

# RKUV/RAMA/RAMI 3/2004

Kranken- und Unfallversicherung  
Rechtsprechung und Verwaltungspraxis

Assurance-maladie et accidents  
Jurisprudence et pratique administrative

Assicurazione malattia e infortuni  
Giurisprudenza e prassi amministrativa



BAG OFSP UFSP SFOPH

## **Impressum**

Ausgabe/Edition/Edizione: 3/2004

Herausgeber/Editeur/Editore:

- © Bundesamt für Gesundheit (BAG)
- © Office fédéral de la santé publique (OFSP)
- © Ufficio federale della sanità pubblica (UFSP)

Redaktion/Rédaction/Redazione:

Marc Léderrey, Monika Schuler,  
Bernard Schuler, Helen Kaufmann

Weitere Informationen/Autres informations/Altre informazioni:

BAG, Kranken- und Unfallversicherung  
Effingerstrasse 20, 3003 Bern  
Telefon 031 322 90 22, Telefax 031 322 78 80  
E-Mail: [anne-marie.flury@bag.admin.ch](mailto:anne-marie.flury@bag.admin.ch) (UV/AA/Alnf)

Vertrieb/Distribution/Distribuzione:

BBL, Vertrieb Publikationen, CH-3003 Bern  
OFCL, Diffusion publications, CH-3003 Berne  
UFCL, Distribuzione pubblicazioni, CH-3003 Berna

Internet-Bestellung/Commande par Internet/Ordinazione per Internet:

[www.bbl.admin.ch/Bundespublikationen](http://www.bbl.admin.ch/Bundespublikationen)

Auflage/Tirage/Tiratura: 1750

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

Abonnementspreis inkl. MWSt: Fr. 27.60

Prix d'abonnement TVA incluse: fr. 27.60

Prezzo d'abbonamento IVA compresa: fr. 27.60

BBL-Artikelnummer: 316.997.04

Gedruckt auf chlorfrei gebleichtem Papier

Juni 2004/juin 2004/giugno 2004

# Inhalt

## Sommaire

## Sommario

### ■ Krankenversicherung/Assurance-maladie/Assicurazione malattia

#### 199 ■ **Informazioni necessarie da trasmettere al medico di fiducia**

KV 279 Sentenza del TFA del 28 gennaio 2004 (K 18/00)

#### 202 ■ **Anspruch auf Differenzzahlung nach Art. 41 Abs. 3 KVG; Zuständigkeit und Verfahren**

KV 280 Urteil des EVG vom 11. Februar 2004 (K 27/03)

#### 208 ■ **Sockelbeitrag aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung an die Kosten für die stationäre Behandlung**

KV 281 Urteil des EVG vom 12. Februar 2004 (K 34/02)

#### 215 ■ **Retrait de l'autorisation de pratiquer**

KV 282 Arrêt du TFA du 26 février 2004 (K 123/03)

#### 233 ■ **Restitution de prestations indûment versées**

KV 283 Arrêt du TFA du 12 mars 2004 (K 147/03)

#### 236 ■ **Refus temporaire de prestations dans l'assurance facultative d'une indemnité journalière**

KV 284 Arrêt du TFA du 16 avril 2004 (K 74/02)

#### 238 ■ **Keine Zusatzhonorare bei Erbringen von Pflichtleistungen nach KVG**

KV 285 Urteil des EVG vom 15. April 2004 (K 5/03)

#### 245 ■ **Mitteilungen / Communications / Comunicazioni**

Mutationen bei den Krankenversicherern

Mutations dans l'état des assureurs-maladie

Mutazioni concernenti gli assicuratori

## ■ Unfallversicherung / Assurance-accidents / Assicurazione infortuni

### 246 ■ Adäquater Kausalzusammenhang bei dekompenziertem schwerem Tinnitus

U 505 Urteil des EVG vom 6. Oktober 2003 i. Sa. U. (U 116/03)

### 252 ■ Rechtsverweigerung

U 506 Urteil des EVG vom 29. Oktober 2003 i. Sa. A. (U 217/02)

### 262 ■ Bestimmung des Invaliditätsgrades

U 507 Urteil des EVG vom 19. Dezember 2003 i. Sa. R. (U 27/02)

### 265 ■ Integritätsentschädigung bei schwerer, unheilbarer Berufskrankheit mit absehbarer Todesfolge

U 508 Urteil des EVG vom 23. Dezember 2003 i. Sa. L. (U 105/03)

### 270 ■ Unfallbegriff, ungewöhnlicher äusserer Faktor

U 509 Urteil des EVG vom 30. Dezember 2003 i. Sa. B. (U 172/03)

### 275 ■ Unfallbegriff; ungewöhnlicher äusserer Faktor

U 510 Urteil des EVG vom 30. Dezember 2003 i. Sa. N. (U 165/03)

### 277 ■ Abzug der Gestehungskosten vom Invalideneinkommen; Wohnsitzwechsel

U 511 Urteil des EVG vom 6. Januar 2004 i. Sa. L. (U 107/03)

### 282 ■ Bemessung der Invalidität

U 512 Urteil des EVG vom 9. Januar 2004 i. Sa. A. (U 351/02)

### 286 ■ Vergleich

U 513 Urteil des EVG vom 14. Januar 2004 i. Sa. T. (U 161/03)

# Informazioni necessarie da trasmettere al medico di fiducia

*KV 279 Sentenza del TFA del 27 gennaio 2004 (K 18/00)*

- **Il medico curante deve mettere a disposizione dell'assicuratore contro le malattie i documenti medici necessari perché il medico di fiducia possa determinarsi sull'obbligo della Cassa di fornire le prestazioni assicurative (diagnosi precisa, radiografie, rapporto di operazione, ecc.). In particolare, egli non può limitarsi a fornire semplici indicazioni (Caso d'applicazione dei principi di cui nella sentenza S. dell'8 aprile 2002; K 23/00, ZBJV 138 2002 422).**
- **Der behandelnde Arzt muss dem Krankenversicherer die zur Beurteilung der Leistungspflicht erforderlichen medizinischen Unterlagen (genaue Diagnose, Röntgenbilder, Operationsbericht usw.) herausgeben. Er darf sich nicht auf bloße Angaben beschränken (Anwendungsfall dieser Grundsätze im Entscheid S. vom 8. April 2002; K 23/00, ZBJV 138 2002 422).**
- **Le médecin traitant doit mettre à disposition de l'assureur-maladie les documents médicaux nécessaires permettant au médecin-conseil de se déterminer sur l'obligation de la caisse-maladie de fournir les prestations d'assurance (diagnostic précis, radiographies, compte rendu opératoire, etc.). En particulier, il ne peut se limiter à fournir de simples indications (cas d'application de ces principes dans l'arrêt du 8 avril 2002; K 23/00, RSJB 138 2002 422).**

Estratto dei considerandi:

## 1.

**1.1** La lite verte sul tema di sapere se a ragione la Cassa abbia dichiarato di non potersi esprimere, in assenza della documentazione richiesta, in merito alla domanda di prestazioni per cure dentarie fornite all'insorgente dal dott. F, o se invece la fattispecie sia stata sufficientemente chiara perché tale richiesta non risultasse necessaria.

**1.2** La Legge federale sulla parte generale del diritto delle assicurazioni sociali (LPGA) del 6 ottobre 2000, entrata in vigore il 1° gennaio 2003, non risulta applicabile nel caso concreto, il giudice delle assicurazioni sociali non potendo tenere

conto di modifiche di legge e di fatto subentrate successivamente al momento determinante della decisione su opposizione in lite (DTF 127 V 467 consid. 1, 121 V 366 consid. 1b).

## 2.

**2.1** Nei considerandi dell'impugnato giudizio, la prima autorità di ricorso ha illustrato la norma legale disciplinante le competenze ed i compiti del medico di fiducia che consiglia l'assicuratore contro le malattie (art. 57 cpv. 6 LAMal), facendo ampiamente riferimento ai lavori preparatori alla base della normativa in questione. Essa ha inoltre fatto capo alla dottrina sviluppata in questo contesto, rammentando che il legislatore attribuisce al medico di fiducia un ruolo importante, in particolare relativamente alla verifica dell'osservanza dei presupposti alla base dell'obbligo assicurativo delle Casse, come pure al controllo delle prestazioni e dei costi. L'esecuzione di tali compiti, tra cui figura quello di controllare l'operato del medico curante, presuppone la possibilità di avere accesso alle informazioni necessarie a detta verifica (*Alfred Maurer, Das neue Krankenversicherungsrecht, 1996, pag. 102*).

**2.2** Secondo la giurisprudenza, il medico curante deve mettere a disposizione dell'assicuratore contro le malattie i documenti medici necessari perché il medico di fiducia possa determinarsi sull'obbligo della Cassa di fornire le prestazioni assicurative (diagnosi precisa, radiografie, rapporto di operazione, ecc.). In particolare, egli non può limitarsi a fornire semplici indicazioni (cfr. ZBJV 138 2002 422). Spetta al medico di fiducia che consiglia l'assicuratore contro le malattie decidere quali informazioni ai sensi dell'art. 57 cpv. 6 LAMal siano necessarie per ottemperare ai compiti che gli incombono giusta il cpv. 4 della medesima norma, essendo precisato che la persona assicurata può, ma con il rischio di venir meno al suo obbligo di collaborare, in particolare quello d'informazione delle parti nella procedura, opporsi alla trasmissione di dati all'assicuratore, rispettivamente ammetterla unicamente dopo suo esplicito consenso (*Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], vol. Soziale Sicherheit, cifre 63 e 235*).

Detta soluzione è deducibile sia dal tenore dell'art. 57 cpv. 6 LAMal che dal diritto penale e da quello sulla protezione dei dati. Anche nell'ambito della fattispecie legale del reato della violazione del segreto professionale (art. 321 cpv. 1 e 3 CPS; cfr. *Karin Keller, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB, tesi Zurigo 1992, pag. 185*) i fornitori di prestazioni devono dar seguito alle pretese dei medici di fiducia nella misura in cui tali informazioni rientrino nel quadro stabilito dall'art. 57 LAMal. Inoltre, la LAMal tiene conto in modo sufficiente anche della Legge sulla protezione dei dati (cfr. ZBJV 138 2002 422), ordinamento cui rinvia l'art. 84 LAMal e che proibisce ai medici di fiducia delle casse malati di procurarsi informazioni nella misura in cui tale competenza non sia loro attribuita in virtù di una legge

formale (art. 17 cpv. 2 LPD). Se è vero che anche in applicazione di quest'ultima normativa il procurarsi dati deve essere limitato alle informazioni necessarie perché i compiti dei medici di fiducia previsti dalla LAMal possano essere adempiuti (cfr. *Maurer/Vogt* [editori], Kommentar zum schweizerischen Datenschutzgesetz, Basel 1995, N 3, 12 und 15 zu Art. 17), ciò non toglie che i fornitori di prestazioni devono dare accesso ai medici di fiducia a informazioni nella misura necessaria secondo il quadro stabilito dalla LAMal, ossia a quelle oggettivamente necessarie perché essi possano eseguire i loro compiti (cfr. rapporto peritale, cifra 5.12; *Lukas S. Brühwiler-Frésey*, Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht, Zurich 1996, pag. 246 seg.; cfr. pure DTF 127 V 51 consid. 3; cfr. inoltre [relativamente al diritto dell'assicurazione infortuni] *Roger Peter*, Besteht eine Pflicht des Arztes auf Herausgabe von Daten seines Patienten an das Durchführungsorgan der obligatorischen Unfallversicherung, in SZS 2001 pag. 147 segg. 159).

**2.3** Nell'evenienza concreta, il medico dentista dott. F., curante dell'assicurato, aveva inviato alla Cassa unicamente un formulario riguardante le constatazioni fatte in termini diagnostici ed il preventivo stabilito per le cure dentarie. Il ricorrente si è invece rifiutato di metterle a disposizione le richieste radiografie ed una copia del rapporto patologico. Ritenuto quanto sopra esposto, a ragione la Corte cantonale ha giudicato che il Servizio medico fiduciario della Cassa non aveva ricevuto le informazioni necessarie per decidere se assegnare all'assicurato le prestazioni richieste.

# Anspruch auf Differenzzahlung nach Art. 41 Abs. 3 KVG; Zuständigkeit und Verfahren

*KV 280 Urteil des EVG vom 11. Februar 2004 (K 27/03)*

- **Die Regelung der Zuständigkeit und des Verfahrens zur Geltendmachung und allenfalls gerichtlichen Durchsetzung des Anspruchs auf Differenzzahlung nach Art. 41 Abs. 3 erster Satz KVG auf kantonaler Ebene ist auch nach In-Kraft-Treten des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts weiterhin grundsätzlich Sache der Kantone (BGE 123 V 300 Erw. 5<sup>1</sup>; Erw. 5 und 6.3.2).**

**Die Krankenversicherer haben keine Befugnis zum Erlass von Verfügungen gegenüber einem anderen Krankenversicherer. Bei Streitigkeiten untereinander haben sie sich direkt an das nach Art. 87 KVG (resp. bis 31. Dezember 2002: Art. 86 Abs. 3 dritter Satz KVG) örtlich zuständige kantonale Versicherungsgericht zu wenden (Erw. 5.3).**

- **Même après l'entrée en vigueur de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales, il est en principe du ressort des cantons de régler, sur le plan cantonal, la compétence et la procédure pour récupérer et, au besoin, pour faire valoir en justice une créance en remboursement de la différence de coûts en vertu de l'art. 41, al. 3, 1<sup>ère</sup> phrase, LAMal (ATF 123 V 300 cons. 5<sup>2</sup>); (cons. 5 et 6.3.2).**

**Les assureurs-maladie n'ont pas la compétence de rendre des décisions à l'encontre d'un autre assureur-maladie. En cas de litiges entre eux, ils doivent s'adresser directement au tribunal cantonal des assurances qui est compétent à raison du lieu selon l'art. 87 LAMal (respectivement jusqu'au 31 décembre 2002: art. 86, al. 3, 3<sup>ème</sup> phrase, LAMal) (cons. 5.3).**

- **Anche dopo l'entrata in vigore della legge sulla parte generale del diritto delle assicurazioni sociali, spetta di massima ai Cantoni disciplinare, a livello cantonale, la competenza e la procedura per far valere, se del caso giudizialmente, il diritto all'assunzione della**

<sup>1</sup> siehe RKUV 1998 Nr. KV 20 S. 13 ff.

<sup>2</sup> voir RAMA 1998 n° KV 20 p. 13 ss



**differenza dei costi ai sensi dell'art. 41 cpv. 3 prima frase LAMal (DTF 123 V 300 consid. 5<sup>3</sup>); (cons. 5 e 6.3.2).**

**Gli assicuratori malattia non hanno la facoltà di emanare decisioni nei confronti di un altro assicuratore malattia. In caso di lite fra di loro, essi devono rivolgersi direttamente al tribunale cantonale delle assicurazioni territorialmente competente secondo l'art. 87 LAMal (rispettivamente, fino al 31 dicembre 2002: art. 86 cpv. 3 terza frase LAMal) (cons. 5.3).**

Auszug aus den Erwägungen:

## **5.**

**5.1** Gemäss Art. 1 Abs. 2 KVG sind u.a. Streitigkeiten der Versicherer unter sich (Art. 87; lit. d) sowie das Verfahren vor dem kantonalen Schiedsgericht (Art. 89; lit. e) vom Anwendungsbereich des ATSG ausgenommen. Streitigkeiten zwischen Versicherern und Kantonen betreffend die Differenzzahlungspflicht des Gemeinwesens nach Art. 41 Abs. 3 KVG sind nicht als Ausnahmen erwähnt.

Die Aufzählung in Art. 1 Abs. 2 KVG ist nicht abschliessend. Es gibt an anderen Stellen im Krankenversicherungsgesetz weitere ausdrücklich vom ATSG abweichende Vorschriften (vgl. *Gebhard Eugster*, ATSG und Krankenversicherung: Streifzug durch Art. 1–55 ATSG, in: SZS 2003 S. 215). Hiezu zählen nicht Art. 41 Abs. 3 erster und dritter Satz KVG. Diese Bestimmungen haben durch das ATSG keine Änderung erfahren.

**5.2** Im Bericht der Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 26. März 1999 «Parlamentarische Initiative Sozialversicherungsrecht» (BBI 1999 4523 ff.) wird zu Art. 1 Abs. 2 KVG ausgeführt, das ATSG sei primär auf das Verhältnis Versicherte/Versicherer zugeschnitten. Es sollten daher diejenigen Bereiche ausgenommen werden, für welche das ATSG-Verfahren nicht geeignet sei (BBI 1999 4673). Die von der Kommission vorgeschlagene Fassung von Art. 1 Abs. 2 KVG passierte die parlamentarische Beratung diskussionslos (Amtl. Bull. 1999 N 1252, 2000 S 189 und N 652) und wurde unverändert ins Gesetz übernommen.

**5.3** Art. 1 Abs. 2 lit. d KVG nimmt Streitigkeiten der Versicherer unter sich lediglich in Bezug auf Art. 87 KVG vom Anwendungsbereich des ATSG aus. Diese Bestimmung in der ab 1. Januar 2003 geltenden Fassung regelt die Frage der örtlichen Zuständigkeit. Danach haben die Versicherer bei Streitigkeiten unter sich

<sup>3</sup> vedi RAMI 1998 n. KV 20 p. 13 segg.

das Versicherungsgericht desjenigen Kantons anzurufen, in dem der beklagte Versicherer seinen Sitz hat.

**5.3.1** Nach der bisherigen Praxis hatten die Krankenversicherer keine Befugnis zum Erlass von Verfügungen gegenüber einem anderen Krankenversicherer (vgl. BGE 120 V 491 Erw. 1a<sup>4</sup> sowie Urteil I. vom 23. November 2001 [U 177/01] Erw. 2a im Verhältnis Unfallversicherer/Krankenversicherer). Bei Streitigkeiten untereinander hatten sie sich direkt an das nach alt Art. 86 Abs. 3 letzter Satz KVG örtlich zuständige kantonale Versicherungsgericht zu wenden (*Gebhard Eugster*, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR]/Soziale Sicherheit, S. 228 Rz 408).

**5.3.2** Daran hat das ATSG nichts geändert. Im Gesetzgebungsprozess wurde das ATSG-Verfahren, welches vorgängig einer gerichtlichen Beurteilung streitiger Ansprüche oder Verpflichtungen eine Verfügung und in der Regel einen Einspracheentscheid vorsieht (Erw. 3.1.1), im Verhältnis zwischen den Versicherern als nicht geeignet bezeichnet (Erw. 5.2). Sodann ist in Art. 87 KVG, welcher im Wortlaut alt Art. 86 Abs. 3 letzter Satz KVG entspricht (vgl. BBI 1999 4684), vom beklagten Versicherer die Rede.

**5.4** In BGE 123 V 300 Erw. 5 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht entschieden, dass die Verfahrens- und Rechtspflegebestimmungen gemäss Art. 80 ff. KVG lediglich Streitigkeiten zwischen Versicherten und Versicherern bzw. Versicherern unter sich oder mit Dritten (Art. 80–87 KVG) sowie Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern (Art. 89 KVG) beschlagen. In Erw. 6.3 des Urteils S. vom 14. November 2003 (K 22/03<sup>5</sup>) sodann hat es festgestellt, die Differenzzahlungspflicht nach Art. 41 Abs. 3 KVG verleihe den Kantonen trotz des sozialversicherungsrechtlichen Charakters der Verpflichtung (vgl. BGE 123 V 298 Erw. 3c) nicht den Status eines Krankenversicherers im Sinne des Gesetzes.

**5.4.1** Die in Art. 41 Abs. 3 KVG festgeschriebene Verpflichtung des Wohnkantons der versicherten Person, einen bestimmten Teil der Kosten der ausserkantonalen Hospitalisation zu übernehmen, sofern die Dienste des betreffenden öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitals aus medizinischen Gründen beansprucht werden, ist sozialversicherungsrechtlicher Natur. Es besteht insofern kein Unterschied zur Kostenübernahmepflicht der Krankenversicherer im Rahmen dieser Bestimmung. Mit anderen Worten ist in Bezug auf die dem Spital zu vergütenden Leistungen nicht danach zu differenzieren, wer (Versicherer oder Wohnkanton) und in welchem Umfang für die Kosten der medizinisch begründeten ausserkantonalen Hospitalisation (Behandlung und Aufenthalt) aufzukommen hat (BGE 123

<sup>4</sup> siehe RKUV 1995 Nr. U 211 S. 58 ff.

<sup>5</sup> siehe RKUV 2004 Nr. KV 273 S. 119 ff.

V 297 f. Erw. 3b/bb). In diesem Sinne kommt den Kantonen in Bezug auf die Differenzzahlungspflicht nach Art. 41 Abs. 3 KVG durchaus eine den Versicherern zu mindest ähnliche Stellung zu.

**5.4.2** Durch die den Kantonen in Art. 41 Abs. 3 KVG auferlegte Differenzzahlungspflicht werden an sich zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gehende Kosten auf einen anderen Träger, die Kantone, verlagert. Es liegt u. a. eine sozialpolitisch motivierte Massnahme zur Kosteneindämmung im Bereich der stationären Krankenpflege vor (BGE 127 V 419 Erw. 3b/bb<sup>6</sup>). Durch die Differenzzahlungen erfolgt ein finanzieller Ausgleich zwischen (kleineren) Kantonen, welche aus gesundheitspolitischen Gründen bestimmte stationäre Behandlungen nicht anbieten, und Kantonen mit ausgebauter Spitalversorgung. Die Verpflichtung der Kantone zur Kostenbeteiligung im Rahmen von Art. 41 Abs. 3 KVG weist somit Subventionscharakter auf und stellt insoweit ein versicherungsfremdes Element dar (BGE 123 V 297 Erw. 3b/aa). Dies kommt auch darin zum Ausdruck, dass es den Kantonen offen steht, durch interkantonale Vereinbarungen andere Abrechnungsmodi festzulegen als die in Art. 41 Abs. 3 KVG vorgesehene einzelfallweise Kostenbeteiligung des Wohnkantons der versicherten Person (BGE 123 V 298 Erw. 3b/cc).

Eine am Normzweck orientierte Betrachtungsweise lässt die Stellung der Kantone im Rahmen von Art. 41 Abs. 3 KVG somit qualifiziert anders erscheinen als diejenige der Versicherer. Das Gemeinwesen erbringt nicht Versicherungsleistungen im eigentlichen Sinne. Vielmehr stellen die Differenzzahlungen gewissermassen eine besondere Form interkantonalen Lastenausgleichs im Bereich des Spitalwesens dar. Bei Streitigkeiten zwischen Versicherern und Kantonen im Rahmen von Art. 41 Abs. 3 erster Satz KVG geht es im Übrigen nicht um die Rückforderung von Leistungen, auf die kein Anspruch besteht.

**5.4.3** Die Kantone können somit trotz der sozialversicherungsrechtlichen Natur der Verpflichtung in Bezug auf ihre Differenzzahlungen nach Art. 41 Abs. 3 erster Satz KVG nicht als Versicherer im Sinne des Krankenversicherungsgesetzes (Art. 11 ff. KVG) gelten. Streitigkeiten zwischen Versicherern und Kantonen im Rahmen dieser Gesetzesbestimmung lassen sich folgerichtig nicht unter Art. 1 Abs. 2 lit. d KVG subsumieren.

**5.5** Aus dem Gesagten ergibt sich, dass auch unter dem ATSG das Bundesrecht nicht zwingend vorschreibt, dass die Versicherer Ansprüche gegen einen Kanton aufgrund von Art. 41 Abs. 3 erster Satz KVG direkt mit Klage bei einer allenfalls vom kantonalen Recht zu bezeichnenden Gerichtsbehörde geltend zu machen haben. Die in Erw. 4 aufgeworfene Frage ist somit zu verneinen. Damit kann offen

<sup>6</sup> siehe RKUV 2002 Nr. KV 198 S. 24 ff.

bleiben, ob die verfahrensrechtliche Ordnung des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts vorliegend anwendbar ist.

## **6.**

**6.1** Hinsichtlich der nach In-Kraft-Treten des ATSG anwendbaren Verfahrensordnung auf kantonaler Ebene bei Streitigkeiten zwischen Krankenversicherern und Kantonen betreffend die Differenzzahlungspflicht des Gemeinwesens nach Art. 41 Abs. 3 erster Satz KVG gilt Folgendes: Entweder sind die Verfahrensvorschriften des ATSG anwendbar oder es kommt kraft Art. 55 Abs. 1 ATSG das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) zum Zuge, oder es ist weiterhin nach BGE 123 V 300 Erw. 5 kantonales Recht massgebend. Allen Regelungen ist bezogen auf den Kanton Zürich gemeinsam, dass einer allfälligen gerichtlichen Auseinandersetzung eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG vorauszugehen hat. Der direkte Weg an das kantonale Sozialversicherungsgericht steht nicht offen.

**6.2** Es ist daher von Bundesrechts wegen nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auf die Klage der Helsana vom 23. Dezember 2002 gegen den Kanton Zürich mangels einer anfechtbaren Verfügung nicht eingetreten ist (vgl. BGE 125 V 414 Erw. 1a).

In diesem Zusammenhang kann offen bleiben, ob das kantonale Recht in Bezug auf ambulante Behandlungen aus medizinischen Gründen in ausserkantonalen öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitälern nach Art. 41 Abs. 3 KVG lückenhaft ist, wie in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorgebracht wird. In den §§ 6 und 27 EG KVG/ZH ist zwar die Rede von ausserkantonalen Hospitalisationen. Darunter fallen in erster Linie die stationären und teilstationären Behandlungen einschliesslich Aufenthalt in einem Spital. Zu beachten ist indessen, dass die fragliche Regelung aufgrund von BGE 123 V 290 erlassen wurde. In diesem Urteil ging es materiell um Fragen, welche den stationären Fall betrafen. Dass auch ambulante Behandlungen unter den Begriff der Dienste im Sinne von Art. 41 Abs. 3 KVG fallen, wurde erst später nach Erlass der §§ 6 und 27 EG KVG mit BGE 127 V 409<sup>7</sup> entschieden. Der zürcherische Gesetzgeber hat die Regelung nicht an diese Rechtsprechung angepasst und den Begriff Hospitalisationen nicht ersetzt. Bei dieser Rechtslage durfte die Vorinstanz, ohne Bundesrecht zu verletzen oder sogar in Willkür zu verfallen, §§ 6 und 27 EG KVG auch auf Tatbestände der Beanspruchung der ambulanten Dienste eines ausserkantonalen öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitals aus medizinischen Gründen anwenden.

**6.3** Bei diesem Ergebnis braucht insbesondere unter intertemporalrechtlichem Gesichtswinkel an sich nicht näher geprüft zu werden, welche der drei in Erw. 6.1 erwähnten Verfahrensordnungen bei Streitigkeiten zwischen Krankenversicherern

<sup>7</sup> siehe RKUV 2002 Nr. KV 198 S. 24 ff.

und Kantonen nach Art. 41 Abs. 3 erster Satz KVG unter dem ATSG anwendbar ist. Es erscheint indessen angezeigt, diesen Punkt bereits hier endgültig zu klären.

**6.3.1** Wie in Erw. 5.2 dargelegt, will das ATSG-Verfahren (Art. 34 ff. ATSG) in erster Linie im Verhältnis Versicherer/Versicherte angewendet sein. Die Kantone sind indessen in Bezug auf ihre Verpflichtung zu Differenzzahlungen nach Art. 41 Abs. 3 erster Satz KVG nicht Versicherer im krankenversicherungsrechtlichen Sinne (Erw. 5.4.3). Ebenfalls können sie nicht als Versicherungsträger oder ihnen gleichgestellte Durchführungsorgane nach Art. 34 ATSG bezeichnet werden. Schliesslich ist zu beachten, dass Art. 41 Abs. 3 dritter Satz KVG dem Bundesrat die Befugnis gibt, die Einzelheiten zu regeln. Darunter fallen auch verfahrensrechtliche Fragen (Erw. 1.1.2). Diese Kompetenznorm ist durch das ATSG nicht geändert oder aufgehoben worden.

**6.3.2** Aus den vorstehenden Gründen ist auch nach In-Kraft-Treten des ATSG die Regelung der Zuständigkeit und des Verfahrens zur Geltendmachung und allenfalls gerichtlichen Durchsetzung des Anspruchs auf Differenzzahlung nach Art. 41 Abs. 3 erster Satz KVG auf kantonaler Ebene weiterhin grundsätzlich Sache der Kantone (BGE 123 V 300 Erw. 5).

# Sockelbeitrag aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung an die Kosten für die stationäre Behandlung

*KV 281 Urteil des EVG vom 12. Februar 2004 (K 34/02)*

- **Es besteht Anspruch auf einen Beitrag aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung an die Kosten für die stationäre Behandlung und den Aufenthalt in einem Spital, welches nur mit der Halbprivat- und Privatabteilung und ohne Leistungsauftrag auf der Spitalliste des Standortkantons figuriert.**

**Dieser Sockelbeitrag bemisst sich bei Fehlen eines tarifvertraglichen oder behördlichen Tarifs nach einem vom Krankenversicherer, im Bestreitungsfall vom zuständigen kantonalen Versicherungsgericht und letztinstanzlich vom Eidgenössischen Versicherungsgericht festzusetzenden Referenztarif.**

**Anwendung dieser Praxis des Bundesrates als oberster Zulassungs- und Tarifbehörde.**

**Im konkreten Fall einer im Kanton Basel-Landschaft gelegenen Privatklinik wird als Referenztarif der Durchschnitt der Tarife für die allgemeine Abteilung der kantonalen Spitäler Liestal, Bruderholz und Laufen genommen (Erw. 3–6).**

- **Il existe un droit à une contribution de l'assurance obligatoire des soins aux frais du traitement hospitalier et du séjour dans un hôpital qui ne figure sur la liste des hôpitaux du canton où il se situe qu'avec la division demi-privée et privée et sans mandat de prestations.**

**En l'absence d'un tarif contractuel ou officiel, cette contribution de base est calculée selon un tarif de référence à fixer par l'assureur-maladie; en cas de contestation, par le tribunal cantonal des assurances compétent et en dernière instance par le Tribunal fédéral des assurances.**

**Application de cette pratique du Conseil fédéral en sa qualité d'autorité suprême en matière d'admission et de tarification.**

**Dans le cas concret d'une clinique privée sise dans le canton de Bâle-Campagne, la moyenne des tarifs de la division commune des hôpitaux cantonaux de Liestal, Bruderholz et Laufen est prise comme tarif de référence (cons. 3–6).**

- **Vi è il diritto ad un contributo da parte dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie per la copertura dei costi delle cure ospedaliere e del soggiorno in un ospedale, che dispone esclusivamente di un reparto privato e semiprivato e nell'elenco degli ospedali del Cantone d'insediamento figura senza mandato di prestazioni.**

**Questo contributo di base è calcolato, in mancanza di una tariffa stabilita da una convenzione tariffale o dalle autorità, sulla base di una tariffa di riferimento fissata dall'assicuratore malattie o, in caso di contestazione, dal competente tribunale cantonale delle assicurazioni o, in ultima istanza, dal tribunale federale delle assicurazioni. Applicazione della prassi del Consiglio federale quale massima autorità decisionale in riferimento ad autorizzazioni e tariffe.**

**Nel caso concreto di una clinica privata del Cantone di Basilea-Campagna, la tariffa di riferimento corrisponde alla media delle tariffe dei reparti comuni degli ospedali cantonali di Liestal, Bruderholz e Laufen (cons. 3–6).**

I.

A.

Der in Q. wohnhafte K. unterzog sich im Juni 2000 in der Klinik X. einer Tumor-Operation am Kopf. Für die Behandlung und den stationären Aufenthalt vom 19. bis 26. Juni 2000 stellte die Praxis-Klinik X. AG Rechnung in der Höhe von Fr. 11 700.– (8 x Fr. 900.– [Tagestaxe] + Fr. 4500.– [Aufpreis Privatabteilung]).

Die Klinik X. figurierte auf der Spitalliste des Kantons Basel-Landschaft mit dem Vermerk «Ausschliesslich Halbprivat- und Privatabteilung. Zulassung ohne Leistungsauftrag».

Am 28. Juli 2000 teilte der Krankenversicherer von K., die ASSURA Kranken- und Unfallversicherung (nachfolgend: Assura), der Praxis-Klinik X. AG mit, sie übernehme von den Kosten von Fr. 7200.– für den Spitalaufenthalt vom 19. bis 26. Juni 2000 einen «Sockelbeitrag gemäss KVG» von Fr. 312.– pro Tag. Diese Summe entsprach der nach Pflegetagen gemittelten Durchschnittstaxe der Kantonsspitäler Laufen, Liestal und Bruderholz gemäss Protokoll des Regierungsrates des Kantons Basel-Landschaft vom 9. Juni 1998. Daraufhin ersuchte K. mit Schreiben vom 15. September 2000 die Assura um Rückerstattung der gesamten Fr. 7200.– entsprechend der Tagestaxe der Praxis-Klinik Y.

Die in Q. gelegene Klinik Y. ist auf der gemeinsamen Spitalliste beider Basel für somatische Akutmedizin mit dem Leistungsauftrag Chirurgie (und Gynäkologie) im Rahmen der Grundversorgung sowie einem Planbettenbestand von 43 Betten über alle Versicherungsklassen. Ihre Tagespauschale für die allgemeine Abteilung

beträgt Fr. 915.–. Mit Verfügung vom 27. September 2000 sprach die Assura K. für Behandlung und Aufenthalt in der Klinik X. im Juni 2000 einen Sockelbeitrag von Fr. 312.– im Tag zu. Daran hielt der Krankenversicherer mit Einspracheentscheid vom 17. November 2000 fest.

## **B.**

Die von K. hiegegen erhobene Beschwerde wies das Versicherungsgericht des Kantons Basel-Landschaft (heute: Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht) nach Vernehmlassung der Assura und nach Durchführung einer Parteiverhandlung mit Entscheid vom 27. August 2001 ab.

## **C.**

K. lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem hauptsächlichen Rechtsbegehren, es sei der kantonale Gerichtsentscheid aufzuheben und die Assura sei zu verpflichten, für den Aufenthalt in der Klinik X. vom 19. bis 26. Juni 2000 den Betrag von Fr. 900.– pro Tag rückzuerstatten. (...) Assura und Bundesamt für Sozialversicherung als Aufsichtsbehörde (seit 1. Januar 2004: Bundesamt für Gesundheit) beantragen die Abweisung des Rechtsmittels.

## **D.**

Der Rechtsvertreter von K. hat zu den Eingaben der Assura und des Bundesamtes Stellung genommen. Diese haben sich hiezu nicht vernehmen lassen.

## **II.**

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

### **1. ...**

### **2.**

Das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) ist nicht anwendbar (BGE 129 V 4 Erw. 2.1).

### **3.**

**3.1** Mit Beschluss des Regierungsrates des Kantons Basel-Landschaft vom 1. Februar 2000 wurde die Klinik X., beschränkt auf die Halbprivat- und Privatabteilung sowie ohne Leistungsauftrag, in die kantonale Spitalliste aufgenommen. Auf die vom Kantonalverband Basellandschaftlicher Krankenversicherer hiegegen erhobene Verwaltungsbeschwerde trat der Bundesrat mit Entscheid vom 28. Juni 2000 nicht ein. Soweit mit dem Rechtsmittel die Revision seines Entscheides vom 23.



Juni 1999 betreffend die gemeinsame Spitalliste beider Basel für somatische Akutmedizin beantragt wurde, wies er das Begehren ab.

**3.2** In seinem Entscheid vom 23. Juni 1999 stellte der Bundesrat fest, die gemeinsame Spitalliste beider Basel für somatische Akutmedizin stelle eine integrale Liste dar. Die darin figurierenden Spitäler seien unterschiedslos mit allen Abteilungen zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen. Die Liste enthalte Gesamtbettenzahlen für die einzelnen Institutionen, ohne dass zwischen Betten der Allgemeinen Abteilung auf der einen und der Halbprivat- und der Privatabteilung auf der anderen Seite unterschieden werde. Nach dem vom KVG vorgegebenen Zulassungssystem habe die Klinik X. einen Rechtsanspruch auf Aufnahme ihrer Halbprivat- und Privatabteilung in die Spitalliste des Standortkantons Basel-Landschaft, sofern die Infrastruktur- und Dienstleistungsvoraussetzungen gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. a–c KVG erfüllt seien. Hingegen sei nicht erforderlich, das Leistungsangebot auf der Liste zu umschreiben, noch habe der Kanton den Abteilungen Betten zuzuteilen (vgl. Art. 39 Abs. 1 lit. d und e KVG). Nach Aufnahme der Halbprivat- und Privatabteilung der Klinik X. in die kantonale Spitalliste oder in die gemeinsame Liste beider Basel sei für die dort in Anspruch genommenen Leistungen der Sockelbeitrag aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung geschuldet.

#### **4.**

**4.1** Es steht zu Recht ausser Frage, dass der Beschwerdeführer Anspruch auf einen Beitrag aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung an die Kosten für die stationäre Behandlung und den Aufenthalt in der Klinik X. im Juni 2000 hat. Die Klinik ist auf der Spitalliste des Standortkantons Basel-Landschaft aufgeführt (vgl. BGE 127 V 405 Erw. 2b/cc<sup>1</sup>; vgl. auch RKUV 2001 Nr. KV 181 S. 423 Erw. 2.1, 1998 Nr. KV 54 S. 540 Erw. 3.2.3).

**4.2** Umstritten ist der anwendbare Tarif zur Bemessung des Sockelbeitrages. Nach Auffassung des kantonalen Gerichts und auch der Assura sowie des Bundesamtes ist der Referenztarif aus dem Durchschnitt der Tarife für die allgemeine Abteilung der kantonalen Spitäler Liestal, Bruderholz und Laufen zu ermitteln. Daraus ergibt sich eine nach Pflorgetagen gemittelte Durchschnittstaxe von Fr. 312.– pro Tag. Dieser Referenztarif wurde am 9. Juni 1998 vom basellandschaftlichen Regierungsrat festgesetzt. Demgegenüber will der Beschwerdeführer den Sockelbeitrag nach dem Tarif für die allgemeine Abteilung der Klinik Y. bemessen haben. Das ergäbe eine Kostenvergütung im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung von Fr. 915.– pro Tag. Zur Begründung lässt er u. a. ausführen, die Klinik X. sei eine Privatklinik und daher von der Kostenstruktur her einzig mit der Klinik Y. vergleichbar. Der Tarif für die allgemeine Abteilung dieses Spitals ent-

<sup>1</sup> siehe RKUV 2002 Nr. KV 199 S. 37 ff.

sprechend einer Tagestaxe von Fr. 915.– sei vom Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft genehmigt worden. Sowohl die kantonalen Spitäler Liestal, Bruderholz und Laufen als auch die Klinik Y. figurieren auf der gemeinsamen Spitalliste beider Basel für somatische Akutmedizin u.a. mit dem Leistungsauftrag Chirurgie.

## 5.

**5.1** Von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung ganz oder teilweise zu vergütende Leistungen sind grundsätzlich in dem hierfür vorgesehenen Verfahren zu tarifieren (Art. 43 ff. KVG). Das gilt auch für die stationäre Behandlung einschliesslich Aufenthalt in einem Spital (Art. 49 Abs. 1 erster Satz KVG; BGE 125 V 103 Erw. 3.1<sup>2</sup>; RKUV 1999 Nr. KV 83 S. 353 Erw. 4.1).

**5.2** Ist die Halbprivat- oder Privatabteilung eines Spitals oder einer Klinik zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen und fehlt eine tarifvertragliche oder tarifbehördliche Regelung, haben die rechtsanwendenden Organe und Gerichtsbehörden für die Bestimmung des Umfangs des Vergütungsanspruchs einen Referenztarif festzulegen (RKUV 2001 Nr. KV 181 S. 427 ff. Erw. 3.2.3 und 4 mit Hinweis auf BGE 123 V 304 Erw. 6b/dd<sup>3</sup> und 125 V 101 Erw. 2<sup>4</sup>). Dabei haben sie diejenige Tarifordnung heranzuziehen, welche im Standortkanton für vergleichbare Spitäler gilt, deren allgemeine Abteilungen als Leistungserbringer im krankenversicherungsrechtlichen Sinne zugelassen sind.

Das Kriterium der Vergleichbarkeit für die Bestimmung des Referenztarifes bezieht sich nicht auf die Kostenstruktur des Spitals in Bezug auf die Halbprivat- und Privatabteilung. Vielmehr kommt es darauf an, ob die fragliche der diagnostischen oder therapeutischen Behandlung einer Krankheit dienende Leistung angeboten wird. Ob das Spital auch über eine allgemeine Abteilung verfügt und diese ebenfalls zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen ist, spielt keine Rolle (RKUV a.a.O. S. 429 Erw. 3.2.5).

## 6.

**6.1** Wäre die im Juni 2000 in der Klinik X. beim Beschwerdeführer vorgenommene Tumor-Operation auch in der Klinik Y. grundsätzlich möglich gewesen, spräche an sich nichts gegen die Anwendung des Tarifs für die allgemeine Abteilung dieses Privatspitals oder zumindest dessen Mitberücksichtigung bei der Bestimmung des Referenztarifs. Der Tarif für die Klinik Y. für die Bemessung des Sockelbeitrages fiel nicht schon deshalb ausser Betracht, weil die Klinik X. keine allgemeine Abteilung führt, welche zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen

<sup>2</sup> siehe RKUV 1999 Nr. K 993 S. 182 ff.

<sup>3</sup> siehe RKUV 1998 Nr. KV 20 S. 13 ff.

<sup>4</sup> siehe RKUV 1999 Nr. K 993 S. 182 ff.

Krankenpflegeversicherung zugelassen ist. Schliesslich stünde einer Anwendbarkeit des Tarifs für die Klinik Y. der Umstand nicht von vornherein entgegen, dass als Folge der Subventionierung durch die öffentliche Hand (vgl. Art. 49 Abs. 1 KVG und BGE 123 V 319 f. Erw. 4c<sup>5</sup>) die Tarife für die allgemeine Abteilung der drei kantonalen Spitäler Liestal, Laufen und Bruderholz bedeutend niedriger sind.

## **6.2**

**6.2.1** Hingegen fällt die Anwendung des Tarifs für die allgemeine Abteilung der Klinik Y. als Referenztarif für die Bemessung des Sockelbeitrages aus einem anderen Grund ausser Betracht. Entscheidend ist, dass die Klinik X. nicht auf der gemeinsamen Spitalliste für somatische Akutmedizin beider Basel figuriert. Diese Liste enthält alle Spitäler und Kliniken, welche für die Durchführung von chirurgischen Eingriffen, wie sie die Tumor-Operation im Juni 2000 darstellt, zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen sind. Die Klinik X. befindet sich zwar auf der Spitalliste des Standortkantons Basel-Landschaft. Sie gilt somit als Leistungserbringer im Sinne des Krankenversicherungsgesetzes. Sie hat indessen keinen Leistungsauftrag im Rahmen der Grundversorgung, und ihr ist im Rahmen der Spitalplanung kein Bett zugeteilt worden. Die Klinik X. ist zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen, im Unterschied zur Klinik Y. indessen nur mit der Halbprivat- und Privatabteilung. Insofern lassen sich die beiden Kliniken nicht vergleichen, wie die Vorinstanz zutreffend festhält. Volle Deckung der Kosten für Behandlung und Aufenthalt in der Klinik X. setzt eine entsprechende Zusatzversicherung voraus. Als Referenztarif den Tarif für die allgemeine Abteilung der Klinik Y. zu nehmen, bedeutete faktisch eine Umgehung der Spitalplanung. Die mit der gemeinsamen Spitalliste beider Basel für somatische Akutmedizin bezweckte Beschränkung der zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Bereich der Chirurgie tätigen stationären Leistungserbringer würde vereitelt.

**6.2.2** Wird eine bestimmte Leistung auch in öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitälern angeboten, nimmt die versicherte Person aber gleichwohl die Dienste eines Privatspitals in Anspruch, hat für allfällige höhere Kosten grundsätzlich nicht die obligatorische Krankenpflegeversicherung aufzukommen. Im vorliegenden Fall sind keine Umstände gegeben, welche ein Abweichen von dieser Regel rechtfertigten. Wie das Bundesamt richtig festhält, hatte der Versicherte sich für die Klinik X. entschieden, weil er von dem dort tätigen Belegarzt Prof. Dr. med. S. operiert werden wollte. In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird ausgeführt, es sei um einen schwierigen, grösstes Geschick erfordernden Eingriff gegangen. Prof. Dr. med. S. sei dem Beschwerdeführer als regionale Kapazität für solche Operationen empfohlen worden. Sein Vertrauen in diesen Facharzt sei nicht enttäuscht worden. Der bisherige Verlauf sei ausgesprochen gut. Dass die

<sup>5</sup> siehe RKUV 1998 Nr. KV 21 S. 33 ff.

Tumor-Operation an keinem anderen Spital auf der gemeinsamen Liste für somatische Akutmedizin beider Basel «lege artis» und mit der gleichen Erfolgswahrscheinlichkeit hätte durchgeführt werden können, wird nicht geltend gemacht und ist auch nicht anzunehmen. Mit Prof. Dr. med. S. als «Arzt der Wahl» hat daher der Beschwerdeführer mit den Worten des Bundesamtes «eine Leistung bezogen, die klar über das hinausgeht, was nach KVG versichert ist».

**6.3** Der nach dem Gesagten anwendbare Referenztarif (Durchschnitt der Tarife für die allgemeine Abteilung der kantonalen Spitäler Liestal, Bruderholz und Laufen) entsprechend einer Tagespauschale von Fr. 312.– ist in masslicher Hinsicht nicht angefochten.

**6.4** Der kantonale Entscheid ist somit rechtens.

# Retrait de l'autorisation de pratiquer

*KV 282 Arrêt du TFA du 26 février 2004 (K 123/03)*

- **In casu, le Département fédéral de l'intérieur était fondé à retirer l'autorisation de pratiquer à un assureur-maladie. La société en cause se trouvait dans un état de surendettement ayant entraîné l'avis au juge selon l'art. 725, al. 2, CO et n'a pas proposé de mesures concrètes sur le plan financier propres à assainir la situation à court terme.**

Insolvabilité et surendettement sont deux notions différentes. Le surendettement n'entraîne pas nécessairement l'insolvabilité, notamment quand les liquidités empruntées permettent de payer les engagements à court terme. S'agissant tout particulièrement d'un assureur-maladie, le fait de disposer momentanément de liquidités suffisantes n'est pas apte à démontrer l'existence d'une situation économique définitivement stabilisée. En effet, à court terme les primes des assurés permettent de payer les prestations assurées. Mais, mis à part le paiement des prestations, il faut prendre en compte les réserves légales auxquelles une caisse-maladie est astreinte (art. 78 OAMal). Or, dans le cas particulier, il y a lieu de constater que ces réserves restent inexistantes pour l'assurance obligatoire des soins.

De plus, les assureurs-maladie sont tenus de constituer chaque année les provisions nécessaires au paiement des redevances de risque (art. 6a OCoR). Or, s'il apparaît à la lecture des comptes produits que la recourante disposait effectivement d'une provision à ce titre, on constate qu'elle n'a pas été en mesure de faire face dans les délais à ses obligations découlant de la compensation des risques.

- **Im vorliegenden Fall hat das Departement des Innern zu Recht einem Krankenversicherer die Zulassungsbewilligung entzogen. Die Versicherungsgesellschaft befand sich in einer Situation der Überschuldung und hatte den Richter gemäss Art. 725 Abs. 2 OR benachrichtigt, jedoch keine konkreten finanziellen Massnahmen vorgeschlagen, um innert kurzer Frist eine Sanierung herbeizuführen.**

Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung sind zwei verschiedene Begriffe. Die Überschuldung hat nicht notwendigerweise eine Zahlungsunfähigkeit zur Folge, namentlich dann, wenn das liquide Fremdkapital ausreicht, um die kurzfristigen Verpflichtungen zu decken. Insbesondere bei einem Krankenversicherer ist die momentane Verfügbarkeit aus-

reichender Liquiditäten nicht gleichzusetzen mit einer definitiv stabilisierten Finanzlage. Kurzfristig können die Leistungen zwar durch die Prämien der Versicherten gedeckt werden, doch muss nebst den Leistungsverpflichtungen auch die Bildung der gesetzlichen Reserven (Art. 78 KVV) berücksichtigt werden. Im vorliegenden Fall sind diese Reserven für die obligatorische Krankenpflegeversicherung nicht vorhanden.

Zudem sind die Krankenversicherer verpflichtet, jährlich die notwendigen Rückstellungen für die noch zu bezahlenden Risikoabgaben zu bilden (Art. 6a VORA). Aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Abrechnungen ist zwar ersichtlich, dass solche Rückstellungen tatsächlich vorgenommen wurden, doch war die Beschwerdeführerin nicht in der Lage, ihren Verpflichtungen im Rahmen des Risikoausgleichs fristgerecht nachzukommen.

- Nel caso in questione, il Dipartimento federale dell'interno aveva buoni motivi per ritirare l'autorizzazione a esercitare ad un assicuratore-malattie. La società in causa aveva un'eccedenza dei debiti ed aveva avvisato il giudice ai sensi dell'art. 725 cpv. 2 CO, senza però proporre misure concrete sul piano finanziario volte a risanare la situazione entro breve termine.

Insolvenza e eccedenza dei debiti sono due nozioni differenti. L'eccedenza dei debiti non implica necessariamente l'insolvenza, in particolare quando la liquidità presa in prestito permette di coprire gli impegni a breve termine. Nel caso particolare di un assicuratore-malattie, il fatto di disporre momentaneamente di liquidità sufficiente non è atto a dimostrare una situazione economica definitivamente ristabilita. In effetti, a breve termine, i premi degli assicurati permettono di pagare le prestazioni assicurate. Tuttavia, a parte il versamento delle prestazioni, vanno anche considerate le riserve legali che le casse malati sono obbligate ad avere (art. 78 OAMal). Nella fattispecie si è constatato che per l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie continuano a mancare le riserve.

Inoltre gli assicuratori-malattie sono tenuti a costituire annualmente gli accantonamenti necessari per il pagamento delle tasse di rischio (art. 6a OCoR). Anche se in base alla lettura dei conti presentati è comprovato che la ricorrente disponeva in effetti di un tale accantonamento, si è constatato che essa non è stata in grado d'affrontare entro le scadenze previste gli impegni derivanti dalla compensazione dei rischi.

I.

**A.**

ACCORDA Assurance Maladie est une société anonyme à but non lucratif, dont le siège est à Givisiez. Son capital social est de 6 000 000 fr. Elle a été fondée en 1998 par des professionnels de la santé (médecins, pharmaciens, hôpitaux et autres prestataires de soins). Son but statutaire est la gestion d'une caisse-maladie fournissant en Suisse toute prestation dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire; la société fournit également des prestations dans le domaine des assurances complémentaires. En 2002, elle comptait environ 22 000 assurés. Actuellement, ce nombre est de 12 000 environ.

Par lettre du 3 mai 2003, ACCORDA SA a informé l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) qu'elle n'avait pas été en mesure de lui adresser les comptes et le bilan de l'exercice 2002 dans les délais; un audit était en cours et informerait avec précision les organes de la société sur la situation. A la demande de l'OFAS, elle a adressé à ce dernier, le 6 mai 2003, les comptes provisoires et un projet de bilan provisoire de l'exercice 2002. Elle exposait qu'elle avait vu pratiquement tripler le nombre de ses assurés au cours de l'année 2002 et que cette croissance avait créé une surcharge de travail que la direction n'avait pas pu maîtriser dans les délais voulus. L'information au conseil d'administration était très déficiente et, de ce fait, ce dernier manquait d'une vision claire sur la gestion de la société. Enfin, un mandat d'audit avait été confié à la société W. Invitée par l'OFAS à fournir des précisions sur les faits qui laisseraient supposer une dégradation de la gestion de la société, ACCORDA SA a répondu, le 12 mai 2003, que l'audit en cours apporterait des éclaircissements sur la situation à la fin du mois de mai, et qu'elle était probablement victime de malversations et de détournements; elle s'est également référée à un courrier que son organe de révision, Z. SA, aurait entre-temps fait parvenir à l'office, selon lequel la société se trouvait confrontée à un possible surendettement.

Le 20 mai 2003, une réunion a eu lieu entre des représentants de l'OFAS, de l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) et des représentants de la caisse, en présence d'un responsable de l'organe de révision. Les représentants de l'OFAP ont proposé d'accorder un délai de 10 jours à ACCORDA SA pour prendre des mesures, en particulier pour trouver un partenaire prêt à reprendre le portefeuille des assurés ou obtenir un apport important de fonds. L'OFAS s'est rallié à cette proposition. ACCORDA SA, par son conseil d'administration, s'est engagée à obtenir des apports financiers permettant de boucler les comptes 2002, à mettre en œuvre des mesures administratives et de gestion qui garantissent le respect des droits des assurés et, enfin, à trouver un partenaire prêt à reprendre les actifs et passifs de la société.

Par lettre du 21 mai 2003, adressée au conseil d'administration de la société, l'OFAS a confirmé les termes de cette entrevue, en faisant référence au dépôt de l'avis au juge de la situation de surendettement, qui devait être donné le même jour par Z. SA, conformément à l'art. 729b al. 2 CO. L'OFAS a fixé à l'administration un délai au 30 mai 2003 pour prendre les mesures convenues.

## **B.**

Le 21 mai 2003, Z SA a effectivement informé le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine que, bien que le conseil d'administration d'ACCORDA SA n'eût pas encore approuvé les comptes de l'exercice 2002, le surendettement de la société, à la fin de l'exercice 2002, s'élevait à 834 665 fr., établi comme suit:

– capital actions	6 000 000 fr.
– capital bons de participation	642 500 fr.
– pertes reportées au 01.01.02	–3 127 094 fr. 82
– pertes de l'exercice 2002	–4 350 070 fr. 54
– surendettement	834 665 fr. 36

Z. SA indiquait que, malgré son surendettement, la société pouvait compter sur le versement régulier de primes de 27 000 assurés environ. Elle disposait donc actuellement de liquidités suffisantes (plusieurs millions) pour continuer son exploitation ordinaire. Compte tenu également des mesures d'assainissement exigées par l'OFAS, l'organe de contrôle estimait raisonnable d'ajourner la faillite de 10 jours. Dans l'hypothèse où un plan d'assainissement ne serait pas présenté, la nomination d'un curateur avec privation du conseil d'administration de son pouvoir de disposition paraîtrait une mesure judicieuse, dès lors qu'il n'était pas exclu qu'un reprenneur du monde de l'assurance sociale s'intéressât à la reprise de la société.

Par courrier du 6 juin 2003, l'OFAS a écrit au Président du Tribunal de l'arrondissement de la Sarine pour l'informer qu'il soutenait toute proposition allant dans le sens d'une continuation, au moins provisoire, des activités d'ACCORDA SA, afin de permettre, le cas échéant, de mener à bien des pourparlers en vue d'une reprise du portefeuille des assurés ou de la société toute entière par un autre assureur.

A l'audience du 11 juin 2003, après avoir entendu les représentants de toutes les parties intéressées, en particulier d'ACCORDA SA, de l'OFAP et de l'OFAS, ce même président a prononcé l'ajournement de la faillite. Un délai expirant au 30 juin 2003 a été imparti à ACCORDA SA pour se déterminer sur l'évolution de sa situation, notamment sur l'évolution des mesures d'assainissement prévues.

## **C.**

Auparavant, le 26 mai 2003, W. a rendu son rapport d'audit intitulé «Diagnostic organisationnel et financier». Ce rapport constate que la société connaît d'impor-



tantes difficultés au niveau de l'organisation et sur le plan financier, et énumère les mesures à prendre pour y remédier. Il relève certains abus commis par le personnel et la direction de la société. Il met l'accent sur la faiblesse du contrôle interne et souligne l'incidence sur les comptes d'une convention passée le 21 novembre 2001 par ACCORDA SA avec l'Hospice général de Genève pour l'assurance de l'ensemble des requérants d'asile aidés financièrement par cet établissement.

Le rapport a été remis à l'OFAS le 16 juin 2003. Par lettre du 20 juin 2003, l'OFAS a invité ACCORDA SA à lui communiquer les mesures concrètes qu'elle entendait prendre immédiatement pour assainir sa situation et améliorer sa gestion administrative. L'office désirait également être informé sur l'avancement des négociations en vue d'une reprise éventuelle de la société par un autre assureur. Par fax du même jour, ACCORDA SA a informé l'OFAS que son conseil d'administration souhaitait, dans le cadre de mesures d'assainissement, augmenter les primes dans les cantons de Genève et de Neuchâtel à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2003. ACCORDA SA a par la suite renoncé à procéder à une augmentation de primes en cours d'année, faute d'avoir pu fournir à l'OFAS les documents requis en temps utile.

Le 26 juin 2003, ACCORDA SA a communiqué à l'OFAS diverses informations relatives à son déficit pour l'année 2002, sur l'état de sa trésorerie en 2003, ainsi que sur des mesures de réorganisation entreprises avec l'appui de W.

Le 17 juillet 2003 s'est tenue une nouvelle audience devant le Président du Tribunal de l'arrondissement de la Sarine. Un représentant de W. a produit les comptes définitifs pour l'année 2002. Il en résultait au 31 décembre 2002 un surendettement de 1 334 808 fr. et un capital au 30 avril 2003 de 346 905 fr. Un délai expirant le 30 août 2003 a été imparti à ACCORDA SA pour communiquer au juge et aux offices fédéraux les décisions qui seraient prises par l'assemblée générale quant aux mesures d'assainissement et toute information utile quant à la mise en œuvre de ces mesures.

Le 13 août 2003, l'OFAS a informé ACCORDA SA qu'il entendait proposer au Département fédéral de l'intérieur (DFI) de retirer à l'assureur l'autorisation de pratiquer l'assurance-maladie sociale et il l'a invitée à se déterminer sur cette éventualité.

Une assemblée générale des actionnaires a été convoquée le 19 août 2003. Il a été décidé de «splitter» les actions dorénavant toutes d'une valeur nominale de 1250 fr., d'augmenter le capital-actions d'un montant de 1 500 000 fr. par l'émission de 1200 actions nominatives de 1250 fr., de procéder à une augmentation de capital autorisée de 1 500 000 fr. et, enfin, de fixer dans les statuts de la société la possibilité pour le conseil d'administration de créer un capital-participation de

2 000 000 fr. au maximum. Le 22 août 2003, l'OFAS a pris acte des mesures décidées par l'assemblée générale. Il relevait qu'au vu des prévisions chiffrées pour 2003 que la caisse-maladie lui avait fait parvenir dans le cadre de la nouvelle procédure d'augmentation des primes prévue par le conseil d'administration pour 2004, l'augmentation ordinaire du capital décidée par l'assemblée générale ne suffirait pas, selon toute vraisemblance, pour parvenir à un exercice comptable 2003 équilibré. L'office maintenait son intention de proposer au DFI de retirer l'autorisation de pratiquer l'assurance-maladie sociale à la société pour la fin de l'année.

## **D.**

Le 3 septembre 2003, le DFI a pris à l'encontre d'ACCORDA SA la décision suivante :

### *1. Retrait de l'autorisation*

1.1 L'autorisation de pratiquer l'assurance-maladie sociale est retirée à la société anonyme ACCORDA SA, sise à Fribourg, conformément à l'art. 13, al. 3, LAMal avec effet au plus tard au 1<sup>er</sup> janvier 2004.

1.2 La reconnaissance au sens de l'art. 12, al. 5, OAMal est retirée simultanément à la société anonyme ACCORDA SA.

1.3 Les rapports d'assurance de l'assurance obligatoire des soins de tous les assurés affiliés auprès de ACCORDA SA sont résiliés au 31 décembre 2003. Il en va de même pour les contrats d'assurance de l'assurance facultative d'indemnités journalières au sens des art. 67 ss LAMal au 31 décembre 2003.

### *2. Modalités*

2.1 ACCORDA SA doit garantir en tout temps le respect des droits de ses assurés. Elle doit notamment respecter le droit au libre choix de l'assureur et s'attacher à donner une information individuelle objective et complète à tous les assurés, après l'avoir préalablement soumise à l'OFAS pour approbation.

2.2 Les assurés qui sont au bénéfice de l'assurance d'indemnités journalières selon les art. 67 à 77 LAMal doivent être renseignés sur leur droit de libre passage conformément à l'art. 70, al. 3, LAMal.

2.3 ACCORDA SA doit collaborer avec les autorités cantonales compétentes et leur transmettre gratuitement toutes informations et toutes données utiles afin de garantir et de faciliter le passage de tous les assurés auprès d'un assureur-maladie admis, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2004.

2.4 ACCORDA SA est tenue de faire examiner par un organe de révision externe et indépendant qui remplit les exigences des art. 727b et 727c CO que la procé-

de retraits a été suivie de manière conforme au droit. Cet organe de révision établira à l'intention des autorités de surveillance un rapport attestant ce point, en particulier le fait que les assurés auront été correctement informés sur leurs droits et obligations en relation avec leur affiliation auprès d'un assureur-maladie admis.

Cette décision était motivée par le fait qu'ACCORDA SA n'avait pas présenté au juge et aux autorités de surveillance des mesures d'assainissement susceptibles d'améliorer de manière sensible la situation au plan financier. Les perspectives au 31 décembre 2003 (réserve légale négative, surendettement actuel, bilan prévisionnel négatif) ne portaient pas à l'optimisme. En l'état, ACCORDA SA n'avait pas pu fournir des garanties suffisantes ou des options de financement propres à assurer son assainissement à fin 2003. Selon les dernières données chiffrées fournies (prévisions actualisées pour 2003 communiquées à l'OFAS à fin juillet 2003), ACCORDA SA prévoyait de subir une perte d'exploitation de l'ordre de 2,9 millions de francs. Au vu de ces prévisions, l'augmentation ordinaire du capital de 1,5 million de francs décidée par l'assemblée générale du 19 août 2003 ne suffirait pas, selon toute vraisemblance, pour parvenir à un exercice comptable équilibré.

Indépendamment de cette situation, le DFI relevait de nombreuses lacunes dans l'organisation de la société. Ainsi, outre le dépassement quasi systématique des délais de remise des documents requis sous forme écrite ou sous forme électronique, la non-concordance entre les documents reçus et les graves lacunes constatées dans lesdits documents, ainsi que l'absence de communication régulière vis-à-vis des autorités de surveillance, en particulier dans une phase d'assainissement, ne permettaient plus de considérer que la société disposait d'une organisation lui permettant de remplir les conditions nécessaires pour pratiquer l'assurance-maladie sociale conformément aux exigences de la loi et à ses dispositions d'exécution.

#### **E.**

ACCORDA SA a formé un recours de droit administratif, dans lequel elle a conclu à l'annulation de cette décision. Le DFI a conclu au rejet du recours.

#### **F.**

Par ordonnance du 6 novembre 2003, le Président du Tribunal fédéral des assurances a attribué l'effet suspensif au recours de droit administratif.

#### **G.**

Un deuxième échange d'écritures a été ordonné, au terme duquel les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives.

II.

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

**1.**

La recourante a demandé, dans l'acte de recours, la possibilité de compléter ses écritures ultérieurement. Dans la mesure où elle s'est exprimée dans le cadre d'un deuxième échange d'écritures, il y a lieu de considérer que cette demande est devenue sans objet.

**2.**

La décision attaquée est une décision émanant d'un département au sens de l'art. 98 let. b OJ auquel renvoie l'art. 128 OJ; selon cette disposition, 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 OJ et de l'art. 98a OJ, en matière d'assurances sociales. Aucune des clauses d'exclusion mentionnées à l'art. 129 en corrélation avec l'art. 101 sv. OJ n'étant réalisée, le recours, formé en temps utile, est en principe recevable mais il convient encore d'examiner si la recourante a qualité pour agir (art. 103 OJ en corrélation avec l'art. 132 OJ). A cet égard, seul l'art. 103 let. a OJ est susceptible d'entrer en considération.

**3.**

Aux termes de l'art. 103 let. a OJ, a qualité pour recourir quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. La jurisprudence considère comme intérêt digne de protection, au sens de cette disposition, tout intérêt pratique ou juridique à demander la modification ou l'annulation de la décision attaquée que peut faire valoir une personne atteinte par cette dernière. L'intérêt digne de protection consiste ainsi en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant ou, en d'autres termes, dans le fait d'éviter un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. L'intérêt doit être direct et concret; en particulier, la personne doit se trouver dans un rapport suffisamment étroit avec la décision; tel n'est pas le cas de celui qui n'est atteint que de manière indirecte ou médiate (ATF 127 V 3 consid. 1b, 82 consid. 3a/aa<sup>1</sup>, 125 V 342 consid. 4a et les références).

L'art. 103 let. a OJ vise ainsi en priorité le droit de recours d'un particulier ou d'une personne morale privée contre une décision de l'autorité. Dans le cas présent, le DFI intervient en qualité d'autorité de surveillance habilitée à autoriser la pratique de l'assurance-maladie sociale ou à prononcer le retrait de cette autori-

<sup>1</sup> voir RAMA 2001 n° KV 170 p. 267 ss

sation (art. 13 LAMal) à l'égard d'un assureur chargé de la gestion de l'assurance obligatoire mentionné à l'art. 11 LAMal. L'assureur apparaît ici comme un délégué chargé par la loi directement d'exécuter une tâche publique administrative en son nom mais pour le compte de la Confédération (*Blaise Knapp*, L'exécution de tâches publiques fédérales par des tiers, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Organisationsrecht, ch. 92 sv.; *Tomas Poledna*, Krankenversicherungen und ihre rechtliche Organisation im Spannungsfeld von Aufgabenerfüllung und Staatsaufsicht, in: Forum droit de la santé, Zurich 2002, p. 12). Dans cette mesure, il se trouve dans une situation analogue à celle d'une corporation de droit public à qui la qualité pour former un recours de droit administratif n'est en règle ordinaire pas reconnue ou ne l'est que sous certaines conditions. Une exception est notamment prévue en faveur des communes et autres corporations publiques quand elles se plaignent d'une violation de leur autonomie ou d'une atteinte à leur existence (ATF 127 V 83 consid. 3a/bb<sup>2</sup>). On parle, dans ce cas, d'un «intérêt juridique qualifié» (ATF 123 II 428 consid. 3b). En l'occurrence, il en va de l'existence même de la recourante en tant qu'institution d'assurance, de sorte qu'elle a un intérêt évident à demander l'annulation de la décision attaquée.

#### 4.

Le litige ne concerne pas l'octroi ou le refus de prestations d'assurance au sens des art. 132 et 134 OJ. Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral des assurances est dès lors défini par les art. 104 et 105 OJ. Le tribunal doit ainsi examiner si l'autorité intimée a violé le droit fédéral, y compris par l'excès ou par l'abus de son pouvoir d'appréciation (art. 104 let. a OJ). Comme le recours n'est pas dirigé contre la décision d'une autorité judiciaire (art. 105 al. 2 OJ), le tribunal peut revoir d'office les constatations de fait (art. 105 al. 1 OJ; ATF 129 V 231 consid. 3 in fine). En revanche, la recourante ne peut pas invoquer l'inopportunité de la décision attaquée (art. 104 let. c OJ a contrario).

#### 5.

**5.1** L'autorisation de pratiquer l'assurance-maladie sociale est subordonnée à plusieurs conditions énumérées à l'art. 13 al. 2 LAMal. En particulier, les assureurs doivent disposer d'une organisation et pratiquer une gestion qui garantissent le respect des dispositions légales (art. 13 al. 2 let. b LAMal). C'est ainsi, par exemple, que leur administration doit être adaptée au nombre d'assurés et au rayon d'activité de la caisse. Mais il faut aussi que cette organisation fonctionne bien et qu'en particulier les responsables disposent des aptitudes et des compétences nécessaires à la gestion d'une assurance sociale (Message du Conseil fédéral concernant la révision de l'assurance-maladie sociale du 6 novembre 1991, FF 1992 I 128).

<sup>2</sup> voir RAMA 2001 n° KV 170 p. 267 ss

Les assureurs doivent être aussi en mesure de remplir leurs obligations financières en tout temps (art. 13 al. 2 let. c LAMal). Ils sont tenus de disposer des réserves prescrites et de liquidités suffisantes. L'exigence financière doit être respectée en tout temps; en cas d'insuffisance dans l'assurance-maladie sociale, les primes de celle-ci devront être augmentées. Parmi les obligations des assureurs figurent non seulement le versement des prestations d'assurance et la création des réserves, mais également les contributions à l'institution commune pour financer les tâches de celle-ci, conformément à l'art. 18 al. 5 LAMal, ainsi que les paiements à la même institution au titre de la compensation des risques selon l'art. 105 LAMal (message précité, FF 1992 I 129). Indépendamment de ses obligations intransmissibles en matière de gestion financière (art. 716a al. 1 ch. 3 CO; cf. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 30 ch. 39 ss), le conseil d'administration d'une caisse-maladie a l'obligation, en vertu du droit de l'assurance-maladie, d'informer l'autorité de surveillance de toute modification de sa situation financière qui pourrait porter atteinte à l'exécution des tâches qui lui incombent en vertu de la loi (*Isaak Meier/Jürgen Brönnimann/Pia Gianinazzi*, Probleme bei Insolvenz von Krankenkassen in: Forum droit de la santé, Zurich 2003, pp. 26 et 36).

Le DFI autorise les institutions d'assurance qui satisfont aux exigences de la loi (assureurs) à pratiquer l'assurance-maladie sociale (art. 13 al. 1 LAMal). Il retire l'autorisation de pratiquer cette assurance si l'assureur en fait la demande ou s'il ne remplit plus les conditions légales; ce faisant, il veille à ce que le retrait ne porte effet qu'au moment où tous les assurés auront été repris par d'autres assureurs (art. 13 al. 3 LAMal; art. 12 al. 5 OAMal).

**5.2** Les assurances complémentaires que les caisses-maladie ont le droit de pratiquer, en plus de l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal (art. 12 al. 2 LAMal), sont soumises à la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA), tandis que l'assurance-maladie sociale est régie par le droit public de la Confédération. Cette dualité de régime juridique entraîne une répartition des compétences en matière de surveillance entre deux offices de la Confédération: l'Office fédéral des assurances privées (dépendant du Département fédéral de justice et police) est compétent pour la surveillance de la pratique des assurances complémentaires désignées à l'art. 12 al. 2 LAMal (art. 21 al. 2 LAMal et 24 al. 2 OAMal); pour sa part, l'OFAS (dépendant du DFI) surveille la pratique de l'assurance obligatoire des soins et de l'assurance facultative d'indemnités journalières au sens des art. 24 à 31 et 67 à 77 LAMal (art. 24 al. 1 OAMal). L'OFAS exerce en outre une surveillance institutionnelle des caisses-maladie et des institutions mentionnées à l'art. 16 al. 1 let. a OAMal en veillant à ce que celles-ci soient constamment en mesure de remplir les conditions de la reconnaissance et de l'autorisation de pratiquer (art. 25 OAMal; à propos de la surveillance des assureurs-maladie par la Confédération, voir *Gebhard Eugster*, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwal-

tungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, ch 67; *Theodor Laubscher*, La surveillance des assureurs maladie par la Confédération selon le nouveau droit, in: Sécurité sociale, 1995, p. 244 ss, ainsi que *Daniel Wiedmer*, La surveillance des assureurs-maladie, in: Sécurité sociale 2000, p. 248 ss).

**5.3** En vertu de l'ancien droit (LAMA), dans les cas où l'assureur ne suivait pas les prescriptions légales, l'OFAS avait la possibilité de bloquer totalement ou partiellement les subsides fédéraux destinés à un assureur et, dans les cas graves, de les refuser purement et simplement (art. 33 al. 3 LAMA). Sous le régime de la LAMal, cette sanction, qui avait fait ses preuves, n'est plus possible, attendu que les subsides fédéraux ne sont plus versés aux assureurs, mais directement aux assurés.

Au moment de l'entrée en vigueur de la LAMal, la surveillance de l'OFAS se restreignait à une surveillance limitée, le législateur étant parti de l'idée qu'il convenait d'accorder aux assureurs une très grande autonomie et élargir leur responsabilité propre, la concurrence entre assureurs devant notamment jouer un rôle d'auto-surveillance et, de ce fait, limiter au minimum l'activité de surveillance exercée par la Confédération (voir à ce sujet *Daniel Wiedmer*, loc. cit., p. 248). L'expérience a toutefois montré que les moyens à disposition de l'OFAS n'étaient pas adaptés à la situation et il a également fallu prévoir des sanctions moins lourdes que le retrait de l'autorisation de pratiquer, afin de respecter le principe de proportionnalité. Ces considérations ont amené le législateur à apporter des modifications à l'art. 21 LAMal (RO 2000 2305; voir également le Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant l'arrêté fédéral sur les subsides fédéraux dans l'assurance-maladie et la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie, FF 1999 755 sv.). Dans sa nouvelle version, actuellement en vigueur, l'art. 21 al. 3 LAMal prévoit que l'OFAS peut adresser aux assureurs des instructions visant à l'application uniforme du droit fédéral, requérir d'eux tous les renseignements et les documents nécessaires et procéder à des inspections. Ces dernières peuvent être effectuées sans avoir été annoncées. Les assureurs doivent accorder à l'office le libre accès à toutes les informations qu'il juge pertinentes dans le cas de l'inspection. Ils doivent lui communiquer leur rapport et leurs comptes annuels. Selon l'art. 21 al. 5 LAMal (dans sa version également en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001), si un assureur enfreint les prescriptions légales, l'office prend, selon la nature et la gravité des manquements, les mesures suivantes:

- a. il veille, aux frais de l'assureur, au rétablissement de l'ordre légal;
- b. il donne à l'assureur un avertissement et lui inflige une amende d'ordre;
- c. il propose au département de retirer l'autorisation de pratiquer l'assurance-maladie sociale.

En cas d'inobservation de prescriptions d'ordre, les assureurs, les réassureurs et l'institution commune seront punis d'une amende de 5000 fr. au plus, notamment

s'ils ont contrevenu aux obligations et aux instructions visées aux art. 21 à 23 LAMal ou violé des dispositions relatives au système financier et à la présentation des comptes selon l'art. 60 LAMal (art. 93a al. 1 LAMal, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001).

L'OFAS dispose ainsi d'un éventail de moyens coercitifs qui lui permet de prendre des mesures conformes au principe de proportionnalité dans des situations où le retrait de l'autorisation de pratiquer – mesure qui était déjà prévue dans la version initiale de l'art. 21 LAMal – pouvait apparaître excessif (FF 1999 768 sv.; *Tomas Poledna*, op. cit., p. 30).

**5.4** La loi ne précise pas ce qu'il faut entendre par l'expression «être en mesure de remplir leurs obligations financières en tout temps» figurant à l'art. 13 al. 2 let. c LAMal. S'agissant d'un assureur revêtant la forme d'une société anonyme, cette condition n'est en tout cas plus remplie en cas de surendettement au sens de l'art. 725 al. 2 CO, à tout le moins quand il n'existe pas de perspectives concrètes d'assainissement (*Isaak Meier/Jürgen Brönnimann/Pia Gianinazzi*, op. cit., pp. 25 et 36).

L'art. 725a al. 1 CO permet au juge qui reçoit l'avis obligatoire de l'art. 725 al. 2 CO d'ajourner la faillite, à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si l'assainissement de la société paraît possible; dans ce cas, il prend les mesures propres à la conservation de l'actif social. Le requérant doit présenter au juge un plan d'assainissement exposant les mesures propres à assainir la société. Ledit plan se prononcera sur les mesures à prendre, telles qu'une postposition par les créanciers de la société, la conversion de créances en actions, des cautionnements ou garanties bancaires, des souscriptions fermes d'actionnaires pour une augmentation de capital, ainsi que le délai dans lequel le surendettement sera éliminé (*Florian Chaudet*, Ajournement de la faillite de la société anonyme, conditions, effets, compétences et responsabilité [art. 725a CO], thèse Lausanne 2001, p. 138; *Christine Hertel*, Ajournement de la faillite, in: *Insolvenz- und Wirtschaftsrecht* 3/1998 p. 111; *Pascal Montavon*, Droit suisse de la SA, tome II, p. 453 ss et p. 463 sv.; *Peter Böckli*, *Schweizer Aktienrecht*, 2<sup>ème</sup> édition, 1996, ch. 1717; *Hanspeter Wüstiner*, *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, note 7 ad art. 725a CO).

**5.5** L'ajournement de la faillite par le juge ne fait pas obstacle à une décision du DFI de retirer à un assureur l'autorisation de pratiquer l'assurance-maladie sociale. Lorsqu'il estime les chances d'un assainissement réussi et durable, le juge prend en considération, en particulier, l'intérêt des créanciers qui ne doivent pas se trouver dans une situation plus mauvaise qu'en cas d'ouverture immédiate de la faillite (ATF 120 II 426 sv. consid. 2b). En effet, dans sa définition large, le but de l'art. 725 al. 2 CO consiste à protéger les droits des créanciers sociaux et des éventuels créanciers futurs. Dans sa définition étroite, il tend à éviter de retarder le pronon-



cé de la faillite en protégeant les créanciers d'une manière déterminée, en ce sens qu'à partir d'un certain degré de difficulté financière, le conseil d'administration n'est plus apte à juger lui-même en raison du fait que les décisions à prendre reposent sur un trop grand nombre d'intérêts contradictoires (*Roland Ruedin/Emmanuel Piaget*, Le moment de l'avis au juge, PJA 11/2003, p. 1332 sv.; voir aussi *Nicolas Jeandin*, L'article 725a CO: no man's land procédural, in: *Insolvenz, descentement et redressement*, Etudes réunies en l'honneur de *Louis Dallèves*, Bâle, Genève, Munich, 2000, p. 145). En revanche, l'intérêt des assurés de la caisse intéressée, de l'institution commune et, au travers d'elle, de la communauté de l'ensemble des assurés, l'intérêt public à une administration irréprochable d'une branche importante de l'assurance sociale de la Confédération (cf. *Tomas Poledna*, op. cit., p. 56), ainsi que la confiance du public en général dans le régime de l'assurance-maladie sociale sont des critères à prendre en considération dans le cadre d'une décision de retrait de l'autorisation de pratiquer au sens de l'art. 13 al. 3 LAMal.

En cas de surendettement, le DFI est donc en principe en droit de prendre une décision de retrait de l'autorisation de pratiquer, dès lors que les conditions de l'autorisation accordée précédemment ne sont plus remplies. Ce n'est pas la tâche de l'autorité de surveillance que de prendre à tout prix des mesures nécessaires à la survie de l'assureur. Il reste que l'OFAS, avant de proposer au DFI un retrait de l'autorisation de pratiquer, peut tenir compte, au regard des critères susmentionnés, de la décision du juge d'ajourner la faillite. Il peut d'ailleurs inviter lui-même l'assureur à demander un ajournement de la faillite (*Isaak Meier/Jürgen Brönnimann/Pia Gianinazzi*, op. cit., p. 69). Lorsque la requête d'ajournement émane de l'assureur, l'OFAS est habilité, dans le cadre de son pouvoir de surveillance, à lui donner des instructions contraignantes sur le contenu du plan d'assainissement à l'appui de la requête d'ajournement et donc sur les mesures d'assainissement envisagées et le temps nécessaire pour éliminer le surendettement. Il dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix de ces mesures et le délai dans lequel le plan d'assainissement doit être réalisé. Il est nécessaire, en tout cas, qu'une société aux bases financières saines ressorte, avec une haute probabilité, du processus d'assainissement (*Christine Hertel*, loc. cit., p. 111; *Florian Chaudet*, op. cit., p. 206; *Hanspeter Wüstiner*, op. cit. note 6 ad art. 725a CO). Il importe en outre, du point de vue de l'assurance-maladie, que les mesures d'assainissement puissent être réalisées à court terme. En effet, il est clair que plus l'ajournement demandé pour mener à bien le plan d'assainissement est long, plus le redressement de la société apparaît aléatoire, les prévisions à moyen ou long terme étant notoirement et de par la nature des choses plus risquées que celles à plus court terme. Plus la durée de l'assainissement projeté est longue, plus le risque s'accroît que les mesures proposées ne puissent pas – ou pas entièrement – être réalisées ou qu'elles soient contrecarrées par d'autres facteurs défavorables qui ne peuvent pas être éliminés par les mesures conservatoires ordonnées par le

juge (arrêt N. SA du 11 avril 2000 [5P465/1999]). Or, des incertitudes sur la solvabilité d'un assureur-maladie ont des conséquences négatives sur la sécurité juridique qui doit prévaloir à l'égard des assurés (maintien ou non de l'affiliation, remboursement des prestations, etc.) et sur la crédibilité de la gestion de l'assurance-maladie, cela indépendamment du fait que le DFI doit également tenir compte des intérêts de l'institution commune en évitant un accroissement des pertes (*Isaak Meier/Jürgen Brönnimann/Pia Gianinazzi*, op. cit., p. 9).

## 6.

**6.1** Tout en admettant avoir connu d'importantes difficultés sur les plans organisationnel et financier durant l'année 2003, la recourante fait valoir que son conseil d'administration a pris en temps utile les mesures nécessaires et adéquates. Elle n'a pu prendre ces mesures qu'au moment où les comptes au 31 décembre 2002 ont été finalement révisés et remis au conseil d'administration. Sur le vu des comptes révisés, il apparaissait que la situation d'ACCORDA SA s'était améliorée depuis la fin de l'année 2002, en raison notamment d'une réduction du surendettement. Or, le 19 août 2003, l'assemblée générale des actionnaires a adopté des mesures d'assainissement sous la forme d'une augmentation ordinaire et autorisée du capital social de 3 000 000 fr. et une augmentation du capital-participation jusqu'à concurrence de 2 000 000 fr. Aussi bien la recourante fait-elle valoir qu'au moment où la décision du DFI a été prise, les conditions posées par l'art. 13 LAMal à l'octroi de l'autorisation de pratiquer étaient toujours remplies. La recourante se plaint, par conséquent, d'une violation des art. 13 al. 3 LAMal et 12 al. 5 OAMal.

**6.2** Il est constant que la société anonyme se trouvait en situation de surendettement (1 334 808 fr. au 31 décembre 2002). Selon le bilan intermédiaire au 30 juin 2003, approuvé par l'organe de révision, la société était endettée jusqu'à concurrence de 1 186 721 fr., compte tenu, notamment, d'une perte reportée de 7 977 308 fr. Comme l'a retenu le DFI dans sa décision, l'augmentation ordinaire de capital de 1,5 million de francs n'eût pas permis, selon toute vraisemblance, de parvenir à un exercice comptable 2003 équilibré. En effet, dans le cadre de la procédure d'approbation des primes 2004, à fin juillet 2003, ACCORDA prévoyait de subir une perte d'exploitation de 2,9 millions de francs pour le budget 2003. La recourante fait valoir, certes, que ce chiffre se fonde uniquement sur des données remises dans le cadre de la procédure d'augmentation des primes, autrement dit qu'il concerne seulement l'assurance obligatoire des soins. Ces données ne tiendraient pas compte des résultats incluant les assurances complémentaires pratiquées également par la recourante. Mais cet argument n'est pas fondé, car les comptes de l'assurance-maladie sociale et les comptes des assurances complémentaires doivent être tenus séparément. Le financement de ces assurances doit être autonome; les assureurs présentent séparément au bilan les provisions et les réserves destinées à l'assurance obligatoire des soins (art. 60 al. 2 LAMal auquel

renvoie l'art. 75 al. 1 LAMal pour l'assurance des indemnités journalières). Cela signifie que l'assurance obligatoire ne peut être financée que par les ressources provenant de cette assurance (cf. *Gebhard Eugster*, op. cit., ch. 329). A l'inverse, les ressources de l'assurance obligatoire ne doivent pas être utilisées pour le financement des assurances complémentaires (*Tomas Poledna*, op. cit., p. 22).

Au demeurant, la décision de l'assemblée générale d'augmenter le capital n'est pas en soi une mesure d'assainissement proprement dite, car le succès de la souscription des actions nouvelles n'est pas garanti dans une situation de surendettement; en effet, lorsque le plan d'assainissement implique des concessions de la part des actionnaires ou des créanciers, le juge doit être assuré que leur réalisation est vraisemblable. De véritables engagements sont souhaitables. Ainsi, le juge exigera des souscriptions fermes d'actionnaires pour une augmentation de capital (*Florian Chaudet*, op. cit., p. 138). Les mêmes incertitudes pèsent, en outre, sur l'augmentation autorisée du capital-actions et du capital-participation, dans la mesure où une telle augmentation se caractérise par le fait que l'assemblée générale délègue au conseil d'administration la compétence de décider de l'opportunité, du moment et du montant de l'augmentation (cf. *Roland Ruedin*, Droit des sociétés, Berne 1999, p. 272, note de bas de page 488).

En l'espèce, on constate précisément que la décision d'augmenter le capital n'était pas assortie d'engagements fermes d'actionnaires. La recourante admet d'ailleurs à ce propos que les actionnaires n'étaient pas disposés à prendre le risque d'un investissement à fonds perdus. En conséquence, il n'a pas été possible de procéder à l'augmentation de capital projetée; la décision de l'assemblée générale est ainsi devenue caduque à l'expiration du délai prévu par l'art. 650 al. 3 CO.

**6.3** La recourante fait valoir qu'elle continue à être solvable et que, selon les prévisions de W., elle est en mesure de faire face à ses obligations financières jusqu'à la fin de l'année 2003. Dans sa réplique, elle précise que ses liquidités au 9 janvier 2004 s'élevaient environ à 4 millions de francs (fortune liée non comprise), montant auquel s'ajoutent des actifs réalisables à court et moyen terme, par 8 millions de francs, ce qui lui permettrait de faire face à ses engagements dans les mêmes prévisions de temps.

Insolvabilité et surendettement sont toutefois deux notions différentes. Le surendettement n'entraîne pas nécessairement l'insolvabilité, notamment quand les liquidités empruntées permettent de payer les engagements à court terme (*Florian Chaudet*, op. cit. p. 173; *Peter Bockli*, op. cit., p. 899, ch. 1684k). S'agissant tout particulièrement d'un assureur-maladie, le fait de disposer momentanément de liquidités suffisantes n'est pas apte à démontrer l'existence d'une situation économique définitivement stabilisée. En effet, comme le relève avec raison le DFI, à

court terme les primes des assurés permettent de payer les prestations assurées. Mais, mis à part le paiement des prestations, il faut prendre en compte les réserves légales auxquelles une caisse-maladie est astreinte (art. 78 OAMal). Or, dans le cas particulier, il y a lieu de constater que ces réserves restent inexistantes pour l'assurance obligatoire des soins.

De plus, les assureurs-maladie sont tenus de constituer chaque année les provisions nécessaires au paiement des redevances de risques (art. 6a de l'Ordonnance sur la compensation des risques dans l'assurance-maladie [OCOR]). Or, s'il apparaît à la lecture des comptes produits que la recourante disposait effectivement d'une provision à ce titre, on constate qu'elle n'a pas été en mesure de faire face dans les délais à ses obligations découlant de la compensation des risques. Selon un échange de correspondance entre la recourante et l'institution commune LAMal, des 14 et 18 novembre 2003, la recourante devait verser jusqu'au 15 novembre 2003 au plus tard, le montant de 4 414 157 fr. à l'institution commune pour la compensation définitive des risques 2002. Par lettre du 14 novembre 2003, la recourante a demandé à l'institution commune de s'acquitter de cette dette en deux tranches, soit un premier versement de 1 000 000 fr. immédiatement et un deuxième versement de 3 414 157 fr. au plus tard le 20 février 2004. Elle faisait valoir que la mesure prise à son encontre par le DFI avait conduit les assurés à solliciter quasiment simultanément le remboursement de toutes leurs prestations, ce qui a eu pour effet de fragiliser ses réserves de liquidités durant le troisième trimestre. Cependant, comme l'a indiqué à juste titre l'institution commune LAMal dans sa réponse du 18 novembre 2003 à cette demande, si tous les paiements dus à la compensation des risques ne sont pas versés, l'institution commune doit réduire d'autant les versements en faveur des assureurs ayant droit à des contributions. Les assureurs pourraient à leur tour se trouver en proie à des difficultés financières. En accordant à la recourante l'autorisation de s'acquitter par acomptes de sa dette envers la compensation définitive 2002, l'institution commune devrait aussi accorder le même droit à d'autres assureurs qui en feraient la demande, de sorte qu'une bonne gestion de la compensation des risques ne serait plus garantie. Aussi bien l'institution commune a-t-elle rejeté la demande de la recourante et a porté immédiatement la somme de 4 414 157 fr. au crédit de l'institution commune LAMal. Le 5 décembre 2003, elle a engagé des poursuites contre ACCORDA SA pour une créance de 3 414 567 fr. Même si la recourante s'est finalement acquittée de ses obligations début février 2004, le fait qu'elle ne disposait pas des provisions nécessaires pour le paiement dans les délais de sa redevance de risques atteste de la précarité de sa situation financière.

## 7.

La recourante fait valoir qu'elle a été victime de malversations commises par deux de ses anciens directeurs, ainsi que par un administrateur de Z. SA. Elle affirme que la convention avec l'Hospice général de Genève a été conclue par ces deux di-

recteurs à l'insu du conseil d'administration. Or, ces derniers savaient ou devaient savoir que la prise en charge des assurés concernés par cette convention (4000 personnes) entraînerait des pertes et engendrerait pour ACCORDA SA d'importantes difficultés financières. De plus, sous la raison sociale X. SA, une société avait été mise en place avec pour but «la gestion administrative du contrat de l'Hospice général de Genève concernant les requérants d'asile». Or, il est apparu que cette société avait pour administrateur unique l'administrateur en question de Z. SA et qu'elle a permis, toujours selon la recourante, le détournement d'une somme de 400 000 fr. au moins. Plainte pénale a été déposée contre cet administrateur et les deux anciens directeurs pour abus de confiance et gestion déloyale. La recourante indique que les personnes visées ont été placées en détention préventive, événement dont la presse s'est d'ailleurs fait ultérieurement l'écho.

Cette argumentation ne saurait être décisive. Dans le cas d'une société anonyme, la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion fait partie des attributions inaliénables du conseil d'administration (art. 716a CO). Que des malversations aient été commises au détriment de la recourante par ses employés ou par un administrateur de l'organe de révision, à l'insu du conseil d'administration, n'est pas un élément à prendre en considération dans l'application de l'art. 13 al. 3 LAMal, qui pose une condition purement objective au retrait de l'autorisation, à savoir que l'assureur ne remplit plus les conditions légales requises pour la pratique de l'assurance-maladie. Du reste, des malversations importantes commises au détriment d'un assureur par des personnes chargées de la gestion – même à l'insu du conseil d'administration – sont de nature à ébranler la confiance du public dans la gestion et la surveillance interne des institutions d'assurance. Pareilles circonstances peuvent être considérées comme un facteur aggravant par l'autorité appelée à se prononcer sur le retrait de l'autorisation de pratiquer.

## **8.**

La recourante se plaint d'une violation du principe de proportionnalité. Elle fait valoir que le but du retrait de l'autorisation de pratiquer l'assurance-maladie sociale est de garantir la protection des assurés. Or, celle-ci n'est pas mise en danger. Selon le bilan au 30 juin 2003, elle disposait des liquidités se montant à près de 11 millions de francs; elle n'était pas en cessation de paiement et pouvait faire face à ses obligations. Le retrait pur et simple de l'autorisation de pratiquer porte une atteinte inutilement grave aux intérêts privés d'ACCORDA SA, réduisant ainsi à néant les efforts considérables déployés par le conseil d'administration pour redresser la société. Selon la recourante, la décision attaquée apparaît bien plus comme une sanction pour des erreurs passées, aujourd'hui réparées, que comme une mesure de protection de l'intérêt public.

Le principe de la proportionnalité implique que le moyen choisi, propre à atteindre le but poursuivi, porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés, compte tenu de

résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 128 II 297 consid. 5.1, 125 I 482 consid. 3, 123 I 121 consid. 4e). Dans le cas de mesures coercitives en matière de surveillance des assureurs-maladie, la mesure choisie doit également répondre aux buts essentiels de la LAMal, savoir la prise en charge de prestations légales au titre des soins médicaux pour l'ensemble de la population, dans le cadre d'une assurance obligatoire, ainsi que la garantie de soins appropriés et de qualité à des coûts aussi avantageux que possible (*Gebhard Eugster*, op. cit, ch. 3).

En l'occurrence, le DFI n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en estimant que la recourante ne remplissait plus les conditions légales pour pratiquer l'assurance-maladie sociale et qu'un retrait de l'autorisation de pratiquer s'imposait. En cas de surendettement et en l'absence de mesure susceptible de pallier celui-ci rapidement, on ne voit pas quelle mesure moins lourde l'autorité peut être appelée à prendre. On notera que le juge de la faillite a fixé à la recourante successivement deux délais, dont le second expirait le 30 août 2003, pour communiquer au juge et aux offices fédéraux les mesures d'assainissement concrètes et utiles qu'elle envisageait de prendre et toute information utile quant à la mise en œuvre de cet assainissement. Or, pour les motifs exposés ci-dessus, on est fondé à considérer que la décision d'augmenter le capital social jusqu'à concurrence de 1 500 000 fr. n'était pas propre, comme telle, à assurer l'assainissement de la société. Sur le plan financier, aucune autre mesure concrète et efficace n'a été proposée qui eût permis de conclure à l'existence de perspectives d'assainissement réalisables à court terme.

## **9.**

Il en résulte que les conditions posées à un retrait de l'autorisation de pratiquer l'assurance-maladie étaient remplies au regard de la situation de surendettement de la recourante, de sorte que la décision attaquée ne viole pas le droit fédéral. Il est superflu, dans ces conditions, de se prononcer sur les autres motifs invoqués par le DFI dans sa décision. Il s'ensuit que le recours est mal fondé.

## **10.**

Dans son ordonnance du 6 novembre 2003, le Président du Tribunal fédéral des assurances a attribué l'effet suspensif au recours. Sous chiffre 1.3 de la décision attaquée, le DFI a statué que les rapports de l'assurance obligatoire des soins de tous les assurés affiliés auprès d'ACCORDA seraient résiliés au 31 décembre 2003; il en irait de même pour les contrats d'assurance de l'assurance facultative d'indemnités journalières au sens des art. 67 ss LAMal. Dans la mesure où cette échéance est aujourd'hui dépassée, il appartiendra au DFI de rendre une nouvelle décision quant à la date de cette résiliation (cf. ATF 125 V 89 consid. 4c/dd).

## **11.**

Succombant, la recourante supportera les frais de justice (art. 156 OJ).

# Restitution de prestations indûment versées

*KV 283 Arrêt du TFA du 12 mars 2004 (K 147/03)*

- **En matière de restitution de prestations indûment touchées, convient-il d'appliquer l'art. 25 LPGA lorsque la décision sur opposition a été rendue après l'entrée en vigueur de la LPGA (1<sup>er</sup> janvier 2003), mais qu'elle concerne des prestations allouées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2003? Cette question ne revêt pas une importance décisive, dans la mesure où les principes applicables à la restitution selon la LPGA sont issus de la réglementation et de la jurisprudence antérieures (cons. 5).**
  
- **Ist Art. 25 ATSG bei der Rückerstattung unrechtmässig bezogener Leistungen anwendbar, wenn der Einspracheentscheid nach In-Kraft-Treten des ATSG (1. Januar 2003) getroffen wurde, jedoch Leistungen betrifft, die vor dem 1. Januar 2003 gewährt wurden? Diese Frage ist insofern nicht entscheidend, als die nach ATSG anwendbaren Grundsätze für die Rückerstattung aus der früheren Regelung und Rechtsprechung hervorgehen (Erw. 5).**
  
- **Per quanto concerne la restituzione di prestazioni indebitamente riscosse, l'articolo 25 LPGA è applicabile nel caso in cui la decisione su opposizione sia stata presa dopo l'entrata in vigore della LPGA (1° gennaio 2003), ma riguardi prestazioni concesse prima? La domanda non è decisiva, nella misura in cui i principi applicabili alla restituzione conformemente alla LPGA si basano sulle norme e la giurisprudenza anteriori (cons. 5).**

Extrait des considérants :

## 5.

Le traitement n'étant pas à la charge de l'assurance-maladie sociale, il reste à examiner la question de la restitution.

**5.1** La décision sur opposition a été rendue après l'entrée en vigueur de la LPGA, mais elle concerne des prestations allouées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2003. Au titre des dispositions transitoires de la LPGA, l'art. 82 al. 1 première phrase LPGA prescrit que les dispositions matérielles de la présente loi ne sont pas applicables aux prestations en cours et aux créances fixées avant son entrée en vigueur. Dans les travaux préparatoires de la LPGA, l'art. 25 LPGA (alors art. 32 du projet), relatif à la restitution des prestations indûment touchées est spécialement mentionné

comme exemple d'une disposition qui ne serait pas applicable à des prestations déjà versées avant l'entrée en vigueur de la loi (FF 1991 II p. 266 sv). En revanche, selon *Ueli Kieser* (ATSG-Kommentar, note 9 ad art. 82), dans la mesure où la question de la restitution se pose après le 1<sup>er</sup> janvier 2003, le nouveau droit est applicable dès lors qu'il est statué sur la restitution après son entrée en vigueur et quand bien même la restitution porte sur des prestations accordées antérieurement.

**5.2** La question du droit pertinent *ratione temporis* ne revêt toutefois pas une importance décisive en l'occurrence, du moment que les principes applicables à la restitution selon la LPGa sont issus de la réglementation et de la jurisprudence antérieures (*Ueli Kieser*, op. cit., note 9 ad art. 82).

Plus précisément, jusqu'au 31 décembre 2002, l'art. 47 LAVS (abrogé avec l'entrée en vigueur de la LPGa) était applicable par analogie à la restitution par un assuré de prestations d'assurance-maladie sociale indûment versées (ATF 126 V 23<sup>1</sup>). L'art. 25 al. 1 LPGa (en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003) prévoit que les prestations indûment touchées doivent être restituées; la restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et le mettrait dans une situation difficile. Cette disposition est désormais directement applicable en matière d'assurance-maladie (art. 1<sup>er</sup> LAMal en corrélation avec l'art. 2 LPGa). En ce qui concerne l'obligation de restituer comme telle, l'art. 25 al. 1 LPGa ne fait que reprendre la réglementation de l'art. 47 al. 1 LAVS qui était jusque là applicable soit directement, soit par renvoi ou encore par analogie dans d'autres domaines du droit des assurances sociales (*Patrice Keller*, La restitution des prestations indûment touchées dans la LPGa, in: *Partie générale du droit des assurances sociales*, Lausanne, 2003, p. 149 ss, plus spécialement p. 167 ss). Comme par le passé, l'obligation de restituer suppose aujourd'hui encore, conformément à la jurisprudence rendue à propos de l'art. 47 al. 1 LAVS ou de l'art. 95a LACI (ATF 129 V 110 consid. 1.1, 126 V 23 consid. 4b<sup>2</sup>, 122 V 21 consid. 3a, 368 consid. 3, et les arrêts cités) que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision – formelle ou non – par laquelle les prestations en cause ont été allouées, (*Ueli Kieser*, op. cit., note 2 ss ad art. 25; *Thomas Locher*, *Grundriss des Sozialversicherungsrechts*, Berne 2003, § 42, p. 279; *Edgar Imhof/Christian Zünd*, *ATSG und Arbeitslosenversicherung*, RSAS 2003, p. 304 sv. [à propos de l'art. 95 LACI]; *Jürg Brechbühl*, *Umsetzung des ATSG auf Verordnungsebene/Verordnung zum Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts*, in: *Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG]*, Saint-Gall 2003, p. 208).

**5.3** Selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée et

<sup>1</sup> voir RAMA 2000 n° KV 117 p. 149 ss

<sup>2</sup> voir RAMA 2000 n° KV 117 p. 149 ss



sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable. Par le biais de la reconsidération, on corrigera une application initiale erronée du droit, de même qu'une constatation erronée résultant de l'appréciation des faits (ATF 117 V 17 consid. 2c, 115 V 314 consid. 4a/cc). En outre, par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision entrée en force formelle lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve, susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (ATF 126 V 23 consid. 4b<sup>3</sup> et les références citées). A noter que la révision et la reconsidération sont désormais explicitement réglées à l'art. 53 LPGA.

## 6.

**6.1** En l'espèce, c'est de toute évidence par erreur que la CSS a remboursé à l'hôpital X. sa facture du 13 août 2001 (sous déduction de la participation, de frais non assurés et de la prise en charge par l'assurance «Standard Zoom»), au titre de l'assurance-obligatoire des soins. Ce paiement ne reposait sur aucune base juridique pertinente. Comme le relèvent les premiers juges, la symptomatologie infectieuse est en l'espèce la conséquence de caries, dont le traitement, de par la volonté claire du législateur, ne saurait être à la charge de l'assurance obligatoire des soins (*Gebhard Eugster*, Aspects des soins dentaires selon l'art. 31 al. 1 LAMal à la lumière du droit de l'assurance-maladie [traduction française de *Beat Raemy*] in: Revue mensuelle suisse d'odontostomatologie, vol. 107 [1997], p. 116 ss). La décision (non formelle) de l'intimée d'accorder ses prestations dans ce cas, en dehors d'un état de fait visé par les dispositions de l'OPAS, était donc entachée d'inexactitude manifeste (cf. également SVR 2001 KV n° 42 p. 121 consid. 6c). En outre, la condition de l'importance notable est remplie.

**6.2** En principe, c'est le destinataire de la prestation versée indûment qui est débiteur de l'obligation de restituer. En matière d'assurance-maladie, le débiteur de cette obligation est l'assuré concerné même si le paiement a été effectué – comme en l'espèce – en mains du prestataire de soins, en l'occurrence l'établissement hospitalier (cf. SVR 2001 KV n° 42 p. 121 consid. 6; arrêt B. du 16 mai 2000 [K 128/99]; *Ueli Kieser*, op. cit. note 15 ad art. 25).

## 7.

De ce qui précède, il résulte que la décision de restitution, était justifiée. Demeure réservée, comme l'ont noté les premiers juges, une remise de l'obligation de restituer, question qui ne fait pas l'objet de la présente procédure.

<sup>3</sup> voir RAMA 2000 n° KV 117 p. 149 ss

# Refus temporaire de prestations dans l'assurance facultative d'une indemnité journalière

*KV 284 Arrêt du TFA du 16 avril 2004 (K 74/02)*

- **Les assureurs peuvent prévoir dans leurs statuts ou leurs règlements, aux mêmes conditions que sous l'ancien droit, le refus temporaire des indemnités journalières lorsque l'assuré ne se soumet pas, sans motif excusable, à un examen médical qu'ils requièrent.**
- **Die Versicherer können in ihren Statuten oder ihren Reglementen, unter den gleichen Bedingungen wie unter dem alten Recht, vorsehen, die Leistung von Taggeldern zeitlich beschränkt zu verweigern, wenn sich der Versicherte ohne entschuldbaren Grund einer von ihnen verlangten medizinischen Untersuchung nicht unterzieht.**
- **Nei loro statuti o regolamenti gli assicuratori possono prevedere, alle stesse condizioni previste secondo il diritto previgente, di rifiutare per un periodo limitato il versamento d'indennità giornaliera qualora l'assicurato, senza motivi validi, non si sottoponesse a un esame medico da essi ordinato.**

Extrait des considérants:

**2.2** Selon la jurisprudence, les assureurs-maladie sont tenus, dans le cadre de la loi et des statuts, de veiller à ce que ne soient fournies que des prestations auxquelles l'assuré a effectivement droit; ils ont dès lors en tout temps le droit et, le cas échéant, le devoir de vérifier les indications des assurés et celles du médecin (ATF 107 V 103 et les références). Selon la LAMal, les fonctions de contrôle et de surveillance incombent aux médecins-conseils des caisses (cf. art. 57 al. 4 2<sup>ème</sup> phrase LAMal; ATF 129 V 60 consid. 4.3<sup>1</sup>). La décision d'ordonner un examen médical et le choix du médecin relève de l'appréciation de la caisse-maladie, l'assuré ne disposant pas d'un droit de choisir l'expert, mais celui de faire valoir des motifs d'exclusion ou de refus à son encontre (RAMA 1989 n° K 820 p. 334 consid. 1b et l'arrêt cité).

Sous l'empire de la LAMA, la jurisprudence avait admis que le refus passer des indemnités journalières constituait une sanction appropriée et convenable lorsque

<sup>1</sup> voir RAMA 2003 n° KV 228 p. 447 ss

l'assuré refusait de se soumettre à un examen médical, qu'on était en droit d'exiger de lui, auprès d'un médecin de confiance désigné par la caisse. Une telle sanction était toutefois soumise à deux exigences. D'une part, elle supposait que l'assuré eût été averti au préalable des conséquences de son comportement, c'est-à-dire informé sur le refus éventuel des prestations en guise de sanction, et, d'autre part, que la mesure ordonnée par la caisse soit de celles qu'on puisse demander. Ces exigences découlaient des principes généraux du droit et, en particulier, du principe de la proportionnalité et valaient même en l'absence de toute disposition statutaire y relative (RAMA 1989 n° K 820 p. 333 consid. 1a; RJAM 1980 n° 406 p. 87 consid. 2a et les références).

**2.3** Dans le régime de l'assurance facultative d'une indemnité journalière, la LAMal (art. 67 ss) n'a pas apporté de grand changement par rapport à la réglementation qui était en vigueur du temps de la LAMA (cf. ATF 126 V 495 consid. 2b<sup>2</sup> et les références). La jurisprudence rappelée au considérant précédent reste donc pleinement valable sous l'empire du nouveau droit (cf. ATF 127 V 154 consid. 4b<sup>3</sup>; *Eugster*, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], p. 206, note 934). Les caisses-maladie demeurent ainsi libres, en principe, de prévoir dans leurs statuts ou leurs règlements le refus temporaire des indemnités journalières en cas de refus de l'assuré de se soumettre à un examen médical qu'elles requièrent. Une telle sanction doit toutefois s'exercer dans les limites du principe de la proportionnalité (cf. art. 5 al. 2 Cst; ATF 127 V 154 consid. 4b, 124 V 126 consid. 8b<sup>4</sup>). La Cour de céans a eu l'occasion d'exposer, dans des arrêts relativement anciens, que le refus absolu de toute prestation d'assurance, en cas de faute grave, contredit la pratique des assurances sociales et ne se justifie qu'à des conditions bien déterminées (RAMA 1989 n° K 802 p. 144 consid. 2a; RJAM 1969 n° 44, p. 67, n° 52, p. 122). Aussi, le refus de toutes prestations d'assurance, voire la suppression de celles-ci, doit-il être proportionnel à la violation par l'assuré de son obligation de diminuer le dommage (RAMA 1989 n° K 802 p. 144 consid. 2a). Au regard du principe de proportionnalité, un tel refus est en principe excessif lorsque la caisse-maladie dispose de suffisamment d'éléments au dossier lui permettant d'élucider les faits sans difficulté ni complications spéciales, malgré l'absence de collaboration de l'assuré (sur le devoir de collaboration de l'assuré en général, cf. ATF 108 V 231 sv, 97 V 177; REAS 2003 p. 156).

<sup>2</sup> voir RAMA 2001 n° KV 148 p. 48 ss

<sup>3</sup> voir RAMA 2001 n° KV 174 p. 290 ss

<sup>4</sup> voir RAMA 1998 n° K 989 p. 148 ss

# Keine Zusatzhonorare bei Erbringen von Pflichtleistungen nach KVG

*KV 285 Urteil des EVG vom 15. April 2004 (K 5/03)*

- **Bei Erbringen von Pflichtleistungen nach KVG sind Zusatzhonorare an Leistungserbringer verboten, da sich diese an die vertraglich oder behördlich festgelegten Tarife und Preise halten müssen und für Leistungen nach diesem Gesetz keine weitergehenden Vergütungen berechnen dürfen (Tarifschutz; Art. 44 KVG).**

Der Tarifschutz gilt für alle Ärzte (angestellte oder externe Belegärzte), welche in der allgemeinen Abteilung eines Spitals (das die Zulassungsvoraussetzungen von Art. 39 KVG erfüllt) praktizieren; dies unabhängig davon, ob es sich um ein öffentliches Spital oder um eine Privatklinik handelt (Erw. 4.2).

- **Il est interdit d'accorder des suppléments d'honoraires aux fournisseurs de prestations lorsqu'il s'agit de prestations prises en charge par l'assurance obligatoire des soins selon la LAMal. En effet, les fournisseurs de prestations doivent respecter les tarifs et les prix fixés par convention ou par l'autorité compétente; ils ne peuvent exiger de rémunérations supplémentaires pour des prestations fournies en application de la loi (protection tarifaire, art. 44 LAMal).**

La protection tarifaire vaut pour tous les médecins (salariés ou agréés) qui exercent dans la division commune d'un hôpital (remplissant les conditions d'admission énoncées à l'art. 39 LAMal), qu'il s'agisse d'un hôpital public ou d'une clinique privée (cons. 4.2).

- **In caso di prestazioni assunte dall'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie in virtù della LAMal è vietato concedere onorari supplementari ai fornitori di prestazioni, in quanto questi ultimi devono attenersi alle tariffe e ai prezzi fissati mediante convenzione o dall'autorità competente; non possono esigere remunerazioni superiori per prestazioni previste da questa legge (protezione tariffale, art. 44 LAMal).**

**La protezione tariffale si applica a tutti i medici (dipendenti o esterni) che esercitano nel reparto comune di un ospedale (che adempie le condizioni di autorizzazione menzionate all'art. 39 LAMal), indipendente-mente dal fatto che si tratti di un ospedale pubblico o di una clinica privata (cons. 4.2).**

I.

**A.**

Die 1979 geborene F. war bei der Helsana Versicherungen AG (nachfolgend: Helsana) in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Basis Eco) sowie der Zusatzversicherung allgemeine Abteilung ganze Schweiz (Hospital Eco VVG) versichert. Sie litt nach Angaben des behandelnden Arztes Dr. med. U., Arzt für Allgemeine Medizin FMH, unter chronischen Nacken-Schulter-Arm-Beschwerden, die durch eine Hyperkyphose und verminderte Beweglichkeit der Brustwirbelsäule, Muskelverhärtungen im Schulterbereich sowie eine beidseitige Mammahyperplasie verursacht wurden (Zeugnis vom 3. Juli 2000). Nach der Begutachtung durch den Vertrauensarzt Dr. med. M., Arzt für Allgemeine Medizin FMH, bestätigte die Helsana F. mit Schreiben vom 18. September 1998, die Kosten der vorgesehenen Operation (Mammareduktion) würden «im Rahmen der bestehenden Versicherung für die Allgemeinabteilung nach den geltenden Tarifen» übernommen. Am 8. Februar 1999 bekräftigte sie die Kostengutsprache und empfahl der Versicherten, ein von Dr. med. Q., Spezialarzt FMH für Plastische und Wiederherstellungs-Chirurgie (nachfolgend: Arzt), in Rechnung gestelltes, vor dem Eingriff anzuzahlendes «aussertarifliches Honorar» von Fr. 2000.– für die von ihm als Belegarzt im Privatspital X. durchzuführende Operation nicht zu entrichten. F. leistete jedoch die Anzahlung und der Arzt führte die Operation am 2. März 1999 durch. Der Spitalaufenthalt dauerte vom 1. bis 6. März 1999. Die Helsana vergütete dem Spital X. auf Grund der am 23. März 1999 gestellten Rechnung den Betrag von Fr. 7307.95, enthaltend die Grundtaxe Allgemeine Abteilung, die Krankenpflegetaxe, das Narkosehonorar, verschiedenes Material, Laborkosten, Raumbenutzungskosten und medizinische Nebenleistungen. Der Arzt stellte F. am 18. März 1999 für Spitalbesuch, Operationsbesprechung, Nachbehandlung chirurgischer Eingriff, Besprechung Weiterbehandlung, Mammareduktionsplastik und Assistenz Kosten von insgesamt Fr. 4115.50 direkt in Rechnung. Er erstellte unter den genannten Positionen nach dem regierungsrätlichen Arzttarif und dem Spitalleistungskatalog (SLK) zwei Rückerstattungsbelege für die Helsana über den Betrag von insgesamt Fr. 2215.50, welchen die Versicherung F. entschädigte. Der Versicherten verblieb ein Anteil von Fr. 1900.–. Sie ersuchte die Helsana am 28. April 1999 um Mithilfe. Jene forderte den Arzt am 3. Mai 1999 auf, der Versicherten den von ihr angezahlten Betrag zurückzuerstatten.

## **B.**

Nach dem Verzicht der Parteien auf die Durchführung eines Vermittlungsverfahrens erhob die Helsana am 26. September 2000 beim Kantonalen Schiedsgericht KVG/UVG/MVG (heute: Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten des Kantons Bern) Klage mit dem Begehren, der Arzt sei zu verurteilen, F. Fr. 1900.– (zuzüglich Verzugszins) rückzuerstatten, eventuell sei festzustellen, dass der Arzt zu Unrecht ein aussertarifliches Zusatzhonorar von Fr. 1900.– bezogen habe. Mit Entscheid vom 8. Dezember 2002 hiess das Schiedsgericht die Klage gut und verurteilte den Arzt zur Rückerstattung von Fr. 1900.– an F., zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Helsana und zur Übernahme der Verfahrenskosten.

## **C.**

Der Arzt führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragt, unter Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides sei festzustellen, dass ein aussertarifliches Honorar auf Grund einer Privatpatientenerklärung mit Vereinbarung eines Operationshonorars und mit ausdrücklichem Verzicht auf Tarifschutz für Leistungen, die über das KVG hinausgehen (und effektiv erbrachten Zusatzleistungen entsprechen und einen ästhetisch-chirurgischen Eingriff betreffen), zulässig sei, auch wenn dieser Eingriff gleichzeitig einen funktionellen Anteil zur Behandlung kassenpflichtiger Beschwerden beinhaltet, der von der Krankenversicherung rückerstattet wird. Falls der ganze durchgeführte Eingriff eine Pflichtleistung darstellen solle, sei festzustellen, dass die Honorarforderung gemäss KVG korrekt sei und nach dem Spitalleistungskatalog (SLK) abgerechnet Fr. 4224.– betrage. Schliesslich sei festzustellen, dass das Schiedsgericht zur Beurteilung der Frage des Zusatzhonorars gemäss VVG nicht zuständig sei. Versicherer, Versicherte und Bundesamt für Sozialversicherung, Kranken- und Unfallversicherung (seit 1. Januar 2004 im Bundesamt für Gesundheit), schliessen auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt bejaht das Vorliegen eines Eingriffes, dessen funktioneller Teil den ästhetischen Anteil umfasse und der zu den Grundleistungen der Krankenpflegeversicherung zähle. Darum sei der Tarifschutz gewährleistet und insofern bleibe kein Raum für zusätzliche Vereinbarungen, die über die Tarife und Pflichtleistungen nach KVG hinausgehen.

## **II.**

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

### **1.**

Bei der vorliegenden Streitsache, in welcher sich erstinstanzlich vor dem kantonalen Schiedsgericht nach Art. 89 KVG ein Versicherer und ein Leistungserbringer gegenüber gestanden haben und bei der es um die (Rück-)Vergütung von Leis-

tungen aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung geht, handelt es sich nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen (nicht veröffentlichte Erw. 1b des in RKUV 1988 Nr. K 753 S. 3 ff. publizierten Urteils R. vom 3. September 1987, K 6/87). Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat daher nur zu prüfen, ob das vorinstanzliche Gericht Bundesrecht verletzt hat, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder ob der rechts-erhebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden ist (Art. 132 in Verbindung mit Art. 104 lit. a und b sowie Art. 105 Abs. 2 OG).

## **2.**

**2.1** Die Frage der richtigen Behandlung der Eintretensvoraussetzungen durch das kantonale Gericht prüft das Eidgenössische Versicherungsgericht praxisgemäss von Amtes wegen. Hat die Vorinstanz das Fehlen einer Eintretensvoraussetzung übersehen und ist sie deshalb zu Unrecht auf eine Beschwerde oder Klage eingetreten, hebt das Eidgenössische Versicherungsgericht den Entscheid auf Verwaltungsgerichtsbeschwerde hin von Amtes wegen auf (BGE 128 V 89 Erw. 2a, 127 V 81 Erw. 2<sup>1</sup>, 125 V 347 Erw. 1a, 123 V 283 Erw. 1<sup>2</sup> je mit Hinweisen).

**2.2** Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei der Beurteilung der Zuständigkeit auf den von der klagenden Partei eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen (BGE 122 III 252 Erw. 3b/bb, 119 II 67 f. Erw. 2a, je mit Hinweisen). Sofern Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit eine Tatsache darstellt, der auch materiellrechtlich entscheidende Bedeutung zukommt – so genannte doppelrelevante Tatsache –, ist darüber ausnahmsweise nicht im Rahmen der Eintretensfrage, sondern des Sachentscheides (Begründetheit der Klage) zu befinden (BGE 122 III 252 Erw. 3b/bb mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre). Da vorliegend der Umfang der Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung strittig ist, und nicht ein Anspruch aus Privatversicherungsrecht, ist zur Beurteilung der Rückforderungsklage entgegen dem Feststellungsbegehren in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht ein Zivilgericht, sondern das nach KVG dafür vorgesehene Gericht zuständig.

**2.3** Aus der Bejahung der Aktivlegitimation des Versicherers, d.h. der Zulässigkeit, zu Unrecht geleistete (gesetzlich nicht geschuldete) Vergütungen vom Leistungserbringer zurückzufordern, ergibt sich nach dem Rechtspflegesystem des KVG zwingend auch die Zuständigkeit der Vorinstanz als kantonales Schiedsgericht nach Art. 89 KVG für die Beurteilung des Rückforderungsstreites zwischen Versicherer und Leistungserbringer. Entscheidend für die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen kantonalem Versicherungsgericht einerseits und Schiedsge-

<sup>1</sup> siehe RKUV 2001 Nr. KV 170 S. 267 ff.

<sup>2</sup> siehe RKUV 1998 Nr. KV 19 S. 6 ff.

richt andererseits ist auch unter der Herrschaft des neuen Krankenversicherungsrechts, welche Parteien einander in Wirklichkeit im Streit gegenüberstehen (vgl. RKUV 1991 Nr. K 874 S. 237 Erw. 2b sowie *Eugster*, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR]/Soziale Sicherheit, Rz 415; ferner BGE 124 V 129 Erw. 2e contrario). Dies lässt sich ebenfalls aus Art. 89 Abs. 3 KVG ableiten. Nach dieser Bestimmung ist das Schiedsgericht auch dann zuständig, wenn die versicherte Person die Vergütung schuldet, in welchem Fall der Versicherer sie auf eigene Kosten vertritt. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts bestimmt sich auch hier danach, welche Parteien einander gegenüberstehen, und das sind nach dem klaren Wortlaut des Art. 89 Abs. 1 KVG Versicherer und Leistungserbringer. Art. 89 Abs. 3 KVG sieht ausdrücklich vor, dass die Zuständigkeit des Schiedsgerichts unabhängig davon besteht, ob Schuldner der Vergütung die versicherte Person (Tiers garant) oder der Krankenversicherer (Tiers payant) ist.

### 3.

Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 in Kraft getreten. Mit ihm sind zahlreiche Bestimmungen im Bereich der sozialen Krankenversicherung geändert worden. Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 127 V 467 Erw. 1), sind die neuen Bestimmungen nicht anwendbar (BGE 129 V 4 Erw. 1.2).

### 4.

**4.1** Nach RKUV 2000 Nr. KV 138 S. 357 Erw. 3 richtet sich die Kostenübernahme für operative Massnahmen, insbesondere Reduktionsplastiken, bei Mammahypertrophie, Mammadysplasie oder Asymmetrie der Mammae im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung – neben den Kriterien der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Leistungen (Art. 32 Abs. 1 KVG) – nach der unter dem KUVG gültig gewesenen (Gerichts- und Verwaltungs-)Praxis (vgl. BGE 121 V 213 f. Erw. 4 und 5a<sup>3</sup> sowie RKUV 1994 Nr. K 931 S. 57 Erw. 2b, 1992 Nr. K 903 S. 231 Erw. 2c). Die operative Brustreduktion zur Korrektur einer Mammahypertrophie gilt somit dann als Leistung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, wenn die Hypertrophie körperliche oder psychische Beschwerden mit Krankheitswert verursacht und deren Behebung das eigentliche Ziel des Eingriffs ist. Entscheidend ist nicht das Vorliegen eines bestimmten Beschwerdebildes, sondern ob die Beschwerden erheblich sind und andere, vor allem ästhetische Motive genügend zurückdrängen. Dabei genügt es, wenn sowohl die Beschwerden wie auch deren Kausalzusammenhang mit der Mammahypertrophie nach dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 121 V 208 Erw. 6b, 119 V 9 Erw. 3c/aa) erstellt

<sup>3</sup> siehe RKUV 1996 Nr. K 974 S. 16 ff.



sind; die blosse Möglichkeit ist nicht ausreichend, andererseits ist ein Zusammenhang im streng wissenschaftlichen Sinn nicht erforderlich (BGE 121 V 213 Erw. 4 mit Hinweisen). Nach den selben Gesichtspunkten beurteilt sich der Pflichtleistungscharakter einer Reduktionsplastik bei einer Mammadysplasie oder einer Asymmetrie der Mammae (RKUV 1994 Nr. K 931 S. 59 Erw. 3d, 1992 Nr. K 903 S. 231 Erw. 2c; vgl. auch BGE 121 V 215 Erw. 6b). Die Vorinstanz hat diese Rechtsprechung zutreffend dargelegt.

**4.2** Des Weiteren hat das kantonale Gericht zu Recht erwogen, dass bei Erbringen von Pflichtleistungen nach KVG Zusatzhonorare an Leistungserbringer verboten sind, da sich diese an die vertraglich oder behördlich festgelegten Tarife und Preise halten müssen und für Leistungen nach diesem Gesetz keine weitergehenden Vergütungen berechnen dürfen (Tarifschutz; Art. 44 KVG). Der Tarifschutz findet seinen besonderen Sinn im System des Tiers garant, wo die Versicherten selber Schuldner der Vergütungen sind. Im Rahmen der Tätigkeit für die soziale Krankenversicherung ist es den Leistungserbringern nicht gestattet, mit den Versicherten über die vertraglichen oder behördlichen Tarife hinausgehende Leistungen zu vereinbaren. Der Tarifschutz ist schliesslich auch im vertragslosen Zustand zu respektieren (*Eugster, a. a. O.*, S. 171 f. Rz 321 mit Hinweisen zu dem schon unter dem alten Recht des KUVG geltenden Grundsatz; einschränkend Rz 325 zu den sog. «Privatpatientenverhältnissen»). An den Tarifschutz müssen sich alle Leistungserbringer halten. Er gilt für alle Ärzte (angestellte oder externe Belegärzte), welche in der allgemeinen Abteilung eines Spitals (das die Zulassungsvoraussetzungen von Art. 39 KVG erfüllt) praktizieren; dies unabhängig davon, ob es sich um ein öffentliches Spital oder um eine Privatklinik handelt. Gleiches gilt auch für jedes Krankenhaus; es darf für die in seiner allgemeinen Abteilung behandelten Patienten kein zusätzliches Honorar fordern und muss sich an den Tarif der sozialen Krankenversicherung halten (*Conti, Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag*, Bern 2000, S. 70 f.; derselbe, Zusatzhonorar des Arztes und KVG, in: *AJP* 10/2001 S. 1152).

## 5.

**5.1** Vorliegend ist unbestritten, dass die grundsätzliche Leistungspflicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gegeben ist und die Vorinstanz den Betrag des streitigen Zusatzhonorars (Fr. 1900.–) richtig festgesetzt hat.

**5.2** Die Vorinstanz hat diesbezüglich zu Recht entschieden, dass keine Zusatzleistungen vorlagen und dass die entsprechende Vereinbarung zwischen Arzt und Patientin vom 25. Februar 1999 – nach erfolgter Kostengutsprache durch die Versicherung – krankenversicherungsrechtlich nichtig ist. Insbesondere trifft zu, dass es sich bei der durchgeführten Operation um eine Pflichtleistung im Sinne der Rechtsprechung (vgl. Erw. 4.1) handelte, da die beidseitige Mammahyperplasie nach Aussage des behandelnden Arztes Dr. med. U. und der Vertrauensärzte Dres.

med. M. und S. erhebliche körperliche und psychische Beschwerden verursachte (und der Eingriff somit medizinisch indiziert war). Damit wurden ästhetische Momente offensichtlich in den Hintergrund gedrängt, denn auch der Beschwerdeführer erwähnte in seinem Schreiben vom 15. Februar 1999 an die Beschwerdegegnerin, es handle sich um einen Eingriff, bei dem «der funktionelle Anteil im Vordergrund steht». Nach seinen Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde will er die Patientin darauf aufmerksam gemacht haben, dass «für eine ausreichende Entlastung des Rückens mehr Gewebe entfernt werden sollte, um damit bessere Aussichten für eine Linderung der Beschwerden zu haben». Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann kein Zusatzhonorar gefordert werden und seine Ausführungen hinsichtlich «WZW-Kriterien» («Wirksamkeit, Zweckmässigkeit, Wirtschaftlichkeit») gehen an der Sache vorbei.

**5.3** Auf das gestellte Begehren, falls der ganze durchgeführte Eingriff eine Pflichtleistung darstellen solle, sei festzustellen, dass die gestellte Honorarforderung gemäss KVG korrekt sei und nach dem Spitalleistungskatalog (SLK) abgerechnet Fr. 4224.– betrage, ist nicht einzutreten. Der Beschwerdeführer hat gegenüber der obligatorischen Krankenversicherung nie eine entsprechende Forderung gestellt, und im vorliegenden Verfahren ist kein schutzwürdiges Feststellungsinteresse zu bejahen.

## **6.**

(Kosten, Parteientschädigung)

# Mitteilungen Communications Comunicazioni

- **Mutationen bei den Krankenversicherern**
- **Mutations dans l'état des assureurs-maladie**
- **Mutazioni concernenti gli assicuratori-malattie**

## **Entzug der Bewilligung / Retrait de l'autorisation / Ritiro dell'autorizzazione:**

1515	Winterthur	Krankenkasse KBV (Verzicht auf Anerkennung)	30.06.2004
1564	Givisiez	Accorda	30.06.2004

## Adäquater Kausalzusammenhang bei dekompenziertem schwerem Tinnitus

U 505 Urteil des EVG vom 6. Oktober 2003 i. Sa. U. (U116/03)

■ **Adäquater Kausalzusammenhang bei dekompenziertem schwerem Tinnitus (Art. 6 Abs. 1 UVG):**

Beim Tinnitus handelt es sich um ein körperliches Leiden, dessen eigentliche Ursache in einem kleineren oder grösseren Innenohrschaden zu suchen ist. Bei organischen Unfallfolgen deckt sich die adäquate weitgehend mit der natürlichen Kausalität; die Adäquanz hat hier gegenüber dem natürlichen Kausalzusammenhang praktisch keine selbstständige Bedeutung (Erw. 2.1).

■ **Massgebend für die Adäquanzbeurteilung der Dekompensation (psychische Fehlverarbeitung) des schweren Tinnitus ist nicht die Formel nach der Rechtsprechung zu einer psychischen Fehlentwicklung nach Unfall gemäss BGE 115 V 138 Erw. 6, sondern die normale Adäquanzformel, d. h. nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung (BGE 123 V 103 Erw. 3d, 139 Erw. 3c, 122 V 416 Erw. 2a; vgl. dazu Urteil D. vom 27. März 2003, Erw. 6.2, U 71/02).**

■ **Lien de causalité adéquate en cas d'acouphènes sévères décompensés (art. 6 al. 1 LAA):**

Les acouphènes représentent des souffrances physiques dont la cause effective doit être recherchée dans un dysfonctionnement plus ou moins important de l'oreille interne. Lorsqu'il est la conséquence organique d'un accident, causalité adéquate et naturelle coïncident dans une large mesure; en pareil cas, la causalité adéquate n'a pour ainsi dire pratiquement aucune signification autonome par rapport au lien de causalité naturelle (cons. 2.1).

Pour juger du caractère adéquat de la décompensation (défaut d'assimilation psychique) en cas d'acouphènes sévères, est déterminante non pas la formule consacrée par la jurisprudence aux ATF 115 V 138 cons. 6 à propos de troubles psychiques du développement consécutif à un accident, mais bien la formule habituelle définissant le caractère adéquat, c'est-à-dire selon le cours ordinaire des choses

et l'expérience générale de la vie (ATF 123 V 103 cons. 3d, 139 cons. 3c, 122 V 416 cons. 2a; voir à ce sujet arrêt D. du 27 mars 2003, cons. 6.2, U 71/02).

■ ***Nesso causale adeguato in caso di acufene grave decompensato (art. 6 cpv. 1 LAINF):***

**L'acufene è un disturbo fisico la cui vera causa va cercata in danni minori o maggiori all'orecchio interno. Qualora l'infortunio abbia conseguenze di tipo organico, il nesso causale naturale è pressoché equivalente al nesso causale adeguato; nella fattispecie l'adeguatezza del nesso causale è praticamente irrilevante rispetto al nesso causale naturale (cons. 2.1).**

**Per valutare l'adeguatezza del nesso causale dello scompensamento dovuto all'acufene grave (elaborazione psichica alterata) non è determinante la formula secondo la giurisprudenza concernente le alterazioni dello sviluppo psichico a seguito d'infortunio ai sensi del DTF 115 V 138 cons. 6, bensì la normale formula di causalità, vale a dire secondo il corso ordinario delle cose e l'esperienza generale della vita (DTF 123 V 103 cons. 3d, 139 cons. 3c, 122 V 416 cons. 2a ; cfr. la sentenza D. del 27 marzo 2003, cons. 6.2, U 71/02).**

I.

A.

Die 1957 geborene U. arbeitete seit 1992 zu 50 % als Schwesternhilfe für die Stiftung X und war bei der Krankenkasse KKB gegen Berufs- und Nichtberufsunfälle versichert. Am 15. September 1994 erlitt sie einen Unfall. Beim Vorbeigehen an einer Telefonzelle wurde sie von der von innen aufgestossenen Türe am Kopf getroffen. Sie erlitt dabei Verletzungen am Gesicht. Ferner wurde durch den behandelnden Arzt Dr. med. N. ein Tinnitus festgestellt. Die Behandlung wurde am 19. Dezember 1994 abgeschlossen.

Am 1. April 1997 wurde der Visana Versicherungen AG (nachfolgend: Visana) als Rechtsnachfolgerin der Krankenkasse KKB eine erneute Unfallmeldung zugestellt. Anhand weiterer medizinischer Abklärungen wurden der Tinnitus, ein Schmerzsyndrom sowie eine depressive Dekompensation festgestellt.

Mit Verfügung vom 29. Mai 2001 lehnte die Visana ihre Leistungspflicht ab. Zur Begründung führte sie aus, es bestehe zwischen dem Unfall und den geklagten Beschwerden, insbesondere dem Tinnitus, kein natürlicher und adäquater Kausalzu-

sammenhang. Dagegen erhoben U. und ihr Krankenversicherer, die SWICA Gesundheitsorganisation (nachfolgend: SWICA), Einsprache, welche mit Entscheid vom 12. November 2001 abgewiesen wurde.

## **B.**

Die hiegegen sowohl von U. als auch von der SWICA erhobenen Beschwerden hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg mit Entscheid vom 24. April 2003 insofern gut, als es die Sache an die Visana zurückwies, damit diese für die Folgen des Unfalles vom 15. September 1994 die gesetzlichen Leistungen bestimme und darüber verfüge.

## **C.**

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt die Visana beantragen, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides sei die verfügte Leistungsablehnung zu bestätigen.

U. und die SWICA schliessen auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, wobei die Versicherte zudem beantragt, es sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Das Bundesamt für Sozialversicherung hat sich nicht vernehmen lassen.

## **II.**

Aus den folgenden Erwägungen hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abgewiesen:

### **1.**

Die Vorinstanz hat die gesetzliche Bestimmung und die Grundsätze über die Gewährung von Versicherungsleistungen bei Unfällen (Art. 6 Abs. 1 UVG), zu dem für die Leistungspflicht des Unfallversicherers vorausgesetzten natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis und dem eingetretenen Schaden (Krankheit, Invalidität, Tod) (BGE 119 V 337 Erw. 1, 118 V 289 Erw. 1b, je mit Hinweisen) sowie über das Erfordernis des adäquaten Kausalzusammenhangs (BGE 125 V 461 f. Erw. 5a, 123 V 103 Erw. 3d, 139 Erw. 3c, 122 V 416 Erw. 2a, 121 V 49 Erw. 3a; RKUV 1997 Nr. U 272 S. 172 Erw. 3a), namentlich bei psychischen Unfallfolgen (BGE 115 V 138 ff. Erw. 6f.; vgl. auch BGE 120 V 355 f. Erw. 5b/aa) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

Zu ergänzen ist, dass am 1. Januar 2003 das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 in Kraft getreten ist. Mit ihm sind zahlreiche Bestimmungen im Unfallversicherungsbereich geändert worden. Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze

massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 127 V 467 Erw. 1), und weil ferner das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Einspracheentscheids (hier: 12. November 2001) eingetretenen Sachverhalt abstellt (BGE 121 V 366 Erw. 1b), sind im vorliegenden Fall die bis zum 31. Dezember 2002 geltenden Bestimmungen anwendbar.

## **2.**

Die Visana bestreitet das Vorliegen eines natürlichen Kausalzusammenhanges zwischen dem Unfall und den Leiden der Beschwerdegegnerin nicht mehr. Streitig und zu prüfen ist einzig noch der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis vom 15. September 1994 und den heutigen Leiden der Versicherten, insbesondere des dekompenzierten Tinnitus.

**2.1** Ein Tinnitus kann bis auf seltene Ausnahmen nicht objektivierbar erfasst werden. Dies hindert die Medizin indessen nicht, diesen nach von der Rechtsprechung anerkannten Kriterien zu bestimmen, wobei eine optimale Beurteilung durch wiederholtes Befragen sowie ausführliche Untersuchungen mit den anerkannten und üblichen audiologischen Methoden zum Ziel führt (Urteil B. vom 8. Februar 2001, Erw. 5b, U 40/00). Beim Tinnitus handelt es sich um ein körperliches Leiden, dessen eigentliche Ursache in einem kleineren oder grösseren Innenohrschaden zu suchen ist (Urteil D. vom 27. März 2003, Erw. 6.1, U 71/02). Bei organischen Unfallfolgen deckt sich die adäquate, d.h. rechtserhebliche Kausalität weitgehend mit der natürlichen Kausalität; die Adäquanz hat hier gegenüber dem natürlichen Kausalzusammenhang praktisch keine selbstständige Bedeutung (BGE 118 V 291 Erw. 3a, 117 V 365 Erw. 5d/bb mit Hinweisen). Demnach ist im vorliegenden Fall auch der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis und dem diagnostizierten schweren Tinnitus zu bejahen.

**2.2** Von der organischen Schädigung des Tinnitus ist die mangelhafte psychische Verarbeitung der Gesundheitsstörung zu unterscheiden. Die Versicherte leidet an einer Dekompensation (psychische Fehlverarbeitung) bei Tinnitus. Mit dem Begriff der Dekompensation wird umschrieben, dass für das betroffene Individuum mit dem Auftreten des Tinnitus oder mit Verstärkung eines vorbestehenden Tinnitus die Vulnerabilitätsgrenze überschritten wurde, welche jenen Toleranzbereich begrenzt, in welchem körperliche, psychische oder soziale Störungen ohne Dekompensation verkraftet werden können (Urteil D. vom 27. März 2003, Erw. 6.1, U 71/02). Im vorliegenden Fall steht nach Auffassung aller sich damit befassenden Ärzte auch die Dekompensation mit dem geklagten Tinnitus in einem natürlichen Kausalzusammenhang.

Gemäss der Rechtsprechung muss zwischen einem durch Unfall verursachten Tinnitus und der psychischen Dekompensation ferner ein adäquater Kausalzusammenhang

menhang gegeben sein. Bei einer solchen psychischen Fehlverarbeitung ist der adäquate Kausalzusammenhang nach der normalen Adäquanzformel, d. h. nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung (BGE 123 V 103 Erw. 3d, 139 Erw. 3c, 122 V 416 Erw. 2a, je mit Hinweisen) zu beurteilen (Urteil D. vom 27. März 2003, Erw. 6.2, U 71/02). Der Tinnitus kann in drei Schweregrade eingeteilt werden, nämlich in den leichten, den schweren und den sehr schweren Tinnitus (unveröffentlichtes Urteil Z. vom 25. September 1996, Erw. 7c, U 14/96). Bei einem sehr schweren Tinnitus gehört die psychische Fehlverarbeitung eines Tinnitus gleichsam zu dessen Charakteristik. Die Adäquanz kann diesfalls ohne weiteres bejaht werden, wenn die somatischen Beschwerden (Tinnitus) nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung, wozu in erster Linie die wissenschaftlichen Erkenntnisse gehören, einen Erfolg von der Art des eingetretenen zu bewirken vermögen (Urteile D. vom 27. März 2003, Erw. 6.2, U 71/02 und B. vom 8. Februar 2001, Erw. 8c, U 40/00 sowie unveröffentlichtes Urteil Z. vom 25. September 1996, Erw. 7c, U 14/96).

Nicht massgebend bei der psychischen Fehlverarbeitung eines durch Unfall verursachten Tinnitus ist die Adäquanzformel nach der Rechtsprechung zu einer psychischen Fehlentwicklung nach Unfall gemäss BGE 115 V 138 Erw. 6 (Urteil D. vom 27. März 2003, Erw. 6.2, U 71/02). Zu Unrecht beruft sich die Visana bezüglich dieser Adäquanzprüfung daher auf das vorstehend in Erw. 2.1 zitierte Urteil B. vom 8. Februar 2001, U 40/00, welchem Fall ein bereits vorbestehender Tinnitus zu Grunde lag. Entgegen ihrer Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist für die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhanges zwischen dem Tinnitus und der Dekompensation ohne Vorzustand somit nicht nach dieser Rechtsprechung vorzugehen.

**2.3** Als direkte Folge und gleichsam als zum Verlauf des sehr schweren Tinnitus gehörende Charakteristik muss das Vorliegen einer psychischen Dekompensation des Tinnitus nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung als Unfallfolge betrachtet werden.

Gemäss einer Beurteilung von Prof. Dr. med. K. vom 18. Februar 2001 muss im Fall der Versicherten von einem schweren Tinnitus gesprochen werden, bei welchem die Bedingungen für einen sehr schweren Tinnitus nur knapp nicht erfüllt sind. Die Feststellung, dass die Dekompensation bei einem sehr schweren Tinnitus nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung gleichsam zu dessen Charakteristik gehört, schliesst nicht aus, dass bei einem lediglich schweren Tinnitus, bei welchem die Bedingungen für einen sehr schweren Tinnitus nur knapp nicht erfüllt sind, der adäquate Kausalzusammenhang nach der normalen Adäquanzformel ebenfalls gegeben sein kann. Auf Grund der erfahrungsgemässen Eignung eines schweren Tinnitus, psychische Beschwerden in der Art der aufgetretenen auszulösen, sowie des direkten Zusammenhangs zwischen



Tinnitus und Dekompensation ist mit der Vorinstanz mithin auch bezüglich dieser Unfallfolgen der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem schweren Tinnitus der Versicherten und der psychischen Dekompensation zu bejahen.

...

# Rechtsverweigerung

*U 506 Urteil des EVG vom 29. Oktober 2003 i. Sa. A. (U 217/02)*

- **Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 38 VwVG; Art. 78 UVG; Art. 129 Abs. 1 UVV [die beiden Letzteren in der bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung]):**

Frage offen gelassen, ob der Unfallversicherer gestützt auf Art. 129 Abs. 1 UVV einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge (2. Säule) eine den Versicherten betreffende Leistungsverfügung zu eröffnen hat. Denn dem Unfallversicherer war es in casu aus prozessualen Gründen verwehrt, gegenüber der Vorsorgeeinrichtung neu zu verfügen, nachdem das kantonale Gericht den Leistungsstreit zwischen dem Versicherten und der SUVA bereits rechtskräftig entschieden hatte. Damit lag in der Weigerung des Unfallversicherers, die ursprüngliche Verfügung gegenüber der Vorsorgeeinrichtung neu zu eröffnen, keine Rechtsverweigerung. Der Unfallversicherer hatte das Gesuch der Vorsorgeeinrichtung um Verfügungserlass nicht mit Nichteintreten zu erledigen. Weiter hatte er das Gesuch nicht an das kantonale Gericht weiterzuleiten, da sich die Vorsorgeeinrichtung nicht versehentlich, sondern bewusst an ihn wandte. Die Vorsorgeeinrichtung hätte nach Kenntnisnahme des kantonalen Gerichtsentscheides entweder Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim EVG erheben oder ein Revisionsgesuch beim kantonalen Gericht einreichen sollen, um die Frage der Anwendung von Art. 129 Abs. 1 UVV überprüfen zu lassen. Das Revisionsgesuch war in casu verspätet.

- **Déni de justice (art. 29 al. 1 Cst.; art. 38 PA; art. 78 LAA; art. 129 al. 1 OLAA [les deux derniers dans la teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002]):**

Question laissée ouverte de savoir si, sur la base de l'art. 129 al. 1 OLAA, l'assureur-accidents doit notifier à une institution de prévoyance professionnelle (2<sup>e</sup> pilier) une décision sur des prestations concernant l'assuré. En effet, pour des motifs de procédure, l'assureur-accidents était empêché de prendre une nouvelle décision à l'égard de l'institution de prévoyance attendu que le tribunal cantonal avait déjà tranché de manière exécutoire le litige opposant l'assuré à la CNA au sujet des prestations. Il n'y a ainsi pas de déni de justice dans le refus de l'assureur-accidents de procéder à une nouvelle notification de la décision initiale à l'égard de l'institution de prévoyance. L'assureur-accidents ne

devait pas répondre par une décision de non-entrée en matière à la demande de décision de l'institution de prévoyance. Il ne devait toutefois pas transmettre cette demande au tribunal cantonal car l'institution de prévoyance la lui avait adressée non par inadvertance mais intentionnellement. Après avoir pris connaissance du jugement du tribunal cantonal, l'institution de prévoyance aurait dû soit interjeter un recours de droit administratif au TFA, soit déposer une demande en révision auprès du tribunal cantonal pour faire contrôler la question de l'application de l'art. 129 al. 1 OLAA. La demande en révision était tardive en l'espèce.

- *Diniego di giustizia (art. 29 cpv. 1 Cost; art. 38 PA; art. 78 LAINF; art. 129 cpv. 1 OAINF [i due ultimi secondo il testo in vigore fino al 31 dicembre 2002]):*

È lasciata in sospenso la questione se ai sensi dell'articolo 129 capoverso 1 OAINF l'assicuratore-infortuni sia tenuto a notificare a un istituto della previdenza professionale (2° pilastro) una decisione concernente le prestazioni relativa all'assicurato. In casu, per ragioni processuali, all'assicuratore-infortuni era vietato emanare una nuova decisione nei confronti dell'istituto di previdenza, dopo che il tribunale cantonale aveva già pronunciato una decisione passata in giudicato riguardo alla controversia relativa alle prestazioni tra l'assicurato e l'INSAI. Quindi nel rifiuto dell'assicuratore-infortuni di notificare nuovamente la decisione iniziale nei confronti dell'istituto di previdenza non vi è diniego di giustizia. L'assicuratore-infortuni non doveva sbrigare la richiesta dell'istituto di previdenza di emanare una decisione non entrando in merito. Inoltre non doveva trasmettere la richiesta al tribunale cantonale, essendosi l'istituto di previdenza rivolto a lui intenzionalmente e non inavvertitamente. Dopo aver preso atto della sentenza del tribunale cantonale, l'istituto di previdenza avrebbe dovuto interporre un ricorso di diritto amministrativo presso il TFA oppure una domanda di revisione presso il tribunale cantonale al fine di far esaminare la questione dell'applicazione dell'articolo 129 capoverso 1 OAINF. Nella fattispecie la domanda di revisione è stata presentata in ritardo.

I.

A.

Der 1964 geborene A. wurde am 20. August 1997 bei einem Autounfall verletzt. Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) anerkannte die Leistungspflicht und erbrachte die gesetzlichen Leistungen. Mit Verfügung vom 11. August

1998 stellte sie die Versicherungsleistungen ein, woran sie mit Einspracheentscheid vom 14. Dezember 1998 festhielt. Die von A. hiegegen erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 30. November 2000 ab. Dieser Entscheid ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

Der Orior fonds de prévoyance (nachfolgend: Orior) ist Versicherer von A. im Rahmen der beruflichen Vorsorge (2. Säule) und erbringt Versicherungsleistungen aufgrund seiner Invalidität. Am 2. Juli 2001 gelangte der Orior an die SUVA und verlangte gestützt auf Art. 129 der Verordnung über die Unfallversicherung (UVV) die Eröffnung einer formellen, beschwerdefähigen Verfügung. Die SUVA lehnte dies unter Hinweis auf den in der Sache ergangenen rechtskräftigen Gerichtsentscheid vom 30. November 2000 ab.

## **B.**

Auf die vom Orior am 17. Mai 2002 gegen die SUVA erhobene Rechtsverweigerungsbeschwerde trat das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich nicht ein (Beschluss vom 12. Juni 2002).

## **C.**

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt der Orior beantragen, die SUVA sei anzuweisen, ihm gegenüber eine anfechtbare Verfügung zu erlassen, in welcher sie verbindlich über ihre Leistungspflicht gegenüber dem Versicherten A. befinde. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, auf die Beschwerde des Orior vom 17. Mai 2002 einzutreten.

Die SUVA schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne, und beantragt den Beizug der Akten der IV-Stelle Zürich betreffend A. Letzterer wie auch das Bundesamt für Sozialversicherung verzichten auf eine Vernehmlassung.

In der Folge lässt der Orior ein Akteneinsichtsgesuch stellen und verlangt Einsicht in die SUVA-Akten und diejenigen der IV-Stelle Zürich. Nach Beizug dieser Akten und Zusendung derselben an den Orior reicht dieser eine Stellungnahme zur Vernehmlassung der SUVA ein, in welcher an den in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gestellten Rechtsbegehren festgehalten wird. Zu dieser Stellungnahme äussert sich die SUVA, während sich A. erneut nicht vernehmen lässt.

## **II.**

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

## **1.**

Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 in Kraft getreten. Mit ihm sind zahlreiche Bestimmungen im Unfallversicherungsbereich geändert worden. In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 129 V 4 Erw. 1.2). Im vorliegenden Fall ist demzufolge (spätestens) auf den Zeitpunkt der Erhebung der Rechtsverweigerungsbeschwerde vom 17. Mai 2002 abzustellen, weshalb die bis zum 31. Dezember 2002 geltenden Bestimmungen anwendbar sind.

## **2.**

Da es sich bei der angefochtenen Verfügung nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen handelt, hat das Eidgenössische Versicherungsgericht nur zu prüfen, ob das vorinstanzliche Gericht Bundesrecht verletzt hat, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder ob der rechtserhebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden ist (Art. 132 in Verbindung mit Art. 104 lit. a und b sowie Art. 105 Abs. 2 OG).

## **3.**

Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird Rechtsverweigerung seitens der SUVA geltend gemacht.

Eine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV liegt nach der Rechtsprechung unter anderem dann vor, wenn eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde ein Gesuch, dessen Erledigung in ihre Kompetenz fällt, nicht an die Hand nimmt und behandelt. Ein solches Verhalten einer Behörde wird in der Rechtsprechung als formelle Rechtsverweigerung bezeichnet. Art. 29 Abs. 1 BV ist aber auch verletzt, wenn die zuständige Behörde sich zwar bereit zeigt, einen Entscheid zu treffen, diesen aber nicht binnen der Frist fasst, welche nach der Natur der Sache und nach der Gesamtheit der übrigen Umstände als angemessen erscheint (sog. Rechtsverzögerung).

Für die Rechtsuchenden ist es unerheblich, auf welche Gründe – beispielsweise auf ein Fehlverhalten der Behörden oder auf andere Umstände – die Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung zurückzuführen ist; entscheidend ist ausschliesslich, dass die Behörde nicht oder nicht fristgerecht handelt (SVR 2001 IV Nr. 24 S. 73 f. Erw. 3a und b; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 124 V 133, 117 Ia 117 Erw. 3a, 197 Erw. 1c, 108 V 20 Erw. 4c, 107 Ib 164 Erw. 3b, 103 V 195 Erw. 3c).

## **4.**

Vorab ist zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde vom 17. Mai 2002 nicht eingetreten ist. Der Beschwerdeführer bean-

tragte darin, was folgt: «Es sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, gegenüber der Beschwerdeführerin eine anfechtbare Verfügung zu erlassen, in welcher die Beschwerdegegnerin verbindlich über ihre Leistungspflicht gegenüber dem Versicherten Herrn A. ... verfügt.» Diese Eingabe war ausdrücklich als «Rechtsverweigerungsbeschwerde» bezeichnet.

Mit Beschluss vom 12. Juni 2002 hat die Vorinstanz erwogen, der Beschwerdeführer als Vorsorgeeinrichtung könne eher nicht als interessierte Partei im Sinne von Art. 129 Abs. 1 UVV gelten, weshalb ihm die SUVA die A. betreffende Verfügung vom 11. August 1998 nicht habe eröffnen müssen. Sie hat diese Frage aber nicht abschliessend beantwortet, sondern sich auf den Standpunkt gestellt, gemäss Schreiben der SUVA an den Beschwerdeführer vom 4. September 2001 sei dem Letzteren der kantonale Gerichtsentscheid vom 30. November 2000 längstens bekannt gewesen. Der Beschwerdeführer hätte nach Kenntnisnahme von diesem Entscheid seinen Nichteinbezug ins Verfahren mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidgenössische Versicherungsgericht rügen können. Da er dies nicht getan habe, sei der Entscheid vom 30. November 2000 auch ihm gegenüber in Rechtskraft erwachsen. Selbst bei Behandlung der Beschwerde vom 17. Mai 2002 als Revisionsgesuch sei sie verspätet gewesen, da sie nicht innert der vorgeschriebenen 90-tägigen Frist seit Entdeckung des Revisionsgrundes eingereicht worden sei. Die Beschwerde sei daher sowohl unter beschwerde- wie revisionsrechtlichen Gesichtspunkten verspätet gewesen, weshalb darauf nicht einzutreten sei.

Soweit die Vorinstanz erwogen hat, die Beschwerde sei verspätet erhoben worden, behandelte sie diese nicht als Rechtsverweigerungsbeschwerde, sondern als Beschwerde in der Sache selber oder gegebenenfalls als Revisionsgesuch. Die als Rechtsverweigerungsbeschwerde bezeichnete Beschwerde, welche zudem das eindeutige Begehren enthielt, es sei die SUVA anzuweisen, dem Beschwerdeführer eine Verfügung (neu) zu eröffnen, ist aber primär mit Blick auf die geltend gemachte Rechtsverweigerung an die Hand zu nehmen.

Solange das mit Rechtsverweigerungsbeschwerde angebehrte Verwaltungshandeln nicht erfolgt ist, ist diese in der Regel nicht verspätet. Die Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde kann nämlich grundsätzlich jederzeit erhoben werden (*Kölz/Häner*, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 726). Unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes kann eine Verspätung höchstens dann eintreten, wenn eine Partei nach langem Untätigsein in Kenntnis, dass das verlangte Verwaltungshandeln noch nicht erfolgt ist, eine Rechtsverweigerungsbeschwerde erhebt. Im vorliegenden Fall verlangte der Beschwerdeführer am 2. Juli 2001 erstmals die Eröffnung einer beschwerdefähigen Verfügung. Nach Erhalt der (negativen) Antwort der SUVA vom 4. September 2001 erneuerte er mit Schreiben vom 5. Oktober

2001 sein Begehren mit ergänzender Begründung. Am 13. November 2001 mahnte er die SUVA, weil zwischenzeitlich keine Antwort eingegangen war. Am 21. November 2002 erging der erneut abschlägige Bescheid der SUVA. Nachdem der Beschwerdeführer das Begehren mit Schreiben vom 29. November 2001 wiederholt hatte, lehnte es die SUVA mit Antwortschreiben vom 18. Dezember 2001 wiederum ab, wobei diesem Schreiben allerdings die Verfügung vom 11. August 1998 und der Einspracheentscheid vom 14. Dezember 1998 in Kopie beigelegt waren. Angesichts dieser Vorgeschichte und der Tatsache, dass die SUVA die angebehrte Neueröffnung der Verfügung nicht vornahm, kann die Erhebung der Rechtsverweigerungsbeschwerde am 17. Mai 2002 nicht als verspätet angesehen werden. Wenn die Vorinstanz zum Schluss gelangt ist, der Beschwerdeführer hätte nach Kenntnisnahme des kantonalen Gerichtsentscheides vom 30. November 2000 allenfalls eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidgenössische Versicherungsgericht erheben müssen, stellt dies eine Begründung dafür dar, dass die SUVA sich gegebenenfalls zu Recht geweigert hat, die Verfügung wie verlangt neu zu eröffnen. Insofern kann damit eine Abweisung der Rechtsverweigerungsbeschwerde begründet werden. Es lässt sich daraus aber keine Verspätung einer solchen ableiten. Die Vorinstanz ist daher zu Unrecht nicht auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde eingetreten.

## 5.

Hat die Vorinstanz unzulässigerweise einen Nichteintretensentscheid gefällt, ist die Sache in der Regel an sie zurückzuweisen (BGE 119 Ib 60 Erw. 2c, 114 Ib 158 Erw. 1d). Wenn sich allerdings die Vorinstanz im Nichteintretensentscheid eventualiter zur Sache geäußert hat, kann das Bundesgericht im Sinne der Prozessökonomie von einer Rückweisung absehen und in der Sache entscheiden (*Kölz/Häner*, a.a.O., Rz. 1006 mit Verweis auf BGE 118 Ib 28; Bundesgerichtsentscheid vom 1. September 1997 in: ZBI 1998, S. 395 ff., 399; vgl. auch BGE 123 II 414 Erw. 4b/bb).

Vorliegend hat die Vorinstanz zum Ausdruck gebracht, dass sie die Rechtsverweigerungsbeschwerde nicht nur als verspätet, sondern auch als sachlich unbegründet ansieht. Es rechtfertigt sich deshalb, auf eine Rückweisung der Angelegenheit an das kantonale Gericht zu verzichten und die Rechtsverweigerungsbeschwerde zu beurteilen, womit der vom Beschwerdeführer gestellte Eventualantrag gegenstandslos wird.

## 6.

**6.1** Im vorliegenden Verfahren kann die Frage offen gelassen werden, ob der Unfallversicherer gestützt auf Art. 129 UVV einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge (2. Säule) eine Leistungsverfügung zu eröffnen hat. Selbst wenn diese Frage nämlich zu bejahen wäre, würde dies nicht zu einer Gutheissung der Rechtsverweigerungsbeschwerde führen, wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt.

**6.2** Wird davon ausgegangen, dass die SUVA dem Beschwerdeführer die A. betreffende Verfügung vom 17. August 1998 zu Unrecht nicht eröffnet hat, dann liegt eine mangelhafte Eröffnung vor. Eine unterbliebene Eröffnung einer Verfügung stellt an sich einen schweren Verfahrensfehler dar. Es stellt sich damit die Frage einer allfälligen Nichtigkeit der ursprünglichen Verfügung. In Fällen mangelhafter Eröffnung ist zwischen den Interessen der Rechtssicherheit und dem Rechtsschutzinteresse des Verfügungsadressaten abzuwägen (BGE 102 Ib 91 ff.). Diese Interessenabwägung ist insbesondere bei der mangelnden Eröffnung an Drittbetroffene vorzunehmen (*Rhinow/Koller/Kiss*, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, Rz. 381). Sie spricht bei der vorliegenden Konstellation, bei welcher der Einspracheentscheid der SUVA vom 14. Dezember 1998 und der Entscheid des kantonalen Gerichts vom 30. November 2000 gegenüber dem Versicherten bereits seit längerem in Rechtskraft erwachsen sind, gegen die Annahme der Nichtigkeit der Verfügung.

### **6.3**

**6.3.1** Ein Eröffnungsfehler bedeutet eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (BGE 129 V 73 ff. mit Hinweisen; RKUV 1996 Nr. U 253 S. 202 Erw. 2c). Wird eine unterbliebene Eröffnung allerdings nachgeholt, so wird der Mangel geheilt. Mit dem in Art. 38 VwVG verankerten Grundsatz, dass aus der mangelhaften Eröffnung der betroffenen Person kein Nachteil erwachsen darf, wird von Gesetzes wegen festgelegt, dass die in der mangelhaften Eröffnung liegende Gehörsverletzung dann als geheilt zu gelten hat, wenn der betroffenen Person kein Nachteil erwächst. Die bei einer Verletzung des rechtlichen Gehörs ansonsten übliche Folge – die Aufhebung der angefochtenen Verfügung wegen der formellen Natur des Anspruchs – greift also nicht Platz. Die Annahme einer Heilung durch die nachträgliche ordnungsgemässe Eröffnung rechtfertigt sich auch deshalb, weil Art. 129 UVV dem mitbetroffenen Sozialversicherungsträger lediglich einen Anspruch auf Eröffnung der Verfügung und das Recht auf Ergreifung eines Rechtsmittels, nicht aber Partei- und Mitwirkungsrechte im verwaltungsinternen Verfügungsverfahren einräumt.

Zum Tragen kommt nach dem Gesagten der Grundsatz, dass aus der mangelhaften Eröffnung einer Verfügung der betroffenen Partei kein Nachteil erwachsen darf (Art. 38 VwVG). Wird die Verfügung beschwerdeberechtigten Dritten nicht eröffnet, kann diesen grundsätzlich der Fristablauf nicht entgegengehalten werden (BGE 116 Ib 326 Erw. 3a). Die einer betroffenen Partei nicht eröffnete Verfügung kann dieser gegenüber keine Rechtswirkung, insbesondere auch keine Bindungswirkung entfalten (BGE 129 V 73 ff.; *Tschannen/Zimmerli/Kiener*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2000, S. 182).

**6.3.2** Im vorliegenden Fall ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer nach Kenntnismahme des kantonalen Gerichtsentscheides vom



30. November 2000 allenfalls Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Eidgenössischen Versicherungsgericht hätte einreichen können. Bei der Ergreifung dieses Rechtsmittels hätte ihm die abgelaufene Rechtsmittelfrist wegen der mangelhaften bzw. fehlenden Eröffnung nicht entgegengehalten werden dürfen. Im Rahmen dieses Verfahrens hätte das Eidgenössische Versicherungsgericht zu prüfen gehabt, ob die Beschwerdelegitimation und damit auch die Voraussetzungen zu einem Einbezug der Vorsorgeeinrichtung gemäss Art. 129 UVV gegeben gewesen wären.

## **6.4**

**6.4.1** Zu prüfen bleibt, ob dem betroffenen Sozialversicherungsträger nebst der Möglichkeit, den ihm nicht eröffneten Entscheid nachträglich anzufechten, auch ein Anspruch zusteht, die (Neu-)Eröffnung der ursprünglichen Verfügung durch den verfügenden Sozialversicherungsträger mit der Folge zu verlangen, dass dem betroffenen Sozialversicherungsträger ein Beschwerderecht gegen die ursprüngliche Verfügung eröffnet und damit das ganze Verfahren neu aufgerollt wird. Die Auffassung, dass in diesem Sinn ein Wahlrecht besteht, wird vom Beschwerdeführer zumindest sinngemäss vertreten.

**6.4.2** Nach der Rechtsprechung steht es einem angerufenen Sozialversicherungsgericht frei, im Falle, dass eine Verfügung zu Unrecht einem anderen Sozialversicherungsträger nicht eröffnet worden ist, diesen Verfahrensmangel entweder durch die Beiladung des betroffenen Versicherungsträgers zu heilen oder aber die Sache an den verfügenden Sozialversicherungsträger zurückzuweisen, damit dieser die Verfügung ordnungsgemäss eröffne (BGE 113 V 5 Erw. 4a). Es liegt also im Ermessen des angerufenen Gerichts, darüber zu befinden, ob das Verfahren auf der Ebene des gerichtlichen Beschwerdeverfahrens seinen Fortgang nimmt oder ob einem betroffenen Sozialversicherungsträger der ganze Rechtsmittelweg neu eröffnet wird. Richtschnur bei dieser Entscheid bildet der Grundsatz, dass dem betroffenen Sozialversicherungsträger durch die Verkürzung des Rechtsmittelweges kein Nachteil im Sinne von Art. 38 VwVG erwachsen darf.

Wesentlich im vorliegenden Zusammenhang ist aber vor allem, dass dieser Entscheid von der Rechtsmittelinstanz und nicht vom verfügenden Sozialversicherungsträger getroffen wird. Dem verfügenden Sozialversicherungsträger ist es nämlich – wie nachfolgend aufgezeigt wird – aus prozessualen Gründen verwehrt, in einer Angelegenheit, mit welcher bereits eine Rechtsmittelinstanz befasst war, neu zu verfügen.

**6.4.3** Die Verfügung vom 11. August 1998, deren Neueröffnung der Beschwerdeführer verlangt, bzw. der jenes Verfahren abschliessende Entscheid des kantonalen Gerichts vom 30. November 2000 sind gegenüber dem Versicherten in Rechtskraft erwachsen. Eine Verwaltungsbehörde kann aber lediglich erstinstanzliche

Verfügungen in Wiedererwägung ziehen. Bei Rechtsmittelentscheiden müssen Revisionsgründe vorliegen, damit auf den Entscheid zurückgekommen werden kann (*Rhinow/Koller/Kiss*, a. a. O., Rz. 601). Zuständig für die Durchführung eines Revisionsverfahrens ist die Beschwerdeinstanz, welche den zu revidierenden Entscheid gefällt hat. Vorliegend hätte also beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich ein Revisionsgesuch gestellt werden müssen. Die angegangene SUVA als ursprünglich verfügende Sozialversicherungsträgerin war mangels funktioneller Zuständigkeit gar nicht befugt, in der Sache neu zu verfügen.

Ein blosses Nachholen der Verfügungseröffnung ohne Entscheid- bzw. Verfügungskompetenz des verfügenden Sozialversicherungsträgers wäre als Leerlauf zu betrachten. Wollte man – wie der Beschwerdeführer dies offenbar tut – davon ausgehen, mit der Neueröffnung der Verfügung würde ein neuer, durch das vorgegangene Verfahren nicht beschränkter Rechtsmittelweg eröffnet, dann würde zudem die Gefahr bestehen, dass ein nachträglicher Einspracheentscheid im Widerspruch zu einem früheren Entscheid des kantonalen Versicherungsgerichts in der grundsätzlich gleichen Sache stehen würde. Eine solche Situation ist unter dem Aspekt der Rechtssicherheit zu vermeiden.

Aus dem Gesagten folgt, dass kein Anspruch auf (Neu-)Eröffnung der ursprünglichen Verfügung durch den verfügenden Sozialversicherungsträger besteht. Die Frage, ob dem Grundsatz, dass einer betroffenen Partei aus einer mangelhaften Eröffnung kein Nachteil erwachsen darf, genügend nachgelebt wird, wenn ihr die nachträgliche Möglichkeit zur Ergreifung eines Rechtsmittels eingeräumt wird, ist im Rahmen eines Rechtsmittel- oder allenfalls Revisionsverfahrens zu prüfen. Der Rechtsmittelinstanz steht die Möglichkeit grundsätzlich offen, alle in der Angelegenheit ergangenen Verfügungen und Entscheide aufzuheben und den verfügenden Sozialversicherungsträger anzuweisen, eine neue Verfügung zu eröffnen.

## **7.**

**7.1** Weil der Beschwerdeführer gegenüber der SUVA ein Begehren stellt, welchem diese nicht entsprechen kann und darf, liegt in deren Weigerung, die ursprüngliche Verfügung neu zu eröffnen, keine Rechtsverweigerung. Es stellt sich höchstens die Frage, ob die SUVA diese Weigerung bzw. den Hinweis auf die fehlende funktionelle Zuständigkeit in Form einer Nichteintretensverfügung hätte eröffnen müssen. Für den vorliegenden Fall ist diese Frage zu verneinen. Art. 78 UVG sieht lediglich eine formlose Weiterleitung an den als zuständig erachteten Versicherungsträger vor.

**7.2** Anzufügen bleibt, dass auch eine Verletzung der Weiterleitungspflicht gemäss Art. 78 UVG zu verneinen ist. Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer ist nicht versehentlich an die SUVA gelangt. Er wandte sich bewusst an diese und verlangte von ihr – und keiner anderen Behörde – eine bestimmte Handlung, näm-

lich die Neueröffnung der Verfügung vom 11. August 1998. Unter solchen Umständen besteht keine Weiterleitungspflicht.

## **8.**

Die Vorinstanz hat die an sie gerichtete Beschwerde auch unter dem Gesichtspunkt der Revision geprüft und ist darauf infolge Verspätung nicht eingetreten. Fest steht, dass die SUVA dem Beschwerdeführer am 18. Dezember 2001 die Verfügung vom 11. August 1998 und den Einspracheentscheid vom 14. Dezember 1998 in Kopie zur Kenntnisnahme zugestellt hat. Aus den Schreiben des Beschwerdeführers ergibt sich im Weiteren, dass er spätestens seit dem 2. Juli 2001 nicht nur von der Tatsache Kenntnis gehabt hat, dass das kantonale Gericht in dieser Sache am 30. November 2000 einen Entscheid gefällt hatte, sondern auch vom Inhalt dieses Entscheides, nämlich der Bestätigung der Ablehnung des Leistungsbegehrens des Versicherten durch die SUVA. Wenn die Vorinstanz deshalb davon ausging, die Eingabe vom 17. Mai 2002 (Rechtsverweigerungsbeschwerde) sei nach Ablauf der 90-tägigen Frist gemäss § 30 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich vom 7. März 1993 (GSVGer) eingereicht worden, ist diese Auffassung begründet. Selbst wenn nämlich dem Beschwerdeführer der vorinstanzliche Entscheid vom 30. November 2000 nicht im Wortlaut bekannt gewesen wäre, so war ihm doch der allfällige Revisionsgrund – die Nichteröffnung der Verfügung vom 11. August 1998 – spätestens seit dem 18. Dezember 2001 bekannt.

Im Übrigen bleibt darauf hinzuweisen, dass der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht das Vorliegen eines Revisionsgrundes geltend gemacht hat. Auch wenn die Eingabe bei der Vorinstanz innerhalb der Frist zur Stellung eines Revisionsgesuches eingegangen wäre, erscheint es deshalb höchst fraglich, ob diese als Revisionsgesuch hätte behandelt werden müssen. Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob die Nichteröffnung der ursprünglichen Verfügung einen Revisionsgrund im Sinne von § 29 GSVGer darstellt.

...

# Bestimmung des Invaliditätsgrades

*U 507 Urteil des EVG vom 19. Dezember 2003 i. Sa. R. (U 27/02)*

- **Bestimmung des Invaliditätsgrades (Art. 15, 17 und 18 Abs. 1 und 2 UVG; Art. 17 und 23 Abs. 7 UVV; Art. 28 Abs. 1 und 2 IVG [je in der bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung]; Art. 16 ATSG):**

**Ein rechnerisch exakt ermitteltes Ergebnis ist nach den Regeln der Mathematik auf die nächste ganze Prozentzahl auf- oder abzurunden [Änderung der Rechtsprechung gemäss BGE 127 V 129] (Erw. 3).**

- **Détermination du degré d'invalidité (art. 15, 17 et 18 al. 1 et 2 LAA; art. 17 et 23 al. 7 OLAA; art. 28 al. 1 et 2 LAI [dans la teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002]; art. 16 LPGA):**

**Le résultat exact du calcul doit être arrondi au chiffre en pour cent supérieur ou inférieur selon les règles applicables en mathématiques [changement de la jurisprudence publiée aux ATF 127 V 129] (cons. 3).**

- **Determinazione del grado d'invalidità (art. 15, 17 e 18 cpv. 1 e 2 LAINF; art. 17 e 23 cpv. 7 OAINF; art. 28 cpv. 1 e 2 LAI [secondo loro testo in vigore fino al 31 dicembre 2002]; art. 16 LPGA):**

**Il risultato aritmeticamente esatto va arrotondato per eccesso o per difetto alla prossima cifra percentuale intera secondo le regole applicabili in matematica [modifica della giurisprudenza pubblicata in DTF 127 V 129] (cons. 3).**

Auszug aus den Erwägungen:

...

### 3.

Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die Unfallversicherung den auf Grund des Validen- und Invalideneinkommens errechneten Invaliditätsgrad von 19,05% auf 19% abgerundet und die Rente gestützt auf diesen abgerundeten Wert ermittelt hat. Ein solches Vorgehen widerspreche BGE 127 V 129 und sei angesichts der heute zur Verfügung stehenden Rechnungssysteme nicht mehr zeitgemäss. Laut diesem Urteil sei der Invaliditätsgrad mit einem mathematisch exakten Prozentwert festzulegen, der grundsätzlich weder auf- noch abgerundet werden dür-

fe. Es gehe nicht an, dass die Unfallversicherung dank der erwähnten Abrundung monatlich Fr. 2.– weniger Rente auszahle.

**3.1** In BGE 127 V 129 hatte das Eidgenössische Versicherungsgericht in einem die Invalidenversicherung betreffenden Fall darüber zu befinden, ob ein rechnerisch ermittelter Invaliditätsgrad von 65,6% so weit aufzurunden sei, dass ein Anspruch auf eine ganze Invalidenrente entstehe. Ein solcher ist nach Art. 28 Abs. 1 IVG erst bei einem Invaliditätsgrad von 66⅔% gegeben. Das Gericht hat diese Frage unter Berücksichtigung zahlreicher Urteile aus der jüngeren Rechtsprechung verneint. Dabei erwog es, dass die im jeweiligen Einzelfall massgebenden Faktoren zur Bestimmung des Invaliditätsgrades, wie hypothetisches Validen- und Invalideneinkommen, gegebenenfalls der prozentuale Abzug von den Tabellenlöhnen gemäss BGE 126 V 75, mit grosser Sorgfalt festgelegt werden müssen, wobei hier je nach den Umständen des Falles ein Ermessensspielraum vorhanden ist. Stehen aber diese einzelnen Faktoren einmal fest, hat gestützt darauf die Berechnung des Invaliditätsgrades zu erfolgen, deren Ergebnis notwendigerweise ein mathematisch bis auf die Kommastellen exakter Prozentwert ist. An diesem kann anschliessend nicht mehr gerundet werden, auch wenn eine auf Kommastellen genaue Invaliditätsbemessung naturgemäss eine gewisse Scheingenauigkeit beinhaltet. Dieses Rundungsverbot ist selbst dann in Kauf zu nehmen, wenn ein Eckwert für eine höhere Rentenstufe nur knapp verpasst wird und das Ergebnis für die Betroffenen hart erscheint (BGE 127 V 134 f. Erw. 4c in fine).

**3.2** An der Absolutheit, in welcher das Rundungsverbot im erwähnten Entscheid formuliert worden ist, kann nicht festgehalten werden. Zwar geht es nach wie vor nicht an, grössere Aufrundungen, wie etwa solche um mehrere Prozente auf die nächste Fünfer- oder Zehnerzahl, vorzunehmen. Bei einem Invaliditätsgrad von 46,5% (wie in BGE 127 V 131 Erw. 3a/bb als Beispiel erwähnt) besteht weiterhin nur Anspruch auf eine Viertelsrente der Invalidenversicherung. Im Bereich der Dezimalstellen rechts vom Komma erweist sich ein totales Rundungsverbot indes als wenig praktikabel. Denn bei der Ermittlung des Invaliditätsgrades führt die entsprechende Prozentrechnung fast immer zu Werten mit mehreren Dezimalstellen rechts vom Komma. Wenn die Verwaltungen (z. B. IV-Stellen, Unfallversicherer), wie dies verbreitete Usanz ist, in ihren Rentenverfügungen den Invaliditätsgrad in ganzen Prozentzahlen, allenfalls mit einer, höchstens zwei Dezimalstellen nach dem Komma, beziffern, handelt es sich dabei in der Regel bereits um gerundete Zahlen. Invaliditätsgrade, bestehend aus einer Zahl mit mehreren Dezimalstellen rechts vom Komma, vermitteln den Eindruck von Genauigkeit, was nicht zutrifft. Dies führt zur Einsicht, dass gänzlich ohne Auf- und Abrunden nicht auszukommen ist, weshalb das in BGE 127 V 134 Erw. 4c Gesagte insoweit einer Änderung der Rechtsprechung unterzogen werden muss. Dabei fragt sich, ob auf ganze Prozentzahlen oder auf eine, allenfalls zwei Dezimalstellen rechts vom Komma auf- oder abgerundet werden soll. Nach Abwägung der beiden grundsätzlichen Mög-

lichkeiten verdient die Auf- oder Abrundung auf ganze Prozentzahlen den Vorzug. Bei dieser Lösung erübrigt sich die Diskussion darüber, auf wie viele Dezimalstellen rechts vom Komma auf- oder abzurunden ist. Zudem ist die Rundung auf die nächste ganze Prozentzahl leichter einprägsam. Das Auf- oder Abrunden hat nach den anerkannten Regeln der Mathematik zu erfolgen. Demnach ist in Zukunft bei einem Ergebnis bis  $x,49\dots\%$  auf  $x\%$  abzurunden und bei Werten ab  $x,50\dots\%$  auf  $x+1\%$  aufzurunden, was den Invaliditätsgrad ergibt.

**3.3** Wie in BGE 127 V 135 Erw. 4d (siehe nunmehr auch Art. 16 ATSG) ausgeführt wurde, haben in allen Sozialversicherungszweigen mit Einkommensvergleichen dieselben Rundungsregeln zu gelten. Daran ist festzuhalten, auch wenn nicht zu verkennen ist, dass die Auf- und Abrundungen die grössten Auswirkungen im Grenzbereich gesetzlich festgelegter Eckwerte entfalten, welche erreicht sein müssen, damit der Anspruch auf eine oder die nächsthöhere Leistung entsteht. In der Invalidenversicherung existieren drei derartige Eckwerte: 40%, 50% und 66  $\frac{2}{3}\%$  (Art. 28 Abs. 1 IVG), in der beruflichen Vorsorge zwei (50% und zwei Drittel, Art. 23 und Art. 24 Abs. 1 BVG), in der Unfallversicherung einer (10%; Art. 18 Abs. 1 UVG in der seit 1. Juli 2001 gültigen Fassung), ferner (wenn auch nicht laut Gesetz, sondern praxisgemäss) in der Militärversicherung einer (5%; *Maeschi*, Kommentar zum Bundesgesetz über die Militärversicherung, Bern 2000, S. 316). Nach der soeben dargelegten Rundungsregel liegt beispielsweise in der Invalidenversicherung bei einem Ergebnis von 39,5% mathematisch gerundet ein Invaliditätsgrad von 40% vor, was den Anspruch auf eine Viertelsrente begründet. In gleicher Weise besteht Anspruch auf eine halbe Rente der IV bei einem ab 49,50% auf 50% gerundeten Invaliditätsgrad und auf eine ganze Rente der IV bei einem Ergebnis von mindestens 66,50%. In der Unfallversicherung bedeutet das Auf- oder Abrunden auf ganze Zahlen hingegen (abgesehen vom erwähnten Eckwert von 10%) einen rundungsbedingten Verlust oder Gewinn von wenigen Franken auf dem monatlichen Rentenbetrag. Dies ist um so eher hinzunehmen, als sowohl gerundete wie nicht gerundete Ergebnisse ohnehin eine gewisse Scheingenaugkeit beinhalten.

**3.4** Nach dem Gesagten hat die Beschwerdeführerin ungeachtet des Ergebnisses aus dem Einkommensvergleich von 19,05% bei einem auf die nächste ganze Zahl abgerundeten Invaliditätsgrad Anspruch auf eine Invalidenrente von 19%, weshalb der vorinstanzliche Entscheid in diesem Punkt zu bestätigen ist.

...

# Integritätsentschädigung bei schwerer, unheilbarer Berufskrankheit mit absehbarer Todesfolge

*U 508 Urteil des EVG vom 23. Dezember 2003 i. Sa. L. (U 105/03)*

- **Integritätsentschädigung bei schwerer, unheilbarer Berufskrankheit mit absehbarer Todesfolge (Art. 19 Abs. 1 und 24 UVG [je in der bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung]; Art. 36 Abs. 1 UVV):**

**Leidet die versicherte Person an einer unheilbaren Berufskrankheit und beträgt die Lebenserwartung nach Krankheitsausbruch nur noch einige Monate, besteht kein Anspruch auf Integritätsentschädigung (Erw. 5.3).**

- **Indemnité pour atteinte à l'intégrité en cas de maladie professionnelle grave et incurable dont l'issue mortelle est prévisible (art. 19 al. 1 et 24 LAA [selon la teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002]; art. 36 al. 1 OLAA):**

**Lorsqu'une personne assurée souffre d'une maladie professionnelle incurable et que son espérance de vie après la déclaration de cette maladie n'est plus que de quelques mois, cette personne n'a pas droit à une indemnité pour atteinte à l'intégrité (cons. 5.3).**

- **Indennità per menomazione dell'integrità in caso di malattia professionale grave incurabile con probabili conseguenze letali (art. 19 cpv. 1 e 24 LAINF [secondo loro testo in vigore fino al 31 dicembre 2002]; art. 36 cpv. 1 OAINF):**

**Se l'assicurato soffre di una malattia professionale incurabile e la sua speranza di vita, dopo il manifestarsi della patologia, è di solo qualche mese, non sussiste alcun diritto ad un'indennità per menomazione dell'integrità (cons. 5.3).**

Auszug aus den Erwägungen:

...

**5.**

Zu prüfen bleibt der Anspruch auf Invalidenrente und Integritätsentschädigung.

**5.1** Die Beschwerdeführerinnen rügen im Wesentlichen, die Vorinstanz habe zwar festgestellt, es sei unklar, ob und wann die eigentliche Heilbehandlung abgeschlossen und nur noch palliativ behandelt worden sei. Dennoch sei sie davon ausgegangen, von einer Fortsetzung der medizinischen Behandlung wäre noch eine namhafte Besserung zu erwarten gewesen. Der medizinische Sachverhalt sei diesbezüglich nicht genügend abgeklärt worden, weshalb die Sache an die SUVA zurückzuweisen gewesen wäre.

**5.2** Die Integritätsentschädigung wird gemäss Art. 24 Abs. 2 UVG mit der Invalidenrente festgesetzt oder, wenn kein Rentenanspruch besteht, bei der Beendigung der ärztlichen Behandlung gewährt. Diese Bestimmung schreibt dem Unfallversicherer nicht nur vor, wann er über eine Integritätsentschädigung zu verfügen hat, sondern legt auch den massgeblichen Zeitpunkt fest, in dem die materiellen Anspruchsvoraussetzungen zu prüfen sind (RKUV 2002 Nr. U 460 S. 417 Erw. 7a mit Hinweis auf BGE 113 V 53 Erw. 4). Da der Zeitpunkt des materiellen Anspruchsbeginns hinsichtlich der Integritätsentschädigung vom Beginn eines allfälligen Rentenanspruchs abhängt, ist folgerichtig zuerst über den Anspruch auf eine Invalidenrente zu befinden.

**5.2.1** Anspruch auf eine Invalidenrente haben Versicherte, die infolge eines Unfalls oder einer Berufskrankheit invalid sind (Art. 18 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 UVG). Als invalid gilt, wer voraussichtlich bleibend oder für längere Zeit in seiner Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt ist (Art. 18 Abs. 2 UVG, in der bis Ende 2002 gültig gewesenen Fassung). Laut Art. 19 Abs. 1 UVG entsteht der Anspruch auf eine Invalidenrente, wenn von der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung keine namhafte Besserung des Gesundheitszustandes des Versicherten mehr erwartet werden kann und allfällige Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung (IV) abgeschlossen sind.

**5.2.2** Der für den Rentenanspruch massgebende Invaliditätsbegriff in der obligatorischen Unfallversicherung stimmt grundsätzlich mit demjenigen in der Invalidenversicherung überein (BGE 126 V 291 Erw. 2a mit Hinweisen). Dies gilt jedoch nicht für den Rentenbeginn. Eine Wartezeit von einem Jahr, entsprechend Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG, wird in Art. 19 Abs. 1 UVG nicht vorausgesetzt, auch wenn in der Praxis zwischen dem Unfall und dem Rentenbeginn meist erheblich längere Zeit vergeht (*Peter Omlin*, Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung mit besonderer Berücksichtigung der älteren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Diss. Freiburg 1995, S. 97). Massgebend zur Bestimmung des Anspruchsbeginns einer UV-Rente ist somit, ob der Versicherte voraussichtlich bleibend oder für längere Zeit in seiner Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt ist und ob von der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung keine namhafte Besserung des Gesundheitszustandes des Versicherten mehr erwartet werden kann und allfällige Eingliederungsmassnahmen der IV abgeschlossen sind. Art. 19 Abs. 1 UVG verlangt insoweit eine relative Stabilität des Gesundheitszustandes, als der Renten-



spruch nicht entsteht, solange eine Verbesserung den Invaliditätsgrad zu beeinflussen vermag (vgl. Urteil N. vom 21. Oktober 2002, U 90/01, Erw. 2.3).

**5.2.3** Wie die Vorinstanz richtig festgestellt hat, geht aus den Akten nicht klar hervor, ab wann der Versicherte nicht mehr kurativ behandelt wurde. Nicht zutreffend ist ihre Folgerung, wonach (erst) Mitte April 1994 feststand, dass keine namhafte Verbesserung des Gesundheitszustandes mehr zu erwarten war, weil bis zu diesem Zeitpunkt noch therapeutische Massnahmen im Sinne einer Heilbehandlung durchgeführt worden seien. Dies ist indessen nicht entscheidend, wie sich aus dem Nachfolgenden ergibt.

Im Fall M., welcher Gegenstand des in RKUV 2002 Nr. U 460 S. 415 publizierten Urteils bildete, war der Versicherte zwei Jahre nach Ausbruch eines Pleuramesothelioms verstorben. Das Eidgenössische Versicherungsgericht wies die Sache an die SUVA zurück zur Durchführung weiterer Abklärungen bezüglich der Frage, wann im konkreten Fall keine namhafte Verbesserung des Gesundheitszustandes mehr erwartet werden konnte und die Behandlung nur noch palliativer Art gewesen war (RKUV 2002 Nr. U 460 S. 417 Erw. 7b). Daraufhin hat die SUVA bei Prof. Dr. med. K. ein Gutachten zu fallspezifischen und generellen Fragen zu Krankheitsverlauf, Behandlungsmöglichkeiten und Prognose bei Pleuramesotheliom eingeholt. Die grundsätzlichen Feststellungen zur Erkrankung gelten laut Abteilung Arbeitsmedizin der SUVA auch für das wesentlich seltenere Peritonealmesotheliom (Ärztliche Beurteilung vom 27. Mai 2003).

Wie aus dem Gutachten von Prof. Dr. med. K. vom 15. November 2002 hervorgeht, kann allein aus der Tatsache, dass der Versicherte von Mitte März bis Mitte April 1994 chemotherapeutisch behandelt wurde, nicht geschlossen werden, es sei damals noch eine Besserung des Gesundheitszustandes im Sinne von Art. 19 Abs. 1 UVG bezweckt worden, da auch eine Chemotherapie mit palliativem Zweck durchgeführt werden kann.

**5.2.4** Die Frage, ob und gegebenenfalls wann der Rentenanspruch entstanden ist, kann indessen offen gelassen werden, sofern ein Anspruch auf Integritätsentschädigung aus anderen Gründen nicht besteht. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, fehlt es diesfalls für eine rückwirkende Ablösung des zugesprochenen Taggeldes durch eine Rente im konkreten Fall am erforderlichen Rechtsschutzinteresse, da diese ohne betragsmässige Auswirkungen bliebe.

## **5.3**

**5.3.1** Die Integritätsentschädigung (Art. 24 UVG) bezweckt – wie die Genugtuung – den Ausgleich immaterieller Unbill. Versicherte, die durch einen Unfall oder eine Berufskrankheit eine dauernde erhebliche Schädigung der Integrität erleiden, sollen den dadurch entgangenen Lebensgenuss mit Hilfe der Entschädigung wenig-

stens teilweise kompensieren können (*Omlin*, a. a. O. S. 79 f.). Die Voraussetzung der Dauerhaftigkeit ist nach dem Willen des Gesetzgebers in einem restriktiven Sinn auszulegen (BGE 124 V 38, Erw. 4b/cc).

**5.3.2** Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Voraussetzungen für eine Integritätsentschädigung noch erfüllt sind, wenn die Beeinträchtigung zwar lebenslanglich dauern wird (vgl. Art. 36 Abs. 1 UVV), aber aufgrund der kurzen Lebenserwartung von entsprechend kurzer Dauer ist. Dem Zweck der Integritätsentschädigung würde es jedenfalls widersprechen, den Erben eine Entschädigung dafür zuzusprechen, dass ein Angehöriger für eine gewisse Zeit vor dem Tod einen Zustand erreichte, in dem jede Verbesserung ausgeschlossen werden musste (Urteil K. vom 27. Dezember 2001, U 372/99, Erw. 5). Der Anspruch auf eine Integritätsentschädigung muss noch in der Person des Versicherten entstanden und mit seinem Tod durch Universalsukzession auf die Erben übergegangen sein.

**5.3.3** Die Anerkennung eines Anspruchs auf eine Integritätsentschädigung ist bei Berufskrankheiten mit infauster Prognose nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Denn es ist auch hier möglich, dass der Gesundheitszustand zwar nicht stabil, aber vorübergehend stationär wird und der Versicherte vorerst über längere Zeit mit der Beeinträchtigung weiter lebt. Über eine Mindestdauer hat das Eidgenössische Versicherungsgericht bisher nicht entschieden. Abgelehnt wird die in der Lehre vertretene Meinung, dass bereits eine logische Sekunde genüge (vgl. *Thomas Frei*, Die Integritätsentschädigung nach Art. 24 und 25 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung, Diss. Freiburg 1997, S. 58), in der sich der Versicherte nach Abschluss der Behandlung damit konfrontiert sieht, mit einem nicht mehr verbesserungsfähigen Schaden leben zu müssen (RKUV 2002 Nr. U 460 S. 416 Erw. 6c). Im Urteil K. vom 27. Dezember 2001, U 372/99, hat das Gericht erwogen, bei einer – gemäss ärztlicher Prognose – schon ex ante sehr kurzen Lebenserwartung von etwa drei Monaten könne der Zweck der Integritätsentschädigung nicht mehr erreicht werden (Erw. 5).

**5.3.4** Entgegen der Meinung der SUVA ist eine längerfristige Stabilisierung des Gesundheitszustandes aber nicht erforderlich. Einen Anspruch auf Integritätsentschädigung nur deswegen zu verweigern, weil sich der Gesundheitszustand des Versicherten nicht stabilisiert hat oder die Behandlung noch nicht abgeschlossen ist, würde der speziellen Situation der Berufskrankheit nicht gerecht (RKUV 2002 Nr. U 460 S. 417 Erw. 7a).

**5.3.5** Der Versicherte wurde Mitte März 1994, nachdem die Diagnose des diffusen Karzinoms gestellt worden war, aus dem Spital in H. entlassen. Selbst wenn man bereits diesen Zeitpunkt als massgebend für die Rentenfestsetzung betrachtet und den Anspruch auf eine Integritätsentschädigung aus dieser Sichtweise heraus prüfen wollte, hat der Versicherte nur noch während gut dreier Monate ge-

lebt. Im Leistungsrecht der Sozialversicherung ist der Grundsatz zu beachten, wonach die Anspruchsberechtigung prognostisch und nicht nach dem eingetretenen Erfolg zu beurteilen ist (BGE 124 V 111 Erw. 3b; 110 V 102 Erw. 2; Urteil W. vom 25. September 2000, K 85/99, Erw. 5b). Gemäss Aktenlage ist eine ärztliche Prognose zur Lebenserwartung nicht gestellt worden. Der Versicherte ist nur vier Monate nach Ausbruch der Krankheit verstorben, die konkrete Diagnose eines Peritonealesothelioms wurde erst längere Zeit nach dem Tod gestellt und auch die Anmeldung bei der Versicherung erfolgte erst drei Jahre nach dem Tod des Versicherten. Der Unfallversicherer hatte somit beim Erlass der Verfügung gar nicht mehr die Möglichkeit, die Leistungsgewährung prognostisch zu beurteilen. Eine nachträgliche Prognostizierung ist nicht möglich. Deshalb bleibt nichts anderes übrig, als die Frage nach der Lebenserwartung retrospektiv zu prüfen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Medizin eine empirische Wissenschaft ist und dem Vergleich des zu beurteilenden medizinischen Sachverhaltes mit anderen Krankheitsfällen eine besondere Bedeutung zukommt (vgl. BGE 126 V 189 Erw. 4c).

**5.3.6** Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. med. K. liegt in der Regel bereits ein fortgeschrittenes Stadium des Mesothelioms vor, wenn die Beschwerden den Betroffenen veranlassen, medizinische Hilfe zu beanspruchen. Unbehandelt beträgt das mediane Überleben zwischen vier und zwölf Monaten. Die konkrete Prognose hängt unter anderem von der Ausdehnung des Tumors, der Histologie, dem Alter des Patienten, seinem Allgemeinzustand und allenfalls vorhandenen Zusatzkrankungen ab. Einige Monate nach dem Einleiten einer Therapie kann der Verlauf besser abgeschätzt werden, da auch das individuelle Ansprechen auf die Behandlung zu berücksichtigen ist.

**5.3.7** Beim Versicherten wurde nach dem 7. März 1994 die Diagnose der diffusen peritonealen Karzinose gestellt, worauf er am 15. März 1994 ohne eine spezielle Therapieanordnung entlassen wurde. Wie die SUVA zutreffend folgert, ergaben die medizinischen Abklärungen ein sehr ungünstiges Untersuchungsergebnis, so dass eine kurative oder eine lebensverlängernde palliative Therapie gar nicht mehr erwogen wurde. Damit entfiel auch die Möglichkeit, nach einigen Behandlungsmonaten eine etwas präzisere Prognose zu stellen.

Unter Berücksichtigung der allgemeinen medizinischen Erkenntnisse zum Verlauf eines Mesothelioms sowie der konkreten Umstände muss davon ausgegangen werden, dass die Lebenserwartung des Versicherten nach ausgebrochener Krankheit so kurz gewesen war, dass es an der gemäss Art. 24 Abs. 1 UVG erforderlichen Dauerhaftigkeit der Beeinträchtigung fehlte. Deshalb konnte ein Anspruch auf eine Integritätsentschädigung nicht entstehen. Ergänzende medizinische Abklärungen vermöchten hieran nichts zu ändern. Für eine Rückweisung an die SUVA zwecks Durchführung weiterer Abklärungen – wie dies die Beschwerdeführerinnen eventualiter verlangen – besteht daher kein Anlass.

# Unfallbegriff, ungewöhnlicher äusserer Faktor

U 509 Urteil des EVG vom 30. Dezember 2003 i. Sa. B. (U 172/03)

- **Unfallbegriff, ungewöhnlicher äusserer Faktor (Art. 6 Abs. 1 UVG; Art. 9 Abs. 1 UVV [in der bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung]):**

**Das Merkmal des ungewöhnlichen äusseren Faktors im Sinne einer den normalen, üblichen Bewegungsablauf störenden Programmwidrigkeit («unkoordinierte Bewegung») ist bei einem Bandencheck im Eishockey zu bejahen (Erw. 3).**

- **Notion d'accident, facteur extérieur extraordinaire (art. 6 al. 1 LAA; art. 9 al. 1 OLAA [dans la teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002]):**

**Le fait de subir une charge contre la balustrade au cours d'un match de hockey sur glace peut être considéré comme un mouvement non programmé excédant ce que l'on peut objectivement qualifier de normal et habituel («mouvement non coordonné»), de sorte que l'existence d'un facteur extérieur extraordinaire doit être admise (cons. 3).**

- **Nozione di infortunio, fattore esterno straordinario (art. 6 cpv. 1 LAINF; art. 9 cpv. 1 OAINF [secondo il testo in vigore fino al 31 dicembre 2002]):**

**L'esistenza di un fattore esterno straordinario, inteso quale fuori programma («movimento scoordinato») ostacolante il normale ed usuale processo motorio, dev'essere ammessa nel caso di un check alla balaustra nel quadro di un incontro di disco su ghiaccio (cons. 3).**

I.

A.

Der 1963 geborene B. war seit 3. Dezember 2001 bei der Ski- & Snowboardschule X. als Skilehrer angestellt und damit bei der Vaudoise Allgemeine Versicherungs-Gesellschaft (nachfolgend Vaudoise) unfallversichert. Am 26. Dezember 2001 prallte er beim Eishockeyspiel wegen eines Bodychecks an die Bande und zog sich dabei eine Bänderverletzung an der linken Schulter zu (Bericht des Dr. med. K. vom 6. Februar 2002). Mit Verfügung vom 1. März 2002 eröffnete die Vaudoise dem Versicherten, ein Check und ein Aufprall an die Bande sprengten das für

ein Eishockeyspiel übliche Mass nicht. Solche Vorfälle stellten keine aussergewöhnliche äussere Einwirkung dar. Es liege daher kein Unfall vor. Da auch keine unfallähnliche Körperschädigung gegeben sei, bestehe kein Leistungsanspruch. Die dagegen vom Versicherten sowie von der Krankenkasse Visp und Umgebung eingereichten Einsprachen wies die Vaudoise mit Entscheid vom 22. April 2002 ab.

## **B.**

Die hiegegen von der Krankenkasse Visp und Umgebung erhobene Beschwerde hiess das Kantonale Versicherungsgericht Wallis gut; es hob den Einspracheentscheid auf und wies die Sache an die Vaudoise zurück, damit sie die gemäss UVG geschuldeten Leistungen festsetze (Entscheid vom 23. Juni 2003).

## **C.**

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt die Vaudoise die Aufhebung des kantonalen Entscheides.

Die Krankenkasse Visp und Umgebung schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während der als Mitbeteiligter beigeladene B. und das Bundesamt für Sozialversicherung auf eine Vernehmlassung verzichten.

## **II.**

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

### **1.**

Das kantonale Gericht hat die Bestimmungen über den Unfallbegriff (Art. 6 Abs. 1 UVG in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 UVV) sowie die Rechtsprechung zum Begriffsmerkmal der Ungewöhnlichkeit des äusseren Faktors (BGE 122 V 233 Erw. 1, 121 V 38 Erw. 1a, RKUV 2000 Nr. U 368 S. 99 Erw. 2b, SVR 1999 UV Nr. 9 S. 28 Erw. 3, je mit Hinweisen) zutreffend dargelegt. Beizupflichten ist im Weiteren den Erwägungen der Vorinstanz, dass das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 nicht anwendbar ist (BGE 129 V 4 Erw. 1.2). Darauf wird verwiesen.

### **2.**

**2.1** Nach Lehre und Rechtsprechung kann das Merkmal des ungewöhnlichen äusseren Faktors in einer unkoordinierten Bewegung (RKUV 2000 Nr. U 368 S. 100 Erw. 2d mit Hinweisen; *Maurer*, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, S. 176 f.) bestehen. Bei Körperbewegungen gilt dabei der Grundsatz, dass das Erfordernis

der äusseren Einwirkung lediglich dann erfüllt ist, wenn ein in der Aussenwelt begründeter Umstand den natürlichen Ablauf einer Körperbewegung gleichsam «programmwidrig» beeinflusst hat. Bei einer solchen unkoordinierten Bewegung ist der ungewöhnliche äussere Faktor zu bejahen; denn der äussere Faktor – Veränderung zwischen Körper und Aussenwelt – ist wegen der erwähnten Programmwidrigkeit zugleich ein ungewöhnlicher Faktor (RKUV 1996 Nr. U 253 S. 204 Erw. 4c, 1994 Nr. U 180 S. 38 Erw. 2 mit Hinweisen; Urteil Z. vom 7. Oktober 2003 Erw. 2.2, U 322/02; vgl. auch *Adrian von Kaenel*, Unfall am Arbeitsplatz, in: *Peter Münch/Thomas Geiser* [Hrsg.], Handbücher für die Anwaltspraxis, Band V, Schaden – Haftung – Versicherung, Basel 1999, S. 584 f.).

**2.2** Ohne besonderes Vorkommnis ist bei einer Sportverletzung das Merkmal der Ungewöhnlichkeit und damit das Vorliegen eines Unfalls zu verneinen (RKUV 2004 Nr. U 502 S. 184 Erw. 4.3). Dies bestätigt ein Blick auf andere von der Rechtsprechung beurteilte Sportverletzungen:

**2.2.1** Im Urteil M. vom 14. September 1992, U 43/92 (teilweise publiziert in RKUV 1992 Nr. U 156 S. 258 ff.) ging es um eine Versicherte, die unmittelbar nach einem Hechtsprung im Bereich des Knöchels Schmerzen verspürte. Das Eidgenössische Versicherungsgericht führte dabei aus, die erlittene Verletzung deute darauf hin, dass die betreffende Übung nicht in korrekter Weise abgeschlossen worden sei; auch habe die Versicherte plausibel dargelegt, dass sie tatsächlich schlecht gelandet sei. Wesentlich für die Annahme einer Programmwidrigkeit war für das Gericht in jenem Urteil, dass die Versicherte eine geübte Turnerin war, sodass eine derart schlechte Landung als ungewöhnlich erschien (kritisch dazu *Ueli Kieser*, ATSG-Kommentar, Zürich 2003, N 17 zu Art. 4 ATSG mit weiteren Hinweisen; *Alfred Bühler*, Der Unfallbegriff, in: Alfred Koller [Hrsg.], Haftpflicht- und Versicherungstagung 1995, St. Gallen 1995, S. 244 f. mit Hinweisen).

**2.2.2** Bejaht wurde das Vorliegen eines Unfalls bei einem Fussballer, dessen Knie verdreht wurde, als ihm ein Gegenspieler in die Beine grätschte. Durch diesen Angriff – einen in der Aussenwelt begründeten Umstand – sei der Bewegungsablauf des Verletzten «programmwidrig» gestört worden. Es sei von einer unvorhersehbaren, unkoordinierten Bewegung auszugehen und insofern das Vorliegen eines ungewöhnlichen äusseren Faktors zu bejahen. Nicht entscheidend sei, ob eine Massregelung des beteiligten Gegenspielers erfolgt sei (RKUV 1993 Nr. U 165 S. 58).

**2.2.3** Das Merkmal des ungewöhnlichen äusseren Faktors wurde ferner bei einem Skifahrer bejaht, der im buckligen Gelände auf einer vereisten Stelle ausglitt, danach – ohne zu stürzen – unkontrolliert einen Buckel anfuhr, abgehoben wurde und bei verdrehter Oberkörperhaltung auf den Boden aufschlug (RKUV 1999 Nr. U 345 S. 420 ff.). Als Programmwidrigkeit wurden in jenem Urteil das Ausgleiten auf

der vereisten Stelle, das sich daraus ergebende unkontrollierte Anfahren eines Buckels und das harte Aufschlagen gesehen (RKUV 1999 Nr. U 345 S. 424 f. Erw. 4).

**2.2.4** Bei einer Lehrerin, die in einer Turnstunde eine Rolle vorwärts ausführte und in der Folge behandlungsbedürftige Beschwerden im Nackenbereich verspürte, verneinten alle Instanzen das Vorliegen eines Unfalles im Rechtssinne; letztinstanzlich wurde zudem eine unfallähnliche Körperschädigung verneint (Urteil D. vom 28. Juni 2002, U 98/01).

**2.2.5** Ein auf einem Ausbildungs-Kunstflug beim Wechsel der Fluglage erlittenes Beschleunigungstrauma durch plötzliche Druckveränderung erfüllt den Unfallbegriff mangels Ungewöhnlichkeit des äusseren Faktors nicht (Urteil F. vom 28. Juni 2002 Erw. 2b, U 370/01).

**2.2.6** Im Urteil F. vom 10. Januar 2003, U 385/01, war der Fall eines Versicherten zu beurteilen, welcher beim Jiu-Jitsu-Training eine Halswirbeldistorsion erlitten hatte. Der Versicherte gab an, er sei beim Bodenkampf unter seinen Trainingspartner geraten und habe versucht, diesen nach oben zu drücken, um sich von ihm zu lösen. Durch diese Bewegung sei grosser Druck auf sein Genick entstanden, sodass der Kopf nach vorne eingeknickt sei, was zur Stauchung und Quetschung der Halswirbelsäule geführt habe. Die Vorinstanz und das Eidgenössische Versicherungsgericht kamen zum Schluss, das vom Versicherten ausgeübte Drücken nach oben stelle keine unkoordinierte Bewegung dar, weil der äussere Bewegungsablauf nicht durch etwas Programmwidriges gestört worden sei, woraus eine unphysiologische Beanspruchung einzelner Körperteile hätte resultieren können.

**2.2.7** Verneint wurde das Merkmal des ungewöhnlichen äusseren Faktors im Sinne einer den normalen, üblichen Bewegungsablauf störenden Programmwidrigkeit («unkoordinierte Bewegung») bei einer Versicherten, die – nach ihren Aussagen der ersten Stunde – ohne besondere Vorkommnisse einen Rückwärtspurzelbaum ausgeführt und sich dabei im Nacken-/Schulterbereich verletzt hatte (RKUV 2004 Nr. U 502 S. 184 ff. Erw. 4.2 und 4.4).

### **3.**

Streitig und zu prüfen ist, ob einer beim Eishockeyspiel durch einen Bandencheck verursachten Verletzung ein ungewöhnlicher äusserer Faktor zu Grunde liegt. Umstritten ist insbesondere das Element der Ungewöhnlichkeit.

Das Unfallmerkmal des ungewöhnlichen äusseren Faktors ist im vorliegenden Fall zu bejahen. Zwar trifft es zu, dass Eishockey eine schnelle und mit viel Einsatz geführte Kampfsportart ist. Mit harten Körperkontakten und Körperangriffen ist zu

rechnen. Diese sind in reglementarisch umschriebenen Grenzen erlaubt. Es ist unbestritten, dass der Körper hierbei grossen Kräften ausgesetzt ist. Die Körperattacken und das Fallen gehören somit zu den üblichen Umständen dieser Sportart, und es mag zutreffen, dass sie auch trainiert werden. Indessen kann der ungewöhnliche äussere Faktor, der dem Unfallbegriff inhärent ist, auch darin bestehen, dass eine Körperbewegung «programmwidrig» beeinflusst worden ist. Der auf diese Weise unkoordinierte Bewegungsablauf stellt dann den ungewöhnlichen äusseren Faktor dar.

Der Versicherte hat sich beim Check gegen eine Bande verletzt. Durch diesen Vorgang ist der natürliche Ablauf der Körperbewegung programmwidrig beeinflusst worden. Darin liegt die Ungewöhnlichkeit des Geschehens. Es mag zwar zutreffen, dass derartige Körperattacken im Eishockey häufig vorkommen. Das ändert indessen nichts daran, dass sie zu einer unvorhersehbaren Beeinträchtigung des Bewegungsablaufs führen, welcher der betroffene Spieler gleichsam ausgesetzt ist. Der vom Spieler vorgesehene Ablauf wird durch die äussere Einwirkung des Gegenspielers gestört. Jeder Spieler muss zwar damit rechnen, dass er gefoult wird, er kann indessen nicht voraussehen, wie sich die Körperattacke auf den natürlichen Bewegungsablauf – und nicht etwa auf den Körper, was unwesentlich ist (vgl. BGE 122 V 232 Erw. 1) – auswirken wird. Darin liegt die Ungewöhnlichkeit dieser Einwirkung (vgl. auch RKUV 1993 Nr. U 165 S. 59 Erw. 3b; *Bühler*, a. a. O., S. 244).

Das Ereignis vom 26. Dezember 2001 stellt demnach einen Unfall im Rechtssinne dar, weshalb der kantonale Entscheid nicht zu beanstanden ist.

#### 4.

Der Grundsatz der Unentgeltlichkeit des Verfahrens vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht gilt nicht für den Fall, dass sich zwei Versicherer im Streit über die Leistungspflicht gegenüber stehen (BGE 126 V 192 Erw. 6 mit Hinweisen). Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG).

Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen, weil die obsiegende Beschwerdegegnerin als Krankenversicherer eine öffentlich-rechtliche Aufgabe im Sinne von Art. 159 Abs. 2 OG wahrnimmt und die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Zusprechung einer Entschädigung nicht gegeben sind (BGE 128 V 133 Erw. 5b, 123 V 309 Erw. 10; SVR 2000 KV Nr. 39 S. 122 Erw. 3).



# Unfallbegriff; ungewöhnlicher äusserer Faktor

U 510 Urteil des EVG vom 30. Dezember 2003 i. Sa. N. (U 165/03)

- **Unfallbegriff; ungewöhnlicher äusserer Faktor (Art. 6 Abs. 1 UVG; Art. 9 Abs. 1 UVV [in der bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung]):**

Der Bewegungsablauf beim Fallschirmspringen ist im Grundsatz immer gleich und für Fallschirmspringer daher natürlich. Er wird auch nicht dadurch programmwidrig, dass er besonders intensiv verläuft, der Fallschirm sich also gleichsam «explosionsartig» öffnet. In dieser Intensivierung liegt keine Ungewöhnlichkeit, und das Ergebnis stellt keinen Unfall im Rechtssinne dar.

- **Notion d'accident; caractère extraordinaire de la cause extérieure (art. 6 al. 1 LAA; art. 9 al. 1 OLAA [dans la teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002]):**

Le déroulement des mouvements en cas de saut en parachute est en principe toujours semblable et est ainsi naturel pour le parachutiste. Il n'est pas inattendu qu'il soit particulièrement intensif et que le parachute s'ouvre ainsi alors tout d'un coup de manière «explosive». Cette intensité ne relève pas d'un élément inhabituel et le résultat ne constitue pas un accident au sens juridique du terme.

- **Definizione d'infortunio; fattore esterno straordinario (art. 6 cpv. 1 LAINF; art. 9 cpv. 1 OAINF [secondo il testo in vigore fino al 31 dicembre 2002]):**

Nel paracadutismo i movimenti sono per principio sempre gli stessi – e vanno dunque considerati naturali per chi pratica quest'attività – anche quando la loro esecuzione richiede uno sforzo particolarmente intenso (p. es. se il paracadute si apre in maniera, per così dire, «esplosiva»). Poiché l'intensità dei movimenti non è un fattore esterno straordinario, le sue conseguenze non possono essere definite infortunio ai sensi del diritto.

Auszug aus den Erwägungen:

...

### 3.

Es steht fest, dass der Körper der Beschwerdeführerin bei der Fallschirmöffnung abrupt von der Bauchlage in eine aufrechte Position abgedreht worden ist. Dieser Bewegungsablauf ergibt sich bei jeder Fallschirmöffnung. Diese erfolgt aber nicht immer gleich intensiv. Sie hängt von verschiedenen Faktoren (Körperposition, Packung des Fallschirms, Witterungsverhältnissen) ab und kann einmal eher sanft oder auch heftig ausfallen. Von der Art der Fallschirmöffnung hängen die Kräfte ab, die auf den Körper wirken.

Der geschilderte Bewegungsablauf bei der Öffnung des Schirms ist dem Fallschirmspringen inhärent und im Grundsatz immer gleich. Für einen Fallschirmspringer ist es daher ein natürlicher Bewegungsablauf. Auch wenn er besonders intensiv verläuft, wird er nicht programmwidrig. Zwar können allenfalls höhere oder auch massive Kräfte auf den Körper einwirken, wenn sich der Fallschirm, wie von der Versicherten geltend gemacht wird, gleichsam «explosionsartig» öffnet und eine grössere als die gewohnte Bremswirkung erzeugt. Der Bewegungsablauf wird dadurch indessen nicht verändert, sondern bloss intensiviert. Darin liegt keine Ungewöhnlichkeit. Das Ereignis vom 9. August 2000 stellt daher keinen Unfall im Rechtssinne dar. Die gegenteiligen Einschätzungen der Fallschirmexperten A./B. (Bericht vom 22. September 2000) und C. (Bericht vom 30. Januar 2001) vermögen an diesem Ergebnis nichts zu ändern.

...

# Abzug der Gestehungskosten vom Invalideneinkommen; Wohnsitzwechsel

U 511 Urteil des EVG vom 6. Januar 2004 i. Sa. L. (U 107/03)

- **Abzug der Gestehungskosten vom Invalideneinkommen; Wohnsitzwechsel (Art. 18 Abs. 2 UVG [in der bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung]):**

Invaliditätsbedingte Gestehungskosten können grundsätzlich vom Invalideneinkommen abgezogen werden; jedoch sind nur diejenigen Aufwendungen invaliditätsbedingt, welche die auch im Gesundheitsfall entstehenden Kosten übersteigen. In casu kann – bei nicht zumutbarem Wohnsitzwechsel – der Arbeitsort nicht mit öffentlichen Verkehrsmitteln erreicht werden und der Versicherte darf aus medizinischen Gründen nicht mehr Auto fahren. Keine Berücksichtigung von Taxikosten, da der Aufwand für den zumutbaren und sozialüblichen Anschluss an eine Fahrgemeinschaft oder Mitfahrzentrale tiefer ist als die im Gesundheitsfall anfallenden Autokosten (Erw. 2.4).

- **Déduction des frais d'acquisition du revenu d'invalidité; changement de domicile (art. 18 al. 2 LAA [selon la teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002]):**

Les frais d'acquisition conditionnés par l'invalidité peuvent en principe être déduits du revenu d'invalidité; toutefois, seules sont conditionnées par l'invalidité les dépenses qui dépassent les frais également existants en cas de bonne santé. En l'espèce – un changement de domicile ne pouvant raisonnablement être exigé – le lieu de travail ne peut être atteint au moyen des transports publics et l'assuré ne peut plus conduire un véhicule automobile pour des raisons médicales. Pas de prise en considération de frais de taxi, car la dépense pour la participation à un moyen de déplacement groupé est moins élevée que les frais de voiture individuelle pour les travailleurs en bonne santé (cons. 2.4).

- **Deduzione delle spese necessarie al conseguimento del reddito d'invalido; cambiamento di domicilio (art. 18 cpv. 2 LAINF [secondo il testo in vigore fino al 31 dicembre 2002]):**

Per principio, le spese di conseguimento dovute all'invalidità possono essere dedotte dal reddito d'invalido; tuttavia rientrano in questa cate-

**goria solo le spese che superano i costi indipendenti dalla situazione d'invalidità. Nella fattispecie l'assicurato, che per motivi medici non può più condurre un'autovettura, non può raggiungere il luogo di lavoro con mezzi di trasporto pubblici e un cambiamento di domicilio non è ragionevolmente esigibile. Le spese per il taxi non sono prese in considerazione, poiché i costi d'adesione ad un gruppo di persone che viaggiano in comune o ad una centrale che organizza trasferte per più persone (soluzione esigibile in quanto prassi ormai entrata negli usi e costumi della società), sono inferiori a quelli generati da un assicurato in buona salute che utilizza un'autovettura (cons. 2.4).**

Auszug aus den Erwägungen:

...

## **2.**

Streitig ist der Anspruch auf eine Invalidenrente der Unfallversicherung und in diesem Zusammenhang allein die Festsetzung der Höhe des Einkommens nach Eintritt des Gesundheitsschadens (Invalideneinkommen). Die Integritätsentschädigung war dagegen schon im Einspracheverfahren nicht mehr Gegenstand des Verfahrens.

**2.1** Die Vorinstanz hat das Invalideneinkommen sowohl nach den Zahlen der Blätter dokumentierter Arbeitsplätze (DAP) wie auch anhand der vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Schweizerischen Lohnstrukturerhebung festgesetzt; sie hat dabei die Vornahme eines leidensbedingten Abzuges «nicht als zwingend» erachtet und es abgelehnt, Gewinnungskosten zu berücksichtigen, da es dem Versicherten zumutbar sei, für den Arbeitsweg (von seinem Wohnsitz in X. nach Y.) eine Mitfahrgelegenheit zu benützen, sodass keine Taxikosten anfielen. Der Beschwerdeführer ist demgegenüber der Auffassung, es sei ein nahe bei 25 % liegender oder gar 25 % betragender leidensbedingter Abzug vom Invalideneinkommen vorzunehmen, da diverse einkommensbeeinflussende Merkmale vorlägen. Im Weiteren seien auch die Gestehungskosten vom Invalideneinkommen abzuziehen, da er Y. nicht mit öffentlichen Verkehrsmitteln erreichen könne und auch keine Mitfahrgelegenheit bestehe, so dass er für den Arbeitsweg ein Taxi benötige; es sei nicht Sinn und Zweck der Sozialversicherung, ihn auf Gedeih und Verderb anderen Pendlern auszuliefern, da er diesen gegenüber keinen Rechtsanspruch auf eine Mitfahrgelegenheit habe.

**2.2** Da kein tatsächlich erzieltetes Erwerbseinkommen vorliegt, ist das Invalideneinkommen anhand statistischer Angaben (vgl. BGE 126 V 76 Erw. 3b/bb) oder auf Grund der DAP (Blätter dokumentierter Arbeitsplätze) zu bestimmen. Der vom

kantonales Gericht vorgenommene Festsetzung anhand der Zahlen in den von der SUVA vorgelegten fünf DAP kann hier nicht gefolgt werden: Der Arbeitsplatz «Angestellter/Lichtpauser» (DAP Nr. 3903) ist dem Versicherten aus medizinischen Gründen nicht zumutbar, da feinmotorisches Hantieren mit Werkzeugen notwendig ist, was – gestützt auf zu Recht unbestrittene augenärztliche Angaben – wegen der fehlenden Stereopsis nicht mehr möglich ist. Dasselbe gilt – mindestens teilweise – für den Arbeitsplatz «Betriebsangestellter/Hilfs-Schweisser» (DAP Nr. 946), welcher ebenfalls (wenn auch nur selten) feinmotorisches Hantieren mit Werkzeugen verlangt. Damit lassen sich die Angaben für das Invalideneinkommen nicht auf mindestens fünf DAP-Blätter abstellen, was gemäss der neuesten Rechtsprechung jedoch in der Regel notwendig ist (BGE 129 V 472).

Somit ist das Invalideneinkommen gestützt auf die Angaben der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung 2000 zu bestimmen: Gemäss Tabelle A1 beträgt der Zentralwert für im privaten Sektor auf Anforderungsniveau 4 (einfache und repetitive Tätigkeiten) bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden beschäftigte Männer monatlich Fr. 4437.– brutto. Dieser Betrag ist auf die im Jahr 2000 (Beginn des Rentenlaufes; BGE 128 V 174) betriebsübliche Wochenarbeitszeit von 41,8 Stunden (Die Volkswirtschaft 7/2003 S. 90 Tabelle B9.2) umzurechnen, was einen Betrag von Fr. 4636.65 monatlich und Fr. 55 639.80 jährlich ergibt.

**2.3** Es ist im Weiteren zu prüfen, ob – wie in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gefordert – vom aufgrund statistischer Angaben festgesetzten Invalideneinkommen (Erw. 2.2 hievon) ein leidensbedingter Abzug vorzunehmen ist. Gemäss Rechtsprechung können persönliche und berufliche Merkmale des Versicherten wie Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Nationalität oder Aufenthaltskategorie sowie Beschäftigungsgrad Auswirkungen auf die Höhe des Lohnes haben (BGE 126 V 78 Erw. 5a/cc mit Hinweis). Der deswegen vom Tabellenlohn vorzunehmende behinderungsbedingte Abzug beträgt jedoch nicht generell und in jedem Fall 25 %; es ist vielmehr anhand der gesamten Umstände des konkreten Einzelfalles zu prüfen, ob und in welchem Masse das hypothetische Invalideneinkommen gekürzt werden kann (BGE 126 V 79 f. Erw. 5b). Dieser gesamthaft vorzunehmende Abzug stellt eine Schätzung dar. Bei deren Überprüfung kann es nicht darum gehen, dass die kontrollierende richterliche Behörde ihr Ermessen an die Stelle der Vorinstanz setzt. Bei der Unangemessenheit gemäss Art. 132 lit. a OG geht es um die Frage, ob der zu überprüfende Entscheid, den die Behörde nach dem ihr zustehenden Ermessen im Einklang mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in einem konkreten Fall getroffen hat, nicht zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen. Allerdings darf das Sozialversicherungsgericht sein Ermessen nicht ohne triftigen Grund an die Stelle desjenigen der Verwaltung setzen; es muss sich somit auf Gegebenheiten abstützen können, welche seine abweichende Ermessensausübung als näher liegend erscheinen lassen (BGE 126 V 81 Erw. 6 mit Hinweis).

Entgegen der Vorinstanz ist hier in Anbetracht der Umstände ein behinderungsbedingter Abzug vom Invalideneinkommen vorzunehmen. Zwar fallen die gesundheitlichen Einschränkungen bei der vorliegenden Monokelsituation nicht allzu stark ins Gewicht, jedoch sind vor allem das Alter und der Grenzgängerstatus zu berücksichtigen. Letzterer bewirkt entgegen den Angaben in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde allerdings nicht eine Lohneinbusse von 9,3 %, sondern von nur etwa 4 % (Lohnstrukturerhebung 2000, S. 47, TA12 Anforderungsniveau 4, Männer, prozentualer Unterschied zwischen Total und Grenzgänger). Diesen leidensbedingten und persönlichen Merkmalen ist deshalb gesamthaft mit einem Abzug von 10 % Rechnung zu tragen. Der vorliegende Fall ist im Übrigen nicht mit dem in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde erwähnten BGE 126 V 75 vergleichbar, da in jener Sache die gesundheitlichen Einschränkungen viel stärker ins Gewicht fielen als hier (vgl. BGE 126 V 82 Erw. 7b).

**2.4** Der Versicherte darf aus medizinischen Gründen nicht mehr Auto fahren und kann die Region Y. von seinem Wohnort aus nicht innert nützlicher Frist mit öffentlichen Verkehrsmitteln erreichen. In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde werden deshalb (hypothetische) Taxikosten für den Transport zur (hypothetischen) Arbeitsstelle in der Region Y. geltend gemacht, die als Gewinnungskosten vom Invalideneinkommen abzuziehen seien.

Vorab ist festzuhalten, dass hier angesichts der Umstände (Alter und verbleibende Lebensarbeitszeit bis zur Pensionierung, Wohneigentum, Familie) im Lichte der grundrechtlich geschützten Betätigungsmöglichkeiten (Art. 35 Abs. 1 BV; BGE 113 V 28 ff. Erw. 4 und seitherige ständige Rechtsprechung) ein Umzug in die Nähe des Arbeitsplatzes nicht zumutbar ist. Damit bleibt zu prüfen, wie es sich mit den Gestehungskosten für den Arbeitsweg nach Y. verhält. In dieser Hinsicht hat das Eidgenössische Versicherungsgericht im Rahmen der Invalidenversicherung solche invaliditätsbedingten Kosten als grundsätzlich abziehbar bezeichnet (nicht veröffentlichte Urteile I. vom 27. März 1991, I 47/90, und R. vom 16. März 1987, I 285/86). Da Invaliden- und obligatorische Unfallversicherung von einem einheitlichen Invaliditätsbegriff ausgehen (BGE 126 V 291 Erw. 2a mit Hinweisen), müssen invaliditätsbedingte Mehrkosten somit grundsätzlich auch im Rahmen der Unfallversicherung berücksichtigt werden können.

Nun ist allerdings zu beachten, dass dem Beschwerdeführer auch im Gesundheitsfall (beträchtliche) Gewinnungskosten entstünden, da er mit dem Auto von seinem Wohnsitz täglich in die Region Y. zur Arbeit pendeln würde. Es kann dabei von einem (minimalen) Aufwand von 60 Rappen pro Kilometer ausgegangen werden (entsprechend der im Jahr des Rentenbeginns 2000 steuerlich absetzbaren Pauschale gemäss Anhang der Verordnung des EFD vom 10. Februar 1993 über den Abzug von Berufskosten der unselbstständigen Erwerbstätigkeit bei der direkten Bundessteuer [SR 642.118.1]). Dieser Betrag ist mit den Arbeitstagen pro

Monat (als Durchschnittswert kann auf die 21,7 Tage gemäss Art. 40a AVIV verwiesen werden) und der zu fahrenden Distanz (hier rund 50 Kilometer für den Weg hin und zurück von der Wohngemeinde in die Region Y.) zu multiplizieren, was zu einem Aufwand von gut Fr. 650.– pro Monat führt. Dieser Betrag dürfte eher im unteren Bereich der notwendigen Auslagen liegen, da je nach Fahrzeugtyp die Amortisation und der Benzinverbrauch höher sein können; im Weiteren sind auch der Aufwand für die Miete eines Parkplatzes am Arbeitsort und die Kosten der Garage am Wohnort sowie Versicherungen und Steuern in die Rechnung einzubeziehen.

Daraus folgt, dass nur diejenigen Gestehungskosten invaliditätsbedingt in die Invaliditätsbemessung einzubeziehen sind, welche die soeben genannten, im Gesundheitsfall ebenfalls entstehenden Aufwendungen übersteigen. Obwohl nach dem Gesagten vom Beschwerdeführer kein Wohnsitzwechsel verlangt werden kann, ist es im Rahmen der Schadenminderung zumutbar und bei Grenzgängern (wie auch bei anderen Pendlern) sozial üblich, sich durch Anschluss an eine Fahrgemeinschaft oder Mitfahrzentrale eine bezahlte Transportmöglichkeit in die Region Y. zu sichern. Indem der Versicherte für das Mitfahren eine Gegenleistung erbringt, haben andere Pendler ein eigenes Interesse, den Beschwerdeführer in ihrem Auto in die Region Y. mitzunehmen. Aufgrund des abzuschliessenden Vertrages entsteht ein Rechtsanspruch auf das Mitfahren; die in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde erwähnte Abhängigkeit vom guten Willen anderer Personen erscheint daher in einem wesentlich anderen Licht. Der aus dem Mitfahren resultierende Aufwand ist mit Sicherheit nicht höher als die im Gesundheitsfall anfallenden Gewinnungskosten zu veranschlagen, sodass keine invaliditätsbedingten Mehrkosten entstehen, die im Rahmen der Invaliditätsbemessung zu berücksichtigen sind.

**2.5** Somit ist vom aufgrund der Tabellenlöhne festgesetzten Invalideneinkommen von Fr. 55 639.80 (Erw. 2.2 hievor) lediglich ein leidensbedingter Abzug von 10 % vorzunehmen (Erw. 2.3 hievor), was zu einem massgebenden Invalideneinkommen von Fr. 50 075.80 führt. Bei einem zu Recht nicht bestrittenen Einkommen ohne Gesundheitsschaden von Fr. 73 318.– führt dies zu einem Invaliditätsgrad von 32 %.

...

# Bemessung der Invalidität

U 512 Urteil des EVG vom 9. Januar 2004 i. Sa. A. (U 351/02)

- **Bemessung der Invalidität (Art. 18 Abs. 2 UVG [in der bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung]):**

**Bemessung der Invalidität eines Skilehrers, der in der Zwischensaison mutmasslich eine weitere Erwerbstätigkeit ausgeübt hätte (Erw. 4.3).**

- **Evaluation de l'invalidité (art. 18 al. 2 LAA [dans la teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002]):**

**Evaluation de l'invalidité d'un professeur de ski qui aurait probablement exercé une autre activité lucrative en dehors de la saison de ski (cons. 4.3).**

- **Determinazione del grado d'invalidità (art. 18 cpv. 2 LAINF [secondo il testo in vigore fino al 31 dicembre 2002]):**

**Determinazione del grado d'invalidità di un istruttore di sci che al di fuori della stagione invernale avrebbe presumibilmente esercitato un'altra attività lucrativa (cons. 4.3).**

Auszug aus den Erwägungen:

...

## 4.

Des Weiteren ist umstritten, ob der Beschwerdeführer in rentenbegründendem Ausmass invalid ist.

**4.1** Streitig ist zunächst das als Skilehrer erzielbare Valideneinkommen. Das kantonale Gericht ging davon aus, dass der Beschwerdeführer als Gesunder gemäss dessen Angaben höchstens 400 Stunden pro Jahr als Skilehrer tätig gewesen wäre, was bei diesem Pensum 94,11 Arbeitstagen entspreche. Dabei hätte er einen maximalen Verdienst von Fr. 33 129.40 erzielen können. Gemäss Mitteilung der Skischule Y. habe der Tageslohn in der Saison 1999/2000 Fr. 272.– und in der Saison 2000/2001 Fr. 315.– betragen, was bei 94,11 Arbeitstagen ein Einkommen von Fr. 25 597.92 resp. Fr. 29 644.65 ergebe. In diesem Zusammenhang macht der Beschwerdeführer geltend, er habe zusätzlich zu den Unterrichtsstunden der Ski-



schule auch Privatstunden erteilt, so am 30. und 31. Dezember 1996 sowie am 6. und 7. Januar 1997. Um diesen Verdienst sei das Valideneinkommen als Skilehrer zu erhöhen.

Wie es sich mit letzterer Frage verhält, kann offen bleiben. Gemäss Art. 28 Abs. 2 zweiter Satz UVV, welcher gesetzmässig ist (RKUV 1999 Nr. U 329 S. 119), wird bei Versicherten, die neben der unselbstständigen eine nicht nach dem Gesetz versicherte oder eine nicht entlohnte Tätigkeit ausüben, die Behinderung in diesen Tätigkeiten nicht berücksichtigt. Dies führt dazu, dass ein mit dem Privatunterricht erzielbares Einkommen, welches der Beschwerdeführer selbst in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde als selbstständige Erwerbstätigkeit bezeichnet und von der er nicht geltend macht, diese freiwillig bei der Beschwerdegegnerin versichert zu haben, nicht zum Valideneinkommen dazugeschlagen werden darf (nicht veröffentlichte Urteile U. vom 12. Dezember 1997, U 110/94, und M. vom 21. April 1995, U 214/94).

Für den Einkommensvergleich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des allfälligen Beginns des Rentenanspruchs (hier 1. Dezember 1998) massgebend (BGE 129 V 222, 128 V 174). Nach der von der Vorinstanz eingeholten Bestätigung der Skischule Y. vom 7. November 2002 betrug der Lohn pro geleisteter Arbeitstag in der Saison 1998/1999 Fr. 315.– (inklusive des vom Geschäftserfolg abhängigen Genossenschaftsanteils). Dieser Betrag blieb während der kurz nach dem Einspracheentscheid vom 9. Juni 2000 beginnenden Saison 2000/2001 gleich. Geht man mit der Vorinstanz von 94,11 Arbeitstagen pro Saison aus, so ergibt sich ein massgebendes Einkommen als Skilehrer von Fr. 29 644.65 (94.11 x Fr. 315.–). In zeitlicher Hinsicht hätte der Beschwerdeführer nach seinen Angaben hierfür rund fünf Monate aufgewendet.

**4.2** Streitig ist ferner, ob der Beschwerdeführer ohne Eintritt des Gesundheitsschadens zusätzlich noch einer Erwerbstätigkeit während des Sommers und Herbstes nachgegangen wäre. Das kantonale Gericht ging auf Grund des Grundsatzes der Aussage der ersten Stunde davon aus, dass der Beschwerdeführer lediglich als Skilehrer tätig gewesen wäre und 400 Stunden pro Jahr Unterricht erteilt hätte, da er im Abklärungsbericht betreffend die wirtschaftliche Situation vom 16. Juli 1999 angegeben habe, er habe «genug gearbeitet» und wolle sich einem «gemütlicheren Leben» widmen. Demgegenüber macht der Beschwerdeführer geltend, die zitierte Aussage habe er so nicht gemacht und beziehe sich im Übrigen auf den Grund für die Aufgabe des Restaurants. Er sei aus finanziellen Gründen gezwungen gewesen, ganzjährig zu arbeiten.

Der 1940 geborene Beschwerdeführer war im Zeitpunkt des Unfalles beinahe 57 Jahre alt. Kurz zuvor hatte er sein bis dahin von ihm und seiner Ehefrau geführtes Restaurant einer Drittperson vermietet. Angesichts der Einkommens- und Vermö-

gensverhältnisse und des mit der Vermietung des Restaurants netto erzielbaren Ertrages und angesichts des Alters des Beschwerdeführers kann entgegen der Auffassung von kantonalem Gericht und Beschwerdegegnerin nicht angenommen werden, der Beschwerdeführer hätte nicht während des ganzen Jahres gearbeitet. Dass in den Akten keine entsprechenden Bemühungen ersichtlich sind, ändert daran nichts. Der Beschwerdeführer hat wenige Monate vor der Aufnahme der Skilehrertätigkeit sein Restaurant per 1. Dezember 1996 vermietet und kurz darauf den Unfall erlitten. Es blieb ihm keine Zeit, bereits zu diesem Zeitpunkt sich um eine Tätigkeit für den Sommer und Herbst 1997 zu bemühen. Es ist daher davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer jeweils in der Zwischensaison während sieben Monaten einer andern Tätigkeit nachgegangen wäre. Deren Entlohnung ist mangels konkreter Anhaltspunkte wie nachstehend das Invalideneinkommen (vgl. Erw. 4.3) aufgrund der Tabellenlöhne gemäss den vom Bundesamt für Statistik periodisch herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE) festzusetzen.

**4.3** Ist somit von einer ganzjährigen Erwerbstätigkeit auszugehen, ist die Invaliditätsbemessung in der Weise vorzunehmen, dass das Skilehrereinkommen und der in der Zwischensaison erzielbare Verdienst mit dem Invalidenlohn zu vergleichen sind. Gestützt auf das Gutachten der Neurochirurgischen Klinik des Spitals W. vom 23. November 1998 ist dem Beschwerdeführer eine leidensangepasste rückschonende Tätigkeit zu 100% zumutbar. Ausser Acht zu lassen sind in diesem Zusammenhang die unfallfremden Leiden, namentlich die von Dr. med. E. diagnostizierte psychische Störung (Bericht vom 30. Januar 2001).

Da die Beschwerdegegnerin lediglich zwei Arbeitsplätze auf Grund der Dokumentation über Arbeitsplätze der SUVA (DAP) herangezogen hat, ist das Invalideneinkommen gestützt auf die LSE zu ermitteln (BGE 129 V 472). Im vorliegenden Fall (Alter, langjährige Tätigkeit als selbstständiger Gastwirt seit 1971) ist es sachgerecht, für die Ermittlung des Invalidenlohnes und des mit einer Zwischensaison-tätigkeit erzielbaren Verdienstes auf den Mittelwert zwischen den Durchschnittslöhnen der beiden Anforderungsniveaus 3 und 4 abzustellen. Dieser beträgt für Männer im gesamten privaten Sektor Fr. 4719.50 (Fr. 4268.– + Fr. 5171.–; 2; LSE 1998 Tabelle TA1 S. 25). Die Umrechnung auf ein Jahr (x 12) und auf die betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit (41,9 Stunden; die Volkswirtschaft 7/2003, Tabelle B 9.2, S. 90) ergibt ein Jahreseinkommen von Fr. 59 324.10 oder Fr. 34 605.75 in sieben Monaten. Für den massgebenden Zeitpunkt des Rentenbeginns im Dezember 1998 ist unter Annahme eines mit der Vorinstanz auf 15 % festzusetzenden leidensbedingten Abzuges von einem jährlichen Invalideneinkommen von Fr. 50 425.50 auszugehen. Das gesamte jährliche Einkommen als Gesunder beträgt Fr. 29 644.65 als Skilehrer und Fr. 34 605.75 (Zwischensaison-tätigkeit, ermittelt nach LSE), insgesamt Fr. 64 250.40. Daraus resultiert ein Invaliditätsgrad von 2%. Der Beschwerdeführer hat mithin ab 1. Dezember 1998 (vgl. Art. 19 Abs. 1 UVG) Anspruch auf eine Invalidenrente für eine Erwerbsunfähigkeit von

22 %. Es wird Sache der Beschwerdegegnerin sein, die Rente in betraglicher Hinsicht zu ermitteln.

...

# Vergleich

U 513 Urteil des EVG vom 14. Januar 2004 i. Sa. T. (U 161/03)

## ■ **Vergleich (Art. 50 ATSG):**

**Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts gilt ein Vergleich als übereinstimmender Antrag an das Gericht und ist von diesem auf seine Übereinstimmung mit Tatbestand und Gesetz zu überprüfen. Da Art. 50 ATSG an die Rechtsprechung vor seinem In-Kraft-Treten anknüpft, kann daran unter seiner Geltung festgehalten werden (Erw. 1 mit Hinweisen).**

## ■ **Transaction (art. 50 LPG):**

**Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, une transaction est considérée comme une demande concordante présentée au tribunal qui doit contrôler son adéquation à l'état de fait et sa conformité à la loi. Comme l'art. 50 LPG se rattache à la jurisprudence antérieure à son entrée en vigueur, on peut s'en tenir à cette jurisprudence après l'entrée en vigueur de cette disposition (cons. 1 et références).**

## ■ **Transazioni (art. 50 LPG):**

**Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale delle assicurazioni, una transazione è considerata una domanda concorde inoltrata al giudice, il quale deve verificarne la conformità ai fatti e alla legge. Vigente l'articolo 50 LPG si può fare riferimento alla giurisprudenza adesso precedente, essendone questa la base (cons. 1 con rinvii).**

Auszug aus den Erwägungen:

### **1.**

Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 in Kraft getreten. Es sieht in Art. 50 vor, dass Streitigkeiten über sozialversicherungsrechtliche Leistungen durch Vergleich erledigt werden können (Abs. 1). Der Versicherungsträger hat den Vergleich in Form einer anfechtbaren Verfügung zu eröffnen (Abs. 2). Die Absätze 1 und 2 gelten sinngemäss im Einsprache- und in den Beschwerdeverfahren (Abs. 3).

Die Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und Gesundheit führte in ihrem Bericht vom 26. März 1999 zur Vorlage des Ständerates zu einem ATSG aus, in Absatz 3 (der im Entwurf in Art. 56bis enthaltenen Vergleichsregelung) werde bewusst davon gesprochen, dass die Bestimmung im Einsprache- und in den gerichtlichen Beschwerdeverfahren «sinngemäss» gelten solle, um einen Spielraum zur weiteren Konkretisierung des nach der Rechtsprechung schon geltenden Vergleichsrechts zu öffnen (BBI 1999 V 4609).

Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts gilt ein Vergleich als übereinstimmender Antrag der Parteien an das Gericht und ist von diesem auf seine Übereinstimmung mit Tatbestand und Gesetz zu überprüfen (AHJ 1999 S. 208 Erw. 2b; SVR 1996 AHV Nr. 74 S. 223 Erw. 2b mit Hinweisen; AJP 2003 S. 65; *Ulrich Meyer*, Die Rechtspflege in der Sozialversicherung, BJM 1989 S. 28). Da Art. 50 ATSG an die Rechtsprechung vor seinem In-Kraft-Treten anknüpft, kann daran unter seiner Geltung festgehalten werden.

...