfall zufälligerweise in einer Tief- oder eventuell gar einer Nichtlohnphase im Rahmen der bislang ausgeübten Erwerbstätigkeit erleidet. Damit wird nichts am Prinzip geändert, wonach die bis zum Unfall geltenden Verhältnisse massgebend sind: Arbeitsverhältnisse, die erst nach dem Unfallereignis angetreten oder umgestaltet werden (sollten), bleiben bei der Taggeldberechnung ausser Acht. Das Kriterium der starken Lohnschwankungen ist erfüllt, wenn es im Arbeitsverhältnis auftritt, in welchem die versicherte Person im Unfallzeitpunkt stand (RKUV 1997 Nr. U 274 S. 181 ff. Erw. 3 mit Hinweisen). Bei einem Taxifahrer, dessen monatlicher Verdienst im Zeitraum von acht Monaten vor dem Unfallereignis um Fr. 851.– schwankte, ist der durchschnittlich erzielte Lohn relevant (nicht veröffentlichtes Urteil T. vom 23. Oktober 1990, U 130/89). In RKUV 1989 Nr. U 70 S. 213 ff. entschied das Eidgenössische Versicherungsgericht, dass bei einem im Frühling engagierten, Ende Oktober verunfallten Eishockeyspieler nicht auf den zu-

letzt erzielten (monatlichen) Verdienst abzustellen ist. Da der Spielerlohn weitgehend von den durch die Mannschaft erzielten Punkten und von der Zuschauerzahl abhängig war, wurde davon ausgegangen, dass er starken Schwankungen im Sinne von Art. 23 Abs. 3 UVV unterliege und für die Taggeldberechnung ein angemessener Durchschnittslohn pro Tag als massgebend erachtet. Dieser wurde auf Grund der vertraglichen Abreden prognostisch bestimmt.

bb) Ereignet sich ein Unfall während eines seit längerer Zeit dauernden Arbeitsverhältnisses, birgt die Beurteilung, ob der Lohn starken Schwankungen gemäss Art. 23 Abs. 3 UVV unterliegt, keine grösseren Probleme. Anzuknüpfen ist an die in der Vergangenheit erzielten Entgelte. Diese (rückblickende) Möglichkeit entfällt, wenn – etwa bei erst seit kurzem bestehendem Arbeitsvertrag – im Zeitpunkt des Unfalls noch keine Löhne geleistet worden sind. Die kurze Dauer des Arbeitsvertrages und der Umstand, dass bis zum Unfallereignis keine Entgelte ausbezahlt wurden, schliessen die Anwendung von Art. 23 Abs. 3 UVV indes nicht grundsätzlich aus. Es ist Zufall und mit Blick auf den Normzweck (vgl. Erw. 2b/aa hier vor) unbeachtlich, ob ein Unfall in ein mehrjähriges Arbeitsverhältnis fällt oder sich bereits kurz nach Antritt einer neuen Stelle ereignet. Es verstösst weiter nicht gegen das Prinzip, wonach die Verhältnisse im Zeitpunkt des Unfalles massgebend sind, wenn die Auswirkungen der aktuellen Lohnabrede geprüft werden.

cc) Kürzlich hat sich das Eidgenössische Versicherungsgericht mit der Ermittlung des versicherten Verdienstes eines nach Umsatz entlöhnten Taxichauffeurs befasst und Folgendes festgehalten (RKUV 2001 Nr. U 423 S. 201): Bei einem vollständig umsatzabhängigen Lohn eines Taxichauffeurs ist – ungeachtet dessen, wie lange das konkrete Vertragsverhältnis im Zeitpunkt des Unfallereignisses dauerte und ob Entgelte ausbezahlt wurden – das Kriterium der starken Lohnschwankungen gemäss Art. 23 Abs. 3 UVV erfüllt. Es ist offensichtlich, dass die Umsätze von diversen Faktoren, wie Tages- oder Nachtschicht, Feier- oder Werktag etc., abhängen und der Lohn dadurch stark schwankt. Ein von den Parteien des Arbeitsvertrages umschriebenes Umsatzziel sowie ein damit einhergehender, angestrebter (Ziel)Lohn ändern daran nichts. Sie sind bei der ermessensweisen Festlegung des angemessenen Durchschnittslohns zu beachten. Dies darf aber nicht dazu führen, dass unrichtige, namentlich überhöhte Lohnvorstellungen zur Grundlage der Taggeldberechnung erhoben werden. Massgebend für die gesetzeskonforme Bestimmung des Durchschnittslohns sind vielmehr sämtliche Faktoren des konkreten Arbeitsverhältnisses wie Alter, Fähigkeit, Berufserfahrung, Ortskenntnis des Arbeitnehmers, bisher erzielt

te Tagesumsätze etc. Als Bezugsgrössen bieten sich weiter die Löhne von im gleichen Betrieb und in gleicher Weise tätigen Arbeitskollegen sowie die in der Branche üblicherweise bezahlten Entgelte an (vgl. *Ghélew/Ramelet/Ritter*, Commentaire de la loi sur l'assurance-accidents [LAA], Lausanne 1992, S. 87).

c) Unfallversicherer und Vorinstanz haben für die Taggeldbemessung den versicherten Verdienst gestützt auf Art. 22 Abs. 3 UVV in Verbindung mit Art. 23 Abs. 3 und 4 erster Satz UVV ermittelt und sich zu Recht nicht an BGE 121 V 321 angelehnt. Soweit aus den Erwägungen dieses Urteils (kritisch dazu *Jean-Maurice Frésard*, L'assurance-accidents obligatoire, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bd. Soziale Sicherheit, S. 25 Rz 54 insbesondere Anm. 95), bei welchem es ebenfalls um die Taggeldbemessung eines nach einem halben Arbeitstag verunfallten ausländischen Landwirtschaftsarbeiters ohne Arbeitsbewilligung ging, der Schluss gezogen werden kann, bei einer Saisonbeschäftigung sei der massgebende Lohn für das Taggeld grundsätzlich in Anwendung der Rentenbemessungsregel des Art. 22 Abs. 4 dritter Satz UVV (in der bis Ende 1997 gültig gewesenen Fassung) festzusetzen, kann daran nicht festgehalten werden. Art. 22 UVV trifft – wie in Art. 15 Abs. 2 UVG vorgegeben – in den Abs. 3 und 4 unterschiedliche Regelungen für die Ermittlung des massgebenden Verdienstes für Taggelder einerseits und Renten andererseits. Art. 23 Abs. 4 UVV wiederum unterscheidet in Bezug auf die Berechnung des Taggeldes eines Saisonbeschäftigten danach, ob sich der Unfall während der Beschäftigung oder in der erwerbslosen Zeit ereignet hat. Im ersten Fall gelangt Art. 22 Abs. 3 UVV zur Anwendung (Art. 23 Abs. 4 erster Satz UVV), was zu einem höheren Taggeld führt als bei einem Unfall in der erwerbslosen Zeit, weil in letzterem Fall der im vorangegangenen Jahr tatsächlich erzielte Lohn durch 365 geteilt wird (Art. 23 Abs. 4 zweiter Satz UVV). Angesichts des in Art. 15 Abs. 3 UVG dem Bundesrat eingeräumten sehr weiten Ermessensspielraums ist die in Art. 23 Abs. 4 UVV getroffene Regelung unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte (BGE 117 V 171 Erw. 4c mit Hinweisen auf die Materialien) als gesetzmässig zu betrachten. Das Taggeld des Beschwerdeführers, der den Unfall während der Saisonbeschäftigung erlitten hat, ist daher in Anwendung von Art. 23 Abs. 3 und 4 UVV in Verbindung mit Art. 22 Abs. 3 UVV zu berechnen.

...

Mutationen bei den Unfallversicherern
Mutations dans l'état des assureurs-accidents
Mutazioni concernenti gli assicuratori-infortuni

Abgänge

Ne figurent plus sur la liste

Non figurano piu nell'elenco

10 023	Berner Allgemeine Versicherungs-Gesellschaft La Générale de Berne Compagnie d'Assurances La Generale di Berna Compagnia d'assicurazioni	1. 1. 2002
10 025	Allianz Versicherung (Schweiz) AG Allianz Assurance (Suisse) SA Allianz Assicurazione (Svizzera) SA	1. 1. 2002
10 018	The Northern Assurance Company Ltd, London	30. 4. 2002

Namensänderung

Changement de nom

Cambiamento del nome

10 005	Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft Allianz Suisse Société d'Assurances Allianz Suisse Società di Assicurazioni (vormals – anciennement – precedentemente ELVIA Zürich)	
--------	--	--

